

мр Олга Поповић,
научни сарадник у Институту друштвених наука у Београду

ПРАВНИ ПРОБЛЕМИ ПРИЛИКОМ ЗАСНИВАЊА РАДНОГ ОДНОСА ЛИЦА ЗАРАЖЕНИХ HIV-ВИРУСОМ

Лица заражена HIV-вирусом и оболела од AIDS-а сусрећу се са многим препрекама у свим областима живота, па и у области њихових субјективних права. Писац овог рада разматра положај тих лица приликом заснивања радног односа, и то са становишта немачког, швајцарског и америчког права. Сва три ова правна система чине разлику између лица која су само инфицирана HIV-вирусом (тзв. серопозитивни) и лица која су већ оболела од AIDS-а. Лица заражена HIV-вирусом код којих се још нису испојили знаци обољења имају повољнији положај од оболелих, јер нису дужна да обавесте послодавца о свом серопозитивном налазу. Другим речима, она се унапред не сматрају неспособним за рад. Па ипак, право САД, за разлику од немачког и швајцарског, допушта послодавцу да због неистинитог одговора кандидата на питање о стању његовог здравља откаже уговор о раду.

Сва три правна система имају једнак однос према лицу оболелом од AIDS-а. Оно је дужно да приликом конкурисања за радно место открије послодавцу властиту болест, јер је наступање његове неспособности за рад, у дужим временским интервалима, већ извесно. Истина, тзв. антидискриминациони прописи неких чланица САД допуштају и таквим лицима да докажу своју способност за обављање предвиђеног посла, али су практичне могућности тога занемарљиве.

Ни у погледу могућности да се кандидати за запослење подвргну HIV-тесту нема битне разлике између ова три правна система. Тестирање је начелно забрањено, осим кад је реч о пословима код којих је опасност преношења заразе на другог повећана, јер се серопозитивна лица сматрају за такве послове здравствено неподобним.

Кључне речи: HIV-вирус. - Радни однос. - Заснивање. - Престанак

I. УВОД

Синдром стеченог недостатка имунитета, A(cquired) I(mmune) D(eficiency) S(yndrome), ново је, вирусно обољење откривено почетком протекле деценије овога века. Због своје заразне природе, као и чињенице да је још увек неизлечиво и завршава се, по правилу, смрћу, изазвало је огромну пажњу јавности и подстакло обимна медицинска

истраживања. За веома кратко време, медицинско знање је премашило сва очекивања. Откривен је узročник болести, HIV (Human Immunodeficiency Virus) вирус, а сазнати су и путеви његовог преношења. За исто тако кратко време, показало се да лица инфицирана HIV-вирусом и оболела од AIDS-а наилазе на низ препрека у свим областима живота. Нису изостали ни проблеми у разним гранама права. Владе појединих земаља, правни научници и пракса покушавају на различите начине да их реше, било уз помоћ постојећих правних прописа, било доношењем нових закона. Тема овог рада је положај лица заражених HIV-вирусом, односно оболелих од AIDS-а у радном праву, и то приликом заснивања радног односа. То ћемо приказати кроз упоредни преглед правних система трију земаља: СР Немачке, Швајцарске и Сједињених Америчких Држава.

У медицинској науци разликују се четири стадијума ове болести, од инфекције до избијања болести. То разликовање је од значаја и за радно право, па ћемо те стадијуме укратко објаснити (1).

1. У првом стадијуму код лица инфицираног HIV-вирусом развијају се антитела у крви која се могу открити одговарајућим тестом. Серопозитиван резултат не представља болест, нити у медицинском (2), нити у радноправном смислу (3), већ једну аномалију која указује на могућност каснијег обољења. Време од инкубације од избијања првих симптома болести је различито, и може бити веома дуго: пет и више година.

2. AS (Lymphadenopathy Syndrome) други је пролазни стадијум у развоју болести, који се одликује отеченошћу лимфних чворова, и траје дуже од три месеца. Након ове појаве може поново наступити дужи временски период без икаквих симптома.

3. Медицинска наука издваја и трећи, гранични предстадијум AIDS обољења, тзв. ARC (AIDS Related Complex). У том стадијуму, поред серопозитивног резултата, код пацијента постоје још два AIDS типична налаза.

4. У последњем стадијуму развоја ове вирусне болести, названом AIDS, могу се дијагностификовати тзв. *опортунистичке инфекције* (изазване узročницима који су за организам са неопштењем имуносистемом безопасни) или одређене ретке врсте тумора. То прате упадљива прерана остарелост пацијента и велики губитак телесне тежине. Смрт наступа, у просеку, у року од 400 дана, а последњих око 220 дана пацијент је везан за болесничку постељу.

За радно право су од значаја две медицинске чињенице. Прво, инфицирано лице носи вирус у свом организму до краја живота и може, у одређеним околностима, да заразу пренесе на другог. Друго, неизвесно је да ли ће и када доћи до акутног избијања болести. Према

(1) Шире о појединим стадијумима и уопште о току болести упоредити: M.G. Koch: *AIDS, ein Dauerthema - auch im Arbeitsleben*, "Neue Zeitschrift für Arbeits-Sozialrecht" 1987, Beilage 2, стр. 3-4; Mölling, *Wer erkrankt an AIDS*, у: *AIDS Forschung 1986*, стр. 581; J. Wolf / S. Mehlem / S. Reiss, *Rechtsratgeber AIDS*, Hamburg, 1988, стр. 33; A. Lepke; *AIDS als arbeitsrechtlicher Kündigungsgrund*, "Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht," бр. 25/1987, стр. 1299.

(2) M.G. Koch, *исто*, стр. 3.

(3) О појму болести у радном праву шире видети: J. Wolf / S. Mehlem / S. Reiss, *исто*, стр. 126; S. Ruppen, *AIDS - Ein Ratgeber für Rechtsfragen rund um AIDS*, Zürich, 1987, стр. 13.

проценама на садашњем ступњу медицинског знања, AIDS ће се развити код 20-35% заражених у року од 6 до 8 година од тренутка инфекције (4). Положај инфицираног лица приликом заснивања радног односа (као и оног које се већ налази у радном односу) зависи у великој мери од тога до којег је степена болест узнапредовала.

II. ЗАСНИВАЊЕ РАДНОГ ОДНОСА

У сва три посматрана правна система слобода уговарања представља начело приликом заснивања радног односа (5). Послодавцу је препуштено да сам уреди поступак избора кандидата и одреди услове под којима је спреман да закључи уговор о раду. У те услове спада и питање евентуалног обољења или лекарског прегледа, а у оквиру њега и HIV-тест. Како још увек не постоји уговорни однос, кандидат није обавезан да одговори на постављена питања послодавца нити да се подвргне лекарском прегледу. Међутим, лице које жели да заснује радни однос увек је у подређеном положају, јер је закључење уговора о раду условљено испуњењем послодавчевих захтева и избор будућег сарадника зависи, начелно, од његове слободне воље (6).

У САД је начело слободе уговарања у радном праву ограничено донекле антидискриминационим прописима. За тему овога рада од посебног су значаја закони донети у циљу спречавања дискриминације хендикепираних лица приликом запошљавања. У СР Немачкој и Швајцарској судска пракса и правна теорија постављају такође извесна ограничења послодавчевом праву испитивања и тестирања кандидата за радно место. С обзиром на различите правне могућности, разликује се и приступ проблему запошљавања лица инфицираних HIV-вирусом. Амерички правни писци и судска пракса покушавају да широким тумачењем савезних и локалних антидискриминационих прописа омогуће њихову примену на ову категорију кандидата. Напори немачких и швајцарских писаца и судске праксе састоје се, међутим, у проналажењу начина како да погођено лице, без негативних правних последица, скрије чињеницу да је инфицирано.

(4) Тако код: M.G. Koch, *исто*, стр. 4; Mölling, *исто*, стр. 581.

(5) За немачко право видети: M. Löwisch, у: B. Schünemann / G. Pfeiffer, *Die Rechtsprobleme von AIDS*, Baden-Baden, 1988, стр. 321-322; R. Richardi, *Arbeitsrechtliche Probleme bei Einstellung und Entlassung AIDS-infizierter Arbeitnehmer*, "Neue Zeitschrift für Arbeits und Sozialrecht", бр. 3/1988, стр. 74. За швајцарско право M. Rehbindler, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Bern, 1988, стр. 33; J. Brühwiler, *Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag*, Bern 1987, стр. 9. За америчко право A. Leonard, у: H. Dalton / S. Burris, *Yale AIDS Law Project: AIDS and Employment Law*, New Haven, 1987, стр. 109; N Fagan/D. Newell, *AIDS and Employment Law*, "New Law Journal", бр. 137/1987, стр. 752.

(6) У немачкој правној науци постоје мишљења да лицу које је из неоправданих разлога одбијено треба признати право на заснивање радног односа према дотичном послодавцу. Већина писаца сматра, међутим, ово становиште неодрживим, с обзиром на важеће уставне и радноправне прописе. Тако M. Löwisch, *Arbeitsrechtliche Fragen von AIDS-Erkrankung und AIDS-Infektion*, "Der Betrieb", бр. 18/1987, стр. 940. Тако је и по швајцарском праву: S. Ruppen, *исто*, стр. 16. За право САД: A. Leonard, *Employment discrimination against persons with AIDS*, *University of Dayton Law Review*", бр. 10/1985, стр. 683.

А. Обавеза обавештења о чињеницама одлучујућим за закључење уговора о раду

Опште начело савесности и поштења у заснивању и испуњавању облигационих односа (§242. НГЗ; чл. 2. ШВГЗ) примењује се и у поступку закључења уговора о раду. Оно сваком учеснику у преговорима налаже да свога партнера обавести о чињеницама које му нису препознатљиве а имају одлучујући значај за закључење уговора. Зато се, као прво, поставља питање да ли је инфекција HIV-вирусом једна таква чињеница. У немачкој (7) и швајцарској (8) судској пракси и теорији у области радног права, овој обавези обавештења постављене су врло уске границе. Обавештења се тичу искључиво чињеница које непосредно утичу на извршење будуће радне обавезе. Кандидат за запослење не мора да наведе никакве податке о свом здравственом стању. Од тог правила постоји само један изузетак. То је случај кад се, због већ постојећег обољења, може очекивати да кандидат, после заснивања радног односа, неће бити у стању да испуњава своје радне обавезе (9). Сама вероватноћа да у току радног односа, заснованог на неодређено време, дође до неспособности за рад узроковане болешћу, не оправдава примену овог изузетка (10).

Положај лица инфицираних HIV-вирусом у погледу обавезе обавештења зависи од њиховог тренутног здравственог стања. Кандидат са серопозитивним налазом још увек није ни болестан ни радно неспособан, те није ни дужан да будућем послодавцу самоиницијативно саопшти да је инфициран (11). Међутим, да је оболео од AIDS-а у крајњем стадијуму не сме да прећути, пошто је у том случају његово одсуствовање са посла предвидљиво и сасвим извесно. Ако је болест у LAS или ARC стадијуму, где је здравствено стање већ нарушено, обавеза обавештења зависи од околности појединачног случаја. То су, у првом реду, врста посла и изложеност здравственим ризицима при његовом обављању. Кандидат не мора обавестити послодавца о свом здравственом стању, ако нема објективних и субјективних разлога који указују на радну неспособност у дужим временским интервалима (12).

(7) W. Hinricht u: C. Prittwitz, *Aids, Recht und Gesundheitspolitik*, Berlin, 1990, стр. 226; R.A. Eich, *AIDS und Arbeitsrecht*, "Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht; Beilage 2/1987, стр. 11; Савезни радни суд (BAG); начелна одлука у погледу података о здравственом стању будућег радника, од 15. јула 1987 - 5 AZR 215/86.

(8) S. Ruppen, *исто*, стр. 14; M. Rehbinder, у: *Berner Kommentar zum ZGB*, део VI (*Obligationenrecht*), 1985, OR 320, маргинални број 32; Obergericht des Kantons Solothurn, 1. II 1989, SOG 1989, Nr. 1.

(9) Тако: водећа одлука BAG: 1 ARZ 251/63 од 7. II 1964. Исто је и у Швајцарској: R. Heitkamp, *Rechtsfragen der Bewerbung*, Zürich, 1986, стр. 94; Obergericht des Kantons Solothurn, 1. II 1989, SOG 1989, Nr. 1.

(10) Тако: R.A. Eich, *исто*, стр. 11; једнако у *Deutsche AIDS-Hilfe e.V.: AIDS und HIV im Recht*, Bamberg, 1991, стр. 303.

(11) То је јединствено гледиште у немачкој и швајцарској правној науци: J. Wolf / S. Mehlem / S. Reiss, *исто*, стр. 130; R. A. Eich: 11; *Deutsche AIDS-Hilfe, исто*, стр. 303; J. Lücke, *AIDS im amerikanischen und deutschen Recht*, Berlin, 1989, стр. 145; S. Ruppen, *исто*, стр. 14; O. Guillod, у: *Bundesamt für Gesundheitswesen, Drei Gutachten über rechtliche Fragen im Zusammenhang mit AIDS*, Bern, 1991, стр. 254.

(12) *Deutsche AIDS-Hilfe, исто*, стр. 309; J. Wolf / S. Mahlem / S. Reiss, *исто*, стр. 130.

Б. Послодавчево право испитивања кандидата

Проблем обавезе обавештавања више је теоријске природе. Послодавац се труди да што боље упозна будућег сарадника, те се, по правилу, неће ограничити на податке које кандидат самоиницијативно пружа. Зато је за лица инфицирана HIV-вирусом од много већег значаја да ли послодавац има право да поставља питања о здравственом стању кандидата, односно да ли се на такво питање сме неистинито одговорити.

У немачком и швајцарском праву начелно су дозвољена само питања која се односе на испуњење уговора о раду. Испитивањем се не сме повредити законом заштићено право личности (13). Подаци о здравственом стању могу се захтевати само уколико оправдани интерес послодавца да их прибави претеже над интересом заштите приватне сфере радника. То је, по мишљењу Савезног радног суда СР Немачке, случај код ових питања (14): 1) да ли постоји болест или оштећење здравственог стања радника које трајно или у извесним временским размацима стално ограничава његову способност за предвиђену радну делатност; 2) постоји ли заразна болест која угрожава будуће колеге на послу или муштерије; 3) да ли се у време ступања на посао или у догледно време може рачунати на неспособност за рад (нпр. планирана операција или терапија или постојеће акутно обољење).

Јединствен је став немачке и швајцарске правне теорије да је питати о AIDS обољењу дозвољено и да је кандидат обавезан да пружи истинит одговор, јер је његова радна способност смањена и мора се рачунати да ће често одсуствовати са посла. Што се тиче претходна три стадијума, оправданост питања се цени с обзиром на заразни карактер обољења. Мишљења о томе су подељена. У правној науци су делом заступљена два супротна гледишта.

По једном, интерес заштите приватне сфере радника је од првенственог значаја. Без обзира на то о каквој се делатности ради, ризик заразе је веома мали уколико се инфицирано лице доследно придржава хигијенско-техничких мера заштите. Стога се сматра да је питање о постојању инфекције HIV-вирусом недозвољен напад на право личности радника. Исто важи за ARC или LAS стадијум, јер овде, за разлику од AIDS обољења, кандидат не може ништа одређено да наведе о својој будућој неспособности за рад (15). Међутим, томе гледишту супротстављају се други немачки писци који сматрају да је питање о инфицираности HIV-вирусом дозвољено. По њиховом мишљењу, послодавцу се не може оспорити право да запошљава само HIV-негативна лица. Иако је вероватноћа заразе у нормалном социјалном контакту на радном месту мала, медицинска наука, ипак, сматра да она није потпуно искључена. Пошто је инфекција повезана с опасношћу по живот, пос-

(13) За немачко право М. Bruns, *AIDS im Betrieb und Arbeitsleben*, "Monatsschrift für deutsches Recht", бр. 2/1988, стр. 69; R. Richardi, *исто*, стр. 74. W. Hinrichs, *исто*, стр. 226. За швајцарско право видети М. Rehbindler, *исто*, стр. 33; O. Guillod, *исто*, стр. 254.

(14) Начелна одлука BAG од 7. јуна 84 - AZR 27-/83, "Neue Juristische Wochenschrift", 1985, 645.1.

(15) J. Wolf / S. Mehlem / S. Reiss, *исто*, стр. 131; W. Hinrichs, *исто*, стр. 227. Нешто другачије: М. Bruns, *исто*, стр. 96: у погледу LAS и ARC стадијума сматра да их треба уподобити AIDS обољењу.

тоји оправдан интерес послодавца да заштити своје сараднике и муштерије (16).

Међутим, све је већи број правних писаца који критикују оба ова екстремна гледишта и залажу се за средње решење. Они разликују нормалне делатности и делатности код којих постоји повећана опасност од заразе (17). Код првих се рад остварује кроз нормални социјални контакт са сарадницима, који је, по правилу, безопасан са становишта ширења заразе. Стога би питање о инфекцији HIV-вирусом било недозвољено. Међутим, у здравственој служби и сличним делатностима, где постоји опасност да крв или друге телесне течности радника дођу у контакт са крвљу колега на послу или трећих лица, нарочито пацијената, не може се порећи извесна могућност заразе. Ма како ова опасност била мала, њене последице су смртоносне, те је постављање питања о инфекцији HIV-вирусом дозвољено и оправдано (18).

Од начелне забране да се захтева одговор на питање о инфекцији HIV-вирусом постоји један изузетак условљен практичним разлозима. То је случај кад кандидат треба да ради у земљи у којој се улазна виза додељује само HIV-негативним лицима: САД, НР Кина, Уједињени Арапски Емирати и Саудијска Арабија (19). С друге стране, кандидат је овлашћен да на недозвољена питања послодавца неистинито одговори. У Швајцарској правној доктрини то се назива "правна лаж у нужној одбрани" (20). Немачки правни писци, такође, сматрају да давање нетачних података у том случају не представља лукаву превару у смислу § 123. НГЗ. Исто тако, послодавац се не може позивати ни на заблуду о битним својствима саговорника, (§ 119. НГЗ), што би га иначе овластило на поништење уговора о раду (21).

Као и у немачком и швајцарском праву, кандидат у САД нема обавезу да будућег послодавца обавести о чињеници да је инфициран (22). Међутим, амерички послодавац је неограничено овлашћен да се распита о здравственом стању будућег сарадника. Једно од уобичајених питања која се постављају кандидату приликом конкурисања за радно место јесте и питање да ли кандидат пати од неке озбиљније

(16) Тако R.A. Eich, *исто*, стр. 10; A. Klak, *AIDS und die Folgen für das Arbeitsrecht, "Betriebs-Berater"*, бр. 20, 1987, стр. 1383.

(17) Тако M. Löwisch, *Arbeitsrechtliche Fragen von AIDS-Erkrankung und Aids-Infektion, "Der Betrieb"*, бр. 18/1987, стр. 940; M. Löwisch 1988, *исто*, стр. 319; *Deutsche AIDS Hilfe, исто*, стр. 306; R. Richardi, *исто*, стр. 75. За швајцарско право в. код: S. Ruppen, *исто*, стр. 14; M. Pedergnana / H. Schmid / W.P. von Wartburg, *AIDS - Zur Entwicklung in der Schweiz bis 1995*, Bern, 1988, str. 123.

(18) Овог је становишта и Савезна лекарска комора у СР Немачкој: *Deutsche AIDS-Hilfe, исто*, стр. 306. У Швајцарској: M. Pedergnana / H. Schmid / W.P. von Wartburg, *исто*, стр. 123: сматрају да опасност заразе не постоји код свег медицинског особља, већ само код хирурга, те је препоручљиво изрећи забрану обављања ове делатности HIV-позитивним лицима.

(19) *Deutsche AIDS-Hilfe, исто*, стр. 311.

(20) "Das Notwehrrecht der Lüge": S. Ruppen, *исто*, стр. 15; M. Rehbindler, *Die Anfechtung des Arbeitsvertrages*, у: *Ekonomi / Rehbindler, Mängel des Arbeitsvertrages*, Bern, 1983, стр. 83. и даље.

(21) Тако R. Richardi, *исто*, стр. 75; *Deutsche AIDS-Hilfe, исто*, стр. 308; W. Hinrichs, *исто*, стр. 228.

(22) Такав је став Министарства за запошљавање (*The Department of Employment*) у *AIDS and Employment*, 1986: в. код N. Fagan / D. Newell, *исто*, стр. 75. Шире о овоме: J.M. Jenks, *Protecting privacy rights, "Personnel Journal"*, бр. 9/1987, стр. 125. и даље.

болести. За разлику од немачког и швајцарског права, због неистинитог одговора на то питање послодавац има право да откаже уговор о раду, без обзира на то да ли здравствено стање радника утиче на испуњавање његове радне обавезе (23).

V. HIV-тест у оквиру лекарског прегледа при запослењу

1. а. Дозвољеност теста у праву СР Немачке и Швајцарске

Управо због ограничености права испитивања кандидата, немачки и швајцарски послодавци закључење уговора о раду условљавају, често, лекарским прегледом и потврдом о стању здравља. Спровођење HIV-теста у оквиру прегледа или непосредно захтевање HIV-негативног резултата, дозвољено је, по мишљењу немачке правне науке, само у оним случајевима у којима је и одговарајуће питање оправдано (24). Ово правило, нажалост, не користи много кандидату, јер му недостаје правна санкција. Ако се кандидат не повинује захтевима послодавца, овај ће, највероватније, одбити да га запосли. Без обзира на то што је разлог одбијања био против права, кандидат нема могућност да судским путем оствари било какве захтеве. Утуживо право на закључење уговора о раду према конкретном послодавцу не постоји (25). По мишљењу швајцарских правних писаца, захтевање HIV-теста је допуштен услов за закључење уговора у смислу чл. 20. Закона о облигацијама и чл. 28. швајцарског Грађанског законика (26).

У извесним делатностима прописан је обавезан лекарски преглед при заснивању и продужењу радног односа (27). Утврђени су рокови у којима се прегледи спроводе, као и лица која су дужна да им се подвргну, али не и врста прегледа. HIV-тест није прописом наложен нити је препоручен (28). Запослење у јавној служби у СР Немачкој подразумева, такође, лекарски преглед. Устав дозвољава да јавни послодавац утврди услове заснивања службеничког односа. Један од услова је установљење телесне подобности (здравствено стање и радна способност) за својство чиновника. У правној теорији се сматра да је тај услов оправдан због особености службеничког односа (29). Он се зас-

(23) J. Lücke, *AIDS im amerikanischen und deutschen Recht*, Berlin, 1989, стр. 145; N. Fagan / D. Newell, *исто*, стр. 752.

(24) R. Richardi, *исто*, стр. 76; M. Bruns, *исто*, стр. 96; A. Klak, *исто*, стр. 1384; R.A. Eich, *исто*, стр. 10; W. Hinrichs, *исто*, стр. 230; M. Löwisch, *исто*, стр. 941.

(25) M. Löwisch 1988, *исто*, стр. 322; W. Hinrichs, *исто*, стр. 229; A. Klak, *исто*, стр. 1384; Deutsche AIDS-Hilfe, *исто*, стр. 311; одбијени кандидат има право да захтева накнаду трошкова у вези са конкурсом (путни трошкови и изгубљена добит).

(26) Видети код: S. Ruppen, *исто*, стр. 18; O. Guillod, *исто*, стр. 255.

(27) Тако прописи о заштити од несреће (Unfallverhütungsvorschriften): § 2 Abs. 1 Nr 1 о радно-медицинској превентиви у СР Немачкој. Ради се о опасним делатностима и оним са хемијским, физикалним или биолошким дејством у току рада, које су тачно набројане. Шире о овоме: *Deutsche AIDS-Hilfe*, *исто*, стр. 304, 309; M. Bruns, *исто*, стр. 95; M. Löwisch, 1988, *исто*, стр. 315. У Швајцарској су сличне одредбе у Закону о епидемијама (Epidemiengesetz) чл. 19. В. код: M. Pedergnana H. Schmid / W.P.von Wartburg, *исто*, стр. 123.

(28) Тако: Мишљење Комисије за медицину рада од 10. маја 1989; *Deutsche AIDS-Hilfe*, *исто*, стр. 305; M. Bruns, *исто*, стр. 96. Супротног становишта је M. Löwisch, 1988, *исто*, стр. 315. Слично као Löwisch: M. Pedergnana / H. Schmid / W.P.von Wartburg, *исто*, стр. 12.

нива на неодређено време, теже је отказив него обичан радни однос код приватног послодавца, и укључује посебне чинидбе материјалног обезбеђења чиновника. Зато службени лекар, прегледавши сваког кандидата утврђује да ли се због одређених обољења мора рачунати на прерану дугорочну неспособност кандидата за службу. Бајерн је прва и за сада једина савезна земља у СР Немачкој у којој обавезан лекарски преглед обухвата и HIV-тест (30).

1. б. Дозвољеност теста у праву САД

У САД је лекарски преглед такође уобичајен, не само пре закључење уговора о раду, већ и као стална систематска контрола током трајања радног односа. О допуштености употребе HIV-теста у оквиру лекарског прегледа који претходи запослењу, постоје различита становишта у теорији и у позитивним правним прописима појединих савезних држава. У неколицини (до сада само у четири: Калифорнија, Флорида, Масачусетс и Висконсин) тестирање радника је начелно забрањено (31). Прописи државе Висконсин су најдетаљнији. Послодавцима је изричито забрањено: 1) да као услов за запослење захтевају тест; 2) да услове уговора о раду учине зависним од теста; 3) или да закључе посебан споразум са запосленим или кандидатом у коме нуде запослење или плаћање повластица, захтевајући као противчинидбу подвргавање тесту. Државе Флорида и Калифорнија забраниле су коришћење резултата теста приликом утврђивања подобности за радно место, док у Масачусетсу није дозвољено захтевати подвргавање тесту као услов за запослење. Сви наведени прописи предвиђају један изузетак од забране. То је случај кад државни епидемиолог и секретар за здравство и социјалне службе прогласе да особе инфициране HIV-вирусом на радном месту, у одређеној делатности, представљају значајан ризик преношења вируса на друга лица. У осталим америчким државама против HIV-теста може се истаћи приговор повреде антидискриминационих прописа, савезних или локалних. По мишљењу америчких правника, најбољу заштиту лицу које је инфицирано HIV-вирусом могу пружити закони о забрани дискриминације хендикепираних особа (32). Зато је најчешће разматрано и још увек је донекле спорно питање да ли лица са серопозитивним налазом или оболела од AIDS-а могу да се уподобе хендикепираним.

Савезни закон о рехабилитацији (The Rehabilitation Act 1973) забрањује дискриминацију, онемогућавање учешћа или ускраћивање бенефиција хендикепираних лица у било ком програму или делатнос-

(29) M. Löwisch, 1987, *исто*, стр. 941; Frankenberg, *AIDS-Bekämpfung im Rechtsstaat*, Baden-Baden, 1988, стр. 141; R. Richardi, *исто*, стр. 76.

(30) У правној теорији је овај пропис изложен критици. Тако: G. Frankenberg, *исто*, стр. 145. и даље; J. Löcke, *исто*, стр. 152.

(31) M. Rothstein, *Screening Workers for AIDS*, у: H. Dalton / S. Burris, *Yale AIDS Law Project: AIDS and the Law*, New Haven, 1987, стр. 135; A. Leonard 1985, *исто*, стр. 687; J. Lücke, *исто*, стр. 125.

(32) H.D. James, у: H.L.W. Dornette, *AIDS and the Law*, New York, 1987, стр. 36; D.A., *Masi AIDS in the workplace; "What can be done?"*, "Personnel Journal, 7/1987, стр. 58; A. Leonard, *AIDS in the Workplace* у: D. Dalton / B. Scot, *Yale AIDS Project; AIDS and the Law*, New Haven, 1987, стр. 109, A. Leonard 1985, *исто*, стр. 683.

ти финансираној из савезних средстава. Осим тога, није дозвољен ни лекарски преглед приликом запошљавања у циљу откривања хендикепца, осим ако је то од значаја за утврђивање способности кандидата за обављање одређеног посла. Особа која је иначе квалификована за одређено радно место не сме бити одбијена због свог хендикепца (33).

Примењено на HIV-тест, ово правило значи да је анализа крви ради откривања антитела дозвољена само ако не служи дискриминацији серопозитивних лица приликом запошљавања, под претпоставком да она спадају у категорију хендикепираних лица у смислу закона. По законској дефиницији то су: 1) лица са физичким или менталним оштећењем које битно ограничава једну или више значајних животних активности; 2) лица која имају исправу о таквом оштећењу; и 3) лица која се третирају као оштећена (34). AIDS обољење у свом последњем стадијуму или ARC-предстадијум претпостављају озбиљна оштећења здравственог стања која се могу сврстати у прву од наведених категорија. Споран је, међутим, статус лица код којих је HIV-налаз позитиван али још нису наступили знаци обољења. Дискриминација HIV-позитивних лица почива заправо на страху од заразе. По мишљењу већине аутора, њима треба пружити заштиту на основу треће законске категорије, као лицима која се сматрају хендикепираним иако немају физичко или ментално оштећење (35).

Министарство правде САД, у званичном тумачењу чл. 504. Закона о рехабилитацији (од 1986) заузело је другачији став (36). По њему, треба одвојено посматрати две одлике AIDS обољења: преносивост вируса и онеспособљавајуће последице које вирус изазива. Способност да се вирус AIDS-а пренесе на другог није сама по себи хендикеп који је заштићен законом. Стога одбијање запослења инфицираних особа због страха од преношења заразе не представља дискриминацију у смислу Закона о рехабилитацији, док је одбијање засновано на онеспособљавајућим последицама обољења у ARC или AIDS-стадијуму противправно. При томе није од значаја чињеница да ли је веровање у опасности од заразе основано или неосновано. Судска пракса још увек није дала своје коначно тумачење чл. 504. у вези са AIDS-случајевима, али новије одлуке показују да судови не следе мишљење Министарства правде, већ заступају, као и амерички правни писци, супротно становиште. Карактеристичном за ово питање сматра се једна пресуда Врховног суда, у којој је решен спор о отказу радног односа учитељу оболелом од туберкулозе, из страха да ће заразити ученике. Врховни суд је сматрао да "нагомилани друштвени мит и страх од неспособности или заразе представља исто тако хендикеп као и физичка ограничења која потичу од стварног оштећења", па је стога спорни отказ оквалификовао као неоправдану дискриминацију и противправан чин (37). Сличне одлуке донете су већ у првим радним споровима у вези са

(33) Тако чл. 504. *The Rehabilitation Act* 1973. О овоме шире код: А. Leonard, 1987, *исто*, стр. 109; М. Rothstein, *исто*, стр. 137.

(34) Шире објашњење сваке од наведених категорија видети код: Н.Д. James, *исто*, стр. 36-38; Ј. Lücke, *исто*, стр. 127. и даље.

(35) Тако нпр.: А. Leonard, 1987, *исто*, стр. 113; М. Rothstein, *исто*, стр. 136; Н.Д. James, *исто*, стр. 41; Д.А. Masi, *исто*, стр. 60.

(36) 25. 6. 1986: в. код М. Rothstein, *исто*, стр. 136; Д.Н. James, *исто*, стр. 40.

(37) *School Board of Nassau County v Arline* 107 S. Ct. 1123 (1987).

AIDS-ом, у којима су државни судови лицима инфицираним HIV-вирусом признали статус тужилаца у својству хендикепираних лица (38).

Поље примене савезног Закона о рехабилитацији ограничено је на запослене у савезној јавној служби, на савезне сауговораче и пројекте финансиране из савезних средстава. Границе слободе уговарања за приватне послодавце утврђене су у законима појединих савезних држава. Све државе имају сопствене антидискриминационе прописе, који су писани углавном по савезном узору и обухватају, већином, и јавни и приватни сектор (39). У њима се, као и у савезним прописима, захтева да погођено лице буде иначе квалификовано за обављање посла о коме је реч. Послодавац није обавезан да заснује, односно продажи радни однос лицу које није у стању да обавља предвиђени посао. С друге стране, прописи о забрани дискриминације налажу послодавцима да омогуће запослење хендикепираним лицима чак и у случају да финансијски трошкови падну на њихов терет или на терет муштерија и колега на послу. Код обољења од AIDS-а ти су трошкови огромни. Да ли ће се лице инфицирано HIV-вирусом у конкретном случају сматрати хендикепираним, то зависи од формулације у прописима појединих држава, од њихове законодавне историје и од тумачења које дају управни и судски органи. Највеће разлике међу прописима постоје у погледу треће категорије, тј. "лица која се сматрају као да имају оштећење". Закони неких савезних држава не познају уопште ту категорију, те кандидат инфициран HIV-вирусом, који није изабран на жељено радно место због послодавчевог страха од заразе, не може ни рачунати на заштиту према прописима о забрани дискриминације.

2. а. Спровођење HIV-теста у оквиру лекарског прегледа приликом запослења у СР Немачкој и Швајцарској

Ако је кандидат сагласан са захтевом послодавца да се подвргне лекарском прегледу, или ако га на то обавезују важећи прописи, тражи се да преглед буде медицински примерен. За спровођење HIV-теста неопходан је изричит пристанак дотичног лица (40). Чињеница да је кандидат пристао на преглед и у оквиру њега на вађење крви, не овлашћује лекара да претпостави прећутну сагласност за спровођење HIV-теста. Лекар је обавезан да пре вађења крви детаљно упозна кандидата са сваком од намераваних анализа и да за сваку анализу захтева његов пристанак. Само изричита, унапред дата сагласност тестираног лица ослобађа лекара одговорности за кривично дело телесне повреде (41). Изузеци од овог правила нису дозвољени ни при прегледу ради

(38) Тако пресуде: *Cronan v New England Tel. Co.*, 41 FEP Cases 1273 (supert. Ct. Mass 1986); *Shuttlenworth v Broward County* No 85-6623-Civ (S. D. Fla. 12.8.1985); *Leckelt v. Board of Comm'rs*, No 86 - 4235 Sec. K. Div. 1 (E.D.la. 29.9.1986).

(39) О прописима савезних држава шире код: А. Leonard, 1987, *исто*, стр. 114; J. Lücke, *исто*, стр. 125.

(40) W. Hinrichs, *исто*, стр. 321; А. Klak, *исто*, стр. 1384; *Deutsche AIDS-Hilfe*, *исто*, стр. 310. Шире о овоме Н. Pfeffer, *Durchführung von HIV-Tests ohne Wille des Betroffenen*, Berlin, 1988, стр. 73. и даље. За швајцарско право: S. Ruppen, *исто*, стр. 19.

(41) У смислу §223. Казненог законика СР Немачке: в. Н. Pfeffer, *исто*, стр. 80; А. Klak, *исто*, стр. 1385.

запослења. Припадност једној од ризичних група, очљиви симптоми обољења или посебни услови радног места, не оправдавају спровођење теста без пристанка кандидата.

Циљ лекарског прегледа је радно-медицинска процена способности за предвиђено радно место и спречавање могућег уношења заразних болести у колектив. Сходно томе, саопштење лекара може садржати само резултат прегледа, односно стручно мишљење о здравственој способности радника за одређен посао, али не и дијагнозу. Послодавац не сме имати увид у медицински налаз. Подаци о здравственом стању су поверљиве природе и лекар има обавезу чувања лекарске тајне. Од ове обавезе може га ослободити само пацијент, својом изричитом сагласношћу да се подаци могу саопштити неком трећем (42). Добровољно подвргавање тесту још увек не значи и прећутну сагласност са саопштењем његовог резултата. Од принципа поверљивости података сме се одступити само изузетно: када постоји претежан интерес трећих лица. У случају HIV-позитивног резултата овај интерес имају само лица којима прети непосредна опасност од заразе. По мишљењу већине немачких и швајцарских аутора, у та лица не спадају и чланови радног колектива (43).

Пошто у уобичајеном социјалном контакту на радном месту опасност од заразе практично не постоји, а инфекција HIV-вирусом не смањује радну способност, нема сметњи да лекар HIV-позитивног кандидата који не показује симптоме обољења прогласи здравствено подобним за рад (44). Код запослења у јавној служби налаз ће пре бити негативан, јер је дугорочна здравствена прогноза инфицираних HIV-вирусом неповољна и подразумева знатно временско ограничење способности за службу у односу на неинфициране кандидате (45). У медицинској и осталим делатностима са повећаном опасношћу заразе, лекар ће HIV-позитивног кандидата сматрати, по правилу, неподобним за радно место (46).

2 б. Спровођење HIV-теста у оквиру лекарског прегледа приликом запослења у САД

Уколико је HIV-тест и дозвољен по америчком праву, кандидат нема обавезу да му се подвргне. Али, може се десити да он и не сазна да

(42) Тако по важећим прописима у СР Немачкој (§8, став 1, реченица 2. *Arbeits-sicherheitsgesetz*; §203. *Strafgesetzbuch*), као и јединственом ставу судске праксе (водећа одлука Уставног суда; BVerfG, NJW 1972, 1124) и теорије; М. Löwisch, 1988, *исто*, стр. 329; Н. Pfeffer, *исто*, стр. 159. и даље; А. Klak, *исто*, стр. 1385; W. Hinrichs, *исто*, стр. 231; G. Frankenberg, *исто*, стр. 141. За швајцарско право видети код: S. Ruppen, *исто*, стр. 24-25; O. Guillod, *исто*, стр. 255; M. Pedergnana / H. Schmid / W.P.von Wartburg, *исто*, стр. 124. и даље.

(43) Н. Pfeffer, *исто*, стр. 165-166; А. Klak, *исто*, стр. 1385; W. Hirnichs, *исто*, стр. 321; *Deutsche AIDS-Hilfe*, *исто*, стр. 310; G. Frankenberg, *исто*, стр. 141; S. Ruppen, *исто*, стр. 25; O. Guillod, *исто*, стр. 255. Другачијег је мишљења, кад се ради о делатностима са повећаном опасношћу од заразе, М. Löwisch, 1988, *исто*, стр. 329.

(44) G. Frankenberg, *исто*, стр. 143; M. Bruns, *исто*, стр. 97; W. Hinrichs, *исто*, стр. 230.

(45) G. Frankenberg, *исто*, стр. 143; R. Richardi, *исто*, стр. 76; M. Löwisch, *исто*, стр. 941.

(46) М. Löwisch 1987, *исто*, стр. 940; M. Pedergnana / H. Schmid / W.P.von Wartburg, *исто*, стр. 124. Поједини аутори сматрају да је овакав став примерен и код лица која се баве припремањем хране, јер се у току рада често догађају ситне повреде којом приликом може доћи до контаминације некуваних јела. Тако: R.A. Eich, *исто*, стр. 11.

је у оквиру општег лекарског прегледа спроведен тест. Америчко право знатно се разликује од европског у погледу кандидативних права и права и обавеза надлежног лекара у вези са лекарским прегледом. Министарство за запошљавање препоручује, додуше, послодавцима да кандидате обавесте од намераваном тесту, али је лекар начелно слободан да према околностима случаја сам одлучи да ли је дужан да будућег радника обавести не само о циљу сваког теста, већ и о његовом резултату (47).

Резултат теста је податак поверљиве природе. Овај појам у америчком праву има другачију садржину него у европском. Лекарски извешај о здравственом стању уручује се послодавцу. У њему ће лекар, ако нађе за неопходно, саопштити тачне резултате појединачних тестова. Кандидат, у начелу, нема право да захтева увид у ове податке. Послодавац има обавезу чувања тајне како према трећим лицима, тако и према лицу на које се подаци односе. Само у изузетним случајевима постоји обавеза надлежног лекара да прегледаног кандидата обавести о налазу (48). Извесни разлози допуштају да се и HIV-позитиван резултат саопшти дотичноме лицу (49). Јер, оно мора свој начин живота да измени и прилагоди га свом здравственом стању. Носиоци вируса морају се, наиме, придржавати мера за спречавање преноса заразе на друга лица и избегавати претеране физичке и психичке напоре или излагање било каквим инфективним обољењима, пошто је њихов имунитет ослабљен. С друге стране, сазнање о позитивном резултату теста има само по себи веома негативан утицај на развој болести. Оно обично изазива депресивно стање код дотичног лица, које убрзава слом већ нарушеног имуносистема. Зато амерички правни писци саветују послодавцима да од кандидата не захтевају подвргавање HIV-тесту, јер ће то имати само неповољне последице по њих, ако је резултат позитиван. Кандидат се у томе случају може позивати на антидискриминационе прописе, а тешке психичке последице узроковане сазнањем о инфекцији доводе до послодавчеве одговорности за штету због претрпљених душевних патњи.

III. ЗАКЉУЧАК

1. Са становишта немачког и швајцарског права, лица инфицирана HIV-вирусом имају сличан правни положај приликом заснивања радног односа. Обе ове замље немају посебне правне прописе о тој проблематици, али је судска пракса утврдила извесна начела која се тичу утицаја здравственог стања кандидативног на поступак и одлуку о његовом избору. Та начела важе и за HIV-позитивне особе. Међутим, извесне савезне државе Америке имају специјалне законе који уређују

(47) N. Fagan / D. Newell, *исто*, стр. 752-753; J.M. Jenks, *исто*, стр. 125. и даље.

(48) Тако Апелациони суд у одлуци: *Crown Agents for Overseas Government and Administration v Lawal* (1987) IRLR 542.

(49) Већина аутора, како у Немачкој, тако и у америчкој правној науци, сматра да лекар има обавезу да дотичноме лицу саопшти чињеницу да је инфицирано. Упоредити код: А. Klak, *исто*, стр. 1385; Н. Pfeiffer, *исто*, стр. 137. и даље; G. Frankenberg, *исто*, стр. 148; N. Fagan / D. Newell, *исто*, стр. 753; M. Rothstein, *исто*, стр. 139.

ту материју, и по њима је положај кандидата за пријем у радни однос донекле повољнији.

2. Када је реч о пословима код којих је опасност преношења заразе на другог повећана, све три земље допуштају да се кандидати подвргну HIV-тесту, јер се серопозитивна лица за такво радно место сматрају здравствено неподобним. Ако је реч о осталим пословима, положај тих лица зависи од стадијума до којег је узнапредовала њихова зараза. Немачко и швајцарско право не забрањују послодавцу да од кандидата за запослење захтева подвргавање HIV-тесту, нити га онемогућује да запошљава искључиво HIV-негативна лица. Такав поступак може бити изложен једино моралној осуди друштва. Међутим, положај HIV-позитивних лица у САД повољнији је у извесноме смислу. Неке чланице америчке федерације не допуштају послодавцу да кандидата за пријем на посао подвргава HIV-тесту и да одлуку о пријему условљава негативним резултатом теста. У осталим савезним државама, серопозитивни кандидати који нису примљени на посао могу се позивати на савезне и локалне антидискриминационе прописе. У томе случају исход спора зависи од врсте послодавца о коме је реч и од мишљења суда да ли се инфекција HIV-вирусом може уподобити појму хендикеп у смислу одговарајућег закона.

3. Лица оболела од AIDS-а дужна су да приликом конкурисања за радно место саопште своју болест, јер је код њих наступање неспособности за рад, у дужим временским интервалима, већ извесно. То најчешће дисквалификује кандидата за пријем на посао. У једном делу САД, оболелима је, додуше, допуштено да се позову на антидискриминационе прописе, али тада морају доказати своју способност за обављање предвиђеног посла.

4. Лица инфицирана HIV-вирусом код којих се још нису испољили знаци обољења, нису дужна да послодавца обавесте о своме серопозитивном налазу. На то их не обавезује ни право САД, али због неистинитог одговора кандидата на питање о стању здравља послодавац има право да откаже уговор о раду.

(Примљено 10. октобра 1992)

*Mr. Olga Popović,
Research Associate at the Institute of Social Sciences in Belgrade*

LEGAL PROBLEMS IN EMPLOYING PERSONS INFECTED BY HIV VIRUS

Summary

Persons infected by HIV virus and becoming ill of AIDS are faced with numerous barriers in day-to-day life, including the sphere of their subjective rights. The position of such persons is elaborated using comparative method in case of employment (German, Swiss and American laws). In all these legal systems there is a distinction between persons only infected with HIV virus (so-called sero-positive people) and those already fallen ill of AIDS. The first category is in a better position, since there is no duty to inform the

employer on the sero-positive finding. In other words, such persons are not considered unable to work. However, in contrast to German and Swiss laws, the law of the USA permits the employer to rescind the contract of work with those who gave false statement regarding their health.

All three legal systems have the same position regarding persons with AIDS. Such persons have a legal duty, when applying for job, to state this fact to the employer, since future unfitness for work is certain in the long-run. To be true, so-called anti-discriminatory legislation of some member-states in the USA open the possibility to such persons to prove their capacity to do specific jobs, but practical significance of this is rather small.

There is no considerable difference also regarding the possibility of candidates for jobs to be subjected to the HIV test in analyzed legal systems. Testing is prohibited in principle, except in case of jobs where there is and increased danger of infection of others, since sero-positive persons are considered unfit for such jobs.

Key words: *HIV virus. - Finding employment. - Termination of employment.*

Olga Popović,

collaborateur scientifique de l'Institut pour les sciences sociales de Belgrade

LES PROBLEMÈS JURIDIQUES INTERVENANT LORS DE L'EMBAUCHE DES PERSONNES INFECTÉES DU VIRUS HIV

Résumé

Les personnes porteurs du virus HIV et les malades du SIDA se heurtent à de nombreux obstacles dans toutes les sphères de la vie, y compris leurs droits subjectifs. L'auteur du présent travail examine la situation de ces personnes lors de leur embauche, et cela du point de vue du droit allemand, suisse, et américain. Les trois systèmes juridiques établissent une distinction entre les personnes séropositives et celles chez lesquelles le SIDA s'est déjà déclaré. Les personnes séropositives chez lesquelles les symptômes de la maladie ne se sont toujours pas manifestés jouissent d'une meilleure position que celle qui sont déjà malades, car elles n'ont pas l'obligation d'informer leur employeur qu'elles sont séropositives. Autrement dit, elles ne sont pas considérées a priori comme incapables pour le travail. Toutefois, à la différence du droit allemand et suisse, le droit des Etats Unis autorise l'employeur à rompre le contrat de travail au cas où le candidat fournirait une réponse fautive sur l'état de sa santé.

Les trois systèmes juridiques adoptent la même position vis-à-vis de la personne malade du SIDA. Lors de la présentation de sa candidature cette personne a l'obligation d'informer l'employeur de sa maladie, car dans une période à venir il est certain qu'interviendra son incapacité pour le travail. Il est vrai que les règlements antidiscriminatoires de certains membres des Etats-Unis permettent même à ces personnes de prouver leur capacité pour l'exercice du travail prévu, mais les possibilités pratiques de ce type de situation sont négligeables.

En ce qui concerne la possibilité de faire subir aux candidats le test HIV, des différences fondamentales n'existent pas dans ces trois systèmes juridiques. Le test est en principe interdit, sauf s'ils s'agit de postes chez lesquels il existe un danger accru que l'infection soit retransmise à une personne tierce. Car, les personnes séropositives sont considérées comme sanitairesment inappropriées à ce travail.

Mots clé: *Embauche. - Cessation du travail.*