

**Др Предраг Јовановић,\***

Редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

UDK: 342.7:331

## **ПОЗИТИВНА ДИСКРИМИНАЦИЈА (СА ОСВРТОМ НА ОБЛАСТ РАДА)\***

**Апстракт:** У раду се жели приказати значај позитивне дискриминације у остваривању и заштити људских, те и социјално-економских права, а посебно у сфери рада. У том смислу, полази се од сврсисходне комплементарности и неодвојивости принципа позитивне дискриминације и принципа забране дискриминације. Комплементарност се објашњава на два начина: прво, ставом да и један и други принцип теже истом циљу – обезбедити једнакост и равноправност људи у остваривању и заштити њихових људских и социјално-економских права; друго, чињеницом њихове узрочно-последичне повезаности по основу које се позитивна дискриминација јавља као легитимни коректив и допуна принципа забране дискриминације. Као правни оквир анализе у овом раду издвојени су најважнији домаћи правни извори, уз примену нормативно-догматског метода.

**Кључне речи:** позитивна дискриминација, једнакост на раду, солидарност, особе са инвалидитетом, дискриминација по основу пола.

---

\* e-mail: [pjovanovic2@gmail.com](mailto:pjovanovic2@gmail.com)

Рад је део истраживања у оквиру пројекта „Биомедицина, заштита животне средине и право“, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

Рад примљен: 15.06.2018.

Рад прихваћен: 25.07.2018.

## **1. Уводне напомене**

Циљ рада је, пре свега, да се прикаже улога и значај позитивне дискриминације у остваривању и заштити људских права, а посебно у остваривању и заштити социјално-економских права у сфери рада. У том смислу, полазимо од сврсисходне комплементарности и неодвојивости принципа позитивне дискриминације и принципа забране дискриминације. Ову комплементарност базирамо на ставу да и један и други принцип теже истом циљу, а то је да се обезбеди и одржи једнакост и равноправност људи у остваривању и заштити њихових људских, те и социјално-економских права. Сем тога, однос комплементарности принципа забране дискриминације и позитивне дискриминације објашњавамо и чињеницом њихове узрочно-последичне повезаности, при чему се позитивна дискриминација јавља као последица могуће несврсисходности принципа забране дискриминације. Несврсисходност или кршење принципа забране дискриминације су субјективни разлози који рађају потребу за позитивном дискриминацијом. Дакле, позитивна дискриминација се јавља као коректив и допуна принципа забране дискриминације.

На пример, потреба за позитивном дискриминацијом осећа се код жена, млађих или старијих особа, припадника појединих етничких заједница итд., али то што јесу ова лица по својој природи и та њихова лична својства не рађају, сама по себи, потребу за позитивном дискриминацијом, уколико се доследно поштује принцип забране дискриминације према тим особама. Међутим, постоје и објективни разлози који сами по себи (без претходне дискриминације) рађају потребу за позитивном дискриминацијом. На пример, то су разлози везани за објективне законитости понуде и тражње (за појединим стручним профилима) на тржишу рада и капитала, које резултирају појавом теже запошљивих лица, а према којима такође се примењују одређене афирмативне мере (позитивна дискриминација) у запошљавању.

Треба указати и на разлику између позитивне дискриминације и других мера када се у области рада, такође, прави разлика и даје првенство одређеним лицима (тзв. слабијим категоријама радника) управо собзиром на основу неких њихових личних својстава (пол, године живота), када природа посла то захтева и када је сврха која се жели постићи оправдана. Ту се не ради о позитивној дискриминацији, већ о посебној заштити тих лица (и по мерама заштите и по сврси тих мера).

У духу наведених циљева и потврђивања изложених ставова издвојићемо најважније домаће правне изворе и размотрити их уз

примену нормативно-догматског метода, са посебним освртом на област рада.

Такође сматрамо да потребе јаснијег разумевања наведених ставова и циљева, налажу и један краћи приказ појма позитивне дискриминације и његових конститутивних и релативних одредница. Са тим приказом ћемо започети садржинско излагање овог рада.

## **2. Опште (конститутивне) и релативне (могуће) одреднице позитивне дискриминације**

У појмовном смислу позитивну дискриминацију карактерише неколико општих (конститутивних) и релативних (могућих) одредница. У опште одреднице спадају оне карактеристике које конституишу природу и правдају сврху постојања позитивне дискриминације, без којих ова дискриминација не би била допуштена и прихватљива (праведност, солидарност, етичност, једнакост и равноправност грађана пред законом). У релативне одреднице спадају оне карактеристике које нису конститутивне или обавезне (већ могуће), те без којих позитивна дискриминација може легитимно постојати (привременост, трајност посебних мера). Наведене одреднице и карактеристике посебних мера зависе од природе разлога због којих се оне уводе (привремени разлози воде привременим мерама; разлози трајне природе воде трајним посебним мерама).

У вези са питањем позитивне дискриминације постоји пуно контроверзи. Томе доприноси неколико разлога. Најпре, постоји мноштво различитих термина. У честој употреби у правним текстовима су: «афирмативна акција»; «посебне мере»; «преференцијални третман»; «обрнута дискриминација», «дискриминација обрнутог смера», «управљање разликама на радном месту», «позитивна дискриминација»; итд. У овом раду ми ћемо користити израз „позитивна дискриминација“ који је у литератури дуго у употреби, мада у последње време све чешће се користе изрази „посебне мере“ и „афирмативна акција“, нарочито у правним изворима. Затим, што је важније од наведеног термилошког шаренила, постоје и одређена неслагања око кључних (појмовних) карактеристичних одредница позитивне дискриминације, као и око самог значења тих одредница.

У појмовном смислу, сви горе наведени термини покривају, доминантно, исти садржај: ради се о мерама и поступцима 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. 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»,<sup>1</sup> 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 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).

Другим речима, ради се о томе да једна (претходна) дискриминација, која дискриминише мањину у односу на већину, рађа другу (потоњу) дискриминацију, која дискриминише већину у односу на мањину. Зато се позитивна дискриминација назива још и «обрнута дискриминација» или «дискриминација обрнутог смера». Имајући ово у виду, неолиберална схватања државе, права, тржишта рада и капитала оспоравају позитивну дискриминацију и сматрају да је она неадекватно средство државног интервенционизма у социјално-политичке и економске сфере друштва. Притом, позитивна дискриминација требало би бити средство заштите од дискриминације – *pro futuro*, а истовремено и накнада за претходно претрпљену дискриминацију.<sup>2</sup> Наводи се да није поштено да претходне неправде (дискриминације) утичу на животне шансе оних који припадају дискриминисаним групама. Издваја се једна аналогија, коју је употребио Мартин Лутер Кинг, говорећи о положају обојеног становништва као о положају «тркача коме су у једном делу трке биле оковане ноге, а касније ослобођене да настави трку под једнаким условима».<sup>3</sup>

Одштетна улога позитивне дискриминације се оспорава, јер позитивна дискриминација *ad personam* има слабо или никакво дејство и тако губи своју сврху. Користи немају они који су били дискриминисани, односно ни починиоци дискриминације ни корисници

---

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

2 Види: Stone, Seidman, Sunstein, Tushnet, *Constitutional Law*, Aspen Law and Business, New York, 2001, стр.266 и даље.

3 Колективна права и позитивна дискриминација, приређивач Миодраг А. Јовановић, Службени гласник, Београд, 2009, стр.35,

афирмативних мера, тј. нису исти они који су нанели или претрпели неправду.<sup>4</sup> Шта више, код неолибералних схватања, запажа се да је позитивна дискриминација негативнија од тзв. обичне или класичне дискриминације, јер се њоме афирмише мањина (групе и појединци), а дискримише већина. Сматра се да није у духу демократских принципа, с обзиром да се супротставља формалној једнакости (захтеву да се једнако поступа према свима, без изузетака). Сви захтеви и циљеви, који се желе постићи афирмативним мерама, најбоље се могу постићи унутар опште шеме демократског устројства друштва по начелима правде и посебно – дистрибутивне правде. Свако изузимање и повлашћивање некога је сувишно и неправедно.<sup>5</sup> Ипак, истиче се у литератури да се афирмативне мере или позитивна дискриминација могу историјски и идеолошки објаснити, тј. као реакција против старијег права које је одређеним групама становништва давало привилегије, а то је могуће историјски разумети према историјским околностима, као основ забране поновног увођења таквих привилегија.<sup>6</sup>

За позитивну дискриминацију везују се још и појмови: једнакост; равноправност; правда и неправда; непристрасност и часност; неповољност; солидарност, привременост. Може се приметити у литератури да се ови појмови углавном разликују, али понекад се и преплићу, изводе један из другог или поистовећују. Све то компликује приступ позитивној дискриминацији, њеној сврси и њеном појмовном разумевању.

Појам једнакости, у правном смислу, подразумева да су сви грађани једнаки «у очима закона», што уједно подразумева забрану дискриминације која би била заснована на «небитним» или «неправедним» разликама (раса, пол итд.). Међутим, у литератури, једнакост, као одредница мера позитивне дискриминације, узима се да би се објаснила оправданост и допуштеност тих мера. По А. Росу, једнакост је правда, а постулат правде подразумева захтев за једнакошћу.<sup>7</sup> Али, захтев за једнакошћу квалификован је позивањем на одређене критеријуме по

---

4 Ibidem, str.31.

5 В. Бару, Култура и једнакост, Jesenski Turk, Загреб, 2006, према: Колективна права и позитивна дискриминација, цит. дело, стр.30.

6 Четрнаести амандман на Устав САД, који говори о једнакој заштити свих пред законом, усвојен је 1868. године, после Грађанског рата, чиме се историјски циљало да се црнац стави у једнак положај као белац, Алф Рос, Право и правда, СИД, Подгорица, 1996, стр.322.

7 А. Рос каже: «Правда значи једнакост имуну на разлике. Тако се смрт понекад тумачи као једнака судбина која сналази све људе, не обазирјући се на световне разлике. Нека таква идеја лежи иза средњовековних слика СМРТИ, која плеше са сваком врстом људи, са царем и папом, са грађанином и просјаком», цит. дело, стр.302.

којима само једнаке можемо третирати једнако, а неједнаке – неједнако. У сфери запошљавања и радних односа 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. 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.<sup>8</sup> Овде је критеријум религија, а не грађанство.

Допуштеност и оправданост мера позитивне дискриминације, поред позивања на једнакост, везује се и за следеће комплементарне захтеве. *Прво*, те мере треба да имају као једини и конкретни циљ уклањање или спречавање дискриминације одређених група или појединица, или уклањање недостатака у њиховом положају који проистичу из постојећих ставова и понашања (читај – праксе, прим. аутора).<sup>9</sup> *Друго*, треба да се разликују од осталих мера социјалне политике и законодавства које се примењују да би се поједине категорије лица штитиле због њиховог објективног и другачијег положаја у друштву у односу на друге људе (жене – због њихове психофизичке конституције и посебне улоге у биолошкој репродукцији становништва; инвалиди - због трајних промена у здравственом стању; омладина, нарочито малолетници, - због њихове недовољне психофизичке зрелости). *Треће*, треба да имају, углавном, како је напред подвучено, привремени карактер (док се не остваре циљеви због којих су уведене), за разлику од осталих мера социјалне политике и законодавства – које имају трајни карактер.<sup>10</sup> Зато се и зову *посебне мере* – јер треба да остваре посебан и специфичан циљ (уведе се ради постизања пуне равноправности), а након тога (када се постигне оно што се желело) не могу и даље одржавати различитост у правима у

---

8 Колективна права и позитивна дискриминација, цит. дело, стр.91.

9 Roger Blanpain, Michele Colucci, *European Labour and Social Security Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2002, стр.15 и даље.

10 Истина, у Уставу Србије и у већини закона из ове области не говори се изричито о привременом карактеру посебних мера, али у неким документима се ипак говори (Међународна конвенција о укидању свих облика расне дискриминације; Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације жена; Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама; Закон о равноправности полова итд.).

корист појединих група или појединаца (посебне мере би се претвориле у дискриминацију већине у односу на мањину). *Четврто*, не смеју бити апсолутне и безусловне и не могу водити аутоматској предности. Треба предвидети критеријуме и услове под којима се мере могу примњивати, док неравноправност корисника тих мера и даље постоји. Критеријуми и услови могу се тицати квалификација, радних способности, релевантних показатеља о (неједнакој) заступљености појединих група и појединаца у одређеним сферама рада и живота итд. На пример, не може се жени дати предност при запошљавању, у конкуренцији са мушкарцем, само зато што је жена, уколико не испуњава тражене услове за запослење. Предност се може дати жени уколико и она као и мушкарац једнако испуњавају тражене услове, уз евентуално додатни услов да су жене у датој делатности мање заступљене од мушкараца. Велики допринос оваквом приступу посебним мерама дао је и Европски суд правде у неколико случајева.<sup>11</sup>

Допуштеност и оправданост мера позитивне дискриминације брани се и њиховом привременошћу. Наиме, мере се користе привремено, тј. док се не поправи положај дискриминисаних лица, или лица у неповољном положају, и доведу у положај осталих грађана. Након тога престаје потреба за тим мерама, јер њихова даља употреба, како је већ речено, рађа нову дискриминацију осталих грађана у односу на кориснике мера. У литератури се оспорава конститутивност и ове одреднице позитивне дискриминације, тј. сматра се релативном или само могућом одредницом, што зависи од околности и разлога због којих су корисници мера позитивне дискриминације у неједнаком положају са осталима. На пример, мере позитивне дискриминације према особама са инвалидитетом нису привремене, јер инвалидитет је последица *трајних* промена у здравственом стању и не може се очекивати поновно успостављање пуне здравствене способности код тих особа и престанак потреба за наведеним мерама. Или посебне мере према старијим лицима такође су трајне, јер се не може очекивати да стара лица поново постану млада.<sup>12</sup>

Даље, за позитивну дискриминацију везује се појам равноправности. Појам равноправности се изводи из појма једнакости, а понекад се ови појмови поистовећују. Равноправност подразумева да они који утврђују и спроводе право не могу вршити дискриминацију међу људима, већ према

11 Примера ради, види случај *Kalanke*, Case C-450/93. Више о овом случају у Roger Blanpain, *European Labour Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2000, стр.532.

12 Види: Колективна права и позитивна дискриминација, цит. дело. стр.92 и даље.



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 елеменат 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. Самим тим и овај индивидуални феномен чини примесу позитивне дискриминације, те и они који су у позицији да користе мере позитивне дискриминације и они који су у позицији да те мере спроводе, морају полазити од тога да су мере засноване на моралним и етичким вредностима и да подразумевају томе адекватан однос према њима.

У литератури, за принцип једнакости везују се 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.<sup>13</sup> У овој структури једнакости може се видети да се једнакост тиче, превасходно, услова под којима одређена права могу да се стекну (једнакост шанси), а равноправност се тиче стања у коме се стечена права користе, остварују и штите. Једнакост доводи до равноправности. 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 за равноправно остваривање и заштиту тог права. Право без заштите, често се претвара у голо право - „*ius nudum*“.

Неповољност је следећа одредница која се везује за позитивну дискриминацију (позитивна дискриминација је мотивисана потребом исправљања неповољног положаја). Наведени израз не треба буквално схватити, тј. да је неповољност положај у коме се неко нашао не по својој вољи (премда је у основи то тачно), већ треба узети да је неком у том положају нашкођено. Нашкодити значи да се штети нечијим интересима, те је сврха позитивне дискриминације у обештећењу. Као што смо напред навели, ово се оспорава из угла *ad personam* дејства

---

<sup>13</sup> Боривоје М. Шундерић, Право Међународне организације рада, Београд, 2001, стр.175.



обештећења (ни починиоци дискриминације ни корисници мера позитивне дискриминације нису исти они који су нанели или претрпели штету).

Солидарност је одредница која је чврсто уграђена у природу позитивне дискриминације. 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.

### **3. Домаћи правни оквир забране дискриминације и позитивне дискриминације**

У нашем праву, у духу међународних и европских докумената, уграђени су најважнији стандарди у вези забране дискриминације и легитимности позитивне дискриминације, тј. уграђене су «посебне мере» које доприносе неутралисању штетних ефеката дискриминације, као и постизању једнакости и равноправности грађана пред законом који су из објективних разлога *de facto* у неповољном положају. То је потврдила и Венецијанска комисија (Комитет за демократију путем права – као саветодавно тело Савета Европе), у време израде Устава из 2006. године и касније – у време доношења прописа о забрани дискриминације. Али и пре тога, у Повељи о људским и мањинским правима и основним слободама<sup>14</sup> Државне заједнице Србије и Црне Горе, прокламован је принцип забране дискриминације и позитивне дискриминације (чл.3.). Позитивна дискриминација се одређује као скуп привремених посебних мера које имају за циљ да унапреде и заштите положај лица, или групе лица, која се налазе у неједнаком положају са осталим грађанима. Важећи Устав Србије из 2006. године<sup>15</sup> уводи као нов уставно-правни појам – *посебне мере* у смислу позитивне дискриминације. Следствено међународним и европским документима, принцип позитивне дискриминације се и у нашем праву повезује узрочно-последично са принципом забране дискриминације. Последично, као

---

14 Повеља о људским и мањинским правима и основним слободама, „Службени лист СЦГ“, бр.6/2003.

15 Устав Републике Србије, “Сл.гл.РС”, бр.98/2006.

што смо рекли, позитивна дискриминација се јавља као легитимни коректив несврхисходности принципа забране дискриминације. У том смислу, Устав у истом члану (21.) говори и о забрани дискриминације и о посебним мерама (позитивној дискриминацији). Дакле, забрањује се свака непосредна (директна) или посредна (индиректна) дискриминација по било ком основу (пол, инвалидитет, старост, раса итд. – 21. став 3.), а затим у истом члану (став 4.) говори се о позитивној дискриминацији кроз одредбу 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. Овакав приступ је оправдан из два разлога. Први разлог је номотехничке природе, јер се посебне мере морају оквалификовати као недискриминаторске како би се избегла њихова противуставност, тј. дошле би у сукоб са општим уставним правилом о забрани сваке дискриминације. И у теорији постоје схватања по којима је, у суштини, позитивна дискриминација супротна општем принципу забране дискриминације, те је зато потребна изричита одредба у прописима која ће ту супротност да неутралише.<sup>16</sup> Други разлог је садржинске природе, јер су дискриминација и позитивна дискриминација узрочно-последично повезане.

Поред наведених општих одредби, 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. Када су у питању националне мањине, не сматрају се дискриминацијом посебни прописи и привремене мере које Република Србија може увести у економском, социјалном, културном и политичком животу, ради постизања пуне равноправности између припадника националне мањине и грађана који припадају већини, ако су усмерене на укидање изразито неповољних услова живота који их посебно погађају (чл.76. став 3. Устава). Када је у питању равноправност полова, држава јемчи равноправност жена и мушкараца и развија политику једнаких могућности (чл.15. Устава). Свакако, политика једнаких могућности подразумева и мере афирмативне акције, које би требало да отклоне фактичку неједнакост између жена и мушкараца при остваривању људских права, собзиром да је Република Србија заснована

---

<sup>16</sup> Hugh Collins, K D Ewing & Aileen McColgan, Labour Law, Oxford – Portland Oregon, 2002, str.325.

на владавини права и социјалној правди (чл.1. Устава). Постоји, међутим, језичка недоследност у формулацији ових забрана. У општим одредбама из чл.21. Устава, забрана дискриминације полази од термина *једнакости* ( сви грађани су *једнаки* пред законом, свако има право на *једнаку* законску заштиту, посебне мере су узроковане суштински *неједнаким* положајем појединих лица или група лица са осталим грађанима). У посебним одредбама користи се термин *равноправност*. У чл.15. Устава јемчи се *равноправност* жена и мушкараца, а у чл. 76. припадницима националних мањина јемчи се *равноправност* пред законом. Ова недоследност се рефлектује и на схватања самог појма позитивне дискриминације у литератури, при дефинисању њених битних одредница, међу којима су и одреднице које се тичу једнакости и (не)равноправности. О чему је већ било речи.

У нашем праву, забрану дискриминације и позитивну дискриминацију предвиђају и законски акти (системски и посебни). Закон о раду,<sup>17</sup> као системски акт који целовито регулише систем радних односа, у поглављу где се говори о основним правима и обавезама (чл.18.-23.), забрањује и непосредну и посредну дискриминацију лица која траже запослење, као и запослених, а са обзиром на пол, старост, инвалидност, расу итд. Забрана дискриминације важи у односу на: 1) услове за запошљавање и избор кандидата за обављање одређеног посла; 2) услове рада и сва права из радног односа; 3) образовање, оспособљавање и усавршавање; 4) напредовање на послу; 5) отказ уговора о раду. Одредбе из других општих или појединачних правних аката, које су супротне наведеној забрани, ништаве су. Међутим, не сматра се дискриминацијом прављење разлике, искључење или давање првенства у односу на одређени посао када је природа посла таква или се посао обавља у таквим условима да одређена лична својства лица представљају стварни и одлучујући услов за обављање посла, а сврха која се тиме жели постићи јесте оправдана. 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). Са друге стране, допуштена је позитивна дискриминација која се односи на посебну заштиту и помоћ одређеним категоријама запослених, а нарочито особама

---

<sup>17</sup> Закон о раду, „Сл.гл.РС“, бр.24/2005;61/2005;54/2009;32/2013;75/2014;13/2017.- одлука УС.

са инвалидитетом, женама (посебно за време трудноће и породилског одсуства и одсуства са рада због неге детета) и другим радницима.

Постоје и посебни закони који једним делом говоре и о забрани дискриминације и позитивној дискриминацији у области рада, или који су посвећени искључиво питању забране дискриминације и позитивној дискриминацији уопште, те и у области рада. Сама та чињеница да постоје посебни закони сведочи о значају ових питања и пажњи коју држава њима посвећује, третирајући их и као саставни део унутрашње социјалне политикуе, националних планова, стратегија, али и као део програма интеграције Србије у Европску унију.

Поменимо најпре Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености.<sup>18</sup> Међу основним начелима (од укупно шест), на којима се заснива овај Закон, налази се пет начела која су најтешњој вези са питањем забране дискриминације и позитивне дискриминације: 1) забрана дискриминације; 2) непристрасност при обављању послова запошљавања; 3) родна равноправност; 4) афирмативне акције усмерене према теже запошљивим незапосленим лицима; 5) слобода у избору занимања и радног места (чл.5.). Шесто начело тиче се бесплатности обављања послова запошљавања према незапосленим лицима, што је у духу конвенција МОР-а које говоре о проблематици запошљавања, и у духу је самог принципа забране дискриминације по основу социјално-економског статуса лица која траже посао. Афирмативне акције (позитивна дискриминација) усмерене су према теже запошљивим лицима, у која спадају, према овом Закону, 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, осим лица која се због својих личних својстава и карактеристика налазе у неповољном положају при запошљавању (године живота, здравствено стање, недовољно образовање), и лица која су у таквом положају из објективних разлога (социодемографске карактеристике, неусклађености понуде и тражње на тржишту рада). У ширем контексту, не само правном већ и социјално-политичком,<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености, „Сл.гл.РС“, бр.36/2009; 88/2010;38/2015.

<sup>19</sup> Тај шири социјално-политички контекст уоквирен је Националним акционим планом запошљавања за 2017. годину („Сл.гл.РС“, бр.92/2016.) и Националном стратегијом запошљавања, доступном на сајту Министарства за рад, запошљавање и социјална питања (на дан 20. октобар 2017.), <https://www.minrzs.gov.rs> и Владе, [www.](http://www.)

мере афирмативне акције могу се препознати и у оквиру мера активне политике запошљавања, као што су: (према чл. 43. Закона) професионална оријентација; субвенције за запошљавање<sup>20</sup> и подршка samozapošljavanju;<sup>21</sup> додатно образовање и обука; а код којих предност могу имати теже запошљива лица).

Затим, важани посебни закони су Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом,<sup>22</sup> Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом,<sup>23</sup> и Закон о радном оспособљавању и запошљавању инвалида.<sup>24</sup> О важности предмета ових закона, и то не само у домену националне већ и европске социјалне политике, сведочи чињеница да је утврђена посебна Национална стратегија унапређења положаја особа са инвалидитетом, као и Европска стратегија за особе са инвалидитетом.<sup>25</sup>

У светлу наше теме, најпре издвајамо Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом. Овај Закон, могло би се рећи, у сфери запошљавања и рада садржи три групе одредаба. У прву групу улазе одредбе у којима се говори о лицима која могу бити дискриминисана у вези са инвалидитетом (особа са инвалидитетом која тражи запослење,

---

srbija.gov.rs

20 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 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 обрачунатог пореза на зараде и укупног доприноса за пензијско и инвалидско осигурање.

21 На пример, поводом подршке samozapošljavanju, Национални акциони план запошљавања предвиђа меру по којој треба стимулисати samozapošljavanje млађих од 30 година субвенцијом у једнократном износу од 180.000 динара.

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

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

24 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.

25 Види сајт Владе Србије, као и друга документа са тим у вези на сајту Националне организације особа са инвалидитетом Србије (НООИС), [www.noois.rs](http://www.noois.rs)

запослена особа са инвалидитетом, пратилац особе са инвалидитетом који тражи заспослење или је запослен). У другу групу улазе одредбе које говоре о актима дискриминације ових особа (избегавање запослења инвалида; предвиђање одређених здравствених услова и провера истих при запошљавању инвалида, када то не захтевају потребе процеса рада; неприлагођавање услова рада природи инвалидитета; одређивање мање зараде, без обзира на учинак; постављање посебних услова за рад и права по основу рада, када то не произилази из потреба процеса рада; омаловажавање, вређање и узнемиравање особе са инвалидитетом по основу инвалидитета – посебно тежак вид дискриминације). У трећу групу улазе одредбе које говоре о о посебним мерама које се не сматрају дискриминацијом по основу инвалидности. Најпре, 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 грађанани. 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).<sup>26</sup> У сфери рада не сматра се дискриминацијом давање првесентва при запошљавању, у складу са прописима који говоре о запошљавању особа са инвалидитетом и предузимање других подстицајних мера у току трајања запослења.<sup>27</sup> У вези других подстицајних мера у току трајања запослења, изгледа да смо изменама и допунама Закона о раду из 2014. године отишли корак уназад, у односу на изворни текст тог Закона.<sup>28</sup> Наиме, у важећем Закону о раду постоји одредба<sup>29</sup> по којој - ако послодавац не може<sup>30</sup> запосленом инвалиду да обезбеди одговарајући посао, инвалид се сматра вишком запослених, те му као

---

26 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.

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

28 Види чл.44. Закон о изменама и допунама Закона о раду, „Сл.гл.РС“, бр.75/2014.

29 Закон о раду, чл.102. став 2. Ова одредба (из става 2.) је укључена у Закон о раду изменама и допунама тог тзакон из јула месеца 2014. године.

30 Питање да ли послодавац не може или може да обезбеди одговарајући посао, не треба паушално процењивати, већ је потребна одређена правна обејективизација у духу међународног стандарда о „разумним прилагођавањима“ радних места и процеса рада.

таквом може престати радни однос. Оваква одредба представља корак уназад по питању посебне заштите инвалида, у материјано-правном смислу.<sup>31</sup> Ово из више разлога. *Прво*, у међународном и нашем праву (Устав, чл.60. став 5.) говори се о праву инвалида на *посебну заштиту* на раду. Новом одредбом Закона о раду, та посебна заштита нестаје, јер се инвалиди стављају у исту раван као и остали радници када се нађу у ситуацији да им послодавац не може обезбедити одговарајући посао. Издвајамо Препоруку МОР-а бр.99. о стручном оспособљавању и преоспособљавању инвалида, коју смо акцептирали,<sup>32</sup> као и у Конвенцију бр.159 о професионалној рехабилитацији и запошљавању инвалида<sup>33</sup> и истоимену Препоруку бр.168, у којим документима се указује на потребу да земље чланице предузимају мере којима ће се до максимума подстаћи послодавци да преместе инвалида на одговарајући посао. Посебно се истиче да „позитивне мере чији је циљ да се постигне стварна једнакост могућности и третмана између инвалидизираних радника и осталих радника не треба сматрати дискриминацијом према другим радницима“, (чл.4. Конвенције). *Друго*, појмови «инвалид» и «вишак запослених» значењски се не поклапају, те ни радноправни статус лица обухваћених тим појмовима не може бити, ни у једном аспекту, истоветан. Запослени може постати инвалидом обављајући послове и радне задатке које му је послодавац наложио и за његов рачун (инвалид рада), а не због технолошких, економских и организационих промена у процесу рада, или смањења обима посла, што узрокује вишкове запослених. Узроци инвалидности и вишкова запослених су различити, те и последице таквих стања морају бити тим узроцима уподобљене. *Треће*, ако по принципу *позитивне дискриминације* стимулишемо запошљавање лица са инвалидитетом, по истом принципу требало би да третирамо и запослене инвалиде и стимулишемо послодавце да очувају њихово запослење. Такође, и ово произилази из Препоруке МОР-а бр.99 - параграф 31. и већ наведеног чл.4. Конвенције бр.159, према којим одредбама овакве афирмативне мере не могу се третирати

31 Сем тога, ова одредба и номо-технички и стилски одудара од одредбе из чл.101. Закона о раду, у којој је речено да је послодавац *дужан* (подвукао аутор) да обезбеди обављање послова инвалиду, према његовој радној способности. Дакле, ако је послодавац *дужан* да обезбеди инвалиду одговарајући посао, онда одредба по којој ако послодавац *не може* (подвукао аутор) инвалиду да обезбеди посао (тог инвалида може прогласити вишком и дати му отказ уговора о раду), представља правну антиномију.

32 Препорука бр.99 о стручном оспособљавању и преоспособљавању инвалида (параграфи 28. 29. 30.), „Сл.л.ФНРЈ“, бр.5/1985.

33 Конвенција бр.159 о професионалној рехабилитацији и запошљавању инвалида, „Сл.л.СФРЈ- Међународни уговори“, бр.3/1987.



дискриминаторским мерама према осталим радницима. *Четврто*, не само што су инвалиди доведени у исти положај са осталим радницима у ситуацији када им послодавац не може обезбедити одговарајући посао (проглашавају се вишком), већ су, шта више, стављени у гори положај. Наиме, код свих осталих вишкова запослених, према важећем Закону о раду, након престанка радног односа, на истим пословима на којима су они проглашени вишком, послодавац не може да запосли друго лице у року од три месеца од дана престанка њиховог радног односа, а ако се јави потреба за запошљавањем приоритет се мора дати раније отпуштеним радницима у својству вишка. Али то не важи када је у питању инвалид коме је послодавац дао отказ као вишку запослених.<sup>34</sup> Овде су, заправо, дискриминисани инвалиди са преосталом радном способношћу (немају исте шансе у истој ситуацији као други вишкови), који би се могли вратити на посао код истог послодавца.<sup>35</sup> *Петом*, олако је законодавац прешао и преко одредбе из Конвенције о правима особа са инвалидитетом, која говори о „разумним прилагођавањима“ (на терет послодавца) у процесу рада и на радном месту инвалида, како би се инвалид задражао на послу.<sup>36</sup> Та „разумна прилагођавања“<sup>37</sup> уопште се у Закону о раду не помињу, већ се, на основу слободне процене послодавца да не може задржати инвалида, посеже за проглашавањем инвалида вишком запослених и каснијим отпуштањем, тј. отказивањем уговора о раду. Аутономна регулатива (колективни уговори о раду) и судска пракса би могли да, по овом питању, побољшају положај инвалида.

Што се тиче Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом, његове основе садржане су у следећим начелима, релевантим за питање дискриминације и позитивне дискриминације (чл.2.): 1) поштовање људских права и достојанства

---

34 Види чл.182. Закона о раду.

35 Наравно, то се не односи на инвалиде код којих је дошло до потпуног и трајног губитка радне способности (јер престаје им радни однос по слици закона – мимо воље и послодавца и инвалида), и зато се у вези са њима не може говорити о дужности послодавца да им обезбеди обављање послова према радној способности (чл.101. Закона о раду), јер они никакву радну способност више немају, те последично не може се говорити нити о томе да могу бити проглашени вишком ако им послодавац не може обезбедити одговарајући посао (чл.102. ст.2. Закона о раду).

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

37 Под “разумним прилагођавањем” подразумева се неопходно и адекватно модификовање и усклађивање којим се не намеће несразмерно, односно непотребно оптерећење, тамо где је то у конкретном случају неопходно, како би се обезбедило да особе са инвалидитетом уживају, односно остварују равноправно са другима сва људска права и основне слободе (чл.2. став 4. Конвенције).

особа са инвалидитетом; 2) укључености особа са инвалидитетом у све сфере друштвеног живота на равноправној основи – у складу са професионалним способностима; 3) подстицање запослености особа са инвалидитетом на одговарајућим радним местима и у одговарајућим условима рада; 4) забране дискриминације особа са инвалидитетом; 5) једнаких права и обавеза; 6) родне равноправности особа са инвалидитетом. Позитивна дискриминација особа са инвалидитетом у сфери рада, огледа се нарочито кроз права која те особе имају и, наспрам тога, обавезе 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 послодавца 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.).<sup>38</sup>

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 важан (посебни) законски акт у вези са нашом темом јесте Закон о забрани дискриминације.<sup>39</sup> Важан је из више разлога. Како је наведено у образложењу предлагача овог закона, доношењем закона удовољиће се трима потребама: 1) поштовању међународних докумената који говоре о забрани дискриминације; 2) потреби за целовитијом правном платформом за утемељење забране дискриминације; 3) потреби за хармонизацијом нашег права са европским некомунитарним и комунитарним правом на путу учлањења Србије у Европску унију. Законом се уређује: 1) општа забрана дискриминације; 2) облици и случајеви дискриминације; 3) као и поступци заштите од дискриминације.<sup>40</sup>

---

38 Послодавац који не изврши ову дужност запошљавања, плаћа пенале у висини троструког 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.

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

40 Законом о забрани дискриминације (чл.1.став 2.) установљен је, по први пут код нас, Повереник за заштиту равноправности, као самостални државни орган, независан

У вези са општом забраном дискриминације, 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, *опитост* забране дискриминације базира на томе да *сви* уживају једнак положај и једнаку правну заштиту и на томе да је *свако* дужан да то поштује.

Нормирајући облике и случајеве дискриминације (чл.5.), издвајају се: 1) непосредна и посредна дискриминација; 2) повреда начела једнаких права и обавеза; 3) позивање на одговорност; 4) удруживање ради вршења дискриминације; 5) говор мржње; и 6) узнемиравање и понижавајуће поступање. Полазећи од чињенице да су нека лична својства посебно остелјива и да неки акти дискриминације могу бити нарочито опасни и узроковати тешке последице и штету по личне и општедруштвене интересе, Закон издваја и тешке облике дискриминације (чл.13.).

Са друге стране, Закон о забрани дискриминације дозвољава дискриминацију кроз *посебне мере* (чл.14.), којима одступа од принципа *опите забране дискриминације* тј. формалне једнакости свих из чл.4, јер поједина лица, или групе лица, доводи у привилегован положај у односу на остале грађане. Да би се овај сукоб *посебних мера* са принципом *опите 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.

Посебно треба указати на оне одредбе Закона о забрани дискриминације које говоре о дискриминацији у области рада и о позитивној дискриминацији у тој области (чл.16). Дакле, говори се 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.). Сва ова лица не могу бити дискриминисана, односно доведена у позицију неједнаких могућности

---

у обављању послова утврђених овим законом.

у остваривању својих слобода и права у вези са радом, на основу оних својстава која нису од значаја за посао који је у питању ( да нађу и очувају посао, уживају заштиту на раду, да се усавршавају и напредују, да остваре једнаку зараду за рад једнаке вредности и друга права). Од овог правила предвиђена су два изузетка. 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).

Коначно, као поступке заштите од дискриминације Закон о забрани дискриминације издваја два начина заштите. Прво, заштита коју пружа Повереник за заштиту равноправности (поступање пред Повереником: подношење притужбе; утврђивање чињеничног стања; мирење; мишљење и препоруке; мере). Друго, судска заштита (надлежност суда; тужба; начела поступка;<sup>41</sup> привремене мере).

На крају, као важан сегмент домаћег правног оквира забране дискриминације и позитивне дискриминације, издвајамо још и Закон о равноправности полова.<sup>42</sup> Равноправност полова је традиционално питање за које се везују проблеми дискриминације и потребе за позитивном дискриминацијом. Законом о равноправности полова (чл.2. став 2.) јемчи се равноправност полова, у складу са општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима, Уставом и другим законима, о којим актима је напред било речи. У том смислу постоје три групе одредаба: 1) одредбе о стварању *једнаких могућности* остваривања права и обавеза, независно од пола; 2) одредбе о предузимање *посебних мера* за спречавање и отклањање дискриминације

---

41 Интересантно је издвојити начело предпостављене кривице на страни онога ко је тужен тј. онога ко је вршио дискриминацију (супротно општем правном начелу презумпције невиности). У чл.45. став 2. стоји: „Уколико тужилац учини вероватним да је тужени извршио акт дискриминације, терет доказивања да услед тог акта није дошло до повреде начела једнакости, односно начела једнаких права и обавеза сноси тужени.“

42 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. На пример, 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.

засноване на полу и роду; и 3) одредбе о поступку *правне заштите* лица изложених дискриминацији. Ове групе одредаба важе за неколико важних области друштвеног живота: 1) запошљавање, социјална и здравствена заштита; 2) породични односи; образовање, култура и спорт; 3) политички и јавни живот. Под *једнаким могућностима* подразумева се поштовање и остваривање људских права заснованих на полу у свим областима друштвеног живота и могућност њиховог равноправног коришћења, као и укупних резултата који произилазе из развоја друштва. Под *посебним мерама* подразумевају се мере привременог карактера усмерене на укидање неједнакости и убрзавање и постизање пуне равноправности полова у пракси. Поступак *правне заштите* подразумева грађанскоправну заштиту - поступак у парницама, по начелима хитности, ослобађања од претходног плаћања трошкова поступка, предпоставке кривице на страни туженог.

Скрећемо пажњу на забрану дискриминације по основу пола и позитивну дискриминацију са тим у вези 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.<sup>43</sup>

Према Закону о равноправности полова (чл.11.) 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, у складу са законом којим се уређује рад (у складу са Законом о раду). 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; одсуствовање са посла због трудноће и родитељства не сме да буде сметња за избор у више звање, напредовање и стручно усавршавање, распоређивање на одговарајуће послове и за отказ уговора о раду; запослени, без обзира на пол, остварују право на једнаку зараду за

---

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

исти рад или рад једнаке вредности код истог послодавца; узнемиравање, сексуално узнемиравање и сексуално уцењивање на раду и у вези са радом које чини запослени према другом запосленом сматра се повредом радне обавезе која представља основ за отказ уговора о раду, односно за изрицање мере престанка радног односа, као и основ за удаљење запосленог са рада; у сваком циклусу стручног усавршавања или обуке послодавац треба да води рачуна о томе да заступљеност полова одсликава у највећој могућој мери структуру запослених; покретање поступка, од стране запосленог, за заштиту од дискриминације не може се сматрати оправданим разлогом за престанак радног односа, или да се запослени прогласи вишком запослених; синдикати запослених и удружења послодавца, при раду њихових тела и одбора, дужни су да воде рачуна о пропорционалној заступљености полова саобразно учешћу полова у њиховом укупном чланству.

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.

У потреби остваривања циљева и сврхе принципа забране дискриминације и позитивне дискриминације у области рада, Законом о равноправности полова установљене су посебне обавезе на страни 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. Слична решења и обавезе послодавца срећу се и у упоредном праву.<sup>44</sup>

---

44 У смислу реченог, о законодавној разради принципа недискриминације и позитивне дискриминације у упоредном праву види: Peter Wahlgren, editor, *Stability and Change in Nordic Labour Law*, Stocholm Insitute for Skandinavian Law, Stockholm, 2002; 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, 1999, стр. 60. и даље; Др Зорица Мршевић, Стандарди и механизми за постизање родне равноправности у демократским земљама, ОСЦЕ, Мисија ОЕБС-а у СР Југославији, Београд, 2002, стр. 207. и даље.

### **Литература и извори**

Barry, B. *Kultura i jednakost*, Jesenski Turk (2009.), Zagreb. [Barry, B. *Culture and Equality*, Jesenski Turk 2009.]

Blanpain, Roger (2000). *European Labour Law*, Kluwer Law International, the Hague, London, Boston.

Blanpain, Roger & Colucci, Michele (2002). *European Labour and Social Security Law*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York.

Collins, Hugh, Ewing K.D. McColgan, Aileen (2002). *Labour Law*, Oxford – Portland Oregon.

Милошевић, Божо, Шљукић, Марица и Вучевић, Тијана (2011). *Жене у загрљају дискриминације*, Нови Сад. [Milošević, Božo, Šljukić, Marica and Vučević, Tijana 2011 *Women Embraced by Discrimination*, Novi Sad]

Миодраг, А. Јовановић (2009). приређивач *Колективна права и позитивна дискриминација*, Службени гласник, Београд. [Miodrag, A. Jovanović 2009 editor *Collective Rights and Positive Discrimination*, The Official Gazette, Belgrade]

Morrison, B. Alan (1998). ed. *Fundamentals of American Law*, New York University School of Law.

Мршевић, др Зорица, (2002). *Стандарди и механизми за постизање родне равноправности у демократским земљама*, ОСЦЕ, Мисија ОЕБС-а у СР Југославији, Београд. [Mršević, Zorica PhD 2002 *Standards and Mechanisms for Achieving Gender Equality in Democratic Countries*, OSCE, OSCE Mission in the Federal Republic of Yugoslavia, Belgrade]

Рос, Алф, (1996). *Право и правда*, CID, Подгорица. [Ross, Alph, *On Law and Justice*, CID, Podgorica]

Seidman, Stone & Sunstein, Tushnet (2001). *Constitutional Law*, Aspen Law and Business, New York.

Шундерић, М. Боривоје (2001). *Право Међународне организације рада*, Београд. [Šunderić, M. Borivoje 2001 *The Law of the International Labour Organisation*, Belgrade]

Wahlgren, Peter (2002). ed. *Stability and Change in Nordic Labour Law*, Stocholm Institute for Skandinavian Law, Stocholm.

Зборник докумената и текстова Савета Европе о једнакости међу половима, Завршни извештај о активностима Групе специјалиста за увођење тренда једнакости међу половима (1999). Council of Europe, Strasbourg. [Collection of Documents and Texts of the Council of Europe on the Gender Equality, Final Report on the Activities of the Group of Specialists for the Introduction of the Trend on Gender Equality]



Prof. Predrag Jovanovic, Full Professor  
Faculty of Law, University of Novi Sad

## **Positive Discrimination (with a focus on the Field of Work)**

### **Summary**

*This paper deals with the importance of positive discrimination when getting title and protection to human and socio-economic rights, especially in the field of work. To that effect, we have chosen as the benchmark the purposeful complementarity and inseparability of the principle of positive discrimination and the principle of the prohibition on discrimination. The complementarity is explained in two ways: firstly, by the stance that both of the principles strive towards the same goal – providing equality and equal opportunities of the people in getting title and protection of their human rights and socio-economic rights; secondly, by the fact both principles have the cause-and-effect connection based on which positive discrimination appears as the consequence of the previous discrimination. Namely, unpurposefulness or violation of the principle of the prohibition on discrimination are subjective reasons which create the need for positive discrimination. Therefore, positive discrimination appears as a legitimate corrective and an addition to the principle of the prohibition of discrimination. For example, the need for positive discrimination is present with women, younger or older people, members of certain ethnic communities, etc. The fact that these persons by their nature are what they are, and their personal characteristics do not create, per sé, the need for positive discrimination. For example, such are the reasons connected to the objective legality of the offer and demand (for certain professional profiles) on the work and capital market, which result in hard-to-employ persons. Such persons are subject to certain affirmative measures (positive discrimination) in the employment. As legal framework of the analysis the most important domestic legal sources have been singled out with the application of normative-dogmatic methods. In order to better understand the importance of positive discrimination, meaning entries of the concept of positive discrimination were shown in the paper. In conceptual way positive discrimination is characterised by several general (constitutive) and relative (possible) entries. General entries encompass those characteristics which constitute the nature and justify the purpose of the existence of positive*

*discrimination, without which this discrimination would not be allowed or acceptable (righteousness, solidarity, ethics, equality and equal opportunities of citizens before the law). Relative entries encompass the characteristics which are not constitutive or obligatory (but possible). Without them positive discrimination can exist legitimately (temporariness, the effectiveness of special measures). The entries provided and the characteristics of special measures depend on the nature of the reasons because of which the measures are introduced (temporary reasons lead to temporary measures; the reasons of permanent nature lead to permanent special measures).*

**Key words:** *positive discrimination, equality at work, solidarity, persons with disabilities, gender discrimination.*