



Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
NILSA WAHLA
od 26. rujna 2013.¹

Predmet C-363/12

Z.

protiv

Government Department and the Board of Management of a Community School

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Equality Tribunal (Irska))

„Socijalna politika – Zamjensko majčinstvo – Pravo na dopust istovjetan roditeljskom ili posvojiteljskom dopustu – Direktiva 2006/54/EZ – Jednako postupanje prema muškarcima i ženama – Područje primjene – Konvencija Ujedinjenih naroda o pravima osoba s invaliditetom – Direktiva 2000/78/EZ – Jednako postupanje u pitanjima zapošljavanja i rada – Područje primjene – Pojam invaliditeta – Sudjelovanje u profesionalnom životu – Članak 5. – Obveza razumne prilagodbe“

1. Zamjensko majčinstvo, sve prisutniji oblik medicinski potpomognute oplodnje, predstavlja osjetljivo političko i društveno pitanje u nekim državama članicama. Ovaj zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Equality Tribunal (Irska) kao i predmet CD² potvrđuju aktualnost zamjenskog majčinstva i složenost pravnih (i moralnih) pitanja koja su s njim povezana, unatoč njegovom još uvijek marginalnom značaju. Tako je zamjensko majčinstvo drukčije pravno uređeno u različitim država članicama: u nekima je zakonito i zasebno regulirano, u nekima nezakonito ili – kao što je slučaj u Irskoj – neregulirano te postoje značajna neslaganja između država članica u pogledu pitanja kako se zamjensko majčinstvo i, posebno, postupak u vezi s njime trebaju regulirati.

2. U predmetu pred sudom koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku žena koja nije mogla začeti dobila je svoje biološko dijete putem zamjenskog majčinstva. Ima li, prema pravu EU-a, pravo na plaćeni dopust istovjetan roditeljskom dopustu ili posvojiteljskom dopustu? To je najvažnije od pitanja postavljenih Sudu u ovom predmetu.

1 – Izvorni jezik: engleski.

2 – Predmet CD, C-167/12, postupak u tijeku pred Sudom.

I – Pravni okvir

A – Međunarodno pravo

3. U točki (e) preambule Konvencije Ujedinjenih naroda od 13. prosinca 2006.³ („Konvencija UN-a“) navodi se da je „invaliditet koncept koji se još uvijek razvija te da invaliditet nastaje kao rezultat međudjelovanja osoba s oštećenjima i prepreka koje proizlaze iz stajališta njihove okoline te iz prepreka koje postoje u okolišu, a koje onemogućuju njihovo puno i djelotvorno sudjelovanje u društvu na izjednačenoj osnovi s drugim ljudima“.

4. U članku 1. Konvencije UN-a stoji da su osobe s invaliditetom „one osobe koje imaju dugotrajna tjelesna, mentalna, intelektualna ili osjetilna oštećenja, koja u međudjelovanju s različitim preprekama mogu sprečavati njihovo puno i učinkovito sudjelovanje u društvu na ravnopravnoj osnovi s drugima“.

B – Pravo EU-a

1. Direktiva 92/85/EEZ

5. U uvodnoj izjavi 8. u preambuli Direktive 92/85⁴ naglašeno je da trudne radnice i radnice koje su nedavno rodile ili radnice koje doje u mnogome treba smatrati specifičnim rizičnim skupinama te treba poduzeti mjere u vezi s njihovom sigurnošću i zdravljem.

6. Prema uvodnoj izjavi 14., osjetljivost trudnih radnica, radnica koje su nedavno rodile ili radnica koje doje nalaže da im treba osigurati pravo na rodiljni dopust.

7. Prema članku 1. Direktive 92/85, svrha je te direktive „provođenje mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zaštite zdravlja na radu trudnih radnica i radnica koje su nedavno rodile ili doje“.

8. U skladu s člankom 8., države članice poduzimaju potrebne mjere kako bi radnicama u smislu članka 2.⁵ osigurale pravo na neprekidan rodiljni dopust od najmanje 14 tjedana raspoređenih prije i/ili nakon poroda, u skladu s nacionalnim zakonodavstvom i/ili praksom.

9. U članku 11. stavku 2. stoji da se tijekom trajanja rodiljnog dopusta koje je uređeno člankom 8. radnicama u smislu članka 2. mora osigurati redovna isplata plaća i/ili pravo na odgovarajući doplatak.

3 — Ratificirana od strane Europske unije 23. prosinca 2010. Vidjeti Odluku Vijeća 2010/48/EZ od 26. studenoga 2009. o sklapanju Konvencije Ujedinjenih naroda o pravima osoba s invaliditetom od strane Europske zajednice (SL 2010., L 23, str. 35.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 11., svezak 66., str. 55.) („Odluka Vijeća 2010/48“).

4 — Direktiva Vijeća od 19. listopada 1992. o uvođenju mjera za poticanje poboljšanja sigurnosti i zdravlja na radu trudnih radnica te radnica koje su nedavno rodile ili doje (deseta pojedinačna direktiva u smislu članka 16. stavka 1. Direktive 89/391/EEZ) (SL 1992., L 348, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 4., str. 73.).

5 — Članak 2. definira (a) „trudnu radnicu“ kao „trudnu radnicu koja o svojem stanju obavijesti svojeg poslodavca u skladu s nacionalnim zakonodavstvom i/ili nacionalnom praksom“ i (b) „radnicu koja je nedavno rodila“ kao „radnicu koja je nedavno rodila u smislu nacionalnog zakonodavstva i/ili nacionalne prakse i koja o svojem stanju obavijesti svojeg poslodavca u skladu s tim zakonodavstvom i/ili praksom“.

2. Direktiva 2006/54/EZ

10. Uvodna izjava 23. u preambuli Direktive 2006/54⁶ upućuje na praksu Suda prema kojoj stavljanje žena u nepovoljniji položaj s obzirom na trudnoću i majčinstvo predstavlja izravnu diskriminaciju na temelju spola te navodi da je, stoga, takvo postupanje obuhvaćeno direktivom. U uvodnoj izjavi 24., koja također upućuje na praksu Suda, dodaje se da je legitimno pružiti zaštitu biološkom stanju žene za vrijeme trudnoće i majčinstva te uvesti mjere zaštite majčinstva kao sredstva za postizanje bitne jednakosti.

11. Prema uvodnoj izjavi 27., države članice trebaju same „odlučiti hoće li osigurati pravo na roditeljski i/ili posvojiteljski dopust“. Nadalje, države članice trebaju „odrediti sve ostale uvjete koji se nalaze izvan opsega ove Direktive, osim onih koji se odnose na otkaz i povratak na posao“.

12. U članku 2. Direktive 2006/54 navedene su definicije određenih pojmova koje će se primjenjivati za potrebe te direktive.

13. U skladu s člankom 2. stavkom 1. točkom (a) Direktive 2006/54 „izravna diskriminacija“ postoji ako „osoba zbog svog spola ima nepovoljniji tretman nego što ga ima ili bi ga imala druga osoba u usporedivoj situaciji“. Prema članku 2. stavku 1. točki (b) „neizravna diskriminacija“ postoji ako „prividno neutralna odredba, kriterij ili postupak može na određeni način staviti u nepovoljniji položaj osobe jednog spola u odnosu na osobe drugog spola, osim ako je ta odredba, kriterij odnosno postupak objektivno opravdan legitimnim ciljem i ako su sredstva za postizanje tog cilja primjerena i nužna“. Nadalje, u članku 2. stavku 2. točki (c) stoji da diskriminacija uključuje „svaki nepovoljniji tretman žene u vezi s trudnoćom ili roditeljskim dopustom u smislu Direktive 92/85 ...“.

14. Člankom 4. zabranjuje se svaka diskriminacija na temelju spola „s obzirom na sve aspekte i uvjete nagrađivanja za isti rad“.

15. Člankom 14. zabranjuje se svaka diskriminacija na temelju spola s obzirom na pristup zaposlenju, pristup strukovnom osposobljavanju, uvjete zapošljavanja i rada kao i s obzirom na članstvo i sudjelovanje u organizacijama radnika.

16. Članak 16. Direktive 2006/54 tiče se roditeljskog i posvojiteljskog dopusta. U njemu stoji:

„Ova Direktiva ne dovodi u pitanje pravo država članica da priznaju zasebna prava na roditeljski i/ili posvojiteljski dopust. Države članice koje priznaju ta prava poduzimaju potrebne mjere kako bi radnike i radnice zaštitile od otpuštanja zbog korištenja tih prava i brinu se da se oni po isteku tog dopusta imaju pravo vratiti na svoje radno mjesto, odnosno na istovjetno radno mjesto, pod uvjetima koji za njih nisu manje povoljni, te da uživaju sva poboljšanja radnih uvjeta na koja bi imali pravo za vrijeme svoje odsutnosti.“

3. Direktiva 2000/78/EZ

17. Prema uvodnoj izjavi 20. u preambuli Direktive 2000/78⁷ potrebno je osigurati odgovarajuće, odnosno učinkovite i praktične mjere za prilagodbu radnog mjesta invaliditetu, na primjer „prilagodbom prostorije i opreme, rasporeda radnog vremena, raspodjelom zadataka ili osiguranjem sredstava za osposobljavanje ili uvođenje u rad“.

6 — Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 5. srpnja 2006. o provedbi načela jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja i rada (preinaka) (SL 2006., L 204, str. 23.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 1., str. 246.).

7 — Direktiva Vijeća od 27. studenoga 2000. o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja (SL 2000., L 303, str. 16.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 1., str. 69.).

18. U uvodnoj izjavi 21. stoji da „kako bi se utvrdilo uzrokuju li određene mjere nerazmjerno opterećenje, posebice je potrebno voditi računa o povezanim financijskim i drugim troškovima, razmjeru i financijskim izvorima organizacije ili poduzeća te o mogućnostima dobivanja pomoći iz javnih sredstava ili kakve druge pomoći“.

19. Člankom 3. određeno je područje primjene Direktive 2000/78. U njemu se navodi:

„1. U granicama nadležnosti prenesenih na Zajednicu, ova se Direktiva primjenjuje na sve osobe, bilo u javnom ili privatnom sektoru, uključujući javna tijela, u odnosu na:

(a) uvjete za pristup zapošljavanju, samozapošljavanju ili uvjete za obavljanje zanimanja ...

...

(c) zapošljavanje i uvjete rada, uključujući otkaze i plaće; ...“

20. Pojam „razumne prilagodbe“ potrebama osoba s invaliditetom definiran je u članku 5. Direktive. U njemu stoji da su „poslodavci prema potrebi u određenoj situaciji dužni poduzeti odgovarajuće mjere kako bi se osobi s invaliditetom omogućio pristup zapošljavanju, sudjelovanje ili napredovanje na radu ..., ako takve mjere ne predstavljaju za poslodavca nerazmjeran teret“.

C – Irsko zakonodavstvo

21. Irsko zakonodavstvo ne uređuje pitanje zamjenskog majčinstva te stoga ne sadrži odredbe o pravu na plaćeni dopust istovjetan roditeljskom dopustu ili posvojiteljskom dopustu za roditelje čija su djeca rođena putem zamjenskog majčinstva.

22. U pogledu roditeljskog dopusta, u odjeljku 8. Zakona o zaštiti majčinstva iz 1994.⁸ (Maternity Protection Act 1994) (kako je izmijenjen) stoji da „*trudne* radnice“ (moje isticanje) imaju pravo na dopust, koji se naziva „roditeljski dopust“. Njegovo je minimalno trajanje 26 tjedana. Da bi zaposlenica dobila roditeljski dopust, mora obavijestiti poslodavca o svojoj namjeri da ga iskoristi te mu dostaviti medicinsku potvrdu ili istovjetnu ispravu kojom dokazuje svoju trudnoću i očekivani tjedan poroda.

23. Posvojiteljski je dopust uređen Zakonom o posvojiteljskom dopustu iz 1995.⁹ (Adoptive Leave Act 1995) (kako je izmijenjen). Prema odjeljku 6. tog zakona, zaposlena žena koja posvaja ili muškarac koji samostalno posvaja ima pravo na posvojiteljski dopust od dana posvajanja djeteta. Minimalno trajanje posvojiteljskog dopusta iznosi 24 tjedna od datuma posvajanja djeteta. Uvjet za dobivanje posvojiteljskog dopusta jest da poslodavac bude unaprijed obaviješten o namjeri posvajanja te da mu se dostave odgovarajuće isprave kojima se potvrđuje posvajanje.¹⁰

II – Činjenično stanje, postupak i upućena pitanja

24. Z. je učiteljica u školi kojom upravlja javno tijelo u Irskoj. Ona pati od rijetkog poremećaja zbog kojeg, iako je plodna i ima zdrave jajnike, nema maternicu te ne može začeti.

8 — Irish Statute Book, br. 34, 1994.

9 — Irish Statute Book, br. 2, 1995.

10 — U pogledu ta dva oblika dopusta, pravo na plaću ovisi o uvjetima ugovora o radu. Međutim, odnosna osoba može ostvariti pravo na roditeljsku ili posvojiteljsku naknadu. Zakon o socijalnoj skrbi iz 2005. (Social Welfare (Consolidation) Act 2005) predviđa mogućnost primanja roditeljske naknade (odjeljak 9.) i posvojiteljske naknade (odjeljak 11.), pod određenim uvjetima.

25. Kako bi dobili dijete, Z. i njezin muž dogovorili su da zamjenska majka rodi dijete u Kaliforniji, Sjedinjenim Američkim Državama. U travnju 2010. dijete je rođeno prema dogovoru o zamjenskom majčinstvu. To je dijete biološki njihovo te se zamjenska majka ne spominje u djetetovom američkom rodnom listu.

26. Uvjeti i odredbe ugovora o radu Z. daju pravo na plaćeni posvojiteljski i roditeljski dopust. Ni irsko zakonodavstvo ni ugovor o radu Z. ne predviđaju izričito pravo na dopust u slučaju rođenja djeteta putem zamjenskog majčinstva.

27. Međutim, dok je zamjenska majka bila trudna, Z. je podnijela zahtjev za posvojiteljski dopust. Nakon što joj je odbijen zahtjev za plaćeni dopust te ponuđen samo neplaćeni roditeljski dopust¹¹, Z. je podnijela tužbu Equality Tribunalu. Istaknula je da je bila izložena diskriminirajućem postupanju na temelju spola, obiteljskog statusa i invaliditeta.

28. Suočivši se s dvojbama u pogledu područja primjene i tumačenja relevantnih odredbi prava EU-a, Equality Tribunal odlučio je prekinuti postupak i Sudu uputiti sljedeća pitanja:

„1. Uzimajući u obzir sljedeće odredbe primarnog prava Europske unije:

- (i) Članak 3. Ugovora o Europskoj uniji,
- (ii) Članke 8. i 157. Ugovora o funkcioniranju Europske unije i/ili
- (iii) Članke 21., 23., 33. i 34. Povelje Europske unije o temeljnim pravima

Treba li se [Direktiva 2006/54], a osobito njezini članci 4. i 14., tumačiti na način da postoji diskriminacija na temelju spola kada ženi – čije je biološko dijete rođeno na temelju dogovora o zamjenskom majčinstvu i koja se o njemu brine od njegovog rođenja – nije odobren plaćeni dopust istovjetan roditeljskom i/ili posvojiteljskom dopustu?

2. Ako je na prvo pitanje odgovor negativan, je li [Direktiva 2006/54] u skladu s gore navedenim odredbama primarnog prava Unije?

3. S obzirom na sljedeće odredbe primarnog prava Unije:

- (i) Članak 10. Ugovora o funkcioniranju Europske unije i/ili
- (ii) Članke 21., 26. i 34. Povelje Europske unije o temeljnim pravima

Treba li [Direktivu 2000/78], a osobito njezin članak 3. stavak 1. i članak 5., tumačiti na način da postoji diskriminacija na temelju invaliditeta kada ženi – koja pati od invaliditeta koji joj onemogućava da rodi dijete, čije je biološko dijete rođeno na temelju dogovora o zamjenskom majčinstvu i koja se o njemu brine od njegovog rođenja – nije odobren plaćeni dopust istovjetan roditeljskom i/ili posvojiteljskom dopustu?

4. Ako je odgovor na treće pitanje negativan, je li [Direktiva 2000/78] u skladu s gore navedenim odredbama primarnog prava Europske unije?

11 — Department of State odgovoran za obrazovanje u državi pristao je da se Z. prizna neplaćeni dopust tijekom njezina boravka u Kaliforniji prije rođenja njezina djeteta. Nakon rođenja djeteta Z. je imala mogućnost korištenja zakonskog roditeljskog dopusta od trenutka rođenja njezina djeteta do kraja školske godine 2010. te ponovno od početka sljedeće školske godine. Maksimalni broj tjedana roditeljskog dopusta na koji je imala pravo iznosio je 14 tjedana. Z. je također imala pravo na svoju redovitu plaću tijekom ljetnih mjeseci.

5. Može li se pozvati na [Konvenciju UN-a] radi tumačenja i/ili osporavanja valjanosti [Direktive 2000/78]?
6. Ako je odgovor na peto pitanje potvrđan, je li [Direktiva 2000/78], a osobito njezini članci 3. i 5., u skladu s člancima 5. i 6. te člankom 27. stavkom 1. točkom (b) i člankom 28. stavkom 2. točkom (b) [Konvencije UN-a]?

29. Z. i Government Department and the Board of Management of a Community School in Ireland podnijeli su pisana očitovanja kao i irska i portugalska vlada te Parlament, Vijeće i Komisija. Na raspravi održanoj 28. svibnja 2013. Z., irska vlada, Parlament, Vijeće i Komisija usmeno su iznijeli svoja stajališta.

III – Analiza

A – Uvodna pitanja

30. Radi boljeg razumijevanja društvenoga konteksta ovog predmeta, smatram da je potrebno ukratko izložiti ključne (pravne i činjenične) aspekte zamjenskog majčinstva¹².

31. Zamjensko majčinstvo ima više oblika. Kod „tradicionalnog zamjenskog majčinstva“ zamjenske majke (žene koje pomažu roditeljima naručiteljima¹³ da postanu roditelji tako što za njih nose dijete) zatrudne koristeći spermiju oca naručitelja za oplodnju vlastitih jajnih stanica. S druge strane, domaćinsko ili gestacijsko zamjensko majčinstvo uključuje provođenje postupka izvantjelesne oplodnje (IVF) kod kojeg se koriste jajne stanice majke naručiteljice ili donrice. Kod gestacijskog zamjenskog majčinstva zamjenska majka nema genetsku vezu s djetetom koje nosi.

32. Više je razloga zbog kojih se pribjegava zamjenskom majčinstvu. S jedne strane, postoje osobe koje se na to odlučuju zbog vlastitoga komoditeta. S druge strane, postoje parovi koji zbog različitih razloga povezanih s neplodnošću, bolesti ili invaliditetom ne mogu uobičajenim putem dobiti dijete. Zamjensko majčinstvo također omogućuje istospolnim parovima da ispune želju dobivanja djeteta koje je genetski povezano s jednim od roditelja naručitelja.

33. Zamjensko majčinstvo ne dovodi samo do složenih pravnih pitanja u pogledu ugovornih aspekata takvih sporazuma (kao, primjerice, jesu li takvi sporazumi zakoniti te, nadalje, u kojoj mjeri zamjenske majke imaju pravo na novčanu naknadu za uslugu koju pružaju). Druga se problematična pitanja pojavljuju nakon rođenja djeteta.

12 — Za cjelovit pregled dogovora o zamjenskom majčinstvu i povezanih pravnih pitanja, vidjeti, primjerice, Trimmings, K. i Beaumont, P., „General Report on Surrogacy“, u Trimmings, K. i Beaumont, P. (urednici), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford: 2013., str. 439. do 549.

13 — „Roditelji naručitelji“ su par koji koristi zamjensko majčinstvo da bi dobio dijete. Ponekad se koristi i naziv „namjeravani roditelji“.

34. Ovisno o kojoj je državi članici riječ, rođenjem djeteta putem zamjenskog majčinstva nastaju brojna složena pravna pitanja, uključujući sljedeće: tko se smatra zakonskim roditeljima tog djeteta¹⁴? Točnije: kako i na čemu se zasnivaju roditeljska prava roditelja naručitelja? Zasebno, ali usko povezano, jest pitanje u kojoj mjeri se prava, kao što je pravo na plaćeni rodiljni ili posvojiteljski dopust, trebaju priznati roditeljima koji se odluče na zamjensko majčinstvo. Uz poneke iznimke, ta i mnoga druga pitanja koja su povezana s tim oblikom medicinski potpomognute oplodnje još nisu adekvatno uređena u mnogim državama članicama.

35. Dodatna se složena pitanja pojavljuju u slučajevima zamjenskog majčinstva s međunarodnim elementom: u tim slučajevima javljaju se brojna teška pitanja povezana, osobito, s obiteljskim i imigrantskim statusom djece rođene tim putem. Naravno, s takvim sporazumima komercijalne naravi također su povezani različiti problemi u većini država članica¹⁵.

36. U zemljama u kojima je zamjensko majčinstvo dopušteno, kao što su Ukrajina ili savezna država Kalifornija u Sjedinjenim Američkim Državama, roditelji naručitelji se smatraju djetetovim zakonskim roditeljima. S druge strane, nacionalna zakonodavstva država članica Unije nerijetko štite prije svega ženu koja je rodila (i njezina supruga ili partnera). Ne treba posebno napominjati da u takvim slučajevima stroga primjena kolizijskih pravila te, osobito, zahtjevi povezani s javnim interesima koje se mora uzeti u obzir pri odlučivanju o statusu roditelja naručitelja i djece rođene temeljem sporazuma o zamjenskom majčinstvu, mogu dovesti do „pravne nezivjesnosti“ uslijed koje djeca mogu ostati bez roditelja i zakonskog statusa¹⁶.

37. Stoga, nema sumnje da ovaj predmet – kao i ostali povezani sa zamjenskim majčinstvom u postojećim zakonodavnim okvirima – uključuje osnovna pitanja koja se tiču određivanja društveno i kulturološki prihvatljivih oblika medicinski potpomognute oplodnje. U tom je smislu odvajanje gore navedenih pravnih pitanja od političkih, etičkih i kulturoloških stavova u vezi sa zamjenskim majčinstvom težak zadatak.

38. Ipak, naglasio bih da se u ovom predmetu od Suda zahtijeva samo da odluči ima li žena koja je svoje biološko dijete dobila putem zamjenskog majčinstva, *prema pravu Europske unije*, pravo na plaćeni dopust istovjetan rodiljnom ili posvojiteljskom dopustu. I dok sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku sumnja u valjanost relevantnog sekundarnog zakonodavstva, ja smatram da se ovaj zahtjev za prethodnu odluku odnosi, prije svega, na tumačenje relevantnog sekundarnog zakonodavstva EU-a.

39. U biti, sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku traži pomoć u vezi s dva pitanja. Prvo: predstavlja li, prema Direktivi 2006/54, neodobranje plaćenog dopusta istovjetnog rodiljnom ili posvojiteljskom dopustu majci koja je dobila dijete na temelju sporazuma o zamjenskom majčinstvu diskriminaciju na temelju spola? Drugo: predstavlja li takvo neodobranje, prema Direktivi 2000/78, diskriminaciju na temelju invaliditeta, s obzirom na to da majka naručiteljica pati od poremećaja koji joj onemogućuje začeti?

14 — To je pitanje posebno problematično u pogledu prava majke naručiteljice, kao što je vidljivo iz nedavnog predmeta pred High Courtom u Irskoj. Vidjeti M.R & Anor protiv An tArd Chlaraitheoir & Ors (2013.) IEHC 91, u kojem je pokrenuta revizija pred Supreme Courtom. Štoviše, čini se da se u većem broju država članica žena koja je rodila dijete, u skladu s načelom *mater semper certa est*, smatra zakonskom majkom unatoč činjenici što dijete ne mora biološki nužno biti njezino. Međutim, status biološkog oca nije toliko složen s obzirom na to da se u većini nacionalnih zakonodavstava pretpostavka očinstva može pobiti. Za pregled načina na koje je ovo pitanje riješeno u različitim nacionalnim zakonodavstvima, vidjeti Monéger, F. (urednica), *Surrogate motherhood: XVIIIth Congress, Washington, D. C. 25.–30. srpnja 2010.*, Société de législation comparée, Pariz: 2011.

15 — Vidjeti, na temu međunarodnoga komercijalnog zamjenskog majčinstva, Brugger, K., „International law in the gestational surrogacy debate“, *Fordham International Law Journal*, 3, br. 35/2012, str. 665. do 697. Snažnim načinom izražavanja ovaj se fenomen, između ostalog, naziva „globalnom trgovinom maternicama“ te „industrijom“ zamjenskog majčinstva.

16 — Vidjeti, primjerice, Trimmings, K. i Beaumont, P., op. cit., str. 503. do 528. Također vidjeti Gamble, N., „International surrogacy law conference in Las Vegas 2011“, *Family Law*, veljača 2012., str. 198. do 201., osobito navedene primjere.

40. Nužan preduvjet pozitivnog odgovora na ta pitanja jest taj da te direktive budu primjenjive na okolnosti kakve su one iz predmeta pred sudom koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku. Stoga je ključno utvrditi područje primjene tih pravnih akata.

41. Iz razloga koje ću navesti u nastavku, smatram da ni iz Direktive 2006/54 ni iz Direktive 2000/78 ne proizlazi pravo na plaćeni dopust za ženu kao što je Z. Prvo ću se pozabaviti Direktivom 2006/54 (i Direktivom 92/85, koja posebno uređuje pitanje roditeljnog dopusta prema pravu EU-a). Potom ću se baviti Direktivom 2000/78.

B – Diskriminacija na temelju spola

1. Temelji Direktive 92/85 u vezi s roditeljnim dopustom

42. Svojim prvim pitanjem sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku želi utvrditi predstavlja li neodobravanje plaćenog dopusta istovjetnog roditeljnog ili posvojiteljskog dopustu, s obzirom na okolnosti predmeta, diskriminaciju zabranjenu Direktivom 2006/54. Iako se u zahtjevu za prethodnu odluku Direktiva 92/85 izričito ne spominje, smatram da je potrebno utvrditi opseg zaštite koju pravo EU-a pruža u vezi s roditeljnim dopustom. Razlog za to jest to što se u ovom predmetu postavlja pitanje ima li žena koja je svoje biološko dijete dobila na temelju sporazuma o zamjenskom majčinstvu pravo na zaštitu usporedivu s onom koju Direktiva 92/85 pruža ženi koja je rodila.

43. Direktiva 92/85 samo i isključivo uređuje pravo na roditeljni dopust prema pravu EU-a.

44. Kako i sama Z. ističe, ona nije bila trudna niti je rodila dijete u smislu Direktive 92/85. Što se tiče zaštite koju pruža ta direktiva, usvojena temeljem članka 118. stavka (a) Ugovora o EEZ-u (sada članak 153. UFEU-a), jasno je da je svrha zaštite koju pruža unaprijediti sigurnost i zdravlje na radu trudnih radnica¹⁷. Jednostavno rečeno, cilj joj je zaštititi njihovo tjelesno i mentalno stanje. To je vidljivo iz uvodne izjave 8. u preambuli direktive u kojoj su trudne radnice, radnice koje su nedavno rodile ili koje doje označene kao posebna rizična skupina te u kojoj se navodi da se moraju poduzeti mjere radi zaštite njihove sigurnosti i zdravlja¹⁸.

45. Nadalje, iz uvodne izjave 14. u preambuli Direktive 92/85, u kojoj se naglašava osjetljivost radnica koje su rodile, tumačene s obzirom na članak 8. te direktive koji se tiče roditeljnog dopusta, jasno je da je zaštita zdravlja i sigurnosti koju ta direktiva osigurava predviđena za žene koje su rodile dijete. Doista, pravo na roditeljni dopust je definirano kao razdoblje od „najmanje 14 tjedana raspoređenih prije i/ili nakon *poroda*“ (moje isticanje). Stoga, cilj je članka 8. zaštititi ženu tijekom razdoblja u kojem je posebno osjetljiva, kako prije tako i nakon poroda. U tom je smislu Sud naglasio taj aspekt roditeljnog dopusta istaknuvši da mu je cilj, za razliku od roditeljskog dopusta, pružiti zaštitu biološkom stanju žene te posebnom odnosu između žene i njezina djeteta tijekom razdoblja koje slijedi nakon trudnoće i poroda¹⁹.

46. Općenitije, cilj je Direktive 92/85, između ostalog, putem roditeljnog dopusta pomoći ženama da se oporave od tjelesnih i mentalnih poteškoća izazvanih trudnoćom i porodom te pospješiti njihov povratak na tržište rada nakon završetka njihova dopusta. Direktiva, stoga, djeluje kao instrument za ostvarivanje stvarne ravnopravnosti spolova.

17 — Vidjeti osobito predmet C-506/06, Mayr (2008.) ECR I-1017, t. 31.

18 — Vidjeti također mišljenje nezavisnog odvjetnika Ruiz-Jaraba Cólomera u predmetu Mayr, t. 41. i 42.

19 — Predmet C-116/06, Kiiski (2007.) ECR I-7643, t. 46. i navedena sudska praksa

47. Treba istaknuti, što je gore uzgred spomenuto, da Sud pri objašnjavanju svrhe rodiljnog dopusta iz Direktive 92/85 stavlja naglasak na poseban odnos koji se nakon poroda stvara između žene i njezina djeteta. Međutim, smatram da se taj stav Suda može shvatiti samo kroz kontekst; tj. da se tiče samo odnosa koji se logično stvara kao posljedica poroda (i dojenja). U suprotnome, kada bi taj stav imao nezavisan značaj, opseg zaštite koju pruža članak 8. Direktive 92/85 ne bi se, po mojem mišljenju, mogao smisljeno ograničiti samo na žene koje su rodile dijete, nego bi obuhvaćao i majke posvojiteljice, a, u biti, i ostale roditelje koji vode potpunu brigu o svojem djetetu.

48. Upravo zbog razloga što je cilj zaštite zdravlja i sigurnosti radnica zbog njihova osjetljivog stanja jasno naglašen, ne može se smatrati da Direktiva 92/85 priznaje pravo na plaćeni dopust istovjetan rodiljnom u slučaju majke koja je svoje biološko dijete dobila na temelju sporazuma o zamjenskom majčinstvu. Doista, iako je Z. biološka majka djeteta rođenog putem zamjenskog majčinstva, nisam uvjeren da se samo zbog te okolnosti zaštita koju pruža Direktiva 92/85 može proširiti i na majčinstvo ili roditeljstvo općenito, što bi bilo suprotno samom sadržaju odredbi i jasno određenim ciljevima te direktive.

49. Međutim, dodao bih da, s obzirom na to da razina zaštite predviđene Direktivom 92/85 predstavlja samo nužni minimum, države članice mogu svojim zakonodavstvom osigurati i snažniju zaštitu, kako za biološke tako i za zamjenske majke te majke posvojiteljice (i očeve posvojitelje). Čini mi se da države članice imaju veliku slobodu u priznavanju, osim oblika dopusta predviđenog člankom 2. stavkom (b) Direktive 92/85, prava na plaćeni dopust – ako je to primjereno – čak i radnicama koje nisu rodile dijete.

50. Međutim, ne može se tumačiti suprotnim Direktivi 92/85 ako predmetno nacionalno zakonodavstvo ne priznaje majkama naručiteljicama pravo na rodiljni dopust. Razlog za to jest to što Z. jednostavno, *ratione personae*, ne spada u područje primjene Direktive 92/85.

51. U vezi s tim, moram naglasiti da bi proširenje područja primjene Direktive 92/85 – te, posljedično, priznavanje prava na plaćeni dopust i radnicama čije je biološko dijete rodila zamjenska majka – dovelo do kontradiktorne situacije u kojoj bi Direktiva 92/85 priznavala pravo na plaćeni dopust radnici koja je dobila dijete na temelju zamjenskog majčinstva, ali, istom logikom, ne bi priznavala takvo pravo radnici koja je posvojila dijete – niti ocu, koji bi dijete dobili zamjenskim majčinstvom ili drugim putem. Trenutačna je situacija takva da pravo EU-a ne obvezuje države članice na priznavanje prava na plaćeni posvojiteljski i/ili roditeljski dopust.

52. Kao što jasno proizlazi iz članka 1. Direktive 92/85, tumačenog u skladu s njezinom uvodnom izjavom 8., ta se direktiva odnosi samo na posebnu kategoriju radnica koja, kako smatra zakonodavstvo EU-a, treba posebnu zaštitu. U tom smislu, mislim da se žena koja je dijete dobila putem zamjenskog majčinstva ne može uspoređivati sa ženom koja, nakon izdržavanja tjelesnih i mentalnih poteškoća povezanih s trudnoćom, rodi dijete.

53. Međutim, što razmatra i sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku, to samo po sebi ne isključuje zaštitu koju predviđa Direktiva 2006/54. To potvrđuje i presuda Suda u predmetu Mayr²⁰, koji se tiče vremenskog aspekta pojma trudnoće u kontekstu postupka izvantjelesne oplodnje.

2. Pokriva li Direktiva 2006/54 i situaciju Z.?

54. Da bi se Direktiva 2006/54 mogla primijeniti, mora se utvrditi da je spol razlog različitog postupanja na koje se žali. Kako bih dokazao da to ovdje nije slučaj, prvo ću objasniti zašto ovaj predmet treba razlikovati od predmeta Mayr. Potom ću potražiti prikladnu usporedivu situaciju.

20 — Mayr, t. 44.

55. Za početak, napomenuo bih da se u opširnoj praksi Suda pravi razlika između diskriminacije na temelju trudnoće i majčinstva prema članku 2. stavku 2. točki (c) Direktive 2006/54, s jedne strane, te drugih oblika zabranjene diskriminacije na temelju spola prema članku 2. stavku 1. točki (a) ili članku 2. stavku 1. točki (b) te direktive, s druge strane²¹. Doista, prema načelu da „slične predmete treba slično tretirati“ odnosno da „različite predmete ne treba slično tretirati“ prihvaćeno je da za postojanje diskriminacije na temelju trudnoće i majčinstva, s obzirom na to da su trudnoća i majčinstvo specifične za žene, nije potrebno postojanje usporedive situacije kod muškaraca²², ali je potrebno za druge oblike diskriminacije na temelju spola.

56. U predmetu *Mayr* Sud je zaključio da radnica koja se podvrgne postupku izvantjelesne oplodnje ne može računati na zaštitu od otkaza koju priznaje Direktiva 92/85 ako oplodjene jajne stanice nisu još umetnute u njezinu maternicu²³. Međutim, Sud je razmatrao može li se takva radnica, koja nije trudna u smislu Direktive 92/85, pozivati na odredbe Direktive 76/207/EEZ²⁴ o zabrani diskriminacije na temelju spola, koja je sada zamijenjena Direktivom 2006/54²⁵.

57. Prema Sudu, otkaz radnici zbog toga što je podvrgnuta posebnoj vrsti postupka²⁶ koji je ključan dio postupka izvantjelesne oplodnje i kojem samo žene mogu biti podvrgnute predstavlja izravnu diskriminaciju na temelju spola²⁷. Takav se način razmišljanja može pronaći u predmetu *Dekker*²⁸ u kojem je Sud zaključio da samo žene mogu biti žrtve nepovoljnijeg postupanja zbog trudnoće. Nastavljajući se na taj način razmišljanja, čini se da je Sud u predmetu *Mayr* napravio razliku između medicinskog tretmana specifičnog za žene (koji je povezan s trudnoćom) i poteškoća specifičnih za žene (koje su povezane s trudnoćom, ali se javljaju nakon završetka rodiljnog dopusta)²⁹.

58. Čini se da je stajalište Suda u predmetu *Mayr* usko povezano sa svrhom postupaka umjetne oplodnje, a ona je da se medicinskom intervencijom omogući ženi da zatrudni. Činjenica da se Sud pozvao na cilj članka 2. stavka 3.³⁰ Direktive 76/207, a to je zaštita žena te, osobito, radnica, potvrđuje da je zabranjena diskriminacija u tom predmetu proizlazila iz uske veze koja postoji između posebnih (spolnih) obilježja medicinskog postupka kojem samo žene mogu biti podvrgnute, s jedne strane, te trudnoće, koju zakonodavstvo EU-a posebno štiti, s druge strane³¹.

59. S obzirom na to da nepovoljnije postupanje na koje se Z. žali nije vezano za njezinu trudnoću – niti za činjenicu da je začela – putem postupka izvantjelesne oplodnje kojem je pribjegli, već za činjenicu da je roditelj ženskog spola, smatram nužnim utvrditi usporedivu situaciju kod muškaraca.

21 — Vidjeti, između ostalog, predmet C-342/93, Gillespie i ostali (1996.) ECR I-475, t. 17.; predmet C-411/96, Boyle i ostali (1998.) ECR I-6401, t. 40.; predmet C-147/02, Alabaster (2004.) ECR I-3101, t. 46.; predmet C-191/03, McKenna (2005.) ECR I-7631, t. 50. i predmet C-471/08, Parviainen (2010.) ECR I-6533, t. 40. Doista, Sud je više puta naglasio da su žene koje uzimaju rodiljni dopust u posebnoj poziciji zbog koje im je potrebna posebna zaštita, ali koja nije usporediva ni s pozicijom muškarca ni s pozicijom žene koja radi ili je na bolovanju. Također vidjeti mišljenje nezavisne odvjetnice Kokott u spojenim predmetima C-512/11 i C-513/11, Terveys- ja sosiaalialan neuvottelujärjestö TSN, koji su tijekom pred Sudom, t. 47. i 48.

22 — Također vidjeti uvodnu izjavu 23. i 24. u preambuli Direktive 2006/54.

23 — *Mayr*, t. 53.

24 — Direktiva Vijeća od 9. veljače 1976. o primjeni načela ravnopravnosti prema muškarcima i ženama s obzirom na mogućnosti zapošljavanja, stručnog osposobljavanja, profesionalnog napredovanja i radne uvjete (SL 1976., L 39, str. 40.).

25 — *Mayr*, t. 54.

26 — Radilo se o folikularnoj punkciji i prijenosu jajnih stanica uklonjenih tom punkcijom u maternicu žene odmah nakon njihove oplodnje.

27 — *Mayr*, t. 50.

28 — Predmet C-177/88 (1990.) ECR I-3941, t. 12. Prema Sudu, odluka da se na radno mjesto ne odabere žena zato što je trudna predstavlja nezakonitu diskriminaciju zbog toga što se samo ženama zbog trudnoće može odbiti zaposlenje.

29 — Vidjeti, osobito, predmet *McKenna*, t. 45. do 54. i navedenu sudsku praksu. Štoviše, zbog toga što trudnoća predstavlja posebno stanje, trudnice su zaštićene od otkaza tijekom čitave trudnoće, do kraja rodiljnog dopusta. Međutim, upitno je jesu li žene jednako tretirane kao i muškarci nakon završetka rodiljnog dopusta u pogledu izostanaka zbog bolesti. Ako jesu, nema diskriminacije na temelju spola.

30 — U članku 2. stavku 3. te direktive bilo je navedeno da direktiva „ne dovodi u pitanje odredbe koje se odnose na zaštitu žena, osobito s obzirom na trudnoću i majčinstvo“.

31 — *Mayr*, t. 51.

60. Nadalje, naglasio bih da se ovaj predmet, za razliku od predmeta Mayr, ne tiče otkaza. Odnosi se na pravo na poseban oblik naknade te je stoga izravnije povezan s člankom 4. Direktive 2006/54 (iako se sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku poziva na njezin članak 14.), koji zabranjuje svaku diskriminaciju na temelju spola „u pogledu svih aspekata i uvjeta prava na naknadu“.

61. U tom smislu, ne mogu prihvatiti da je Z. bila žrtva zabranjene diskriminacije na temelju spola.

62. U ovom predmetu spol nije razlog različitog postupanja na koje se Z. žali, već je razlog za to odbijanje nacionalnih vlasti da izjednače status majke naručiteljice sa statusom bilo žene koja je rodila bilo majke posvojiteljice. Iz toga proizlazi da se Direktiva 2006/54 ne primjenjuje na nepovoljnije postupanje na koje se Z. žali.

63. Štoviše, i muškarac koji je roditelj djeteta rođenog putem zamjenskog majčinstva (ili drugim putem) u usporedivoj bi situaciji bio tretiran na isti način kao i Z.: mora se pretpostaviti da ne bi imao pravo na plaćeni dopust istovjetan roditeljskom ili posvojiteljskom dopustu, kao ni majka naručiteljica. Prema mojem mišljenju, tumačenje da Direktiva 2006/54 ženi koja pribjegava zamjenskom majčinstvu ne onemogućuje pravo na plaćeni dopust, bilo bi protivno načelu ravnopravnosti. Takvim bi tumačenjem postigli suprotan učinak – diskriminaciju muškaraca koji postanu roditelji i brinu se o djetetu. Smatram da bi različit tretman žena koji se ne temelji na specifičnostima tjelesnih i mentalnih poteškoća koje trudnoća i porod izazivaju predstavljao i vrijednosni sud u pogledu kvalitativnih razlika između majčinstva s jedne strane, i roditeljstva općenito, s druge.

64. U vezi s tim smatram da bi bilo prikladno situaciju žene koja je postala majka na temelju sporazuma o zamjenskom majčinstvu usporediti sa – što i sama Z. priznaje – situacijom majke posvojiteljice (odnosno, roditelja općenito, muškarca ili žene) koja *nije* rodila dijete. Kao i majka posvojiteljica, ona nije izdržavala tjelesne i mentalne posljedice koje trudnoća i porod izazivaju – ne želim pritom podcjenjivati poteškoće žena koje se odluče na zamjensko majčinstvo (ili posvajanje).

65. Što se tiče posvajanja, u zakonodavstvu EU-a nema odredbi koje bi države članice obvezivale na to da roditeljima posvojiteljima osiguraju pravo na plaćeni dopust. U članku 16. Direktive 2006/54 postoji samo odredba o zabrani diskriminacije žena i muškaraca koji iskoriste pravo na posvojiteljski ili roditeljski dopust, u državama članicama koje takav dopust priznaju. Doista, kao što jasno proizlazi iz članka 16. Direktive 2006/54, tumačenog u skladu s njezinom uvodnom izjavom 27., diskriminacija u smislu te direktive može postojati samo u vezi s primjenom prava koje je priznato u nacionalnom zakonodavstvu. Tako ta direktiva dopušta državama članicama da same odrede uvjete tih oblika dopusta kako smatraju prikladnim³². U predmetu pred sudom koji je uputio zahtjev Z. nije bila žrtva nepovoljnijeg postupanja zbog korištenja posvojiteljskog dopusta.

66. Međutim, smatram da se ne može isključiti nepovoljno postupanje u odnosu na majke posvojiteljice.

32 — U vezi s tim diskrecijsko pravo država članica ograničeno je Direktivom Vijeća 2010/18/EU od 8. ožujka 2010. o provedbi revidiranog **Okvirnog sporazuma o roditeljskom dopustu koji su sklopili** BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP i ETUC **te o stavljanju izvan snage Direktive 96/34/EZ** (SL 2010., L 68, str. 13.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 3., str. 276.). U skladu s klauzulom 2(1) Okvirnog sporazuma, „sporazumom se zaposlenim muškarcima i ženama daje individualno pravo na roditeljski dopust za rođenje ili posvojenje djeteta kako bi se o tom djetetu skrbbili do određene dobi, a najkasnije do osme godine života, što će definirati države članice i/ili socijalni partneri“.

67. U tom smislu, kada nacionalno zakonodavstvo priznaje pravo na plaćeni posvojiteljski dopust – ili druge oblike dopusta koji nisu vezani za činjenicu trudnoće – treba prepustiti nacionalnim sudovima da sami ocjene predstavlja li, u smislu nacionalnog zakonodavstva, primjena različitih pravila na roditelje posvojitelje te roditelje koji su dijete dobili na temelju sporazuma o zamjenskom majčinstvu (i koji se smatraju djetetovim zakonskim roditeljima) diskriminaciju³³.

68. Zaključujem, s obzirom na to da različit tretman na koji se Z. žali ne predstavlja diskriminaciju na temelju spola, da ne vrijedi tumačenje da Direktiva 2006/54 obvezuje nacionalna zakonodavstva da ženama koje su postale biološke majke na temelju sporazuma o zamjenskom majčinstvu priznaju pravo na plaćeni dopust istovjetan roditeljskom ili posvojiteljskom dopustu³⁴.

3. Učinak primarnog prava

69. Ako bi na prvo pitanje odgovor bio negativan, sud koji je uputio zahtjev postavlja pitanje je li Direktiva 2006/54 u skladu s člankom 3. UEU-a, člankom 8. UFEU-a i člankom 157. UFEU-a kao i člancima 21., 23., 33. i 34. Povelje Europske unije o temeljnim pravima („Povelja“).

70. Prije svega, jasno je da, zajedno s općim načelom jednakog postupanja, odredbe koje ističe sud koji je uputio zahtjev mogu biti temelj za nadzor sekundarnog zakonodavstva EU-a³⁵. Međutim, s obzirom na članak 3. UEU-a (u kojem su navedeni opći ciljevi Europske unije) te posebno njegov stavak 3. kao i članke 8. i 157. UFEU-a, naglasio bih da se te odredbe, u mjerodavnim dijelovima, odnose na jednako postupanje prema muškarcima i ženama. S obzirom na gore iznesen zaključak da pravo na plaćeni dopust istovjetan roditeljskom ili posvojiteljskom dopustu nije uređeno Direktivama 92/85 i 2006/54, smatram da se ne pojavljuje pitanje usklađenosti potonje direktive s navedenim odredbama Ugovora.

71. Drugo, u vezi s odredbama Povelje (članci 21., 23., 33. i 34.) koje spominje sud koji je uputio zahtjev, važno je istaknuti da su odredbe Povelje, u skladu s njezinim člankom 51. stavkom 1., upućene državama članicama samo kada primjenjuju pravo EU-a. Drugim riječima, da bi se Povelja primijenila, mora postojati dovoljno uska veza s pravom EU-a. U tom smislu, pozivanje na Povelju nije dovoljno da bi se na situaciju, koju inače pokriva nacionalno pravo, primijenilo pravo EU-a³⁶. Razlog za to jest to što se Povelja primjenjuje samo ako se predmet tiče, ne samo odredbe Povelje, nego još i neke odredbe prava EU-a koja je izravno vezana za predmet³⁷. Kako sam pokušao gore i pokazati, ne čini se da takva veza postoji u ovom predmetu.

72. Također bih dodao da Povelja, u skladu s načelom iz članka 51. stavka 2., ne proširuje područje primjene prava EU-a izvan granica nadležnosti Europske unije. Isto tako, ne „uspostavlja se nova ovlast ili zadaća za [Europsku] uniju niti se mijenjaju ovlasti i zadaće kako su utvrđene u Ugovorima“.

33 — Sud je nedavno također zaključio da se načelo ravnopravnosti, kako je ustanovljeno u pravu EU-a, ne primjenjuje na različit tretman bioloških očeva u odnosu na očeve posvojitelje u kontekstu nacionalnog zakonodavstva koje ne ulazi u područje primjene zakonodavstva EU-a. Vidjeti predmet C-5/12, *Betriu Montull* (2013.) ECR I-0000, t. 71. do 73.

34 — Ipak, Direktiva 2006/54 se može primjenjivati u nekim posebnim okolnostima. Npr. ako bi žena koja je postala majkom na temelju sporazuma o zamjenskom majčinstvu te koja je dobila pravo na plaćeni dopust temeljem nacionalnog zakonodavstva bila žrtva diskriminacije zato što je iskoristila to pravo na dopust, ili ako bi dobila otkaz zato jer je postala majkom ili iskoristila takav dopust. To, međutim, nije slučaj u predmetu pred sudom koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku.

35 — Doista, u skladu s općim načelom tumačenja, mjera Europske unije se mora, što je više moguće, tumačiti na način koji ne dovodi u pitanje njezinu valjanost i usklađenost s primarnim pravom. Vidjeti, između ostalog, predmet C-149/10, *Chatzi* (2010.) ECR I-8489, t. 43. i navedenu sudsku praksu.

36 — Vidjeti nedavne predmete u kojima se Sud obrazloženjem proglasio nenadležnim zbog nepostojanja takve veze, između ostalog: predmet C-466/11, *Currà i ostali* (2012.) ECR I-0000 i predmet C-128/12, *Sindicato dos Bancários do Norte i ostali* (2013.) ECR I-0000. Također vidjeti predmet C-40/11, *Iida* (2012.) ECR I-0000, t. 78. do 81.

37 — Nedavno, postojanje dovoljno uske veze s pravom EU-a je utvrđeno, između ostalog, u predmetu C-617/10, *Åkerberg Fransson* (2013.) ECR I-0000 (vidjeti, osobito, točku 27.) i u spojenim predmetima C-411/10 i C-493/10, *N. S. i ostali* (2011.), *Zb., str. I-13905*, t. 68. Za suprotan zaključak, vidjeti *Betriu Montull*, t. 72.

73. Iako se Povelja (i primarno pravo u cijelosti) nedvojbeno moraju poštovati pri tumačenju sekundarnog zakonodavstva EU-a³⁸, ne vidim kako bi se odredbe Povelje koje navodi sud koji je uputio zahtjev mogle tumačiti na način da prošire područje primjene *ratione materiae* Direktive 2006/54. Kao što je gore naznačeno, u ovom se predmetu pritužbe o diskriminaciji odnose na činjenicu da se prema Z. nije postupalo na jednak način kao prema ženi koja je rodila ili prema majki posvojiteljici, što nije pokriveno tom direktivom. Jednostavno rečeno, jedan zakonodavni instrument koji odražava temeljni izbor zakonodavca da se osnaži sadržajna ravnopravnost spolova – u skladu s člancima 21. i 23. Povelje – ne može se, jednostavnim pozivanjem na temeljna prava, tumačiti na način da pokriva ostale (moguće) oblike diskriminacije³⁹. Ni takav izbor može utjecati na valjanost Direktive 2006/54.

74. Treba ipak istaknuti da Sud, kada određene situacije (ili kategorije osoba) ulaze u područje primjene zakonodavnog instrumenta EU-a, može ispraviti neusklađenost između primarnog i sekundarnog prava putem „vrlo teleološkog“⁴⁰ tumačenja. To je bio slučaj u predmetu *Sturgeon*⁴¹, u kojem su se relevantne odredbe Uredbe (EZ) br. 261/2004⁴² tumačile u svjetlu općeg načela jednakog postupanja kako bi se proširila primjena zaštite koju pruža ta uredba u odnosu na putnike čiji letovi kasne⁴³. Međutim, takvo tumačenje zahtijeva da nepovoljnije postupanje na koje se žali ulazi u područje primjene odnosnog zakonodavnog instrumenta⁴⁴. To u ovom predmetu nije slučaj.

75. Kao što sam gore objasnio, ne smatram da postojeće zakonodavne odredbe predviđaju obvezu dodjele plaćenog dopusta ženi, kao što je Z., koja je pribjegla zamjenskom majčinstvu. Odredbe prava EU-a izričito predviđaju pravo na plaćeni roditeljni dopust za žene koje su rodile. U odnosu na ostale oblike dopusta (osobito posvojiteljskog ili roditeljskog dopusta), države članice zadržavaju znatan dio nadležnosti u vezi s uređivanjem pravila koje smatraju primjerenima.

76. S obzirom na navedeno, smatram da na prvo i drugo pitanje valja odgovoriti tako da se Direktiva 2006/54 ne primjenjuje u okolnostima kao što su one u postupku pred sudom koji je uputio zahtjev, kada ženi, čije je biološko dijete rođeno na temelju dogovora o zamjenskom majčinstvu, nije odobreno korištenje plaćenog dopusta istovjetnog roditeljnog i/ili posvojiteljskog dopustu. Takav zaključak ne dovodi u pitanje valjanost te direktive.

C – Diskriminacija na temelju invaliditeta

1. Zaštita koju pruža Direktiva 2000/78

77. Pitanja 3., 4., 5. i 6. tiču se invaliditeta. Točnije, sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku nije siguran predstavlja li neodobranje plaćenog dopusta istovjetnog roditeljnog i/ili posvojiteljskog dopustu diskriminaciju na temelju invaliditeta prema Direktivi 2000/78 (osobito 3. pitanje). Razlog za to jest to što odnosna majka pati od poremećaja koji joj onemogućuje začeti.

38 — Predmet C-400/10 PPU, *McB.* (2010.) ECR I-8965, t. 51. i 52. i predmet C-256/11, *Dereci i ostali* (2011.), Zb., str. I-11315, t. 71. Da razjasnim, ako se odredba prava EU-a ne može protumačiti u skladu s temeljnim pravima, ta se odredba mora proglasiti nevažećom. Vidjeti predmet C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats i ostali* (2011.) ECR I-773, t. 30. do 34.

39 — Vidjeti, slično tome, mišljenje nezavisnog odvjetnika *Jääskinen*, predmet C-131/12, *Google Spain i Google*, postupak u tijeku pred Sudom, t. 54.

40 — Mišljenje nezavisne odvjetnice *Sharpston* u spojenim predmetima C-402/07 i C-432/07, *Sturgeon i ostali* (2009.) ECR I-10923, t. 91.

41 — *Ibid.*

42 — Uredba Europskog parlamenta i Vijeća od 11. veljače 2004. kojom se utvrđuju opća pravila odštete i pomoći putnicima u slučaju uskraćenog ukrcanja i otkazivanja ili dužega kašnjenja leta u polasku te kojom se ukida Uredba (EEZ-a) br. 295/91 (SL 2004, L 46, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 7., svezak 26., str. 21.).

43 — *Sturgeon* i ostali, osobito vidjeti točku 60.

44 — Vidjeti, *mutatis mutandis*, predmet 149/77, *Defrenne* (1978.) ECR 1365, t. 24.

78. U tom kontekstu, Equality Tribunal također želi doznati koju važnost ima Konvencija UN-a pri tumačenju Direktive 2000/78 te može li ta konvencija utjecati na valjanost navedene direktive (5. i 6. pitanje). Četvrto pitanje ispituje i valjanost te direktive s obzirom na određene odredbe primarnog prava EU-a.

79. Odmah bih istaknuo da je Sud nedavno već djelomično odgovorio na peto pitanje u presudi u predmetu Ring⁴⁵. U tom je predmetu Sud potvrdio da se Direktiva 2000/78 mora tumačiti, što je više moguće, u skladu s Konvencijom UN-a⁴⁶. Prema članku 216. stavku 2. UFEU-a, međunarodni sporazumi koje sklapa Unija obvezujući su za njezine institucije. Zato su nadređeni aktima EU-a⁴⁷.

80. Doista, u mjeri u kojoj Direktiva 2000/78 predstavlja jedan od zakonodavnih akata EU-a koji uređuje pitanja uređena tim instrumentom⁴⁸ – s čime se slažu sve strane koje su podnijele očitovanja – jasno je da Konvencija UN-a predstavlja obvezni parametar prema kojem se Direktiva 2000/78 mora tumačiti.

81. U pogledu drugog dijela petog i šestog pitanja, točnije, mogućnosti osporavanja usklađenosti Direktive 2000/78 s Konvencijom UN-a, ustaljena je sudska praksa da Sud može ispitivati valjanost sekundarnog zakonodavstva u odnosu na međunarodni sporazum samo ako „narav i struktura“ takvog sporazuma to ne isključuju te ako su odredbe tog sporazuma, u smislu njihova sadržaja, bezuvjetne i dovoljno precizne⁴⁹. Ne vjerujem da Konvencija UN-a te, točnije, odredbe na koje se poziva sud koji je uputio zahtjev mogu poslužiti kao temelj za osporavanje valjanosti Direktive 2000/78, što ću objasniti u nastavku.

82. Kako bih utvrdio primjenjuje li se Direktiva 2000/78 na situaciju u kojoj se nalazi Z., za početak ću ukratko opisati razvoj pojma invaliditeta u kontekstu Direktive 2000/78. Potom ću se pozabaviti područjem primjene te direktive.

a) Je li situacija u kojoj se nalazi Z. pokrivena pojmom invaliditeta iz Direktive 2000/78?

83. Općenito su prihvaćena (najmanje) dva pojma invaliditeta: medicinski (ili pojedinačni) i društveni pojam invaliditeta⁵⁰.

84. Medicinski pojam invaliditeta stavlja posebno naglasak na pojedinca te oštećenje zbog kojeg je toj osobi teško prilagoditi se ili uklopiti u društvenu okolinu. S druge strane, društveno shvaćanje invaliditeta, koje se temelji na kontekstualnom pristupu, stavlja naglasak na međudjelovanje između osobe s oštećenjem i reakcije društva ili načina na koje društvo pomaže takvim osobama. Ono što je bitno, taj model pruža cjelovitije razumijevanje invaliditeta. Posebno je važno da invaliditet ovisi o kontekstu i situaciji: primjerice, dugotrajna bolest poput dijabetesa ili alergije može, ovisno o okolini, predstavljati invaliditet.

85. Konvencija UN-a polazi od društvenog modela invaliditeta te ističe da invaliditet „nastaje kao rezultat međudjelovanja osoba s oštećenjima i prepreka koje proizlaze iz stajališta njihove okoline te iz prepreka koje postoje u okolišu, a koje onemogućuju njihovo puno i učinkovito sudjelovanje u društvu na izjednačenoj osnovi s drugim ljudima“⁵¹. Prema tom shvaćanju, invaliditet nastaje kao posljedica

45 — Spojeni predmeti C-335/11 i C-337/11, (2013.) ECR I-0000

46 — *Ibid.*, t. 32.

47 — Predmet C-366/10, Air Transport Association of America i ostali (2011.), Zb., str. I-13755, t. 50. i navedena sudska praksa. Također vidjeti spojene predmete C-320/11, C-330/11, C-382/11 i C-383/11, Digitalnet (2012.) ECR I-0000, t. 39. i navedenu sudsku praksu.

48 — Također vidjeti Prilog Odluci Vijeća 2010/48.

49 — Predmet C-59/11, Association Kokopelli (2012.) ECR I-0000, t. 85. i navedena sudska praksa.

50 — Vidjeti, primjerice, Oliver, M., *Understanding Disability: From Theory to Practice*, Palgrave Macmillan, Basingstoke: 2009. (2. izdanje); vidjeti, osobito, str. 44. do 46.

51 — Uvodna izjava (e) u preambuli Konvencije UN-a i njezin članak 1.

nemogućnosti društva da se prilagodi osobama s oštećenjima i brine o njihovim potrebama⁵². Budući da društveni model invaliditeta ima šire značenje od onoga što se tradicionalno smatra invaliditetom (uključujući, između ostalog, mentalni invaliditet), može se reći da Konvencija UN-a pruža snažniju i obuhvatniju zaštitu od diskriminacije od uskog pojma invaliditeta, fokusiranog na pojedinca. Ističe da je invaliditet „u jednakoj mjeri društveni koncept kao i medicinska činjenica“⁵³.

86. U vezi s navedenim, naglasio bih da se pojam invaliditeta značajno razvio kroz praksu Suda, u okviru specifičnoga konteksta Direktive 2000/78.

87. Prema presudi Suda u predmetu *Chacón Navas*⁵⁴, pojam invaliditeta treba tumačiti samostalno i jednoliko, ne samo da bi se osigurala jednolika primjena nego i da bi se načelo ravnopravnosti u potpunosti poštovalo⁵⁵. U tom je predmetu Sud usko tumačio pojam invaliditeta: definirao ga je kao ograničenje koje, kao posljedica tjelesnog, mentalnog ili psihičkog oštećenja, otežava osobi sudjelovanje u profesionalnom životu⁵⁶.

88. Međutim, presuda u predmetu *Ring* predstavlja zaokret u praksi Suda. U tom je predmetu europski pojam invaliditeta jasno usklađen s pojmom iz Konvencije UN-a.

89. Polazeći od Konvencije UN-a, Sud je priznao da je invaliditet „pojam u razvoju“. U specifičnom kontekstu Direktive 2000/78, pod tim se pojmom podrazumijevaju „ograničenja koja su osobito posljedica tjelesnih, mentalnih ili psihičkih oštećenja koja u međudjelovanju s različitim preprekama mogu otežati odnosnoj osobi puno i učinkovito sudjelovanje u profesionalnom životu na ravnopravnoj osnovi s drugim radnicima“⁵⁷. Uzrok invaliditeta je nebitan (urođen, nesreća ili bolest), ali oštećenje mora biti „dugotrajno“⁵⁸.

90. Ipak, postoji jedna bitna razlika u definiciji invaliditeta iz Konvencije UN-a i one iz presude *Ring*. Dok Konvencija UN-a govori o sudjelovanju u društvenom životu općenito, definicija Suda pokriva samo sudjelovanje u *profesionalnom životu*.

91. Mišljenja sam da je ta razlika uvjetovana područjem primjene Direktive 2000/78 koje je određeno izborom politike zakonodavca u tom konkretnom području. U konačnici je, dakle, usko povezana s pitanjem što spada pod nadležnost EU-a, a što ne. Stoga, bit je problema sljedeće: ugrožava li poremećaj od kojeg Z. pati njezino sudjelovanje u profesionalnom životu?

92. U vezi s tim, naglašavam da je cilj Direktive 2000/78, kako je navedeno u članku 1., utvrditi opći okvir borbe protiv diskriminacije na temeljima koje navodi ta odredba, a u području rada i zaposlenja, Invaliditet je jedan od tih temelja. Kako je gore spomenuto, taj je pojam definiran praksom Suda⁵⁹.

93. Nema dvojbe da poremećaj poput onog od kojeg Z. pati može predstavljati dugotrajno ograničenje, koje „nastaje osobito kao posljedica tjelesnih, mentalnih ili psihičkih oštećenja“. Budući da želi imati vlastito dijete, taj joj je poremećaj zasigurno izvor velike tjeskobe. I doista, prema širem, društvenom pojmu invaliditeta iz Konvencije UN-a zamislivo je da takvo oštećenje, u određenim okolnostima, može osobi otežavati puno i učinkovito sudjelovanje u društvu.

52 — Vidjeti, primjerice, Waddington, L., „The European Union and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Story of Exclusive and Shared Competences“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4(18) 2011, str. 431. do 453., na str. 436.

53 — Kelemen, R. D., *Eurolegalism: The Transformation of Law and Regulation in the European Union*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts: 2011., str. 202.

54 — Predmet C-13/05, (2006.) ECR I-6467

55 — *Ibid.*, t. 40. i 41.

56 — *Ibid.*, t. 43.

57 — *Ring*, t. 38.

58 — *Ibid.*, t. 39.

59 — *Chacón Navas*, t. 41. i *Ring*, t. 38. i 39.

94. Međutim, ne smatram da je Direktiva 2000/78 primjenjiva na posebne okolnosti ovog predmeta.

95. Ne smatram da poremećaj od kojeg Z. pati otežava, u okviru značenja prakse Suda, „u međudjelovanju s različitim preprekama ... odnosno osobi puno i učinkovito sudjelovanje u *profesionalnom životu*, na ravnopravnoj osnovi s drugim radnicima“ (moje isticanje). Doista, kao što je Sud zaključio, pojam „invaliditeta“ iz Direktive 2000/78 treba shvaćati kroz prizmu mogućnosti te osobe da radi i bavi se profesionalnim aktivnostima⁶⁰. Takav je pristup u skladu s ciljevima te direktive, konkretno, ciljem borbe protiv diskriminacije u području rada te, posljedično, ciljem omogućavanja osobama s invaliditetom da imaju pristup i da sudjeluju u radu.

96. Drugim riječima, zbog suštinski kontekstualne naravi invaliditeta, pitanje što se invaliditetom smatra prema Direktivi 2000/78 treba analizirati od predmeta do predmeta u svjetlu svrhe tog zakonodavnog instrumenta. Posljedično, osnovno je pitanje otežava li predmetno oštećenje – u međudjelovanju s određenim preprekama, fizičkim, stajališnim ili organizacijskim – obavljanje profesionalnih aktivnosti.

97. Iako osoba koja želi imati vlastito dijete osjeća izrazitu nepravdu zbog činjenice da ne može dobiti dijete uobičajenim putem, ne mogu tumačiti postojeće zakonodavstvo EU-a tako da pokriva situacije koje nisu povezane s mogućnošću osobe da radi⁶¹. U tom smislu, potrebno je naglasiti suštinsku funkcionalnu narav pojma invaliditeta iz Direktive 2000/78. Prema mojem mišljenju, da bi se ta direktiva primjenjivala na neko ograničenje, potrebno je postojanje veze između tog ograničenja i mogućnosti osobe da radi. Smatram da takva veza ne postoji u okolnostima poput onih u predmetu pred sudom koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku⁶². Iz spisa predmeta ne proizlazi da ograničenje od kojeg pati sprečava Z. da sudjeluje u profesionalnom životu.

98. Stoga, zauzimam stajalište da nepovoljnije postupanje zbog kojeg se Z. žali spada u područje primjene članka 5. Direktive 2000/78.

99. Međutim, ako bi Sud smatrao da je Direktiva 2000/78 primjenjiva na predmetnu situaciju, istaknuo bih sljedeća opažanja u pogledu obveze „razumne prilagodbe“ iz članka 5. te direktive.

b) Razumna prilagodba: postizanje ravnoteže između interesa osobe s invaliditetom i interesa poslodavca

100. Ako i pretpostavimo, rasprave radi, da diskriminacija na koju se Z. žali spada u područje primjene *ratione materiae* direktive, ne vidim kako se može smatrati da članak 5. Direktive 2000/78 obvezuje poslodavca da radnici u njenim okolnostima odobri *plaćeni* dopust. Štoviše, prema toj je odredbi poslodavac, pod određenim uvjetima, obvezan poduzeti odgovarajuće mjere kako bi omogućio osobi s invaliditetom pristup, sudjelovanje i napredovanje na radu.

101. Istina, u tekstu članka 5. Direktive 2000/78 ili njezine uvodne izjave 20. u preambuli nema odredbi koje bi izričito isključile mogućnost da članak 5. zahtijeva odobravanje plaćenog dopusta kao mjeru osiguravanja razumne prilagodbe.

60 — Ring, t. 44.

61 — Međutim, ne može se isključiti mogućnost donošenja drukčijeg zaključka da je, primjerice, Z. dobila otkaz iz razloga povezanih s poremećajem od kojeg pati ili da joj je zaposlenje odbijeno isključivo zbog toga.

62 — U pogledu takve veze u kontekstu vozačkih dozvola, vidjeti točku 31. mišljenja nezavisnog odvjetnika Bota u predmetu C-356/12, Glatzel, postupak u tijeku pred Sudom.

102. I dok članak 5. samo zahtijeva od poslodavaca da poduzmu „odgovarajuće mjere, potrebne u određenom slučaju“, u uvodnoj izjavi 20. naveden je neiscrpan popis mjera koje mogu doći u obzir radi prilagodbe radnog mjesta osobama s invaliditetom: organizacijske kao i mjere koje imaju cilj prilagoditi prostor potrebama osoba s invaliditetom. Također je jasno da potreba za takvim mjerama i njihova prikladnost ovisi o svakom pojedinom slučaju⁶³. Nadalje, u svjetlu cilja članka 5. Direktive 2000/78 – a to je da se osobama s invaliditetom omogući rad – ta se odredba treba široko tumačiti⁶⁴.

103. Dakle, razumna prilagodba koju predviđa članak 5. Direktive 2000/78 – tumačen u skladu s člankom 2. Konvencije UN-a – može značiti određene troškove za poslodavca (bilo da se radi o prilagodbi prostora ili o organizacijskim mjerama). Međutim, naglasio bih da članak 5. također ističe da takva prilagodba ne smije predstavljati nerazmjerni teret za poslodavca. U skladu s uvodnom izjavom 21. Direktive 2000/78 posebice je potrebno voditi računa o „financijskim i drugim troškovima takvih mjera te o razmjeru i financijskim izvorima poduzeća“.

104. U tom smislu, u potpunosti je zamislivo da bi se, u određenim okolnostima, odobravanje (neplaćenog) dopusta smatralo prikladnom mjerom kako bi se određenom zaposleniku s invaliditetom omogućio nastavak rada i sudjelovanja u profesionalnim aktivnostima u skladu s ciljevima Direktive 2000/78. Međutim, ne smatram da iz članka 5. Direktive 2000/78 na bilo koji način proizlazi obveza poslodavca da odnosnoj osobi dodjeli *plaćeni* dopust.

105. Naime, svrha je odredbi o razumnoj prilagodbi postizanje pravedne ravnoteže između potreba osoba s invaliditetom i potreba poslodavca⁶⁵.

106. U predmetu Ring Sud je zaključio da skraćivanje radnog vremena može predstavljati mjeru razumne prilagodbe prema članku 5. Direktive 2000/78. Time je prihvaćeno da obveza razumne prilagodbe može ograničavati slobodu poslodavca u organizaciji poslovanja i predstavljati financijski teret.

107. Iako skraćivanje radnog vremena može za poslodavca predstavljati izražen financijski teret, time se ipak postiže ravnoteža između interesa zaposlenika i interesa poslodavca: doista, u zamjenu za poduzete mjere prilagodbe, zaposlenik svojim radom nastavlja pridonositi poslovanju poduzeća. Iako se to pitanje nije izričito pojavilo u predmetu Ring, smatram da, radi postizanja odgovarajuće ravnoteže između interesa obiju strana, skraćivanje radnog vremena također veže za sebe i smanjenje plaće odnosnoj osobi.

108. U suprotnosti sa skraćivanjem radnog vremena, odobravanje plaćenog dopusta u interesu je samo zaposlenika. Za razliku od gore opisane situacije, odobravanje plaćenog dopusta ne predstavlja samo izražen financijski teret za poslodavca već u tom slučaju ne jamči da će kao protučinidbu zaposlenik s invaliditetom nastaviti sudjelovati u profesionalnim aktivnostima. Nadalje, mjeru odobravanja plaćenog dopusta možemo izjednačiti s mjerom skraćivanja radnog vremena samo pod pretpostavkom da će se

63 — Vidjeti također članak 2. Konvencije UN-a, prema kojem se pod „razumnom prilagodbom“ podrazumijevaju „potrebne i prikladne preinake i podešavanja koja ne predstavljaju nesrazmjerno ili neprimjereno opterećenje, tamo gdje je to potrebno kako bi se osobama s invaliditetom osiguralo uživanje ili korištenje svih ljudskih prava i temeljnih sloboda na ravnopravnoj osnovi s drugima“.

64 — Nedavni predmet C-312/11, Komisija protiv Italije (2013.) ECR I-0000, t. 58. Također vidjeti predmet Ring, t. 56. i mišljenje nezavisne odvjetnice Kokott u predmetu Ring, t. 54. do 57.

65 — Također vidjeti mišljenje nezavisne odvjetnice Kokott u predmetu Ring, t. 59. *in fine*: Direktiva 2000/78 „zahtijeva postizanje odgovarajuće ravnoteže između interesa zaposlenika s invaliditetom kojemu mjere trebaju pomoći i interesa poslodavca kojemu te mjere ne bi trebale izazivati poteškoće u organizaciji poslovanja i financijske troškove“.

zaposlenik (s invaliditetom) sigurno vratiti na posao nakon prestanka dopusta. Također se ne može isključiti da će zaposlenici u budućnosti dopust ponovno biti potreban ako se odluči na sličan način dobiti još djece. S obzirom na te i druge rizike kojima je poslodavac izložen, smatram da se navedene mjere ne mogu međusobno uspoređivati⁶⁶.

109. Nadalje, ograničenje od kojeg Z. pati i njezina potreba za dopustom ne čine se izravno povezani. Štoviše, institut razumne prilagodbe od poslodavca zahtijeva poduzimanje mjera koje odnosnoj osobi *olakšavaju* pristup i sudjelovanje u profesionalnim aktivnostima.⁶⁷ To potvrđuje članak 5. Direktive 2000/78, tumačen u skladu s njezinom uvodnom izjavom 20.

110. Točno je da konkretne mjere prilagodbe ovise o svakom o pojedinom slučaju. Međutim, ako se predmetnim mjerama osobi s invaliditetom ne može uistinu omogućiti pristup ili sudjelovanje u radu, smatram da se ne može tumačiti da članak 5. obvezuje poslodavca na poduzimanje takvih mjera. To je slučaj u predmetu pred sudom koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku. Iz spisa predmeta proizlazi da potreba za dopustom nije nužna posljedica omogućavanja Z. da sudjeluje u profesionalnim aktivnostima, već je posljedica njezine odluke o zamjenskom majčinstvu.

2. Učinak primarnog i međunarodnog prava

111. Četvrto, peto i šesto pitanje tiču se valjanosti Direktive 2000/78. Točnije, Sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku želi utvrditi je li ta direktiva u skladu s člankom 10. UFEU-a i člancima 21., 26. i 34. Povelje, s jedne strane, te s Konvencijom UN-a, s druge strane.

112. Članak 10. UFEU-a sadrži općenitu klauzulu kojom se naglašava osobit cilj kojem Europska unija teži. Ističe nužnost borbe protiv diskriminacije na temelju, između ostalog, invaliditeta: što je, u području rada i zaposlenja, cilj i Direktive 2000/78. Smatram da ta odredba primarnog prava ne određuje nikakva konkretna prava ili obveze koje bi dovele u pitanje valjanost Direktive 2000/78.

113. Budući da, prema mojem mišljenju, Direktiva 2000/78 nije primjenjiva na okolnosti ovog predmeta, upućujem – analogijom – na svoja zapažanja u vezi s Poveljom u točkama 71. do 75. gore.

114. Što se tiče pitanja usklađenosti Direktive 2000/78 s Konvencijom UN-a, istaknuo bih da su obveze koje nameće potonji međunarodni akt upućene njezinim državama strankama. One su dužne poduzeti odgovarajuće mjere – zakonodavne ako je potrebno – da bi se prava osoba s invaliditetom koja predviđa Konvencija UN-a u stvarnosti poštovala⁶⁸. Budući da je Konvencija načelne naravi, smatram da nijedna njezina odredba nije bezuvjetna ni dovoljno precizna, što je uvjet koji sam gore naveo. Stoga, mišljenja sam da Konvencija UN-a ne može biti temelj za osporavanje valjanosti Direktive 2000/78⁶⁹.

115. Ipak, ukratko ću se osvrnuti na odredbe na koje se poziva sud koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku.

66 — Smatram da je odobravanje neplaćenog dopusta usporediva mjera. U ovom slučaju razlika je u stupnju, a ne u vrsti. Kao i kod skraćivanja radnog vremena, zaposlenik ne dobiva plaću dok ne radi. Iz zahtjeva za prethodnu odluku vidljivo je da je Z. imala mogućnost prestati s radom prije i nakon rođenja njezina djeteta.

67 — Naravno, prilagodba može imati različite oblike. Osim gore navedenih mjera (prilagodbe prostora i organizacijskih mjera), prilagodba može zahtijevati promjenu rasporeda posla ili podjele zadataka. Primjerice, kada je riječ o depresiji, poslodavci su dužni osigurati da zaposlenici koji pate od depresije ne budu izloženi stresnim situacijama.

68 — Vidjeti, osobito, članak 4. Konvencije UN-a u kojem, pod naslovom „Opće obveze“, stoji da se „države članke obvezuju osigurati i promicati puno ostvarenje svih ljudskih prava i temeljnih sloboda svih osoba s invaliditetom bez bilo kakve diskriminacije na osnovi invaliditeta“. U toj su odredbi također navedene neke mjere koje se trebaju poduzeti radi ostvarenja ciljeva Konvencije UN-a.

69 — S obzirom na to nije potrebno utvrđivati dopuštaju li „narav i struktura“ Konvencije Sudu da ispita valjanost Direktive 2000/78.

116. Prvo, članci 5., 6. i 28. Konvencije UN-a⁷⁰ ne odnose se posebno na rad i zaposlenje. U njima su utvrđene načelne obveze upućene državama strankama o poduzimanju koraka radi ostvarenja ciljeva Konvencije UN-a. Iz tog razloga ne vidim kako te odredbe mogu poslužiti kao temelj za ispitivanje valjanosti Direktive 2000/78.

117. Drugo, u članku 27. stavku 1. točki (b) Konvencije UN-a stoji da će „države stranke osigurati i promicati ostvarenje prava na rad, uključujući pritom i onih osoba koje steknu invaliditet tijekom zaposlenja, poduzimanjem odgovarajućih koraka, uključujući i zakonodavstvo, s ciljem, među ostalim ... zaštite osoba s invaliditetom na ravnopravnoj osnovi s drugima glede pravednih i povoljnih uvjeta rada, uključujući jednake mogućnosti i jednaku plaću za rad iste vrijednosti ...“.

118. Ta odredba, dakle, ostavlja državama strankama slobodu da same odrede koje će konkretne mjere usvojiti. Stoga, članak 27. stavak 1. točka (b) ne ograničava slobodu Europske unije pri poduzimanju zakonodavnih mjera s ciljem promicanja ostvarenja prava iz Konvencije UN-a.

119. S obzirom na navedeno, smatram da na treće, četvrto, peto i šesto pitanje valja odgovoriti tako da Direktiva 2000/78 nije primjenjiva na okolnosti poput onih u slučaju pred sudom koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku, u kojima ženi koja pati od poremećaja koji joj onemogućava začeti i koja je svoje biološko dijete dobila na temelju sporazuma o zamjenskom majčinstvu nije odobren plaćeni dopust istovjetan roditeljskom i/ili posvojiteljskom dopustu. Takav zaključak ne dovodi u pitanje valjanost te direktive.

D – Završna zapažanja

120. Unatoč navedenom zaključku, razumijem poteškoće s kojima se roditelji naručitelji zasigurno suočavaju zbog pravne nesigurnosti koja je u pogledu sporazuma o zamjenskom majčinstvu prisutna u velikom broju država članica. Međutim, smatram da nije na Sudu da svojim odlukama nadopunjuje zakonodavstvo na način da odredbama Direktive 2006/54 i 2000/78 (kao i Direktive 92/85) tumačenjem pridaje značaj izvan onoga što stvarno predviđaju. Mislim da bi to predstavljalo zadiranje u ovlasti zakonodavca.

121. Doista, sudsko priznavanje prava na plaćeni dopust zahtijevalo bi zauzimanje stajališta o pitanjima moralne naravi o kojima još ni zakonodavac nije odlučio. Ako bi se proširenje opsega zaštite koju pruža roditeljski ili posvojiteljski dopust (ili uvođenje zasebnog oblika dopusta vezanog za zamjensko majčinstvo) smatralo društveno poželjnim, tada će biti dužnost država članica i/ili EU-a da usvoje potrebne zakonodavne mjere radi ostvarenja tog cilja.

70 — U članku 5. je, između ostalog, navedeno da će „države stranke zabraniti bilo kakvu diskriminaciju na osnovi invaliditeta i jamčit će osobama s invaliditetom jednaku i djelotvornu zaštitu od diskriminacije po svim osnovama“ te da će „poduzeti sve primjerene korake radi osiguranja provedbe razumne prilagodbe“. Članak 6. ističe da su žene i djevojke izložene višestrukoj diskriminaciji te države stranke obvezuje da „poduzmu mjere radi osiguranja punog i ravnopravnog uživanja svih njihovih ljudskih prava i temeljnih sloboda“. Članak 28. stavak 2. točka (b) priznaje pravo osoba s invaliditetom na socijalnu zaštitu bez diskriminacije te obvezuje države stranke da štite i promiču ostvarenje tog prava, između ostalog, tako da osiguraju „osobama s invaliditetom, posebice ženama, djevojkama i osobama starije životne dobi s invaliditetom, pristup programima socijalne zaštite i programima smanjenja siromaštva“.

IV – Zaključak

122. U skladu s izloženim, predlažem da Sud na pitanja koja je postavio Equality Tribunal odgovori na sljedeći način:

- Direktiva 2006/54/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 5. srpnja 2006. o provedbi načela jednakih mogućnosti i jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pitanjima zapošljavanja i rada (preinaka) nije primjenjiva na okolnosti u kojima ženi koja je svoje biološko dijete dobila putem sporazuma o zamjenskom majčinstvu nije odobren plaćeni dopust istovjetan rodiljnom i/ili posvojiteljskom dopustu.

Razmatranjem postavljenih pitanja nisu utvrđeni nikakvi razlozi koji bi doveli u pitanje valjanost Direktive 2006/54.

- Direktiva Vijeća 2000/78/EZ od 27. studenoga 2000. o uspostavi općeg okvira za jednako postupanje pri zapošljavanju i obavljanju zanimanja nije primjenjiva na okolnosti predmeta pred sudom koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku, u kojima ženi koja pati od poremećaja koji joj onemogućava začeti i koja je svoje biološko dijete dobila putem sporazuma o zamjenskom majčinstvu nije odobren plaćeni dopust istovjetan rodiljnom i/ili posvojiteljskom dopustu.

Razmatranjem postavljenih pitanja nisu utvrđeni nikakvi razlozi koji bi doveli u pitanje valjanost Direktive 2000/78.