

Др Предраг П. Јовановић, редовни професор
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
P.Jovanovic@pf.uns.ac.rs

НАЧЕЛО ЈЕДНАКОСТИ У РАДНОМ ПРАВУ

Сажетак: Начело једнакости у радном праву ију области запошљавања и рада, значи једнакости шанси у остваривању социјално-економских права у тој области и равноправности у коришћењу и заштити тих права. Ово начело има три аспекта. Прво, једнакости шанси у остваривању социјално-економских права и равноправности при коришћењу и заштити тих права, као главни и афирмативни сустирају овог начела. Друго, забрана дискриминације при остваривању и заштити социјално-економских права, као заштитни елементи једнакости и равноправности. Треће, позитивна дискриминација при остваривању и заштити социјално-економских права, као лежњивна дојна забране дискриминације. Начело једнакости може остварити своју сврсисходност само кроз паралелно испољавање свих наведених аспеката. Другим речима, аспекти једнакости шанси и равноправности при остваривању појединих права бива обезбеђен забраном дискриминације, а забрана дискриминације бива обезбеђена, односно дојуена позитивном дискриминацијом. Сходно значају који има, начело једнакости је садржано у многим правним документима (међународним, европским и домаћим), а у којима ово начело је приказано кроз наведена три аспекта.

Кључне речи: Једнакости, равноправности, социјалноекономска права, запошљавање, рад, дискриминација, забрана дискриминације, позитивна дискриминација.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Начела радног права* представљају правну и социјално-политичку платформу на основу које се изграђују и функционишу сви радноправни

*e-mail: p.jovanovic@pf.uns.ac.rs

О начелима радног права види наш рад: Радно право, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2018, стр.131.-168.

институти (од заснивања до престанка радног односа). Међу осталим начелима и интегрисано са њима (право на рад са слободом рада, начело заштите запослених на раду и њихових права по основу рада; начело социјално-материјалне сигурности; начело узајамности, солидарности и хуманизације; итд.), налази се и начело једнакости у запошљавању и на раду. Битно обележје међусобног односа ових начела јесте њихова повезаност и узајамност. Повезаност и узајамност чини да су начела комплементарна у својој сврсисходној функционалности, једно начело не може без другог. На пример, право на рад без једнакости у запошљавању и у току запослења не може се замислити, и обрнуто; или, начело социјално-материјалне сигурности без права на рад и једнакости у остваривању тог права; или, социјално-материјална сигурност без заштите запослених на раду и у вези са радом; начело узајамности, солидарности и хуманизације без позитивне дискриминације, и обрнуто; итд.

Начело једнакости у радном праву има три аспекта. *Прво*, једнакост шанси у остваривању социјално-економских права и равноправност при коришћењу и заштити тих права. *Друго*, забрана дискриминације при остваривању и заштити социјално-економских права. *Треће*, позитивна дискриминација при остваривању и заштити социјално-економских права. Оно што важи за сва поменута начела у вези са њиховом међусобном повезаношћу, важи и за наведене аспекте начела једнакости. Дакле, начело једнакости може остварити своју сврсисходност само кроз истовремено испољавање свих поменутих аспеката. Прецизније речено, аспект једнакости шанси и равноправности при остваривању појединих права бива обезбеђен забраном дискриминације, а забрана дискриминације бива обезбеђена, односно допуњена позитивном дискриминацијом.

Следствено реченом, циљ овог рада биће у томе да се укаже на међусобну садржинску повезаност и циљну обједињеност наведених аспеката начела једнакости, са упориштима у међународним, европским и домаћим правним документима, уз примену нормативног метода.

2. ЈЕДНАКОСТ И РАВНОПРАВНОСТ ПРИ ОСТВАРИВАЊУ И ЗАШТИТИ ПРАВА

Појам једнакости, у правном смислу, подразумева да су сви грађани једнаки „у очима закона”. Последишно, иза овога стоји забрана дискриминације. Али, захтев за једнакошћу квалификован је позивањем на одређене критеријуме по којима само једнаке можемо третирати једнако, а неједнаке – неједнако. У радном односу то је посебно изражено, јер радник и послодавац нити су правно нити фактички једнаки. Према томе, са једне стране, о једнакости можемо говорити међу радницима (нпр. за једнак рад – једнака

зарада) и, са друге стране, о једнакости међу послодавцима.¹ На ширем плану, сви грађани, као што рекосмо, треба да буду једнаки пред законом, руководећи се притом одређеним критеријумима, тј. ако имају релевантан „заједнички именилац”. Често као заједнички именилац довољно је имати својство грађана. Међутим, није увек тако. Тај именилац (критеријум) није довољан, или боље речено није увек релевантан, на пример – када је реч о религији. Нема једнакости ако сви грађани могу да иду у исту цркву, већ ако свако може да иде у своју цркву.² Овде је критеријум религија, а не грађанство.

Из појма једнакости изводи се појам равноправности (понекад се ови појмови поистовећују). Равноправност подразумева да они који утврђују и спроводе право не могу вршити дискриминацију међу људима, већ према свима морају поступати у смислу прописа који су истоветни за све. Закон не може темељити своја правила на разликама или карактеристикама које су небитне или неправедне (у супротном имали би „неправедне и неисправне законе”, јер „правда је мерило исправности закона“ – А. Рос). Овде се крије и један субјективни елемент везан за појмове једнакости и равноправности, а то је непристрасност и часност (што подразумева понашање у складу са словом и духом закона уз одсуство дискриминације). Непристрасност и часност не само што се везују за правне принципе недискриминације, једнакости и равноправности, већ се уграђују и у појам једног индивидуалног феномена, тј. својства – а то је морал и етичност. Повратно, или последично гледано, морал и етичност захтевају да њихова самостојаност буде заштићена кроз принцип забране дискриминације, узнемиравања злостављања на раду итд.

У теорији, једнакост се везују за четири елемента. То су: 1) једнакост свих у правима и слободама; 2) једнакост услова у доступности правима и слободама; 3) једнакост услова у коришћењу (остваривању) права и слобода; 4) једнакост у заштити права и слобода судским и вансудским методама.³ На основу ове структуре једнакости може се приметити да се једнакост тиче, преваходно, услова под којима одређена права могу да се стекну (једнакост шанси), а равноправност се тиче услова под којима се стечена права користе, остварују и штите. То опет указује на тесну повезаност једнакости и равноправности, с обзиром на чињеницу да једном стечено право (под једнаким условима), неће пуно вредети уколико немамо на располагању инструменте

¹ Радни однос није однос међу једнакима (однос између радника, или однос између послодавца), мада у историји радног права било је и радних односа као међусобних односа радника (време социјалистичких друштвено-својинских и самоуправних односа).

² Миодраг А. Јовановић, приређивач, Колективна права и позитивна дискриминација, Службени гласник, Београд, 2009, стр.91.

³ Боривоје М. Шундерић, Право Међународне организације рада, Београд, 2001, стр. 175.

за равноправно остваривање и заштиту тих права. Право без заштите, често се претвара у голо право – „*ius nudum*“.

Међутим, апсолутна једнакост и равноправност свих у односу на све, заправо, јесте неправда. Другим речима, захтев за једнакошћу садржан у идеји правде није уперен апсолутно на свакога и према свему са једнаким уделитема, јер једнакости међу неједнакима не може бити. Ипак, постулат правде налаже и то да не треба посебним мерама у духу начела повољности према радницима и мерама у лимитима послодавчеве власти претеривати. Прво, у духу принципа правде и послодавцу треба дати оно на шта има право, с обзиром на укупну легалност и легитимност његове својинске власти (управљачка, нормативна, дисциплинска власт). Друго, ово је потребно и из практичних разлога, да се не би послодавчева мотивација за радно-правну употребу капитала довела у питање, а самим тим и социјална сигурност запослених. Другим речима, посебне заштитне мере према радницима (начело повољности) и лимити послодавчеве власти морају бити *љраведни, лељални и лељитимни*. Праведни – да свако оптимално добије, по одређеним критеријумима и мерилима, оно што му припада; легални – значи унапред предвиђени прописима (когентним и аутономним) и тако свима доступни к знању у моменту одлучивања о радноправној употреби капитала и рада; легитимни – значи оправдани и допуштени. Оправданост и допуштеност се везују за потребе и природу процеса рада, интересне позиције оних који у том процесу учествују, али и за сразмерност према циљу који се жели постићи одређеним мерама и ограничењима (колоквијално: да не буде више штете но користи од тих мера и ограничења).⁴

Дакле, уз уважавање захтева правде и уз уважавање чињенице да у радном односу објективно, *de facto* и правно нису једнаки запослени и његов послодавац, и уз опрезност коју налажу принципи легалности и легитимности, треба модификовати начело *једнакости* (као постулат правде) у принцип *in favorem laboratoris* као радноправни постулат, а који подразумева фаворизацију, у прописима и код тумачења прописа, рада и оних који врше рад (радници), јер су слабији и у неповољнијем положају у односу на оне који располажу капиталом (послодавци). За ту модификацију, управо због неједнакости субјеката радног односа и њиховог изразитог интересног сукоба, неопходна је употреба власти, односно неопходан је експлицитан државни интервенционизам (путем прописа) у регулисању система радних односа. Јер, уговори о раду (индивидуални и колективни уговори), који базирају на аутономији воља радника и послодаваца и њихових струковних колективитета, овде не могу пуно помоћи, собзиром да је воља послодаваца

⁴ Више о томе: Предраг Јовановић, Интересна обележја радног односа. *Зборник радова Правног факултета*, бр.4/2013, 23-24.

јача. Ту и лежи разлог да радно право мора бити, у основи, јавно право, како би се принцип једнакости могао модификовати у принцип *in favorem laboratoris*. Међутим, принцип *in favorem laboratoris* не може се схватити као рефлексија позитивне дискриминације, јер се разлози њиховог постојања и по циљевима којима теже суштински разликују. Наиме, укратко (простор не дозвољава шире разматрање), најпре, радници нису у положају неједнаких шанси у односу на послодавце, при остваривању социјално-економских права, већ су управо у положају онаквих шанси какве им обезбеђују њихова социјално-економска права по основу рада. Друго, радници су у неповољнијем положају у односу на послодавце не из субјективних разлога, тј. не зато што су претходно били подвргнути дискриминацији од стране послодаваца, већ зато што су њихова права по основу рада објективно „слабија” у односу на права послодаваца по основу својине тј. капитала. Треће, потреба за принципом *in favorem laboratoris* је општа и трајна, док је потреба за посебним афирмативним мерама (позитивном дискриминацијом), углавном, привремена (док се дискриминисана лица не доведу у једнак и равноправни положај са другим лицима), те није општа већ посебна (односи се на нека лица и везује се само за поједибне ситуације у којима се та лица могу наћи). Четврто, принцип *in favorem laboratoris* нема за циљ, као мере позитивне дискриминације, да доведе раднике у равноправни положај са послодавцима, нити је то могуће с обзиром да је право својине послодавца објективно (из разлога везаних за тржишне законитости понуде и тражње за капиталом и радном снагом), јаче од права на рад и по основу рада, него је циљ у томе да се ублаже радноправне последице те неравноправности до нивоа који обезбеђује достојанствен и пристојан рад радника.⁵

3. ЗАБРАНА ДИСКРИМИНАЦИЈЕ ПРИ ОСТВАРИВАЊУ И ЗАШТИТИ ПРАВА

Забрана дискриминације је конститутивни елеменат начела једнакости, јер управо кроз дискриминацију се нарушава једнакост и равноправност грађана у остваривању њихових права. С обзиром на поменути значај, забрана дискриминације је утемељена у многим правним документима (међународним, европским и домаћим).

⁵ Достојанствен и пристојан рад саткан је од више елемената, садржаних, пре свега, у документима МОП-а (могућност и једнакост шанси за рад; једнакост на раду у слободи и достојанству уз одсуство дискриминације, узнемиравања и злостављања; продуктивни животни сврсисходни рад; сигурност и заштита телесног и моралног интегритета на раду; стабилност запослења). Види: Слободанка Перић, Пристојан рад (рад достојан човека), Београд, 2013.

Повеља Уједињених нација (чл.1.) из 1945. године⁶ истиче да је основни циљ ове Организације у томе да потврди веру у основна права човека, у достојанство и вредност људске личности, у равноправност мушкараца и жена и нација великих и малих, да обезбеди економски и социјални напредак, те побољшање животних услова, да унапреди и подстиче поштовање права и основних слобода за све без обзира на расу, пол језик или веру.

У Општој декларацији о правима човека из 1948. године,⁷ као општи идеал који треба да постигну сви народи и све нације наводи се да сваком припадају сва права и слободе проглашене у овој Декларацији, без икаквих разлика у погледу расе, боје коже, пола, језика, религије политичког или сваког другог мишљења, националног или друштвеног порекла, имовине, рођења или других околности.

Полазећи од наведених принципа из Повеље и Опште декларације, у Међународном пакту о грађанским и политичким правима⁸ и Међународном пакту о економским, социјалним и културним правима⁹ истиче се да основни принципи и циљеви из Повеље и Опште декларације могу бити реализовани само ако се створе услови који омогућавају свакоме да ужива своја економска, социјална и културна права и своја грађанска и политичка права.

Постоје и други међународни документи посвећени овој теми, а који нас обавезују, као што су Међународна конвенција о укидању свих облика расне дискриминације,¹⁰ Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена,¹¹ Конвенција о сузбијању и кажњавању злочина апартхејда,¹² Међународна конвенција о правима особа са инвалидитетом,¹³ Конвенција против дискриминације у области образовања УНЕСКО-а,¹⁴ итд.

Међународна организација рада (МОР) је својом нормативном и другим активностима посветила велику пажњу начелу недискриминације и пружања једнаких шанси тј. једнаког поступања према људима. Овим начелом МОР жели да спречи *ratione personae* дискриминацију појединих категорија радника (жена, странаца, радника инвалида, миграната итд.) и да спречи

⁶ Повеља Уједињених нација, “Сл.л.ФНРЈ”, бр.4/1945.

⁷ Општа декларација о правима човека, прокламована Резолуцијом Генералне скупштине ОУН 217 А (III), не подлеже ратификацији јер се третира као општи акт, а не као међународни уговор.

⁸ Међународни пакт о грађанским и политичким правима, “Сл.л.СФРЈ”, бр.7/1971.

⁹ Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, “Сл.л.СФРЈ”, бр.7/1971.

¹⁰ Конвенција о укидању свих облика расне дискриминације, “Сл.л.СФРЈ”, бр.6/1967.

¹¹ Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена, “Сл.л.СФРЈ”, 11/1981.

¹² Конвенција о сузбијању и кажњавању злочина апартхејда, “Сл.л.СФРЈ”, бр.11/1981.

¹³ Међународна конвенција о правима особа са инвалидитетом, “Сл.л.РС”, бр.42/2009.

¹⁴ Конвенција против дискриминације у области образовања, “Сл.л.СФРЈ”, 4/1964.

ratione materiae одређене врсте дискриминације у односу на све раднике на одређеним подручјима (принудни рад, запошљавање и слобода рада, социјална сигурност) те, коначно, да спроведе општи принцип забране дискриминације у области целине система радних односа.¹⁵

У духу предмета рада МОР-а и полазећи од чињенице да се дискриминација најчешће среће у области запошљавања и рада, из нормативне делатности МОР-а промовишу се, међу више конвенција и препорука,¹⁶ нарочито следеће: 1) Конвенција бр.111 о забрани дискриминације у погледу запошљавања и занимања;¹⁷ и 2) Конвенција бр.100 о једнакости награђивања мушке и женске радне снаге за рад једнаке вредности.¹⁸ Ове две конвенције улазе у ред осам фундаменталних конвенција („*ius cogens*“ МОР-а). Њихова сврха је двострука: елиминација дискриминације, са једне стране, и унапређивање једнакости при запошљавању и на раду, са друге стране, као две стране исте медаље.¹⁹

Конвенција бр.111 дефинише дискриминацију (чл.1.) као свако разликовање, искључење и давање предности на основу расе, боје, пола, вере, политичког мишљења, националног или социјалног порекла који иду за тим да униште или наруше једнакост могућности или поступања у погледу запошљавања или занимања или им штете.

Конвенција бр.100 забрањује дискриминацију у награђивању мушке и женске радне снаге за рад једнаке вредности. Инсистира се на објективним критеријумима за процену послова једнаке вредности, које треба уредити или когентним или аутономним актима, али у сваком случају уз сарадњу надлежних власти са заинтересованим организацијама радника и послодаваца.

У европском праву, начело недискриминације је утемељено на документима ОУН и МОР-а. На пример, у европском некомунитарном праву, чл.4. II дела Европске социјалне повеље понавља Конвенцију МОР-а бр. 100 у захтеву једнаког плаћања за рад једнаке вредности.²⁰ На линији горе наведе-

¹⁵ Боривоје М. Шундерић, цит. дело, стр.179.

¹⁶ Види и друге релевантне конвенције за ову тему: Alferd Wisskirchen and Christian Hess, *Employers handbook on ILO standards-related activities*, ILO Geneva, 2001; Смернице о радном законодавству, Међународна организација рада, Женева, 2001, стр.284 и 285.

¹⁷ Конвенција бр.111 о забрани дискриминације у погледу запошљавања и занимања, “Сл.л.ФНРЈ”, бр.3/61.

¹⁸ Конвенција бр.100 о једнакости награђивања мушке и женске радне снаге за рад једнаке вредности, “Службени весник Президијума Народне скупштине ФНРЈ”, бр.12 од 15. 05.1952.

¹⁹ Изгледа да МОР није задовољна ефектима у примени својих конвенција из ове сфере, те је 1998. године усвојила Декларацију о основним принципима и правима на раду „као мекан правни инструмент који не замењује постојеће правне инструменте и надзорне шеме, нити предвиђа нове санкције“, Steve Peers and Angela Ward, *The EU charter of fundamental rights, politics, law and policy*, Oxford and Portland Oregon, USA, 2004.

²⁰ Lammy Betten, Delma Mac Devitt, *The protection of Fundamental Social Rights in the European Union*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1996, стр.115.

них докумената ОУН, Европска конвенција за заштиту људских права (члан 14) промовише принцип да уживање права и слобода из ове Конвенције обезбеђује се без обзира на основе као што су пол, раса, боја коже, језик, вероисповест, политичко и друго мишљење, национално и социјално порекло, веза са неком националном мањином, имовно стање, рођење или други статус.

У европском комунитарном праву, начело недискриминације је комплементарно са начелом слободног кретања радника (слобода кретања подразумева начело недискриминације, и обрнуто). У самом Уговору о оснивању ЕЕЗ (члан 48 тачка 2.) речено је да слобода кретања радника заправо значи укидање сваке дискриминације на основу држављанства међу радницима држава чланица у вези са запошљавањем, условима рада и правима по основу рада. Другим речима, слободно кретање радника, као једна од фундаменталних слобода у праву ЕУ, не може се остварити на прави начин без забране дискриминације и обезбеђивања једнаких шанси тих радника у поступцима остваривања и заштите њихових права у вези са радом. То се обезбеђује на неколико начина: кроз једнак третман свих грађана – свако има право на једнаку законску заштиту без дискриминације; кроз једнак третман мушкараца и жена у области рада; и кроз посебне афирмативне мере.

Једнак правни третман свих грађана, у комунитарном праву, као што смо напред навели, дефинисан је Уговором о оснивању Заједнице (члан 48), где је јасно речено да не може бити дискриминације међу радницима земаља чланица по основу држављанства у области запошљавања и рада. Потом, у Амстердамском уговору из 1997. године, начело недискриминације се сматра приоритетним начелом деловања саме ЕУ, али и земаља чланица, те у Повељи о основним правима ЕУ из 2000. године (као деклараторном акту) представљеној у Ници када је донесен и Ничански споразум. Коначно, Лисабонским уговором из 2007. године (ступио на снагу 2009.), посебном клаузулом, Повељи о основним правима ЕУ дата је снага обавезујућег акта, којим се „појединац ставља у средиште свих активности утврђивањем статуса грађанина Уније и стварањем простора слободе, безбедности и правде за све“ (из Преамбуле, став 2.). У том смислу, Повеља представља одговор на „кризу легитимитета“ пред крај XX века на просторима ЕУ обезбедивши, у одсуству устава ЕУ, обавезујући правни основ за људска права са економским и социјалним правима у својој сржи.²¹

Недискриминација међу половима је једна од најстаријих правних тема у праву ЕУ. Неколико директива је посвећено сузбијању различитих облика дискриминације жена, међу којима се често издвајају две кључне директиве

²¹ Tamara K. Hervey, and Jeff Kenner, editors, *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford-Portland Oregon, 2003, str.13.

– Директива 2000/78 и Директива 21006/54.²² Забрана дискриминације се протеже на следеће важне области: област запошљавања (доступност свих послова под једнаким условима, доступност оспособљавања и напредовања)²³; област правног положаја док запосленост траје (једнакост у стицању, остваривању и заштити права по основу рада једнаке вредности)²⁴; област престанка запослења (недопуштеност разлога за престанак радног односа по основу пола, трудноће, породилског одуства)²⁵. Посебно место дато је једнаком плаћању мушкараца и жена, и то како у примарним тако и у секундарним изворима, те у одлукама Суда правде ЕУ.

Према члан 119 Уговора о оснивању Заједнице, једнако плаћање без дискриминације по основу пола подразумева: зараду за исти рад по учинку који се вреднује на основу истих мерних јединица; зараду која се вреднује истим временским мерним јединицама на истим пословима и радним местима. На овој линији донесена је Директива бр.75/117 (10. фебруара 1975) о приближавању законодавстава земаља чланица у погледу једнаког плаћања мушкараца и жена.²⁶ Најдиректнију потврду овог принципа Суд правде је дао у познатом случају *Defrene v Sabena (1976)*²⁷.

У нашем праву, о забрани дискриминације говори се у Уставу и законским актима. Устав Србије (чл.21.) предвиђа да су грађани једнаки у слободама, правима и дужностима и да имају једнаку заштиту пред државним и другим органима, без обзира на расу, пол, језик, веру, политичко или друго уверење, образовање, социјално порекло, имовно стање и друго лично својство.

²² Др Сенад Јашаревић, Заштита једнакости запослених у праву Европске уније, Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду, бр.3/2010, стр.263.

²³ Директива бр. 76/207 која говори о једнаком приступу запошљавању и условима рада, професионалном оспособљавању и напредовању; Директива бр.2000/78 о успостављању општег оквира за једнакост поступања у запошљавању и занимању (више о томе: Roger Blanpain, Michele Colucci, *European Labour and Social Security Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2002, стр. 17 и даље); Директива бр.2006/54/ЕЗ о принципима једнаких могућности и једнаком третману мушкараца и жена у области запослења и занимања.

²⁴ Повеља о основним правима ЕУ говори о једнакости између мушкараца и жена у области запошљавања, у области рада и услова рада, те у области награђивања (члан 23). Види: Andrew Charlesworth and Holly Cullen, *European Community Law*, Pitman Publishing, Лондон, 2001, стр. 360.

²⁵ Повеља о основним правима ЕУ изричито предвиђа заштиту од незаконитог отказа, где спада и отказ мотивисан разлозима везаним за пол, трудноћу и материнство.

²⁶ Roger Blanpain, Michele Colucci, *cit. delo*, стр.16.

²⁷ Сем потврде принципа недискриминације по основу пола, Суд правде је у случају *Defrenne* (стјуардеса која је тужила своју авиокомпанију (Sabena) за накнаду због ниже зараде коју је та компанија њој исплаћивала у односу на зараде које је исплаћивала мушкарцима), заузео и став о директном дејству одредбе чл.119. Уговора о оснивању ЕЕЗ, која говори о једнакости плаћања за исти рад без обзира на пол. Види више: John Bowers and Simon Honeyball, *Labour Law*, Blacstone Press Limited, London, 1998, стр.281. Steven D Anderman, *Labour Law*, Butterworths, Лондон, 1992, стр.208 и даље;

Закон о раду (члан 18) полази од принципа забране дискриминације као темељног принципа читавог система права, обавеза и одговорности у индивидуалном радном праву. На темељу недискриминације базирају: услови за запошљавање и избор кандидата за обављање одређеног посла; услови рада и сва права из радног односа; образовање, усавршавање и оспособљавање; напредовање на послу; и престанак радног односа. Овим Законом дефинисани су појмови: непосредна, посредна дискриминација и узнемиравање, укључујући и сексуално узнемиравање у сфери рада. Непосредна дискриминација јесте свако поступање узроковано неким од основа дискриминације који се сматрају недопуштеним (пол, језик, раса, вера, боја коже итд.), а којим се лице које тражи запослење, као и запослени, ставља у неповољнији положај у односу на друга лица у истој или сличној ситуацији. Посредна дискриминација постоји када одређена наизглед неутрална одредба, критеријум или пракса ставља или би ставила у неповољнији положај у односу на друга лица – лице које тражи запослење, као и запосленог, због одређеног својства, статуса, опредељења или уверења. Да не би дошло до дискриминације, такве, наизглед неутралне, одредбе, треба увек преиспитивати из угла циља који се њима жели постићи и природе посла за који се та одредба везује, тј. да ли је циљ легалан и легитиман и да ли је „спорна” одредба нужна и примерена циљу и природи посла.²⁸

Узнемиравање може бити опште и сексуално. Опште узнемиравање јесте свако нежељено понашање узроковано неким од недопуштених основа за дискриминацију, а које има за циљ или представља повреду достојанства лица које тражи запослење, као и запосленог, те које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење. Сексуално узнемиравање јесте свако вербално, невербално или физичко понашање које има за циљ или представља повреду достојанства лица које тражи запослење, као и запосленог у сфери полног живота, те које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење. Дефинишући појам узнемиравања (општег и сексуалног) Закон о раду се приближава појму злостављања на раду (мобинга), јер и за узнемиравање и за мобинг карактеристично је непријатељско, понижавајуће и увредљиво окружење. Према Закону о спречавању злостављања на раду, сексуално узнемиравање се третира као облик злостављања, у погледу механизма заштите.²⁹

²⁸ Др Предраг Јовановић, Дарко Божичић, Нормативни оквир заштите моралног интегритета, Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду, бр.4/2017, стр.1243. и даље.

²⁹ Закон о спречавању злостављања на раду, „Сл.гл.РС“, бр.36/2010, чл.3.

4. ПОЗИТИВНА ДИСКРИМИНАЦИЈА ПРИ ОСТВАРИВАЊУ И ЗАШТИТИ ПРАВА

4.1. Основни међународни и европски правни оквири

Позитивна дискриминација и забрана дискриминације су два начела која су узрочно-последично повезана („две стране исте медаље“). Дискриминација рађа потребу за позитивном дискриминацијом. Та узрочно-последична повезаност може се јасно сагледати и кроз преглед међународних и домаћих правних извора у којима се готово паралелно говори са једне стране о начелу забране дискриминације, које често није довољно да обезбеди оне друштвене вредности због којих постоји, и са друге стране о позитивној дискриминацији као корективу несврхисходне примене начела забране дискриминације. То је субјективни разлог постојања позитивне дискриминације. Међутим, потреба за позитивном дискриминацијом настаје и из објективних разлога који доводе нека лица у положај неједнаких шанси при остваривању одређених права, нарочито у сфери рада и остваривања социјално-економских права и слобода (слобода рада, право на рад и запошљавање, право на пристојне и достојанствене услове рада итд.). Ту се мисли, пре свега, на разлоге везане за понуду и тражњу на тржишту рада и капитала за појединим стручним профилима, што резултира појавом теже запошљивих лица, према којима се такође примењују мере позитивне дискриминације.

У садржинском смислу, позитивна дискриминација подразумева афирмативне мере, позитивне акције и поступке обезбеђивања једнакости и равноправности појединих група и појединаца, са остатком друштва, који су *de facto* и суштински у неповољном положају (положају неједнаких шанси), у односу на друге припаднике друштва, у погледу остваривања и заштите људских права и равноправног учешћа у укупном друштвеном животу.³⁰ Са тим у вези отвара се питање – зашто су одређене групе или појединци (етничке групе, инвалиди, жене) у неповољном положају? Не ретко срећемо се са одговором да су они у неповољном положају због „диспропорционалног ефекта или различитог утицаја права”,³¹ а овакав ефекат или утицај права је последица његове дискриминационе примене. Значи, дискриминациона примена права доводи људе до неповољног положаја, а тај положај узрокује потребу за позитивном дискриминацијом, тј. за посебним мерама којима

³⁰ У литератури могу се срести и мишљења да треба разликовати „позитивну дискриминацију“ од „позитивне акције.“ Код позитивне дискриминације може се узети и мање квалификовани кандидат да би се обезбедила одговарајућа заступљеност, а код позитивне акције, уз постојање одређених критеријума, узима се најбољи кандидат. Види: Gwyneth Pitt, *Employment Law*, Sweet – Maxwell, London, 1992, str.32.

³¹ Alan B. Morrison, editor, *Fundamentals of American Law*, New York University School of Law, 1998, стр.544.

се жели неповољни положај ових људи поправити и довести на ниво једнакости и равноправности са другима. Када се тај ниво достигне, онда престаје потреба за даљом применом афирмативних мера (привремени карактер позитивне дискриминације). У супротном, даља примена афирмативних мера, довела би до нове дискриминације, тј. до дискриминације већине у односу на мањину која користи те мере. У том смислу, опоненти позитивне дискриминације сматрају да је она друштвено „опаснија“ од обичне или класичне дискриминације.

Међутим, у сфери запошљавања и рада позитивна дискриминација често има посебна обелајја која је чине специфичном, те се њен привремени карактер губи. На пример, када је реч о инвалидима и старијим радницима као корисницима афирмативних мера. Јер, инвалиди су лица код којих постоје трајне промене у здравственом стању, а које резултирају смањивањем њихових радних способности (или потпуним губитком тих способности), те се не може очекивати да се њихово здравствено стање поправи и да тако нестане потреба за мерама позитивне дискриминације. Или, кад су питању старији радници, као корисници посебних мера, не може се очекивати да поново постану млади.

Такође, начело позитивне дискриминације је прожето и начелом узајамности, солидарности и хуманизације, и обрнуто. Солидарност је одредница која је чврсто везана за позитивну дискриминацију. Позитивна дискриминација је, заправо, израз солидарности већине према мањини или појединцима који су у неповољном положају. Већина је солидарна, тј. пристаје на извесно редуцирање својих слобода и права посебним мерама, како би се тим мерама увећале шансе за остваривање истих слобода и права другим лицима. Тиме се обезбеђује социјална кохезија, манифестује спремност да се помогне и пружи подршка другима који су у невољи. Солидарност, као својство мера позитивне дискриминације, открива и друга својства ових мера: моралност, хуманост, узајамност и разумевање.

Треба указати и на разлику између позитивне дискриминације у области запошљавања и рада и других мера када се, у овој области, такође прави разлика и даје првенство одређеним лицима управо собзиром на основу неких њихових личних свосјтава (пол, године живота), уколико природа посла то захтева и уколико је сврха која се тиме жели постићи оправдана. Разлика је у томе што ове друге мере, у односу на позитивну дискриминацију, имају различите узроке (одсуство дискриминације) и циљеве (не теже успостављању једнакости и равноправности, већ посебној заштити поједних категорија радника), те и карактеристичне особине (увек су објективно условљени природом и потребама посла; одликује их трајност), али и те случајеве, и њима саобразне мере, прописи мармирају као недискриминацију. На пример, прављење разлике по основу стручних знања и радних способности;

по основу трудноће – када је у питању посао на коме је забрањен рад трудницама због штетног дејства услова рада на трудноћу; по основу здравственог стања – када је у питању посао летачког особља; старости – када је у питању рад на појединим пословима (ватрогасне службе, полиција итд).

Међународна организација рада (МОР) посветила је, такође, одговарајућу пажњу питању мера афирмативне акције и кроз своју научно-истраживачку делатност³² и кроз нормативну делатност, обезбедивши тако полазну стручну и нормативну платформу за дефинисање националних политика и израду закона по овом питању. Основни став МОР- је да забрана дискриминације није довољна гаранција да обезбеди једнакост и равноправност грађана пред законом. *De facto* заиста постоји неједнакост, неравноправност, неправичност укореењена у вишедценијској прошлости, а коју треба превазићи у деценијама које следе. За исправку негативности потребно је онолико времена колико је било потребно да до њих дође. Стандардна циљна група афирмативних мера су жене, мањине (језичке, етничке, религијске), особе са инвалидитетом.

Према Конвенцији бр.111 о забрани дискриминације у области запошљавања и занимања (чл.4. и 5.), не сматра се дискриминацијом разликовање, искључење или давање предности по основу тражених квалификација и способности за неко одређено запослење. Такође, не сматрају се дискриминацијом ни посебне мере које су намењене да се води рачуна о посебним потребама одређених група лица, сврстаних по полу, годинама, инвалидности, породичним обавезама. При утврђивању ових посебних мера сугерише се сарадња државе са социјалним партнерима (радничким и послодавачким струковним – синдикалним организацијама), пошто је и сама МОР, у организационом и функционалном смислу, базирана на принципу трипартизма (тројног партнерства власти, послодаваца и радника у представљању држава чланица). Такође, Конвенција дозвољава и примену мера, које неће бити сматране дискриминацијом, према лицима чија се активност сматра штетном по опште и легитимне интересе државе, као и према лицима којима је потребна одговарајућа заштита и помоћ (лица у стању социјалне потребе и друга).

У европском праву, позитивна дискриминација је првенствено била усмерена у правцу остваривања суштинске једнакости жена и мушкараца, а затим и других тзв. слабијих категорија радника (инвалиди, деца и старији радници), те појединих друштвених група (етничке, религијске и друге). Основна правна платформа за позитивну дискриминацију дата је у примарним документима ЕУ. Најјачу подршку пружа Амстердамски уговор из 1997.

³² На пример: J. Hodges – Aeberhard, C. Raskin, Affirmative action in employment of ethnic minorities and persons with disabilities, Geneva, 1994.

године, који представља завршну консолидацију оквира социјалне политике ЕУ инсистирајући на одређеним приоритетима. Један од приоритета јесте сузбијање свих облика дискриминације и неутралисање њихових последица уз коришћење мера позитивне дискриминације у сфери занимања и запошљавања.³³ Затим, у чл.23. Повеље о основним правима ЕУ, односно у Лисабонском уговору, чији је део постала ова Повеља (чл. 6. Лисабонског уговора).³⁴ Овим документима шири се круг лица која могу бити обухваћена мерама позитивне дискриминације. Поред пола, као критеријум за примену мера узимају се инвалидност, узраст, а затим – раса, етничко порекло, религија, сексуална оријентација. У Лисабонском уговору се наводи да ће се Унија залагати за високо-компетативно социјално-економско тржиште, тежећи, између осталог, спречавању социјалне искључивости и дискриминације и афирмацији социјалне правде, равноправности између жена и мушкараца, солидарности између генерација и заштити права детета.

Прецизније речено, у духу наведених докумената ЕУ, позитивна дискриминација може се вршити по различитим основима: животно доба, пол, етничка односно мањинска припадност, верска опредељеност и убеђења, инвалидност итд.

Животно доба, тј. млађа лица која траже прво запослење или старија лица од 50 година могу имати одређене приоритете с циљем да им се олакша приступ запошљавању.³⁵

Пол може бити основ позитивне дискриминације ако је код одређеног пола присутна мања заступљеност у одређеним делатностима (мања запосленост жена у односу на мушкарце у неким професијама).³⁶ Овај аспект заштите жена је, поред осталих,³⁷ и раније постојао. Посебно се издваја Директива бр.76/207 о једнаком третману мушкараца и жена у приступу запошљању, професионалном оспособљавању и напредовању (чл.2. став 4.), а по којој не представља дискриминацију примена позитивних мера којима се унапређују једнаке могућности за мушкарце и жене.³⁸ Поменуће одредбе

³³ Roger Blanpain, *European Labour Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2000, стр.303.

³⁴ Лисабонски уговор (ОЈ ЕУ, С 306, од 17.12.2007.) садржи низ одредаба и мера у Глави Х у којој се говори о социјалној политици, а којима се жели обезбедити интеграција особа које су искључене с тржишта рада, једнакост мушкараца и жена с обзиром на могућности на тржишту рада и поступања према њима на радном месту, сузбијању социјалне искључености итд.

³⁵ Директива 2000/78 о једнакости шанси у запошљавања и занимању (члан 6).

³⁶ Према члану 23 Повеље о основним правима ЕУ.

³⁷ Остали аспекти заштите жена су старији и везују се за улогу жене у билошкој репродукцији становништва (грудноћа, рађање, материнство). Види: Paul Davies and Mark Freedland, *Labour Law*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1979, стр.287.

³⁸ Више о томе: Roger Blanpain, цит дело, стр.303.

Директиве тумачио је и Европски суд правде 1995. године, у случају *Kalanke and Freie Hansestadt Bremen (City of Bremen)*.³⁹ Закључак Суда је да свака апсолутна и безусловна предност која се даје женама у односу на мушкарце у погледу запослења, одудара од одредбе чл.2. став 4. поменуте Директиве. Наиме, потребни су одређени релевантни критеријуми, који се могу уредити националним законодавством, уз уважавање којих се могу применити мере позитивне дискриминације.⁴⁰ Касније, позитивна дискриминација налази своје упориште и у Директиви бр.2000/78 о једнакости шанси у запошљавању и занимању (чл.6.),⁴¹ као и у Директиви бр.2006/54/ЕЗ о принципима једнаких могућности и једнаком третману мушкараца и жена у области запослења и рада.⁴²

Етничка односно мањинска припадност, као основ позитивне дискриминације, обично се користи код припадника одређених етничких или мањинских група код којих су наглашенији одређени социјално-економски проблеми (нпр. проблем незапослености).⁴³

Верска опредељеност и убеђења могу бити основ позитивне дискриминације на два начина. Први начин је доминантан и користи се при запошљавању у верским организацијама и установама (цркве), ради обезбеђивања одговарајуће лојалности према послу који ће се вршити. Други начин је изузетан и резултат је одговарајућих тумачења у европској судској пракси. Као пример наводи се случај *Thlimmenos v Grčka* (одлука Европског суда за људска права из 2000. године).⁴⁴

Инвалидност такође може бити легитимни основ за позитивну дискриминацију, утемељен на Директиви 2000/78 о успостављању општег оквира за једнакост поступања у запошљавању и занимању. Директива садржи општи оквир за позитивну дискриминацију инвалида и за обавезе послодавца у прилагођавању радних места за рад лица са инвалидетом, а земље чланице могу предвидети већи степен заштите тих лица. У многим земљама, као и у нашој, донесени су одговарајући прописи о спречавању дискриминације

³⁹ Case C-450/93. Више о овом случају у Roger Blanpain, цит. дело, стр.532.

⁴⁰ На пример, у случају *Kalanke* суд у Бремену је погрешно што је дао безусловну – аутоматску предност жени, у односу на мушкарца који је једнако испуњавао услове запослења, иако је постојала национална законска одредба по којој предност жена има у оним делатностима где су жене заступљене мање од 50%. Очито, у конкретном случају, није се радило о таквој делатности.

⁴¹ Више о томе: Roger Blanpain, Michele Colucci, цит. дело, стр.17 и даље.

⁴² OJ L 204, 26. 07. 2006, p.23-36.

⁴³ Коришћење одређених мера, средстава и приоритета при запошљавању избеглих и расељених лица, припадника етничких мањина итд. Предраг Јовановић, Актуелни аспекти принципа заштите запосленог. *Зборник радова Правног факултета*, бр.3/2011, 147.

⁴⁴ Више о том случају у: Жил Дитертр, Изводи из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права, „Службени гласник“, Београд, 2006, стр.335. П. Јовановић, 2011, *op.cit.*, 147.

лица са инвалидитетом и о професионалној рехабилитацији и запошљавању ових лица. О томе у нашој земљи биће више речи у тексту који следи.

Савет Европе, такође, поклања велику пажњу питању једнакости између жена и мушкараца и питању позитивне дискриминације у корист жена. Концептуални оквир и методологија постизања ове једнакости подразумева три врсте инструмената: 1) аналитички; 2) образовни; и 3) консултативни и партиципативни.⁴⁵ Аналитички инструменти су везани за статистике у вези полне припадности и заступљености у појединим сферама живота и рада, прегледи, прогнозе, финансијске анализе итд. Образовни инструменти се односе на подизање свести са циљем да људи постану „осетљиви” на питање пола и преношења знања са тим у вези различитим едукативним материјалима и поступцима. Консултативне и партиципативне технике, између осталог, подразумевају и „посебне мере које осигуравају учешће жена у телима која доносе одлуке”.⁴⁶ У документу под називом Декларација о једнакости између жена и мушкараца као фундаменталном критеријуму демократије (Истанбул 1997.),⁴⁷ наводи се да стварне демократије нема без равноправности мушкараца и жена и избалансиране заступљености полова, јер то води ка дубљем разумевању правде и универзалних људских права.

4.2. Основни домаћи правни оквири

Устав Србије⁴⁸ уводи као новину позитивне дискриминације, у садржинском смислу како је овде приказано. То се чини кроз одредбу чл. 21 став 4. у којој се говори о томе да се не сматрају дискриминацијом посебне мере које Република Србија може увести ради постизања пуне равноправности лица или групе лица која су суштински у неједнаком положају са осталим грађанима. Поред ове опште одредбе, Устав садржи и посебне одредбе о забрани полне дискриминације (мушкараца и жена – чл.15.) и о забрани дискриминације по основу припадности националној мањини (чл.76.став 2.), уз изричито указивање на посебне мере афирмативне акције код националних мањина и уз подразумевано њихово постојање код равноправности полова. Наиме, када је у питању равноправност полова, према Уставу (чл.15.), држава јемчи равноправност жена и мушкараца и развија политику једнаких могућности. Притом, свакако, политика једнаких могућности подразумева и мере афирмативне акције, које би требало да отклоне фактичку неједнакост између жена и мушкараца при остваривању људских права, а собзиром и на то да је

⁴⁵ Зборник докумената и текстова Савета Европе о једнакости међу половима, Завршни извештај о активностима Групе специјалиста за увођење тренда једнакости међу половима, Council of Europe, Strasbur, фебруар 1999, стр.11.

⁴⁶ Ibidem, str.12.

⁴⁷ Ibidem, str.18.

⁴⁸ Устав Републике Србије, „Сл.гл.РС“, бр.98/2006.

Република Србија заснована на владавини права и социјалној правди (чл. 1. Устава). Владавина права и социјална правда управо захтевају отклањање неједнакости међу грађанима у остваривању њихових права, чему служе и мере позитивне дискриминације.

У нашем праву, позитивну дискриминацију и посебне мере заштите појединих категорија лица и запослених предвиђају и законски акти (системски и посебни). Закон о раду,⁴⁹ као системски акт који целовито регулише систем радних односа, не предвиђа експлиците позитивну дискриминацију, у смислу њеног, овде приказаног, садржинског одређења, али у поглављу где се говори о основним правима и обавезама (чл.22.), допушта посебне мере којима се жели обезбедити заштита и помоћ одређеним категоријама запослених, а посебно особама са инвалидитетом, женама за време трудноће и породилског одсуства и одсуства са рада због неге детета и другим радницима. У чл. 12. ст. 1. помиње и старост као основ обезбеђивања одређених мера заштите, мада за тај основ више нигде у свом тексту не везује посебне мере заштите.⁵⁰

Позитивном дискриминацијом у области запошљавања и рада баве се посебни закони. Издвајамо, прво, Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености.⁵¹ Међу основним начелима (од укупно шест), на којима базира овај Закон, налази се и начело позитивне дискриминације (афирмативне акције) усмерено према теже запошљивим незапосленим лицима. У теже запошљива лица спадају незапослени који због здравственог стања, недовољног или неодговарајућег образовања, година живота, социодемографских карактеристика, регионалне или професионалне неусклађености понуде и тражње на тржишту рада, или других објективних околности теже налазе посао. Дакле, у ову категорију лица улазе не само лица која се због својих личних својстава и карактеристика налазе у неповољном положају при запошљавању (године живота, здравствено стање, недовољно образовање), већ и лица која су у таквом положају из објективних разлога (социодемографске карактеристике, неусклађености понуде и тражње на тржишту рада). Такође, мере афирмативне акције могу се препознати и у оквиру мера активне политике запошљавања (чл.43. Закона – професионална оријентација, субвенције за запошљавање⁵² и подршка samozapošljavanju, као и додатно образовање и обука, а код којих предност могу имати теже запошљива лица).

⁴⁹ Закон о раду, „Сл.гл.РС“, бр.24/2005;61/2005;54/2009;32/2013;75/2014;13/2017.- одлука УС.

⁵⁰ Ово под условом да старост не схватимо као узраст, већ као каснију животну доб. Узраст која се везује за млађу животну доб (нарочито малолетници) свакако узима се као основ посебне заштите.

⁵¹ Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености, „Сл.гл.РС“, бр.36/2009; 88/2010;38/2015.

⁵² На пример, Уредбом о подстицању запошљавања („Сл.гл.РС“,бр.32/011; 34/011.) прецизирају се мере субвенционисаног запошљавања. Рецимо, послодавац из приватног сектора који запосли на неодређено време, односно одређено време, лице млађе од 30 година или

Инвалиди традиционално јесу корисници мера позитивне дискриминације, јер због умањених радних способности они имају умањене (неједнаке) шансе при остваривању права у вези са запошљавањем и радом. Са тим у вези, важани закони су Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом,⁵³ Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом,⁵⁴ и Закон о радном оспособљавању и запошљавању инвалида.⁵⁵

У светлу наше теме, најпре издвајамо Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом. Међу осталим одредбама које говоре о лицима обухваћеним забраном дискриминације и о радњама које се сматрају дискриминацијом, налазе се и одредбе које говоре о посебним мерама које се не сматрају дискриминацијом по основу инвалидности. У чл.8. Закона наводи се да не представљају дискриминацију посебне мере које имају за циљ да побољшају положај особа са инвалидитетом, чланова њихових породица и њихових удружења, до нивоа када могу да користе своја права под истим условима као и остали грађани. Ове одредбе могу бити релевантне и са аспекта посебне заштите појединих категорија лица (жена, старијих, припадника националне мањине). На пример, када је у питању дискриминисана жена, као припадница националне мањине и као особа са инвалидитетом (проблем вишеструке дискриминације).⁵⁶ У сфери рада не сматра се дискриминацијом давање првенства при запошљавању, у складу са прописима који говоре о запошљавању особа са инвалидитетом и предузимање других подстицајних мера у току трајања запослења.⁵⁷ Друге подстицајне мере (читај – афирмативне мере – позитивна дискриминација) у току трајања запослења (трајања радног односа) треба уредити прописима који регулишу радне односе – Законом о раду, и то у складу са међународним стандардима,

старије од 45 година, које најмање 6 месеци пре тога није било у радном односу, може под условима и начин предвиђен Уредбом, да оствари право на субвенционисање укупног износа обрачунаог пореза на зараде и укупног доприноса за пензијско и инвалидско осигурање.

⁵³ Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, „Сл.гл.РС“, бр.33/2006;13/2016.

⁵⁴ Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом, „Сл.гл.РС“, бр.36/2009; 32/2013.

⁵⁵ Закон о радном оспособљавању и запошљавању инвалида, „Сл.гл.РС“, бр.25/1996; 101/2005. Овим Законом регулисана су питања везана искључиво за радно оспособљавање инвалида и лица ометених у развоју, у оквиру предузећа за радно оспособљавање и запошљавање инвалида, након чега инвалид добија уверење о завршеном оспособљавању са навођењем послова које може да обавља у зависности од психофизичких способности. У том смислу и овај Закон можемо третирати као акт којим се уређују мере посебне заштите особа са инвалидитетом, јер се оспособљавају на посебан на чин за запошљавање и рад.

⁵⁶ Вишеструка или укрштена дискриминација (новина у нашим прописима), као дискриминација по основу два или више личних својстава, у Закону о забрани дискриминације из 2009. године (чл.13.) третира се као тешки облик дискриминације.

⁵⁷ Види Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом; Закон о раду, чл.101, 102.

посебно у складу са Препоруком бр.99 о стручном оспособљавању и преоспособљавању инвалида,⁵⁸ Конвенцијом бр.159 о професионалној рехабилитацији и запошљавању инвалида⁵⁹ и Конвенцијом о правима особа са инвалидитетом.⁶⁰ Ова последња Конвенција, као посебну меру заштите инвалида предвиђа и „разумна прилагођавања“, односно модификовања и усклађивања процеса рада, могућностима инвалида, што важећи Закон о раду нема у виду.

Према Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом, позитивна дискриминација особа са инвалидитетом огледа се нарочито у правима које те особе имају и, наспрам тога, обавезанма које послодавци имају. Најважнија права су усмерена у правцу професионалне рехабилитације и подстицања њиховог запошљавања под општим и посебним условима, те остваривања мера активне политике запошљавања. Реципрочно овим правима особа са инвалидитетом, утврђене су одговарајуће обавезе послодаваца и служби за запошљавање. Обавези запошљавања подлеже сваки послодавац који има најмање 20 запослених, тј. који има од 20 до 40 дужан је да запосли једну особу са инвалидитетом, а онај који има 50 и више запослених дужан је да запосли најмање две особе са инвалидитетом, и на сваких наредних започетих 50 запослених још по једну особу са инвалидитетом (чл.24.).⁶¹ Мере активне политике запошљавања спроводе службе за запошљавање, о чему је већ било речи у смислу Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености.

Следећи сегмент нашег правног оквира позитивне дискриминације у области рада представља Закон о забрани дискриминације.⁶² У Закону се полази од начела једнакости (чл.4.), нормирајући да су сви једнаки и уживају једнак положај и једнаку правну заштиту, без обзира на лична својства, те да је свако дужан да поштује начело једнакости, односно забрану дискриминације. Дакле, *ојцијосиј* забране дискриминације базира на томе да *сви* уживају једнак положај и једнаку правну заштиту и на томе да је *свако* дужан да то поштује. Са друге стране, Закон о забрани дискриминације дозвољава дискриминацију кроз *јосебне мере* (чл.14.), којима одступа од принципа *ојцијосе забране дискриминације* тј. формалне једнакости свих из чл.4, јер поједина лица, или групе лица, доводи у привилегован положај у односу на

⁵⁸ „Сл.л.ФНРЈ“, бр.5/1985.

⁵⁹ „Сл.л.СФРЈ“, бр.3/1987.

⁶⁰ „Сл.гл.РС“, бр.42/2009.

⁶¹ Послодавац који не изврши ову дужност запошљавања, плаћа пенале у висини тро-струког износа минималне зараде, за сваку особу са инвалидитетом коју није запослио. Наплаћена средства сливају се у посебни буџетски фонд одакле се финансира остваривање поменутих права особа са инвалидитетом.

⁶² Закон о забрани дискриминације, „Сл.гл.РС“, бр.22/2009.

остале грађане. Да би се овај сукоб *йосебних мера* са принципом *ойцййе забране дискриминације* неутралисао, Закон изричито наводи да се не сматрају дискриминацијом посебне мере. Притом, посредно су предвиђени и услови под којима посебне мере могу бити легитимне и легалне, дакле недискриминаторске. Ти услови су везани за разлоге због којих се мере уводе и за циљеве које треба остварити њиховом применом. Разлози леже у *de facto* неједнаком положају одређених лица или група лица, у односу на друге, а циљеви су постизање пуне равноправности тих лица са осталима, њихове заштите и напретка. У том смислу, прво, неће се сматрати дуискриминацијом прављење разлике, искључивање или давање првенства због особености одређеног посла код кога лично својство лица представља стварни и одлучујући услов обављања посла, ако је сврха која се тиме жели постићи оправдана. Друго, не представља дискриминацију и предузимање посебних мера заштите према појединим категоријама радника (жене, труднице, породиље, родитељи, малолетници, особе са инвалидитетом и други). Треба подвући чињеницу да овај Закон говори о забрани дискриминације и позитивној дискриминацији у области рада, а не само у области радних односа. Према томе, субјекти заштите нису само запослени (лица у радном односу), већ и лица која раде и живе од свог рада ван радног односа (лица у допунском раду, раду на привременим и повременим пословима, раду по уговору о делу, лица која обављају јавну функцију, раде у војсци итд.).

На крају, као важан сегмент домаћег правног оквира забране дискриминације и позитивне дискриминације, издвајамо још и Закон о равноправности полова.⁶³ И за питање равноправности полова традиционално се везује проблем дискриминације и потреба за позитивном дискриминацијом. Под *йосебним мерама* подразумевају се мере привременог карактера усмерене на укидање неједнакости и убрзавање и постизање пуне равноправности полова у пракси, а посебно у области запошљавања и рада. Нека истраживања код нас показују да је родна неравноправност на тржишту рада изражена, те да је потребно користити посебне мере за подстицање запошљавања и самозапошљавања жена (посебно жена са села, Ромкиња, самохраних мајки...), све до њихове пропорционалне заступљености у тој области, аналогно заступљености у укупној популацији друштва.⁶⁴

⁶³ Закон о равноправности полова, „Сл.гл.РС“, бр.104/2009. Наравно, постоје и други прописи који, у ширем приступу нашој теми, могу се имати у виду: прописи из области права социјалног осигурања – Закон о здравственом осигурању, Закон о пензијском и инвалидском осигурању; прописи из области социјалне заштите – Закон о социјалној заштити; прописи из области образовања – закони који говоре о основама система образовања, средњем и високом образовању, јер у свим овим областима могућа је дискриминација, а самим тим и потреба за позитивном дискриминацијом.

⁶⁴ Божо Милошевић, Марица Шљукић, Тијана Вучевић, *Жене у загрљају дискриминације*, Нови Сад, 2011, стр.183.

У смислу реченог, послодавац је дужан да приликом запошљавања и запосленима, без обзира на пол, обезбеди једнаке могућности и третман, а у вези са остваривањем права на рад и права из радног односа и по основу рада. Прецизније речено (сходно чл.15.), приликом јавног оглашавања послова и услова за њихово обављање и одлучивања о избору лица која траже запослење ради заснивања радног односа или другог вида радног ангажовања, није дозвољено прављење разлике по полу, осим ако постоје оправдани разлози утврђени у складу са законом којим се уређује рад. Такође, сходно чл.16. – 21., припадност полу не може бити сметња напредовања на послу или разлог за престанак радног односа, или да се запослени прогласи вишком запослених итд. Са друге стране (чл.11. став 2.), не сматрају се дискриминацијом или повредом принципа једнаких могућности: 1) посебне мере за повећање запослености и могућности запошљавања мање запосленог пола; 2) посебне мере за повећање учешћа мање запосленог пола у стручном оспособљавању и обезбеђивању једнаких могућности за напредовање; 3) друге посебне мере, утврђене у складу са законом. Последиčno, одавде произилазе одређене обавезе послодавца. Послодавац је дужан: 1) да води евиденцију о полној структури запослених, у складу са законом којим се уређују евиденције у области рада; и 2) да усвоји план мера за отклањање и ублажавање неравномерне заступљености полова за сваку календарску годину, уколико запошљава више од 50 запослених на неодређено време.

5. ЗАКЉУЧАК

Начело једнакости у радном праву тј. у области запошљавања и рада, значи једнакост шанси у остваривању социјално-економских права у тој области и равноправност у коришћењу и заштити тих права. Ово начело подразумева три сегмента: а) једнакост и равноправност при остваривању права; б) забрану дискриминације при остваривању права; и в) позитивну дискриминацију при остваривању и заштити права. Једино кроз комплементарност и циљну обједињеност ових сегмената, начело једнакости се може остварити. Са друге стране, и сами наведени сегменти начела једнакости међусобно се подупиру. Тако, једнакост и равноправност при остваривању појединих права бива обезбеђен забраном дискриминације, а забрана дискриминације бива обезбеђена, односно допуњена позитивном дискриминацијом.

Наведена комплементарност сегмената начела једнакости, јасно се могла у овом раду препознати и кроз преглед међународних, европских и домаћих правних докумената, приказаних овде, а у којима се, по правилу, паралелно и истовремено говори о једнакости, забрани дискриминације и позитивној дискриминацији. То потврђује да наведени сегменти носе исте

правне поруке и теже истом циљу, а то је обезбедити примену начела једнакости.

Из склопа међународних извора приказани су најважнији документи ОУН, МОР-а, СЕ и ЕУ. Из склопа домаћих извора приказани су, поред Устава, најважнији закони који посебно тангирају питање позитивне дискриминације у области рада, мада постоје и други прописи који се, у ширем контексту, могу довести у везу са позитивном дискриминацијом, али не у сфери запошљавања и рада већ у другим сферама (социјална заштита, образовање, грађанска и политичка права итд.).

*Predrag P. Jovanović, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
P.Jovanovic@pf.uns.ac.rs*

The Principle of Equality in Labour Law

Abstract: *The principle of equality in labour law, i.e. in the field of employment and work, means the equality of chances in achieving socio-economic rights in that field and equal opportunities in title and protection of such rights. This principle has three aspects (elements): firstly, the equality of chances in achieving socio-economic rights and equalities when getting title and protecting those rights, as the main and affirmative substratum of this principle; secondly, the prohibition on discrimination when achieving and protecting socio-economic rights, as the protective element of equality and equal opportunities; thirdly, positive discrimination when getting title to and protecting socio-economic rights, as a legitimate addition to the prohibition on discrimination. The principle of equality can be purposeful only by parallely exposing all of the named aspects. In other words, the equality aspect of chances and equal opportunities when getting title to certain rights is provided by prohibiting discrimination, and the prohibition on discrimination is provided and accompanied by positive discrimination. Due to its significance, the principle of equality is encompassed in many legal documents (international, European and domestic), and in the light of which this principle is shown in the three named aspects (elements).*

Keywords: *equality, equal opportunities, socio-economic rights, employment, work, discrimination, prohibition on discrimination, positive discrimination.*

Датум пријема рада: 21.05.2018.