

Dr Mario Reljanović
istraživač-saradnik
Institut za uporedno pravo, Beograd

ANTIDISKRIMINACIONO ZAKONODAVSTVO NEMAČKE

Apstrakt

Nemačka, kao i ostale članice Evropske unije, ima obavezu transponovanja (unošenja u domaće zakonodavstvo) rešenja koja su sadržana u četiri direktive Evropske unije koje se tiču zabrane diskriminacije i prava na jednak tretman ljudi, bez obzira na njihova lična svojstva. Cilj ovog rada jeste da pokaže koliko se donošenjem nove legislative u tome uspelo, i koje su prepreke potpunoj implementaciji ovih propisa. Usvajanje novog zakona nije prošlo bez problema i velikih rasprava kako među političarima, tako i u najširoj javnosti. Nemačka je već tradicionalno opterećena prilikom prilivom imigranata, koji su najčešće diskriminirani pri ostvarivanju svakodnevnih prava, a posebna briga prilikom usvajanja novog zakonodavstva bila je da će njegova implementacija biti preskupa kako za državu tako i za poslodavce. Jedan od elemenata istraživanja jeste i da se pokaže koliko su se takvi strahovi pokazali opravdanim, kao i kako izgleda primena ovih propisa u praksi, pet godina nakon njihovog donošenja.

Ključne reči: diskriminacija, pravo na jednak tretman, Nemačka, Evropska unija, antidiskriminaciono zakonodavstvo.

1. POZADINA DONOŠENJA ZAKONA O IMPLEMENTACIJI EVROPSKIH DIREKTIVA KOJIMA SE OSTVARUJE PRINCIP JEDNAKOG TRETMANA

Istraživanje izvršeno neposredno pre donošenja opšteg zakona o zabrani diskriminacije u Nemačkoj u junu i julu 2006. godine¹, pokazalo je da diskriminacija naizgled ne predstavlja veliki problem u očima građana te zemlje. Kada je reč o diskriminaciji prema etničkoj pripadnosti, nemački građani su odgovarali da je uglavnom ne percipiraju, kao i da etnička raznovrsnost pozitivno utiče na kulturu njihove zemlje (64%). Slično je i sa diskriminacijom po osnovu invaliditeta, religijskih ubeđenja² i seksualnih

¹ *Discrimination in the European Union*, Special Eurobarometer 263, June-July 2006.

² Mada su npr. građani među najmanje tolerantnim kada je reč o nošenju vidljivih religijskih obeležja na odeći pri obavljanju funkcija, odnosno vršenju poslova. *Ibidem*, str. 18.

preferencija, kao i sa starosnom diskriminacijom, gde je Nemačka daleko ispod evropskog proseka. Naročito je zanimljivo da samo 21% (uz Maltu, najniži rezultat u EU) percipira postojanje rodne diskriminacije, koja se tradicionalno označava kao jedan od najčešćih oblika diskriminisanja u državama-članicama EU. Kao logična posledica ovih odgovora jeste i odgovor na pitanje da li Nemačka dovoljno radi na suzbijanju različitih vidova diskriminacije – 49% ispitanika je bilo zadovoljno aktivnostima države, iako u tom trenutku nije bio zaokružen antidiskriminacioni pravni okvir, niti su transponovane direktive EU.³ Naličje ovih naizgled dobrih rezultata se moglo međutim videti u odgovorima na pitanje koliko su građani upoznati sa svojim pravima i procedurama za zaštitu od diskriminacije i uznemiravanja – Nemačka se našla na nezavidnom 21. mestu od 25 zemalja, jer je samo 27% njenih građana umelo da odgovori koja su njihova prava i kako ih mogu zaštititi.⁴

Može se reći da su neinformisanost (pa i zadovoljstvo) građana Nemačke o stanju u njihovoj zemlji, kada je reč o (ne)postojanju diskriminacije, bili posledica kako odgovornog postupanja države koja je i pored zakonske praznine imala dovoljno ustavnih i zakonskih nadležnosti da štiti pravo na jednak tretman, ali i nerazvijene svesti o tome kako se sve diskriminacija može manifestovati. Npr, iako je izuzetno nizak broj ispitanika imao primedbe kada je reč o rodnoj ravnopravnosti, istraživanja pokazuju da samo 2% parova koristi mogućnost da otac deteta iskoristi odsustvo radi nege deteta, kao i da je procedura u kojoj neki od roditelja želi da kombinuje roditeljsko odsustvo sa nepunim radnim vremenom previše komplikovana. U slučajevima kada poslodavac izrazi svoje nezadovoljstvo ovakvim izborom zaposlenog, ovaj po pravilu menja mišljenje ni ne pokušavajući da zaštiti svoje zakonsko pravo. Zaključak ovog konkretnog istraživanja jeste da je sistem koji postoji i koji je naizgled izjednačio roditeljska prava i obaveze muškarca i žene u odnosu na izgradnju profesionalne karijere, opterećen kulturom nejednakosti i predrasuda o „tradicionalnim ulogama žene i muškarca“.⁵ Ako se tradicija prihvata kao nepisano pravilo koje nije podložno izmenama, lako se može objasniti i situacija da se postojanje različitih oblika nedozvoljenog tretmana ne percipira kao nelegalno, već samo kao posledica usvojenih (tradicionalnih, diskriminatorских) stavova.

Dalje, i drugi primeri koji se mogu naći u sudskoj praksi govore u prilog skrivenih mogućnosti za diskriminisanje. U slučaju zaposlenog u prodavnici cipela, koji je otpušten samo zato što je nosio vidno istaknuta

³ Sa ovim procentom zadovoljnih, Nemačka je zauzela 11. mesto od tadašnjih 25 članica EU, sa 4% više zadovoljnih od evropskog proseka. *Ibidem*, str. 24.

⁴ *Ibidem*, str. 28.

⁵ *Reconciliation of professional and private life: exchange of good practices*, European Communities, 2007, str. 15.

religijska obeležja na svojoj odeći, Federalni sud za radne sporove je odlučio da je u pitanju nezakonit otkaz, zato što poslodavac nije pretrpeo nikakve gubitke zbog ponašanja zaposlenog.⁶ Postavlja se pitanje zašto bi odsustvo štete kod poslodavca bio presudan faktor pri odlučivanju, kada je očigledno da se radi o diskriminaciji na osnovu religijske pripadnosti? Da li to znači da bi sud drugačije odlučio da je poslodavac mogao da dokaže da je šteta nastupila? Na osnovu sudske prakse, u nedostatku odgovarajućeg zakonskog rešenja, zabrana diskriminacije se derivirala iz ustavom garantovane slobode mišljenja i veroispovesti.⁷

Ovakvi primeri posledica su relativno slabo razvijene svešti o borbi protiv diskriminacije u najširem smislu, kao i rasipanja napora (i preklapanja nadležnosti) između federalnih vlasti i organa federalnih država da se diskriminacija suzbije. Iako se pojedinim aspektima, kao što su anti-semitizam, govor mržnje, bilo kakvo propagiranje nacionalne i/ili verske mržnje i netrpeljivosti, posvećuje velika pažnja i takva ponašanja se strogo kažnjavaju, neki drugi elementi su zapostavljeni i nisu predmet koordinisane akcije države. Prema istraživanju iz 2004. godine, nadležnost u slučajevima diskriminacije bila je prevashodno u okviru delovanja federalnog Ministarstva porodice, starijih građana i omladine, ali je to isto istraživanje pokazalo da ograničene nadležnosti iz domena svojih poslova imaju i različita druga ministarstva, kako federalna tako i federalnih jedinica, kao i ombudsman, parlamentarni Komitet za ljudska prava, i mnogi drugi organi i službe. Isto istraživanje je pokazalo da su akcije civilnog društva na suzbijanju diskriminacije *ad hoc* karaktera i da ne postoji stabilna organizovana mreža koja bi se bavila ovim problemima.⁸

Nije teško zaključiti da je pre donošenja jedinstvenog federalnog zakona u ovoj oblasti vladala formalna jednakost, koja je međutim relativno često mogla biti dovedena u pitanje kada je reč o faktičkom ostvarivanju prava na jednakost građana. Iako je diskriminacija bila zabranjena u odnosu na pol, religijska ubeđenja, rasnu, versku i nacionalnu pripadnost, neki osnovi (odnosno lična svojstva) nisu bili pokriveni. Takođe, nisu bili usvojeni i opštepriznati standardi u postupcima zbog diskriminacije, kao što su proširena aktivna legitimacija i prebacivanje tereta dokazivanja⁹. Širokim tumačenjem ustavnih i zakonskih odredbi, sudovi su često dolazili do rešenja koja su omogućavala žrtvama izvesno zadovoljenje; ipak, nekonzistentnost

⁶ Federal Labour Court 10 October 2002, 2 AZR 472/01. Navedeno prema: Lucy Vickers, *Religion and Belief Discrimination in Employment - the EU law*, European Communities, 2007, str. 51.

⁷ *Ibidem*, str. 27.

⁸ Niklas Reuter, Timo Makkonen, Olli Oosi, *Study on Data Collection to measure the extent and impact of discrimination in Europe*, 2004, str. 53-59.

⁹ Osim u slučajevima diskriminacije po osnovu pola ili invalidnosti. Izvor: *Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice*, Interights, Nottingham, 2004, str. 126.

sudske prakse i odsustvo čvrstih kriterijuma presuđivanja, nisu ulivali naročito poverenje u sudski proces. Ovakvo stanje bilo je aktuelno do 2006. godine, kada su transponovane direktive Evropske unije kroz Opšti zakon o jednakom tretmanu, o kojem će više reči biti u nastavku teksta.

2. POZITIVNOPRAVNI ANTIDISKRIMINACIONI OKVIR

Pozitivnopravni antidiskriminacioni okvir u Nemačkoj čine ratifikovani međunarodni instrumenti, propisi Evropske unije i unutrašnji propisi Nemačke (federalni i federalnih jedinica). Kada je reč o međunarodnim instrumentima, ratifikovan je veći broj konvencija Ujedinjenih nacija, Međunarodne organizacije rada i Saveta Evrope, koje čine solidnu antidiskriminacionu bazu kada je reč o pravnoj zaštiti (videti *Tabelu 1*). Ovi instrumenti se značajno razlikuju u svojoj prirodi – neki su zamišljeni kao sredstvo za suzbijanje diskriminacije, dok se neki samo delimično ili posredno dotiču pojedinih pitanja koja su vezana za zabranu diskriminacije u pojedinim situacijama. Takođe, imajući u vidu specifičnu prirodu pojedinih instrumenata, njihova ratifikacija nije dovoljna da ih operacionalizuje – potreban je poseban zakonski tekst koji bi razradio rešenja iz međunarodnog instrumenta i prilagodio ga unutrašnjem pravnom poretku zemlje.

UN	MPGPP + DP1 + DP2 ¹⁰	MPESKP + DP ¹¹	MKURD ¹²	MKEDŽ + P ¹³	KPDO + DP ¹⁴	KPD + DP1 + DP2 ¹⁵	KPOI + FP ¹⁶	MKZRM ¹⁷
uk. potpisnica	165 + 113 + 72	160	173	186 + 99	96 + 34	193 + 131 + 135	76 + 48	42
uk. članica EU	27 + 26 + 25	27	27	27 + 27	20 + 11	27 + 24 + 21	12 + 10	0
Nemačka	DA + DA + DA	DA	DA	DA + DA	DA + DA	DA + DA + DA	DA + DA	NE
Srbija	DA + DA + DA	DA	DA	DA + DA	DA + NE	DA + DA + DA	DA + DA	NE
MOR	C100 ¹⁸	C103 ¹⁹	C111 ²⁰	C122 ²¹	C159 ²²	C169 ²³	C181 ²⁴	C183 ²⁵
uk. potpisnica	167	31	169	101	80	20	21	17
uk. članica EU	27	10	27	25	20	3	11	11
Nemačka	DA	NE	DA	DA	DA	NE	NE	NE
Srbija	DA	DA	DA	DA	DA	NE	NE	NE
SE	EKLJP ²⁶	ESP + RESP ²⁷	EKPSRM ²⁸	EPRMJ ²⁹	OKZNM ³⁰			

¹⁰ Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (1966.), sa Dodatnim protokolima (1966. i 1989.).

¹¹ Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (1966.) sa Opcionim protokolom. Opcioni protokol je usvojen 2008. godine na sednici Generalne skupštine UN, a 24. septembra 2009. godine ga je svečano potpisala 31 država. Još uvek nema ratifikacija, samim tim Protokol nije stupio na snagu.

¹² Međunarodna konvencija o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije (1965.).

¹³ Međunarodna konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena (1979.) i Opcioni protokol uz Konvenciju (1999.).

¹⁴ UNESCO Konvencija protiv diskriminacije u obrazovanju (1960.) sa Dodatnim protokolom (1962.).

¹⁵ Konvencija o pravima deteta (1989.) i Opcioni protokoli o učešću dece u oružanim sukobima (2000.) i o prodaji dece, dečjoj prostituciji i dečjoj pornografiji (2000.).

¹⁶ Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom (2006.) i Fakultativni protokol uz Konvenciju (2006.).

¹⁷ Međunarodna konvencija o zaštiti radnika-migranata i članova njihovih porodica (1990.).

¹⁸ Konvencija 100 o jednakoj zaradi za žene i muškarce (1951.).

¹⁹ Konvencije 103 o zaštiti materinstva (1952.) koja je dopunjena Konvencijom 183 (2000.). Prethodno, Konvencija 103 dopunila je Konvenciju 3 iz 1919. godine.

²⁰ Konvencija 111 o diskriminaciji u odnosu na zapošljavanje i zanimanje (1958.).

²¹ Konvencija 122 o politici zapošljavanja (1964.).

²² Konvencija 159 o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa hendikepom (1983.).

²³ Konvencija 169 o starosedelačkim i plemenskim narodima (1989.).

²⁴ Konvencija 181 o privatnim agencijama za zapošljavanje (1997.).

²⁵ Konvencija 183 o zaštiti materinstva (2000.). Ova Konvencija dopunila je tekst i proširila domašaj Konvencije 103 iz 1952. godine, ali nije prihvaćena od strane svih potpisnica C103.

²⁶ Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950), sa svim pripadajućim Dodatnim protokolima, CETS No.: 005.

uk. potpisnica	47	27 + 30	11	25	39			
uk. članica EU	27	21 + 17	5	16	23			
Nemačka	DA	DA + NE	NE	DA	DA			
Srbija	DA	DA + DA	NE	DA	DA			

Tabela 1: Najvažniji instrumenti UN, MOR i SE – uporedni pregled sa članicama EU (ukupno) i Srbijom (stanje na dan 24.03.2011. godine)

Zbog svega navedenog, čini se da ni nesumnjiva posvećenost Nemačke preuzimanju obaveza na međunarodnom nivou i ispunjavanju istih, nije bila dovoljna da se stvori funkcionalan antidiskriminacioni okvir.³¹ Bio je potreban jedan opšti federalni, kako se to obično naziva „krovni“ zakon, koji bi regulisao mnoga nerešena pitanja. Sa stanovišta izučavanja pravnog okvira, centralno mesto zauzima *Opšti zakon o jednakom tretmanu*³²; zakonsku regulativu upotpunjuju i nešto ranije doneti *Zakon o jednakom tretmanu osoba sa invaliditetom*³³, kao i niz drugih federalnih zakona koji regulišu pojedine oblasti u kojima se može javiti diskriminacija (npr. socijalno osiguranje, rad, i sl.).

Opšti zakon o jednakom tretmanu (u daljem tekstu: Zakon, AGG) donet je sa ciljem da se u Nemačkoj izvrši transpozicija četiri EU direktive koje se bave diskriminacijom, ali i da se na ovaj način zaokruži unutrašnji antidiskriminacioni sistem. Zbog toga AGG sadrži rešenja iz pomenutih direktiva, ali i širu regulativu koja na detaljan i sveobuhvatan način uređuje različite društvene oblasti u kojima postoji neopravdano razlikovanje osoba prema njihovim ličnim svojstvima. Obzirom da direktive imaju domašaj samo kada se radi o državljanima Evropske unije, može se reći da one ne sadrže odgovore na sva pitanja koja su u Nemačkoj aktuelna – naročito na pitanje položaja radnika-imigranata koji su prisutni iz različitih delova sveta, najviše iz Turske i balkanskih zemalja. Otuda prosta transpozicija tekstova

²⁷ Evropska socijalna povelja (1961), CETS No.: 035 i Revidirana evropska socijalna povelja (1996), CETS No.: 163. Nemačka je potpisala Revidiranu ESP 2007. godine ali je još uvek nije ratifikovala.

²⁸ Evropska konvencija o pravnom statusu radnika-migranata (1977), CETS No.: 093.

²⁹ Evropska povelja o regionalnim manjinskim jezicima (1992), CETS No.: 148.

³⁰ Okvirna konvencija za zaštitu nacionalnih manjina (1995), CETS No.: 157.

³¹ O tome svedoči i izveštaj u kojem se navodi Instituta za otvoreno društvo iz 2002. godine, u kojem se navodi da i pored slučajeva rasne diskriminacije, sudska praksa o ovom problemu ne postoji jer sudovi nerado primenjuju postojeće odredbe koje se odnose na zabranu takvog ponašanja. *Monitoring EU Accession Process: Minority Protection*, Open Society Institute, 2002, str. 143.

³² Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897), AGG.

³³ *Behindertengleichstellungsgesetz-BGG*, 01.05.2001.

direktiva ne bi predstavljala najcelishodnije rešenje – time su se najverovatnije rukovodili i tvorci AGG-a kada je tekst nastajao.

Samo usvajanje Zakona pratile su polemike i kontroverze; u jednom trenutku je došlo i do retke situacije, da izglasan zakon nije stupio na snagu³⁴. Nemačka je zbog svega navedenog kasnila sa transpozicijom – zbog toga je čak i oglašena krivom za kršenje Ugovora o Evropskoj uniji.³⁵ Nakon što je usvojen, pretrpeo je neznatne izmene 2007. godine³⁶. Poslodavci su najviše zamerki imali na troškove kojima će ih on izložiti, kao i poreske obveznike kroz dodatne troškove iz budžeta. Ove zamerke se nisu pokazale opravdanim. Umesto predviđanja koja su se kretala od 1,5 do 2,5 milijardi evra, stvarni troškovi implementacije u Nemačkoj su procenjeni na oko 26 miliona evra.³⁷ Otpor koji se javio, preuveličavanje troškova njegovog sprovođenja i generalno problemi oko predstavljanja javnosti novih zakonskih rešenja, jasni su pokazatelji da ni nemačko društvo nije lišeno predrasuda i stereotipa o pojedinim kategorijama građana. Ovo međutim nije neobično, jer su mnoge evropske države, a Srbija nije izuzetak, imale značajnih poteškoća prilikom uvođenja zakonskih obrazaca ponašanja protivnih određenim duboko usađenim stavovima koji su posledica uticaja patrijarhalnih podela u društvu, uticaja crkve i religije, desničarskih organizacija i političkih pokreta, i sl. Strahovi koje ovakve promene u zakonodavstvu donose su međutim po pravilu neopravdani, o čemu će više reći biti u delu o implementaciji Zakona.

Član 1. Zakona zabranjuje svaki oblik diskriminacije po osnovu rase ili etničkog porekla, pola, religijskog ubeđenja, invalidnosti, godina života ili seksualne orijentacije. Prema članu 24. Zakona, njegov domašaj je proširen i na javni sektor, odnosno zaposlene u državnoj upravi, pravosuđu, kao i na lica na služenju alternativne vojne obaveze. Već na prvi pogled je evidentno da se ovim članom pokriva materija koja je predmet direktiva EU koje se

³⁴ 2005. godine novoizabrana koaliciona Vlada demohrišćana i socijaldemokrata je „povukla“ Zakon o zabrani diskriminacije (*Antidiskriminierungsgesetz*, ADG), koji se u tom trenutku nalazio u skupštinskoj proceduri (ovaj Zakon je Bundestag zapravo usvojio, ali je Bundesrat blokirao njegovo stupanje na snagu; u međuvremenu je došlo do parlamentarnih izbora u Nemačkoj, pa ADG nikada nije stupio na snagu a ubrzo ga je u skupštinskoj proceduri zamenio AGG). Videti: Susanne Hoentzsch, *Discrimination in Individual-Related Employment*, German Law Journal Vol.7, No.10/2006, str. 795-796.

³⁵ Case C-329/04 *Commission v Germany*, zbog neimplementacije Direktive 2000/43 i Case C-43/05 *Commission v Germany*, zbog neimplementacije Direktive 2000/78.

³⁶ Act of 12th December 2007 (Federal Law Gazette I, page 2840).

³⁷ Videti npr: Charles Hawley, *Feared Cost of Anti-Discrimination Law May Not Exist*, Spiegel Online International, 15.08.2008. <http://www.spiegel.de/international/business/0,1518,572290,00.html>, 25.03.2011; Matthias Mahlmann, *News from the EU Member States – Germany*, European Anti-Discrimination Law Review 8/2009, str. 48.

njime transponuju.³⁸ Zakonodavac ne želi da ode i korak dalje i da proširi primenu Zakona i na neka druga svojstva koja nisu predmet regulisanja na nadnacionalnom nivou, što je takođe jedan od pokazatelja „iznuđenosti“ donošenja ovog akta.³⁹ Član 2. predviđa da će diskriminacija biti zabranjena u slučajevima: zapošljavanja i samozapošljavanja, uključujući i napredovanje na poslu, bez obzira na vrstu posla i poslodavca; uslove zapošljavanja i rada, uključujući i zaradu i razloge za otpuštanje zaposlenog, kao i kolektivne pregovore radi zaključenja kolektivnih ugovora; pristupa stručnom usavršavanju i osposobljavanju, kao i pripravničkoj praksi; članstvu i aktivnostima strukovnih udruženja i drugih udruženja zaposlenih ili poslodavaca (ovde je evidentno faktičko proširenje dejstva Zakona na sindikalne slobode, koje nisu izričito navedene u članu 1. kao jedno od zaštićenih ličnih svojstava); korišćenja socijalne zaštite, socijalnih beneficija i obrazovanja; ostvarivanja prava na jednak pristup javnim uslugama, uključujući i stanovanje. Stavovima 2. i 3. ovog člana određeno je da ovaj Zakon neće uticati na primenu drugih zakona koji regulišu zabranu diskriminacije u pojedinim oblastima, kao što je npr. penzijsko osiguranje. Stav 4. predviđa izuzetak izuzetka – odredbe o nezakonitom otkazu koji je posledica diskriminisanja zaposlenog će se primenjivati u svakom pojedinačnom slučaju, obzirom na njihov odnos opšte i posebne norme. Vidljiv je kontrast između ova dva člana – dok i jedan i drugi prate rešenja iz direktiva EU, u prvom članu je upadljivo značajno ograničenje ličnih svojstava koja se imaju smatrati zaštićenim od diskriminisanja; drugim članom se najpre zaštita posredno proširuje i na sindikalno udruživanje (što se kasnije i izričito potvrđuje u članu 18. Zakona), ali i na situacije koje

³⁸ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons

irrespective of racial or ethnic origin (OJ L 180, 19.7.2000, p. 22); Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (OJ L 303, 2.12.2000, p. 16); Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions (OJ L 269, 5.10.2002, p. 15); i Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services (OJ L 373, 21.12.2004, p. 37). Zanimljivo je da se ovim Zakonom ne transponuje Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation, iako je ona doneta u julu 2006. godine (dakle oko mesec dana pre donošenja Zakona) i njeno postojanje je moralo biti evidentno nemačkom zakonodavcu. Rok za transpoziciju ove Direktive je pet godina, tako da se mora očekivati da će Zakon u najskorije vreme biti izmenjen kako bi se prilagodio i ovim rešenjima.

³⁹ Treba međutim napomenuti i da su u pojedinim segmentima zakonopisci otišli korak dalje od direktiva kada je u pitanju krug zaštićenih ličnih svojstava – npr. u članu 19. o kojem će reči biti u kasnijem tekstu.

zahvaljujući širini formulacija, mogu zahvatati mnoga značajna područja svakodnevnog života u kojima se redovno javlja diskriminacija.

Član 3. sadrži definicije pojmova, gotovo identične onima koje se javljaju u direktivama EU. U pitanju su „zbirne“ definicije koje se u navedenim direktivama ponavljaju uz minimalne izmene – ovaj Zakon ih preuzima i razrađuje, u skladu sa kontekstom u kojem se nalaze:

- Smatraće se da je došlo do direktne diskriminacije kada se jedna osoba tretira na nepovoljniji način, ili će se tretirati odnosno može doći do nepovoljnijeg tretmana, nego što bi bila tretirana u sličnoj situaciji, zbog nekog ličnog svojstva (odnosi se na svojstva koja su nabrojana u članu 1, a posebno se naglašava da će se smatrati rodnom neravnopravnošću ako do diskriminacije žena dođe zbog trudnoće, odnosno materinstva).

- Smatraće se da je došlo do indirektne diskriminacije kada naizgled neutralna odredba, kriterijum ili praksa može dovesti osobe određenih ličnih svojstava (koja su navedena u članu 1.) u lošiji položaj u odnosu na druga lica, osim ukoliko ta odredba, kriterijum ili praksa nisu objektivno opravdani legitimnim ciljem i sredstvima za postizanje tog cilja koja su primerena i nužna.

- Uznemiravanje će se smatrati diskriminacijom kada se neželjeno ponašanje povezano sa ličnim svojstvima (iz člana 1. Zakona) vrši sa ciljem ili posledicom narušavanja dostojanstva ličnosti, zastrašivanja i stvaranja neprijateljskog, degradirajućeg, ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja.

- Seksualno uznemiravanje će biti smatrano kao vrsta diskriminacije ako se neželjeno ponašanje seksualne prirode, uključujući i neželjeni seksualni čin ili zahtevanje da dođe do seksualnog čina, fizički kontakt seksualne prirode, komentare seksualne prirode, kao i neželjeno prikazivanje pornografskog materijala, čini sa ciljem da se naruši dostojanstvo osobe, a naročito da se stvori zastrašujuće, neprijateljsko, degradirajuće, ponižavajuće, ili uvredljivo okruženje. Ova definicija prevazilazi rešenje iz (još uvek netransponovane) Direktive 2006/54/EC, tj. šire određuje pojam seksualnog uznemiravanja, uključujući i elemente koji se ne pominju u ovoj ili drugim direktivama EU, a istovremeno su inkriminisani i krivičnim zakonodavstvom.⁴⁰

- Diskriminacijom će se smatrati i navođenje (podsticanje) na diskriminaciju, a naročito ukoliko osoba navodi zaposlenog da diskriminiše drugog zaposlenog zbog ličnog svojstva koje je navedeno u članu 1. Zakona.

⁴⁰ Uporediti sa članom 2, stav 1(d) Direktive 2006/54/EC Evropskog parlamenta i Saveta o implementaciji principa jednakih mogućnosti i jednakog tretmana muškaraca i žena pri zapošljavanju i na radu: 1(d) seksualno uznemiravanje: bilo koja forma neželjenog verbalnog, neverbalnog ili fizičkog ponašanja seksualne prirode koje se javlja sa ciljem da se naruši dostojanstvo osobe, a naročito stvaranjem zastrašujućeg, neprijateljskog, degradirajućeg, ponižavajućeg, ili uvredljivog okruženja.

Član 5. Zakona određuje afirmativnu akciju kao izuzetak od postojanja diskriminacije. Afirmativna akcija je određena kao skup odgovarajućih mera koje su usvojene da bi se sprečile ili kompenzovale već nastale nejednakosti koje su posledice nejednakog tretmana na osnovu nekog od zaštićenih ličnih svojstava iz Zakona – ova definicija ne donosi ništa novo u odnosu na određenje istog pojma u direktivama EU.

Drugi deo Zakona posvećen je diskriminaciji pri zapošljavanju, na radu i u vezi sa radom. Zaposlenom osobom će se smatrati lica koja su na bilo koji način radno angažovana, uključujući i pripravnike, lica na stručnoj praksi, kao i lica koja rade od kuće. Poslodavac je sa druge strane bilo koje fizičko ili pravno lice koje ima zakonski kapacitet da radno angažuje neko lice.

Zakon zabranjuje diskriminaciju zaposlenog. Delovanje poslodavca koje je motivisano postojanjem zaštićenog ličnog svojstva smatraće se nedozvoljenim, bez obzira kako je izraženo (faktičkom radnjom, pojedinačnim ili opštim aktom, delovanjem poslodavca ili drugog zaposlenog, itd.). Međutim, u Zakonu je dosta prostora posvećeno izuzecima od ovog pravila. Članovi 8-10. Zakona bave se tzv. „dozvoljenim razlikovanjem“ u pojedinim slučajevima. U pitanju su izuzeci koji su prisutni i u direktivama EU, koje dozvoljavaju državama-članicama da ova pitanja uredi bliže u skladu sa svojim pravnim sistemima. Razlikovanje se tako neće smatrati diskriminacijom u tri slučaja: kada postoje specifični zahtevi profesije, kada je reč o religijskoj službi, kao i u pojedinim slučajevima kada se za obavljanje poslova zahteva određeni uzrast, odnosno starost lica. Prvi izuzetak je uobičajen – postoje poslovi za koje je potrebna posebna radna sposobnost, ili neki drugi uslovi koji su nužni za kvalitetno obavljanje poslova na kojima se zaposleni angažuje. Zbog toga ne može biti radno angažovan na poslove za koje ne ispunjava ove specifične uslove. Zakon međutim ovom izuzetku pristupa oprezno – jedno lice se ne može platiti manje od drugog koje obavlja iste poslove samo na osnovu posebnih pravila radnog angažovanja, ako je takva odluka motivisana postojanjem nekog zaštićenog ličnog svojstva iz Zakona.⁴¹ Religijska služba, odnosno izbor kandidata za obavljanje takvih poslova, takođe spada u domen specifičnih zahteva profesije. Obzirom da je tom pitanju u direktivama posvećena posebna pažnja, i Zakon to čini regulišući detaljnije opšti režim posebnih zahteva profesije u ovom slučaju: sve crkve i religijska udruženja

⁴¹ Npr. neće postojati diskriminacija ako se na posao pilota aviona ne primi npr. lice određene nacionalnosti zato što nema dovoljno letačkog iskustva, ali se ne može se odrediti da dva pilota primaju različitu zaradu iako imaju iste kvalifikacije, iskustvo i uslove rada, samo zato što je jedan od njih određene nacionalne pripadnosti. Inače, kada je reč o nacionalnoj pripadnosti, direktive EU zabranjuju različit tretman samo ukoliko se radi o državljanima EU – u suprotnom, diskriminacija neće postojati (videti: član3, stav 2. Direktive 2000/43/EC, član 3, stav 2. Direktive 2000/78/EC).

mogu tražiti posebnu pripadnost, odnosno odanost, nekoj veroispovesti prilikom odlučivanja da li neko lice može obavljati određene dužnosti koje su od značaja za tu crkvu ili organizaciju, kao i za njene sledbenike. Konačno, član 10. Zakona određuje kao izuzetak od načela zabrane diskriminacije prema starosnom dobu i situaciju kada se za obavljanje nekih poslova opravdano zahteva određeni uzrast, odnosno starosna dob lica. Prema Zakonu, moguće su situacije u kojima se podstiče zapošljavanje mladih (naročito u smislu prakse i usavršavanja), zatim određivanje minimalnog iskustva za obavljanje pojedinih poslova, uzimanje u obzir dužine trajanja dopunske obuke i starosnu dob zaposlenog, kada je trajanje obuke duže nego vreme koje je zaposlenom ostalo do penzije, itd. Ono što je zajedničko svim ovim primerima jeste da se navode neki tipični izuzeci, od kojih su neki već sadržani u pozitivnom zakonodavstvu Nemačke, ali se ne ograničava broj takvih situacija – dakle, poslodavac i zaposleni u svakom konkretnom slučaju mogu da opravdaju svoje postupanje kroz neki od izuzetaka. Izvesno je, međutim, posebno imajući u vidu propise Evropske unije, da će sudovi svaki takav potencijalni izuzetak usko tumačiti, u skladu sa principom zaštite starijih radnika od diskriminisanja.

Kada je reč o položaju poslodavca, Zakon nameće obaveze koje su u skladu sa direktivama EU, ali i uporednopravnim rešenjima. On je dužan da se uzdrži od diskriminisanja zaposlenih, da ne objavljuje oglase za upražnjena radna mesta koji bi imali diskriminatorsku sadržinu, kao i da štiti svoje zaposlene od diskriminacije bilo koje vrste koja bi se dogodila na radu ili u vezi sa radom – obaveza zaštite zaposlenih važi i u slučaju da diskriminaciju vrši treće lice (članovi 11. i 12. Zakona).

Zaposleni ima mogućnost da pre pokretanja sudskog postupka uloži žalbu (prigovor) na postupanje poslodavca ili drugog zaposlenog, ako je ono učinjeno na radu ili u vezi sa radom. Prigovor se podnosi licu koje je za to određeno kod poslodavca, ali se iz slova Zakona vidi jasna namera da to bude neposredni nadređeni, odnosno sam poslodavac, tako da se u najkraćem roku mogu preduzeti odgovarajuće mere zaštite, ukoliko se prigovor okarakterise kao osnovan. Ako poslodavac ne preduzme odgovarajuće mere zaštite, zaposleni ima pravo da odbije da radi uz naknadu zarade kao da je radio – ovo pravo zaposleni može iskoristiti samo u slučajevima uznemiravanja i seksualnog uznemiravanja. Zaposleni u svakom slučaju ima pravo na nadoknadu štete (materijalne i nematerijalne) koju je pretrpeo zbog diskriminatorskog ponašanja drugog zaposlenog ili poslodavca, na radu. Poslodavac je dužan da štetu nadoknadi, osim ukoliko ju je izazvao drugi zaposleni a poslodavac nije kriv za njegovo ponašanje.⁴² Takođe, Zakon predviđa zaštitu zaposlenog od viktimizacije – ova zaštita se

⁴² Članovi 13-15. Zakona.

proteže na žrtvu diskriminacije, kao i na one zaposlene koji žrtvi daju podršku u ostvarivanju njegovih/njenih prava.⁴³

Treći deo Zakona zabranjuje diskriminaciju u drugim oblastima koje reguliše građansko pravo.⁴⁴ Ova zabrana je izvedena generalnom klauzulom, tako da se ne mogu zaključivati, menjati ili izvršavati bilo kakvi diskriminatorni pravni poslovi, niti primenjivati postojeća pravila na diskriminatorni način, ukoliko je reč o formularnim (masovnim) ugovorima⁴⁵, ugovorima koji regulišu bilo koju vrstu osiguranja, kao i u pravnim poslovima vezanim za stanovanje. Osnovi diskriminisanja, tj. zaštićena lična svojstva, ostaju ista kao kod radnog prava – rasa ili etničko poreklo, pol, religijsko ubeđenje, invalidnost, godine života ili seksualna orijentacija.⁴⁶ Izuzeci koje predviđa Zakon nisu konačni – oni su nabrojani samo kao smernica, odnosno slučajevi koji će se verovatno najčešće dešavati u praksi. Tako je razlikovanje dozvoljeno kod sprečavanja štete (krajnja nužda, uz sva ograničenja i uslove koji prate taj pravni institut kako bi se mogao legalno primeniti), da bi se zaštitilo pravo na privatnost i bezbednost ličnosti, kod primene programa afirmativne akcije, kao i različit tretman na osnovu religijske pripadnosti, kada je to u skladu sa slobodom religijskog opredeljenja i pravom na autonomiju religijskih zajednica. Ipak, ni u jednom slučaju nije dozvoljeno razlikovanje na osnovu pola kada je reč o plaćanju, dok se trudnoća i materinstvo ne mogu iskoristiti kao razlog smanjenja zarade, ili bilo koje druge vrste dohotka.⁴⁷

Ukoliko dođe do diskriminacije, žrtva takvog postupka može u roku od dva meseca zatražiti da diskriminišuće ponašanje prestane, kao i naknadu štete. Svaki sporazum kojim se neko odriče prava na jednak tretman smatraće se ništavim (član 21. Zakona).

Zakon uvodi i prebacivanje tereta dokazivanja na tuženog, ukoliko tužilac može da učini verovatnim da je do diskriminacije došlo.⁴⁸ Takođe, Zakon predviđa u članu 23. da se kao „pravni savetnici“ žrtava diskriminacije mogu pojaviti i organizacije koje se bave zaštitom ljudskih prava ili prava posebnih grupa stanovništva. One moraju biti neprofitne i trajnog karaktera, da bi im se priznao ovakav status. Žrtva može, u skladu sa aktivnostima takve organizacije, sačiniti i poseban sporazum o pravnom zastupanju, ukoliko su ispunjeni i zahtevi iz opštih propisa koji regulišu ovu materiju. Time je praktično dozvoljeno nevladinim organizacijama da pružaju besplatnu pravnu pomoć i da besplatno zastupaju žrtve

⁴³ Član 16. Zakona.

⁴⁴ Članom 19, stav 4. su izričito izuzete situacije primene porodičnog i naslednog prava.

⁴⁵ Nemački: *Massengeschäfte*, definisani kao ugovori koji su tipični i koje zaključuje veliki broj lica, a u kojima se lična svojstva ne javljaju kao važan element ugovorne obaveze.

⁴⁶ Član 19, stav 1. Zakona.

⁴⁷ Član 20. Zakona.

⁴⁸ Engleski prevod zakonskog teksta: *to establish facts from which it may be presumed that there has been discrimination* (član 22. Zakona).

diskriminacije.⁴⁹ Ne može se govoriti o formalno proširenoj aktivnoj legitimaciji, jer ove organizacije nemaju ovlašćenje da tuže umesto žrtve, već samo da joj pružaju asistenciju, odnosno pravno zastupništvo ukoliko ona sama to želi.

Federalna agencija protiv diskriminacije (u daljem tekstu: Agencija) osnovana je šestim delom Zakona, kao posebno odeljenje Ministarstva za porodicu, starije građane, žene i omladinu. Ovo Ministarstvo bira direktora Agencije, na predlog Federalne vlade.⁵⁰ Osnovni zadatak Agencije jeste da prima pritužbe na počinjenu diskriminaciju. Agencija će osobi koja joj se obrati sa zahtevom za rešavanje slučaja (potencijalne) diskriminacije, pružiti sve neophodne informacije, uključujući i davanje pravnog saveta. Takođe, ova institucija će pokušati da dođe do vansudskog rešavanja spora koji je nastao povodom diskriminacije; ukoliko odredi da je neko drugo telo nadležno za rešavanje pritužbe⁵¹, Agencija će istu proslediti nadležnom telu. Osim nadležnosti rešavanja po pritužbama – dakle, kao operativno telo, Agencija je zamišljena i kao tačka u kojoj će se planirati buduće mere za sprečavanje diskriminacije i izvoditi naučna i statistička istraživanja u vezi sa ovom pojavom. Iako se nalazi u direktnoj subordinaciji Ministarstva, tj. izvršne vlasti, Agencija podnosi svake četvrte godine izveštaj Bundestagu (zajedno sa Parlamentarnim komesarom Bundestaga i Komesarom federalne Vlade). Sa istim ovim organima, Agencija može vršiti i svoje druge funkcije, kao što je npr. naučno istraživanje diskriminacije; Zakon takođe predviđa saradnju sa relevantnim nevladinim organizacijama i drugim specijalizovanim institucijama.⁵² Agencija ima Savet, čije se delovanje iscrpljuje kroz interakciju (dijalog) sa određenim grupama, kako bi se sakupili podaci o poteškoćama implementacije antidiskriminacionog zakonodavstva i stekao uvid u realan položaj tih delova stanovništva (član 30. Zakona).

Čini se da je stvaranje Agencije pre svega posledica obaveze koja postojiu direktivama EU – da se u svakoj državi-članici obrazuje specijalizovano telo za sprečavanje diskriminacije. Njena uloga u celom sistemu je široko postavljena, ali se čini da Agencija nema „svoju“ nadležnost, odnosno da se ona ukršta sa zadacima već postojećih federalnih tela, kao i tela koja postoje u federalnim jedinicama. Ako bi se gledalo šta je novi kvalitet do koga se došlo kroz stvaranje Agencije, onda je to u svakom slučaju ovlašćenje da se postupa po pritužbama za diskriminaciju svakog

⁴⁹ One, međutim, moraju ispuniti određene kriterijume da bi mogle da vrše ovu funkciju – npr. moraju imati minimalno 75 članova. Videti: Mark Bell, Isabelle Chopin, Fiona Palmer, *Developing Anti-Discrimination Law in Europe – The 25 EU Member States compared*, European Communities, 2007, str. 55.

⁵⁰ Članovi 25. i 26. Zakona.

⁵¹ Parlamentarni komesar Bundestaga ili Komesar federalne Vlade.

⁵² Članovi 27-29. Zakona.

pojedinka. Ove odredbe međutim u samom Zakonu nisu previše razrađene, pa je jedino izvesno da Agencija postupa kao organ koji žrtvu može da posavetuje i informiše (uključujući i pravni savet – iako to nije izričito navedeno u Zakonu, kontekst regulisanja nadležnosti Agencije ukazuje i na takvu vrstu pomoći žrtvi), kao i da pokuša postupak mirenja (vansudskog dogovora), koji će se sprovesti po opštim pravilima. Veliko je pitanje da li je tako određena „specifična“ nadležnost zaista iziskivala osnivanje novog tela, ili je jednostavno mogla biti dodeljena i nekom od postojećih. Verovatno svesni te činjenice, zakonodavci su ipak pronašli kompromisno rešenje, osnivajući Agenciju u okviru postojećeg Ministarstva, kao njegovo posebno odeljenje. Ipak mora ostati nedoumica da li je Agencija, ovako kako je definisana i uređena Zakonom, bila potrebna – to će se verovatno pokazati tokom vremena, kada se budu sagledavali rezultati njenih aktivnosti.

Opšti zakon o jednakom tretmanu predstavlja novinu u nemačkom zakonodavstvu, i zaokružuje antidiskriminacioni sistem koji je do tada bio samo parcijalno pokriven u različitim zakonskim i podzakonskim tekstovima, na više nivoa funkcionisanja federalne države. Sa gotovo godinu ipo dana vremena za njegovu punu implementaciju, bar kada je reč o diskriminaciji prema poglavlju 3, koje zabranjuje diskriminaciju u oblastima privatnog prava, ovaj akt je zapravo počeo da proizvodi dejstva u celini tek od 2008. godine. Zato je interesantno osvrnuti se na početak njegove primene i eventualne posledice koje su nastale u percepciji diskriminacije od strane građana Nemačke.

3. IMPLEMENTACIJA ANTIDISKRIMINACIONOG ZAKONODAVSTVA

Kada je AGG stupio na snagu, stručna i naučna javnost je bila podeljena oko mnogih pojmova koje je on uveo u život nemačkog pravnog sistema. Zbog toga su pojedini autori govorili da pravnici čekaju „uputstvo za spremanje“⁵³ koje će doći od sudova, tj. praktične smernice kako će se pojedine odredbe tumačiti u parnici.

A nedoumica je dosta: kako se primenjuje princip „afirmativne akcije“, koji je proklamovan u Zakonu ali nije bliže određen (kao ni u direktivama koje ostavljaju slobodu regulisanja državama-članicama); zašto je određen rok od dva meseca za podnošenje pritužbe (za koji se čini da je suviše dug⁵⁴); kakav je odnos AGG sa Zakonom o zaštiti od otkaza⁵⁵ i da li

⁵³ U originalu: „recept za kuvanje“. Videti: Gerlind Wisskirchen, *Der Umgang mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz – Ein „Kochrezept“ für Arbeitgeber*, DER BETRIEB 1491 (2006), Georg Annuß, *Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Arbeitsrecht*, DER BETRIEBS-BERATER 1629 (2006). Citirano prema: Susanne Hoentzsch, *op.cit.*, str. 800.

⁵⁴ Videti: Susanne Hoentzsch, *op.cit.*, str. 802.

postoji sukob normi ova dva zakona; šta se dešava sa prebacivanjem tereta dokazivanja – da li je norma iz AGG posebna u odnosu sa opšte rešenje iz građanskog prava, itd. Ove nedoumice se ne mogu shvatiti kao slabost AGG; pre su rezultat (opravdane) opreznosti koja postoji kada se u funkcionalni pravni sistem unese element koji može u pojedinim situacijama značajno izmeniti ukorenjena pravila. Pri tome se ne misli na faktičke pravno-relevantne predrasude i stereotipe, već na odnos tog novog elementa sa starim elementima i formalnopravno pravilo za opredeljenje relevantnog prava u situaciji kada se mogu naći dve ponuđene norme kao rešenje jedne situacije, odnosno problema.

Da li je donošenje Zakona uticalo na javno mnjenje i (formalno dobre) rezultate kada je reč o percepciji diskriminacije, koji su prikazani na početku ovog rada? Istraživanja Eurobarometra⁵⁶ sa kraja 2009. godine, dakle tri godine nakon početka primene AGG, pokazuju zanimljive rezultate. Najpre, Nemačka je među državama koje su najbolje ocenjene od strane njihovih građana, kada je reč o zauzimanju za eliminaciju diskriminacije. Procenat građana Nemačke koji su zadovoljni delanjem svoje matične države je porastao sa 53% u 2008. godini na 58% u 2009. godini – u 2006. godini (neposredno pre donošenja AGG) taj procenat je iznosio 49%. Međutim, procenat građana koji su upoznati sa svojim pravima i načinima da ih zaštite u slučaju diskriminacije, nije se značajno promenio u periodu 2006-2009: od 23% povećao se na 27%, što je i dalje ispod evropskog proseka i daleko od država kao što je npr. Finska (65%). Istovremeno, percepcija diskriminacije se donekle izmenila: etničku i rasnu diskriminaciju primećuje 54% ispitanika (2006. godine – 48%) ali čak 52% odgovara da je 2009. ova vrsta diskriminacije manje prisutna nego pre pet godina; sa druge strane, beleži se veliki porast ispitanika koji uočavaju diskriminaciju prema starosnom dobu – 48% naspram 34% 2006. godine⁵⁷; diskriminacija osoba sa invaliditetom je očigledno daleko evidentnija – čak 43% misli da je ovaj vid diskriminacije rasprostranjen, što je porast od čak 18% u odnosu na 2006. godinu⁵⁸; konačno, i percepcija diskriminacije na osnovu seksualnog opredeljenja se čini rasprostranjenijom – 36% ispitanih lica u 2009. godini, u odnosu na 31% u 2006. godini, smatra da je ovaj vid diskriminisanja rasprostranjen.⁵⁹ Još jedan kontrast u odgovorima može se izvući iz Eurobarometar istraživanja o pojedinim oblicima diskriminacije iz 2008.

⁵⁵ Kündigungsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969 (BGBl. I S. 1317)

⁵⁶ Discrimination in EU in 2009, Special Eurobarometer 317 / Wave 71.2. – *TNS Opinion & Social*.

⁵⁷ Smatra se da je ovaj rezultat posledica ekonomske krize koja je od 2008. uzrokovala smanjenje potrebe za radnom snagom, kao i veliki broj otpuštanja starijih radnika.

⁵⁸ Što je u direktnoj koliziji sa podatkom da čak 64% ispitanih lica smatra da je ovaj vid diskriminacije 2009. godine bio manje prisutan nego pet godina ranije.

⁵⁹ Što je i dalje daleko ispod evropskog proseka od 47%.

godine.⁶⁰ Samo 12% Nemaca, najniži rezultat u Evropskoj uniji, smatra da je potreban poseban zakon koji bi regulisao oblast zabrane diskriminacije; istovremeno, Nemačka se nalazi u vrhu zemalja u kojima su ispitanici potvrdno odgovarali na pitanje da li su lično doživeli diskriminaciju – 17% prema polu (na drugom mestu u EU), 13% prema religijskoj pripadnosti (peto mesto u EU), 17% po osnovu invalidnosti (prvo mesto u EU), 10% na osnovu seksualne orijentacije (treće mesto u EU).

Šta nam ovi podaci govore? Mogu se izvući dva generalna zaključka: najpre, čini se da se pojedini oblici diskriminisanja lakše uočavaju nakon donošenja AGG nego što je to bio slučaj kada nije postojao opšti zakon o zabrani diskriminacije, kao i da se o tome otvorenije govori i lakše priznaje (o čemu svedoče visoki procenti građana koji smatraju da su bili žrtve diskriminatornog ponašanja). Drugi zaključak bi mogao biti, da građani Nemačke i dalje nemaju pozitivan stav prema novom antidiskriminacionom zakonodavstvu, možda pre svega zato što ga smatraju suvišnim (otuda je jako mali broj građana upoznat sa postojanjem AGG i mehanizmima za zaštitu njihovih prava).

Da li je za ove podatke „zaslužna“ primena novog Zakona? Na to statistika ne može dati konačan odgovor, ali je evidentno da će i u Nemačkoj, ako je verovati statističkim trendovima, doći do „američkog paradoksa“ kako se osnovi za zabranu diskriminacije budu razvijali i proširivali, a sam AGG tumačio kroz praksu. Naime, antidiskriminacioni sistem u SAD funkcioniše još od šezdesetih godina XX veka, ali se i pored toga broj slučajeva konstantno blago povećava. Ovo se dešava zbog nekoliko faktora, od kojih su neki prisutni i u Nemačkoj: najpre, povećanje broja stanovnika i povećanje broja pripadnika imigrantskih (i ranjivih) grupa; potom, povećanje zaštićenih ličnih svojstava, i samim tim rast osnova prema kojima se može vršiti diskriminacija, pa i situacija koje mogu završiti kao slučaj pred sudom ili drugim organom ili specijalizovnim telom. Drugim rečima, ovaj paradoks može negativno da utiče na percepciju neefikasnosti antidiskriminacionog sistema, iako to ne mora zaista da bude slučaj u praksi sprovođenja AGG-a.

Sa druge strane, sprečiti diskriminisanje neke grupe lica (odnosno njenih pripadnika) nikada ne može biti samo rezultat zakonskih rešenja, pa ni doslednog sprovođenja zakona. Diskriminacija se zasniva na predrasudama i stereotipima – Nemačka kao imigraciona država predstavlja plodno tle za njihovu pojavu i održavanje; kada se na to dodaju žilavi ostaci patrijarhalnog uređenja porodice, evidentno je da je nužna šira socijalna akcija da bi se neki statistički podaci promenili u korist pripadnika ranjivih i diskriminiranih grupa. Ova vrsta društvene akcije ponekad nije nimalo

⁶⁰ Discrimination in the European Union – *Perceptions and experiences of discrimination in the areas of housing, healthcare, education, when buying products or using services*, Flash Eurobarometer 232 – The Gallup Organization.

jednostavna. Npr, paketom mera je Nemačka Vlada pokušala da faktički izjednači položaj muškaraca i žena kada je reč o porodijskom (odnosno, kako se u novijoj terminologiji naziva „porodičnom“) odsustvu, tj. da smanji mogućnosti diskriminacije žena koje su trudne ili planiraju trudnoću, davanjem istih uslova za odsustvo njihovim bračnim drugovima. Ovaj paket je, međutim, uključivao i mere koje su bile „previše podsticajne“ za žene da teret odgajanja deteta prebace na svoje partnere. Npr. stvaranjem uslova da se ženama omogući da rade na poslovima sa skraćenim radnim vremenom, želeli su se stvoriti uslovi za njihovo radno angažovanje i u periodu kada im je prevashodno važna uloga majke; međutim, ova mera se praktično svela na to da se ženama „nude“ isključivo poslovi sa skraćenim radnim vremenom i njima se ne ostavlja puno izbora, dok su poslovi sa punim radnim vremenom „rezervisani“ za muškarce.⁶¹ Tako je mera podsticanja rodne ravnopravnosti postala mera produbljivanja ekonomskog jaza između polova i pospešivanja ekonomske zavisnosti žena.

4. ZAKLJUČAK

Nemačka, kao ni druge države Evrope i sveta, nije na jednostavan i lak način uvrstila antidiskriminacione odredbe u svoj pravni sistem. Sa jedne strane, postoje (neopravdani) otpori i strah javnosti od takvih izmena, sa druge je teško inkorporirati pojedine antidiskriminacione principe u poredak koji ih do tada nije poznao. To se naročito odnosi na ona rešenja koja direktno utiču na neka do sada nedvosmislena i neosporavana pravila parničnog postupka, kao što je teret dokazivanja. Ako se međutim vratimo na neke od problema o kojima je bilo reči u prethodnom delu teksta, videće se da su oni relativno lako rešivi primenom opštih pravnih principa, odnosa opšteg i posebnog zakona, i utvrđivanjem specifičnog pravnog režima koji će biti ograničen isključivo na slučajeve diskriminacije, u duhu direktiva Evropske unije. Tako npr. odnos postojećeg Zakona o zaštiti od otkaza, kojim se regulišu situacije nezakonitog otkaza ugovora o radu od strane poslodavca i AGG-a, ne mora biti komplikovan i nerešiv, kako se u pojedinim analizama to predstavlja. Kada postoji diskriminacija, može se primenjivati kombinovana zaštita – zaključak da prema AGG ne postoji zaštita od nezakonitog otkaza u slučaju da je do njega došlo zbog diskriminacije (zato što tu situaciju reguliše Zakon o zaštiti od otkaza),

⁶¹ Videti: Group of experts on Gender, Social Inclusion and Employment (EGGSIE), *Gender mainstreaming of employment policies – A comparative review of 30 European countries*, European Commission, 2007, str. 9. Ovo je ipak samo izuzetak u sklopu sprovođenja mera politike o jednakosti polova, koja je postala aktuelna 1998. godine. Više o preduzetim merama, pozitivnim i negativnim ocenama i iskustvima vezano za iste, videti: *ibidem*, str. 42, 59.

jednostavno nije tačna i potpuno je u suprotnosti kako sa direktivama EU, tako i sa duhom Zakona i namerom zakonodavca da svaku situaciju iz radnog odnosa, tj. povodom bilo kog oblika radnog angažovanja, koja je motivisana postojanjem nekog zaštićenog ličnog svojstva, a u kojoj se uskraćuju ili krše prava zaposlenog, jasno označi kao nedopuštenu, odnosno nezakonitu. Stavovi 2. i 3. člana 2. koji govore o tome da se odredbama AGG-a neće uticati na primenu drugih zakona koji parcijalno regulišu pojedine vrste diskriminacije, nisu zatvorili vrata ovakvoj primeni propisa, dok god je to u javnom interesu (sprečavanja i/ili kažnjavanja za diskriminaciju) i interesu zaštite žrtve diskriminacije. U tom smislu treba tumačiti i stav 4. istog člana, koji upravo govori o odnosu normi kod nezakonitog otkaza, iako se njime na prvi pogled isključuje primena AGG-a. Ne postoji razlog, niti opšti princip, zašto se neko ponašanje ne bi moglo okarakterisati kao istovremeno kršenje odredbi dva (ili više) zakona – npr. u ovom slučaju AGG-a i Zakona o zaštiti od otkaza.

Čini se da su negativne konstrukcije, koliko god one bile dobre da bi se ukazalo na moguće kolizije normi u različitim aktima, pre svega posledica straha od pravne nesigurnosti koju ovakve korenite izmene donose – Nemačka očigledno ne bi usvojila poseban zakon koji reguliše pitanje zabrane diskriminacije, da na to nije bila „primorana“ donošenjem direktiva EU. Ono što po pravilu sledi nakon ovakvih razmišljanja jeste početak primene takvih propisa, koji u praksi ne donosi ni delić očekivane „revolucije“. Isto se desilo i sa AGG – njegova primena nije koštala poslodavce i državu milijarde evra, nema bojazni da će se tako nešto desiti u budućnosti; opšti utisak jeste da je tumačenje Zakona za sada u prihvatljivo rigidnim granicama, ali da je sama pojava novog zakonodavstva uticala na to da se o mnogim pitanjima vezanim za diskriminaciju u Nemačkoj mnogo više i otvorenije priča, kao i da je to bio impuls da se preduzmu i neke druge mere kako bi se radilo na suzbijanju predrasuda i patrijarhalnih stereotipa ponašanja i funkcionisanja porodice. Otuda se sa nacionalne i rasne netrpeljivosti, koja je posle Drugog svetskog rata konstantno bila u fokusu države i javnosti i nesumnjivo oštro kažnjavana, delokrug posmatranja nejednakosti u društvu proširio i na neke druge kategorije, kao što su rodna (ne)ravnopravnost, polne slobode i položaj starijih lica u društvu. Svi ovi pomaci, iako neki od njih nisu direktna posledica donošenja AGG-a, jasan su dokaz da nemačko društvo postaje svesno ozbiljnosti opasnosti od nejednakog tretmana lica zbog nekog ličnog svojstva. Ono što za sada nije dovoljno aktuelizovano, a prema različitim statističkim podacima jeste rašireno, je diskriminatorско ponašanje prema radnicima-imigrantima. Njih direktive EU ne štite, pa samim tim ni AGG, a o ovom pitanju će se morati povesti više računa u godinama koje slede.

Dr. Mario Reljanović
Forscher – Mitarbeiter
Institut für Rechtsvergleichung, Belgrad

ANTI-DISKRIMINIERUNGS - GESETZGEBUNG DEUTSCHLANDS Zusammenfassung

Deutschland, wie auch die anderen Mitglieder der Europäischen Union, hat die Verpflichtung, die Beschlüsse, die in vier Direktiven der Europäischen Union, die den Verbot der Diskrimination und das Recht auf gleiche Behandlung der Leute betreffen, ungeachtet von ihren persönlichen Eigenschaften, umfaßt sind, zu transponieren (in die einheimische Gesetzgebung einzutragen). Das Ziel dieses Werks ist zu zeigen wieviel Erfolg es mit der Erbringung einer neuen Gesetzgebung in diesem gibt und welche die Hindernisse zu einer vollkommenen Implementierung dieser Regulierung sind. Die Annahme des neuen Gesetzes ist nicht ohne Probleme und großen Debatten wie unter den Politikern als auch in der breitesten Öffentlichkeit abgelaufen. Deutschland ist schon traditionell mit dem Zustrom von Einwanderer, die öftestens bei der Verwirklichung von alltäglichen Rechten diskriminiert sind belastet, und ein besonderer Kummer bei der Annahme der neuen Gesetzgebung war daß ihre Implementation zu teuer sein würde, wie für den Staat als auch für die Arbeitgeber. Einer von den Elementen der Forschung ist auch zu zeigen wieviel sich solche Fürchtungen als gerechtfertigt gezeigt haben, sowie auch wie die Anwendung dieser Regulierungen in der Praxis aussieht, fünf Jahre nach ihrer Erbringung.

Schlüsselwörter: Diskrimination, Recht auf gleiche Behandlung, Deutschland, Europäische Union, anti-diskriminierungs - Gesetzgebung

Mario Reljanović, Ph.D
Institute of Comparative Law, Belgrade

ANTIDISCRIMINATION LEGISLATION IN GERMANY Summary

Germany, same as other EU member-states, has obligation to transpone (insert in domestic legislation) legal solutions from four EU Directives concerning prohibition of discrimination and right to equal treatment of all individuals, regardless of their personal characteristics. Aim

of this paper is to reveal how did adoption of new legislation contribute to meeting this objectives, and to look up on major obstacles to its implementation. Adoption of the new law was not realized without problems and complex arguments in expert circles but also in general public. Germany is traditionally burdened by constant flow of immigrant workers, whom are mostly deprived of many rights in everyday life and work. Another argument against new legislation was that it will greatly cost both state and employers once its implementation starts. One of the elements of this research was to reveal were those fears realistic, and how does law enforcement functions five years after its adoption.

Key words: discrimination, right to equal treatment, Germany, European Union, antidiscrimination legislation.