

DISKRIMINACIJA NA RADU I U VEZI SA RADOM **-mogući pravci efikasne zaštite-**

I Uvod

Ideje o diskriminaciji, ili o „nepravdom razlikovanju“, potiču još od nosioca ideje prirodnog prava antike, ideje da pravo mora biti prožeto pravdom, da bi bilo „pravično“. U tom smislu, ideje o nepravdom razlikovanju, leže u komutativnoj pravdi, odnosno načelu da sa jednakim treba postupati jednako a sa nejednakim nejednako. Upravo što se ovo načelo može izrelativizovati, jer kako odrediti standard „šta je jednako“, distributivna pravda određuje upravo te kriterijume, u vidu prirodnopravne ideje o postojanju prirodnih prava ljudi pre nastanka države, odnosno da ljudi deo svojih prirodnih prava „od Boga data“ prenosi državi kako bi mogli mirno koegzistirati sa ostalim ljudima. Upravo jedno od tih prirodnih prava jeste pravo na jednakost, kojih se čovek nije odrekao, formiranjem države, kao jed(i)nog od načina organizovanje društva. Zapravo, u prirodnom pravu ljudi na jednakost, i treba tražiti postavku moderne države (zakona koje donosi predstavnici izabrani od svih građana na slobodnim i neposrednim izborima), odnosno Rusoovog „društvenog ugovora“, u širem smislu, stvaranje organizacije u kojoj nužno jedni odlučuju o pravima i obavezama drugih, a da, opet, svi ostanu jednaki.

Međutim, bilo je potrebno mnogo vekova, da antičke ideje o jednakosti, preko misli renesanse, i prirodnopravnih filozofa 16. i 17. veka o jednakosti, kao misli vodilje, uz vrhunac unižavanja ljudske ličnosti u kmetsko-feudalnom sistemu, da ideje vodilje Francuske revolucije budu „sloboda, jednakost, bratstvo“ i dožive svoju potvrdu u čuvenoj Francuskoj deklaraciji čoveka i građanina od 09. decembra 1789. godine našla je svoj odraz u pravilu „da se svi ljudi rađaju jednaki u svom pravu i dostojanstvu“.

II Bitnost diskriminacije na radu

Nesumnjajući u plemenite ideje ove Revolucije, međutim, jednim delom ideje Deklaraciji o jednakosti leže u svetu rada. Naime, narastajuća mlada buržoazija videla je u „okoštalom“ feudalnom poretku i apsolutnom monarhu nemogućnost ostvarenja svojih interesa. Naime, Francuska revolucija bila je uvod u novi sistem privređivanja, kapitalizam, koji je potrebao vlasnike kapitala ali i „oplođivače“ tog kapitala, radnike, koji će biti „formalno“ slobodni i jednaki na tržištu, kako bi se udruživali sa vlasnicima kapitala. Zanimljivo je i da je Deklaracija o osnovnim pravima radnika na nivou Evropske unije iz 1989. godine doneta istog datuma (9. decembra) na tačno dva veka od donošenja ove Francuske Deklaracije.

Međutim, ta „formalna“ sloboda i jednakost čoveka, između ostalog, i sloboda da se slobodno odlučuje o zasnivanju radnog odnosa, bila je bačena pod okove diskriminacije. Želeći što veći profit, i velika nezaposlenost na tržištu rada, uslovlili su da poslodavac zapošljava samo one koji su mogli da donesu što veći profit, ne razmišljajući o trudnicama, osobama sa invaliditetom, starima i nemoćnima.

Nažalost, ova „zlokobna ideja vodilja“ u svetu rada, ostala je do dana današnjeg. Zapravo, osnov diskriminacije u svetu rada jeste u „negativnom predubeđenju“ da su neki radnici produktivniji od ostalih a na osnovu svog nekog ličnog svojstva (trudnoća, invaliditet, starost, pripadnost

određenoj etničkoj ili manjinskoj populaciji...) ili da bi zapošljavanjem nekog od lica dovelo do većih troškova u odnosu na druga (devojke koje planiraju porodicu, lica koja nisu odslužila obavezu, roditelji sa malom decom...). Sa druge strane, teorijski, razlikovanje po osnovu nekog ličnog svojstva jeste apstrahovanje svih ličnih kvaliteta i sposobnosti i svođenje celokupne ličnosti na samo jedno lično svojstvo, a na osnovu nekih negativnih predubedenja o ličnom svojstvu koja nije u vezi sa radom.

III Teorijski osnovi ideje nediskriminacije na radu

Nesporo je u sociologiji rada istaknuta da su jedina dva načina ostvarivanja egzistencije, svojina nad kapitalom i svojina nad „radom“. Zanemarujući pojedine načine ostvarivanja egzistencije u formi „samostalnog“ rada, danas je radni odnos kod poslodavca jedini način ostvarivanja egzistencije velike većine ljudi. Među tim ljudima, ima i starih i mladih, zdravih i bolesnih, osoba sa invaliditetom, koji ne mogu ravnopravno, „rame uz rame“ stati u red sa ostalima, a zbog negativnog predubedenja poslodavca, ali koji isto tako imaju svojih kvaliteta kojima mogu doprineti profitu poslodavca i ostvariti svoju zaradu.

Neslućene razmere diskriminacije u svetu, ponižavajući uslovi rada uslovlili su talas radničkih štrajkova u 19. veku (štrajk lionskih tkača 1832. godine...) i intervenciju države u oblast rada i donošenje radnog zakonodavstva, koja danas obuhvata i diskriminaciju u oblasti rada.

Strogoformalno pravno gledano, zakonske odredbe o zabrani diskriminacije predstavljaju ograničenja diskrecionom ovlašćenju poslodavca. Međutim, smatramo, ove odredbe leže u Reneovoj ideji o „socijalnom aspektu institucija“, koja se može primeniti i u oblasti radnog odnosa.

Naime, poslodavac, žargonski rečeno, nije „Robinzon Kruso na pustom ostrvu“, već, imajući u vidu, prethodnu ideju o radnom odnosu kao gotovo jedinom načinu ostvarivanja egzistencije, ima značajnu društvenu ulogu, odnosno, po privredni sistem a samim tim i državu i sve zaposlene . U tom smislu, i rodonačelnik ekonomije Adam Smit i ističe: „da dok poslodavci u relativno kratkom roku mogu naći zamenu za otpuštenog radnika, dotle zaposleni to ne može učiniti, a za to vreme treba jesti, spavati, izdržavati decu...“.

Sa druge strane, tu su i širi društveni ciljevi. Naime, zaposleni doživljaju svoju državu i društvo u kojem žive dobrim delom i prema odnosu prema svom radnom mestu, između ostalog, jer najveći deo vremena ovde provode. U savremenoj radnopravnoj teoriji se ističe da danas radno mesto ne treba vezivati isključivo za zaradu, već i određeni prestiž u društvu, ugled u društvenoj zajednici u kojoj zaposleno obitava. Time se i vraćamo, na, hvaljenog, osporenog ali i danas aktuelnog Marksa, koji smatra da čovek nije niti ono što misli da jeste, niti ono što želi da jeste već samo ono što svojim radom potvrđuje.

Svedeno na konkretni nivo, prilično izraženo u praksi: Kakvo mišljenje može imati jedna mlada devojka koja je vredno studirala, mnogo toga odričući se, da kada dođe na razgovor za posao, doživi da u zamenu za posao bude tražena „nedozvoljena seksualna usluga“, čime se vrši nedozvoljeno razlikovanje po osnovu pola.

Priznajući i legitimne interese poslodavca za profitom, ne treba zaboraviti da osobe, na prvi pogled, „negativnoprofitnog svojstva“, isto tako, mogu doprinositi profit poslodavcu, imajući u vidu „ostale njihove sposobnosti i kvalitete“, a ukoliko bi se izbeglo „svođenje tih osoba na samo jedno svojstvo“. Tome i doprinosi i stav Međunarodne organizacije rada da osobe sa invaliditetom treba posmatrati kao celovite ličnosti u pogledu preostale radne sposobnosti (stoga je i Zakon o radu iz 2005. godine izostavio odredbe o zdravstvenom stanju kao jednom od opštih uslova za zasnivanje radnih odnosa).

IV Pravni okvir

Najvišim aktom Republike Srbije, Ustavom, u članu 21, propisane su (imperativne) odredbe o zabrani diskriminacije, koja obuhvata najšire poimanje ove materije, dajući tako osnov da zakonodavac detaljnije reguliše zabranu diskriminacije u određenoj oblasti. Ustavotvorcu se, možda, zameriti da imajući u vidu značaj radnog odnosa za svakog pojedinca, da u odredbama o ljudskim i manjinskim pravima, posebno apostrofira zabranu diskriminacije u oblasti rada.

Važeći Zakon o radu propisuje posebno poglavlje o zabrani diskriminacije (odeljak 5.). S tim u vezi, propisuje se neposredna i posredna diskriminacija, situacije u kojima se vrši diskriminacija, kao i mogućnost naknade štete.

Sa druge strane, Zakon o zabrani diskriminacije propisuje u čl. 16, zabranu diskriminacije u oblasti rada, sa mogućnošću učešća poverenika.

V Problemi u praksi

Diskriminacija u svetu rada nije, gotovo, nikada jasno vidljiva i teško je dokaziva, zar razliku od diskriminacije u drugim oblastima, između ostalog, jer je pokrivena pravnom formom, a koja proističe iz mogućnosti diskrecionog ovlašćenja poslodavca, a osnov je u potrebama posla.

Najpre, diskreciono ovlašćenje poslodavca ogleda se u pogledu zasnivanja radnog odnosa, jer poslodavac odgovara za izbor (culpa in eligendo), pri čemu posebne uslove za zasnivanje radnog odnosa postavlja poslodavac. Formalnopravno, moguća je sudska zaštita, u smislu odredaba Zakona o parničnom postupku, ali je ista suštinski nemoguća, jer sud ne može ulaziti u diskreciju poslodavca. Dovoljno je „zaviriti“ u oglase za zasnivanje radnog odnosa i videti da se propisuju uslovi za rad koji nisu u vezi sa radnim mestom.

Isti je princip, kada je u pitanju raspoređivanje zaposlenog na drugo radno mesto. Prema članu 171 Zakona o radu, moguće je zaposlenom ponuditi Aneks ugovora o radu, između ostalog, i zbog premeštaja na drugih odgovarajući posao, izmena novčanog iznosa osnovne zarade i sl. Zaposleni je prinuđen da potpiše takav ugovor o radu, jer se ponuda daje pod pretnjom otkaza ugovora o radu. Tačno je da zaposleni zadržava pravo da osporava zakonitost ugovora o radu. Međutim, kako zaposleni može osporavati **zakonitost** Aneksa ugovora o radu, kada je pitanje povećanja ili smanjenja zarade interesno pitanje protiv koga je nemoguće voditi radni spor?

Dakle, prilikom zapošljavanja, a naročito kada se ima u vidu Aneks ugovora o radu, uz diskriminišuće uslove, zaposleni se premešta na drugo radno mesto, i poslodavac je

formalnopravno „pokriven“, a zaposlenom je onemogućena pravna zaštita u vidu radnog spora. Čak i kada bi vodio radni spor, zaposleni i dalje ostaje kod poslodavca, a pritisnut potrebom obezbeđivanja svoje egzistencije mora ostati na radu i trpeti dalje pritiske poslodavca.

Isto tako, problem se, naročito, javlja kod posredne diskriminacije, koja je u naše (radno) zakonodavstvo uneta iz evropskih direktiva. Definicija posredne diskriminacije, kao i svaka druga definicija, mora biti uopštena da bi obuhvatila sve pojedinačne slučajeve iz prakse. Međutim, tako široko data, ali i nedostatak (sudske) prakse u nas čini praktično neprimenljivom ovu odredbu u praksi.

VI MOGUĆI PRAVCI REŠENJA

Suština pravnih normi nije u njihovom propisivanju, niti će mnoštvo zakona doneti bolji životni i radni standard zaposlenih (još su stari Rimljani govorili da mnoštvo zakona dovodi do pokvarenije države). Isto tako, princip je transplantiranja pravnih rešenja iz uporednog zakonodavstva u domaći pravni sistem, i isto govori i Monteskje u svom „Duhu zakonu“, da se moraju uvažavati osobenosti domaćeg društvenog uređenja, privrednih kretanja, mentaliteta naroda...

Kako bi se diskriminacija u oblasti rada efikasno suzbijala, smatramo da, potrebno uraditi sledeće:

1. U smislu čl. 32 Zakona o zabrani diskriminacije, jedan od pomoćnika poverenika treba da bude zadužen za oblast rada. Ova osoba bi trebalo da ima višegodišnje iskustvo u oblasti rešavanja konflikta u oblasti radnih odnosa, pregovaračko iskustvo i svojstvo da „diplomatski rešava sporove“. Naime, nesporno je da poverenik može uputiti predstavku poslodavcu ili u ime zaposlenog pokrenuti radni spor, ali je suština u tome da zaposleni i dalje treba da ostane u radnom odnosu bez pritisaka poslodavca. Isto tako, ovaj pomoćnik bi trebalo da poznaje uporedne propise ali iskustva u oblasti diskriminacije, naročito, posredne diskriminacije i nove pojavne oblike diskriminacije u oblasti rada (na pr. u inostranstvu se pojavljuje diskriminacija po osnovu (opasnih) hobija, jer bavljenje takvim aktivnostima može dovesti do čestih bolovanja).

2. U budućim izmenama Zakona o inspekcija rada, smatramo, a obzirom na koncept integrisanog nadzora u oblasti rada, da inspektori rada treba da budu posebno obučeni da prepoznaju pojavne oblike (ne) posredne diskriminacije, odnosno da u koncept nadzora bude jasno naznačeno da ovaj nadzor obuhvata i sankcionisanje diskriminacije. S tim u vezi, ovo je neophodno jer je, kako smo rekli, diskriminacija „pokrivena“ formalnoispravnim Rešenjima i drugim aktima poslodavca, te je potrebno, iz više uručenih pravnih akata, „prozeti“ nameru poslodavca.

3. U budućim izmenama Zakona o radu, potrebno je predvideti adekvatnu zaštitu od primoranog na potpisivanje Aneksa ugovora o radu, odnosno zaštitu od diskrecionog ovlašćivanja poslodavca kojim je pokrivena diskriminacija.

4. Naposletku, ali možemo reći, najbitnije ključna je prevencija. Naime, u oblasti bezbednosti i zdravlja na radu spada i zaštita od diskriminacije, jer zaposleni mora imati takve uslove rada koji stvaraju pretpostavku za puno fizičko, *psihičko i socijalno blagostanje zaposlenih*. S tim u vezi, a imajući u vidu da je prevencija ključna maksima u Evropskoj uniji, potrebno je u budućim

izmenama Zakona o radu, propisati, slično kao što je ustanovio Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu, mehanizam prevencije, ali, i u nadležnost lica zaduženog za bezbednost i zdravlje na radu (možda, i kolektivnim ugovorom kod poslodavca) i oblast zaštite od diskriminacije.