



ИСТРАЖИВАЊЕ СУДСКЕ ПРАКСЕ
У ПАРНИЦАМА ЗА ЗАШТИТУ ОД
ДИСКРИМИНАЦИЈЕ И ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ
СТРАТЕШКИХ ПАРНИЦА ПОВЕРЕНИКА
ЗА ЗАШТИТУ РАВНОПРАВНОСТИ

ИСТРАЖИВАЊЕ СУДСКЕ
ПРАКСЕ У ПАРНИЦАМА
ЗА ЗАШТИТУ ОД
ДИСКРИМИНАЦИЈЕ
И ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ
СТРАТЕШКИХ ПАРНИЦА
ПОВЕРЕНИКА ЗА ЗАШТИТУ
РАВНОПРАВНОСТИ

**ИСТРАЖИВАЊЕ СУДСКЕ ПРАКСЕ У ПАРНИЦАМА ЗА
ЗАШТИТУ ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ И ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ
СТРАТЕШКИХ ПАРНИЦА ПОВЕРЕНИКА ЗА ЗАШТИТУ
РАВНОПРАВНОСТИ**

Издавачи:

Правосудна академија

Повереник за заштиту равноправности

Ауторке:

Лидија Ђукић, Невена Петрушић и Бранкица Јанковић

Лекторка:

Јасмина Алибеговић

Графичко обликовање:

Милица Дервишевић

Штампа:

Јовшић Принтинг Центар доо

Тираж:

200



Штампање ове публикације је омогућила Мисија ОЕБС-а у Србији.

Напомена: Ставови изречени у публикацији припадају искључиво ауторима и његовим сарадницима и не представљају нужно званичан став Мисије ОЕБС-а у Србији.

Свако спомињање назива Косово, без обзира да ли упућује на територију, институције или становништво у овом тексту треба да се тумачи у потпуности у складу са Резолуцијом савета безбедности УН 1244.

Сви појмови који су у анализи употребљени у мушком граматичком роду обухватају мушки и женски род лица на која се односе.

САДРЖАЈ

ПРЕДГОВОР	7
ИСТРАЖИВАЊЕ СУДСКЕ ПРАКСЕ У ПАРНИЦАМА ЗА ЗАШТИТУ ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ	11
ПРВИ ДЕО СОЦИЈАЛНИ КОНТЕКСТ И ПРАВНИ ОКВИР СУЗБИЈАЊА ДИСКРИМИНАЦИЈЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ	13
1. Социјални контекст	13
1.1. Структура становништва	13
1.2. Политичка култура и реформски процеси	14
1.3. Социјална и етничка дистанца, предрасуде и перцепција дискриминације	15
1.4. Антидискриминациона политика	18
1.5. Кључни проблеми у остваривању равноправности и заштити од дискриминације	19
1.5.1. <i>Налази и препоруке међународних тела и организација</i>	19
1.5.2. <i>Налази и препоруке Европске комисије</i>	23
1.5.3. <i>Налази и оцене невладиних организација</i>	23
1.5.4. <i>Искусства, налази и препоруке Повереника за заштити равноправности</i>	23
2. ПРАВНИ ОКВИР	26
2.1. Међународни уговори	26
2.1.1. <i>Међународни уговори усвојени у окриљу Уједињених нација</i>	26
2.1.2. <i>Међународни уговори у окриљу Савеза Европе</i>	28
2.1.3. <i>Антидискриминационо право Европске уније</i>	28
2.1.4. <i>Прописи Републике Србије</i>	29
3. Појам и облици дискриминације	32
3.1. Појам дискриминације	32
3.2. Облици дискриминације	32
4. Грађанскоправна заштита од дискриминације	35
4.1. Грађанскоправни захтеви	35
4.1.1. <i>Парнице за заштити од дискриминације</i>	35
4.1.2. <i>Посредствено у парницама за заштити од дискриминације</i>	35

ДРУГИ ДЕО ИСТРАЖИВАЊЕ ПРАКСЕ СУДОВА У ПАРНИЦАМА ЗА ЗАШТИТУ ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ..... 39

5. Циљ и предмет истраживања.....	39
6. Опис и методологија истраживања	40
7. Ограничења истраживања	41
8. Налази и интерпретација	43
8.1. Подаци о парницама за заштиту од дискриминације	43
8.1.1. Збирни статистички подаци о парницама за заштиту од дискриминације.....	43
8.2. Феноменологија случајева дискриминације.....	45
8.2.1. Профил жужилаца.....	45
8.2.2. Профил жужених.....	47
8.2.3. Лично својство као основ дискриминације	48
8.2.4. Облици дискриминације.....	52
8.2.5. Разграничење дискриминације и злостављања на раду.....	53
8.2.6. Области дискриминације.....	56
8.3. Поступци у парницама за заштиту од дискриминације.....	56
8.3.1. Правозаштитни захтеви	56
8.3.2. Одбацивање жужбе	56
8.3.3. Ослобођење од преходне плаћања трошкова посредника.....	57
8.3.4. Посредовање бесплатној помоћници.....	59
8.3.5. Примена посредовања (медијације).....	59
8.3.6. Учешће умешача	60
8.3.7. Тести дискриминације	60
8.3.8. Примена правила о расподели терета доказивања	61
8.3.9. Формулација диспозитива пресуде	65
8.3.10. Образложење пресуда	66
8.3.11. Трајање посредника.....	68

ТРЕЋИ ДЕО СТУДИЈЕ СЛУЧАЈЕВА..... 69

1. Случај Повереник за заштиту равноправности против Н. Н. банке.....	69
1.1. Претходне напомене	69
1.2. Околности случаја	70
1.3. Захтеви, аргументација странака и судске одлуке	70
1.4. Запажања о раду судова.....	73
2. Случај говора мржње: ГСА против Драгана Марковића Палме	76
2.1. Претходне напомене	76

2.2. Околности случаја	77
2.3. Захтеви, аргументација странака и судске одлуке	77
2.4. Запажања о раду судова	80
3. Случај дискриминације у образовању: Савез мађарских ученика Војводине против Правног факултета	82
3.1. Претходне напомене	82
3.2. Околности случаја	83
3.3. Захтеви, аргументација странака и судске одлуке	83
3.4. Запажања о раду судова	85
4. Случај дискриминације Н. Н. због чланства у удружењу	88
4.1. Претходне напомене	88
4.2. Околности случаја	88
4.3. Захтеви, аргументација странака и судске одлуке	88
4.4. Запажања о раду судова	91
5. Случај С. М. и други против ПЈ „Пијаца“	96
5.1. Претходне напомене	96
5.2. Околности случаја	96
5.3. Захтеви, аргументација странака и судске одлуке	96
5.4. Запажања о раду судова	98
6. Случај Т. В. и М. М. против аутопревозника.....	100
6.1. Претходне напомене	100
6.2. Околности случаја	101
6.3. Захтеви, аргументација странака и судске одлуке	101
6.4. Запажања о раду судова	103
7. Случај дискриминације по старосној доби: С. С. против Адвокатске коморе Ниш.....	109
7.1. Претходне напомене.....	109
7.2. Околности случаја.....	109
7.3. Захтеви, аргументација странака и судске одлуке.....	109
7.4. Запажања о раду судова.....	110
8. Случај дискриминације привредног друштва: “Екоградња-пројект” д.о.о. против Републике Србије, Министарство правде.....	114
8.1. Претходне напомене.....	114
8.2. Околности случаја.....	114
8.3. Захтеви, аргументација странака и судске одлуке.....	115
8.4. Запажања о раду судова.....	116
9. Случај дискриминације у области рада: М. М. против ЈП “Врбас-гас”	120
9.1. Претходне напомене	120
9.2. Околности случаја	120

9.3. Захтеви, аргументација странака и судске одлуке	121
9.4. Запажања о раду судова	122
10. Случај дискриминације по основу здравственог стања: малолетни Т. А. и А. А. против Основне школе и предшколске установе „Свитац“ и Републике Србије.....	126
10.1. Претходне напомене.....	126
10.2. Околности случаја	126
10.3. Захтеви, аргументација странака и судске одлуке.....	127
10.4. Запажања о раду судова	128
Литература	133

ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ СТРАТЕШКИХ ПАРНИЦА ПОВЕРЕНИКА ЗА ЗАШТИТУ РАВНОПРАВНОСТИ

137

1. Појам и значај стратешких парница	139
2. Циљеви стратешких парница.....	140
3. Околности и изазови у вођењу стратешких парница.....	141
4. Анализа стратешких парница из праксе Повереника за заштиту равноправности	142
4.1. Дискриминација по основу пола у области запошљавања.....	143
4.2. Дискриминација по основу здравственог стања и инвалидитета у области рада.....	145
4.3. Дискриминација по основу пола и породичног статуса у области рада.....	147
4.4. Дискриминација по основу пола и сексуалне оријентације у области медија.....	149
4.5. Дискриминација по основу националне припадности.....	151

Снежана Андрејевић и Љубица Милутиновић, судије Врховној касационој суда у њензији и сџални ѓредавачи на Правосудној академији, Ненад Вујић, директор Правосудне академије, Бранкица Јанковић, ѓовереница за заштитиу равнојравности

ПРЕДГОВОР

ЗА ИСТРАЖИВАЊЕ СУДСКЕ ПРАКСЕ У ПАРНИЦАМА ЗА ЗАШТИТУ ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ

Начело једнакости представља основну етичку и правну вредност сваког демократског, правног и хуманог друштва. Упркос усвојеним начелима једнакости и недискриминације, дискриминација је присутна појава на свим просторима и током целе људске историје. Како је у питању фундаментално начело, сузбијање и заштита од дискриминације спада у ред најважнијих задатака једне државе и њених органа.

Ефикасна заштита, како појединаца тако и целих друштвених група, пут је ка остваривању принципа једнакости, јер штитећи појединца или одређену друштвену групу штити се цео један правни поредак и владавина права.

Уставне гаранције достојанства личности као људског права и слободе личности штите се непосредном применом зајемчених људских и мањинских права и основним начелима забране дискриминације - која обавезује све, а нарочито судове да остваре прокламована, уставна и конвенцијска јемства о једнакости свих пред Уставом и законом, уз право на једнаку законску заштиту без дискриминације. Ради постизања пуне равноправности лица или групе лица која су суштински у неједнаком положају са осталим грађанима, Република Србија је овлашћена на предузимање мера - што се по самом Уставу не сматра дискриминацијом.

Република Србија је успоставила целовит систем заштите од дискриминације који обухвата механизме грађанскоправне, кривичноправне и прекршајноправне заштите тако да досадашња вишегодишња заштита од дискриминације омогућава стручну и научну анализу имплементације и судске интерпретације Закона о забрани дискриминације.

Правосудна академија је уз подршку Мисије ОЕБС-а у Србији спровела истраживање судске јуриспруденције у Републици у вези примене и интерпретације националних антидискриминационих прописа, чији је циљ био да се прикупи и анализира судска пракса у случајевима заштите од дискриминације и оцене ефекти спровођења Закона о забрани дискриминације у периоду од 2009.

до 2019. године, односно истраже феноменолошка обележја дискриминације, открију кључни изазови у тумачењу и примени антидискриминационог законодавства и оцени степен ефикасности у спровођењу поступка заштите.

У оквиру овог изазовног пројекта који је трајао нешто више од годину дана, чланице истраживачког тима, др Катарина Голубовић и адвокатица Наталија Шолић прикупиле су и систематизовале предмете са територије све четири апелације које су касније анализирале и кроз студије случајева приказале суткиња Уставног суда Републике Србије Лидија Ђукић и проф. др Невена Петрушић, редовна професорка Правног факултета Универзитета у Нишу.

Истраживање судске праксе у парницама за заштиту од дискриминације бави се кључним проблемима у остваривању равноправности и заштите од дискриминације, и осим праксе судова садржи: налазе и препоруке међународних тела и организација, Европске комисије, као и невладиних организација; правни оквир заштите (међународне уговоре, антидискриминационо право ЕУ, прописе Републике Србије); дефиницију правног појма дискриминације; правила грађанскоправне заштите од дискриминације и др.

Ово Истраживање судске праксе у парницама за заштиту од дискриминације бави се и феноменологијом случајева дискриминације (профилима тужилаца и тужених), личним својствима као основом дискриминације, облицима дискриминације, разграничењем дискриминације и мобинга, тестом дискриминације који примењују судови, теретом доказивања, изреком и образложењем пресуда, а садржи и студије случајева, у трећем делу текста, са запажањима о раду судова.

Поступак за заштиту равноправности обухвата и стратешке парнице, које Повереник покреће и води у јавном интересу, на основу писаног пристанка дискриминисаног лица у случајевима учестале и широко распрострањене дискриминације са циљем унапређења судске праксе, подизања свести јавности о одређеним питањима како би се остварио шири друштвени утицај и унапредио положај дискриминисаних друштвених група.

Правосудна академија сматра да ће упознавање судија са Истраживањем судске праксе у парницама за заштиту од дискриминације, нарочито обрађивањем студија случајева и упознавањем са њиховом проблематиком, унапредити квалитет правде у судској заштити од дискриминације, усавршити њихово стручно знање у заштити овог људског права као основног уставног начела и омогућити ефикаснију грађанскоправну заштиту дискриминисаних појединаца и осетљивих група, истовремено штитећи и њихово право на достојанство.

Изражавајући захвалност свим чланицама истраживачког тима и Јелени Јокановић саветници у Мисији ОЕБС-а у Србији на несебичној подршци у спровођењу овог истраживања Правосудна академија, кроз обуке судија ради њиховог усавршавања, жели да допринесе унапређењу антидискриминационе заштите и укаже на могућност њеног унапређења.

Уз поменуте механизме грађанскоправне, кривичноправне и прекршајноправне заштите, од 2009. године, доступан је и поступак заштите пред Повереником за заштиту равноправности.

Повереник је самосталан, независан, инокосни орган који има широк круг законских овлашћења. Једно од ових овлашћења је и да у јавном интересу покреће парнице за заштиту од дискриминације (стратешке парнице), најчешће у случајевима учестале и широко распрострањене дискриминације, као и оним случајевима који изазивају теже последице на припаднике маргинализованих друштвених група, а у погледу којих постоје добри изгледи за успех и потенцијал за остваривање циљева стратешког парничења.

Сврха стратешких парница јесте и генерисање правних празнина, обезбеђивање правилног тумачења или правилне примене антидискриминационих прописа, самим тим да се путем судске праксе укаже и на то да је одређени пропис потребно изменити, допунити, односно унапредити.

Приликом доношења пресуда у овим парницама треба имати у виду да ове пресуде имају потенцијал да утичу на примену прописа, као и на то да ли ће грађани и грађанке задржати веру у органе и у могућност делотворне и ефикасне правне заштите.

С тим у вези, циљ Повереника јесте да својом процесном активношћу издејствује доношење повољних судских пресуда којима се поред пружања правне заштите дискриминисаним лицима упућује и јасна порука јавности да је дискриминација забрањена и да се делотворно санкционише.

Недавним изменама и допунама Закона о забрани дискриминације установљена је обавеза вођења јединствене евиденције о правноснажним пресудама и одлукама донетим у парницама за заштиту од дискриминације, у прекршајним поступцима и у кривичним поступцима за кривична дела која су у вези са дискриминацијом и повредом начела једнакости.

Након доношења подзаконских аката којима ће се уредити начин вођења евиденције ове измене закона ће имати вишеструки значај нарочито у праћењу донетих судских одлука, као и анализе делотворности ове заштите.

Истраживања која се, као и ово, односе на судску праксу у парницама за заштиту од дискриминације доприносе бољем сагледавању проблема како у примени правних прописа тако и у самим прописима, али и уједначавању антидискриминационе судске праксе у Републици Србији.

Сагледавањем више случајева из судске праксе могу се боље уочити и одређени недостаци, отворена правна питања која су се појављивала од 2009. године везана за примену Закона о забрани дискриминације али и у примени других закона, посебно радноправних прописа, имајући у виду учесталост дискриминације на тржишту рада.

Одбрана и промоција основних људских права и вредности подразумева континуирано преиспитивање и анализу донетих одлука и сталну потребу унапређивања владавине права и правде.

Начело једнакости представља предуслов за уживање свих других права која гарантује Устав и закон и зато је велика одговорност свих оних који раде на његовој заштити. Заштита од дискриминације не представља нимало лак ни једноставан задатак, што показује и ово истраживање.

Прилог у истраживању који се односи на праксу Повереника за заштиту равноправности пре свега појашњава шта се подразумева под стратешким парницама, који су критеријуми за одабир стратешких парница, затим пружа преглед одређених стратешких парница које су до сада вођене и указује на изазове са којима се Повереник суочавао на том путу.

Свака успешно окончана парница за заштиту од дискриминације је важна и доприноси поштовању принципа равноправности, сузбијању дискриминаторског поступања и стварању једнаких могућности за уживање гарантованих права и слобода.

ПРАВОСУДНА АКАДЕМИЈА
ИСТРАЖИВАЊЕ СУДСКЕ
ПРАКСЕ У ПАРНИЦАМА
ЗА ЗАШТИТУ ОД
ДИСКРИМИНАЦИЈЕ

Ауторке
Невена Петрушић и Лидија Ђукић

Септембар, 2020

Први део

СОЦИЈАЛНИ КОНТЕКСТ И ПРАВНИ ОКВИР СУЗБИЈАЊА ДИСКРИМИНАЦИЈЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

1. СОЦИЈАЛНИ КОНТЕКСТ

1.1. Структура становништва

Према попису становништва 2011, у Републици Србији живи 7,1 милион становника, међу којима је 14,36% млађе од 14 година, а 18,25% старије од 65 година. Жене чине 51,3%, а мушкарци 48,7% популације. У етничкој структури доминантан је удео Срба, којих је 83,32%, а после Срба, најбројнији су Мађари (3,53%), Бошњаци (2,02%) и Роми (2,05%), док је припадника других националности мање од 1%.¹ Међу становништвом Србије највише је православних (84,6%), римокатолика је 4,96%, припадника исламске заједнице 3,10%, а протестаната 1%, док је припадника других вероисповести испод једног промила.²

У Србији у статусу избеглица борави 26.502 лица и 199.584 интерно расељених лица са подручја Косова и Метохије.³ Последњих година значајно је повећан број миграната, укључујући и број лица која изражавају намеру да траже азил.⁴ У 18 колективних центара за прихват миграната и азила-

1 Хрвати (0,81%), Словаци (0,73%), Црногорци (0,54%), Власи (0,49%), Румуни (0,41%), Југословени (0,32%), Македонци (0,32%), Муслимани (0,31%), Бугари (0,26%), Буњевци (0,23%), Русини (0,20%), Горанци (0,11%), Албанци (0,08%), Украјинци (0,07%); Словенци (0,06%), Немци (0,06%) и Руси (0,05%). Видети: Попис 2011. Републички завод за статистику. Доступно на: <http://popis2011.stat.rs/?lang=lat>. За готово 300 хиљада лица, односно 4% укупног становништва пописом није утврђена етничка припадност јер се грађани нису изјаснили, користећи могућност да се, сагласно члановима 43 и 47 Устава Србије, не изјашњавају о својој националној припадности, односно вероисповести.

Језици националних мањина су: албански, босански, буњевачки, бугарски, влашки, мађарски, македонски, немачки, ромски, румунски, русински, словачки, украјински, хрватски и чешки

2 Јевреја је 0,008%, припадника источњачке вероисповести 0,01%, припадника других вероисповести 0,02%, агностика 0,05%, оних који нису верници 1,1%, о својој вероисповести није се изјаснило 3,07% становника, а вероисповест 1,38% становника остала је непозната. Видети: Основни подаци о становништву, Анекс 2, Канцелерија за људска и мањинска права. Доступно на: https://www.ljudskaprava.gov.rs/sites/default/files/dokument_file/aneks_2.doc.

3 Подаци Комесаријата за избеглице и миграције. Доступно на: <http://www.kirs.gov.rs>.

4 У 2018. години било је 8.410 изражених намера за азил у Републици Србији. Од тога броја било је 7.485 мушкараца (5.319 пунолетних и 2.166 малолетних) и 925 жена (631 пунолетних и 294 малолетних). Највећи број тражилаца азила долази из Авганистана (31,2%), Пакистана (21,77%) и Ирана (19,18%). Миграциони профил Републике Србије за 2018, Влада Републике Србије, 2018. Доступно на: http://www.kirs.gov.rs/media/uploads/Migracije/Publikacije/Migracioni_profil_2018.pdf.

ната тренутно борави око 4.100 лица, међу којима је знатан број деце, укључујући и децу без пратње одраслих.

Није познат тачан број особа са инвалидитетом које живе на територији Србије. Према подацима из пописа становништва (2011),⁵ којим је први пут обухваћено и (необавезно) питање о инвалидитету, у Србији живи 571.780 особа са инвалидитетом⁶ од укупно 7.186.862 становника, што представља око 8% укупног становништва. Просечна старост особа са инвалидитетом је око 67 година, што је за готово 25 година више од просечне старости укупног становништва (42,2 године). Међу особама са инвалидитетом већи је удео жена (58,2%) него мушкараца. Физички инвалидитет (59,5%) и сензорни инвалидитет (41,9%) су најчешћи облици инвалидитета, а 16,2% особа са инвалидитетом има три или више врста инвалидитета.⁷ Највећи је проценат оних који имају тешкоће са кретањем, а најмање особа које имају проблеме у комуникацији.

1.2. Политичка култура и реформски процеси

У Србији је у току процес опсежних друштвених, политичких и економских реформи. Након деценије одложених промена и блокиране пост-социјалистичке трансформације, 2001. започеле су реформе у свим областима друштвених односа, током којих се Србија суочава са бројним изазовима. Једна од примарних препрека развоју грађанске политичке културе и стабилизације демократског друштва јесте недемократска култура наслеђена из периода реалног социјализма.⁸ Подстицај демократском развоју углавном долази „од споља“, под утицајем западних стандарда и захтева европских интеграција, док се истовремено одвија процес ретрадиционализације и репатријар-хализација, који долази „изнутра“,⁹ са значајним елементима етнонационализма, ксенофобије, хомофобије и мизогиније.¹⁰

Транзициони процес у Србији донео је прогресивне помаке у правној и политичкој сфери у правцу афирмације једнакости, људских права, недискриминације и принципа владавине права. Устав Србије као темељне уставне принципе наводи: владавину права, принцип социјалне правде; начела грађанске демократије, људска и мањинска права и слободе и припадност европским принципима и вредностима, што подразумева спремност да се уваже, прихвате и поштују европске вредности.¹¹

5 *Становништво*, Инвалидитет (Подаци по општинама и градовима), *Попис становништва, домаћинства и станова 2011. у Републици Србији*, Републички завод за статистику, Београд 2013; Марковић Милан М. (2014) *Особе са инвалидитетом у Србији*, Београд: Републички завод за статистику.

6 Попис 2011. године није спроведен на територији АП Косово и Метохија, док је у општинама Прешево и Бујановац забележен смањен обухват јединица пописа услед, према наводима Републичког завода за статистику, бојкота од стране већине припадника албанске националне заједнице.

7 Попис 2011, Републички завод за статистику.

8 Бешић М. (2016) „Грађанска политичка култура: Србија у Европи“, Социолошки преглед, вол. L, бр. 3, стр. 299-326.

9 Јовић Д. (2015) „Стварање биполарности и/или мултиполарности на европским периферијама“, у: Вујачић И. и Бељинац Н. (ур.), *Нова Европа и њена периферија*, Београд: Универзитет у Београду, Факултет политичких наука, стр. 67.

10 Вукадиновић Д., Станимировић В. (2017), „Родни односи у Србији у доба транзиције – између еманципације и ретрадиционализације“, у: *Стидугије рода*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, стр. 191.

11 Видети: Пајванчић М. (2009), *Коментар Устава Србије*, Београд: Конрад Аденауер, стр. 12.

Важан импулс реформама даје процес ЕУ интеграција: Република Србија је 2012. добила статус земље кандидата, а у 2013. почео је процес приступних преговора, у оквиру кога је до сада отворено 17 поглавља од укупно 35, а привремено су затворена два поглавља.¹² У току је спровођење Трећег националног програма за приступање ЕУ из 2018.¹³

Акционим планом за Поглавље 23¹⁴ предвиђена је пуна хармонизација антидискриминационих прописа са европским правним тековинама и интензивнији рад на подизању свести о дискриминацији и њеној превенцији. Поред осталог, предвиђено је да ће се наставити рад на унапређењу положаја ЛГБТ заједнице, доследним спровођењем Закона о забрани дискриминације (у даљем тексту: ЗЗД), развојем модела полиције у заједници и наставком сарадње са представницима ЛГБТИ заједнице, кроз именоване контакт особа наставиће се и рад на унапређењу безбедносне ситуације свих припадника ЛГБТИ заједнице. Планирано је да се подизање свести о недозвољености свих облика дискриминације и начинима њене превенције оствари низом едукативних округлих столова, обукама грађана и државних службеника, као и штампањем и дистрибуцијом приручника за препознавање и реаговање на дискриминацију. Акционим планом је утврђено да ће се посветити дужна пажњу унапређењу остваривања и промовисања принципа родне равноправности, како на стратешком и законодавном плану тако и на плану јачања координације и капацитета институција. У току је рад на ревизији Акционог плана за Поглавље 23. Према подацима из Нацрта ревидираног Акционог плана,¹⁵ кључни циљеви и мере у области антидискриминације неће бити битно измењени.

У Србији делују бројне организација цивилног друштва. Међутим, мали број организација у стању је да поднесе терет вођења судских поступака у случајевима дискриминације, на чије су покретање овлашћене, на шта, поред осталог утиче и слаб капацитет организација у области антидискриминационог права, као и финансијска нестабилност са којом се већина организација суочава.

1.3. Социјална и етничка дистанца, предрасуде и перцепција дискриминације

Друштвену стварност у Србији обележавају још увек широко прихваћени родни, етнички и други стереотипи и предрасуде, због којих је изразито висок ниво социјалне, односно етничке дистанце. То потврђују бројна испитивања јавног мњења.

Према испитивању јавног мњења из 2013. године, етничка дистанца била је највећа према Албанцима, а затим према Хрватима, Бошњацима и Ромима.¹⁶ Стање се није битно променило ни после три године, судећи по налазима испитивања јавног мњења спроведеног током 2016. године.¹⁷ Према

12 Доступно на: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/countries/detailed-country-information/serbia_en.

13 Програм је доступан на: http://www.mei.gov.rs/upload/documents/nacionalna_dokumenta/npaa/npaa_2018_2021.pdf.

14 Доступно на: <https://www.mpravde.gov.rs/files/Akcioni%20plan%20PG%2023%20Treci%20nacrt-%20Konacna%20verzija%201.pdf>.

15 Доступно на: <https://www.mpravde.gov.rs/tekst/22159/prvi-nacrt-revidiranog-akcionog-plana-za-poglavlje-23.php>.

16 Извештај о истраживању јавног мњења „Однос грађана према дискриминацији у Србији“, 2013, Повереник за заштиту равноправности, УНДП, ЦеСИД. Доступно на: <http://www.ravnopravnost.gov.rs/sr/istra%20C5%BEivanja/istra%20C5%BEivanje-javnog-mnenja-odnos-gra%20C4%91ana-prema-diskriminaciji-u-srbiji>.

17 Видети: Извештај о истраживању јавног мњења „Однос грађана и грађанки према дискриминацији у Србији“ (2016), Повереник за заштиту равноправности, Институт за људска права „Лудвиг Болцман“. Доступно на: <http://ravnopravnost.gov.rs/izvestaj-o-istrazivanju-javnog-mnjenja>.

налазима испитивања јавног мњења у 2019. години, највећа етничка дистанца је према мигрантима, односно тражиоцима азила, која бележи благи раст у односу на 2013. годину, а затим према грађанима и грађанкама албанске националности и Ромима. Највећа социјална дистанца постоји према ЛГБТ популацији и ХИВ позитивним особама, с тим што се запажа благи пад социјалне дистанце према ЛГБТ особама.¹⁸

Скоро 40% испитаника/ца (38%) не би волели да им мигранти буду комшије, што је више у односу на 2016. (30%) и 2013. годину (23%). Албанце за комшије не жели 27% испитаника/ца, припаднике ЛГБТ популација 23%, особе које живе са ХИВ/АИДС-ом 19%, као ни Роме (19%). Релативно је велики број испитаника/ца који не би волели да им буду сарадници на послу мигранти (31%), Албанци (23%), особе које живе са ХИВ/АИДС-ом, као ни припадници ЛГБТ популације (22%). За шефа на послу испитаници/це не би желели мигранте (38%), Албанце (32%) и ЛГБТ популацију (27%). Испитаници/це се не би дружили ни посећивали са мигрантима (36%), са припадницима ЛГБТ популације (30%), са особама које живе са ХИВ/АИДС-ом (29%), са Албанцима (29%) и са Ромима (15%).

Посебно су забрињавајући ставови средњошколаца: чак 21% њих не жели да се дружи с припадницима сексуалних мањина, 19% са Албанцима, 10% с Муслиманима, 9% с Ромима, 9% с Хрватима, док се само 2% не би дружило са онима које сматрају лошим људима, а 16% сматра да припадници сексуалних мањина треба да имају иста права као и сви други.¹⁹ Однос деце и младих према људским правима није задовољавајући: висок је проценат деце која подржавају етнички чисту државу и нетолерантност и изражавају спремност на насиље према особама другачије сексуалне оријентације.²⁰ Младима представља проблем да се друже са ЛГБТ особама, ХИВ позитивним особама и особама друге вероисповести.²¹

Друштвене односе у Србији оптерећују широко распрострањени родни стереотипи и предрасуде: чак 24% грађана у Србији сагласно је са ставом да "Руководећа места у пословном свету треба да буду у рукама мушкараца" и да је "Најважнија врлина сваке жене је да буде добра домаћица",²² а 58% жена сматра да у „Свакој породици мора да се зна ко је глава породице“.²³ Истраживања показују да се стереотипна представа о жени у својој бити не мења вековима и да су циљеви социјализације битно различити за дечаке и девојчице.²⁴ Према налазима испитивања јавног мњења, већина грађана

18 Видети: Извештај о истраживању јавног мњења „Однос грађана и грађанки према дискриминацији у Србији“, 2019, Повереник за заштиту равноправности. Доступно на: <http://ravnopravnost.gov.rs/wp-content/uploads/2019/11/izvestaj-o-istrazivanju-javnog-mnjenja.pdf>.

19 Stavovi srednjoškolaca u Srbiji o manjinskim grupama, nasilju i diskriminaciji, Beograd 2015, YUCOM, Доступно на: http://www.yucom.org.rs/upload/vestgalerija_100_4/1343298122_GS0_Diskriminacija_u_srednjim_%C5%A1kolama_prezentacija.pdf

20 Извештај о стању права детета у Републици Србији из угла деце и младих, 2012, Београд: Центар за права детета.

21 Истраживање о степену (не)толеранције и (не)поштовању људских права, Ниш 2010, Отворени клуб. Видети: <http://www.oknis.org.rs>.

22 Посебан извештај о дискриминацији жена, 2015, Повереник за заштиту равноправности, стр. 24. Доступно на: <http://ravnopravnost.gov.rs/izvestaji/>.

23 Благојевић Хјусон М. (2013) *Родни барометар у Србији: развој и свакодневни животи*, Београд: UN Women, стр. 85.

24 Требјешанин Ж. (2002) „Стереотипи о жени у српској култури“, *Нова српска јулијичка мисао*, бр. 2, стр. 56.

очекује од девојчица да буду послушне, пристojно се понашају, изражавају осећања, обављају кућне послове и воде бригу о другима.²⁵

Родни стереотипи су изражени и у млађој популацији. Према једном истраживању у којем су испитаници били млади мушкарци, 30% испитаника се сасвим или углавном слаже са тврдњом да би мушкарци требало да имају више права да добију посао него жене, уколико постоји мањак радних места, 21% испитаника се слаже или углавном слаже да је факултетско образовање мање важно за жене него за мушкарце, а 42% испитаника сматра да треба разликовати мушке и женске послове у домаћинству.²⁶

Према подацима истраживања јавног мњења у 2019. години,²⁷ чак 60% се слаже са тврдњом: “Немам ништа против ЛГБТ особа, али нека они то раде код своје куће”, а да је хомосексуалност болест коју треба лечити сматра 38% грађана и грађанки Србије, док се са оваквим ставом не слаже 39%. Више од трећина испитаника (36%) сматра да Роми воле да краду, а са таквом тврдњом уопште се не слаже свега 13%. Нешто више од трећине испитаника/ца (33%) слаже се са тврдњом „Нормалан човек признаје само традиционалне вере (православље, католицизам, ислам)“, док такав став не дели 46%. Још увек су распрострањене и родне предрасуде – 56% испитаника/ца уопште се не слаже са ставом “Жене немају увек потребне квалитете и вештине за позиције које носе одговорност“, али је 21% оних који су неодлучни или се углавном или у потпуности слажу са овим ставом.²⁸

Већина грађана је мишљења да је друштво у коме живимо дискриминаторско, чак две трећине испитаних сматра да је дискриминација присутна у нашој земљи. Грађани оцењују да су најдискриминисаније групе у Србији особе са инвалидитетом, а затим следе сиромашни (27%), Роми (25%), особе са интелектуалним потешкоћама и менталним сметњама (24%), затим старији (21%) и припадници ЛГБТ популације (21%). Много и прилично дискриминисаним испитаници/це сматрају Роме (66%), особе са интелектуалним потешкоћама и менталним сметњама (61%), сиромашне (58%), особе са телесним и сензорним инвалидитетом (53%), ЛГБТ популацију (47%) и жене (46%).²⁹

Више од трећине испитаних сматра да је дискриминација најприсутнија приликом запошљавања (72%), у домену социјалне заштите (30%), здравства (29%) и образовања (20%).

Истраживање ставова представника/ца органа јавне власти³⁰ показује да чак три четвртине испитаника/ца не разуме појам дискриминације, а борбу против дискриминације углавном не виде као приоритет у свом раду (60,10%). Иако велика већина представника/ца органа јавне власти не

25 Грађанке и грађани Србије о родној равноправности: Јавно мњење Србије о родној равноправности (2010) Београд: Институт друштвених наука – Центар за политиколошка истраживања и јавно мњење. Доступно на: https://www.researchgate.net/profile/Suzana_Ignjatovic/publication/283151355_Gradanke_i_gradani_Srbije_o_rodnoj_ravnopravnosti/links/5828656908aecfd7b8c39952/Gradanke-i-gradani-Srbije-o-rodnoj-ravnopravnosti.pdf.

26 GEM skala i stavovi o rodnoj ravnopravnosti, Dostupno na: <https://images.edu.rs/16-gem-skala-i-stavovi-o-rodnoj-ravnopravnosti/>

27 Извештај о истраживању јавног мњења однос грађана и грађанки према дискриминацији у Србији, Београд: Повереника за заштиту равноправности, стр. 14. Доступно на: <http://ravnopravnost.gov.rs/wp-content/uploads/2019/11/izvestaj-o-istrazivanju-javnog-mnjenja.pdf>

28 *Ibid.*

29 *Ibid.*

30 Однос представника органа јавне власти према дискриминацији у Србији, Повереник за заштиту равноправности, 2014. стр. 12. Доступно на: http://ravnopravnost.gov.rs/wp-content/download/izvestaj_odnos_predstavnika_javne_vlasti_prema_diskriminaciji_u_srbiji_final.pdf

разуме појам дискриминације, више од четвртине њих (28%) сматра да је било дискриминисано, при чему као основ наводе политичко убеђење (43,8%), пол, родни идентитет и сексуалну оријентацију (20,6%), а затим расу, националну припадност или етничко порекло (18,9%).³¹

Скоро трећина (27%) представника јавне власти на питање „Да ли је дискриминација законом забрањена“ тврди да није или не зна одговор на ово питање. Према мишљењу испитаника/ца, представници/це органа јавне власти имају највише предрасуда према ЛГБТ популацији, припадницима малих верских заједница, особама које живе са ХИВ-ом, Ромима и деци са сметњама у развоју. Само половина запослених у органима јавне власти осуђује дискриминацију, док је 14,2% толерише, а само трећина је спремна да реагује у случају дискриминације која се врши према странци и пријави извршиоца дискриминације. Представници органа јавне власти не виде јасно одговорност државе у сузбијању предрасуда, као узрока дискриминације, а скоро половина сматра да су дискриминисане групе саме одговорне за свој положај.³²

1.4. Антидискриминациона политика

Креирање антидискриминационе политике у Србији превасходно је вођено обавезама државе које проистичу из међународних уговора о људским правима и преговора са ЕУ. Основни стратешки документ у овој области била је *Стратегија превенције и заштите од дискриминације 2013-2018*³³ из 2013., којом је дефинисан систем мера, услова и инструмената јавне политике коју држава треба да спроведе ради спречавања односно смањења дискриминације, посебно дискриминације према појединим осетљивим друштвеним групама. Стратегијом је, као општи циљ, утврђено смањење броја случајева кршења начела забране дискриминације, за чије су остваривање планиране различите мере и активности ради усаглашавања антидискриминационог правног оквира са међународним документима и правом ЕУ, доследно спровођење и примена постојећег законског и регулаторног оквира који се односи на спречавање кршења забране дискриминације, спречавање дискриминаторских пракси у одређеним областима, стварање безбедног окружења за припаднике осетљивих друштвених група и унапређење степена толеранције према њима, искорењивање односно сузбијање говора мржње и аката физичког и психичког насиља према маргинализованим и осетљивим друштвеним групама, утврђивање смерница за борбу против дискриминације у јединицама локалне самоуправе, и јавно заговарање неопходности спречавања дискриминације и промовисање културе толеранције и др.

Влада Србије усвојила је *Акциони план за примену Стратегије превенције и заштите од дискриминације (2014-2018)*.³⁴ Поред планираних измена и допуна појединих закона, Акционим планом предвиђене су мере за сузбијање аката насиља, говора мржње, нетолеранције и претњи према осетљивим друштвеним групама путем спровођења ефикасних истрага и пружања кривично-правне и других облика заштите, као и мере за унапређење приступа правди, сузбијање дискриминаторних

31 *Ibid.*

32 *Ibid.*

33 Сл. гласник РС, бр. 60/13.

34 Сл. гласник РС, бр. 107/14. Доступно на: https://www.ljudskaprava.gov.rs/sites/default/files/dokument_file/akcioni_plan_-_srpski.pdf.

практи, промовисања антидискриминационог понашања и вредности и развијање компетенција за живот у демократском друштву, мере за елиминисање садржаја из наставног материјала који подстичу родне и друге стереотипе и предрасуде, мере за унапређење компетенција државних службеника за примену антидискриминационих прописа и др. Једна од важних активности јесу стручне обуке за судије, тужиоце и друге запослене у правосуђу у области антидискриминације, међународних стандарда и праксе међународних наднационалних механизма заштите људских права, као и обуке за унапређење комуникације са припадницима осетљивих друштвених група.

У току је припрема нове Стратегије превенције и заштите од дискриминације и пратећег Акционог плана, а планиране су и измене и допуне Закона о забрани дискриминације.³⁵

За сузбијање дискриминације и остваривање равноправности у друштвеним односима од значаја су стратешки документи који се односе на поједне друштвене групе или на поједине секторе, међу којима и *Акциони план за остваривање људских националних мањина из 2016*,³⁶ *Стратегија за социјално укључивање Рома и Ромкиња у Републици Србији (2016-2025)*, *Национална стратегија за родну равноправност (2016-2020)*, са Акционим планом за период 2016-2018, *Национална стратегија за младе (2015-2025)*, *Стратегија превенције и сузбијања њивовине људима, посебно женама и децом и заштити жртва (2017–2022)* и *Стратегије унапређења положаја особа са инвалидитетом у Републици Србији за период до 2020. године*,³⁷ који по форми прати Европску стратегију за особе са инвалидитетом 2010-2020 – Европа без баријера.

1.5. Кључни проблеми у остваривању равноправности и заштити од дискриминације

Ситуација у вези са остваривањем начела једнакости и забране дискриминације још увек је незадовољавајућа. Многе неједнакости у приступу друштвеним ресурсима оправдавају се економском кризом и недостатком средстава. Иако су евидентни позитивни помаци на плану спречавања и сузбијања дискриминације, потребу за даљим и још активнијим деловањем у овој области потврђују извештаји међународних организација: Европске комисије у извештају о напретку Србије у процесу европских интеграција, Повереника за заштиту равноправности и организација цивилног друштва.

1.5.1. Налази и препоруке међународних тела и организација

У Закључним закључцима Комисије за људска права УН у вези са Трећим периодичним извештајем о примени Међународног пакта о грађанским и политичким правима, упућеним Србији марта 2017.³⁸ Комитет је похвалио позитивне помаке у области заштите људских права, али

35 Нацрт Закона о изменама и допунама Закона о забрани дискриминације. Доступно на: <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/050919/050919-vest13.html>.

36 Доступно на: https://ljudskaprava.gov.rs/sites/default/files/prilog_fajl/akcioni_plan_za_sprovodjenje_prava_nacionalnih_manjina_-_sa_semaforom.pdf.

37 Сл. гласник РС, бр. 44/20.

38 Concluding observations on the third periodic report of Serbia, Human Rights Committee, UN, CCPR/C/SRB/CO/3, 10. април 2017. Доступно на: <http://www.ljudskaprava.gov.rs/sr/node/156>.

је изразио забринутост због кашњења у имплементацији Стратегије превенције и заштите од дискриминације и упутио препоруке за предузимање конкретних мера у правцу благовременог и ефикасног спровођења Акционог плана за њену примену. Комитет је констатовао да и даље постоји висок ниво дискриминације и насиља над ЛГБТИ особама, особама са ХИВ-ом и посебно Рома, који су и даље подвргнути широко распрострањеној дискриминацији и искључивању, незапослености, принудним исељењима, мада је нагласио да постоји напредак када је у питању регистрација Рома. Посебне препоруке Комитет је упутио и у вези социјалне инклузије Рома, унапређења родне равноправности и положаја особа са инвалидитетом, спречавања и адекватног кажњавања злочина из мржње, сузбијања дискриминације ЛГБТ особа и особа које живе са ХИВ/АИДС-ом, превенције породичног и партнерског насиља и др. Комитет је такође констатовао да, и поред извесног напретка, особе са инвалидитетом имају тешкоће у приступу правди, образовању, запошљавању и политичкој партиципацији а изражена је забринутост због случајева присилног смештаја у медицинске установе особа с менталним, интелектуалним и психосоцијалним сметњама, неадекватним мерама деинституционализације и претераном употребом института лишења пословне способности.

Комитет УН за укидање расне дискриминације усвојио је августа 2017. *Закључна зајажњања на комбиновани II-V њериодични извештај Републике Србије о њримени Међународне конвенције о укидању свих облика расне дискриминације*.³⁹ Комитет је констатовао и похвалио напоре државе на спровођењу политика и мера за унапређење примене Конвенције, указујући на неопходност предузимања додатне мере на сузбијању сегрегације ромске деце и обезбеђивању приступа квалитетном образовању за сву децу, укључујући и децу мигранте. Да би се обезбедило кажњавање оних који чине кривична дела са елементима злочина из мржње држави је препоручено да евидентира инциденте, истраге, кривичне поступке и казне које се односе на злочине из мржње због припадности раси. Од државе је затражено да у року од годину дана пружи детаљне статистичке податке, разврстане по националности, броју и природи пријављених злочина из мржње због припадности раси, кривичним поступцима и осуђујућим пресудама, и правном заштитом која је пружена жртвама, као и за кривична дела трговине људима. Препоручено је предузимање мера којима би се обезбедило да расистички говор мржње буде идентификован и да се блокирају интернет странице на којима се изазива расна дискриминација, сузбија расистичко понашање у спорту, да обезбеди да политички лидери промовишу међуетничку толеранцију и разумевање. Указано је и на питање стамбене сегрегације Рома и захтева од државе да развија програме социјалног становања и да се становници неформалних насеља консултују пре расељавања, као и да им се обезбеде неопходне информације и одговарајући алтернативни смештај.

Комитет за права детета је у својим *Закључним зајажњањима о комбинованом друјом и њрећем њериодичном извештају Републике Србије*⁴⁰ усвојеним фебруара 2017. године поздравио иницијативе које је држава потписница увела у циљу решавања проблема дискриминације, нарочито ромске

39 Concluding observations on the combined second to fifth periodic reports of Serbia, Committee on the Elimination of Racial Discrimination, UN, CERD/C/SRB/CO/2-5, 3. јануар 2018. Доступно на: <http://www.ljudskaprava.gov.rs/sr/node/156>.

40 Concluding observations on the combined second and third periodic reports of Serbia, CRC, /C/SRB/CO/2-3, 3. фебруар 2017. Доступно на: <http://www.ljudskaprava.gov.rs/sr/node/156>.

деце, али је изразио забринутост због дискриминације ромске деце у свим областима живота, што је, по оцени Комитета, један од главних разлога који доводи до смештања ромске деце у установе. У извештају је констатовано да се ромска деца, као и деца са сметњама у развоју, мигранти, избеглице и деца тражиоци азила, деца припадници мањина, деца која живе у удаљеним подручјима, деца која живе и раде на улици, деца са ХИВ/АИДС и ЛГБТ деца и даље суочавају са дискриминацијом у односу на приступ образовању, здравственој заштити и адекватном становању. Комитет је констатовао наредак у погледу регистрације деце, указујући да око 8.500 деце није регистровано приликом рођења, од којих су већина ромска деца, чиме им је онемогућен приступ уживању основних права. Држави је препоручено да осигура потпуну примену нових прописа који омогућавају упис деце чији родитељи немају лична документа, као и да покрене процедуре за утврђивање држављанства деце чији су родитељи без држављанства или им је националност непозната. Такође, држави је упућен апел да осигура потпуну примену релевантних постојећих закона о забрани дискриминације кроз јачање едукативних кампања које се баве негативним друштвеним ставовима према ромској деци, деци са инвалидитетом и другим осетљивим групама деце, као и да осигура да деца која живе у руралним подручјима имају приступ квалитетном образовању, адекватној здравственој заштити и становању.

Комитет за елиминисање свих облика дискриминације жена усвојио је марта 2019. *Закључна зајажња о Четвртој периодичном извештају о примени Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена*,⁴¹ у коме је похвалио напоре државе на сузбијању дискриминације жена и изразио забринутост због тешкоћа са којима се жене суочавају у приступу правди, постојања разлика у зарадама међу половима, несразмерно високе незапослености жена, посебно међу Ромкињама, женама са инвалидитетом и женама на селу, сексуалног узнемиравања жена на радном месту, недостатка разврстаних података о положају жена на тржишту рада, неделотворности заштите жена од насиља и др. Држави су упућене бројне препоруке, међу којима је појачавање напора за елиминацију родних стереотипа, укључујући и оснаживање знања судства, тужилаца и адвоката о Конвенцији и њиховом капацитету да се позову на њу и да је директно примењују у судским поступцима, истовремено осигуравајући да иницијативе за изградњу капацитета адекватно решавају потребе жена и девојака.

У *Закључним зајажњима Комитета за права особа са инвалидитетом о Иницијалном извештају о Србији* (2016),⁴² Комитет је изразио забринутост да су поједини прописи дискриминаторни и у супротности са одредбама Конвенције о правима особа са инвалидитетом, па је препоручио Србији преиспитивање законског оквира, односно, дефинисање дискриминације на основу инвалидитета које би се експлицитно односило на све облике дискриминације, као и укључивања концепта разумног прилагођавања и обезбеђивања да се одговарајућим законима и прописима утврди да је одбијање разумног прилагођавања облик дискриминације на основу инвалидитета, као и да се уведе делотворан и пропорционалан правни лек, укључујући пенале као средство одвраћања. Комитет је забринут због непостојања информација о посебним мерама и протоколима

41 Доступно на: <https://www.ljudskaprava.gov.rs/sr/node/156>.

42 Видети: CRPD/C/SRB/CO/1, мај 2016, пар. 17 и 18.

који би обезбедили одговарајућа процесна родна и старосна прилагођавања у судским поступцима, укључујући обезбеђивање тумача за знаковни језик за глуве особе и формата за комуникацију приступачних глумим и слепим особама, особама са менталним сметњама и особама са психофизичким сметњама, посебно у грађанским парницама.

У *Свејском извештају међународне организације Human Rights Watch*⁴³ позитивно је оцењено одржавање Параде поноса без инцидената, уз присуство прве жене председнице Владе која је декларисана припадница ЛГБТ заједнице. Поред тога, указано је на потребу даљих реформи у областима људских права и владавине права и апострофирана забринутост Комитета УН за права детета због институционалног смештаја великог броја деце са сметњама у развоју.

Према *Извештају о стању људских њрава у Србији 2017*⁴⁴ Државног секретаријата САД из 2017., највећи проблеми у остваривању људских права наведени су дискриминација и насиље над припадницима мањинских група, посебно Рома. У овом извештају се указује и на проблем насиља над женама, као и на дискриминацију жена. Апострофирана је дискриминација особа са инвалидитетом, ЛГБТ особа и особа које живе са ХИВ-ом.

У оквиру петог циклуса мониторинга, Европска комисија против расизма и нетолеранције објавила је маја 2017. *Извештај о стању људских њрава у Републици Србији*.⁴⁵ У Извештају је указано на напредак остварен доношењем Стратегије за социјално укључивање Рома и Ромкиња у Републици Србији за период од 2016. до 2025. године, на повећан броја пријава и броја издатих личних докумената припадницима ромске заједнице, као и на укључивање ромске деце у образовне процесе и побољшање стамбених услова Рома. Такође, позитивно је оцењен и рад на нормативном регулисању истополних партнерстава, промене имена и пола трансродних особа, обучавање полицијских службеника и запослених у социјалним установама о правима ЛГБТ особа и др. На листи препорука две захтевају приоритетну имплементацију: усвајање кодекса понашања од стране Народне скупштине и Владе Србије, који забрањују употребу говора мржње и прописују санкција за кршење њихових одредаба и давање приоритета при запошљавању и ангажовању пропорционалног броја Рома и припадника других мањина у државној служби.

У извештају је препоручено усвајање прописа који би омогућили покретање поступака у случајевима посредне дискриминације и пре наступања последица, као и прописивање позитивне обавезе свих органа јавне да подстичу равноправност и спречавају дискриминације. Такође, препоручено је да држава регулише право на бесплатну правну помоћ, да пропише правило којим се све дискриминаторске одредбе садржане у уговорима о раду, споразумима и другим актима морају изменити или ће се сматрати ништавима, да онемогући финансирање из јавних извора свих организација, укључујући и политичке странке, које промовишу расизам. Једна од препорука је да Повереник за заштиту равноправности буде овлашћен да спроводи поступке по службеној дужности. Поред тога, одговарајуће препоруке дате су за обуку новинара, одређивање контакт особа у поли-

43 World Report 2018 - Serbia/Kosovo Events of 2017, *Human Rights Watch*. Доступно на: <https://www.hrw.org/world-report/2018/country-chapters/serbia/kosovo>.

44 Доступно на: <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/03/SERBIA-2018-HUMAN-RIGHTS-REPORT.pdf>.

45 ECRİ report on Serbia (fifth monitoring cycle), Council of Europe, 22. март 2017. Српска верзија доступна на: <https://www.anti.media/uploads/main/content-pages/srb-cbc-v-2017-021-srp.pdf>.

ција и тужилаштву које би, заједно са Повереником, успоставиле и одржавале редован дијалог са групама становништва које су нарочито угрожене говором мржње и злочинима из мржње, како би се обезбедило адекватно извештавање, истрага и гоњење учинилаца ових дела.⁴⁶

1.5.2. Налази и препоруке Европске комисије

Европска комисија је маја 2019. године објавила Извештај о напретку Србије у процесу европских интеграција за 2019. годину.⁴⁷ У извештају се, поред осталог, наводи да држава треба да појача мере за заштиту права лица која се суочавају са дискриминацијом, укључујући припаднике лезбијске, геј, бисексуалне, трансродне и интерсексуалне популације (ЛГБТИ), особе са инвалидитетом, особе са ХИВ/АИДС-ом и друге рањиве појединце; да активно спроводи истрагу и доноси пресуде за кривична дела учињена из мржње, да усвоји нову стратегију за борбу против дискриминације, као и да обезбеди доследну примену законодавства које се односи на националне мањине, укључујући Роме.

1.5.3. Налази и оцене невладиних организација

У Годишњем извештају за 2017. годину, Београдски центар за људска права указује на случајеве дискриминације Рома, ЛГБТ особа, као и на непостојање прописа о истополном партнерству, нерегулисаном статусу транс особа и интерсекс особа, као и на дискриминацију особа које живе са ХИВ-ом, особа са инвалидитетом, као и жена, које су у неједнаком положају у односу на мушкарце у свим областима друштвеног живота.

Коалиција ПреУговор у Извештају о најрејој Србије у појављивањима 23 и 24,⁴⁸ објављеном септембра 2019. године оцењује ситуацију у вези са антидискриминационом политиком и политиком родне равноправности, указујући на проблеме у спровођењу мера наведених у Акционом плану за имплементацију Стратегије за превенцију и заштиту од дискриминације. У извештају је, поред осталог, указано на потребу измена антиродног дискурса и потребу измена Закона о забрани дискриминације и усвајања нове антидискриминационе стратегије.

1.5.4. Искуства, налази и препоруке Повереника за заштиту равноправности

Према подацима из годишњих извештаја Повереника за заштиту равноправности, овај орган, чија је основна надлежност да поступа по притужбама због дискриминације, у периоду од 2010. када је установљен до 2017. разматрао је укупно 4.097 притужби, чији је годишњи број варирао, о чему сведочи следећа табела:

Година	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	Укупно
Број притужби	124	335	465	552	666	797	626	532	947	711	5.755

Већину притужби поднели су појединци, док су значајно мање притужби поднела правна лица, укључујући невладине организације које се баве заштитом људских права. Међу невладиним организацијама најактивније су биле оне које се баве људским правима ЛГБТ популације и особа које живе са ХИВ-ом. Број притужби невладиних организација се константно повећава, док је број при-

⁴⁶ Ibid.
⁴⁷ Ibid.
⁴⁸ Ibid.

тужби које су поднели синдикати константно мали.

Према подацима о поднетим притужбама садржаним у годишњим извештајима Повереника за заштиту равноправности,¹ најбројније су притужбе због дискриминације на основу инвалидитета, а затим старосног доба, пола, здравственог стања и националне припадности. Притужбе због дискриминације на основу националне припадности, односе се најчешће на дискриминацију Рома, а затим Бошњака, Албанаца, Румуна, Бугара и Хрвата. Већина притужби поднета је због дискриминације извршене по једном личном својству, а око 5% притужби поднето је због двоструке/вишеструке дискриминације, обично засноване на полу и неким другим личним својствима, најчешће инвалидности и националности. Најчешће су притужбе због дискриминације у области рада и запошљавања, у пружању јавних услуга и коришћењу објеката и површина, затим, у поступцима пред јавним органима, у пружању социјалних услуга, у образовању и стручном усавршавању, у области јавног информисања и медија и др. Већина притужби поднета је против државних и других органа јавне власти и правних лица, док је против појединаца поднето знатно мање притужби.

Повереник за заштиту равноправности у Редовном годишњем извештају за 2018. годину² указује да се српско друштво и даље суочава са значајним изазовима на плану унапређења равноправности иако је евидентан помак у погледу заштите од дискриминације. У извештају се констатује да су, према подацима о поднетим притужбама, дискриминацији најчешће изложене особе са инвалидитетом.

У извештају Повереника указује се и на раширену дискриминацију на основу старосног доба, као и на основу пола/рода, којој су најчешће изложене жене. Учестала је и дискриминација на основу здравственог стања, а релативно је велики и број притужби због дискриминације на основу националне припадности или етничког порекла, којој су највише изложени Роми и Ромкиње. Притужбе које се односе на дискриминацију ЛГБТ особа чине тек 6,6%, а највећи број њих поднет је због дискриминације у области јавног информисања и медија, и то од стране организације цивилног друштва.

Према подацима Повереника, доминантне области дискриминације у 2017. години биле су рад и запошљавање, поступање органа јавне власти, пружање услуга и коришћење јавних објеката и површина, област образовања и област јавног информисања и медија. Говору мржње у медијима највише су биле изложене жене, ЛГБТ и Роми. Као и претходних година, највећи број притужби поднет је против органа јавне власти (43%) и правних лица (28,7%), док је против физичких лица поднето 17,8% притужби.

1 Доступно на: <http://ravnopravnost.gov.rs/izvestaji/>.

2 Доступно на: <http://ravnopravnost.gov.rs/izvestaji/>.

У извештају Повереника дате су бројне препоруке, од којих је највећи број био садржан и у ранијим извештајима, као што је, на пример, препорука о усвајању Закона о бесплатној правној помоћи и обезбеђивању делотворног приступа правди, која је садржана у свим извештајима. Поред осталог, препоручено је интензивирање рада на обезбеђивању архитектонске и информационе приступачности, стварања услова за пуно остваривање свих гарантованих права под једнаким условима, наставак процеса деинституционализације уз обезбеђивање адекватне подршке особама са инвалидитетом за самосталан живот у заједници, предузимање мера ради спречавања присилног смештања у здравствене и социјалне установе, смањивања броја деце на институционалном смештају, даљи развој инклузивног образовања и унапређење доступности високог образовања младима из маргинализованих друштвених група, нарочито у погледу приступачности простора, обезбеђивања асистивних технологија и одговарајућих сервиса за подршку студентима са инвалидитетом.

Препоручено је, такође, да се у наставне програме и наставне материјале интегришу теме које развијају културу мира, толеранције, разумевања и уважавања различитости, родне равноправности и недискриминације, као и да се из наставних материјала уклоне садржаји који подржавају стереотипе и предрасуде и уведу они који промовишу вредности равноправности и толеранције. Указано је и на потребу побољшања положаја старијих, нарочито у руралним и неприступачним подручјима, као и на потребу интегрисања родне перспективе у јавне политике у циљу остваривања родне равноправности у свим областима јавног и приватног живота, унапређења заштите од насиља у породици и других облика родно заснованог насиља. Апострофирана је и потреба за предузимањем мера како би састав органа јавне власти одговарао националном саставу становништва на њиховом подручју и мера у циљу управљања националном, етничком, верском, језичком и другом разноврсношћу. Препоручено је спровођење мера за унапређење положаја Рома и посебно Ромкиња у погледу обезбеђивања личних докумената, приступа адекватном становању, здравственим, образовним и услугама социјалне заштите, као и запошљавању. Поред тога, препоручено је доношење прописа о истополним заједницама.

Указано је и на потребу повећања одговорности новинара, како би се из медијских прилога елиминисао говор мржње, сензационализам, сексизам, мизогинија, дискриминаторни ставови и увредљиво извештавање о ЛГБТ особама и другим маргинализованим друштвеним групама.

Сет препорука односи се и на едукацију носилаца правосудних функција, полицијских службеника, запослених у државној управи, запослених у систему образовања, здравствене и социјалне заштите и запослених у инспекцијским службама из области антидискриминационог права, како би се обезбедило правилно и уједначено тумачење и примена антидискриминационих прописа, у складу са међународним стандардима и праксом међународних институција.

2. ПРАВНИ ОКВИР

Република Србија је последњих година успоставила целовит антидискриминациони правни оквир, ратификовањем свих најважнијих универзалних и регионалних уговора у овој области и усвајањем домаћих прописа. У овом одељку дат је преглед најважнијих међународних уговора и домаћих прописа.

2.1. Међународни уговори

2.1.1. Међународни уговори усвојени у окриљу Уједињених нација

- 1) *Повеља Уједињених нација* из 1945. године, у члану 55, тачка ц обавезује све чланице на „*поштовање људских права и основних слобода за све, без разликовања расе, пола, језика или вере*“.
- 2) *Универзална декларација о људским правима* из 1945. године, у члановима 1 и 2 свим људима јамчи слободу и једнакост у достојанству и правима, без обзира на „*било какву разлику као што је раса, боја коже, пол, језик, вера, пољитичко или неко друго одређење, национално или друштвено порекло, власништво, рођење или неки други статус*“.
- 3) *Конвенција УН о укидању свих облика расне дискриминације* из 1965. године,³ основни је документ УН у борби против расизма и дискриминације. Овом конвенцијом је, између осталог, утврђено да „*државе чланице осуђују сваку организацију и све организације које се руководе идејама или теоријама заснованим на супериорности неке расе или групе лица извесне боје или извесној етничкој порекла или које желе да оправдају или подрже сваки облик расне мржње и дискриминације*“.
- 4) *Међународни пакт о грађанским и пољитичким правима* из 1966. године⁴ у члану 20, став 2 прокламује да ће се законом „*забранити свако заговарање националне, расне или верске мржње које представља подстицање на дискриминацију, непријатељство или насиље*“. Чланом 26 Пакта утврђено је: „*Сви су пред законом једнаки и имају право на једнаку законску заштитиу без икаквој разликовања. У том пољеду закон ће забрании сваку дискриминацију и зајемчии свим лицима подједнаку и ефикасну заштитиу против сваке дискриминације, нарочито на основу расе, боје, пола, језика, вероисповести, пољитичкој и било којој другој мишљења, националној и друштвеној порекла, имовине, рођења или другој статусу*“.
- 5) *Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима* из 1966. године,⁵ у члану 2, став 2 обавезује државе уговорнице да јамче да се права која су у њему проглашена извршавају „*без икакве дискриминације засноване на раси, боји, полу, језику, вероисповести, пољитичком или каквом другом мишљењу, националном или друштвеном пореклу, имовини, рођењу или неком другом својству*“.

3 Усвојена на седници Генералне скупштине УН 1965. године, а ступила је на снагу 1967. године, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 31/67.

4 Усвојен Резолуцијом 2200А (XXI) Генералне скупштине 16. децембра 1966. године. Ступио на снагу 23. марта 1976. године, *Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори*, бр. 7/71.

5 *Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори*, бр. 7/71.

- 6) *Конвенција о правима деце* из 1989. године,⁶ у члану 2 прописује обавезу држава чланица да поштују и обезбеђују права садржана у Конвенцији сваком детету под њиховом јурисдикцијом, без икакве дискриминације и без обзира на расу, боју коже, пол, језик, вероисповест, политичко или друго убеђење, национално, етничко или социјално порекло, имовно стање, онеспособљеност, рођење или други статус детета или његовог родитеља или законитог старатеља.
- 7) *Међународна конвенција о укидању свих облика дискриминације жена* из 1979. године⁷ прописује одговорност држава чланица да елиминишу све видове дискриминације жена у остваривању грађанских, политичких, економских, социјалних и културних права, и то не само у јавном, већ и у приватном животу, укључујући и породицу.
- 8) *Конвенција УН о правима особа са инвалидитетом* из 2006. године,⁸ у члану 5 утврђује обавезу држава чланица да обезбеде пуно остваривање свих људских права и основних слобода за сва лица под њиховом јурисдикцијом, без икакве дискриминације по основу инвалидности. Државе потписнице су, такође, обавезне да обезбеде једнакост особа са инвалидитетом пред законом, једнаку правну заштиту, без икакве дискриминације, и обавезне су да забране било какву дискриминацију по основу инвалидности и гарантују свим особама са инвалидитетом *једнаку и ефективну правну заштиту од дискриминације*.

Сви наведени међународни уговори правно су обавезујући за Србију. Србија је 11. новембра 2004. године потписала, али још увек није ратификовала и *Међународну конвенцију о заштити права радника миграната и чланова њихових породица* (1990).

Међународним уговорима установљена су и уговорна тела (комитети) која су овлашћена да надзиру испуњавање уговорних обавеза држава чланица.⁹ Комитети својим општим препорукама дају смернице за тумачење међународних уговора, а закључним препорукама које упућују на основу периодичних извештаја држава чланица о извршењу обавеза које су преузеле ратификацијом међународних уговора пружају драгоцене путоказе за даљи рад на сузбијању и заштити од дискриминације.

Државе чланице УН дужне су да поштују стандарде и следе препоруке садржане у актима специјализованих организација УН, њених органа, тела и агенција, као што су Конвенција Организације УН за образовање, науку и културу (UNESCO) против дискриминације у образовању из 1960. године, Конвенција бр. 159 о професионалној рехабилитацији и запошљавању лица са инвалидитетом из 1983. године, Принципи заштите ментално оболелих особа и унапређење заштите менталног здравља од 1991. године, Конвенција Међународне организације рада која се односи на забрану дискриминације у погледу запошљавања и занимања (ILO – C – 111) и др.

6 Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори, бр. 15/90 и 2/97.
7 Закон о ратификацији Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена, Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори, бр. 11/81; Закон о потврђивању Опционог протокола уз Конвенцију о елиминисању свих облика дискриминације жена, Сл. лист СРЈ - Међународни уговори, бр. 13/02.
8 Закон о потврђивању Конвенције о правима особа са инвалидитетом, Сл. гласник РС, бр. 42/09.
9 Укупно је девет комитета: Комитет за укидање свих облика расне дискриминације, Комитет за људска права, Комитет за економска, социјална и културна права, Комитет против мучења, Комитет за укидање дискриминације жена, Комитет за права детета, Комитет за права особа са инвалидитетом, Комитет за права радника миграната и Комитет за заштиту од принудних нестанака.

2.1.2. Међународни уговори у окриљу Савеза Европске

Забрана дискриминације предвиђена је чланом 14 *Европске конвенције за заштити људских љрава и основних слобода* из 1950. године и ојачана је *Протоколом бр. 12* уз Конвенцију из 2000. године који је омогућио свеобухватнију заштиту лица од дискриминације, забраном дискриминације у погледу свих права која државе чланице признају својим прописима. Србија је ратификацијом Европске конвенције заједно са њеним протоколима,¹⁰ преузела обавезу да се свако право које њени закони гарантују ужива без дискриминације по било ком основу.

Србија је ратификовала и *Европску конвенцију о спречавању мучења и нечовечних или љонихжавајућих казни или љосиујака* (1987),¹¹ *Европску љовелу о реионалним или мањинским језицима* (1992),¹² као и *Оквирну конвенцију Савеза Европске о заштити националних мањина* (1994),¹³ чији Одељак II, члан 4, став 1 гласи: *"Спиране ујоворнице се обавезују да ће љријадницима националних мањина љарантјовати равнојравности љред законом и једнаку законску заштитиу. У љом смислу забрањена је било каква дискриминација на основу љријадности националној мањини"*.

За заштиту од дискриминације од значаја је и дугогодишња пракса *Европској суда за људска љрава* (у даљем тексту: ЕСЉП), који је током свог дугогодишњег рада развио стандарде, критеријуме и мерила за утврђивање дискриминације, укључујући и посебну методологију за утврђивање појединих видова непосредне и посредне дискриминације. Такође, значајни су и извештаји *Европске комисије за борбу љроштив расизма и нетолеранције* (ECRI), посебног тела Савета Европе, чији је основни задатак да сузбија расизам, ксенофобију, антисемитизам и нетолеранцију, који угрожавају људска права и демократске вредности у Европи.¹⁴

2.1.3. Антидискриминационо љраво Европске уније

Србија је септембра 2013. године, ступањем на снагу Споразума о стабилизацији и придруживању, недавно стекла статус кандидата за чланство у ЕУ и обавезала се да своје право хармонизује са правом ЕУ и обезбеди његову доследну примену. Због тога су антидискриминациони прописи ЕУ релевантни и за домаће судове и све државне и друге органе јавне власти, иако још увек нису правно обавезујући.

У праву ЕУ општа забрана дискриминације налази се у одредбама члана 13 Уговора којим се оснива Европска заједница. Ступањем на снагу Уговора из Амстердама, на основу новог члана 13, ЕУ је добила посебна овлашћења у сфери борбе против дискриминације по основу пола, расног или етничког порекла, верског убеђења или веровања, одређеног инвалидитета, старости и сексуалне опредељености, укључујући и могућност да доноси правне акте ради спречавања и отклањања дискриминације по датим основама. У Уговору из Лисабона, потписаном 13. децембра 2007. године, у члану 2, став 3 наводи се, поред осталог, да ће се ЕУ *борити љроштив социјалне искључености и дис-*

10 Сл. лист СЦГ, бр. 9/03, 5/05 и 7/05 – испр.

11 Сл. лист СЦГ - Међународни уговори, бр. 9/03.

12 Сл. лист СЦГ - Међународни уговори, бр. 18/05.

13 Сл. лист СРЈ - Међународни уговори, бр. 6/98.

14 Последњи извештај Европске комисије против расизма и нетолеранције о Србији усвојен је 22. марта 2017. године. Видети: https://www.ljudskaprava.gov.rs/sites/default/files/prilog_fajl/finalni_izvestaj_ekri_o_srbiji.pdf.

криминације, и промовисаће социјалну правду и заштити, равноправности између жена и мушкараца и солидарности између генерација и заштити права деце. Овим уговором постала је обавезујућа Повеља о основним правима у ЕУ из 2000. године, којом је у члану 21, поред осталог, забрањен сваки вид дискриминације која се заснива на полу, раси, боји коже, етничком или социјалном пореклу, генетским особинама, језику, религији или уверењу, политичком или било ком другом мишљењу, припадности националној мањини, имовини, рођењу, инвалидитету, животном добу или сексуалној оријентацији, уз истицање значаја начела равноправности полова (члан 13).

У области заштите од дискриминације од значаја су и секундарни извори права - директиве ЕУ, међу којима су најзначајније: Директива Савета Европске уније 2000/43/ЕЦ, за спровођење принципа једнаког третирања особа без обзира на расу и етничко порекло; Директива Савета Европске уније 2000/78/ЕЦ, која успоставља оквир за равноправан третман у запошљавању и професији; Директива Савета Европске уније 2002/73/ЕЦ за спровођење принципа једнаког третирања жена и мушкараца у погледу запошљавања, стручне обуке и найредовања и услова рада; Директива Савета Европске уније 2004/113/ЕЦ имплементацији принципа једнаких могућности и једнаког третирања мушкараца и жена у вези са добрима и услугама; Директива Савета Европске уније 2006/54/ЕЦ имплементацији принципа једнаких могућности и једнаког третирања мушкараца и жена у области запошљавања и занимања; Директива Савета Европске уније 2010/41/ЕУ о примени принципа једнаког третирања мушкараца и жена који су самозајослени и др.

2.1.4. Процеси Републике Србије

Дискриминација је изричито забрањена самим Уставом Републике Србије,¹⁵ који у члану 21 прописује да су пред Уставом и законом сви једнаки, да свако има право на једнаку законску заштиту, без дискриминације, да је забрањена свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета. У истом члану Устав Републике Србије прописује и да се не сматрају дискриминацијом посебне мере које Република Србија може увести ради постизања пуне равноправности лица или групе лица која су суштински у неједнаком положају са осталим грађанима.

И многе друге одредбе Устава Републике Србије забрањују дискриминацију: члан 1 Устава Републике Србије, који прокламује равноправност грађана и тиме забрањује дискриминацију, утврђујући да је „Република Србија држава српског народа и свих грађана који у њој живе, заснована на владавини права и социјалној правди, начелима грађанске демократије, људским и мањинским правима и слободама и припадности европским принципима и вредностима“, члана 15 који прописује да држава јемчи равноправност жена и мушкараца и развија политику једнаких могућности, члан 76 Устава Републике Србије, који се односи на забрану дискриминације националних мањина и којим је утврђено да се „припадницима националних мањина јемчи равноправност пред законом и једнака законска заштита“, те да је забрањена било каква дискриминација због припад-

15 Сл. гласник РС, бр. 98/06.

ности националној мањини, при чему се не сматрају дискриминацијом посебни прописи и привремене мере које Република Србија може увести ради постизања пуне равноправности између припадника националне мањине и грађана који припадају већини.

Уставна забрана дискриминације је универзална: њени обвезници су сва лица, а заштиту уживају сва физичка и правна лица, као и групе лица, а простире се на све области друштвеног живота.

Основни извор антидискриминационог права у Србији јесте *Закон о забрани дискриминације* из 2009. године.¹⁶ Овим оквирним и основним антидискриминационим законом установљен је целовит и свеобухватан систем заштите од дискриминације у Републици Србији. Њиме је уређена општа забрана дискриминације, облици и случајеви дискриминације, као и поступци заштите од дискриминације. Поред тога, овим законом установљен је Повереник за заштиту равноправности, национални институционални механизам специјализован за сузбијање и заштиту од дискриминације.

Законом о заштити права и слобода националних мањина из 2002. године¹⁷ забрањен је сваки облик дискриминације припадника националних мањина на националној, етничкој, расној и језичкој основи и уређена је заштита националних мањина од сваког облика дискриминације у остваривању права и слобода.

У *Закону о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом* из 2006. године,¹⁸ којим је уређен општи режим заштите од дискриминације по основу инвалидности, посебни случајеви дискриминације особа са инвалидитетом, поступак заштите особа изложених дискриминацији, као и мере које држава предузима ради подстицања равноправности и социјалне укључености особа са инвалидитетом (чл. 1). Овај закон дефинише дискриминацију, прописује забрану свих облика и случајеве дискриминације и регулише судску заштиту особама које трпе дискриминацију.

Закон о равнојравности полова (у даљем тексту: ЗРП) из 2009. године¹⁹ уређује стварање услова за вођење политике једнаких могућности остваривања права жена и мушкараца, доношење прописа и предузимање посебних мера за спречавање и отклањање дискриминације засноване на полу, брачном или породичном статусу, трудноћи или родитељству (чл. 1). Овим законом забрањује се сваки вид непосредне и посредне дискриминације (чл. 4), јемчи се равноправност полова, предвиђа предузимање посебних мера за постизање равноправности полова и регулише судска заштита од дискриминације по основу пола.

Забрана дискриминације садржана је у многим законима којима се уређују поједине области друштвених односа.

У *Закону о раду* из 2005. године²⁰ забрањена је дискриминација запослених и лица која траже запослење по било ком личном својству (чл. 18), и то у погледу услова за запошљавање и избор кандидата за обављање одређеног посла, услова рада и свих права из радног односа; образовања, оспо-

16 Сл. гласник РС, бр. 22/09.

17 Сл. лист СРЈ, бр. 11/02, Сл. лист СЦГ, бр. 1/03 - Уставна повеља и Сл. гласник РС, бр. 72/09 - др. закон и 97/13 - одлука УС.

18 Сл. гласник РС, бр. 33/06.

19 Сл. гласник РС, бр. 104/09.

20 Сл. гласник РС, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 - одлука УС, 113/17 и 95/18 - аутентично тумачење.

собљавања и усавршавања; напредовања на послу и отказа уговора о раду (чл. 20). Закон изричито прописује да су ништаве одредбе уговора о раду којима се утврђује дискриминација по било ком личном својству (чл. 20, ст. 2). Такође, изменама закона из 2013. године, у циљу сузбијања дискриминације по основу материнства и родитељства прописано је да за време трудноће, породичног одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета послодавац не може запосленом да откаже уговор о раду, као и да се овим запосленима који раде на одређено време радни однос продужава до истека коришћења права на одсуство (чл. 187).

Законом о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа с инвалидитетом из 2009. године²¹ обезбеђена свеобухватна институционална подршка запошљавању и активном учешћу лица с инвалидитетом у друштвеном животу.

Закон о здравственој заштити из 2005. године²² у члану 20 забрањује дискриминацију у пружању здравствених услуга по било ком личном својству.

Закон о основама система образовања и васпитања из 2017. године²³ прописује забрану непосредне и посредне дискриминације у образовању и изричито наводи да се не сматрају дискриминацијом посебне мере уведене ради постизања пуне равноправности, заштите и напретка лица, односно групе лица која се налазе у неједнаком положају (чл. 110).

Закон о црквама и верским заједницама из 2006. године²⁴ јемчи право на слободу мисли, савести и вероисповести и забрањује верску дискриминацију прописујући да нико не може бити узнемираван, дискриминисан или привилегован због својих верских уверења, припадања или неприпадања верској заједници, учествовања или неучествовања у богослужењу и верским обредима и коришћења или некоришћења зајемчених верских слобода и права (чл. 2). Антидискриминациона клаузула садржана је и у *Закону о средњем образовању и васпитању*,²⁵ *Закону о високом образовању*,²⁶ *Закону о предшколском васпитању и образовању*,²⁷ *Закону о младима*,²⁸ *Закону о запошљавању и осигурању за случај незапослености*,²⁹ *Закону о заштити потрошача*,³⁰ *Закону о јавном информисању и медијима*,³¹ *Закону о радиодифузији*,³² *Закон о оглашавању*,³³ *Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја*³⁴ и у многим другим законима.

Упркос бројним активностима на плану спречавања и сузбијања дискриминације, дискриминација је и даље широко распрострањена у свим областима друштвених односа, чему доприносе дубоко укоренењени и раширени родни, етнички и други стереотипи и предрасуде и висок ниво

21 Сл. гласник РС, бр. 36/09 и 32/13.

22 Сл. гласник РС, бр. 107/05 и 72/09 - др. закон.

23 Сл. гласник РС, бр. 88/17, 27/18 - др. закон, 10/19 и 27/18 - др. закон.

24 Сл. гласник РС, бр. 36/06.

25 Сл. гласник РС, бр. 55/13, 101/17 и 27/18 - др. закон.

26 Сл. гласник РС, бр. 97/08.

27 Сл. гласник РС, бр. 18/10, 101/17, 113/17 - др. закон, 95/18 - др. закон и 10/19.

28 Сл. гласник РС, бр. 50/11.

29 Сл. гласник РС, бр. 36/09, 88/10, 38/15, 113/17 и 113/17 - др. закон.

30 Сл. гласник РС, бр. 62/14, 6/16 - др. закон и 44/18 - др. закон.

31 Сл. гласник РС, бр. 83/14, 58/15 и 12/16 - аутентично тумачење.

32 Сл. гласник РС, бр. 42/02.

33 Сл. гласник РС, бр. 6/16 и 52/19 - др. закон.

34 Сл. гласник РС, бр. 120/04, 54/07, 104/09 и 36/10.

социјалне дистанце према појединим националним, верским, сексуалним и другим мањинама, што су кључне препреке за успостављање стварне једнакости и пуне друштвене укључености свих друштвених група и појединаца.

3. ПОЈАМ И ОБЛИЦИ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ

3.1. Појам дискриминације

Правни појам дискриминације дефинисан је различито у ЗЗД, ЗРП и ЗСДОИ. Иако међу законским дефиницијама постоје разлике, суштина је иста: дискриминација је неоправдано неједнако поступање, односно стављање у неповољнији положај лица или групе лица, засновано на њиховом стварном или претпостављаном личном својству или на личном својству чланова њихових породица или њима блиским лицима.

Према потпунијој дефиницији садржаној у члану 2 ЗЗД, изрази *"дискриминација"* и *"дискриминацијорско постојање"* означавају свако неоправдано управљање разлике или неједнако постојање, односно постојање (искључивање, ограничавање или давање првенства), у односу на лица или групе, као и на чланове њихових породица или њима блиска лица, на отворен или прикривен начин, а који се заснива на раси, боји коже, полу, држављанству, националној припадности или етничком пореклу, језику, верским или политичким убеђењима, полу, родном идентитету, сексуалној оријентацији, имовном стању, рођењу, генетским особеностима, здравственом стању, инвалидитету, брачном и породичном статусу, осуђиваности, старосном добу, изгледу, чланству у политичким, синдикалним и другим организацијама и другим стварним, односно претпостављеним личним својствима".³⁵

3.2. Облици дискриминације

Законима који уређују област антидискриминације регулисана су два основна облика дискриминације: непосредна и посредна, као и други посебни облици и случајеви непосредне и посредне дискриминације.

Непосредна дискриминација је очигледан, директан вид дискриминације. Уобичајено се дефинише као различит третман лица (групе лица) у односу на друга лица (групе лица) у истој или сличној ситуацији, који је заснован на неком личном својству. Према члану 6 ЗЗД, непосредна дискриминација постоји ако се лице или група лица, због његовог односно њиховог личног својства у истој или сличној ситуацији, било којим актом, радњом или пропуштањем, стављају или су стављени у неповољнији положај, или би могли бити стављени у неповољнији положај.

³⁵ Члан 2 ЗЗД.

Посредна (индиректна) дискриминација је поступање привидно засновано на начелу једнакости, које лице или групу лица, због неког њиховог личног својства, ставља у неповољнији положај у односу на друго лице или групу лица који се налазе у истој или сличној ситуацији. Према члану 7 ЗЗД, посредна дискриминација постоји ако се лице или група лица, због његовог односно њиховог личног својства, ставља у неповољнији положај актом, радњом или пропуштањем које је привидно засновано на начелу једнакости и забране дискриминације, осим ако је то оправдано законитим циљем, а средства за постизање тог циља су примерена и нужна.

Правила и критеријуми који једнако важе за све нису дискриминаторни ако за њихово увођење постоји *објективно и разумно ојравдање*, тј. када је њихов циљ законит и када постоји сразмерност између циља и средства које је употребљено за његово остваривање. Законитост циља који се желео остварити прописивањем одређеног правила, постављањем критеријума, услова, захтева и сл., који једнако важи за све, процењује се имајући у виду важеће прописе. Процена да ли је средство које је употребљено ради остваривања законитог циља “примерено” даје се на основу процене да ли је оно заиста подобно за остваривање циља. Да ли је средство “нужно” за остваривање циља, даје се на основу процене да ли је конкретни циљ уопште могао, или је у највећој мери могао, да се оствари без употребе тог средства, односно, да ли се ради остваривања циља могло употребити неко друго средство које би изазивало мање штетне последице у односу на последице које је изазвало оно средство које је било употребљено.

Повреда начела једнаких љуба и обавеза представља облик дискриминације до које долази ако се лицу или групи лица, због његовог односно њиховог личног својства, неоправдано ускраћују права и слободe или намећу обавезе које се у истој или сличној ситуацији не ускраћују или не намећу другом лицу или групи лица, ако су циљ или последица предузетих мера неоправдани, као и ако не постоји сразмера између предузетих мера и циља који се овим мерама остварује (чл. 8 ЗЗД). Када се утврђује да ли је повређено начело једнаких права и обавеза, испитује се: 1) да ли су лицу или групи лица ускраћена нека права или су им наметнуте неке обавезе које се у истој или сличној ситуацији другима не ускраћују, односно не намећу; 2) да ли је то ускраћивање права или наметање обавезе засновано на неком њиховом личног својству; 3) да ли су оправдани циљ или последица таквих мера; и 4) да ли постоји сразмера између предузетих мера и циља који се овим мерама остварује.

Позивање на одговорност (виктимизација) јесте посебан облик дискриминације који настаје када се *према лицу или групи лица неоправдано љосћуја лошије него што се љосћуја или би се љосћујало према другима, искључиво или углавном због тога што су тражили, односно намеравају да траже заштитиу од дискриминације, или због тога што су љонудили или намеравају да љонуде доказе о дискриминаћорском љосћујању* (чл. 9 ЗЗД).

Удруживање ради вршења дискриминације јесте један од посебних облика дискриминације који се огледа у *удруживању ради вршења дискриминације, односно деловање организација или групиа које је усмерено на кршење усћавом, љравилима међународног љуба и законом зајемчених слобода и љуба, или на изазивање националне, расне, верске и друге мржње, раздора или нећр-љеливосћи* (чл. 10 ЗЗД).

Говор мржње је облик дискриминације који се огледа у *изражавању идеја, информација и мишљења којима се подстииче дискриминација, мржња или насиље против лица или групе лица због њиховог личног својства у јавним гласилима и другим публикацијама, на скуповима и местима доступним јавности, исписивањем и приказивањем порука или симбола, и на други начин* (чл. 11 ЗЗД). Говор мржње може да се испоји на различите начине: исписивањем графита и порука на фасадама зграда, објављивањем текстова, јавним говором.

Узнемиравајуће и понижавајуће поступање јесте облик дискриминације који се огледа у томе што се према лицу или групи лица, због неког њиховог личног својства, поступа на увредљив и понижавајући начин који вређа њихово достојанство. Члан 12 ЗЗД изричито прописује забрану узнемиравања и понижавајућег поступања које има за циљ, или представља повреду, достојанства лица или групе лица на основу њиховог личног својства, а нарочито ако се тиме ствара страх или непријатељско, понижавајуће и увредљиво окружење. Код овог облика дискриминације није потребно да се врши било какво упоређивање да би се доказало узнемиравање и понижавајуће поступање. Разлог томе лежи у чињеници да је узнемиравање, само по себи, непожељно, због начина на који се врши и због потенцијалних последица. Посебан случај узнемиравања представља сексуално узнемиравање, чије су најчешће жртве жене. У члану 2, став 2 Закона о раду сексуално узнемиравање дефинисано је као свако *нежељено* вербално или невербално понашање *сексуалне природе*, које има за циљ или представља повреду достојанства лица или његовог личног интегритета, а нарочито оно које изазива страх или ствара застрашујуће, непријатељско, деградирајуће, понижавајуће или увредљиво окружење.

Тешки облици дискриминације су разноврсни квалификовани облици и случајеви дискриминације који су посебно опасни, имајући у виду ко врши дискриминацију, где се она врши и какве последице може изазвати, па су на овај начин законски именовани. Тешки облици дискриминације прописани су у члану 13 ЗЗД, а међу њима су: изазивање и подстицање неравноправности, мржње и нетрпељивости по основу националне, расне или верске припадности, језика, политичког опредељења, пола, родног идентитета, сексуалног опредељења и инвалидитета; пропагирање или вршење дискриминације од стране органа јавне власти и у поступцима пред органима јавне власти; пропагирање дискриминације путем јавних гласила, вишеструка, поновљена и продужена дискриминација и др.

У члановима 15-27 ЗЗД регулисани су и посебни случајеви дискриминације: дискриминација у поступцима пред органима јавне власти, дискриминација у области рада; дискриминација у пружању јавних услуга и коришћењу објеката и површина; верска дискриминација; дискриминација у области образовања и стручног оспособљавања; дискриминација на основу пола; дискриминација на основу сексуалне оријентације; дискриминација деце; дискриминација на основу старосног доба; дискриминација националних мањина; дискриминација због политичке или синдикалне припадности; дискриминација особа са инвалидитетом, и дискриминација с обзиром на здравствено стање.

4. ГРАЂАНСКОПРАВНА ЗАШТИТА ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ

Грађанскоправна заштита од дискриминације део је система заштите од дискриминације коју чине различити облици грађанскоправне, кривичноправне, прекршајноправне и уставносудске заштите и заштите коју пружа Повереник за заштиту равноправности.

4.1. Грађанскоправни захтеви

Грађанскоправна заштита од дискриминације представља облик непосредне заштите права на недискриминацију, која се остварује истицањем разноврсних захтева.

Према члану 43 ЗЗД, постоје следећи захтеви који су непосредно усмерени на заштиту од дискриминације и уклањање последица које је она изазвала: 1) захтев да се дискриминатор суздржи од извршења радње од које прети дискриминација; 2) захтев да се дискриминатор суздржи од даљег вршења, односно, од понављања радње дискриминације (захтев за пропуштање); 3) захтев да дискриминатор изврши одређену радњу ради уклањања последица дискриминаторског поступања; 4) захтев за утврђење дискриминаторског поступања према туженом или другоме; 5) захтев да се дискриминисаном лицу накнади материјална и нематеријална штета; и 6) захтев за објављивање правоснажне пресуде којом је усвојен захтев за заштиту од дискриминације. Захтеви се могу остварити вансудским путем или у парници за заштиту од дискриминације, истицањем одговарајућих тужбених захтева.

4.1.1. Парнице за заштиту од дискриминације

Парнице за заштиту од дискриминације су парнице у којима се одлучује о једном или више захтева тужиоца за пружање правне заштите у случају повређеног или угроженог права на недискриминацију физичких или правних лица или групе лица. Посебан тип парница су тзв. стратешке парнице, које се користе као метод како би се путем судских пресуда остварила шира друштвена промена, извршио утицај на правну праксу и јавне политике и унапредио положај дискриминисаних друштвених група.

4.1.2. Поступак у парницама за заштиту од дискриминације

Поступак у парницама за заштиту од дискриминације је посебан парнични поступак регулисан ЗЗД, прописивањем посебних правила која представљају одступање од опште парничне процедуре, регулисана Законом о парничном поступку (у даљем тексту ЗПП).³⁶

36 Закон о парничном поступку, Сл. гласник РС, бр. 72/11, 49/13 - одлука УС, 74/13 - одлука УС, 55/14, 87/18 и 18/20.

Према члану 41 ЗЗД, свако ко је повређен дискриминаторским поступањем има право да поднесе тужбу суду, а то могу да учине и Повереник за заштиту равноправности,³⁷ организација која се бави заштитом људских права, односно права одређене групе лица, као и лице које се свесно изложило дискриминаторском поступању, у намери да непосредно провери примену правила о забрани дискриминације у конкретном случају (чл. 46 ЗЗД).³⁸ За покретање парнице која се тиче дискриминације конкретног лица од стране Повереника за заштиту равноправности и организације за заштиту људских права потребна је писана сагласност дискриминисаног лица. Повереник и организација за заштиту људских права могу истаћи све захтеве прописане чланом 43 ЗЗД, осим захтева за накнаду материјалне и нематеријалне штете.

Према члану 42 ЗЗД, поред суда опште месне надлежности, надлежан је и суд на чијем подручју је седиште, односно пребивалиште тужиоца. Поступак је заснован на начелу хитности.

Тужилац може у току поступка, као и по његовом окончању, све док извршење не буде спроведено, истаћи захтев да суд привременом мером спречи дискриминаторско поступање ради отклањања опасности од насиља или веће ненадокнадиве штете (чл. 44 ЗЗД).

За доказивање спорних правно релевантних чињеница на основу којих ће се извести закључак да ли је у конкретном случају дискриминација извршена користе се стандардна доказна средства, али и нека специфична доказна средства: статистички подаци и саслушање добровољних испитивача дискриминације (тестера).

Статистички подаци су специфично доказно средство у поступцима за заштиту од дискриминације, који се користе и у пракси ЕСЉП. Иако у српском антидискриминационом праву не постоје изричита правила о доказивању дискриминације путем статистичких података, они се могу користити како за доказивање непосредне, тако и за доказивање посредне дискриминације појединих друштвених група. Извор статистичких података могу бити базе званичне статистике, али и базе података које прикупљају државни органи. Да би статистички подаци били валидни и послужили као ваљан доказ, они треба да обухватају довољан број лица тако да сведоче о установљеној дискриминаторној пракси, а не да илуструју само случајне или краткотрајне појаве, а морају бити и упоредиви.

У циљу доказивања дискриминације, могу се саслушати и добровољни испитивачи дискриминације. Према члану 46, став 3 ЗЗД добровољни испитивач дискриминације (тестер) јесте лице које се свесно изложило дискриминаторском поступању, са циљем да непосредно провери да ли онај за кога постоје сазнања да се понаша дискриминаторски, то заиста и чини. Ово лице је дужно да о намеравању тестирању обавести Повереника, а само изузетно, ако околности то не дозвољавају, може приступити тестирању и без обавештавања Повереника.

37 О овлашћењима Повереника за заштиту равноправности у антидискриминационим парницама детаљно: Петрушић Н. (2012), „Процесни положај повереника за заштиту равноправности у антидискриминационим парницама“, *Правни живои*: тематски број, Право и морал, бр. 11, том 3, Београд: Удружење правника Србије, стр. 905-922.

38 Према члану 42 Закону о спречавању дискриминације особа са инавалитетом, поступак може покренути пратилац особе са инавалитетом, у случају да је према њему дискриминација извршена у вези са запошљавањем и радним односом, а према члану 43 ЗРП, то може учинити и синдикат или удружење чији су циљеви везани за унапређење равноправности полова.

Ради превазилажења тешкоћа у доказивању дискриминације, у парницама за заштиту од дискриминације примењују се посебна правила о пребацивању терета доказивања. Према члану 45, став 2 ЗЗД, уколико тужилац учини вероватним да је тужени извршио акт дискриминације, терет доказивања, да услед тог акта није дошло до повреде начела једнакости, односно начела једнаких права и обавеза, сноси тужени.

Према члану 45 ЗЗД, ако је суд утврдио да је извршена радња непосредне дискриминације или је то међу странкама неспорно, тужени се не може ослободити од одговорности доказивањем да није крив. Ирелевантни су намера и мотиви на којима је заснован акт дискриминације.

У парницама за заштиту од дискриминације ревизија је увек допуштена (чл. 41, ст. 4 ЗЗД).

У парницама које се воде према одредбама ЗЗД у погледу ослобођења од претходног плаћања трошкова поступка и постављања бесплатног заступника у свему важе релевантне одредбе ЗПП, док се у парницама за заштиту од дискриминације које се воде по правилима ЗРП примењују посебна правила којима је прописано да је у поступку за остваривање грађанскоправне заштите због дискриминације на основу пола тужилац ослобођен претходног сношења трошкова поступка, који се исплаћују из средстава суда (чл. 48).

У погледу коначног сношења трошкова поступка нема посебних правила, тако да се сходно примењују правила ЗПП.

Други део

ИСТРАЖИВАЊЕ ПРАКСЕ СУДОВА У ПАРНИЦАМА ЗА ЗАШТИТУ ОД ДИСКРИМИНАЦИЈЕ

5. ЦИЉ И ПРЕДМЕТ ИСТРАЖИВАЊА

Истраживање је спроведено са циљем да се евалуира пракса домаћих судова у пружању грађанскоправне заштите од дискриминације. У складу са општим циљем истраживања, дефинисана су и три посебна циља:

- 1) откривање феноменолошких обележаја случајева дискриминације поводом којих су вођене парнице за заштиту од дискриминације;
- 2) стицање увида у кључне изазове у тумачењу и примени релевантних материјалноправних и процесних норми у парницама за заштиту од дискриминације; и
- 3) утврђивање степена ефикасности у спровођењу поступака у парницама за заштиту од дискриминације.

Сагласно томе, утврђени су и истраживачки задаци:

- Испитати обележја случајева дискриминације поводом којих су вођени судски поступци;
- Испитати употребу доказних средстава, укључујући статистичке податке и резултате ситуационог тестирања као доказна средства;
- Испитати учесталост тражења и одређивања привремених мера;
- Испитати примену теста дискриминације;
- Испитати примену правила о пребацивању терета доказивања;
- Испитати ваљаност образложења одлука;
- Утврдити временско трајање поступка и факторе који на њега утичу;
- Испитати степен уједначености судске праксе.

Непосредни предмет истраживања су правноснажно окончани предмети у парницама за заштиту од дискриминације које су вођене пред домаћим судовима у периоду од априла 2009. године, када је ЗЗД ступио на снагу, до априла 2019. године.

6. ОПИС И МЕТОДОЛОГИЈА ИСТРАЖИВАЊА

Имајући у виду опште и посебне циљеве истраживања и истраживачке задатке, развијене су две компоненте истраживања: квантитативно истраживање, које је обухватило прикупљање и анализу статистичких података о спроведеним поступцима и података из судских пресуда, и квалитативно истраживање, које је спроведено применом метода студије случаја на узорку од 10 судских предмета.

Статистички подаци о примени ЗЗД затражени су од свих апелационих и виших судова у Републици Србији. Истраживачи су тражили да ови судови доставе број правноснажних пресуда чији је основ спора „дискриминација“ као и да се у оквиру тог броја достави информација о правноснажним пресудама у предметима тзв. ратних војних резервиста.

Од укупно 25 виших судова, 23 је доставило статистичке податке. Виши суд у Лесковцу и Виши суд у Новом Саду нису доставили статистичке податке, али је анализом обухваћена пракса поступања ових судова, увидом у предмете који се воде пред надлежним апелационим судовима. Сви апелациони судови доставили су статистичке податке.

У истраживању праксе судова коришћени су подаци прикупљени истраживањем које је спроведено 2015. године, а обухватило је судске предмете који су правоснажно окончани у периоду одступања ЗЗД на снагу до 8. априла 2015. године. Прикупљање података из предмета правоснажно окончаних после 8. априла 2015. године обављено је у периоду јануар-септембар 2019. године. Подаци су прикупљени из предмета виших судова са подручја апелационих судова у Београду, Новом Саду, Нишу и Крагујевцу, укључујући и податке о предметима у којима су ови судови одлучивали.

У сагледавању представљених статистичких података треба имати у виду да део судова због бројности предмета и начина вођења евиденције није био у могућности да достави податке о тачном броју правноснажних одлука. Тако се у одговору Вишег суда у Београду Су VIII 392/19 од 13. 6. 2019. године наводи „У периоду од априла 2009. године до априла 2019. године поднето је по основу спора дискриминација у материји „П“ 28.004 тужбе, а од тога 27.800 тужби тзв. ратни војни резервисти (у коме је тужено Министарство одбране). У материји „П1“ поднето је 215 тужби по основу спора „дискриминација“. У наведеном периоду правноснажних предмета у материји „П“ је 16.595 предмета, а у материји „П1“ 804 предмета по свим основима спора, јер сам програм не може да прикаже правноснажност по основу спора и учесника у поступку већ само по броју предмета. У траженом периоду, донето је укупно у материји „П“ 17.403 пресуда по основу спора „дискриминација“, а у материји „П1“ 70 пресуда по основу спора „дискриминација““.

У Вишем суду у Ваљеву донето је 1.339 пресуда, од којих се 1.336 односило на ратне војне резервисте, у Вишем суду у Шапцу донете су 1.132 пресуде, од којих се 1.127 односило на ратне војне резервисте. У Вишем суду у Суботици правоснажно су окончана 3.702 предмета, од којих су се сви, сем једног, односили на дискриминацију ратних војних резервиста.

7. ОГРАНИЧЕЊА ИСТРАЖИВАЊА

Једно од кључних ограничења истраживања повезано је са тешкоћама у погледу идентификације судских предмета који се односе на дискриминацију, с обзиром да је начин означавања ових предмета потпуно неусаглашен, да се многи предмети у парницама за заштиту од злостављања на раду означавају као предмети који се односе на заштиту од дискриминације.

У узорку обухваћеном истраживањем било је предмета у парницама за заштиту од дискриминације који су означени као предмети: „ради поништаја одлуке“, „ради поништаја решења и враћања на рад“, „ради накнаде штете“, „ради исплате“, „ради накнаде штете због дискриминације“, „због дискриминације“, „ради утврђења дискриминације и обештећења“, „ради накнаде штете због повреде забране дискриминације и због повреде части и угледа“, „ради утврђења ништавости“, „исплате разлике плате“, „ради забране дискриминације и злостављања на раду“, „ради тешког облика дискриминације“, „повреда равноправности полова и накнада штете“, „ради заштите права личности и накнаде штете“ и др.

Такво стање у означавању предмета онемогућило је да се са пуном извесношћу утврди тачан број спроведених парница за заштиту од дискриминације, тако да се налази базирају на подацима из предмета које су сами судови идентификовали као предмете ради заштите од дискриминације. Треба, међутим, имати у виду да су приликом прикупљања података из судских списа истраживачице идентификовале предмете који су евидентирани као предмети дискриминације, иако се радило о предметима злостављања на раду. Тако је, на пример, одлуком Вишег суда у Краљеву³⁹ одбачена као неблагоприятна тужба због злостављања на раду, у којој је као предмет спора наведена дискриминација на раду, а у самој тужби наведене су радње којима се документује злостављање на раду, без навођења личног својства.

У периоду обухваћеном истраживањем пред свим стварно надлежним судовима био је покренут огроман број парница за заштиту од дискриминације ратних војних резервиста.⁴⁰ Ради се о дискриминацији која је извршена усвајањем Закључка Владе Републике Србије 05 број: 401-161/2008-1 од 17. јануара 2008. године, којим су обезбеђена средства ради исплате новчане помоћи ратним војним резервистима са пребивалиштем на територији седам неразвијених општина (Куршумлија, Блаце, Бојник, Лебане, Житорађа, Дољевац и Прокупље), уз услов да су водили судски поступак против Републике Србије који је правоснажно окончан пресудом на основу одрицања.

Повереница за заштиту равноправности, својим мишљењем бр. 802/2011 од 26. 7. 2011., утврдила је да је овим општим актом повређено начело једнаких права и обавеза, чиме је извршена дискриминација ратних војних резервиста са пребивалиштем на територији свих осталих општина које нису наведене у Закључку Владе од 17. јануара 2008. године. Поводом овог случаја дискриминације вођен је поступак пред Европским судом за људска права, у предмету *Вучковић и 29 дру-*

39 Пресуда Вишег суда у Краљеву, П1. Бр. 15/15 од 14. 1. 2016.

40 Видети статистичке податке у одељку 8.1.1.

тих њројив Србије.⁴¹ Првостепено веће је утврдило дискриминацију ратних војних резервиста који имају пребивалиште ван општина које нису наведене у Закључку Владе од 17. јануара 2008. године. Држава је поднела жалбу против ове одлуке, па је Велико веће Суда пресудом од 25. марта 2014. године⁴² утврдило да подносиоци представке нису исцрпили домаћа правна средства за заштиту од дискриминације, те да нема места разматрању основаности притужби. Европски суд је констатовао да су подносиоци представки поднели тужбу домаћем суду против тужене државе 26. марта 2009. године позивајући се да им према важећим војним прописима нису биле исплаћене дневнице. Они су се обратили Уставном суду на основу чланова 32 и 36 Устава и члана 6 Конвенције, тврдећи да је пракса домаћих судова у вези са питањем рока застарелости различита. Нису тражили судску заштиту од дискриминације, а нису ни пред Уставним судом поставили питање дискриминације, па је разумљиво да Уставни суд није разматрао ово питање.⁴³ Европски суд је детаљно разматрао питање делотворности уставне жалбе и закључио да, када правни системи предвиђају уставну заштиту основних права и слобода, онај који се притужује на повреду тих права мора покушати да оствари њихову заштиту пред домаћим судовима. По оцени суда, у конкретном случају, узимајући у обзир све околности, нема посебних разлога због којих би подносиоци били поштеђени захтева да исцрпе домаће правне лекове у складу са правилима и процедурама домаћег права. Наиме, да су тако поступили, то би дало прилику домаћим судовима да утврде да ли је питање спорних радњи или пропуста домаћих државних органа било у складу са Конвенцијом (пар. 78-85). У складу с тим, Европски суд је већином од 14 према 3 усвојио претходни приговор Владе у вези са притужбама поводом наводне дискриминације. Сходно томе, Европски суд није разматрао основаност притужби.

Након одлука Европског суда за људска права, знатно је повећан број тужби због дискриминације ратних војних резервиста у исплати ратних дневница. Врховни касациони суд стао је на становиште да је исплатом ратних дневница само резервистима са територије седам општина извршена дискриминација осталих војних резервиста који имају пребивалиште на територији других општина и којима ратне дневнице нису исплаћене, јер тужена није доказала да је постојало објективно и разумно оправдање за ово прављење разлике по основу пребивалишта.⁴⁴

С обзиром да у узорку обухваћеном истраживањем доминирају парнице за заштиту од дискриминације ратних војних резервиста, да би се остварили циљеви истраживања било је потребно да се оне статистички посебно прикажу, како би се добила реална слика о судској заштити од дискриминације.

41 ЕСЉП, представке бр. 17153/11, 17157/11, 17160/11, 17163/11, 17168/11, 17173/11, 17178/11, 17181/11, 17182/11, 17186/11, 17343/11, 17344/11, 17362/11, 17364/11, 17367/11, 17370/11, 17372/11, 17377/11, 17380/11, 17382/11, 17386/11, 17421/11, 17424/11, 17428/11, 17431/11, 17435/11, 17438/11, 17439/11, 17440/11 и 17443/11, пресуда од 28. августа 2012. године.

42 ЕСЉП, представке бр. 17153/11, 17157/11, 17160/11, 17163/11, 17168/11, 17173/11, 17178/11, 17181/11, 17182/11, 17186/11, 17343/11, 17344/11, 17362/11, 17364/11, 17367/11, 17370/11, 17372/11, 17377/11, 17380/11, 17382/11, 17386/11, 17421/11, 17424/11, 17428/11, 17431/11, 17435/11, 17438/11, 17439/11, 17440/11 и 17443/11, пресуда од 25. марта 2014. године.

43 Одлуке Уставног суда, Уж 460/08, Уж 2293/10, Уж 2901/10, 2289/09 и 2886/10.

44 Пресуда Врховног касационог суда, Рев 117/2016 од 31. 8. 2016, пресуда Врховног касационог суда, Рев 401/2017 од 30. 3. 2017.

8. НАЛАЗИ И ИНТЕРПРЕТАЦИЈА

8.1. Подаци о парницама за заштиту од дискриминације

8.1.1. Збирни статистички подаци о парницама за заштиту од дискриминације

ОДЛУКЕ СУДОВА СА ПОДРУЧЈА АПЕЛАЦИОНОГ СУДА У НОВОМ САДУ (1.1.2010-1.4.2019)

	УКУПАН БРОЈ ПРАВНОСНАЖНО ОКОНЧАНИХ ПРЕДМЕТА	БРОЈ ПРЕДМЕТА „РАТНИ ВОЈНИ РЕЗЕРВИСТИ“	ДРУГИ ПРЕДМЕТИ
Виши суд у Сомбору	1.561	1.558	3
Виши суд у С. Митровици	2.010	2.010	0
Виши суд у Шапцу	1.132	1.127	5
Виши суд у Суботици	3.702	3.701	1
Виши суд у Зрењанину	3.081	3.080	1

ОДЛУКЕ АПЕЛАЦИОНОГ СУДА У НОВОМ САДУ (1.1.2010-1.4.2019)

	УКУПАН БРОЈ ПРАВНОСНАЖНО ОКОНЧАНИХ ПРЕДМЕТА	БРОЈ ПРЕДМЕТА „РАТНИ ВОЈНИ РЕЗЕРВИСТИ“	ДРУГИ ПРЕДМЕТИ
	5.046	4.800	246

ОДЛУКЕ СУДОВА СА ПОДРУЧЈА АПЕЛАЦИОНОГ СУДА У КРАГУЈЕВЦУ (1.1.2010-1.4.2019)

	УКУПАН БРОЈ ПРАВНОСНАЖНО ОКОНЧАНИХ ПРЕДМЕТА	БРОЈ ПРЕДМЕТА „РАТНИ ВОЈНИ РЕЗЕРВИСТИ“	ДРУГИ ПРЕДМЕТИ
Виши суд у Јагодини	1.844	1.842	2
Виши суд у Краљеву	2.982	2.982	0
Виши суд у Новом Пазару	1.526	1.306	220
Виши суд у Пожаревцу	910	698	212

**ОДЛУКЕ СУДОВА СА ПОДРУЧЈА АПЕЛАЦИОНОГ СУДА У КРАГУЈЕВЦУ
(1.1.2010-1.4.2019)**

	УКУПАН БРОЈ ПРАВНОСНАЖНО ОКОНЧАНИХ ПРЕДМЕТА	БРОЈ ПРЕДМЕТА „РАТНИ ВОЈНИ РЕЗЕРВИСТИ“	ДРУГИ ПРЕДМЕТИ
Виши суд у Ужицу	8.744	8.731	13
Виши суд у Крагујевцу	5.260	4.998	262
Виши суд у Крушевцу	8.532	8.506	26
Виши суд у Чачку	6.420	6.420	0

**ОДЛУКЕ АПЕЛАЦИОНОГ СУДА У КРАГУЈЕВЦУ
(1.1.2010-1.4.2019)**

	УКУПАН БРОЈ ПРАВНОСНАЖНО ОКОНЧАНИХ ПРЕДМЕТА	БРОЈ ПРЕДМЕТА „РАТНИ ВОЈНИ РЕЗЕРВИСТИ“	ДРУГИ ПРЕДМЕТИ
	5.527	5.335	192

**ОДЛУКЕ СУДОВА СА ПОДРУЧЈА АПЕЛАЦИОНОГ СУДА У НИШУ
(1.1.2010-1.4.2019)**

	УКУПАН БРОЈ ПРАВНОСНАЖНО ОКОНЧАНИХ ПРЕДМЕТА	БРОЈ ПРЕДМЕТА „РАТНИ ВОЈНИ РЕЗЕРВИСТИ“	ДРУГИ ПРЕДМЕТИ
Виши суд у Неготину	601	601	0
Виши суд у Нишу	6.642	6.415	227
Виши суд у Прокупљу	572	551	21
Виши суд у Пироту	2.849	2.849	0
Виши суд у Врању	8.038	8.031	7
Виши суд у Зајечару	4.301	4.287	14

**ОДЛУКЕ АПЕЛАЦИОНОГ СУДА У НИШУ
(1.1.2010-1.4.2019)**

	УКУПАН БРОЈ ПРАВНОСНАЖНО ОКОНЧАНИХ ПРЕДМЕТА	БРОЈ ПРЕДМЕТА „РАТНИ ВОЈНИ РЕЗЕРВИСТИ“	ДРУГИ ПРЕДМЕТИ
	9.093	9.033	60

**ОДЛУКЕ СУДОВА СА ПОДРУЧЈА АПЕЛАЦИОНОГ СУДА У БЕОГРАДУ
(1.1.2010-1.4. 2019)**

	УКУПАН БРОЈ ПРАВНОСНАЖНО ОКОНЧАНИХ ПРЕДМЕТА	БРОЈ ПРЕДМЕТА „РАТНИ ВОЈНИ РЕЗЕРВИСТИ“	ДРУГО
Виши суд у Панчеву	1.767	1.736	31
Виши суд у Смедереву	3.551	3.462	89
Виши суд у Београду	28.004 тужби	27.800 тужби	204 тужби
Виши суд у Ваљеву	1.339 пресуда	1.336 пресуда	3 пресуде

**ОДЛУКЕ АПЕЛАЦИОНОГ СУДА У БЕОГРАДУ
(1.1.2010-1.4.2019)**

	УКУПАН БРОЈ ПРАВНОСНАЖНО ОКОНЧАНИХ ПРЕДМЕТА	БРОЈ ПРЕДМЕТА „РАТНИ ВОЈНИ РЕЗЕРВИСТИ“	ДРУГИ ПРЕДМЕТИ
	5.046	4.800	246

8.2. Феноменологија случајева дискриминације

8.2.1. Профил тужилаца

Према подацима из судских предмета, лица за која се у тужби тврди да су жртве дискриминације углавном су физичка лица, по правилу, пунолетна. Малолетна физичка лица означени су као тужиоци само у три парнице.

Правна лица се ретко јављају као тужиоци. У два предмета наводне жртве дискриминације су привредна друштва. Ова појава указује на чињеницу да се дискриминација правних лица не препознаје, нарочито имајући у виду да су лична својства, која представљају основ дискриминације, углавном иманентна физичким лицима, тако да је правницима запосленим у правним лицима, као и адвокатима, недовољно познато да правна лица могу бити изложена дискриминацији и по основу

својстава своје сопствене правне личности, али и на основу личних својстава својих чланова (специфичан вид пренесене, асоцијативне дискриминације), аналогно асоцијативној дискриминацији физичких лица, којој су изложена лица која немају заштићено лично својство, али су родбинским или другим блиским везама повезана са лицем које га има.⁴⁵

Тужиоци у парницама за заштиту од дискриминације по правилу су непосредне жртве дискриминације, које су стварно и процесно легитимисане. Углавном су то физичка лица, која по правилу имају пуномоћника адвоката. Релативно је честа појава да једно лице поводом истог догађаја подноси већи број тужби против више различитих субјеката.

У улози тужиоца углавном се јавља једно лице, али се у неким предметима у улози тужиоца јавља већи број лица, који тврде да су дискриминисани одређеним поступањем, када се заснива супарничарство. Такав је случај са резервистима, као и појединим категоријама особа са инвалидитетом – тзв. цивилни и војни инвалиди. Међутим, парнице ратних војних резервиста, у којима је решаван случај масовних повреда права на равноправност, до којих долази када је дискриминаторским поступањем истог правног субјекта повређено право већег броја лица, углавном су вођене ради заштите једног лица. Вођено је приближно 104.000 (стотетири хиљаде) предмета, којима су поједини судови буквално затрпани, што је у једном периоду парализало рад судова и негативно се одразило на њихову укупну ефикасност у раду. Судови, међутим, нису користили могућност спајања поступка у циљу убрзања расправљања и смањења трошкова поступка, иако су за то испуњени законски услови.

У предметима обухваћеним истраживањем није било случајева покретања парница од стране групе лица, односно облика удруживања и организовања који немају страначку способност, а којима би она могла бити призната одлуком суда, у складу са условима из члана 74, став 4 Закона о парничном поступку.

У анализираном узорку покренуто је укупно 20 стратешких парница, од којих је 17 покренуто тужбом Повереника за заштиту равноправности, а три стратешке парнице тужбом удружења грађана која се баве заштитом људских права: једну је покренуло удружење са седиштем у Нишу, а две удружења са седиштем у Новом Саду. Синдикат се јавља као тужилац само у једној парници. Нема ни парница које су покренуте тужбом добровољних испитивача дискриминације (тестера). Разлози због који удружења грађана и синдикати ретко иницирају парнице за заштиту од дискриминације свакако јесте недостатак финансијских средстава, али и недовољни професионални капацитети.

У свим стратешким парницама покренути тужбама удружења грађана утврђена је дискриминација, а када је реч о парницама које је покренуо Повереник за заштиту равноправности, нема обједињених и јавно доступних података о исходу поступака. Према подацима објављеним септембра 2018. године, до августа 2018. године, Повереник за заштиту равноправности покренуо је укупно 17 стратешких парница и већина њих је правноснажно окончана. Од овог броја, осам је под-

45 Шире, видети: Петрушић Н., Бекер К. (2017) „Дискриминација правних лица: феноменолошке карактеристике и правна заштита”, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 75, Ниш: Правни факултет, стр. 49-70.

нето на основу припадности ромској националној мањини као личном својству, три по основу пола, једна по основу сексуалне оријентације и једна по основу инвалидитета као личног својства, док је у четири случаја поднета тужба због вишеструке дискриминације (и то: једна на основу рођења и брачног и породичног статуса; друга по основу осуђиваности, пола, брачног и породичног статуса и здравственог стања; трећа по основу пола и сексуалне оријентације; и четврта по основу здравственог стања и инвалидитета). Од 17 стратешких парница: седам је правноснажно окончано у корист Повереника; у два предмета одбијен је тужбени захтев Повереника; у два предмета је Повереник повукао тужбу јер је дискриминатор отклонио повреду права; у једном је поступак прекинут јер је тужени брисан из регистра привредних друштава; у пет предмета поступак није правноснажно окончан (у три поступка суд је донео првостепену пресуду у корист Повереника, а у два још није донета првостепена пресуда).⁴⁶

8.2.2. Профил њужених

На основу података из тужби, парнице за заштиту од дискриминације најчешће су покретане против државних органа: против Републике Србије, због дискриминације извршене од стране Владе, Министарства унутрашњих послова, Министарства правде, Министарства рада, Врховног суда Србије, судова и судија. Један број тужби подигнут је против јавних предузећа и предузетника, као и против јавних функционера (у јединицама локалних самоуправа и месним заједницама). Најмање је притужби против физичких лица – појединца који нису ни предузетници ни носиоци јавних функција. Против органа јавне власти најчешће се подносе и притужбе Поверенику за заштиту равноправности. Током 2019. године чак 43,2% притужби поднето је против државних органа.⁴⁷ Слична је ситуација била и претходних година: 2013. године 40,9% притужби поднето је против државних органа.⁴⁸

Релативно је велики број тужби које су подигнуте против Републике Србије, као одговорне за рад министарстава, и то због дискриминаторских услова садржаних у прописима који регулишу области које су у надлежности појединих министарстава. Тако је, на пример, подигнута тужба против Републике Србије, Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања због дискриминаторских одредби садржаних у Закону о социјалној заштити,⁴⁹ а против Републике Србије, Министарства омладине и спорта подигнута је тужба због дискриминаторских одредби садржаних у Уредби о националним признањима и наградама за посебан допринос развоју и афирмацији спорта.⁵⁰

Међу предметима се срећу и тужбе које су поводом наводног акта дискриминације поднете против већег броја лица и органа, без прецизирања радњи и основа њихове одговорности. Такве

46 Видети: Смернице за стратешке парнице (2018) Београд: Повереник за заштиту равноправности, стр. 34.

47 Редован годишњи извештај Повереника за заштиту равноправности за 2019. годину: <http://ravnopravnost.gov.rs/wp-content/uploads/2020/03/FINAL-RGI-2019-ZA-NARODNU-SKUPSTINU.pdf>.

48 Редован годишњи извештај Повереника за заштиту равноправности за 2013. годину: http://ravnopravnost.gov.rs/wp-content/uploads/2012/11/images_files_Redovan_izvestaj_2013.pdf.

49 Сл. гласник РС, бр. 24/11.

50 Сл. гласник РС, бр. 24/09 и 88/09.

тужбе судови сматрају неуредним и као такве одбацују. Тако је решењем Вишег суда у Крагујевцу,⁵¹ с обзиром да су као тужени означени Република Србија, премијер Владе и судија Н. С. Вишег суда у Крагујевцу. Апелациони суд у Крагујевцу је потврдио решење првостепеног суда.⁵²

Релативно је велики број поступака покренут против јавних предузећа, углавном због дискриминаторских одлука којима се регулише наплата јавних услуга. Поступци против привредних друштава и предузетника углавном су покренути због дискриминације на раду и ускраћивања услуга.

8.2.3. Лично својство као основ дискриминације

У погледу личног својства, као основа дискриминације, ако се изузме пребивалиште, које се, као лично својство, јавља у свим парницама за заштиту од дискриминације ратних војних резервиста, најчешћа лична својства која су у тужбама наведена јесу:

- сексуална оријентација,
- пол,
- политичко опредељење,
- пребивалиште,
- инвалидитет, и
- етничка припадност.

У протеклом периоду нису покретани поступци за заштиту од виктимизације, односно за заштиту од неједнаког поступања због тражене заштите од дискриминације (чл. 9 ЗЗД), што упућује на закључак да се у пракси овај облик дискриминације не препознаје.

У великом броју случајева тужиоци у тужби нису навели лично својство, али су судови током поступка углавном тражили да се изјасне о личном својству, што тужиоци по правилу нису учинили. Тако, на пример, у једном предмету тужилац наводи да има пребивалиште ван Србије и да због тога има другачији третман пред судом. Такође, неки судови траже доказе о личном својству (припадност етничкој групи, политичком опредељењу и др). У једном предмету у коме је по жалби одлучивао Апелациони суд у Нишу,⁵³ првостепени суд је затражио од тужиоца да се изјасни због ког личног својства се неједнако поступало према њему. Тужилац је у изјашњењу навео „*да су њи разлози њознаџи само њуженом*“, не наводећи које је лично својство основ дискриминације.

Ретки су предмети у којима је суд из контекста закључио о личном својству које представља основ дискриминације, а још ређи предмети у којима су судови утврдили дискриминацију, иако је у тужби погрешно означено лично својство као основ дискриминације. Тако је, на пример, Апелациони суд у Нишу⁵⁴ потврдио одлуку Вишег суда у Нишу⁵⁵ којим је утврђено да тужени Град Ниш – Управа за дечју социјалну и примарну здравствену заштиту није дискриминисао тужиљу албан-

51 Решење Вишег суда у Крагујевцу, П1 6/15.

52 Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж 1773/15 од 26. 2. 2016. године.

53 Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж 3156/17.

54 Пресуда Апелационог суда у Нишу, 35 Гж 6816/2018 од 23. 5. 2019. године.

55 Пресуда Вишег суда у Нишу, 4П 2327/17 од 22. 5. 2018. године.

ске националности у погледу признавања права на једнократну новчану помоћ која се даје незапосленој породици на основу места пребивалишта тужиље. Суд је, међутим, преиначио првостепену пресуду и утврдио да је тужила дискриминисана по основу свог држављанства. У образложењу одлуке суд наводи: „Иако је тужила изражила утврђење дискриминације по основу националности, оцена је друшћейеној суда да у конкретном случају нема дискриминације по овом правном основу, већ по основу држављанства, имајући у виду да суд није везан правним основом из тужбе сходно члану 192, став 4 ЗПП. Држављанство и национална припадност јесу сродна и блиска лична својства, али се не могу поистовећити. Националност је везана за припадност одређеној нацији, а држављанство за припадност једној држави. Како је првостейени оран Управе у образложењу своје одлуке као разлог за одбијање захтева тужиле навео то да тужила није држављанин Републике Србије, иако држављанство није било законски услов за остваривање права на једнократну новчану помоћ, то је извршена дискриминација тужиле по овом личном својству, а не по основу националности. У том смислу је преиначена одлука првостейеној суда, па је одлучено као у ставу друћом изреке пресуде.“

Непостојање личног својства, као једног од елемената дискриминаторског поступања најчешћи је разлог за одбијање тужбеног захтева.⁵⁶ У образложењима ових пресуда судови углавном ваљано образлажу одлуку. „Неоправдано неједнак третман мора бити базиран на личном својству дискриминисаној субјекта, а ако нема за основ лично својство, онда може бити речи о неком друћом забрањеном, непроправном понашању, али не и о дискриминацији.“⁵⁷

Има, међутим, и предмета у којима је утврђена дискриминација, иако у пресуди није наведен основ дискриминације. То је, по правилу, разлог због кога другостепени судови усвајају жалбе тужених и преиначавају првостепену пресуду одбијајући захтеве тужилаца. У предмету Вишег суда у Сомбору П 43716 од 21. 2. 2018. године, првостепени суд усвојио је захтеве тужиоца, утврђујући да је тужени извршио дискриминацију и налажући му „да ошклони разлоге дискриминације“, омогући тужиоцу улазак у газдинство и исплати 150.000,00 дин на име нематеријалне штете. У овом предмету тужилац ни у тужби ни током расправе није навео лично својство као основ наводне дискриминације. Међутим, одлучујући по жалби туженог, Апелациони суд у Новом Саду је својом пресудом⁵⁸ преиначио првостепену пресуду и одбио захтев тужиоца, наводећи, поред осталог, да „поштујућем туженој тужиоцу није повређено ни једно лично својство одређено Законом о забрани дискриминације (није наведено лично својство на основу кога је тужилац тврдио да је дискриминисан), као и да је лично својство основ дискриминације, дакле обележје које је везано за личност појединца или групе“, те да је „тужилац је био дужан да у тужби за заштити од дискриминације наведе чињенице по ком личном својству је извршена дискриминација, што је у овом случају изостало“.

56 Пресуда Вишег суда у Крушевцу П 45/15 од 18. 2. 2016, потврђена одлуком Апелационог суда у Крагујевцу Гж 1436/16 од 26. 12. 2016. године; пресуда Вишег суда у Крушевцу П 19/2015 од 18. 1. 2016. године, потврђена пресудом Апелационог суда у Крагујевцу Гж 1168/16 од 5. 5. 2016. године.

57 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж 3676/16 од 13.10. 2016. године.

58 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж 2144/18 од 25. 5. 2018. године.

Због непостојања личног својства као основа дискриминације Апелациони суд у Крагујевцу је својом одлуком⁵⁹ преиначио пресуду Вишег суда у Јагодини,⁶⁰ којом је утврђена дискриминација. Има, међутим, и предмета у којима је учињен сличан пропуст, који у поступку по жалби није отклоњен. Тако је, на пример, пресудом Вишег суда у Крушевцу⁶¹ усвојен тужбени захтев и утврђено дискриминаторско поступање туженог спортског центра према локалном фудбалском клубу, коме је ускраћено коришћење пословних просторија и фудбалског терена које је годинама уназад користио, тиме што је њихов закуп одобрен искључиво једном локалном фудбалском клубу. Првостепена пресуда је потврђена од стране Апелационог суда у Крагујевцу.⁶² У једној пресуди Апелационог суда у Новом Саду наведено је да је „*основна карактеристика дискриминације неједнако њихово понашање у односу на група лица у истој или сличној ситуацији.*“⁶³ У овој пресуди је потпуно изостављено навођење личног својства као елемента дискриминације, односно, суд не сматра да је лично својство неопходан елемент. У образложењу пресуде овај суд наводи да је дискриминаторско поступање „*почело јер тужилац није хтео да одустане од поднетих тужби против туженог, а оледа се и у искључивању тужиоца из процеса рада без основа у закону...*“. Изузетно је забрињавајуће да је у овом предмету утврђена дискриминација без одређивања личног својства, и да је у питању одлука апелационог суда, чији погрешан став може усмерити нижестепене судове на погрешно тумачење појма дискриминације и у другим случајевима.

У узорку је и једна одлука Врховног касационог суда, у којој је наведено да је „*основно својство дискриминације неједнако њихово понашање према групи особи у истој или сличној ситуацији*“. Суд је потврдио став нижестепених судова којима је утврђено да је тужила изложена дискриминацији на радном месту, иако није утврђено да је дискриминаторско поступање засновано на њеном личном својству.⁶⁴

Поједини судови погрешно тумаче суштину појединих личних својстава. Тако је Апелациони суд у Крагујевцу утврдио да је „*тужена одлуку о избору кандидата донела дискриминишући тужилу због њеног личног својства – брачног статуса, односно, заједнице са бившим супругом једне од запослених у школи и поремећених односа између тужиле и ње запослене*“. Суд је утврдио дискриминацију на основу брачног статуса, сматрајући да представља „брачни статус“ чињеница да је тужитељка удата за одређеног мушкарца (бившег супруга запослене у школи). Међутим, дискриминација на основу брачног статуса постоји када је особа неједнако третирана због тога што јесте или није у брачној заједници, а не када је особа у брачној заједници са одређеном особом. У овом случају, неједнак третман узрокован је чињеницом да је тужитељка удата за бившег супруга запослене код послодавца, што је део њеног личног идентитета, али није њен „брачни статус“.

59 Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж 2068/16 од 22. 11. 2016. године.

60 Пресуда Вишег суда у Јагодини, П1 16/15 од 17. 5. 2016. године.

61 Пресуда Вишег суда у Крушевцу, П 478/17 од 3. 11. 2017. године.

62 Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж 588/18 од 6.2.2018. године.

63 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж1 948/14 од 30. 4. 2014. године.

64 Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 687/2012, 27. 12. 2012; суд је сматрао да „коришћење слободних дана, премештај већег броја пацијената, искључивање из додатног рада, немогућност тужитељке да изнесе своје мишљење на јутарњим састанцима или прекидање тужитељке приликом њеног представљања, викање на њу и понижавање ње пред колегама и пацијентима, итд., чине дискриминаторно поступање према тужитељки.“

Релативно је велики број поступака покренутих због наводне дискриминације против Републике Србије због различитих одлука које су судови донели у истим правним стварима. У таквим случајевима захтеви су одбијени јер недоследност, односно различита пракса судова у тумачењу и примени прописа може представљати повреду права на једнаку заштиту пред судовима, зајемченог чланом 36 Устава Републике Србије, али не представља дискриминацију у смислу ЗЗД, уколико није заснована на личном својству странке. Виши суд у Нишу⁶⁵ одбио је тужбени захтев тужиоца којим је тражио да се утврди да је пресудом Основног суда у Нишу којом је одбијен захтев тужиоца, суд извршио дискриминацију јер је, одлучујући о истој правној ствари (исплата разлике мање исплаћене зараде за сменски рад, рад ноћни, рад за време државних и верских празника за одређени период) у другим предметима, раније донео више пресуда којима је усвојио захтев других тужилаца, колега туженог запослених код истог послодавца. У образложењу пресуде суд је изразио јасан став да дискриминација може постојати само ако се *„ради о стварању одређеног лица у неповољан положај, да се то врши у односу на друга лица у упоредивој ситуацији и да се такво понашање темељи на неком личном својству дискриминисаној“*. Суд даље наводи да *„Није свако неједнако третирање дискриминација, нији би се свако неправедно постојање могло довести до иску, већ је неопходно да су такви постојаци узроковани управо личним својством, у чијем одсуству не би дошло до неједнаког постојања“*.

У анализираном узорку постоје и предмети у којима се ни првостепени, ни другостепени суд нису бавили разматрањем постојања личног својства. У предмету поднетом против Републике Србије, Топлички управни округ, Основни суд у Прокупљу⁶⁶ усвојио је захтев тужиоца за утврђивање дискриминаторског престанка радног односа до кога је дошло израдом акта о систематизацији, доношењем решења којим је утврђено да је као државни службеник остао нераспоређен и решења којим му је престао радни однос у стручној служби Топличког управног округа. Суд је захтев усвојио не испитујући на основу ког личног својства је тужилац дискриминисан. Овим питањем није се бавио ни Апелациони суд у Нишу, који је укинуо пресуду и вратио предмет на поновно одлучивање не указујући на пропуст суда у погледу испитивања основа дискриминације.⁶⁷

Поједине парнице за заштиту од дискриминације покренуте су због поступања или непоступања судова у одређеним поступцима, најчешће извршним и кривичним, као и због незадовољства радњама управљања парничним поступком, без навођења личног својства на коме се оне темеље. У таквим случајевима захтеви су одбијани као неосновани. Неке парнице су покренуте против јединица локалне самоуправе због наводне дискриминације извршене од стране њихових органа у спровођењу управних поступака, при чему лично својство није наведено.

У неким тужбама наведена су лична својства која не могу представљати основ дискриминације у смислу ЗЗД. На пример, у предмету Вишег суда у Зрењанину⁶⁸ тужилац је тражио да суд утврди да је тужени (град Зрењанин, ЈКП "Чистоћа и зеленило") сврстао тужиоца који је корисник објекта намењеног обављању адвокатске делатности у прву категорију корисника, чиме га је ставио у непо-

65 Пресуда Вишег суда у Нишу, 4П 2391/16 од 10. 5. 2017. године.

66 Пресуда Основног суда у Прокупљу, 5П1 бр. 15/2011 од 13. 12. 2012. године.

67 Решење Апелационог суда у Нишу, 24Гж 1.790/13 од 12. 2. 2014. године.

68 Пресуда Вишег суда у Зрењанину, П бр. 64/15 од 15. 3. 2016. године.

вољнији положај због његовог личног својства – адвокатске професије коју обавља. Првостепени суд је правилно закључио да *"Чињеница да је тужилац адвокат не представља његово лично својство, које је део његовој личној идентитетности, већ исто означава тужичеву професионалну делатност које се не може угодобити лично својству"*. Пресуду којом је одбијен захтев тужиоца потврдио је Апелациони суд у Новом Саду.⁶⁹

Има међутим, и пресуда апелационих судова којима је утврђена дискриминација на основу чињеница које не представљају лично својство. Тако је у једној пресуди Апелационог суда у Новом Саду⁷⁰ утврђена дискриминација тужитељке, а као лично својство наведен је „живот ван места рада“. Основни суд у Новом Саду заузео је став да *„ирреливост и поштовање ауторитета“* представљају лично својству тужиље на основу које је дискриминисана.⁷¹ Овај став прихватили су и другостепени⁷² и Врховни касациони суд.⁷³ Околност да је тужилац *„бивши руководица“* такође, по оцени појединих судова, представља лично својство.⁷⁴

У неким предметима у тужбама је наведено неколико личних својстава. Тако је, у предмету Основног суда у Нишу, тужиља навела да је дискриминисана на основу брачног статуса, породичних обавеза, политичког уверења и чланства у политичкој организацији, као и на основу могућности стручног усавршавања и радних обавеза. У току поступка ни првостепени ни другостепени суд⁷⁵ нису констатовали да *„радне обавезе“* и *„могућности стручној усавршавања“* не представљају лична својства тужиље.⁷⁶

8.2.4. Облици дискриминације

Већина судских поступака за заштиту од дискриминације вођена је због различитих видова непосредне дискриминације, док је изразито мало предмета у којима су решавани случајеви посредне дискриминације. Овакво стање је забрињавајуће јер је забрана посредне дискриминације кључни инструмент остваривања суштинске (супстантивне) једнакости. Непостојање одлука о посредној дискриминацији индикатор је да је стручној и широј јавности још увек непознат концепт посредне дискриминације.

Анализа предмета у којима се као пуномоћници странака јављају адвокати, што је углавном случај, показује да правни концепт дискриминације још увек није свима сасвим јасан. У тужбама се дискриминаторски акти (чињење и пропуштање) обично квалификују тако што се наводи облик дискриминације, с тим што су квалификације често погрешне. С друге стране, некада је опис догађаја такав да је нејасно који је то конкретни акт, радња или пропуштање којим је извршена дискрими-

69 Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж 2224/16 од 12. 9. 2016. године.

70 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж1 1820/11 од 5. 10. 2011. године.

71 Пресуда Основног суда у Новом Саду, П1 547/2010 од 14. 6. 2011. године.

72 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж1 2261/11 од 30. 3. 2012. године.

73 Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 687/2012 од 27. 12. 2012. године.

74 Пресуда Основног суда у Новом Саду, П1 6/2011 од 8. 4. 2011. године и Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж1 1406/11 од 9. 11. 2011. године.

75 Пресуда Основног суда у Нишу 4П1 106/10 од 30. 11. 2012. године; решење Апелационог суда у Нишу 18Гж1 403/13 од 22. 3. 2013. године; пресуда Основног суда у Нишу 4П1 2270/13 од 26. 8. 2013. године; пресуда Апелационог суда у Нишу 18Гж1 2990/13 од 29. 11. 2013. године.

76 Видети шире: Бекер К. (2019) *Вишеструка дискриминација жена у Србији и одабраним државама Европске уније: уредна анализа*, Нови Сад: Универзитет у Новом Саду, АЦИМС, Центар за родне студије, стр. 410.

нација, тако да се не може утврдити ни облик дискриминације. У таквим случајевима неки судови налажу тужиоцу да пружи додатна разјашњења у погледу самог акта дискриминације којим је извршена дискриминација. Тако је, на пример, у предмету у коме је по жалби одлучивао Апелациони суд у Нишу,⁷⁷ који је вођен по тужби због наводне дискриминације извршене селективним рушењем нелегалног објекта, суд тражио од тужиоца да се изјасни којим актом, радњом или пропуштањем је стављен у неповољнији положај и ком је облику дискриминације изложен, али тужилац није поступио по налогу суда.

Апелациони суд у Крагујевцу⁷⁸ потврдио је првостепену пресуду којом је одбијен захтев тужиоца, јер тужилац није конкретизовао дискриминаторну радњу, већ је само тврдио да су „*сви акти и решења о одбијању социјалне помоћи дискриминаторне радње Центра за социјални рад*“, не наводећи притом ни лично својство које представља основ наводне дискриминације.

У неким тужбама против Републике Србије описан је читав низ разноврсних радњи које су предузимали различити државни органи, без прецизног навођења конкретног акта одређеног органа којим је наводно извршена дискриминација. Судови редовно одбијају такве захтеве. Апелациони суд у Крагујевцу⁷⁹ потврдио је пресуду Вишег суда у Крушевцу⁸⁰ којом је одбијен захтев тужиоца. Тужилац, кога заступа адвокат, тражио је да се утврди постојање „*недоушћене дискриминације која траје, извршене од стране РС преко њених државних органа, судова, непроправним постојањем или пројашањем у судском извршном постојању*“, наводећи да има одлуку Уставног суда којим је утврђена повреда права на имовину и повреда права на суђење у разумном року. Као лично својство навео је „*пребивалиште и боравиште у Црној Гори*“, „*неукост*“ и „*сиромаштво*“. У неким случајевима тужбени захтеви су били неодређени, тако да је тужбу требало одбацити, сагласно члану 192 ЗПП.

Забрињавајуће је да се у појединим предметима судови нису изјаснили о облику дискриминације за коју су утврдили да јесте, односно, да није извршена. У образложењу одлука често цитирају законске одредбе и о непосредној и о посредној дискриминацији. На овај недостатак апелациони судови по правилу указују у својим одлукама, али су неке првостепене пресуде потврђене, а да је остало нејасно да ли је у питању непосредна или посредна дискриминација.

8.2.5. Разграничење дискриминације и злостављања на раду

У правној пракси још увек има недоумица у погледу разграничења дискриминације на раду и злостављања на раду, иако се ради о различитим правним појавама и појмовима,⁸¹ за које постоје различити инструменти правне заштите и који се међусобно знатно разликују. Наводимо најзначајније разлике на материјалноправном и процесном терену:

77 Апелациони суд у Нишу, Гж 3156/17.

78 Апелациони суд у Крагујевцу, Гж1 бр. 4312/16.

79 Апелациони суд у Крагујевцу, Гж 1054/17.

80 Виши суд у Крушевцу, П 18/15, пресуда од 15. 9. 2015.

81 Видети: Рељановић М. (2017) *Студија о примени Закона о забрани дискриминације у Србији*, Београд: YUCOM – Комитет правника за људска права, стр. 22-23; Рељановић М., Петровић А. К. (2011) „Шиканозно вршење права, дискриминација и злостављање на раду – Законска регулатива и пракса“, *Правни записи*, год. II, бр. 1, Београд: Правни факултет Универзитета Унион, стр. 186-196; Шире: Petrović А. К. (2014), „Problem razlikovanja diskriminacije i zlostavljanja na radu u pravnoj teoriji i praksi Republike Srbije“, *Pravni vjesnik*, br. 2, Osijek: Pravni fakultet Sveučilišta J. J. Strossmayer, стр. 77-88.

- Дискриминација, која може бити извршена једнократном радњом, а код злостављања на раду неопходно је да се радња злостављања понавља.
- Правну заштиту од дискриминације уживају и лица која траже запослење, док право на заштиту од злостављања на раду имају запослена лица, односно, лица која по било ком основу учествују у раду послодавца;⁸²
- У случајевима дискриминације основ је лично својство дискриминисаног лица, а код злостављања на раду то није није случај;
- Заштита од дискриминације остварује се у парницама за заштиту од дискриминације које се воде по правилима посебног парничног поступка регулисаног ЗЗД. Правна заштита од злостављања на раду регулисана је Законом о спречавању злостављања на раду,⁸³ а остварује се у парници која се води по правилима поступка у парницама из радних односа, регулисаног Законом о парничном поступку.⁸⁴
- У парницама за заштиту од дискриминације ревизија је увек дозвољена, без обзира на вредност предмета спора, док је у парницама за заштиту од злостављања на раду ревизија дозвољена под условима прописаним Законом о парничном поступку.⁸⁵

У тужбама које подносе адвокати понекад се тражи и заштита од дискриминације и заштита од злостављања на раду, што манифестује њихово недовољно познавање ових појава. У жалби против једне првостепене одлуке којом је одбијен захтев за утврђење дискриминације⁸⁶ адвокат истиче да у конкретном случају суд није применио Закон о спречавању злостављања на раду, иако је тужбом тражено утврђивање дискриминације. Другостепени суд је, међутим, одбио жалбу, указујући да *„Нису основани жалбени наводи тужиоца да првостепен суд није применио меродавне прописе и то: Закон о спречавању злостављања на раду (Сл. гласник РС, бр. 36/2010) и Правилник о правилима понашања послодавца и запослених у вези са ревизијом и заштитом од злостављања на раду (Сл. гласник РС, бр. 62/2010), а ово из разлога што је предмет тужбеног захтева тужиоца заштитом од дискриминације, а не од злостављања, што су две различите правне категорије“*.⁸⁷

Из садржине појединих пресуда може се, међутим, уочити да неке судије не праве разлику између појаве дискриминације и злостављања на раду и да пропуштају да утврде шта је тачно предмет парнице. Тако се у одлуци Апелационог суда у Новом Саду⁸⁸ наводи да *„дискриминација представља свако понашање према запосленом које се понавља, а које вређа достојанство радника, његов лични и професионални интереси, здравље, ња и понашање које доводи до тога да се запослени наведе да на својствену иницијативу раскине радни однос. Дискриминацију може вршити*

82 Члан 2 Закона о спречавању злостављања на раду.

83 Сл. гласник РС, бр. 36/10.

84 Чланови 436-441 ЗПП.

85 Према члану 441 ЗПП, ревизија је дозвољена у парницама о споровима о заснивању, постојању и престанку радног односа, а када је реч о парницама у којима се остварују имовинскоправни захтеви, ревизија није дозвољена ако вредност предмета спора побијеног дела не прелази динарску противвредност од 40.000 евра по средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе (чл. 403, ст. 2 ЗПП). Видети и: Пресуду Врховног касационог суда, Рев2 1422/2015 од 16. 9. 2015. године.

86 Пресуда Основног суда у Нишу 9П1 бр. 1363/10 од 7. 11. 2011. године.

87 Пресуда Апелационог суда у Нишу, 8Гж1 342/12 од 16. 5. 2012. године.

88 Решење Апелационог суда у Новом Саду, Гж1 484/2011 од 2. 12. 2011. године.

йослодавац са својстивом физичкої лица или одіоворно лице код йослодавца са својстивом йравної лица, зайослени или йруїа зайослених код йослодавца.“

У пресуди Основног суда у Панчеву, којом је делимично усвојен тужбени захтев, туженој је наложено да *„на име накнаде шїїейїе збої дискриминациїе (мобинїа) збої йрейїрїљених душевних болова збої йовреде досїїојансїва.“*⁸⁹ Такав став је прихватио и другостепени суд, који је потврдио првостепену пресуду, налазећи да је она правилна јер је утврђено да је тужена *„ускраїїила йїужилїи обављање йослова доїїадашїїеї радної месїїа без икаквої разлоїа, шїїо је йовредило њено досїїојансїво, а дискриминациїа се сасїїојала у виду йїзв. йїразної сїїола, јер јої нису давани нови радни задаци, шїїо је изазвало изолациїу йїужилїе и довело до друїачиїеї односа друїїих радника йїрема њої, услед чеїа је йїужилїа йїрїїела.“*⁹⁰

У пракси је честа појава да се једном тужбом тражи утврђење дискриминациїе и утврђење злостављања на раду и да судови у истом поступку одлучују и о једном и о другом захтеву. Виши суд у Панчеву⁹¹ истом пресудом одбио је захтев за утврђење дискриминациїе и захтев за утврђење злостављања на раду. Другостепени суд је потврдио првостепену пресуду, а Врховни касациони суд је одбио као неосновану ревизиїу тужиоца изјављену против другостепене пресуде у ставу првом диспозитива којим је одбиїен као неоснован захтев тужиоца за утврђење дискриминациїе и одбацио као недозвољену ревизиїу тужиоца изјављену против ове пресуде у делу којом је потврђена пресуда Вишег суда у Панчеву којим је одбиїен тужбени захтев тужиоца за утврђење злостављања.⁹²

Апелациони суд у Новом Саду одбио је жалбу тужиоца и потврдио пресуду⁹³ Вишег суда у Шапцу,⁹⁴ којом је овај суд у јединственом поступку одлучио о захтеву за утврђење злостављања на раду и накнаду штете због злостављања на раду и о захтеву за утврђење дискриминациїе и свим другим захтевима за заштиту од дискриминациїе прописаним чланом 43 Закона о забрани дискриминациїе.

Пракса кумулирања захтева за заштиту од дискриминациїе и захтева за заштиту од злостављања на раду у истој тужби и пракса расправљања и одлучивања о овим захтевима у јединственом поступку немају подлогу у законском тексту. Наиме, о захтевима за заштиту од дискриминациїе и захтевима за заштиту од злостављања на раду одлучује се по правилима посебних парничних поступака, а према члану 197 ЗПП, тужилац у једној тужби може да истакне више захтева против истог туженог, ако су сви захтеви повезани истим чињеничним и правним основом. Уколико захтеви нису повезани истим чињеничним и правним основом, они могу бити истакнути у једној тужби против истог туженог само кад је исти суд стварно надлежан за сваки од ових захтева и кад је за све захтеве одређена иста врста поступка. У случајевима недопуштене објективне кумулациїе захтева, суд је дужан да расправљање и одлучивање о тим захтевима раздвоїи и да, ако околности случаја то захтевају, правну ствар за коју није надлежан уступи надлежном суду. У напред наведеним примерима то је била обавеза првостепених суда.

89 Пресуда Основног суда у Панчеву, Судска јединица у Алибунару, П1. 302/2010 од 17. 12. 2010. године.

90 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж1 361/12 од 12. 4. 2012. године.

91 Пресуда Вишег суда у Панчеву, П1 24/14 од 10. 12. 2014.

92 Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 1422/15 од 16. 9. 2015. године.

93 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж1 127/16 од 9. 3. 2016. године.

94 Пресуда Вишег суда у Шапцу, П1 8/14 од 27. 11. 2015. године.

8.2.6. Области дискриминације

Изузимајући парнице по тужбама ратних војних резервиста због дискриминације у исплати ратних војних дневница, повод за покретање парница за заштиту од дискриминације били су акти дискриминације извршени у различитим областима:

- у домену рада,
- у поступцима пред органима јавне власти,
- у пружању јавних услуга,
- у остваривању права на социјалну помоћ,
- у погледу пензијског осигурања,
- у области јавног информисања и др.

8.3. Поступци у парницама за заштиту од дискриминације

8.3.1. Правозаштитни захтеви

У свим предметима обухваћеним истраживањем дошло је до објективне кумулације истицањем већег броја захтева. Поред захтева за утврђење дискриминације, који је по правилу садржан у тужбама као самостални правозаштитни захтев, у парницама су редовно истакнути и други захтеви прописани антидискриминационим прописима. У тужбама физичких лица редовно је истакнут и захтев за накнаду штете. Постоје, међутим, и малобројни предмети у којима је истакнут само захтев за утврђење дискриминације, а у неколико предмета истакнут је само захтев за накнаду штете настале дискриминаторским поступањем, у којима се утврђење дискриминација јавља као претходно питање.

8.3.2. Одбацивање тужбе

У анализираном узорку било је само неколико предмета у којима је тужба одбачена. У неким предметима тужба је одбачена у целини, док је у неким предметима одбачена у погледу појединих захтева због њихове неопредељености. Основни суд у Врбасу, Судска јединица у Кули,⁹⁵ одбацио је тужбу у делу захтева којим је тужилац тражио да се „*тужени казне по Закону о забрани дискриминације*“, указујући да је тужба овог захтева неуредна у смислу чланова 98 и 192 ЗПП, а у вези са чланом 43 Закона о забрани дискриминације.

Један од разлога за одбацивање тужбе јесте непостојање сагласности дискриминисаног лица за подизање тужбе од стране организација за заштиту људских права и Повереника за заштиту равноправности (чл. 46, ст. 2 ЗЗД). Иако закон прописује да је претходна сагласност за подизање тужбе потребна само ако је у питању дискриминација искључиво одређеног лица, а не и групе лица, у пракси се као спорно појавило питање када се може говорити о „групи лица“.

95 Пресуда Основног суда у Врбасу, Судска јединица у Кули, П 114/16 од 21. 7. 2016. године.

Тако су у једном предмету по тужби Повереника за заштиту од дискриминације првостепени суд одбацио тужбу Повереника⁹⁶ којом је тражио утврђење дискриминације према троје индивидуално неодређене деце ромске националности, сматрајући да је Поверенику била потребна сагласност законских заступника дискриминисаних лица. Ову одлуку је потврдио другостепени суд.⁹⁷ Против другостепене одлуке Повереник је изјавио ревизију. У одговору на ревизију тужени је тврдио да је израз „одређено лице“ синоним за „конкретно лице“, те да је неопходно да Повереник за заштиту равноправности има сагласност за подизање тужбе јер се ради о лицима која „једноставно могу бити идентификована“. Врховни касациони суд је заузео следећи став: „Ако се тужба за утврђење дискриминације односи на једно лице, о чему је у овој парници реч, Поверенику није, како то ионако сматрају нижестепени судови, потребно овлашћење.“⁹⁸ По схватању суда, „Тужба у овој правној ствари односи се на утврђење дискриминације коју је извршио тужени према одређеној једној особи ромске, чије им обезбеђење није дозволило улаз у ресторан. С обзиром да тужба није усмерена на утврђење дискриминације против одређеног лица у ком случају би Поверенику било неопходно именовано пуномоћје за доношење тужбе у овој правној ствари, већ за дискриминацију која је извршена према одређеној особи: неодређеном броју лица - деци ромске националне припадности, Поверенику, није било неопходно именовано пуномоћје за доношење тужбе у овој правној ствари“.

Овај став Врховног касационог суда је исправан с аспекта тумачења прописа о условима под којима је за подизање тужбе Поверенику потребна сагласност дискриминисаног лица. Треба, међутим, приметити да сагласност дискриминисаног лица, као услов за допуштеност тужбе, не представља „пуномоћје“, како се наводи у пресуди Врховног касационог суда, јер се Повереник, без обзира да ли покреће поступак ради заштите од дискриминације једног лица или групе индивидуално неодређених лица, не јавља као њихов пуномоћник, већ као државни орган који у јавном интересу покреће и види стратешке парнице за заштиту од дискриминације, а то су парнице које покреће у општем интересу ради промовисања начела једнакости и равноправности, односно забране дискриминације, успостављања добре судске праксе у овој области, скретања пажње јавности на посебно тешке случајеве дискриминације и друго.⁹⁹

8.3.3. Ослобођење од претходног плаћања трошкова и трошкова и осталих трошкова

Установа ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка обезбеђује да вођење грађанских судских поступака буде доступно лицима која према свом општем имовном стању нису у могућности да претходно снесу трошкове поступка. Шире посматрано, ослобођење од плаћања трошкова израз је начела једнакости странака пред судом и представља вид конкретизације начела забране дискриминације у остваривању права на правну заштиту по основу имовног стања.

Када је реч о приступу правди жртвама дискриминације, Комитет за економска, социјална и културна права нагласио је потребу за једнаким приступом институцијама које се баве дискрими-

96 Први основни суд у Београду, П бр. 16041/2012.

97 Виши суд у Смедереву, Гж 840/13.

98 Врховни касациони суд, Рев. 853/2014.

99 Видети: Петрушић Н. (2012), стр. 905-922; Ђукић, Л. (2016) „Правна заштита због дискриминације“, *Билтен*, бр. 3, Врховни касациони суд, стр. 62.

нацијом: Институције које се баве дискриминацијом уобичајено укључују судове, управне органе, националне установе за људска права и/или омбудсмане, који би требало да буду доступни свакоме без дискриминације.¹⁰⁰

Закон о парничном поступку регулише услове за потпуно ослобођење од плаћања трошкова поступка, које обухвата ослобођење од плаћања судских такси и полагања предужма за извођење за трошкове сведока, вештака, увиђаја и судских огласа.¹⁰¹ У погледу услова за делимично ослобођење, тј. ослобођење од плаћања судских такси, које ЗПП прописује само као могућност, меродаван је Закон о судским таксама,¹⁰² на чију примену ЗПП изричито упућује, прописујући да суд може ослободити странку и само од плаћања таксе, у складу са посебним законом.¹⁰³ У односу на услове за потпуно ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка прописане ЗПП-ом, Закон о судским таксама на другачији начин регулише услове за ослобођење од плаћања судских такси, као и дејство одлуке којом је странци признато право на ослобођење од плаћања судских такси, тако да постоје два различита режима – режим потпуног ослобођења, регулисан ЗПП-ом, и режим делимичног ослобођења, тј. ослобођења од плаћања судских такси, регулисан Законом о судским таксама. Поред осталог, ова два режима се разликују и по томе што само странка која је потпуно ослобођена плаћања трошкова поступка има право на бесплатну правну помоћ, постављањем бесплатног заступника.¹⁰⁴

Према ЗПП, право на ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка има странка која према свом општем имовном стању није у могућности да сноси ове трошкове.¹⁰⁵ Према Закону о судским таксама, од плаћања таксе може бити ослобођена странка (таксени обвезник) ако би плаћањем таксе, имајући у виду висину средстава из којих се она и чланови њеног домаћинства издржавају, та средства била у толикој мери умањена да би тиме била угрожена њихова социјална сигурност.¹⁰⁶

Иако је од круцијалне важности с аспекта остваривања права на приступ суду, у парницама за заштиту од дискриминације странке ретко траже ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка. У анализираном узорку само су у пет парница тужиоци истакли захтев за ослобођење од претходних трошкова поступка. Тако је у једном предмету тужилац тражио ослобођење од „плаћања судских такси и трошкова поступка“. Суд га је ослободио обавезе плаћања судске таксе, али не и накнаде трошкова парничног поступка. Овај поступак је окончан пресудом којом је тужбени захтев одбијен, тако да је тужиоцу наложено да туженом исплати парничне трошкове.

У предмету Вишег суда у Новом Саду¹⁰⁷ који је покренуло привредно друштво тужилац је ослобођен претходног плаћања судских такси. Његови захтеви којима је тражио да се утврди да је

100 Комитет за економска, социјална и културна права, Општи коментар бр. 20: Недискриминација у економским, социјалним и културним правима, UN Doc. E/C.12/GC/20, 2009, пар. 40.

101 Члан 186, став 2 ЗПП.

102 Сл. гласник РС, бр. 28/94, 53/95, 16/97, 34/01 - др. закон, 9/02, 29/04, 61/05, 116/08 - др. закон, 31/09, 101/11, 93/12, 93/14, 106/15 и 95/18.

103 Члан 168, став 3 ЗПП.

104 Члан 170, став 1 ЗПП.

105 Члан 168, став 1 ЗПП.

106 Члан 10, став 1.

107 Виши суд у Новом Саду, П 674/17, пресуда од 3. 12. 2018.

Привредни суд у Крагујевцу у предмету П бр. 321/11 дискриминаторски поступао према тужиоцу на начин на који није поступао према другим привредним друштвима из разлога што је законски заступник тужиоца словачке националности, као и да му тужена Република Србија накнади материјалну штету, одбијени су па је тужиоцу наложено да туженом накнади трошкове поступка.

У појединим предметима захтеви за ослобођење од плаћања трошкова поступка одбијени су јер странке нису поднеле доказе о свом имовном стању.

8.3.4. *Посилавање бесилајној пуномоћника*

Странка која је потпуно ослобођена плаћања трошкова поступка има право на бесплатну правну помоћ, ако је “то нужно ради заштите права странке, односно ако је то прописано посебним законом”.¹⁰⁸ Бесплатног пуномоћника поставља и разрешава председник суда, по редоследу са списка адвоката који суду доставља надлежна адвокатска комора.¹⁰⁹ Институт бесплатног пуномоћника је изузетно значајан, с обзиром да у поступку важи расправно начело и да ЗПП прописује читав низ преклузија у погледу изношења чињеница и предлагања доказа,¹¹⁰ што ставља неуку странку у неједнак положај у односу на странку која има адвоката, што у комплексним случајевима може довести до фактичке неравноправности странака у поступку, односно до кршења принципа “једнакости у оружју”.¹¹¹

Према прикупљеним подацима, ни у једној парници за заштиту од дискриминације странке нису тражиле постављање бесплатног заступника, тако да судови нису били у прилици да о овим захтевима одлучују.

8.3.5. *Примена посредовања (медијације)*

Посредовање (медијација) је метод за споразумно решавање спорова који се успешно може применити и у предметима дискриминације. Од судија се очекује да препознају медијабилне случајеве дискриминације и странке упуте на медијацију, сагласно Закону о парничном поступку којим је прописано да ће суд упутити странке на медијацију или на информативно рочиште за медијацију, односно указати им на могућност за вансудско решавање спора медијацијом или на други споразуман начин.¹¹²

Према прикупљеним подацима, ни у једној парници за заштиту од дискриминације странке нису упућене на медијацију.

108 Члан 170, став 1 ЗПП.

109 Члан 170, став 4у вези са чланом 81, став 1 ЗПП.

110 Ракић Водинелић В. (2011) „Закон о парничном поступку Србије“, Правни записи, год. II, бр. 2, стр. 515-566.

111 У пракси ЕС/ЉП ово је један од критеријума на основу којих суд процењује да ли је дошло до повреде права на правично суђење. Видети: *Airey v. Ireland*, представка бр. 6289/73, пресуда од 9. октобра 1979, Серија А, бр. 32. Овај критеријум суд је применио и у другим предметима: *Golder v. The United Kingdom*, представка бр. 4451/70, пресуда од 21. јануара 1975, Серија А, бр. 18, пар. 34 *in fine* и пар. 35-36, *Z. and Others v. The United Kingdom* [GC], представка бр. 29392/95, пар. 91-93, ECHR 2001-V и др.

112 Члан 11, став 1 ЗПП.

8.3.6. Учесће умешача

Ни у једном предмету обухваћеном истраживањем није дошло до мешања трећих лица, односно органа у туђу парницу. Иако и Повереник има могућност да се умеша у парницу, што произлази из његовог овлашћења да покрене парницу, ову могућност Повереник до сада није користио.

8.3.7. Тести дискриминације

Анализа судских пресуда показује да у пракси поједини судови имају тешкоће са провођењем општег теста дискриминације,¹¹³ чија је правилна примена од кључне важности за доношење правилног закључка о томе да ли је у конкретном случају извршена дискриминација. Из образложења пресуда се често не може пратити редослед фаза у спровођењу теста дискриминације, тако да остаје недовољно јасно на којој се фази тест дискриминације „зауставио“. Наиме, тест дискриминације подразумева четворофазно испитивање, које даје одговор на следећа питања: 1) да ли је тужени према тужиоцу неповољније поступао у односу на друга лица која се налазе у истој или сличној ситуацији; 2) да ли је разлика у третману заснована на личном својству тужиоца; 3) да ли је разлика у третману објективно оправдана, с обзиром на циљ, односно последице; 4) да ли постоји сразмерност између циља и средства које је употребљено за остваривање циља. По природи ствари, испитивању у свакој следећој фази приступа се само ако је одговор на постављено питање у претходној фази позитиван.

У узорку се срећу пресуде из чијих је образложења сасвим јасно у којој је фази суд закључио да није реч о дискриминацији. На пример, у пресуди Апелационог суда у Новом Саду,¹¹⁴ којом је потврђена пресуда Вишег суда у Новом Саду,¹¹⁵ суд наводи: *„доказивање да ли различито постојење има разумно и објективно оправдање у овом случају није било потребно, пошто, како је већ наведено, оно постоје релевантно тек након што тужилац докazuje вероватноће докаже да је евидентна разлика између њега и других грађана Р. Србије истовремено представља акт дискриминације јер је недозвољена зато што је заснована на њиховим личним својствима, што у овом случају тужилац није ни тврдио“.*

Међутим, из неких пресуда је немогуће утврдити ко је у конкретном случају био „упоредник“, односно, у односу на које лице, односно групу лица је испитивано да ли је поступање према тужиоцу било неповољније. Такав приступ је, у суштини, последица непрепознавања да лично својство представља један од основних елемената дискриминације.

Низ проблема јавља се и у вези испитивања оправданости различитог третмана. У неким случајевима судови само испитују да ли је радња туженог формално законита и ако закључе да јесте, не врше даљу анализу. Апелациони суд у Нишу је, у једној пресуди којом је укинуо пресуду првостепеног суда,¹¹⁶ навео: *„Доношење одлучења о систематизацији послова је дискреционо право*

113 Детаљно о тесту дискриминације: Петрушић Н., Крстић И., Маринковић Т. (2016) *Коментар Закона о забрани дискриминације*, Београд: Службени гласник, стр. 57-58.

114 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж 254/17 од 17. 5. 2017. године.

115 Пресуда Вишег суда у Новом Саду, П 62/16 од 28. 11. 2016. године.

116 Пресуда Основног суда у Прокупљу, 5П1 бр. 15/2011 од 13. 12. 2012. године.

послодавца, те је потребно да првостепен суд оцени да ли се уопште може размајрати такав оштри акт и решење о отказу као акт дискриминаторској онашања.¹¹⁷ Иако је ова констатација тачна, то не значи да у појединачним случајевима самим доношењем акта о систематизацији не може бити извршена дискриминација. Није тешко замислити ситуацију да је циљ доношења акта о систематизацији стварање услова да конкретном лицу на основу његовог личног својства престане радни однос. Такође, у пракси тужени послодавци често своје тврђење да није извршена дискриминација поткрепљују тврђењем да су акт о систематизацији изменили и на основу њега донели одлуку о престанку радног односа конкретног запосленог (јер више није испуњавао нове услове за посао који је обављао), у циљу боље организације рада, унапређења профитабилности пословања и сл., без навођења доказа за своје тврђење, упркос томе што њих погађа терет доказивања да није повређено начело једнакости. Овај аргумент судови прихватају, не испитујући ни циљ доношења одлуке ни постојање сразмерности између циља који се желео остварити и мере предузете за њено остваривање.

У анализираном узорку има и пресуда у којима се суд бавио питањем постојања објективног и разумног оправдања за неједнак третман. У парници покренутој тужбом особе која за кретање користи колица, којом је тражено да је дискриминисана због пропуштања да се тротоари и јавне површине у граду учине приступачним особама са инвалидитетом, Врховни суд Србије¹¹⁸ заузео је став да тужилац није дискриминисан јер „ујврђено је да су код тужених донете мере и предвиђене активности ради укупној побољшања услова збој особа са инвалидитетом, које обухватају период до 2015. године, те да су неки ивичњаци већ уклоњени [...] Неуклањање свих оштећења на стазима и пројектима, као и свих баријера и ивичњака на улицама нису имали за циљ дискриминацију тужиоца као особе са инвалидитетом, већ представљају дугогодишњи процес условљен материјалним могућностима друштвене заједнице, па се радње тужених морају посматрати са аспекта пропорционалности легитимном циљу који се мерама остварује“.

8.3.8. Примена правила о расподели терета доказивања

У парницама за заштиту од дискриминације један од кључних изазова јесте доказивање дискриминације јер се она, по правилу, не врши отворено, већ се прикрива и правда разним изговорима тако да је тешко утврдити узрочно-последични однос између личног својства и неједнаког поступања. С друге стране, сама дискриминација често није резултат намере, већ је последица начина мишљења, али и предрасуда и стереотипа којих понекад нису свесни ни сами извршиоци дискриминације. У пракси је реткост да постоје непосредни докази о дискриминаторном поступању, а поједини докази често нису доступни жртвама.

Искуство је показало да у парницама за заштиту од дискриминације примена стандардних правила о доказивању и терету доказивања¹¹⁹ представља непремостиву препреку за пружање делотворне заштите од дискриминације и да је њихова примена у овим парницама супротна прин-

117 Пресуда Апелационог суда у Нишу, 24Гж1 790/13 од 12. 2. 2014. године.

118 Пресуда Врховног касационог суда, Рев 99/2011 од 10. 2. 2011. године.

119 Према општим правилима о терету доказивања, видети: Станковић Г. *Грађанско процесно право*, Прва свеска, Парнично процесно право, Београд, стр. 434-437.

ципима правичног суђења.¹²⁰ Због тога су развијена посебна правила о пребацивању терета доказивања и стандардима доказивања, која су општеприхваћена у упоредном праву, стандардизована европским антидискриминационим директивама, а примењују их и Европски суд за људска права¹²¹ и Европски суд правде (у даљем тексту: ЕСП).

Суштина правила о пребацивању терету доказивања огледа се у томе што је тужилац дужан да понуди чињенице и доказе на основу којих се може закључити да је дискриминација *вероватно извршена*, а ако у томе успе, онда је тужилац тај који треба да докаже да начело једнакости није повређено, тј. да дискриминација није извршена.¹²² Због тога у парницама за заштиту од дискриминације захтев за утврђење дискриминације не може бити одбијен зато што тужени није доказао дискриминацију, већ зато што или тужилац није учинио вероватним акт дискриминације или, ако је у томе успео, зато што тужени, на кога је пребачен терет доказивања, није успео да докаже да у конкретном случају није било дискриминације.

Сам појам "вероватност" тумачи се у складу са доктрином *prima facie* доказа,¹²³ како то чине и ЕСЉП и ЕСП.¹²⁴ Да ли је овај стандард испуњен процењује се давањем одговора на питање да ли су претежнији изгледи да је дискриминација извршена или да није извршена, имајући у виду доказе на којима се заснива постојање вероватности да је дошло до дискриминације. Суд о томе да ли је дискриминација извршена формира на основу постојања неког типичног развоја догађања које, према правилима искуства, упућује на каузалну везу с дискриминаторним понашањем или на одговорност за такво понашање, при чему се имају у виду и правила искуства у правној заједници. Ради се, заправо, о тзв. "претежној вероватности".

У случајевима непосредне дискриминације, ако тужилац изнесе довољно чињеница и доказа на основу којих се може закључити да је тужилац према њему поступао неповољније у односу на другог у упоредивим околностима, тврђење тужиоца да је дискриминисан доведено је до степена вероватности, тј. постоји *prima facie* доказ о дискриминацији. Када је реч о посредној дискриминацији, да би она *prima facie* била доказана, тужилац треба да изнесе чињенице и понуди доказе из којих се

120 Детаљно: Rodin, S. (2009) „Dokazivanje diskriminacije i teret dokazivanja u pravu Evropske unije”, у: Grgić A., Potočnjak Ž., Rodin S., Selanec G., Simonović Einwalter T., A. Uzelac A. (2009) *Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije* (ur. Tena Simonović Einwalter), Zagreb: Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske, стр. 109.

121 Мада првобитно није био склон пребацивању терета доказивања, Европски суд за људска права временом је постао свестан потребе за прилагођавањем захтева у вези са доказима који се намећу дискриминисаним лицима, имајући у виду специфичан карактер дискриминаторних мотива, које је најчешће врло тешко утврдити. Такав став потврђен је у многим одлукама Суда. (Видети: Петрушић, Н., Крстић, И., Маринковић, Т. (2016), стр. 303).

122 Члан 45, став 2 33Д.

123 Стандард *prima facie* доказа преузет је из англосаксонског правног круга и део је *common law* традиције. (О пребацивању терета доказивања, *šire*: Potočnjak Ž., Grgurev I., Grgić A. (2013) „Dokazivanje *prima facie* diskriminacije”, у: *Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku, Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Evrope*, (ur. Alan Uzelac, Jasnica Garašić, Aleksandra Maganić), Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, стр. 325-327; M. Dika M. (2011) „Sudska zaštita u diskriminacijskim stvarima”, у: Crnić I. i dr. *Primjena antidiskriminacijskog zakonodavstva u praksi*, Zagreb: Centar za mirovne studije, стр. 84-86; Петрушић Н. (2014) „Употреба статистичких података у антидискриминационим парницама“, Правни живот: тематски број. Право и начело савесности и поштења, Београд: Удружење правника Србије, 63, бр. 12, том 4, стр. 33-50; Тасић А. (2016) *Посебан у парницама за заштиту од дискриминације* (докторска дисертација), Ниш: Правни факултет у Нишу, стр. 312-320; Бекер К. (2019), стр. 517-518.

124 По схватању ЕСЉП, *prima facie* доказ може проистећи из довољно јасних, јасних и непротивречних индиција или од исто таквих фактичких претпоставки. Суд прихвата да су тачни они чињенични наводи који су: "појединачни слободном оценом свих доказа, укључујући и закључке који извиру из чињеница и поднесака странака [...]. Доказ може следити из постојања довољно чврстих, јасних и непротивречних индиција или из сличних необорених фактичких претпоставки..." (*Nachova and Others v. Bulgaria*, представка бр. 43577/98, одлука од 26. фебруара 2004. пар. 166). Идентичан став ЕСЉП заузео је и много раније (*Chassagnou and Others v. France*, представка бр. 25088/94, 28331/95 и 28443/95, одлука од 29. априла 1999. пар. 91-92 и *Timishev v. Russia*, представка бр. 55762/00 и 55974/00, одлука од 13. марта 2006, пар. 57).

може закључити да га је одређено неутрално правило (критеријум или пракса), које се примењује у односу на све, због неког његовог личног својства ставило у неповољнији положај у односу на друге у аналогној ситуацији.¹²⁵

Анализа садржаја пресуда из узорка показује да је пракса судова у погледу примене правила о пребацивању терета доказивања веома различита и да није уједначена ни на нивоу истог апелационог суда. Појединим судовима није јасан концепт „учинити вероватним“, па стоје на становишту да је тужилац тај који треба да докаже да је због неког личног својства дискриминисан.¹²⁶ Такав став судова изазива несагледиве последице с аспекта испуњавања обавезе државе да свакоме обезбеди делотворну заштиту од дискриминације, јер је доказивање дискриминације један од највећих изазова са којима се суочавају они који траже заштиту од дискриминације.

У неким пресудама погрешно се интерпретира шта је то што тужилац треба да учини вероватним. Тако се у образложењу пресуде Апелационог суда у Новом Саду¹²⁷ наводи да правила о прерасподели терета доказивања *„не лишавају тужиоца дужношћу било каквој доказивања чињеница које су од значаја за утврђивање постојања акта дискриминације, већ, најрођив, само захтева од тужиоца мањи степен доказаности, будући да он постојање тих чињеница треба да учини вероватним, што је несумњиво мањи степен доказаности од оној потребној за формирање судијској уверења о постојању одређених чињеница које је присујно приликом утврђивања чињеничног стања и одлучивања о основаности тужбеној захтева“*. Наведени став имплицира да тужилац није дужан да докаже чињенице на основу којих се изводи закључак да је „вероватно“ у питању дискриминација, већ да чињенице „учини вероватним“. Такво резонување нема подлогу у закону. Појединачне чињенице на основу којих суд изводи закључак да је вероватно у питању дискриминација, за случај да су међу странкама спорне, тужилац треба да докаже, што подразумева да је код судије отклоњена свака разумна сумња у њихову тачност. Суд је тај који на основу тих чињеница заузима став да ли у конкретном случају има више разлога да се верује да дискриминација јесте, него да није извршена, имајући у виду типичан развој догађаја и искуства у правној заједници.

У пракси се срећу судске одлуке које очигледно показују да су игнорисана посебна правила о пребацивању терета доказивања, већ су примењена општа правила о терету доказивања садржана у ЗПП. Тако се у једној пресуди Апелационог суда у Крагујевцу,¹²⁸ наводи да *„странка која тврди да има неко право, сноси терет доказивања чињенице која је битна за настајак или остваривање права, ако законом није другачије одређено. Тужилац је имао обавезу да докаже коју дискриминациону радњу је тужени према њему предузео, да је штета проузрокована том радњом, као и у чему се штета састоји.“*

Неки судови се позивају на посебна правила о прерасподели терета доказивања, али анализа показује да ово правило суштински не разумеју и не примењују правилно. На пример, у пресуди Апелационог суда у Крагујевцу, којом је потврђена пресуда првостепеног суда,¹²⁹ суд је констатовао

125 Исто правило прописано је и у члану 49, став 2 ЗРП.

126 Пресуда Апелационог суда у Нишу, 16 Гж 1259/13 од 20. 6. 2013. године.

127 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж 3333/17 од 12. 10. 2017. године.

128 Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж 639/13 од 27. 2. 2013. године.

129 Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж 1826/13 од 27. 5. 2014. године.

вао да је првостепени суд „на основу утврђеној чињеничној стања и правилном применом правила о терету доказивања, утврдио да тужилац није доказао да је према њему извршена дискриминација од стране тужених њиховим постојањем на начин на који се тужилац позива“. Став суда да је правило о пребацавању доказивања правилно примењено, уз констатацију да тужилац „није доказао дискриминацију“ очигледно показује неразумевање суштине и смисла правила о прерасподели терета доказивања. Сличан став среће се и у другим одлукама, у којима се наводи да „тужилац није доказао дискриминацију и дискриминаџорско постојање“, односно, да тужилац „није доказао постојање дискриминаџорној плану и њихових тужених“.¹³⁰

У једној пресуди Врховног касационог суда¹³¹ суд је одбио ревизију закључујући да је правилан закључак нижестепених судова да „тужилац није доказао да је њиховим постојањем задовољавања дискриминаџорски на националној основи“. У овом предмету тужила је тврдила да није изабрана на конкурс за пријем у радни однос због своје националне припадности, наводећи да је изабрано лице које у односу на њу има нижу стручну спрему. Суд се није изјаснио да ли је тужила дискриминацију учинила вероватном, већ је прихватио формалне аргументе туженог: да је правилником стручна спрема прописана алтернативно – шести и седми степен, тако да су оба степена једнако вреднована; да Закон о раду не садржи правило о обавези послодавца да између кандидата који испуњавају прописане услове изабере кандидата са вишим степеном стручне спреме. Иако је неспорно да такво правило закон не прописује, неприхватљиво је да у случају постојања сумње на дискриминацију суд прихвати ове формалне аргументе као довољне за закључак да приликом избора кандидата тужени није дискриминисао тужилу. У конкретном случају чињенице које су међу странкама неспорне (да је изабран кандидата са нижом стручном спремом у односу на тужилу) упућују на закључак да је вероватно у питању дискриминација тужиле. Зато је тужени био дужан да изнесе чињенице и понуди доказе којима би показао да је избор кандидата извршио на основу објективних критеријума, те да тужилу која има веће квалификације није дата предност из разлога који нису ни у каквој вези са њеном националном припадношћу. Другим речима, тужени је био дужан да избор кандидата учини потпуно транспарентним, да објасни којим се разлозима руководио приликом избора пријављених кандидата и докаже да је избор кандидата заснован на објективним разлозима, који ни на који начин нису повезани са личним својством тужиле.

У пресудама које су донете у предметима у којима се суд позвао на правила о пребацавању терета доказивања обично се само цитира одредба из члана 45 ЗЗД, без било каквог детаљног објашњења о томе како је суд, у конкретном случају, применио ово правило. Има, међутим, и примера у којима је ово правило правилно примењено, уз детаљно објашњење корака у примени правила. Тако, на пример, у пресуди Апелациони суд у Новом Саду,¹³² потврђујући пресуду првостепеног суда, наводи да су „тужиле већ у тужби учиниле вероватним да је тужени њиховим

130 Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж 1826/13 од 27. 5. 2014. године; Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж 237/14 од 12. 11. 2014. године.

131 Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 1764/10 од 6. 7. 2011. године. Став да је тужилац дужан да докаже да је дискриминисан на основу свог личног својства изражен је и у другим судским одлукама. Видети: Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж 1826/13 од 27. 5. 2014. године; Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Гж 237/14 од 12. 11. 2014. године; Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Гж 232/14 од 18. 11. 2014. године; Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Гж1 1980/14 од 9. 10. 2014. године; Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж 1773/13 од 6. 3. 2014. године.

132 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж1 2236/13 од 13. 7. 2013. године.

дискриминаџорски према тужилама, што је у току постојка утврђено, а у чињеничном стању првостепенe пресуде наведено, док са друге стране, тужени у току постојка није пружио доказе којима би оспорио тврдње тужила, те су неосновани жалбени наводи којима се оспорава утврђено чињенично стање, односно, којима се наводи да није доказано да је дискриминаџорски постојано према тужилама". Исти суд је у једном предмету утврдио дискриминацију на основу политичког уверења тужиле, која се огледа у њеном премештању са радног места благајника и измештање из дотадашњег радног окружења у другу канцеларију, јер тужена није доказала да је то учинила „у циљу боље и ефикасније рада код тужене“.¹³³

8.3.9. Формулација диспозитива пресуде

Према Закону о парничном поступку, писано израђена пресуда, поред увода и изреке, мора да садржи и образложење, у коме је суд дужан да изложи: захтеве странака и њихове наводе о чињеницама на којима се ти захтеви заснивају, доказе, чињенично стање које је утврдио, као и прописе на којима је суд засновао пресуду, ако законом није другачије прописано (чл. 355 ЗПП). То важи и за пресуде Врховног касационог суда, изузев пресуде којом се ревизија одбија као неоснована, које суд није дужан да детаљно образлаже ако закључи да то није потребно због тога што се у ревизији понављају жалбени разлози или кад се образлагањем пресуде којом се ревизија одбија не би постигло ново тумачење права нити допринело уједначеном тумачењу права (чл. 414, ст. 2 ЗПП).

Када је реч о диспозитиву, запажа се да је пракса разнородна. У неким диспозитивима детаљно се описује сам акт дискриминације, док се у неким то не чини, већ се само утврђује да је тужени према тужиоцу извршио дискриминацију. Према ставу Апелационог суда у Новом Саду, „у изреци одлуке не утврђује се начин на који је вршена дискриминација, будући да то представља есенцијално радњу извршења дискриминације, те се опис радње утврђује у чињеничном стању пресуде, а изреком пресуде може се одлучити о захтеву који је постављен, у смислу одредаба чл. 43 Закона о забрани дискриминације.“¹³⁴ Сличан став заузет је и на заједничком састанку представника грађанских одељења и одељења за радне спорове апелационих судова, одржаном 18. 3. 2016. године у Новом Саду, на којем је усвојен правни закључак да се „у изреци одлуке не (се) утврђује радња којом је извршена дискриминација, али се утврђује облик и време на који је и када вршена дискриминација“.¹³⁵ У вези с тим, треба указати да пропуст суда да у диспозитиву наведе податке на основу којих се може идентификовати акт дискриминације може отворити питање утврђивања идентитета права ствари о којој је одлучено, с обзиром да идентитет правне ствари одређују два елемента: објективни идентитет (идентитет дела – *eadem res*), и субјективни идентитет (идентитет лица – *eadem persona*). У погледу идентитета дела, треба имати у виду да њега одређује сам догађај (радња или пропуштање) који је дао повода подношењу притужбе, односно подизању тужбе, без обзира на правну квалификацију самог случаја јер она не мења идентитет дела.¹³⁶

133 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж1 361/12 од 12. 4. 2012. године.

134 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж1 2685/12 од 16. 11. 2012. године.

135 Доступно на: <http://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/supa/registries/registry/2>.

136 Петрушић Н., Грубач М. (2014) „Узајамни однос поступка пред Повереником за заштиту равноправности и других антидискриминационих поступака“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 66, Ниш: Правни факултет, стр. 70-73.

У пракси се релативно ретко истичу прохибитивни и реститутивни захтеви. У предметима у којима су наведени тражено је изрицање забране понављања радње коју је тужени већ извршио, а постоји опасност да ће ту радњу поновити (чл. 43, тач. 1 ЗЗД) и осуда на извршење радње ради уклањања последица дискриминаторског поступања. У тужбама и у диспозитивима пресуда формулација ових захтева није увек коректна, јер је обавеза туженог недовољно одређена. Тако се, на пример, у једној пресуди наводи да се тужени „*обавезује (се) да убудуће сиречи дискриминацију коју њужени њрји*“.¹³⁷ Ретки су и захтеви за објављивање пресуде у средствима информисања, а још мање пресуда којима се они усвајају.

8.3.10. Образложење пресуда

Право на образложену пресуду није изричито предвиђено текстом Европске конвенције за заштиту људских права, али је успостављено праксом Европског суда за људска права и његовим тумачењем члана 6 Конвенције. Ово право је важно не само за странке, посебно у контексту права на правни лек, већ и за могућност јавне оцене пресуда, што је важно и за суд, чији квалитет рада и независност јавност оцењује управо на основу тога ли су одлуке које доноси ваљано образложене и да ли су у довољној мери јасне и најширој јавности. По оцени Европског суда, право на образложену пресуду заправо је право и могућност упознавања са битним разлозима и јасно образложеним ставовима суда о чињеничним и правним питањима на којима се пресуда заснива. Ово право је у функцији заштите појединца од произвољног (арбитрарног) пресуђивања, а изведено је из принципа владавине права. Тиме се истовремено чува поверење јавности у објективан и транспарентан правосудни систем, што је један од темеља демократског друштва. Управо у том смислу се образложеност у пракси Европског суда за људска права схвата првенствено као изричито навођење разлога за пресуду у самој пресуди, и то навођење оних разлога који су довољни да одговоре на битне фактичке и правне аргументе странке, било да су они супстантивни, било да су процесне природе.¹³⁸

Анализа образложења пресуда донетих у парницама за заштиту од дискриминације, у којима, као и у пресудама у другим правним стварима, суд треба да „*ѡоложи рачун о дисѡозиѡиву ѡресуде*“, показује да постоје многи примери добре праксе, али и много пресуда које нису на ваљан начин образложене. Највећи део образложења чине наводи о захтевима странака и чињеницама на којима се ти захтеви заснивају (тзв. рефератски део пресуде),¹³⁹ који се своде на просту (и опширну) репродукцију припремних поднесака и записника. Судови, такође, често цитирају огроман број прописа, од којих неки уопште нису релевантни. Најмањег обима је део образложења у коме судови износе мотиве за своју одлуку и образлажу своје закључке.

У појединим пресудама стварним разлозима није посвећена задовољавајућа пажња јер се не може поуздано закључити како је текао ток мисли и закључивања, побуде које су суд определиле да одређено доказно средство сматра веродостојним и да поједином доказном средством призна уве-

137 Пресуда Вишег суда у Лесковцу, 15П бр. 57/16 од 26. 5. 2016.

138 О томе шире: Спаић Б., Дајовић Г. (2016) Право на образложену пресуду: пракса Европског суда за људска права, Подгорица: Центар за демократску транзицију, стр. 33-41.

139 О саставним елементима образложења пресуда, шире: Милутиновић Љ., Андрејевић С. (2016) Водич за израду првостепених судских одлука из грађанске материје с освртом на навођење пресуда Европског суда за људска права, Београд: Савет Европе, стр. 57-58.

равајућу снагу. Често је употреба фразе „суд је на основу брижљиве оцене сваког доказа посебно и свих доказа као целине и на основу резултата целокупног поступка“. Ова појава среће се и у другим поступцима. Уместо констатације да је био брижљив, управо образложење пресуде треба да увери друге да је суд био брижљив и да је његова оцена, и поред све субјективности коју носи „уверење“, објективна, да буде тако образложена *„да би и сваки друји човек, са својствима која се итраже за вршење судијске функције, дошао до таквој уверења о истинитости или неистинитости иврђења, о тачности или нетачности чињенице у ишању“*.¹⁴⁰

Запажа се да је у образложењима пресуда посебно оскудан и несистематичан део у коме суд образлаже начин спровођења теста дискриминације.

У погледу терета доказивања, судије уредно наводе члан 45 ЗЗД, укључујући и правни стандард „учинити вероватним“. У наставку образложења (одбијајуће) пресуде се, махом, наглашава да тужилац није доказао постојање дискриминације, а из образложења усвајајућих одлука се уопште не види на основу којих чињеница је тужилац учинио вероватним постојање дискриминације. Већ је речено да у неким одлукама није идентификовано лично својство као елемент компоненте дискриминације. Постоје одлуке, углавном оне које се тичу дискриминације у сфери рада, којима је усвојен тужбени захтев, а из чијег се образложења уопште не види лично својство жртве дискриминације.

Када је реч о пресудама којима се захтев за утврђење дискриминације одбија, у великом броју таквих пресуда суд је констатовоа да нема личног својства на страни тужиоца, па самим тим се учињена радња не може квалификовати као акт дискриминације. У образложењима неких пресуда наводи се да тужилац није учинио вероватним акт дискриминације, али овај закључак није аргументован на начин који омогућава да се провери његова исправност.

Као што је напред речено, приликом навођења прописа на којима су засновали одлуку, судови неретко наводе и одредбе које се односе на непосредну и на посредну дискриминацију, при чему, по правилу, не повезују са конкретним чињеничним стањем, па до краја остаје нејасно како су квалификовали учињени акт дискриминације.

У образложењима пресуда судови релативно често цитирају члан 14 Европске конвенције, а неки судови и члан 1 Протокола бр. 12 уз Европску конвенцију. Међутим, као и у пресудама које доносе у другим парницама, и у пресудама донетим у парницама за заштиту од дискриминације недостаје позивање на релевантне одлуке Европског суда. Чак и када се позивају на одређену пресуду Европског суда, често недостаје тачно навођење параграфа пресуде.¹⁴¹

Забрињавајуће је да, приликом одмеравања висине штете, судије се најчешће само позивају на одговарајуће одредбе Закона о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО) о накнади штете, без икаквог образложења о томе које су околности имали у виду приликом одлучивања о висини штете у конкретном случају. Недовољна образложења о разлозима висине досуђене одштете, паушалним навођењем да је приликом одмеравања штете суд имао у виду тежину повреде, околностима случаја

140 Марковић М. (1982) *Грађанско процесно право*, књ. 1. св. 2, Ниш: Правни факултет у Нишу, стр. 390.

141 Милутиновић Љ., Андрејевић С. (2016), стр. 40.

и сл., без довођења ових критеријума у контекст чињеница утврђених у судском поступку, онемогућавају странке да процене на који начин су вредноване околности њиховог случаја и који је метод суд користио приликом утврђивања висине штете настале повредом права личности.

8.3.11. Трајање поступка

Поступци у парницама за заштиту од дискриминације, генерално посматрано, били су у личној мери ефикасни, посебно имајући у виду оптерећеност судова: првостепени поступак у просеку је трајао годину дана, а другостепени шест месеци. Има, међутим, и поступака који трају више од пет година, чиме је драстично прекршено право на суђење у разумном року.

Трећи део

СТУДИЈЕ СЛУЧАЈЕВА

Другу компоненту истраживања чини продубљена анализа појединачних случајева дискриминације која је спроведена детаљним проучавањем списка одабраних судских предмета, који, с обзиром на облик дискриминације, лично својство, области у којима је дискриминација извршена, правни статус тужилаца и тужених, правна питања која су отворена и др., према оцени истраживачица, илуструју типичне случајеве дискриминације и кључне изазове у пружању делотворне заштите од дискриминације. Предмети су истражени применом метода *студије случаја* (енг. *case study*). Овај квалитативни истраживачки метод примењен је са циљем да се стекне детаљнији увид и дубље разумевање начина на који судови тумаче и примењују антидискриминационе прописе и прописе којима је регулисан поступак у антидискриминационим парницама.

1. СЛУЧАЈ ПОВЕРЕНИК ЗА ЗАШТИТУ РАВНОПРАВНОСТИ ПРОТИВ Н. Н. БАНКЕ

1.1. Претходне напомене

Судски поступак поводом овог случаја родне дискриминације покренут је тужбом Повереника, коме се притужбом обратила С. С., запослена у Н. Н. банци. Повереник је оценио да случај има потенцијал за стратешко парничење,¹⁴² с обзиром да илуструје дубоко широко распрострањену дискриминацију, која се углавном не препознаје, оправдава и толерише јер је укореењена у структурама друштва, да између жртве дискриминације и дискриминатора постоји велики дисбаланс моћи и да судска одлука може бити пример „добре праксе” и изазвати шире и дугорочне ефекте. С обзиром да је жртва дискриминаторног поступања одређана особа, Повереник је, сагласно члану 46, став 2 ЗЗД,¹⁴³ затражио и добио писани пристанак С. С. за подизање тужбе. Тужба је подигнута пред Вишим судом у Београду, 18. 1. 2012. године, који је одлучивао у првом степену.¹⁴⁴ О жалби Повереника одлучивао је Апелациони суд у Београду,¹⁴⁵ а о ревизији Повереника Врховни касациони суд Србије.¹⁴⁶

142 О *стратешким парницама*, Coomber A. (2012) „Strategically litigating equality – reflections on a changing jurisprudence“, *European Anti-Discrimination Law Review*, бр. 15, стр. 11-21; Schokman B., Creasey D., Mohen P. (2012) *Short guide – Strategic litigation and its role in promoting and protecting human rights*, Advocates for International Development. Доступно на: <http://www.a4id.org/wp-content/uploads/2016/04/Strategic-Litigation-Short-Guide-2.pdf>; *Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice* (2004), European Roma Rights Center, The International Centre for the Legal Protection of Human Rights, Migration Policy Group. Доступно на: <http://www.errc.org/training-materials/strategic-litigation-of-race-directive-in-europe-from-principles-to-practice>; *Смернице за стратешке парнице*, Повереник за заштиту равноправности, Београд 2018.

143 Повереник може покренути парницу за заштиту од дискриминације без обзира на то о каквом је облику и случају дискриминације реч и да ли је жртва дискриминације појединац или група лица. Ипак, ако се дискриминаторско поступање односи искључиво на одређено лице, Повереник „може поднети тужбу само уз његов пристанак”, што је изричито прописано у члану 46, став 2 ЗЗД.

144 Виши суд у Београду, 73П бр. 18254/2012, пресуда од 17.9.2013.

145 Апелациони суд у Београду, Гж 2746/14, пресуда од 10. 9. 2014.

146 Врховни касациони суд Србије, Рев. 262/2015, пресуда од 26. 3. 2015.

1.2. Околности случаја

Запослена С. С. је засновала радни однос на неодређено време са туженом банком Н. Н. на радном месту шефице експозитуре у једној од филијала банке. На овом радном месту се налазила до 30. 9. 2009. године, када је након рођења трећег детета отишла на породично одсуство, које је настављено одсуством ради неге детета (у даљем тексту: породично одсуство).¹⁴⁷ Како је утврђено решењем о породичном одсуству, на рад је требало да се врати 1. 10. 2011. године. Током трајања породичног одсуства уручен јој је Анекс 1 уговора о раду, који није променио њен тадашњи положај на радном месту. По истеку породичног одсуства, у договору са директором филијале, С. С. је користила део годишњег одмора у трајању од десет дана, и вратила се на радно место 17. 10. 2011. године. За време њеног одсуства послове шефице експозитуре обављала је Л. Л. у статусу вршиоца дужности. Првог радног дана С. С. је уручен Анекс 2 уговора о раду којим је премештена на ниже радно место - саветница за клијенте у експозитури П., филијала П, уз образложење да то изискују потребе процеса рада туженог. Као шефица експозитуре, С. С. је раније зарађивала 80.114,12 динара месечно, а на новом радном месту 57.517,00 динара. Овакво поступање послодавца био је повод да 3. 11. 2011. године С. С. поднесе притужбу Поверенику, у којој је навела да је премештањем на ниже радно место након повратка са породичног одсуства посредно дискриминисана, као и да су овом виду дискриминације биле изложене и друге жене запослене у банци.

1.3. Захтеви, аргументација странака и судске одлуке

У тужби коју је подигао Повереник је кумулирао три захтева: да суд утврди да је тужени премештањем С. С. на ниже радно место након повратка са породичног одсуства и одсуства са рада ради неге трећег детета извршио акт посредне дискриминације на основу пола/рода, да наложи туженом да С. С. врати на радно место на којем се налазила пре одласка на породично одсуство, као и да о сопственом трошку објави правноснажну пресуду у дневном листу са националним тиражом. Тужилац је у тужби изнео правно тврђење да је тужени премештањем С. С. на ниже и мање плаћено радно место по њеном повратку са породичног одсуства извршио посредну дискриминацију према С. С. на основу њеног пола/рода. Тврђење је поткрепљено статистичким подацима, које је тужилац прибавио од туженог пре подизања тужбе, а према којима је у последње три године 89 радница користило породично одсуство, од чега се 31 радница још увек налази на одсуству, а од 58 радница које су се вратиле са породичног одсуства, њих 14 (24,14%) је премештено на нижа радна места, с тим што је 18 жена по повратку са породичног одсуства остало на својим ранијим радним местима јер су радиле на најнижим радним местима, па нису ни могле бити премештене на ниже радно место. По тврђењу тужиоца, овакво поступање туженог супротно је забрани посредне дискриминације прописаној у члану 7 ЗЗД и у члану 6 ЗРП, као и у одредби члана 16, став 3 истог закона, којим је изричито прописано да одсуствовање са посла због трудноће и родитељства не сме

¹⁴⁷ Према члану 94, став 1 Закона о раду, запослена жена има право на одсуство са рада због трудноће и порођаја (породично одсуство), које траје до навршена три месеца од дана порођаја, као и одсуство са рада ради неге детета, у укупном трајању од 365 дана од дана отпочињања породичног одсуства. Право на одсуство ради неге детета може користити и отац. У пракси је изузетно мали број очева који користе ово право.

да буде основ за распоређивање на неодговарајуће послове¹⁴⁸ и за отказ уговора о раду у складу са законом којим се уређује рад, као и одредби из члана 20, став 2 ЗЗД, која забрањује поступање у складу са родним предрасудама, обичајима и другим друштвеним обрасцима понашања.

У одговору на тужбу тужени није оспорио чињенице у вези распоређивања С. С. а као разлог распоређивања навео је потребе процеса рада, истичући да је С. С. распоређена на место које одговара њеној стручној спреми и квалификацијама. Изнео је став да тужилац није учинио вероватним "да су евентуално мушке особе у привилегованом положају у односу на особе женског пола", што, по мишљењу туженог, потврђује и чињеница да је на место С. С. постављена жена - мајка двоје деце. У одговору на тужбу наведено је да 86,20% жена остаје на својим радним местима по повратку са породичног одсуства.

Међу странкама је неспорно да је током одсуства С. С. њене послове, као вршилац дужности, обављала Л. Л. - жена, која је по повратку С. С. са одсуства, распоређена на радно место шефице експозитуре, иако у односу на С. С. има краће искуство у банкарству.

Виши суд је одбио тужбени захтев као неоснован, заузимајући став да није дошло до дискриминације С. С. на основу пола, нити на основу њеног породичног статуса, а као кључни аргумент навео да је на радно место на коме је раније била С. С. распоређена жена, мајка двоје деце. У образложењу пресуде суд је заузео став да *"одговорности за одабир шефа њословнице искључиво сноси њословаца, који има њраво избора њри одабиру како њриликом зайошљавања њако и њриликом расћоређивања зайослених"*, те да је тужени извршио *"расћоређивање својих зайослених на радна места у складу са њоћребима сојственоћ процеса рада, ње је њрвенствиво у обављању њосла шефа експозитуре збоћ особености њосла код коћа лично својство лица њредставља стварни и одлучујући услов за обављање њосла дала ЛЛ"*. Посебно је занимљиво како суд види своју улогу у тумачењу и примени закона. У образложењу се наводи да је обавеза суда да *"широко инкриминисане облике дискриминације оћраничи и у складу са њоћребом зайошћиме лећоћимноћ циља на коме овај закон има да служи. Суд сматра да би евентуално ућврђивање дискриминаћорскоћ њонашања њуженоћ у конкретном случају довело до неравноћеже у односу између њрава на ућврђивање дискриминације и њрава на слободно воћење њривредноћ друшћива"*, те да би усвајање тужбеног захтева свакако довело до неравнотеже *"сућроћствљених инћереса стћранака"*.

У жалби на првостепену одлуку тужилац је указао да суд није применио правила о пребацавању терета доказивања из члана 45, став 2 ЗЗД, истичући да је у току поступка понудио довољно чињеница и доказа којима је учинио вероватним посредну дискриминацију, те је на туженом био терет доказивања да у конкретном случају није повређено начело једнакости. У жалби је такође наведено да је непримерено упоређивати поступање туженог према запосленим женама у односу на запослене мушкарце, с обзиром да овакво поступање туженог погађа само жене, јер само жене одсуствују са посла због рађања деце, а уобичајено је, због патријархалних родних улога, да су жене (мајке) те које користе и одсуство са рада ради неге детета, будући да се одгајање деце сматра њиховом примарном улогом.

148 Законодавац забрањује само распоређивање на "неодговарајуће послове", што ограничава домете забране дискриминације. Ако се ова одредба тумачи језички, распоређивање на послове жена после повратка са породичног одсуства који формално одговарају њиховим квалификацијама било би допуштено, без обзира што су мање плаћени.

Тужилац је оспорио кључни аргумент који је суд навео у прилог ставу да није дошло до дискриминације – да је на место С. С. запослена друга особа која је такође мајка двоје деце. По мишљењу тужиоца, ова чињеница не обара претпоставку да је дискриминација извршена, већ управо потврђује дискриминаторну праксу туженог, с обзиром да је Л. Л. жена која је премештена на радно место С. С. мајка одрасле деце - ћерке, која је у време премештаја имала 26 година, и сина, који је у време премештаја имао 24 године, при чему оба детета ни тада, а ни сада, не живе у заједничком домаћинству са својом мајком, већ у својим одвојеним домаћинствима.

Апелациони суд у Београду одбио је жалбу тужиоца и потврдио првостепену пресуду, налазећи да је законита, образлажући своју одлуку тиме да је до премештаја С. С. дошло *"їрвенсївено из разлоїа їоїїреба їроцеса рада, односно орїанизације рада"*, као и да се тужилац *"неосновано їозива на їшерей доказивања, с обзиром да није учињено вероватним да су извршене радње дискриминације на основу їола"*.

Против правноснажне одлуке Апелационог суда тужилац је поднео ревизију Врховном касационом суду (у даљем тексту: ВКС), у којој је указао на погрешну примену материјалног права. По мишљању Повереника, одлуке првостепеног и другостепеног суда резултат су погрешног тумачења одредаба из члана 7 ЗЗД и члана 6 ЗРП, којима је забрањена посредна дискриминација на основу било ког личног својства. Аргументујући своју ревизију, Повереник је указао да је пракса туженог да мајке после повратка са породичног одсуства и одсуства ради неге детета распоређује на нижа и мање плаћена радна места, супротна изричитој забрани поступања у складу са родним стереотипима, предрасудама, обичајима и другим друштвеним обрасцима понашања, која је прописана у члану 20, став 2 ЗЗД.

У погледу примене правила о пребацивању терета доказивања, Повереник је оспорио став Апелационог суда да у конкретном случају дискриминација није учињена вероватном. Указао је да се првостепени суд уопште није позвао на правило о прерасподели терета доказивања, није заузео став о томе да ли је у конкретном случају тужилац дискриминацију "учинио вероватном", као и да у току поступка предмет расправљања и доказивања уопште нису биле чињенице на основу којих би се могло испитати да ли су у конкретном случају евентуално постојали објективни и оправдани разлози за премештај С. С. на ниже радно место, који нису ни у каквој вези са њеним полом/родном улогом.

Врховни касациони суд је пресудом одбио ревизију као неосновану, коју је образложио на једној страни, налазећи да су нижестепени судови правилно применили материјално право. По мишљењу ВКС, тужилац није учинио вероватним *"да С. С. није враћана на сїтаро радно месїто збої їреїїїо-сїїавке їуженої да неће моћи одїоворити обавезама їої радної месїта збої обавеза које има као мајка малолетње деце и да је збої їої свої личної својсїтва била дискриминисана"*. По мишљењу ВКС тужени је, као послодавац, С. С. распоредио на друго радно место, *"у складу са најбољом орїанизацијом рада"*. Став ВКС је децидиран: *"Зайослено лице има їраво да се їосле їородичної одсусїтва и одсусїтва ради неїе деїїейта вратити на сїтаро радно месїто, али и їослодавац има їраво"*

да запосленом понуди измену уговора о раду ради премештаја на други одговарајући посао због потреба процеса и организације рада, у складу са чл. 171 Закона о раду".¹⁴⁹

1.4. Запажања о раду судова

Анализа судских одлука поводом конкретног случаја дискриминације, пре свега, показује да судијама није познат феномен полне/родне дискриминације, која обухвата не само неједнак третман на основу пола, као биолошке одреднице, већ и неједнак третман који је резултат интеракције између пола и рода, као друштвено конструисаног идентитета, атрибута и улога, односно друштвеног и културног значења које се придаје биолошким разликама између жена и мушкараца. Другим речима, дискриминација на основу пола, као биолошке чињенице, укључује и дискриминацију на основу рода, као социолошке категорије која се односи на друштвене улоге жена и мушкараца у одређеном друштвеном контексту. Зато жене и мушкарци могу бити дискриминисани на основу своје родне улоге која се приписује њиховом полу. Сагласно томе, дискриминација жене на основу пола обухвата и дискриминацију засновану на трудноћи и околностима везаним за трудноћу (нпр. боловање због компликација у трудноћи), дискриминацију засновану на мајчинству (нпр. коришћење паузе на послу ради дојења бебе), као и дискриминацију на основу стереотипне родне улоге која им се приписује. Оно што судови нису разумели јесте да је посредна дискриминација жена израз њихове структуралне дискриминације, која је у сфери рада најочигледнија. Наиме, на тржишту рада и у остваривању права из рада и у вези са радом, укључујући и напредовање на послу и стручно усавршавање, најнеповољнији положај имају удате мајке са децом предшколског узраста, док најбољи положај имају мајке одрасле деце и неудате жене без деце. Између жена без породичних обавеза и мушкараца скоро да не постоји разлика у погледу конкурентности на тржишту рада и економског положаја. У суштини, стереотипна родна улога жена, а не њихов пол, јесте оно што их ставља у неповољнији положај. Стога, остваривање супстантивне једнакости, којој забрана посредне дискриминације тежи, подразумева да пол, трудноће, одсуство са посла због порођаја и неге деце неће представљати препреку професионалном напредовању, неповољнијем распоређивању или другом неједнаком третману жена. Управо је улога судова да у сваком појединачном случају препознају овај вид дискриминације и женама пруже одговарајућу заштиту.

Зато што није разумео суштину и циљ забране посредне дискриминације на основу пола, "крунски доказ" о непостојању дискриминације ВКС је, као и нижестепени судови, нашао у чињеници да је на радно место С. С. постављена Л. Л. жена и мајка двоје деце, игноришући околност да је Л. Л. мајка одрасле деце која живе у својим одвојеним домаћинствима. То што је на радно место које је раније успешно обављала С. С. премештена Л. Л. управо представља доказ да тужени неједнако третира само мајке са малом децом, изражавајући тиме свој стереотипан став да ове мајке, због обавеза око одгајања деце, неће више бити у стању да одговоре високим захтевима послова на радним местима које су иначе, пре одласка на породично одсуство, успешно обављале. Овакав потез туженог послодавца није усамљен случај, већ пракса коју је у организацији свог рада развио, што су

¹⁴⁹ У члану 171 Закона о раду прописано је: Послодавац може запосленом да понуди измену уговорених услова рада ради премештаја на други одговарајући посао, због потреба процеса и организације рада.

потврдили и подаци о броју жена које су по повратку са породичног одсуства враћене на нижа и мање плаћена радна места.

Анализа судских одлука показује да у закључивању о постојању дискриминације судови не препознају све елементе теста дискриминације, који олакшава комплексан мисаони процес, посебно у утврђивању посредне дискриминације. То потврђује и чињеница да се ни један од судова није изјаснио о томе да ли случај разматра као посредну или као непосредну дискриминацију, а у делу посвећеном правној аргументацији цитиране су законске одредбе о забрани и непосредне и посредне дискриминације.

Посебно је проблематичан начин интерпретације правила о дистрибуцији терета доказивања, који показује да судовима није јасна суштина и циљ овог стандарда, који је од кључне важности за делотворну заштиту од дискриминације. Док се Виши суд, који је у првом степену судио, није ни позивао на правила о прерасподели/окретању терета доказивања, Апелациони суд се лаконски, без аргументације, изјаснио да тужилац није учинио вероватним дискриминацију. На овом становишту стоји и ВКС, који тврди да тужилац није успео да учини вероватним *"да С. С није враћена на старо радно место због иреверзибилне туженог да неће моћи одговорити обавезама тог радног места због обавеза које има као мајка малолетне деце"*, при чему за свој став користи аргумент који је изнео тужени: да су разлог премештања потребе процеса рада.

Код посредне дискриминације, о којој је у конкретном случају реч, суд је био дужан да појам "вероватност" тумачи у складу са доктрином *prima facie* доказа, како то чини и Европски суд за људска права. То подразумева дужност суда да испита да ли је тужилац понудио довољно чињеница и доказа на основу којих се, узимајући у обзир уобичајени след ствари, тј. низ узрочно-последичних догађаја и искуства у правној заједници, пре може закључити да је дискриминација извршена него да није извршена. Свој закључак, да дискриминација јесте или није учињена вероватном, суд је дужан да аргументује на начин који ће уверити странке у исправност свог закључка.

У тужби и током поступка тужилац је изнео више него довољне чињенице и доказе за закључивање о *prima facie* дискриминацији: распоређивање на радна места С. С. и Л. Л., које је на први поглед неутрално, а образлаже се потребама процеса и организације рада, неповољније је погодило жену са малим дететом, која се непосредно вратила са породичног одсуства, а податак да скоро четвртину жена по повратку са породичног одсуства тужени послодавац распоређује на нижа и мање плаћена радна места потврђује његову дискриминаторну праксу. У извођењу закључка о *prima facie* дискриминацији, суд је морао имати у виду искуствена правила и шири друштвени контекст, што је подразумевало дужност суда да узме у обзир чињеницу да је српско друштво засновано на стереотипним родним улогама, да се родитељство још увек сматра "природном" и искључивом улогом жене, те да су из овог разлога многе мајке са децом предшколског узраста изложене неједнаком третману како приликом запошљавања, тако и приликом напредовања на послу и стручног усавршавања.

Да је правилно примењено правило о дистрибуцији терета доказивања из члана 45, став 2 ЗЗД, суд би у образложењу констатовао да је дискриминација учињена вероватном, да на туженом лежи терет доказивања да није дошло до повреде начела једнакости и правилно применио

тзв. тест оправдања, што подразумева да је био дужан да испита да ли су чињенице и докази које је тужени понудио довољни за закључак да постоји објективно оправдање за кршење забране дискриминације. То би у конкретном случају подразумевало разматрање чињеница и доказа које је тужени навео у настојању да оправда свој поступак: да је премештање С. С. на ниже радно место, одмах након њеног повратка са породичног одсуства, имало законит циљ, а да су употребљена средства била примерена и нужна, односно, да није постојало мање рестриктивно средство којим би се тај легитимни циљ могао остварити. Другим речима, суд је морао да цени да ли је тужени успео да покаже и докаже стварно постојање "потребе процеса рада", која се није могла задовољити на други начин осим премештањем С. С. на ниже и мање плаћено радно место после њеног повратка са породичног одсуства.

За Врховни касациони суд и нижестепене судове било је, међутим, довољно пуко тврђење туженог да је премештаје изискивала потреба процеса рада и организације, који није ни износио чињенице и доказе у прилог постојању ове "потребе". Врховни касациони суд се уопште није ни упуштао у испитивање легитимности циља, нити у постојање сразмерности између циља и мере коју је предузео. Превагу је, по аутоматизму, дао интересу туженог (послодавца), а не интересу С. С. да буде заштићена од дискриминације на основу свог пола/рода и (јавном) интересу укидања неповољног положаја запослених жена са малом децом.

У својој пресуди ВКС износи став да *"Интерес послодавца (а у крајњем исходу свих запослених) је да процес рада буде организован тако да на руководећа места буду постављене особе које најбоље могу да одговоре обавезама на таквим местима и не ради се о акту дискриминације ако се захтевају строжи критеријуми у погледу знања, организационих способности, праксе, односа са странкама и јавношћу, вештине комуникације и слично без обзира на формално исте школске и стручне квалификације"*. Проблем са правним ставом и резонавањем суда је у томе што послодавац током поступка није понудио ниједну чињеницу и доказ у прилог постојању потреба процеса рада, што би, поред осталог подразумевало пружање доказа да С. С. није могла да одговори потребама радног места шефице експозитуре, који је пре одласка на породично одсуство успешно обављала. С друге стране, ако се тако широко може тумачити слобода послодавца, као што сматрају нижестепени судови и ВКС, онда су правила о забрани дискриминације илузорна, јер сваки неједнак третман запослених послодавац може оправдати позивањем на потребе процеса и организације рада. Својим тумачењем ВКС је поставио тако низак праг за оправдање дискриминације, да само позивање послодавца да је приликом распоређивања запослених био руковођен унапређењем процеса рада оправдава дискриминацију запослених, по било ком њиховом личном својству, тако да нема обавезу да доказује ни да су његове одлуке имале легитиман циљ, нити да су биле нужне или да су макар биле од изузетног значења за његово пословање.¹⁵⁰ Овакав став ВКС, имајући у виду његову улогу у правном систему, има несагледиве негативне последице на плану сузбијања и заштите од дискриминације, и то не само дискриминације засноване на полу/роду, већ и на основу других личних својстава.

150 О проблемима оправдања посредне дискриминације на основу пола, детаљно: Selanec G. (2008) *Analiza Zakona o ravnopravnosti spolova*, Zagreb: CESI, стр. 95-99.

Посебно је забрињавајуће погрешно тумачење законске одредбе којом је прописано да се дискриминацијом не сматра *"ирављење разлике, искључење или давање ирвенсџва збој особеносџи одређеној йосла код која лично својсџво лица йредсџавља сџварни и одлучујући услов обављања йосла, ако је сврха која се йиме жели йосџићи ойравдана"*.¹⁵¹ Ово правило представља изузетак од принципа забране дискриминације, који се мора рестриктивно тумачити, али у интерпретацији суда управо ово правило оправдава поступање послодавца, који је за посао шефице експозитуре, због његове особености, предност дао Л. Л., чија су "лична својства", како суд каже, "била стварни и одлучујући услов за његово обављање". Очигледно је да суд има проблем са разумевањем појма "лично својство", као основа дискриминације, и поистовећује га са личним особинама. При томе не наводи које је то "лично својство" које Л. Л. има, а С. С. нема, а које је било одлучујуће за распоређивање Л. Л. на радно место шефице експозитуре.

На крају, неколико речи о поштовању начела хитности прокламованом у члану 41, став 3 ЗЗД. Судаћи према дужини трајања поступка оно није остварено: од подизања тужбе до доношења првостепене пресуде протекло је годину дана, а до доношења другостепене пресуде две године, док је ВКС био нешто ажурнији, доносећи пресуду после седам месеци од изјављивања ревизије. Све у свему, од подизања тужбе, до одлуке ВКС протекле су три године и три месеца, што је претерано дуг период, имајући у виду природу и значај правне ствари.

2. СЛУЧАЈ ГОВОРА МРЖЊЕ: ГСА ПРОТИВ ДРАГАНА МАРКОВИЋА ПАЛМЕ

2.1. Претходне напомене

Судски поступак поводом овог случаја родне дискриминације покренут је тужбом Геј стрејт алијансе (ГСА), удружења грађана чија је мисија промовисање и заштита људских права ЛГБТ особа.¹⁵² Користећи своје законско овлашћење на покретање парнице за заштиту од дискриминације, утврђено чланом 46, став 1 ЗЗД, ГСА је дана 15. 8. 2011. године поднела тужбу Првом основном суду у Београду, који је у време подизања тужбе био стварно надлежан у предметима дискриминације због дискриминације ЛГБТ заједнице.¹⁵³ По жалби туженог на пресуду Основног суда у Београду којом је усвојен захтев ГСА¹⁵⁴ жалио се тужени, па је Апелациони суд у Београду пресуду укинуо¹⁵⁵ и предмет вратио првостепеном суду на поновно одлучивање. Против нове одлуке Основног суда у Београду,¹⁵⁶ којом је захтев тужиоца одбијен, жалбу је изјавио тужилац. Апелациони суд је усвојио жалбу и преиначио пресуду тако што је усвојио захтев ГСА.¹⁵⁷

151 Члан 16, став 3 ЗЗД. Слична одредба садржана је и у ЗРП и Закону о раду.

152 Подаци о удружењу доступни су на сајту удружења: <http://gsa.org.rs>.

153 Законом о изменама и допунама Закона о уређењу судова 2013. године стварна надлежност у дискриминационим стварима је измењена, прописивањем правила да су за решавање ове врсте правних ствари надлежни виши судови (чл. 23, ст. 1, тач. 7 Закона о уређењу судова, Сл. гласник РС, бр. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11 – др. закон, 78/11 – др. закон, 101/11 и 101/13).

154 Основни суд у Београду, 73 П – 15378/2012, пресуда од 22. августа 2011. године.

155 Апелациони суд у Београду, пресуда од 19. септембра 2012.

156 Основни суд у Београду, 73 П – 15378/2012, пресуда од 17. септембра 2013.

157 Апелациони суд у Београду, Гж 2426/2014, пресуда од 11. јуна 2014.

2.2. Околности случаја

Драган Марковић Палма, председник странке Јединствена Србија, градоначелник града Јагодина и народни посланик, поводом најављеног одржавања Параде поноса, дао је новинарима штампаних и електронских медија дана 15. 8. 2011. године следећу изјаву: *"Мој став је јознаи, значи ја нисам за насиље, јесам за мирне демонстрације, али не да на улици се јоказује нешто јо што је за мене болест, хомосексуалност, јоако да став Јединствене Србије и мој лични став, ми смо јрошив свакој скуја иде хомосексуалци демонстрирају улицама Београда и желе да јрикажу нешто што је болест да је нормално."* Ову изјаву пренели су многи медији, а и сам тужени у саопштењу за јавност, објављеном 17. 8. 2011. године. На ову изјаву реаговала је Повереница за заштиту равноправности, издајући упозорење јавности, у коме је навела: *"Поводом изјаве јредседника ЈС, јрадоначелника Јајодине и јосланика у Народној скујштини Рејублике Србије, Драјана Марковића Палме јоводом јредстојеће Параде јоноса 2011. јодине, јовереница за заштитиу равнојравности, јјозорава да се ради о хомофобичној изјави којом се хомосексуалност назива болешћу и нејира јраво сексуалних мањина на мирно окуљање. Таквом изјавом Драјан Марковић Палма јодсиче неравнојравност, мржњу и нејрпељивост јрема ЛГБТ јојулацији, што забрањују Устав и закони Рејублике Србије. Повереница исиче да су, након јрошлојодиниће искуства, овакве изјаве јосебно ојасне, јер унајред ојравдавају и индиректно јодсичу насиље над учесницима Параде јоноса."*

2.3. Захтеви, аргументација странака и судске одлуке

У тужби ГСА је истакао два захтева за заштиту од дискриминације: да суд утврди да је тужени извршио дискриминацију на основу сексуалне оријентације која представља говор мржње, забрањен чланом 11 ЗЗД,¹⁵⁸ узнемиравање и понижавајуће поступање, забрањено чланом 12 ЗЗД,¹⁵⁹ као и тежак облик дискриминације, у смислу члана 13 ЗЗД, који прописује забрану изазивање и подстицање неравноправности, мржње и нетрпељивости по основу сексуалне оријентације (и по другим основима), те да је прекршио забрану дискриминације на основу сексуалне оријентације, прописану у члану 21 ЗЗД.¹⁶⁰

У одговору на тужбу тужени је затражио одбијање тужбеног захтева, негирајући да је изјава дискриминаторна. Навео је да изјава *"не садржи јовор мржње, ниши јодсиче дискриминацију, мржњу или насиље јрошив одређене јрује лица на основу њејовој личној својства, а јосебно не јредставља шежи облик дискриминације"*, да је он само пренео саопштење своје политичке странке, Јединствене Србије, којим се *"јошеницирају јтрадиционалне вредности на којима се базира јројрам ове сјранке, не ојоравајући на овај начин јраво јојединца да се изјасни о својој сексуалној оријен-*

158 Одредбама члана 11 ЗЗД забрана говора мржње прописано је на следећи начин: *Забрањено је изражавање идеја, информација и мишљења којима се подстиче дискриминација, мржња или насиље против лица или групе лица због њиховог личног својства, у јавним гласилима и другим публикацијама, на скуповима и местима доступним јавности, исписивањем и приказивањем порука или симбола и на други начин.*

159 Према члану 12 ЗЗД, забрањено је узнемиравање и понижавајуће поступање које има за циљ или представља повреду достојанства лица или групе лица на основу њиховог личног својства, а нарочито ако се тиме ствара страх или непријатељско, понижавајуће и увредљиво окружење.

160 Члан 21 ЗЗД, осим што прописује да је сексуална оријентација приватна ствар и нико не може бити позван да се јавно изјасни о својој сексуалној оријентацији, свакоме признаје право да се изјасни о својој сексуалној оријентацији и забрањује дискриминаторско поступање због таквог изјашњавања.

пацији“. Указао је, такође, да је ова политичка странка тражила од Владе Србије да не дозволи одржавање јавног скупа ЛГБТ популације, *“ишћо се не може окарактерисати као мишљење које ћодсћиче на дискриминацију, мржњу или насиље ћроћив ове ћруће лица, ће да је наведена изјава у складу са слободом ћовора и ћравом на ћоседовање сојсћивеноћ мишљења и изражавања, без ућрожавања друћих“*.

Првостепени суд је 2. 11. 2011. године усвојио захтеве тужиоца, констатујући да изјава коју је тужени дао има сва обележја говора мржње, узнемиравања и понижавајућег поступања, те да представља тежак облик дискриминације. Поред осталог, у образложењу се наводи да је чланом 13 ЗЗД одрећен *“ћешки облик дискриминације као изазивање и ћодсћицање неравноћравносћи, мржње и нећрћиљевосћи ћо основу сексуалне оријентације, ћосебно ако се ово врши ћућем јавних ћласила, ће у конкретном случају лично својсћиво, односно сексуална оријентација, је од сћтрране ћуженоћ (Марковића) ћриказана као болесћ и као нешћћо ненормално и ћћо ћућем јавних ћласила, чиме је извршена ћешка дискриминација“*.

Против пресуде суда жалбу је изјавио тужени, па је Апелациони суд у Београду укинуо пресуду и предмет вратио првостепеном суду на поновно одлучивање, јер је утврдио да је учињена битна повреда одредаба парничног поступка, с обзиром да туженом тужба није уредно достављена по правилима о личном достављању, тј. ћему лично или ћеговом пуномоћнику, већ члану ћеговог домаћинства, што је у супротности са чланом 136 Закона о парничном поступку.

У поновном поступку Основни суд у Београду донео је нову пресуду, којом је одбио тужбени захтев тужиоца као неоснован. Исти судија заузео је сасвим супротан став у односу на свој став изражен у ранијој пресуди, и закључио да својом изјавом тужени није дискриминисао ЛГБТ особе.

У току поступка изведен је доказ читањем саопштења Јединствене Србије, у коме се наводи да се ова политичка странка, *“залаже за здраву ћородицу која ћодразумева да се деца раћјају из брака мушкарца и жене, а не да буду деца суроћаћћ ћородице у којој ће две особе исћћоћ ћола ћлумићћ маму и ћаћћу, док ће се ћрићћом разликоваћћи ћо боји косе, а носићћи исћћу ћардеробу и бријачћи браду и брокове“*. Прочитано је и упозорење Поверенице за заштиту равноправности, извршен је увид у снимак ТВ Авала и снимак Фонета, па је суд утврдио да је у тим прилозима објављен снимак изјаве тадашњег министра унутрашњих послова, који је позвао све странке да јасно саопште свој став у вези одржавања скупа ЛГБТ особа, као и напред цитирана изјава туженог.

У делу образложења суд је цитирао члан 21 Устава Србије, којим је забрањен сваки облик дискриминације по било ком основу, чланове 11, 12, 13 и 21 ЗЗД и утврдио *“применом цитираних норми материјалног права на утврћено чињенично стање“* да је тужбени захтев неоснован.

Суд је констатовао да је слобода окупљања ћудско право прокламовано Уставом, и да је забрањена свака дискриминација *“мећу којима и дискриминација на основу сексуалне оријентације, јер свако има ћраво да се о ћћоме слободно изјашњава“*. У наставку образложења, суд елаборира слободу мишљења и изражавања, и закључује да *“слобода ћовора и ћраво на сојсћивено мишљење сћада у ћрућу ћрава Евројске конвенције која су условљена у знаћћној мери, а све са циљем да се исћћицањем и уживањем у неком ћраву не ућрожава ћраво друћоћ лица“*. Из овога суд изводи следећи

закључак "Приликом означавања њиховог мишљења као дискриминационог, неопходно је водити рачуна да се не врши ограничавање слободе њиховог више него што је неопходно". А затим следи поента правног резонаовања суда, да се: "истинитост чињеничног исказа у судском поступку може доказивати, али истинитост вредносног суда је немогуће доказивати. У односу на истинитост чињеничног исказа чије су последице предмет овог поступка, суд је утврдио да је неспорна чињеница да се хомосексуалност више не налази на листи болести Свештене здравствене организације, због чега се изјава туженог не може сматрати истинитом". Према мишљењу суда, „тужилац (је) могао евентуално да поднесе тужбу за утврђење да су неистинитост чињенице наведене у изјави“. С обзиром да је неистинитост вредносног суда немогуће доказивати, а спорна изјава је "вредносни суд туженог, и то у форми изношења ставова изјаве - захтева тадашње министра унутрашњих послова", то суд сматра "да се у конкретном случају не ради о дискриминационом понашању туженог, већ о сопственом мишљењу и вредносном суду туженог о једној друштвеној појави, који нема карактер обавезујуће".

Посебно је забрињавајући став "да суд не треба да представља државни орган који ће утврђивати да је дошло до дискриминационог понашања сваки пут када се нека од социјалних категорија наведених у ЗЗД нађе увређеном, или по сопственом вредносном суду дискриминисаном". Евентуалним усвајањем тужбеног захтева, сматра суд, "погодило би се тежњама које нису сјојиве са сврхом којој тежи ЗЗД, посебно када се има у виду да је овај закон донет у циљу подизања свести и престанка дискриминационог понашања према свим у закону наведеним социјалним категоријама".

Додатни аргумент за одбијање тужбеног захтева суд је нашао и у чињеници да је говор мржње и отворено позивање на разне видове дискриминације честа појава у политичком животу, па пошто је то тако, изјава туженог "не испуњава услове да се у смислу ЗЗД прогласи дискриминационим понашањем."

Против одбијајуће пресуде Основног суда у Београду тужилац је изјавио жалбу Апелационом суду у Београду, који је пресудом преиначио првостепену пресуду тако што је усвојио тужбени захтев и утврдио да је изјава туженог дискриминаторна, да је извршио тежак облик дискриминације на основу сексуалног опредељења, одређеног члановима 11, 12, 13 и 21 ЗЗД, и забранио туженом да "понавља извршену дискриминацију, а на основу сексуалног опредељења".

У образложењу пресуде Апелациони суд је навео да је Први основни суд погрешно применио материјално право и, позивајући се на Устав, Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода, као и на ЗЗД, закључио да „изјава коју је тужени дао новинарима писаних и електронских медија садржински јесте дискриминација према ЛГБТ популацији“, а с обзиром да је дата у медијима, "представља пројектовање дискриминације". Апелациони суд је изнео став да „тужени као уредна пољитичка личност, као председник странке, има право на сопствено мишљење али има и обавезу да у својим јавним наступима не пројектује дискриминацију. Посебна је обавеза пољитичара, па самим тим и туженог, да промовише вредности демократског друштва као што су плурализам, толеранција и право на различитост“. По мишљењу суда, „Пружање заштитне туживоцу (ГСА) не представља цензуру нити представља ограничење слободе њиховог туженог

нији права на његово мишљење и изношење и нејативних коментара, већ представља забрану говора којим се проносе идеје којима се подстиче дискриминација, а које могу имати шире последице на демократске процесе у друштву и развој друштва у целини“.

2.4. Запажања о раду судова

За случај дискриминације који је био предмет судског поступка може се рећи да је био релативно лак за одлучивање: међу странкама није било спорних чињеница, тако да је задатак суда био да реши само једно питање: да ли се изјава туженог креће у границама слободе изражавања или његова изјава представља говор мржње.

Анализа друге по реду пресуде Основног суда у Београду показује да правни концепти говора мржње и узнемиравања и понижавајућег поступања, као облика дискриминације, овом суду нису сасвим разумљиви, да не препознаје њихове битне елементе на основу којих се може испитати да ли се конкретна изјава туженог може квалификовати као говор мржње, односно узнемиравање и понижавајуће поступање. За суд је, како то образложење пресуде показује, дискриминација замршена, замагљена и неухватљива појава, "без обала и граница", која је подложна широком тумачењу, на основу личних осећања и вредносних мерила.

Оно што се из образложења првостепене пресуде најпре запажа јесте да суд не разликује две слободе – слободу мисли (слободу поседовања сопственог мишљења), која спада у *forum internum* и слободу изражавања мисли, која спада у *forum externum* и као таква је предмет легитимног ограничења.¹⁶¹ Управо ово незнање је очигледно било разлог да суд примени "оригинални" приступ у квалификацији случаја, настојећи да се некако избори са случајем. Суд је, наиме, у изјави туженог "препознао" два елемента: - чињенични исказ (да је хомосексуалност болест) и "вредносни суд" туженог. Закључак суда је да се истинитост чињеница може доказивати, па је тужиоцу указао на могућност покретања парнице за утврђивање неистинитости чињенице да је хомосексуалност болест, позивајући се на члан 194 Закона о парничном поступку.¹⁶² У наставку, међутим, суд констатује да је неспорна чињеница да се хомосексуалност не налази на листи болести Светске здравствене организације, што обесмишљава претходни став о могућности доказивања чињенице да хомосексуалност није болест; ако је ова чињеница неспорна, а јесте неспорна јер је ноторна, зашто би се уопште и утврђивала. За разлику од чињеничног елемента изјаве, "вредносни суд" туженог, по мишљењу суда, није могуће доказивати. Пошто се ради о мишљењу и вредносном суду туженог који никога не обавезује, а нарочито пошто је дат на захтев министра унутрашњих послова, то изјава није дискриминаторна. То су, у најкраћем, кључна мерила које је суд применио испитујући да ли је изјава супротна забрани говора мржње и узнемиравања и понижавајућег поступања.

161 Иако је слобода мисли претпоставка за уживање слободе изражавања, јер се појединац најчешће изражава о питањима о којима је претходно формирао своје мишљење, слобода мисли, односно "слобода поседовања сопственог мишљења" је засебно право које Европска конвенција гарантује. Шире: Кристић И., Маринковић Т. (2016) *Евројско право људских права*, Београд: Савет Европе, стр. 208-210.

162 У члану 194, став 3 Закона о парничном поступку прописано је: „Тужба за утврђење може да се поднесе ради утврђивања постојања, односно непостојања чињенице, ако је то предвиђено законом или другим прописом“.

Посебно је забрињавајуће како суд тумачи циљ и домете ЗЗД: овај закон, је по мишљењу суда, "усмерен на њодизање свесџи о забрани свакој вида дискриминације, али уз обавезно њошћовање остиалих Устиавом зајемчених њрава, укључујући њраво на мишљење", па суд не би требало да представља државни орган који ће утврђивати да ли је дошло до дискриминаторског понашања "сваки њуи када се нека од социјалних њруи нађе увређеном". Изгледа да би, да се овај судија пита, у Србији свако могао да говори шта год хоће, јер има "право на мишљење"! На срећу, није тако, јер закони прописују дужност суда да препозна и санкционише сваки облик дискриминације, укључујући и говор мржње и узнемиравање и понижавајуће поступање.

У конкретном случају, правилно квалификовање изјаве туженог подразумевало је правилну примену одговарајућег теста, чија аналитичност води извођењу правилних закључака. Овај тест, широко познат међу правницима широм света, Европски суд за људска права примењује већ дуги низ година, ширећи све више појам говора мржње и сужавајући слободу изражавања, уколико се њоме подстиче на дискриминацију, мржњу и насиље.¹⁶³

У образложењу судске одлуке нема ни назнака да је суд размотрио постоје ли сви потребни елементи који конституишу говор мржње, односно узнемиравање и понижавајуће поступање. Уместо таквог приступа, суд једноставно констатује да "њредмејна изјава свакако садржи обележја дискриминањорској њонашања, али не у обиму који је њоњребан да се наведена изјава и званично, од стиране суда, уњврди као акњи дискриминације". Из ове бесмислене реченице немогуће је, међутим, утврдити који је то "обим" дискриминације потребан да би се дата изјава квалификовала као дискриминаторна.

Да је упознат са правним појмом говора мржње и његовим елементима и да је применио адекватан тест дискриминације, суд би испитао аналитички, природним редоследом, корак по корак, следеће околности: 1) да ли су изражене идеје, информације и мишљење озбиљне, кохерентне и важне; 2) да ли су саопштене јавности; 3) да ли се њима изазива ширење мржње и насиља или дискриминације у најширем смислу; и 4) да ли су уперене против лица или групе због њиховог личног својства.

У сагледавању негативних ефеката конкретне изјаве туженог, суд је могао да се ослони на праксу Европског суда за људска права, која би га упутила да размотри и друштвене околности у којима је изјава дата, да размотри да ли се изјава, с обзиром на свој ужи и шири контекст, може сматрати непосредним или посредним позивом на насиље, или оправдањем насиља, мржње или нетрпељивости и да ли постоји опасност, непосредна или посредна, да доведе до штетних последица.¹⁶⁴ Да је применио овакав аналитички приступ, суд би морао да узме у обзир не само садржину изјаве, већ и да је она дата 2011. године, после најаве одржавања Параде поноса, која је учинила видљивим ниво хомофобије, нетолеранцију и екстремно негативну друштвену перцепцију ЛГБТ особа, али и повећала учесталост физичког насиља према припадницима ЛГБТ заједнице.¹⁶⁵ Све те околности

163 Видети: Петрушић Н., Крстић И., Маринковић Т. (2016), стр. 70-73.

164 Видети: *Perinçek v. Suisse*, [GC], представка бр. 27510/08, пресуда од 15. октобра 2015, пар. 205–207. Ове околности је суд узео у обзир и у многим другим случајевима.

165 Редован годишњи извештај Повереника за 2011. годину, стр. 29. Доступан на: <http://ravnopravnost.gov.rs/izvestaji/>.

у пресуди нису ни поменуте! Суд је игнорисао чињеницу да је изјава дата медијима, да је изјаву дао председник политичке партије која учествује у власти, који је истовремено и народни посланик и градоначелник, који је, узгред, у јавности познат по сличним изјавама. Уместо тога, суд лаконски закључује да изјава туженог садржи његово мишљење које "никога не обавезује", те вероватно зато није ни сматрао потребним да сагледа њену садржину и негативне ефекте које производи, а то је проузроковање и распиривање негативних емоција према припадницима ЛГБТ заједнице.

Да је разумео концепт узнемиравања и понижавајућег поступања, као облика дискриминације, суд би са лакоћом могао да закључи да је својом изјавом тужени повредио достојанство ЛГБТ и допринео јачању непријатељског, понижавајућег и увредљивог друштвеног окружења у којем ЛГБТ особе остварују своју егзистенцију.

Охрабрујућа је одлука Апелационог суда којом је преиначио првостепену одлуку тако што је утврдио да изјава туженог представља говор мржње, узнемиравање и понижавајуће поступање, као и да представља тежак облик дискриминације. Штета је, међутим, што је суд пропустио прилику да шире елаборира мерила и критеријуме за препознавање говора мржње и узнемиравања и понижавајућег поступања. То би свакако допринело демистификацији граница између слободе говора и говора мржње и успостављању стандарда за будући рад судова.

У овом релативно једноставном предмету, у коме су све чињенице међу странкама биле неспорне, поступак, за који закон прописује хитност у поступању, трајао је недопустиво дуго: од покретања поступка, до правноснажности пресуде протекле су скоро три године, чему је у значајној мери допринео тужени, неоправданим пропуштањем рочишта, које суд није санкционисао.

3. СЛУЧАЈ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ У ОБРАЗОВАЊУ: САВЕЗ МАЂАРСКИХ УЧЕНИКА ВОЈВОДИНЕ ПРОТИВ ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА

3.1. Претходне напомене

Судски поступак ради заштите припадника мађарске националне мањине од дискриминације у области образовања, покренут је тужбом поднетом 31. 8. 2017. године Вишем суду у Новом Саду. Тужбу је поднео Савез мађарских ученика Војводине¹⁶⁶ из Новог Сада против туженог Правног факултета Универзитета у Новом Саду. Поред Вишег суда у Новом Саду, који је одлучивао у првом степену,¹⁶⁷ у поступку је о жалби тужиоца одлучивао Апелациони суд у Новом Саду,¹⁶⁸ а затим о ревизији туженог Врховни касациони суд.¹⁶⁹

166 Невладина организација основана 1997. године у Новом Саду чија је основна делатност усмерена на заступање интереса студената и ученика мађарске националности.

167 Виши суд у Новом Саду, П 371/17, пресуда од 20. 10. 2017.

168 Апелациони суд у Новом Саду, Гж 207/18, пресуда од 22. 3. 2018.

169 Врховни касациони суд, Рев 3807/2018, пресуда од 12. 7. 2018.

3.2. Околности случаја

Тужени факултет је високошколска установа која се бави високообразовном делатношћу. Оснивач туженог је АП Војводина. Студијски програм туженог је акредитован на српском језику. Скупштина АПВ је 8. 4. 2015. године донела Одлуку о полагању пријемних испита, односно испита за проверу склоности и способности за упис на високошколску установу чији је оснивач АПВ на језицима националних мањина – националних заједница, којом је утврђено право кандидата на полагање наведеног испита на језицима националних мањина – националних заједница. Према овој одлуци: високошколска установа је дужна да кандидатима омогући полагање пријемног испита на језику националне мањине – националне заједнице под условом да је то један од језика који је у службеној употреби на територији АПВ;¹⁷⁰ кандидат за упис на високошколску установу има право да се приликом подношења пријаве за упис на студије определи за језик на ком ће полагати пријемни испит; високошколска установа ће ускладити опште акте којима се уређује полагање пријемног испита са наведеном одлуком у року од 30 дана од дана њеног ступања на снагу. После доношења ове одлуке, Влада АП Војводине је 24. 6. 2015. године донела Упутство о њеном спровођењу. Тужени факултет у школским годинама 2015/16, 2016/17. и 2017/18. није организовао полагање пријемног испита у складу са наведеном Одлуком и Упутством, већ је обавестио председника Владе АПВ да се пријемни испит одвија у складу са његовим општим актом што је у складу са начелом аутономије универзитета.

3.3. Захтеви, аргументација странака и судске одлуке

Тужбом је постављен тужбени захтев и тражено да суд: 1) утврди да је тужени одбијањем да одржи пријемни испит за школске 2015/16, 2016/17. и 2017/18. године на мађарском језику и неодржавањем тако организованог пријемног испита дискриминаторски поступао према припадницима мађарске националне мањине који су намеравали да упишу или су били кандидати за упис на студије; 2) забрани туженом понављање описане радње дискриминације; 3) обавезе туженог да за школску 2018/19. годину и убудуће омогући припадницима мађарске националне мањине полагање пријемног испита на мађарском језику под условима и на начин који су прописани покрајинском скупштинском одлуком о полагању пријемног испита, односно испита за проверу склоности и способности за упис на високошколску установу чији је оснивач АП Војводина на језицима националних мањина – националних заједница 01 бр. 6-2/15 од 8. 4. 2015. године¹⁷¹ и Упутством о спровођењу покрајинске скупштинске одлуке о полагању пријемног испита, односно испита за проверу склоности и способности за упис на високошколску установу чији је оснивач АП Војводина на језицима националних мањина – националних заједница бр. 612-88/2015 од 24. 6. 2015. године;¹⁷² 4) обавезе туженог да о свом трошку објави изреку пресуде у новосадским дневним листовима.

170 Језици у службеној употреби у статутима градова и општина на територији АПВ су: српски, мађарски, словачки, румунски, русински, хрватски, чешки, бугарски и македонски. Доступно на: puma.vojvodina.gov.rs.

171 *Сл. лист АПВ*, бр. 14/15.

172 *Сл. лист АПВ*, бр. 27/15.

Тужилац је тврдњу о постојању дискриминације образложио правима националних мањина и неспорном чињеницом да је кандидатима или потенцијалним кандидатима мађарске националности ускраћено право да у складу са покрајинском скупштинском одлуком и Упутством полажу пријемни испит на матерњем језику.

Тужени је тврдњу о непостојању дискриминације образложио начелом аутономије универзитета које су сви дужни да поштују, а које подразумева право на утврђивање правила студирања и уписа студената, као и чињеницом да факултет није акредитован за студијски програм на језику националне мањине, у конкретном случају на мађарском језику.

Међу странкама је било неспорно да тужени није организовао пријемни испит за кандидате - припаднике националних мањина према покрајинској скупштинској Одлуци и Упутству.

Првостепени суд је одржао два рочишта: 13. и 20. 10. 2017. године и закључио је главну расправу.

Виши суд у Новом Саду одбио је тужбени захтев као неоснован, заузимајући став да није дошло до дискриминације кандидата – припадника мађарске националне мањине, јер, услови за упис чине саставни део акредитованог студијског програма туженог факултета, због чега није могуће организовати полагање пријемног испита на језику националне мањине, у конкретном случају на мађарском језику, јер такав студијски програм није одобрен, а осим тога, тужилац није учинио вероватним да је тужени дискриминаторски поступао према припадницима мађарске националне мањине који су намеравали да упишу или су били кандидати за упис на студије у школским годинама из тужбеног захтева с обзиром да тих година приликом уписа није било појединачних захтева конкретних кандидата за полагање пријемног испита на мађарском језику па стога нису извршени никакви акти дискриминације од стране туженог у вези са захтевима за полагање пријемног испита на мађарском језику.

Одлучујући о жалби тужиоца, Апелациони суд у Новом Саду је преиначио првостепену пресуду тако што је у целини усвојио тужбени захтев, заузимајући став да је тужени одбијањем да одржи пријемни испит на мађарском језику под условима и на начин прописан актима АПВ – његовог оснивача, извршио акт дискриминације на начин описан у тужби и да тужилац јесте учинио вероватним да је тужени извршио дискриминацију, а на туженом је било да докаже да услед тог акта није дошло до повреде начела једнакости, односно да дискриминација не постоји, што он није учинио.

Одлучујући о ревизији туженог, Врховни касациони суд је одбио ревизију као неосновану, прихватајући становиште другостепеног суда о постојању дискриминације кандидата или потенцијалних кандидата припадника мађарске националне мањине, будући да их је тужени неоправдано ставио у различит положај у односу на кандидате који припадају већинском становништву и који су пријемни испит полагали на српском језику на ком су се и до тада школовали. Наиме, кандидати мађарске националности имали су могућност да основно и средње образовање стичу на матерњем језику, а како пријемни испит за упис на високошколску установу представља проверу до тада стеченог знања, то је тужени био у обавези да организује пријемни испит на једнак начин за све кандидате што значи да се припадницима националних мањина омогући полагање пријемног испита на матерњем језику. Осим тога, Врховни касациони суд је подржао став другостепеног суда да орга-

низовање пријемног испита на изложени начин не би угрозило аутономију универзитета, као и да није релевантна чињеница да тужени није акредитован за студијски програм на језику националне мањине.

3.4. Запажања о раду судова

Анализом судских одлука намеће се први закључак да су донете у поступку који је трајао краће од годину дана (тужба је поднета 31. 8. 2017. године, а ревизијска одлука је донета 12. 7. 2018. године) што је свакако добра вест, јер је поступак за заштиту од дискриминације хитан.¹⁷³ Нема сумње да је на трајање поступка утицала чињеница да спорних чињеничних питања није било, напротив, чињенице да тужени није организовао пријемни испит у складу са покрајинском скупштинском одлуком и пратећим Упутством, нису биле спорне. Стога је првостепени поступак окончан за непуна два месеца и првостепени суд је имао релативно лак задатак да оцени да ли је тужени наведеном радњом нечињења учинио дискриминацију кандидата припадника мађарске националне мањине или за ту радњу постоји објективно и разумно оправдање. Међутим, првостепени суд није одговорио том задатку, већ је донео првостепену пресуду у којој је изнео закључке о одређеним питањима за које је другостепени суд основано нашао да су погрешни.

Наиме, првостепени суд је одлуку о неоснованости тужбеног захтева, односно о непостојању дискриминације засновао на закључку да тужени није учинио вероватним да је дискриминација извршена, јер *“їїх їодина їриликoм уїиса ниїе било їoїединачних захїїева конкретїїних кандїдaїїа за їолаїање їриїемної исїїїїа на маїарском їезику и да, сxоднo їїoме, нису извршени никакви акїїи дискриминациїе од сїїране їїуженої у вези са захїїевима за їолаїање їриїемної исїїїїа на маїарском їезику.”*

Констатација првостепеног суда да није било појединачних захтева конкретних кандидата за полагање пријемног испита на мађарском језику, показује неразумевање суштине ствари, с обзиром на то да је неспорна чињеница да је, на основу аката које тужени није применио, део документације за полагање пријемног испита требао да буде посебан образац на коме би се кандидати опредељивали за језик на коме ће полагати, међутим, тај образац није понуђен кандидатима, због чега они нису били у могућности да искажу своје опредељење да полажу пријемни испит на језику националне мањине којој припадају. Да је тужени факултет омогућио кандидатима да се путем прописаног посебног обрасца одреде за језик полагања пријемног испита, у конкретном случају на мађарском језику, па да се из таквих образаца за три предметне школске године може утврдити да нико од кандидата није исказао опредељење да полаже на мађарском језику, наведена констатација првостепеног суда би била основана (али није, јер те чињенице не постоје).

Првостепени суд није препознао да је тужени, тиме што није организовао пријемни испит на језику мађарске националне мањине, онемогућио њене припаднике да полажу испит на свом језику и тиме учинио дискриминацију управо због њиховне припадности тој мањини. С овим у вези, треба

173 Према члану 41, став 3 ЗЗД поступак је хитан.

нагласити да, начелно говорећи, дискриминацију по основу националне припадности или етничког порекла често врше органи власти усвајањем и спровођењем одређених прописа и мера у области образовања, али, у овом случају орган власти (Скупштина АПВ) донео је одлуку којом је припадницима националних мањина – националних заједница признао право да на високошколским установама полажу пријемни испит на свом језику, а то право им је једна таква установа ускратила.

У пракси Европског суда за људска права постоје пресуде у којима је утврђена дискриминација националне мањине у области образовања¹⁷⁴ у којима су дати правни стандарди за питање ове дискриминације утврђени и у ранијима одлукама тог суда. Упознавање са једном од њих, нпр. са пресудом *D. H. and Others v. Czech Republic*, пружило би суду одређена знања потребна за успешнији рад на оваквим предметима заштите од дискриминације. У овој пресуди је, поред осталог, наведено “Дискриминација по основу, између осталога, етничког порекла је облик расне дискриминације. Расна дискриминација је посебно мрзак облик дискриминације и, узимајући у обзир њене опасне последице, захтева посебан опрез и брзу реакцију органа власти. Управо из овог разлога су власти дужне да користе сва расположива средства у борби против расизма, чиме учвршћују демократску визију друштва у коме се разноликост не сматра опасношћу већ извором бољих ствари.”¹⁷⁵ [...] “У случајевима у којима се различито постојање по основу расе, боје коже или етничког порекла, појам објективне и разумне оправдања мора да се тумачи на најстрожији могући начин.”¹⁷⁶

Осим наведеног, пресуда првостепеног суда захтева посебан коментар у делу примене правила о терету доказивања и с њим у вези примене тзв. теста дискриминације. Наиме, према оцени првостепеног суда “тужилац није учинио вероватним да је тужени дискриминаторски постојао према припадницима мађарске националне мањине”, као и да је тужени поступао у складу са Законом о високом образовању, те да “није могуће организирати полагање пријемног испита на језику националне мањине (у конкретном случају на мађарском језику) јер такав студијски програм није одобрен, односно акредитован у складу са законом.”

Из наведеног образложења може се закључити да, по ставу првостепеног суда, околност да је тужени објективним разлогом (неакредитован студијски програм) оправдао неорганизовање полагања пријемног испита на језику националне мањине, заправо значи да тужилац није учинио вероватним постојање дискриминације.

Правило о терету доказивања садржано у члану 45, став 2 Закона о забрани дискриминације,¹⁷⁷ у процесној теорији познато као правило о пребацивању или преношењу терета доказивања или правило *prima facie* (доказ на први поглед), значи да је у судском поступку за заштиту од дискриминације тужилац дужан да понуди доказе из којих ће се утврдити чињенице на основу којих се може закључити у степену вероватности да је дискриминација извршена, чиме ће се успоставити оборива претпоставка постојања дискриминације, а онда се терет доказивања пребацује на туженог, који ту

174 *Oršuš and Others v. Croatia*, представка бр. 15766/03, пресуда Великог већа од 16. марта 2010; *D. H. and Others v. Czech Republic*, представка бр. 57325/00, пресуда Великог већа од 13. новембра 2007.

175 Пар. 176.

176 Пар. 196.

177 Према одредби члана 45, став 2 ЗЗД, уколико тужилац учини вероватним да је тужени извршио акт дискриминације, терет доказивања да услед тог акта није дошло до повреде начела једнакости, односно начела једнаких права и обавеза сноси тужени.

претпоставку може да обори доказивањем да дискриминације није било и то у степену извесности, па ако то не учини суд ће одредити заштиту (усвојити тужбени захтев) на основу успостављене претпоставке да је дискриминација извршена. У ситуацији када тужени обори успостављену претпоставку постојања дискриминације, суд ће одбити тужбени захтев, на основу тога што је тужени доказао да дискриминације није било, а не зато што тужилац није учинио вероватним постојање дискриминације.

Кад првостепени суд у конкретном случају наводи да је тужени неорганизовањем пријемног испита на језику мађарске националне мањине поступао у складу са Законом о високом образовању, заправо образлаже да је тужени за ту радњу нечињења, коју је тужилац означио као радњу дискриминације, понудио “објективно и разумно оправдање”, које је суд прихватио спроводећи (ваљда) тест дискриминације. Међутим, уместо да закључи да је тужени на тај начин доказао да није извршена дискриминација (радња нечињења је легитимна), закључује да тужилац није учинио вероватним постојање дискриминације. Дакле, начин на који је првостепени суд образложио примену правила о терету доказивања показује да му то правило није јасно и да га заправо не разуме.

Када су у питању пресуде Апелационог суда у Новом Саду, као другостепеног и Врховног касационог суда, као ревизијског, може се констатовати да је другостепени суд указао на погрешне ставове првостепеног суда, па је, дајући потпуно другачију оцену (неспорних) утврђених чињеница и примењујући релевантно материјално право, закључио да је тужени пропуштањем да поступи у складу са покрајинском скупштинском одлуком извршио акт дискриминације тужиоца због чега је преиначио првостепену пресуду и усвојио тужбени захтев. Одлуком ревизијског суда подржани су ставови другостепеног суда.

Другостепени и ревизијски суд су значајан део својих одлука посветили цитирању релевантних материјалноправних прописа: Устав РС, Закон о средњем образовању и васпитању, Закон о високом образовању, Статут туженог, Конвенција против дискриминације у образовању, Декларација о правима припадника националних или етничких, верских и језичких мањина, Оквирна конвенција о заштити националних мањина, Закон о утврђивању надлежности АПВ, Закон о заштити права и слобода националних мањина и, наравно Закон о забрани дискриминације. При том су оба суда препознала да је предмет судског поступка посебан случај дискриминације из члана 19 Закона о забрани дискриминације: дискриминација у области образовања и стручног оспособљавања, а не из члана 24: дискриминација националних мањина, због чега је изостао ближи осврт на права припадника националних мањина, посебно о праву на културну аутономију које подразумева, поред осталог, област образовања и службену употребу језика, а све у вези са очувањем њиховог идентитета у дугом процесу интеграције у друштво у складу са начелом: интеграција без асимилације.

4. СЛУЧАЈ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ Н. Н. ЗБОГ ЧЛАНСТВА У УДРУЖЕЊУ

4.1. Претходне напомене

Судски поступак поводом овог случаја дискриминације покренут је 14. 3. 2016. године, тужбом физичког лица против Ловачког удружења “Б” (у даљем тексту: ЛУБ). Виши суд у Лесковцу, пресудом од 26. 5. 2016. године,¹⁷⁸ неке од истакнутих захтева је усвојио, неке делимично усвојио, а неке одбио, а Апелациони суд у Нишу је решењем од 17. 8. 2016. године¹⁷⁹ укинуо пресуду и вратио предмет на поновно суђење. Новом пресудом Вишег суда у Лесковцу од 27. 1. 2017. године¹⁸⁰ суд је донео садржински исту одлуку, а Апелациони суд у Нишу је пресудом од 20. 9. 2017. године¹⁸¹ одбио жалбе тужиоца и туженог и потврдио првостепену пресуду.

4.2. Околности случаја

Тужилац је члан туженог ЛУБ од 1964. године. У току 2012. и 2013. године он је, као и неколицина других чланова ЛУБ, био члан другог ловачког удружења формираног за исто ловно подручје. Ово удружење није, међутим, уписано у одговарајући регистар, јер није добило одобрење надлежног министарства. Према подацима из предмета, скупштина ЛУБ донела је одлуку да сви чланови ЛУБ који су имали прекид у плаћању чланарине у току 2012. и 2013. године због чланства у другом ловачком удружењу, имају обавезу да поднесу писани захтев за уплату чланарине, што се има сматрати захтевом за обновом чланства. То су тужилац, као и неколицина других чланова ЛУБ, учинили, тражећи да им се одобри уплата чланарине за ловну 2014/2015. годину. Одлучујући по поднетим захтевима, Управни одбор ЛУБ размотрио је захтев тужиоца и Одлуком од 23. 10. 2014. године тужиоцу није одобрио уплату чланарине за ловну 2014/2015. годину, јер је, наводно, тужилац “радио на рушењу” ЛУБ и истовремено усвојио захтеве већег броја других лица, који су, као и тужилац, имали прекид у плаћању чланарине због чланства у другом ловачком удружењу. Међу странакама је неспорно да је тужилац све време био члан ЛУБ, јер никада није донета одлука о престанку његовог чланства у ЛУБ.

4.3. Захтеви, аргументација странака и судске одлуке

У тужби тужилац је истакао више захтева за заштиту од дискриминације: захтев за утврђење којим је тражио да суд утврди да је “тужилац Н. Н. код туженог УЛБ трпео дискриминацију од стране Управног одбора УЛБ у периоду од 15. 10. 2014. године до 28. 2. 2015. године, као и да утврди да је “тужилац код туженог ЛУБ трпео дискриминацију од стране Управног одбора у периоду 1. 1.

178 Виши суд у Лесковцу, П бр. 57/2016.

179 Апелациони суд у Нишу, Гж 1850/2016.

180 Виши суд у Лесковцу, П бр. 1280/2016.

181 Апелациони суд у Нишу, Гж бр. 2428/2017.

2012 до 15. 10. 2014. године". У оквиру захтева за утврђење тражио је да суд туженом наложи да "убудуће сиречи дискриминацију коју тврди тужилац". Поред тога, тужилац је тражио и накнаду нематеријалне штете "услед претрпљених душевних болова због повреде части и угледа" у износу до 200.000 динара, са припадајућом каматом, као и накнаду парничних трошкова.

Захтев за утврђење дискриминације коју је тужилац, наводно, трпео у периоду од 15. 10. 2014. године до 28. 2. 2015 године, тужилац је образложио чињеницом да је Управни одбор туженог неоправдано одбио два његова захтева за уплату чланарине (први поднет 2014. а други 2015), док је одобрио истоветне захтеве већег броја других лица, која су, као и тужилац, у једном периоду били чланови другог ловачког удружења.

Захтев за утврђење дискриминације којој је тужилац, наводно, био изложен у периоду од 1. 1. 2012. до 15. 10. 2014. године тужилац је засновао на чињеници да је током овог периода тужени "без разлога одбијао да прими уплату чланарине".

Захтев за накнаду штете образложен је тиме да је тужилац од чланова Управног одбора у више наврата "тврдио увреду, као и повреду угледа и части, услед чега је тврдио душевне болове великог интензитета, све време осећао нелагодности и узнемирености и нервозу, што је код тужиоца изазвало повишење крвних притиска и пуцање крвних судова у носу, што је због ових симптома био хоспитализован пет дана".

У одговору на тужбу тужени је у целини оспорио тужбени захтев, наводећи да није било дискриминације, да је тужиоцу престало чланство у ЛУБ 2011. године тиме што је тужилац постао члан другог ловачког удружења које је формирано за исто ловно подручје, да је у том новом удружењу био члан Управног одбора и секретар ловачког удружења. У прилог ставу да није било дискриминације тужени је навео да је захтев тужиоца одбијен јер је на седници Управног односа УЛБ одлучено да се ускрати чланство свим бившим члановима који су били чланови Управног одбора и Скупштине новог ловачког удружења, те да тужилац није једини коме је одбијен захтев за уплату чланарине.

У току поступка изведени су следећи докази: салушање тужиоца и заступника туженог, саслушање три сведока, увид у ловне карте тужиоца за период 2011-2015, увид у отпусну листу са епикризом за тужиоца и увид у записник са састанка Управног одбора УЛБ и увид у одлуке Управног одбора.

Првостепени суд је 26. 5. 2016. године делимично усвојио захтев тужиоца за утврђење дискриминације, а диспозитив пресуде формулисао је на следећи начин: "ДЕЛИМИЧНО СЕ усваја захтев тужиоца Н. Н. из [...], да се утврђује да је тужилац код туженог ЛУБ из [...] претрпео дискриминацију од стране Управног одбора ЛУБ у периоду од 15. 10. 2014. године до 28. 2. 2015. године, те се тужени ОБАВЕЗУЈЕ да убудуће сиречи дискриминацију коју тужилац тврди".

Део тужбеног захтева којим је тужилац тражио да се утврди да је тужилац код ЛУБ трпео дискриминацију од стране Управног одбора ЛУБ у периоду од 1. 1. 2012. до 15. 10. 2014. одбијен је као неоснован.

Делимично је усвојен и захтев за накнаду штете и тужени је “обавезан” да тужиоцу “исплати износ од 20.000 динара на име накнаде штеће услед претрпљених душевних болова због повреде части и угледа, са законском заштитом каматом почев од дана пресуђења, у року од осам дана од дана пријема пресуде, под притиском принудног извршења”. Део тужбеног захтева тужиоца за накнаду нематеријалне штете преко досуђеног износа одбијен је као неоснован.

У образложењу пресуде првостепени суд је, на основу чињеница утврђених саслушањем странака и сведока, као и увидом у напред поменуте исправе, утврдио следеће правно релевантне чињенице:

- да никада није донета одлука о престанку чланства тужиоца у УЛБ;
- да је Управни одбор ЛУБ донео одлуку да сви који су имали прекид у плаћању чланског доприноса и били чланови другог ловачког удружења поднесу писани захтев за уплату чланарине, који се сматра захтевом за обнову чланства у УЛБ;
- да одлуком Управног одбора УЛБ тужиоцу није дозвољена уплата чланског доприноса за ловну 2014/2015. годину јер је, наводно, “радио на разбијању ЛУБ”, односно био члан другог ловачког удружења и његових органа;
- да је другим лицима која су такође имала прекид у плаћању чланског доприноса и била чланови другог ловачког удружења и његових органа дозвољена уплата чланског доприноса.

Квалификујући овај случај дискриминације као повреду начела једнаких права и обавеза, која је, као облик дискриминације, прописана чланом 8 Закона о забрани дискриминације, првостепени суд је заузео став да је тужени извршио дискриминацију према тужиоцу тиме што је одбио његов писани захтев за уплату чланарине за ловну 2014/2015. годину, јер није било “објективно и разумно оправдања за различито третирање чланова ловачког удружења само на основу околности да су поједини чланови били у одређеном периоду чланови другог ловачког удружења, односно органа другог ловачког удружења на истом подручју”. Кључни аргумент којим је своју одлуку образложио је да тужени није доказао да су постојали критеријуми на које се позива да се тужиоцу не допусти уплата чланског доприноса за 2014/2015. годину, те да је због тога “исти доведен у неравноправан положај у односу на чланове ловачког удружења у истој ситуацији, те су исти ускраћена права која му припадају као члану ЛУБ, које чланство му никада није претходило на основу одлуке Управног одбора”.

Суд је одбио захтев за утврђење дискриминације коју је тужени, наводно, извршио тиме што је одбио да прими тужоачеве уплате чланарине за период 1. 1. 2012. до 15. 10. 2014. године, са образложењем да “тужилац није доказао да се обраћао органу туженом за уплату чланарине”.

Досуђујући тужиоцу накнаду штете “због повреде части и угледа”, суд је, позивајући се на члан 200 Закона о облигационим односима,¹⁸² своју одлуку образложио тиме да тужилац има право да

182 Члан 200 Закона о облигационим односима гласи: „(1) За претрпљене физичке болове, за претрпљене душевне болове због умањења животне активности, наружености, повреде угледа, части, слободе или права личности, смрти блиског лица као и за страх суд ће, ако нађе да околности случаја, а нарочито јачина болова и страха и њихово трајање то оправдава, досудити правичну новчану накнаду, независно од накнаде материјалне штете као и у њеном одсуству. (2) Приликом одлучивања о захтеву за накнаду нематеријалне штете, као и о висини њене накнаде, суд ће водити рачуна о значају повређеног добра и циљу коме служи та накнада, али и о томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом”.

му се досуди правична накнада за претрпљене душевне болове због повреде части и угледа, при чему је у образложењу навео дефиниције појмова “част” и “угод”. У погледу висине накнаде, суд је навео да је приликом њеног одређивања “*имао у виду настипујеле последице у виду произведених штетних, сходно друштвеној позицији тужиоца и вредности повређеног добра*”, те да је при томе водио рачуна и о “*циљу коме служи ова накнада, којом се не појодује тежњама које нису сјојиве са њеном природом и друштвеном сврхом, односно која мора бити адекватна штетњима којима је тужилац био изложен*”.

Као правни основ за усвајање захтева тужиоца, суд је навео члан 14 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, којим је прописана забрана дискриминације у погледу уживања права и слобода прописаних конвенцијом, не наводећи конвенцијско право у погледу кога је тужилац дискриминисан.¹⁸³ При томе је суд пропустио да наведе члан 21 Устава Републике Србије којим је забрањена дискриминација у свим областима и на основу свих личних својстава. Поред члана 8 Закона о забрани дискриминације, суд се позвао и на члан 2 Закона о забрани дискриминације, којим је регулисан појам дискриминације. Такође, у образложењу пресуде суд је цитирао и члан Статута ЛУБ којим су регулисани разлози за престанак чланства у удружењу.

Апелациони суд у Нишу укинуо је првостепену пресуду због непотпуно утврђеног чињеничног стања, наводећи, поред осталог, да првостепени суд „*није утврдио ни о ком личном својству тужиоца се ради*“. У поновном поступку Виши суд је донео суштински истоветну пресуду, а Апелациони суд је одбио жалбе тужиоца и туженог и потврдио пресуду Вишег суда.

4.4. Запажања о раду судова

У овом предмету основни задатак суда био је да испита да ли одбијањем да тужиоцу дозволи уплату чланарине за ловну 2014/2015. годину и одбијањем да прими чланарину за период 2011-2014. године тужени дискриминисао тужиоца, те да одлучи о захтеву за накнаду нематеријалне штете коју је тужилац претрпео.

Предмет анализе су ставови и правна аргументација судова изражени у другој пресуди Вишег суда у Лесковцу донетој у поновном поступку након укидања пресуде, као и у пресуди Апелационог суда у Нишу, којом је потврђена друга пресуда Вишег суда у Лесковцу.

Анализа првостепене пресуде показује да је суд правилно квалификовао случај дискриминације, налазећи да се ради о повреди начела једнаких права и обавеза из члана 8 ЗЗД. Сам приступ који је суд применио у решавању овог случаја показао је непознавање начина спровођења теста дискриминације, који је кључна алатка за извођење правилног закључка о томе да ли одређено поступање, односно пропуштање представља дискриминацију.

¹⁸³ Члан 14 Европске конвенције за заштиту људских права не садржи неко самостално право, већ је његово поље примене ограничено на права која су већ зајемчена Европском конвенцијом или њеним протоколима. Зато је приликом позивања на члан 14 Европске конвенције потребно навести у погледу ког права гарантованог конвенцијом је лице дискриминисано. У конкретном случају потенцијално се ради о дискриминацији тужиоца у остваривању права на удруживање, гарантовано чланом 11 Европске конвенције.

С обзиром на околности, у овом случају ради се, потенцијално, о непосредној дискриминацији, која се, као облик дискриминације, састоји у томе што је лице, због његовог личног својства, стављено у неповољнији положај у односу на друга лица у истој или сличној ситуацији.¹⁸⁴ Сагласно томе, спровођење теста дискриминације у конкретном случају подразумевао би следеће фазе:

- 1) испитивање да ли је тужени према тужиоцу неповољније поступао у односу на друга лица која се налазе у истој или сличној ситуацији;
- 2) испитивање да ли је разлика у третману заснована на личном својству тужиоца;
- 3) испитивање да ли је разлика у третману објективно оправдана, с обзиром на циљ, односно последице;
- 4) испитивање да ли постоји сразмерност између циља и средства које је употребљено за остваривање циља.

По природи ствари, испитивању у свакој следећој фази приступа се само ако је одговор на постављено питање у претходној фази позитиван.

С обзиром да су битни елементи дискриминације неједнако (неповољније) поступање и лично својство дискриминисаног лица, које представља основ дискриминације, примена теста дискриминације подразумева проналажење адекватног „упоредника“. Упоредник је адекватан ако пружа могућност да се утврди не само разлика у третману, већ и постојање, односно непостојање узрочно-последичне везе између неповољнијег третмана и личног својства тужиоца, имајући у виду да дискриминацију представља само онај неједнак третман који је заснован на личном својству. Управо је лично својство, као основ дискриминације, кључни елемент за разграничење дискриминације од неких других облика противправног понашања.

Да би „упоредник“ остварио сврху коју има у аналитичком процесу утврђивања дискриминације, треба да има одређена обележја: упоредник мора бити лице/група лица која се налази у истој или сличној ситуацији у којој се налази и наводно дискриминисано лице, а који се од њега разликују управо по томе што немају оно лично својство које има наводно дискриминисано лице.¹⁸⁵

Као „упоредник“, првостепеном суду су послужила лица која су, као и тужилац, била чланови новоформираног удружења ловаца и имала прекид у плаћању чланског доприноса УЛБ, а којима је дозвољена уплата чланског доприноса за ловну 2014/2015. годину. На ову групу лица, као упореднике, указао је и сам тужилац, наводећи да је неједнако третиран од стране туженог управо у односу на ову групу лица којима је тужени дозволио уплату чланског доприноса. С аспекта утврђивања неједнаког (неповољнијег) поступања према тужиоцу овај упоредник је испунио своју сврху. Суд је правилно закључио да је у поређењу са другим лицима која су се налазила у сличној ситуа-

184 Према члану 6 ЗЗД, непосредна дискриминација постоји ако се лице или група лица, због његовог односно њиховог личног својства у истој или сличној ситуацији, било којим актом, радњом или пропуштањем, стављају или су стављени у неповољнији положај, или би могли бити стављени у неповољнији положај.

185 Проналажење адекватног упоредника није увек лако, посебно у случајевима вишеструке дискриминације. У одређеним ситуацијама неопходно је користити хипотетички упоредник, а у неким ситуацијама упоредник уопште није потребан, какав је случај са дискриминацијом на основу трудноће, с обзиром да мушкарац не може бити у другом стању. О проблемима везаним за проналажење адекватног упоредника, видети детаљно: Бекер К. (2019), стр. 518-523.

цији у којој се налазио и тужилац постојала разлика у третману: у односу на та друга лица тужилац је према туженом неповољније поступио: њима је допустио, а њему ускратио могућност уплате чланског доприноса за ловну 2014/2015.

Постојање неједнаког (неповољнијег) поступања према тужиоцу није, међутим, довољно за закључак да је према њему тужени извршио дискриминацију у смислу ЗЗД. За такав закључак неопходно је да ова разлика у третману буде заснована на личном својству туженог. “Упоредник” који је коришћен у конкретном случају (група лица који су били чланови новоформираног ловачког удружења којима је одобрена уплата чланског доприноса) не омогућава, међутим, да се испита да ли је тужилац дискриминисан на основу личног својства. Сам избор “упоредника” наводи на закључак да ни тужилац ни суд лично својство не сматрају битним елементом дискриминације.

У образложењу пресуде суд констатује да није “*било објективно и разумно ојравдања за различито третирање чланова ловачког удружења само на основу околности да су поједини чланови били у одређеном периоду чланови другог ловачког удружења, односно органа другог ловачког удружења на истом подручју*”. Из овог би се, на први поглед, могло закључити да је, по мишљењу суда, основ дискриминације тужиоца раније чланство у другом ловачком удружењу. Раније чланство у (другом ловачком) удружењу, начелно посматрано, могло би да представља основ дискриминације, али да би се закључило да је тужилац (као и лица која су била чланови другог ловачког удружења и његових органа) по том основу био дискриминисан, он би морао бити упоређен са оним члановима УЛБ који раније нису били чланови другог ловачког удружења. Међутим, и да је суд такав приступ применио, то не би довело до закључка да је тужилац дискриминисан, с обзиром на то да је тужени појединим лицима, која су, као и тужилац, била чланови другог ловачког удружења, односно органа другог ловачког удружења, дозволио уплату чланског доприноса. За суд је то крунски доказ о дискриминацији тужиоца, иако, по логици ствари, ова околност потврђује управо супротно – да дискриминација на основу овог личног својства тужиоца (раније чланство у другом ловачком удружењу) није извршена. То потврђује и чињеница да су током расправе сам тужилац и сведоци навели да је тужиоцу ускраћена могућност уплате чланског доприноса јер је “радио на разбијању УЛБ”. “Рад на разбијању УЛБ” не може се сматрати личним својством у смислу ЗЗД, које, као што је познато, представља лично обележје једног лица, које одређује његов физички, психолошки, духовни, економски или друштвени идентитет.¹⁸⁶ Лично својство мора се строго разликовати од других личних обележја лица, као што су његове карактерне и друге личне особине, навике и сл.

Суд је свој став о извршеној дискриминацији образложио тиме да није било „*објективно и разумно ојравдања за различито третирање чланова ловачког удружења само на основу околности да су поједини чланови били у одређеном периоду чланови другог ловачког удружења, односно органа другог ловачког удружења на истом подручју*.” У вези са тим, указујемо да се оцењивању евентуалног постојања “објективног и разумног оправдања” за неједнак третман приступа тек када се утврди постојање неједнаког третмана и личног својства на коме је неједнак третман заснован. Као што је већ речено, у конкретном случају, с обзиром на утврђене чињенице, испитивање постојања објек-

186 Шире о личном својству: Павловић С. (2012) „Појам дискриминације“, у: Петрушић Н. (ур.), Судска грађанскоправна заштита од дискриминације, Београд: Повереник за заштиту равноправности, Правосудна академија, стр. 143-155.

тивног и разумног оправдања за неједнак третман није ни било потребно, јер одбијање туженог да тужиоцу омогући уплату чланског доприноса за ловну 2014/2015. годину није засновано на његовом личном својству.

С друге стране, суд у пресуди лаконски закључује да није било објективног и разумног оправдања за неједнак третман тужиоца, пропуштајући да у образложењу пресуде јасно опише исходе корака у аналитичком процесу, који, сагласно члану 8 ЗЗД, подразумевају да се најпре испита да ли су циљ или последица предузетих мера неоправдани, а ако се закључи да су неоправдани, да се тест дискриминације заврши оценом постојања сразмерности између предузетих мера и циља који се овим мерама остварује. У конкретном случају, као што је већ речено, није ни било потребе за испитивањем постојања објективног и разумног оправдања, али пракса показује да судови често пропуштају да у образложењу пресуде изнесу децидирани закључак о оправданости одређеног поступања, с обзиром на његов циљ, односно последице, нити се баве анализом сразмерности.

Коментар заслужује и формулација диспозитива пресуде којом је усвојио захтев за утврђење дискриминације. Наиме, суд је у диспозитиву навео да је “*тужилац [...] код туженої ЛУБ їрїео дискриминацију од сїране Уїравної одбора ЛУБ у їериоду од 15. 10. 2014. ї. до 28. 2. 2015. ї.*” Ова формулација диспозитива није коректна, јер недостају објективни елементи који одређују шта је предмет утврђења, што може отворити питање објективних граница правноснажности, с обзиром на то да се правноснажност везује управо за диспозитив пресуде. Зато диспозитив треба да има све елементе на основу којих се може утврдити коју је то правну ствар суд решио, што, када су у питању захтев за утврђење дискриминације, захтева да се наведу елементи којима се идентификује сам акт дискриминације који је предмет утврђења.

Када је реч о захтеву за утврђење дискриминације извршене одбијањем туженог да прими уплату чланарине тужиоца у периоду 2012-2014.¹⁸⁷, који је суд одбио, у образложењу је, као разлог, наведено да је у току поступка утврђено да је тужилац у овом периоду био члан другог удружење, као и да није “*доказао да се обраћао ориану їуженої за уїлаїшу чланскої доїриноса*”. Иако се овде, у суштини, ради о томе да тужилац, сагласно правилу о пребацивању терета доказивања из члана 45, став 2 ЗЗД, није успео да учини вероватном дискриминацију, што је разлог за одбијање тужбеног захтева, суд је пропустио да то констатује у образложењу пресуде. У пресудама се, иначе, ни на једном месту не помиње правило о пребацивању терета доказивања, иако је ово правило од круцијалног значаја за утврђивање дискриминације.

Тужилац је тужбом тражио да суд туженом наложи да “*убудуће сїречи дискриминацију коју їрїиї їужилац*”, а суд је овај захтев усвојио, допуњујући усвојен захтев за утврђење дискриминације реченицом “*їе се їужени ОБАВЕЗУЈЕ да убудуће сїречи дискриминацију коју їрїиї їужилац*”.

187 У тужби овај захтев није формулисан као посебан тужбени захтев, већ као део јединственог захтева за утврђење дискриминације. Иако је, без обзира на начин формулације, реч о објективној кумулацији два захтева за утврђење, који се односе на два различита дискриминаторна поступања (одбијање туженог да тужиоцу омогући уплату чланског доприноса за 2014/2015. и одбијање туженог да од тужиоца прими уплату чланарине за период 2012-2018), суд је о овим захтевима одлучио тако што је, како је навео, “делимично усвојио захтев” који се односи на први акт дискриминације, а одбио “део тужбеног захтева” који се односи на други акт дискриминације.

У вези с тим, треба најпре констатовати да је, сагласно члану 43 ЗЗД, захтев за спречавање дискриминације самосталан правозаштитни захтев чији је циљ спречавање дискриминације.¹⁸⁸ У конкретном случају захтев за спречавање дискриминације усмерен је на то да тужени убудуће не понавља радњу дискриминације, а то значи да не одбија захтев тужиоца за плаћање чланског доприноса ЛУБ. Ради се о кондемпнаторном захтеву, захтеву за пропуштање, који треба да буде у потпуности опредељен. Зато диспозитив пресуде којом се овај захтев усваја мора бити јасно и прецизно формулисан, на начин који јасно показује да је реч о осуђавној одлуци, подобној за принудно извршење. Другим речима, из формулације диспозитива мора бити сасвим извесно коју то конкретну радњу тужени убудуће не сме да предузима, односно чијим би предузимањем прекршио заповест садржану у пресуди.¹⁸⁹ Потреба за прецизном формулацијом диспозитива произлази и из чињенице да се диспозитивом пресуде којом се налаже пропуштање одређене радње одређују предмет, обим и границе евентуалног принудног извршења пресуде. У конкретном случају ни захтев за пропуштање, ни одлука којом је захтев усвојен нису савим прецизно одређени, што ствара извесну правну несигурност и намеће потребу да се тачна садржина одлуке утврђује на основу чињеница садржаних у образложењу.¹⁹⁰

Осврт заслужује и правно резонување суда у вези са испитивањем основаности захтева тужиоца за накнаду нематеријалне штете у износу од 200.000 динара. Тужилац је овај захтев образложио тиме да су му поступањем туженог повређени част и углед,¹⁹¹ а душевне болове које је због тога трпео настојао је, поред осталог, да докаже и отпусном листом са епикризом. Суд је делимично увојио захтев тужиоца и наложио туженом да тужиоцу исплати износ од 20.000 динара „на име накнаде штећине услед истрећених душевних болова због повреде чести и угледа“, позивајући се на члан 200 Закона о облигационим односима.¹⁹²

Анализа образложења показује да приликом одмеравања висине штете, суд је парафразирао само неколико општих критеријума за њено одмеравање, у виду уобичајених фраза које се у пракси користе: да је имао у виду „настигуле последице у виду произведених штети, а сходно друштвеној позицији тужиоца и вредности повређеног добра“, „циљ коме служи накнада, којом се не појављује тежњама које нису сјојиве са њеном природом и друштвеном сврхом, односно која мора бити адекватна штети којима је тужилац изложен“. Суд на крају наводи да је „мишљења да досуђени износ од 20.000 динара представља правичну новчану накнаду“. Ови општи критеријуми нису, међутим, повезани са чињеничним контекстом случаја, нити омогућавају да странке процене на који је начин суд проценио висину штете.

У овом релативно једноставном предмету, у коме утврђивање чињеничне подлоге није било компликовано, поступак је трајао годину и два месеца, чему је допринела и околност да је прво-

188 Према члану 43 тужилац у тужби може тражити забрану извршења радње од које прети дискриминација, забрану даљег вршења радње дискриминације, односно забрану понављања радње дискриминације.

189 Видети: Петрушић Н., Крстић И., Маринковић Т. (2016), стр. 300-301.

190 Проф. М. Марковић критикује овакву праксу и указује на тешкоће које она ствара с аспекта примене правила о дејству правноснажности. (Марковић М. (1982), стр. 415-416).

191 Проблемима везаним за накнаду штете више пажње је посвећено у студији случаја бр. 6.

192 Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93, Сл. лист СЦГ, бр. 1/03 - Уставна повеља и Сл. гласник РС, бр. 18/20.

степен пресуда била укинута, а предмет враћен на поновно суђење. С обзиром на оптерећеност домаћих судова, дужина трајања поступка је релативно задовољавајућа.

5. СЛУЧАЈ С. М. И ДРУГИ ПРОТИВ ПЈ „ПИЈАЦА“

5.1. Претходне напомене

Судски поступак поводом овог случаја дискриминације покренут је тужбом три физичка лица, које је у парници заступао адвокат, против ЈП „Пијаца“ из Лесковца (у даљем тексту ЈПП). Виши суд у Лесковцу пресудом од 9. 2. 2018. године,¹⁹³ усвојио је захтев за утврђење дискриминације, а Апелациони суд у Нишу је пресудом од 31. 1. 2019. године¹⁹⁴ одбио жалбу туженог као неосновану и потврдио пресуду Вишег суда у Лесковцу.

5.2. Околности случаја

Сатужиоци су код туженог запослени на неодређено време. Тужени је у периоду 1. 9. 2015-31. 12. 2015. године свим запосленима неуредно исплаћивао зараду, и то тако што је месечно исплаћивао аконтацију зараде а други део зараде није исплаћивао. Сатужени су пред Основним судом у Лесковцу појединачно покренули парнице против туженог ради исплате дугованих зарада. После покретања поступка, тужени је свим запосленима, осим сатужиоцима, исплатио дуговане зараде за септембар и октобар 2015. и свима линеарно једнократни износ од 5.000 динара. Овакво поступање туженог послодавца било је повод за покретање парнице за заштиту од дискриминације од стране сатужених.

5.3. Захтеви, аргументација странака и судске одлуке

У тужби су истакнути само захтев за утврђење дискриминације и захтев за накнаду трошкова поступка. Према тврђењу сатужилаца, неисплаћивањем дугованих зарада само сатужиоцима који су покренули парнице против послодавца ради исплате дугованих зарада, тужени су стављени у неповољнији положај у односу на друге запослене којима је тужени исплатио дуговане зараде, чиме је тужени према тужиоцима извршио дискриминацију.

У одговору на тужбу, тужени је оспорио захтев сатужилаца и предложио његово одбијање, не оспоравајући да је свим запосленима, осим сатужиоцима, исплатио дуговане зараде и једнократни износ од 5.000 динара, који, по тврђењу туженог, представља део зараде. Као разлог због кога сатужиоцима није исплатио дуговане зараде, тужени је навео да су у време исплате дугованих зарада запосленима пред судом биле у току парнице за исплату дуговане зараде које су против

193 Виши суд у Лесковцу, П бр. 15 ШИИ, бр. 4/17.

194 Апелациони суд у Нишу, 39 Гж 1 1431/2018.

туженог покренули сатужиоци, тако да „није био у могућности“ да сатужиоцима исплати дуговане зараде. Према наводима туженог, по окончању поступака који су сатужиоци против њега покренули, тужени ће поступити у складу са правноснажним и извршним пресудама.

Међу странкама није спорно да је тужени свим запосленима, осим сатужиоцима, исплатио дуговане зараде и линеарно износ од 5.000 динара, као део зараде.

Суд је усвојио захтев сатужиоца и утврдио да је тужени према сатужиоцима извршио дискриминацију „*иако шїо је їриликом исїлаїе зараде свим зайосленима за сеїїембар 2015. їодине дана 28. 7. 2017. їодине, за окїїобар 2015. їодине дана 30. 8. 2017. їодине, као и їриликом исїлаїе новчане їомоћи или дела зараде дана 31. 7. 2017. їодине їужжоцима ускраїїио ове исїлаїе*“. У прилог ставу да је тужени извршио дискриминацију према сатужиоцима, суд је најпре цитирао члан 4 ЗЗД којим је прописано начело једнакости, члан 8 ЗЗД, којим је регулисана повреда начела једнаких права и обавеза, као и члан 18 Закона о раду, којим је забрањена непосредна и посредна дискриминација запослених и лица која траже запослење, члан 20, став 1, тачка 2 Закона о раду, којим је забрањена дискриминација у односу на услове рада и сва права из радног односа, члан 12, став 1 Закона о раду који уређује право на зараду, као и члан 16, тачка 1 Закона о раду којим је прописана дужност послодавца да запосленом за обављени рад исплати зараду.

Суд је потом констатовао да је међу странкама неспорно да тужени сатужиоцима није исплатио дуговану зараду, коју је исплатио осталим запосленим лицима. По оцени суда, неисплаћивањем зараде сатужиоци су „*доведени у неравноїраван їоложаї у односу на остїале зайослене у истїої сїїїу-ацији, їе да није било обїективної и разумної ойравдања за различїїо їреїїирање їужжоцима у односу на остїале зайослене код їужженої [...]* Тужжоци збої околностїи да су їреїїходно їоднели їужбу за исїлаїїу неисїлаћених дела зараде, їо оцени суда, не моїу бїїїи сїїављени у неїовољниїи їоложаї у односу на остїале зайослене коїи нису їодносили їужбу, с обзиром да је їодношење їужбе ради остїваривања їрава из радної односа лични акїї свакої од зайослених, їе да свако има їраво на зашїїїїїу своїих їрава їред судом.“

Против првостепене пресуде жалбу је изјавио тужени, из свих законски прописаних разлога за изјављивање жалбе, са предлогом да се побијана одлука преиначи или да се укине и предмет врати на поновно одлучивање. У жалби је, као разлог за неисплаћивање зараде сатужоцима, наведено да тужени није исплатио сатужиоцима зараде „*да их не би остїеїїио*“, с обзиром да су тужбама за исплату зарада тражили и затезне камате. Сатужиоци су поднели одговор на жалбу и предложили одбијање жалбе туженог и потврђивање првостепене пресуде.

Апелациони суд у Нишу одбио је жалбу као неосновану и потврдио пресуду Вишег суда у Лесковцу, налазећи да је суд правилно и потпуно утврдио чињенично стање и правилно применио материјално право, те да је за своју одлуку дао правилне и јасне разлоге које прихвата и Апелациони суд. У пресуди је суд цитирао члан 2 ЗЗД којим је дефинисан појам дискриминације, члан 4 као и члан 6 ЗЗД којим је прописана непосредна дискриминација. Цитирао је и члан 16 ЗЗД којим је забрањена дискриминација у области рада, као и члан 18 Закона о раду којим је забрањена дискриминација у области запошљавања и рада.

Кључни аргумент којим је суд образложио своју одлуку јесте да „*право на зараду за остварени рад у смислу чл. 60. Устава Републике Србије и чл. 16, чл. 104 и чл. 110 Закона о раду, као и право на поделу зараде ради остваривања права из радног односа представљају лични избор сваког запосленог да изрази својим правима пред судом, представљају лично својство тужоца, те је забрањено свако неоправдано управљање разлике или неједнакости, односно неједнакости или неједнакости дискриминационо управљање по овом основу.*“ По оцени другостепеног суда, првостепени суд је правилно применио правила о расподели терета доказивања, јер су сатужиоци „*учинили вероватним акт дискриминације, а тужени на кога је прешао терет доказивања није показао да није дошло до повреде начела једнакости, односно једнаких права и обавеза*“. Према оцени другостепеног суда, не може се сматрати објективним и оправданим разлогом за неједнак третман сатужиоца разлог којим је тужени покушао да оправда неисплаћивање дуговане зараде сатужиоцима наводећи да је тиме желео да спречи да сатужиоци буду оштећени, с обзиром да су тужбама тражили и исплату затезних камата, те да ће у свему поступити по налогу суда, када судски поступци буду правноснажно окончани.

5.4. Запажања о раду судова

Анализа судских одлука поводом конкретног случаја дискриминације, пре свега, показује да и после скоро 10 година од ступања на снагу ЗЗД појединим адвокатима и судијама нису познати елементи дискриминације и да постоје тешкоће у спровођењу теста дискриминације који води правилном закључку о томе да ли је или није извршена дискриминација.

У овом веома једноставном предмету, у коме међу странкама нису биле спорне чињенице, одлука суда је, у суштини, зависила од правилног разумевања појма дискриминације, чији је један од конститутивних елемената лично својство. Анализа првостепене пресуде показује да се суд уопште није ни бавио питањем личног својства, које ни за адвоката није било релевантно.¹⁹⁵ Другостепени суд је, међутим, потврђујући пресуду, настојао да на неки начин исправи овај пропуст, очигледно разумевајући да је лично својство, као основ дискриминације, кључни елемент разграничења између дискриминације и неких других облика противправног понашања. То је, међутим, учинио тако што је „*конструисао*“ лично својство. Наиме, према резонувању другостепеног суда, тражење судске заштите права из радног односа је „*лично избор*“ запосленог, из чега, према ставу суда, следи да околност да је запослени покренуо судски поступак представља његово „*лично својство*“.

Овакав став суда је погрешан, имајући у виду суштину феномена „лично својство“. Наиме, лично својство је лично обележје лица, које је везано за његов полни, родни или сексуални идентитет, његову културно-биолошку припадност или порекло, уверења, културни идентитет, друштвени положај и др. Иако је у ЗЗД наведено чак 19 личних својстава, ова листа није таксативна јер ЗЗД прописује да дискриминација може бити извршена и на основу других стварних, односно претпо-

195 Истраживање капацитета судија и адвоката у домену антидискриминационог права показало је да се лично својство често не препознаје као обавезни елемент дискриминације. Илустрације ради наводимо став адвоката, који је на питање шта треба изменити у ЗЗД, одговорио „*Да се израз „лично својство” избрише јер Устав и међународни уговори забрањују дискриминацију „по било ком основу”, а не само по основу личних својстава, што подразумева да је забрањена дискриминација и онда када нема основа или га је немогуће утврдити, већ само различитог поступања које се не може оправдати другим околностима*“. Бекер К., (2019), стр. 398.

стављених личних својстава. То, међутим, не значи да свака околност која се тиче лица или групе лица представља лично својство, јер се лично својство тиче идентитета лица, односно групе лице, односно, једна је од његових одредница. Управо зато код утврђивања постојања личног својства као основа дискриминације апстрахује се целокупна личност лица у свим његовим аспектима (карактерне особине, навике, активности и сл.) и лице „своди“ на одређено лично својство као део његовог идентитета. Уколико би се свака околност која се тиче лица, односно групе лица сматрала личним својством, изгубио би се критеријум за разликовање дискриминације од других видова повреда права.

Из образложења првостепене пресуде не може се стећи потпуни увид у аналитички процес утврђивања дискриминације, нити се у пресуди помиње правило о пребацивању терета доказивања. У погледу утврђивања неједнаког третмана сатужиоца, првостепени суд је правилно идентификовао „упоредника“ – лица која против туженог нису покренула поступак ради исплате неисплаћене зараде. Иако се првостепени суд није експлицитно изјаснио о личном својству, као основ дискриминације, из самог избора упоредника може се закључити да се покретање судског поступка против туженог од стране тужилаца сматра њиховим личним својством.

Када је реч о правној квалификацији дискриминације, по оцени суда у питању је повреда начела једнаких права и обавеза (чл. 8 ЗЗД). Првостепени суд се није изјаснио да ли су сатужиоци дискриминацију учинили вероватном, али чињеница да је разматрао аргументе које је тужени понудио у настојању да покаже да за неједнак третман постоји објективно и разумно оправдање упућује на закључак да су сатужиоци, по оцени суда, дискриминацију учинили вероватном.

Другостепени суд је показао већи степен аналитичности. По оцени суда, у питању је непосредна дискриминација, што је правилан закључак суда, с обзиром да се ради о неједнаком поступању. У образложењу пресуде суд износи децидирани став да су сатужиоци „учинили вероватним акт дискриминације“, те да тужени на кога је прешао терет доказивања није доказао да није дошло до повреде начела једнакости, односно једнаких права и обавеза. Иако је став другостепеног суда да су тужиоци учинили вероватним акт дискриминације погрешан јер у конкретном случају разлика у третману није заснована на личном својству тужилаца, генерално посматрано, овакав приступ у образлагању примене правила о терету доказивања је добар, имајући у виду значај правила о пребацивању терета доказивања и потребу да се странке упознају са разлозима који су суд навели да донесе одлуку одређене садржине.

Пажњу заслужује и формулација диспозитива пресуде коју је првостепени суд донео. Без обзира на то како је формулисан тужбени захтев, у конкретном случају се не ради о утврђивању дискриминације према групи лица, како би се на први поглед могло погрешно закључити. С обзиром да су сатужиоци именовани појединачно, они се јављају као супарничари које у супарничарску заједницу окупља чињеница да њихови захтеви потичу из истог чињеничног и правног основа (чл. 205, ст. 1 ЗПП). У парници се, међутим, не одлучује о једном захтеву, већ о три захтева за утврђење дискриминације, појединачно према сваком од три супарничара. Имајући у виду да су сатужиоци материјални супарничари, који имају положај тзв. обичних, а не јединствених супарничара, диспозитив пресуде требало је да садржи три става, односно појединачне одлуке о захтеву за утврђење дискри-

минације према сваком од сатужилаца. Треба приметити да је, као и првостепени суд, и другостепени суд у поступању туженог препознао само један, а не три акта дискриминације извршене појединачно према сваком од сатужиоца, иако се они не јављају као група неидентификованих лица које у групу окупља исто лично својство, већ се сваки од њих јавља као самостална странка, без обзира што су из разлога економичности и правне сигурности покренули једну, а не три парнице за заштиту од дискриминације.

Из предмета се не може закључити колико је првостепени поступак трајао, јер нема података о датуму подизања тужбе. Другостепени поступак је, међутим, трајао скоро годину дана, што је релативно дуг период, с обзиром да је суд одлучивао само на основу списка предмета: првостепена одлука донета је 9. 2. 2018. а другостепена 31. 1. 2019. године.

6. СЛУЧАЈ Т. В. И М. М. ПРОТИВ АУТОПРЕВОЗНИКА

6.1. Претходне напомене

Поступак је покренут тужбом особе са инвалидитетом и њене пратиље против предузећа које се бави пружањем услуга јавног превоза. Тужба је подигнута пред Основним судом у Краљеву, сагласно члану 41 Закона о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, који прописује надлежност и према месту пребивалишта особе са инвалидитетом. Основни суд у Краљеву – Судска јединица Рашка, првим ставом диспозитива пресуде усвојио је тужбени захтев тужиоца за накнаду материјалне штете, а ставом другим одбио захтев за накнаду нематеријалне штете због претрпљеног душевног бола због повреде части и угледа са законском затезном каматом.¹⁹⁶ По жалби тужиља, Виши суд у Краљеву преиначио је првостепену пресуду¹⁹⁷ и тужиљама је досудио накнаду нематеријалне штете по основу претрпљених душевних болова због повреде части и угледа, са законском затезном каматом. Врховни касациони суд је, поступајући по ревизији тужиља, делимично усвојио ревизију и преиначио обе пресуде у одбијајућем делу, а туженом наложио да тужиљама Т. В. и М. М. исплати на име накнаде нематеријалне штете по основу претрпљених душевних болова због повреде части и угледа износ од по 100.000,00 динара, са законском затезном каматом.¹⁹⁸

Овај случај дискриминације изабран је за анализу иако потиче из периода у коме Закон о забрани дискриминације није био донет јер је предмет спора накнада штете настале дискриминацијом, а фокус анализе је управо примена прописа о накнади штете. У погледу накнаде штете, Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом не разликује се од Закона о забрани дискриминације – и један и други закон само прописују да се тужбом може тражити накнада материјалне и нематеријалне штете (чл. 43 ЗСДОИ и чл. 43 ЗЗД), тако да се и у погледу видова штете и утврђивања висине штете примењују општи прописи одштетног права.

196 Пресуда Основног суда у Краљеву – Судска јединица Рашка, П бр. 2580/10 од 19. 5. 2010. године.

197 Пресуда Вишег суда у Краљеву, Гж бр. 953/10 од 1. 9. 2010. године.

198 Пресуда Врховног касационог суда, Рев 3602/10 од 16. 12. 2010. године.

6.2. Околности случаја

У овом предмету тужиље су Т. В. слепа 77-огодишња особа и М. М., ћерка Т. В. као пратиља Т. В. особе са инвалидитетом. Оне су кренуле међуградским аутобусом на пут. Т.В. је поседовала одговарајућу легитимацију којом се потврђује да је особа са инвалидитетом и да има право на повлашћену карту умањену за 75% од њеног пуног износа, а да њена ћерка М. М. има својство пратиоца особе са инвалидитетом која по том основу има право на бесплатну карту. Иако су то нагласиле возачу аутобуса, он је одбио да им изда повлашћене карте. Уз то, дошло је до расправе у којој је возач тужиљи Т. В. рекао: „*Шта ћеш ти старица да се шверцујеш, срам ти је било*“ и инсистирао да обе напусте аутобус уколико не желе да купе карту по пуној цени јер ће, у противном, позвати полицију. Други путници у аутобусу тражили су да тужиље плате пуну цену карте или да изађу из аутобуса како би аутобус кренуо. Због настале непријатне ситуације обе су купиле карту по пуној цени, а приликом куповине карата за повратну вожњу нису ни покушале да користе књижицу за повлашћену вожњу, већ су купиле карте по пуној цени.

6.3. Захтеви, аргументација странака и судске одлуке

У тужби којом су покренуле парницу за заштиту од дискриминације, тужиље су истакле захтев за накнаду материјалне штете у износу од 975 динара за тужиљу Т. В. и 1.300 динара за тужиљу М. М. и захтев за накнаду нематеријалне штете у износу од по 120.000 динара на име претрпљеног душевног бола на име повреде части и угледа сваке од тужиља. Тражиле су и накнаду парничних трошкова. Тужени није оспорио тужбени захтев у делу који се односи на накнаду материјалне штете, већ само у делу који се односи на накнаду нематеријалне штете.

У току поступка изведени су докази саслушањем странака и сведока, као и увид у одговарајуће исправе. Саслушани су возач аутобуса и супруг друготужиље, који није присуствовао догађају.

Првостепени суд је усвојио захтеве тужиља у погледу накнаде материјалне штете, а одбио као неосноване захтеве којима су тужиље тражиле да се туженом наложи исплата нематеријалне штете од по 120.000 динара са законском затезном каматом почев од дана извршења штетне радње.

У образложењу одлуке о одбијању захтева за накнаду нематеријалне штете, суд је констатовао да „у конкретном случају, изведеним доказима није утврђено да су тужиље кријичном и приликом истрејеле душевне болове оној инјензијети и трајања које би ојравдало досуђивање накнаде нематеријалне шјети збој повреде части и угледа“. Суд је још цитирао дефиниције појмова „част“ и „угод“, а као посебно значајну истако чињеницу да је аутобус био пун „тужиљама нејо-знајих иујника“ и да се реакција путника, који су од тужиља тражили да изађу или плате карту, не може окарактерисати као омаловажавање, те да „целокујна сјјуација расјраве са возачем, иако је јроизвела несумњиво осећај нелајодности код тужиља, није исходвала дујојрајним и инјензив-нијим душевним боловима нији јоремећеном јсихичком равношјем“. У образложењу пресуде се ни једном једином речју не помиње Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом.

На првостепену пресуду жалбу су уложиле тужиље побијајући је у делу који се односи на накнаду нематеријалне штете и накнаду трошкова поступка, као и тужени, који је оспорио законитост одлуке о накнади парничних трошкова.

Другостепени суд је, одлучујући на основу списка предмета, преиначио првостепену пресуду и тужиљама досудио износ од по 20.000 динара на име накнаде нематеријалне штете, и умањио износ накнаде парничних трошкова. Пресудом је као неоснован одбијен тужбени захтев тужиља којим су тражили да им тужени на име накнаде штете по основу претрпљених душевних болова због повреде части и угледа плати износ од по још 100.000 динара са законском затезном каматом од 29. 3. 2008. године, као и да им на досуђене износе плати законску затезну камату од 29. 3. 2008. године до 1. 9. 2010. године.

По оцени другостепеног суда, првостепени суд је потпуно и правилно утврдио чињенично стање, али је погрешно применио материјално право. У погледу накнаде нематеријалне штете, суд је оценио да су се *„нашле у врло нејирјатној ситуацији и трпеле душевне болове због повреде части и угледа јер су у питању старије особе које су желеле да искористе своје право на повлашћену возњу и при том нашле на такву реакцију возача да су их сви учесници у аутобусу гледали као особе које хоће да се шверцују и при том су им говорили флимајлине карти или изађице најбоље“*. Из овога се може закључити да суд није препознао да је у питању дискриминација на основу инвалидитета, већ је досуђену накнаду штете оправдао тиме што су тужиље старије особе. У образложењу пресуде суд није навео ниједан разлог због чега је тужиљама досудио по 20.000 динара, од тражених 120.000, што је тек 1/6 траженог износа.

Врховни касациони суд је, налазећи да су првостепени и другостепени суд погрешно применили материјално право, преиначио и првостепену и другостепену пресуду и наложио туженом да тужиљама Т. В. и М. М. исплати на име накнаде нематеријалне штете по основу претрпљених душевних болова због повреде части и угледа износ од по 100.000,00 динара, са законском затезном каматом од 19. 5. 2010. године па до исплате, у року од 8 дана по пријему пресуде, под претњом извршења.

Тек је у пресуди Врховног касационог суда правилно квалификовано да је у питању дискриминација по основу инвалидитета и да на основу члана 43, тачка 4 Закона о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом тужиље тужбом могу тражити накнаду материјалне и нематеријалне штете. Суд је констатовао је тужиља Т. В., као слепо лице, у складу са Законом о повластицама у унутрашњем путничком саобраћају инвалидних лица¹⁹⁹ имала право на шест путовања годишње са повластицом 75% од редовне цене, док пратилац особе са инвалидитетом има право на бесплатну возњу, те да се право на повластицу особа са инвалидитетом остварује на основу књижице за повлашћену возњу.

У пресуди Врховног касационог суда констатовано је да је возач аутобуса, запослени радник туженог, и поред тога што је био упознат са правима тужиља која произлазе из књижице издате од

199 Сл. гласник РС, бр. 22/93, 25/93 - испр. и 101/05 - др. закон.

овлашћеног органа, оспорио коришћење законских повластица, тврдећи да желе да се „шверцују“, чиме их је понизио пред већим бројем лица, те је на тај начин изазвао и нетрпељивост свих путника аутобуса према особи са инвалидитетом и њеном пратиоцу. Суд је нагласио да се мора имати у виду да је посебно забрањено и кажњиво изазивање и подстицање неравноправности или нетрпељивости према особама са инвалидитетом (чл. 9, тач. 1 ЗСДОИ), те да је чланом 29 овог закона прописано да посебно тежак облик дискриминације представља узнемиравање, вређање и омаловажавање путника са инвалидитетом у току путовања од стране посаде превозног средства, због његове инвалидности. По оцени суда, понашање возача аутобуса и његове претње да ће их избацити из аутобуса и позвати полицију биле су високог интензитета, што потврђује и чињеница да тужиље ни приликом повратка из одредишног у полазно место нису користиле своја права на повластицу.

Према ставу Врховног касационог суда, претрпљени душевни болови проузроковани повредом части и угледа особе са инвалидитетом представљају вид нематеријалне штете за коју тужиље имају право на новчану накнаду, којом се жели постићи ублажавање поремећаја насталих у психичком животу оштећених. У образложењу пресуде указано је да накнада треба да представља адекватну сатисфакцију посебно категорији угрожених лица – особи са инвалидитетом и њеној пратиљи. У образложењу пресуде наведено је: *„суд њрименом члана 200 ЗОО и 224 ЗПП оцењује да тужиљама њрињада њравична новчана накнада од њо 120.000,00 динара. Како је друкосњейени суд њри одмеравању висине шњейње њоњрешно њрименио мањеријално њраво, Врховни касациони суд је обавезао њужену на исњлању од њо још 100.000,00 динара свакој од тужиља. Тужени је обавезан на исњлању камање на досуђени износ накнаде шњейње од 19. 5. 2010. њодине с обзиром да се висина шњейње уњврђује у време доношења њрвосњейене одлуке, у складу члана 277 ЗОО“.*

6.4. Запажања о раду судова

У овом предмету одлучивано је о захтевима за накнаду материјалне и нематеријалне штете настале као последица дискриминаторске радње. Иако тужилац није као самосталан правозаштитни захтев истакао захтев за утврђење дискриминације, прописан чланом 43, тачка 3 Закона о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, несумњиво је да се утврђивање дискриминације јавља као претходно питање од чијег решавања зависи одлука о захтеву.²⁰⁰ Из образложења првостепене и другостепене одлуке може се закључити да судови нису препознали потребу да се експлицитно изјасне о томе да ли је извршена дискриминација на основу инвалидитета, што потврђује и чињеница да се у својим одлукама нису позвали на прописе о забрани дискриминације. Тек је у образложењу пресуде Врховног касационог суда констатовано да се ради о дискриминацији и да је захтев за накнаду материјалне и нематеријалне штете једна од правозаштитних захтева који припадају лицима дискриминисаним по основу инвалидитета.

У овом предмету тужба је уперена против туженог предузеће које пружа услуге јавног превоза, чији је запослени возач извршио акт дискриминације. Пасивна легитимација је правилно одређена,

200 Претходно питање је правно питање од условљавајућег значаја за одлуку суда, које представља самосталну целину, и које је због тога подобно да буде самостални предмет одлучивања.

јер је у питању одговорност правног лица за дискриминацију извршену према трећим лицима од стране запосленог у правном лицу приликом обављања редовних радних задатака. Занимљиво је, међутим, да се ниједан од судова није позвао на члан 170 Закона о облигационим односима који регулише одговорност предузећа и других правних лица за штету коју њихови запослени у раду или у вези са радом проузрокују трећим лицима, као један од посебних видова објективне одговорности за другога.²⁰¹

У вези са самим актом дискриминације, из образложења пресуде Врховног касационог суда није сасвим јасно како је суд квалификовао акт дискриминације јер се позива на члан 6, став 5 Закона о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, који се тиче позивања и навођења на дискриминацију и помагања у дискриминаторском поступању (мада је поступање возача само по себи акт дискриминације), на члан 9, став 1 овог закона који се односи на изазивање и подстицање неравноправности или нетрпељивости према особама са инвалидитетом, као и на члан 29 овог закона, којим је као посебно тежак облик дискриминације по основу инвалидитета забрањено узнемиравање, вређање и омаловажавање путника са инвалидитетом у току путовања од стране посаде превозног средства, због његовог инвалидитета. На основу тога тешко је закључити да ли је суд у поступању возача аутобуса препознао идеални стицај различитих облика и видова дискриминације, или се ради о реалном стицају, јер није прецизирано којом је радњом возач аутобуса извршио поједине облике дискриминације (узнемиравање, вређање и омаловажавање тужиља и подстицање нетрпељивости према тужиљама код путника у аутобусу).

У овом предмету највећи број питања појављује се у вези са одлучивањем о захтевима за накнаду штете. У погледу накнаде штете настале дискриминаторним актом, треба, пре свега, имати у виду да антидискриминационим законима нису прописана посебна правила о појму штете, врстама штете, узрочној вези између дискриминаторне радње и штете, тако да се примењују општа правила одштетног права садржана у Закону о облигационим односима. Сагласно тим правилима, лице одговорно за дискриминацију дужно је да накнади сву штету, како материјалну, тако и нематеријалну штету, која се може тражити у натуралном облику, у виду извињења, повлачења дискриминаторске изјаве и сл. (чл. 199 ЗОО) или у новцу (чл. 200 ЗОО).

У конкретном случају тужилац је тражио накнаду нематеријалне штете, као новчану сатисфакцију за претрпљене душевне болове због повреде части и угледа. Првостепени суд је закључио да изведеним доказима није утврђено да су тужиље претрпеле душевне болове због повреде части и угледа оног интензитета и трајања које би оправдало досуђивање накнаде нематеријалне

201 Према члану 170 ЗОО, за штету коју запослени у раду или у вези са радом проузрокује трећем лицу одговара предузеће у коме је запослени радио у тренутку проузроковања штете, осим ако докаже да је запослени у датим околностима поступао „онако како је требало“, с тим што је оштећеном признато право да захтева накнаду штете и непосредно од радника, ако је штету проузроковао намерно. Ове одредбе важе и у вези одговорности других правних лица. Треба имати у виду да је у неким ситуацијама тешко разграничити када је запослени деловао самостално, као појединац, а када је акт дискриминације у вези са његовим радом. Да би се то утврдило, неопходно је брижљиво сагледати све околности случаја, јер исти дискриминаторни акт у појединим ситуацијама може бити квалификован као индивидуални акт појединца, а у другим ситуацијама може бити акт који је „у вези са радом“, без обзира што није извршен на радном месту и у обављању радних задатака. Шире: Петрушић Н., Цветковић М. (2019) „Границе грађанско-правне одговорности послодавца за дискриминаторске акте запослених према трећим лицима“, *Право и њивреда*, бр. 7-9, Удружење правника у привреди Србије, стр. 602-616.

штете, дајући притом објашњење појмова „част“ и „углед“,²⁰² уз наглашавање да је аутобус био пун „*иужилмама нейознайих иушника*“. Другостепени и Врховни касациони суд су, међутим, заузели став да је у конкретном случају дошло до повреде части и угледа тужиља, али су њихови закључци у погледу висине нематеријалне штете веома различити. Ни један ни други суд нису испитивали постојање узрочно-последичног односа између поступања возача и повреде части и угледа, нити су прецизирали у чему се тачно састоји повреда части и угледа.

У вези са видом нематеријалне штете која је у конкретном случају тражена, указујемо да акти дискриминације могу изазвати повреду различитих личних добара, укључујући и част и углед, и прозроковати не само душевне, већ и физичке болове и страх, што зависи од конкретног акта дискриминације, околности под којима је извршен, последица које је изазвао у односу на дискриминисано лице, имајући у виду и саму личност дискриминисаног лица и др.

Чини се, међутим, да се у пракси још увек не препознаје да само право на равноправност, односно, право на недискриминацију представља једно од права личности, која су у члану 200 Закона о облигационим односима, наведена као посебан случај за који је допуштено досудити новчану накнаду за душевне болове. Повреда права на равноправност, сама по себи, представља основ за накнаду нематеријалне штете због душевних болова, независно од душевних болова који настају повредом других личних добара (част, углед). Изгледа, међутим, да новија пракса Врховног касационог суда иде у том смеру. Врховни касациони суд, одлучујући о захтеву за накнаду нематеријалне штете ратних војних резервиста, стао је на становиште да „*Повреда било којих права личности, иа самим њим и вршење дискриминације у односу на неко лице или групу лица, представља вид нематеријалне штете, јер код дискриминисаних лица изазива осећај неправде, неравноправности у односу на друге грађане, а често и осећај поодређености или осећај грађана нижег реда, што код њих изазива душевне болове*“.²⁰³

Прихватање става да дискриминација којим се повређује право на равноправност, односно, право на недискриминацију, као једно од права личности, којим се крши право на достојанство, може бити релевантан основ душевних болова, не имплицира да свако дискриминисано лице има право на накнаду штете за душевне болове претрпљене због дискриминације, како би се погрешно могло закључити. Када су у питању душевни болови које лице трпи због дискриминације, да би били правно релевантни, они треба да достигну одређен, релативно висок степен интензитета и да представљају озбиљно нарушавање психичке равнотеже.²⁰⁴ То важи и за страх, као вид нематеријалне штете. То међутим, не значи да је у сваком случају неопходно вештачење од стране судског вештака психијатријске струке, јер се вештачење одређује само ако суд не располаже стручним знањем неопходним за сазнавање одређених чињеница, што потврђују и пресуде у анализираном случају. У

202 У судској пракси „част“ се одређује као скуп човекових врлина и представља субјективну категорију, која подразумева мишљење које појединац има о себи, док је „углед“ мишљење које има ужа и шира средина о једној личности, што представља објективну категорију. Ове дефиниције појављују се у скоро свим судским одлукама донетим по захтевима за накнаду нематеријалне штете због повреде части и угледа. Основни видови повреде части и угледа су увреда и клевета. Увреда је напад на људску част која изражава презир према некоме, ниподаштавање, омаловажавање, одрицање људских особина, док је клевета изношење или проношење нечег неистинитог што може шкодити његовој части и угледу.

203 Пресуда Врховног касационог суда, Рев 117/16 од 31. 8. 2016. године.

204 Станковић О. (1998) *Накнада штете*, Београд, стр. 91.

погледу утврђивања нематеријалне штете која се састоји у осећању понижења, срама, стреса, узнемирености, незадовољства, љутње и сл. изазваних дискриминаторним актом, суд је компетентан да одлуку донесе на основу саслушања жртве о претрпљеној штети. Потреба за вештачењем постоји само ако треба испитати да ли је дискриминаторни акт изазвао душевно обољење јер у том случају судија не располаже потребним стручним знањем. С обзиром да у парницама за заштиту од дискриминације важи расправно начело, суд овај доказ може извести само ако га је странка предложила и предујмила трошкове за његово извођење.

Када је реч о утврђивању узрочне везе између штетне радње и штете, и у случајевима дискриминације, сагласно општим правилима одштетног права, потребно је постојање узрочно-последичног односа између акта дискриминације и настале штете, што, сагласно правилима о терету доказивања, треба да докаже оштећено (дискриминисано) лице.²⁰⁵ На њему лежи и терет доказивања висине штете, изузев у случајевима када суд одлучи да висину штете утврди применом метода слободне оцене.²⁰⁶

У конкретном случају и другостепени и Врховни касациони суд висину штете утврђивали су применом метода слободне оцене. Овај метод, који је у ЗПП из 2004. године био прописан чланом 224, а у сада важећем ЗПП чланом 232, примењује се у ситуацијама када странка или не може да понуди доказе о висини штете или их је понудила али се они могу извести са несразмерним тешкоћама. Метод слободне оцене износи штете ослобађа странку терета доказивања висине штете, а суд дужности да изводи доказе о чињеницама које се тичу висине штете.²⁰⁷ Његова је суштина у томе да судија на основу правила логике и општег животног искуства сам процењује висину штете. Када висину штете суд утврђује применом метода слободне оцене, суд је дужан да у образложењу одлуке изнесе разлоге због којих је у конкретном случају применио овај метод, као и све околности којима се руководио приликом процене висине накнаде штете. Само такав приступ обезбеђује да исправност логичког закључивања суда буде предмет оцене и самих странака и вишег суда.

Анализа образложења пресуда другостепеног и Врховног касационог суда у делу који се односи на висину нематеријалне штете показује да нису наведени не само разлози који су определили судове да примене метод слободне оцене, већ нису наведени ни разлози на основу којих су судови извели закључак о висини штете, тако да се стиче утисак да је висина штете одређена арбитрерно.

205 У образложењу пресуде Врховног касационог суда, Рев 117/16 од 31. 8. 2016. године наводи се да тужилац, као дискриминисано лице, није у обавези да докаже да је претрпео нематеријалну штету. У пресуди се наводи: „Ревизијом се неосновано указује да је тужилац био у обавези да докаже да је претрпео нематеријалну штету. [...] Повреда било ког права личности, па самим тим и вршење дискриминације у односу на неко лице или групу лица, представља вид нематеријалне штете [...], лица, која указују да је у односу на њих извршена дискриминација, у обавези да пред судом докажу само да су неједнако третирани у односу на друга лица која су у истој или сличној ситуацији, док је управо тужени, односно лице на чије се дискриминаторско понашање тужбом указује, дужан да докаже постојање објективног и оправданог разлога за различитост у поступању (према тим лицима)“. Овакав став упућује на закључак да је за усвајање захтева за накнаду штете довољно само утврдити дискриминацију, уз примену правила о прерасподели терета доказивања, што, наравно, није тачно. Треба имати у виду да се посебно правило о прерасподели терета доказивања примењује само код утврђивања дискриминације, док за терет доказивања основаности других захтева који се могу истаћи у случајевима дискриминације, укључујући и захтев за накнаду материјалне и нематеријалне штете важе општа правима о терету доказивања. Шире: Тасић А. (2018) „Терет доказивања у антидискриминационим парницама на примеру одлуке Врховног касационог суда“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 78, Ниш: Правни факултет, стр. 323-334.

206 О слободној оцени доказа као методу за одмеравање висине штете, детаљно: Станковић Г (2002), „Слободна оцена као метод за процену висине спорне тражбине“, *Правни живои*, том IV, бр. 12, стр. 33-48.

207 *Ibid.*

Неадекватна образложења судских одлука о разлозима који су определили висину досуђене нематеријалне штете навођењем само општих критеријума за утврђивања висине штете изазивају правну несигурност и онемогућавају да странке процене на који начин су вредноване околности њиховог случаја и како су општи критеријуми повезани са чињеничним контекстом тог конкрет-ног случаја.

Евидентно је да приликом одмеравања висине накнаде нематеријалне штете судска пракса није уједначена. Накнаде нематеријалне штете крећу се у распону од 20.000 динара до преко пола мили-она динара. Не спорећи потребу да висина накнаде штете буде индивидуализирана, констатујемо да је у скоро истоветном случају дискриминације особе са инвалидитетом у јавном превозу, која је извршена према особи оболелој од церебралне парализе и њеном пратиоцу тиме што им је возач аутобуса забранио да уђу у аутобус и упутио увредљиве речи, претећи да ће их избацити из аутобуса на сред ауто-пута, првостепени суд је тужиљи на име накнаде штете за претрпљене душевне болове „збој њовреде уїледа, часїи и їрава личносїи“ досудио износ од 180.000 динара, а за претрпљени страх 150.000 динара, а за износе веће од досуђених одбио тужбени захтев, док је до тражених 360.000 динара за претрпљене душевне болове због повреде угледа, части и права личности, туж-бени захтев одбио као неоснован.²⁰⁸ Другостепени суд је потврдио пресуду у делу којим је досуђена накнада штете за претрпљене душевне болове, а преиначио пресуду у делу којим је досуђена нак-нада за претрпљени страх тако што је захтев одбио,²⁰⁹ док је Врховни касацони суд одбио ревизију тужитељице, налазећи да је правилна одлука о одбијању захтева за накнаду штете због претрпље-ног страха.²¹⁰

Једно од питања које се поставља у погледу утврђивања висине нематеријалне штете изазване дискриминацијом јесте у којој мери треба узети у обзир субјективан и можда „интензивнији“ став жртве према акту дискриминације. Имајући у виду да је циљ материјалне сатисфакције за претр-пљене душевне болове „їойравийїи уїрожено или изїубљено добро“, чини се да је приликом одме-равања висине накнаде потребно узети у обзир и субјективни критеријум и сагледати интензитет душевних болова конкретне особе поводом конкретног акта дискриминације.

У вези са одмеравањем висине нематеријалне штете у случајевима дискриминације, треба имати у виду да је накнада штете вид грађанскоправне санкције за повреду права на равноправност, као једног од права личности. Иако ЗЗД не прописује посебна правила у вези одмеравања висине нематеријалне штете изазване дискриминаторним актом,²¹¹ приликом одмеравања висине накнаде штете треба имати у виду да грађанскоправне санкције у случајевима дискриминације, укључујући и накнаду штете, могу остварити своју сврху само ако су ефективне, пропорционалне и, што је посебно значајно, ако имају одвраћајући ефекат, што су општеприхваћени стандарди у међународ-

208 Пресуда Општинског суда у Нишу, П број 709/09 од 8. 10. 2009. године.

209 Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж 2747/10 од 7. 6. 2011. године.

210 Пресуда Врховног касационог суда, Рев 66/12 од 2. 2. 2012. године.

211 Једино посебно правило ЗЗД које је релевантно и за одлучивање о захтеву за накнаду штете јесте правило садржано у члану 45, став 1 ЗЗД, према коме у случајевима непосредне дискриминације која је проузроковала штету тужени не може доказивати да није крив. Његова кривица се, дакле, претпоставља неопориво. Шире: Водинелић В. В. (2012) „Грађанскоправна заштита од дискриминације“, у: Петрушић Н. (ур.) Судска грађанскоправна заштита од дискриминације, Београд: Повереник за заштиту равноправности, Пра-восудна академија, стр. 234-235.

ном²¹² и европском антидискриминационом праву.²¹³ Стандард ефикасности подразумева да санкција постигне жељени резултат, стандард пропорционалности значи да санкција одражава тежину, природу и степен губитка/штете, а стандард одвраћања, да санкција мора бити таква да одвраћа извршиоца дискриминације од будућих аката дискриминације.²¹⁴ Суд правде ЕУ дао је смернице око адекватне санкције у предметима дискриминације. У предмету из 2013. године²¹⁵ констатовао је да се *“чистио симболична санкција не може йосмайрайти као комйайибилна са захтйевоом коректйне и адекватйне йримене йринципйа недискриминације”*.

Евидентно је постојање потребе да судови изграде уједначене критеријуме за одмеравање висине накнаде нематеријалне штете у предметима дискриминације, који ће бити израз разумевања да право на недискриминацију представља једну од највиших правних вредности. За углед могу послужити критеријуми које су судови изградили у упоредним правним системима. Наводимо пример из шведске праксе. Врховни суд Шведске, на иницијативу шведског Омбудсмана за равноправност, развио је Смернице за израчунавање штете у случајевима дискриминације. Према Смерницама суда, централно питање требало је да буде процена штете, али да би се осигурао одвраћајући ефекат, утврђени износ накнаде штете треба удвостручити или утростручити, ако се ради о тешком облику дискриминације или ако је извршилац дискриминације лице чији положај подразумева дужност посебне бриге о жртви (нпр. лекар). С обзиром да је, по оцени Врховног суда Шведске, висина накнада штете у случајевима дискриминације прилично ниска (1.000 – 4.000 евра), у Смерницама се наводи да у случајевима у којима се као извршилац дискриминације јавља компанија, приликом одмеравања висине штете треба узети у обзир промет компаније, без обзира на стварну штету коју је дискриминисано лице претрпело, како би се постигао одвраћајући ефекат.²¹⁶

Због недоступности податка о тачном датуму подизања тужбе, није могуће дати оцену о степену ефикасности рада првостепеног суда. Међутим, другостепени поступак био је ефикасан и трајао је мање од четити месеца (првостепена пресуда донета је 19. 5. 2010. године, а другостепена

212 Комитет за елиминисање свих облика дискриминације жена (CEDAW) у Општој препоруци бр. XXVIII наводи да држава има обавезу да „обезбеди да се у законодавству [...] предвиде одговарајућа правна средства за заштиту жена од дискриминације [...] у таква правна средства треба да спадају различити облици одштете, као што је новчана накнада, повраћај у претходно стање, рехабилитација и враћање у првобитно стање (може бити да је у питању и враћање на исто радно место), мере које омогућавају сатисфакцију оштећеног као што су јавна извињења, јавне комеморације и гарантовање да се нешто неће поновити; измене релевантних прописа и праксе; и да се пред правду изведу они који крше женска људска права“. Committee on the Elimination of Discrimination against Women, General recommendation No. 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, CEDAW, /C/GC/28, 16 децембар 2010. године. Комитет за укидање расне дискриминације у Општој препоруци XXVI, која се односи на члан 6 Конвенције о укидању свих облика расне дискриминације, наводи „право на праведну и адекватну одштету и задовољење за било коју штету нанијету таквом дискриминацијом, оличено у чл. 6 Конвенције, није нужно обезбеђено само кажњавањем починиоца дела дискриминације. Судови и остала компетентна тијела би истовремено требало да размотре одређивање финансијског обештећења за материјалну или моралну штету коју жртва претрпи, кад год је то примерено. (1399. Седница Комитета, 24. март 2000. године, пар. 2).

213 Ови стандарди базирани су на одредби члана 15 Директиве о расној једнакости (2000/43/ЕЗ) *Official Journal L 303, 2. 12. 2000* и одредби члана 17 Директиве о једнакости при запошљавању (2000/78/ЕЗ) *Official Journal L 303, 2. 12. 2000. Шупе: Tobler C. (2005) Remedies and Sanctions in EC non-discrimination law “Effective, proportionate and dissuasive national sanctions and remedies, with particular reference to upper limits on compensation to victims of discrimination”*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities. Доступно на: https://www.migpolgroup.com/_old/public/docs/36.Remedies_Sanctions_ECnon-discriminationLaw_EN_06.05.pdf.

214 Видети: Cohen Barbara (2004) “Remedies and sanctions for discrimination in working life under the EC anti-discrimination directives”, у: Cormack Janet (ed), *Discrimination in Working Life: Remedies and Enforcement* - Report of the 4th specialised equality bodies experts' meeting, Janet Cormack, Migration Policy Group. Доступно на: https://www.archive.equineteurope.org/IMG/pdf/EN_-_Discrimination_in_Working_Life.pdf.

215 *Asociatia ACCEPT vs Consiliul National pentru Combaterea Discriminarii*, ЕСП, C-81/12.

216 Видети: Wladasch K. (2015) *The Sanctions Regime in Discrimination Cases and its Effects*, Brussels: Equinet, Ludwig Boltzmann Institut of Human Rights, стр. 34. Доступно на: https://www.archive.equineteurope.org/IMG/pdf/sanctions_regime_discrimination_-_final_for_web.pdf.

1. 9. 2010. године). Такву оцену заслужује и поступак пред Врховним касационим судом, који је пресуду по ревизији донео 9. 12. 2010. године, што је нешто више од три месеца од дана доношења другостепене пресуде.

7. СЛУЧАЈ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ ПО СТАРОСНОЈ ДОБИ: С. С. ПРОТИВ АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ НИШ

7.1. Претходне напомене

Судски поступак ради заштите од дискриминације по основу старосне доби, покренут је тужбом поднетом 16. 10. 2017. године Вишем суду у Прокупљу. Тужбу је поднео С. С. адвокат, против тужене Адвокатске коморе Ниш. Поред Вишег суда у Прокупљу, који је одлучивао у првом степену,²¹⁷ у поступку о жалби тужиоца одлучивао је Апелациони суд у Нишу,²¹⁸ а затим је о његовој ревизији одлучивао Врховни касациони суд.²¹⁹

7.2. Околности случаја

Тужена Адвокатска комора Ниш је самостална и независна професионална организација адвоката, а тужилац је адвокат са седиштем адвокатске канцеларије у Прокупљу. Решењем тужене од 30. 6. 2016. године тужилац је уписан у Именик адвоката тужене и са тим даном је стекао право на вршење адвокатске службе. Основно јавно тужилаштво у Куршумлији, према списку адвоката, ниједном није позвало тужиоца за браниоца по службеној дужности, а према обавештењу овог органа од 20. 9. 2017. године тужена није доставила ажурирани списак адвоката – бранилаца по службеној дужности још од 1. 1. 2014. године.

7.3. Захтеви, аргументација странака и судске одлуке

Тужбом је постављен тужбени захтев и тражено да суд: 1) утврди да је тужена дискриминаторски поступала према тужиоцу, на тај начин што није доставила Основном јавном тужилаштву у Куршумлији ажурирани списак адвоката по којем је Основно јавно тужилаштво у Куршумлији дужно да поставља браниоце и пуномоћнике по службеној дужности сходно члану 76 Законика о кривичном поступку²²⁰ (у даљем тексту: ЗКП), у периоду почев од 30. 6. 2016. године до дана подношења ове тужбе, на који начин је тужилац био стављен у неповољнији положај у односу на адвокате са територије Прокупља, Блаца и Куршумлије који су уписани у именик адвоката тужене на дан 1. 1. 2014. године и раније; и 2) наложи туженој да о свом трошку објави ову пресуду у дневном листу Политика.

217 Виши суд у Прокупљу, П 63/17, пресуда од 27. 2. 2018.

218 Апелациони суд у Нишу, Гж 2597/18, пресуда од 26. 4. 2018.

219 Врховни касациони суд, Рев 4090/2018, пресуда од 20. 11. 2018.

220 Сл. гласник РС, бр. 72/11 ... 55/14.

Тужилац је захтев за утврђење дискриминације засновао на тврдњи да је тужена кршењем члана 76 ЗКП – недостављањем Основном јавном тужилаштву у Куршумлији ажурираног списка адвоката после 30. 6. 2016. године, тужиоца ставила у неповољнији положај у односу на адвокате са територије Прокупља, Блага и Куршумлије који су уписани на дан 1. 1. 2014. године и раније, због чега тужилац ниједном није постављен за браниоца по службеној дужности, а адвокати са наведених територија јесу и то више пута.

Тужена је у одговору на тужбу негирала постојање дискриминације, указујући суду и да тужилац није тражио заштиту својих права пред органима тужене, а осим тога, истакла је да су нетачни наводи да тужена није поштовала одредбе члана 76 ЗКП.

Првостепени суд је одржао два рочишта: 9. 1. и 27. 2. 2018. године и закључио је главну расправу.

Виши суд у Прокупљу је одбио тужбени захтев као неоснован заузимајући став да није дошло до дискриминације тужиоца, јер је „*тужена у свему поштовала у складу са одредбом чл. 76 ЗКП с обзиром да је потребне информације објавила на својој интернет страници која је јавно доступна, као и на својој ојасној табели*“; затим, да тужилац правну заштиту није тражио код тужене правним средствима предвиђеним Статутом тужене, као и да није навео лично својство.

Одлучујући о жалби тужиоца, Апелациони суд у Нишу је одбио жалбу и потврдио првостепену пресуду подржавајући ставове првостепеног суда.

Одлучујући о ревизији тужиоца, Врховни касациони суд је одбио ревизију као неосновану прихватајући коначан закључак нижестепених судова да у конкретном случају нема правног основа утврђење да је тужена дискриминисала тужиоца, али, истовремено указујући на погрешне ставове нижестепених судова о неким правним питањима, без обзира што немају утицаја на другачију одлуку тог суда.

7.4. Запажања о раду судова

Анализом судских одлука може се закључити да су донете у поступку који је трајао нешто дуже од годину дана (тужба је поднета 16. 10. 2017. године, а ревизијска одлука је донета 20. 11. 2018. године) чиме је задовољен захтев хитног поступања у овим предметима.²²¹ Међутим, поред тога што трајање судског поступка мора задовољити стандард окончања у разумном року, ради заштите права странака на суђење у разумном року, судске одлуке морају и у квалитативном смислу задовољити стандарде права на правично суђење,²²² што подразумева и право на образложену судску одлуку, као и да суд водећи рачуна о околностима случаја и природи захтева, без произвољне или арбитрерне примене права испита одлучна питања која су пред њега изнета.

Пре осврта на првостепену пресуду, треба констатовати да у овом поступку садржина тужбе, као и постављени тужбени захтев, указују на недовољно познавање подносиоца (тужиоца) реле-

221 Према члану 41, став 3 Закона о забрани дискриминације поступак је хитан.

222 Члан 32 Устава РС и члан 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

вантних аспеката захтева за судску заштиту од дискриминације. Наиме, уместо да једноставно наведе у тужби да сматра да је тужена учинила непосредну дискриминацију тако што је њему као младом адвокату ускратила право да по службеној дужности брани оптужена лица у кривичном поступку, а што је омогућено старијим адвокатима, па да ближе објасни зашто му то право припада и да за то достави доказе у виду извештаја суда и тужилаштва или да предложи суду да те извештаје од њих прибави, тужилац је сматрао да је за закључак да постоји дискриминација довољна његова тврдња да је тужена прекршила члан 76 ЗКП - недостављањем списка адвоката са кога се постављају браниоци по службеној дужности Основном јавном тужилаштву у Куршумлији после 1. 1. 2014. године о чему је доставио доказ (у тужбеном захтеву је навео да је стављен у неповољан положај не само у односу на адвокате са територије Куршумлије, већ и Прокупља и Блаца о чему није доставио доказе), а што ће се показати као недовољно.

У смислу члана 6 Закона о забрани дискриминације, непосредна дискриминација постоји ако се лице или група лица, због његовог или њиховог личног својства у истој или сличној ситуацији, било којим актом, радњом или пропуштањем, стављају или су стављени у неповољнији положај или би могли бити стављени у неповољнији положај.

У смислу члана 76, став 1 ЗКП у случајевима обавезне одбране, када окривљени мора имати браниоца (чл. 74), уколико бранилац није изабран (чл. 75) „јавни тужилац или председник суда пред којим се води поступак ће му за даљи ток поступка решењем доставити браниоца по службеној дужности, по редоследу са списка адвоката који доставља надлежна адвокатска комора“, а одредба става 2 члана 76 гласи: „Адвокатска комора је дужна да у списку из става 1 овог члана наведе дајум уписа адвоката у именик адвоката и да приликом састављања списка води рачуна о томе да практични или стручни рад адвоката у области кривичног права даје основа за преиспитивку да ће одбрана бити деловорна.“

Како непосредна дискриминација подразумева поступање или непоступање према лицу на основу неког његовог личног својства, чиме се то лице доводи у неповољан положај у односу на друга лица која се налазе у истој или сличној (упоредивој) ситуацији, то за последицу има немогућност да лице према коме је извршена дискриминација оствари неко право које му на основу материјалноправног прописа припада (устав, закон, подзаконски акт и друго).

У конкретном случају, према наводима тужиоца, о томе је реч: он је 30. 6. 2016. године уписан у Именик адвоката тужене, чиме је постао члан једне организације/групе са свим правима која произлазе из тог чланства, па и правом да буде постављен за браниоца по службеној дужности у кривичном поступку, а тужена га је онемогућила у остварењу тог права тако што после његовог уписа није доставила судовима и тужилаштвима ажурирани списак адвоката са кога се постављају браниоци по службеној дужности, чиме је доведен у неповољнији положај у односу на адвокате уписане пре 1. 1. 2014. године када је тужена последњи пут доставила тај списак.

Међутим, околност коју тужилац у овом поступку није препознао, као ни првостепени и другостепени суд, а ревизијски јесте, која је релевантна за оцену постојања непосредне дискриминације, тиче се примене члана 76, став 2 ЗКП на основу кога је тужена приликом састављања пред-

метног списка дужна да води рачуна о томе да „практични или стручни рад адвоката у области кривичног права даје основа за претпоставку да ће одбрана бити делотворна,“ што значи да је законом успостављен критеријум према коме ће се из групе свих уписаних адвоката само неки наћи на том списку, при чему тужилац, осим да је уписан у Именик адвоката, није навео ниједну другу околност која би указала да би његово име било на том списку да га је тужена ажурирала након његовог уписа. Другим речима, није препознато да је спорно: да ли је тужилац у упоредивој ситуацији са лицима-адвокатима који су на списку састављеном на основу члана 76, став 2 ЗКП. Управо је то наведено у ревизијској одлуци, када је ревизијски суд нашао да нема основа захтев за утврђење дискриминације: *„Неојравдано њављење разлике у њостјуиању њрема неком лицу у односу на група лица која су у истѡј или биѡно сличној сѡјуацији њредсѡавља акѡи дискриминације, шѡи ѡодразумева да је за ѡостѡјање дискриминације ѡѡѡребно да се лице које ѡражи зашѡѡиѡу од дискриминације налази у истѡј или биѡно сличној сѡјуацији у односу на група лица (у односу на која смаѡра да је дискриминисано), ѡа ако се не налази у ѡаковој сѡјуацији, дискриминације нема. Тужилац се не налази у истѡј сѡјуацији као адвокати који су на сѡиску који је ѡужена достѡавила Основном јавном ѡужилашѡѡву у Курумлији 1. 1. 2014. ѡдине у смислу члана 76 ЗКП, а чињеница да је ѡужилац уѡисан у Именик адвоката ѡужене 30. 6. 2016. ѡдине и да од ѡада има сѡаѡѡус адвоката уѡисаној у Именик као и адвокати који су ѡакав сѡаѡѡус имали на дан 1. 1. 2014. ѡдине и раније, у конкретном случају није релеванѡна.“*

Дакле, реч је о томе да првостепени и другостепени суд у конкретном случају, имајући у виду да се расправља о непосредној дискриминацији, нису јасно означили тзв. упоредника, односно лица/групу у односу на која је тужилац сматрао да је дискриминисан (адвокати који се налазе на предметном списку), нити су се изјаснили да ли се тужилац и лица из те групе налазе у упоредивој ситуацији, што је било потребно за правилну примену материјалног права – члана 6 Закона о забрани дискриминације, о чему судови воде рачуна по службеној дужности. Напротив, разлог за одбијање тужбеног захтева првостепени суд је нашао у томе да је „тужена у свему поступила у складу са одредбом чл. 76 ЗКП с обзиром да је потребне информације објавила на својој интернет страници која је јавно доступна, као и на својој огласној табли“ који ће ревизијски суд оценити као погрешан наводећи: *„Прихваѡајући ове наводе као ѡостјуиање ѡѡ члану 76 ЗКП, суд ѡѡсѡовећује сѡисак на коме су сви адвокати уѡисани у Именик адвоката (ѡа и ѡужилац) са сѡиском адвоката који је ѡужена као надлежна адвокатска комора дужна да достѡави ѡужилашѡѡвима и судовима и да објави у смислу члана 76 ЗКП, шѡи је ѡѡрешно с обзиром да је реч о различѡѡим сѡисковима, ѡа се не може смаѡраѡи да је ѡужена ѡостјуиѡила ѡѡ члану 76 ЗКП када је свако решење о уѡису адвоката у Именик адвоката достѡавила судовима, ѡужилашѡѡвима и Адвокатској комори Србије, а ѡодатице о новоуѡисаном адвокату објавила на својој инѡѡернеѡ сѡраници.“*

Првостепени и другостепени суд су нашли да је тужбени захтев за утврђење дискриминације неоснован и зато што тужилац није навео лично својство и што није тражио правну заштиту правним средствима предвиђеним Статутом тужене (које разлоге ће ревизијски суд оценити погрешним).

У погледу личног својства, као нужног елемента појма дискриминације, треба подсетити да се начелом забране дискриминације штити начело једнакости људи у остваривању свих права која им припадају, па када се та једнакост угрози или наруши разликовањем или неједнаким третманом,

представљаће дискриминацију само ако се то разликовање или неједнак третман заснива на неком личном својству конкретног лица.

„Лично својство“ је термин који се у Закону о забрани дискриминације користи за означавање основа заштићеног од дискриминације, док се за исто у Уставу Републике Србије користи управо тај термин „основ.“²²³ У члану 2, став 1, тачка 1 Закона о забрани дискриминације наведена су 24 лична својства,²²⁴ а та листа је са тзв. отвореном клаузулом: „друга стварна или претпостављена лична својства.“ Да је овакав начин уређивања овог питања исправан потврђено је у пракси када је применом Закона о забрани дискриминације у поступку пред Повереником за заштиту равноправности утврђено да је дискриминација учињена „на основу места пребивалишта“ подносилаца притужбе,²²⁵ што је лично својство које није наведено у Закону о забрани дискриминације, а што је прихваћено у многобројним каснијим судским одлукама.

У конкретном случају тужилац је у тужби навео да сматра да је према њему као младом адвокату учињена дискриминација, а на рочишту од 27. 2. 2018. године на захтев суда да се изјасни о личном својству изјавио је да су његове године живота лично својство. С обзиром на ово, чини се да је првостепени суд имао лак задатак да препозна да је реч о личном својству „старосна доб“ из члана 2, став 1, тачка 1 Закона о забрани дискриминације. Међутим, не, првостепени суд закључује да тужилац није навео лично својство. Како нема ближег образложења о томе, може се претпоставити да је првостепени суд сматрао да је тужилац требало да означи лично својство управо термином из законске одредбе, што би било „старосна доб“, па како то није урадио, закључио је да га није навео. Можда је ова претпоставка тачна, а можда је нешто друго у питању, али, у сваком случају овакво поступање суда је супротно стандардима права на правично суђење: ако се суд изјаснио о личном својству као процесном питању тј. процесном услову који недостаје, онда је очигледно реч о претераном формализму, јер су судови дужни да примене правила поступка *„избегавајући како преиштерани формализам који би угрозио правичности правосудја, тако и његову флексибилност која би обесмислила процедуралне захтеве предвиђене законима,*²²⁶ а ако се изјаснио о личном својству као материјалноправном питању, тј. елементу појма дискриминације који недостаје, онда је очигледно реч о произвољној примени материјалног права, а *„произвољности и арбитрарности у утврђивању чињеница и примени меродавне права не може задовољити стандард правичног суђења.“*²²⁷

Осим наведеног, првостепени и другостепени суд су као разлог за неоснованост тужбеног захтева навели да тужилац правну заштиту није тражио код тужене правним средствима предвиђеним

223 Члан 21, став 3 Устава РС гласи: „Забрањена је свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета.“

224 1) раса, 2) боја коже, 3) преци, 4) држављанство, 5) национална припадност, 6) етничко порекло, 7) језик, 8) верска убеђења, 9) политичка убеђења, 10) пол, 11) родни идентитет, 12) сексуална оријентација, 13) имовно стање, 14) рођење, 15) генетске особености, 16) здравствено стање, 17) инвалидитет, 18) брачни статус, 19) породични статус, 20) осуђиваност, 21) старосна доб, 22) изглед, 23) чланство у политичкој организацији и 24) чланство у синдикалној организацији.

225 Мишљење Повереника за заштиту равноправности, бр. 802/2011 од 26. 7. 2011. године.

226 Уставни суд Србије, Уж 4413/2016, одлука од 7. 6. 2018. године у којој се суд позвао на пресуду Европског суда за људска права у предмету *Eşim v. Turkey*, представка бр. 59601/09, 17. 9. 2013. године, пар. 21.

227 Уставни суд Србије, Уж 6410/2013, одлука од 12. 5. 2016. године у којој се суд позвао на пресуду Европског суда за људска права у предмету *Van Kück v. Germany*, представка бр. 35968/97, пресуда од 12. 6. 2003. године.

Статутом тужене, али нису навели на ком правном основу темеље овај закључак. Наиме, тужилац је поднео тужбу са захтевом за заштиту од дискриминације на основу Закона о забрани дискриминације, као материјалноправног прописа, који садржи и процесноправне одредбе²²⁸ које се односе на судску заштиту. Међутим, ниједном одредбом Закона о забрани дискриминације нису прописани претходни услови/процесне претпоставке за подношење тужбе суду. У конкретном случају тужилац је изабрао пут правне заштите – подношење тужбе суду на основу Закона о забрани дискриминације, а не правног средства према Статуту тужене, па како је тај избор био његово право, то се став првостепеног и другостепеног суда да он заправо то право није имао, показује као произвољан, односно погрешан, како га је и оценио ревизијски суд.

На крају, мора се приметити да чуди подршка Апелационог суда у Нишу изнетом ставу првостепеног суда, с обзиром на то да је тај суд (две године пре одлучивања у овом предмету) прихватио правни закључак који гласи: „*Заштита од дискриминације може се изражити независно од тога и коначног исхода другог постојећег правне заштите.*“²²⁹

8. СЛУЧАЈ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА: “ЕКОГРАДЊА-ПРОЈЕКТ” Д.О.О. ПРОТИВ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ, МИНИСТАРСТВО ПРАВДЕ

8.1. Претходне напомене

Судски поступак ради заштите од дискриминације покренут је тужбом поднетом 6. 6. 2014. године Вишем суду у Београду. Тужбу је поднело привредно друштво “Екоградња-пројект” д.о.о. против тужене Републике Србије, Министарство правде. Поред Вишег суда у Београду, који је одлучивао у првом степену,²³⁰ у поступку о жалби тужиоца одлучивао је Апелациони суд у Београду,²³¹ а затим је о његовој ревизији одлучивао Врховни касациони суд.²³²

8.2. Околности случаја

Тужилац је привредно друштво и учествовао је у поступку јавне набавке који је спровело Јавно предузеће “Ковински комуналац” и ушао у директно погађање са фирмом А. којој је додељено извођење радова. Тужилац је Управи за јавне набавке – Комисија за заштиту права РС поднео захтев за заштиту права. Комисија је делимично поништила поступак са погађањем без претходног

228 Одељак VI. Судска заштита - одредбама чланова 41-46 прописана су правила о судском поступку, месној надлежности, врстама тужби, привременим мерама, терету доказивања и тужбама других лица.

229 Правни закључак усвојен на заједничком састанку представника грађанских одељења и одељења за радне спорове апелационих судова одржаном 18. 3. 2016. године у Новом Саду.

230 Виши суд у Београду, П 390/14, пресуда од 15. 5. 2015.

231 Апелациони суд у Београду, Гж 5406/15, пресуда од 21. 10. 2015.

232 Врховни касациони суд, Рев 192/2016, пресуда од 30. 3. 2016.

објављивања. Уговор о јавној набавци радова је закључен са фирмом А. пре покретања поступка за заштиту права и у целости је извршен. Пред Привредним судом у Панчеву тужилац је покренуо поступак против туженог ЈП “Ковински комуналац,” у предмету П 118/11, за накнаду штете на име измакле користи због закљученог уговора између фирми А. и ЈП “Ковински комуналац.” Првостепеном пресудом П 118/11 од 18. 4. 2012. године усвојен је тужбени захтев, међутим, по жалби туженог, пресудом Привредног апелационог суда Пж 7404/12 од 18. 4. 2013. године, преиначена је првостепена пресуда тако што је одбијен тужбени захтев.

8.3. Захтеви, аргументација странака и судске одлуке

Тужбом је постављен тужбени захтев и тражено да суд: 1) утврди да је тужена преко својих органа и то Привредног суда у Панчеву у поступку П 118/2011 и Привредног апелационог суда у поступку Пж 7404/12 дискриминаторски поступала према тужиоцу, тако што је директно стала на страну туженог у наведеним предметима, а на штету тужиоца, јер је тужилац ималац права приватне својине.

Тужилац је захтев за утврђење дискриминације засновао на тврђњи да је његов тужбени захтев одбијен у поступку за накнаду штете због измакле користи, јер судови штите интересе државних предузећа и државне својине, па је таквим поступањем судова дискриминисан зато што је привредно друштво у приватној својини.

Тужена је у одговору на тужбу негирала постојање дискриминације указујући суду да су судови поступали у оквиру својих овлашћења када су одбили тужбени захтев за накнаду штете.

Првостепени суд је одржао два рочишта: 26. 12. 2014. и 15. 5. 2015. године и закључио је главну расправу.

Виши суд у Београду је одбио тужбени захтев као неоснован заузимајући став да тужилац није било којим актом или пропуштањем дискриминисан поступањем судова ни на непосредан ни на посредан начин, нити су тужиоцу неоправдано ускраћена права и слободе. Привредни судови су одлучивали о тужбеном захтеву тужиоца за накнаду штете због измакле користи, коју је тужилац, по сопственим наводима, претрпео поступањем ЈП “Ковински комуналац” у поступку јавне набавке мале вредности и његов захтев је одбијен, а тужилац, који је незадовољан пресудом, имао је могућност да законитост одлуке испитује у судском поступку, што је и учинио изјављивањем захтева за заштиту законитости, а потом подношењем уставне жалбе.

Одлучујући о жалби тужиоца, Апелациони суд у Београду је одбио жалбу и потврдио првостепену пресуду подржавајући ставове првостепеног суда.

Одлучујући о ревизији тужиоца, Врховни касациони суд је одбио ревизију као неосновану, прихватајући становиште нижестепених судова да у конкретном случају нема правног основа утврђење да је тужена дискриминисала тужиоца.

8.4. Запажања о раду судова

Анализом судских одлука може се закључити да су донете у поступку који је трајао нешто краће од две године (тужба је поднета 6. 6. 2014. године, а ревизијска одлука је донета 30. 3. 2016. године) чиме је задовољен захтев хитног поступања у овим предметима,²³³ имајући у виду чињеницу да је поступак правоснажно окончан 21. 10. 2015. године, доношењем другостепене пресуде, дакле, трајао је нешто дуже од 16 месеци, а ревизијски нешто краће од шест месеци.

Према члану 41, став 1 Закона о забрани дискриминације: „Свако ко је повређен дискриминаторским поступањем има право да поднесе тужбу суду;“ што заправо значи да свако ко сматра да је према њему учињена дискриминација може затражити судску заштиту, а да ли је било „дискриминаторског поступања“ утврдиће суд. „Свако“ у цитираној законској одредби је термин који не захтева посебно тумачење, мада му сам Закон о забрани дискриминације одређује значење,²³⁴ и то непотпуно, јер га треба схватити дословно свако: физичко лице, правно лице, привредно друштво, предузетник, организација, удружење и др.

Пред судовима је мали број тужби у којима су привредна друштва тражила заштиту од дискриминације, а у конкретном случају та чињеница сама за себе није отворила никаква спорна питања у поступку, као што ни за судове ни за учеснике поступка није било спорно да је тужилац означио лично својство тако што је навео да је дискриминисан као „ималац приватне својине“ (у односу на имаоце државне својине) и то су судови имплицитно прихватили као лично својство „имовно стање“ из члана 2, став 1, тачка 1 Закона о забрани дискриминације, не изјашњавајући се посебно о томе.

Запажања о наведеним околностима нису била опредељујући чинилац да се за предмет анализе издвоје одлуке донете у овом поступку, нити је то била оцена судова о неоснованости захтева за утврђење дискриминације, јер се у том делу не уочавају разлози за критички осврт.

Међутим, посебну анализу захтева део образложења ревизијске одлуке који гласи: *“У овом поступку за заштити по одредбама Закона о забрани дискриминације, тужилац фактички изражи утврђење да је приликом одлучивања суд поступио дискриминаторски према тужиоцу када је одбио његов тужбени захтев. Посебно је суда, у ситуацији када странка сматра да је изгубила спор због личног својства, конкретно чињенице да је тужилац правно лице у приватној својини, не може да се цени као дискриминација по одредбама Закона о забрани дискриминације. Према члану 142, став 2 Устава Републике Србије, судови су самостални и независни у свом раду и суде на основу Устава, закона и других овлашћених аката, када је то предвиђено законом, одређених правила међународног права и одређених међународних уговора, иако да судске одлуке нису акти дискриминације, нити посебно је судова приликом одлучивања може да буде дискриминаторско посебно.”*

²³³ Према члану 41, став 3 Закона о забрани дискриминације поступак је хитан.

²³⁴ Одредбом члана 2, став 1, тачка 2 прописано је: „изрази `лице` и `свако` означавају оног ко борави на територији Републике Србије или на територији под њеном јурисдикцијом, без обзира на то да ли је држављанин Републике Србије, неке друге државе или је лице без држављанства, као и правно лице које је регистровано, односно обавља делатност на територији Републике Србије.“

Из наведеног цитата произлази да ревизијски суд сматра да нема дискриминације. Не улазећи у испитивање правилности закључка суда, указујемо на аргументе којима је образложен. Наиме, у образложењу одлуке ревизијски суд наводи да заправо, с обзиром на то како је уређен уставни положај судова “судске одлуке нису актии дискриминације, нији иосиуиање судова ириликом одлучивања може да буде дискриминаиорско иосиуиање.” Начелно речено, судске одлуке нису акти дискриминације и поступање судова није дискриминаторско поступање, али, питање је: да ли судске одлуке могу да буду акт дискриминације и да ли поступање судова може да буде дискриминаторско.

Интересантан је податак да је тужилац из овог поступка, тражио заштиту од дискриминације, наводећи да су га привредни и основни судови дискриминисали, у већем броју предмета у којима је одлучивао ревизијски суд.²³⁵ Такође, у једном ревизијском предмету тужилац (физичко лице) је тврдио да је дискриминацију учинио Прекршајни апелациони суд,²³⁶ а у другом је изнета тврдња да је то учинило Државно веће тужилаца.²³⁷

Врховни касациони суд је у наведеним предметима одлучивао у периоду 2016-2020. године. Међутим, пре тога, још 11. 4. 2012. године, донео је пресуду²³⁸ којом је одбијена ревизија тужиље у поступку у коме је одбијен тужбени захтев којим је тражила да се “уииврди да је иужилиа иресудом Врховнои касационои суда Рев2 566/10 од 20. 6. 2010. иодине неиосредно дискриминисана у области рада и ирава на једнаку иравну заишииу.” Из те ревизијске пресуде произлази да ревизијски суд прихвата став нижестепених судова о неоснованости тужбеног захтева, међутим, не налази да је спорно питање може ли суд уопште да врши дискриминацију, очигледно сматрајући да може, јер се о томе није изјашњавао, без обзира на очигледну чињеницу да је управо одлука тог суда наведена као акт дискриминације, па самим тим и тај суд означен као извршилац дискриминације.

На основу Закона о забрани дискриминације правна заштита од дискриминације се може тражити подношењем притужбе Поверенику за заштиту равноправности и подношењем тужбе суду, који, као самостални и независни државни органи, имају овлашћење да утврђују дискриминацију, па се у наставку дају примери њиховог одлучивања, као и Европског суда за људска права, изабрани, пре свега, са становишта ко је и како извршио дискриминацију.

1. Повереник за заштиту равноправности је у мишљењу бр. 972/2011 од 31. 8. 2011. године утврдио да је дискриминаторна одредба члана 19, став 1, тачка 2 Закона о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, јер је неоправдано направљена разлика деце са интелектуалним сметњама у односу на другу децу.

Ко: Народна скупштина, носилац законодавне власти; како: актом – законом.

2. Повереник за заштиту равноправности је у мишљењу бр. 264/2018-02 од 2. 7. 2018. године утврдио да је говором З. Ђ. министра за рад, запошљавање, борачка и социјална питања,

235 Нпр. Рев 1782/2017, пресуда од 17. 8. 2017; Рев 357/2017, пресуда од 15. 3. 2017; Рев 238/2020, пресуда од 30. 1. 2020; Рев 1942/2018, пресуда од 27. 4. 2018; Рев 1/2017, пресуда од 1. 2. 2017.

236 Рев 422/2017, пресуда од 6. 4. 2017.

237 Рев2 2069/2016, пресуда од 17. 11. 2016.

238 Рев 167/2012.

на конференцији „Жене из руралних крајева – равноправне грађанке Србије“ одржаној 8. 3. 2018. године, дошло до повреде одредбе члана 12 Закона о забрани дискриминације (узнемиравајуће и понижавајуће поступање).

Ко: министар, члан Владе; како: радњом чињења – говором.

3. Повереник за заштиту равноправности је у мишљењу бр. 802/2011 од 26. 7. 2011. године утврдио да је закључком Владе Републике Србије 05 број 401-161/2008-1 од 17. 1. 2008. године извршена дискриминација на основу места пребивалишта ратних војних резервиста са пребивалиштем на територији свих осталих општина које нису наведене у Закључку од 17. 1. 2008. године.²³⁹

Ко: Влада, носилац извршне власти; како: актом – закључком.

4. Врховни касациони суд је у пресуди Рев2 2538/2017 од 15. 11. 2018. године навео да је дискриминаторан критеријум за утврђивање вишка запослених који је послодавац (Национална служба за запошљавање) утврдио у Програму решавања вишка запослених, према коме је вишак запослени коме недостаје до три године до испуњења услова за пензију, а коме је била изложена тужиља као жена-осигураник.

Ко: Национална служба за запошљавање, као послодавац; како: актом – програмом решавања вишка запослених.

5. Европски суд за људска права у Стразбуру је у предмету *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, представка бр. 17484/15, пресуда од 25. 7. 2017. године, коначно 25. 10. 2017. године, утврдио повреду члана 14 (забрана дискриминације) у вези са чланом 8 (право на поштовање приватног и породичног живота) Европске конвенције, односно дискриминацију апликанткиње по основу пола и старосне доби, а која је учињена у жалбеном грађанском поступку пред Врховним управним судом Португала наводима садржаним у пресуди тог суда.²⁴⁰

Ко: Врховни управни суд Португала; како: актом – пресудом.

Имајући у виду наведене одлуке Повереника за заштиту равноправности и (домаћих) судова, а у вези са анализом дела образложења ревизијске пресуде, може се основано поставити питање: ако највиши носиоци законодавне и извршне власти (Народна скупштина и Влада) могу својим актима да врше дискриминацију, зашто то не могу судови као носиоци судске власти. Дискриминација у поступцима пред органима јавне власти је посебан случај дискриминације²⁴¹ а судови, као државни органи, представљају део јавне власти. Кад ревизијски суд у својој одлуци наводи: “Према члану 142,

239 У стотинама каснијих судских поступака и судови су утврдили да је предметни закључак акт дискриминације.

240 Апликанткиња (тужиља) се подвргла гинеколошкој интервенцији, после које, због лекарске грешке, трпи последице, поред осталог, има тешкоће приликом полних односа. Поднела је тужбу против болнице ради накнаде материјалне и нематеријалне штете. Првостепени суд је 4. 10. 2013. године досудио 80.000 евра за нематеријалну и 16.000 евра за материјалну штету (накнада за помоћ у кућним пословима). У жалбеном поступку Врховни управни суд Португала је пресудом од 9. 10. 2014. године накнаду нематеријалне штете снизио на 50.000 евра, а материјалне на 6.000 евра, са образложењем, поред осталог, да је тужиља у време операције имала 50 година и двоје одрасле деце и да у тим годинама сексуалност није важна као у млађој доби (снижење нематеријалне штете), као и да вероватно не мора да брине о деци, већ само о супругу (снижење материјалне штете).

241 Члан 15, став 1 Закона о забрани дискриминације гласи: „Свако има право на једнак приступ и једнаку заштиту својих права пред судовима и органима јавне власти.“

став 2 Устава Републике Србије, судови су самостални и независни у свом раду и суде на основу Устава, закона и других општих аката, када је то предвиђено законом, општих међународних правила међународног права и потврђених међународних уговора, иако да судске одлуке нису акти дискриминације, нији посматрање судова ириликком одлучивања може да буде дискриминаторско посматрање” чини се да сматра да су норме које уређују положај судова “брана” која не дозвољава да судови врше дискриминацију, што није аргумент који се може прихватити.

Према члану 1, став 1 Закона о судијама²⁴² судија је независан у поступању и доношењу одлука, а према ставу 2 судија суди на основу Устава, закона и других општих аката, потврђених међународних уговора, општеприхваћених правила међународног права. Ако ове норме које уређују правни положај судија (и многе друге), нису биле “брана” која је спречила неке судије да учине кривично дело у вези са вршењем судијске функције²⁴³ а познато је да је утврђена њихова кривична одговорност и изречене затворске санкције, онда се може са сигурношћу претпоставити да судске одлуке могу да буду акт дискриминације и поступање судова може да буде дискриминаторско. Ово из једноставног разлога: судије поступају и судије одлучују и образлажу своје одлуке, а у поступање и одлучивање, нарочито у образлагање својих одлука, судије осим стручности и моралних особина које поседују (поштење, савесност и др.) неминовно уносе и свој вредносни систем – лична уверења, па и предрасуде, ако их имају. Управо то се десило судијама Врховног управног суда Португала, када су у пресуди изнели (написали) сопствени став да у животној доби од 50 година жени сексуалност није много важна и да се у истој доби вероватно мора бринути само о супругу, јер су деца одрасла. Реченице португалског суда о овоме, Европски суд цитира у својој пресуди,²⁴⁴ па указује да је равноправност полова кључни циљ држава чланица Савета Европе, те да традиција или опште претпоставке или доминантни друштвени ставови нису довољни за прихватање различитог поступања на основу пола, па како су старосна доб и пол били одлучујући фактори да Врховни управни суд снизи досуђену накнаду штете, Европски суд је закључио да изнети ставови португалског суда представљају доказ предрасуда присутних у правосуђу, па је утврдио дискриминацију.²⁴⁵

За утврђење постојања дискриминације није релевантна намера или мотив,²⁴⁶ правило које је познато судијама и веома је значајно и увек га треба имати у виду, зато што тужени у судским поступцима неретко указују да није било никакве намере да се учини дискриминација што је, веро-

242 Сл. гласник РС, бр. 116/08 ... 47/17.

243 У члану 360 Кривичног законика (Сл. гласник РС, бр. 85/05 ... 35/19) предвиђено је кривично дело „кршење закона од стране судије, јавног тужиоца и његовог заменика.“

244 Став 49: „Moreover, the Supreme Administrative Court relied on the fact that the applicant *[had been] already fifty years old at the time of the surgery and had two children, that is, an age when sexuality [was] not as important as in younger years, its significance diminishing with age.*” Такође, став 50: “*The Court notes that the Supreme Administrative Court also reduced the amount that had been awarded to the applicant in respect of the costs of a maid on the grounds that she was not likely to have needed a full-time maid (see paragraph 16 above) at the material time as, considering the age of her children, she “probably only needed to take care of her husband.*” Како не постоји службени превод ове пресуде на српски језик пренети цитати су из верзије на енглеском језику. Доступно на: <https://hudoc.echr.coe.int>.

245 Иако су већ наведени, како ставови португалског суда, тако и Европског суда из одлуке *Carvalho v. Portugal*, релевантни за потребе ове анализе, ипак, на крају, мора се додати запажање Европског суда изнето у ставу 55 у коме се наводи да Суд мора констатовати супротност између овог случаја и приступа (португалског) суда у две одлуке из 2008. и 2014. године са сличном чињеничном ситуацијом (накнада штете због лекарске грешке и с њом у вези насталом сексуалном дисфункцијом), у којима су тужиоци били мушкарци старости 55, односно 59 година, па је Врховни суд правде Португала (*Supreme Court of Justice*) нашао да је адекватан износ штете 224.459 евра, односно 100.000 евра закључујући да чињеница да више не могу имати нормалне сексуалне односе за њих представља “тежак ударац” (“*tremendous blow*”) и “страховиту менталну трауму” (“*severe mental trauma*”) независно од старосне доби и чињенице да ли имају децу. Напомиње се да овај португалски суд није поступао у предмету *Carvalho*.

246 Правни закључак усвојен на заједничком састанку представника гађанских одељења и одељења за радне спорове апелационих судова одржаном 18. 3. 2016. године у Новом Саду.

ватно, тачно. Из наведених примера, може се готово сигурно закључити, да није постојала намера да се према било коме учини дискриминација, међутим, надлежни органи су утврдили да јесте учињена. Судска одлука као акт сам по себи, у електронском или папирном облику, наравно да није акт дискриминације, али, ако у њеној садржини, постоје наводи/ставови/закључци који се могу квалификовати као дискриминација, онда судска одлука јесте акт дискриминације, па је суд тај који је учинио дискриминацију. Исто важи за поступање суда у свим фазама поступка: ако се може идентификовати радња која одговара појму дискриминације, онда то јесте дискриминаторно поступање суда. Суштина ствари није питање да ли судови уопште могу да врше дискриминацију, јасно је да могу, већ да се то судовима никако не догоди.

9. СЛУЧАЈ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ У ОБЛАСТИ РАДА: М. М. ПРОТИВ ЈП “ВРБАС-ГАС”

9.1. Претходне напомене

Судски поступак ради заштите од дискриминације покренут је тужбом поднетом 10. 8. 2010. године Основном суду у Новом Саду, Судска јединица у Врбасу. Тужбу је поднела М. М. против туженог Јавног предузећа “Врбас-гас.” Поред Основног суда у Новом Саду – Судска јединица у Врбасу, који је одлучивао у првом степену,²⁴⁷ у поступку о жалби туженог одлучивао је Апелациони суд у Новом Саду,²⁴⁸ а затим је о ревизији тужиље одлучивао Врховни касациони суд.²⁴⁹

9.2. Околности случаја

Тужиља је запослена код туженог од 1999. године и ради на пословима руководиоца финансијског сектора. По повратку са породичног одсуства, почетком фебруара 2010. године, сматра да трпи непрекидну дискриминацију од стране директора која се огледа у следећем: 1) незадовољан њеним извештајем о тзв. великим потрошачима директор поверава руковођење око пројекта и рада са Агенцијом за енергетику другом лицу (запосленој Г. Д. која је обављала послове тужиље у њеном одсуству); 2) формира комисију ради утврђивања постојања штете, сматрајући да је тужиља за њу одговорна; 3) 1. 7. 2010. године доставља тужиљи понуду о споразумној накнади штете што она одбија; 4) када није потписала споразум, тужиља је добила упозорење о отказу уговора о раду због повреде радне обавезе с тим што решење о отказу није донето; 5) иако зна да тужиља болује од клаустрофобије, директор је донео одлуку о радном времену од 7.30 до 15.00 часова са налогом да су сви запослени у канцеларијама дужни одржавати просторију у уредном стању проветрену и затворених врата; 6) у периоду од 19. 5. до 1. 6. 2010. године када је тужиљи дозвољено коришћење

247 Основни суд у Новом Саду, Судска јединица у Врбасу, ПП 7496/10, пресуда од 28. 2. 2011.

248 Апелациони суд у Новом Саду, Гж1 1196/11, пресуда од 13. 6. 2011.

249 Врховни касациони суд, Рев2 906/2011, пресуда од 28. 3. 2012.

слободних дана, добила је радни налог да припреми податке о броју лица које треба тужити због неплаћања обавеза; 7) по повратку са годишњег одмора у својој канцеларији није затекла службени лаптоп, па је посао морала да обави преко компјутера запослене Г. Д.; 8) у септембру 2010. године директор је донео одлуку о исплати добити која је остварена у претходној години свим запосленима, осим тужиљи; 9) у новембру 2010. године тужиљи није одобрено да присуствује семинару на који је позвана. После систематског прегледа утврђено је да код тужиље постоји мноштво соматских тегоба, анксиозност, страх од затвореног простора, оптерећеност обавезама на радном месту где јој је одређена контрола. Тужиља је 31. 12. 2010. године са послова финансијског директора премештена на послове менаџер продаје природног гаса.

9.3. Захтеви, аргументација странака и судске одлуке

Тужбом је постављен тужбени захтев и тражено да суд: 1) утврди да је тужиља претрпела тешку дискриминацију од стране извршиоца директора туженог В. Б.; 2) забрани директору туженог В. Б. даље вршење, односно понављање дискриминације; 3) наложи објављивање пресуде после њене правоснажности.

Тужиља је захтев за утврђење дискриминације засновала на тврдњи да је после повратка са породичног одсуства изложена непрекидној дискриминацији од стране директора, која се састоји од већег броја радњи које је детаљно описала.

Тужени се у одговору на тужбу противио тужбеном захтеву, указујући суду да је поступање директора туженог према тужиљи било рационалне и пословне природе и да све те радње тужиља погрешно интерпретира.

Првостепени суд је одржао више рочишта у периоду од 1. 11. 2010. до 28. 2. 2011. године, када је главна расправа закључена, на којима је спровео доказни поступак читањем обимне документације (писани докази) и саслушањем многобројних сведока, као и тужиље и директора туженог.

Основни суд у Новом Саду, Судска јединица у Врбасу, усвојио је тужбени захтев заузимајући став да је у конкретном случају у питању дискриминација на раду у погледу права на правичне услове рада (ситуација са службеним лаптопом), права на уживање под једнаким условима свих права у области рада (ситуација са споразумом о накнади штете и упозорењем), права на једнаку накнаду за рад једнаке вредности (ситуација са расподелом добити) и права на стручно усавршавање (ситуација са семинаром) у смислу члана 16, став 1 Закона о забрани дискриминације у вези са чланом 13, тачка 6 истог закона (тешки облик дискриминације - поновљена и продужена дискриминација).

Одлучујући о жалби туженог, Апелациони суд у Новом Саду је усвојио жалбу, па је преиначио првостепену пресуду и одбио тужбени захтев са закључком да првостепени суд није учинио битне повреде правила поступка и да је правилно и потпуно утврдио чињенично стање, али да је погрешно применио материјално право. По оцени другостепеног суда тужиља није дискриминисана ни у једној спорној ситуацији коју је суд утврдио због тога што се према њој није поступало на одређени начин с обзиром на њено лично својство, па та неоправдано прављена разлика односно то неједнако поступање у односу на тужиљу није дискриминација.

Одлучујући о ревизији тужиље, Врховни касациони суд је одбио ревизију као неосновану налазећи да је став другостепеног суда правилан с тим што је оценио четири спорне ситуације (за које је првостепени суд нашао да су дискриминација) са становишта Закона о раду и закључио да је поступање туженог било сагласно том закону, осим што је ситуација са расподелом добити резултат погрешног тумачења права.

9.4. Запажања о раду судова

Анализом судских одлука може се закључити да су донете у поступку који је трајао око 19 месеци (тужба је поднета 10. 8. 2010. године, а ревизијска одлука је донета 28. 3. 2012. године) чиме је задовољен захтев хитног поступања у овим предметима,²⁵⁰ с тим што треба приметити изузетан напор првостепеног суда који је за четири месеца, заказивањем рочишта у кратким временским размацима, спровео обиман доказни поступак и на 15 страна пресуде детаљно образложио, како наводе странака, тако и своје ставове о свим чињеничним и правним питањима.

Наведени случај дискриминације на раду је изабран за предмет анализе, упркос чињеници да је поступак окончан пре осам година и да је међу ових 10 студија случаја, анализиран "Случај родне дискриминације: Повереник за заштиту равноправности против Н. Н. банке" у коме је судски поступак окончан касније – пре пет година, због чега је актуелнији. Случајеви су врло слични: у питању је дискриминација на раду, дискриминацији су биле изложене запослене – жене по повратку са породичног одсуства, судови су утврдили да послодавци нису учинили дискриминацију са суштински истим образложењем које се своди на то да су поступци послодаваца оправдани са становишта радноправних прописа на основу којих имају право на аутономно уређивање процеса и организације рада. Управо на то образложење се мора скренути пажња с обзиром на чињеницу да су чести захтеви (тужбе) за судску заштиту од дискриминације на раду и да се већина тих поступака завршава неуспехом тужилаца, па се основано може поставити питање делотворности судске заштите.

Дискриминација у области рада је посебан случај дискриминације дефинисан чланом 16, став 1 Закона о забрани дискриминације²⁵¹ на начин који и није од велике помоћи практичарима, мада је у конкретном случају првостепени суд покушао да утврђено чињенично стање подведе под ову одредбу, што се показало као узалудан труд с обзиром на ставове другостепеног суда о личном својству и ревизијског о поступању послодавца. Кад је у питању лично својство проблем је постојао од почетка поступка, јер га је тужиља у тужби означила као "политичко убеђење" и као "намеру да ће тражити заштиту од дискриминације", што би могло да указује на члан 9 Закона о забрани дискриминације (забрана позивања на одговорност), међутим, без убедљиве аргументације, што је првостепени суд препознао и нашао, из чињеница утврђених током поступка, да је заправо реч о личном својству "психофизичка особеност" дајући за то образложење.

250 Према члану 41, став 3 Закона о забрани дискриминације поступак је хитан.

251 Члан 16, став 1 гласи: "Забрањена је дискриминација у области рада, односно нарушавање једнаких могућности за заснивање радног односа или уживање под једнаким условима свих права у области рада, као што су право на рад, на слободан избор запослења, на напредовање у служби, на стручно усавршавање и професионалну рехабилитацију, на једнаку накнаду за рад једнаке вредности, на правичне и задовољавајуће услове рада, на одмор, на образовање и ступање у синдикат, као и на заштиту од незапослености."

Кад је другостепени суд преиначио првостепену пресуду и одбио тужбени захтев дао је следеће образложење: *“Овај суд налази да тужиља није била дискриминисана ни у једној од тих ситуација управо због тога што нема основа односно према њој се није постојало на одређени начин с обзиром на њено лично својство. Постојање односно непостојање директора туженог према тужиљи се не заснива на њеном личном својству и зато се не може оквалификовати као дискриминација тужиље. Дакле може се закључити да су постојале спорне ситуације у комуникацији између директора туженог и тужиље али се из утврђене чињеничне ствари не може извести закључак да је у односу на тужиљу неоправдано прављена разлика односно да је неједнако постојало у односу на тужиљу по основу њеног личног својства. Лично својство је оно што карактерише одређено постојање као дискриминацију.”* И то је све. Ревизијски суд ово образложење прихвата као правилно једном реченицом: *“У постојима директора нема неадекватног издвајања, раздвајања или разликовања због личних својстава зајаслене у односу на друге зајаслене.”* Ако би се поставило питање у односу на које то лично својство тужиља није дискриминисана, изгледа да другостепени и ревизијски суд сматрају: било које, јер ниједном речју не помињу ни лична својстава која је тужиља навела ни оно које је првостепени суд утврдио.

У конкретном случају тужиља је тврдила да је дискриминисана у континуитету, различитим радњама туженог послодавца, у периоду од фебруара до новембра 2010. године. Првостепени суд је утврдио чињенице за сваку ту радњу и оценио да неке нису, а неке јесу дискриминација дајући детаљне и јасне разлоге за своје закључке (стр. 12-15 пресуде). Другостепени суд све то своди на *“спорне ситуације у комуникацији између директора туженог и тужиље”* без икаквог ближег образложења.

Како је у другостепеној пресуди дато паушално образложење (без ближих разлога за поступање туженог и личног својства тужиље) и на таквом образложењу заснован закључак о неоснованости тужбеног захтева, основано се може тврдити да је дошло до повреде права тужиље на образложену судску одлуку.

Право на образложену судску одлуку штити појединца од произвољности суда и један је од елемената права на правично суђење²⁵² и *“подразумева обавезу суда да наведе јасне, довољне и разумљиве разлоге на којима заснива своју одлуку, чиме се истовремено даје гаранција странци да је суд размислио њене наводе и доказе које је истикла у постојању [...] Мера у којој постоји обавеза давања образложења зависи од природе одлуке и институционе надлежности суда који одлуку доноси. [...] према пракси Европског суда за људска права у таквој правној ситуацији (приликом оцене да ли образложење судског акта задовољава стандарде правичног суђења) неопходно (је) сагледати да ли је жалбени суд истикао одлучна питања која су пред њега изнела или се задовољно појављују са одлуком првостепеног суда.”*²⁵³

У конкретном случају пропуст другостепеног суда да образложи своју одлуку је још значајни/озбиљнији/тежи с обзиром на чињеницу да је преиначио првостепену одлуку и цео свој правни став

252 Члан 32 Устава РС и члан 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

253 Уставни суд Србије, Уж 5224/2015, одлука од 27. 4. 2017. године у којој се суд позвао на пресуду Европског суда за људска права у предмету *Helle v. Finland*, представке бр. 157/1996/776/1977, пресуда од 19. 12. 1977. године, пар. 60.

о неоснованости тужбеног захтева (напред интегрално цитиран) засновао на неколико уопштених реченица.

„Управо у процесној ситуацији када суд више инстанце у поступку по жалби својом одлуком преиначава одлуку суда ниже инстанце постоји већи степен обавезе суда више инстанце да детаљније, јасније, прецизније образложи своју одлуку. Наиме, када жалбени суд својом одлуком преиначава првостепену одлуку, он се фактички ставља у положај првостепеног суда, јер тада другостепени суд заузима сасвим другачије (ново) правно становиште у односу на првостепени суд [...] *особеност њравној сџановишћиа заузетјој у љреиначавајућој друјосћейеној љресуди оїледа се и у љјоме да разлози даћии у овој врсћии друјосћейене љресуде морају да укажу зашћии се друјосћейени суд не саїлашава са љравним сџановишћием које је заузетјо у љрвосћейеној љресуди, односно разлози даћии у образложењу љреиначавајуће љресуде морају на јасан и недвосмислен начин указачии зашћии је љоїрешна оцена љрвосћейеној суда у љоїледу сїорној љравној љишћиања. Наведено има за циљ да самој сџираници у љосїууку буде љознаћии и јасно зашћии се љреиначава љрвосћейена љресуда на њену шћиећу.*“²⁵⁴

Ревизијски суд је прихватио закључак другостепеног суда о неоснованости тужбеног захтева, али, очигледно је уочио недостатак другостепене пресуде у погледу образложења, због чега се пропустио у анализу радњи туженог (не и личног својства), за које је првостепени суд нашао да представљају дискриминацију сумирајући их као: пребацивање лаптопа у другу канцеларију; понуда за закључење споразума о накнади штете; ускраћивање пријема добити на крају године; одсуство давања сагласности да присуствује семинару.

- 1) За ситуацију са лаптопом ревизијски суд је навео да је лаптоп покретна имовина послодавца и привремено узимање те ствари и смештање у другу просторију у време када се тужиља не налази у процесу рада не представља акт дискриминације.
- 2) За ситуацију са закључењем споразума о накнади штете ревизијски суд је навео да у смислу члана 163 Закона о раду послодавац утврђује постојање штете, њену висину и околности под којима је настала, па формирање комисије и захтев запосленом да штету накнади у вансудском поступку не представља дискриминацију.
- 3) За ситуацију са изостављањем тужиље са списка лица која треба да добију део из добити предузећа ревизијски суд је навео да то може бити условљено погрешним тумачењем права на расподелу добити.
- 4) За ситуацију са недавањем сагласности тужиљи за одлазак на семинар ревизијски суд је навео да је чланом 49 Закона о раду утврђена обавеза послодавца да запосленом омогући стручно усавршавање, али то не значи да је дужан да у случају сваког пријављивања запосленог, том захтеву удовољи, јер, процена у ком времену ће се то одвијати и ко ће од запослених присуствовати разним видовима образовања зависи од послодавца, због чега околност да тужиља није упућена на стручни семинар не представља дискриминацију.

254 Уставни суд Србије, Уж 1281/2014, одлука од 6. 10. 2016. године у којој се суд позвао на пресуду Европског суда за људска права у предмету *Lhermitte v. Belgium*, представка бр. 34238/09, 26. 5. 2015. године.

Уговор о раду који закључују запослени и послодавац је акт којим се заснива и уређује радни однос,²⁵⁵ али, правна природа тог уговора је таква да се између њих успоставља правна неједнакост, јер запослени извршава радне обавезе по налогу и упутствима послодавца који и контролише њихово извршење и та субординација је битно обележје уговора о раду које проистиче из његове правне природе. С обзиром на овакву правну природу уговора о раду, запослени су слабија страна у правном (радном) односу са послодавцем, због чега им је обезбеђен већи степен (правне) заштите, те је радни однос уређен не само аутономним општим актима (колективни уговори, правилници) и уговором о раду, већ у значајној мери актима државе (принудне норме) којима се запосленима гарантује минимум права из радног односа и тиме ограничава аутономија (самосталност) послодавца у погледу процеса и организације рада, пословања и др.

У контексту наведеног, објашњењу ревизијског суда за поступање послодавца у конкретним ситуацијама нема се шта приговорити са становишта примене релевантних одредаба Закона о раду и са становишта овлашћења послодавца за предузимање утврђених радњи с обзиром на аутономију коју послодавац има у процесу рада и, то овде није проблем, већ нешто друго. Наиме, чини се да у конкретном случају другостепени и ревизијски суд сматрају да, пошто је тужени послодавац радње означене као дискриминација предузео на основу својих овлашћења и применом Закона о раду, оне нису противправне, а то заправо значи да нису акти дискриминације и да је означено лично својство ирелевантно, због чега се оба суда о личном својству и нису ближе изјашњавали. Такав став је споран, зато што успоставља правило да само противправна радња послодавца може представљати дискриминацију, што није исправно, јер, и правна (сагласна материјалном праву) и противправна радња послодавца (противна материјалном праву) могу довести до дискриминације. Нпр. кад послодавац на основу чланова 171 и 172 Закона о раду понуди запосленом премештај на друге послове са нижом зарадом (неповољнији положај) та радња сама за себе је правна (законит је премештај на послове са нижом зарадом), али, ако је предузета због нпр. етничке припадности запосленог биће противправна, такође, ако је запосленом понуђен премештај на друге послове са нижим степеном стручне спреме (неповољнији положај) та радња сама за себе је противправна (незаконит је премештај на послове са нижом стручном спремом), а ако је предузета због нпр. чланства запосленог у синдикату, додатно је противправна, а у оба случаја може бити реч о дискриминацији. У конкретном случају утврђене су чињенице у погледу радњи дискриминације, али, њихова оцена на начин како је то учинио ревизијски суд није потпуна, јер, у тој оцени видљив је само тужени, тужиља и њени наводи не постоје, а то се десило, зато што је изостао тест дискриминације.

Наведени "Случај родне дискриминације: Повереник за заштиту равноправности против Н. Н. банке" садржи анализу посредне дискриминације на раду по основу пола/рода уз подробно објашњење тих појмова, као и теста дискриминације и правила о терету доказивања. Из тог и овог случаја у суштини произлази да запослене - жене, по повратку са породичског одсуства, нису успеле да остваре (поврате) радноправни статус који су имале у време одласка на породичско одсуство (да

255 Чланови 30 и 33 Закона о раду.

раде послове које су тада радиле), а који су изгубиле управо због тог одсуства.²⁵⁶ Није им била од помоћи ни Конвенција Међународне организације рада бр. 183 о заштити материнства коју је наша земља ратификовала,²⁵⁷ којом је у члану 8, став 2 предвиђено: „По истеку породичног одсуства, жена има право да се врати на исто радно место или на одговарајуће радно место са истом платом.“ Како је имплементирана у Закон о раду заштита од отпуштања жена са посла за време трудноће и породичног одсуства²⁵⁸ предвиђена ставом 1 члана 8 Конвенције, то је реалнија нада запослених – жена да ће предметно право пре остварити уз помоћ законодавне власти – имплементацијом и става 2 члана 8 Конвенције у наше радно законодавство, него судске, с обзиром на рестриктиван приступ судова у поступцима заштите од дискриминације на раду.

10. СЛУЧАЈ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ ПО ОСНОВУ ЗДРАВСТВЕНОГ СТАЊА: МАЛОЛЕТНИ Т. Л. И Л. Л. ПРОТИВ ОСНОВНЕ ШКОЛЕ И ПРЕДШКОЛСКЕ УСТАНОВЕ „СВИТАЦ“ И РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

10.1. Претходне напомене

Судски поступак ради заштите од дискриминације покренут је тужбом поднетом 5. 10. 2018. године Вишем суду у Новом Саду. Тужбу су поднели малолетни тужиоци Т. Л. и Л. Л. против тужених: Основна школа и предшколска установа „Свитац“ и Република Србија. Поред Вишег суда у Новом Саду, који је одлучивао у првом степену,²⁵⁹ у поступку о жалби тужилаца одлучивао је Апелациони суд у Новом Саду,²⁶⁰ а затим је о њиховој ревизији одлучивао Врховни касациони суд.²⁶¹

10.2. Околности случаја

Малолетни тужилац Т. Л. је рођен 24. 3. 2014. године, а млт. тужиља Л. Л. 14. 3. 2012. године. Они су рођени брат и сестра, а њихов законски заступник је мајка М. Л. која је 1. 9. 2017. године, као корисник услуга, закључила два уговора са туженом Основном школом и предшколском установом “Свитац” (у даљем тексту: Предшколска установа), као даваоцем услуга. Уговори су закључени за период од септембра 2017. до септембра 2018. године, ради боравка деце осам часова дневно у Предшколској установи. Малолетни тужиоци су користили услуге Предшколске установе од септембра 2017. године до 6. 2. 2018. године.

256 У конкретном случају, најалост, ни тужиља ни (првостепени) суд, нису препознали значај чињенице да је повратком тужиље са породичног одсуства, послодавац започео низ радњи којима је она стављана у неповољан положај док на крају није премештена на друге послове.

257 Закон о потврђивању Конвенције Међународне организације рада бр. 183 о заштити материнства (Сл. гласник РС – Међународни уговори, бр. 1/10).

258 Члан 187 Закона о раду – посебна заштита од отказа уговора о раду за време трудноће, породичног одсуства, одсуства ради неге детета и ради посебне неге детета.

259 Виши суд у Новом Саду, П 2494/18, пресуда од 15. 1. 2019. године.

260 Апелациони суд у Новом Саду, Гж 2021/19, пресуда од 30. 5. 2019. године.

261 Врховни касациони суд, Рев 3758/2019, пресуда од 11. 3. 2020. године.

Није спорно да млт. тужиоци нису вакцинисани ММР вакцином против морбила (мале богиње). Институт за јавно здравље Војводине је дописом од 4. 1. 2018. године пријавио епидемију морбила у Новом Саду. Министарство здравља – Сектор за инспекцијске послове је спорним дописом од 12. 1. 2018. године обавестио све предшколске установе у Републици Србији да су дужне да изврше проверу вакциналног статуса све деце којима пружају услуге и да је за боравак детета у предшколској установи неопходна потврда лекара да је дете уредно вакцинисано. Према договору родитеља млт. тужилаца и Предшколске установе, деца су се привремено повукла из установе. У априлу 2018. године родитељи млт. тужилаца су захтевали да се деци омогући боравак у Предшколској установи, међутим, Предшколска установа је то одбила зато што нису достављене потврде о вакцинацији деце. На писани захтев мајке млт. тужилаца да се наведу разлози због којих се захтевају поверљиви подаци из здравственог картона деце, спорним дописом од 27. 4. 2018. године Предшколска установа је одговорила да је потврда о вакцинацији тражена ради поступања по законским прописима и налозима државних органа, а због проглашене епидемије морбила на територији града Новог Сада.

10.3. Захтеви, аргументација странака и судске одлуке

Тужбом је постављен тужбени захтев и тражено да суд: 1) утврди да је првотужена ОШ ПУ “Свитац” дописом од 27. 4. 2018. године извршила акт дискриминације по основу здравственог стања – вакциналног статуса малолетних тужилаца, као и да се утврди да је друготужена Република Србија – Министарство здравља дописом од 12. 1. 2018. године извршила акт посредне дискриминације по основу здравственог стања – вакциналног статуса малолетних тужилаца; 2) наложи туженима да о свом трошку објаве пресуду у дневном листу са националним тиражом.

Малолетни тужиоци су захтев за утврђење дискриминације засновали на тврдњи да је према закљученим уговорима Предшколска установа била дужна да омогући њихов боравак у установи и тиме приступ праву на образовање, што није учинила, већ је тражећи потврду о вакцинацији учинила дискриминацију према вакциналном статусу, стављајући у неповољан положај невакцинисану децу према вакцинисаној, а сва деца су уз уредну документацију уписана у установу, те је дописом од 27. 4. 2018. године учинила непосредну дискриминацију. Такође, млт. тужиоци су навели да је тужена Република Србија дописом од 12. 1. 2018. године учинила посредну дискриминацију, јер их је по вакциналном статусу ставила у неповољан положај и онемогућила право на образовање.

Тужени су се у одговору на тужбу противили тужбеном захтеву, указујући суду да у конкретном случају није учињена дискриминација. Тужена Република Србија је навела да допис од 12. 1. 2018. године није акт дискриминације зато што је имунизација (вакцинација) деце одређеног узраста обавезна превентивна мера која се спроводи у јавном интересу, ради заштите становништва од заразних болести. Тужена Предшколска установа је навела да допис од 27. 4. 2018. године није акт дискриминације, јер је поступано по законским прописима и налозима државних органа који су и овлашћени да врше надзор над радом установе.

Првостепени суд је одржао једно рочиште за главну расправу 15. 1. 2019. године, када је главна расправа закључена.

Виши суд у Новом Саду је одбио тужбени захтев заузимајући став да у конкретном случају није учињена дискриминација, ни непосредна ни посредна, јер се условљавање боравка деце у предшколским установама спроведеном имунизацијом не може сматрати дискриминацијом, с обзиром да обавезној имунизацији подлежу сва деца одређеног узраста. Стога, допис тужене Републике Србије од 12. 1. 2018. године, чији је разлог проглашена епидемија малих богиња и допис тужене Предшколске установе од 27. 4. 2018. године, чији је разлог у суштини исти, нису довели до дискриминације млт. тужилаца, већ су тужени поступали сагласно законским прописима који се односе на заштиту становништва од заразних болести, а којим прописима се родитељи млт. тужилаца нису повиновали (нису доставили потврду о вакцинацији), па је њиховој деци тј. млт. тужиоцима оправдано ускраћен боравак у Предшколској установи.

Одлучујући о жалби тужилаца, Апелациони суд у Новом Саду је одбио жалбу и потврдио првостепену пресуду са закључком да је имунизација деце одређеног узраста обавезна превентивна мера која се спроводи у јавном интересу, па се условљавање боравка деце у предшколским установама спроведеном имунизацијом не може доводити у везу са дискриминацијом у погледу права на образовање.

Одлучујући о ревизији тужилаца, Врховни касациони суд је одбио ревизију као неосновану налазећи да је став нижестепених судова правилан.

10.4. Запажања о раду судова

Анализом судских одлука може се закључити да су донете у поступку који је трајао око 17 месеци (тужба је поднета 5. 10. 2018. године, а ревизијска одлука је донета 11. 3. 2020. године) чиме је задовољен захтев хитног поступања у овим предметима.²⁶²

Дискриминација у области образовања је посебан случај дискриминације дефинисан чланом 19, став 2 Закона о забрани дискриминације²⁶³ и у конкретном случају млт. тужиоци тврде да је према њима учињена дискриминација у области образовања тако што су неоправдано искључени из Предшколске установе због свог вакциналног статуса - здравственог стања, које је као лично својство предвиђено чланом 2, став 1, тачка 1 Закона о забрани дискриминације, чиме су стављени у неповољан положај у односу на другу децу – кориснике услуга Предшколске установе другачијег вакциналног статуса.

Од почетка примене Закона о забрани дискриминације, судске одлуке донете у предметима заштите од дискриминације, често су биле предмет анализе/критике/оцене стручне јавности са разних аспеката, а нарочито је указивано да судови у тим предметима не примењују/спровode тест

²⁶² Према члану 41, став 3 Закона о забрани дискриминације поступак је хитан.

²⁶³ Члан 19, став 2 гласи: "Забрањено је лицу или групи лица на основу њиховог личног својства, отежати или онемогућити упис у васпитно-образовну установу, или искључити их из ових установа, отежати или ускратити могућност праћења наставе и учешћа у другим васпитним, односно образовним активностима, разврставати ученике по личном својству, злостављати их и на други начин неоправдано правити разлику и неједнако поступати према њима." Напомиње се да је претходно, ставом 1 члана 19 прописано: "Свако има право на предшколско, основно, средње и високо образовање и стручно оспособљавање под једнаким условима, у складу са законом."

дискриминације,²⁶⁴ што је вероватно у неким случајевима било тачно, а у неким није, међутим, у сваком случају да би та (ванинституционална) оцена судских одлука била кредибилна,²⁶⁵ потребно је (добро) познавање, како материјалног, тако и процесног права (правила по којима се одвија судски поступак за заштиту од дискриминације).

Закон о забрани дискриминације је општи, матични закон за ову област, чије одредбе су материјалноправне природе, али, садржи и неколико одредаба процесноправне природе, кад је у питању судска заштита. То су одредбе садржане у одељку VI. Судска заштита, од члана 41 до члана 46 и односе се на поступак, месну надлежност, тужбе, привремене мере, правило о терету доказивања и тужбе других лица. Како је међу њима одредба члана 41, став 2 којом је прописано да се у поступку (за заштиту од дискриминације) сходно примењују одредбе закона о парничном поступку, јасно је да се заправо, осим о питањима уређеним члановима 41-46 у свему другом примењују правила Закона о парничном поступку. Тако, тужба за заштиту од дискриминације мора да садржи елементе прописане чланом 192 ЗПП, поред осталог, „чињенице на којима тужилац заснива захтев, доказе којима се утврђују ове чињенице,“ такође, одговор на тужбу мора да садржи елементе прописане чланом 298 ЗПП, поред осталог, „чињенице на којима тужени заснива своје наводе и доказе којима се утврђују те чињенице“ ако тужени оспорава тужбени захтев. Напомиње се да ће суд да поступи по тужби и ако тужилац није навео правни основ тужбеног захтева, а ако га је навео, суд није везан за њега (чл. 192, ст. 4 ЗПП).

Кад у тужби за заштиту од дискриминације тужилац наводи чињенице на којима заснива захтев, он заправо описује животни догађај у коме је садржано и поступање/непоступање туженог које тужилац квалификује као радњу дискриминације и због чега тражи судску заштиту. Кад тужени у одговору на тужбу изнесе чињенице за своје тврдње, у односу на оно што тужилац тврди, по логици ствари, изјасниће се шта се и како догодило, а нарочито зашто. Тим „зашто“ суд се мора бавити, а бавећи се тиме, суд у суштини спроводи тест дискриминације. Наиме, спровођење теста дискриминације, поред осталог, подразумева оцену суда да ли за неједнако поступање/разликовање/различит третман постоји објективно и разумно оправдање, а да ли постоји такво оправдање прво ће оценити да ли је легитиман циљ због кога је учињено неједнако поступање/разликовање/различит третман. Затим, ако је циљ легитиман, оцениће да ли постоји однос сразмерности/пропорционалности између неједнаког поступања/разликовања/различитог третмана и циља чијој реализацији се тежило.

264 Европски суд за људска права је у предмету тзв. Белгијски лингвистички случај, бр. 1474/62, пресуда од 23. 7. 1968. године, утврдио повреду члана 14 (забрана дискриминације) Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, у вези са чланом 2 Протокола 1 (право на образовање) уз Европску конвенцију. Овај предмет је представљао прекретницу у пракси Европског суда у примени члана 14 Конвенције, поред осталог, зато што је у тој пресуди суд утврдио тест оправданости различитог третмана (који је код нас већ одомаћен као, прво „тзв. тест дискриминације“, а сада само „тест дискриминације“) у одељку 1Б, став 10, на следећи начин: „начело једнакости третмана (је) прекршено ако не постоји објективно и разумно оправдање за различит третман. Постојање таквог оправдања се цени у односу на циљ и ефекте мере која се разматра водећи рачуна о начелима која су преовлађујућа у демократским друштвима. Различит третман у остваривању права гарантованих Конвенцијом мора, не само да тежи легитимном циљу, већ ће члан 14 такође бити прекршен када се јасно утврди да не постоји разуман однос сразмерности између употребљених средстава и циља чијем остварењу се тежило.“

265 Члан 145, став 4 Устава Републике Србије гласи: „Судску одлуку може преиспитивати само надлежни суд, у законом прописаном поступку.“

У конкретном случају, с обзиром на предмет тужбеног захтева, задатак суда је био да оцени да ли су два писана акта – допис тужене Републике Србије од 12. 1. 2018. године и допис тужене Предшколске установе од 27. 4. 2018. године, акти дискриминације.

У првостепеној пресуди је допис Предшколске установе од 27. 4. 2018. године наведен у целости и из његове садржине јасно произлази да Предшколска установа даје одговор мајци млт. тужилаца „по ком законском основу су деца Т. Л. и Л. Л. искључена из колектива и по ком законском основу се захтевају поверљиви подаци из здравственог картона малолетне деце (тј. уверење о вакциналном статусу деце)“ па је, поред осталог, наведено и да је Предшколска установа поступала по законским прописима и налогу Министарства здравља из дописа од 12. 1. 2018. године. Такође, у првостепеној пресуди је интерпретиран допис Министарства здравља од 12. 1. 2018. године из кога произлази да се упућује свим предшколским установама „поводом актуелне епидемиолошке ситуације малих богиња (морбила) у Републици Србији“, па је наведено и да је за боравак детета у предшколској установи потребна потврда да је дете вакцинисано, јер је то предвиђено законским прописима.

Правни закључак о неоснованости тужбеног захтева, односно о томе да акти од 12. 1. и 27. 4. 2018. године нису акти дискриминације, првостепени суд је детаљно образложио у пресуди (19 страна) анализирајући њихову садржину са становишта релевантних материјалноправних прописа. Апелациони суд у Новом Саду и Врховни касациони суд су прихватили став првостепеног суда, тако да се образложење судова, најсажетије, своди на следеће: обавезној имунизацији (вакцинацији), као превентивној мери која се спроводи у јавном интересу у циљу заштите становништва од одређених заразних болести, подлежу сва деца одређеног узраста; поступање супротно тој законској обавези значи прихватање последица које настају због одбијања да се спроведе имунизација; право на образовање и право на физички интегритет се могу ограничити, при чему обавезност вакцинације представља одређено мешање у физички интегритет појединаца, али се не може остваривати на начин којим ће се угрозити то исто право других; епидемија морбила на територији града Новог Сада је проглашена и уведене мере поштреног надзора до истека двоструке максималне инкубације од последњег регистрованог случаја; условљавање боравка деце у установама образовања спроведеном имунизацијом се не може сматрати дискриминацијом, односно неједнаким поступањем.

На евентуално постављено питање да ли су судови у овом предмету заштите од дискриминације применили тест дискриминације, одговор би био да јесу и то првостепени суд имплицитно, а другостепени експлицитно, у смислу да га је и навео на последњој страни своје пресуде. Наиме, у овом поступку чињенице су биле неспорне, па се процес одлучивања и образложења одлука свео на оцену разлога доношења спорних аката, односно на оцену њихове садржине и с тим у вези на последице које су настале. Другим речима, одлука суда и њено образложење са оваквим тужбеним захтевом и оваквим чињеничним наводима странака се своди на спровођење теста дискриминације, који се никако није могао избећи/не спровести.

У тражењу одговора на питање да ли постоји објективно и разумно оправдање за поступање тужених, судови су оправданост искључивања млт. тужилаца из Предшколске установе због недостављања потврде о вакцинацији, анализирали, пре свега, с обзиром на цитиране многобројне

одредбе, многобројних аката како међународног,²⁶⁶ тако и унутрашњег права,²⁶⁷ које се тичу права на образовање, здравствену заштиту, физички и психички интегритет, као и права детета и, наравно, права на заштиту од дискриминације.

За потребе анализе овог случаја наводе се кључне одредбе члана 32 Закона о заштити становништва од заразних болести и то: став 2 који гласи „Обавезна имунизација је имунизација лица одређеног узраста, као и других лица одређених законом, коју лице које треба да се имунизује, као ни родитељ, односно старатељ не може да одбије, осим у случају постојања медицинске привремене или трајне контраиндикације коју утврђује доктор медицине одговарајуће специјалности или стручни тим за контраиндикације,” затим се указује на став 3, тачка 1 којим је прописано да је имунизација обавезна за лица одређеног узраста против, поред осталих болести, малих богиња, и на крају на став 4 који гласи: “За боравак деце у предшколским и школским установама, као и у установама за смештај деце без родитељског старања, неопходно је да су испуњени услови из става 3, тачка 1 овог члана, осим у случају постојања медицинске контраиндикације коју утврђује доктор медицине одговарајуће специјалности или стручни тим за контраиндикације.” Управо наведене одредбе члана 32, ставови 2, 3 и 4 Закона о заштити становништва од заразних болести биле су оспорене пред Уставним судом, који је решењем ИУз-48/2016 од 26. 10. 2017. године одбацио иницијативе за покретање поступка за оцену уставности и сагласности са потврђеним међународним уговорима одредаба члана 32, ставови 2, 3 и 4 наведеног закона.

У прилог ставу да је у конкретном случају поступање тужених било оправдано, како у погледу постојања легитимног циља, тако и у вези сразмерности мера и циља, судови су навели ставове о имунизацији из Препоруке Парламентарне скупштине Савета Европе 1317 (1997) у којој се констатује потреба покретања свеобухватних програма јавне вакцинације, као и ставове Европског суда за људска права,²⁶⁸ према којима: обавезна вакцинација (која представља мешање у право на поштовање приватног живота које укључује физички и психички интегритет лица) мора бити јасно прописана законом, а оправдана је разлозима јавног здравља и нужношћу контроле ширења заразних болести; наметање обавезе појединцу да поштује општи интерес и не доводи у опасност здравље других када његов сопствени живот није у опасности, није изван граница поља слободне процене које државе чланице имају.

Осим наведеног, у овом поступку заштите од дискриминације постоји неколико околности на које треба указати.

266 Међународни пакт о грађанским и политичким правима (Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори бр. 7/71); Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (Сл. лист СЦГ – Међународни уговори бр. 9/03, 5/05, 7/05, и Сл. гласник РС – Међународни уговори, бр. 12/10 и 10/15); Конвенција о заштити људских права и достојанства људског бића у погледу примене биологије и медицине: Конвенција о људским правима и биомедицини (Сл. гласник РС – Међународни уговори, бр. 12/10); Конвенција о праву детета (Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 15/90 и Сл. лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 4/96 и 2/97).

267 Устав Републике Србије (Сл. гласник РС, бр. 98/06); Закон о заштити становништва од заразних болести (Сл. гласник РС, бр. 15/16); Закон о здравственој заштити (Сл. гласник РС, бр. 107/05, 72/09, 88/10, 99/10, 57/11, 119/12, 45/13, 93/14, 96/15 и 106/15); Закон о јавном здрављу (Сл. гласник РС, бр. 15/16); Закон о правима пацијената (Сл. гласник РС, бр. 45/13); Закон о предшколском васпитању и образовању (Сл. гласник РС, бр. 18/10) и Закон о забрани дискриминације.

268 Одлуке Комисије за људска права у предметима *Carlo Boffa and 13 Others v. San Marino*, бр. 26536/95, 15. 1. 1998. године и *Actmanne and Others v. Belgium* бр. 10435/83, 10. 12. 1984. године; пресуда Европског суда за људска права у предмету *Solomakhin v. Ukraine*, представка бр. 24429/03, 24. 9. 2012. године.

Прво, судови су пропустили прилику да баш у овом предмету примене/спроведу тест дискриминације на отворен, јасан, тзв. „школски начин“, образлажући издвојено сваки корак теста, зато што се у пракси често дешава да се оцена неког означеног неједнаког поступања/разликовања/различитог третмана у смислу да ли представља дискриминацију или не, заснива на тзв. нормативном тесту: ако је неједнако поступање/разликовање/различит третман сагласно или има правни основ у одредбама закона или општег акта, онда није дискриминација. Да је тако поступљено у конкретном случају, судови би се за образложење своје одлуке само позвали на члан 32, ставови 2, 3 и 4 Закона о заштити становништва од заразних болести, међутим, исправно нису, већ су отишли корак даље и заправо закључили да су та законска решења сагласна са усвојеним правним стандардима у области људских права у питању, прецизније, у делу који се односи на њихова ограничења.

Друго, намеће се питање зашто судови нису препознали или, ако јесу, зашто то у одлукама нису навели, да је у овом случају радња коју је требало означити као радњу дискриминације заправо – фактичко ускраћивање боравка млт. тужиоцима у Предшколској установи, без обзира што то млт. тужиоци нису навели, иако су се у тужби позвали на члан 19 Закона о забрани дискриминације у коме је „искључење из (васпитно-образовних) установа“ наведено као забрањена радња. Такође, исто питање се може поставити и у вези са дописом од 27. 4. 2018. године, који је означен као акт дискриминације, иако је очигледно да је то акт у коме је, на писани захтев мајке млт. тужилаца, дато образложење (оправдање) за већ учињено ускраћивање боравка деци у Предшколској установи.

Треће, судови нису прихватили *„тјезу тјужилаца да су они били у истој или сличној ситуацији са осталим лицима која су уписана код тјужене ОШ ПУ „Свишвац“ у школској 2017/2018 години.“* Ово је погрешно. У поступку је утврђено: да су млт. тужиоци и друга деца од септембра 2017. године користили васпитно-образовне услуге Предшколске установе (право на образовање), што значи да су били у истој ситуацији, да би у априлу 2018. године Предшколска установа ускратила боравак млт. тужиоцима, због недостављања потврде да су вакцинисани против малих богиња, док су друга деца која су доставила ту потврду наставила да користе те услуге. Дакле, различито су третирана деца по основу вакциналног статуса, тако што је млт. тужиоцима као невакцинисаној деци ускраћен даљи боравак у установи, чиме су стављени у неповољан положај према вакцинисаној деци којима то није ускраћено, због чега се и поставило питање оправданости тог различитог третмана.

Упркос наведеном, са становишта меритума овог спора, може се закључити да су судови у овом врло значајном предмету одговорили задатку, јер се не налазе разлози за критику коначне оцене судова да је било оправдано тражење потврда о вакцинацији млт. тужилаца и с тим у вези да им је оправдано ускраћен боравак у установи, што су била два централна питања овог поступка.

ЛИТЕРАТУРА:

1. Бекер К. (2019) Вишеструка дискриминација жена у Србији и одабраним државама Европске уније: упоредна анализа, Нови Сад: Универзитет у Новом Саду, АЦИМС, Центар за родне студије.
2. Бешић М. (2016) „Грађанска политичка култура: Србија у Европи“, Социолошки преглед, вол. L, бр. 3.
3. Благојевић Хјусон М. (2013) Родни барометар у Србији: развој и свакодневни живот, Београд: UN Women.
4. Cohen Barbara (2004) "Remedies and sanctions for discrimination in working life under the EC anti-discrimination directives"; у: Cormack Janet (ed) *Discrimination in Working Life: Remedies and Enforcement* - Report of the 4th specialised equality bodies experts' meeting, Janet Cormack, Migration Policy Group.
5. Coomber A. (2012) „Strategically litigating equality – reflections on a changing jurisprudence“, *European Anti-Discrimination Law Review*, бр. 15.
6. Dika M. (2011) „Sudska zaštita u diskriminacijskim stvarima“, у: Crnić I. i dr. *Primjena antidiskriminacijskog zakonodavstva u praksi*, Zagreb: Centar za mirovne studije.
7. Грађанке и грађани Србије о родној равноправности: Јавно мњење Србије о родној равноправности (2010), Београд: Институт друштвених наука – Центар за политиколошка истраживања и јавно мњење
8. Ђукић, Л. (2016) „Правна заштита због дискриминације“, Билтен, бр. 3, Врховни касациони суд.
9. Извештај о истраживању јавног мњења „Однос грађана према дискриминацији у Србији“ (2013) Повереник за заштиту равноправности, УНДП, ЦеСИД.
10. Извештај о истраживању јавног мњења „Однос грађана и грађанки према дискриминацији у Србији“ (2016) Повереник за заштиту равноправности, Институт за људска права „Лудвиг Болцман“.
11. Извештај о истраживању јавног мњења „Однос грађана и грађанки према дискриминацији у Србији“ (2019) Повереник за заштиту равноправности.
12. Извештај о стању права детета у Републици Србији из угла деце и младих, (2012) Београд: Центар за права детета.
13. Јовић Д. (2015) „Стварање биполарности и/или мултиполарности на европским периферијама“, у: Вујачић И. и Бељинац Н. (ур.) *Нова Европа и њена периферија*, Београд: Универзитет у Београду, Факултет политичких наука.
14. Крстић И., Маринковић Т. (2016) *Европско право људских права*, Београд: Савет Европе.
15. Марковић М. (1982) *Грађанско процесно право*, књ. 1, св. 2, Ниш: Правни факултет у Нишу.
16. Марковић Милан М. (2014) *Особе са инвалидитетом у Србији*, Београд: Републички завод за статистику.
17. Миграциони профил Републике Србије за 2018, (2018) Влада Републике Србије.
18. Милутиновић Љ., Андрејевић С. (2016) Водич за израду првостепених судских одлука из грађанске материје с освртом на навођење пресуда Европског суда за људска права, Београд: Савет Европе.
19. Однос представника органа јавне власти према дискриминацији у Србији (2018), Повереник за заштиту равноправности.
20. Павловић С. (2012) „Појам дискриминације“, у: Петрушић Н. (ур.) *Судска грађанскоправна заштита од дискриминације*, Београд: Повереник за заштиту равноправности, Правосудна академија.
21. Пајванчић М. (2009) *Коментар Устава Србије*, Београд: Конрад Аденауер.
22. Petrović A. K. (2014) „Problem razlikovanja diskriminacije i zlostavljanja na radu u pravnoj teoriji i praksi Republike Srbije“, *Pravni vjesnik*, br. 2, Osijek: Pravni fakultet Sveučilišta J. J. Strossmayer.
23. Петрушић Н. (2012) „Процесни положај повереника за заштиту равноправности у антидискриминационим парницама“, *Правни живот: тематски број, Право и морал*, бр. 11, том 3, Београд: Удружење правника Србије.
24. Петрушић Н. (2014) „Употреба статистичких података у антидискриминационим парницама“, *Правни живот: тематски број, Право и начело савесности и поштења*, Београд: Удружење правника Србије, 63, бр. 12, том 4.

25. Петрушић Н., Бекер К. (2017) „Дискриминација правних лица: феноменолошке карактеристике и правна заштита”, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 75, Ниш: Правни факултет.
26. Петрушић Н., Грубач М. (2014) „Узајамни однос поступка пред Повереником за заштиту равноправности и других антидискриминационих поступака”, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 66, Ниш: Правни факултет.
27. Петрушић Н., Крстић И., Маринковић Т. (2016) Коментар Закона о забрани дискриминације, Београд: Службени гласник.
28. Петрушић Н., Цветковић М. (2019) „Границе грађанскоправне одговорности послодавца за дискриминаторске акте запослених према трећим лицима“, Право и привреда, бр. 7-9, Удружење правника у привреди Србије.
29. Попис становништва, домаћинстава и станова 2011. у Републици Србији, (2013), Београд: Републички завод за статистику.
30. Посебан извештај о дискриминацији жена (2015), Повереник за заштиту равноправности.
31. Potočnjak Ž., Grgurev I., Grgić A. (2013) „Dokazivanje *prima facie* diskriminacije“, у: *Djelotvorna pravna zaštita u pravičnom postupku, Izazovi pravosudnih transformacija na jugu Evrope*, (ur. Alan Uzelac, Jasnica Garašić, Aleksandra Maganić), Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.
32. Ракић Водинелић В. (2011) „Закон о парничном поступку Србије“, Правни записи, год. II, бр. 2.
33. Рељановић М. (2017) Студија о примени Закона о забрани дискриминације у Србији, Београд: YUCOM – Комитет правника за људска права.
34. Рељановић М., Петровић А. К. (2011) „Шиканозно вршење права, дискриминација и злостављање на раду – Законска регулатива и пракса“, *Правни записи*, год. II, бр. 1, Београд: Правни факултет Универзитета Унион.
35. Rodin, S. (2009) „Dokazivanje diskriminacije i teret dokazivanja u pravu Europske unije“, у: Grgić A., Potočnjak Ž., Rodin S., Selanec G., Šimonović Einwalter T., A. Uzelac A. (2009) *Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije* (ur. Tena Šimonović Einwalter), Zagreb: Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske.
36. Schokman B., Creasey D., Mohen P. (2012) *Short guide – Strategic litigation and its role in promoting and protecting human rights*, Advocates for International Development.
37. Selanec G. (2008) *Analiza Zakona o ravnopravnosti spolova*, Zagreb: CESI.
38. Смернице за стратешке парнице (2018) Београд: Повереник за заштиту равноправности.
39. Спаић Б., Дајовић Г. (2016) Право на образложену пресуду: пракса Европског суда за људска права, Подгорица: Центар за демократску транзицију.
40. Станковић Г. Грађанско процесно право, Прва свеска, Парнично процесно право, Београд.
41. Станковић Г. (2002) „Слободна оцена као метод за процену висине спорне тиражбине“, Правни живот, том IV, бр. 12.
42. Станковић О. (1998) Накнада штете, Београд.
43. *Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice* (2004), European Roma Rights Center, The International Centre for the Legal Protection of Human Rights, Migration Policy Group.
44. Тасић А. (2016) Поступак у парницама за заштиту од дискриминације (докторска дисертација), Ниш: Правни факултет у Нишу.
45. Тасић А. (2018) „Терет доказивања у антидискриминационим парницама на примеру одлуке Врховног касационог суда“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 78, Ниш: Правни факултет.
46. *Tobler C. (2005) Remedies and Sanctions in EC non-discrimination law “Effective, proportionate and dissuasive national sanctions and remedies, with particular reference to upper limits on compensation to victims of discrimination”*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities.
47. Требјешанин Ж. (2002) „Стереотипи о жени у српској култури“, Нова српска политичка мисао, бр. 2.
48. Водинелић В. В. (2012) „Грађанскоправна заштита од дискриминације“, у: Петрушић Н. (ур.) Судска грађанско-правна заштита од дискриминације, Београд: Повереник за заштиту равноправности, Правосудна академија.

49. Вукадиновић Д., Станимировић В. (2017) „Родни односи у Србији у доба транзиције – између еманципације и ретрадиционализације“, у: Студије рода, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
50. Wladasch K. (2015) *The Sanctions Regime in Discrimination Cases and its Effects*, Brussels: Equinet, Ludwig Boltzmann Institut of Human Rights.

ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ СТРАТЕШКИХ ПАРНИЦА ПОВЕРЕНИКА ЗА ЗАШТИТУ РАВНОПРАВНОСТИ

Ауторка

Бранкица Јанковић

Повереник за заштиту равноправности и стратешке парнице

Септембар, 2020

1. ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ СТРАТЕШКИХ ПАРНИЦА

Повереник је на основу члана 46 Закона о забрани дискриминације²⁶⁹ овлашћен да покрене парницу за заштиту од дискриминације када процени да је случај дискриминације стратешки важан и да треба да га изнесе пред суд.²⁷⁰ *То ће најчешће бити у случајевима учесћале и широко распростиране дискриминације, као и оним случајевима који изазивају теже последице за припаднике друштвених група које су изложеније дискриминацији, а код којих постоји потенцијал за остваривање циљева стратешкој парнице.* Повереник тужбу подноси у своје име, уз пристанак лица који мора бити дат у писаном облику. Повереник може тражити да се тужбом: 1) забрани извршење радње од које прети дискриминација; 2) забрани даље вршење дискриминаторне радње или забрана понављања ове радње; 3) утврди да је тужени дискриминаторски поступао и уклоне последице дискриминаторског поступања; 4) да се објави пресуда. Дакле, Повереник не може поднети захтев за накнаду материјалне или нематеријалне штете јер се, пре свега, ради о повреди јавних интереса.

Када одлучује о предметима које ће изнети пред суд, Повереник се руководи ширим циљевима. Повереник покрене и води стратешке парнице у јавном интересу, с циљем доприноса доследном спровођењу закона, унапређењу судске праксе у парницама за заштиту од дискриминације и подизања свести јавности о одређеним питањима. Другим речима, стратешке парнице подразумевају заступање индивидуалних интереса ради остварења ширег друштвеног циља како би се путем судских пресуда остварио већи друштвени утицај и унапредио положај дискриминисаних друштвених група.

Када је конкретно лице изложено дискриминацији, за подношење тужбе Поверенику је потребна писана сагласност тог лица. У овом случају, сагласност лица изложеног дискриминацији за покретање тужбе због дискриминације је једнострана изјава воље којом лице које је изложено дискриминацији изражава своју сагласност и дозвољава Поверенику да покрене парницу и тражи судску заштиту од дискриминације. Дакле, сагласност се даје пре подношења тужбе, а Повереник је тражи онда када идентификује случај као стратешки важан. Међутим, треба нагласити да сагласност нема карактер пуномоћја, јер Повереник упућује тужбу у своје име и у јавном интересу, а не у име лица изложеног дискриминацији. Сагласност није неопходна уколико се чин дискриминације односи на неодређени број лица друштвене групе које повезује неко лично својство.

269 Закон о забрани дискриминације, *Сл. гласник РС*, бр. 22/09 и 52/21.

270 Повереник подиже тужбу пред надлежним судом када процени да је то, с обзиром на околности случаја, целисходно ради остваривања делотворне заштите од дискриминације, унапређење судске праксе у областима које су приоритетне и недовољно развијене у пракси, као и ради подизања нивоа свести јавности о одређеним питањима (члан 34, став 1 Пословника о раду).

2. ЦИЉЕВИ СТРАТЕШКИХ ПАРНИЦА

Различити су и бројни циљеви покретања и вођења стратешких парница који, између осталог, подразумевају решавање распрострањених и евентуално систематских случајева дискриминације, као и попуњавање правних празнина кроз стварање судске праксе.

У сваком конкретном случају може постојати један или више циљева који се желе постићи стратешким парничењем:

- Појаснити одређену законску норму, дати њено судско тумачење;
- Утицати на измене у закону како би се унапредила антидискриминациона заштита;
- Утврдити однос између више антидискриминационих закона;
- Утврдити да ли се антидискриминациони закон односи на неку специфичну ситуацију која није изричито предвиђена законом;
- Указати на неки озбиљан проблем када одређена јавна политика или пракса има негативан утицај на већу групу људи као део шире кампање за правну и друштвену промену;
- Осигурати да се антидискриминациони закон примењује;
- Изменити неадекватну судску праксу;
- Успоставити правни преседан који ће омогућити бољу заштиту права за сва лица.

Како се развијала судска пракса и Повереник разматрао све већи број притужби тако су се и циљеви који се желе постићи стратешким парницама допуњавали. Примера ради, у редовним годишњим извештајима Повереника до 2016. године наводи се да Повереник покреће и води ове парнице у јавном интересу са циљем да својом процесном активношћу, као тужилац у парници, допринесе доследној примени прописа и унапређењу правне праксе, да додатно охрабри и подстакне жртве дискриминације на покретање антидискриминационих парница, као и да правно едукује и сензибилише јавност за проблем дискриминације. Поред тога, циљ Повереника је да својом процесном активношћу издејствује доношење повољних судских пресуда којима се поред пружања правне заштите дискриминисаним лицима, упућује и јасна порука јавности да је дискриминација забрањена и да се делотворно кажњава. Од 2016. године, поред до тада наведених циљева у редовном годишњем извештају Повереника за заштиту равноправности указано је да сврха стратешких парница треба да буде и обезбеђење правилног тумачења или правилне примене антидискриминационих прописа, те самим тим да се путем судске праксе појасне одредбе одређеног прописа или да се путем ове праксе укаже на то да је одређени пропис потребно изменити, допунити односно унапредити. Ова улога стратешких парница посебно је значајна у системима који, као и Република Србија, немају дугогодишњу праксу заштите од дискриминације.

3. ОКОЛНОСТИ И ИЗАЗОВИ У ВОЂЕЊУ СТРАТЕШКИХ ПАРНИЦА

Пре покретања стратешке парнице треба размотрити неколико веома важних питања како би вођење парнице испунило своју сврху. Нека од тих питања су следећа:

- Шта се у конкретном случају тачно догодило? Да би се одговорило на ово питање потребно је располагати чињеницама које морају бити поткрепљене доказима. Посебно треба водити рачуна да постоји ризик да је перцепција особе која сматра да је изложена дискриминацији обојена претходним негативним искуствима, што имплицира да таква перцепција може бити нетачна или претерана.
- Шта је узрок неједнаког третмана? Да би се одговорило на ово питање важно је идентификовати правог упоредника или имати статистичке податке како би се утврдило да се ради о неједнаком третману које је засновано на неком личном својству. Неки случајеви представљају неправду, али нису дискриминација. Такође, уколико јесте случај дискриминације треба размишљати о потенцијалним легитимним циљевима који, ако су пропорционални, воде оправдању неједнаког третмана.
- Зашто је то што се догодило проблематично са правне тачке? Одређено питање или није било разматрано пред домаћим судовима те је потребно установити правно тумачење или је неадекватно тумачено па је покушај стратешке парнице да измени постојећу праксу снагом аргумената који су кохерентни, поуздани и убедљиви. Чак иако не успе у томе, независно тело може наставити са јавним заговарањем како би се временом пракса изменила.
- Које јавне политике треба узети у обзир? Добро разумевање друштвених, политичких и економских фактора који утичу на питања у случају и жељени исход су од суштинског значаја за утврђивање да ли је случај стратешки јак или слаб. Суд може имати резерве према случају, што такође зависи од ширег друштвеног контекста и односа према припадницима одређених група (то лако може бити случај нпр. са припадницима ЛГБТ популације).

Бројни су изазови у вођењу стратешких парница. Они се временом могу мењати, због чега је важно пратити судску праксу и то не само у односу на стратешке парнице које води Повереник, већ и у односу на осталу праксу судова. Законом о изменама и допунама Закона о забрани дискриминације надлежност Повереника је проширена у смислу вођења евиденције о заштити од дискриминације како би се сагледало стање у области заштите од дискриминације. Евиденцију чине подаци о предметима насталим у раду Повереника и подаци о анонимизованим правноснажним пресудама и одлукама донетим у вези са дискриминацијом и повредом начела једнакости које судови достављају Поверенику. Овим законом уведена је дужност судова да воде евиденцију о правноснажним пресудама и одлукама донетим у парницама за заштиту од дискриминације, о правноснажним пресудама и одлукама донетим у прекршајним поступцима због повреде одредаба којима се забрањује дискриминација и о правноснажним пресудама и одлукама донетим у кривичним поступцима за кри-

вична дела која су у вези са дискриминацијом и повредом начела једнакости.²⁷¹ Закон о изменама и допунама Закона о забрани дискриминације ступио је на снагу 1. јуна 2021. године и још увек није истекао рок за доношење подзаконских аката којима ће се уредити начин вођења евиденције. Ове измене закона ће имати вишеструки значај нарочито у погледу праћења донетих судских одлука, као и анализе делотворности ове заштите.

Један од основних изазова у раду Повереника је недовољно разумевање улоге овог независног државног органа. Овде се посебно мисли на мишљења Повереника дата у поступку по притужби, која иако нису обавезујућа за суд треба да имају одговарајућу тежину и доказну снагу.

Изазов у раду Повереника у овом домену свакако представља притужба грађана која треба да испуни услове за тзв. стратешку парницу. Такође, као проблем намеће се прибављање доказа за прво рочиште на ком сви докази, у складу са законом, треба да буду представљени суду. Повереник, као странка у поступку, мора учинити вероватним да је до дискриминације дошло у конкретном случају.

Поред тога, понекад је проблем и прибављање сагласности лица које је претрпело дискриминацију, из различитих разлога, попут страха, неповерења.

Да би се остварила сврха и циљ који се жели постићи стратешким парницама потребно је пажљиво анализирати сваки случај и све доказе пре подношења тужбе.

4. АНАЛИЗА СТРАТЕШКИХ ПАРНИЦА ИЗ ПРАКСЕ ПОВЕРЕНИКА ЗА ЗАШТИТУ РАВНОПРАВНОСТИ

Повереник за заштиту равноправности покренуо је укупно 18 стратешких парница и већина њих је правноснажно окончана. Од овог броја, осам тужби је поднето због дискриминације на основу припадности ромској националној мањини, три су поднете због дискриминације на основу пола, по једна тужба је поднета због инвалидитета и сексуалне оријентације, док је пет тужби поднето због дискриминације по више основа. Од 18 парница, осам је правноснажно окончано у корист Повереника. У два предмета је Повереник повукао тужбу јер је у оба предмета дискриминатор отклонио повреду (у једном предмету је укинута спорна одлука, а у другом је измењен правилник који је и био повод за тужбу). У једном случају прекинут је поступак пошто је тужени брисан из регистра привредних друштава, док је у пет случајева одбијен тужбени захтев. Два поступка су још увек у току.

У току 2019. године, имајући у виду учесталост дискриминације жена у вези са трудноћом и родитељством на тржишту рада, Повереник је покренуо стратешку парницу у области рада и запошљавања на основу пола, породичног статуса и позивања на одговорност запослене. Тужба је под-

271 Чланови 40а и 40б Закона о забрани дискриминације, Сл. гласник РС, бр. 22/09 и 52/21.

нета из разлога што је послодавац дискриминисао запослену у току трајања трудноће, породилског одсуства и одсуства са рада ради неге детета, на основу пола и породичног статуса, као и због позивања на одговорност, односно виктимизације након обраћања запослене Поверенику, инспекцији и медијима. У току 2020. године, како због кризе изазване коронавирусом тако и због чињенице да овај инокосни орган није имао повереника скоро више од шест месеци, није било покренутих стратешких парница.

Презентовано је пет покренутих стратешких парница и њихови исходи, имајући у виду да су поједини предмети већ обрађени у другим деловима текста, као и са аспекта актуелности и типичних повреда начела једнакости.

4.1. Дискриминација по основу пола у области запошљавања

Повереник је покренуо стратешку парницу против ланца пицерија јер је објавио оглас за посао следеће садржине: „Желите ли да постанете део „Ц.“ тима ... потребне девојке за рад на шалтеру“. Оглас је истакнут на три продајне локације у Београду и Земуну, у периоду од марта до маја 2012. године. Наведени оглас је био повод да двојица добровољних испитивача дискриминације²⁷² провере да ли се мушкарци дискриминишу у пракси. Они су обишли сва три продајна места и увидели да у њима раде искључиво особе женског пола, на радном месту продавачице или на пословима припремања хране. Један добровољни испитивач дискриминације је покушао и да се пријави за радно место продавца, али је његова пријава одбијена и речено му је да је политика компаније да запошљава само жене. У другом продајном објекту су на разговор за посао позвали само сестру добровољног испитивача дискриминације, а не и њега, јер примају само девојке. За трећи продајни објекат је један од добровољних испитивача дискриминације покушао да се јави за посао телефоном, али му је и овом приликом речено да имају лоше искуство са мушкарцима и да запошљавају само жене. Повереник је у тужби навео да је објављивањем овог огласа извршена непосредна дискриминација по основу пола у области запошљавања. Указано је да родна равноправност претпоставља да мушкарци и жене имају једнаке могућности за остваривање људских права, што је један од основних услова за постојање демократског друштва. Дискриминација је забрањена у свим фазама радног односа почев од услова за запошљавање, избора кандидата/киња, напредовања на радном месту, све до отказа уговора о раду.

Први основни суд у Београду²⁷³ је одбио захтев Повереника, да је објављивањем наведеног огласа извршена дискриминација, као неоснован. Првостепени суд је одлуку донео базирајући се на два разлога: процедуралном и суштинском. Прво, суд је пронашао да је прикупљање података супротно члану 46, ставови 3 и 4 Закона о забрани дискриминације јер је добровољни испитивач дискриминације (тестер) дужан да о намераваној радњи обавести Повереника, односно да га извести у писаном облику, осим ако околности то не дозвољавају, што овде није био случај. Што се дру-

272 Закон о забрани дискриминације увео је у правни систем Републике Србије институт добровољног испитивача дискриминације (чл. 46). С обзиром на то да у судском и другим поступцима доказивање дискриминације стандардним доказним средствима не даје задовољавајуће резултате, законом је успостављен посебан метод добровољног испитивања дискриминације (ситуационо тестирање - више на: <http://ravnopravnost.gov.rs/prirucnik-za-situaciono-testiran%d1%98e-diskriminacije-cir/>).

273 Први основни суд у Београду, 63 П. 16956 од 7. 3. 2013.

гог аргумента тиче, суд се ослонио на наводе туженог у свом одговору на тужбу да је поступао у складу са Националном стратегијом за запошљавање која објашњава да су на тржишту рада Републике Србије жене највећа рањива група, те је на тај начин спроводио позитивну дискриминацију која не може бити санкционисана. Суд је заузео став да дајући предност припадницама женског рода као радницама у малопродајним објектима припреме и продаје хране, тужени није дискриминисао мушкарце којима је доступан неупоредиво већи број расположивих послова које послодавци добрим делом због условљености жена природном репродуктивном функцијом, знатно чешће запошљавају и којима ни тужени у конкретном случају није ускратио право на рад, то јест могућност да се запосле у његовом сектору везаном за производњу хране. Суд се позвао на члана 22, став 1 Закона о раду који не сматра дискриминацијом прављење разлика, искључивање или давање првенства када то захтевају природа посла или услови у којима се он обавља.

У жалби Апелационом суду у Београду Повереник је оспорио налазе из пресуде и истакао да је тужени учинио акт дискриминације самим објављивањем огласа из ког недвосмислено произлази да је тужени извршио непосредну дискриминацију по основу пола. Повереник је навео и да према члану 46, став 4 Закона о забрани дискриминације добровољни испитивач дискриминације самоиницијативно и добровољно одлучује да спроведе испитивање дискриминације како би проверио да ли се одређено лице дискриминаторно понаша и такву праксу учини видљивом, док Повереник не пружа никаква упутства нити упућује на испитивање дискриминације. Задатак Повереника је само да прими обавештење од лица која намеравају да спроведу испитивање дискриминације, као и извештај о резултатима испитивања. Повереник је посебно оспорио позивање на члан 22, став 1 Закона о раду јер тужени није давао предност припадницама женског пола, већ је потпуно ускратио право мушкарцима да конкуришу за посао и да се запосле. Повереник је током поступка више пута указивао да је стереотипна подела послова према полу у пракси честа појава, да је уврежено схватање да неки послови „природно” припадају одређеном полу и да је оваква „политика компаније” забрањена законом.

Апелациони суд у Београду²⁷⁴ је преиначио пресуду Првог основног суда и заузео став да из саме садржине објављеног огласа несумњиво произлази да је тужени јавним оглашавањем посла направио разлику по полу нудећи радно ангажовање само младим особама женског пола - девојкама, чиме је извршио непосредну дискриминацију. Тако за утврђивање постојања дискриминације постаје беспредметно што тестери нису унапред обавестили Повереника о намераваној радњи. Суд је одбацио и налаз да се ради о спровођењу „позитивне дискриминације”, јер „посебне мере прописане одредбом члана 14 Закона о забрани дискриминације, односно посебне мере за постизање равноправности полова из одредбе члана 7 Закона о равноправности полова послодавци не могу предузимати према сопственој процени, већ у складу са конкретним актом јавне власти којим су дефинисани однос, односно структура послова и њихово учешће приликом запошљавања на одређена радна места, а у супротном, без таквог посебног акта јавне власти, спровођење оваквих мера представљало би арбитрарно поступање послодавца без озбиљне анализе стања на тржишту рада, те се у том смислу не би могло утврдити у којој мери, односно у ком проценту је неопходно да буде заступљена одређена група.”

274 Апелациони суд у Београду, Гж. бр. 5012/2013, пресуда од 19. 7. 2013.

Ова пресуда је потврђена од стране Врховног касационог суда²⁷⁵ који је одбио захтев за ревизију другостепене пресуде и пронашао да је другостепени суд, правилном применом материјалног права, закључио да је тужени наведеним поступањем извршио акт непосредне дискриминације на основу пола. Врховни касациони суд исправно заузима став да „мере за спровођење позитивне дискриминације не могу предузимати појединци према сопственој процени, јер би такво поступање било арбитрарно, већ у складу са актом надлежног органа јавне власти који би дефинисао структуру полова и њихово учешће приликом запошљавања на одређена радна места, а у складу са претходно обављеном анализом одређене области, односно у конкретном случају одређеног дела тржишта рада.”

4.2. Дискриминација по основу здравственог стања и инвалидитета у области рада

Повереник за заштиту равноправности поднео је тужбени захтев против послодавца који је отказао уговор о раду А. А. на основу здравственог стања и инвалидитета, чиме је учинио непосредну дискриминацију. А. А. је била запослена на радном месту продавца касирке од 2002. године. Средином 2011. године се разболела и констатовано јој је хематолошко обољење, хронична леукемија. Током првих шест година само је два пута била на краћим боловањима од по 15 дана. Током 2015. године урађена је експертиза у Институту за медицину рада, где је констатован поремећај здравственог стања који трајно и битно умањује радну способност осигуранице, да због хематолошког обољења постоји смањена толеранција на физичка оптерећења и напрезања и да није способна за сменски, продужени и ноћни рад. Статус особе са инвалидитетом које се запошљава под општим условима јој је констатован у мишљењу и оцени радне способности Комисије органа вештачења Републичког фонда за пензијско и инвалидско осигурање. Утврђено је да је способна за рад у свом занимању које би обављала у преподневној смени. Почетком 2017. године решењем донетим од стране директора туженог, А. А. је отказан уговор о раду. У решењу је наведено да јој престаје радни однос јер је престала потреба за обављањем посла касирке због организационих промена код послодавца, немогућности запослене услед здравственог стања да више обавља овај посао и немогућности послодавца да примени мере за запошљавање вишка запослених применом члана 155, став 1, тачка 5 Закона о раду, тј. да запослену премести на друге послове, упути на рад код другог послодавца нити постоје послови за које би послодавац могао да понуди запосленој анекс уговора о раду за обављање лакших послова са непуним радним временом, као ни послова за које би се запосленој могла понудити преквалификација или доквалификација, а све у циљу смањења трошкова пословања. У образложењу решења се наводи да су остали запослени на месту касира преузели њен посао у потпуности у току трајања друге смене, а услед достављене њене медицинске документације да није у могућности да обавља посао ни у првој смени, те да се мора пребацити на друге лакше послове какве послодавац није у могућности да јој понуди.

Повереник је у тужби навео да отказом уговора у раду због здравственог стања и инвалидитета у чијем образложењу тужени даје себи за право да супротно налазу и мишљењу Комисије утврди да

275 Врховни касациони суд, Рев 872/2014, пресуда од 10. 2. 2014.

А. А. није способна да посао обавља ни у првој смени, тужени свим запосленим радницима упућује јасну поруку - да ће уколико се разболе добити отказ. Ово је тужени и истакао у свом изјашњењу Поверенику за заштиту равноправности у поступку по притужби у ком је наведено да код овог послодавца нема простора за запослене који имају здравствени проблем да обављају свој посао. Послодавац је недвосмислено показао овакав став јер је након уочених организацијских проблема А. А. могао да врати у већи објекат у коме је лакше организовати њен рад само у првој смени и на тај начин поступи у складу са законом тј. обезбеди обављање послова према њеној радној способности.

Тужени је оспоравао наводе из тужбеног захтева, наводећи да је А. А. отказан уговор о раду јер је престала потреба за обављањем њеног посла услед организационих промена код послодавца.

Поступајући по тужби Повереника, Виши суд у Београду²⁷⁶ усвојио је тужбени захтев Повереника и наложио туженом да објави ову пресуду о сопственом трошку у једном дневном листу са националним тиражом који се дистрибуира на територији читаве државе, у року од пет дана од дана пријема писменог отправака пресуде. Суд је поклатио поверење исказу сведокиње А. А. јер је дат на јасан, доследан, уверљив, искрен и конзистентан начин. Суд је утврдио да њој није престао радни однос због организационих промена код послодавца, већ због тога што туженом није одговарало да има запосленог који може да ради само у првој смени, иако је био у могућности да такав рад организује. Суд је узео у обзир да је и након њеног отказа остао исти број запослених на месту касира, као и да је само она била проглашена технолошким вишком, те да је у решењу о отказу послодавац навео и да услед здравственог стања није у стању да обавља свој посао. Суд је утврдио да је послодавац поступајући на овај начин, А. А. ставио у неповољнији положај у односу на остале запослене, чиме је извршио непосредну дискриминацију на основу њеног личног својства: здравственог стања и инвалидитета. Посебно је важно да је наглашено да је она учинила вероватним да је тужени извршио акт дискриминације, док он није доказао супротно.

Апелациони суд у Београду²⁷⁷ је преиначио пресуду првостепеног суда, одбио тужбени захтев Повереника и наложио накнаду трошкова парничног поступка и поступка по жалби. Апелациони суд је заузео став да нема основа за закључак да је тужени користећи лично својство А. А. отказом уговора о раду извршио акт дискриминације. Суд ово закључује јер је, да би било речи о дискриминацији, потребно неједнако поступање у оквиру исте категорије лица, што овде није био случај. Суд у пресуди даље наводи да отказ уговора о раду не представља дискриминацију већ поступање које је у складу са законом и подзаконским прописима из области радног права. По оцени Суда, да би разлика била оправдана, мора бити заснована на разумно прихватљивом разлогу као оправдање за различито поступање у датој ситуацији. Апелациони суд налази да нема чињеничне потврде да је А. А. била стављена у неповољнији положај у односу на друге запослене.

На ову пресуду Повереник је изјавио ревизију због погрешне примене материјалног права. Прво је наглашено да то што А. А. има статус особе са инвалидитетом која се запошљава под општим условима, никако не значи да нема инвалидитет и да је послодавац може третирати на једнак начин

276 Виши суд у Београду, 15 П1 бр. 109/17, пресуда од 24. 2. 2020.

277 Апелациони суд у Београду, Гж1 2129/20, пресуда од 1. 9. 2020.

као особу која нема инвалидитет. Другим речима, њен статус као особе са инвалидитетом не може се тумачити на њену штету у остваривању права из радног односа и очувања њеног здравља. Повереник је посебно оспорио став Апелационог суда да је потребно да се ради о неједнаком поступању у оквиру исте категорије лица да би било речи о дискриминацији. Повереник је указао да овакав став није у сагласности ни са домаћом судском праксом нити са праксом Европског суда за људска права, јер је дискриминисано лице увек оно које поседује неко лично својство (здравствено стање, инвалидитет и друго), док је упоредник најчешће лице из опште популације које то лично својство не поседује. Напротив, непосредну дискриминацију карактерише управо неједнак третман људи у истој или сличној ситуацији, док посредну дискриминацију карактерише једнак третман особа које нису једнаке, односно не налазе се у истој ситуацији. Повереник је навео да сматра да је Апелациони суд заузео погрешан став да А. А. треба једнако третирати као и остале запослене, без обзира на степен инвалидитета или здравствено стање јер на овај начин не би постојала дискриминација ни у случају када, услед архитектонских баријера, особа која користи колица не може да уђе у објекат, са образложењем да су врата објекта отворена за све и да сви треба да имају исти третман.

Врховни касациони суд је усвојио ревизију Повереника за заштиту равноправности и преиначио пресуду Апелационог суда тако што је одбио жалбу туженог и потврдио пресуду Вишег суда у Београду.²⁷⁸ У образложењу пресуде Врховног касационог суда се поред осталог наводи да у конкретном случају А. А. није проглашена технолошким вишком услед стварних организационих промена код послодавца учињених у циљу смањења трошкова пословања и рационализације посла, већ услед тога што туженом није одговарало да има запосленог који може да ради само у првој-преподној смени, иако је био у могућности да такав рад организује за А. А. До стварних организационих промена код туженог није дошло, јер је у објекту туженог у коме је радила А. А. остао исти број запослених на радном месту продавац-касир и након проглашења А. А. технолошким вишком, те како је код туженог остао исти број запослених на том радном месту није заиста престала потреба за обављањем наведеног посла. Тужени је злоупотребио право да запосленог прогласи технолошким вишком и то је учинио тако што је на радном месту продавац-касир фактички запослио нову особу пре проглашења А. А. технолошким вишком, док је новозапосленог означио да ради на радном месту другог назива, а потом пустио А. А. – особу са инвалидитетом, само из разлога што тужени, како је сам навео „нема простор да на самом почетку пословања има запослене који имају здравствени проблем да обављају свој посао“.

4.3. Дискриминација по основу пола и породичног статуса у области рада

Повереник је поднео тужбу због дискриминације на основу пола и породичног статуса у области рада. А. А. је од 2007. била радно ангажована код послодавца на основу уговора на одређено време, а од априла 2018. на основу уговора о раду на неодређено време. У јануару 2018. остала је у другом стању, а послодавац је у јуну исте године приморао да потпише бланко споразум о престанку радног односа. Она је упркос дијагнози високо ризичне трудноће радила до законског одласка на

278 Врховни касациони суд Рев2 3459/2020, пресуда од 25. 2. 2021.

породиљско одсуство. Тужба је поднета из разлога што је послодавац дискриминисао запослену у току трајања трудноће, породилског одсуства и одсуства са рада ради неге детета, на основу пола и породичног статуса тако што је у току трајања трудноће ученио потписивањем бланко споразума о престанку радног односа, тражио да сама дâ новац за уплату доприноса, нередовним и нецеловитим уплаћивањем доприноса због којих је отежано остваривала право на здравствену заштиту и боловање, ускраћивањем права из радног односа, као што је право на плаћено одсуство због одласка код лекара, као и на накнаду зараде прописану Законом о финансијској подршци породици са децом. Поред тога активирањем бланко споразума о престанку радног односа, односно одјаве са осигурања, након пријаве инспекцији, обавештавања јавности и подношења притужбе за заштиту од дискриминације, додатно је стављена у лошији положај у периоду трајања породилског одсуства и одсуства са рада ради неге детета, чиме је послодавац извршио и посебан облик дискриминације – позивање на одговорност из члана 9 Закона о забрани дискриминације. Повереник је тражио и усвајање привремене мере имајући у виду да неусвајањем ове мере може настати ненадокнадива штета по мајку и дете у смислу остварења њених права из радног односа и материјалне егзистенције. Виши суд у Београду је решењем одбио предлог Повереника за одређивање привремене мере којим је тражено да суд наложи туженом да одмах, а најкасније у року од 15 дана од дана пријема решења којим се одређује привремена мера да А. А. пријави на осигурање код РФ ПИО у непрекидном трајању од датума заснивања радног односа на неодређено време, под претњом принудног извршења.²⁷⁹ Суд је одбио овај предлог јер тужбеним захтевом Повереник не тражи, сходно члану 43, став 1, тачка 3 Закона о забрани дискриминације и члану 43, став 1, тачка 5 Закона о равноправности полова извршење радње ради уклањања последица дискриминаторског поступања. Суд је констатовао и да се пријава осигурања код РФ ПИО по налогу суда може извршити накнадно. Повереник је поднео приговор на ово решење, али је Виши суд у Београду новим решењем одбио овај приговор као неоснован.²⁸⁰

Виши суд у Београду је исказу А. А. у целости поклонио веру с обзиром да је суду деловала јасно и убедљиво у сагласности са свим писаним доказима који постоје у списима. Суд је одбио навод туженог у одговору на тужбу да постоји правни интерес тужиоца за подношење ове тужбе јер је поступак у парници покренуо Повереник као активно легитимисано лице на основу члана 46 Закона о забрани дискриминације и члану 43, став 2 Закона о равноправности полова. Тако је суд установио ни да нема литиспенденције са предметом Првог основног суда у Београду јер се не ради о истом правном основу по коме се судска заштита тражи нити о истим странкама. Ову тужбу је поднела А. А. и тужбени захтев се односи на поништај споразума о престанку радног односа закљученог између послодавца и А. А. из 2018. године, враћање запослене на рад и исплата зарада и доприноса на основу зараде. Суд је донео пресуду којом је утврдио да је тужени извршио акт дискриминације на основу пола и породичног статуса у области рада и запошљавања стављањем А. А. у неоправдано неповољнији положај, зато што је у току трајања трудноће, породилског одсуства и одсуства са рада ради неге детета:

279 Виши суд у Београду, 19 П 1 бр. 119/19, решење од 31. 1. 2020, исправљен решењем од 10. 2. 2020.

280 Виши суд у Београду, 3 ПвП - 1-20, решење од 13. 2. 2020.

- уценио трајање радног односа потписивањем бланко споразума о престанку радног односа;
- тражио да лично обезбеди средства за доприносе;
- ускратио јој права и плаћено одсуство због одласка код лекара током трудноће;
- нередовним и нецеловитим уплаћивањем доприноса отежао остваривање права на здравствену заштиту и боловање;
- активирањем бланко споразума о престанку радног односа, односно одјавом са осигурања код РФ ПИО, након пријаве Инспекторату за рад, обавештавања јавности и поднете притужбе за заштиту од дискриминације Поверенику. Туженом је наложено да о свом трошку објави изреку пресуде у листу са националном покривеношћу, у року од 15 дана од достављања преписа пресуде.²⁸¹

Апелациони суд у Београду²⁸² је укинуо пресуду Вишег суда у Београду и вратио предмет првостепеном суду, ради поновног суђења. Апелациони суд сматра да првостепени суд није дао довољне и јасне разлоге због чега сматра да је А. А. дискриминисана и у чему се то огледа, у ситуацији као у конкретном случају када се не може прихватити став првостепеног суда да је А. А. „уцењена“ потписивањем бланко споразума о престанку радног односа, а имајући у виду чињеницу да запослена ужива апсолутну заштиту у ситуацији када траје социјална заштита због трудноће, породичног одсуства са рада, одсуства са рада због неге детета и посебне неге детата. Даље, суд налази да није појашњено да ли се и када А. А. обраћала туженом као послодавцу ради одласка на лекарске прегледе, а да јој је тужени ускратио право на плаћено одсуство због одласка код лекара током трудноће, као ни у чему се огледа отежано остваривање права на здравствену заштиту и боловање нередовним и нецеловитим уплаћивањем доприноса, с обзиром да је тужени пружио доказе о поднетим пореским пријавама у којима је констатовано да су уплате доприноса извршене. Такође, суд сматра да је нејасно да ли је бланко споразум о престанку радног односа активиран након пријаве Инспекторату за рад, обавештавања јавности и поднете притужбе за заштиту од дискриминације, а имајући у виду моменат обраћања инспекторату за рад и разлоге те одјаве са осигурања.

Виши суд у Београду је након одржане главне расправе и изведених доказа донео пресуду којом је утврдио да је тужени извршио акт дискриминације на основу пола и породичног статуса у области рада и запошљавања стављањем А. А. у неоправдано неповољнији положај.²⁸³ На наведену пресуду тужени је изјавио жалбу, поступак је у току.

4.4. Дискриминација по основу пола и сексуалне оријентације у области медија

Тужбом против аутора текста од 8. новембра 2017. године Повереник је покренуо поступак пред Вишим судом у Новом Саду због дискриминације на основу пола и сексуалне оријентације. У тужби је наведено да тужени у тексту „Насиље у породици и насиље над породицом“ шаље поруку да заштита од насиља у породици није оправдана у свим случајевима, него да треба да буде селек-

281 Виши суд у Београду, 19 ПП бр. 119/19, пресуда од 24. 9. 2020.

282 Апелациони суд у Београду, Гж1 3738/20, пресуда од 15. 1. 2021.

283 Виши суд у Београду, 19 ПП бр. 119/19, пресуда од 26. 4. 2021.

тивна, односно у зависности од тога да ли је жена јака или слаба, нервозна, мушичава или добро расположена, да ли има љубавника или не, да ли зарађује или је издржавана, да ли је у брак унела неку имовину или се уселила у мужев стан и итд. У тужби је поред осталог наведено да је став да само „слаби“ заслужују заштиту, тј. да жене заштиту заслужују само ако су „слабе“, базиран на стереотипима и генерализацији улоге жена, које из разлога што су жене, нужно морају бити и слабије како би уживале заштиту. Тужени је у свом тексту Закон о спречавању насиља у породици назвао законом о насиљу у породици. Тужени у наведеном тексту квалификује ЛГБТ популацију и активности које они организују у виду шетњи, као и сексуалност која је другачија од хетеросексуалне, као „примитивне“, „насилничке“ и „простачке“. Такође, текстом јавно заговара, односно имплицира ограничавање права на слободу кретања и окупљања овој друштвеној групи, као и права на заштиту која су гарантована међународним прописима као права која припадају сваком појединцу без дискриминације. У одговору на тужбу, аутор је истакао да је његов текст рационална и одмерена оцена сврхе закона, а не позив на његову промену, да тужилац дописује и учитава значења његовом тексту и речима, те да му смета било чије јавно излагање сексуалности. У тужби је Повереник указао на ранију праксу суда у случајевима у којима је у сличним ситуацијама утврђивана дискриминација.

Виши суд у Новом Саду је донео пресуду у којој је утврдио да је аутор наведеним текстом извршио акт дискриминације жена на основу пола и акт дискриминације припадника ЛГБТ популације на основу сексуалне оријентације.²⁸⁴ Суд се није сложио са наводима аутора и пресудио је да је аутор текста „изразио идеје и ставове који су узнемирујући и понижавајући, којима се вређа достојанство и подстиче дискриминација и мржња“ против две наведене групе. Иако је суд оценио да тужени има право на изражавање свог мишљења, истакао је да као јавна личност и као неко ко има нарочито важну друштвену улогу јер се бави предавањем и професуром, мора саопштавати идеје, ставове и мишљења на начин који неће стварати подлогу и могућност за увредљиву и понижавајућу атмосферу према било којој групи, за вређање угледа, части и права других лица и друштвених група.

Ову одлуку је преиначио Апелациони суд у Новом Саду²⁸⁵ који је у образложењу пресуде истакао да изјаве у конкретном тексту не препоручују да се поступа дискриминаторно према женама или ЛГБТ припадницима и да не позивају на насиље и не подстичу на мржњу, нити садрже чињеничне тврдње, већ вредносни суд аутора због чега се не могу сматрати дискриминаторним. Такође, Суд је заузео став да сам предметни текст не представља говор мржње или позив на насиље уперен против жена и припадника ЛГБТ јер није објављен у напетом социјалном амбијенту, при чему се Суд није осврнуо на узнемиравајуће и понижавајуће поступање као облик дискриминације прописан законом. Суд се није осврнуо ни на статистичке податке о броју убијених жена у породичном насиљу. Поводом чињенице да је текст објављен пред Прајд викенд и Параду поноса које су одржане 2017. након објављивања спорног текста, Суд је констатовао да то не значи да је споран текст објављен у време постојања социјално напетог амбијента јер је одржавање манифестације унапред позната и очекивана медијска тема, са тенденцијом опадања медијске актуелности. У пресуди Суд наводи да демократско друштво подразумева слободан проток свих врста мишљења и информа-

284 Виши суд у Новом Саду, ИИ. 1344/2017, пресуда од 8. 5. 2018.

285 Апелациони суд у Новом Саду, Гж. 3576/18, пресуда од 17. 10. 2018.

ција, те се у конкретном случају не може сматрати дискриминацијом ЛГБТ припадника изношење негативног става о њиховом начину организовања и пријављеног окупљања. Суд даље закључује да је тужени изнео негативан критички став о појави њиховог масовног окупљања у контексту социолошких узрока за пораст обима насиља у породици, а избор оштријих речи које је том приликом употребио не може се сама по себи сматрати дискриминацијом.

Ову одлуку је потврдио и Врховни касациони суд.²⁸⁶ Тако је Врховни касациони суд заузео став да аутор текста није вређао припаднике другог пола или другачије сексуалне оријентације, већ да је изнео свој вредносни суд о квалитету Закона о спречавању насиља у породици, као и недоличном понашању одређених чланова ЛГБТ-и популације приликом одржавања Параде поноса. Суд посебно наглашава значај слободе изражавања за опстанак и развој демократског друштва, али иако тврди супротно, одступа од своје раније праксе да право на критику није неограничено.²⁸⁷ Суд закључује да је „очигледно» шта је био циљ туженог и да то није била намера вређања, иако није јасно на који начин је Суд испитао намеру туженог, нарочито имајући у виду да за постојање дискриминације намера није правно релевантна. Такође, у пресуди суд није образложио одступање од раније судске праксе у сличним случајевима у којима је, за разлику од овог случаја, утврдио дискриминацију.

4.5. Дискриминација по основу националне припадности

Повереник је поднео тужбу због непосредне дискриминације на основу припадности националној мањини јер је у периоду од 5. до 8. новембра 2016. у Крушевцу непосредно уз ромско насеље, а паралелно са улицом подигнут бетонски зид тако да је ромско насеље фактички ограђено. Поред овог зида подигнут је и зид са десне стране насеља, гледано из правца раскрснице на којој се налази кружни ток. Подигнути зид има четири улаза/излаза предвиђена за возила, а на појединим местима удаљен је само 1 м од стамбених објеката у насељу. Појединим домаћинствима која се налазе непосредно уз сам зид затворен је пролаз за аутомобиле због чега су принуђени да их паркирају на улици изван насеља. Радове на изградњи зида финансирао је ЈП П.С. на основу пројектне документације коју су добили од ЈП Д.К., а радове је извело АД К. Град Крушевац је дописом потврдио да је државни пут поверен на управљање ЈП П.С., да сви инвестициони, санациони и други радови морају бити уз његово одобрење и дозволу, да је ограничење брзине на кружном току 40 km/h и да су у непосредној близини ромског друга два насеља, која имају звучну изолацију у виду степенастог зеленог растиња. Повереник је, између осталог, навео да се преко пута налази неромско насеље поред ког пролази пут исте категорије, фреквентности и са истим ограничењем брзине, међутим на том делу пута није изграђен ни звучни нити ободни зид. Поставља се питање да, ако се ради о ободном зиду са намером да заштити грађане на који начин је та функција остварена, с обзиром да зид раздваја тротоар дуж улице на два дела, чиме се ширина тротоара који се налази непосредно поред пута смањила, а сам зид на одређеним местима отежава приступ возилима хитне помоћи и ватрогасне службе што угрожава безбедност становника насеља, док деца кроз отворе на зиду и даље имају директан при-

286 Врховни касациони суд, Рев 195/2019, пресуда од 29. 1. 2020.

287 Видети Врховни касациони суд, Рев 1855/2017, пресуда од 30. 6. 2020.

ступ саобраћајници. Уколико је намера била сигурност становника насеља и учесника у промету, стиче се утисак да је могла бити врло лако решена постављањем непрекидне ниске металне оgrade дуж ивице тротоара и пута Б., која не би затварала насеље нити смањивала ширину тротоара, а спречила би истрчавање деце на пут, као и непрописно паркирање. Повереник је у тужби навео да, ако је у питању звучна изолација, такве преграде су могле бити сачињене од транспарентних панела или у виду степенастог зеленог растиња, као што је то учињено код других неромских насеља. Поједине куће које су најсиромашније и у најлошијем стању потпуно су заклоњене зидом, док се улази и излази налазе на капијама већих кућа, које су у бољем стању. Указано је да су се у медијима појавиле информације да се ромско насеље налази преко пута будућег насеља, где ускоро почиње изградња тржног центра и станова, те да је мотив подизања зида управо изградња овог комерцијалног стамбеног комплекса. Тужбени захтеви били су следећи:

- да се утврди да су тужени подизањем бетонског зида извршили непосредну дискриминацију Рома на основу националне припадности;
- да се наложи туженима да отклоне последице акта дискриминације, односно уклоне бетонски зид;
- да се туженима забрани да убудуће, приликом обављања делатности из своје надлежности понове акт дискриминације;
- да се туженима наложи да о свом трошку објаве пресуду у по једном дневном листу са националним тиражом, у року од 15 дана од дана пријема писаног отправака пресуде;
- да се туженима наложи да Поверенику надокнаде трошкове парничног поступка у року од 15 дана.

Виши суд у Крушевцу донео је пресуду којом је одбио тужбени захтев Повереника као неоснован и наложио да туженима исплати накнаду парничних трошкова.²⁸⁸ Суд је нагласио да је дискриминација недозвољено разликовање које је засновано на неком личном својству, а што обухвата и националну припадност. Ради се о неоправданом прављењу разлике, неједнаком поступању или пропуштању које се огледа у искључивању, ограничавању или давању првенства у односу на лица или групе лица које се заснива на стварним или претпостављеним личним својствима, а може проистећи из одговарајућег чињења или пропуштања. Суд налази да је непосредна дискриминација карактеристична по томе што је видљива, а да увек треба испитати и да ли постоји сразмера између постављеног циља и примењених средстава. Легитиман циљ је онај који има разумну основу и утемељеност, а важно је да постоји и одговарајућа веза између легитимног циља и различитог третмана.

Ослањајући се на горе наведене принципе, Суд је утврдио да је ЈП П.С. одлучио да постави спорни зид ради испуњавања својих законских обавеза са двојаким циљем: због безбедног и несметаног одвијања саобраћаја и заштите државног пута од оштећења, с обзиром да су се догодиле бројне саобраћајне несреће у којима су лица задобила лаке и тешке телесне повреде и претрпела материјалну штету; као и због изолације од буке изнад граничних вредности, а све у складу са реле-

288 Виши суд у Крушевцу, П бр. 707/17, пресуда од 16. 1. 2019.

вантном техничком документацијом, техничким прописима и стандардима. Суд је посебно узео у обзир и да су се становници ромског насеља више пута обрађали разним органима власти и указивали на проблеме са којима се свакодневно суочавају, а због недостатка адекватне заштите државног пута. Већина становника се и сагласила са постављеним зидом, а истицали су и како се никако не осећају дискриминисано због његовог постављања, већ да је на тај начин смањена бука и повећана сигурност. Имајући ове околности у виду, Суд је закључио да је постављање зида служило легитимном циљу, као и да је оно сразмерно јер је било у складу са техничком документацијом.

Повереник је 2019. године поднео жалбу Апелационом суду у Крагујевцу на пресуду Вишег суда у Крушевцу, наглашавајући да се ради о гетоизацији и сегрегацији припадника ромске националности. Повереник је поред осталог нагласио да се Суд није бавио питањем да ли ограђивање ромског насеља представља акт којим се врши сегрегација становништва и да је у потпуности занемарио исказе сведока који су прецизно навели са којим се ограничењима суочавају након подизања зида испред сопствених домаћинстава. Такође, између осталог, Суд није одговорио на кључно питање због чега је бетонски зид постављен само испред ромског насеља. Коначно, Повереник је нагласио да тужени нису ни на који начин објаснили зашто је постављање зида било нужно, а чак и да јесте, није расветљено питање сразмерности таквог ограничења, односно да ли се циљ могао постићи мање репресивном мером. Притом, треба имати у виду да бетонски зид има четири отвора за пролаз аутомобила и пешака, те се поставља питање на који начин је бука смањена и повећана сигурност становника насеља.

Апелациони суд у Крагујевцу донео је решење²⁸⁹ којим је укинуо пресуду Вишег суда у Крушевцу и предмет вратио истом суду на поновно суђење. Апелациони суд сматра да је првостепена пресуда донета уз битне повреде одредаба парничног поступка а да због погрешне примене материјалног права нису утврђене све одлучне чињенице. Између осталог, суд наводи да првостепени суд уопште није утврдио нити је у својој одлуци образложио како је пројектован спорни зид, већ да је дао значај записнику са састанка месног одбора насеља из ког је првостепени суд утврдио да су сви чланови месног одбора изјавили да су упознати са планираним радовима и да су сагласни да се обаве радови према главном пројекту. Такође, првостепени суд није утврдио како је пројектован ободни зид према димензијама, положају и врсти материјала, да ли је пројекат овог зида укључен у главни пројекат кружног тока или је то рађено накнадно, ко је радио пројекат и да ли је зид у свему подигнут у складу са пројектом, што је одлучна чињеница у овом поступку. Првостепени суд није одговорио на питање због чега је спорни зид другачији у односу на зид у виду степенастог зеленог растиња који је подигнут у друга два насеља у близини. Суд је пропустио да утврди одлучне чињенице од којих зависи оцена да ли спорни зид својим димензијама, правцем пружања, начином градње, саставом употребљеног грађевинског материјала изолује све или поједине становнике тог насеља и да ли је за то постојао легитимни циљ који претеже према садржини другог угроженог права - права на живот и здравље становника. Суд није утврдио да ли је таква ограда подигнута или планирана поред других сличних саобраћајница у Републици Србији, посебно када се има у виду да је утврдио да је у друга два оближња насеља подигнута заштитна ограда од другачијег, како је

289 Апелациони суд у Крагујевцу Гж-1934/19, решење од 15. 5. 2019.

утврђено хуманијег и естетски прихватљивијег материјала који не даје осећај изолованости становника насеља. Суд није дао јасне разлоге због којих је одбио тужбени захтев, а што је последица непотпуно утврђеног чињеничног стања. Основани су жалбени наводи тужиоца да је првостепени суд пропустио да оцени да ли заиста постоји оправдана потреба за постављањем наведеног зида или је било могуће поставити транспарентан зид који обавља функцију али намеће минимална ограничења становницима, да није разјашњено која је сврха бочног зида који не дели насеље од зида, да није испитан упоредник да ли зид таквих карактеристика вређа достојанство становника насеља и ствара увредљиво окружење. Првостепеном суду је наложено да у поновном поступку утврди одлучне чињенице, а нарочито ко је и када пројектовао спорни зид, да ли је изграђен по пројекту, да ли се грађевинска и употребна дозвола односе и на тај зид, каква је врста зида пројектована у којим димензијама, којим начином градње и којим материјалом, да ли постављени зид изазива осећај изолованости становника насеља поред кога је подигнут, да ли су ти становници тиме доведени у неједнак положај, да ли је овакав зид адекватна заштита од буке и саобраћајних незгода, да ли се тај проблем могао решити зидом хуманије градње и материјала.

Виши суд у Крушевцу је донео пресуду²⁹⁰ којом је одбијен захтев Повереника за заштиту равноправности јер суд није могао утврдити на несумњив начин да се било која од радњи тужених може окарактерисати као непосредна дискриминација или било који други облик дискриминације у односу на становнике насеља који у великој већини јесу припадници ромске националне мањине. Суд истиче да се одлука не може заснивати на претпоставкама и наводима, него на јасним и утврђеним чињеницама.

Повереник је 2019. године поднео жалбу Апелационом суду у Крагујевцу наводећи да Виши суд није поступио по налогу Апелационог суда у Крагујевцу и није се бавио питањем сразмерности између предузетих мера и евентуално циља који се желео постићи, као ни да ли су ограничења примерена и нужна. Није утврђено да ли су ЈП П.С. учествовали у пројектовању, да ли је градња вршена у складу са пројектом, каква је врста зида по пројекту. Суд такође није утврдио да ли је овакав зид адекватна заштита од буке и саобраћајних незгода, као и да ли је проблем могао да се реши оградом хуманије градње и материјала, односно да ли је постојала сразмерност између јавног интереса (уколико интерес заиста постоји) и потреба становника насеља и њихових основних људских права. Повереник је у наводима жалбе истакао да је за испитивање постојања дискриминације, важно и питање упоредника, односно да ли се на исти начин поступа и према другим субјектима у истој ситуацији, те да ни тужени а ни суд нису одговорили на питање зашто таква изолација није постављена у неромском насељу, које се налази директно наспрам овог ромског насеља. Повереник је истакао да је суд саслушао преко 20 сведока које је брижљиво одабрао заступник града, али да чак и ти сведоци у својим исказима указују да зид није постављен ради звучне изолације већ из других разлога. Сведок А. А. нпр. у свом исказу наводи да је указивао становницима насеља да ће локална самоуправа бити принуђена да постави зид како се не би видело „ругло“ које су направили од тог дела града и да је зидом заклоњено „ругло“ које су направили поједине породице палећи гуме и други отпад.

290 Виши суд у Крушевцу П бр. 191/19, пресуда од 12. 10. 2020.

Апелациони суд у Крагујевцу²⁹¹ одбио је као неосновану жалбу Повереника за заштиту равноправности и потврдио је пресуду Вишег суда у Крагујевцу. Апелациони суд сматра да су неосновани жалбени наводи да су постављањем спорног зида становници ромског насеља фактички ограђени, односно гетоизовани и сегрегисани, јер постављањем описаног зида становници насеља нису одвојени од околних насеља и осталих становника града, пошто зид није постављен између овог и околних насеља нити је зид постављен око целог насеља, већ само с једне стране и то на државном путу. Даље, Апелациони суд сматра да су неосновани наводи тужиоца да су бројни становници насеља указали да се квалитет њиховог живота умањио након подизања бетонског зида јер су многи саслушани сведоци изјавили да се након постављања зида осећају сигурније и безбедније, а да се мањи број становника насеља није слагао са изградњом спорног зида. Суд такође сматра да изградња спорног зида на наведеној парцели са свим описаним карактеристикама представља сразмерно средство с обзиром да је исти изграђен у складу са техничком документацијом, техничким прописима и стандардима. Суд налази да су неосновани жалбени наводи којима се указује, као на упоредиву ситуацију, на неромско насеље које се налази директно наспрам ромског насеља, а у ком није постављена таква изолација, из разлога што, према Уредби о категоризацији државних путева, пут који пролази уз ово насеље не спада у исту категорију путева као пут који пролази поред ромског насеља.

291 Апелациони суд у Крагујевцу Гж-110/21, пресуда од 27. 4. 2021.

