

PREGLEDNI NAUČNI ČLANAK

Dr Mario Reljanović* i Aleksandra K. Petrović**

ŠIKANOZNO VRŠENJE PRAVA, DISKRIMINACIJA I ZLOSTAVLJANJE NA RADU – ZAKONSKA REGULATIVA I PRAKSA

Apstrakt: *Zakon o zabrani diskriminacije i Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu predstavljaju novinu u pravnom sistemu Srbije. Pred sudovima je veliki zadatak izgradnje adekvatne prakse primene ovih propisa, otuda je važno razgraničiti tri pojma koja su slična ali se nikako ne mogu poistovetiti, posebno kada je reč o zaštiti prava zaposlenog, odnosno radno angažovanog lica: šikanozno vršenje prava koje se upravo temelji na sudskoj praksi, diskriminacija na radu i zlostavljanje na radu. Ovo pitanje postaje još važnije kada se ima u vidu da se jedan broj teoretičara ne trudi da ove institute razlikuje; usvajanje njihovih pojednostavljenih i pogrešnih tumačenja u praktičnoj primeni moglo bi da dovede do konfuzije i otežavanja položaja žrtve diskriminacije ili zlostavljanja na radu, koja traži zaštitu svojih prava pred sudom ili u drugom zakonom predviđenom postupku.*

Ključne reči: Diskriminacija na radu, zlostavljanje na radu, šikanozno vršenje prava, radni spor, krivični postupak, sudska praksa.

UVOD

Srpski (i prethodno jugoslovenski) pravni sistem dugo je bio lišen regulative koja bi sankcionisala diskriminaciono ponašanje. Najpre kroz parcijalna rešenja, a onda i donošenjem opšteg Zakona o zabrani diskriminacije,¹ ovaj problem je donekle rešen. Sledeći savremena rešenja i trendove, ubrzo potom je srpsko pravo obogaćeno za još jedan sličan institut – zlostavljanje na radu. I diskriminacija i zlostavljanje su naravno postojali i pre donošenja ovih zakonskih tekstova, kao i njihovo sankci-

* Istraživač saradnik Instituta za uporedno pravo i saradnik u nastavi Pravnog fakulteta Univerziteta Union

** Student doktorskih studija i saradnik na Pravnoj klinici za Radno pravo Pravnog fakulteta Univerziteta Union

1 „Službeni glasnik RS“, br. 22/09.

onisanje – ono je, međutim, bilo ograničeno tumačenjem krivičnopravnih odredaba, odnosno podvođenjem različitih krivičnih dela pod ovakvo nedozvoljeno ponašanje. Zlostavljanje je takođe bilo „uvijeno“ u institut „šikanoznog ponašanja“, koji se decenijama razvija isključivo u sudskoj praksi, bez izričite zakonske potpore.

Od trenutka stupanja na snagu Zakona o zabrani diskriminacije i Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu,² žrtvama diskriminacije ili zlostavljanja na raspolaganju je pokretanje parničnog postupka, i to na način koji im može obezbediti daleko kvalitetniju zaštitu i prikladniju satisfakciju. Kroz parnicu žrtve imaju paletu mogućnosti za zadovoljenje – zabranu sprovođenja neke radnje, izvršenje neke radnje, naknadu materijalne i nematerijalne štete, konstatovanje postojanja diskriminacije i sl.³ Ovi režimi zaštite se ipak razlikuju – propustima zakonodavaca ili nečijom namerom, zaštita od zlostavljanja na radu je donekle drugačije, rekli bismo neefikasnije, postavljena.

U samoj prirodi, načinu ispoljavanja i posledicama diskriminacije na radu i zlostavljanja na radu postoje dodirne tačke, sličnosti i istovetnosti. Reč je ipak o različitim pojavama, koje su različito motivisane, zakonski uređene posebnim propisima i protiv kojih se mora boriti na različite načine. Stoga zabrinjava tendencija, koja je između ostalog i navela autore da napišu ovaj tekst, njihovog potpunog poistovećivanja.⁴ Ovo poistovećivanje ide kako u pravcu jednostavnog izjednačavanja ovih pojmova, tako i u pravcu određivanja diskriminacije kao sredstva izvršenja zlostavljanja. Iako takve konstrukcije (po pravilu postavljene bez ikakvih argumenata) mogu na prvi pogled delovati logično, dublja analiza pojmova diskriminacije (i diskriminacije na radu kao jednog od javnih oblika) i zlostavljanja na radu, jasno pokazuju da se radi o različitim institutima. S obzirom na to da se srpsko pravosuđe nalazi u uzbudljivoj ali i nezavidnoj poziciji stvaranja prakse primene propisa o diskriminaciji i zlostavljanju, smatramo da se mora već na početku ukazati na ove bitne distinkcije, kako se dva pravna sistema zaštite ne bi, sasvim pogrešno, stopila u jedan.

2 „Službeni glasnik RS“, br. 36/10.

3 Videti: Vladimir Vodinelić, *Tužbe za zaštitu od diskriminacije*, u: Saša Gajin (ur.), *Antidiskriminaciono pravo – vodič*, Beograd 2008, str. 31–32; Ljubica Milutinović, *Građansko-pravna zaštita od diskriminacije*, u: Zdravko Petrović (ur.), *Parnični i izvršni postupak, naknada štete i osiguranje*, Budva/Beograd 2006, str. 104.

4 Videti npr.: Predrag Jovanović, *Normativni okviri mobinga*, u: Aleksandar Petrović (ur.), *Radno i socijalno pravo, Socijalna prava i dostojanstvo na radu*, broj 1–2 (2008), str. 41–68; Borislav Radić, *Mobing – psihičko zlostavljanje ili ponižavanje radnika*, u: *ibidem*, str. 390–412.

1. ODNOS ŠIKANOZNOG VRŠENJA PRAVA I ZLOSTAVLJANJA NA RADU

Već smo istakli da su i pre donošenja Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu naši sudovi pružali zaštitu od ovog oblika nedozvoljenog ponašanja, pre svega pozivajući se na odredbe o šikani, pa ćemo se na samom početku baviti njihovim odnosom, sličnostima i razlikama.

Kod zlostavljanja na radu, izvršilac zlostavljanja se u odnosima na radu ili u vezi sa radom rukovodi namerom da naškodi drugome i ta namera škođenja je dominantan motiv njegovog vršenja prava. Iz ovakve formulacije zlostavljanja na radu lako možemo uočiti sličnost sa pojmom šikane (šikanoznog vršenja prava), koje se u našoj sudskoj praksi veoma uspešno koristi dugi niz godina. „Vršenje prava je šikanozno, predstavlja šikanu, ako se pravo vrši samo da bi se drugome naudilo, naškodilo ili prvenstveno zato.“⁵

Paralelno sa namerom škođenja, koja se kao dominantan motiv vršenja prava javlja kod oba pojma, titular/izvršilac zlostavljanja može da ostvaruje i neki drugi opravdan interes. Iako kod nas ne postoji nijedan propis koji izričito zabranjuje šikanu, ona je široko zastupljena i van svake je sumnje.⁶

Šikanozno vršenje prava, kao jedan od vidova zloupotrebe prava,⁷ znatno je širi pojam od pojma zlostavljanja na radu jer obuhvata sve, a ne samo odnose na radu i povodom rada, kod kojih je prvenstvena namera titulara da drugome naškodi. Tako se pod šikanozno vršenje prava mogu podvesti i sve one situacije koje predstavljaju zlostavljanje, ali ipak nisu sankcionisane postojećim zakonom – kod kojih, recimo, nije ispunjena zakonska pretpostavka o ponavljanju radnje zlostavljanja ili kada se kao žrtva javlja lice koje traži zaposlenje ili pripadnik Vojske Srbije.

U teoriji, posledica koja nastupa kod ovih oblika nedozvoljenog ponašanje ne mora nužno da bude šteta (materijalna ili nematerijalna), već i različiti oblici smetanja drugoga kao što su uznemiravanje, stvaranje neprijateljskog okruženja, iritiranje itd. Iz ovoga proizlazi da težište nije na šteti (kao kod delikta), već na motivu koji je maliciozan, jer titular svoje pravo vrši sa pretežnom namerom ugrožavanja druge strane. Isto tako, postojanje šikane nije uslovljeno nastupanjem nepovoljne posledice, već je

5 Vladimir V. Vodinelić, *Takozvana zloupotreba prava*, Beograd 1997, str. 6.

6 Kod nas zabrana zloupotrebe prava važi kao nepisano pravno načelo, pošto je za važenje jednog pravnog načela potrebno i dovoljno da ideju izraženu kao opšte pravilo sposobno za konkretizovanje prihvati bar jedan od meritornih učesnika pravnog života – zakonodavac, pravna praksa ili pravna nauka. A svi ti elementi su se stekli. *Op. cit.*, str. 111.

7 Istorijski i uporednopravno gledano postoji bar osam vidova zloupotrebe prava: šikanozno, beskorisno, nesrazmerno, protivciljno, neprimereno, protivrečno, nemoralno i nepravično vršenje prava.

dovoljna realna opasnost da će ona nastupiti ukoliko se titularu omogući da nastavi sa vršenjem prava. Ovakva formulacija šikane je u praksi (kod radnih sporova) gotovo neprimenjiva jer sud neće reagovati ukoliko nije došlo do nastupanja nepovoljne posledice.

Sličnu situaciju imamo i kod zlostavljanja, iako zakonodavac nigde nije izričito uslovio primenu zakona nastupanjem nepovoljne posledice. U teoriji bi mogli pretpostaviti da i realna opasnost od nastupanja zlostavljanja može biti dovoljan razlog za pokretanje mehanizama zaštite, ali su u praksi ovakve situacije teško zamislive – zlostavljanje je samo po sebi veoma teško dokazivo, pa bi samim tim bilo još teže ukoliko bi umesto nepovoljne posledice bila dovoljna samo realna opasnost.

Kod šikane, ali i kod zlostavljanja na radu, titular/izvršilac zlostavljanja svestan je da vršeci pravo škodi drugome i vrši ga upravo zato da bi drugome naškodio (*dolus directus*).⁸ Kako je ovde svest da se naškodi drugome praćena i htenjem škođenja drugome, postupanje sa eventualnom namerom (*dolus indirectus*) ne bi se moglo smatrati ni šikanom, ni zlostavljanjem na radu.

Jedna od najuočljivijih razlika između šikanoznog vršenja prava i zlostavljanja na radu ogleda se u zahtevu ovog drugog da se radnja zlostavljanja ponavlja. Ova odredba je ne samo nedovoljno precizna (u pogledu učestalosti ponavljanja i trajanja nedozvoljenog ponašanja) već je i bez ikakvog valjanog razloga ostavila van domašaja zakona jednokratnu radnju zlostavljanja koja ima trajne posledice.

Još jedna bitna razlika koju uvodi novi zakon jeste prebacivanje tereta dokazivanja. Prema Zakonu o sprečavanju zlostavljanja na radu, ako tužilac „učini verovatnim“ da je zaposleni pretrpeo zlostavljanje, teret dokazivanja da odnosna radnja/e ne predstavlja zlostavljanje snosi poslodavac. Šta znači „učiniti verovatnim“ zakonodavac nije precizirao, pa ćemo odgovor na to pitanje potražiti u budućoj sudskoj praksi koja će ceniti izvedene dokaze.⁹

2. NEDOSLEDNOSTI U ZAKONIMA I NUŽNOST RAZLIKOVANJA ZLOSTAVLJANJA NA RADU OD DISKRIMINACIJE

Diskriminacija na radu je svoje mesto prvi put našla u Zakonu o radu iz 2005. godine.¹⁰ Dugo su članovi 18–21. ovog zakona predstavljali jedini izvor pojašnjenja šta diskriminacija na radu jeste. Situacija se pro-

8 Vladimir V. Vodinečić, *Takozvana zloupotreba prava*, Nomos, Beograd 1997, str. 6.

9 Videti mišljenje Zorana Ivoševića, *Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu*, Pravni zapisi, broj 2/2010, str. 459.

10 „Službeni glasnik RS“, br. 24/05 i 61/05.

menila donošenjem Zakona o zabrani diskriminacije, kada je članom 16. zabranjena ali i pojašnjena diskriminacija pri zapošljavanju, na radu ili povodom rada, kao „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“ (stav 1). Zaštita od diskriminacije je proširena na svako lice koje na neki način učestvuje u radu, bez obzira na pravni modalitet rešavanja njegovog radnopravnog statusa.

Ova rešenja imaju dalekosežne posledice. Najpre, režim ustanovljen Zakonom o radu sada se čini sasvim nepotrebnim. Ovo je posebno evidentno ako se pogledaju definicije diskriminacije iz oba zakonska teksta, koje su najblaže rečeno veoma slične. Primena posebnog režima zaštite lica koja učestvuju u radu daleko je efikasnija, ali se i primenom Zakona o radu, uz istovremenu primenu i komplementarnih odredaba Zakona o zabrani diskriminacije, dolazi do istog ishoda. Kada je, međutim, reč o licima koja su radno angažovana po drugom osnovu a nisu u radnom odnosu, na njih se do sada Zakon o radu nije mogao primeniti i samim tim ona nisu imala zaštitu od diskriminatornog ponašanja prilikom angažovanja, na radu i u vezi sa radom.¹¹

Diskriminacija postoji, prema Zakonu o zabrani diskriminacije, kada se javi „svako neopravdano pravljenje razlike ili nejednako postupanje, odnosno propuštanje (isključivanje, ograničavanje ili davanje prvenstva) u odnosu na lica ili grupe kao i na članove njihovih porodica, ili njima bliska lica, na otvoren ili prikriven način, a koji se zasniva na rasi, boji kože, precima, državljanstvu, nacionalnoj pripadnosti ili etničkom poreklu, jeziku, verskim ili političkim ubeđenjima, polu, rodnom identitetu, seksualnoj orijentaciji, imovnom stanju, rođenju, genetskim osobenostima, zdravstvenom stanju, invaliditetu, bračnom i porodičnom statusu, osuđivanosti, starosnom dobu, izgledu, članstvu u političkim, sindikalnim i drugim organizacijama i drugim stvarnim, odnosno pretpostavljenim ličnim svojstvima“ (član 2. stav 1. tačka 1). „Licem“ se u ovom zakonu smatra svako ko boravi na teritoriji Republike Srbije ili na teritoriji pod njenom jurisdikcijom bez obzira na državljanstvo, kao i svako pravno lice koje je registrovano, odnosno obavlja delatnost na teritoriji Republike Srbije.¹²

11 Zakon o radu u članovima koji se odnose na zabranu diskriminacije upotrebljava termin „zaposleni“, koji označava, prema članu 5. istog zakona „fizičko lice koje je u radnom odnosu kod poslodavca“.

12 Član 2. stav 1. tačka 2. Zakona o zabrani diskriminacije.

Čini se da je zakonodavac jasno definisao osnovne pojmove koji određuju sadržinu diskriminacije (na radu) i zlostavljanja na radu. Njihov odnos, međutim, nije jasno određen i predstavlja još jedan izvor nedoumica kada se dogodi situacija da se može (mora) izabrati da li je došlo do diskriminacije ili zlostavljanja u pojedinačnom slučaju. Naime, članovi 18, 19. i 21. Zakona o radu jasno su kao diskriminaciju označili indirektnu i direktnu diskriminaciju, kao i uznemiravanje i seksualno uznemiravanje. Zakon o zabrani diskriminacije ostaje na istom pravcu, pa kao oblik diskriminacije u članu 12. izričito predviđa i uznemiravanje (seksualno uznemiravanje se ne pominje, ali se podrazumeva budući da je ono jedan oblik – podvrsta uznemiravanja). Problem, međutim, nastaje donošenjem Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu. Ovaj zakon ne sadrži svoju definiciju uznemiravanja, ali jednostavno upućuje u članu 3. na Zakon o radu: „Odredbе ovog zakona primenjuju se i na slučajeve seksualnog uznemiravanja, u skladu sa zakonom kojim se uređuje rad.“ Pri tom nema ni pomena „običnog“ uznemiravanja.

Kako se postaviti prema uznemiravanju? Ako se logički analiziraju citirane odredbe, može se staviti znak jednakosti između uznemiravanja i diskriminacije, ali i između uznemiravanja i zlostavljanja na radu. Da li to znači da je reč o istim pojavama koje se različito nazivaju? Naravno da ne, jer se analizom sadržine njihovih definicija mogu uočiti značajne razlike. Na prvi pogled, reč je o grubom previdu zakonodavca, kojem je bilo lakše da uputi na drugi akt nego da se u potpunosti odredi prema sadržini pojma uznemiravanja i seksualnog uznemiravanja. Sigurno da je u nekom delu reč i o tome, međutim, čini se da dublja analiza daje sasvim dovoljno razloga za „poistovećivanje“ ovih pojmova u praksi. Oni naravno neće predstavljati isti pravni institut, ali je sasvim moguće njihov odnos ustanoviti tako da sa jedne strane imamo nedvosmislene slučajeve zlostavljanja na radu, sa druge iste takve slučajeve diskriminacije na radu, a da se uznemiravanje i seksualno uznemiravanje nađu u središnjem delu – u zavisnosti od situacije, okolnosti i motiva izvršenja, oni će se smatrati diskriminacijom *ili* zlostavljanjem. Ako se pogleda definicija uznemiravanja iz Zakona o zabrani diskriminacije, može se uočiti bitna karakteristika koja ovo ponašanje jasno razdvaja od zlostavljanja na radu: „Zabranjeno je 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 i uvredljivo okruženje.“¹³ Dakle, osnov za vršenje diskriminacije, inicijator nezakonitog ponašanja jeste lično svojstvo žrtve diskriminacije. Ovog uslova kod zlostavljanja na radu, sasvim pravilno, nema: „Zlostavljanje, u smislu

13 Član 12. Zakona o zabrani diskriminacije (*kurziv naš*).

ovog zakona, jeste 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 doводи do toga da se zaposleni izoluje ili navede da na sopstvenu inicijativu raskine radni odnos ili otkáže ugovor o radu ili drugi ugovor.“¹⁴

Na osnovu rečenog, postavlja se pitanje koje su to sve *suštinske razlike* između diskriminacije na radu i zlostavljanja na radu?

Motiv je osnovna tačka razlikovanja – kod diskriminacije se osoba lišava prava zato što poseduje određene lične karakteristike koje je opredeljuju kao pripadnika jedne šire grupe; kod zlostavljanja na radu, osnovni pokretač nedozvoljenog postupanja jeste lični odnos prema žrtvi (ljubomora, ljutnja, netrpeljivost) koji ne potiče od postojanja predrasuda prema grupi kojoj ona pripada, ili čista ekonomska dobit (tzv. strateški mobing). Diskriminacija se zasniva na kulturi, obrazovanju, političkom i/ili verskom opredeljenju, vaspitanju, usvojenim obrascima ponašanja – i kao takva ima daleko ozbiljnije, više sistematske korene u društvu. Otuda se *priroda* ovih ponašanja, koja su po pravilu slična, ponekad čak i identična, suštinski razlikuje prema motivaciji. V. Dimitrijević govori o diskriminaciji na sledeći način: „Svi vidovi diskriminacije imaju jedan zajednički imenitelj: svi se oni svode na to da se prema nekome ophodimo ovako ili onako, ne zbog onoga što on ili ona jeste, zbog njegovih ili njenih zasluga ili prestupa, već zbog njegove ili njene pripadnosti za koju se vezuju određeni stereotipi.“¹⁵ I baš u ovakvom određenju pojma diskriminacije može se videti sva razlika u pristupanju vršenju diskriminacije na radu, odnosno zlostavljanja na radu.

Uzmimo za primer seksualno uznemiravanje kao „sivu zonu“ koja se može smatrati i zlostavljanjem na radu i diskriminacijom. Da li je isto ako je maltretiranje koleginice od strane zaposlenog posledica odnosa prema ženskom polu kao manje inteligentnom, nespretnom, neodgovornom i sl., ili je rezultat mržnje koja je posledica neuzvrćene simpatije? Ne može se reći da jeste. U prvom slučaju postoji *sistemski poremećaj vrednosti* koji nosi daleko veću društvenu opasnost nego izolovani slučaj ljubomore i odbačenosti.

Ova naizgled teorijska razlika donosi i praktične posledice – najpre, veća društvena opasnost (recimo, rasističko ponašanje praćeno veličanjem

14 Član 6. stav 1. Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu.

15 Vojin Dimitrijević, izlaganje na Konferenciji OEBS-a o rasizmu, ksenofobiji i diskriminaciji 5. septembra 2003. godine. Preuzeto iz: Vojin Dimitrijević, *Reindividualizacija kao lek protiv diskriminacije*, Reč 71(17)/2003, str. 95–97.

nacizma) može uzrokovati ne samo pokretanje parnice nego i podnošenje krivične prijave protiv počinioca; kod zlostavljanja na radu biće samo izuzetno elementa krivičnog dela (npr. ako netrpeljivost prema zaposlenom preraste u fizički obračun). Pored toga, ako se posmatra samo parnica, postoje situacije u kojima će se procesni položaj žrtve razlikovati u zavisnosti od toga da li je u pitanju diskriminacija ili zlostavljanje na radu – npr. žrtva diskriminacije može da se obrati Povereniku za zaštitu ravnopravnosti;¹⁶ kod diskriminacije na radu ne postoji prethodni postupak (mirenja) kod poslodavca;¹⁷ aktivna legitimacija je postavljena znatno šire u slučajevima diskriminacije nego što je to slučaj kod zlostavljanja na radu;¹⁸ slučajevi diskriminacije postoje i kada se različito postupka prema članovima porodice i/ili bliskim licima lica koje poseduje neko lično svojstvo¹⁹ – kod zlostavljanja takvo rešenje ne postoji niti ga može biti, jer je priroda zlostavljanja takva da je agresija usmerena isključivo ka ispoljavanju negativnih osećanja prema licu kome se želi nauditi.²⁰ Razlike su vidljive i kod dokazivanja (ne)postojanja nezakonitog ponašanja – kod zlostavljanja na radu traži se ponavljanje radnje zlostavljanja;²¹ kod diskriminacije na radu (i diskriminacije uopšte) ponavljanje nije uslov – ona se može izvršiti i jednim nezakonitim postupanjem.²²

Tačka vezivanja diskriminacije na radu i zlostavljanja na radu jesu potencijalne posledice – i jedno i drugo ponašanje može dovesti do ponižavanja zaposlenog, njegove izolacije od ostatka kolektiva, psihičke destabilizacije i sl. Neispravno je, međutim, zbog toga diskriminaciju smatrati *načinom izvršenja* zlostavljanja²³ – kao što je već rečeno, motivi za diskriminatorsko postupanje su drugačiji i ukoliko oni postoje, konstituiše se delo diskriminisanja; ukoliko ih nema, može biti u pitanju zlostavljanje ili

16 Član 33. Zakona o zabrani diskriminacije.

17 Prema članu 38. Zakona o zabrani diskriminacije, moguć je postupak mirenja pri kancelariji Poverenika za zaštitu ravnopravnosti.

18 Član 46. Zakona o zabrani diskriminacije i član 29. Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu.

19 Član 2. stav 1. tačka 1. Zakona o zabrani diskriminacije.

20 Mora se konstatovati da je ovo razlikovanje nažalost posledica nekvalitetnih rešenja u Zakonu o sprečavanju zlostavljanja na radu, pre nego različite prirode ovih instituta. Ovo, međutim, ne umanjuje značaj razlikovanja, naprotiv – u zavisnosti od kvalifikacije nekog događaja kao diskriminacije ili zlostavljanja na radu, žrtva će biti u prilici da sagleda i iskoristi različite mogućnosti zaštite svojih prava.

21 Član 6. Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu.

22 Specifičnost tzv. indirektno diskriminacije je u tome što se može izvršiti i radnjama koje nisu nezakonite – donošenjem i primenom propisa koji je zakonit i zasnovan na načelima jednakosti i zabrane diskriminacije, a koji može proizvesti diskriminatorske posledice (videti član 7. Zakona o zabrani diskriminacije).

23 Videti: Z. Ivošević, *op. cit.*, str. 458.

neki drugi oblik kršenja prava zaposlenog. Uporednopravno gledano, poistovećivanje diskriminacije i zlostavljanja na radu (mobinga) ne postoji, niti se ustanovljavaju posebne relacije između ova dva instituta. Direktive Evropske unije koje se bave diskriminacijom na radu, takođe ne dovode u vezu mobing i diskriminaciju.²⁴ Švedska, kao prva država u Evropi koja je uvela posebne propise kojima se zabranjuje mobing, ne poznaje diskriminaciju kao oblik zlostavljanja; slično je i u Francuskoj, kao i u drugim državama u kojima su doneti posebni zakoni o mobingu.²⁵

U srpskom pravu, ovo razlikovanje je pre svega važno budući da se na zaštitu od diskriminacije (na radu) i zaštitu od zlostavljanja na radu primenjuju različiti zakoni, a samim tim i različiti pravni sistemi zaštite u okviru radnog spora ili eventualnog krivičnog postupka. U tom smislu se čak može reći da je celishodnije posmatrati zlostavljanje na radu kao oblik diskriminacije kad god je to teorijski moguće (odnosno, kada postoji neko lično svojstvo koje je moglo biti uzrok nedozvoljenog ponašanja) s obzirom na činjenicu da je sistem zaštite od diskriminacije daleko kvalitetnije urađen nego sistem zaštite od zlostavljanja na radu.²⁶ Drugi pristup koji se javlja jeste teza da su diskriminacija i mobing ista pojava jer oba vuku korene iz prava na dostojanstvo ličnosti – ako bi se ta zajednička tačka uzela kao jedina relevantna, mogli bismo poistovetiti veliki

-
- 24 Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, OJ L180/22; Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ L303/16; i Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation, OJ L204/23. Ovi akti sadrže odredbe o uznemiravanju kao obliku diskriminacije, i to na isti način kako je to kasnije preuzeto u Zakonu o zabrani diskriminacije.
- 25 B. Radić u svojoj uporednoj analizi pogrešno navodi da je u Nemačkoj prisutna pretpostavka da je diskriminacija jedan od oblika mobinga. Do ovog zaključka dolazi zbog nepravilnog prevodenja akata u kojima se termin „uznemiravanje“ poistovećuje sa diskriminacijom, iako uznemiravanje, u zavisnosti od motiva zbog kojih je počinjeno, može biti okarakterisano i kao zlostavljanje na radu i kao diskriminacija (na radu), kao što je već objašnjeno u tekstu.
- 26 Ideja o „podvođenju“ različitih oblika zlostavljanja pod kršenje ljudskih prava i diskriminaciju naročito je bila aktuelna pre nego što je donet Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu, kada je bilo potrebno popuniti očiglednu prazninu koja je postojala u zakonodavstvu nasuprot velikom broju slučajeva zlostavljanja na radu koji su se u praksi pojavljivali. Sa druge strane, Krivični zakonik („Službeni glasnik RS“, br. 85/05, 72/09, 11/09) kod inkriminisanja težeg oblika krivičnog dela Zlostavljanje i mučenje iz člana 137. predviđa da će zlostavljanje iz diskriminacionih pobuda biti tretirano kao teži oblik zlostavljanja. Iako može uneti dodatnu zabunu, treba naglasiti da je ovde reč o krivičnopravnom pojmu zlostavljanja, koje se mora razgraničiti od zlostavljanja na radu.

broj ljudskih prava koja su nastala kao posledica opštepriznatog prava na dostojanstvo.²⁷

3. KAKO „POMIRITI“ TEORIJU I PRAKSU U CILJU PRAVILNOG SPROVOĐENJA ZAKONA?

Donošenje Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu predstavlja krupan iskorak u rešavanju problema zlostavljanja na radu, kao i jasnijeg definisanja pojma i njegovog razdvajanja od drugih, sličnih pojava, kao što je pre svega diskriminacija na radu.

Diskriminacija na radu se mora razlikovati od zlostavljanja na radu. Podvođenje diskriminacije pod zlostavljanje ne samo što bi bilo nepravilno (i jedinstveno, gledajući uporednu praksu) već i dovodi do konflikta primene režima koji su ustanovljeni različitim zakonima. Ovakvo rezonovanje (ili još gore, ignorisanje Zakona o zabrani diskriminacije kada su u pitanju slučajevi diskriminacije pri zapošljavanju, na radu ili u vezi sa radom) može samo dovesti u još nepovoljniji položaj žrtvu diskriminacije, ali i sud koji bi u tom slučaju morao da „meša“ odredbe Zakona o zabrani diskriminacije i Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu. Otuda je jedan od prvih koraka utvrđivanje da li je neki postupak diskriminacija na radu *ili* zlostavljanje na radu, da bi shodno odgovoru na to pitanje usledila primena odgovarajućih propisa. Uznemiravajuće je, stoga, što sudovi ne reaguju na tužbe u kojima tužioci tvrde da su istovremeno žrtve zlostavljanja na radu i diskriminacije na radu, što se dešava u praksi nakon donošenja Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu. U takvim slučajevima se po pravilu radi o zlostavljanju na radu i ne postoje nikakvi

27 P. Jovanović npr. poistovećuje mobing i diskriminaciju, tačnije izjednačavajući mobing sa viktimizacijom posmatra ga kao vrstu diskriminacije. Izvor na koji se autor poziva potiče iz Engleske, iz 1979. godine (Jeremy McMullen, *Rights at Work*); u tom naučnom tekstu kao vrste diskriminacije pominju se direktna i indirektna diskriminacija, viktimizacija i segregacija (Predrag Jovanović, *op. cit.*, str. 45). Da bi „pojasnio“ upotrebu pojma viktimizacije, Jovanović se služi Uredbom o viktimizaciji Švedske iz 1993. godine, koja poistovećuje pojmove „viktimizacija“ i „mobing“. Ovde je očigledno reč o nesrećnoj zameni termina, jer u antidiskriminacionom pravu (i tekstu McMullena) viktimizacija ima sasvim drugo značenje, a upotreba pojma „viktimizacija“ u međuvremenu je i u Švedskoj zamenjena opšteprihvaćenim terminom „mobing“. McMullen nikako nije imao na umu zlostavljanje na radu kao oblik viktimizacije, što sledi i iz same definicije viktimizacije iz citiranog dela koju Jovanović prilaže, a koja nikako ne odgovara pojmu zlostavljanja već izuzetno podseća na definiciju diskriminacije. Cela konstrukcija koju Jovanović daje u korist izjednačavanja ovih pojmova zasnovana je na nerazumevanju upotrebe ovih termina u različitim pravnim sistemima, u različitim fazama razvoja antidiskriminacionog i antimobing prava.

elementi ili okolnosti koji bi ukazivali na izvršenu diskriminaciju. Ukoliko se ovakva praksa needukovanosti svih učesnika u postupku nastavi, postoji nažalost velika mogućnost da se dođe do utemeljenja trajnije pogrešne prakse, čime bi Srbija postala jedina država na svetu u kojoj su ovi pravni instituti izjednačeni iako ih, između ostalog, razgraničavaju posebni pravni režimi.

MISUSE OF RIGHTS, DISCRIMINATION AND MOBBING – LEGAL FRAMEWORK AND PRACTICE

Mario Reljanović and Aleksandra K. Petrović

SUMMARY

Law on Prohibition of Discrimination and Law on Prevention of Mobbing are newly adopted in Serbian legal system. They have set out challenge on Serbian courts on how to fully implement them, thus it is very important to separate three similar but yet different legal terms, that especially differ when it comes to protection of employees rights: misuse of rights, which is based not on legal provisions but on case-law; employment discrimination; and mobbing. This task becomes even more important bearing in mind that some theoreticians do not make efforts to make clear distinction between them; wide adoption of their simplified and wrongful interpretations of legal provisions could create both confusion in courts and aggravation of discrimination or mobbing victim's position, trying to protect his/hers rights in court or any other legal procedure.