

UTJECAJ PRETJERANOG PRAVNOG FORMALIZMA NA MOGUĆNOST OSTVARENJA NAČELA ZABRANE DISKRIMINACIJE U UPRAVNOM PRAVU

Pregledni znanstveni rad

UDK 342.722/.724:35.077.2/.3(497.5)

341.231.145(4)

341.645.5(4)

Primljeno: 28. studenog 2023.

Tamara Bogdanović*

U ovom radu analizira se na koji način pretjerani pravni formalizam u smislu strogo gramatičkog tumačenja normi utječe na ostvarivanje načela zabrane diskriminacije u upravnim postupcima i upravnim sporovima u Hrvatskoj. Autorica prvo detektira pretjerani pravni formalizam u smislu strogo gramatičkog tumačenja normi kao prepreku za ostvarenje načela zabrane diskriminacije u smislu neopravdanog nejednakog postupanja javnopravnih tijela prema građanima te kao optimum mogućnosti za ostvarenje navedenog načela ističe vladavinu prava u smislu jednakog i zakonitog postupanja javnopravnih tijela prema svim građanima.¹ Temeljem četiri izdvojene presude Europskog suda za ljudska prava, od koje su dvije označene kao vodeći slučajevi, te više presuda iz nacionalnog upravnog prava analiziraju se prepreke koje mogu nastati u primjeni postojećih zakona koji u sebi sadrže odredbe s diskriminirajućim učinkom, i to zbog toga što se zakonske odredbe koje su nedorečene ili dvojbene tumače na pretjerano formalistički način, te načini prevladavanja tih prepreka.

Ključne riječi: zabrana diskriminacije, pretjerani pravni formalizam, vladavina prava, Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, upravno pravo

1. UVOD

U ovom se radu kroz analizu dostupne upravnosudske prakse želi pokazati da država, i to kroz donošenje nepotpunih ili dvojbenih zakonskih odredaba, te državna tijela i sudovi, i to kroz gramatičko tumačenje zakonskih odredaba, mogu diskriminatorno postupati te da je takva postupanja moguće otkloniti.

Na temelju relevantnih slučajeva iz prakse Europskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP) i upravnosudske prakse analizira se u kojoj je konkretnoj situaciji primjene zakona i u kojem stupnju rješavanja upravnih stvari došlo do neuvažavanja načela zabrane diskriminacije (npr. u primjeni Zakona o obveznom zdravstvenom osiguranju, Zakona o porezu na promet na nekretnina, Zakona o strancima, Zakona o porodnom

* Tamara Bogdanović, univ. spec. iur. (europsko pravo), sutkinja Upravnog suda u Zagrebu

¹ Vidi šire u radu Lauc, Z. *Načelo vladavine prava u teoriji i praksi*, 29. svibnja 2015., <https://hrcak.srce.hr/file/264175> (pristup: svibanj 2024.).

dopustu majki koje obavljaju samostalnu djelatnost i nezaposlenih majki, Zakona o udomiteljstvu).

Cilj je rada dokazati da je u pojedinačnim slučajevima u hrvatskom upravnom pravu pretjerani pravni formalizam u smislu neuvažavanja važećih procesnih načela, kao što je načelo svrhovitosti u tumačenju norme, načelo proporcionalnosti u primjeni zakona i načelo materijalne istine u smislu sagledavanja svih posebnih okolnosti nekog konkretnog slučaja, do sada bio zapreka za ostvarivanje načela zabrane diskriminacije te da se radi o problemu koji je uočen u sudskoj praksi, naročito od strane Ustavnog suda Republike Hrvatske i ESLJP-a. Potrebno je naglasiti da u svim slučajevima u kojima možemo uočiti nejednako postupanje od strane države postoje pravni alati u smislu postojećih propisa, znanstvene teorije i europske sudske prakse koji su dostupni državnim tijelima, sudovima i pojedincima, bez obzira na to želi li pojedinac ostvariti svoje pravo iz nekog upravnog područja, a da ne bude diskriminiran, ili se radi o službenim osobama ili sucima koji primjenjuju i tumače zakone u upravnim postupcima i upravnim sporovima i koji su dužni otkloniti diskriminaciju ukoliko je ona već nastala.

Mišljenje je autorice da je za ostvarenje zaštite ljudskih prava općenito vrlo važno da u trodiobi vlasti navedenoj u Ustavu Republike Hrvatske² sudska vlast bude uvažavana kao treća neovisna vlast, čija je svrha biti korektiv zakonodavne i izvršne vlasti, jer se u praksi događa da se izvršna vlast pokušava postaviti kao superiorna sudskoj vlasti, npr. time što uvjeti za rast plaća sudaca sukladno troškovima života nisu propisani u Zakonu o plaći i drugim materijalnim pravima pravosudnih dužnosnika,³ već takve odluke ovise o volji izvršne vlasti, ili npr. time što se od sudaca očekuje da svoje pravne stavove ne objašnjavaju i ne iznose u javnosti, već samo u obrazloženjima presuda, te se često u javnom prostoru od strane političara znalo isticati da se nepravomoćne presude ne bi trebale komentirati, što je u suprotnosti s načelima javnosti i transparentnosti presuda, čije se izreke javno objavljuju. Rješenje problema da sudska vlast i u praksi bude uvažavana kao treća neovisna vlast autorica vidi u tome što izvršna vlast sudsku vlast ne bi trebala doživljavati kao prijatnu i kritiku svom izvršnom djelovanju, već kao zaštitu od bilo kakvih nezakonitosti, nepravilnosti i neproporcionalnosti kojima nositelji izvršne vlasti, kao i obični građani, mogu biti izloženi u bilo kojem stadiju djelovanja.

U prilog toj tezi ističe da i Spano⁴ kao zvijezdu vodilju Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljem tekstu: Konvencija)⁵ navodi upravo vladavinu

² Ustav Republike Hrvatske, Narodne novine, 56/1990, 135/1997, 08/1998, 113/2000, 124/2000, 28/2001, 41/2001, 55/2001, 76/2010, 85/2010 i 05/2014.

³ Zakon o plaći i drugim materijalnim pravima pravosudnih dužnosnika, Narodne novine, 10/1999, 25/2000, 01/2001, 30/2001, 59/2001, 114/2001, 116/2001, 64/2020, 153/2002, 154/2002, 17/2004, 08/2006, 142/2006, 34/2007, 134/2007, 146/2008, 155/2008, 39/2009, 155/2009, 14/2011, 154/2011, 12/2012, 143/2012, 100/2014, 147/2014, 120/2016, 16/2019, 71/2023 i 35/2024.

⁴ Vidi šire u: Spano, R., *The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the Judiciary*, February 4th 2021, str. 3 i 7, <https://doi.org/10.1111/eulj.12377> (pristup: lipanj 2022.).

⁵ Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Narodne novine, Međunarodni ugovori, br. 18/1997, 6/1999 – proć. tekst, 8/1999 – ispr., 14/2002, 1/2006 i 2/2010.

prava i neovisnost pravosuđa posebno ističući da je temeljna moralna ideja vladavine prava, koja leži u srži konvencijske zaštite, poštivanje osobne autonomije i isključivanje proizvoljne uporabe vladine moći u smislu da nijedan čovjek nije iznad zakona. Nadalje, ističe da je pojam diobe vlasti između izvršne vlasti i pravosuđa preuzeo sve veću važnost u sudskim presudama, kao i neovisnost pravosuđa, jer bez neovisnih sudaca konvencijski sustav ne može funkcionirati, pa stoga vladavina prava zahtijeva da konačnu odluku o sadržaju zakona, kada se pojave sporovi, ne iznesu oni na vlasti, već neovisni i nepristrani suci.

Iz navedenog proizlazi da je vladavina prava nužan preduvjet za uspostavu načela jednakosti i nediskriminacije te da su zaštita ljudskih prava i vladavina prava proporcionalno povezane i međusobno ovisne, kao i da se ostvaruju i rastu zajedno, ali se u međusobnom učinku mogu i smanjivati i nestati.⁶ Stoga je vrlo važno, a to je i jedan od proklamiranih ciljeva Europske unije (u daljem tekstu: EU), jačati neovisnost sudbene vlasti, a posebno upravnih sudaca, koji imaju vrlo težak zadatak biti brana nezakonitom postupanju države, iza kojeg često stoje politički moćni pojedinci i vladajuće stranke, dok bi iza sudaca trebali stajati samo oni sami, njihovo pravno znanje i ljudska savjest.

2. PREPREKE I POTICAJI OSTVARENJU NAČELA ZABRANE DISKRIMINACIJE

Jedna od glavnih prepreka ostvarenju načela zabrane diskriminacije u upravnosudskoj praksi jest pretjerani pravni formalizam te autorica u svom istraživanju zaključuje da se u hrvatskoj znanstvenoj literaturi ne radi o često korištenom i istraživanom pojmu, što primjećuje i Staničić,⁷ koji iznosi primjere sudskih odluka u postupcima javne nabave te na temelju njih zaključuje da pretjerani pravni formalizam u hrvatskom pravu nedvojbeno postoji i predstavlja negativnu pojavu.

Autorica smatra da je pravni formalizam nužna pretpostavka za ostvarivanje načela zakonitosti i pravne sigurnosti, koja se štite člankom 6. Konvencije u smislu predvidljivosti primjene pravne norme i čiji bi sadržaj trebao biti razumljiv svim adresatima na koje se odnosi, dakle svim građanima, dok je pretjerani pravni formalizam arbitrarna primjena prava, odnosno primjena prava suprotna zdravom razumu,⁸ koja ne uzima u obzir svrhu norme koja se primjenjuje i specifične okolnosti nekog pravnog slučaja na koji se norma primjenjuje.

Rodin⁹ je također istakao pretjerani pravni formalizam kao prepreku pravilnom prihvatanju i primjeni prava EU-a u cjelini te je dao analizu uzroka tog problema upravo

⁶ Vidi šire u: Vasiljević, S., *Temeljna prava i vladavina prava u EU: izazovi prije i nakon pridruživanja // Pravo i politika EU: stara pitanja novi odgovori*, Zagreb, HAZU, 2020.

⁷ Vidi šire u: Staničić, F., *Pretjerani pravni formalizam i postupci javne nabave*, Zbornik Pravnog fakulteta Zagreb, vol. 67, br. 3–4, 2017, str. 531–564, str. 540.

⁸ Vidi šire u: Rajko, A., *Argument zdravog razuma*, portal IUSINFO, 15. travnja 2021., <https://www.iusinfo.hr/strucni-clanci/CLN20V01D2021B1497> (pristup: siječanj 2023.).

⁹ Vidi šire u: Rodin, S., *Diskurs i autoritarnost u europskoj i postkomunističkoj pravnoj kulturi*, Politička misao, vol. XLII, br. 3, 2005, str. 41–64, str. 44 i 49.

u državama koje u povijesti nisu pripadale zapadnim demokracijama, a među njima je i Hrvatska. Navodi da pravo nije određeno tekstem, jer se u pravnu analizu uvode regulatorni ciljevi i politike, da sudionici pravnog diskursa imaju različitu moć i različite sposobnosti da pridonesu definiciji prava i da je jednom definirano pravo podložno stalnoj reinterpetaciji kroz pravni i politički diskurs, a upravo se Konvencija od 1950. primjenjivala prateći društveni kontekst te je time opravdala svoj naziv „živi instrument“. Autorica se slaže sa zaključkom da su se postkomunistički i postsocijalistički pravni sustavi pri harmonizaciji prava susreli s problemom pukog preuzimanja pravnih normi, a da nije uzeto u obzir da pravna pravila nužno imaju drugačije značenje u različitim kontekstima standarda znanja u smislu različite pravne kulture i socijalnog naslijeđa u shvaćanju uloge suca i tumačenju pravnih normi.¹⁰

Mańko¹¹ opisuje pojam pretjeranog pravnog formalizma i njegovih uzroka i posljedica u poljskoj pravnoj kulturi te ističe da se pretjerani pravni formalizam očituje u promišljanju što se smatra pravom, na koje se autoritete može pozvati u pravnoj argumentaciji te u pogledu same uloge suca koji odlučuje o slučaju. Koncept pravne interpretacije ograničava se na odgonetavanje unutrašnjeg značenja teksta, a svrha zakona ili neke odredbe traži se samo ukoliko gramatička interpretacija uzrokuje apsurdnu posljedicu. Sudac silogistički podvodi neko činjenično stanje pod pravnu normu, pri čemu nema razmišljanja o samoj svrsi pravila ili balansiranja između različitih načela ili interesa. Inzistira se na zakonskoj formi, a ne na sadržaju i svrsi, te takav sudac tužbu odbacuje i zbog najmanje formalnosti.

Navedene situacije pretjeranog pravnog formalizma već su uočene i u hrvatskoj sudskoj praksi, u postupcima javne nabave,¹² u građanskim sudskim postupcima¹³ i u raznim drugim sudskim postupcima,¹⁴ a u ovom se radu posebno upozorava na primjere iz upravnosudske prakse.

Potrebno je naglasiti da se u javnom prostoru sudske odluke, ovisno o kutu gledanja onoga tko ih komentira, često ocjenjuju političkima, dok suci smatraju da su njihove odluke samo zakonite i u skladu s vladavinom prava. U takvim se situacijama nalaze i upravni suci jer njihova nadležnost često uključuje rješavanje sporova u kojima su akteri na neki od načina upravo političari i druge javne osobe u raznim vrstama sporova koji se mogu odnositi na zakonitost njihovih djelovanja u privatnom i javnom životu. Te osobe mogu imati utjecaj i na javno mnijenje upravo s obzirom na to da je smisao upravnog spora ocjena zakonitosti postupanja državnih tijela kroz mnogobrojne pojedinačne ili opće upravne akte koje donose ili nekada i ne donose državna tijela (npr. šutnja administracije i razna postupanja

¹⁰ Vidi Hofweber u: K. Korta, E. Sosa i J. Arrozola, 1999, cit. prema *ibid.*

¹¹ Vidi šire u: Mańko, R., *Weeds in the Gardens of Justice? The Survival of Hyperpositivism in Polish Legal Culture as a Symptom/Sinthome*, *Pólemos*, vol 7. br. 2, 2013, str. 207–233, str. 219 i 220.

¹² Staničić, *op. cit.* u bilj. 7.

¹³ Vidi šire u: Verović, J., *Pretjerani pravni formalizam kao povreda prava na pošteno suđenje*, portal IUSINFO, str. 5 i 6, 2. lipnja 2022., <https://www.iusifo.hr/strucni-clanci/preterani-pravni-formalizam-kao-povreda-prava-na-posteno-sudenje> (pristup: lipanj 2022.).

¹⁴ Rodin, *op. cit.* u bilj. 9.

u kojima se i ne donose upravni akti), kao i zaštita pojedinaca u ostvarivanju njihovih zakonskih prava i nametanju obveza od strane države. U izvješću Europske komisije o vladavini prava u Republici Hrvatskoj za 2021.¹⁵ istaknuto je da je percepcija neovisnosti sudstva i dalje vrlo niska te je zabilježeno skraćivanje trajanja postupaka i smanjenje zaostalih predmeta, ali su potrebna daljnja poboljšanja kako bi se riješili ozbiljni izazovi učinkovitosti i kvalitete.

Posnerovi¹⁶ su zaključili da se svaki zakonski tekst mora protumačiti kao bilo koji drugi oblik komunikacije, potrebno je uzeti u obzir duh vremena i specifične okolnosti te upotrijebiti više vrsta jezičnih i kulturoloških alata, a jedini test ispravnosti suđenja u pojedinim sudskim slučajevima jest vrijeme, jer su one sudske odluke koje se kasnije preglasaju ili ignoriraju samim time pale na testu vremena.

Za razliku od pretjeranog pravnog formalizma, koji predstavlja prepreku, vladavina prava utkana u pravni okvir EU-a predstavlja poticajnu okolnost za ostvarenje načela zabrane diskriminacije. Zaštita temeljnih ljudskih prava, među kojima je i pravo na jednakost i nediskriminaciju, kao bitnih elemenata nužnih za stabilnost vladavine prava, spominje se u članku 3. i 14. Ustava Republike Hrvatske te u ključnim dokumentima Ujedinjenih naroda, Vijeća Europe i EU-a. ESLJP kroz primjenu Konvencije pred države članice postavlja zahtjev da djeluju kao demokracije vođene vladavinom prava te, prema riječima Omejec,¹⁷ Konvencija predstavlja ustavni instrument europskog javnog poretka u području ljudskih prava.

Prema stajalištu Europske komisije vladavina prava znači da sva tijela javne vlasti uvijek djeluju u okviru ograničenja utvrđenih zakonom, u skladu s vrijednostima demokracije i temeljnih prava te pod nadzorom neovisnih i nepristranih sudova.¹⁸ Uključuje načela kao što su zakonitost, pravna sigurnost, zabrana proizvoljnog izvršenja izvršnih ovlasti, učinkovita sudska zaštita, koju osiguravaju neovisni i nepristrani sudovi, učinkovito sudske preispitivanje, uključujući i poštovanje temeljnih prava, dioba vlasti i jednakost svih pred zakonom.¹⁹

Diskriminacija najčešće pogađa najranjivije skupine društva te uvelike ovisi o tolerantnosti i društvenoj svijesti o potrebi prihvaćanja razlika i uključivanja svih u pravni

¹⁵ Izvješće Europske komisije o vladavini prava u Republici Hrvatskoj za 2021., Izvješće Europske komisije o vladavini prava u Republici Hrvatskoj za 2021., <https://transparency.hr/hr/novost/izvješće-europske-komisije-o-vladavini-prava-u-rh-za-2021.-915>, 21. prosinca 2022.

¹⁶ Vidi šire u: Posner, R. A., *Legal Formalism, Legal Realism, and the Interpretation of Statutes and the Constitution*, Case Western Reserve Law Review, vol. 37, 1986, str. 179–217, str. 186 i 187.

¹⁷ Vidi šire u: Omejec, J., *Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Strasburški aquis, drugo dopunjeno izdanje*, Zagreb, Novi informator d. o. o., 2014, str. 873–979.

¹⁸ Europska komisija, Jačanje vladavine prava u Uniji (Nacrt djelovanja), Komunikacija Europske komisije Europskom parlamentu, Europskom vijeću, Vijeću, Europskom gospodarskom i socijalnom odboru i Odboru regija, COM (2019) 343 final, 17. 7. 2019. U okviru predmeta C-72/15 Rosneft Sud EU-a utvrdio je da je samo postojanje učinkovite pravne zaštite bit vladavine prava.

¹⁹ Komunikacija Komisije Europskom parlamentu i Vijeću: Novi okvir EU-a za jačanje vladavine prava od 11. 3. 2014., COM (2014) 158 final.

život države kao socijalne zajednice. Vasiljević i Vinković²⁰ ističu da je koncept jednakosti ili ravnopravnosti jedan od najsloženijih u pravnoj teoriji i sudskoj praksi.

Barić i Vincan²¹ navode da su u ime jednakosti kroz povijest izborne mnoge moralne pobjede, kao što je ukidanje ropstva, ukidanje feudalnih privilegija, širenje općeg biračkog prava, stavljanje rasne diskriminacije izvan zakona i emancipacija žena, te da je Aristotel smatrao da su davanje prava svakoj osobi u smislu pravednosti i podjednako tretiranje osobe u smislu jednakosti ekvivalentni pojmovi.

Prema autoričinu mišljenju, ideal svih pravnika trebala bi biti jednakost koja je što bliža pravdi, a uzevši u obzir izvjesnu relativnost navedenih pojmova, koji se u stvarnom životu neizbježno procjenjuju u međusobnom prožimanju objektivnosti i subjektivnosti onoga tko to pokušava sagledati i procijeniti. Zaključak je da je formalno načelo jednakosti utjelovljeno na način da slične treba tretirati slično ili da jednake treba tretirati jednako, iz čega je i nastalo pravilo zajedničko svim suvremenim državama da su sve osobe pred zakonom jednake,²² pa se prema tome zakon mora primjenjivati jednako prema svima, ali uvijek uz uvažavanje specifičnih okolnosti i svrhe zakona, iz čega proizlazi da je cilj što pravednije primijeniti zakon.

Prema članku 14. Konvencije, koja je na snazi u odnosu na Republiku Hrvatsku od 5. studenoga 1997., uživanje prava i sloboda koje su priznate u ovoj Konvenciji osigurati će se bez diskriminacije na bilo kojoj osnovi, kao što je spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost. Iz sadržaja navedenog članka razvidno je da do diskriminacije načelno mora doći u kontekstu zaštite nekog drugog konvencijskog prava, kao što je npr. pravo na privatni i obiteljski život iz članka 8. Konvencije ili pravo vlasništva iz članka 1. Protokola 1, u čemu mogu postojati iznimke u smislu samostalne povrede članka 14. Konvencije, ali kojima se autorica posebno ne bavi u ovom radu.²³

Osim izričito navedenih osnova diskriminacije autorica naglašava da izraz druga okolnost tu listu čini otvorenom te da druga okolnost može biti nečija životna dob, rodni identitet, seksualna orijentacija, zdravlje i invalidnost, roditeljski i bračni status, imigracijski status, status s obzirom na zaposlenje, obrazovni status, pristup socijalnim i političkim pravima ili bilo koja druga okolnost koja se pojavila ili će se tek u budućnosti pojaviti kao osnova diskriminacije.²⁴

²⁰ Vidi šire u: Vasiljević, S.; Vinković, M., *Temeljna prava i zabrana diskriminacije u praksi europskih i nacionalnih sudova*, Narodne novine, Zagreb, 2019, str. 43 i 44.

²¹ Vidi šire u: Barić, S.; Vincan, S., *Ustavno-pravno načelo jednakosti i pravno uređenje istospolnih zajednica*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 50, br. 1, 2013, str. 84.

²² Barić i Vincan, *op. cit.* u bilj. 21, str. 87.

²³ Vidi Vodič kroz članak 14. Europske konvencije o ljudskim pravima i članak 1. Protokola br. 12 uz Konvenciju, *Zabranu diskriminacije*, ažuriran 28. veljače 2023., str. 7 i 8.

²⁴ Vidi članak 1. Zakona o suzbijanju diskriminacije, Narodne novine, 85/2008 i 112/2012.

Člankom 1. Protokola broj 12 uz Konvenciju, koji je na snazi u odnosu na Republiku Hrvatsku od 1. travnja 2005., propisana je opća zabrana diskriminacije te se prema pratećem izvješću s objašnjenjima uz navedeni Protokol radi o uživanju prava izrijeckom priznatih pojedincu u domaćem zakonodavstvu, tj. prava koje može izvirati iz neke javne obveze javne vlasti prema domaćem pravu.

Daka²⁵ navodi da se iz presuda ESLJP-a može zaključiti da se najviše antidiskriminacijskih slučajeva odnosi na jednakost spolova, rasno podrijetlo ili seksualnu orijentaciju, ali očekuje da će opseg zaštićenih osnova u budućnosti evoluirati sukladno brzinskim promjenama u društvu.

ESLJP se u svojim presudama²⁶ koristi formulacijom da mora postojati razlika u postupanju s pojedincima u istoj ili relevantno sličnoj situaciji koja se temelji na prepoznatljivom obilježju te iz prakse tog suda proizlazi da se izravna ili neposredna diskriminacija temelji na manje povoljnom ili štetnom postupanju prema pojedincu ili skupini pojedinaca na osnovi zabranjenih diskriminacijskih osnova navedenih u članku 14. Konvencije. Neizravna ili posredna diskriminacija postoji onda kada su praksa, propisi ili pravila, zahtjevi ili uvjeti, naizgled neutralni, ali nepovoljno utječu na određene skupine, pa ta vrsta zabrane diskriminacije od države zahtijeva da uvažava relevantne razlike među skupinama, npr. u predmetu Oršuš i dr. protiv Hrvatske²⁷ diskriminatornom je utvrđena mjera smještanja romske djece u posebne razredne odjele na temelju njihova nedovoljnog poznavanja hrvatskog jezika.

Kod formalne ili pravne jednakosti prema pojedincima se mora jednako postupati, pri čemu se i sličnosti i razlike trebaju uzeti u obzir, jer bi u suprotnom dosljednost postupanja bila nedostatna za osiguranje opće jednakosti, dok materijalna ili supstancijalna jednakost zahtijeva da se prema pojedincima u različitim situacijama postupa različito, jer se traži jednakost rezultata na način da pravo osigura svim pojedincima jednaku mogućnost uzimajući u obzir njihove različite početne pozicije i dobivanje pristupa željenim rezultatima.²⁸

Naime, prema konvencijskoj praksi,²⁹ postojanje jednakosti utvrđuje se usporedbom položaja jednih i drugih u sličnim situacijama, a ukoliko postoji nejednakost, ona mora biti opravdana na temelju kriterija testa diskriminacije. Test diskriminacije zahtijeva odgovore na pitanja postoji li različito postupanje prema osobama u analognim ili relevantno sličnim situacijama ili propust da se različito postupa prema osobama u

²⁵ Vidi šire u: Daka, M., *Reflections on the Principle of Equal Treatment in EU Law and the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union and the European Convention on Human Rights*, 9 Acta Universitatis Sapientiae: Legal Studies, vol. 9, 2020, str. 15.

²⁶ Vodič, *op. cit.* u bilj. 23, str. 16–21.

²⁷ ESLJP, Oršuš i drugi protiv Hrvatske (Veliko vijeće), zahtjev broj 15766/03 od 16. ožujka 2010., t. 152.–153.

²⁸ Omejec, *op. cit.* u bilj. 17.

²⁹ ESLJP, Jurčić protiv Hrvatske, zahtjev br. 54711/15 od 4. veljače 2021., Guberina protiv Hrvatske, zahtjev br. 23682/13 od 22. ožujka 2016., Pajić protiv Hrvatske, zahtjev br. 68453/13 od 23. veljače 2016. itd.

relevantno različitim situacijama ako postoji legitiman cilj i jesu li primijenjena sredstva razmjerna tom cilju ili podnositelj snosi nerazmjernan teret te premašuje li razlika u postupanju marginu diskrecije države.³⁰

Stoga bi, ukoliko bi bili zadovoljeni i ostali koraci iz testa razmjernosti, dakle legitiman cilj, sredstva razmjerna tom cilju, nepostojanje nerazmjernog tereta na strani podnositelja te da razlika u postupanju, ukoliko postoji, ne premašuje marginu diskrecije države, bilo dopušteno različito postupanje, koje bi kao legitiman cilj imalo ispravljanje činjeničnih nejednakosti (npr. legitiman cilj može biti zaštita nacionalne manjine ili zaštita romske djece) ili provođenje mjera gospodarske ili socijalne politike.

ESLJP će analizirati je li se pojavila razlika u postupanju između osoba u usporedivoj situaciji ili je li prema osobama koje nisu u usporedivoj situaciji postupano na jednak način. Naime, razlika u postupanju diskriminatorna je ukoliko nema legitiman cilj ili ukoliko nema razumnog odnosa proporcionalnosti između korištenih sredstava i željenog cilja.³¹

Iz presuda ESLJP-a proizlazi da podnositelj prvo mora pokazati i uvjeriti sud da je vrlo moguće da je došlo do razlike u postupanju. U tom slučaju tužena je država dužna dokazati da je razlika u postupanju bila opravdana, a sve u cilju da države na sebe preuzmu odgovornost za jednako postupanje, a da se istovremeno žrtvama diskriminacije olakša dokazivanje. Standard dokaza u slučajevima diskriminacije smješten je između dva standarda dokaza, onog „vaganja vjerojatnosti i onog izvan razumne sumnje“, te nema procesnih zapreka za dopuštenost dokaza, jer se zaključci zasnivaju na procjeni svih dokaza, uključujući i činjenice i očitovanja stranaka, te je stupanj uvjerljivosti donošenja zaključka povezan sa specifičnošću slučaja.³²

Danisi³³ zaključuje da je ESLJP kroz svoje presude isticao da konvencijska prava moraju biti tumačena i branjena na način da uzimaju u obzir društvene promjene, da zaštita ljudskih prava mora biti praktična i učinkovita, te je s vremenom proširio opseg zabranjenih postupanja u primjeni načela zabrane diskriminacije.

Vijeće Europe izdalo je tako Standarde u borbi protiv diskriminacije na osnovi seksualne orijentacije i rodnog identiteta, u kojima se navode najčešće predrasude te se na njih odmah daju i znanstveni odgovori.

Kao primjer navodi se predrasuda da je homoseksualnost bolest i devijacija osobnosti, iako većina znanstvenika smatra da je homoseksualnost prirodna varijanta ljudskog

³⁰ Vodič, *op. cit.* u bilj. 23, str. 16.

³¹ Molla Sali v. Grece, Application no 20452/14, ECLI:CE:ECHR:2018:1219JUD002045214, para. 133. & para. 135., Burden v. United Kingdom, Application no 13378/05, ECLI:CE:ECHR:2008:0429JUD001337805, para. 60.

³² Omejec, *op. cit.* u bilj. 16.

³³ Vidi šire u: Danisi, C., *How Far Can the European Court of Human Rights Go in the Fight against Discrimination – Defining New Standards in Its Nondiscrimination Jurisprudence*, International Journal of Constitutional Law, vol. 9, br. 3–4, 2011, str. 793–807, str. 806 i 807.

ponašanja, a Svjetska zdravstvena organizacija prije gotovo dvadeset godina zaključila je da se ne radi o bolesti, zatim predrasuda da je homoseksualnost u porastu, a u stvari se radi samo o tome da postaje vidljivija u društvu.³⁴

Kao jedna od predrasuda navodi se i tvrdnja da zakonsko priznanje istospolnih zajednica predstavlja opasnost za tradicionalnu obitelj, iako ta činjenica nije ni od kakva utjecaja na odluku pojedinaca da stupe u brak ili imaju djecu. Također nema nikakvih znanstvenih dokaza da propaganda može preobratiti mlade ljude u homoseksualce, kao što neheteroseksualno orijentirani ljudi sami po sebi ne mogu predstavljati nikakvu veću opasnost za djecu od heteroseksualaca.³⁵

Nadalje, kao predrasuda navodi se tvrdnja da homoseksualci traže posebna prava, dok se zapravo radi o pravima koja su zajamčena svim ljudskim bićima u međunarodnim propisima koji se odnose na ljudska prava.³⁶

Navedena je zatim i predrasuda da zaštita mladih ljudi zahtijeva nejednako postupanje prema homoseksualcima iako je ESLJP utvrdio da samo homoseksualno iskustvo ne dovodi do promjene spolne orijentacije s obzirom na to da se u većini slučajeva seksualna orijentacija oblikuje i prije puberteta.³⁷

U odnosu na predrasudu da zaštita tradicionalne obitelji opravdava diskriminaciju protiv istospolnih partnera ESLJP je smatrao da, uz primjenu strogog testa proporcionalnosti, vlade moraju obrazložiti zašto je potrebno isključiti istospolne parove iz prava i povlastica priznatih tradicionalnim obiteljima u svrhu njihove zaštite.³⁸

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

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

3.1. Praksa Europskog suda za ljudska prava

U vremenu pisanja ovog rada najnovija presuda ESLJP-a bila je Jurčić protiv Hrvatske,³⁹ koja je označena kao vodeći slučaj (*key case*).⁴⁰ Njome je utvrđena povreda članka 14. Konvencije u odnosu na zabranu diskriminacije na temelju spola u vezi s člankom 1.

³⁴ Standardi Vijeća Europe, str. 69.

³⁵ Standardi Vijeća Europe, str. 70.

³⁶ Standardi Vijeća Europe, str. 72.

³⁷ ESLJP, *S. L. v. Austria*, 2003, par. 43.

³⁸ ESLJP, *Karner v. Austria*, 2004.

³⁹ ESLJP, *Jurčić protiv Hrvatske*, zahtjev broj 54711/15 od 4. veljače 2021.

⁴⁰ *Key case* – vodeći slučaj oznaka je ESLJP-a za novoustanovljenu praksu suda od šireg značaja.

Protokola broj 1, tj. po osnovi prava vlasništva, i to kao izravna diskriminacija na temelju spola. Upravni se postupak vodio zbog odbijanja zahtjeva tužiteljice da joj se prizna pravo na naknadu plaće zbog bolovanja zbog komplikacija u trudnoći, i to nakon samo mjesec dana od početka zasnivanja radnog odnosa, s obzirom na to da je netom prije zasnivanja radnog odnosa tužiteljica bila podvrgnuta *in vitro* oplodnji, čiju uspješnost nije mogla predvidjeti, te je kao bitna istaknuta činjenica da je tužiteljica prije toga četrnaest godina bila zaposlena i da je imala uredne uplate za zdravstveno osiguranje.

ESLJP u presudi spominje članak 10. odredbe Direktive 92/85/EEC od 19. listopada 1992. o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja na radu trudnica i radnica koje su nedavno rodile ili doje, o zabrani otkaza takvim osobama, osim u slučaju postojanja osnovanih razloga, koji moraju biti pisano obrazloženi, i na članak 29. navedene Direktive, koji obvezuje države članice da uzmu u obzir cilj jednakosti između muškaraca i žena kada sastavljaju i primjenjuju zakone, propise, upravne odredbe, politike i aktivnosti u područjima na koja se odnosi Direktiva. Nadalje, spominje sudsku praksu Suda EU-a, i to predmet Dekker,⁴¹ u kojem se radilo o ženi koja se prijavila za posao i bila je najbolji kandidat, ali nije primljena jer je bila trudna, te je kao razlog poslodavac naveo da bi sam morao platiti troškove njezina roditeljskog dopusta, zbog čega si ne bi mogao priuštiti zamjenu za vrijeme njezine odsutnosti. Međutim, sud je zauzeo stav da svako nepovoljno postupanje direktno ili indirektno povezano s trudnoćom ili majčinstvom predstavlja izravnu diskriminaciju na temelju spola. Zatim spominje predmet Webb,⁴² u kojem je sud zauzeo stav da zaštita osigurana pravom zajednice za žene tijekom trudnoće i poslije rođenja djeteta ne može ovisiti o tome je li prisutnost te osobe na poslu tijekom majčinstva nužna za pravilan rad tvrtke u kojoj je zaposlena, jer bi svako suprotno tumačenje direktivu učinilo neučinkovitim. Nadalje spominje i predmet Tele Danmark,⁴³ u kojem je sud zaštitu proširio i na odsutnost s posla zbog trudnoće i na ugovore na određeno vrijeme. U presudi se obrazlaže da otkaz radnici zbog trudnoće predstavlja izravnu spolnu diskriminaciju, i to bez obzira na prirodu i opseg ekonomskih gubitaka poslodavca zbog takve zaposlenice, jer činjenica je li ugovor sklopljen na određeno ili neodređeno vrijeme nema utjecaj na diskriminatorni karakter takva otkaza budući da u oba slučaja postoji nemogućnost zaposlenice da ispuni ugovor zbog trudnoće. Zatim spominje predmet Brown,⁴⁴ u kojem je zaključeno da su poremećaji i komplikacije koji mogu uzrokovati nesposobnost za rad uključeni u stanje trudnoće i time čine specifičan oblik tog stanja. Nadalje spominje predmet McKenna,⁴⁵ u kojem je izraženo shvaćanje da se ženi zbog bolesti vezane uz trudnoću može smanjiti plaća pod uvjetom da je na jednak način smanjena i plaća muškarcu koji je odsutan zbog bolesti, a iznos te plaće ne smije biti tako nizak da narušava cilj zaštite trudnice. Konačno, spominje i predmet Mayr,⁴⁶ u kojem je u presudi zaključeno da otkaz ženi zbog toga što se

⁴¹ Sud EU-a, *Dekker*, C-177/88 od 8. studenoga 1990, ECLI:EU:C:1990:383.

⁴² Sud EU, *Webb*, C-32/93 od 14. srpnja 1994, ECLI:EU:C:1994:300.

⁴³ Sud EU, *Tele Danmark*, C-109/00 od 4. listopada 2001, ECLI:EU:C:2001:513.

⁴⁴ Sud EU, *Brown*, C-394/96 od 30. lipnja 1998, ECLI:EU:C:1998:331.

⁴⁵ Sud EU, *McKenna*, C-191/03 od 8. rujna 2005, ECLI:EU:C:2005:513.

⁴⁶ Sud EU, *Mayr*, C-506/06 od 28. veljače 2008, ECLI:EU:C:2008:119.

podvrgnula važnoj fazi oplodnje *in vitro* predstavlja izravnu diskriminaciju na temelju spola.

ESLJP je zaključio da podnositeljicu zahtjeva treba usporediti sa svim trudnicama, bez obzira na način oplodnje, koje su sklopile ugovor o zaposlenju i nakon toga zatražile naknadu plaće zbog bolovanja radi komplikacija u trudnoći (t. 58.). Pri tome se ESLJP pozvao na osnovna načela da je za svrhu članka 14. Konvencije nejednako postupanje diskriminatorno ako nema objektivnog i razumnog opravdanja, ako ne slijedi zakonit cilj ili nema razumnog odnosa proporcionalnosti između upotrijebljenih sredstava i cilja koji se želi postići⁴⁷ (t. 62.). Istaknuto je da je za primjenu članka 14. Konvencije nužno da postoji razlika u postupanja na osnovi određene karakteristike⁴⁸ te da se načelno poštuje politika zakonodavčeva izbora, osim ako je očito bez razumnih temelja⁴⁹ (t. 64.). Kod jednakosti spolova margina diskrecije ili margina prosudbe država članica, u smislu dopuštenog prostora nacionalne regulatorne autonomije danog državama članicama pod uvjetom da se nacionalna mjera ili praksa primjenjuje na nediskriminirajući način te da prolazi test proporcionalnosti, uska je te u takvim situacijama načelo proporcionalnosti zahtijeva da je izabrana mjera prikladna cilju i nužna u danim okolnostima⁵⁰ (t. 65.). Ističe se da je uvođenje mjera zaštite majčinstva osnovno za ostvarivanje načela jednakosti muškaraca i žena te da su nadležna tijela propustila objasniti kako je tužiteljica mogla svjesno zaključiti prijevarni ugovor o zaposlenju kada nije mogla znati hoće li zaista zatrudnjeti te kada domaće pravo omogućava rad trudnicama, a poslodavcu zabranjuje da traži bilo kakve informacije u vezi s trudnoćom ili naloži drugoj osobi da traži takve informacije (t. 76. i 81.).

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

Dakle, zaključak je da neuzimanje u obzir svih relevantnih okolnosti i nestavljanje na vagu relevantnih načela ulazi u pojam pretjeranog pravnog formalizma, zbog čijeg je utjecaja povredu zabrane diskriminacije na temelju spola nastalu u upravnom postupku otklonio tek ESLJP u predmetnoj presudi koristeći riječ stereotip u negativnom kontekstu uskogrudnog razmišljanja i predrasuda. U presudi se izričito navodi da, prema shvaćanju

⁴⁷ Vidi opširnije u presudi ESLJP, *Molla Sali v. Greece*, broj 20452/14 od 19. prosinca 2018., par. 133 i 135.

⁴⁸ Vidi opširnije u presudi ESLJP, *Fabian v. Hungary*, broj 78117/13 od 6. rujna 2017, par. 113.

⁴⁹ Vidi opširnije u presudi ESLJP, *Carson and others v. United Kingdom*, broj 42184, ECHR 2010., par. 61.

⁵⁰ Vidi opširnije u presudi ESLJP-a *Emel Boyraz v. Turkey*, broj 61960/08, od 2. prosinca 2014., par. 51.

ESLJP-a, spolni stereotipi takve vrste predstavljaju ozbiljnu zapreku za ostvarenje stvarne sadržajne rodne jednakosti, koja je jedan od glavnih ciljeva članica Vijeća Europe.⁵¹

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

Na temelju te presude u odnosu na Republiku Hrvatsku u postupku WECL⁵² 24. ožujka 2022. utvrđena je istovjetna povreda u predmetima Ručević protiv Hrvatske, zahtjev br. 1082/20, Banović protiv Hrvatske, zahtjev br. 17951/20, i Lukežić protiv Hrvatske, zahtjev br. 20805/20, te je nakon toga u sva tri predmeta između stranaka zaključena nagodba. Radi se o postupku koji je tek nedavno uveden u rad ESLJP-a s ciljem bržeg rješavanja predmeta u kojima se traži utvrđivanje povrede nekog članka Konvencije u vezi s činjeničnim stanjem u odnosu na koje je prema određenoj državi već u nekom ranijem predmetu, označenom kao vodeći predmet, zauzet pravni stav da se radi o vrsti systemske povrede. Možemo to nazvati vrstom oglednog spora u kojem se, ukoliko se prepozna da činjenice novog predmeta odgovaraju činjenicama iz ranijeg predmeta u kojem je već utvrđena povreda, ispunjava unaprijed formulirani obrazac za tu situaciju te se vladi i podnositelju zahtjeva dostavlja prijedlog nagodbe, a u slučaju njezina prihvaćanja predmet ne završava donošenjem presude, već sklapanjem nagodbe, čiji je sadržaj, prema pravilima rada ESLJP-a, uvijek tajan.

Ranija vrlo značajna presuda ESLJP-a kojom je utvrđena izravna diskriminacija zbog povezanosti s drugom osobom na temelju invaliditeta djeteta po osnovi prava vlasništva bila je Guberina protiv Hrvatske,⁵³ također označena kao vodeći slučaj. Činjenice su predmeta da je otac djeteta s invaliditetom podnio zahtjev za oslobođenje od plaćanja poreza na promet nekretnina pri kupnji druge nekretnine, tj. kuće, radi rješavanja stambenog pitanja, jer je obitelj do tada živjela na trećem katu bez lifta, te je utvrđeno postojanje povrede članka 14. Konvencije u vezi s člankom 1. Protokola 1 zbog pretjeranog pravnog formalizma nacionalnih sudova i upravnih tijela. Naime, porezne su vlasti zahtjev odbile jer je raniji stan površinom bio dovoljno velik za cijelu obitelj i imao je svu potrebnu infrastrukturu. ESLJP je utvrdio da nisu uzete u obzir specifičnosti konkretnog slučaja, tj. tužiteljeve stambene potrebe u odnosu na dijete s invaliditetom, pa je time tužitelj diskriminiran u odnosu na sve druge osobe koje stječu nekretninu radi zadovoljenja stambenih potreba, a koje su oslobođene poreza na promet nekretnina ako postojeća nekretnina ne zadovoljava njihove stambene potrebe, s obzirom na to da su kao zakonski kriteriji bili propisani kvadrati nekretnine ovisno o broju članova obitelji, a ne situacija prilagodbe stanovanja osobi s invaliditetom.

⁵¹ „In the Court' view, gender stereotyping of this sort presents a serious obstacle to the achievement of real substantive gender equality, which as already stated, is one of the major goals in the member States of the Council of Europe“ – citat iz presude Jurčić protiv Hrvatske, zahtjev br. 54711/15 od 4. veljače 2021.

⁵² WECL – *well established case law*.

⁵³ ESLJP, Guberina protiv Hrvatske, zahtjev br. 23682/13 od 22. ožujka 2016.

U presudi je zaključeno da su nadležna tijela dužna uzeti u obzir sve specifične okolnosti slučaja i izbjegavati automatsku primjenu zakona (t. 89., 91. i 92.).

Iste godine u predmetu Pajić protiv Hrvatske⁵⁴ ESLJP je donio presudu kojom je u odnosu na RH utvrđena povreda članka 14. zabrane diskriminacije u vezi s člankom 8. Konvencije, tj. prava na poštivanje privatnog i obiteljskog života, s obrazloženjem da se radilo o automatskoj primjeni prava. U konkretnom slučaju upravni postupak vodio se zbog zahtjeva tužiteljice, državljanke Bosne i Hercegovine, za privremeni boravak u RH u svrhu spajanja obitelji, jer se već nekoliko godina nalazi u stabilnoj istospolnoj vezi s partnericom iz RH, koja za nju predstavlja obitelj. Zahtjev je odbijen jer prema Zakonu o strancima⁵⁵ istospolna zajednica ne predstavlja obitelj. ESLJP je zaključio da je činjenica da su podnositeljica i njezina djevojka bile u vezi već nekoliko godina te da su se redovito posjećivale dovoljna da se utvrdi kako se podnositeljica i njezina djevojka nalaze u stabilnoj vezi koja potpada pod konvencijski pojam obitelji.

ESLJP nije našao opravdanja za državu i zaključio je da je važeći Zakon o strancima diskriminatoran jer predviđa različito postupanje između istospolnih i heteroseksualnih parova s obzirom na to da je pravo na privremeni boravak u RH u svrhu spajanja obitelji isključivo rezervirano za heteroseksualne parove. ESLJP ističe da zaključak o iscrpljivanju domaćih pravnih lijekova mora biti s nekim stupnjem elastičnosti i bez pretjeranog formalizma (t. 42.) te naglašava da domaća tijela prilikom postupanja po zahtjevu za privremeni boravak nisu u dovoljnoj mjeri ispitala podnositeljčinu situaciju, već su se automatizmom pozvala na odredbe Zakona o strancima iz kojih proizlazi da istospolna zajednica ne predstavlja obitelj (t. 89., 91. i 92.).

Dakle, i u ovoj je presudi sud, koristeći termin pretjerani formalizam i automatska primjena zakona, upozorio na pretjerani pravni formalizam kod primjene prava primijenjen i u pristupu rješavanju slučaja i od strane upravnih tijela i kasnije sudova.

Još ranije, 2013., ESLJP je u predmetu Topčić-Rosenberg protiv Hrvatske⁵⁶ utvrdio povredu članka 14. zabrane diskriminacije, i to ponovno u vezi s člankom 8. Konvencije, zbog primjene mjerodavnog prava na pretjerano formalan i nefleksibilan način. U ovom slučaju upravni se postupak vodio zbog zahtjeva tužiteljice za priznanje prava na korištenje porodiljnog dopusta samozaposlene osobe nakon posvojenja trogodišnjeg djeteta. Zahtjev je odbijen sukladno Zakonu o porodnom dopustu majki koje obavljaju samostalnu djelatnost i nezaposlenih majki⁵⁷ jer se radi o djetetu starijem od jedne godine.

U presudi je primijećeno da se različitost postupanja prema podnositeljici kod ostvarivanja prava na porodni dopust kao poslovnoj ženi koja obavlja samostalnu djelatnost temeljila na njezinu statusu posvojiteljice te su joj uskraćeni pravo na porodni

⁵⁴ ESLJP, Pajić protiv Hrvatske, zahtjev br. 68453/13 od 23. veljače 2016.

⁵⁵ Zakon o strancima, Narodne novine, 79/2007 i 36/2009.

⁵⁶ ESLJP, presuda Topčić-Rosenberg protiv Hrvatske, zahtjev br. 19391/11 od 14. studenoga 2013.

⁵⁷ Zakon o porodnom dopustu majki koje obavljaju samostalnu djelatnost i nezaposlenih majki, Narodne novine, 24/1996, 109/1997, 82/2001 i 30/2004.

dopust i s time povezane novčane potpore nakon što je posvojila svoje dijete, iako biološke majke takvo pravo imaju od dana rođenja djeteta do godine dana života djeteta. ESLJP je zauzeo shvaćanje da je svrha roditeljskog ili porodnog dopusta omogućiti majci da ostane kod kuće i brine se o djetetu te je time posvojiteljica u sličnoj situaciji kao i biološki roditelj. Slijedom navedenoga zaključeno je da su domaća tijela primijenila mjerodavno pravo na pretjerano formalan i nefleksibilan način jer su zanemarila opća načela priznata Zakonom o radu, koji je uzeo u obzir da položaj biološke majke u trenutku poroda odgovara položaju posvojiteljice neposredno nakon posvojenja. (t. 46.). Prema tome, ne nalazeći nijedno objektivno i razumno opravdanje za različitost postupanja prema podnositeljici kao posvojiteljici prilikom odobravanja njezina prava na porodni dopust nakon posvojenja djeteta u odnosu na biološku majku, koja takvo pravo ima od poroda, ESLJP smatra da takvo različito postupanje predstavlja diskriminaciju (t. 47.).

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

3.2. Praksa hrvatskih sudova

Ovakva obrazloženja ESLJP-a utjecala su i na promjenu stava Ustavnog suda Republike Hrvatske (u daljem tekstu: Ustavni sud), koji je 2015. u svojoj odluci⁵⁸ zaključio da je Upravni sud RH pretjerano formalistički primijenio članak 11. točku 10. Zakona o porezu na promet nekretnina⁵⁹ kada je zaključio da tužitelj nije kupio stan u Rijeci radi rješavanja stambenog pitanja s obzirom na to da su njegova supruga i sin ostali živjeti u tom stanu, a on se privremeno odselio kod roditelja u Mali Lošinj iz poslovnih razloga, a ti njegovi navodi u postupku uopće nisu ispitivani.

Ustavni je sud 2016. u svojoj vrlo često citiranoj odluci⁶⁰ izrazio stajalište da su nadležna tijela i sudovi dužni tumačiti sve mjerodavne propise u njihovoj ukupnosti, stalno imajući na umu da njihove odluke ne smiju dovoditi do nerazumno i objektivno neopravdanog ishoda za samu stranku, a ponajmanje kršiti ustavna prava stranaka ili objektivne vrijednosti hrvatskog ustavnog poretka.

Kasnije je 2017. uslijedila i vrlo važna odluka Ustavnog suda⁶¹ o izjednačavanju izvanbračnih drugova s bračnima u pogledu primjene poreznih zakona prilikom odlučivanja o oslobađanju od plaćanja poreza na promet nekretnina, poreza na nasljedstvo i darove, priznavanja osobnog odbitka poreza na dohodak za uzdržavanog člana, a upravo da bi se otklonila diskriminacija u poreznim stvarima na temelju obiteljskog statusa. U obrazloženju odluke navodi se da Ustavni sud više ne može prihvaćati administrativnu i sudsku praksu uskog i mehaničkog tumačenja pojma „bračni

⁵⁸ Ustavni sud Republike Hrvatske, odluka broj U-III-1311/2014 od 17. srpnja 2015.

⁵⁹ Zakon o porezu na promet nekretnina, Narodne novine, 69/1997, 26/2000, 127/2000 i 153/2002.

⁶⁰ Ustavni sud Republike Hrvatske, odluka broj U-III-5989/2013 od 9. veljače 2016.

⁶¹ Ustavni sud Republike Hrvatske, odluka broj U-III-3034/12 od 21. veljače 2017.

drug“ u primjeni Zakona o porezu na promet nekretnina⁶² jer ne nalazi nijedno objektivno i razumno opravdanje za različitost postupanja prema podnositelju kao izvanbračnom drugu prilikom primjene odredbi o oslobađanju od plaćanja poreza na promet nekretnina.

Prvostupanjski sud otklonio je povredu zabrane diskriminacije u vezi s člankom 1. Protokola 1 Konvencije u presudi Upravnog suda u Zagrebu⁶³ u upravnoj stvari oslobođenja plaćanja poreza na nasljedstvo prvog nasljednog reda prema ugovoru o dosmrtnom uzdržavanju. Naime, u tada važećem Zakonu o porezu na promet nekretnina⁶⁴ kao temelj oslobođenja od plaćanja poreza na promet nekretnina bio je naveden ugovor o doživotnom uzdržavanju, ali ne i ugovor o dosmrtnom uzdržavanju, pa je sud zaključio da je propis trebalo tumačiti na način da se on odnosi i na potomka iz uspravne linije koji nekretninu stječe na temelju ugovora o dosmrtnom uzdržavanju, a kako je to pravilno uneseno u važeći Zakon o porezu na promet nekretnina.⁶⁵ Naime, kod oba ugovora radi se o istom obiteljskom odnosu, koji rezultira istim imovinskim posljedicama obveze uzdržavanja i stjecanja nekretnine, te je jedina razlika trenutak stjecanja nekretnine, pa je upitno koji bi to opravdani razlog mogao postojati da te dvije osnove stjecanja nekretnina rezultiraju različitim utvrđenjima nepostojanja i postojanja porezne obveze.

Presudom Visokog upravnog suda Republike Hrvatske (u daljem tekstu: Visoki upravni sud)⁶⁶ potvrđena je prvostupanjska presuda Upravnog suda u Zagrebu⁶⁷ kojom su poništena rješenja upravnih tijela te je presudom usvojen zahtjev tužiteljica za upis činjenice sklopljenog istospolnog braka u inozemstvu u registar životnog partnerstva. U obrazloženju se navodi da je prvostupanjski sud pravilno ocijenio da je odbijanjem zahtjeva tužiteljica za upis činjenice sklopljenog istospolnog braka u inozemstvu u registar životnog partnerstva u Republici Hrvatskoj došlo do diskriminacije na osnovi spolne orijentacije prema tužiteljicama jer se radi o različitom postupanju u neosobnom kontekstu prema osobama u usporedivim situacijama bez objektivnog i razumnog opravdanja. Naime, u usporedivoj situaciji bračni drugovi koji sklope brak u inozemstvu mogu, sukladno odredbi članka 40. Zakona o državnim maticama,⁶⁸ u Republici Hrvatskoj upisati činjenicu sklapanja braka u inozemstvu u maticu vjenčanih, osim iznimke u odnosu na konzularne brakove sklopljene u trećim državama, dok tužiteljice koje su sklopile istospolni brak u inozemstvu ne mogu taj brak upisati u registar životnog partnerstva kao ekvivalentan službenoj evidenciji, koju također vode matičari, iako bi to bilo moguće da su životno partnerstvo sklopile u Republici Hrvatskoj.

Slijedom navedenog ocijenjeno je mehaničkim obrazloženje tuženika da je zahtjev tužiteljica pravilno odbijen pozivom na točku 13.2. Naputka o vođenju registra životnog

⁶² *Ibid.*, Zakon o porezu na promet nekretnina.

⁶³ Upravni sud u Zagrebu, presuda broj 1561/18 od 4. lipnja 2019.

⁶⁴ *Ibid.*, Zakon o porezu na promet nekretnina.

⁶⁵ Zakon o porezu na promet nekretnina, Narodne novine, 115/2016 i 106/2018.

⁶⁶ Visoki upravni sud Republike Hrvatske, presuda broj Usž-1717/20 od 3. lipnja 2020.

⁶⁷ Upravni sud u Zagrebu, presuda broj UsI-1279/19 od 3. ožujka 2020.

⁶⁸ Zakon o državnim maticama, Narodne novine, 96/1993 i 76/2013.

partnerstva,⁶⁹ prema kojoj se životna partnerstva ili istospolni brakovi hrvatskih državljana sklopljeni u inozemstvu upisuju kao bilješke u matici rođenih, a da pritom tuženik nije uzeo u obzir članak 37. stavak 4. Zakona o životnom partnerstvu osoba istog spola,⁷⁰ prema kojem životni partneri imaju jednaka postupovna prava i status u svim sudskim i upravnim postupcima kao i bračni drugovi. Time je tuženik ujedno i zanemario odredbu članka 1. i članka 2. Zakona o suzbijanju diskriminacije⁷¹ jer nije dao obrazloženje da bi se stavljanje tužiteljica u nepovoljniji položaj na osnovi spolne orijentacije na opisani način moglo objektivno opravdati legitimnim ciljem zbog kojega bi takvo postupanje tuženika bilo primjereno i nužno.

Vasiljević⁷² ističe da je presuda Upravnog suda u Zagrebu⁷³ u upravnoj stvari davanja dozvole za obavljanje udomiteljstva izazvala velik interes stručne javnosti upravo u kontekstu narušavanja vladavine prava s obzirom na to da je u presudi zaključeno da je centar za socijalnu skrb primijenio isključivo formalističko, odnosno gramatičko tumačenje o udomiteljstvu, pa je posljedično tome iz njega isključio istospolne partnere.

Ustavni sud donio je početkom 2020. odluku⁷⁴ kojom odbija zahtjev jedne petine zastupnika u Hrvatskom saboru za ocjenu suglasnosti s Ustavom članka 9. točke 3., članka 11. stavka 3. i članka 13. stavka 2. Zakona o udomiteljstvu⁷⁵ i rješenje kojim se ne prihvaćaju prijedlozi za pokretanje postupka za ocjenu suglasnosti s Ustavom članka 9. točke 3. i članka 11. stavka 3. tog Zakona iako je utvrdio da osporene zakonske odredbe iz kojih je izostavljena određena društvena skupina proizvode generalne diskriminatorne učinke prema istospolno orijentiranim osobama koje žive u životnim i neformalnim životnim partnerstvima, što je ustavnopravno neprihvatljivo. Naime, sudovi i druga tijela dužni su osporene zakonske odredbe tumačiti i primjenjivati na način koji će svim osobama pod jednakim uvjetima omogućiti sudjelovanje u javnoj usluzi udomljavanja, dakle neovisno o tome živi li potencijalni udomitelj u životnom ili neformalnom životnom partnerstvu. Ta je odluka izazvala i četiri izdvojena mišljenja. Navedenom odlukom Ustavnog suda javnopravnim tijelima dana je uputa da se trebaju koristiti svojom ovlašću da samostalno popunjavaju pravne praznine kada proizvode opće diskriminatorne učinke i time izravno primjenjuju Ustav, čime se osnažuje ideja teleološkog, a ne gramatičkog i formalističkog tumačenja u primjeni propisa.

Najnovija presuda Visokog upravnog suda⁷⁶ u upravnoj stvari izdavanja mišljenja o podobnosti i prikladnosti za posvojenje djece od strane osoba koje su sklopile životno partnerstvo upućuje na daljnji odmak od pretjeranog pravnog formalizma od strane sudova. Naime, upravna su tijela zahtjev odbila jer pozitivni propisi Republike Hrvatske

⁶⁹ Naputak o vođenju registra životnog partnerstva, Narodne novine, 147/2014.

⁷⁰ Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, Narodne novine, 92/2014 i 98/2019.

⁷¹ Zakon o suzbijanju diskriminacije, Narodne novine, 85/2008 i 112/2012.

⁷² Vasiljević, vidi *op. cit.* u bilj. 6.

⁷³ Upravni sud u Zagrebu, presuda broj UsI-1699/18 od 19. prosinca 2019.

⁷⁴ Ustavni sud Republike Hrvatske, odluka broj U-I-144/2019 i dr. od 29. siječnja 2020.

⁷⁵ Zakon o udomiteljstvu, Narodne novine, 115/18.

⁷⁶ Visoki upravni sud Republike Hrvatske, presuda broj Usž-2402/21 od 20. travnja 2022.

izrijekom ne omogućuju posvojenje osobama koje su sklopile životno partnerstvo, a sud je zaključio da ne postoji legitimni cilj zaštite interesa djeteta jer će se interes konkretnog djeteta da bude posvojeno procjenjivati u postupku usvojenja i pri odabiru posvojitelja upisanih u registar, pa je iz navedene presude razvidno da je Visoki upravni sud primijenio teleološko, a ne gramatičko tumačenje.

4. ZAKLJUČAK

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

Možemo zaključiti da država, i to kroz donošenje nepotpunih ili dvojbenih zakonskih odredaba, te upravna tijela i sudovi, i to kroz tumačenje zakonskih odredaba na pretjerano formalistički način, mogu diskriminatorno postupati, ali da upravna tijela i kasnije upravni sudovi imaju sve alate, kao što je primjena Zakona o suzbijanju diskriminacije, Ustava Republike Hrvatske, Konvencije i Protokola 12, Osnivačkih ugovora i Povelje o temeljnim pravima, da ne dopuste da bilo koja osoba pred tijelima državne vlasti bude na bilo koji način i po bilo kojoj osnovi diskriminirana.

Potrebno je napomenuti da je, iako je pravni položaj Konvencije formalno iznad Zakona, a ispod Ustava Republike Hrvatske, još 2000. sam Ustavni sud prvi put u svojoj odluci⁷⁷ Konvenciji u praksi dao kvaziustavni položaj, da je zabrana diskriminacije sadržana i u članku 14. Ustava te da je Zakonom o suzbijanju diskriminacije, u članku 1. stavku 1., propisan cilj Zakona i da su zabranjene osnove diskriminacije, a da je u stavku 2. i 3. navedeno što se sve smatra diskriminacijom.

Iz sadržaja svih do sada citiranih međunarodnih i domaćih propisa razvidno je da Ustav (... i druge osobine), Konvencija (... i druge okolnosti) i Protokol 12 (... i drugi status) imaju otvorenu klauzulu zabranjenih diskriminacijskih osnova, za razliku od akata EU-a (Povelja i osnivački ugovori) i Zakona o suzbijanju diskriminacije, koji imaju zatvorenu klauzulu zabranjenih osnova za diskriminaciju.

Iz prethodnih presuda ESLJP-a u kojima je utvrđena povreda načela zabrane diskriminacije u odnosu na Republiku Hrvatsku iz upravnog prava razvidno je da je ESLJP u proteklih desetak godina upozoravao upravne sudove na nedopustivost pretjeranog pravnog formalizama u primjeni prava koristeći termine stereotip u smislu predrasuda,

⁷⁷ Ustavni sud RH, odluka U-I-745/99 od 8. studenoga 2000. (točka 4. i 8.).

automatska primjena prava, pretjerano formalan i nefleksibilan način primjene prava, što je uvijek pratilo i neuzimanje u obzir svih relevantnih okolnosti ili specifičnih okolnosti slučaja, zanemarivanje općih načela ili nestavljanje na vagu relevantnih načela.

Ustavni sud vrlo često u proteklih deset godina u svojim odlukama, a neke od njih prethodno su citirane u ovom radu,⁷⁸ uporno ponavlja da su sudovi dužni tumačiti domaće pravo u skladu s konvencijskim standardima i prihvatiti nova načela za tumačenje prava i nove sudske tehnike za rješavanje slučajeva.

Vasiljević zaključuje da primjeri diskriminatornih postupanja iz sudske prakse pokazuju da, unatoč brojnim zakonskim rješenjima, u stvarnosti nismo uspjeli dosegnuti standarde ravnopravnosti koji su prisutni u razvijenim državama članicama, čemu je očigledno doprinijelo nepostojanje nadzornog mehanizma nakon pristupanja EU-u, pa se radi o ograničenom napretku, iako socijalne države u Europi imaju ne samo obvezu suzdržavanja od povreda temeljnih prava nego i prisilnu pozitivnu obvezu njihove zaštite i promicanja, s obzirom na to da je jednaka razina zaštite temeljnih ljudskih prava u svim državama članicama nužan preduvjet za stabilnost vladavine prava i daljnju integraciju.⁷⁹

Pretjerani se pravni formalizam stoga do sada u pojedinačnim slučajevima pokazao kao zapreka ostvarenju načela zabrane diskriminacije u upravnim postupcima i upravnim sporovima. Radi se o problemu koji je uočen u sudskoj praksi, naročito od strane Ustavnog suda i ESLJP-a, te se u ovom radu pokušalo upozoriti na načine ispravljanja takvih pravnih situacija, za što je svakako potrebno podići i kod državnih službenika i kod upravnih sudaca standard znanja ustavnog i europskog prava,⁸⁰ i to zato što je praksa ESLJP-a i Suda EU-a bila i ostala putokaz za donošenje odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske.

S obzirom na javne kritike sudskih presuda i hrvatske sudbene vlasti općenito te na sadržaj odluka ESLJP-a na temu pretjeranog pravnog formalizma i zabrane diskriminacije u odnosu na Republiku Hrvatsku, smatram da bi rješavanju problema pojave pretjeranog pravnog formalizma u suđenju doprinijelo uvođenje puno više praktičnog obučavanja studenata u smislu rada na konkretnim sudskim premetima i eventualno uvođenje posebnog predmeta na pravnim fakultetima u Hrvatskoj u smislu stjecanja vještina funkcionalne interpretacije odredaba raznih propisa, kao što npr. na Sveučilištu u Edinburghu postoji predmet „Kako pravnički razmišljati?“, te bi daljnji korak za unapređenje situacije svakako bila provedba cjeloživotnog obrazovanja i državnih službenika i upravnih sudaca, i to podjednako i u teoriji i praksi, čemu bi moglo pomoći i uvođenje posebne katedre za ljudska prava.

⁷⁸ Ustavni sud Republike Hrvatske, odluka broj U-III-5989/2013 od 9. veljače 2016.

⁷⁹ Vasiljević, *op. cit.* u bilj. 5.

⁸⁰ Vidi šire u: Rodin, S., Bogdanović, T., Senjak, K., *Priručnik Europski standardi u upravnom postupku*, Ministarstvo pravosuđa RH, Pravosudna akademija, Zagreb, 2008.

THE IMPACT OF EXCESSIVE LEGAL FORMALISM ON THE POSSIBILITY OF ENFORCING THE PRINCIPLE OF NON-DISCRIMINATION IN ADMINISTRATIVE LAW

This paper analyzes how excessive legal formalism, in the sense of the overly strict application of legal norms, affects the realization of the principle of non-discrimination in administrative procedures and administrative disputes in Croatia.

The author first identifies excessive legal formalism as an obstacle to the realization of the principle of non-discrimination, particularly in cases where administrative bodies unjustifiably treat citizens unequally. The paper emphasizes the rule of law, highlighting equal and lawful treatment by administrative bodies as the optimal means of ensuring the principle of non-discrimination.

Based on four judgments of the European Court of Human Rights, two of which are considered key cases, as well as several judgments from national administrative law, the paper examines the obstacles that may arise when existing legal provisions have discriminatory effects due to vague or ambiguous wording. It further explores how these provisions, when interpreted in an excessively formalistic manner, can hinder non-discriminatory application and discusses possible solutions for overcoming these challenges.

Keywords: non discrimination, excessive legal formalism, rule of law, European Convention on Human Rights, administrative law

Tamara Bogdanović, univ. spec. iur. (European Law), judge of the Administrative Court in Zagreb