

BOSNA I HERCEGOVINA
FEDERACIJA BOSNE I HERCEGOVINE
VRHOVNI SUD
FEDERACIJE BOSNE I HERCEGOVINE
Broj: 56 0 P 051404 17 Rev
Sarajevo, 09.05.2017. godine

Vrhovni sud Federacije Bosne i Hercegovine u Sarajevu, u vijeću sastavljenom od sudija: Amire Sadović, kao predsjednice vijeća, Emine Hulusija i Marijane Omerčaušević, kao članica vijeća, u pravnoj stvari tužiteljice S. V., kći M. iz J., M.. bb, zastupane po punomoćnicima D. P. i D. B., advokatima iz M., protiv tuženih: 1. JU D. o. „P..“ J., B.. bb, zastupano po zakonskom zastupniku direktorici N. B. i Općinskom javnom pravobranilaštvu J..i 2. H.. M. p., n., k. i s., zastupanog po zakonskom zastupniku K. j. p. H. M., radi utvrđenja diskriminacije i povrede prava iz radnih odnosa, poništenja odluke prvotuženog i naknade nematerijalne štete, v.sp. 12.000,00 KM, odlučujući o reviziji tužiteljice, izjavljenoj protiv presude Kantonalnog suda u Mostaru broj 56 0 P 051404 16 GŽ od 03.11.2016. godine, u sjednici vijeća održanoj dana 09.05.2017. godine donio je:

P R E S U D U

Revizija se djelimično usvaja, drugostepena presuda preinačava u odbijajućem dijelu tužbenog zahtjeva za poništenje Odluke o izmjenama i dopunama Pravilnika o unutrašnjoj organizaciji i načinu rada JU D. o. „P..“ J. broj 86-1/2015 od 05.03.2015. godine, i Odluke o otkazu Ugovora o radu s ponudom izmijenjenog Ugovora o radu broj 112/15 od 01.04.2015. godine zaključenog između prvotuženog i zaposlenice I. R. za radno mjesto „odgajateljice“ kod prvotuženog, tako da se žalba tuženog u ovom dijelu odbija i prvostepena presuda potvrđuje.

U preostalom dijelu revizija se odbija.

Preinačava se i odluka o troškovima, tako da se nalaže prvotuženom da tužiteljici naknadi troškove postupka u iznosu od 1.980,00 KM, u roku od 30 dana, koji počinje teći prvog dana nakon dostave prepisa presude tužiteljici.

O b r a z l o ž e n j e

Prvostepenom presudom Općinskog suda u Konjicu broj 56 0 P 051404 15 P od 22.01.2016. godine utvrđeno je da je prvotuženi JU D. o. „P..“ J.. izvršio diskriminaciju prema tužiteljici V. S., kao nezaposlenoj osobi, na način da je prvotuženi Odlukom o izmjenama i dopunama Pravilnika o unutrašnjoj organizaciji i načinu rada JU D. o. „P..“ J. broj 86/1/2015 od 05.03.2015. godine i zapošljavanjem I. R. na radno mjesto „Odgajateljice“ kod prvotuženog bez javnog natječaja, stavio u nepovoljan položaj i isključio u ostvarivanju prava tužiteljicu po zanimanju Nastavnik predškolskog odgoja.

Poništena je Odluka o izmjenama i dopunama Pravilnika o unutrašnjoj organizaciji i načinu rada JU D. o. „P..“ J.. broj 86-1/2015 od 05.03.2015. godine, te se nalaže prvotuženom JU D. o. „P..“ J.. da poduzme zakonom propisane radnje s ciljem da se prestane sa diskriminacijom i

nejednakim postupanjem prema tužiteljici, na način da se postupi u skladu sa odredbama Zakona o predškolskom odgoju H., u roku od 30 dana i pod prijetnjom izvršenja.

Poništena je Odluka o otkazu Ugovora o radu s ponudom izmijenjenog Ugovora o radu broj 112/15 od 01.04.2015. godine zaključen između prvotuženog JU D. o. „P..“ J. i zaposlenice I. R. za radno mjesto „Odgajateljice“ kod prvotuženog.

Odbijen je tužbeni zahtjev tužiteljice u dijelu kojim traži da se prvotuženi obaveže da prestane sa diskriminacijom i nejednakim postupanjem prema tužiteljici na način da raspiše natječaj za predmetno radno mjesto „Odgajateljice“ kod prvotuženog, te da se nakon poništenja Odluke o otkazu Ugovora o radu sa ponudom izmijenjenog Ugovora o radu broj 112/15 od 01.04.2015. godine, prvotuženom naloži da raspiše javni natječaj za radno mjesto „Odgajateljice“ kod prvotuženog.

Odbijen je tužbeni zahtjev tužiteljice u dijelu kojim traži da se prvotuženi JU D. o. „P..“ J. zajedno sa drugotuženim H. n. kanton, M. p., n., k. i s. obaveže na solidarnu isplatu naknade nematerijalne štete tužiteljici, zbog povrede prava ličnosti, časti i ugleda zbog izvršene diskriminacije, i to novčanog iznosa od 6.000,00 KM sa zakonskom zateznom kamatom počev od dana podnošenja tužbe, pa do isplate.

Obavezan je prvotuženi JU D. o. „P..“ J. isplatiti tužiteljici V. S. troškove parničnog postupka u iznosu od 1.530,00 KM, sa zakonskom zateznom kamatom počev od 22.01.2016. godine, kao dana presuđenja, pa do isplate u roku od 30 dana i pod prijetnjom izvršenja.

U cijelosti je odbijen tužbeni zahtjev tužiteljice u odnosu na drugotuženog H.n.kanton, M. p., n., k. i s..

Drugostepenom presudom Kantonalnog suda u Mostaru broj 56 0 P 051404 16 Gž od 03.11.2016. godine u relevantnom pobijanom dijelu, žalba tuženog je uvažena i prvostepena presuda preinačena na način da je tužiteljica odbijena sa tužbenim zahtjevima kojima traži:

- da se utvrdi da je prvotuženi JU D. o. „P..“ J. izvršio diskriminaciju prema tužiteljici V. S., kao nezaposlenoj osobi, na način da je Odlukom o izmjenama i dopunama Pravilnika o unutrašnjoj organizaciji i načinu rada JU D. o. „P..“ J. broj 86/1/2015 od 05.03.2015.godine i zapošljavanjem I. R. na radno mjesto „odgajateljice“ bez javnog natječaja, stavio tužiteljicu u nepovoljan položaj i isključio u ostvarivanju prava kao nastavnika predškolskog odgoja.

- da se poništi Odluka o izmjenama i dopunama Pravilnika o unutrašnjoj organizaciji i načinu rada JU D. o. „P..“ J. broj 86-1/2015 od 05.03. 2015.godine, te se naloži prvotuženom JU D. o. „P..“ J. da poduzme zakonom propisane radnje s ciljem da se prestane sa diskriminacijom i nejednakim postupanjem prema tužiteljici, na način da se postupi u skladu sa odredbama Zakona o predškolskom odgoju H., u roku od 30 dana.

- da se poništi Odluka o otkazu Ugovora o radu s ponudom izmijenjenog Ugovora o radu broj 112/15 od 01.04.2015.godine zaključen između prvotuženog JU D. o. „P..“ J. i zaposlenice I. R. za radno mjesto „odgajateljice“.

Odlučeno je da svaka stranka snosi svoje troškove postupka.

Protiv drugostepene presude reviziju je blagovremeno izjavila tužiteljica, zbog povrede odredaba parničnog postupka i pogrešne primjene materijalnog prava, sa prijedlogom da se revizija uvaži, pobijana presuda ukine i predmet vrati na ponovno odlučivanje ili da se pobijana presuda preinači na način da se odbije žalba tuženog u cjelosti i potvrdi prvostepena presuda, uz naknadu troškova sastava revizije u iznosu od 720,00 KM.

Tuženi nije podnio odgovor na reviziju.

Ispitujući pobijanu presudu u okvirima razloga revizije, te u skladu sa članom 241. Zakona o parničnom postupku („Službene novine FBiH” br. 53/03, 73/05 i 19/06, 98/15 - u daljem tekstu

ZPP), u vezi sa odredbom člana 3. stav 2. Zakona o zabrani diskriminacije ("Službeni glasnik BiH", br. 59/09 i 66/16) ovaj sud je odlučio kao u izreci iz sljedećih razloga:

Revizija nije osnovana.

Predmet spora relevantan za ovu fazu postupka je zahtjev tužiteljice za utvrđenje diskriminacije u postupku prijema u radni odnos, poništenje Odluke o izmjenama i dopunama Pravilnika o unutrašnjoj organizaciji i načinu rada prvotuzenog kao nezakonite, te nalog prvotuzenom za poduzimanje radnji u skladu sa zakonom o predškolskom obrazovanju, kao i poništenje Odluke o otkazu ugovora o radu sa ponudom izmijenjenog ugovora o radu broj 112/15 od 01.04.2015. godine, zaključen između prvotuzenog JU D. o. „P.“ J. i I.R..

Iz utvrđenja nižestepeni sudova proizilazi da je tužiteljica u periodu od 2006. godine zaključno sa 2015. godinom zaključila 19 ugovora o djelu, u različitom periodu trajanja, po kojim ugovorima je obavljala poslove odgajatelja kod prvotuzenog, a od 02.02.2009. godine je zaključila ugovor o radu na određeno vrijeme na istim poslovima, tako da je u radničkoj knjižici upisan staž kod tužene od ukupno 2 godine i 4 mjeseca. Upravni odbor prvotuzenog, svojim dopisom broj 66/15 od 19.02.2015.godine, uputio je Načelniku Općine J. zahtjev za saglasnost za Izmjene i dopune Pravilnika o unutrašnjoj organizaciji i načinu rada, a koja izmjena podrazumijeva da se iza člana 17. doda novi član 17a., koji glasi: „Zaposleniku koji se u toku rada obrazuje i stekne uslove za obavljanje drugog radnog mjesta, može se bez objavljivanja javnog konkursa ponuditi izmijenjeni ugovor o radu, ukoliko za to postoji potreba i ukoliko zaposlenik ispunjava uslove konkretnog radnog mjesta, izuzev u pogledu radnog iskustva“, a istovremeno je zatražena saglasnost za izmjenu odredbe člana 23. i to tabelarnog dijela, stava 1. istog člana i to da za radno mjesto broj 3. u koloni 6., umjesto riječi „dvije godine“, treba da stoji „jedna godina“, te i u opisanom dijelu istog člana kod radnog mjesta „odgajatelja“ - radno iskustvo, umjesto riječi „dvije godine“, treba da stoji „jedna godina“. Općinski načelnik je dopisom broj 01-05-484-2/15 od 09.03.2015. godine dao saglasnost na Odluku o izmjenama i dopunama Pravilnika prvotuzenog od 05.03.2015.godine. Direktorica prvotuzenog B. N. je dopisom broj 103/15 od 22.03.2015.godine od M. o., n., k. i s. H... -Inspektorat, zatražila mišljenje da li se odredbe dopunjenog člana 17.a. mogu primijeniti na popunu radnog mjesta „odgajatelja“. Inspektor Ministarstva ... H., rješavajući po zahtjevu direktorice prvotuzenog, te po prijavi tužiteljice zbog kršenja Zakona od strane prvotuzenog, nakon utvrđenja da nisu uočene nezakonitosti u radu prvotuzenog, dana 28.04.2015.godine donosi zaključak o obustavi postupka. Odlukom o popuni radnog mjesta „odgajatelja“ broj 112/15 od 01.04.2015.godine zaposleniku I. R. raspoređenoj na poslove i radne zadatke „higijeničara“ otkazuje se Ugovor o radu zaključen sa direktoricom prvotuzenog 27.02. 2006.godine, a po istoj odluci poslodavac nudi zaposleniku zaključivanje ugovora o radu sa izmijenjenim uslovima, koji I. R. potpisuje, te počinje raditi na poslovima „odgajatelja“ kod prvotuzenog. Iz akta M. o., n., k. i s. H.. od 18.02.2008.godine, koji je uslijedio kao odgovor na pismenu molbu tužiteljice za rješavanje radno pravnog statusa, utvrđeno je da se menadžment prvotuzenog obraćao osnivaču za povećanje sredstva, da su ta povećanja bila neznatna i nedovoljna da se uposli odgajatelj na neodređeno vrijeme.

Prvostepeni sud je, odlučujući o postavljenom tužbenom zahtjevu, utvrdio da postoji diskriminacija jer je prvotuzeni postupajući po Izmjenama Pravilnika o unutrašnjoj organizaciji i načinu rada (član 17 a) - u daljem tekstu Izmjene Pravilnika, stavio u nepovoljniji položaj tužiteljicu u odnosu na zaposlenike prvotuzenog sa istim kvalifikacijama, čime je povrijedio prava tužiteljice. Kako je ovakvo postupanje protivno odredbi člana 30. Zakona o predškolskom odgoju ("Službene novine H.", broj 5/2000), da se odgajatelji i stručni saradnici biraju na

osnovu javnog konkursa, poništava navedene Izmjene Pravilnika, jer su suprotne zakonu. Prvostepeni sud nalazi i da odredba člana 97. Zakona o radu ("Službene novine F BiH" broj: 43/99, 32/00 i 29/03) po svojoj sadržini predstavlja otkaz ugovora o radu i ponudu novog izmijenjenog ugovora o radu u situaciji kada zaposlenik ne pristaje na izmjenu samog ugovora o radu, tako da ne podrazumijeva prijem na odgovarajuće radno mjesto kako je prvotuzeni izvršio prijem zaposlenice I. R. na radno mjesto odgajateljice, te poništava navedenu odluku, po kojoj odluci I. R. počinje raditi na poslovima „odgajatelja“ kod prvotuzenog.

Drugostepeni sud, odlučujući o žalbi prvotuzenog protiv prvostepene presude, ocijenio je da se u konkretnom slučaju nije radilo o prijemu u radni odnos, pa da bi predstojala obaveza prvotuzenog za raspisivanje javnog konkursa iz člana 30. Zakona o predškolskom odgoju, već da se radilo o premještanju već zaposlene osobe kod prvotuzenog u smislu člana 97. Zakona o radu F BiH. Nadalje, drugostepeni sud smatra da na temelju Izmjena i dopuna Pravilnika je izvršen premještaj uposlenika prvotuzene R. I. na mjesto odgajatelja, te da se radi o zakonitim mjerama i radnjama, te da se ne smatraju diskriminacijom, a zasnovane su na legitimnom cilju i objektivnoj i razumnoj opravdanosti, iz razloga što prvotuzenog finansira osnivač, pa prvotuzeni ne može stvarati obaveze bez finansijske potpore osnivača prema istom.

Osnovano tužiteljica u reviziji ukazuje da je odluka drugostepenog suda o odbijanju tužbenog zahtjeva zasnovana na nepravilnoj primjeni odredaba člana 30. Zakona o predškolskom odgoju, te odredbi člana 1. Pravila prvotuzenog od 28.11.2006. godine, koja obavezuje prvotuzenog da odgajatelje bira na osnovu javnog konkursa.

Odredbom člana 30. Zakona o predškolskom odgoju regulisano je da se odgajatelji i stručni saradnici biraju na osnovu javnog konkursa, a da javni konkurs raspisuje upravni odbor u dnevnim sredstvima informisanja. Također i po Pravilima prvotuzene od 28.11.2006. godine prvotuzeni je bio obavezan raspisati konkurs. Ova obaveza prvotuzenog proizilazi i iz kaznenih odredbi navedenog zakona, kojim se propisuje kao prekršaj prijem zaposlenika protivno postupku koji je propisan zakonom i određuje novčana kazna, kako za dječiji vrtić, tako i za odgovornu osobu u dječijem vrtiću. Utvrđeno je da je I.R. zasnovala po prvi put radni odnos na upražnjeno radno mjesto odgajatelja, bez raspisanog konkursa, iako se po Zakonu o predškolskom odgoju (član 30.) odgajatelj prima na temelju javnog konkursa.

Suprotno stanovištu drugostepenog suda, ne postoji objektivno ni razumno opravdanje za postupanje prvotuzenog, jer upravo navedena odredba garantuje isti tretman svim licima koji ispunjavaju propisane uslove za radno mjesto odgajatelja na temelju zakona i općeg akta i neraspisivanjem javnog konkursa tužiteljica je onemogućena da se javi na poslove za koje je iskazana potreba prvotuzenog.

Navedenom odredbom člana 17.a. Izmjena Pravilnika, kao podzakonskog akta, koji je donijet na temelju člana 27. Zakona o ustanovama i člana 55. Zakona o predškolskom odgoju, suspendovana je primjena navedenih zakonskih odredbi na osnovu kojih se vrši prijem odgajatelja i stručnih saradnika, i omogućeno da se zaobiđu zakonska pravila procesa prijema u javnu službu. Naime, odredbama Zakona o predškolskom odgoju potvrđuje se načelo impersonalnosti i legalnosti, odnosno jednake dostupnosti radnih mjesta u javnoj službi, a dječiji vrtići predstavljaju javne ustanove kojima se ostvaruje djelatnost javne službe koja podrazumijeva trajno i nesmetano obavljanje djelatnosti predškolskog odgoja u javnom interesu općina i kantona (član 2. Zakona). Odsustvo provođenja javnog konkursa značilo bi odsustvo objektivnih kriterija za prijem u javnu službu, koji se izbor obavlja na temelju stručnih sposobnosti, vještina, kao i radnog iskustva stečenog u struci.

Zapošljavanje u javnoj službi podrazumijeva jednakost i odabir kandidata koji su po svojim profesionalnim i stručnim znanjima najposobniji za obavljanje određenog posla i to nakon provedenog postupka, koja pravila moraju biti jasna, transparentna i dostupna svima pod jednakim uvjetima. Takav postupak, a to je javni konkurs, upravo mora osigurati izbor najboljeg kandidata, gdje predviđeni opći i posebni uvjeti zapošljavanja su jasno regulisani, a izuzeci od tih pravila dopušteni su samo ako su zakonom izričito propisani i ako se mogu objektivno i racionalno opravdati. Takav izuzetak predviđen je odredbom čl. 32 navedenog zakona, da odgajatelj koji se nalazi u radnom odnosu na neodređeno vrijeme u slučaju opravdanih razloga može ugovorom o sporazumnom preuzimanju biti preuzet u drugi vrtić i zasnovati radni odnos bez javnog konkursa.

Slijedom navedenog odredba člana 17.a. Izmjena Pravilnika, koja dozvoljava mogućnost prijema u javnu službu, u konkretnom slučaju na mjesto odgajatelja, bez objavljivanja javnog konkursa zaposlenika koji u toku rada se obrazuje i stekne uslove za obavljanje drugog radnog mjesta, nesumnjivo dovodi u privilegovan položaj zaposlenike prvotuzene u odnosu na prijem u javnu službu svih drugih osoba, pri čemu ne postoje, po ocjeni ovog suda, opravdani razlozi. Prijemom zaposlenice prvotuzene I. R. na upražnjeno radno mjesto odgajatelja, i raspisivanjem oglasa za radno mjesto higijeničara koje je do tada obavljala, ostaje nejasan zaključak drugostepenog suda o objektivnoj i razumnoj opravdanosti sa stanovišta finansiranja tužene, jer niti su ovakvim postupanjem izvršene uštede, niti bi prijemom lica po javnom konkursu na već upražnjeno mjesto bile stvorene nove obaveze.

Nadalje, pravilno prvostepeni sud zaključuje, suprotno stanovištu drugostepenog suda, da odredba člana 97. stav 1. Zakona o radu ne daje mogućnost poslodavcu da vrši prvi put prijem u radni odnos, već mogućnost promjene uslova rada iz zaključenog ugovora o radu, a prema potrebama organizacije posla.

Iz navedenih razloga ovaj sud smatra da su odredbom člana 17.a. Izmjena Pravilnika derogirana načela na kojima se temelji prijem zaposlenika u javnu službu, te jednako postupanje i jednaka pravila prijema u javnu službu, iz kojih razloga je prvostepeni sud pravilno odlučio kada je poništio Odluku o izmjenama Pravilnika, te ispitujući pravilnost i zakonitost provedene procedure tuženog u kojoj je donijeta konačna odluka o prijemu na radno mjesto odgajateljice zaposlenice I. R. poništio i Odluku o otkazu ugovora o radu s ponudom izmijenjenog ugovora o radu broj 112/15 od 01.04.2015. godine.

U dijelu odluke kojom je prvostepeni sud utvrdio da je prvotuzeni izvršio diskriminaciju prema tužiteljici kao nezaposlenoj osobi, ovaj sud smatra da je došlo do povrede prava na prijem u radni odnos u javnu službu, pod općim i jednakim uslovima, međutim po ocjeni ovog suda nije dokazan zabranjeni osnov koji bi opravdao tvrdnju da se radi o diskriminaciji iz člana 2. Zakona o zabrani diskriminacije (ZZD). Naime, kako nije postupljeno u skladu sa procedurom izbora odgajatelja propisanom čl. 30 Zakona o predškolskom odgoju, radi čega je postupanje prvotuzenog nelegitimno u pogledu načina izbora, došlo je do povrede prava i slobode isključivanjem, i davanjem prednosti koja nema osnova u zakonu. Međutim, ovaj sud nije mogao donijeti odluku da se utvrdi postojanje diskriminacije i da se zabrani dalja diskriminacija na način kako je tužiteljica zahtijevala, jer ne radi se o takvim karakteristikama povezanim s nekom od osnova iz člana 2.st.1 ovoga ZZD, pa da su predstavljali stvarni i odlučujući uvjet za postupanje prvotuzenog.

Slijedom izloženog revizija tužiteljice je djelimično uvažena i odlučeno kao u stavu prvom izreke ove presude primjenom odredbe člana 250. stav 1. ZPP, a u ostalom dijelu revizija tužiteljice je odbijena primjenom odredbe člana 248. ZPP.

Imajući u vidu da je ovaj sud u povodu revizije tužiteljice preinačio drugostepenu presudu, to je valjalo odlučiti i o troškovima cijelog postupka, a koji se sastoje od troškova sastava tužbe u iznosu od 360,00 KM, zastupanja na pripremnom ročištu i ročištu glavne rasprave u iznosu od po 360,00 KM, troškova prijevoza u iznosu od 180,00 KM, te troškovi sastava revizije u iznosu od 720,00 KM, što ukupno iznosi 1.980,00 KM, pa je primjenom odredbe člana 386. stav 3. u vezi sa članom 387. ZPP odlučeno kao u stavu drugom izreke ove revizijske odluke, a na osnovu odredbe člana 12. i 13. tačka 3. Tarife o nagradama i naknadi troškova za rad advokata u F BiH ("Sl. Novine F BiH" broj 22/04) i odredbe člana 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o advokaturi F BiH ("Sl. novine F BiH", broj 18/05).

Predsjednica vijeća
Amira Sadović, s.r.