

DISKRIMINACIJA I MOBING

U

SUDSKOJ PRAKSI

Mirjana Popović

PREDGOVOR

Napetost između rada i kapitala, masovnost radnih sporova, porast broja aplikacija pred Evropskim sudom za ljudska prava i ustavnih žalbi pred Ustavnim sudom, gruba kršenja dostojanstva na radu predstavljaju srpsku stvarnost ali i izazov za autora.

Na normativnom planu oblast pravičnosti u radnim odnosima naročito u pogledu poštovanja dostojanstva na radu uređena je na zadovoljavajući način. Mi smo jedna od devet evropskih zemalja koja je donela poseban Zakon o zabrani zlostavljanja na radu, a pre toga Zakon o zabrani diskriminacije čiji deo je posvećen radnopravnoj zaštiti. U oba poslednja zakona ugrađena su rešenja iz međunarodnih konvencija, preporuka i direktiva iz oblasti dostojanstva na radu, pa zakoni prihvatljivo i pravično uređuju ovu oblast.

Sa opštim pojmom pravde i diskriminacije na radu (kao jednim od vidova nepravde) i njenim ključnim rečima da je pravda moralni univerzalni pojam sa filozofskom, sociološkom i pravnom sadržinom; da je najsjaniji vrednost pojam duhevne kulture; da je ideal i izvor prava; da je dopunski izvor formalnog prava; da označava doslednu i strogu primenu prava ali i korekciju postojećeg; da predstavlja pravni standard sa gipkom i promenljivom sadržinom zavisao od filozofskih, religijskih, političkih, moralnih i ekonomskih činilaca, svi ćemo se složiti. Ali kada treba postupati i spor presuditi sloge veoma često nema; tumača ima više i rezultat zavisi od znanja, interesa, tolerancije, pravdoljubivosti, hrabrosti i uopšte naše realne stvarnosti.

U cilju smanjenja raskoraka između normativnog i stvarnog autor knjige koja je pred nama prateći aktuelnu sudsku praksu potrudila se da nas ne samo upozna sa zakonodavnim rešenjima zemalja u regionu u pogledu diskriminacije i mobinga već i da nam pokaže i prikaže rešenja Evropskog suda za ljudska prava i, što je za praktičare veoma bitno, primere iz domaće sudske prakse u preko sto obrazloženih sudskih odluka. Posebna pažnja je posvećena problemu u postupanju kada je reč o diskriminaciji nacionalnih manjina, invalida, seksualnoj orijentaciji, a dat je detaljniji prikaz raznih oblika diskriminacije na radnom mestu. Knjiga se bavi najspornijim a to su granični slučajevi i primeri slučajeva u kojima diskriminacije nema.

Osim diskriminacije kao posebne specifične nepravde u oblasti radnog prava posebna pažnja je posvećena mobingu kao specifičnom obliku diskriminacije tj. uznemiravanju i ponižavajućem postupanju koji ima za cilj da povredi dostojanstvo lica ili grupe lica na osnovu njihovog ličnog svojstva. Pokazane su i prikazane kroz obrazloženja odluka dileme koje u sudskoj praksi

postoje: nadležnost suda, dozvoljenost revizije, aktivna i pasivna legitimacija, urednost tužbe; kako prepoznati mobing; problemi naknade nematerijalne štete i utvrđivanje njene visine; kako se sudi u regionu i našem okruženju, da li su Zakon o zabrani diskriminacije i Zakon o zabrani zlostavljanja na radu međusobno usklađeni ili nisu; ponuđena su odgovarajuća normativna rešenja.

Posebna pažnja posvećena je tzv. iznuđenom otkazu koji inicira zaposleni usled nepodnošljivih uslova rada, zakonskim rešenjima sa primerima iz sudske prakse; dat je prikaz ponašanja koja uzrokuju iznuđen otkaz i pri samom kraju sličnosti i razlike između mobinga i diskriminacije.

Stavovi i zalaganja autora, savetnika Vrhovnog kasacionog suda, koji predano prati aktuelnu sudsku praksu dobili su priznanje kroz deo usvojenih zaključaka Kopaoničke škole prirodnog prava. Knjiga će pomoći stvaraocima i kreatorima prava u razmatranju problema sa teoretskog, zakonodavnog, sudskog i uporednopravnog stanovišta; ali i više od toga knjiga je namenjena najpre onima koji svakodnevno primenjuju ova pravila i to ne samo pravnicima, već i onima koji rukovode i staraju se da radni ambijent bude bez trvenja, nesuglasica, loših međusobnih odnosa, šikaniranja ili jednostavnije rečeno čuvanja dostojanstva na radu.

Predrag Trifunović
sudija Vrhovnog kasacionog suda

UVOD

Nejednako postupanje, više vrednovanje pojedinih grupa (bogati-siromašni; muškarci-žene; stari-mladi; domaći državljani - strani državljani...), ponižavanje, potcenjivanje, eliminacija subjekta koji se ne uklapa u dominantan sistem grupe, karakteristike su društva u celini od njegovog postanka. Tek sa razvojem svesti da određena prava (npr. pravo na život, na slobodu...) pripadaju ljudima zato što su ljudska bića (kraj XVIII i početak XIX veka) dolazi do regulisanja načela jednakosti odnosno načela nediskriminacije. Zaštita od diskriminacije predviđena je međunarodnim aktima, kao i odgovarajućim zakonima u svakoj zemlji skoro na identičan način. Ipak, primena definicije o diskriminaciji je, kako će biti izloženo, izašla iz svog okvira – nije se ograničavala na tzv. lična svojstva. Ogroman doprinos ovakvom širem tumačenju dao je Evropski sud za ljudska prava.

U našoj zemlji ovo načelo je utkano u Ustav, a detaljnije regulisano Zakonom o zabrani diskriminacije. Radi boljeg tumačenja samog pojma diskriminacije u knjizi su izložena shvatanja zemalja EU, praksa Evropskog suda za ljudska prava i odluke domaćih sudova.

Kao poseban oblik diskriminacije izdvaja se mobing. Prepoznaje se u članu 12. Zakona o zabrani diskriminacije, kao uznemiravanje i ponižavajuće postupanje koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva lica ili grupe lica na osnovu njihovog ličnog svojstva, a naročito ako se time stvara strah ili neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje. Detaljnije je regulisan Zakonom o sprečavanju zlostavljanja na radu. U primeni ovog zakona, u dosadašnjoj sudskoj praksi izdvojile su se tri grupe predmeta. U jednoj grupi se nalaze tužbe zaposlenih protiv poslodavca sa zahtevom za utvrđenje da su pretrpeli zlostavljanje, zabranu daljeg vršenja odnosno ponavljanja zlostavljanja i zahtevom za naknadu štete. Zlostavljanje odnosno uznemiravanje na radu je od strane sudova prepoznato i u čistom obliku i kao oblik diskriminacije i tužiocima koji su takvom ponašanju bili izloženi pružena je zaštita u vidu usvajanja njihovih zahteva. U drugoj grupi predmeta zaposleni traže poništaj rešenja poslodavca o otkazu ugovora o radu kao nezakonitog. Ove slučajeve karakteriše nedostojno ponašanje poslodavca – mobing prema zaposlenom na različite načine, ali zaposleni trpi takvo ponašanje zbog straha od gubitka posla. Tek kada poslodavac donese rešenje o otkazu (najčešći razlog je tehnološki višak), zaposleni podnosi tužbu za njegov poništaj, ali ni tada ne navodi mobing kao glavni razlog poništaja, već sudovi iz utvrđenog činjeničnog stanja izvode takav zaključak. U trećoj grupi predmeta nalaze se slučajevi onih zaposlenih koji više nisu mogli da trpe takvo ponašanje

poslodavca, dali su izjave da otkazuju ugovor o radu, a na osnovu tako date izjave, poslodavac donosi rešenje o otkazu. Predmet tužbenog zahteva u ovim parnicama je poništaj rešenja o otkazu. Prikazani su slučajevi iz sudske prakse koji se odnose na sve tri grupe predmeta. Posebna pažnja posvećena je trećoj grupi predmeta i tzv. "iznuđenom otkazu". Pored primera iz prakse, izložena je i postojeća sudska zaštita i odgovoreno na sporna pitanja koja su se pojavila u primeni Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu.

Nadam se da će izloženi slučajevi i mišljenja učiniti razumljivijim pojmove diskriminacije i mobinga i primenu zakona koji ih regulišu.

I

O DISKRIMINACIJI

Načelo koje prožima sva pravila o posedovanju i uživanju ljudskih prava jeste da su svi ljudi jednaki. U tome se savremena shvatanja razlikuju od ranijih pokušaja da se samo nekim „višim“ grupama i slojevima i njihovim pripadnicima priznaju prava. Prihvatanje nejednakosti ljudi ruši celu zgradu ljudskih prava. Ljudska prava su prava koja poseduju ljudska bića zato što su ljudska bića. Sa stanovišta prakse, načelo jednakosti se najčešće izražava kao načelo nediskriminacije tj. kao zabrana diskriminacije¹.

Originalno značenje reči diskriminacija (lat. *discriminare*) jeste razlikovanje. Vremenom je ovaj izraz, bar u pravu, izgubio neutralnost i dobio negativno značenje nedozvoljenog razlikovanja. U oblasti ljudskih prava, diskriminacija predstavlja razlikovanje u pogledu posedovanja i obima prava koje nije dozvoljeno zbog osnova i načina razlikovanja.

Načelo nediskriminacije je u Povelji UN² kao i u svim savremenim instrumentima o ljudskim pravima formulisano na skoro istovetan način kao u članu 2 Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima³: Svakome pripadaju sva prava i slobode proglašeni u ovoj Deklaraciji bez ikakvih razlika u pogledu rase, boje, pola, jezika, veroispovesti, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili društvenog porekla, imovine, rođenja ili drugih okolnosti. Po članu 7. svi su pred zakonom jednaki i imaju pravo bez ikakve razlike na podjednaku zaštitu zakona. Svi imaju pravo na jednaku zaštitu protiv bilo kakve diskriminacije kojom se krši ova Deklaracija i protiv svakog podsticaja na ovakvu diskriminaciju.

Zaštita od diskriminacije predviđena je i u paktovima UN iz 1966. To su Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima⁴ i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima⁵.

Problem poštovanja jednakih mogućnosti i tretmana bio je jedan od osnovnih ciljeva

1

V. Dimitrijević, D. Popović, T. Papić, V. Petrović: Međunarodno pravo ljudskih prava, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2007. god., str. 111

² Potpisana 26.6.1945. godine u San Francisku od 50 zemalja, stupila na snagu 24.10.1945. godine

³ Usvojena je i proklamovana Rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 217A (III) od 10.12.1948. godine. Prihvatile su je sve države - članice UN, prevedena je na 250 jezika, između ostalih i na srpski. Prevodi se kao: Opšta deklaracija o pravima čoveka

⁴ Ovaj Pakt usvojen je od strane Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 16.12.1966. godine, a otvoren je za potpisivanje 19.12.1966. godine. Stupio je na snagu u međunarodnom smislu 23.03.1976. godine, ratifikovalo ga je 148 država. Jugoslavija ga je ratifikovala Zakonom od 30.01.1971. godine ("Sl. List SFRJ" broj 7/1971)

⁵ Pakt usvojen od strane Generalne skupštine Ujedinjenih nacija 16.12.1966, a potpisan 19.12.1966. godine. Na snagu je stupio 03.01.1976. godine. Pakt su ratifikovale ili ga na drugi način prihvatile 145 države. Jugoslavija ga je ratifikovala zakonom od 30.01.1971. godine ("Sl. List SFRJ", broj 7/1971)

međunarodne organizacije rada (MOR). Ta su načela proglašena i u Deklaraciji iz Filadelfije koja potvrđuje da "sva ljudska bića, bez obzira na rasu, veroispovest ili pol, imaju pravo da traže svoje materijalno blagostanje i svoj duhovni razvoj u uslovima slobode i dostojanstva, ekonomske sigurnosti i jednakih mogućnosti"⁶. Prvi obavezujući međunarodni instrumenti koji su bili usvojeni sa specifičnim ciljem da promovišu jednakost i eliminaciju diskriminacije bili su: Konvencija o jednakom nagrađivanju muške i ženske radne snage za rad jednake vrednosti iz 1951. godine (br. 100) i prateća Preporuka (br. 90); Konvencija o diskriminaciji u pogledu zapošljavanja i zanimanja (br. 111) sa Preporukom (br. 111)⁷ iz 1958. godine; Deklaracija o jednakim mogućnostima i tretmanu za žene-radnice iz 1975. godine; Rezolucija o jednakim mogućnostima i jednakom tretmanu zaposlenih muškaraca i žena iz 1985. godine.

Pored opštih standarda o nediskriminaciji i jednakosti i drugi međunarodni standardi rada bave se pitanjem nediskriminacije ili unapređivanjem jednakosti bilo kao svojim glavnim ciljem ili u okviru posebnih odredbi⁸. Ovi instrumenti služe da istaknu da se u izvesnim domenima mora obratiti posebna pažnja na promovisanje jednakosti između članova određenih grupa⁹.

Borbi protiv diskriminacije posvećeni su i brojni posebni ugovori koji se bave specifičnim ispoljavanjima diskriminacije i to: Međunarodna konvencija o suzbijanju i kažnjavanju zločina aparthejda; Konvencija MOR o diskriminaciji u pogledu zapošljavanja i zanimanja; Konvencija UNESCO protiv diskriminacije u oblasti obrazovanja; Konvencija o pravima deteta; Konvencija protiv mučenja i drugih svirepih, nečovečnih ili ponižavajućih kazni i postupaka, Konvencija UN o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena; Deklaracija UN o eliminaciji diskriminacije zasnovane na religiji; Direktiva EU u primeni načela jednakog postupanja bez obzira na raso i etničko poreklo osoba; Direktiva EU o jednakom postupanju pri zapošljavanju i izboru zanimanja; Direktiva za sprovođenje principa jednakog tretmana žena i muškaraca u pogledu zapošljavanja, stručne obuke i napredovanja i uslova rada; Direktiva o implementaciji jednakih mogućnosti i jednakog tretmana muškaraca i žena u oblasti zapošljavanja i zanimanja; Direktiva o primeni principa jednakog tretmana muškaraca i žena koji su samozaposleni.

Sprovođenju Univerzalne deklaracije UN o ljudskim pravima doprinela je Evropska konvencija

⁶ Dr Aleksandar Petrović: "Međunarodni standardi rada", Pravni fakultet u Nišu, Centar za publikacije, 2009. godina, str. 179

⁷ FNRJ, međunarodni ugovori br. 3/1961

⁸ Konvencija o socijalnoj politici iz 1962. godine, Konvencija o politici zapošljavanja iz 1964. godine, Konvencija o plaćenom odsustvu za obrazovne svrhe iz 1974. godine, Konvencija o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca iz 1982. godine, Konvencija o organizacijama radnika u poljoprivredi iz 1975. godine

⁹ Prof. dr Aleksandar Petrović: Međunarodni standardi rada, Pravni fakultet u Nišu, Centar za publikacije, 2009. godina, str. 182

o ljudskim pravima. Konvencija predstavlja minimum standarda ljudskih prava o kojima su se evropske države dogovorile pre više od 50 godina. Tokom tih 50 godina, shvatanja o ljudskim pravima stvaralačkom sudskom praksom Evropskog suda su se razvijala i širila, tako da je Konvencija u izvesnom (jezičkom) smislu danas nedovoljna da posluži kao potpuna osnova za poštovanje ljudskih prava u XXI veku. Ipak, "Konvencija je izuzetno uticala na razvoj zakonodavstva i politike u oblasti ljudskih prava širom Evrope i smatra se jednim od najuspešnijih sistema u oblasti ljudskih prava u svetu"¹⁰.

Zabrana diskriminacije je garantovana članom 14. Evropske Konvencije. Protokol 12. uz Konvenciju je proširio ovu zaštitu na jednakost u uživanju svih prava (uključujući i prava zajemčena domaćim zakonom).

Na osnovu člana 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima¹¹ i člana 1. Protokola 12¹², Evropski sud za ljudska prava definisao je diskriminaciju kao različit tretman osoba u istim ili sličnim slučajevima bez razumnog i objektivnog opravdanja. Razlikovanje se može opravdati samo ako postoji opravdan cilj, koji se takvim razlikovanjem želi postići, i razumni odnos srazmere između tog cilja i sredstava koji se koriste za njegovo ostvarenje. Evropski sud je izdvojio i posebno "sumnjive" osnove razlikovanja kao što su pol, veroispovest, rasa i seksualna orijentacija, koji zahtevaju da se zadovolji naročito težak teret dokazivanja kako bi se opravdao nejednak tretman. Otvorena definicija zabrane diskriminacije "po bilo kom osnovu" otvara put širem tumačenju diskriminacije, koje pored tradicionalnih oblika navedenih u međunarodnim ugovorima, uključuje i sve druge postojeće, kao i nove oblike diskriminacije¹³.

Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP) je razvio nekoliko pravnih osnova u kategoriji „drugih okolnosti“ od kojih se mnoge preklapaju sa onim iz prava Evropske Unije poput seksualnog usmerenja, doba starosti i invalidnosti. Uz ove ESLJP je takođe prepoznao i sledeće koje potpadaju pod kategoriju drugih okolnosti: očinstvo, bračno stanje, članstvo u udruženju, vojni čin, roditeljstvo deteta rođenog izvan braka, boravište. Član 14. se ne posmatra kao samostalno, nezavisno pravo, već kao zavisno pravo čije je polje primene ograničeno na prava koja su propisana ovom

¹⁰ F. Lič: Obraćanje Evropskom sudu za ljudska prava, Beogradski centar za ljudska prava, misija OEBS u Srbiji, Beograd 2007, str. 5

¹¹ "Uživanje prava i sloboda predviđenih u ovoj Konvenciji obezbeđuje se bez diskriminacije po bilo kom osnovu kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno i socijalno poreklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status"

¹² "Svako pravo koje zakon predviđa ostvarivaće se bez diskriminacije po bilo kom osnovu kao npr. polu, rasi, boji kože, jeziku, veroispovesti, političkom ili drugom uverenju, nacionalnom ili društvenom poreklu, povezanosti sa nacionalnom manjinom, imovini, rođenju ili drugom statusu"

¹³ OSCE/ODIHR mišljenje na nacrt Zakona o zabrani diskriminacije u Crnoj Gori

Konvencijom. Na osnovu Konvencije niko ne može podneti tužbu zbog kršenja samog člana 14, tužba se može podneti samo u vezi sa nekim drugim osnovnim pravom zajemčenim Konvencijom. Godine sudske prakse donele su šire tumačenje, pa su dozvoljene tužbe i u vezi sa drugim pravima koje nisu obuhvaćene Konvencijom¹⁴.

Savet Evrope je 1958. godine zaključio da bi bilo korisno da pored Evropske konvencije o ljudskim pravima koja se prevashodno bavi građanskim i političkim pravima, postoji i odgovarajuća povelja koja bi pokrivala socijalna prava. Tako je, zajedno sa MOR, sazvaio tripartitnu konferenciju radi izjašnjavanja o predlogu sačinjenom u saradnji sa predstavnicima MOR-a. Konačno 18.10.1961. godine Savet ministara zemalja članica Saveta Evrope usvojio je, u Torinu, Evropsku socijalnu povelju, najsvēobuhvatniji akt u oblasti socijalnih pitanja i rada koji je ikada usvojen u Evropi, koja je kasnije dopunjavana dopunskim protokolima, a konačno revidirana u Strazburu 03.05.1996. godine. Ova povelja¹⁵ između ostalog, propisuje pravo radnika na jednake šanse i jednak tretman u pitanjima zapošljavanja i zanimanja bez diskriminacije po osnovu pola; pravo na dostojanstvo na poslu; pravo radnika sa porodičnim obavezama na jednake mogućnosti i jednak tretman.

1. Direktive Saveta EU koje se odnose na zabranu diskriminacije

Dve ključne Direktive EU koje se odnose na zabranu diskriminacije donete su 2000-te godine i to : Direktiva o opštem okviru za jednako postupanje sa građanima prilikom zapošljavanja i na radu i Direktiva o sprovođenju principa jednakog postupanja bez obzira na rasno ili etničko poreklo.

Direktiva br. 2000/78/EC od 27. novembra 2000. godine o opštem okviru za jednako postupanje sa građanima prilikom zapošljavanja i na radu utvrđuje pet oblasti sprečavanja diskriminacije: zasnovane na veroispovesti, veri, invaliditetu, starosnom dobu i seksualnoj orijentaciji u vezi sa zapošljavanjem i radom, u cilju sprovođenja u delo principa jednakog postupanja sa ljudima u zemljama članicama EU. U prvom delu Direktive utvrđen je pojam diskriminacije kojim je, između ostalog, obuhvaćena neposredna i posredna diskriminacija, maltretiranje, nalog za primenu diskriminacije kao oblik diskriminacije. Direktiva zatim utvrđuje opseg važenja, razliku u postupanju

¹⁴ U predmetu Šmit i Dalstrem protiv Švedske sud je zaključio da je postojanje vrlo slabe i tanke veze između člana 14. i nekog drugog prava koje proističe iz Konvencije dovoljno da bi se aktivirale odredbe člana 14. Ovaj predmet odnosi se na određeni broj štetnih i represivnih mera prema članovima sindikata kojima je sankcionisan štrajk. Osporene mere - retroaktivno smanjenje plata, same po sebi nisu predstavljale kršenje ni jednog prava koje proističe iz Konvencije. Sud je zaključio da su te mere bile u vezi sa članom 11. odnosno sa pravom sindikata da štiti interese svojih pripadnika, kao i da je potpuno legitimno razmotriti pitanje diskriminacije.

¹⁵ Republika Srbija je Povelju ratifikovala bez rezervi 30.9.2009. godine

sa ljudima zasnovanu na nekoj karakteristici koja se ne smatra diskriminacijom, pitanje smeštaja za osobe sa invaliditetom, opravdanost različitog postupanja sa ljudima na osnovu starosnog doba, pozitivnu i afirmativnu akciju i dr. Drugi deo Direktive odnosi se na pravna sredstva i sprovođenje principa zabrane diskriminacije u kome su sadržane odredbe o sudskim, administrativnim i drugim procedurama koje treba da budu utvrđene u nacionalnim zakonodavstvima država članica EU, a koje treba da doprinesu sprečavanju i zaštiti od diskriminacije. Posebnu pažnju Direktiva poklanja teretu dokazivanja (ne treba da bude na žrtvi diskriminacije već na tuženom, odnosno drugom licu protiv koga se vodi postupak) i pojmu viktimizacije. Direktiva utvrđuje i na koji način države članice treba da obezbede pridržavanje principa jednakog postupanja sa ljudima, sankcije u slučaju kršenja ovog principa, sprovođenje Direktive i izveštaje koje države članice treba da podnesu Evropskom parlamentu i Savetu.

Direktiva br. 2000/43/EC od 29. juna 2000. godine o sprovođenju principa jednakog postupanja bez obzira na rasno ili etničko poreklo, za razliku od prethodno navedene Direktive, sadrži poseban odeljak koji se odnosi na potrebu da države članice osnuju posebno nezavisno telo za promovisanje jednakog postupanja sa ljudima. U njemu se od država članica zahteva da imenuju neki organ ili više njih za promovisanje jednakog postupanja sa svim ljudima, bez diskriminacije na osnovu rasnog ili etničkog porekla, pri čemu oni mogu biti i sastavni deo organa u kojem je na nacionalnom nivou poverena odbrana ljudskih prava ili zaštita prava pojedinca, najčešće Ombudsmana. Ovlašćenje ovog organa treba da bude: pružanje nezavisne pomoći žrtvama diskriminacije u podnošenju predstavke povodom diskriminacije, s tim da to ne utiče na prava žrtve i udruženja, organizacija ili drugih pravnih lica, sprovođenje nezavisne istrage u vezi sa slučajevima diskriminacije i objavljivanje nezavisnih izveštaja i davanje preporuka o bilo kom pitanju vezanom za diskriminaciju.

2. Zakonodavna rešenja u našoj zemlji

Ustavom Republike Srbije¹⁶ propisana je zabrana diskriminacije. Prema članu 21. pred Ustavom i zakonom su svi jednaki (stav 1) svako ima pravo na jednaku zaštitu bez diskriminacije (stav 2) zabranjena je svaka diskriminacija, neposredna ili posredna, po bilo kom osnovu, a naročito po osnovu rase, pola, nacionalne pripadnosti, društvenog porekla, rođenja, veroispovesti, političkog ili drugog uverenja, imovnog stanja, kulture, jezika, starosti i psihičkog ili fizičkog invaliditeta (stav 3.). U

¹⁶ Službeni glasnik RS br.98/06

istom članu propisano je šta se ne smatra diskriminacijom.

U kontekstu pojma diskriminacije treba pomenuti i odredbe čl. 48. (podsticanje uvažavanja razlika), člana 49. (zabrana izazivanja rasne, nacionalne i verske mržnje), člana 50. (sloboda medija kojim se, između ostalog utvrđuje i mogućnost da nadležni sud može sprečiti širenje informacija i ideja putem sredstva javnog obaveštavanja samo ako je to u demokratskom društvu neophodno radi ,između ostalog, sprečavanja zagovaranja rasne,nacionalne i verske mržnje kojim se podstiče na diskriminaciju,neprijateljstvo i nasilje),kao i čl. 76. i 77. Ustava (zabrana diskriminacije nacionalnih manjina).

Pored Ustava, zabrana diskriminacije propisana je Zakonom o radu¹⁷. Prema članu 18. zabranjena je neposredna i posredna diskriminacija lica koja traže zaposlenje, kao i zaposlenih s obzirom na pol, rođenje, jezik, rasu, boju kože, starost, trudnoću, zdravstveno stanje, odnosno invalidnost, nacionalnu pripadnost, veroispovest, bračni status, porodične obaveze, seksualno opredeljenje, političko ili drugo uverenje, socijalno poreklo, imovinsko stanje, članstvo u političkim organizacijama, sindikatima ili neko drugo lično svojstvo.

Preciznije definisanje diskriminacije i uređenje zaštite od diskriminacije učinjeno je donošenjem Zakona o zabrani diskriminacije¹⁸ koji definiše u članu 2. pojam diskriminacije i diskriminatorsko postupanje, a članom 5. propisuje oblike diskriminacije koji su posebno definisani odredbama 6-13. Zabranjena je diskriminacija u oblasti rada, odnosno narušavanje jednakih mogućnosti za zasnivanje radnog odnosa ili uživanje pod jednakim uslovima svih prava u oblasti rada¹⁹, kao što su pravo na rad, na slobodan izbor zaposlenja, na napredovanje u službi, na stručno usavršavanje i profesionalnu rehabilitaciju, na jednaku naknadu za rad jednake vrednosti, na pravične i zadovoljavajuće uslove rada, na odmor, na obrazovanje i stupanje u sindikat, kao i na zaštitu od nezaposlenosti (član 16). Zabranjena je diskriminacija u pružanju javnih usluga i korišćenju objekata i površina, verska diskriminacija, diskriminacija u oblasti obrazovanja i stručnog osposobljavanja, diskriminacija na osnovu pola, seksualne orijentacije, diskriminacija dece, diskriminacija na osnovu starosnog doba, diskriminacija nacionalnih manjina, diskriminacija zbog političke ili sindikalne pripadnosti,

¹⁷ "Službeni glasnik RS" 24/05

¹⁸ "Službeni glasnik RS" 22/09

¹⁹ U britanskom pravu diskriminacija se može javiti u pogledu zaposlenog kome je prestao radni odnos a nisu izvršene dugovane transakcije ili nije vraćena svojina zaposlenom (S. Deakin, G.S.Morris, Labour law, Oxford and Portland, 2005, str. 642-644) Diskriminacija je moguća i u vezi sa tzv. preporukama poslodavca koje na zahtev ranije zaposlenog dostavlja drugom poslodavcu pri odlučivanju o izboru između tražilaca zaposlenja. Svojevrsan oblik diskriminacije je razmena tzv. crnih lista kako bi poslodavac onemogućio svog ranijeg radnika da se zaposli kod bilo kog drugog poslodavca (B. Kate Repa, Your Rights in the work place, Derkely 2007, str. 390-391)

diskriminacija osoba sa invaliditetom, diskriminacija s obzirom na zdravstveno stanje (članovi 15-27). Po ovom zakonu, lice koje je pretrpelo diskriminaciju može pokrenuti postupak pred Poverenikom (postupak izbora Poverenika, mandat i postupak pred Poverenikom bliže su uređeni odredbama 28 – 40). Sudska zaštita i postupak propisani su odredbama 41- 46 kojima je regulisano ko podnosi tužbu, ko može biti tuženi, predmet tužbenog zahteva, donošenje privremenih mera, teret dokazivanja (koji se u toku parnice „prebacuje“ na tuženog ukoliko tužilac učini verovatnim da je nad njim izvršena radnja diskriminacije), hitnost postupka, dozvoljenost revizije. Odredbe ovog zakona su u potpunosti usklađene sa Direktivama EU.

Osnov zabrane diskriminacije jeste *načelo jednakosti*. Ovo načelo je razrađeno u Zakonu o zabrani diskriminacije (član 4.) kojim je utvrđeno da su svi jednaki i uživaju jednak položaj i jednaku pravnu zaštitu, bez obzira na lična svojstva, te da je svako dužan da poštuje načelo jednakosti odnosno zabranu diskriminacije. Zakon o zabrani diskriminacije izričito prepoznaje sledeća lična svojstva: rasu, boju kože, pretke, državljanstvo, nacionalnu pripadnost ili etničko poreklo, jezik, versko ili političko ubeđenje, pol, rodni identitet, seksualnu orijentaciju, imovno stanje, rođenje, genetsku osobenost, zdravstveno stanje, invaliditet, bračni i porodični status, osuđivanost, starosno doba, izgled, članstvo u političkim, sindikalnim i drugim organizacijama. Međutim, na ovaj način se lista ličnih svojstava ne iscrpljuje. Formulacija: "i drugim stvarnim, odnosno pretpostavljenim ličnim svojstvima" govori da postoje i brojna druga svojstva pojedinca ili grupe, koja kao takva mogu biti osnov za neopravdano pravljenje razlike, nejednako postupanje ili propuštanje odnosno diskriminaciju.

Odredbe o zabrani diskriminacije nalaze se i u drugim (posebnim) zakonima²⁰.

3. Neposredna (direktna) i posredna (indirektna) diskriminacija

Po Zakonu o zabrani diskriminacije neposredna diskriminacija postoji ako se lice ili grupa lica, zbog njegovog odnosno njihovog ličnog svojstva u istoj ili sličnoj situaciji, bilo kojim aktom, radnjom ili propuštanjem, stavljaju ili su stavljeni u nepovoljniji položaj, ili bi mogli biti stavljeni u nepovoljniji položaj (član 6).

Posredna diskriminacija postoji ako se lice ili grupa lica, zbog njegovog odnosno njihovog

²⁰Zakon o zdravstvenoj zaštiti, Zakon o visokom obrazovanju, Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti, Zakon o javnom informisanju, Zakon o radiodifuziji, Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja, Zakon o sprečavanju nasilja i nedoličnog ponašanja na sportskim priredbama, Zakon o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina, Zakon o crkvama i verskim zajednicama, Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom, Zakon o radu, Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, Porodični zakon, Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja

ličnog svojstva, stavlja u nepovoljniji položaj aktom, radnjom, ili propuštanjem koje je prividno zasnovano na načelu jednakosti i zabrane diskriminacije, osim ako je to opravdano zakonitim ciljem, a sredstva za postizanje tog cilja su primerena i nužna (član 7).

Suština direktne diskriminacije jeste razlika u postupanju kojoj su podvrgnuti određeni pojedinci. Zbog toga je prvi uslov za utvrđivanje direktne diskriminacije dokaz o nepovoljnom postupanju. Pri utvrđivanju diskriminacije važno je da se nepovoljno postupanje prema određenoj osobi može uporediti sa postupanjem prema drugoj osobi u sličnoj situaciji. Zadatak pretpostavljene žrtve je da uveri sud da postoje osobe sa kojima se povoljnije postupilo ili bi se povoljnije postupilo, a da je pri tome jedina razlika između njih pravno zaštićena osnova. Kod pravno zaštićene osnove potrebno je uspostavljanje uzročne veze između nepovoljnog postupanja i pravno zaštićene osnove. Za zadovoljavanje tog kriterijuma dovoljno je pitanje: Da li bi se sa određenom osobom nepovoljnije postupilo da je bila drugog pola, rase, dobi ili u različitom položaju po bilo kojoj drugoj zaštićenoj osnovi? Ako je odgovor potvrđan, tada je jasno da je uzrok nepovoljnog postupanja navedena osnova.

Prema pravu Evropske Unije i pravu Evropskog suda za ljudska prava diskriminacija ne mora proizilaziti samo iz različitog postupanja prema osobama u sličnoj situaciji, već i iz istog postupanja sa osobama u različitoj situaciji. Potonje postupanje se naziva posrednom diskriminacijom jer se ne razlikuje postupanje već njegovi učinci koji se različito odražavaju na ljude sa različitim funkcijama.

Prvi uslov za utvrđivanje posredne diskriminacije je postojanje neutralnog pravila, kriterijuma ili prakse koje se primenjuje na sve.

Drugi uslov za utvrđivanje posredne diskriminacije je da naizgled neutralno pravilo, kriterijum ili praksa stavlja „zaštićenu skupinu“ u nepovoljan položaj. Ovde se posredna diskriminacija razlikuje od direktne jer je usredsređena na različite posledice, a ne na različito postupanje.

Prema Evropskom sudu za ljudska prava, različito postupanje sa osobama u relativno sličnim situacijama je diskriminirajuće ako za njega nema objektivnog i razumnog opravdanja; drugim rečima ako se njime ne postiže legitiman cilj ili ako nema razumnog odnosa srazmernosti između korišćenih sredstava i cilja koji se želi postići²¹. Kako bi se opravdalo različito postupanje mora se dokazati da određeno pravilo ili praksa ima legitiman cilj i da su sredstva za postizanje tog cilja odnosno mera koja je dovela do različitog postupanja primerena i nužna. Da bi se utvrdilo da li je različito postupanje primereno sud se mora uveriti da nema drugog načina za postizanje cilja koji bi manje zadirao u pravo na jednako postupanje. Drugim rečima, da je stavljanje pojedinca u nepovoljan položaj najmanja

²¹ ESLJP, Burden protiv UK (GC) br.13378/o5,29.4.2008.

moguća šteta nužna za postizanje željenog cilja i da je cilj koji se želi postići dovoljno važan da bi opravdao takvo zadiranje²².

4. Primeri iz prakse Evropskog suda za ljudska prava i Evropskog suda pravde

U predmetu Luczak protiv Poljske²³, francuski poljoprivrednik koji je živio i radio u Poljskoj, žalio se što mu je odbijen pristup posebnom sistemu socijalnog osiguranja u Poljskoj, uspostavljenom za podršku isključivo poljskih poljoprivrednika, a bez prava na pristup stranih državljana. Evropski sud za ljudska prava zaključio je da je podnosilac zahteva bio u uporedivoj situaciji sa poljskim poljoprivrednicima koji su imali pravo na korišćenje povlastica navedenog sistema jer je imao stalni boravak u Poljskoj gde je plaćao poreze kao i domaći državljani, doprinoseći tako finansiranju sistema socijalnog osiguranja i jer je i ranije učestvovao u obaveznom sistemu socijalnog osiguranja.

U predmetu Richards²⁴ osoba koja se podvrgla operaciji promene pola iz muškog u ženski je podnela zahtev za penziju na svoj 60-ti rođendan odnosno u dobu u kom žene ostvaruju pravo na penziju u Ujedinjenom Kraljevstvu. Vlasti su odbile njen zahtev tvrdeći da se sa podnosiocem ovog zahteva nije postupilo nepovoljnije u odnosu na druge osobe u sličnoj situaciji. Vlasti su tvrdile da je u ovom slučaju pravo poređenje „muškarac“ jer je podnosilac zahteva većinu života proveo kao muškarac. Evropski sud pravde presudio je da bi pravilno poređenje trebala biti „žena“ jer je domaćim zakonodavstvom pojedincima omogućena promena pola. Prema tome, prema podnosiocu ovog zahteva se nepovoljnije postupilo nego prema drugim ženama jer joj je nametnuto više godina za penziju.

U predmetu Maruco²⁵, homoseksualni par je stupio u životnu zajednicu. Posle smrti partnera, podnosilac predstavke je od društva koje je vodilo pokojnikovo penziono osiguranje tražio porodičnu penziju. Njegov zahtev je odbijen jer se porodične penzije isplaćuju samo bračnim drugovima a podnosilac nije bio u braku sa pokojnikom. Evropski sud pravde zaključio je da se zbog uskraćivanja porodične penzije sa podnosiocem predstavke postupilo nepovoljnije u odnosu na poređenje sa „venčanim parovima“. Dalje je smatrao da je institucija životne zajednice u Nemačkoj, životnim i

²² Filip Lič: Obraćanje Evropskom sudu za ljudska prava, Beogradski centar za ljudska prava, misija OEBS u Srbiji, Beograd 2007, str. 351

²³ ESLJP, Luczak protiv Poljske (br.77782/01) 27.11.2007.

²⁴ ESLJP, Richards protiv Ministarstva rada i penzionog osiguranja, premet C - 423/04 (2006) ECR I - 3585, 27.4.2006.

²⁵ ESP, Maruco v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, predmet C - 267/06 (2008) ECR I - 1757, 1.4.2008.

bračnim partnerima nametnula mnoga jednaka prava i obaveze naročito u pogledu državnog penzionog sistema. Zbog toga je zaključio da su u konkretnom slučaju partneri u životnoj zajednici u sličnoj situaciji sa bračnim drugovima. U ovom slučaju je došlo do diskriminacije na osnovu polnog usmerenja.

U predmetu Coleman²⁶ majka je tvrdila da se s njom nepovoljno postupa na poslu zbog invaliditeta njenog sina. Zbog invaliditeta svog sina majka je kasnila na posao i tražila godišnji odmor u skladu sa sinovljenim potrebama. Njeni zahtevi su odbijeni i zaprečeno joj je otkazom a to je praćeno uvredljivim komentarima na račun zdravstvenog stanja sina. Evropski sud pravde je prihvatio kao poređenje njene kolege sa decom na sličnim radnim mestima i zaključio je da kada su to tražili bila im je omogućena fleksibilnost. Sud je prihvatio da se u ovom slučaju radi o diskriminaciji i uznemiravanju po osnovu detetovog invaliditeta.

U predmetu Weller protiv Mađarske²⁷ državljanka Rumunije je bila udata za državljanina Mađarske sa kojim je imala četvero dece. Nije imala pravo da traži naknadu nakon porođaja jer nije bila mađarska državljanka. Zbog toga je njen suprug pokušao da traži tu naknadu ali su ga vlasti odbile navodeći da se takva naknada isplaćuje samo majkama. Evropski sud za ljudska prava smatrao je da je otac diskriminisani po osnovu očinstva (ne pola) jer su i usvojiooci i staraoci muškog pola za razliku od bioloških očeva imali pravo tražiti naknadu. Zahtev su uložila i deca koja su tvrdila da su diskriminisana po osnovu uskraćivanja naknade njihovom ocu, što je Evropski sud za ljudska prava takođe prihvatio. Deca su bila diskriminisana po osnovu statusa roditelja kao biološkog oca.

U predetu P. protiv S. i regionalnog veća Cornwall²⁸ podnosilac predstavke je bila u postupku podvrgavanja operacije promene pola iz muškog u ženski kada je od poslodavca dobila otkaz. Evropski sud pravde našao je da je taj otkaz predstavljao nepovoljno postupanje. Istakao je da kada neko dobije otkaz na osnovu namere podvrgavanja ili nakon podvrgavanja operaciji promene pola s njom / s njim se nepovoljno postupa u poređenju sa drugima onog pola kojim se smatra da dotična osoba pripada pre podvrgavanja operaciji.

²⁶ ESP, Coleman v. Attridge Law & Steve Law, predmet C - 303/06 (2008) I 5603, 17.7.2008.

²⁷ ESLJP, Weller v. Hungary (br. 4439/05), 31.3.2009.

²⁸ ESP, P. Protiv S. i regionalnog veća Cornwall, predmet C- 13/94 (1996) ECR I - 2143, 30.4.1996.

U predmetu Komisija protiv Francuske²⁹ Evropski sud pravde je smatrao da u određenim okolnostima nije nezakonito ako se određena radna mesta primarno namene muškarcima (na primer u muškim zatvorima ili ženama u ženskim zatvorima). Međutim, ovakav izuzetak se može koristiti samo za poslove za koje je važno da je osoba određenog pola. U ovom slučaju, francuske vlasti su želele sačuvati deo radnih mesta za muškarce zbog moguće potrebe za primenom sile nad potencijalnim zatvorenicima u neredima, uz druge dužnosti koje su mogli vršiti isključivo muškarci. Iako je Evropski sud pravde u načelu prihvatio argumente, francuske vlasti nisu udovoljile zahtevu transparentnosti u pogledu konkretnih aktivnosti koje je trebalo da obavljaju isključivo muškarci. Iznošenje opštih stavova o polnoj primerenosti nije bilo dovoljno.

U predmetu Munoz Diaz protiv Španije³⁰ podnositeljka je stupila u brak prema romskim običajima, koji nije ispunjavao zahteve domaćeg zakonodavstva pa formalno brak i nije bio sklopljen. Uprkos tome, vlasti su podnositeljku tretirale kao udatu ženu prilikom izdavanja dokumenata, poreskih olakšica i evidentiranja njihove „knjige porodice“. Nakon smrti supruga podnositeljka je od države zatražila porodičnu penziju što je odbijeno sa obrazloženjem da prema domaćem zakonu nije bila službeno udata. Evropski sud za ljudska prava je utvrdio da s obzirom da je država tretirala podnositeljkin brak kao valjan, ona se može uporediti sa ostalim bona fide suprugama (onima koje iz tehničkih razloga nisu bile službeno udate, ali su verovala da jesu) a imale su pravo na porodičnu penziju. Iako je Evropski sud za ljudska prava ustanovio da nije bilo diskriminacije u odbijanju da se brak prizna, do diskriminacije je došlo u odbijanju da se podnositeljka tretira poput ostalih bona fide supruga i da joj se dodeli porodična penzija.

Belgija će odlukom Evropske komisije završiti pred sudom pravde zbog diskriminacije radnika koji žele da rade u lokalnoj samoupravi, a pritom se nisu školovali na holandskom, nemačkom ili francuskom jeziku. Ovo naročito važi za regione u Belgiji u kojima se govori francuski i nemački jezik kao i u briselskom regionu. Problem je nastao zbog odluke belgijskih vlasti da kao dokaz o znanju jezika isključivo priznaju sertifikate koje izdaje belgijska služba za regrutovanje kadrova u administraciji (SELOR). Evropska komisija je navela da je ovaj belgijski propis diskriminatorski i krši evropske propise o slobodnom kretanju radnika. Reagujući na žalbe holandskih građana komisija je tražila da Belgija ukine ovaj diskriminatorski osnov za zapošljavanje i da se uskladi sa evropskim

²⁹ ESP, Komisija protiv Francuske, premet 318/86 (1988) ECR 3559, 30.6.1988.

³⁰ ESLJP Munoz Diaz protiv Španije (br.49151/07) 8.12.2009.

zakonima. Prema presudi suda pravde iz 2000. godine poslodavci imaju pravo da zahtevaju određeni nivo znanja jezika i da traže diplomu kao dokaz. Međutim, činjenica da nije moguće dokazati znanje jezika na neki drugi način, naročito ako je radnik dobio sličnu diplomu u nekoj drugoj članici je primer diskriminacije na osnovu nacionalnosti³¹.

Veliki Senat Evropskog suda za ljudska prava je presudom od 26.06.2012. godine u slučaju Kurić i drugi protiv Slovenije³² potvrdio da je Republika Slovenija kršila prava izbrisanih i to član 8 (pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života) i član 13 (pravo na delotvorni pravni lek) Evropske konvencije o ljudskim pravima. Time je sud potvrdio presudu u prvom stepenu i uz to konstatovao kršenje člana 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima (zabrana diskriminacije) koju je Slovenija učinila tako što je prilikom sticanja nezavisnosti (1990. godine) izbrisala iz registra stalnih stanovnika lica bez slovenačkog državljanstva. "Izbrisani" kao nekadašnji državljani SFRJ su tretirani lošije od osoba koje su tada imale status stranaca.

U presudi Oršuš i drugi protiv Hrvatske³³ utvrđena je diskriminacija Roma. Podnosioci predstavke žalili su se da su bili žrtve rasne diskriminacije kada su odvojeni od druge dece pohađali nastavu u razredu predviđenom samo za Rome, zbog čega su uskraćeni u pedagoškom, psihološkom i emotivnom smislu te dovedeni u nepovoljniji položaj. Po oceni suda, privremeno raspoređivanje dece u posebno razredno odeljenje na osnovu njihovog nedovoljnog poznavanja jezika kao takvo nije automatski protivno članu 14. Konvencije. Moglo bi se reći da bi u određenim okolnostima takvo raspoređivanje služilo ostvarenju legitimnog cilja prilagođavanja obrazovnog sistema specifičnim potrebama dece. Međutim, kada takva mera nesrazmerno ili čak, kao što je to slučaj u ovom predmetu, isključivo pogađa određenu etničku grupu, tada treba uspostaviti odgovarajuće garancije. U ovom slučaju nije postojala jasna i konkretna pravna osnova za raspoređivanje dece koja nisu dovoljno dobro poznavala hrvatski jezik u posebna razredna odeljenja. Vlada nije dokazala da se ta praksa primenjivala i u odnosu na neke druge učenike koji nisu dovoljno dobro poznavali hrvatski jezik, u nekom drugom delu Hrvatske, a ne samo u odnosu na romsku decu u nekoliko škola u Međimurju, uključujući i dve škole o kojima je ovde reč. Dakle, za osporavane mere teško se može reći da su deo uobičajene i opšte prakse uvedene sa ciljem rešavanja problema dece koja ne poznaju dovoljno hrvatski jezik. Osim toga,

³¹ <http://www.euractiv.rs/ljudskaprava/>

³² ESLJP Kurić i drugi protiv Slovenije, 26828/06 od 26.12.2012.

³³ ESLJP, Oršuš i drugi protiv Hrvatske, 15766/03 od 16.3.2010.

testiranja provedena radi donošenja odluke o raspoređivanju učenika u isključivo romska razredna odeljenja nisu posebno namenjena za testiranje znanja hrvatskog jezika kod dece. U ovom predmetu nije obavljeno nikakvo posebno testiranje poznavanja hrvatskog jezika od strane podnosilaca zahteva već je ono osmišljeno za potrebe testiranja opšteg psiho-fizičkog stanja dece.

U predmetu Sejdić i Finci protiv Bosne i Hercegovine³⁴ utvrđeno je da su podnosioci predstavke zbog nemogućnosti da se kao pripadnici romske, odnosno jevrejske nacionalne manjine kandiduju za članove Doma naroda parlamentarne skupštine i Predsedništva BiH, a na osnovu odredaba odeljaka IV i V Ustava BiH koje predviđaju da se u ove državne organe mogu kandidovati samo pripadnici hrvatskog, bošnjačkog ili srpskog naroda.

Ustav BiH predstavlja aneks IV Dejtonskog mirovnog sporazuma donetog 1995. godine u cilju prestanka ratnih dejstava na prostoru BiH i uspostavljanje mira i stabilnosti u tom regionu. Njime je uspostavljena tripartitna struktura vlasti zasnovana na ravnoteži snaga između Hrvata, Bošnjaka i Srba koji su Ustavom proglašeni "konstitutivnim narodima" i time im je dato isključivo pravo kandidature za Dom naroda parlamentarne skupštine i Predsedništvo BiH. U odeljku II Ustava BiH u kome se garantuju ljudska prava i slobode, navodi se direktna primenljivost EKLJP i prioritet Konvencije i Protokola nad ostalim zakonima.

BiH je 2002. godine postavši članica Saveta Evrope preuzela obavezu da izmeni izbornu zakonodavstvo koje diskriminiše pripadnike nacionalnih manjina.

Prema mišljenju suda ne postoji razumno i objektivno opravdanje za održavanje na snazi postojećih odredaba kojima se čini diskriminacija. Sud je ponovio da se diskriminacija čini u onim slučajevima gde se pravi razlika među ljudima "bez razumnog i objektivnog opravdanja" odnosno kada u konkretnim slučajevima ne postoji "legitiman cilj" niti "odnos srazmernosti između upotrebljenih sredstava i cilja koji se želi postići" sud je takođe ponovo naglasio da je razlikovanje na osnovu nečijeg etničkog porekla posebno težak oblik rasne diskriminacije koji zahteva naročitu pažnju i angažovanje državnih organa u njenom sprečavanju.

Presuda protiv Srbije zbog diskriminacije je doneta u predmetu Milanović protiv Srbije³⁵. U ovom slučaju podnosilac pritužbe je bio izložen fizičkim napadima zato što je pripadnik zajednice Hari Krišna a nadležni organi nisu uspeli da ga od tih napada zaštite niti da otkriju i kazne napadače.

³⁴ ESLJP, Sejdić i Finci (br. 27996/06 i 34836/06) 22.12.2009.

³⁵ ESLJP 44614/07 od 14.12.2010.

Povodom žalbe koja se odnosila na diskriminaciju podnosilac predstavke je istakao da država nije sprovela odgovarajuću istragu zbog njegove verske pripadnosti. Po oceni suda, isto kao i u slučaju rasno motivisanih napada, prilikom istrage nasilnih događaja državni organi imaju dodatnu dužnost da preduzmu sve opravdane korake da otkriju svaki verski motiv i da utvrde da li je u takvim događajima verska mržnja ili predrasuda možda imala neku ulogu. Doduše, dokazivanje takve motivacije može biti teško u praksi. Sud smatra da je neprihvatljivo što su, iako svesni da su predmetni napadi najverovatnije bili motivisani verskom mržnjom, organi tužene države dozvolili da istraga traje mnogo godina bez preduzimanja odgovarajućih radnji radi identifikacije ili kažnjavanja počilaca.

5. Nedosledna sudska praksa

U više svojih odluka Evropski sud ističe da on ne predstavlja "četvrti stepen suđenja" naglašavajući da nacionalno pravo primenjuju i tumače države članice i da zato sud po pravilu "neće ulaziti" u njihovo preispitivanje. Sud uzima u obzir primenu pravila nacionalnog prava pri celokupnoj oceni da li je postupak bio pošten, i u slučaju da zaključi da je primena od strane sudova ili drugih državnih organa, bila očigledno proizvoljna (arbitrarna) utvrdiće povredu prava koja su zajemčena Konvencijom. Zbog toga Evropski sud smatra da očigledno neujednačena pravna praksa dovodi u pitanje pravo na pravično suđenje. Osnovni principi koje Evropski sud ima prilikom razmatranja predstavke u vezi pravičnog suđenja u svim pa i u radnim sporovima detaljno su navedeni u predmetu "Vučković":

1. Nije uloga suda da se bavi činjeničnim ili pravnim greškama koji navodno učine nacionalni sudovi osim u onoj meri u kojoj su ugrožena prava zaštićena Konvencijom. Tako npr. nije zadatak suda da upoređuje različite odluke domaćih sudova donete u sličnim postupcima s obzirom da se nezavisnost ovih sudova mora poštovati.

2. Postojanje protivurečnih sudskih odluka je stalna karakteristika pravnih sistema koji se zasnivaju na mreži prvostepenih i žalbenih sudova sa nadležnošću na određenoj teritoriji. Takve razlike mogu se javiti u okviru samog suda ovo se samo po sebi ne može smatrati nesaglasnim sa Konvencijom.

3. Odlučujući kriterijum za sud prilikom ocene da li su protivurečne odluke različitih domaćih sudova donete u posebnoj instanci u saglasnosti sa pravom na pravično suđenje prema članu 6. stav 1. Konvencije sastoji se u ustanovljenju da li postoje "duboke i dugotrajne razlike u sudskoj praksi

domaćih sudova i da li domaće pravo predviđa mehanizam za prevazilaženje ovih razlika, te da li se taj mehanizam primenjuje i sa kojim dejstvom.

4. Ocena suda zasniva se i na principu pravne sigurnosti koji je implicitno sadržan u svim članovima Konvencije i predstavlja suštinski aspekt vladavine prava.

5. Princip pravne sigurnosti garantuje određenu stabilnost i doprinosi poverenju javnosti u sudove. Opstajanje protivurečnih sudskih odluka sa druge strane može dovesti do pravne nesigurnosti koja bi verovatno dovela do umanjenja poverenja javnosti u pravni sistem, pri čemu je jasno da je takvo poverenje jedan od suštinskih elemenata države koja se zasniva na vladavini prava.

6. Međutim, zahtev za pravnom sigurnošću i zaštitom poverenja javnosti ne treba smatrati stečenim pravom na konzistentnost sudske prakse. Razvoj sudske prakse nije sam po sebi protivurečan primeni pravde jer propust da se održi dinamičan i razvojni pristup može dovesti do rizika da se ne sprovedu potrebne reforme ili poboljšanja" (Vučković i 29 drugih slučajeva protiv Srbije predstavka 17153/11 i dr).

U slučaju Beian, Evropski sud je utvrdio da visoki stepen neujednačenosti presuda Rumunskog kasacionog suda vređa zahteve pravne sigurnosti odnosno člana 6. Ovaj stav je "blago modificiran" u slučaju Schwarzkopf, pa povreda u sličnim okolnostima nije nađena, što je obrazloženo okolnošću da je u međuvremenu u kasnije rešavanim predmetima tumačenje prava stabilizovano.

U materiji radnog prava sud je utvrdio postojanje nedosledne sudske prakse i povredu člana 6. stav 1. EK u dve velike grupe predmeta: isplate plata policajaca koji žive i rade na Kosovu i Metohiji i izvršenja sporazuma letачkog osoblja posle okončanog štrajka.

Policajci su podneli tužbe radi isplate uvećane zarade smatrajući da kao zaposleni koji žive i rade na Kosovu imaju pravo na dvostruku platu u skladu sa zaključcima Vlade Srbije od 24.januara 2000. godine i 17.jula 2003. godine. U početnoj fazi primene prava prvostepeni sud je usvajao tužbene zahteve tužilaca. Drugostepeni sud je imao protivurečnu praksu: jedno veće je potvrđivalo prvostepene odluke (sa usvojenim tužbenim zahtevom), dok je drugo veće prvostepene presude ukidalo ili preinačavalo i tužbene zahteve odbijalo. U takvoj situaciji (isto činjenično stanje) sudska praksa žalbenog suda je očigledno nedosledna. Evropski sud je utvrdio povredu prava na pravično suđenje zbog nedosledne prakse drugostepenog suda i obavezao državu da podnosiocima predstavke isplati nematerijalnu štetu.

U drugoj masovnoj grupi radnih sporova (letачkog osoblja) sudska praksa drugostepenog suda je takođe bila protivurečna i nedosledna i Evropski sud je utvrdio povredu člana 6. stav 1. EK (predmet

Vinčić i drugi protiv Srbije).

U toj odluci Evropski sud primećuje da "sudska praksa" nije obavezujući izvor prava u Srbiji, ali da protivurečna tumačenja suda iste nadležnosti – praksa okružnog suda smanjuje poverenje javnosti u pravosuđe, pa je "predmetna sudska nesigurnost sama po sebi lišila pravičnost suđenja pred okružnim sudom zbog čega je došlo do povrede člana 6. stav 1. EK". Za razliku od predmeta policajaca u kojima je priznata naknada nematerijalne štete u iznosu od po 3.000 evra u ovom predmetu Evropski sud nije dosudio naknadu nematerijalne štete priznajući podnosiocima predstavke samo pravo za naknadu troškova.

Iz citiranog stava (Vučković) koji je suštinski prisutan i u drugim odlukama proizilazi da Evropski sud insistira na jednakosti u primeni prava za sva lica koja se nađu u istoj činjeničnoj i pravnoj situaciji, to jest na jednobraznoj sudskoj praksi koja vodi pravnoj sigurnosti i poverenju u sudski sistem; da je nužno naći mehanizam usaglašavanja; i da se sudska praksa može izuzetno menjati u situaciji koje su izuzetno opravdane i koje su korisne za sve. Njena izmena u odmakloj fazi nije moguća³⁶.

6. PRIMERI IZ DOMAĆE SUDSKE PRAKSE:

6.1. Diskriminacija nacionalnih manjina

Tuženi je obavezan da u jednom dnevnom listu o svom trošku objavi javno izvinjenje diskriminiranim tužiocima sledeće sadržine: „, tuženi se izvinjava tužiocima zato što su određenog dana isključivo zbog pripadnosti romskoj etničkoj zajednici bili sprečeni od strane radnika tuženog u svojoj nameri da uđu na bazen tuženog“. Tuženi je obavezan da prilikom daljeg obavljanja svoje redovne poslovne delatnosti prestane sa povredom prava ličnosti tužilaca u vidu njihove diskriminacije prilikom prijema u taj objekat.

Po oceni sudova³⁷ tužbeni zahtev tužilaca je osnovan jer je došlo do povrede prava ličnosti tužilaca zbog čega su ispunjeni uslovi iz člana 157. ZOO, prema kom svako ima pravo zahtevati od suda ili drugog nadležnog organa da naredi prestanak radnje kojom se povređuje integritet ljudske

³⁶ P. Trifunović: "Pravično suđenje u radno-socijalnim sporovima" Bilten Vrhovnog kasacionog suda 1/2013, Intermex, Beograd 2013, str. 294-297

³⁷ Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev 229/04 od 21.04.2004. godine

ličnosti, ličnog i porodičnog života i drugog prava njegove ličnosti. Svi ljudi imaju pravo na zaštitu prava ličnosti bez razlike na rasu, boju, nacionalno ili etničko poreklo. Sva mesta i službe namenjene javnoj upotrebi svima moraju biti dostupna na jednak način. Diskriminacija po bilo kom osnovu vređa ljudsko dostojanstvo čije su komponente čast, ugled, lični integritet i slično i takva povreda prava ličnosti uživa sudsku zaštitu.

6.2. Diskriminacija osoba sa invaliditetom

Primer 1

Tužilja koja je slepa osoba i stara 77 godina je sa pratiocem (ćerkom) putovala autobusom iz jednog grada u drugi. Po ulasku u autobus vozač je insistirao da tužilje plate punu cenu karte iako su ga obavestile da je prvotužilja slepa osoba koja poseduje knjižicu za povlašćenu vožnju invalidnog lica za određenu godinu na osnovu koje ima pravo na cenu karte umanjenu za 75% od njene vrednosti a njen pratilac na besplatnu vožnju. Došlo je do rasprave u kojoj je vozač prvotužilji rekao: "šta ćeš ti stara da se švercuješ sram te bilo" i insistirao da obe napuste autobus ako ne žele da kupe karte po punoj ceni, te da će da pozove policiju. Ostali putnici u autobusu koji su slušali raspravu takođe su zatražili od tužilja da plate punu cenu karte ili izađu da bi autobus krenuo. Ovakvo ponašanje vozača imalo je za posledicu da su svi putnici smatrali da su tužilje osobe koje žele da se švercuju. Zbog nastale neprijatne situacije, ponižavajuće po tužilje, obe su kupile kartu po punoj ceni. Po povratku iz drugog grada nisu ni pokušale da koriste knjižicu za povlašćenu vožnju i kupile su karte po punoj ceni.

Po oceni suda³⁸, radnik tuženog je na opisani način ponizio tužilje pred većim brojem lica i na taj način izazvao netrpeljivost svih putnika autobusa prema osobi sa invaliditetom i njenom pratiocu. Tuženi je obavezan da tužiljama naknadi nematerijalnu štetu po osnovu pretrpljenih duševnih bolova zbog povrede časti i ugleda.

Primer 2

Tužilac je podneo tužbu protiv tuženog radi utvrđenja da je prema njemu tuženi diskriminatorски postupio u postupku prijavljivanja građana koji imaju pravo na besplatne akcije i novčanu naknadu tako što je onemogućio njegovu prijavu upisa u tu evidenciju zbog njegove

³⁸ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev 3602/10 od 16.12.2010.godine

invalidnosti i radi zabrane tuženom da postavlja posebne uslove tužiocu kao osobi sa invaliditetom za upis ovog prava i prijavu upisa u evidenciju.

Prema utvrđenom činjeničnom stanju tužilac ima telesno oštećenje u visini od 100% zbog oduzetosti nogu, ima dijagnozu „k.s.“, nema mogućnost govora i pisanja, nije lice lišeno poslovne sposobnosti niti je nad njim produženo roditeljsko staranje. Državljanin je RS, ima i prijavljeno prebivalište, poseduje važeću ličnu kartu. Kada je u pratnji oca došao u poštu radi upisa u evidenciju građana koji imaju pravo na novčanu naknadu i besplatne akcije, službenici tuženog su odbili da izvrše taj upis upućujući ih u druge pošte koje su zadužene za vršenje upisa u ovu evidenciju građana koji su lišeni poslovne sposobnosti ili nad kojima je produženo roditeljsko pravo, iako im je otac tužioca objasnio da to nije slučaj, već da se radi o licu koje nije lišeno poslovne sposobnosti niti je nad njim produženo roditeljsko pravo te da tužilac može da se potpiše otiskom prsta. Tuženi su odbili da izvrše ovaj upis a sudovi su zaključili da je tužena diskriminatorски postupila u odnosu na tužioca tako što je isključivo zbog njegovih invaliditeta, odnosno činjenice da se kreće uz pomoć invalidskih kolica i da nema mogućnost govora i pisanja odbila da prihvati njegovu prijavu za upis iako je tužilac ispoljavao sve predviđene uslove zbog čega mu se po oceni sudova moralo omogućiti da potpiše prijavu za upis u ovu evidenciju stavljanjem otiska prsta.

6.3. Diskriminacija po osnovu seksualne orijentacije

Primer 1

Na sajtu tuženog je u okviru određene rubrike objavljen tekst autora potpisanog određenim inicijalima pod nazivom: „Biću gej ikona“. Tekst predstavlja intervju sa učesnikom jednog kviza u kome je on govorio o svojoj seksualnoj opredeljenosti i homoseksualnosti. Na ovaj tekst zainteresovana lica su ostavljala komentare na sajtu pod različitim naslovima koji po svojoj sadržini, po oceni sudova³⁹ predstavljaju govor mržnje usmeren prema LGBT osobama. Komentari su objavljeni na internet izdanju tuženih iako na sajtu ovog tuženog postoji upozorenje da komentari koji sadrže vređanje, nepristojan govor, rasnu i nacionalnu mržnju i netoleranciju svake vrste neće biti objavljeni, te da je govor mržnje zabranjen na njihovom portalu. Ovi komentari koji, između ostalih, sadrže i navode kao što su: „zatvoriti u geto“ „streljati ih“ i slično predstavljaju vređanje osoba LGBT populacije i

³⁹ Presuda Apelacionog suda u Beogradu Gž.7097/12 od 06.11.2012. godine

podsticanje mržnje i nasilja prema njima. Sloboda javnog informisanja, ograničena je zabranom objavljivanja ideja i mišljenja kojima se podstiče diskriminacija. Činjenica da su komentari skinuti sa sajta, tužene ne oslobađa odgovornosti, jer je moderator sajta bio dužan da spreči njihovo objavljivanje. Zabrana govora mržnje nije cenzura prave slike društva jer je cilj zbog koga je ustanovljena sprečavanje prenošenja i pronosjenja ideja koje mogu imati nesagledive štetne posledice na demokratske procese u društvu i razvoj društva u celini.

Primer 2

Sličan slučaj ovakve diskriminacije nalazi se i u slučaju⁴⁰ u kom je utvrđeno diskriminatorsko ponašanje tuženog zbog teškog oblika diskriminacije na osnovu seksualnog opredeljenja koju je izvršio tako što je određenog dana objavio tekst na određenom sajtu u kome je izneo svoje stavove o homoseksualcima i paradi ponosa. Naveo je da smatra da se radi o pogrešnom polnom usmerenju koje nije normalno i nije odraz duševnog i telesnog zdravlja, da smatra da je pripadnicima LGBT grupe potrebna pomoć psihijatra i psihologa. Po oceni suda, po opšte ustanovljenim normama definiciju govora mržnje predstavlja svaka komunikacija koja omalovažava osobu ili grupu na osnovu nekih karakteristika kao što su rasa, boja kože, etnička i nacionalna pripadnost, pol, seksualna orijentacija, religija i druge karakteristike. Po zakonu govor mržnje je svaki govor, gest, ponašanje, pisanje ili prikazivanje koji je zabranjeno jer ne sme da podstiče nasilje i predrasude protiv zaštićenog pojedinca ili grupe ili zato što omalovažava i zastrašuje zaštićenog pojedinca ili grupu. Lično svojstvo određenog lica odnosno pripadnost određenoj „ranjivoj“ grupi je od suštinskog značaja za određivanje pojma govora mržnje. Poruka izražena u govoru mržnje usmerena je uvek na lično svojstvo ili specifičnosti svojstva ugrožene grupe i ta lična svojstva između ostalih je i seksualna orijentacija. Iznetim stavovima u tekstu tuženog, tuženi je prekršio zabranu govora mržnje predstavljajući istopolnu seksualnu orijentaciju kao bolest i kao nešto „nenormalno“ i putem javnog glasila.

6.4. Redovan sud nije nadležan da ocenjuje da li su pojedine odredbe opšteg akta u skladu sa ustavnim načelom nediskriminacije

Nižestepenim presudama⁴¹ utvrđeno je da je propisivanjem pravila iz određene odredbe

⁴⁰ Pravnosnažna presuda Prvog osnovnog suda u Beogradu P 20182/11 od 25.04.2012.godine

⁴¹ Presuda Apelacionog suda u Beogradu Gž 7097/12 od 06.11.2012. godine, presuda Prvog osnovnog suda u Beogradu P

Pravilnika tuženog kojom je utvrđeno da naknada troškova uloženi za obuku i razvoj fudbalske igračice, koji isplaćuje klub ženskog fudbala za prelazak fudbalske igračice iznosi 15% od naknade koju isplaćuje klub muškog fudbala za prelazak fudbalskog igrača, tuženi izvršio diskriminaciju ženskih fudbalskih klubova po osnovu pola njihovih igračica i naloženo tuženom da ukloni navedenu diskriminatornu odredbu i objavljivanje ove presude u jednom dnevnom listu sa nacionalnim tiražom o sopstvenom trošku.

Po oceni Vrhovnog kasacionog suda⁴² nižestepeni sudovi nisu ocenili pravnu prirodu navedenog akta koji je doneo Odbor tuženog, odnosno, da li se radi o opštem aktu tuženog ili o pojedinačnom pravnom aktu ili drugoj odluci tuženog.

Ukoliko se radi o Pravilniku kao opštem aktu tuženog koji je autonomni izvor prava i koji je objavljen na propisani način, ocenu njegove saglasnosti sa Ustavom i zakonom, odnosno da li su njegove klauzule iz određenog člana diskriminatorne - daje Ustavni sud, a ako se radi o pojedinačnom pravnom aktu – odluci Odbora tuženog, zaštita se može ostvarivati po pravilima parničnog postupka samo ako je došlo do radnje od koje pretila diskriminacija, izvršenja radnje diskriminacije ili se zahteva zabrana ponavljanja radnje diskriminacije, odnosno uklanjanje ovog akta tuženog. Međutim, ako je u pitanju objavljeni opšti akt tuženog ne može se zahtevati građanskopravna zaštita, posebno se ne može zahtevati utvrđenje da je takav akt suprotan zakonu (članu 34. stav 2. Zakona o ravnopravnosti polova) jer se ovakva ustavnopravna zaštita ostvaruje pred Ustavnim sudom.

6.5. Diskriminacija na radu- radnom mestu

Primer I

Tužilac i tuženi su bili zaposleni u istom preduzeću - agenciji. Tužilac se početkom 2010. godine izjasnio o svojoj seksualnoj orijentaciji i stavio tuženom do znanja da je homoseksualac. Od tada pa na dalje tuženi se u više navrata tužiocu obraćao rečima „pederčino“. U periodu u kome se to dešavalo tužilac je imao napade (tresao se i gubio svest) pa su prisutni smatrali da su u pitanju epileptični napadi. Prema nalazu i mišljenju veštaka, opisani napadi kod tužioca su bili nalik na epileptične ali se radi o psihogenim konvulzijama - gubitku svesti do čega je dolazilo kada u provokativnim konfliktogenim situacijama tužilac nije uspevao da racionalno obradi traumatsku

24416/11 od 05.12.2011. godine

⁴² Rešenje Vrhovnog kasacionog suda Rev.647/2013 od 25.07.2013.godine

situaciju koja intenzivira nerazrešen i nepodnošljiv psihički konflikt pa dolazi do slabljenja odbrane i ispoljavanja navedenih psihogenokonverzovanih fenomena u vidu psihogenih konvulzija - gubitka svesti. Zbog izraženih poteškoća u socijalnom i psihoseksualnom funkcionisanju tužilac se obraćao za stručnu pomoć psihijatru i psihologu u periodu pre i posle ovih događaja u svrhu jačanja adaptivnih potencijala i razvoja funkcionalnih obrazaca ponašanja uz smanjenje ankcioznosti, depresivnosti, neurovegetativne prenadraženosti i boljeg uvida u svoja intrapsihička zbivanja i u svrhu jačanja funkcionalnih obrazaca ponašanja u socijalnom okruženju. Navedeno ponašanje tuženog tužilac je doživio kao frustrirajuće jer je tuženi na pežorativan način govorio o njegovoj istopolnoj seksualnoj orijentaciji pa je kod njega došlo do reaktiviranja psihičke napetosti i ozlojeđenosti jer je bio ponižavan zbog pripadanja određenoj populaciji ljudi - gej populaciji.

Po oceni suda⁴³, nesumnjivo je da su reči „peder“ i „pederčina“ izrazi koji u našem jeziku još uvek imaju značenje negativnog, omalovažavajućeg, obezvređujućeg i uvredljivog označavanja muške osobe istopolne seksualne orijentacije pa upućivanje takvih reči tužiocu koji je istopolne seksualne orijentacije bez obzira da li je neposredni povod za to bio izvršavanje radnih zadataka ili nešto drugo predstavlja uznemiravajuće i ponižavajuće postupanje koje ima za cilj i predstavlja povredu njegovog dostojanstva na osnovu njegovog ličnog svojstva - istopolne seksualne orijentacije što proizlazi iz činjenice da je nakon saznanja za njegovu polnu seksualnu orijentaciju tuženi češće vređao tužioca ovakvim rečima, te da je na taj način tuženi diskriminatorski postupao prema tužiocu, a pošto je to učinio u više navrata i u dužem periodu, takvo ponašanje predstavlja ponovljenu i produženu diskriminaciju, dakle težak oblik diskriminacije tužioca. Tuženi je obavezan da tužiocu naknadi štetu na ime pravične novčane naknade zbog pretrpljenih duševnih bolova zbog povrede prava ličnosti i zbog povrede ugleda i časti .

Primer II

Postoji diskriminacija u odnosu na uslove rada kada jedno pravilo važi za sve osim za jednog zaposlenog. U ovom slučaju⁴⁴, zaposleni - kondukteri kod tuženog koji žive van mesta rada neuporedivo ređe su u odnosu na tužilju raspoređivani na prve jutarnje linije kod tuženog u 4,50 časova, a kada bi se to i dogodilo, bilo je predviđeno da taj polazak i povratak iz mesta opredeljenja

⁴³ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž 3144/12 od 14.11.2012. godine

⁴⁴ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 306/2012 od 18.2.2013. godine

obavi sam vozač, što nije bio slučaj kada je tužilja raspoređivana na te polaske.

Primer III

Tužilja je radila na poslovima akvizitera kod tuženog poslodavca. Razvedena je, majka dvoje maloletne dece koji su u tom periodu bila predškolskog uzrasta. Direktor je od samog početka rada na nju vikao, vređao je i nazivao je „polovnjačom“ i to pred ostalim kolegama. Ovakvo ponašanje tužilja je doživljavala kao poniženje, osećala se nezaštićeno, povređeno, a zbog takvog svog objektivnog statusa i brige i straha za egzistenciju svoje maloletne dece ukoliko bi ostala bez posla, tužilja je trpela takav odnos i neprimereno obraćanje tuženog sve dok nije prestala da radi za njega.

Po oceni suda⁴⁵: „izloženo obraćanje i ponašanje direktora tuženog je bilo neželjeno i neprimereno jer je bilo upereno na povredu dostojanstva tužilje s obzirom da je kod tužilje izazvalo strah od neizvesne egzistencije ukoliko bi izgubila posao ako bi se takvom ponašanju usprotivila, a sa druge strane ona je kod tužilje ali i u radnoj sredini među njenim kolegama stvorila osećaj poniženja. Navedeno postupanje koje je bilo isključivo uzrokovano upravo ličnim svojstvom koji se ticao tužiljinog bračnog statusa (razvedena) predstavlja ponašanje koje je zabranjeno po članu 21. Zakona o radu.“

Primer IV

Slučaj nejednakog postupanja(nije traženo utvrđenje diskriminacije) uočen je u predmetu⁴⁶ u kom je tužilac proglašen tehnološkim viškom : U ovom postupku, po oceni sudova , tuženi je vršio ocenjivanje samo tužioca a ne i ostalih zaposlenih. Zbog takvog, ali i drugih propusta tuženog, poništeno je rešenje tuženog kojim je tužiocu otkazan ugovor o radu i tuženi obavezan da ga vrati na rad na ranije ili odgovarajuće poslove.

Primer V

Organ tužene je odbio isplatu jubilarne nagrade tužiocu za 30 godina radnog staža u neprekidnom trajanju jer je bio privremeno udaljen sa radnog mesta. Po stanovištu suda, tužilac je

⁴⁵ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1. 3835/10 od 14.10.2011. godine.

⁴⁶ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 958/2012

doveden u neravnotežan položaj u odnosu na druge zaposlene. Iz obrazloženja presude⁴⁷: “jedno od osnovnih ljudskih prava je jednakost građana pred zakonom a garantovanje te jednakosti sprečava diskriminaciju, podrazumeva da se lica u istoj ili sličnoj situaciji, aktom ili radnjom stavljaju u nejednak položaj, a taj akt ili radnja nije opravdana zakonitim ciljem, niti su sredstva za postizanje tog cilja primerena i nužna. Povreda načela jednakih prava i obaveza postoji ako se diskriminisanom neopravdano uskraćuju prava koja se u istoj ili sličnoj situaciji ne uskraćuju. Diskriminisano lice ima pravo na zaštitu i otklanjanje povreda učinjenih diskriminacijom u smislu čl. 23. Zakona o radu i pravo na naknadu štete u skladu sa zakonom.. S obzirom da je stanje nepravde koju je tužilac doživeo radnjom organa tužene osnov dosuđivanja naknade radi pribavljanja prijetnosti, nekog uživanja, pogodnosti ili zadovoljštine radi satisfakcije i ukoliko je to moguće, uspostavljanja ravnoteže nastalom subjektivnom pravu, osnovano je tužiocu dosuđena naknada nematerijalne štete na ime zadovoljenja“.

Primer VI

Svojevrsna diskriminacija zaposlenih u vezi sa ostvarivanjem prava iz radnog odnosa, protivno odredbi člana 104. stav 2. Zakona o radu o garantovanom pravu na jednaku zaradu za isti rad postoji u situaciji kada svi zaposleni na dva različita radna mesta koja su različito vrednovana (po stručnoj spremi i zaradi) obavljaju sve poslove oba radna mesta – jednako rade, obavljaju isti rad i imaju jednak ostvareni učinak ali su različito plaćeni (prema vrednosti poslova na koje su raspoređeni)⁴⁸.

6.6. Šta nije diskriminacija

I

Ukoliko nema nejednakog postupanja odnosno razlike u tretmanu u uporedivoj situaciji, nema ni diskriminacije.

Primer 1

Tužioci su na Šahovskim olimpijadama slepih koje su održane u godinama bliže opisanim u nižestepenim presudama osvojili određene medalje, bliže opisane u nižestepenim presudama. Zatim su

⁴⁷ Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev 48/09 od 20.05.2009. godine

⁴⁸ Rešenje Vrhovnog kasacionog suda Rev1 27/2013 od 12.06.2013. godine

preko Šahovskog saveza Srbije koji okuplja i slepe i videće šahiste dostavili dokumentaciju Ministarstvu omladine i sporta. Po njihovim zahtevima Ministarstvo omladine i sporta nije dalo predlog Vladi Republike Srbije za dodelu nacionalnih priznanja kao slepim šahistima, ali njihov zahtev nije ni odbio. Šahovski savez Srbije je 09.09.2009. godine uputio Ministarstvu omladine i sporta Republike Srbije dopis kojim je tražio da im se što hitnije odgovori povodom podnetih zahteva za dodelu nacionalnih priznanja za slepe šahiste. Ministarstvo omladine i sporta Republike Srbije je tužioce obavestilo da je pokrenuta inicijativa za pokretanje postupka ocene ustavnosti i zakonitosti Uredbe o nacionalnim priznanjima i nagradama za poseban doprinos razvoju i afirmaciji sporta koja je podneta Ustavnom sudu Republike Srbije još 12.02.2008. godine i da takmičenja na osnovu kojih traže dodelu nacionalnih priznanja ne spadaju u krug takmičenja za koje se primenom navedene Uredbe sportistima ovo pravo priznaje. Pošto tužioci ne ispunjavaju uslove iz navedene Uredbe, ministarstvo nije ni podnelo predlog Vladi za odlučivanje o njihovim zahtevima.

Uredbom o nacionalnim priznanjima i nagradama za poseban doprinos razvoju i afirmaciji sporta ("Sl. glasnik RS" 65/06 i 6/07) utvrđuju se nacionalna priznanja i nagrade za poseban doprinos razvoju i afirmaciji sporta i kriterijumi za njihovu dodelu (član 1). Prema članu 2. stav 1. iste uredbe sportistima, državljanima Republike Srbije koji su kao reprezentativci Jugoslavije ili Srbije i Crne Gore, odnosno koji kao reprezentativci Republike Srbije osvoje medalju na Olimpijskim igrama, Paraolimpijskim igrama, Šahovskoj olimpijadi, svetskim ili evropskim prvenstvima u olimpijskim sportovima ili su bili odnosno budu nosioci svetskog rekorda u olimpijskim sportovima, kao i njihovim trenerima (glavnom treneru ekipe, treneru sportiste) državljanima Republike Srbije dodeljuje se nacionalno sportsko priznanje. Članom 3. propisano je da sportistima, trenerima i drugim licima državljanima Republike Srbije koji kao članovi reprezentacije Republike Srbije na Olimpijskim igrama, Paraolimpijskim igrama, Šahovskoj olimpijadi, svetskim ili evropskim prvenstvima u olimpijskim sportovima i šahu osvoji jednu od medalja dodeljuje se novčana naknada u skladu sa ovom uredbom. Akt o dodeli nacionalnog priznanja i novčane nagrade donosi Vlada na predlog ministarstva nadležnog za sport (član 7. stav 1). Nagrade za poseban doprinos razvoju i afirmaciji neolimpijskog sporta i kriterijumi za njihovu dodelu urediće se posebnim aktom Vlade (član 8).

Zaštita od diskriminacije propisana je Ustavom Republike Srbije (čl. 18. i 21), Zakonom o zabrani diskriminacije (čl. 8. i 26. st. 1. i 2) i Zakonom o sprečavanju diskriminacije osobama sa invaliditetom (član 4), kao i ratifikovanim međunarodnim dokumentima i to Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima (član 26), Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih

sloboda (član 18).

Po oceni suda⁴⁹ da bi bilo reči o diskriminaciji potrebno je nejednako postupanje u okviru iste kategorije lica. Tužioci svoj zahtev zasnivaju na diskriminaciji koju je prema njihovom mišljenju tužena izvršila tako što na njihov zahtev nije odgovorila niti je podnela predlog Vladi. Međutim, tužena je tako postupila u skladu sa citiranim odredbama Uredbe kojima nisu obuhvaćena takmičenja na Šahovskoj olimpijadi slepih, što proizlazi i iz čl.2 izmenjene Uredbe („Službeni glasnik RS“ 24/09) prema kojoj je sportista onaj državljanin Republike Srbije koji je kao član seniorske prve A selekcije državne reprezentacije Jugoslavije ili Srbije i Crne Gore, odnosno Republike Srbije nastupao najmanje jedanput na mečevima održanim u okviru međunarodnog sportskog takmičenja na kojem je ostvaren relevantan sportski rezultat u smislu ove Uredbe, zbog čega tužioci nisu ispunjavali uslove iz navedene Uredbe da bi se takav predlog podneo Vladi. Zahtev tužilaca nije odbijen jer je tuženi podneo inicijativu Ustavnom sudu za pokretanje postupka ocene ustavnosti i zakonitosti navedene Uredbe. Kako tužioci nisu dokazali da su nekim drugim licima koja se nalaze u istoj situaciji kao oni (slepi šahisti koji su osvojili medalje na Šahovskoj olimpijadi slepih) ova prava priznata, odnosno da je o takvim zahtevima odlučeno, u kom slučaju bi se moglo govoriti o postojanju diskriminacije, nema nejednakog postupanja niti pravljenja razlike.

Primer 2

Tužilje su bile u radnom odnosu kod tuženog na neodređeno vreme, ali im je radni odnos prestao na osnovu sporazuma o prestanku radnog odnosa uz isplatu jednokratne novčane naknade odnosno na osnovu rešenja o prestanku radnog odnosa zbog ispunjenja uslova za sticanje prava na starosnu penziju. Posle prestanka radnog odnosa tužiljama, generalni direktor tuženog je na osnovu odluke Skupštine akcionara tuženog doneo odluku kojom je utvrđeno da pravo na isplatu po osnovu učešća u dobiti za 2005. godinu imaju zaposleni koji su u radnom odnosu kod tuženog na dan donošenja ove odluke, kao i lica koja su bila u radnom odnosu kod tuženog u 2005. godini, a kojima je prestao radni odnos po osnovu ispunjenja uslova za odlazak u penziju do dana donošenja ove odluke, pod uslovom da nisu ostvarili pravo na jednokratnu isplatu iz Fonda finansijskih sredstava za stimulisanje dobrovoljnog odlaska iz preduzeća.

Po oceni suda⁵⁰, tužilje ne spadaju u krug lica koja imaju pravo na učešće u dobiti preduzeća

⁴⁹ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev 1229/2012 od 06.03.2013.godine

⁵⁰ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 735/2013 od 27.06.2013.godine

tuženog, prema odluci generalnog direktora tuženog od s obzirom da su ostvarile pravo na jednokratnu isplatu stimulativne naknade prilikom prestanka radnog odnosa.

Naime, učešće zaposlenog u dobiti ostvarenoj u poslovnoj godini, primenom člana 14. Zakona o radu („Službeni glasnik RS“ broj 24/05), može se utvrditi ugovorom o radu ili odlukom poslodavca, a u skladu sa zakonom i opštim aktom, što znači da je pravo zaposlenog na učešće u dobiti ostvarenoj u poslovnoj godini, predviđeno kao mogućnost (a ne obaveza poslodavca), koje utvrđuje poslodavac ugovorom o radu ili odlukom, što je u konkretnom slučaju i učinjeno. Skupština akcionara tuženog je, na predlog Upravnog odbora, a u skladu sa finansijskim izveštajem i na osnovu ovlašćenja iz člana 16. stav 1. Statuta tuženog (opšti akt tuženog), utvrdila politiku raspodele dobiti za 2005. godinu, na osnovu čega je generalni direktor tuženog, prema ovlašćenju iz člana 27. stav 1. Statuta, 15.04.2006. godine doneo odluku kojom je utvrdio da pravo na isplatu imaju zaposleni koji su u radnom odnosu u preduzeću na dan donošenja odluke, kao i zaposleni kojima je prestao radni odnos po osnovu penzije, ali pod uslovom da nisu ostvarili pravo na jednokratnu isplatu iz Fonda za stimulaciju dobrovoljnog odlaska iz preduzeća.

Statutom tuženog, a na osnovu člana 14. Zakona o radu, tuženom je, kao poslodavcu, priznato pravo na utvrđivanje učešća zaposlenih u dobiti ostvarenoj u poslovnoj godini, pa Vrhovni kasacioni sud nalazi da je pravilan zaključak prvostepenog suda da je generalni direktor tuženog, na osnovu odluke Skupštine akcionara, donete u skladu sa odredbama Statuta tuženog i na predlog Upravnog odbora, imao pravo na utvrđivanje kruga lica – zaposlenih koji će učestvovati u ostvarivanju dobiti preduzeća. Isključivanje prava na učešće u dobiti za 2005. godinu zaposlenima koji su ostvarili pravo na stimulativnu naknadu prilikom prestanka radnog odnosa, ne predstavlja diskriminaciju ovih lica. Naime, tužilje i ostali zaposleni koji su u radnom odnosu kod tuženog, ne nalaze se u istoj činjenično-pravnoj situaciji, s obzirom da ova vrsta naknade nije isplaćena i ostalim zaposlenima, koji su ostali u radnom odnosu kod tuženog, pa se ne može govoriti ni o diskriminaciji tužilja, primenom člana 18. i 20. Zakona o radu.

Imajući u vidu da je odluka generalnog direktora tuženog od 15.04.2006. godine, doneta u postupku i na osnovu ovlašćenja predviđenih odredbama Statuta i Zakona o radu, a da njome, prilikom utvrđivanja kruga zaposlenih koji imaju pravo na dobit, tužilje nisu diskriminisane (u smislu člana 18. i 20. Zakona o radu) u odnosu na ostale zaposlene kojima je to pravo priznato, jer nisu u istoj činjenično-pravnoj situaciji, Vrhovni kasacioni sud nalazi da tužilje neosnovano potražuju pravo na učešće u dobiti

i njegovu isplatu.

Primer 3

Tužilja je podnela tužbu sa zahtevom za utvrđenje da je pravnosnažnom odlukom Upravnog suda u Beogradu došlo do diskriminacije tužilje u oblasti rada i prava na jednaku zaštitu prava i na pravno sredstvo. Viši sud u Beogradu je odbacio tužbu jer po oceni tog suda pravnosnažna presuda ne spada u akte predviđene odredbom člana 43. Zakona o zabrani diskriminacije gde se može tražiti da se utvrdi da je donošenjem presude došlo do diskriminacije. Navedeno rešenje je ukinuto od strane apelacionog suda⁵¹. Po oceni tog suda, postoji pravni interes tužilje za podizanje tužbe za utvrđenje u skladu sa članom 43. Zakona o zabrani diskriminacije jer ovaj zakon pruža mogućnost zaštite pred nadležnim sudom svakom ko smatra da je diskriminatorskim postupanjem povređeno neko njegovo pravo. Navedenim zakonom je propisano da se tužbom može tražiti kako zabrana vršenja radnje diskriminacije tako i utvrđenja da je došlo do diskriminatorskog postupanja prema određenom licu. Postupajući u ponovnom postupku, Viši sud u Beogradu je odbio ovakav tužbeni zahtev .

Prema utvrđenom činjeničnom stanju, na osnovu rešenja Privrednog suda tužilja je kao pripravnik u tom sudu zasnovala radni odnos na određeno vreme u trajanju od 24 meseca radi stručnog osposobljavanja i sticanja uslova za polaganje pravosudnog ispita. Po isteku dve godine od zasnivanja radnog odnosa tužilja nije dobila posebno rešenje o prestanku radnog odnosa. Zbog toga je Vrhovnom sudu Srbije protiv Trgovinskog suda u Beogradu podnela tužbu zbog ćutanja administracije. Upravni sud je u upravnom sporu po tužbi tužilje u postupku ćutanja administracije doneo presudu kojom je tužbu odbio. Predmet tužbenog zahteva je utvrđenje da je ovom presudom Upravnog suda tužilja diskriminisana u oblasti rada i prava na jednaku zaštitu prava i na pravno sredstvo jer je u postupku reizbora sudija i tužilaca i njima radni odnos prestao po sili zakona, ali je odlukom Ustavnog suda od 25.03.2010. godine zauzet stav da se u odnosu na sudije i zamenike javnih tužilaca kojima je radni odnos prestao po sili zakona mora doneti pojedinačno obrazložena odluka koja pored ostalog mora da sadrži individualizovane razloge zbog kojih je određenom licu prestala dužnost.

Po oceni sudova⁵² navedenom presudom tužilja nije diskriminisana.

Pojam diskriminacije i diskriminatorskog ponašanja bliže su određeni članom 2. Zakona o zabrani diskriminacije. Diskriminacija u oblasti rada propisana je članom 16. Zakona o zabrani

⁵¹ Rešenje Apelacionog suda u Beogradu GŽ1 5538/10 od 16.12.2010. godine

⁵² Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev 86/2013 od 13.03.2013. godine

diskriminacije prema kome je zabranjena diskriminacija u oblasti rada, odnosno narušavanje jednakih mogućnosti za zasnivanje radnog odnosa ili uživanje pod jednakim uslovima svih prava u oblasti rada kao što su pravo na rad, na slobodan izbor zaposlenja, na napredovanje u službi, na stručno usavršavanje i profesionalnu rehabilitaciju, na jednaku naknadu za rad jednake vrednosti, na pravične i zadovoljavajuće uslove rada, na odmor, na obrazovanje i stupanje u sindikat, kao i na zaštitu od nezaposlenosti.

Diskriminacija postoji u slučajevima nejednakog postupanja u okviru iste kategorije lica. Stav Ustavnog suda na koji se tužilja u tužbi poziva se na nju ne može primeniti jer se ona ne nalazi u istoj pravnoj situaciji kao javni tužioci i sudije. Sudije i javni tužioci su izabrana lica, a tužilja to nije (ona se u navedenom periodu nalazila u radnom odnosu u svojstvu pripravnika). Zbog toga se, kako to pravilno zaključuju nižestepeni sudovi navedeni stav Ustavnog suda ne može primeniti na tužilju.

I po oceni Vrhovnog kasacionog suda, tužilja nije diskriminisana odlukom Upravnog suda. Tužilja nije dokazala da je donošenjem takve odluke došlo do nejednakog postupanja i pravljenja razlike u odnosu na lica koja su pod istim uslovima primljena na rad (na određeno vreme) i koja su po isteku vremena na koje je ugovor o radu zaključen vodila upravni spor u kome je za ta lica doneta drugačija odluka u odnosu na odluku koja je predmet tužbenog zahteva.

II

Nije svaka razlika u tretmanu diskriminatorska. Razlika nije diskriminatorska kada ima "objektivno i razumno" opravdanje – ostvarenje legitimnog cilja i postojanje razumnog odnosa srazmernosti između primenjenih sredstava i cilja čijem se ostvarenju teži.

Primer:

Tužilac je zadobio teške telesne povrede koje su prouzrokovale trajnu oduzetost donjih ekstremiteta sa dijagnozom paraplegija, zbog čega za kretanje koristi invalidska kolica.. Rešenjem Republičkog fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje zaposlenih utvrđen mu je prvi stepen telesnog oštećenja .Tužilac je zaposlen i na posao ide automobilom. Prilikom kretanja invalidskim kolicima, nije u mogućnosti da uvek pređe ivičnjake u gradu postavljene između kolovoza i trotoara, zbog čega je primoran da koristi alternativne pravce i da se kreće na mestima gde postoje oboreni ivičnjaci, ili po

putu gde saobraćaju vozila, što iziskuje mnogo više vremena da dođe do određenog mesta. Prilikom prelaska raskrsnice koja nema spuštenu bankinu, tužilac nema dovoljno vremena da se spusti kolicima i pređe put tokom trajanja zelenog svetla. Prilikom spuštanja i penjanja na bankine pored puta, tužilac je primoran da upotrebi dodatni fizički napor. Takođe, prepreke koje otežavaju kretanje u kolicima predstavljaju i pešačke staze i trotoari koji su puni neravnina ili rupa. Utvrđeno je da je Odbor za brigu o osobama sa invaliditetom na nivou grada u kome tužilac živi juna 2008. godine doneo informaciju o postojećim oblicima i uslugama, odnosno pravima u oblasti socijalne i dečije zaštite kao i o prioritetnim aktivnostima koje se na nivou tog grada preduzimaju na planu podrške osobama sa invaliditetom, sa izveštajem Odbora za brigu o osobama sa invaliditetom. U ovoj informaciji, kao projekti su navedeni, između ostalih, i radno angažovanje osoba sa invaliditetom i prevoz osoba sa invaliditetom, a prevoz se obavlja u dnevnoj trasi od 52 kilometra sa dva minibusa počev od 2007. godine, što se finansira iz budžeta grada. U 2008. godini realizovan je projekat „Servis taksi prevoza osoba sa invaliditetom“ sa ciljem da se doprinese izjednačavanju mogućnosti osoba sa invaliditetom u tom gradu i da se poveća njihova mobilnost i kvalitet života. Formiran je Odbor za brigu o osobama sa invaliditetom, a ovaj odbor formirao je timove za određene oblasti delovanja, među kojima je i tim za uklanjanje arhitektonskih barijera. Gradska uprava za saobraćaj i puteve je donela informaciju o potrebi preduzimanja mera sa ciljem da se javne površine učine pristupačnim osobama sa invaliditetom. Postavljeni su okviri za strategiju za period od 2007. godine do 2015. godine, a jedan od posebnih ciljeva je postepena i kontinuirana adaptacija postojećih javnih objekata i saobraćajne infrastrukture i prevoznih sredstava u javnom prevozu putnika, kako bi postali pristupačni za osobe sa invaliditetom. Zaključkom Veća Grada zadužena je Gradska uprava za komunalne poslove da prilikom izrade predloga finansijskog plana prihoda i primanja i rashoda i izdataka za 2009. godinu na poziciji JP „Zavod za izgradnju grada“ planira finansijska sredstva namenjena za uklanjanje arhitektonskih barijera na javnim površinama. Utvrđeno je da je Javno gradsko saobraćajno preduzeće u gradski i prigradski saobraćaj za prevoz putnika uključilo i niskopodne autobuse koji saobraćaju i pored ulice u kojoj tužilac živi.

Po stanovištu sudova: „da bi se ocenila odgovornost tuženih kao organa javne vlasti, u smislu člana 3. stav 3. Zakona o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom, za naknadu štete tužiocu kao licu sa invaliditetom po osnovu diskriminacije, potrebno je oceniti opravdanost razlikovanja u postupanju prema tužiocu, odnosno da li se ona temelji na objektivnom i razumnom opravdanju, da li su cilj ili posledica preduzetih mera neopravdani, i da li postoji proporcionalnost između preduzetih

mera i legitimnog cilja koji se ovim merama ostvaruje“.

Po oceni Vrhovnog kasacionog suda⁵³, tužilac radnjama tuženih, odnosno neprilagođavanjem svih ivičnjaka u gradu i ne uklanjanjem oštećenja na trotoarima, nije pretrpeo diskriminaciju, iz razloga što postoji razumno i objektivno opravdanje za razliku u postupanju u ovoj oblasti. Naime, utvrđeno je da su kod tuženih donete mere i predviđene aktivnosti radi ukupnog poboljšanja uslova zbog osoba sa invaliditetom, koje obuhvataju period do 2015. godine, te da su neki ivičnjaci već uklonjeni, da su obezbeđena posebna vozila za osobe sa invaliditetom i niskopodni autobusi za javni prevoz. Neuklanjanje svih oštećenja na stazama i trotoarima, kao i svih barijera i ivičnjaka na ulicama nisu imali za cilj diskriminaciju tužioca kao osobe sa invaliditetom, već predstavljaju dugotrajan proces uslovljen materijalnim mogućnostima društvene zajednice, pa se radnje tuženih moraju posmatrati sa aspekta proporcionalnosti legitimnom cilju koji se merama ostvaruje.

III

Različit tretman koji proističe iz primene različitih propisa u različitim oblastima u okviru jedne države ne smatra se diskriminacijom.

Primer:

U velikom broju predmeta u kojima su tužioci civilni invalidi,⁵⁴ odbijeni su tužbeni zahtevi za naknadu nematerijalne štete zbog pretrpljenog straha i duševnih bolova zbog povrede osnovnih prava i dostojanstva ličnosti i ugleda diskriminacije.

Prema utvrđenom činjeničnom stanju, tužioci su civilni invalidi zbog čega im Fond PIO isplaćuje naknadu za tuđu negu i pomoć i civilnu naknadu za telesno oštećenje (invalidninu). Tužioci su u tužbi naveli da su diskriminisani u odnosu na ratne vojne invalide s obzirom da ratni vojni invalidi sa istim stepenom invaliditeta kao i tužioci primaju invalidninu (naknadu za telesno oštećenje) u iznosu od oko tri puta većem od iznosa invalidnine koju prima tužilja kao civilni invalid. Vojnim i ratnim invalidima naknadu za telesno oštećenje i naknadu za tuđu negu i pomoć isplaćuje Fond SOVO

⁵³ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev 99/2011 od 10.02.2011.godine

⁵⁴ Presude Vrhovnog kasacionog suda Rev 3604/10 od 16.11.2011 godine, Rev 628/2012 od 05.07.2012 godine, Presuda Apelacionog suda u Beogradu Gž 5185/11 od 02.04.2012. godine, Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Gž. 4110/10 od 13.01.2011.godine, Presude Apelacionog suda u Novom Sadu Gž 837/2011 od 30.05.2011.godine, Gž 8441/10 od 19.01.2011.godine, Gž 8707/10 od 27.01.2011.godine, Gž 1573/2011 od 14.09.2011.godine

a ta sredstva obezbeđuju se iz uplaćenih doprinosa osiguranika, dok nadzor i staranje nad ostvarivanjem ovih prava obezbeđuje tužena. Civilnim invalidima naknadu za telesno oštećenje i naknadu za tuđu negu i pomoć isplaćuje Fond PIO a ta sredstva obezbeđuju uplaćeni doprinosi osiguranika odnosno razlika se obezbeđuje u budžetu. Nadzor i staranje nad ostvarivanjem ovih prava civilnih osiguranika takođe obezbeđuje tužena. Pozitivnim zakonskim propisima RS vojni i ratni invalidi primaju veće naknade za telesno oštećenje od civilnih. Po mišljenju tužilje, zbog ovakvog postupanja ona trpi strah i duševne bolove zbog povrede osnovnih prava i dostojanstva ličnosti usled diskriminacije zbog čega traži i novčanu naknadu.

Po oceni sudova, donošenjem zakona kojim se kategorijama osoba sa invaliditetom priznaju prava različitog obima i sadržaja, tužena u svojstvu zakonodavca nije diskriminisala određenu grupu- u ovom slučaju tzv. Civilne invalide, dajući im manja prava nego vojnim invalidima.. Polazeći od odredaba čl. 18, 27, 69. i 97. Ustava proizlazi da su njima data jasna i izričita ovlašćenja zakonodavcu da u skladu sa procenjenim mogućnostima i potrebama donosi zakone i uređuje odnose u raznim oblastima života, pa tako i u oblasti socijalne zaštite. Ovako ovlašćenje zakonodavca proizlazi iz relevantnih međunarodnih propisa. Protokol br. 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda predviđa da će se svako pravo koje zakon predviđa ostvariti bez diskriminacije po bilo kom osnovu, pri čemu je svaka država ugovornica – potpisnica u načelu slobodna da razradi različita pravila u oblasti socijalne zaštite, pružajući određenim kategorijama korisnika te zaštite onaj obim prava koji smatra pogodnim. Prema tome, sama činjenica da je različitim propisima raznim kategorijama osoba sa invaliditetom dat različit obim prava ne može predstavljati diskriminaciju jer je država ovlašćenja da u okviru svojih mogućnosti i procenjenih potreba određenih kategorija lica istima obezbedi odgovarajući nivo socijalne zaštite. Već i same odredbe člana 8. Zakona o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom kao i član 21. stav 4. Ustava RS kojim se reguliše tzv. "pozitivna diskriminacija" predviđa da se ne smatraju diskriminacijom posebne mere koje Republika Srbija može uvesti radi postizanja pune ravnopravnosti lica ili grupe lica koja su suštinski u nejednakom položaju sa ostalim građanima, tj. odredbe zakona, propisa i odluke ili posebne mere donete u cilju poboljšanja položaja osoba sa invaliditetom, ukazuje na to da stepen zaštite određenih kategorija osoba sa invaliditetom zavisi od zakonom predviđenih mera, te da diskriminacija može nastati samo u primeni ovih propisa, ukoliko bi se prema licima o kojima je reč postupalo drugačije nego prema licima u istoj ili sličnoj situaciji. Kako država uživa široko polje slobodne procene u donošenju propisa i zaštiti određenih kategorija lica, ovakva pozitivna diskriminacija se ne može smatrati diskriminacijom lica koja njome nisu

obuhvaćena.

IV

Nema diskriminacije kada se za obavljanje određenih (odgovornih) poslova zahtevaju strožiji kriterijumi u pogledu znanja, organizacionih sposobnosti, prakse, odnosa sa strankama i javnošću, veštini komunikacija bez obzira na formalno iste školske i stručne kvalifikacije.

Primer:

Tužilac je učestvovao na četiri raspisana konkursa radi izbora direktora određene škole u toku 2007. i 2008. godine. Odlukama direktora nije izabran nijedan kandidat. Iz obrazloženja odluka proizilazi da tužilac nije izabran zbog nepotpune prijave; nepoznavanja problematike materijalnih i ljudskih resursa lokalne zajednice; i nepovoljnog mišljenja školskog odbora. Po zahtevu tužioca Opštinska uprava je izvestila tužioca da je izvršena kontrola postupanja u osnovnoj muzičkoj školi u pogledu zakonitosti i da nisu utvrđene nepravilnosti u radu. Tužilac se obratio Sekretarijatu za obrazovanje i kulturu radi upravnog nadzora i u pogledu zahteva nije dobio odgovor. OJT obavestila tužioca da ne postoji osnovana sumnja da su odgovorna lica u osnovnoj školi izvršila krivična dela iz krivične prijave. Opštinski sud je doneo rešenje kojim odbija optužni predlog tužioca jer delo koje je predmet optužbe nije krivično delo (rešenje je pravnosnažno). Rešenjem Okružnog suda odbačene su tužbe tužioca radi poništaja odluka tužene osnovne škole. Vrhovni sud je odbio zahteve za vanredno preispitivanje koje je tužilac podneo protiv rešenja Okružnog suda. Upravni sud je presudom uvažio tužbu tužioca i preinačio rešenje Okružnog suda pa je poništio odluku škole, zbog toga što je odluku doneo kolegijalni organ bez sačinjenog posebnog zapisnika o većanju i glasanju i bez zabeleške o jednoglasno donetoj odluci. Ustavni sud je svojim odlukama usvojio ustavne žalbe tužioca i utvrdio da mu je povređeno pravo na pravno sredstvo, jer u pouci o pravnom sredstvu donosilac odluke nije pravilno primenio odredbe Zakona o osnovama sistema obrazovanja. Ustavni sud nije usvojio deo ustavne žalbe o navodnoj povredi načela o neposrednoj primeni ljudskih i manjinskih prava jer odluka škole nije dovela do povrede načela zabrane diskriminacije s obzirom da tužilac nije dokazao da mu je učinjena diskriminacija zbog ličnih svojstava. Tužilac nije diskriminisan po osnovu zapošljavanja

(dostupnosti svih radnih mesta) - nije povređeno pravo na rad. Odluka o izboru kandidata kojom nijedan kandidat nije izabran na mesto direktora predstavlja upravni akt zbog čega je poništena presuda Vrhovnog suda Srbije i naloženo ponovno donošenje odluke o zahtevu za vanredno preispitivanje sudske odluke.

Tužilac tužbom zahteva zaštitu (utvrđenje) da tužena sprovodi teške oblike diskriminacije iz člana 13. tač. 5, 6. i 7. povređujući njegova prava iz oblasti rada (član 16. istog zakona). Smatra da postoji diskriminacija u oblasti rada zato što je iako ispunjava sve uslove konkursa na četiri objavljena konkursa za direktora škole u periodu od 2007-2008. godina nije izabran iako je ispunjavao sve uslove. Motivi neizbora su „obezbeđivanje funkcije direktora i protivpravna imovinska korist trećem licu u skladu sa partijsko političkim ciljevima lokalne samouprave i međupartijskim dogovorima na relaciji lokalna samouprava – pokrajina – republika“.

Zbog zabrane retroaktivnog dejstva zakona u periodu kada su objavljeni konkursi u kojima je tužilac učestvovao (2007-2008. godina) Zakon o diskriminaciji se ne može primeniti zato što je on donet 2009. godine („Sl. glasnik RS“ 22/09 od 30.03.2009. godine) već se postupanje tužene može posmatrati kroz primenu Zakona o radu koji sadrži pravila o zabrani diskriminacije u oblasti rada (čl. 18-23). Pored tog zakona zabranu diskriminacije predviđaju član 14. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, član 3. Povelje o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama i Ustav Republike Srbije.

Zakon o radu zabranjuje, odvajanje, izdvajanje, razdvajanje, razlikovanje koje nije opravdano i kojim se nezaposleno ili zaposleno lice unižava, omalovažava ili kinji kroz zabranu neposredne i posredne diskriminacije (član 19. Zakona o radu). Posredna diskriminacija (na koju se poziva tužilac) postoji kada određena na izgled neutralna odredba, kriterijum ili praksa stavlja ili bi ih stavila u nepovoljni položaj u odnosu na druga lica – lice koje traži zaposlenje, kao i zaposlenog zbog određenog svojstva, statusa, opredeljenja ili uverenja iz člana 18. Po članu 18. kriterijumi diskriminacije su pol, rođenje, jezik, rasa, boja kože, starost, trudnoća, zdravstveno stanje, invalidnost, nacionalna pripadnost, veroispovest, bračni status, porodične obaveze, seksualno opredeljenje, političko ili drugo uverenje, socijalno poreklo, imovinsko stanje, članstvo u političkim organizacijama, sindikatima ili neko drugo lično svojstvo.

Po oceni sudova ⁵⁵(i Ustavni sud se o tome izjasnio) u odlukama povodom konkursa i kasnije u

⁵⁵ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 537/12 od 27.6.2012. godine

postupanju sudskih organa ne postoji ni neposredna, niti posredna diskriminacija.

Naime, nema diskriminacije kada se za obavljanje određenih (odgovornih) poslova kao što su primera radi direktor, starešina, rukovodilac određenih organizacionih celina u pravnim licima ili državnim organima) zahtevaju strožiji kriterijumi u pogledu znanja, organizacionih sposobnosti, prakse, odnosa sa strankama i javnošću, veštini komunikacija bez obzira na formalno iste školske i stručne kvalifikacije. Razlog (ne)prijema na mesto direktora škole je nepotpuna prijava nepoznavanje materijalnih i ljudskih resursa u lokalnoj samoupravi, nepovoljno mišljenje od strane više škola, a ne određeno lično svojstvo iz člana 18. Zakona o radu.

Proceduralne greške u postupku interne zaštite ne predstavljaju akte diskriminacije jer je obezbeđena sudska i upravna zaštita subjektivnih prava (delimično je tu zaštitu tužilac i ostvario). Postupanje sudova u postupku subjektivne zaštite tužioca ne predstavlja teške oblike diskriminacije iz člana 13. Zakona o zabrani diskriminacije (period posle stupanja na snagu zakona) jer nije bilo izazivanja neravnopravnosti, mržnje, netrpeljivosti po osnovu nacionalne, rasne ili verske pripadnosti, jezika, političkog opredeljenja, pola, rodo identiteta, seksualnog opredeljenja i invaliditeta iz tačke 5, niti višestruke ili ukrštene diskriminacije iz tačke 7.

V

Nema diskriminacije kada se zbog ugroženosti zdravstvenog stanja zaposlenog izvrši raspoređivanje sa jednog na drugo radno mesto.

Primer:

Tužilja je kod tuženog bila raspoređena na radnom mestu sestra instruktor. Još od detinjstva je alergična na penicilin pa su joj se u nekoliko navrata na radnom mestu pojavile alergijske reakcije na penicilin sa kojim je dolazila u kontakt prilikom zbrinjavanja pacijenata. Z.Z.Z. je sačinio ekspertizu radne sposobnosti tužilje u kojoj je navedeno da je tužilja na poslu morala da rastvori par ampula penicilina u infuziju kojom prilikom je dobila osip po rukama i vratu, bila je tahikardna i malaksala što se dogodilo za samo nekoliko minuta pošto je došla u kontakt sa penicilinom i tek pošto je primila antišok terapiju bolje se osećala. U ekspertizi je navedeno da je tužilja u to vreme imala problem na

poslu, jer se penicilin često koristi a ona nije uvek bila u mogućnosti da nađe zamenu koja bi ordinirala penicilinsku terapiju. U okviru dela ekspertize koji nosi naziv „mišljenje o radnoj sposobnosti“ i predlog navedeno je da tužilja nije sposobna za poslove sobne smenske sestre - instruktora, da nije sposobna za poslove pri kojima bi dolazila u kontakt sa penicilinom, sposobna je za poslove svog zanimanja medicinske sestre uz navedeno ograničenje. Posle ekspertize tužilja je i dalje nastavila da obavlja iste poslove ali je kod tuženog izvršena inspekcija koja je naložila tuženom da reguliše radnopravni status tužilje. Tada je tužilja ugovorom o radu raspoređena na poslove sobne smenske sestre. U obrazloženju ugovora su sadržani i navodi ekspertize. Tužilja je potpisala ovaj ugovor i nije tražila njegov poništaj. Direktor te zdravstvene ustanove je dao nalog tužilji da obavlja isključivo poslove iz opisa medicinske sestre radeći na aparatu za plućne funkcije bez smenskog rada, zabranjeno joj je da boravi u ambulanti i drugim prostorijama klinike gde se obavljaju terapije kako bi se izbegao njen kontakt sa penicilinom. Jedini efekat premeštaja tužilje na novo radno mesto je umanjena plata, dok je opis poslova ostao isti. Tužilja a ni tuženi nisu tražili izmenu radne ekspertize.

Po oceni sudova⁵⁶, prema tužilji nije izvršena diskriminacija. Naime, na radnom mestu glavne smenske sestre instruktora bilo bi ugroženo zdravstveno stanje tužilje, pa je tuženi u ovom slučaju postupao u interesu tužilje. U postupku nije dokazano da je prema tužilji od strane tuženog i zaposleni kod tuženog izvršena diskriminacija na posredan ili neposredan način zbog njenog zdravstvenog stanja u smislu odredaba Zakona o radu, Zakona o zabrani diskriminacije ili po bilo kom drugom osnovu. Tužilja nije stavljena u nepovoljniji položaj u odnosu na druge zaposlene ni na posredan ni na neposredan način već je tužilji promenjeno radno mesto u skladu sa njenom sposobnošću odnosno u skladu sa njenim zdravstvenim stanjem. Posledica koja je nastupila, a to je umanjnje zarade tužilje, nije bio razlog za premeštaj tužilje na radno mesto sobne smenske sestre. Tuženi je tužilji odredio koeficijent za obračun plate spram radnog mesta na kom tužilja radi, prema Uredbi o koeficijentima za obračun i isplatu plata zaposlenih u javnim službama. Da tuženi nije prema tužilji postupao diskriminatorski proizlazi i iz odredbe čl.16 stav 2 Zakona o zabrani diskriminacije, prema kojoj se ne smatra diskriminacijom pravljenje razlike, isključenje ili davanje prvenstva zbog osobenosti određenog posla kod koga lično svojstvo lica predstavlja stvarni i odlučujući uslov obavljanja posla, ako je svrha koja se time želi postići opravdana, kao i preduzimanje mere zaštite prema pojedinim kategorijama lica. Tužilji nije onemogućeno da napreduje u poslu, upravo polazeći od njenog zdravstvenog stanja, jer je zbog alergije na penicilin tužilji na osnovu radne ekspertize zabranjen rad na

⁵⁶ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1. 2334/12 od 17.09.2012. godine

radnom mestu sobne smenske sestre instruktora, a samim tim i na radnom mestu medicinske sestre vođe smene, jer je u pitanju hijerarhijska podela poslova.

VI

Samo pozivanje na diskriminaciju nije dovoljno. Potrebno je navesti razloge i dokaze koji upućuju na neopravdano pravljenje razlike ili nejednako postupanje.

Primer:

Tuženi je u jednom nedeljnom listu raspisao oglas za prijem u radni odnos na neodređeno vreme sa punim radnim vremenom dipl.soc.radnika ili socijalnog radnika. Uslovi za ovo radno mesto (predviđeni Zakonom o radu i Pravilnikom o unutrašnjoj organizaciji i sistematizaciji poslova i radnih mesta tuženog) bliže su opisani u nižestepenim presudama. Tužilja i izabrani kandidat su podneli prijave na oglas. Određeni kandidat je odlukom tuženog izabran na poslove socijalnog radnika na neodređeno vreme.

Kod ovako utvrđenog činjeničnog stanja, odbijen je tužbeni zahtev tužilje za poništaj odluke tuženog o prijemu kandidata koji je izabran povodom konkursa tuženog zaključujući da je između kandidata koji ispunjavaju zakonom propisane uslove, tuženi u skladu sa svojim ovlašćenjima izabrao odgovarajućeg kandidata za to radno mesto.

Nisu osnovani navodi tužilje da je prilikom izbora po objavljenom oglasu izvršena diskriminacija po nacionalnoj osnovi prijemom kandidata sa nižom stručnom spremom.

Diskriminacija u oblasti rada propisana je članom 16. Zakona o zabrani diskriminacije. Stavom 3. ove odredbe propisano je da se ne smatra diskriminacijom pravljenje razlike, isključenje ili davanje prvenstva zbog osobenosti određenog posla kod koga lično svojstvo lica predstavlja stvarni i odlučujući uslov obavljanja posla, ako je svrha koja se time želi postići opravdana, kao i preduzimanja mera zaštite prema pojedinim kategorijama lica iz stava 2. ovog člana (žene, trudnice, porodilje, roditelji, maloletnici, osobe za invaliditetom i dr). Zakon o radu u odredbama 18. i 19. sadrži slično pravilo zabrane diskriminacije, između ostalog i po osnovu nacionalne pripadnosti.

U ovom slučaju, i tužilja i lice koje je po konkursu izabrano ispunjavaju uslove prema objavljenom konkursu. Stručna sprema je, prema Pravilniku tuženog, propisana alternativno: ili šesti ili

sedmi stepen stručne spreme. Na taj način, oba stepena stručne spreme su jednako vrednovana. Osim toga, Zakon o radu ne sadrži pravilo o obavezi poslodavca da između kandidata koji ispunjavaju propisane uslove izabere kandidata sa višim stepenom stručne spreme. Tužilja osim gole tvrdnje nije dokazala da je izbor po konkursu izvršen isključivo po osnovu nacionalne pripadnosti. Zbog toga, po oceni Vrhovnog kasacionog suda⁵⁷, nema neopravdanog pravljenja razlike ili nejednakog postupanja tuženog prema tužilji u odnosu na lice koje je po konkursu izabrano.

VII

*Razmena mišljenja rukovodilaca zaposlenih o znanju, sposobnosti i obučenosti za obavljanje određenog posla ne predstavlja neopravdano pravljenje razlike u odnosu na druge zaposlene (diskriminaciju)*⁵⁸.

7. Iz prakse Ustavnog suda Republike Srbije

Neustavna je odredba člana 128. Zakona o policiji ("Službeni glasnik RS" 101/05) kojom je isključeno pravo na vođenje upravnog spora protiv akta donetog po zahtevu za preispitivanje odluke kojim se odlučuje o određenim pravima policijskih službenika iz radnog odnosa a zakonom nije obezbeđena druga zaštita. Po oceni suda: "ova odredba nije saglasna sa odredbom člana 198. stav 2. Ustava prema kojoj zakonitost konačnih pojedinačnih akata kojima se odlučuje o pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu podleže preispitivanju pred sudom u upravnom sporu, ako u određenom slučaju zakonom nije predviđena drugačija sudska zaštita. Pored toga, ovakva odredba je nesaglasna i sa ustavnim principom jednake zaštite bez diskriminacije iz člana 21. Ustava jer su na ovaj način policijski službenici, kao jedna kategorija državnih službenika dovedeni u nejednak položaj u odnosu na ostale državne službenike koji se nađu u istoj pravnoj situaciji⁵⁹".

Zasnivanje radnog odnosa bez oglašavanja (člana 10a. stav 1. Zakona o radnim odnosima u državnim organima ("Službeni glasnik RS" 48/91... 49/05) nije u saglasnosti sa Ustavom⁶⁰. Po oceni

⁵⁷ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 1764/10 od 06.07.2011. godine

⁵⁸ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev 1262/2013

⁵⁹ Odluka Ustavnog suda I U 68/2006 od 9.7.2009. godine

⁶⁰ Odluka Ustavnog suda I Uz 299/2011 od 17.01.2013. godine

suda: "navedeno rešenje se smatra diskriminativnim rešenjem koje za posledicu ima narušavanje ustavnog prava na dostupnost radnog mesta pod jednakim uslovima jer zakonodavac ovim rešenjem stvara realnu mogućnost za tzv. posrednu diskriminaciju. Njen osnov se nalazi upravo u činjenici nepostojanja dostupnosti informacije o potrebi za radom na određeno vreme licima koja traže zaposlenje pod jednakim uslovima, jer su lica koja nemaju saznanja, a u suštini nisu ni mogla doći do saznanja da postoji potreba za radom u određenom organu ili službi, dovedena u neravnotežan položaj u odnosu na lica koja tom informacijom raspolažu".

Izuzimanje iz dohotka za oporezivanje naknade za rad lica u organima za sprovođenje izbora ili popis stanovništva je neustavno⁶¹. Po oceni suda: "propisivanje oslobađanja od plaćanja poreza za naknade koje ostvaruju lica u organima za sprovođenje izbora, dovodi ova lica u drugačiji poreski položaj u odnosu na ostale poreske obveznike, a ovakvo razlikovanje nema objektivnog i racionalnog opravdanja, niti se njime teži određenom legitimnom cilju u sferi poreske politike, kao što ne postoji ni racionalna srazmernost između poreskih mera (propisivanja poreskog oslobođenja za naknade određene kategorije lica) i legitimnog cilja čijoj se realizaciji u konkretnom slučaju teži. Različiti zakonski tretman poreskih subjekata pa i u domenu poreskih oslobođenja i olakšica nesporno dovodi u pitanje ustavno načelo zabrane diskriminacije ukoliko se to razlikovanje ne može objektivno i razumno pravdati".

Propisivanje poreske pogodnosti za lica zaposlena kod korisnika budžetskih sredstava je neustavno⁶². Po oceni suda: "lica sa zaradom iz budžeta stavljaju se u drugačiji položaj u odnosu na ostala zaposlena lica, budući da imaju drugači poreski tretman u odnosu na ostala zaposlena lica, a da ovakvo razlikovanje nema objektivnog i racionalnog opravdanja, niti se njime teži određenom legitimnom cilju u sferi poreske politike koju treba da izražava navedeni zakon".

Odredbom člana 6. i člana 40. Uredbe o rešavanju stambenih potreba izabраних, postavljenih i zaposlenih lica kod korisnika sredstava u državnoj svojini povređen je princip zabrane diskriminacije⁶³. Navedenom odredbom kojom je propisano da stambenu potrebu kupovinom stana mogu rešavati samo ovlašćena službena lica zaposlena u Ministarstvu unutrašnjih poslova, javnom tužilaštvu posebne

⁶¹ Odluka Ustavnog suda I Uz 128/2011 od 8.11.2012. godine

⁶² Odluka Ustavnog suda I Uz 61/09 od 2.11.2011. godine

⁶³ Odlukom Ustavnog suda I Uo 109/2011 od 8.11.2012. godine

nadležnosti i Bezbednosno-informativnoj agenciji povređen princip zabrane diskriminacije s obzirom na to da je na ovaj način rešavanja stambene potrebe uslovljen činjenicom da se radi o zaposlenim licima sa posebnim radnopravnim statusom a ne činjenicom da su navedena lica u situaciji posebne stambene potrebe. Ova razlika u tretmanu između navedene kategorije zaposlenih i ostalih zaposlenih nema svoje objektivno i razumno opravdanje jer nije uslovljena težinom stambene situacije ovih zaposlenih lica što bi se moglo smatrati legitimnim ciljem za davanje većeg obima prava ovim licima u odnosu na sve ostale zaposlene u državnim organima. Stoga obavljanje određenih specifičnih poslova kao što su poslovi u Ministarstvu unutrašnjih poslova i javnom tužilaštvu posebne nadležnosti i Bezbednosno-informativnoj agenciji može biti razlog da se ovi poslovi posebno vrednuju kod utvrđivanja merila i kriterijuma za određivanje reda prvenstva prilikom rešavanja stambenih potreba zaposlenih ali ne može biti osnov za dovođenje ovih lica u privilegovan položaj omogućavanja samo njima prava na otkup stanova jer za tako nešto očigledno ne postoji objektivno i razumno opravdanje.

Po oceni Ustavnog suda neophodna pretpostavka za utvrđenje povrede ustavnog načela zabrane diskriminacije je da je podnosiocu ustavne žalbe zbog nekog ličnog svojstva povređeno ljudsko ili manjinsko pravo zajemčeno Ustavom. Ukoliko za to nisu pruženi dokazi, Ustavni sud odbija ustavnu žalbu za utvrđenje povrede načela diskriminacije⁶⁴.

Ukoliko se suština navoda o povredi načela zabrane diskriminacije sastoji u povredi nekog drugog prava iz Ustava i Evropske konvencije, Ustavni sud neće posebno ocenjivati navode o povredi člana 21. Ustava⁶⁵.

⁶⁴ Odluke Ustavnog suda UŽ 1233/2011 od 24.10.2013. godine; UŽ 779/11 od 10.7.2013. godine; UŽ 4541/2010 od 14.3.2013. godine; UŽ 4400/2010 od 18.9.2013. godine; UŽ 3855/2010 od 25.9.2013. godine; UŽ 3290/2010 od 3.4.2013. godine; UŽ 3230/2010 od 16.1.2013. godine; UŽ 2611/2010 od 20.12.2012. godine; UŽ 1864/2010 od 27.12.2012. godine; UŽ 1451/2010 od 18.4.2013. godine; UŽ 1280/2010 od 24.10.2012. godine; UŽ 2542/2009 od 17.11.2011. godine; UŽ 2052/2009 od 29.2.2012. godine; UŽ 1888/2009 od 9.2.2012. godine; UŽ 1578/2009 od 17.2.2011. godine; UŽ 1524/2009 od 17.3.2011. godine; UŽ 1455/2009 od 1.3.2012. godine; UŽ 792/2009 od 17.3.2011. godine

⁶⁵ Odluka Ustavnog suda UŽ 3238/11 od 8.3.2012. godine. U ovom slučaju, Opštinska uprava Opštine Z. Propuštajući da se upusti u meritorno odlučivanje o zahtevu podnosioca ustavne žalbe i da, ukoliko on poseduje relevantnu dokumentaciju nadležne zdravstvene ustanove, izvrši upis promene podataka o polu u matičnoj knjizi rođenih, istovremeno propustila i da izvrši svoju "pozitivnu" obavezu kojom bi uskladila pravno sa faktičkim stanjem i tako obezbedila podnosiocu ustavne žalbe da nakon hirurške promene pola ostvari prava koja mu jemče i Ustav RS i Evropska konvencija. Time je po oceni Ustavnog suda, povređeno pravo podnosioca ustavne žalbe na dostojanstvo i slobodan razvoj ličnosti zajemčeno članom 23. Ustava i pravo na poštovanje privatnog života zajemčeno članom 8. Evropske konvencije. Ispitujući osnovanost navoda ustavne žalbe o povredi načela zabrane diskriminacije, Ustavni sud je konstatovao da je suština ovog navoda upravo u tome što podnosiocu u pravnom smislu nije priznata promena pola. Kako je Ustavni sud ova pitanja prethodno ocenio i utvrdio povredu iz člana 23. Ustava i člana 8. Evropske konvencije, to nije smatrao za potrebno da posebno ocenjuje navode o povredi člana 21. Ustava.

II

O MOBINGU

U okviru regulisanja ljudskih prava i diskriminacije u vezi sa tim pravima u međunarodnom i evropskom pravu, regulisan je i pojam mobinga.

Bez obzira na odsustvo bilo koje EU direktive⁶⁶ koja se bavi mobingom sve zemlje članice priznaju važnost ovog problema i preduzimaju korake da ga postave na nacionalni nivo.

Pravno regulisanje psihološkog nasilja na radnom mestu različito je u nacionalnim zakonodavstvima. Međunarodna organizacija rada (ILO) definiše mobing kao uvredljivo ponašanje u vidu kažnjavanja, okrutnih, malicioznih ili ponižavajućih postupaka u nameri da se potceni pojedinac ili grupa radnika. To uključuje udruživanje ili mobing protiv određenog radnika i podvrgavanje te osobe psihološkom nasilju. Mobing podrazumeva konstatne negativne primedbe i kriticizam, izolaciju osobe, ogovaranje i širenje lažnih informacija. Evropski parlament usvojio je Rezoluciju o zlostavljanju na radnom mestu 2001/2339 (INI) koja se posebno fokusira na psihološko nasilje na radnom mestu. Rezolucija naglašava činjenicu da nema međunarodno prihvaćene definicije mobinga već da postoji mnoštvo definicija od kojih svaka na svoj način naglašava različitu stranu problema.

Nekoliko evropskih zemalja je donelo zakone o mobingu:

Prvi zakonski tekst o sprečavanju mobinga je Uredba o viktimizaciji na radu usvojena u Švedskoj 1993. god. Pod viktimizacijom se podrazumevaju periodični, ponovljeni, prekorni ili izrazito negativni postupci koji su usmereni protiv pojedinačnog zaposlenog, koji su izraženi na uvredljiv način i koji mogu rezultirati njegovim izolovanjem i isključenjem iz radne zajednice. Uredba predviđa obavezu poslodavca da organizuje rad na način koji će sprečiti viktimizaciju, a Švedski Nacionalni odbor za profesionalnu sigurnost i zdravlje doneo je Opšte preporuke za sprovođenje ove Uredbe kojima se predviđaju opšte i posebne mere protiv viktimizacije na radnom mestu.

U Francuskoj je 2002. god. donet Zakon o socijalnoj modernizaciji kojim se zabranjuje svako ponovljeno moralno uznemiravanje koje ima za cilj ili posledicu pogoršanje radnih uslova na način koji šteti pravima i dostojanstvu zaposlenog, utiče na njegovo fizičko i mentalno zdravlje ili dovodi u pitanje profesionalnu budućnost zaposlenog. Zabrana moralnog uznemiravanja propisana je i Zakonom o radu i Krivičnim zakonikom. Krivični zakonik propisuje kaznu od godinu dana zatvora i novčanu

⁶⁶ Jedini evropski dokument koji se bavi mobingom kao posebnim pitanjem je Okvirni sporazum o uznemiravanju i nasilju na radu koji tretira mobing kao poseban problem koji može a i ne mora biti povezan sa nekim od prihvaćenih osnova diskriminacije.

kaznu od 15.000 evra za lice koje vrši moralno uznemiravanje. Zakon o radu predviđa kaznu zatvora od 1 godine i/ili novčanu kaznu od 3.750 evra. Ovaj zakon sadrži i druge odredbe koje zaposlenog štite od diskriminacije a u vezi sa pravom na zaradu, usavršavanjem ili napredovanjem na poslu kao i u vezi sa obnavljanjem ugovora o radu u slučajevima kada je zaposleni pretrpeo ili se usprotivio moralnom uznemiravanju. Najpoznatiji je slučaj „Propara“⁶⁷. Kasacioni sud je kaznio poslodavca zbog moralnog uznemiravanja. U ovom slučaju nekoliko radnika se žalilo na ponašanje nadređenog koje je bilo surovo, grubo, ponižavajuće, uvredljivo i koji je preduzimao neopravdane mere protiv radnika. Ovakvo ponašanje je prepoznato u izveštaju inspektora rada koji je zaključio da je nadređeni bio odgovoran za "rasprostranjeno moralno uznemiravanje koje je dovelo do pogoršanja uslova rada i kršenje ljudskih prava i dostojanstva radnika tako što je dovelo do oštećenja fizičkog i psihičkog zdravlja tih radnika".

U Belgiji je 2002. godine donet Zakon protiv nasilja i moralnog i seksualnog uznemiravanja na poslu. Prema ovom zakonu, nasilje na radnom mestu predstavlja svaku stvarnu situaciju u kojoj je zaposleni proganjan, u kojoj mu se preti ili na njega duševno ili fizički nasrće za vreme obavljanja rada. Moralno uznemiravanje je ponovljeno zlostavljачko ponašanje bilo kog porekla, izvan ili unutar radne zajednice, a sastoji se od jednostranih ponašanja, reči, zastrašivanja, radnji, gestova ili pisanih poruka koje imaju za svrhu negativno uticanje na ličnost, dostojanstvo, fizički ili duševni integritet zaposlenog za vreme obavljanja rada i koje mogu da ugroze njegovo radno mesto ili za njega stvore neprijateljsku, ponižavajuću ili uvredljivu okolinu.

U Holandiji od 1994. godine postoji zakon sa obavezom poslodavca da zaštiti radnike od seksualnog zlostavljanja, psihičke agresije i nasilja na radnom mestu.

U Danskoj je od 2002. godine na snazi zakon koji zahteva da posao ne snosi nikakav rizik od mentalnog ili fizičkog zdravlja.

Prema zakonu od 2002. godine u Finskoj poslodavci su u obavezi da kontrolišu radnu okolinu, stanje radne zajednice i sigurnosti na radnom mestu. Novi antidiskriminacioni akt je usvojen 2004. godine sa svrhom implementacije EU Direktive o rasnoj diskriminaciji i Direktive o jednakom tretmanu. Akt pokriva zabranu drugih osnova za diskriminaciju osim pola i sadrži odredbu o uznemiravanju zbog takvih razloga. Uznemiravanje znači namerno ili de facto povredu dostojanstva i integriteta osobe ili grupe ljudi tako što se stvara zastrašujuće, neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje. Uznemiravanjem se potpuno bavi Inspektor rada koji može da kazni poslodavca

⁶⁷ Cass. soc. 21 juin 2006, n 05-43914

(ali ne može da naknadi štetu žrtvi). Aktivno učešće inspektora rada je alternativa parnici i utiče na smanjenje tužbi za uznemiravanje.

Prema zakonu iz 1994. godine u Norveškoj radnici ne smeju biti izloženi maltretiranju.

Od 1997. godine nasilje na radnom mestu u Velikoj Britaniji podleže krivičnoj odgovornosti iako nema definicije mobinga.

Države koje nisu donele posebne zakone zaštitu od mobinga regulišu Zakonom o radu, Krivičnim zakonom, u okviru zabrane diskriminacije i kroz načelo jednakosti ili kroz zaštitu zdravlja i bezbednosti. Mobing se u tom slučaju prepoznaje kao ponašanje na bazi diskriminatorske osnove koje se sprovodi od jedne ili više osoba na radnom mestu sa ciljem stvaranja neprijateljske, ponižavajuće ili uvredljive okoline koja vodi povredi dostojanstva.

Ipak, neke države su otišle korak dalje.

U Italiji je zaštita od uznemiravanja u okviru zaštite od diskriminacije i primenjuje se bez obzira na razlog uznemiravanja (nije vezan za posebne diskriminacione osnove).

U slobodnom tumačenju pojma mobinga najdalje je otišla Nemačka. Nemačko pravo nema zakonsku definiciju mobinga. Nemački federalni radni sud je potvrdio definiciju uznemiravanja u slučajevima sistematskog neprijateljstva, bulinga ili diskriminacije koji su počinjeni od nadređenog ili između zaposlenih (15.01.1997, 7 ABR14/96). U sudskim odlukama⁶⁸ mobing je definisan kao: "kontinuirano i koordinirano ponašanje na poslu sa namerom uznemiravanja ili diskriminacije kolege ili podređenog u nameri da se postigne nezakonit cilj, povreda prava ličnosti, dostojanstva ili zdravlja žrtve". Nemački Vrhovni sud je prvo koristio kraće definicije mobinga⁶⁹ kao „sistematsko neprijateljstvo, uznemiravanje ili diskriminaciju ili između kolega ili od nadređenog“. Posle usvajanja Evropskih direktiva o implementaciji principa jednakih mogućnosti za muškarce i žene u sferi zapošljavanja došlo se do nove definicije uznemiravanja koje treba smatrati oblikom diskriminacije kada neželjena ponašanja u vezi sa nekim od osnova diskriminacije imaju za cilj povredu dostojanstva osobe ili stvaraju zastrašujuće, neprijateljsko, degradirajuće, ponižavajuće okruženje. Treba istaći da Nemački Federalni sud upućuje na ovu definiciju samo kada opisuje mobing ponašanja u vezi sa usvojenim direktivama. To ne znači da su pravila koja regulišu mobing primenljiva samo ako je ponašanje motivisano na zabranjenim osnovama diskriminacije kao što su rasa, pol ili godine, tako da će se mobingom smatrati i „uznemiravanje nekoga zato što ne voli isti fudbalski klub“⁷⁰. U presudi

⁶⁸ Labour Court of Appeals Feb. 15, 2001, 133 (NZA-RR) 577 (579), 2001(Ger)

⁶⁹ Supreme Labour Court Jan. 15, 1997, (NZA-RR)781, 1997

⁷⁰ Comparative labor law & Poly' journal, www.droitcivil.uottawa.ca/index

Nemačkog Federalnog radnog suda nailazi se na još šire tumačenje mobinga: “svako neželjeno ponašanje sa namerom povrede dostojanstva osobe i stvaranja neprijatnog, ponižavajućeg ili neprijateljskog okruženja prouzrokovanog sistematskim i kontinuiranim kršenjem ljudskih prava, reputacije ili fizičkog zdravlja”⁷¹ Prema ovoj definiciji zaštita od uznemiravanja nije ograničena na osnove diskriminacije. Ona se primenjuje bez obzira na razlog uznemiravanja.

1. Zakonska rešenja u našoj zemlji i zemljama u regionu

U našoj zemlji zabrana od uznemiravanja i seksualnog uznemiravanja propisana članom 21. Zakona o radu⁷² se u praksi pokazala kao nedovoljna. Zbog toga je mobing regulisan posebnim zakonom - Zakonom o sprečavanju zlostavljanja na radu⁷³ koji se primenjuje od 04.09.2010. godine. Treba istaći da smo mi prva zemlja u regionu ⁷⁴koja je pored nekoliko evropskih zemalja mobing regulisala posebnim propisom.

Zakon definiše pojam zlostavljanja⁷⁵, izvršioca zlostavljanja; prava, obaveze i odgovornosti poslodavca i zaposlenih u vezi sa zlostavljanjem; interni postupak zaštite u slučaju horizontalnog mobinga⁷⁶; rokove zastarelosti; postupak za utvrđivanje odgovornosti zaposlenog; mere za sprečavanje

⁷¹ BAG, 25. 10. 2007, 8 AZR593/06

⁷² Službeni glasnik RS 24/05, 54/09; prema čl. 21. zabranjeno je uznemiravanje i seksualno uznemiravanje. Uznemiravanje u smislu ovog Zakona jeste svako neželjeno ponašanje koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva lica koje traži zaposlenje, kao i zaposlenog, a koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje. Seksualno uznemiravanje u smislu ovog Zakona jeste svako verbalno, neverbalno ili fizičko ponašanje koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva lica koje traži zaposlenje, kao i zaposlenog u sferi polnog života, a koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.

⁷³ Službeni glasnik RS 36/2010

⁷⁴ Crna Gora je donela Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu 2012. godine. Pre toga je mobing bio propisan kao poseban oblik diskriminacije u članu 8. Zakona o zabrani diskriminacije.

Zakon o radnim odnosima u Republici Makedoniji (donet u septembru 2009. godine) eksplicitno je zabranio psihološko uznemiravanje na radnom mestu i posebno naveo termin mobing koji je kao takav uveden u makedonski pravni sistem. Psihološko uznemiravanje na radnom mestu (mobing) određuje se kao diskriminacija i svako negativno ponašanje pojedinca ili grupe (najmanje jedanput nedeljno u periodu od šest meseci) koje predstavlja povredu integriteta, ugleda i časti zaposlenog i izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće i uvredljivo okruženje.

Zakon o zabrani diskriminacije Federacije BiH ("Službeni glasnik BiH" 55/09) u članu 4. stav 3. propisuje da je mobing oblik nefizičkog uznemiravanja na radnom mestu koji podrazumeva ponavljanje radnji koje imaju ponižavajući efekat na žrtvu čija je svrha ili posledica degradacija radnih uslova ili profesionalnog statusa zaposlenog.

⁷⁵ svako aktivno ili pasivno ponašanje prema zaposlenom ili grupi zaposlenih kod poslodavca koje se ponavlja, a koje za cilj ima ili predstavlja povredu dostojanstva, ugleda, ličnog i profesionalnog integriteta, zdravlja, položaja zaposlenog i koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje, pogoršava uslove rada ili dovodi do toga da se zaposleni izoluje ili navede da na sopstvenu inicijativu raskine radni odnos ili otkaže ugovor o radu ili drugi ugovor. Zlostavljanje u smislu ovog zakona jeste i podsticanje ili navođenje drugih na ponašanje iz stava 1. ovog člana. (član 6)

⁷⁶ Interni postupak je obavezan u slučaju horizontalnog mobinga. Rešenjem Apelacionog suda u Beogradu Gž.1. 1075/12 od 29.02.2012.god. ukinuta je prvostepena presuda jer je prvostepeni sud propustio da utvrdi da li je tuženi poslodavac postupio u smislu čl.15 - 20 Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu nakon što mu je tužilac podneo zahtev za pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja na radu od strane drugog zaposlenog, kao i da li mu je poslodavac dostavio obaveštenje iz čl.20 st.2 navedenog zakona, radi ocene blagovremenosti tužbe.

zlostavljanja do okončanja postupka; zaštitu učesnika u postupku; sudsku zaštitu kroz pokretanje postupka, sadržinu tužbe, teret dokazivanja, privremene mere.

Pravnosnažno okončanih sporova nema mnogo iako se u sudskim postupcima predmeti mobinga i po zakonu (a i praksi) hitno rešavaju. Razlog relativno malog broja predmeta nije u odsustvu mobinga već u nesigurnosti tužioca, strahu od gubitka posla zbog uspeha u sporu i teškoćama u dokazivanju.

U primeni zakona, izdvojilo se nekoliko spornih pitanja :

- priroda spora
- nadležnost suda
- dozvoljenost revizije
- ko može podneti tužbu
- sadržina tužbe i dejstvo rokova za njeno podnošenje
- pasivna legitimacija
- ovlašćenje suda da izvrši prekvalifikaciju pravnog osnova
- može li diskriminacija dovesti do mobinga i međusobni odnos mobinga i diskriminacije
- kako prepoznati mobing
- osnovne osobine mobinga
- posledice mobinga
- pravo na naknadu štete
- da li je odluka Republičke agencije za mirno rešavanje sporova arbitražna odluka i da li se može tražiti njen poništaj
- primena Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu

1.1. Priroda spora

Spor zbog zlostavljanja na radu jeste radni spor prema član 29. stav 4. Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu (u daljem tekstu ZSZR).

To znači da se u ovom postupku, osim zakona kojim je bliže uređena ova materija, primenjuju i odredbe iz glave XXIX Zakona o parničnom postupku kojima je regulisan postupak u parnicama iz radnih odnosa, kao i odredbe Zakona o radu. Pored ovih „osnovnih“ zakona, na ove sporove supsidijerno se primenjuje i Zakon o zabrani diskriminacije. Kako mobing predstavlja pre svega

povredu prava na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu⁷⁷ ali i povredu prava privatnosti i uopšte dostojanstva na radu, u postupcima za zaštitu od zlostavljanja na radu dolazi do primene i Ustava⁷⁸, Zakona o zaštiti podataka o ličnosti⁷⁹, Zakona o ravnopravnosti polova⁸⁰, Zakona o bezbednosti i zdravlju na radu⁸¹, Zakona o obligacionim odnosima⁸² i Evropske konvencije o ljudskim pravima⁸³.

1.2. Nadležnost suda

U praksi je do donošenja novog Zakona o uređenju sudova⁸⁴ bila sporna stvarna nadležnost suda. Prema pravilima iz čl. 22. i 23. ranije važećeg Zakona o uređenju sudova⁸⁵ za suđenje u sporovima zbog zlostavljanja na radu nadležan je osnovni sud. Međutim, ukoliko se tužbeni zahtev pored utvrđenja postojanja zlostavljanja, odnosi i na naknadu štete čija je visina iznad limita i omogućuje izjavljivanje revizije, bio bi nadležan viši sud.

Novi, sada važeći Zakon o uređenju sudova regulisao je ovaj problem: Viši sud sudi u sporovima za zaštitu od diskriminacije i zlostavljanja na radu (član 23 stav 1 tačka 7).

1.3. Da li je u ovom postupku dozvoljena revizija?

U Zakonu o sprečavanju zlostavljanja na radu takve izričite odredbe nema. Po članu 29. stav 5. predviđena je shodna primena Zakona o parničnom postupku⁸⁶ prema kome je revizija u radnom pravu u odnosu na ranija rešenja izuzetno dozvoljena kod sporova u vezi zasnivanja, postojanja i prestanka radnog odnosa (član 441) a kod naknade štete ako je vrednost spora iznad 100.000 evra (član 403).

Rešavanje problema u uslovima tranzicije (napetost rada i kapitala i krize socijalnog dijaloga) kao i brojnih spornih pitanja u vezi pojma i suštine mobinga zahteva ujednačenu sudsku praksu. S

⁷⁷ Nužna posledica mobinga je produženi stres koji izaziva psihičke i potencijalne ozbiljnije zdravstvene probleme

⁷⁸ Službeni glasnik RS 98/06

⁷⁹ Službeni glasnik RS 97/08, 104/09

⁸⁰ Službeni glasnik RS 104/09

⁸¹ Službeni glasnik RS 101/05

⁸² Službeni glasnik 29/78...44/99

⁸³ Službeni list SCG Međunarodni ugovori 9/03

⁸⁴ Službeni glasnik RS 101/13, stupio na snagu 01.01.2014. godine

⁸⁵ Osnovni sud u prvom stepenu, između ostalog, sudi u sporovima povodom zasnivanja, postojanja i prestanka radnog odnosa; o pravima, obavezama i odgovornostima iz radnog odnosa; naknadi štete koju zaposleni pretrpi na radu ili u vezi sa radom. Viši sud sudi u građanskopravnim sporovima kad vrednost spora omogućuje izjavljivanje revizije ("Službeni glasnik RS" 116/08...101/11)

⁸⁶ Službeni glasnik RS 72/11, stupio na snagu 01.02.2012. godine

obzirom da ujednačenje sudske prakse vrši samo najviši sud u državi, čini se da je revizija u ovoj vrsti sporova opravdana bez obzira na vrednost spora i da bi je trebalo zakonom dozvoliti.

1.4. Ko može podneti tužbu?

Prema članu 29. ZSZR zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju od strane poslodavca sa svojstvom fizičkog lica ili odgovornog lica u pravnom licu može protiv poslodavca da podnese tužbu, a to pravo ima i zaposleni koji nije zadovoljan ishodom postupka zaštite od zlostavljanja kod poslodavca.

U postupku interne zaštite, zahtev za pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja može prema članu 13. stav 2. istog zakona podneti i predstavnik sindikata, lice nadležno za poslove bezbednosti i zdravlja na radu, predstavnik zaposlenih za bezbednost i zdravlje na radu ili odbor za bezbednost i zdravlje na radu, uz pismenu saglasnost zaposlenog koji smatra da je izložen zlostavljanju.

U praksi se kao sporno postavilo pitanje da li predstavnik sindikata može podneti i tužbu za utvrđenje zlostavljanja? U skladu sa sindikalnim pravilima mišljenja sam da bi sindikat imao pravo da zastupa zaposlenog kako u postupku interne zaštite, tako i u postupku pred sudovima.

Po jednom stanovištu izraženom u odluci Apelacionog suda, sindikat ne može da podnese tužbu bez punomoćja iz reda advokata zato što po Ustavu (član 67) pravo na pravnu pomoć pružaju advokati. Međutim, Vrhovni kasacioni sud nije prihvatio to stanovište.

U rešenju Vrhovnog kasacionog suda⁸⁷ ukazano je da tužbu, kao i žalbu protiv rešenja kojim je povređeno pravo zaposlenog može podneti i predstavnik sindikata čiji je zaposleni član ako ga zaposleni ovlasti⁸⁸. U ovom predmetu nižestepenim rešenjima odbačena je žalba tužilaca izjavljena protiv rešenja osnovnog suda kojim je tužba više tužilaca koje je zastupao sindikat odbačena jer su po mišljenju nižestepenih sudova tužioci u žalbenom postupku (a i u postupku po tužbi) bili zastupani od neovlašćenog lica - osnovne organizacije sindikata radnika EPS-a. Prema stanovištu VKS: "po članu 85. ZPP stranke mogu da preduzimaju radnje u postupku lično ili preko punomoćnika koji mora da bude advokat. To je opšte pravilo. Ali poseban zakon (Zakon o radu) u članu 195. stav 1. sadrži pravilo da protiv rešenja kojim je povređeno pravo zaposlenog ili kad je zaposleni saznao za povredu pravila, zaposleni, odnosno predstavnik sindikata čiji je zaposleni član ako ga zaposleni ovlasti, može da pokrene spor pred nadležnim sudom. Ta specijalna odredba (specijalni zakon) isključuje primenu opšteg pravila po načelu *lex specialis derogat legi generali*. Osim izloženog i ciljno tumačenje upućuje na zaključak da zaposlenog u sporu sa poslodavcem može da zastupa sindikat (sindikalna organizacija)

⁸⁷ Rešenje Vrhovnog kasacionog suda Rev 2 1100/2012 od 16.01.2013. godine

⁸⁸ Ovakva odluka u skladu je sa Direktivama 2000/78/EC (član 9.2) i 2000/43/EC (član 7.2),

zato što sindikat kao samostalna demokratska i nezavisna organizacija zaposlenih u koju se oni dobrovoljno udružuju zastupa, predstavlja, unapređuje i štiti interese (profesionalne, radne, ekonomske, socijalne, kulturne) svojih članova i to kako pojedinačne tako i kolektivne interese (član 6. Zakona o radu). Sa druge strane svrha kvalifikovanog punomoćnika je stručnost (znanje) u zastupanju i težnja ka lakšem i bržem ostvarivanju i zaštiti povređenog ili ugroženog prava. S obzirom da je zaštita prava zaposlenih (individualna i kolektivna) jedna od osnovnih funkcija sindikata, onda se stručnost znanje i poverenje po pravilu ne dovodi u sumnju“.

1.5. Da li je u petitumu tužbe neophodno navođenje radnji zlostavljanja?

Sastav tužbe određen je članom 192. ZPP⁸⁹ odnosno članom 187⁹⁰ ranije važećeg ZPP prema kome tužba mora da sadrži određeni zahtev u pogledu glavne stvari i sporednih traženja, činjenice na kojima tužilac zasniva zahtev, dokaze kojima se utvrđuju ove činjenice, vrednost predmeta spora, kao i druge podatke koje mora imati svaki podnesak.

Po članu 30. ZSZR tužilac može istaći više zahteva i to: utvrđenje da je pretrpeo zlostavljanje; zabranu vršenja ponašanja koje predstavlja zlostavljanje, zabranu daljeg vršenja zlostavljanja, odnosno ponavljanja zlostavljanja; izvršenje radnje radi uklanjanja posledica zlostavljanja; naknadu materijalne i nematerijalne štete u skladu sa zakonom; objavljivanje presude donete povodom tužbi iz tač. 1-4 ovog člana.

U dosadašnjoj praksi uočava se da neki sudovi odbacuju tužbu zbog toga što u izreci nisu navedene radnje i načini na koji je zlostavljanje izvršeno. Takva praksa nije dobra. Bitno je da se sadržina mobinga može jasno "prepoznati" iz obrazloženja tužbe.

1.6. Pasivna legitimacija

Po našem zakonu pasivno je legitimisan „samo“ poslodavac⁹¹, a ne i neposredni "mober". Ali u dosadašnjoj praksi (evidentirana dva slučaja) tužen je pored poslodavca i mobier⁹². Sudovi ne daju

⁸⁹ Sl. glasnik RS 72/11, stupio na snagu 1.2.2012

⁹⁰ Sl. glasnik RS 125/04..36/11

⁹¹ Prema članu 29. ZSZR zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju od strane poslodavca sa svojstvom fizičkog lica ili odgovornog lica u pravnom licu može protiv poslodavca da podnese tužbu. Pravo da podnese tužbu protiv poslodavca zbog zlostavljanja na radu ili u vezi sa radom ima i zaposleni koji nije zadovoljan ishodom postupka zaštite od zlostavljanja kod poslodavca.

⁹² Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1. 2332/12 od 23.08.2012. godine i Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 687/12 od 27.12.2012.godine

posebno obrazloženje o legitimaciji iz čega bi se moglo zaključiti da je i mober pasivno legitimisan za vođenje parnice. Međutim, zabeležen je i slučaj u kom je kao tuženi označen samo mober bez poslodavca⁹³. Po oceni suda: "poslodavac je pasivno legitimisan u postupku za ostvarivanje sudske zaštite zbog zlostavljanja na radu i samo on može biti tuženi u tom sporu bez obzira ko je izvršilac. Zbog toga, kada je tužba podneta protiv fizičkog lica kao izvršioca zlostavljanja, a ne poslodavca, tada je osnovan prigovor nedostatka pasivne legitimacije.

U uporednom pravu (Nemačka i Francuska⁹⁴) mogu odgovarati, biti pasivno legitimisani, i poslodavac i mober. Poslodavac će odgovarati samo u slučaju da je bio obavešten (znao je ili je morao znati) o zlostavljanju koje se dešava u preduzeću, a nije preduzeo sve mere da zlostavljanje spreči odnosno koji je propustio da izvrši svoju dužnost organizovanja rada na način koji isključuje odnosno smanjuje mogućnost pojave mobinga. U takvoj situaciji tužilac može tražiti naknadu štete i od poslodavca i od mobera pri čemu je njihova odgovornost samostalna.

1.7. Dejstvo rokova za podnošenje tužbe

Rokovi za podnošenje tužbe su prekluzivni: mora se podneti u roku od šest meseci od dana kad je zlostavljanje učinjeno ako nije bilo postupka za zaštitu kod poslodavca. U slučaju kada je vođen postupak za zaštitu kod poslodavca, a zaposleni nije zadovoljan njegovim ishodom, rok za podnošenje tužbe je 15 dana i računa se od dana dostavljanja obaveštenja da postupak nije uspeo, odnosno da je jedna strana odustala od daljeg postupka ili odluke o obustavljanju postupka. Propuštanje ovih rokova dovodi do gubitka prava na sudsku zaštitu (odbacivanje tužbe). To su izuzeci od opšteg pravila da se tužba podnosi u roku od 90 dana (član 195. stav 2. Zakona o radu).

1.8. U praksi se javljaju slučajevi u kojima je predmet tužbenog zahteva utvrđenje diskriminacije, a u suštini se radi o mobingu. Ima li sud pravo da izvrši prekvalifikaciju pravnog osnova?

Prema članu 192. stav 4. ZPP⁹⁵ odnosno članu 187. stav 4. ranije važećeg ZPP⁹⁶ sud nije vezan pravnim osnovom.

⁹³ Rešenje Apelacionog suda u Nišu GŽ1 403/13 od 22.03.2013. godine.

⁹⁴ BAG Oct.25,2007,NZA 1154,2007,Rieble & Klumpp,supra note 21,at 379; BAG May 16,2007,NZA 223,2008,Benecke,supra note 12,at 359;Cass.soc.7 février 2007,RDT,avril 2007,p.249,note M.Véricel; CA Grenoble,8.oct.2007,n° 06/02282

⁹⁵ Sl. glasnik RS 72/11,stupio na snagu 1.2.2012.godine

⁹⁶ Sl. glasnik RS 125/04... 36/11

Sud postupa po tužbi i kada oštećeni kao tužilac ne navede pravni osnov tužbenog zahteva (a i kad ga navede, sud time nije vezan) ali je vezan za činjenice (životni događaj). Tok dokaznog postupka u velikoj meri zavisi od kvalifikacije koju dâ tužilac ali njegovo opredeljenje da traži utvrđenje po određenom osnovu ne mora biti odlučujuće po njegov pokušaj da ostvari pravnu zaštitu (pogrešno označavanje pravnog osnova neće biti razlog za odbijanje tužbenog zahteva ako iz utvrđenih činjenica proizlazi osnovanost zahteva po nekom drugom pravnom osnovu)⁹⁷.

1.9. Može li diskriminacija dovesti do mobinga i da li se ta dva pojma posmatraju odvojeno ili zajedno?

Zajedničke karakteristike mobinga i diskriminacije su: povreda prava jednakosti, povreda prava ličnosti (ugleda, časti, dostojanstva) i ugrožavanje života i zdravlja. Bez obzira na pojmovne razlike mobinga (šikana, zlostavljanje, psihičko maltretiranje) i diskriminacije (razlikovanje, nejednako postupanje), i kod mobinga i kod diskriminacije je prisutno u osnovi nedopušteno i neopravdano različito postupanje u odnosu na grupu ili pojedinca čije se pravo ne vređa. Mobing postoji kada takvo različito postupanje (nedopušteno i neopravdano) dovede do povrede dostojanstva, ugleda, ličnog i profesionalnog integriteta, zdravlja, položaja zaposlenog ili izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje, pogoršava uslove rada ili dovodi do toga da se zaposleni izoluje ili navede da na sopstvenu inicijativu raskine radni odnos ili otkáže ugovor o radu ili drugi ugovor.

Ponašanje koje ima obeležja i mobinga i diskriminacije (mobing je vid diskriminacije) utvrdio je Vrhovni kasacioni sud u svojoj odluci⁹⁸. U tom slučaju mobing i diskriminacija ogledaju se u uskraćivanju tužilje u korišćenju slobodnih dana, samim tim i u pravu na korišćenje prava na odmor, dodeljivanjem većeg broja pacijenata, isključivanjem iz dopunskog rada, onemogućavanjem tužilje da iznese svoje mišljenje na jutarnjim sastancima odnosno prekidanje tužilje u svom izlaganju, obraćanje uz viku, pretnju, omalovažavanje pred kolegama i pacijentima i neprihvatljivom neverbalnom komunikacijom (unošenjem u lice i mahanjem rukama i papirima tužilji ispred lica), zbog čega je tužilja dala otkaz.

Po oceni suda: "nematerijalna šteta koju je tužilja u ovom slučaju pretrpela ogleda se u povredi časti i ugleda i prava ličnosti, što zajedno, po oceni Vrhovnog kasacionog suda, predstavlja povredu dostojanstva na radu. Ovi vidovi nematerijalne štete u sebi konzumiraju štetu na ime pretrpljenih duševnih bolova zbog uznemiravanja, psihološkog zlostavljanja, koji su uzrokovali mentalnu

⁹⁷ Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev 1063/05 od 08.02.2005.godine

⁹⁸ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 687/12 od 27.12.2012.godine

psihosomatsku patnju i strah kao i za pretrpljenu diskriminaciju i stavljanje u nepovoljni položaj u oblasti rada".

Diskriminacija i mobing su tesno povezani. Zemlje članice EU koncept mobinga tj. uznemiravanja (seksualnog i moralnog) uglavnom su dovodile u vezu sa diskriminacijom i najčešće je (u definiciji mobinga) navodile kao osnov uznemiravanja. Međutim, sudska praksa je pokazala da razlozi iz kojih dolazi do uznemiravanja i diskriminacije prevazilaze okvire tipičnih slučajeva datih u definiciji diskriminacije, pa su iz tog okvira (diskriminacije) izašle posmatrajući i definišući mobing bez obzira na razloge iz kojih se dogodio (posebno se nisu ograničavali na tzv. lična svojstva). Zakonodavna rešenja zemalja u okruženju poput Makedonije⁹⁹ i Bosne i Hercegovine takođe opravdavaju stav da je mobing oblik diskriminacije.

1.10. Kako prepoznati mobing?

Jedno od značajnih pitanja istraživanja i analize fenomena mobinga jeste i kako prepoznati slučajeve mobinga. Radi toga Šalkros u svojoj analizi navodi kriterijume na osnovu kojih se može prepoznati mobing. To su: sistematsko domundavanje i zavera; maliciozne namere da se prouzrokuje šteta; učestalost i dugotrajnost ponašanja; nejednake pozicije moći ; pasivno agresivno ponašanje protiv bilo kog radnika; eskalacija manjih konflikata; propusti menadžmenta da uoči šta se događa, a kada problem i uoče nastoje da stanu uz stranu zlostavljača; žrtve mobinga zbog loših iskustava napuštaju radno mesto; posledice mobinga traumatične su za žrtvu, uzrokuju zdravstvene probleme, poremećaje izazvane posttraumatskim stresom i ponekad žrtve izvrše samoubistvo¹⁰⁰. Žrtve mobinga obično su bile osobe od poverenja, kooperativne savesne i dobri radnici, lojalni organizaciji.

Za status žrtve dovoljna je i prenaplašena individualnost i neprihvatanje organizacionog obrasca koji podrazumeva slepu poslušnost i izvršavanje svih zadataka koje postave kreatori obrazaca. Ukoliko čovek želi da u takvom patološki postavljenom okruženju zadrži pravo da bude individua koja misli i želi da iskaže svoje stavove i da tvorcu "obrazca za ponašanje" uputi kritiku vrlo lako postaje žrtva mobinga. Takvi pojedinci su žrtve rukovodioca koji se osećaju ugroženim zbog njihove individualnosti

⁹⁹ Zakon o radnim odnosima u Republici Makedoniji (donet u septembru 2009. godine) eksplicitno je zabranio psihološko uznemiravanje na radnom mestu i posebno naveo termin mobing koji je kao takav uveden u makedonski pravni sistem. Psihološko uznemiravanje na radnom mestu (mobing) određuje se kao diskriminacija i svako negativno ponašanje pojedinca ili grupe (najmanje jedanput nedeljno u periodu od šest meseci) koje predstavlja povredu integriteta, ugleda i časti zaposlenog i izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće i uvredljivo okruženje.

¹⁰⁰ Shallcross, L.Z., The Pecking Order: Workplace mobbing in the Public Sector, Unpublished Master of Public Sector Management thesis, Brisbane: Griffith University, 2003

ili represije grupe koja nije spremna da prihvati pravo na razliku¹⁰¹.

Aktivnosti kojima se radnik zlostavlja mogu se podeliti na napade na mogućnost adekvatnog komuniciranja i održavanja društvenih odnosa gde nadređeni ili saradnici ograničavaju mogućnost izražavanja žrtve tako što žrtvu prekidaju u razgovoru ili čak komunikacije uopšte i nema. Naredna aktivnost su napadi na ličnu reputaciju radnika na način da se izmišljaju priče o žrtvi i njenom privatnom životu. Sledeći segment su napadi na kvalitet vršenja poslova na radnom mestu koji se sastoji u stalnim kritikama i prigovorima, vređanju, preteranoj kontroli, davanju zadataka koji su ili prejednostavni ili preteški sa ciljem da se žrtva natera da pogreši. Ova aktivnost sastoji se u stalnom kažnjavanju i niskim i nerealnim ocenama rada. Napadi na zdravlje sastavni su deo zlostavljanja žrtve na radnom mestu. Žrtva se prisiljava na izvršavanje zadataka koji narušavaju njeno zdravlje, ne dopušta joj se da koristi godišnji odmor i slobodne dane, preti joj se fizičkim napadima ili se seksualno zlostavlja.

U postojećoj literaturi o mobingu, polazi se od smera mobilizirajućih postupaka i činjenice ko je žrtva a ko zlostavljač, mobing može biti vodoravan i horizontalan¹⁰². Vertikalni mobing odnosi se na situacije u kojima pretpostavljeni zlostavlja jednog podređenog radnika, a zatim jednog po jednog dok ne uništi čitavu grupu (strateški mobing ili bossing). Pored toga moguće su i situacije kada jedna grupa podređenih radnika zlostavlja jednog pretpostavljenog. Horizontalni mobing javlja se između radnika koji su u jednakom položaju u hijerarhijskoj organizaciji. Motivi za takvo ponašanje mogu biti lične prirode kao što je osećaj ugroženosti, ljubomora i zavist. Takođe, može biti i želja da se kolega eliminiše kako bi se sačuvalo radno mesto ili stvorili uslovi za napredovanje, naročito ukoliko postoji uverenje da eliminacija kolege vodi napretku u karijeri.

1.11. Primeri iz prakse

Primer I

Tužilja je trpela nekorektan i neprofesionalan odnos od strane menadžerke koja ju je angažovala van radnog vremena, kao i za njene privatne poslove; zvala je noću da bi joj saopštila da su prljavi prozori i da ih treba oprati, obavezivala tužilju da pegla njenu odeću, da je nosi na hemijsko čišćenje. O krajnje ponižavajućem tretmanu izjasnili su se i zaposleni koji su slušali kako menadžerka više na

¹⁰¹ V.Baltazarević: " Ko je pošteniji - vukovi ili ljudi", dnevni list Politika 22.9.2010.

¹⁰² D. Vuković "Mobing na radnom mestu", Temida, vol. 9 br. 4 decembar 2006 str. 5

nju koristeći psovke, kako stalno nalazi greške u radu tužilje koje karakteriše kao kardinalne, pred zaposlenima govori za nju da je „glupača“, „ćurka“ i slično, a zaposlenima savetuje da je izbegavaju. Tužilji je najpre zabranjen ulazak u službene prostorije, a zatim otkazan ugovor o radu.

Po stanovištu suda¹⁰³ ponašanje zaposlene menedžerke tuženog ukazuje na to da su se prema tužilji odnosili na neprimeren i protivzakonit način, ponižavajući je, vređajući je, govoreći neistine o njoj, što je imalo za posledicu da je tužilja trpela duševne bolove zbog povrede ugleda i časti kao i opravdan strah za svoje zdravlje i egzistenciju sebe i svoje porodice zbog niza stresnih situacija.

Primer II

U ovom slučaju¹⁰⁴ usvojen je tužbeni zahtev i utvrđeno da je tužilac pretrpeo zlostavljanje na radu zbog tzv. „mobinga praznog stola“. Zabranjeno je tuženom K.R. kao odgovornom licu u ustanovi Z.R. vršenje ponašanja koje predstavlja zlostavljanje, dalje vršenje zlostavljanja odnosno ponavljanja zlostavljanja. Naloženo je odgovornom licu u ustanovi da radi uklanjanja posledica zlostavljanja izvrši sledeće radnje: dodeli tužiocu osnovna sredstva rada neophodna za obavljanje poslova radnog mesta, telefon, kompjuter, internet vezu, skener, štampač i da izvrši zapisničku primopredaju likovne zbirke kojom je zadužen J.D.

Primer III

Još jedan primer „mobinga praznog stola“ nalazimo u odluci Vrhovnog kasacionog suda¹⁰⁵. Rešenjem direktora otkazan je tužilji ugovor o radu zato što je svojom krivicom učinila povredu radne obaveze jer je u više navrata odbila da izvršava naloge svog neposrednog rukovodioca i da obavlja povremene poslove čije je obavljanje prihvatila aneksom ugovora o radu, pa je prouzrokovala poremećaj u procesu rada. Pre davanja otkaza tužilja je upozorena, istog dana ona je u pismenom izjašnjenju osporila navode iz upozorenja tvrdeći da od strane poslovođe nije dobila nijedan nalog za rad na poslovima majstora u odeljenju obrade drveta, niti je dobila svoje radno mesto niti odgovarajuće rešenje o raspoređivanju na ove poslove. Pre donošenja rešenja o otkazu i prethodno dostavljenog upozorenja tužilja je od strane poslovođe dobila nalog da u određene dane "vadi eksere" koje je odbila

¹⁰³ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1. 245/12 od 14. 3. 2012. godine

¹⁰⁴ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1. 2332/12 od 23.08.2012. godine

¹⁰⁵ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 321/12 od 27.06.2012. godine

sa obrazloženjem da to nisu poslovi njenog radnog mesta (majstora stolara). Pre odbijanja naloga tužilja je sa tuženim zaključila aneks ugovora o radu po kome će "obavljati poslove majstora u odeljenju obrade drveta. Zaposleni će poslove obavljati u sedištu poslodavca u Kraljevu, a u skladu sa sistematizacijom radnih mesta za svoje radno mesto. Međutim, u slučaju da je to neophodno, zaposleni će izvršavati radne zadatke van prostorije poslodavca, a po instrukcijama dobijenim od strane poslodavca". Aneks ugovora o radu je zaključen posle pravnosnažnosti presude po kome je poništeno više otkaza ugovora o radu (27 radnika), među kojima je bila i tužilja. Prvostepeni sud joj je poverovao (iskaz dat prilikom saslušanja parničnih stranaka) da ona nije raspoređena na konkretno radno mesto u radionici za mašinsku i ručnu obradu drveta, već je svih 27 radnika bilo smešteno u jednoj prostoriji u krugu tuženog preduzeća. Da poslovi vađenja eksera iz paleta koje su se nalazile van prostora za obradu drveta predstavljaju poslove nekvalifikovanog radnika.

Kod takvog činjeničnog stanja prvostepeni sud smatra da Pravilnik o organizaciji i sistematizaciji poslova tuženog u pogledu opisa poslova i radnih zadataka majstora za obradu drveta u delu koji se odnosi "da obavlja druge poslove po nalogu direktora ili zamenika direktora u skladu sa svojim znanjem i sposobnostima" treba tumačiti na taj način da ona nije u obavezi da obavlja "bilo koje poslove" već samo one poslove u okviru svoje stručne spreme za koji je i zaključila aneks ugovora o radu. Znanje i sposobnosti kao jedinstveni pojam svode se na radnu sposobnost radnika da uspešno obavlja poslove i to one radi čijeg vršenja i zasnovao radni odnos, a kako je nalog suprotan aktu o sistematizaciji i aneksu ugovora o radu, to je rešenje o otkazu nezakonito.

Suprotno, preinačujući prvostepenu presudu drugostepeni sud smatra da se "pojam odgovarajućeg posla" ne može tumačiti na način kako je to učinio prvostepeni sud. Zaključenjem aneksa ugovora o radu u izvršenju ranije pravnosnažne presude o poništaju otkaza i reintegraciji tužilja je prihvatila Pravilnik o organizaciji i sistematizaciji po kome je posao majstora za obradu drveta ne samo ručna ili mašinska obrada drveta u vezi precizne obrade već su to i drugi poslovi po nalogu direktora ili zamenika direktora u skladu sa znanjima i sposobnostima. Pod sintagmom "drugi poslovi" mogu se podrazumevati i poslovi za koji je predviđen niži stepen stručne spreme od onoga kojim tužilja raspolaže, pri čemu kao ograničavajući faktor može biti samo to da ti poslovi ne prevazilaze po složenosti poslove za koji je tužilja stručno osposobljena i sposobna jer se zaposleni ne može obavezati da obavlja poslove čija složenost prevazilazi njegovu kvalifikaciju i stručnu sposobnost. Po stanovištu drugostepenog suda poslovi vađenja eksera na koje su se radni nalozi odnosili predstavljaju poslove koje je tužilja mogla ili je bila dužna da obavi jer nisu podrazumevali ni stručnost, ni sposobnost koju

ona ne poseduje i za njihovo obavljanje nije postojala obaveza na strani tuženog da joj ponudi aneks ugovora o radu jer isti ne predstavljaju izmenu ugovorenih uslova rada, već poslove radnog mesta. Zbog toga apelacioni sud smatra da je rešenje o otkazu zakonito a odbija tužbeni zahtev radi poništaja i reintegracije.

Po oceni suda, za postojanje otkaznog razloga zbog nepoštovanja obaveze iz ugovora o radu nužan uslov je krivica zaposlenog (član 179. stav 1. tačka 2. Zakona o radu). Krivica postoji kada zaposleni u izvršenju radnih obaveza ne postupa onako kako je trebalo. Ali "kako je trebalo" nejasno je zbog sadržine akta o sistematizaciji radnog mesta "majstor u odeljenju obrade drveta" u delu u kome se navodi da je majstor dužan obavljati "i druge poslove u skladu sa svojim znanjem i sposobnostima". Da li to znači da zaposleni sa srednjom školom III i IV stepena (uslov za radno mesto majstora po aktu o sistematizaciji) treba da obavlja i poslove (izvršava naloge) i nekvalifikovanog radnika. Aneks ugovora o radu pripremljen i predložen od jedne ugovorene strane (poslodavca) pa se u konkretnom slučaju nejasne odredbe tumače u korist druge strane (zaposlenog) na osnovu člana 100. ZOO.

Po stanovištu prvostepenog suda koje prihvata i Vrhovni kasacioni sud radnik (majstor) nije u obavezi da obavlja poslove nekvalifikovanog radnika (vađenje eksera) koji nisu u vezi sa ručnom ili mašinskom obradom drveta (konkretnog posla) jer su to poslovi ispod znanja i sposobnosti za koje nije nužna srednja stručna sprema i koji su u aktu o sistematizaciji posebno utvrđeni. Radni nalozi nisu dati u vanrednim okolnostima (elementarne nepogode, prirodne katastrofe i drugi ekcesni slučajevi u kojima bi bila ugrožena bezbednost zaposlenih ili imovina preduzeća) kada zaposleni mora da izvršava i naloge bez obzira na kvalifikaciju i stručnu spremu, već u normalnim prilikama.

Reintegracija radnika bez faktičkog i aktivnog uključivanja u proces rada predstavlja takozvani mobing "praznog stola" odnosno specifični oblik psihičkog zlostavljanja i šikaniranja na radu (uznemiravanje iz člana 21. Zakona o radu jer se Zakon o zabrani zlostavljanja na radu ne može retroaktivno primeniti).

Imajući u vidu sve okolnosti slučaja (da je tužilja vraćena u proces rada posle sudskog spora, da više dana nije dobijala nikakve radne zadatke i da je vreme provodila sedeći sa ostalom grupom vraćenih radnika u jednoj prostoriji) može se uzeti da je opravdano odbila naloge radi obavljanja poslova nižeg stepena složenosti jer je na taj način poslodavac povredio dostojanstvo zaposlenog na radu.

Po stanovištu suda reintegracija radnika bez faktičkog i aktivnog uključivanja u proces rada predstavlja tzv. "mobing praznog stola" odnosno specifični oblik psihičkog zlostavljanja i šikaniranja

na radu .

Primer IV

U predmetu ¹⁰⁶ Apelacionog suda u Novom Sadu obavezana je tužena da tužilji naknadi štetu zbog duševnih patnji zbog vršenog mobinga na radnom mestu i zbog povreda ugleda i časti . Uznemiravanje tužilje u ovom slučaju predstavlja neopravdano uskraćivanje zaduživanja poslova i radnih zadataka, kao i u tome što je na svom radnom mestu zaticala fotografije nastale fotomonažom uvredljivog sadržaja kao i poruke sa uvredljivim sadržajem.

Primer V

Po dolasku novog direktora u preduzeće, tužiocu je za rad data prostorija koja je ranije služila za prihvatanje osoba koje se nalaze u stanju hitne socijalne pomoći do koje se nalazi vešernica ispred koje je smešten veš koji se priprema za pranje a pored koga tužilac prolazi radi ulaska u svoju kancelariju, kao i arhivska građa koja je smeštena u tu prostoriju. Inače je ova prostorija izmeštena od ostalih prostorija u kojima rade drugi zaposleni. Na ovaj način tuženi je povredio dostojanstvo tužioca – tužilac se osećao izolovano i poniženo zbog rada u takvom prostoru koji se ne opravdava radnim razlozima. Po oceni suda ¹⁰⁷, raspored tužioca u ovakvu prostoriju predstavlja trajno stanje i teži oblik zlostavljanja.

Primer VI

Zbog izvršenog zlostavljanja Vrhovni kasacioni sud poništio je rešenje o otkazu ¹⁰⁸. U ovom slučaju, tužiocu je prvobitno prestao radni odnos rešenjem tuženog. Protiv tuženog tužilac je ranije pokrenuo radni spor sa zahtevom za poništaj tog rešenja o otkazu. Istovremeno sa sudskom zaštitom tužilac se obratio inspektoratu rada, pa je inspekcija rada svojom odlukom vratila tužioca na posao do pravosnažnog okončanja tog spora. Tuženi nije dobrovoljno izvršio rešenje inspektora rada pa je zatraženo prinudno izvršenje . U izvršenju tog rešenja tužilac je za vreme suspenzije odluke o prestanku radnog odnosa sa tuženim zaključio ugovor o radu . U kratkom vremenskom razdoblju od zahteva za prinudno izvršenje rešenja inspektora rada tuženi je doneo novo (ovde sporno) rešenje o prestanku radnog odnosa po osnovu viška zaposlenih . Za vreme trajanja ove parnice pravosnažno je okončan raniji radni spor, pa je poništeno rešenje o otkazu ugovora o radu . Tuženi je izvršio tu presudu i vratio tužioca u proces rada raspoređujući ga na radno mesto pomoćnika magacionera ali ga je odmah

¹⁰⁶ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1. 418/13 od 13.02.2013. godine

¹⁰⁷ Presuda Apelacionog suda u Beogradu Gž1. 3094/13 od 15.5.2013. godine

¹⁰⁸ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 1640/10 od 29.6.2011. godine

uputio na plaćeno odsustvo i obuku o trošku tuženog radi sticanja znanja i iskustva kako bi mogao da obavlja poslove vozača viljuškara. Tuženi je ponovo doneo rešenje o prestanku radnog odnosa tužiocu zbog prestanka potrebe za njegovim radom isplativši mu otpremninu. Tužilac je protiv tuženog pokrenuo novi radni spor radi poništaja rešenja o prestanku radnog odnosa i reintegraciji u radni odnos.

Kod takvog činjeničnog stanja usvojen je tužbeni zahtev radi poništaja rešenja o otkazu i reintegracije.

Radni odnos u opštem režimu zasniva se zaključenjem ugovora o radu. Zasnivanje i prestanak radnog odnosa detaljno su uređeni zakonom. Ali na ugovore radnog prava supsidijerno se primenjuju opšti principi i načela (rukovodne ideje) koje prožimaju ceo pravni sistem. Jedno od njih je i načelo zabrane zloupotrebe prava (član 13. ZOO) po kome je u zasnivanju i ostvarivanju prava iz obligacionih odnosa zabranjeno vršenje prava protivno cilju.

U konkretnom slučaju tuženi kao poslodavac vređa ne samo zakon nego i pomenuto načelo jer u obrazloženju rešenja o otkazu objašnjava razloge izigravanja zakona na sledeći način: da je "bio prinuđen da u izvršenju rešenja inspektora rada tužioca reintegriše kako bi se izbeglo novčano kažnjavanje i da je preduzeće bilo prinuđeno da sistematizuje novo radno mesto koje po stručnoj spremi i znanjima i sposobnostima odgovara tužiocu; te da je rukovodilac proizvodnje odmah po reintegraciji tužioca obavestio direktora da za radom tužioca nema nikave potrebe na radnom mestu "radnik na pomoćnim poslovima" pa je i predložio da se to radno mesto ukine i da se tužilac proglasi tehnološkim viškom.

Zaposleni osim prava na sudsku, sindikalnu, arbitražnu ima pravo i na zaštitu svojih prava kod inspektora rada. U odlučivanju o pojedinačnim pravima zaposlenih inspektor rada je ovlašćen da odloži od izvršenja odluku poslodavca ako je očigledno povredio pravo zaposlenih do pravosnažnog okončanja sudskog spora (čl. 162. ranije važećeg Zakona o radu).

U situaciji kada poslodavac posle zahteva inspektora rada za prinudnim izvršenjem svog rešenja, donosi novo rešenje o otkazu u kratkom vremenskom roku sa formalno identičnim razlozima (tehnološki višak) kao i prilikom donošenja ranijeg rešenja, vrši zloupotrebu prava jer teži sprečavanju izvršenja odluke nadležnog državnog organa i time krši pravilo ne samo iz člana 13. ZOO već i posebno pravilo iz člana 102. ranije važećeg Zakona o radu jer "kažnjava" zaposlenog koji se obratio organu za zaštitu prava.

Naime, po članu 102. stav 1. tačka 6. ranije važećeg Zakona o radu ("Sl. glasnik RS" broj 70/01)

koji se primenjuje u konkretnom slučaju imajući u vidu momenat donošenja rešenja o otkazu, opravdanim razlogom za otkaz ugovora o radu u smislu člana 101. tog zakona ne smatra se, između ostalog, obraćanje zaposlenog sindikatu ili organima nadležnim za zaštitu prava iz radnog odnosa u skladu sa zakonom, opštim aktom ili ugovorom o radu (identičnu odredbu sadrži i sadašnji član 183. stav 1. Zakona o radu).

Neosnovani su revizijski navodi u kojima se ističe da tužilac nije mogao biti vraćen na rad zato što poslednji radni spor između istih stranaka, a povodom donošenja rešenja o otkazu još nije pravnosnažno okončan. Posledica nezakonitog otkaza je reintegracija zaposlenog jer je on to tražio u ovoj parnici (član 108. stav 1. ranije važećeg Zakona o radu).

Primer VII

Tuženi je doneo rešenje o otkazu ugovora o radu tužilji zbog neopravdanog izostanka tužilje sa posla. U postupku pred nižestepenim sudovima je utvrđeno da se tužilja na posao javila po isteku godišnjeg odmora, ali da u prostorijama u kojima je ranije obavljala svoje poslove, nije zatekla dokumentaciju potrebnu za obavljanje svog posla dok je za njenim stolom sedeo otac direktora. Pismeno se obratila direktoru sa zahtevom da joj dostavi potrebnu dokumentaciju i omogući da radi. Dolazila je na posao, nije se upisivala u evidenciju prisutnosti na poslu.

Po stanovištu sudova¹⁰⁹: prema odredbi člana 16. stav 2. Zakona o radu poslodavac je u obavezi da zaposlenim obezbedi uslove rada, organizuje rad i pruži obaveštenje o uslovima i organizaciji rada. Tuženi to nije učinio jer nije obezbedio uslove rada: za radnim stolom tužilje je sedeo otac direktora, nije organizovao rad: nije joj dostavio dokumentaciju potrebnu za obavljanje poslova, a evidencija prisustva na poslu nije ustrojena za sve zaposlene već samo za tužilju. Pored toga tužilja je u određenom periodu dolazila na posao i nije ispoljila volju da više ne radi.

Primer VIII

Horizontalni mobing utvrđen je u predmetu¹¹⁰ u kom je usvojen tužbeni zahtev tužilje i utvrđeno da je pretrpela zlostavljanje na radu od strane zaposlenog kod tuženog koji joj je određeno dana u popodnevним časovima povredio njeno dostojanstvo i lični integritet prvo neprimerenim i

¹⁰⁹ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 706/2012 od 06.01.2013. godine

¹¹⁰ Presuda Apelacionog suda u Kragujevcu Gž1 2927/12 od 09.04.2013. godine

neumesnim verbalnim izrazima te pokušajem da je zagrli pa je zabranjeno ovakvo ili slično ponašanje ubuduće, pod pretnjom novčanog kažnjavanja. U postupku je utvrđeno da je tužilja protiv određenog lica pokrenula postupak kod poslodavca za zaštitu od zlostavljanja. Određenog dana, zaposleni koji je izvršio zlostavljanje je ušao u kancelariju tužilje koja je tog dana dežurala u svojoj kancelariji po isteku radnog vremena. Pokušao je da je odgovori da okonča postupak koji je pokrenula protiv njega, ali pošto je tužilja iskazala nameru da taj postupak dovede do kraja, rekao joj je "da je mnogo lepa žena, da je voli" a zatim je uhvatio za kosu, savio glavu u nameri da je poljubi. Tužilja je uspela da se otrgne i da ga odgurne od sebe kada mu je rekla da će ga prijaviti policiji a taj zaposleni se više puta izvinio. Ceo događaj tužilja je snimila svojim diktafonom. Zatim ga je prijavila Ministarstvu unutrašnjih poslova. O navedenom događaju obavestila je i direktora tuženog, svoju majku i supruga. Pripadnici MUP-a su obavili razgovor sa tim licem i sačinili službenu belešku. Inače je ponašanje ovog lica prema tužilji pre kritičnog događaja bilo neprimereno, jer je u više navrata verbalno maltretirao, vređao i vikao i to ne samo kada su bili sami, već i ispred drugih lica, dok je ista bila u radnom odnosu kod tuženog ali i ispred stranaka. S obzirom da je to lice svoje ponašanje prema tužilji stalno negirao, tužilja je kupila diktafon kako bi snimila njihove razgovore i imala dokaz o tome kakvo je zaista bilo njegovo ponašanje prema njoj. Zbog takvog ponašanja prema tužilji, ona je bila uznemirena, nije joj se išlo na posao jer je doživela šok, odnosno neprijatne situacije koje su za nju bile ponižavajuće i strašne a o kritičnom događaju se već čulo u sredini u kojoj živi što je za nju takođe bilo i neprijatno i teško. Po oceni suda navedeno ponašanje ovog lica prema tužilji predstavljalo je povredu njenog dostojanstva, ugleda ličnog i profesionalnog integriteta a kod tužilje je izazvalo osećaj poniženosti i vidne uznemirenosti odnosno stvorilo je ponižavajuće okruženje.

Primer IX

Tužilja je u postupku u periodu od 2006. godine do oktobra 2011. godine pretrpela zlostavljanje na radu od strane direktora tuženog kao odgovornog lica na taj način što je direktor tuženog u ovom periodu često vikao i vređao je i pred većim brojem zaposlenih lica govoreći joj da je „neradnik“ i da će sa prvom sistematizacijom kod tuženog dobiti otkaz. Odlučujući o visini nematerijalne štete zbog pretrpljenog straha zbog zlostavljanja na radu, sudovi su imali u vidu činjenicu da je strah bio dugotrajan i visokog intenziteta jer je zlostavljanje na radu trajalo dugo i učestalo se javljalo, jer je tužilja bila u neizvesnosti i povišenoj tenziji na radnom mestu kada će uslediti novi „napad“ na nju od

strane direktora tuženog i kakvog će sadržaja biti. Strah koji je trpela izazvao je poremećaje koji su ostavili trajne posledice na psihofizički status tužilje tako što su prouzrokovali depresiju, pogoršanje osnovne bolesti - šećerne bolesti, neurotska ispoljavanja, još veću disfunkcionalnost u porodičnom okruženju jer je došlo i do otkaza kod tuženog, a radna i profesionalna sposobnost kod tužilje je opala što je dovelo tužilju u situaciju da teško može da pronade novi posao¹¹¹.

1.12. Šta nije mobing

Primer I

U slučaju koji je razmatran pred Vrhovnim kasacionim sudom¹¹² utvrđeno je da nema mobinga i diskriminacije. Tužilja je zaposlena kod tuženog na poslovima rukovodioca finansijskog sektora. Po povratku sa porodijskog odsustva smatra da trpi neprekidnu diskriminaciju od strane direktora jer je nezadovoljan njenim izveštajem o takozvanim "velikim potrošačima" pa poverava rukovođenje oko projekta i rada sa A. trećem licu; formira komisiju radi utvrđivanja postojanja štete smatrajući da je ona za nju odgovorna; dostavlja tužilji ponudu o sporazumnoj naknadi štete što ona odbija. Poslodavac menja odluku o korišćenju slobodnih dana; po povratku sa godišnjeg odmora u svojoj kancelariji ne zatiče službeni laptop direktor je doneo odluku o raspodeli dobiti koja je ostvarena u prethodnoj godini prema određenim kriterijumima, ali njoj dobit nije isplaćena; u novembru joj nije odobreno da prisustvuje seminaru na koji je pozvana.

Po stanovištu suda: „U slučaju kada zaposleni nesavesno obavlja poslove na kojima radi i time nanese štetu poslodavcu, poslodavac može da u skladu sa članom 163. Zakona o radu utvrđuje postojanje štete, njenu visinu, okolnosti pod kojima je nastala i da u tom cilju formira komisiju koja bi utvrđivala sve okolnosti nastanka štete. Formiranje komisije i zahtev zaposlenom da štetu naknadi u vansudskom postupku ne predstavlja diskriminaciju jer je poslodavac mogao u slučaju netačnih obračuna zbog kojih smatra da je naneta šteta preduzeću da utvrđuje sve okolnosti u vezi postupanja zaposlenog.

- Poslodavac je ovlašćen da preinači i odluku o korišćenju takozvanih slobodnih dana, ako to zahtevaju potrebe posla.

- Pokretna imovina (laptop) predstavlja imovinu poslodavca i privremeno uzimanje te stvari i

¹¹¹ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1 1104/13 od 10.04.2013. godine.

¹¹² Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 906/11 od 28.03.2012. godine

smeštanje u drugu prostoriju u vreme kada se tužilja ne nalazi u procesu rada ne predstavlja akt diskriminacije.

- Izostavljanje tužilje sa spiska lica koja treba da dobiju deo iz dobiti preduzeća može biti uslovljeno pogrešnim tumačenjem prava na raspodelu dobiti. Tužilja nije dokazala da je to izostavljanje rezultat namernog stavljanja tužilje u neravnopravan položaj. Izostanak može biti rezultat pogrešnog tumačenja prava i shvatanja da zaposleni koji se nije nalazio u procesu rada nema pravo na raspodelu dobiti.

- Stručno osposobljavanje ostvaruje se raznim oblicima obrazovanja kojima se unapređuju i podižu na viši nivo znanja veštine i sposobnosti zaposlenog. Ali procena u kom vremenu će se to odvijati i ko će od zaposlenih prisustvovati raznim vidovima obrazovanja zavisi od samog poslodavca (odlučni kriterijum je procena potrebe rada). Zbog toga okolnost da tužilja nije upućena na stručni seminar za koji se prijavila ne predstavlja diskriminaciju".

Primer II

Utvrđeno je da nema mobinga i u sledećem predmetu¹¹³ u kom je odbijen kao neosnovan tužbeni zahtev tužioca kojim je tražio da se utvrdi da je pretrpeo zlostavljanje na radu od strane rukovodioca sektora sa svojstvom odgovornog lica na taj način što je tužiocu onemogućilo obavljanje poslova i radnih zadataka na radnom mestu, ne obezbeđivši mu neophodna sredstva za rad, isključivši ga iz svih radnih procesa sektora, ne dajući mu nikakve radne zadatke iz opisa i popisa poslova radnog mesta na koje je raspoređen. Po oceni sudova postojanje organizacionih problema u vezi sa obavljanjem radnih zadataka u određenom periodu ne mogu se smatrati problemima koji su imali za cilj povredu i dostojanstva ugleda ličnog i profesionalnog integriteta tužioca s obzirom na činjenicu da u konkretnom slučaju tužilac nije isključen iz radnih procesa, niti je postojala namera da mu se ne obezbede sredstva za rad obzirom da je od 11 zaposlenih samo šest imalo kompjuter i kod činjenice da na njegovom radnom mestu nije ni bilo poslova koje bi trebalo da obavlja zbog čega mu nisu ni davani radni nalozi. U ovakvoj situaciji, po oceni sudova nije izvršeno zlostavljanje tužioca na radu od strane rukovodioca sektora tim pre što je upravo to lice ukazalo poslovodstvu tuženog na probleme zaposlenih u njenom sektoru, a tužilac je nakon što se ukazalo upražnjeno radno mesto, raspoređen na drugo radno mesto.

¹¹³ Presuda Apelacionog suda u Beogradu Gž1 br. 1426/12 od 13.03.2012. godine

Primer III

Tužilac je vršeći uvid u predmet jednog od zaposlenih neovlašćeno fotografisao privatnim mobilnim telefonom delovodnik u koji je taj predmet zaveden. Zbog ovakvog ponašanja direktor tuženog mu je dostavio upozorenje o otkazu ugovora o radu u kome je navedeno da je na opisan način učinio težu povredu radne discipline ali da neće biti doneto rešenje o otkazu zbog olakšavajućih okolnosti koje se odnose na to da tužilac ranije nije kažnjavao i da je u svojoj izjavi priznao da je fotografisao upis navedenog predmeta u delovodnik. Istom prilikom je upozoren da ukoliko ponovo učini istu ili sličnu povredu radne obaveze biće doneto rešenje o otkazu ugovora o radu bez ponovnog upozorenja. Ovako upozorenje je dostavljeno tužiocu, nije bilo okačeno na oglasnu tablu tuženog. Tužilac potražuje naknadu štete zbog povrede časti i ugleda smatrajući da ovako ponašanje tuženog predstavlja grubo nepoštovanje i grubu nezahvalnost prema tužiocu kao uglednom radniku.

Po oceni sudova¹¹⁴ tuženi ni na koji način nije izložio tužioca diskriminaciji, šikaniranju, uznemiravanju, ponižavanju, niti mu je na bilo koji način povredio dostojanstvo, čast i ugled obzirom da se postupanje tuženog kretalo u granicama zakona, odnosno da je tuženi kao poslodavac imao zakonski osnov da, imajući u vidu tužiočevo ponašanje tužiocu donese upozorenje o razlozima za otkaz ugovora o radu. Navodi tužioca da je video upozorenje na oglasnoj tabli zbog čega je bio u stanju šoka i psihičke nadređenosti, ne predstavljaju zlostavljanje niti omalovažavanje tužioca.

Primer IV

Po oceni suda¹¹⁵ ne može se smatrati zlostavljanjem na radu radnje kojima tužilac nije stavljen u nepovoljniji položaj u odnosu na ostale zaposlene i koje nisu imale za cilj povredu dostojanstva i ugleda tužioca, te ličnog i profesionalnog integriteta, zbog čega je istovremeno odbijen tužbeni zahtev tužioca za naknadu štete zbog pretrpljenih duševnih bolova. Donošenje odluke neposrednog rukovodioca o uskraćivanju službenog telefona u privatne svrhe se ne može smatrati zlostavljanjem na radu. Ova mera preduzeta je u okviru ovlašćenja koja predstavlja aktivnost poslodavca posebno kod činjenice da tužiocu ovom merom nije uskraćeno pravo korišćenja službenog telefona u službene svrhe. Takođe, projekti koje je tužilac predlagao u svom radu su bili predstavljeni upravnom odboru tužene i

¹¹⁴ Presuda Apelacionog suda u Beogradu GŽ1 br. 663/12 od 09.02.2012. godine

¹¹⁵ Presuda Apelacionog suda u Beogradu GŽ1 br. 2431/12 od 13.03.2013. godine

usvajani, ali činjenica da odgovarajuće ministarstvo nije dalo saglasnost za njihovu realizaciju, ne može se smatrati radnjom zlostavljanja tim pre što tužena nije odgovorna što nije došlo do realizacije tih predloga i projekata.

1.13. Da li se zlostavljanjem može smatrati i jedna radnja poslodavca ili je neophodno ponavljanje tih radnji?

U praksi ali i u pravnoj teoriji su se kao osnovna obeležja mobinga izdvojila:

1. namera zlostavljanja – ciljno uznemiravanje
2. agresivnost
3. nepostojanje realnog osnova
4. učestalo ponavljanje radnje
5. duži period vršenja

Najspornija od ovih osobina je „ponavljanje radnje“. Pojedini stručnjaci smatraju da uslov ponavljanja nije nužan odnosno da se mobing može počiniti i jednom radnjom (npr. raspoređivanjem na rad u neodgovarajuće i nezdrave prostorije – bez svetla, vlažne, izolovane i slično).

U slučaju Apelacionog suda u Beogradu¹¹⁶ raspoređivanje tužioca u izolovanu prostoriju predstavlja jednu radnju ali se s obzirom na kontinuitet boravka u ovom prostoru, pogoršanja uslova i rada i dovođenja zaposlenog do toga da se on izoluje, može govoriti o zlostavljanju. U ovom slučaju, po dolasku novog direktora u preduzeće, tužiocu je za rad data prostorija koja je ranije služila za prihvatanje osoba koje se nalaze u stanju hitne socijalne pomoći do koje se nalazi vešernica ispred koje je smešten veš koji se priprema za pranje a pored koga tužilac prolazi radi ulaska u svoju kancelariju, kao i arhivska građa koja je smeštena u tu prostoriju. Inače je ova prostorija izmeštena od ostalih prostorija u kojima rade drugi zaposleni.

Po stanovištu suda: "ako se zaposleni stave u nejednak položaj i ako za to ne postoje razumno opravdani razlozi tada se očigledno postupa suprotno pravilu iz člana 4. Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu sa stanovišta dužnosti poslodavca da stvori uslove neophodne za bezbednu radnu sredinu i da organizuje rad na način kojim se sprečava zlostavljanje na radu. Imajući u vidu da se u tom delu ne nalaze druge kancelarije zaposlenih moglo bi ukazivati na zaključak o "izolaciji tužioca kao zaposlenog" što ne bi bilo pravno prihvatljivo sa stanovišta uslova bezbedne i zdrave radne okoline. S

¹¹⁶ Rešenje Apelacionog suda u Beogradu Gž.5495/2012 od 31.10.2012. godine

tim u vezi se ne mogu zanemariti i navodi da je ova prostorija ranije služila za smeštaj napuštenih lica, da nema adekvatan prostor, da je reč o prihvatnoj stanici, da se u kancelariju dolazi preko gomile prljavog veša koji je smešten ispred vešernice. Zbog toga je nužno razjasniti da li je tužilac u odnosu na druge zaposlene imao iste uslove rada ili ne, sa stanovišta njegovog radnog prostora, da li je i ako jeste zašto je isključivo tužilac izdvojen u tu prostoriju u odnosu na radni prostor drugih zaposlenih i da li se radni prostor drugih zaposlenih nalazi u međusobnoj prostornoj povezanosti i sa istim ili približno istim uslovima rada".

Čini se da se jedna radnja sama za sebe ne može posmatrati izolovano, već se uvek moraju sagledati sve okolnosti slučaja i proceniti ponašanje poslodavca ili drugog zaposlenog, njegovu nameru iskazanu takvim ponašanjem i kakve je efekte takvo ponašanje proizvelo na zaposlenog. Tek na osnovu takve (šire) slike slučaja može se oceniti da li i jedna radnja predstavlja zlostavljanje.

1.14. Posledice mobinga

Mobing je štetan i za žrtvu i za poslodavca. Obe strane trpe i socijalne i ekonomske posledice.

Najčešće socijalne posledice mobinga na osobu su: padanje u nemilost, ponižavanje, neprilagođenost okruženju ili porodičnim odnosima zbog kvalifikacije "neuspešan".

Ekonomske posledice su: plaćanje doktora, lekova i bolnica zbog oporavka fizičkog zdravlja posle gubitka socijalnog zdravlja, prestanak radnog odnosa ili davanje otkaza.

Pored toga, žrtva mobinga gubi zdravlje i postaje asocijalna – devijantna i agresivna. Istraživanje Klinike za rad u Milanu iz 2004. godine ukazuje da je mobing uzročnik bolesti u 83% slučajeva na uzorku od 374 žrtve. U Švedskoj i Italiji je 15% samoubistava uzrokovano mobingom. Podaci vihtimološkog društva Srbije i Republičke agencije za mirno rešavanje radnih sporova pokazuju da su u momentu javljanja skoro sve žrtve bile na bolovanju ili imaju već konstatovane dijagnoze¹¹⁷.

Nužna posledica mobinga je produženi stres koji izaziva psihičke i potencijalne ozbiljnije zdravstvene probleme. Svetska zdravstvena organizacija izdala je pre desetak godina upozorenje u kom je stres na radu proglašen epidemijom svetskih razmera. U industrijalizovanim zemljama oko 40% zaposlenih smatra da im je posao izuzetno stresan, a u zemljama u tranziciji to je mnogo više¹¹⁸.

¹¹⁷ Olga Kićanović: "Komentar Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu" Beograd, decembar 2011, <http://socijalnoekonomskisavet.rs/cir/doc/brosura.pdf>

¹¹⁸ Dr Senad Jašarević: "Mobing u praksi i dokumentima EU i Srbije" Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 1-2/2008, str. 544

Istraživanja pokazuju da somatski znaci stresa mogu biti: migrena, hipertenzija, bol u kičmi, koronarni problemi, endokrine bolesti, bolesti gastrointestinalnog trakta, a ponekad i kancer. Psihički znaci obuhvataju: razdražljivost, gubitak apetita, depresiju, sniženo interesovanje za međusobno komuniciranje (povlačenje u sebe), seksualnu apstinenciju, gubitak samopoštovanja, maniju gonjenja, pa i suicid. Istraživanja¹¹⁹ su potvrdila pozitivnu i direktnu povezanost psihosomatskih bolesti, poput tahikardije, pada imuniteta, astme, gastroloških smetnji i multiple kožne preosetljivosti na hemikalije sa izloženošću mobingu na radnom mestu.

Posledice mobinga na poslodavca:

Socijalne:

- neslaganje i konflikt između osoba
- nepovoljna organizaciona atmosfera
- kolaps u organizacionoj kulturi i vrednostima,
- nepoverljivo okruženje
- manjak poštovanja
- ograničenje kreativnosti zbog nevoljnosti zaposlenih.

Ekonomske :

- povećan broj bolovanja
- smanjen broj (opadanje) kvalifikovanih radnika i usled toga troškovi organizovanja obuke,
- otpremnine,
- troškovi nezaposlenih
- sudski troškovi,
- smanjenje kvaliteta rada,
- bonusi za prevremene penzije.

Stručnjaci međunarodne organizacije rada su izračunali da mobing košta preduzeće od 1.000 zaposlenih oko 150.000 evra godišnje, umanjuje radni učinak za 60%, a troškove kompanije povećava do 180% godišnje. Nemačka HBO mobbing raport je utvrdila da žrtva mobinga gubi 10% radne energije, a mober 40% na početku mobinga, a vremenom pad radnih sposobnosti raste. Kako su zdravlje i produktivnost relevantni elementi bruto nacionalnog dohotka, jasno je da od mobinga trpi društvo u celini. U Nemačkoj je ta šteta procenjena na 10% bruto nacionalnog dohotka, a u SAD se

¹¹⁹ Mahler.V.Value of psychotherapy in expert assessment of skin disease, Hautarzt. 1998; 49 (8) str. 626

troškovi procenjuju na četiri milijarde dolara.

1.15. Pravo na naknadu štete

Tužilac prema članu 30. stav 1. tačka 4. Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu ima pravo na naknadu materijalne i nematerijalne štete u skladu sa zakonom.

Kod zlostavljanja kao i kod diskriminacije u pitanju je pre svega povreda dostojanstva kao osnovnog ljudskog prava. Dostojanstvo podrazumeva ugled, čast, privatnost, kao i pravo ličnosti. Na ovaj način tužioci razvrstavaju ove vidove nematerijalne štete i za svaki od njih potražuju naknadu.

Prilikom kriterijuma za utvrđivanje visine nastale štete, sudovi primenjuju član 200. stav 2. ZOO i vode računa o značaju povređenog dobra i cilju kome ova naknada služi i o tome da se ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa njenom prirodom (da predstavlja satisfakciju) i društvenom svrhom (odsustvo komercijalnih i lukrativnih motiva). Sudskim odlukama dosuđuje se do 500.000,00 dinara na ime ove naknade.

Usled povrede ličnog prava na dostojanstvo na radu ne mora se dokazivati da je neimovinska šteta stvarno nastala – ova šteta sastoji se u samoj povredi dostojanstva na radu – povredi prava ličnosti¹²⁰.

Prednactom građanskog zakonika Srbije predviđeno je da će sud u slučaju povrede zaštićenih prava ličnosti (što uključuje i povredu dostojanstva zaposlenog na radu usled diskriminacije čiji su osobeni oblici i seksualno uznemiravanje i mobing – psihičko zlostavljanje), dosuditi povređenom (na njegovo traženje) i naknadu neimovinske štete (određenu svotu novca za pretrpljenu neimovinsku štetu), kad nađe da je takva novčana naknada u datom slučaju opravdana težinom krivice ili težinom nanesene štete¹²¹.

Naknade štete se dosuđuje po slobodnom sudijskom uverenju i veštačenjem. Na osnovu izvedenih dokaza (saslušanje stranaka, svedoka) sud može da proceni i utvrdi da li se u identičnim situacijama nejednako postupa¹²² i da li je takvo postupanje za zaposlenog stvorilo nepodnošljive uslove rada.

U slučajevima kada je mobing doveo do takvog oštećenja zdravlja, neophodno je izvršiti

¹²⁰ D. Medić: "O konceptu nematerijalne (neimovinske) štete u Republici Srpskoj", aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva S. Perović, Beograd 2011, str. 65

¹²¹ B. Lubarda: Radno pravo, rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2012, str. 119

¹²² Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 687/12 od 27.12.2012.godine

veštačenje ili pribaviti mišljenje specijaliste medicine rada koji će utvrditi prisustvo ili odsustvo mobinga, izraženost simptoma, utvrđivanje logičke povezanosti između traumatskog stresora i simptoma, potvrđivanje uzroka, procene u kom stepenu simptomi narušavaju socijalno i radno funkcionisanje, odnosno kvalitet življenja žrtve mobinga.

Što se tiče materijalne štete, tužioci za sada potražuju samo izgublenu zaradu (član 191. stav 4. Zakona o radu)¹²³.

U uporednoj sudskoj praksi materijalna šteta koju sudovi dosuđuju ogleda se i u troškovima na ime lečenja, razlike između plate koju zaposleni primaju za vreme bolovanja i plate koju bi primili da su radili, troškovima zbog nemogućnosti nalaženja novog posla, odnosno naknadi štete zbog nemogućnosti nalaženja posla zbog ugrožene reputacije, troškovima nastalih oko vođenja sudskih sporova zbog utvrđenja mobinga.

1.16. Da li je odluka Republičke agencije za mirno rešavanje radnih sporova arbitražna odluka i da li se može tražiti njen poništaj?

Ovakvo pitanje izazvao je jedan slučaj iz sudske prakse:

Tužilac je podneo tužbu radi poništaja rešenja Republičke agencije za mirno rešavanje radnih sporova kojim je usvojen predlog zaposlenog, ovde tuženog i utvrđeno da je bilo zlostavljanja na radu prema imenovanom od strane poslodavca, ovde tužioca na način kako je to navedeno u dispozitivu rešenja. Nižestepeni sudovi su se oglasili stvarno nenadležnim za postupanje u ovoj pravnoj stvari i odbacili tužbu¹²⁴.

Po oceni sudova: „tuženi iz ove parnice povodom spornog odnosa je imao dve mogućnosti: da pokrene spor pred sudom tužbom radi zaštite od zlostavljanja na radu ili postupak pred Agencijom za mirno rešavanje radnih sporova, što je i učinio. Ova dva postupka ne mogu se istovremeno voditi jer postoje isti činjenični i pravni osnov. Agencija za mirno rešavanje radnih sporova je donela pravnosnažno rešenje i o tome se ne može ponovo raspravljati u parnicama iz radnih odnosa. Na to upućuje i odredba člana 30. Zakona o mirnom rešavanju radnih sporova prema kojoj ako među strankama u individualnom sporu teče sudski postupak iz istog činjeničnog i pravnog osnova sud će zastati sa postupkom (stav 2) i da su strane u sporu dužne da sud obaveste o pokretanju postupka u

¹²³ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 1020/2012 od 20.02.2013. godine

¹²⁴ Osnovni sud u Užicu P1 340/13 od 19.06.2013. godine i rešenje Višeg suda u Užicu Gž 688/2013 od 05.09.2013. godine.

skladu sa tim Zakonom (stav 3). Za zasnivanje nadležnosti suda u ovoj pravnoj stvari ne može se primeniti odredba čl. 57. Zakona o arbitraži jer odluka Agencije za mirno rešavanje radnih sporova čiji se poništaj traži nema karakter odluke arbitražnog suda propisan Zakonom o arbitraži. U članu 5. stav 1. Zakona o arbitraži propisano je da se arbitraža može ugovoriti za rešavanje imovinskog spora o pravima kojima stranke slobodno raspolažu, osim sporova za koje je određena isključiva nadležnost suda. Vrsta spornog odnosa između stranaka nema karakter imovinskog spora, isti je vođen i okončan po pravilima postupka i pred organom kako je to propisano u Zakonu o mirnom rešavanju radnih sporova.

Po oceni autora ove knjige (Vrhovni kasacioni sud se još o tome nije izjasnio), odluka Republičke agencije za mirno rešavanje radnih sporova nema karakter arbitražne odluke.

Arbitraža se definiše kao metod mirnog rešavanja kolektivnih i individualnih radnih sporova koji se sastoji u tome što strane u radnom sporu poveravaju trećem licu rešavanje spora. Treće lice kao svojevrsan organ stranaka donosi pravno obavezujuće (meritorne) odluke kojima se pravnosnažno okončava radni spor. Otuda se arbitražna odluka shvata i kao kvazisudski proces jer stranke u sporu poveravaju neutralnoj trećoj strani obavezujuće rešavanje spora¹²⁵. Bitna obeležja arbitraže su dobrovoljnost (nadležnost arbitraže se zasniva arbitražnim sporazumom), brzina odnosno efikasnost (prednost u odnosu na sudsko rešavanje ovih sporova) i jednostepenost (odluka je konačna odnosno pravnosnažna i izvršna (član 36. Zakona o mirnom rešavanju radnih sporova)). Treba napomenuti i da Zakon o mirnom rešavanju radnih sporova ne propisuje mogućnost poništaja odluke arbitra, za razliku od Zakona o arbitraži koji takvu mogućnost pruža stranama u sporu ali **samo iz procesnih razloga** (član 58).

Suština alternativnog načina rešavanja radnih sporova je rešiti spor na brz i efikasan način bez pokretanja sudskog postupka. Ukoliko su se obe strane, što je neophodan uslov za zasnivanje arbitraže, dogovorile i pristale na miran način rešavanja spora, takav pristanak po oceni autora isključuje preispitivanje odluke arbitra u sudskom postupku. U suprotnom, ukoliko bi se ovakva odluka smatrala arbitražnom odlukom postavilo bi se pitanje opravdanosti postojanja Zakona o mirnom rešavanju radnih sporova i pravne sigurnosti tako rešenih sporova čija je osnovna svrha **rešenje** spora, a ne stvaranje novih sporova.

¹²⁵ J.M.Ivancevich, Human Resource Management, Foundations of Personal, Irwin, Boston 1992, str. 672-673

1.17. Primena Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu?

Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu primenjuje se od dana stupanja na snagu (04.09.2010. godine) ali kada je u pitanju produžena radnja vršenja zlostavljanja, nije od uticaja što je tužbom obuhvaćen i period pre stupanja na snagu ZSZR jer se zlostavljanje nastavilo i posle njegovog stupanja na snagu¹²⁶.

Ukoliko je tužba podneta pre stupanja na snagu Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu, to ne znači da će "žrtva" ostati bez pravne zaštite. U tom slučaju primeniće se zakoni koji su važili u trenutku podnošenja tužbe (Zakon o radu, koji sadrži pravila o zabrani diskriminacije u oblasti rada u odredbama čl. 18-23, kao i pravila o poništaju rešenja o otkazu zbog povrede prava zaposlenog iz člana 178. stav 3. ZSZR, Ustav, Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, Zakon o ravnopravnosti polova, Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, Zakon o obligacionim odnosima, Evropska konvencija o ljudskim pravima).

¹²⁶ Presuda Prvog osnovnog suda P1.15000/10 od 3.12.2012.godine

III

DISKRIMINACIJA I MOBING U PRAKSI ZEMALJA U REGIONU

Slovenija

Ustavni sud Slovenije proglasio je neustavnim Zakon o nasljeđivanju utvrđujući da se njime diskriminiraju homoseksualni parovi jer ne predviđa pravo na nasljeđivanje umrlog partnera u dugotrajnim životnim zajednicama osobama istog pola kakvo imaju partneri u vanbračnoj zajednici. Kako bi sprečili situaciju pravne praznine do koje bi došlo kada bi se poništio sadašnji diskriminirajući zakon, sudije su većinom glasova odlučile da se osobe u istopolnim zajednicama u pravu nasljeđivanja izjednače sa vanbračnim partnerima različitog pola i pre nego što bude donesen novi zakon¹²⁷.

Hrvatska

Nepravnosnažnom presudom Varaždinskog općinskog suda utvrđena je diskriminacija nad dve srednjoškolske učenice kojima je odbijen zahtev za obavljanje stručne prakse zbog njihove etničke pripadnosti, tj. romske etničke pripadnosti. Ovo je prva nepravnosnažna presuda prema Zakonu o suzbijanju diskriminacije u području obrazovanja na osnovu etničke pripadnosti¹²⁸.

Postoji diskriminacija kada se korišćenje bolovanja za vreme trajanja radnog odnosa na određeno vreme uzima kao osnovni kriterijum da se sa zaposlenim ne zaključi ugovor na neodređeno vreme¹²⁹.

U Varaždinu je doneta prva pozitivna sudska presuda u slučaju diskriminacije po osnovu seksualne orijentacije. Presudom je utvrđeno da je poslodavac izvršio diskriminaciju tužioca po osnovu seksualne orijentacije i sprečio ga u napredovanju na radnom mestu. Diskriminacija se ogleda u tome što su kolege tužioca konstantnim šalama i opaskama ismevali njegovu seksualnu orijentaciju stvorivši na taj način za njega neprijateljsko ponižavajuće i uvredljivo okruženje¹³⁰.

¹²⁷ Prema zakonu iz 2007. istopolni parovi mogu registrovati partnersku zajednicu koja nije priznata kao bračna zajednica. Izvor <http://dalje.com/hr-svijet>

¹²⁸ <http://www.cms.hr>

¹²⁹ Presuda Županijskog suda u Bjelovaru Gž 815/06-2 od 20.4.2006. godine

¹³⁰ www.dnevno.hr/vv.srednjahr/vvslobodnadalmacijahr

Presudom Županijskog suda u Rijeci obavezan je tuženi da tužilji isplati 30.000 kuna zbog zlostavljanja na radnom mestu. Direktor ovog preduzeća uznemiravao je radnicu po seksualnoj i nacionalnoj osnovi i na razne druge načine zbog čega je ona na kraju napustila preduzeće tuženog i otišla u prevremenu penziju. Mobing se u ovom slučaju ogledao u tome što je direktor ovog preduzeća radnicu nazivao pogrđnim izrazima "talijanska kurva" i "talijanska kurvetina", govoreći kako će je "poslati na ulicu" a kroz duži vremenski period je uznemiravao uvredljivim, neprijateljskim i ponižavajućim ponašanjem, zatrpavao je poslom i diskriminisao na razne načine¹³¹.

Nema diskriminacije po osnovu pola kada po konkursu za određeno radno mesto, u izboru radnik-radnica, presudi stručnost odnosno poznavanje odgovarajuće oblasti¹³².

Sam naziv radnog mesta ili položaj ne daje automatski pravo na platu koju ima drugi radnik istog naziva radnog mesta već plata zavisi od konkretnog rada i odgovornosti. U slučaju kada je plata rezultat ugovora o radu, kada svi radnici tuženog sa položajem direktora sektora nisu imali platu na koju pretenduje tužilja, da radnica koja radi na radnom mestu tužilje ima istu platu kao i tužilja, te da se rad tužilje ne može uporediti sa radom, obavezama i značajem drugih direktora, nema diskriminacije¹³³.

Kada tuženi iz poslovno opravdanih razloga (smanjenje obima posla u jednoj jedinici uz istovremeno povećanje obima posla u drugoj jedinici) u skladu sa sklopljenim ugovorima o radu donese nalog za rad tužiocima, on ih na takav način ne uznemirava i ne narušava njihovo dostojanstvo¹³⁴.

Bosna i Hercegovina

Presudom Opštinskog suda u Zenici¹³⁵ obavezan je tuženi da tužiocu omogući rad po osnovu ugovora o radu. Iz obrazloženja presude: "činjenica što je tužilac bio član sindikata ne sme ga staviti u nepovoljniji položaj u odnosu na druge zaposlene niti sindikat može uslovljavati tuženog kao

¹³¹ <http://www.novolist.hrvijesti/rijeka>

¹³² Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Revr 183/05 od 8. veljače 2006. godine

¹³³ Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske Revr 135/09-02 od 3.10.2009. godine

¹³⁴ Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske Revr 766/09-2 od 9.9.2009. godine

¹³⁵ Presuda Opštinskog suda u Zenici broj 430RS067453 12RS od 19.12.2012. godine

poslodavca da nekog od zaposlenih ne angažuje u skladu sa ugovorom o radu jer to nije uloga sindikata".

Prva sudska odluka u BiH za mobing doneta je pred Osnovnim sudom u Prijedoru po zahtevu institucije Ombudsmana BiH za pokretanje prekršajnog postupka. U ovom slučaju šef vatrogasne stanice je uznemiravao zaposlenog vatrogasca ponavljanjem radnji koje imaju ponižavajući efekat za žrtvu a čija je svrha ili posledica degradacija radnih uslova ili profesionalnog statusa zaposlenog¹³⁶.

Pravnosnažnom odlukom Opštinskog suda u Mostaru¹³⁷ usvojen je tužbeni zahtev i utvrđeno da tuženo Ministarstvo obrazovanja, nauke, kulture i sporta HNK diskriminisalo maloletnog E.B. tako što je povredio njegovo pravo na jednako postupanje u procesu obrazovanja propustivši da u nastavnom obrazovnom procesu preduzme mere inkluzije maloletnog E.B. kao osobe sa posebnim potrebama utvrđene zakonom i naloženo ministarstvu da preduzme neophodne i zakonom predviđene korake i radnje sa ciljem da se prestane sa daljim kršenjem prava maloletnog E.B. na jednako postupanje u obrazovanju kao i da mu omogući dalje školovanje po posebnom nastavnom programu prilagođenom njegovim individualnim potrebama uz obezbeđivanje podrške posebnog stručnog tima i učešća asistenta koji će biti prisutni za vreme redovne nastave sve dok traju posebne obrazovne potrebe tužioca.

Crna Gora

Nema diskriminacije kada u slučaju ukidanja formacijskog mesta na koje je bio raspoređen tužilac bude raspoređen na formacijsko mesto nižeg čina uz zadržavanje svih ostvarenih prava koje je imao po ranijem formacijskom mestu¹³⁸.

Nema diskriminacije kada se tužilja kao zaposlena ne nalazi u drugačijem položaju u odnosu na druge zaposlene. Činjenica da tužilja teško doživljava ponašanje i rad ostalih zaposlenih ne ukazuje da se radi o postupcima diskriminacije odnosno zlostavljanja već predstavlja lični doživljaj tužilje i stav prema radu i kolegama¹³⁹. Za utvrđenje diskriminacije odnosno mobinga nije dovoljno da neko

¹³⁶ <http://www.e-novine.com/region-bosna>

¹³⁷ Presuda je potvrđena od strane Kantonalnog suda u Mostaru

¹³⁸ Presuda Višeg suda u Podgorici Gž 1685/13 od 19.11.2013. godine

¹³⁹ Presuda Vrhovnog suda Crne Gore Rev 722/13 od 15.10.2013. godine

postupak drugog lica oseća takvim već je potrebno da se takav postupak konkretizuje¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Presuda Višeg suda u Podgorici GŽ 1685/13 od 19.11.2013. godine

IV

IZNUĐEN OTKAZ

Otkaz koji inicira zaposleni usled nepodnošljivih uslova rada zbog izloženosti zlostavljanja na radu ili seksualnom uznemiravanju poznat je u britanskom i irskom pravu pod nazivom *constructive dismissal*¹⁴¹. Kod mobinga, koje može biti izvršeno od pojedinca – nadređenog ili organizovane grupe – grupe zaposlenih koja želi da se "reši" određenog kolege, stvara takvo nepoželjno okruženje po njega (psihička sila) primoravajući ga na taj način da otkaz. Usled ovakvog ponašanja mogu nastupiti teške posledice: oštećenje zdravlja a ne retko može doći i do samoubistva.

Mobing se može uporediti i sa krivičnim delom iznude i posmatrati kao delo protiv imovine. Poslodavac ima nameru pribavljanja imovinske koristi – neće više plaćati to radno mesto. Svojim ponašanjem prinuđava zaposlenog da otkaze ugovor o radu odnosno da učini nešto na štetu ne samo ličnosti već i svoje imovine.

Bez obzira na sličnosti sa ovim krivičnim delima, mobing odnosno zlostavljanje je propisano kao krivično delo u članu 137 KZ prema kome: ko zlostavlja drugog ili prema njemu postupa na način kojim se vređa ljudsko dostojanstvo, kazniće se zatvorom do jedne godine (stav 1). Ko primenom sile, pretnje ili na drugi nedozvoljeni način drugome nanese veliki bol ili teške patnje s ciljem da od njega ili od trećeg lica dobije priznanje, iskaz ili drugo obaveštenje ili da se on ili neko treće lice zastraši ili nezakonito kazni, ili to učini iz druge pobude zasnovane na bilo kakvom obliku diskriminacije, kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina (stav 2). Ako delo iz st. 1 i 2. ovog člana učini službeno lice u vršenju službe, kazniće se za delo iz st. 1 zatvorom od tri meseca do tri godine, a za delo iz stava 2. zatvorom od jedne do osam godina (stav 3).

U praksi su zabeležena tri slučaja u kojima su poslodavci osuđeni krivično zbog zlostavljanja radnika: Presudom Apelacionog suda u Kragujevcu Kž1 – 2719/12 od 6.11.2012. godine poslodavac je osuđen uslovno na sedam meseci i novčanu kaznu zbog zlostavljanja i mučenja zaposlenih.

Pravnosnažnom presudom Opštinskog suda u Jagodini urednik jednog nedeljnika je osuđen na četiri meseca zatvora uslovno na dve godine zbog zlostavljanja novinara- urednika rubrike.

Presudom Apelacionog suda u Kragujevcu Kž1 – 1439/13 od 28.3.2013. godine direktor preduzeća je osuđen na novčanu kaznu zbog produženog krivičnog dela zlostavljanje i mučenje iz člana 137. stav 1. KZ. U postupku je utvrđeno da je prema oštećenoj postupao na način kojim se

¹⁴¹ Izraz "*constructive dismissal*" se prevodi kao iznuden otkaz; primorana ostavka. Ovako preveden izraz asocira na prinudu ili iznudu, a može se i uporediti sa ovim krivičnim delima. Prinuda je krivično delo protiv slobode odlučivanja i delovanja. Radnja izvršenja je upotreba sile ili ozbiljne pretnje upravljene na to da drugo lice nešto protiv svoje volje učini, ne učini ili trpi.

vređa ljudsko dostojanstvo tako što je oštećenu pozivao u svoju kancelariju zahtevajući od nje da imaju seksualne odnose, pa na njeno odbijanje odgovarao da "se ona nalazi na spisku radnika koji će kao tehnološki višak dobiti otkaz i da će ukoliko pristane na seksualne odnose sa njim, izbrisati njeno ime sa spiska i da tada neće imati nikakvih problema ako se viđa sa njim na nekom tajnom mestu". Oštećena na to nije pristala pa joj je okrivljeni sa svojih mobilnih telefona upućivao poruke preteće sadržine ali i poruke ljubavne i vulgarne sadržine što je kod oštećene izazvalo uznemirenost, osećaj nesigurnosti, strah za sopstveni život, kao i strah od gubitka posla i dovelo do njene izlovanosti i zdravstvenih problema zbog kojih se nalazila na lečenju u dnevnoj bolnici psihijatrijske klinike.

Otkaz se pripisuje poslodavcu ukoliko sud nađe da je po sredi zlostavljanje što zaposlenom koji je inicirao otkaz dao pravo na poništavanje otkaza, vraćanje na rad i naknadu štete¹⁴². O tome nam svedoče primeri iz uporedne (strane) prakse:

I *Constructive dismissal* je definisan na sledeći način: ako je poslodavac kriv za ponašanje koje predstavlja značajno kršenje ugovora ili koje pokazuje da poslodavac nema nameru da bude vezan jednim ili više osnovnih uslova ugovora, onda zaposleni ima pravo da se smatra otpuštenim. Ako je tako, onda on (zaposleni) otkazuje ugovor zbog ponašanja poslodavca¹⁴³.

II U drugom slučaju Sud je ispitivao uslov razumnosti i opravdanosti i dao sledeća uputstva u vezi sa pitanjima koja se u ovom slučaju moraju postaviti: kakvo je ponašanje poslodavca, da li je poslodavac za takvo ponašanje imao opravdan i razuman razlog, ako jeste, zaposleni ne može sa uspehom zahtevati otkaz ali ako poslodavac za takvo ponašanje nije imao opravdan i razuman razlog, onda zaposleni ima pravo na otkaz pri čemu se u tom slučaju ispituje i da li je takvo ponašanje sračunato na psihičko uništavanje zaposlenog ili nanošenje ozbiljne štete¹⁴⁴.

III U svim slučajevima sud je ispitivao pravo zaposlenog da dâ otkaz. Tako je u jednom predmetu Sud razmatrao da li je poslodavac propustio da zaštititi radnika od mobinga i prekovremenog rada što je bila "poslednja kap" koja daje pravo zaposlenom da dâ otkaz i tuži¹⁴⁵.

IV Kada poslodavac odluči da napravi bitne izmene ugovorenih uslova rada, a zaposleni se sa tim ne

¹⁴² B. Lubarda: "Radno pravo, rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu", Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2012 god, str. 721

¹⁴³ Slučaj *Western Excavating (ECC) Ltd v. Sharp* (1978) I.R.L.R. 27 (CA)

¹⁴⁴ *Abbey National Plc v. Fairbrother* (2007) I.R.L.R. (320)

¹⁴⁵ *GAB Robins Ltd v. trigs* (2007) UKEAT I.R.L.R. (857)

složi(premeštaj na drugo radno mesto uz drastično smanjenje dužnosti koje dovodi do značajnog gubitka u plati ili statusu;iznenadni,ničim izazvan,neopravdan zahtev za preseljenje u drugo mesto rada) po oceni suda¹⁴⁶ zaposleni ima pravo da otkáže ugovor o radu.

V Po oceni Suda: tajno postavljanje kamere u kancelariju zaposlenog bez obaveštavanja zaposlenog i neovlašćeno vršenje video nadzora daje pravo zaposlenom da otkáže ugovor o radu¹⁴⁷.

Osim u britanskom i irskom pravu,ovakav otkaz poznaje i francusko pravo pod nazivom „ la prise d’ acte de la rupture“ koji je upotrebio Kasacioni sud u junu 2003.godine.Osim ovog izraza koristi se i izraz „auto – licenciement“.Ovi pojmovi koriste se u situacijama kada zaposleni da otkaz a zatim podnese tužbu za poništaj otkaza kao nezakonitog.Ukoliko uspe u sporu, „la prise d’ acte“ proizvodi posledice kao nezakonit otkaz: poslodavac će biti obavezan na naknadu štete¹⁴⁸ . Ako utvrđene činjenice po oceni suda ne opravdavaju otkaz (tužilac nije dokazao nezakonito ponašanje tuženog,postojanje zlostavljanja,diskriminacije i sl.) , la prise d’ acte proizvodi efekte kao obična ostavka (otkaz).

1. Zakonska rešenja u domaćem pravu sa primerima iz sudske prakse

Zakon o radu „prepoznaje“ tzv.“ iznuđen otkaz“ u članu 178 stav 3 koji glasi: „ako zaposleni otkáže ugovor o radu zbog toga što je poslodavac povredio obaveze iz radnog odnosa koje ima po zakonu, opštem aktu ili ugovorom o radu, zaposleni ima sva prava iz radnog odnosa kao i u slučaju da mu je nezakonito prestao radni odnos“.

Dok se iz uporednog prava može zaključiti da se oblast iznuđenog otkaza vezuje za značajna kršenja prava: "nerazumno ponašanje poslodavca sračunato na psihičko uništenje", "ponašanje koje predstavlja poslednju kap", naš zakon, čini se, široko ostavlja (omogućuje) polje primene ovog instiuta, bez naglaska na grubom kršenju prava koje za posledicu ima psihičke patnje. Osim toga, iz citiranog pravila, izričito ne proizlazi da radnik ima pravo na tužbu (i druge oblike zaštite) radi poništenja svojevotjnog otkaza, već je tu „manu“ zakona svojom kreativnošću otklonila sudska praksa smatrajući da zaposleni može u opštem prekluzivnom roku tražiti poništenje svoje izjave (otkaza). Osnovni razlozi

¹⁴⁶ Farber v.Royal Trust Co., (1997) 1 S.C.R. 846 at para 24, Reynolds v. Innopac Inc.(1998),34 C.C.E.L. (2d) 131 at para 17- 19 and para 47

¹⁴⁷ Colwell v. Cornerstone Properties (2008) O.J. No.5092 at para 36

¹⁴⁸ Soc.20 january 2010,n° 08-43471

za tužbu su psihička prinuda, ređe fizička prinuda i ponašanje poslodavca koje najčešće ima sve odlike mobinga. Zbog toga se u praksi pravo zaposlenog iz člana 178. stav 3. uglavnom vezuje za zlostavljanje, šikanu, psihičku torturu, pa je ta odredba na neki način „preteča“ i inspiracija kasnije donetom Zakonu o sprečavanju zlostavljanja na radu.

Ovakav otkaz najviše sličnosti ima sa otkazom koji daje zaposleni na osnovu člana 178. stav 1. Zakona o radu ali se od njega ipak razlikuje.

Prema odredbi člana 178. Zakona o radu zaposleni ima pravo da otkáže ugovor o radu i otkaz dostavi poslodavcu u pisanom obliku najmanje 15 dana pre dana koji je zaposleni naveo kao dan prestanka radnog odnosa (st. 1. i 2).

Za ovu vrstu otkaza karakteristično je: izjava volje validna je ako je pisana, izričita, kategorična, jasna i nedvosmislena. Ovakvu izjavu može dati zaposleni koji je sposoban da shvati njen značaj i da upravlja svojim postupcima. Razlozi otkaza se ne navode. Otkaz može biti dat u svako doba i iz bilo kog razloga. Motivi otkaza nisu relevantni. To je jednostrana izjava volje koja proizvodi pravna dejstva od trenutka dostavljanja poslodavcu. Kada je pismeni otkaz dostavljen poslodavcu, do prestanka radnog odnosa dolazi *ipso iure*. Rešenje o prestanku radnog odnosa koje poslodavac donosi u takvoj situaciji je deklarativno. Njime se samo konstatuje da je do prestanka radnog odnosa došlo voljom zaposlenog¹⁴⁹.

Kao što je već istaknuto, za razliku od ovog pravila sadržanog u stavovima 1. i 2. "normalnog" prestanka radnog odnosa po volji zaposlenog, zakon u stavu 3. pridaje pravni značaj izjavi volje koja je posledica „lošeg“ postupka poslodavca široko shvaćenog kao ponašanje suprotno pravnim normama u pogledu njegovih (poslodavčevih) prava. Naime, obaveze poslodavca iz radnog odnosa propisane su ne samo Zakonom o radu već i Zakonom o sprečavanju zlostavljanja na radu, Zakonom o zabrani diskriminacije, Zakonom o zaštiti podataka o ličnosti, Zakonom o bezbednosti i zdravlju na radu, Zakonom o zdravstvenoj zaštiti, Zakonom o obligacionim odnosima, Zakonom o državnim službenicima, Ustavom, međunarodnim konvencijama (konvencije MOR-a, Evropska konvencija o ljudskim pravima). Tu su naravno i opšti akti poput OKU, PKU, raznih Pravilnika ali i najpreciznije definisane obaveze su iz ugovora o radu(vrsta i stepen stručne spreme zaposlenog, vrsta i opis poslova koje zaposleni treba da obavlja, mesto rada, način zasnivanja radnog odnosa, trajanje ugovora o radu na određeno vreme, dan početka rada, radno vreme, trajanje dnevnog i nedelnog odmora, novčani iznos zarade i rokovi isplate).

¹⁴⁹ Prof. dr Zoran Ivošević, Milan Ivošević: "Komentar Zakona o radu", Službeni glasnik 2006 godina, str. 356

Kada zaposleni zbog kršenja tih obaveza od strane poslodavca bude „nateran“ ili "primoran" da dà otkaz, reč je o iznuđenom otkazu.

Kod iznuđenog otkaza navođenje razloga je obavezno. Izjava kojom se u ovom slučaju otkazuje ugovor o radu ne smatra se slobodnom izjavom, datom bez prinude, sile ili pretnje. Reč je o iznuđenoj izjavi odnosno izjavi o otkazu koju zaposleni daje jer više nije mogao da trpi ponašanje poslodavca. U takvoj situaciji zaposleni koji je otkazao ugovor o radu ima pravo na poništaj rešenja koje je doneto na osnovu takve izjave. Ta situacija se izjednačava sa otkazom od strane poslodavca na nezakonit način i zaposleni ima pravo da se vrati na rad kod poslodavca (ako to želi), pravo na naknadu štete u visini izgubljene zarade i drugih primanja koja mu pripadaju po zakonu, opštem aktu i ugovoru o radu, pravo na uplatu odgovarajućih doprinosa (član 191. Zakona o radu). Zadatak sudova u tom radnom sporu je pronalaženje uzročne veze između volje odnosno izjave zaposlenog i ponašanja poslodavca. Ali za razliku od „normalnog“ otkaza od strane poslodavca, kod „iznuđenog otkaza“ teret dokazivanja „loših postupaka“ poslodavca i motiva je na zaposlenom.

Kao što je rečeno, „iznuđen otkaz“ je najčešće posledica mobinga (zlostavljanja). Mobing je definisan članom 6. Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu: „svako aktivno ili pasivno ponašanje prema zaposlenom ili grupi zaposlenih kod poslodavca koje se ponavlja, a koje za cilj ima ili predstavlja povredu dostojanstva, ugleda, ličnog i profesionalnog integriteta, zdravlja, položaja zaposlenog i koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje, pogoršava uslove rada ili dovodi do toga da se zaposleni izoluje ili navede da na sopstvenu inicijativu raskine radni odnos ili otkaze ugovor o radu ili drugi ugovor. Zlostavljanje u smislu ovog zakona jeste i podsticanje ili navođenje drugih na ponašanje iz stava 1. ovog člana“.

Zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju od strane poslodavca sa svojstvom fizičkog lica ili odgovornog lica u pravnom licu može protiv poslodavca da podnese tužbu pred nadležnim sudom (član 29. stav 1). Pravo da podnese tužbu protiv poslodavca zbog zlostavljanja na radu ili u vezi sa radom ima i zaposleni koji nije zadovoljan ishodom postupka zaštite od zlostavljanja kod poslodavca (stav 2). Tužbom iz st. 1. i 2. ovog člana ne može se pobijati zakonitost pojedinačnog akta poslodavca kojim je rešavano o pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog iz radnog odnosa. Protiv tog akta zaposleni ima pravo na sudsku zaštitu – u skladu sa posebnim zakonom kojim je propisana sudska zaštita (stav 3).

Ova odredba upućuje zaposlenog na Zakon o radu i tada zaposleni ostvaruje zaštitu prema odredbama člana 178. Zakona o radu.

Da je sudska praksa priznala pravo zaposlenom na tužbu radi poništaja sopstvene izjave o otkazu najčešće zbog mobinga i diskriminacije proizlazi iz sledećih primera:

Primer I

Primer poništaja rešenja o otkazu koje je doneto na osnovu izjave zaposlenog nalazimo u odluci Vrhovnog kasacionog suda¹⁵⁰. U ovom slučaju tužilac je bio zaposlen kod tuženog na neodređeno vreme. Ranije mu je radni odnos prestao na osnovu rešenja tuženog zbog neostvarivanja rezultata rada. Pravnosnažnom presudom ovo rešenje je poništeno i tuženom naloženo da tužioca vrati na rad, i da mu poveri vršenje poslova radnog mesta koje je obavljao pre donošenja ovog rešenja ili da mu poveri vršenje poslova radnih mesta koje odgovaraju njegovom stepenu, ali i vrsti stručne spreme, njegovim znanjima i sposobnostima. U izvršenju te odluke, tuženi je ponudio tužiocu Aneks ugovora o radu na drugom radnom mestu. Tužilac se pismeno izjasnio na ovu ponudu navodeći da nema potrebnu stručnu spremu za obavljanje tog (novog) radnog mesta i zahtevao povlačenje ovako učinjene ponude i njegovo raspoređivanje na odgovarajuće radno mesto. Tuženi ponudu nije izmenio pa je tužilac prihvatio vršenje poslova tog radnog mesta uz zadržavanje mogućnosti da traži ocenu zakonitosti celog aneksa ali je obavestio tuženog da otkazuje ugovor o radu kako bi izbegao šikaniranja i nipodaštavanja od strane rukovodstva. Tuženi je na osnovu ove izjave doneo rešenje o otkazu.

Kod ovako utvrđenog činjeničnog stanja, prvostepeni sud je zaključio da je pobijani Aneks ugovora o radu nezakonit jer za njegovo donošenje nisu bili ispunjeni uslovi iz člana 171. stav 1. tačka 1. Zakona o radu, kao i da je nezakonito rešenje o otkazu jer je tužilac izjavu o otkazu dao zbog nezakonitog postupanja tuženog.

Po stanovištu drugostepenog suda izjava tužioca kojom otkazuje ugovor o radu je izraz slobodne volje, ona nije iznuđena silom, pretnjom niti je data u zabludi ili usled prevare, pa kako je tuženi na osnovu tako date izjave doneo rešenje o prestanku radnog odnosa, nema uslova za utvrđenje njihove nezakonitosti.

Prema odluci Vrhovnog kasacionog suda pobijani Aneks ugovora o radu i rešenje o otkazu su nezakoniti.

Po stanovištu suda: "ugovor o radu koji je zaključen između parničnih stranaka je raskinut voljom tuženog (rešenjem o otkazu). Pošto je takvo rešenje pravnosnažno poništeno tuženi je bio u

¹⁵⁰ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 1020/2012 od 20.02.2013. godine

obavezi da postupi u skladu sa nalogom iz presude što je u ovom slučaju izostalo. U aneksu i ponudi za njegovo zaključenje tužiocu je ponuđeno radno mesto za koje je tuženi znao da tužilac ne ispunjava uslove (nema potrebnu stručnu spremu-nema položen specijalistički ispit). Ponuda za zaključenje aneksa je bez obrazloženja jer se samo citiraju propisi (član 172. Zakona o radu) bez navođenja suštinskog razloga za promenu radnog mesta tužioca, što je u suprotnosti sa članom 171. stav 1. tačka 1. Zakona o radu prema kome raspoređivanje odnosno izmena ugovorenih uslova rada radi premeštaja na drugi odgovarajući posao mora biti obrazložena i konkretizovana. S obzirom da je u ovom slučaju izostalo obrazloženje tuženog (nisu navedene potrebe procesa i organizacije rada), niti je u pitanju odgovarajući posao (posao za čije se obavljanje traži ista vrsta i isti stepen stručne spremlje koji su utvrđeni ugovorom o radu), to je aneks nezakonit.

Postupanje tuženog u dužem trajanju: nezakonito udaljenje tužioca sa rada, donošenje nezakonitog rešenja o otkazu zbog neostvarivanja rezultata rada, ponuda nezakonitog Aneksa ugovora o radu ,neizvršavanje pravnosnažne sudske odluke, raspoređivanje tužioca na radno mesto za koje tužilac nema potrebne kvalifikacije, predstavlja nezakonito postupanje odnosno povredu obaveza utvrđenih zakonom. Upravo to je predstavljalo glavni razlog (motiv) tužioca za davanje otkaza. Motiv otkaza daje pravo tužiocu da na osnovu citiranog člana 178. stav 1. u vezi stava 3. Zakona o radu traži njegov poništaj jer je dat zbog nezakonitog postupanja tuženog. U toj situaciji tužilac ima sva prava kao da mu je nezakonito pretao radni odnos. U ovom slučaju tužilac osim poništaja rešenja o otkazu ne zahteva i reintegraciju, ali mu u smislu člana 191. stav 4. Zakona o radu pripada naknada materijalne štete ".

Primer II

Sličan primer nalazimo u presudi Vrhovnog kasacionog suda¹⁵¹ u kom je prepoznato protivzakonito ponašanje tuženog kao glavni motiv za otkaz od stane zaposlenog. U ovom slučaju, tužilja je bila u radnom odnosu kod tuženog kao prodavac u određenoj prodavnici i kao poslovođa. Tužilja i drugi zaposleni su u toj prodavnici dobili uputstva od direktora i brata vlasnika o ponašanju prema određenom licu predstavniku sindikalne organizacije koja je raspoređena u tu prodavnicu. U skladu sa tim uputstvima njihovo ponašanje je trebalo da bude usmereno na ignorisanje ove radnice, izdavanje naredbi za obavljanje najprljavijih i fizički najtežih poslova i da je predstavljaju kao lošeg

¹⁵¹ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 905/2012 od 22.03.2013. godine

radnika kao i da takve izjave potpisuju. Tužilja je odbila da svedoči u sudskom postupku koji je to lice pokrenulo protiv tuženog radi naknade štete zbog povrede na radu, pošto je prethodno od nje i drugih radnika iz te prodavnice traženo da daju izjavu u korist tuženog koja nije bila istinita. Tužilji je pored toga ponuđeno napredovanje ali je zaprećeno da može da ostane bez posla ukoliko ne postupi kako je to od nje traženo. Tužilja je podnela zahtev za raskid radnog odnosa a tuženi je doneo rešenje o otkazu. Po stanovištu sudova tužiljinoj odluci da otkáže ugovor o radu prethodilo je skrivljeno postupanje neposrednog rukovodioca i drugih lica u rodbinskom ili poslovnom odnosu sa tuženim. Zbog takvog postupanja (neredovna isplata zarada, pritisak da se kao poslovođa zajedno sa ostalim kolegama šikanozno ponaša prema određenoj zaposlenoj i da pred sudom u postupku pokrenutom tužbom te zaposlene svedoči u korist tuženog) tužilja je bila „ primorana“ da otkáže ugovor o radu. Rešenje o otkazu je poništeno.

Primer III

U sledećem slučaju¹⁵², zbog izvršenog mobinga i diskriminacije (što je presudom i utvrđeno) koji se ogledaju u uskraćivanju tužilje u korišćenju slobodnih dana, samim tim i u pravu na korišćenje prava na odmor, dodeljivanjem većeg broja pacijenata, isključivanjem iz dopunskog rada, onemogućavanjem tužilje da iznese svoje mišljenje na jutarnjim sastancima odnosno prekidanje tužilje u svom izlaganju, obraćanje uz viku, pretnju, omalovažavanje pred kolegama i pacijentima i neprihvatljivom neverbalnom komunikacijom (unošenjem u lice i mahanjem rukama i papirima tužilji ispred lica), tužilja je u toku trajanja parnice dala izjavu o otkazu. Predmet tužbenog zahteva je bio samo utvrđenje mobinga i diskriminacije. Pravilo iz člana 178. stav 3. Zakona o radu primenjeno je na protivtužbeni zahtev kojim je tuženi tražio da se obaveže tužilja da nadoknadi troškove koje je tuženi imao vezano za stručno usavršavanje tužilje.

Po stanovištu suda: “ utvrđeno je da je poslodavac, ovde tuženi povredio obaveze utvrđene Zakonom o zabrani diskriminacije. Zbog toga je tužilja dala otkaz pa joj na osnovu citirane zakonske odredbe pripadaju prava kao da joj je nezakonito prestao radni odnos. To znači da bi u slučaju poništaja datog otkaza tužilja bila vraćena na rad. Kako je tužiljin rad kod poslodavca onemogućio sam tuženi (utvrđenim diskriminatorским ponašanjem) i zbog takvog ponašanja tuženog (povrede ugovora o radu od strane poslodavca) tužilja dala otkaz, po pravilnom zaključku drugostepenog suda ona nije u

¹⁵² Presuda Vrhovnog kasacionog suda Rev2 687/12 od 27.12.2012.godine

obavezi da naknadi troškove koje je tuženi imao na ime njenog stručnog usavršavanja“.

Primer IV

Još jedan slučaj „iznuđenog otkaza“ zabeležen je u predmetu Apelacionog suda u Novom Sadu¹⁵³. Utvrđeno je da je tuženi odgovoran jer je protivpravno postupao prema tužilji tako što se tužilji obraćao povišenim glasom i vikanjem pred drugim zaposlenima, što je omalovažavao tužilju, isključio internet (iako su svi ostali zaposleni imali pristup), onemogućio tužilju da komunicira sa matičnom službom, oduzeo joj računar sa flet ekranom, tražio od tužilje (ne i od drugih zaposlenih) da dostavlja nedeljni izveštaj o radu, rasporedio je na drugu lokaciju, drugo radno mesto, tj. u izolovani radni prostor gde niko od zaposlenih kod tuženog nije boravio, prekomerno nadzirao tužilju u radu putem video nadzora koji je instalirao i u kancelariju tužilje. Navedenim radnjama tuženi je prema tužilji postupao diskriminatorски u odnosu na druge radnike i time je stavio u nepovoljniji položaj. Ovakvim ponašanjem direktora tuženog tužilja je trpela zlostavljanje na radu koje se odvijalo učestalo i u dužem vremenskom periodu, što je kod tužilje dovelo do produženog stresa usled nepodnošljivog radnog okruženja, do slabljenja motivacije, zamora i iscrpljenosti, narušavanja zdravlja, ličnog ugleda i profesionalnog integriteta, a koje je za krajnju posledicu imalo i davanje otkaza ugovora o radu od strane tužilje. Tuženi je obavezan da tužilji naknadi štetu. Predmet tužbenog zahteva nije bio poništaj rešenja o otkazu.

2. Ponašanje koje uzrokuje iznuđen otkaz

Analizom slučajeva iz sudske prakse prizlazi opis nepoželjnog ponašanja poslodavca koje uzrokuje ovakvu vrstu otkaza. Takvo ponašanje može biti:

- neopravdana promena uslova rada
- smanjenje plata
- promena radnog vremena/radnog mesta
- dodela inferiornog posla ili dodela posla za koji zaposleni nema potrebne kvalifikacije- stručnu spremu

¹⁵³ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1. 651/13 od 15.5.2013. godine

- kada je zaposleni podvrgnut seksualnom uznemiravanju ili diskriminaciji
- neprihvatljiv lični tretman od strane drugih zaposlenih ili/i nadređenih (sistematsko uznemiravanje, verbalno zlostavljanje, nepoštovanje) koje poslodavac nije sprečio ili kaznio
- kada postoje ozbiljni propusti o očuvanju života i zdravlja na radnom mestu o čemu je zaposleni obavestio poslodavca ali poslodavac nije preduzeo odgovarajuće mere
- u postupku izvršenja sudske odluke o reintegraciji radnika, donošenje rešenja o neraspoređivanju a zatim rešenja kojim se otkazuje ugovor zbog tehnološkog viška
- vraćanje radnika na rad u postupku izvršenja sudske odluke bez faktičkog i aktivnog uključivanja u radni odnos

Nabrajanje nije iscrpno,ovo su samo za sada zabeležena ponašanja

Iz svega izloženog (uporedna i domaća praksa) proizlazi da je pravilo iz člana 178. stav 3. Zakona o radu tzv. „iznuđen otkaz“ zbog mana volje , nepotpuno i da bi bilo korisno precizirati ga i dopuniti u najkraćem i to: da zaposleni može poništiti sopstvenu izjavu o otkazu zbog mana volje koje je posledica grube(očigledne) povrede prava zaposlenog i dostojanstva na radu.Bližim preciziranjem izbeglo bi se podnošenje tužbe u slučajevima manjih povreda prava.Ali razlikovanje između „grube“ i „obične“ povrede prava zaposlenog od strane poslodavca koja je bila odlučujući motiv za tzv.iznuđen otkaz i dalje bi vršila sudska praksa ceneći sve okolnosti slučaja i to ne samo ponašanje poslodavca već i ponašanje zaposlenog.

SLIČNOSTI I RAZLIKE MOBINGA I DISKRIMINACIJE

Iz svega izloženog proizlazi da su zajedničke karakteristike mobinga i diskriminacije:

- povreda prava jednakosti
- povreda prava ličnosti (ugleda, časti, dostojanstva)
- ugrožavanje života i zdravlja

Svaka od ovih karakteristika se može zaštititi u sudskom postupku po osnovu ZOR-a nezavisno od Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu i Zakona o zabrani diskriminacije¹⁵⁴.

U postupku zaštite, kod mobinga je podnošenje tužbe sudu uslovljeno internom zaštitom (član 13. Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu). Postupak interne zaštite je obavezan u slučaju tzv. horizontalnog mobinga (zlostavljanje izvršeno u smeru zaposleni – zaposleni). U slučaju tzv. vertikalnog mobinga (zlostavljanje u smeru nadređeni-zaposleni) zlostavljani ima pravo izbora: može pokrenuti postupak za zaštitu kod poslodavca, pa zavisno od okončanja tog postupka podneti tužbu sudu, a može i zatražiti sudsku zaštitu (direktna tužba) bez pokretanja postupka kod poslodavca. Pokretanje postupka, kao i podnošenje tužbe vezano je za rok (šest meseci od dana kad je zlostavljanje učinjeno (u situaciji kada nije bilo postupka za zaštitu kod poslodavca). U slučaju kada je vođen postupak za zaštitu kod poslodavca, a zaposleni nije zadovoljan njegovim ishodom, rok za podnošenje tužbe je 15 dana i računa se od dana dostavljanja obaveštenja da postupak nije uspeo, odnosno da je jedna strana odustala od daljeg postupka ili odluke o obustavljanju postupka. Navedeni rokovi su prekluzivni pa njihovo propuštanje dovodi do gubitka prava na sudsku zaštitu (odbacivanje

¹⁵⁴ U presudi Vrhovnog suda Srbije Rev II 965/07 od 05. 03. 2008. god. sud je zaštitio radnike koji su stavljeni u nejednak položaj. U ovom slučaju, tuženi je obustavio proces proizvodnje zbog nedostatka sirovina. Postojala je prećutna saglasnost da zaposleni ne dolaze na posao. Pošto je tuženi privatizovan, novo rukovodstvo je pozivalo radnike da se jave na rad ali ne i tužioce kojima je uručeno rešenje o otkazu. Tužioci su vraćeni na rad jer po stanovištu sudova, odsustvovanje sa posla u opisanoj situaciji ne predstavlja osnov za prestanak radnog odnosa tužiocima koji objektivno nisu ispoljili volju da više ne rade niti su imali svest da će njihov izostanak voditi prestanku radnog odnosa, s obzirom na to da im poslodavac nije obezbedio posao (što je njegova obaveza) za razliku od ostalih zaposlenih koje je pozvao na rad i time ih stavio u povoljniji položaj u odnosu na tužioce.

Primer zaštite zdravlja i adekvatnih uslova rada nalazimo u presudi Vrhovnog kasacionog suda Rev 2 252/11 od 20. 10. 2011. god. U ovom predmetu, tužilja je obavljala poslove u kancelariji koju je delila sa dve koleginice koje su pušile na radnom mestu. Kako je tužilja nepušač i smeta joj duvanski dim, zahtevala je od koleginica da ne puše, a od neposrednog rukovodioca i direktora tuženog da se zabrani pušenje u toj poslovnoj prostoriji. Zatim je podnela zahtev da joj se obezbedi posebna prostorija za rad. Pretpostavljeni nisu reagovali zbog čega je tužilja radno vreme provodila u drugim prostorijama tuženog. Tuženi je otkazao ugovor o radu zbog neizvršavanja radnih zadataka. Sudovi su poništili ovakvo rešenje tuženog jer tužilji nije obezbedio uslove rada koji neće štetno uticati na njeno zdravlje.

tužbe).

U Zakonu o zabrani diskriminacije predviđena je direktna tužba koja nije vezana za rok (može se podneti i pritužba povereniku za zaštitu ravnopravnosti ali to nije neophodan preduslov za podnošenje tužbe).

Odredbe koje se odnose na sadržinu tužbe, teret dokazivanja (na tuženom) i hitnost postupka su identične u oba zakona.

Mogućnost izjavljivanja revizije predviđena je u Zakonu o zabrani diskriminacije, dok takve odredbe nema u Zakonu o sprečavanju zlostavljanja na radu (po članu 29. stav 5. predviđena je shodna primena ZPP).

Vršenje nadzora nad primenom zakona takođe je različito (prema Zakonu o zabrani diskriminacije nadzor vrši ministarstvo nadležno za ljudska i manjinska prava a prema Zakonu o sprečavanju zlostavljanja na radu nadzor vrši inspekcija rada odnosno upravna inspekcija).

VI ZAKLJUČAK

Diskriminacija se kao što je izloženo može javiti u svim oblastima života kao i različitim sudskim odlukama. Osim takozvanih čistih oblika diskriminacije koji su zasnovani na ličnom svojstvu (nacionalne manjine, osobe sa invaliditetom, seksualna orijentacija) slučajevi diskriminacije zabeleženi su i u svim ostalim slučajevima u kojima se pravi razlika u postupanju odnosno kada dolazi do nejednakog postupanja koje nije zasnovano na nekom ličnom svojstvu već se tiče nekih "drugih okolnosti".

Za utvrđenje diskriminacije potrebno je postojanje uporedive situacije i razlika u tretmanu. Tužilac (lice koje je pretrpelo diskriminaciju) mora identifikovati grupu koja je različito tretirana i pokazati kako su njegova situacija i situacija te grupe uporedive, odnosno kako je tužilac bez valjanog opravdanja tretiran nepovoljnije od drugog pojedinca ili grupe.

Namera, odnosno motiv da se neko diskriminiše nije bitan element postojanja diskriminacije. Motiv se ne ispituje, dovoljno je dokazati da je učinak bio diskriminirajući.

Samo pozivanje na diskriminaciju nije dovoljno. Podnosilac zahteva mora dokazati okolnosti iz kojih proizlazi zaključak da bi se moglo raditi o diskriminaciji.

Neće se svaka razlika u tretmanu smatrati diskriminacijom. Razlika nije diskriminatorska kada ima "objektivno i razumno" opravdanje – ostvarenje legitimnog cilja i postojanje razumnog odnosa srazmernosti između primenjenih sredstava i cilja čijem se ostvarenju teži.

Diskriminacijom se ne smatraju mere zasnovane na svojstvenim zahtevima određenog posla, mere opravdane zaštitom bezbednosti države i mere zaštite i pomoći.

Do diskriminacije može doći i zbog neujednačene sudske prakse u visokom stepenu. Međutim, ukoliko u neujednačenoj sudskoj praksi "iskaču" dve ili manji broj odluka, a u međuvremenu se sudska praksa stabilizuje, neće doći do diskriminacije i povrede prava na pravično suđenje.

O postojanju diskriminacije mogu odlučivati i Ustavni i redovni sud.

Ustavni sud ocenjuje da li su odredbe zakona ili podzakonskih akata u saglasnosti sa načelom nediskriminacije. U postupku po ustavnoj žalbi Ustavni sud je nadležan samo da utvrđuje da li je pojedinačnim aktom ili radnjom državnog organa ili organizacije kojoj je povereno javno ovlašćenje došlo do povrede ili uskraćivanja ljudskih ili manjinskih prava i sloboda zajemčenih Ustavom.

Redovan sud utvrđuje da li je došlo do neopravdanog pravljenja razlike ili nejednakog

postupanja, isključivanja, ograničavanja ili davanja prvenstva, da li je povređeno načelo jednakosti, pravo na jednak položaj i jednaku pravnu zaštitu, da li se nekom licu neopravdano uskraćuju prava i slobode ili nameću obaveze koje se u istoj ili sličnoj situaciji ne uskraćuju ili ne nameću drugom licu ili grupi lica, da li su cilj ili posledica preduzetih mera (ne)opravdani, da li (ne)postoji srazmera između preduzetih mera i cilja koji se ovim merama ostvaruje. Povredu načela jednakosti redovni sud ispituje u svim oblastima života prema pravilima Zakona o zabrani diskriminacije.

Sudska praksa zemalja članica EU i Evropskog suda za ljudska prava je pokazala da razlozi zbog kojih dolazi do diskriminacije prevazilaze okvire tipičnih slučajeva datih u definiciji diskriminacije, pa su iz tog okvira izašle posmatrajući i definišući je bez obzira na razloge iz kojih se diskriminacija dogodila (posebno se nisu ograničavali na tzv. lična svojstva).

Zbog šireg tumačenja diskriminacije i pojam mobinga je proširen (u početku se koncept mobinga dovodio u vezu sa diskriminacijom koja je najčešće navođena kao osnov mobinga) tako da se ni mobing ne vezuje za diskriminatorske osnove već je prioritet na utvrđivanju radnji odnosno ponašanja koje predstavljaju ponižavajuće postupanje koje dovodi do nepodnošljivih uslova rada.

U našoj zemlji, što je vidljivo i iz izloženih primera sudskih odluka postojanje diskriminacije se ne vezuje samo za tzv. lična svojstva već se u svakom pojedinačnom slučaju utvrđuje da li je bilo nejednakog postupanja između lica u istoj ili sličnoj situaciji i da li je za to bilo razumnog opravdanja.

Mobing, zlostavljanje odnosno uznemiravanje na radu je od strane sudova prepoznato i u čistom obliku i kao oblik diskriminacije i tužiocima koji su takvom ponašanju bili izloženi pružena je zaštita u vidu usvajanja njihovih zahteva.

Iako se u praksi pokazalo da je mobing specifičan oblik diskriminacije, on zakonski nije tako regulisan već se posmatra posebno i regulisan je posebnim zakonom. Na ovaj način, po mišljenju autora, "žrtva" mobinga je u lošijem položaju od "žrtve" diskriminacije jer Zakonom o sprečavanju zlostavljanja na radu nije predviđena revizija kao pravni lek koji je neophodan radi ujednačenja sudske prakse koju vrši najviši sud u zemlji. Zbog toga se revizije izjavljene protiv odluka u kojima je predmet tužbenog zahteva samo utvrđenje zlostavljanja odbacuju, dok se slučajevi poništaja rešenja o otkazu donetog na inicijativu poslodavca ili zaposlenog (u kojima je utvrđeno nedostojno ponašanje poslodavca prema zaposlenom) meritorno rešavaju. Tako se i same "žrtve" mobinga nalaze u nejednakim situacijama.

Najteži zadatak sudova je kako prepoznati (utvrditi) mobing odnosno ponašanje koje predstavlja zlostavljanje. U tim slučajevima sudovi ispituju međusobnu povezanost ponašanja zaposlenog u

ispunjavanju ugovornih obaveza iz radnog odnosa, ponašanja poslodavca koji je u obavezi da obezbedi zdrave i bezbedne uslove za rad i uslove koji onemogućavaju da do zlostavljanja dođe, ponašanje poslodavca prema drugim zaposlenim u odnosu na ponašanje prema „zlostavljenom“, (ne) postojanje opravdanih razloga za takvo ponašanje, subjektivni osećaj koji takvo ponašanje izaziva kod „žrtve“. Pošto je, i pored nekih osnovnih osobina mobinga nemoguće odrediti sve načine na koje se mobing može izvršiti, njegovo postojanje se u svakoj situaciji, čak i ako je učinjen jednom radnjom, utvrđuje s obzirom na sve okolnosti slučaja na osnovu kojih se utvrđuje da li je poslodavac svojim ponašanjem povredio neko zakonom propisano pravo zaposlenog na takav način koji se može okarakterisati zlostavljanjem.

Zajednička osnova i mobinga i diskriminacije je različito postupanje u odnosu na grupu ili pojedinca čije se pravo ne vređa.

Mišljenja sam da je u cilju zaštite zlostavljanog ili diskriminisanog, po ugledu na međunarodna zakonodavna rešenja i uporednu praksu potrebno:

- u praksi nastaviti sa primenom šireg pojma diskriminacije koji se ne ograničava na listu razloga za diskriminaciju. Ovakvo tumačenje dozvoljava Ustav, Zakon o zabrani diskriminacije, Zakon o radu, Evropska konvencija o ljudskim pravima. Svi navedeni propisi imaju u sebi odrednice "po bilo kom osnovu", "i "drugim stvarnim odnosno pretpostavljenim ličnim svojstvima" koje im omogućavaju da budu fleksibilni i prilagodljivi novim okolnostima;

- u okviru tako shvaćenog pojma diskriminacije, mobing treba prepoznati kao njen oblik kao što su to već prepoznali Makedonija i Bosna i Hercegovina i što je tendencija i evropskih zemalja koje kroz sudske odluke izražavaju takav stav. Ni mobing, isto kao ni diskriminaciju ne treba vezivati za neke posebne osnove jer se to, kao što je izloženo, pokazalo kao nedelotvorno sredstvo zaštite protiv mobinga, već u svakom slučaju ispitati da li je bilo nejednakog postupanja (kao osnovnog elementa diskriminacije) bez obzira iz kog razloga je do njega došlo;

- u postupku sudske zaštite, Zakon o zabrani zlostavljanja na radu i Zakon o zabrani diskriminacije ne treba shvatati kao dva odvojena i nezavisna zakona već kao jedinstveni skup pravila čiji je cilj poštovanje dostojanstva na radu;

- dozvoliti reviziju u postupcima za zaštitu o zlostavljanju na radu;

- omogućiti sindikatu aktivnu legitimaciju za podnošenje tužbe za zaštitu od zlostavljanja;

- propisati pasivnu legitimaciju za "mobera" (a ne samo po regresnoj tužbi);

- dopuniti odredbu člana 178. stav 3. Zakona o radu tako što će kao relevantan kriterijum za

poništaj "iznuđenog otkaza" biti: "grubo kršenje prava zaposlenih".

LITERATURA

- B. Lubarda: Radno pravo, rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2012
- V.Baltazarević: „Ko je pošteniji – vukovi ili ljudi“, dnevni list Politika 22.9.2010.
- V.Dimitrijević, D. Popović, T. Papić, V. Petrović: "Međunarodno pravo ljudskih prava", Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 2007.god
- D. Vuković „Mobing na radnom mestu“, Temida, vol. 9 br. 4 decembar 2006
- D. Medić: "O konceptu nematerijalne (neimovinske) štete u Republici Srpskoj", aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva S. Perović, Beograd 2011
- Dr S. Jašarević: "Mobing u praksi i dokumentima EU i Srbije" Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 1-2/2008
- O. Kićanović: "Komentar Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu" Beograd, decembar 2011, <http://socijalnoekonomskisavet.rs/cir/doc/brosura.pdf>
- P. Trifunović: "Pravično suđenje u radno-socijalnim sporovima", Bilten Vrhovnog kasacionog suda 1/2013, Intermex, Beograd 2013
- Prof. dr Z. Ivošević, M. Ivošević: "Komentar Zakona o radu", Službeni glasnik 2006 godina
- B. Kate Repa, Your Rights in the work place, Derkely 2007
- Comparative labor law & Poly' journal, www.droitcivil. uottawa. ca/index
- F. Lič: Obraćanje Evropskom sudu za ljudska prava, Beogradski centar za ljudska prava, misija OEBS u Srbiji, Beograd 2007
- J.M.Ivancevich, Human Resource Menagement, Foundations of Personal, Irwin, Boston 1992
- Mahler.V.Value of psychotherpy in expert assessment of skin disease, Hautarzt. 1998; 49 (8)
- S. Deakin, G.S.Morris, Labour law, Oxford and Portland, 2005
- Shallcross, L.Z., The Pecking Order: Workplace mobbing in the Public Sector, Unpublished Master of Public Sector Menagement thesis, Brisbane: Griffith University, 2003

SADRŽAJ

Predgovor

Uvod

I O diskriminaciji

1. Direktive Saveta EU koje se odnose na zabranu diskriminacije
2. Zakonodavna rešenja u našoj zemlji
3. Neposredna i posredna diskriminacija
4. Primeri iz prakse Evropskog suda za ljudska prava i Evropskog suda pravde
5. Nedosledna sudska praksa
6. Primeri iz domaće sudske prakse
 - 6.1. Diskriminacija nacionalnih manjina
 - 6.2. Diskriminacija osoba sa invaliditetom
 - 6.3. Diskriminacija na osnovu seksualne orijentacije
 - 6.4. Povreda načela nediskriminacije opštim aktom
 - 6.5. Diskriminacija na radu – radnom mestu
 - 6.6. Šta nije diskriminacija
7. Iz prakse Ustavnog suda

II O mobingu

1. Zakonska rešenja u našoj zemlji i zemljama u regionu
 - 1.1. Priroda spora
 - 1.2. Nadležnost suda
 - 1.3. Da li je u ovom postupku dozvoljena revizija
 - 1.4. Ko može podneti tužbu
 - 1.5. Da li je u petitumu tužbe neophodno navođenje radnji zlostavljanja
 - 1.6. Pasivna legitimacija
 - 1.7. Dejstvo rokova za podnošenje tužbe
 - 1.8. Ima li sud pravo da izvrši prekvalifikaciju pravnog osnova
 - 1.9. Može li diskriminacija dovesti do mobinga i da li se ta dva pojma posmatraju odvojeno ili zajedno
 - 1.10. Kako prepoznati mobing
 - 1.11. Primeri iz prakse
 - 1.12. Šta nije mobing
 - 1.13. Da li se zlostavljanjem može smatrati i jedna radnja poslodavca ili je neophodno ponavljanje tih radnji
 - 1.14. Posledice mobinga
 - 1.15. Pravo na naknadu štete
 - 1.16. Da li je odluka Republičke agencije za mirno rešavanje sporova arbitražna odluka i da li se može tražiti njen poništaj
 - 1.17. Primena Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu

III Diskriminacija i mobing u praksi zemalja u regionu

IV Iznuden otkaz

1. Zakonska rešenja u domaćem pravu sa primerima iz sudske prakse
2. Ponašanje koje uzrokuje iznuden otkaz

V Sličnosti i razlike mobinga i diskriminacije

VI Zaključak

Literatura