

Др Невена Петрушић,*
Редовна професорка Правног факултета,
Универзитет у Нишу
Др Момчило Грубач, Професор емеритус
Правни факултет Универзитета Унион

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 342.72/.73

Рад примљен: 31.03.2014.
Рад прихваћен: 30.04.2014.

УЗАЈАМНИ ОДНОС ПОСТУПКА ПРЕД ПОВЕРЕНИКОМ ЗА ЗАШТИТУ РАВНОПРАВНОСТИ И ДРУГИХ АНТИДИСКРИМИНАЦИОНИХ ПОСТУПАКА**

Апстракт: Рад је посвећен разматрању односа поступка пред Повереником за заштиту равноправности и других антидискриминационих поступака, у којима се остварује грађанскоправна, кривичноправна, прекршајноправна и уставносудска заштита од дискриминације. У првом делу рада сумарно су приказани улога и надлежност Повереника за заштиту равноправности, као и сам поступак по прутужбама због дискриминације који овај орган спроводи. Централни део рада посвећен је односу поступка пред Повереником и других антидискриминационих поступака. Анализирани су прописи који пружају, односно искључују могућност да се поводом исте дискриминаторне ствари паралелно или сукцесивно воде поступак пред Повереником и други антидискриминациони поступци. Одговарајућа пажња посвећена је и дејству које у поступку пред Повереником производе правноснажне одлуке које су поводом истог дискриминаторног догађаја донете у другим поступцима.

Кључнe речи: дискриминација, Повереник за заштиту равноправности, антидискриминациони поступци.

* nevena.petrusic@gmail.com

** Коауторка Невена Петрушић написала је рад у оквиру пројекта бр. 179046: Заштита људских и мањинских права у европском правном простору, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

1. Уводна разматрања

Србија је протеклих година изградила ваљан правни оквир за заштиту од дискриминације, поштујући међународне стандарде и ослањајући се на искуства у упоредном праву. Уставни принцип забране дискриминације¹ операционализован је општим Законом о забрани дискриминације,² као и посебним антидискриминационим законима.³ Испуњавајући своју обавезу да свакоме обезбеди делотворну заштиту од дискриминације, коју је преузела ратификовањем међународних уговора о људским правима⁴ држава је успоставила целовит и кохерентан систем правне заштите. Тај систем чине различити облици грађанскоправне, кривичноправне, прекршајноправне и уставносудске заштите, а право на недискриминацију штити и Повереник за заштиту равноправности.

Грађанскоправна заштита од дискриминације представља облик непосредне заштите права на недискриминацију. Пружање те заштите регулисано је⁵ тако што су супстанцијалним правилима прописани грађански правозащитни захтеви,⁶ док је процесним правилима регулисан поступак у парницама за заштиту од дискриминације. Прекршајноправна заштита уређена је ЗЗД и другим антидискриминационим прописима,

1 Чл. 1. Устава Републике Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 98/2006) – у даљем тексту: Устав.

2 Закон о забрани дискриминације (у даљем тексту ЗЗД), *Сл. гласник РС*, бр. 22/09. У регулисању заштите од дискриминација законодавац је применио универзални приступ: забрањен је сваки види посредне и непосредне дискриминације по било ком основу и у свим сферама друштвеног живота. О појму и елементима дискриминације, шире: Павловић, С. (2012: 136-141).

3 Групи посебних антидискриминационих закона чине: Законом о заштити права и слобода националних мањина из 2002. године (*Сл. лист СРЈ*, бр. 11/02, *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/03 - Уставна повеља и *Сл. гласник РС*, бр. 72/09 - др. закон), Законом о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом из 2006. године (*Сл. гласник РС*, бр. 33/06, у даљем тексту: ЗСДОИ) и Законом о равноправности полова из 2009. године, (*Сл. гласник РС*, бр. 104/09, у даљем тексту: ЗРП). Забрана дискриминације у појединим секторима друштвених односа, као што су рад, запошљавање, образовање, информисање и др., прописана је и законима којима су те области законски уређене.

4 О међународном правном оквиру заштите од дискриминације, детаљно: Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 11-32; Etinski, Krstic, 2009: 5-22.

5 Поступак у парницама за заштиту од дискриминације, који има карактер посебног парничног поступка, регулисан је у ВИ одељку ЗЗД, под рубрумом «Судска заштита» (чл. 41-46. ЗЗД).

6 Одредбама ЗЗД прописано је неколико правозащитних захтева који се могу истаћи у парницама за заштиту од дискриминације. Шире, видети: (Водинелић, 2012: 217-236); (Петрушић, Н. 2010: 157-170).

којима су инкриминисани као прекршаји разноврсни акти дискриминације.⁷ Кривичноправна заштита од дискриминације уређена је Кривичним закоником из 2005. године,⁸ који прописује три кривична дела у вези са забраном дискриминације: повреда равноправности (чл. 128), повреда права употребе језика и писма (чл. 129) и расна и друга дискриминација (члан 387), као и читав низ кривичних дела против људских права и слобода, која садрже елементе дискриминације.⁹ Део система заштите од дискриминације јесте и заштита коју пружа Повереник за заштиту равноправности поступајући по притужбама због дискриминације, а кад је реч о уставној заштити права на недискриминацију, она се остварује путем контроле уставности и законитости закона и других општих аката с аспекта забране дискриминације и одлучивањем по уставној жалби. Правна заштита од дискриминације пружа се у разноврсним судским и другим поступцима, који се, упркос великим разликама у погледу циља, предмета и садржине заштите, могу сматрати антидискриминационим поступцима јер, у крајњем, служе сузбијању дискриминације.

У циљу обезбеђивања делотворне заштите од дискриминације, законски прописи омогућавају да се поводом истог акта дискриминације паралелно или сукцесивно спроведе више антидискриминационих поступака. Ипак, у неким ситуацијама правноснажно окончање, односно ток једног поступка искључује могућност да се поводом истог дискриминаторног

7 Инкриминисана су као прекршаји и одређена пропуштања органа јавне власти и одговорних лица да спроведу законом утврђене посебне мере. Видети чл. 50-59. ЗЗД, чл. 53-55. ЗРП и чл. чл. 50-60 ЗСДОСИ.

8 *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012 и 104/2013.

9 У ова дела спадају повреда слободе изражавања националне или етничке припадности (члан 130), повреда слободе исповедања вере и вршења верских обреда (чл. 131), повреда слободе говора и јавног иступања (члан 148) и др. Законом о изменама и допунама Кривичног законика из 2009. године (*Сл. гласник РС*, бр. 72/2009) измењен је члан 387. који забрањује расну и другу дискриминацију додавањем два нова става којима су прописана кривична дела промоције и позивања на мржњу, насиље и дискриминацију, и јавне претње за извршење кривичних дела према лицу или групи лица на основу неког њиховог личног својства. Сва ова кривична дела гоне се по службеној дужности. Законом о изменама и допунама КЗ из 2012. године (*Сл. гласник РС*, бр. 121/2012) КЗ је допуњен правилом да приликом одмеравања казне суд као посебну отежавајућу околност цени чињеницу да је кривично дело учињено из мржње због припадности раси и вероисповести, националне или етничке припадности, пола, сексуалне оријентације или родног идентитета другог лица, осим ако је ова околност прописана као обележје кривичног дела (чл. 54а КЗ). Тиме је у наш правни систем уведен институт злочина из мржње, а то може бити свако кривично дело које је мотивисано мржњом према особи због њене расе, боје коже, пола, полне оријентације, језика и других личних својстава. Шире: Ćirić; 2011: 21-36.

догађаја спроведе други поступак. С друге стране, у поступцима у којима се пружа заштита праву повређеном дискриминаторним актом утврђивање дискриминације јавља се као претходно питање, што проблем односа антидискриминационих поступака чини још комплекснијим. У овом раду пажња је фокусирана на однос поступка по притужбама због дискриминације који се спроводи пред Повереником за заштиту равноправности¹⁰ и других антидискриминационих поступака. Непосредни повод за ову анализу јесте правило да Повереник поступа по притужби због дискриминације уколико поступак пред судом по истој ствари није већ покренут или правноснажно окончан.¹¹ Ово правило отвара низ спорних теоријских и практичних питања, која до сада нису привукла већу пажњу научне и стручне јавности, па постоји потреба да се она размотре и подстакне шира научна расправа о међусобном односу антидискриминационих механизма.

2. Повереник за заштиту равноправности – улога и надлежност

Повереник за заштиту равноправности¹² је самосталан и независан државни орган, установљен ЗЗД,¹³ са широким кругом законских овлашћења која га чине централном националном институцијом специјализованом за сузбијање свих облика и видова дискриминације.¹⁴ Повереник је државни

10 У даљем тексту: поступак пред Повереником.

11 Чл. 36. ст. 1. ЗЗД.

12 Повереник за заштиту равноправности само је једна од независних институција за заштиту људских права које су током правне транзиције установљене у домаћем правном систему. Иако су њихова улога, задаци, надлежност, начин избора и финансирања веома различити, у литератури се за сва ова тела користи заједнички назив тзв. „четврта грана власти“. (Orlović, 2010: 231-272).

13 Установљавање овог органа израз је опредељања државе да поштује препоруке међународних институција о оснивању независних националних тела за сузбијање дискриминације, каква је, на пример, Општа препорука бр. 2. из 1997. године Европске комисије за борбу против расизма и нетолеранције Савета Европе (ECRI), којом је чланицама Савета Европе сугерисано да установе тела за борбу против расизма и дискриминације на државном нивоу. Видети: ECRI General Policy Recommendation No. 2 on Specialised Bodies to Combat Racism, Xenophobia, Antisemitism And Intolerance at National Level, Retrieved 24 May 2014 from http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/default_en.asp

14 Приликом правног профилисања институције Повереника за заштиту равноправности, узети су у обзир разноврсни концепцијски модели тела за равноправност (тзв. еџуалиту бодиес), као и искуства сличних институција у државама у региону и ЕУ. Упоредна истраживања показују да се статус и надлежност независних тела знатно разликују. У неким државама установљене су комисије, у неким један или више парламентарних повереника, негде постоји посебан омбудсман за равноправност, а

орган омбудсманског типа (Петрушић, Крстић, Маринковић, 2014: 213),¹⁵ ексклузивно надлежан да штити само једно људско право – право на равноправност.¹⁶ Он је, у суштини, орган парламента јер му помаже да врши парламентарни надзор у материји заштите равноправности, али је и својеврсни „орган јавности“, односно цивилног друштва, чији је и сам део. Повереник нема ни наредбодавна ни репресивна овлашћења (Петрушић et al. 2014: 231), нити одлучује о правима и обавезама правних субјеката, већ своју законску улогу остварује издавањем препорука, опомена, упозорења, извештајима, законодавним иницијативама и др.¹⁷ Поред задатака на плану превенције,¹⁸ Повереник делује и реактивно, након извршене

негде је заменик омбудсмана посебно задужен за област заштите од дискриминације; неке државе су установиле посебне парламентарне одборе, а неке квази-судска тела. Ни статус тела за равноправност није исти: у неким државама имају статус владине агенције, а у неким их бира парламент. Bruxel, 2012: 54; Ammer, Crowley, Liegl, Holzleithner, Wladasch, Yesilkagit, Utrecht, Wiена, 2010: 342; Krusaa, 2011: 1-10; Brooks, Milatović, 2010: 1-36.

15 Ипак, иако се улога Повереника суштински не разликује од улоге Заштитника грађана, који је омбудсман општег типа, правна позиција ова два државна органа знатно се разликује. Док су положај и надлежност Заштитника грађана установљени самим Уставом (чл. 138. Устава Републике Србије), положај Повереника за заштиту равноправности регулисан је ЗЗД, а тешко је утврдити у коју би категорију органа јавне власти могао бити сврстан. Овакво стање последица конзистентног приступа у уставном дефинисању надзорних стручних тела у домену заштите људских права, који би обезбедио да се логички обједине прописи који регулишу њихову позицију у правном систему.

16 Позицију Повереника у правном систему обележава следеће: његов статус (самосталност и независност - чл. 1. ЗЗД), начин избора (бира га Народна скупштина - чл. 28. ЗЗД) и имунитет, који је једнак имунитету народних посланика - чл. 31. ст. 2. ЗЗД.

17 Овлашћења која Повереник има широко су постављена, у складу са међународним стандардима утврђеним Принципима који се односе на статус националних институција (тзв. Париски принципи) из 1993. године (додатак Резолуције бр. 48/134) (ОНСН, 1997). Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles), Retrieved 24 May 2014, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatusOfNationalInstitutions.aspx>.

18 Чл. 33. ЗЗД Повереник је овлашћен да упозорава јавност на најчешће, типичне и тешке случајеве дискриминације, да прати спровођење закона и других прописа, иницира доношење или измену прописа ради спровођења и унапређивања заштите од дискриминације и даје мишљење о одредбама нацрта закона и других прописа који се тичу забране дискриминације, као и да органима јавне власти и другим лицима препоручује мере за остваривање равноправности (чл.

33 ЗЗД). Један део надлежности Повереника односи се на праћење заштите равноправности, о чему Повереник подноси годишњи извештај Народној скупштини о стању у области заштите равноправности. Када је то потребно, Повереник самоиницијативно или на захтев Народне скупштине подноси и посебан извештај, нарочито у случајеве

дискриминације. Ради остваривања овог циља Повереник је овлашћен да спроводи поступак по притужбама због дискриминације, покреће парнице за заштиту од дискриминације,¹⁹ подноси прекршајне пријаве,²⁰ а као државни орган, овлашћен је на подношење кривичних пријава,²¹ као и на покретање поступка за оцену уставности и законитости.²²

3. Поступање Повереника по притужбама због дискриминације

Повереник је законом овлашћен да спроводи поступак по притужбама због дискриминације.²³ Овај поступак²⁴ је специфичне природе,²⁵ а његов циљ је да Повереник да стручно мишљење о томе да ли у конкретном случају поступање (чињење или пропуштање) на које се у притужби указује, представља акт дискриминације, те да изрицањем одговарајућих препорука предупреди даље вршење дискриминације и омогући отклањање стања и последице дискриминације (Петрушић et al. 2014: 236). У мишљењу Повереник износи свој децидирани став о томе да ли је

вима учестале вишеструке дискриминације, дискриминације која долази од органа јавне власти и случајевима тешких облика дискриминације.

19 Чл. 35. т. 3. ЗЗД.

20 Чл. 33. ст. 4. ЗЗД.

21 Чл. 280. Законика о кривичном поступку (Сл. гласник РС, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013 и 45/2013). прописано је да «Државни и други органи [...] пријављују кривична дела за која се гони по службеној дужности, о којима су обавештена или за њих сазнају на други начин, под условима предвиђеним законом или другим прописом.

22 Чл. 168. ст. 1. Устава Републике Србије.

23 На подношење притужбе овлашћено је свако физичко и правно лице, организације које се баве заштитом људских права, као и друга лица. Уколико поступак покрећу ради заштите конкретног лица, организације за заштиту људских права и друга лица то могу чинити само у име и уз сагласност тог лица (чл. 35 ЗЗД).

24 Поступак по притужбама регулисан је ЗЗД (В одељак, чл. 35-40), као и Пословником о раду, (Сл. гласник РС, бр. 34/11), којим је Повереник ближе уредио начин свог рада и поступања. Супсидијарни извор поступка по притужбама јесте Закон о општем управном поступку (Сл. лист СРЈ, бр. 33/97 и 31/2001 и Сл. гласник РС, бр. 30/2010), чије се одредбе у овом поступку сходно примењују.

25 У литератури није шире елелиборирана природа поступка по притужбама због дискриминације. С обзиром да је члан 40. став 4. ЗЗД изричито прописано да се на поступак пред Повереником сходно примењују одредбе закона којима се уређује општи управни поступак, један од могућих одговора јесте да овај поступак представља посебан управни поступак, без обзира што га не спроводи управни орган, већ самостални и независни државни орган. Други могући одговор јесте да се ради о специфичном, *sui generis* поступку, који нема карактер управног поступка, упркос томе што се у њему сходно примењују правила општег управног поступка. Шире: Петрушић et al. 2014: 236-237.

у конкретном случају лице против кога је притужба поднета извршило акт дискриминације,²⁶ а ако је дискриминација извршена, издаје једну или више обавезујућих препорука о начину отклањања повреде права на недискриминацију.²⁷ Лице коме је препорука упућена дужно је да поступи по препоруци у року од 30 дана и да о томе обавести Повереника.²⁸ Будући да препоруке Повереника нису подобне за принудно извршење, да би се спроводиле, одредбама ЗЗД прописане су законске мере које Повереник изриче у случају непоступања по препоруци: опомена и обавештавање јавности.²⁹ Ове мере су својеврсан вид „моралне репресије“ и срачунате су на то да утичу на свест лица које је извршило дискриминацију, као и да друге потенцијалне дискриминаторе одврате од дискриминаторног поступања.³⁰

4. Однос поступка пред Повереником и других антидискриминационих поступака

Према чл. 36. ст. 1. ЗЗД, Повереник може поступати по притужби уколико поступак пред судом *по истој ствари* није већ покренут или правноснажно окончан.³¹ *Argumentum a contrario*, Повереник не може поступати по притужби ако је поступак пред судом *по истој ствари* већ покренут или правноснажно окончан. ЗЗД не прецизира која је врста судског поступка у питању, што отвара питање домета забране из чл. 36. ст. 1. ЗЗД, које је у редовима који следе ближе размотрено.

26 Приликом заузимања става о томе да ли је у конкретном случају извршена дискриминација Повереник има у виду све чињенице и околности конкретног случаја, при чему у пуној мери примењује правила о прерасподели терета доказивања прописана чл. 45. ЗЗД. О прерасподели терета доказивања, видети: Rodin, 2009: 107-109.

27 Приликом издавања препорука, Повереник треба да води рачуна о томе да препоруке буду одређене и конкретне и да њихова садржина буде таква да се њиховим спровођењем, имајући у виду све околности конкретног случаја, може на најбољи могући начин отклонити стање дискриминације, спречити њено даље испољавање и уклонити или ублажити последице дискриминације.

28 Чл 39. ст. 3. ЗЗД.

29 Чл. 40. ЗЗД.

30 О поступку пред Повереником: Petrušić, Bekker, 2012: 68-75.

31 Истим чланом ЗЗД прописано је да Повереник не поступа по притужби и кад је очигледно да нема повреде права на коју подносилац указује, ако је у истој ствари већ поступао, а нису понуђени нови докази, као и онда кад утврди да је због протекла времена од учињене повреде права немогуће постићи сврху поступања.

4.1. Поступак пред Повереником и парница за заштиту од дискриминације

Поступак пред Повереником и парница за заштиту од дискриминације представљају два посебна процесна метода регулисана ЗЗД, који се разликују према циљу, садржини и самом исходу. Субјекти овлашћени да траже заштиту од дискриминације могу да поднесу притужбу Поверенику или да тужбом покрену парнични поступак. Иако су међусобно различити, када дође до конкуренције поступка пред Повереником и поступка у парници за заштиту од дискриминације, предност има парнични поступак (чл. 36. ст. 1. ЗЗД) Сагласно томе, уколико се овлашћено лице определи за парницу, постоји сметња за спровођење поступка по притужби, па ће, за случај да притужба буде поднета, Повереник обуставити поступак. На исти начин Повереник ће поступити и када у току поступка по притужби дође до сазнања да је после подношења притужбе у истој ствари покренута парница.

Ако је поводом одређеног дискриминаторног догађаја поступак у парници правноснажно окончан, Повереник не може поступати по притужби јер ЗЗД то изричито забрањује (чл. 36. ст. 1. ЗЗД). У вези са тим, треба имати у виду да ово правило важи само ако је поступак правноснажно окончан мериторном пресудом или судским поравнањем, које је по свом дејству изједначено са правноснажном пресудом.³² Уколико је поводом исте ствари парнични поступак правноснажно окончан услед одбацивања или повлачења тужбе, нема сметњи да Повереник поступа по притужби.

Околност да је поводом конкретног дискриминаторног догађаја спроведен поступак пред Повереником не представља сметњу за вођење парнице за заштиту од дискриминације јер подошењем притужбе Поверенику лица овлашћена на покретање парнице нису конзумирала своје право на судску правну заштиту права на недискриминацију. С друге стране, и сам Повереник је овлашћен да након давања мишљења и препоруке,³³

32 Чл. 337. ст. 3. ЗПП.

33 Кад Повереник покреће парницу за заштиту од дискриминације, он сам одлучује да ли ће то учинити након што оцени да је притужба уредна и допуштена или тек пошто спроведе поступак и да мишљење и препоруку. Законодавац у том погледу не поставља ограничења, остављајући тиме Поверенику широк „маневарски простор“ за деловање. Сагласно томе, поступак по притужби нема карактер претходног поступка у односу на парницу коју Повереник покреће, какво се мишљење среће у делу стручне јавности, нити је парница средство којим се Повереник служи како би дискриминатор био „натеран“ да поступи по препоруци Повереника. (Petrušić, 2012: 74).

као тужилац у функционалном смислу,³⁴ покрене парницу за заштиту од дискриминације, ако оцени да се ради о стратешком случају дискриминације³⁵ који треба да добије судски епилог.

Једно од кључних питања које се поставља у вези са применом чл. 36. ст. 1. ЗЗД тиче се критеријума за утврђивање идентитета правне ствари. Сагласно општим процесним правилима, идентитет правне ствари одређују два елемента: објективни идентитет (идентитет дела) и субјективни идентитет (идентитет лица).³⁶

У погледу идентитета дела (*eadem res*), има се у виду сам догађај (радња или пропуштање) који је дао повода подношењу притужбе, односно подизању тужбе. Објективни идентитет постоји ако се ради о истом догађају, упркос евентуалним разликама у погледу околности датог догађаја. При томе је ирелевантна правна квалификација самог случаја јер она не мења идентитет дела. Кад је у питању пресуђена ствар, потребно је водити рачуна о томе да пресуда суда стиче правну снагу у погледу предмета о коме је одлучено и у обиму у коме је одлучено. Оно што пресудом није решено, може бити предмет поступка пред Повереником.

34 Активна процесна легитимација Повереника у парницама за заштиту од дискриминације манифестација је става законодавца да спречавање и сузбијање дискриминације представља општи (јавни) интерес друштва, те да овом независном органу треба омогућити да покреће парнице за заштиту од дискриминације како би својом процесном активношћу издејствовао доношење повољних судских пресуда. Значај ових пресуда не огледа се само у томе што се њима пружа правна заштита дискриминисаним лицима, већ и у томе што оне, снагом своје правноснажности и ауторитета који у правном поретку имају, упућују јасну поруку јавности да је дискриминација забрањено противправно понашање које се не толерише, већ делотворно санкционише.

35 Које ће случајеве дискриминације изнети пред суд, одлучује сам Повереник, имајући у виду чињеницу да циљ и смисао парница које покреће превазилази значај који оне имају са аспекта заштите права самих дискриминисаних лица. Реч је, наиме, о тзв. стратешким парницама које Повереник покреће 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, подржи владавину права и допринесе унапређењу приступа правди, да правно едукује и сензибилише јавност за проблем дискриминације и сл. Вођење стратешких парница представља део заговарачке стратегије Повереника и један је од инструмента за сузбијања дискриминације и промоцију равноправности у друштвеним односима. О стратешким парницама, шире: Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice, ERRC, INTERIGHTS, London, Retrieved 24 May 2014 from <http://www.migpolgroup.com/public/docs/57.StrategicLitigationofRaceDiscriminationinEurope-fromPrinciplestoPractice2004.pdf>

36 Видети: Triva, Belajec, Dika, 2004: 642; Damaška, M. 1961: 43-55.

У вези са тим, поставља се питање како треба поступити ако је притужба поднета због акта дискриминације којим је лицу повређено, поред права на недискриминацију, и неко друго право, а ради заштите тог права води се или је правноснажно окончан судски поступак. На пример, лице које је дискриминисано тако што му је, због неког његовог личног својства, незаконито отказан уговор о раду, покренуло је радни спор против послодавца, позивајући се на кршење права на недискриминацију. Будући да је непосредни предмет овог поступка захтев за поништај незаконитог отказа, утврђивање дискриминације има карактер претходног питања (Узелац, 2009: 95).³⁷ Ако суд одлучи да сам решава ово претходно питање,³⁸ његова одлука о претходном питању биће садржана у образложењу пресуде и имаће дејство и значај само у парници у којој је претходно питање решавано. Због тога у наведеном примеру ток поступка у радном спору, односно, правноснажна пресуда којом је радни спор решен не представљају процесну сметњу за поступање по притужби због дискриминације јер није у питању „иста ствар“.³⁹

Идентитет лица (eadem persona) постоји ако је притужба поднета против оног лица које у парничном поступку има, односно које је имало положај туженог. Није, међутим, неопходно да су подносилац притужбе и тужилац у парници иста лица. Идентитет постоји и ако је, на пример, притужбу поднела организација која се бави заштитом људских права, а тужбу у парничном поступку лице које је претрпело дискриминацију.

4.2. Поступак пред Повереником и казнени поступци

Карактер антидискриминационог поступка имају и казнени поступци – кривични поступак и прекршајни поступак – када се воде поводом оних кривичних дела, односно прекршаја који имају елементе дискриминације.

37 Питање постојања или непостојања дискриминације није само чињенично питање, већ и сложено правно питање од кога зависи одлука о главној ствари, па зато има карактер претходног питања у смислу чл. 12. Закона о парничном поступку (*Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС и 74/2013 - одлука УС) - у даљем тексту ЗПП). О претходном питању, видети: *Poznić, Rakić Vodinelić*, 2010: 276-279; *Станковић*, 2013: 421-422.

38 Парнични суд може сам да реши претходно питање или да прекине поступак док претходно питање не буде правноснажно решено (чл. 12. и чл. 223. ЗПП).

39 Из истог разлога, у наведеном примеру ток поступка у радном спору, односно, правноснажна пресуда којом је радни спор решен не би представљали процесну сметњу за вођење парнице за заштиту од дискриминације, у којој се питање дискриминације јавља као главни предмет судског одлучивања. То произлази из одредаба чл. 294. тач. 3. и 4. ЗПП, којима је прописано да суд одбацује тужбу ако утврди да о *истом захтеву* тече парница или да је *ствар* правноснажно пресуђена.

У вези са тиме, поставља се питање да ли кривични, односно прекршајни поступак који се према лицу води или је правноснажно окончан поводом одређеног дела представља процесну сметњу за спровођење поступка по притужби која је против њега поднета поводом истог дела.

Не улазећи дубље у анализу општих теоријских питања која се јављају поводом конкуренције различитих судских поступка, укључујући и конкуренцију казних поступака,⁴⁰ сматрамо да се забрана из чл. 36. ст. 1. ЗЗД не односи на кривични и прекршајни поступак. Ток кривичног поступка који се против неког лица води поводом одређеног догађаја није препрека да се према истом лицу поводом истог догађаја паралелно води и поступак по притужби, нити је правноснажна пресуда кривичног суда, без обзира да ли је осуђујућа или ослобађајућа, препрека да се спроведе поступак по притужби. Исто важи и кад је у питању прекршајни поступак.

На такав закључак упућују циљно тумачење одредбе чл. 36. ст. 1. ЗЗД, као и сама сврха, предмет и могући исходи поступка по притужбама и казних поступака. Наиме, и када се спроведе поводом истог догађаја, сврха и непосредни предмет поступка по притужби и кривичног, односно прекршајног поступка нису исти. За разлику од казних поступака, у којима се извршиоцима кривичних дела, односно прекршаја изричу законом прописане казне, циљ поступка по притужбама јесте да се отклани повреда права на недискриминацију и спречи даље дискриминаторно поступање. С друге стране, примењује се и различито материјално право јер се елементи који чине правни појам појединих облика дискриминације дефинисаних ЗЗД разликују од законског описа кривичних дела и прекршаја са елементом дискриминације. На пример, законски опис кривичног дела *повреда угледа због расне, верске, националне или друге припадности* из чл. 174. КЗ⁴¹ не поклапа се ни са једним обликом дискриминације прописаним ЗЗД, мада

40 Питање конкуренције кривичног и прекршајног поступка је веома комплексно, посебно имајући у виду да поједини прекршаји и кривична дела са елементима дискриминације имају сличне описе. У вези са тим, проблем конкуренције ових поступака додатно чини комплексним и принцип *ne bis in idem*, који у интерпретацији Европског суда за људска права подразумева забрану кривичног гоњења или суђења за друго „дело“ уколико оно произлази из идентичних чињеница или чињеница које су у бити исте. (Видети: *Sergey Zolotukhin v. Russia*, бр. 14939/03, пресуда од 10. фебруара 2009, пар. 70-78; *Муслија против Босне и Херцеговине*, бр. 32042/11, пресуда од 14. јануара 2014. пар. 32-35). О томе, шире: *Zupančič*, 2011: 171-178.

41 Према законској дефиницији, ово дело састоји се јавном излагању порузи лица или групе лица због њихове припадности одређеној раси, боји коже, вери, националности, етничког порекла или због неког другог личног својства.

садржи дискриминаторне елементе који су најсличнији елементима законске дефиниције појма *узнемиравање и понижавајуће поступање*.⁴²

Треба, такође, узети у обзир и чињеницу да су стандарди доказивања у кривичном, односно прекршајном поступку потпуно различити у односу на стандарде доказивања у поступку по притужбама, посебно у светлу правила о прерасподели терета доказивања. Због тога је могуће да кривични суд правноснажном пресудом ослободи оптуженог због недостатка доказа и примене правила *in dubio pro reo*, а да у поступку по притужби која је против њега поднета његово поступање буде квалификовано као дискриминаторно, с обзиром да у овом поступку важи правило *in dubio pro discriminatione*.⁴³

Коначно, потребно је имати у виду и околност да ток, односно правноснажна пресуда кривичног суда поводом одређеног дела са елементом дискриминације не представљају сметњу да се поводом истог дела тужбом тражи грађанскоправна заштита од дискриминације јер се у овим поступцима том догађају приступа на различите начине, а о правним консеквенцама које из њега произлазе одлучује се на основу различитих правила материјалног права. Иста логика треба да важи и када је у питању подношење притужбе због дискриминације, посебно у светлу чињенице да се препорукама које Повереник даје могу, у начелу, остварити скоро сви видови заштите прописани ЗЗД, изузев накнаде штете (чл. 43. ЗЗД).

4.3. Поступак по притужби и управни спор

Групи судских поступака припада и управни спор, па се поставља питање да ли његов ток, односно правноснажно окончање представљају сметњу за спровођење поступка по притужби. За давање правилног одговора на ово питање потребно је имати у виду да управни спор представља спор о законитости управног акта, односно оправданости ћутања управе (Томић, 2009: 347), тако да се његов предмет разликује од предмета поступка пред Повереником, упркос томе што могу бити покренути поводом истог дискриминаторног догађаја. На пример, лице може покренути управни спор позивајући се на то да је управним актом донетим по слободној оцени стављен у неједнак положај због личног својства, те да овај акт није

42 Узнемиравање и понижавајуће поступање је посебан облик дискриминације који се састоји у узнемиравању и понижавајућем поступању које има за циљ или представља повреду достојанства лица или групе лица на основу њиховог личног својства, посебно ако се тиме ствара страх или непријатељско, понижавајуће и увредљиво окружење (чл. 12. ЗЗД).

43 Чл. 45. ЗЗД.

донет у складу са циљем у којем је ово овлашћење дато.⁴⁴ У овом поступку, међутим, управни суд не може својом одлуком утврдити, снагом пресуђене ствари, да је дискриминација извршена, већ ће ово питање решити као претходно питање и о њему се изјаснити у образложењу пресуде. Због тога ток управног спора, односно правноснажна пресуда којом је он окончан не представљају процесну сметњу за поступање по притужби због дискриминације јер није у питању *иста правна ствар*.

4.4. Однос поступка пред Повереником и уставносудских поступака

Право на недискриминацију штити и Уставни суд, спровођењем поступка контроле уставности и законитости закона и подзаконских аката и поступка по уставној жалби.

ЗЗД не садржи изричито правило о томе како Повереник треба да поступи ако утврди да је предмет притужбе дискриминаторно правило садржано у закону или подзаконском акту поводом кога је пред Уставним судом у току или је окончан поступак за оцену уставности и законитости тог закона, односно подзаконског акта.⁴⁵ Несумњиво је да се поступак по притужби не може спровести ако је њен непосредни предмет норма садржана у закону или подзаконском акту за коју је Уставни суд утврдио да је неуставна, односно назакономита. У том случају Повереник је дужан да обустави поступак, с обзиром да одлука Уставног суда има карактер пресуђене ствари и производи правне последице према свима (чл. 171. Устава). Теже је, међутим, одговорити на питање како Повереник треба да поступи ако је предмет притужбе дискриминаторна норма садржана у одређеном закону или подзаконском акту, а пред Уставним судом је у току поступак за оцену уставности, односно законитости тог закона, односно подзаконског акта, у којем се испитује да ли је та норма супротна прописима о забрани дискриминације.

Једно од могућих решења је да у том случају Повереник не може поступати јер је ток поступка пред Уставним судом сметња за спровођење поступка по притужби. Друго могуће решење је да у том случају треба применити одредбу члана 63. Закона о Уставном суду,⁴⁶ којим је регулисана дужност суда да застане са поступком и покрене поступак за оцену уставности или законитости ако се у току судског поступка постави питање сагласности закона или другог општег акта са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима или законом.

44 Чл. 24. Закона о управним споровима (*Сл. гласник РС*, бр. 111/2009).

45 Чл. 167. Устава.

46 Закон о Уставном суду (*Сл. гласник РС*, бр. 109/2007, 99/2011 и 18/2013 - одлука УС).

Сматрамо да има места аналогној примени правила из чл. 63. Закона о Уставном суду, те да је Повереник дужан, за случај да стекне сазнање да је закон или подзаконски акт на који се притужба односи већ предмет поступка за оцену уставности и законитости, да застане са поступком по притужби до окончања поступка пред Уставним судом и да након тога настави поступак по притужби. Негативна последица оваквог поступања огледа се у томе што може бити прекорачен рок од 90 дана, у којем је Повереник дужан да спроведе поступак по притужби.⁴⁷ Ако је предмет притужбе дискриминаторно правило садржано у закону, односно подзаконском акту, а поступак пред Уставним судом није покренут, не постоје сметње да Повереник спроведе поступак и да своје мишљење и препоруку јер ЗЗД не ограничава Повереника у могућности да даје мишљење и препоруке с обзиром на то ко је и како дискриминацију извршио.⁴⁸

ЗЗД изричито не регулише питање конкуренције поступка по уставној жалби и поступка по притужби, па се поставља питање како треба поступити у ситуацији када Повереник у току поступка сазна да је поводом исте повреде права на недискриминацију подносилац притужбе поднео уставну жалбу. Мишљења смо да се у том случају по притужби не може поступати. На овакав закључак упућује неколико чињеница.

Пре свега, услов за уставну жалбу јесте претходно спроведен парнични поступак, имајући у виду да се уставна жалба може изјавити само ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту.⁴⁹ Према томе, с обзиром да је услов за уставну жалбу претходно спроведен парнични поступак, а окончани парнични поступак искључује поступак пред Повереником, ток поступка по уставној жалби индиректно искључује поступак пред Повереником.

С друге стране, на такав закључак упућује и језичко тумачење одредбе члана 36. став 1. ЗЗД, будући да законодавац забрану поступања Повереника везује за поступак пред судом. Поступак по уставној жалби јесте судски поступак, чији је предмет спор о томе да ли је одређеним

47 Чл. 39. ст. 1. ЗЗД.

48 Повереник је до сада издао већи број мишљења у којима је изнео став да су правила садржана у појединим уредбама и другим подзаконским актима дискриминаторна и доносиоцима упутио одговарајуће препоруке. Видети: Зборник мишљења и препорука Повереника за заштиту равноправности (2014), ур. Невена Петрушић, Београд: Повереник за заштиту равноправности, [Electronic version]. Retrieved 24 May 2014, from <http://www.ravnopravnost.gov.rs/sr/knjige/zbornik-mi%C5%A1ljenja-preporuka-i-upozorenja-poverenika-za-za%C5%A1titu-ravnopravnosti>.

49 Чл. 170. Устава.

актом, односно радњом органа јавне власти повређено (или ускраћено) уставом зајемчено људско, односно мањинско право. Одлуке Уставног суда којима је овај спор решен коначне су и имају снагу *res iudicata*, а сам Уставни суд јавља се као највиша (национална) судска инстанца у домену заштите уставом зајемчених права и слобода. У прилог закључку да се по притужби не може поступати ако се поводом повреде права која је предмет притужбе пред Уставним судом води поступак по уставној жалби произлази и из потребе да се онемогући паралелно вођење два поступка поводом истог акта дискриминације, што намећу и разлози целисходности и рационалности, као и потреба за правном сигурношћу. Њиме се отклања могућност заузимања дивергентних ставова о томе да ли је конкретним поступањем, односно пропуштањем извршена дискриминација, што је у интересу правне сигурности и очувања јединства правног поретка и поверења грађана у рад државних органа.

Приликом тумачења одредбе чл. 36. ст. 1. ЗЗД треба узети у обзир природу поступка по уставној жалби, дејство мериторних одлука које се у овом поступку доносе, као и негативне последице које би могле да настану ако би се чл. 36. ст. 1. ЗЗД уско тумачио, у смислу да се забрана поступања Повереника односи само на парнични поступак. Наиме, ако би се одредба члана 36. ст. 1. ЗЗД тако тумачила, то би, на пример, могло да доведе до тога да након доношења одлуке Уставног суда по уставној жалби којом је утврђено да није повређено право на недискриминацију, Повереник спроведе поступак и заузме другачији став. При томе је потребно имати у виду да се општеобавезност одлуке Уставног суда односи само на спорове о уставности (законитости) правних прописа, јер су они објективне природе, док су спорови по уставним жалбама субјективни спорови, па је и дејство одлука којима се ти поступци окончавају *inter partes*, с обзиром да се тичу само странака у поступку (Маринковић, 2013: 296).

Коначно, од значаја је и чињеница да чл. 89. ст. 1. Закона о Уставном суду овлашћује Уставни суд да одлуком по уставној жалби поништити појединачни акт, забрани даље вршење радње или одреди предузимање других мера или радње којом се отклањају штетне последице утврђене повреде или ускраћивања зајемчених права и слобода, као и да одреди начин правичног задовољења (Рајванчић, 2009: 219). Управо ова овлашћења су, поред осталог, и разлози због којих се уставна жалба, према јуриспруденцији ЕСЉП, сматра делотворним правним леком када су у питању повреде људских права и слобода.⁵⁰

50 Видети Одлуку Европског суда за људска права у предмету Винчић и други против Србије, бр. 44698/06 став 51, Retrieved 24, May 2007, from <http://www.zastupnik.mpravde>.

Због свега наведеног, уколико у току поступка по притужби Повереник утврди да се поводом исте ствари води поступак по уставној жалби или је он правноснажно окончан, дужан је да обустави поступак по притужби, без обзира у којој се фази он налази, и да о томе обавести подносиоца притужбе.

5. Закључак

У циљу обезбеђивања свеобухватне и делотворне заштите од дискриминације, законски прописи омогућавају да се поводом истог акта дискриминације паралелно или сукцесивно спроведе више антидискриминационих поступака. Један од антидискриминационих поступака јесте и поступак пред Повереником за заштиту од дискриминације, који се води по притужбама правних субјеката. Према Закону о забрани дискриминације, Повереник не може да поступа по притужби ако је по истој ствари у току или је правноснажно окончан судски поступак. Будући да закон не прецизира о ком је судском поступку реч, поставља се питање домета ове забране. Анализа која је у раду извршена показала је да се ово правило односи само на поступак у парници за заштиту од дискриминације, а не и на кривични и прекршајни поступак, нити на управни спор који се поводом истог дискриминаторног догађаја воде или су правноснажно окончани. С друге стране, ток поступка за оцену уставности и законитости закона, односно подзаконског акта поводом кога је Поверенику поднета притужба представља разлог за привремено обустављање поступка пред Повереником. У конкуренцији поступка по уставној жалби и поступка пред Повереником предност има поступак по уставној жалби. Сагласно томе, Повереник је дужан да обустави поступак ако утврди да се поводом повреде права на равноправност која је предмет притужбе већ води или је мериторно окончан поступак по уставној жалби.

Литература

Ammer, M. Crowley, N. Liegl, B. Holzleithner, E. Wladasch, K. Yesilkagit, K. (2010). Study on Equality Bodies set up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC, Human European Consultancy, Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights, Utrecht, Vienna, [Electronic version]. Retrieved 24 May 2014 from ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6454&langId=en

Brooks, J. Milatović, S. (2010). *Izveštaj o razvoju kapaciteta i institucionalnom jačanju službe Poverenika za zaštitu ravnopravnosti*. Beograd: UNDP

gov.rs/uploads/cr/presude/u-odnosu-na-rs/vincic-i-drugi-protiv-srbije-44698-06-i-dr./vincic_p_44698-06_sg.pdf

- Ćirić, J. (2011). Zločini iz mržnje: američko i balkansko iskustvo. *Temida*. 4 (14). 21-36
- Damaška, M. (1961). O pojmu istog dela za potrebe pravnosnažnosti. *Naša zakonitost*. 9-10. 109-120.
- Димитријевић, В. Поповић, Д. Папић, Т. Петровић, В. (2009). *Међународно право људских права*. Београд: Београдски центар за људска права
- Etinski, R. Krstic, I. (2009). *EU Law on the Elimination of Discrimination, Pogestei*. Belgrade: University of Belgrade
- Equality Bodies and National Human Rights Institutions - Making the Link to Maximise Impact, (2012) Equinet, the European Network of Equality Bodies, Bruxel, [Electronic version]. Retrieved 24 May 2014 from [http://www.equineurope.org/Equality-Bodies-and-National-Human Rights Institutions](http://www.equineurope.org/Equality-Bodies-and-National-Human-Rights-Institutions)
- Ђорђевић, Лј., Поповић, А. (2009). (ur.) *Vladavina prava – odgovornost i kontrola vlasti, Zbornik referata i izlaganja*. Београд: Фондација Конрад Аденауер
- Krusaa, N. M. *The role of equality bodies*. (2011). [Electronic version]. Retrieved 24 May 2014, from http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/13_Stakeholders/2011_02_Krusaa_DE.pdf
- Маринковић, Т. (2013). *Дејство одлука уставних судова*, (290-311) У Улога и значај Уставног суда у очувању владавине права 1963-2013, Боса Ненадић (пр.). Уставни суд, Београд.
- Orlović, S. (2010). Nezavisna tela, četvrta grana vlasti ili kontrolor vlasti. U V. Pavlović, Z. Stojiljković (pr.), *Savremena država: struktura i socijalne funkcije* (231-269). Београд: Konrad Adenauer Stiftung, Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu, Centar za demokratiju
- Рајванчић, М. (2009). *Komentar Ustava Republike Srbije*. Београд: Фондација Конрад Аденауер.
- Павловић, С. (2012). Појам дискриминације, У Н. Петрушић (ур), *Судска грађанскоправна заштита од дискриминације* (136-154). Београд: Повереник за заштиту равноправности, Правосудна академија
- Петрушић, Н. (2010). Грађанскоправна заштита од дискриминације на простору Западног Балкана, материјалноправни аспект. У *Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права*, св. 2, (157-170). Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу
- Petrušić, N. (2012). Procesni položaj Poverenika za zaštitu ravnopravnosti u antidiskriminacionim parnicama. *Pravni život*, Pravo i moral. 11(3). 905-922.
- Petrušić, N. Beker, K. (2012). *Praktikum za zaštitu od diskriminacije*. Београд: Partneri za demokratske promene

Петрушић, Н. Крстић, И. Маринковић, Т. (2014). *Коментар Закона о забрани дискриминације*. Београд: Правосудна академија

Poznić, B. Rakić Vodinelić, V. (Savremena administracija). *Građansko procesno pravo*. Београд: Savremena administracija

Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles), [Electronic version]. Retrieved 24 May 2014, from <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/StatusOfNationalInstitutions.aspx>.

Preporuka br. 2 ECRI od 13. juna 1997. godine, (97)36, [Electronic version]. Retrieved 24 May 2014, from <http://www.ljudskaprava.gov.rs/sites/default/files/u3/vesti-att/srb-cbc-iv-2011-021-srb.pdf>.

Станковић, Г. (2014). *Грађанско процесно право, Прва свеска, Парнично процесно право*. Београд: Мегатренд универзитет.

Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice, ERRC, INTERIGHTS, London, Retrieved 24 May 2014 from <http://www.migpol-group.com/public/docs/57.StrategicLitigationofRaceDiscriminationinEurope-fromPrinciplestoPractice2004.pdf>

Томић, З. (2009). *Опште управно право*. Београд: Правни факултету у Београду.

Triva, S. Dika, M. (2004). *Građansko parnično procesno pravo*. Zagreb: Narodne novine

Uzelac, A. (2009). Postupak pred sudom. U Grgić, A. Potočnjak, Ž. Rodin, S. Selanec, G. Šimonović E. T., *Vodič uz Zakon o suzbijanju diskriminacije* (ur. Tena Šimonović Einwalter) (93-105). Zagreb: Ured za ljudska prava Vlade Republike Hrvatske

Водинелић, В. В. (2012). Грађанскоправна заштита од дискриминације. У Н. Петрушић (ур.) *Судска грађанскоправна заштита од дискриминације*. (219-240). Београд: Повереник за заштиту равноправности, Правосудна академија

Зборник мишљења и препорука Повереника за заштиту равноправности (2014), ур. Невена Петрушић, Београд: Повереник за заштиту равноправности [Electronic version]. Retrieved 24 May 2014, from <http://www.ravnopravnost.gov.rs/sr/knjige/zbornik-mi%C5%A1ljenja-preporuka-i-upozorenja-poverenika-za-za%C5%A1titu-ravnopravnosti>

Zupančič, B. M. (2011). Ne bis in idem (zabrana ponovnog suđenja za isto delo) la belle dame sans merci. *Crimen*. (II) 2. 171-180

Nevena Petrušić, LL.D.

Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Momčilo Grubač, LL.D.

Professor Emeritus,
Faculty of Law, Union University in Belgrade

**The Correlation between the Complaint Procedure
before the Commissioner for the Protection of Equality
and other Anti-discrimination Proceedings**

Summary

In the Republic of Serbia, the system of legal protection against discrimination includes various forms of protection within the normative framework of civil, criminal, misdemeanor and constitutional law, as well as the protection afforded by the Commissioner for the Protection of Equality as an autonomous and independent body specialized in combating discrimination. In order to ensure effective protection against discrimination, the Serbian legislation envisages the possibility of instituting a number of simultaneous or successive anti-discrimination proceedings pertaining to the same discrimination act.

In this paper, the author examines the correlation between the proceedings before the Commissioner and other anti-discrimination proceedings concerning the same discrimination incident which are either underway or have already been concluded. The author analyses the domain of application of the legal rule prohibiting the Commissioner to act upon a complaint if another proceeding on the same matter is either pending or has already been adjudicated in a court of law. The analysis shows that this rule applies only to anti-discrimination litigation proceedings but not to criminal and misdemeanor proceedings or administrative proceedings. If a discrimination complaint has been filed on the grounds of a discriminatory norm contained in some legislative or statutory act which is subject to judicial review for the assessment of its constitutionality and legality, the complaint procedure before the Commissioner is provisionally stayed until the completion of procedure before the Constitutional Court. The constitutional complaint procedure takes precedence over the complaint procedure before the Commissioner.

Keywords: discrimination, Commissioner for the Protection of Equality, anti-discrimination proceedings.