

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Милица Р. Ковач-Орландић

**ПРАВО ЗАПОСЛЕНОГ НА ПРИВАТНОСТ
И ЊЕГОВА ЗАШТИТА**

докторска дисертација

Београд, 2018

UNIVERSITY OF BELGRADE

FACULTY OF LAW

Milica R. Kovač-Orlandić

**EMPLOYEE`S RIGHT TO PRIVACY AND
ITS PROTECTION**

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2018

ПОДАЦИ О МЕНТОРУ И ЧЛАНОВИМА КОМИСИЈЕ

Ментори:

др Бранко Лубарда,

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

др Љубинка Ковачевић,

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Чланови комисије:

др Бранко Лубарда,

редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

др Предраг Јовановић,

редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

др Љубинка Ковачевић,

ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Датум одбране:

ПОДАЦИ О ДОКТОРСКОЈ ДИСЕРТАЦИЈИ

Право запосленог на приватност и његова заштита

Сажетак

Централни предмет докторске дисертације „Право запосленог на приватност и његова заштита“ јесте свеобухватна анализа права на приватност као основног људског права које има за циљ заштиту моралног и психичког интегритета човјека, те покушај да се ово право смјести у контекст радног права и прилагоди потребама радног односа, а све у циљу потврђивања хипотезе према којој запослени задржава својство грађанина на радном мјесту, па, у складу са тим, ужива заштиту приватног живота у односу на послодавца, при чему се право запосленог на приватност, као и свако друго људско право, може ограничити под одређеним условима, односно уз примјену одговарајућих принципа.

Историјски посматрано, право на приватност се прво гарантује појединцу у односу на државу, док је уживање приватности на радном мјесту зависило од начина на који послодавац врши своја управљачка овлашћења. Данас је ситуација у многоме другачија, будући да преовладава идеја о томе да уживање права на приватност треба проширити и на област радних односа. Упркос овом позитивном тренду поштовања и заштите људских права на радном мјесту уочено је да су промјене попут развоја информационих технологија и глобализације утицале на све масовније кршење права запосленог на приватност. Овоме свакако доприноси и чињеница да битна обиљежја радног односа представљају додатне генераторе ризика по приватни живот запосленог, будући да послодавац не може своја овлашћења вршити у цјелости а да, притом, не ограничи право запосленог на приватност, као и да се запослени добровољно, потписивањем уговора о раду, потчињава власти послодавца. Проблем постаје сложенији узме ли се у обзир да право на приватност нема директну примјену у области радних односа, те да у упоредним радноправним системима не постоје примјери цјеловите и непосредне заштите овог права запосленог. У раду се, отуда, поставља питање на који начин се право на приватност може инкорпорирати у радно право, а да се истовремено не

наруши природа радног односа и да се очува равнотежа интереса радника, на једној и интереса послодавца, на другој страни.

На основу анализе бројних међународних докумената који се баве заштитом људских права, затим упоредноправних рјешења и судске праксе, аутор долази до закључка да се запослени доласком на посао не одриче своје приватности али да послодавац има могућност да, у одређеној мјери, ограничи право запосленог на приватност када је то неопходно за постизање легитимног циља и уз поштовање начела транспарентности. У легитимне разлоге ограничења права запосленог на приватност убрајају се прије свега они који произилазе из обавезе послодавца да обезбиједи сигурност имовине и лица на радном мјесту, али његово ограничење могу оправдати и други разлози везани за несметано одвијање процеса рада. Најизазовније питање ограничења права приватности на радном мјесту тиче се примјене принципа сразмјерности јер није толико захтјевно утврдити легитиман интерес послодавца колико је тешко одредити мјеру у којој такав интерес оправдава ограничење овог људског права у сваком појединачном случају. Одређивање сразмјере у великој мјери зависи од околности случаја и важности послодавчевог интереса, али и од тога да ли је могућност ограничења права на приватност била унапријед позната запосленом (принцип транспарентности), односно да ли је он могао, у конкретном случају, разумно очекивати приватност на радном мјесту.

Аутор указује на то да је проблематика посебно актуелна имајући у виду да радно законодавство у Црној Гори и Србији не посвећује дужну пажњу праву запосленог на приватност, те да се, у правцу његове заштите, значајније не користи потенцијал социјалног дијалога и колективног преговарања, а резултати до којих се дошло у истраживању могу представљати помоћ законодавцу и социјалним партнерима приликом уређења бројних института радног права, а могу бити од помоћи и судској пракси код рјешавања деликатних спорова везаних за приватност запосленог. Закључује се и то да савремено радно право може помирити идеју о уживању приватности на радном мјесту са идејом о широким овлашћењима послодавца на радном мјесту, а све кроз призму достојанственог рада запосленог, будући да се без гаранције права на приватност не може замислити достојанство као основна вриједност данашњице.

Кључне ријечи: Људска права. - Право на приватност. - Достојанство на раду. – Разумно очекивана приватност. - Заснивање радног односа. - Надзор над запосленим. - Тестирање запосленог. - Дискриминација. - Психичко узнемиравање. - Зобрањени отказни разлози.

Научна област: Право

Ужа научна област: Радноправна научна област

УДК: 349.2:342.735/.738

DATA ON DOCTORAL DISSERTATION

Employee`s right to privacy and its protection

Abstract

The central subject of the doctoral dissertation "Employee`s right to privacy and its protection" is a comprehensive analysis of the right to privacy as a basic human right aimed at protecting the moral and psychological integrity of any individual, and the attempt to place this right in the context of labour law and adapt it to the needs of the employment relationship, all in order to confirm the hypothesis according to which the employee retains the status of a citizen at the workplace and, accordingly, enjoys the protection of private life in relation to the employer, whereby the employee`s right to privacy, as well as any other human right, may be restricted under certain conditions or, with the application of appropriate principles.

Historically, the right to privacy is first guaranteed to the individual in relation to the state, while enjoying privacy at work depended on the way in which the employer exercised his management powers. Today, the situation is in many ways different, since the idea, that the enjoyment of the right to privacy should be extended to the field of labour relations, prevails. Despite this positive trend of respecting and protecting human rights at the workplace, it has been observed that changes such as the information technologies development and globalization have affected the more numerous violations of privacy in the work place. This is certainly due to the fact that the essential characteristics of the employment relationship are additional risk generators for the private life of the employee, since the employer cannot exercise his powers in full without, in addition, restricting employee`s right to privacy, as well as the fact that the employee, voluntarily, by signing the employment contract, entrusts himself to the authority of the employer. The problem is becoming more complicated given the fact that the right to privacy does not have direct application in the field of labour relations, and that in comparative labour law systems there are no examples of complete and direct protection of this employee's right. This paper, thus, raises the question of how the right to privacy can be incorporated into labour law without simultaneously violating the nature

of the employment relationship and maintaining the balance of interests of employees on one and the interests of the employer on the other side.

Based on the analysis of numerous international documents dealing with the protection of human rights, and comparative labour legislation and case law, the author concludes that employee, by arriving at work, does not renounce his privacy, but that the employer has the ability to, to a certain extent, restrict the employee's right to privacy when this is necessary for achieving a legitimate aim and respecting the principle of transparency. Legitimate reasons for limiting the employee's right to privacy are, primarily, those which arise from the obligation of the employer to provide security of the property and the persons at the workplace, but employer's restriction may be justified by other reasons related to the smooth running of the work process. The most challenging issue of limiting the right to privacy at the workplace concerns the application of the proportionality principle because it is not so difficult to establish the legitimate interest of the employer as to how difficult it is to determine the extent to which such an interest justifies the limitation of this human right at the workplace in each particular case. Determining the proportionality depends to a large extent on the circumstances of the case and the significance of the employer's interest, but also on whether the possibility of limiting the right to privacy was known to the employee in advance (the principle of transparency), or whether the employee, in the particular case, had reasonable expectation of privacy at the workplace.

The author points out that the issue is particularly current, bearing in mind that labour legislation in Montenegro and Serbia does not pay due attention to the employee's right to privacy, and that, in order to protect him, the potential of social dialogue and collective bargaining is not significantly used, and the results which have been found in the research can be of assistance to legislators and social partners when regulating numerous labour law institutes, and can be of assistance to judicial practice in resolving delicate disputes related to the employee's privacy. It is also concluded that modern labour law can embrace the idea of enjoying the privacy at the workplace with the idea of a broader employer's powers at the workplace, all through the prism of decent work of the employee, since without the guarantee of the right to privacy, the dignity as the basic value nowadays cannot be imagined.

Key words: Human rights. - Right to privacy. - Dignity at work. - Reasonable expectation of privacy. - Monitoring at work. - Testing at work. – Discrimination. – Mobbing. - Unlawful reasons for dismissals.

Scientific field: Law

Scientific subfield: Labour law

UDC: 349.2:342.735/.738

С А Д Р Ж А Ј

УВОД	1
ДИО ПРВИ	
МЈЕСТО ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ И РАДНИХ ПРАВА У СИСТЕМУ ЉУДСКИХ ПРАВА	6
I ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ КАО ОСНОВНО ЉУДСКО ПРАВО	6
1. Општи осврт на људска права	6
1.1. Недјелљивост, међусобна условљеност и класификација људских права	10
1.2. Начела остваривања, заштите и ограничења људских права	13
1.3. Титулари људских права	16
1.4. Заштита људских права – кључни правни аспекти	18
2. Право на приватност као грађанско право	22
2.1. Уводна разматрања	22
2.2. Гаранције права на приватност у међународним документима за заштиту људских права	27
2.3. Уставна гаранција права на приватност	30
3. Однос права на приватност и радних права	31
3.1. Радна права као социјално-економска права	31
3.2. Међусобни однос права на приватност и радних права	36
4. Изазови остваривања и заштите људских права у условима развоја нових технологија и глобализације	37
II ОПШТА ПИТАЊА ПРАВА ЗАПОСЛЕНОГ И КАНДИДАТА ЗА ЗАПОСЛЕЊЕ НА ПРИВАТНОСТ	41
1. Радноправни појам права на приватност	41
1.1. Кључни правни аспекти радноправног појма права на приватност	41
1.2. Заштита права запосленог на приватност	44
1.3. Утицај основних обиљежја радног односа на дјелотворно остваривање и заштиту права запосленог на приватност	49
1.4. Заштита података о личности као радноправни проблем	53
2. Разграничење приватног и професионалног живота запосленог	57

3. Ограничење права запосленог на приватност	61
3.1. Општи осврт	61
3.2. Начела легитимности, сразмјерности и транспарентности	63
3.3. Концепт „праве мјере интереса“ и концепт „разумно очекиване приватности запосленог“	73
4. Право на приватност у другим гранама права	77

ДИО ДРУГИ

КЉУЧНИ РАДНОПРАВНИ АСПЕКТИ ОСТВАРИВАЊА И ЗАШТИТЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ	81
I ПРАВО ЗАПОСЛЕНОГ И КАНДИДАТА ЗА ЗАПОСЛЕЊЕ НА ПРИВАТНОСТ У ИНДИВИДУАЛНОМ РАДНОМ ПРАВУ	81
1. Уводна разматрања	81
2. Право запосленог на приватност у поступку заснивања радног односа	88
2.1. Заснивање радног односа као оквир за остваривање права на рад	88
2.2. Здравствена способност (стање) као услов за заснивање радног односа	93
2.3. Утврђивање подобности кандидата за запослење	97
2.3.1. Пријава на конкурс (оглас) и разговор са кандидатом за запослење	98
2.3.2. Тестирање кандидата за запослење	101
2.3.3. Професионална препорука	108
2.3.4. Испитивање имовног и финансијског стања кандидата за запослење	110
2.4. Сметње за заснивање радног односа	112
2.4.1. Ранија осуђиваност (криминална прошлост) као сметња за заснивање радног односа	114
2.4.2. Ближе сродство као сметња за заснивање радног односа	119
2.4.3. Брачни статус као сметња за заснивање радног односа	124
3. Право запосленог на приватност у току трајања радног односа	129
3.1. Уводне напомене	129
3.2. Надзор над радом запосленог	131
3.2.1. Видео надзор у просторијама послодавца	135
3.2.2. Надзор над средствима комуникације	140

3.2.3. <i>Остали видови надзора</i>	156
3.2.4. <i>Претрес запосленог и његовог радног мјеста</i>	157
3.3. <i>Медицинско тестирање запосленог</i>	161
3.3.1. <i>Опита разматрања</i>	161
3.3.2. <i>Тестирање на ХИВ и заштита запосленог зараженог вирусом ХИВ-а</i>	166
3.3.3. <i>Генетско тестирање/испитивање запосленог</i>	173
3.3.4. <i>Тестирање запосленог на присуство алкохола, дрога и других опојних средстава</i>	180
4. <i>Заштита приватности у контексту заштите достојанства запосленог</i>	187
4.1. <i>Уводне напомене</i>	187
4.2. <i>Право запосленог на приватност и концепција пристојног рада</i>	189
4.3. <i>Дискриминација запосленог због чињеница из његовог приватног живота</i>	192
4.3.1. <i>Начело једнакости и забране дискриминације</i>	192
4.3.2. <i>Врсте дискриминације због чињеница из приватног живота запосленог</i>	198
4.3.3. <i>Чињенице из приватног живота запосленог као основи дискриминације</i>	201
4.3.3.1. <i>Дискриминација по основу пола, материнства и породичних дужности</i>	203
4.3.3.2. <i>Дискриминација по основу старосне доби</i>	214
4.3.3.3. <i>Дискриминација по основу инвалидитета</i>	226
4.3.3.4. <i>Дискриминација по основу родног идентитета и сексуалне оријентације</i>	234
4.3.3.5. <i>Дискриминација по основу животног стила</i>	237
4.4. <i>Право на приватност и психичко узнемиравање (злостављање) на раду...</i>	242
4.4.1. <i>Чињенице из приватног живота запосленог као узроци психичког узнемиравања</i>	246
4.4.2. <i>Посљедице, превенција и заштита од психичког узнемиравања на раду у контексту заштите приватности запосленог</i>	251
4.5. <i>Повреда приватности као професионални ризик</i>	253

4.6. Уважавање чињеница из приватног живота запосленог у циљу остваривања права из радног односа и по основу рада	257
5. Приватност запосленог са специфичним мјестом рада	262
5.1. Уводна разматрања	262
5.2. Рад ван просторија послодавца	264
5.3. Плаћени рад у домаћинству послодавца	271
6. Особености заштите приватности запослених у посебним режимима радних односа	278
6.1. Уводна разматрања	278
6.2. Право државног службеника на приватност	280
6.3. Право поморца на приватност.....	290
7. Заштита приватности запосленог у случају престанка радног односа	295
7.1. Престанак радног односа - кључни правни аспекти	295
7.2. Забрањени отказни разлози	300
7.2.1. Привремена спријеченост за рад усљед болести, несреће на раду или професионалног обољења	303
7.2.2. Трудноћа, коришћење породилског, односно родитељског одсуства ..	307
7.2.3. Чланство у синдикату и дјеловање у својству представника радника	311
7.2.4. Политичко увјерење и припадност политичкој партији	317
7.2.5. Религија и вјера (вјероисповјест)	320
7.2.6. Раса, боја коже, национално или етничко поријекло	325
7.3. Чињенице из приватног живота запосленог као (допунска) мјерила за утврђивање вишка запослених	327
8. Право запосленог на приватност и дисциплинска одговорност	335
8.1. Општа разматрања	335
8.2. Отказ уговора о раду због понашања запосленог ван радног времена и ван мјеста рада	337
II ПРАВО ЗАПОСЛЕНИХ НА ПРИВАТНОСТ У КОЛЕКТИВНОМ РАДНОМ ПРАВУ	
1. Уводне напомене	349
2. Право запослених на приватност и синдикално организовање	350

3. Значај колективног радног права за заштиту права запослених на приватност	357
3.1. Уводне напомене	357
3.2. Право запослених на информисање/консултовање/саодлучивање и заштита приватности	359
4. Право запослених на приватност у току штрајка	363
4.1. Право на штрајк – кључни аспекти	363
4.2. Заштита приватности учесника штрајка (штрајкача)	365

ДИО ТРЕЋИ

ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ У ОБЛАСТИ ЗАШТИТЕ ОД СОЦИЈАЛНИХ РИЗИКА	367
I ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ ОСИГУРАНИКА – ЗАПОСЛЕНОГ У СИСТЕМУ СОЦИЈАЛНОГ ОСИГУРАЊА	367
II ЈЕДНАКОСТ И СОЛИДАРНОСТ КАО НАЧЕЛА ПРАВА СОЦИЈАЛНОГ ОСИГУРАЊА	369
III ЗАШТИТА ЛИЧНИХ ПОДАТАКА КАО НАЧЕЛО ПРАВА СОЦИЈАЛНОГ ОСИГУРАЊА	374
IV ЗАШТИТА ПРИВАТНОСТИ ЗАПОСЛЕНОГ У ОКВИРУ ОБАВЕЗНОГ ЗДРАВСТВЕНОГ ОСИГУРАЊА	376
1. Заштита приватности запосленог у поступку остваривања прва на здравствену заштиту	377
2. Заштита приватности запосленог у поступку остваривања права на накнаду зараде усљед привремене спријечености за рад	381
ЗАКЉУЧАК	385
СПИСАК ЛИТЕРАТУРЕ	399
КОРИШЋЕНИ ПРАВНИ ИЗВОРИ	409

УВОД

Право на приватност (поштовање приватног живота) спада у ред основних људских права којима се, у првом реду, штити морални и душевни интегритет човјека. Историјски посматрано, право на приватност се најприје гарантује појединцу у односу на државу, док је уживање приватности на радном мјесту зависило од начина на који послодавац врши своја управљачка овлашћења. Данас је ситуација у многоме другачија, будући да преовладава идеја о томе да уживање права на приватност треба проширити и на област радних односа. Признавање овог права на радном мјесту отворило је, међутим, бројна питања у вези са равнотежом интереса радника и послодавца, границама субординације у радном односу, разграничењем приватног и професионалног живота, али и поштовањем људских права на радном мјесту. Актуелизацији овог питања посљедњих пар деценије нарочито је допринио процес глобализације који је заострио односе међу послодавцима и учинио да конкурентност њихових производа и услуга у великој мјери буде одређена потенцијалом радника, због чега све више бивају заинтересовани за оне аспекте приватног живота запосленог који, макар и на посредан начин, могу утицати на извршавање радних задатака. На другој страни, муњевит развој технологије омогућио је послодавцу да на веома лак и брз начин наруши приватност запосленог, због чега је у сталном порасту број кршења овог права на радном мјесту. Проблем постаје сложенији узме ли се у обзир да право на приватност нема директну примјену у области радних односа, те да у упоредним радноправним системима не постоје примјери цјеловите и непосредне заштите овог права запосленог. Отуда је циљ овог истраживања подразумијевао да се, кроз анализу домаћег, упоредног и међународног права и праксе, системски сагледа проблематика заштите приватног живота на раду и да се одговори на бројна питања у вези са правним оквиром права запосленог на приватност, дозвољеним ограничењима, условима ограничења и мјерама заштите. Ништа мањи није био ни практични циљ истраживања, будући да његови резултати могу представљати помоћ законодавцу и социјалним партнерима приликом уређења бројних института радног права, а исто тако могу бити од помоћи судској пракси код рјешавања

деликатних спорова везаних за приватност запосленог. Ово тим прије што је садржина права на приватни живот изузетно сложена и што се ово (у основи грађанско) право мора прилагодити специфичностима радних односа. То је од посебног значаја за радно законодавство и праксу Црне Горе и Србије којима тек предстоји рјешавање важних питања која се тичу уживања људских права на радном мјесту и заштите достојанства запосленог.

Ради остваривања својих циљева и ширег сагледавања предметне материје истраживање је у Првом дијелу пошло од људских права уопште, њихових карактеристика, својстава, могућности ограничења и заштите, чиме су створене претпоставке за боље разумијевање природе и значаја права на приватност и међусобне повезаности и условљености овог грађанског права са радним правима као социјално-економским правима. Како је свако промишљање о људским правима потребно смјестити у савремени контекст, у овом дијелу истраживања анализира се утицај глобалних процеса и технолошког развоја на право на приватност али и на радна права. У оквиру посебног поглавља настојали смо да одредимо радноправни појам права на приватност и основне концепције и принципе који могу олакшати његову инкорпорацију у свијет рада. У првом реду, анализирани су принципи легалитета, (чији се дефицит у радном праву може успјешно надомјестити принципом транспарентности), легитимности и сразмјерности као основне правне технике за ограничавање приватности запосленог на радном мјесту. Поред ових правних техника разматрани су и концепти (“праве мјере интереса” и “очекиване приватности запосленог”) који су незаобилазни у рјешавању сложених питања везаних за уживање и заштиту права на приватност на радном мјесту. Одговарајућа пажња посвећена је и битним обиљежјима радног односа, будући да они представљају додатне генераторе ризика по приватни живот запосленог.

Будући да се питање приватности посредно или непосредно може повезати са бројним институтима радног права, у Другом дијелу рада разматран је значај права на приватност у индивидуалном и колективном радном праву понаособ. Посебно је истражен утицај приватног живота на заснивање радног односа, с обзиром на то да се управо у том поступку право на приватност често нарушава, те да у позитивном праву не постоје адекватни механизми за његову заштиту, а све на

примјеру различитих метода утврђивања подобности кандидата за запослење и услова (и сметњи) за заснивање радног односа. У току трајања радног односа питање заштите приватности још више добија на значају имајући у виду настојање послодавца да кроз контролу, која може укључити и приватност запосленог, утиче на цјелокупни процес рада. Отуда је у овом дијелу рада анализирано у којој мјери право запосленог на приватност утиче на измијењено схватање правне субординације као основног обиљежја радног односа, а у намјери да се задовоље друштвени интереси и заштити морални и психички интегритет личности (запосленог). У овом контексту размотрено је и питање обавезе поштовања људских права и слобода на радном мјесту, а посебно у вези са надзором и тестирањем као најсавременијим и најконтраверзнијим начинима нарушавања приватности запосленог.

Како начело једнакости и забране дискриминације представља увијек актуелно питање, значајан дио истраживања посвећен је положају запослених који због одређених личних својстава (и чињеница из приватног живота) могу бити другачије третирани од стране послодавца. Осим тога, сагледане су и специфичности остваривања права на приватност у условима рада ван просторија послодавца и у посебном режиму радних односа, будући да је у свим овим случајевима приватна сфера живота запосленог теже одвојива од професионалне, због чега је било потребно анализирати посебне механизме заштите приватности ових категорија запослених. У оквиру посебног поглавља анализира се и заштита приватног живота запосленог у случају отказа уговора о раду и то у вези са личним својствима као недозвољеним отказним разлозима, односно понашањем запосленог ван мјеста рада и ван радног времена као потенцијалним отказним разлогом, те елементима приватног живота као допунским мјерилима за утврђивање вишка запослених.

Истраживање улоге права на приватност у колективном радном праву имало је за циљ прије свега да укаже на потребу препознавања оних дјелова колективног радног права који могу бити од значаја за заштиту права запосленог на приватност, будући да ова проблематика представља изазов са којим се теорија и пракса радног права још увијек нису значајније суочиле. У складу са тим, анализирани су различити аспекти приватности запосленог у поступку синдикалног организовања,

утврђивања репрезентативности синдиката, као и заштита података о синдикалној припадности као дијела приватног живота запосленог. Како се рјешавање сложених питања радног права не може замислити без колективног дјеловања радника и социјалног дијалога, то се у овом дијелу истраживања критички анализира начин на који синдикат, савјет запослених и друга представничка тијела радника могу контролисати моћ послодавца да задире у приватност запосленог. Исто тако, анализира се и начин на који ови субјекти могу дати допринос успостављању добре и фер праксе по питању заштите приватног живота запосленог.

Трећи дио рада посвећен је анализи положаја запосленог као титулара права на приватност у односу на носиоце социјалног осигурања са којима ступа у социјално правни однос и у односу на друге учеснике у спровођењу социјалног осигурања, а посебно имајући у виду да је остваривање ових права често везано за најдубљу интиму појединца. У оквиру овог дијела сагледано је и питање утицаја чињеница из приватног живота запосленог као осигураника на остваривање неког од права из области социјалног осигурања. Посебно су анализирана два принципа (принцип једнакости и солидарности и принцип заштите личних података) која карактеришу остваривање права у оквиру система социјалног осигурања, а која истовремено имају одлучујући утицај на заштиту приватног живота запосленог као осигураника. Имајући у виду значај појединих питања, посебно је размотрена заштита приватног живота запосленог у поступку остваривања права на здравствену заштиту и права на накнаду зараде усљед привремене спријечености за рад.

У Закључку рада сумирани су одговарајући резултати до којих се дошло у овом истраживању, а који указују на основне правце у којима се заштита приватног живота на раду може даље развијати. Указано је на сву комплексност питања заштите приватног живота запосленог која је углавном узрокована неспорним интересом послодавца да утиче на процес и резултате рада, на једној страни и исто тако неспорним интересом запосленог да задржи својство грађанина на радном мјесту, те да захтијева остваривање основних људских права, на другој страни. У том смислу, у овом дијелу рада сумирани су могући механизми за проналажење праве мјере супростављених интереса радника и послодавца, на начин што ће се

традиционални принципи ограничавања људских права прилагодити специфичним потребама радног односа, а све уз наглашену улогу социјалних партнера. На овај начин савремено радно право може помирити идеју о уживању приватности на радном мјесту са идејом о широким овлашћењима послодавца на радном мјесту. Овај дио рада садржи и одређене предлоге о томе на који начин је могуће осавременити домаће радно законодавство како би оно одговарало изазовима са којима се радни однос суочава када је у питању заштита приватности као фундаменталног права човјека.

ДИО ПРВИ
МЈЕСТО ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ И РАДНИХ ПРАВА У СИСТЕМУ
ЉУДСКИХ ПРАВА

I ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ КАО ОСНОВНО ЉУДСКО ПРАВО

1. Општи осврт на људска права

Под људским правима обично се подразумејева скуп права која припадају сваком појединцу, без обзира на државу и њену правну јурисдикцију. Нека права човјека толико су значајна да стоје изнад ауторитета законодавца.¹ Везана су за достојанство које се стиче рођењем, и у том смислу су природна, универзална, неотуђива и недјељива. Штавише, признавање једнаких и неотуђивих права свим члановима људске породице темељ је слободе, правде и мира у свијету.² Сви људи обдарени су истим корпусом људских права, без обзира на то у којој држави живе.³ Људска права су права која припадају појединцу или групи појединаца као посљедица чињенице да су они људска бића.⁴ Она у свом тоталитету представљају потврду и заштиту људског достојанства, док је, на другој страни, достојанство

¹ Н. Петрушић (ур.), *Приручник за борбу против дискриминације на раду*, Повјереник за заштиту равноправности, Београд, 2012, стр.94. Савремено међународно право о људским правима се, у принципу, заснива на идеји да изнад норми које доноси човјек постоји и неко више право, било да је оно божанског поријекла, било да оно има своје изворе у природном праву. Међутим, међународно право о људским правима је тек у савремено доба постало аутономни дио међународног права. У објективном смислу, под међународним правом о људским правима подразумејемо позитивни и обавезујући скуп правних норми који чине правни кодекс људских права на међународном нивоу. У субјективном смислу, под људским правима се подразумејавају она права која припадају свим људима почев од њиховог рођења и која не почивају на ауторитету законодавца. Пошто појединац није страна у уговору на коме заштита његовог људског права почива, људска права нису идентична грађанским субјективним правима. Управо супротно, људска права су иманентна људском дигнитету, припадају сваком појединцу темељем прости чињенице да он има својство људског бића. Следствено томе, људска права не ствара држава и њено објективно право. Она их само признаје. Међународно право људских права поставља обавезе државама да признају, поштују и штите таква права. А. Јакшић, *Европска конвенција о људским правима-коментар*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2006, стр.14-16.

² Увод у Општу декларацију о правима човјека Уједињених нација из 1948.године. Члан 1 Декларације: „Сва људска бића рађају се слободна и једнака у достојанству и правима. Она су обдарена разумом и свијешћу и требају једни према другоме поступати у духу братства. Члан 1 Повеље о основним правима у ЕУ: „Људско достојанство је неповриједиво, оно се мора поштовати и штитити.“

³ С. Гајин, *Људска права*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду, Београд, 2012, стр.15.

⁴ Н. Анђелић, *Кратка повјест људских права*, АЦИПС, Сарајево, 2008, стр.12.

„извориште“ свих људских права. Заправо, оно се сматра условом остваривања осталих права човјека.⁵

Људска права представљају тековину вишевијековне борбе за ограничавање људске власти, односно деспотизма владара и владајућих друштвених слојева у корист грађана.⁶ Бројна су документа и догађаји који су кроз историју утицали на развој људских права, почев од усвајања *Magna Carta Libertatum* (1215), доношења *Америчке декларације о независности* (1776), *Француске револуције* (1789), *Бечког конгреса* (1815), објављивања *Манифеста комунистичке партије* (1848), *Октобарске револуције* (1917), потписивања *Атланске повеље* (1941) и других.⁷ До успостављања савременог концепта људских права и њиховог међународног нормирања није се лако дошло,⁸ но данас је изграђен завидан каталог људских права која су гарантована међународним актима, уставима⁹ и законима демократских држава.

Након што је Други свјетски рат окончан било је јасно да уставни, политички и правни системи појединих европских држава нису ефикасно ограничили амбиције политичких покрета који нуде ауторитарне одговоре на економске проблеме и територијалне спорове, па се, отуда, за многе западне демократије излаз из овакве ситуације налазио у чвршћем оквиру уставне демократије и владавине права, те бољој заштити људских права путем међународних институција.¹⁰ Први корак у правцу међународног регулисања људских права представља доношење Опште декларације о правима човјека

⁵ М. Пајванчић, *Уставно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2014, стр.71.

⁶ С. Јашаревић, „Социјално-економска права у вези са радом у међународним и европским стандардима“, *Радно и социјално право*, Београд, 1/2008, стр.176.

⁷ Тако, примјера ради, у *Magna Carta Libertatum* наилазимо на примјере заштите људских права и слобода: „Ниједан слободан човјек неће бити ухапшен или затворен у тамницу или лишен посједа, или стављен ван закона, или изгнан, или на било који начин оштећен, нити ћемо ми учинити ништа против њега, сем по законској пресуди његових перова или сагласно закону земље“.

⁸ Џон Лок се сматра зачетником поимања људских права, каквих их данас посматрамо. Он је тврдио да сваки човјек има право на живот, слободу и имовину. Те идеје су биле базиране на идеји рационалних, једнаких људи и природних права датих од Бога. По њему, владе које су кршиле та права губиле су легитимитет права на владање. Локове идеје и његови принципи могу се сматрати покретачем револуција које су слиједиле у сљедећем вијеку. М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Међународна људска права*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2013, стр.23-24.

⁹ Устав Црне Горе („Сл. лист ЦГ“, бр.01/07) јемчи права и слободе. „Права и слободе су неповриједиви“, члан 6.

¹⁰ S. Greer, *The European Convention on Human Rights - Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge university press, New York, 2006, стр.14.

Уједињених нација из 1948.године која је снажно промовисала идеју о универзалном карактеру људских права и њиховој заштити као општем добру. Декларација садржи, за то вријеме, свеобухватну листу људских права, чиме се само утире пут њиховом интензивном развоју у другој половини XX вијека, а који се наставља и данас. Декларација гарантује грађанска, политичка, економска, социјална и културна права која се остварују без прављења разлике по основима као што су раса, боја, пол, језик, вјера, политичко или друго мишљење.¹¹ Убрзо је услиједило доношење Европске социјалне повеље (1961), Међународног пакта о грађанским и политичким правима (1966) и Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима (1966), са намјером да се потврде у Декларацији изражене тенденције о заштити људских права.¹² Ипак, од посебног значаја је доношење два документа регионалног карактера: Европске конвенције о људским правима (1950) и Повеље о основним правима у ЕУ (2000).¹³

Европску конвенцију о људским правима донио је Савјет Европе 1950.године и, када је у питању судска заштита људских права, овај документ нема конкуренцију. Наиме, каталог људских права који садржи Конвенција није најисцрпнији али ужива ефикасну заштиту Европског суда за људска права у Стразбуру. Она је први међународни документ о људским правима чији је циљ заштита широког круга политичких и грађанских права, како кроз уговор који правно обавезује високе стране уговорнице, тако кроз утврђени систем надзора над имплементацијом тих права на унутрашњем плану.¹⁴ Настала је по окончању Другог свјетског рата као резултат тежње народа Европе да створе другачији и

¹¹ Број основа на бази којих се не смије правити разлика међу људима, када је у питању уживање људских права, стално се повећава.

¹² Међународни пакт о грађанским и политичким правима („Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори“, број 7/71, преузета Одлуком о проглашењу независности Републике Црне Горе, „Сл. лист РЦГ“, бр.36/2006). Међународни пакт о економским социјалним и културним правима („Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори“, број 7/71, преузета Одлуком о проглашењу независности Републике Црне Горе, „Сл. лист РЦГ“, бр.36/2006).

¹³ Донијети су и други регионални акти као што су Међуамеричка конвенција о људским правима из 1969.године и Афричка повеља о људским и правима народа из 1981.године. Постоје и други међународни акти универзалног карактера који се баве само одређеним људским правима као што су, примјера ради, Конвенција о укидању свих облика расне дискриминације из 1966.године, Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена из 1979.године, Конвенција о правима дјетета из 1989.године или Конвенција о правима лица са инвалидитетом из 2006.године.

¹⁴ D. Gomien, *Evropska konvencija o ljudskim pravima-priručnik*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Zadar, 2007, стр.21.

модернији начин међусобне кохабитације, али и другачији и модернији однос човјека према органима власти у сопственој држави.¹⁵ За разлику од осталих међународних инструмената за заштиту људских права, Конвенција представља потпуно развијен и заокружен механизам за заштиту људских права, и то како у супстанцијалном, тако и у процедуралном аспекту.¹⁶

Повеља о основним правима у Европској унији из 2000.године¹⁷ има другачији значај и ужива другачију врсту ауторитета. Први је модерни документ који превладава традиционалне подјеле људских права, односно дуализам у њиховом регулисању. У њеној изради учествовали су и представници националних парламената и невладиних организација. У једниственем документу гарантује исцрпну листу људских права, примјењујући себи својствену и не баш разумљиву класификацију. Дуго времена је била документ који је у ЕУ сматран идејом водилом, а ступањем на снагу Лисабонског уговора она добија и обавезујућу снагу. Лисабонски уговор не садржи као свој саставни дио Повељу, али у члану 6 признаје права, принципе и слободе наведене у Повељи и изједначава је по правној вриједности са оснивачким уговорима.¹⁸ Повеља сада представља извор примарног права Уније и обавезује њене институције као и државе чланице, када примјењују, односно извршавају право Европске уније.¹⁹ Она усваја антропоцентрички приступ стављајући човјека у средиште цјелокупне јавне дјелатности Уније и држава чланица, усвајајући као крајњи циљ те дјелатности заштиту достојанства, аутономије и слободе индивида.²⁰

Мада међу овим актима постоје значајне разлике, прије свега у погледу обима и врсте права које гарантују, за њихов складан однос од значаја је то што Повеља предвиђа да, у мјери у којој она признаје права која одговарају правима

¹⁵ А. Јакшић, *op. cit.*, стр.11.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Charter of Fundamental Rights of the European Union (*Official Journal of the European Communities*, С 364/1, 18.12.2000).

¹⁸ Б. Кошутећ, „Европска унија на раскршћу“, *Зборник школе права ЕУ*, Факултет правних наука, Универзитет Доња Горица, 2011, стр.19-20.

¹⁹ У Декларацији прикљученој завршном акту међувладине конференције која је усвојила Лисабонски уговор, а која се односи на Повељу о основним правима, констатује се да Повеља, која има обавезну правну снагу, потврђује основна права гарантована Европском конвенцијом о људским правима и основним слободама и права која проистичу из уставне традиције заједничке државама чланицама. Б. Кошутећ, *Основи права Европске уније*, ЦИД, Подгорица, 2014, стр.310.

²⁰ *Ibid.*, стр.311.

признатим Конвенцијом, њихов смисао и обим истовјени су онима који им је дат Конвенцијом.²¹

1.1. Недјелјивост, међусобна условљеност и класификација људских права

Последњих деценија посебно се развио концепт о недјелјивости људских права имајући у виду њихову једнаку вриједност. Снажно је одбачена идеја о њиховој различитој правној снази, без обзира на разлике које се међу њима могу јавити. Нехијерархичност људских права тијесно је повезана са њиховом међусобном условљеношћу, те чињеницом да се ова права не могу посматрати одвојено (примјера ради, постоји тијесна веза и међусобна условљеност између *права на удруживање* као основног грађанског права човјека и *права на синдикално организовање* као социјалног права које припада раднику). О међузависности права говори се и у Преамбули Пакта о грађанским и политичким правима, будући да „идеал слободног људског бића које ужива грађанске и политичке слободе... може бити постигнут само ако се створе услови који омогућавају свакоме да ужива своја грађанска и политичка, исто тако као и своја економска, социјална и културна права.²² У складу са тим, све више се примјењује *тзв. интегрисани приступ људским правима* који почива на идеји о томе да је уживање грађанских и политичких права човјека обесмишљено уколико се занемаре његова социјална права.²³ Говори се и о све блијеђој граници између јавног и приватног права у погледу утицаја који на њих имају људска права. Постало је, одута, сасвим реално очекивати да се и у оквиру уговорног права обезбиједи одговарајућа заштита достојанства и људских права, укључујући право на приватност.²⁴

²¹ Проблем, међутим, представља чињеница да су иста права различито формулисана у овим актима, те да искуство показује да је тешко избјећи контрадикције када два различита текста, по истом питању, тумаче два различита суда. S. Greer, *op. cit.*, стр.87.

²² М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Основи Међународних људских права*, Мегатренд универзитет, Београд, 2007, стр.265.

²³ У питању је метод интерпретације који Европски суд за људска права примјењује у својим одлукама, а захваљујући коме је могуће обезбиједити заштиту економско-социјалних права која нису садржана у Конвенцији онда када је то неопходно за остваривање, у њој гарантованих, грађанских права. V. Mantouvalou, „Work and private life: Sidabras and Dziautas v. Lithuania“, *European Law Review*, vol.30, 2005, стр.573.

²⁴ Н. Collins, „The impact of human rights law on contract law in Europe“, *Legal Studies Research Paper*, University of Cambridge, Faculty of Law, број 13/2011, стр.3.

Све ово, међутим, не значи да се не може извршити класификација (типологија) људских права полазећи од њихових различитих својстава. Не постоји у науци консензус о критеријумима подјеле људских права, па самим тим ни постојеће класификације нису конзистентне. Најчешће спомињана подјела је подјела на грађанска, политичка, економска, социјална и културна права. *Principum divisionis* подјеле је циљ ових права у друштву, односно сфера активности појединца у друштву.²⁵ Поред ове, значајна је и подјела људских права на права прве, друге и треће генерације. *Principum divisionis* ове подјеле је вријеме настанка права, па, у складу са тим, у права прве генерације спадају политичка и грађанска права као права која се, историјски посматрано, најприје гарантују човјеку. Права друге генерације чине права која настају нешто касније и у њих спадају економска, социјална и културна права. Трећа генерација људских права је најмлађа и настала је увиђањем људског бића да ће права прве и друге генерације постати бесмислена ако се не заштити човјекова средина, или настане општа глад, или свјетски рат, па се у неким инструментима гарантују права, као што су право на мир или право на развој.²⁶

Често се у литератури јавља подјела људских права на утужива (енг. *justiciable*) и неутужива (енг. *non-justiciable*), полазећи од тога да ли титулар права може подношењем тужбе захтијевати његово остваривање. Понекад је ова подјела имала за циљ и да умањи правну вриједност тзв. неутуживих права. Тако, често се наводи да је многа права (право на рад) немогуће остварити у судском поступку против државе, будући да држава има само обавезу да постепено ствара економски амбијент како би се то право остварило.²⁷ Међутим, исправније би било говорити о *посредној* и *непосредној* утуживости људских права. Тако, и право на рад је у појединим својим аспектима (посредно) утуживо. Утуживост је несумљива одлика права на рад у погледу два својства - забране принудног рада и забране дискриминације.²⁸ Неки аутори сматрају да је својство утуживости економских,

²⁵ М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Међународна људска права*, стр.26.

²⁶ *Ibid.*, стр.26-27.

²⁷ *Ibid.*, стр.25-26.

²⁸ У оквиру филозофије либералног друштва утуживост права на рад се сматра супротном правилима тржишне економије. Овај приступ, међутим, занемарује субјективна права појединца у односу на државу, као и обавезу државе да предузме мјере активне политике запошљавања. Б.

социјалних и културних права, потврђено доношењем Опционог протокола уз Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима који Комитету за економска, социјална и културна права даје нова овлашћења у вези са заштитом ових права.²⁹

У регулисању основних људских права на међународном плану дуго времена је био заступљен двоструки приступ, што никако не треба разумјети као настојање да се људска права различито вриједнују. Тако, 1961.године доноси се Европска социјална повеља³⁰ која на систематичан начин излаже и штити социјална и економска права човјека. У датом историјском тренутку, њено доношење значило је потребу да се афирмише ова група права. Након тога, 1966.године, доносе се два пакта (Међународни пакт о грађанским и политичким правима и Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима) која се у засебним документима баве основним људским правима. Европска конвенција о људским правима претежно садржи основна грађанска и политичка права, а Повеља о основним правима у ЕУ превазилази до тад присутан дуализам у регулисању људских права, обухватајући их истим документом. Повеља је основна људска права систематизовала у поглавља која носе назив *Достојанство, Слобода, Једнакост, Солидарност, Право грађанства и Правда*, афирмишући тако, на симболичан начин, основне људске вриједности.³¹ Тиме су коначно уобличене двије суштинске идеје које су сазријевале у националним уставним правима и међународним правним инструментима о људским правима.³² Прва идеја подвлачи да људска права и основне слободе, без обзира на њихову врсту (грађанска, политичка, социјална или економска права), захтијевају извјестан обим позитивне државне акције, док према другој идеји основна права нису „субјективна права“

Лубарда, *Увод у радно право са елементима социјалног права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр.98.

²⁹ M. Ssenyonjo, „Economic, social and cultural rights: an examination of state obligations“ у: S. Joseph, A. McBeth (ур.), *Research Handbook on International Human Rights Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2010, стр.36.

³⁰ Европска социјална повеља ступила је на снагу 1965.године, док је Ревидирана европска социјална повеља донијета 1996.године, а ступила на снагу 1999.године.

³¹ Устав Црне Горе („Сл. лист ЦГ“, бр.01/07) је систематизовао људска права и слободе у четири цјелине: лична права и слободе, политичка права и слободе, затим економска, социјална и културна права и слободе, и на крају посебна-мањинска права и слободе.

³² Б. Кошутић, *Основи права Европске уније*, стр.311.

али имају важна правна и политичка дејства.³³ Ипак, с правом се примјећује да намјера превазилажења различитог третмана људских права није до краја спроведена. Ово из разлога што су представници Уједињеног Краљевства Велике Британије и Сјеверне Ирске, условили сагласност да Повеља постане саставни дио Устава за Европу и, сходно томе, обавезан правни акт, одсјечним разликовањем између права и принципа, а што се посебно односи на поглавље *Солидарност*.³⁴

1.2. Начела остваривања, заштите и ограничења људских права

Једнакост као основна друштвена вриједност има дугу историју и, мада су јој се током тог периода приписивала различита значења, идеја о томе да су сви људи рођени једнаки те да, у складу са тим, уживају иста права и једнак третман, остала је циљ одговарајућих заштитних мјера.³⁵ Другим ријечима, пошто људска права посједују људи зато што су људска бића, нормално је да се према свим људима мора поступати с једнаким поштовањем и бригом.³⁶ Отуда, најзначајније начело у остваривању људских права је *начело забране дискриминације* које, између осталог, подразумејева да се не могу уводити ограничења у уживању људских права било које врсте која би била мотивисана личним својствима појединца. Ово начело уткано је у све домаће и међународне акте који се баве гарантовањем и заштитом људских права. Устав Црне Горе у низу чланова забрањује дискриминацију и прокламује једнакост у остваривању основних права и слобода, док се права и слободе предвиђене Европском конвенцијом о људским правима обезбјеђују без обзира на основ као што су пол, раса, боја коже, језик, вјероисповјест, политичко и друго мишљење, национално или социјално поријекло, веза са неком националном мањином, имовно стање или други статус.

³³ *Ibid.*

³⁴ Представници Уједињеног Краљевства и неких других држава чланица захтијевали су да извјесне одредбе Повеље о основним правима не установљавају субјективна права на која се индивидуална лица могу непосредно позивати пред судовима, већ принципе које треба да поштују и извршавају Унија и државе чланице у обављању њихових законодавних и извршних функција. Б. Кошутућ, *Основи права Европске уније*, стр.311.

³⁵ L. G. Loucaides, *The European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2007, стр.55.

³⁶ М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Међународна људска права*, стр.56.

Поред овог, Конвенција садржи и *начело забране злоупотребе права* јер ништа у њој не може бити тумачено тако да подразумијева право било које државе, групе или лица да се упусте у неку дјелатност или изврше неки чин који је усмјерен на поништавање било ког од наведених права и слобода, или на њихово ограничавање у већој мјери од оне која је превиђена Конвенцијом.³⁷ Злоупотребити право, уопштено узевши, значи користити га противно његовој сврси, односно у недозвољене сврхе. У остваривању људских права примјењује се и *начело посебне заштите угрожених категорија људи* којима још увијек нису доступна сва људска права, па се међународни документи посебно баве њиховом заштитом.³⁸

У демократским друштвима могућност ограничења основних људских права своди се на минимум. У томе се огледа идеал владавине права и савременог поимања демократије. И онда када постоји, могућност ограничења људских права праћена је стварним разлогом који је оправдава уз обавезну примјену одговорајућих принципа (легалитета, сразмјерности, сврсисходности, легитимности). Обично се ова ограничења дијеле у три категорије и то ограничења привременог карактера, потом тзв. инхерентна ограничења неких категорија људских права и факултативна ограничења која држава може, али и не мора да уведе.³⁹ Овоме треба додати и једно опште ограничење по коме је свако обавезан да поштује права и слободе других. Другим ријечима, границу уживања права и слобода појединца представљају права и слободе других. То је опште *начело ограничења људских права*.⁴⁰ Границе слободама и правима грађана постављају само исте такве слободе и права других и уставом утврђени општи интереси заједнице.⁴¹

³⁷ Члан 14 - забрана дискриминације и члан 17 - забрана злоупотребе права Конвенције. Забрану злоупотребе у њој гарантованих права предвиђа и Повеља о основним правима у ЕУ, члан 54.

³⁸ На примјер жене, лица са инвалидитетом, разне врсте мањина. М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Међународна људска права*, стр.61.

³⁹ *Ibid.*, стр.63.

⁴⁰ У вршењу својих права и слобода свако треба бити подвргнут само оним ограничењима која су одређена искључиво у циљу осигурања дужног признања и поштовања права и слобода других у циљу задовољења правичних захтјева морала, јавног поретка и општег благостања у демократском друштву, члан 29, став 2 Опште декларације о правима човјека. „Ни својим се правом служити немош`, тек другоме на штету ил` досаду“, члан 1000 Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору.

⁴¹ М. Пајванчић, *op. cit.*, стр.92.

Устав Црне Горе предвиђа да се зајемчена људска права и слободe могу ограничити само законом, у обиму који допушта Устав и у мјери која је неопходна да би се у отвореном и слободном, демократском друштву задовољила сврха због које је ограничење дозвољено, те да се ограничења не смију уводити у друге сврхе осим оних ради којих су прописана.⁴² Европска конвенција о људским правима у низу чланова предвиђа дерогаторне клаузуле у којима се, такође, говори о ограничењима прописаним законом и неопходним у демократском друштву,⁴³ а Европски суд за људска права је у својим пресудама показао да се ови изузеци уско тумаче, те да израз *неопходан* никако не може имати значење *пожељан* или *користан*.⁴⁴ Поред ових, Конвенција садржи и општу дерогаторну клаузулу која се активира у случају рата или друге опште опасности која пријети опстанку нације.⁴⁵ Повеља о основним правима у Европској унији предвиђа да свако ограничење у вршењу права и слобода признатих Повељом мора бити унапријед утврђено законом. У складу са тим, ограничења се могу утврдити само када је то неопходно ради остваривања општеприхваћених циљева Уније и ради заштите других права и слобода. Постоји и посебна категорија неприкосновених (апсолутних) људских права која се не могу, ни под којим условима, ограничити, односно суспендовати.

⁴² Члан 24, став 1 и 2 Устава Црне Горе („Сл. лист ЦГ“, бр.01/07). Члан 25 Устава посебно прецизира могућност привременог ограничавања права и слобода: “За вријеме проглашеног ратног или ванредног стања може се ограничити остваривање појединих људских права и слобода, у обиму у којем је то неопходно. Ограничење се не смије чинити по основу пола, националности, расе, вјере, језика, етничког или друштвеног поријекла, политичког или другог увјерења, имовног стања или било каквог другог личног својства. Не могу се ограничити права на: живот; правни лијек и правну помоћ; достојанство и поштовање личности; правично и јавно суђење и начело законитости; претпоставку невиности; одбрану; накнаду штете за незаконито или неосновано лишење слободe и неосновану осуду; слободу мисли, савјести и вјероисповијести; закључење брака. Не могу се укидати забране: изазивања или подстицања мржње или нетрпељивости; дискриминације; поновног суђења и осуде за исто кривично дјело; насилне асимилације. Мјере ограничења могу важити најдуже док траје ратно или ванредно стање.”

⁴³ Ова ограничења постављају се у интересу националне безбједности или јавне сигурности, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других. Предвиђена су, примјера ради, чланом 9, став 2 као дерогативна клаузула члана 9 – Слобода мисли, савјести и вјероисповијести или чланом 11, став 2 као дерогативна клаузула члана 11- Слобода окупљања и удруживања.

⁴⁴ На примјер случај *Joung, James and Webster v. United Kingdom*. Више о томе види у: Б. Лубарда, *Европско радно право*, ЦИД, Подгорица, 2004, стр.60-67.

⁴⁵ У вријеме рата или друге опште опасности која пријети опстанку нације, свака висока страна уговорница може предузети мјере које одступају од њених обавеза по Конвенцији, и то у најнужнијој мјери коју изискује хитност ситуације, с тим да такве мјере не буду у нескладу са њеним другим обавезама према међународном праву, члан 15, став 1. Ограничења наведених права и слобода која су дозвољена Конвенцијом неће се примјењивати ни у које друге сврхе сем оних због којих су прописана, члан 18.

Ипак, треба водити рачуна о томе да списак неприкосновених права у најважнијим међународним уговорима о људским правима није увијек исти.⁴⁶

1.3. Титулари људских права

Остваривање основних људских права подразумијева успостављање одговарајућег односа између титулара (уживалаца) и адресата ових права. *Stricto sensu*, имати право, односно бити титулар права претпоставља да правна посљедица правне норме мора да предвиђа нешто више од пуке могућности.⁴⁷ Када се каже да људско право припада појединцу, под тим се мисли да у правном односу према појединцу мора да стоји неки други субјект права који има корелативну обавезу.⁴⁸ На унутрашњем плану, уставом као највишим правним актом, на уопштен начин, врши се идентификација титулара људских права, на начин што се остваривање основних људских права гарантује свим појединцима (грађанима) без разлике. У уживању људских права људска бића су равноправна, а право на уживање људских права престаје смрћу.⁴⁹

Међународни документи који се баве гарантовањем и заштитом људских права одређују и круг титулара (уживалаца) ових права. Тако, Европска конвенција о људским правима предвиђа да ће државе чланице осигурати „свакој особи под својом јурисдикцијом“⁵⁰ права и слободе одређене Конвенцијом, а само изузетно се држављанство или животна доб могу узети као додатни критеријуми за остваривање права.⁵¹ Овај услов је прилично флексибилан јер се појму *надлежност* допушта широко тумачење и не ограничава се, на примјер, на класичну теорију територијалне надлежности, већ обухвата било коју ситуацију у

⁴⁶ Према Међународном пакту о грађанским и политичким правима ни под којим условима се не могу укидати право на живот, забрана ропства, забрана дужничког затвора, правило законитости, право на личност и слобода савјести и вјероисповјести. Европска конвенција о људским правима садржи знатно краћу листу неприкосновених права: право на живот, забрана мучења, забрана ропства и правило *nullum crimen sine lege*. В. Димитријевић, Д. Поповић, Т. Папић, В. Петровић, *Међународно право људских права*, Београдски центар за људска права, Београд, 2007, стр.128.

⁴⁷ А. Јакшић, *op. cit.*, стр.16.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*, стр.84.

⁵⁰ Користећи формулацију „свакој особи под својом јурисдикцијом“, Конвенција је нагласила универзалност људских права.

⁵¹ А. Јакшић, *op. cit.*, стр.84.

којој лице спада под власт или контролу државе.⁵² Титулар људског права има право (тражбину) према држави у оквиру чије јурисдикције се налази, те има и право на употребу правног средства против државе која крши његова људска права на међународном плану.⁵³ Мада су титулари људских права прије свега физичка лица (и то у погледу уживања неких права већ од момента зачећа), титулари ових права могу бити и правна лица под условом да се ради о правима која по својој правној природи нису везана искључиво за физичка лица, попут права на живот или права на склапање брака.⁵⁴

Под адресатом права на приватност, у првом реду подразумијева се држава, чије обавезе, у вези са остваривањем људских права, могу бити позитивне и негативне. Управо је ово послужило као основ једне од бројних подјела људских права на *позитивна* и *негативна*. Прва захтијевају одређене радње, активности, напоре државе у циљу њиховог остваривања и зато се често називају правима програмског карактера, док друга захтијевају немијешање и уздржавање од радњи којима се ова права могу повриједити или ограничити. У другом случају, обавеза државе се, у великој мјери, своди на признавање права. Зато се и употребљавају синтагме *право на слободу изражавања* или *право на слободу мирног окупљања*.⁵⁵ Под државом као адресатом подразумијева се јединствени апарат државне, односно јавне власти.⁵⁶ Поред државе, међутим, под адресатом се може подразумијевати и било које физичко или правно лице које је дужно поштовати основна људска права других лица. У међународним размјерама се често као једини адресат људских права наводи држава.⁵⁷ Ово из разлога што је, уопштено узевши, држава одговорна

⁵² Појам надлежности може се посматрати у форми његова два саставна дијела: надлежност *ratione loci* и надлежност *rationae materiae*. Ž. Ditertr, *Изводи из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права*, ЈП Службени гласник, 2006, стр.27.

⁵³ А. Јакшић, *op. cit.*, стр.17.

⁵⁴ Када је у питању правно лице као титулар права, небитно је да ли се ради о правном лицу приватног или јавног права. Извјесна ограничења постоје само у погледу оних правних лица која су под државном контролом и чија је основна активност вршење функција суверенитета државе. А. Јакшић, *op. cit.*, стр.84-85.

⁵⁵ М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Међународна људска права*, стр.22.

⁵⁶ С. Гајин, *op. cit.*, стр.198.

⁵⁷ Најзначајнији *novum* које је међународно право људских права унијело у међународно јавно право јесте да је оно отклонило догму да појединац није субјект међународног права, засновану првенствено на доктрини суверенитета, једнакости и реципрочним обавезама између држава у међународним односима. Према традиционалном гледишту субјекти међународног права могу да буду само суверене државе. У оквиру међународног права о људским правима, међутим, појединац има статус субјекта права, има овлашћење да ужива и врши своје право, те да, у случају његове

за свако кршење људских права, ма од кога оно долазило, будући да није створила услове у којима ово кршење не би било могуће. У складу са тим, Европски суд за људска права је у мноштву случајева признао хоризонталну примјену одредаба Конвенције.⁵⁸

1.4. Заштита људских права – кључни правни аспекти

Као што је већ речено, исцрпне листе људских права садржане су у домаћим и међународним изворима права. За утврђивање основног каталога људских права нарочито су важни међународни документи, јер они показују сагласност о томе која су то општа, универзална људска права и то чине сасвим јасно, јер за разлику од унутрашњих прописа не регулишу друга субјективна права појединаца.⁵⁹ Историјски посматрано листа људских права се стално проширивала, па, отуда, ни данашњу не треба посматрати као коначну. Постоје три општа правила каталога људских права. Прво је нехијерархичност у њему садржаних права и слобода, затим забрана снижавања једном достигнутог нивоа заштите људских права и забрана ускраћивања права и слобода под изговором да оне нису набројане у каталогу права.⁶⁰

У посљедњих двадесетак година питања везана за људска права постала су стуб сваке државе која има претензије да буде демократска, да успостави владавину права, а велика залагања за људска права посљедњих неколико деценија, широм свијета, плод су сазријевања свијести савременог човјека о значењу идеје људских права.⁶¹ Заштита људских права почива на плурализму облика и метода заштите, што зависи од природе и својства одређене слободе или права.⁶² Заштиту људских права можемо подијелити на ону коју обезбјеђују државе унутар својих граница и ону која се обезбјеђује у међународним размјерама.

повреде, правним средством на међународном нивоу захтијева заштиту због кршења права. А. Јакшић, *op. cit.*, стр.20.

⁵⁸ *Ibid.*, стр.82-83.

⁵⁹ Међутим, људска права нису то зато што су наведена у изворима права, већ постоје независно од њих. В. Димитријевић, Д. Поповић, Т. Папић, В. Петровић, *op. cit.*, стр.38.

⁶⁰ С. Гајин, *op.cit.*, стр.161.

⁶¹ М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Међународна људска права*, стр.21,25.

⁶² М. Пајванчић, *op. cit.*, стр.97.

У оквиру организације Уједињених нација, поступак заштите људских права одвија се пред Комитетом за људска права, подношењем индивидуалних представки, на основу опционих протокола који су усвојени уз Међународни пакт о политичким и грађанским правима, Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, али и уз акте који се баве заштитом појединих права или категорија угрожених лица као што је, примјера ради, Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена. У питању су факултативни протоколи који предвиђају да свака држава уговорница која приступи протоколу признаје надлежност Комитета за људска права да прима и разматра представке појединаца који су под њеном јурисдикцијом а који тврде да су жртве кршења било ког права гарантованог пактом/конвенцијом. У оквиру организације Уједињених нација и њених специјализованих агенција развијени су и други специфични методи заштите појединих људских права. Такође, у међународним размјерама присутна је и кривична одговорност због кршење (појединих) људских права. Но, за разлику од кажњавања појединаца (физичких лица), државе, због кршења људских права, једино могу бити кажњене политичким, дипломатским или економским санкцијама.⁶³

У европским оквирима, Савјет Европе се јавља као најстарија организација основана ради остварења идеала и начела који представљају заједничко политичко и друштвено наслеђе Европе, са циљем да се пробуди и учврсти сарадња између држава које су прихватиле вриједности парламентарне демократије и владавине права уз пуно поштовање људских права.⁶⁴ Највећи допринос заштити људских права ова Организација је дала усвајањем Европске конвенције о људских правима и формирањем Европског суда за људска права у Стразбуру који се стара о заштити у њој гарантованих права. Конвенцијом је установљен до сада најефикаснији

⁶³ Ове санкције могу примјенити једна или више држава, али оне своју праву сврху и тежину имају онда када их примјењују међународне организације. Неке од ових санкција имају и одређену правну димензију. Ипак, треба водити рачуна о два битна ограничења. Прије свега, држава не може бити кривично одговорна, из простог разлога што кривична одговорност подразумијева виност, а то се никада не може приписати читавом народу. Друго питање тиче се проблема тзв. хуманитарне интервенције, тј. оружане акције у другим земљама због наводног или стварног кршења људских права. Више о томе види у: М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Међународна људска права*, стр.319.

⁶⁴ У вријеме оснивања СЕ је био западноевропска организација али после пада комунизма почиње процес придруживања источноевропских земаља. В. Димитријевић, Д. Поповић, Т. Папић, В. Петровић, *op. cit.*, стр.98.

систем заштите људских права.⁶⁵ Представку Суду може поднијети појединац, група, невладина организација и држава. Индивидулану представку може поднијети појединац под надлежношћу државе онда када сматра да му је повријеђено или ускраћено право гарантовано Конвенцијом. Услов за подношење представке су претходно исцрпљена сва правна средства у држави коју тужи али није неопходно да је подносиоцу представке причињена стварна штета.⁶⁶ На другој страни, економска, социјална и културна права могуће је заштити подношењем колективне жалбе коју разматра Комитет независних експерата, али само уколико је држава приликом ратификације Ревидиране европске социјалне повеље прихватила Протокол о колективним жалбама из 1995.године и на тај начин признала социјалним партнерима активну процесну легитимацију, тј. могућност подношења колективне жалбе у случају повреде права гарантованих Повељом.⁶⁷

Мада се Европска унија првобитно развијала као економска заједница, она никада није доводила у питање обавезу поштовања људских права. Своје одређење за поштовање људских права изражава на различите начине, па, стога, и уговори које она склапа са трећим земљама садрже одредбе које се односе на поштовање основних људских права, а непоштовање људских права може бити основ за раскид, па чак и обустављање уговора.⁶⁸ У бројним директивама, правилима и меким изворима права садржана је обавеза поштовања људских права која се директно или индиректно штите пред Судом правде ЕУ. Штавише, доношењем Повеље о основним правима у ЕУ извршена је кодификација људских права на универзалан начин. Повеља је требала да послужи као општа (правно необавезујућа) смјерница за поштовање људских права али је са Лисабонским уговором добила обавезујућу снагу. Заштита људских права је у ЕУ додатно оснажена установом Европског омбудсмана који је надлежан да прима и разматра жалбе грађана држава чланица који сматрају да им држава крши или ограничава

⁶⁵ *Ibid.*, стр.99.

⁶⁶ Подносилац представке мора бити директна или индиректна жртва кршења права и слобода из Конвенције од стране државе уговорнице коју тужи, а за прихватљивост представке не мора доказати да је жртва кршења Конвенције. Довољно је да тврди да је жртва. М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Међународна људска права*, стр.97.

⁶⁷ Црна Гора и Србија нису прихватиле Протокол о колективним жалбама.

⁶⁸ У уговорима које је ЕУ склопила са државама централне и источне Европе поштовање људских права и демократских принципа представља нарочито битан елемент и представља услов за пријем у чланство ЕУ. М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Међународна људска права*, стр.103.

неко право. Мада је заштита људских права у европским оквирима имала позитиван тренд од Другог свјетског рата, многи сматрају да је тај позитиван тренд заустављен петнаестак година уназад и да се данас систем људских права суочава са бројним изазовима као што су дубоке економске кризе, ширење тероризма, миграције, слабљење идеје о европским интеграцијама и др.⁶⁹

На унутрашњем плану људска права се штите у редовним судским поступцима, док посебан значај има могућност подношења уставне жалбе. Уставна жалба се може поднијети против појединачног акта државног органа, органа државне управе, органа локалне самоуправе или правног лица које врши јавна овлашћења, због повреде људских права и слобода зајемчених уставом, након исцрпљивања свих дјелотворних правних средстава, што подразумијева да је подносилац уставне жалбе у поступку искористио сва правна средства на која је имао право у складу са законом.⁷⁰ У питању је непосредан облик уставно-судске заштите људских права. Поред непосредног, постоји и посредан вид заштите људских права који се испољава кроз контролу уставности и законитости правних аката. Штавише, остваривање људских права је у тој мјери значајно да се прописује и кривична одговорност за прекршиоце ових права.⁷¹

Како би се развила свијест о потреби заштите људских права у већини држава данас постоје и други видови њихове заштите. Ту се прије свега мисли на институцију омбудсмана, али и на друге (невладине) организације које промовишу људска права, указују на њихова кршења, вршећи на тај начин притисак на јавну власт да заузме крајње одговоран став према овим питањима. У Црној Гори је

⁶⁹ Негативан тренд у заштити људских права почео је 11. септембра 2001. године, када долази до озбиљних кршења људских права у контексту антитерористичке борбе. N. Muižnieks, „The future of human rights protection in Europe“, *Security and Human Rights*, vol.24, број 1, 2013, стр.43-48.

⁷⁰ Члан 48 Закона о уставном суду („Сл. лист ЦГ“, бр.64/08, 46/13, 51/13). Уставну жалбу може изјавити свако лице које сматра да му је појединачним актом државног органа, органа државне управе, органа локалне самоуправе или правног лица које врши јавна овлашћења повријеђено људско право и слобода зајемчени Уставом, члан 49, став 1. Уставна жалба се подноси у року од 60 дана од дана достављања појединачног акта против којег се може поднијети уставна жалба у складу са законом, члан 50 став 1. Уставна жалба не задржава извршење појединачног акта против којег је изјављена, члан 52 став 1. Уставни суд одлучује само о повреди људског права и слободе која је наведена у уставној жалби, члан 55.

⁷¹ Тако, црногорски Кривични законик („Сл. лист ЦГ“, бр.40/08, 25/10, 73/10, 32/11, 64/11, 40/13, 56/13) предвиђа групу кривичних дјела под називом „Кривична дјела против слобода и права човјека и грађанина“ (нпр. противправно лишење слободе, повреда слободе говора и јавног иступања, спрјечавање политичког, синдикалног и другог организовања и дјеловања), глава XV.

Законом о заштитнику људских права и слобода уређена надлежност, овлашћења, начин рада и поступање заштитника у заштити људских права и слобода уређених Уставом, законима, потврђеним међународним уговорима о људским правима и општеприхваћеним правилима међународног права.⁷² Заштитник води поступак испитивања повреде људских права и слобода који се покреће притужбом или по сопственој иницијативи. Заштитник може да даје иницијативу за доношење закона и других прописа, да покреће поступак пред Уставним судом за оцјену сагласности закона са Уставом (и међународним уговорима), те да указује, упозорава, критикује, предлаже и препоручује.⁷³

Евидентан је константан напредак у погледу заштите људских права. Ово посебно важи за поједине државе и регионе који традиционално његују принципе демократије и владавине права и који имају развијену културу људских права. Без развијене културе људских права сви механизми њихове заштите могу остати недовољно ефикасни. На жалост, постоје и они региони код којих је гарантовање и заштита људских права још увијек на веома ниском нивоу. Утолико је значајнија намјера међународних докумената да дефинишу корпус права која појединцу требају бити гарантована без обзира на државу поријекла.

2. Право на приватност као грађанско право

2.1. Уводна разматрања

Право на приватност спада у групу основних, фундаменталних (грађанских) права човјека која имају за циљ заштиту моралног и душевног интегритета.⁷⁴ Оно се сврстава у ред *личних права* која представљају изразит

⁷² Члан 1 Закона о заштитнику људских права и слобода („Сл. лист ЦГ“, бр.42/11).

⁷³ Заштитник није овлашћен да мијења, укида или поништава акте органа. Не може да заступа странке у поступку, нити да у њихово име улаже правна средства, осим уз сагласност дискриминисаног лица. Поступак пред заштитником је повјерљив. Притужбу подноси свако ко сматра да су му повријеђена права и слободе. Након завршетка испитивања повреде људских права и слобода Заштитник даје мишљење о томе да ли је, на који начин, и у којој мјери дошло до повреде људских права и слободе. Ако јесте, мишљење садржи и препоруку о томе шта треба предузети како би се повреда отклонила и рок за отклањање.

⁷⁴ У групу права којима се штити душевни и морални интегритет убрајају се још и право на склапање брака и заснивање породице, право на слободу мисли, савјести и вјероисповјести, право на слободу изражавања. М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Међународна људска права*, стр.179. Устав Црне Горе („Сл. лист ЦГ“, бр.01/07) сврстава право на поштовање приватног и породичног живота у лична (људска) права и слободе, члан 40.

феномен нашег времена и односа својствених ери индустријске цивилизације, наглог техничког прогреса и комерцијализације људске личности.⁷⁵ Напори за увођење права на приватност паралелно су текли у Европи и Америци, почев од краја XIX вијека, и резултат су тенденције све веће јавности у оној сфери у којој је тајност пожељна – сфери приватног живота.⁷⁶ Будући да је право на приватност најугроженије лично право, оно се сматра стожером савремене битке за признавање личних права.⁷⁷

Сваки појединац има право да пажљиво чува своју приватност (интиму) од очију јавности (других), чиме уједно штити и лично достојанство. Заштитити приватну сферу појединца, његову интиму и породицу један је од основних циљева савремених правних система. *Приватност и приватни живот* (енг. *privacy/private life*, фр. *vie privée*) могу се дефинисати на различите начине, при чему се ова два појма у европској литератури углавном поистовјећују, иако право на приватност има ширу основу.⁷⁸ Право на приватност се једноставно одређују као исконско право човјека да буде остављен на миру.⁷⁹ Приватност је апсолутно субјективно право физичког лица да самостално одлучи о упознавању трећих лица са било којом манифестацијом своје егзистенције и, у том смислу, правом на приватност штити се приватност тоталитета човјекове егзистенције.⁸⁰ Право на приватност има и свој *негативан вид*. Оно укључује и право појединца да одлучи да ли ће одређене информације о себи примити од трећих лица.⁸¹ На овај начин, појединац одређује

⁷⁵ Термин лична права савремено упоредно право користи као скупну ознаку за комплексну проблематику грађанскоправне заштите личности. В. В. Водинелић, одредница „Поједина лична права“, у: О. Станковић, С. Перовић, М. Трајковић (ур.), *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, Службени лист СФРЈ, Београд, 1978, стр.904.

⁷⁶ *Ibid.*, стр.918.

⁷⁷ *Ibid.*, стр.509, 918.

⁷⁸ Право на приватност обухвата и низ елемената појединих личних права, која се у Европи јављају одвојено и под посебним именом (право на властиту слику, име, приватна писма). В. В. Водинелић, *op. cit.*, стр.909.

⁷⁹ L. Guerin, J.D., *Employment Law - The Essential HR Desk Reference*, Nolo, 2011, стр.252. Понекад се појам приватности информација поистовјећује са појмом повјерљивости информација. Међутим, за разлику од појма приватности информација који подразумијева право појединца да са одређеним информацијама не упозна трећа лица, појам повјерљивости информација подразумијева право појединца да спријечи поновно (даље) саопштавања одређених осјетљивих информација које су изворно саопштене у неком повјерљивом односу (на примјер однос лекар-пацијент). М. А. Rothstein, „Genetic privacy and confidentiality: why they are so hard to protect“, *The Journal of Law, Medicine and Ethics*, 2001, стр.198.

⁸⁰ Одредница „Приватност“ у Р. Богдановић, *Рјечник правних ријечи и израза*, Номос, Београд, 2003, стр.173.

⁸¹ М. А. Rothstein, *op.cit.*, стр.198.

границе свог приватног живота. Исто тако, право на поштовање приватног живота ограничава се у мјери у којој појединац сам доводи свој приватни живот у додир са јавним животом.⁸² А како је личност упућена на друштвени живот, а не на изолацију, то ће појединац у многим приликама бити дужан да допусти туђи утицај на своје лично добро (приватни живот).⁸³

За право на приватност обично се везује строго негативистички приступ који подразумева обавезу уздржавања од мијешања или прекомјерног мијешања државе и трећих лица у приватну сферу појединца. Међутим, поред ове превасходно негативне обавезе могу постојати конкретне (позитивне) обавезе садржане у стварном поштовању приватног и породичног живота.⁸⁴ Мада на први поглед изгледа као да је обавеза државе у вези са правом на приватност пасивне природе, у одређеним ситуацијама се захтијева и њена активна улога. Члан 8 ЕКЉП имплицира обавезу државе чланице да својим позитивним дјеловањем и мјерама у свом законодавству, јудикатури и извршној власти обезбиједи услове за поштовање права гарантованих овим чланом, при чему је небитно на који начин ће то да постигне, будући да у овом домену држава ужива дискреционо овлашћење.⁸⁵ Граница између позитивне и негативне обавезе државе не може се прецизно одредити, јер се и у једном и у другом случају мора водити рачуна о правичној равнотежи која се мора успоставити између супротних интереса појединца и заједнице као цјелине.⁸⁶

Титулари права на приватност првенствено су физичка лица, мада није искључено да се у улози титулара овог права нађу и правна лица. Штавише, правна лица би се могла позивати на право на заштиту приватности увијек када остваривање тог права није по природи ствари везано за статус физичког лица. ЕСЉП правна лица сматра титуларима права на поштовање стана, кореспонденције

⁸² М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Основи Међународних људских права*, стр.218.

⁸³ В. В. Водинелић, *op.cit.*, стр.907.

⁸⁴ У вези са заштитом члана 8 Конвенције, Суд је више пута разматрао да ли се може говорити о позитивној одговорности државе која је скопчана са стварним поштовањем породичног живота (*Airey v. Irska, Rees v. Ujedinjeno Kraljevstvo*). Приликом утврђивања постоји ли позитивна обавеза мора се водити рачуна о правичној равнотежи која се мора успоставити између општег интереса заједнице и интереса појединца, о равнотежи која је саставни дио читаве Конвенције. *Ž. Ditertr, op.cit.*, стр.227-228.

⁸⁵ А. Јакшић, *op.cit.*, стр.248.

⁸⁶ *Ž. Ditertr, op. cit.*, стр.228.

али и права на заштиту података и сл.⁸⁷ На другој страни, обавеза поштовања права на приватност није усмјерена само на државу, већ и на појединце и друге субјекте приватног права. Кршење права на приватност, дакле, не мора да потиче само од државних органа, напротив, могуће је да било појединац, било институције приватног права наруше право на приватност индивидуе.⁸⁸ У вези са тим, поставља се питање хоризонталног дејства члана 8 Конвенције, односно одговорности државе и за ону повреду приватности коју чини појединац који се налази под њеном јурисдикцијом. С обзиром на то да појединац није пасивно процесно легитимисан у поступку пред Судом, за повреду права на приватност коју чини појединац одговара она држава под чијом се јурисдикцијом десило кршење права, и то због пропуста да изврши позитивне обавезе из Конвенције, односно да легислативним актом спријечи и санкционише сваки уплив у приватну сферу индивидуе, чиме се приближавамо схватању по коме права из члана 8 Конвенције производе и тзв. хоризонтално дејство.⁸⁹

По својој садржини право на приватност је комплексно право које обухвата низ слобода и права. Ово из разлога што се појам *приватности/приватног живота* широко тумачи и што се не може исцрпно дефинисати.⁹⁰ Оно, међутим, није апсолутно, већ се његове границе увијек одређују према околностима у којима се посматра.⁹¹ Граница између подручја јавног и приватног варира од случаја до случаја.⁹² За утврђивање обима приватне сфере, разумно очекивање неке особе по питању приватности може представљати значајан, мада не обавезно и одлучујући фактор.⁹³ Настојећи да појам приватног живота учине операционалним у праву, односно да одреде докле се може и мора толерисати присуство других у приватном домену, литература и судска пракса конструисале су плуралитет јавних,

⁸⁷ А. Јакшић, *op.cit.*, стр.247.

⁸⁸ *Ibid.*, стр.249.

⁸⁹ *Ibid.*, стр.250.

⁹⁰ Из тог разлога, ЕСЉП у сваком конкретном случају утврђује да ли је дошло до повреде члана 8 Конвенције, имајући у виду околности сваког случаја понаособ, а што му даје одређени степен флексибилности, а тиме и могућност да адекватно одговори на све друштвене промјене које су превасходно условљене технолошким развојем. И. Крстић, *op. cit.*, стр.15.

⁹¹ Ј. Даниловић, „Право на приватност запослених“, *Анали правног факултета у Београду*, број 2, 2017, LXV, стр.163.

⁹² Ž. Ditertr, *op.cit.*, стр.229.

⁹³ К. Rid, *Evropska konvencija o ljudskim pravima*, (prev. L. Budimlić, N. Dobrković), Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2007, стр.514.

неприватних сфера.⁹⁴ У свакој од ових сфера, појединац ужива одређени степен заштите приватног живота. Тако, према једној теорији, најповученија је, и од јавности најудаљенија *тајна (интимна) сфера*, док *приватну сферу* чини оно што појединац може подијелити са другим (блиским) лицима, али што не треба да буде доступно јавности.⁹⁵ За разлику од тога, *приватно-јавна сфера* укључује оно што се одвија на опште доступним мјестима, па самим тим јавност стиче право да се обавијести о свему што је од важности у конкретном случају.⁹⁶ Тешкоће у разграничењу три сфере приватног живота биле су разлог напуштања ове теорије и заузимања става о *јединственом појму приватног живота*, уз признање да су поједини његови дјелови, попут интимае, нарочито осјетљиви.⁹⁷

Набрајање права која спадају у оквир права на приватност није могуће, како због повезаности овог права са другим индивидуалним и политичким правима, тако и зато што научно-технолошки развој условљава потребу за заштитом нових права.⁹⁸ Могуће је, међутим, ближе одредити његову садржину. Тако се правом на приватност, у првом реду, штити физички и морални интегритет личности, укључујући и њен сексуални живот. Свако мијешање у физички интегритет неке особе мора бити прописано законом и захтијева пристанак те особе,⁹⁹ а сексуални живот/опредјељење представља важан аспект приватног живота.¹⁰⁰ Од посебне важности је то што се правом на приватност штити право на слободан развој личности, као и право да се успоставе и развијају односи са другим људима и са спољним свијетом.¹⁰¹ Правом на приватност штите се и сви други дјелови интимае човјека као што су име или глас, због чега је тешко унапријед одредити његову садржину, а о чему свједочи и чињеница да ЕСЉП из одлуке у одлуку проширује домен примјене члана 8 Конвенције. Штавише, право на приватни живот односи се и на дјелатност професионалне или пословне природе, а канцеларија и друге

⁹⁴ В. В. Водинелић, *op.cit.*, стр.918.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр.498.

⁹⁸ М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Основи Међународних људских права*, стр.216.

⁹⁹ D. Gomien, *op.cit.*, стр.133.

¹⁰⁰ Ž. Ditertr, *op.cit.*, стр.231.

¹⁰¹ *Ibid.*, стр.230.

пословне просторије спадају у домен члана 8 Конвенције.¹⁰² Не траба заборавити ни то да дио приватног живота чине лични подаци, те да, отуда, *заштита личних података* представља важну компоненту заштите права на приватност.

Право на приватност или право на поштовање приватности, представља збирни назив за заштиту неколико на први поглед разнородних права, и то права на поштовање приватног живота, породичног живота, неповриједивости дома и преписке, као и части и угледа појединца.¹⁰³ Под *станом* се подразумијева сваки објекат у коме појединац живи, било да је у његовом власништву или, пак, да је узет у закуп, док се под *преписком* подразумијева свака врста саопштења која потиче од појединца, било да је она упућена другом појединцу или, пак, државним органима.¹⁰⁴ И појам *породични живот* се широко тумачи јер је његово постојање чињенично питање које зависи од стварног постојања блиских личних веза.¹⁰⁵ Сва ова права се, међутим, међусобно преплићу, тако да их је *in casu* тешко посматрати одвојено.¹⁰⁶

2.2. Гаранције права на приватност у међународним инструментима за заштиту људских права

Питање заштите приватности различито се дефинише у међународним актима, но сви они имају исти циљ, спријечити трећа лица да неовлашћено и прекомјерно залазе у приватност појединца. У међународним размјерама, приватни живот појединца први пут се штити доношењем Опште декларације о правима човјека из 1948.године према којој:

¹⁰² *Niemietz v. Germany*. D. Gomien, *op.cit.*, стр.133, 153.

¹⁰³ М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Међународна људска права*, стр.179.

¹⁰⁴ У случају да се ради о кући, заштиту уживају и помоћне просторије као што су гаража, радионица али и башта. Под станом се сматрају и приколице и пловила за становање. А. Јакшић, *op. cit.*, стр.255, 256.

¹⁰⁵ D. Gomien, *op.cit.*, стр.137.

¹⁰⁶ Примјера ради, прислушкивање може да представља повреду права на приватност, права на поштовање стана, или пак, права на поштовање преписке. Међутим, овакве дистинкције имају више академски карактер, будући да подносилац представке може да се позива на повреду било код права из члана 8 Конвенције, при чему није дужан да се позове на повреду једног од четири права која се гарантују тим чланом. А. Јакшић, *op.cit.*, стр.247.

„Нико не смије да буде изложен произвољном мијешању у приватни живот, породицу, стан или преписку, нити нападима на част и углед“.

Поред тога што штити тоталитет приватности, Декларација уско повезују приватност са вриједностима части и угледа. Готово исту одредбу садржи и Међународни пакт о грађанским и политичким правима из 1966.године:

„Нико не може бити изложен произвољном или незаконитом мијешању у приватни живот, породицу, стан или преписку, нити противзаконитим нападима на част и углед. Свако има право на заштиту од таквог мијешања.“

На регионалном плану, Европска конвенција о људским правима је још 1950.године право на поштовање приватног живота уврстила у ред права која уживају посебну (судску) заштиту неслутећи, у том моменту, колико ће заштита овог права играти важну улогу педесетак година касније. Гаранције из члана 8 Конвенције чине нужну претпоставку за развој личности, слободе личности, као и слободан развој личности.¹⁰⁷ Конвенција, за разлику од претходних докумената, у први план не ставља забрану (произвољног или незаконитог) мијешања у приватни живот, већ обавезу поштовања овог права, прописујући истовремено строге услове под којима се мијешање може сматрати дозвољеним. Израз поштовање свакако покрива и заштиту појединца од самовољног мијешања у његову приватност, али обавезује државу да активно учествује у обезбјеђивању овог права.¹⁰⁸ Према члану 8 Конвенције:

„Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке. Јавне власти неће се мијешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне

¹⁰⁷ *Ibid.*, стр.246. Заштита приватног и породичног живота обухваћена чланом 8 Конвенције производ је застрашујућег искуства доживљеног у вријеме фашизма у Европи, током тридесетих и четрдесетих година прошлог вијека. У том периоду, власти су се мијешале у унутрашњу сферу појединца до те мјере да је, чак, прописивана забрана склапања бракова међу припадницима различитих раса или различитог етничког поријекла. И. Крстић, *Право на поштовање приватног и породичног живота – члан 8 Европске конвенције о људским правима*, Београдска иницијатива за основна права, Београд, 2006, стр.7.

¹⁰⁸ М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Основи Међународних људских права*, стр.217.

безбједности, јавне безбједности или економске добробити земље, ради спрјечавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других.“

У вези са могућим ограничењем права на поштовање приватног живота, ЕСЉП је истакао да се мијешање у приватни живот појединца сматра потребним у демократском друштву из легитимних разлога ако се оно врши због „хитне друштвене потребе“ и нарочито ако је сразмјерно таквом легитимном циљу (*случај Норис*), а када се ограничење тиче „најинтимније области приватног живота“ појединца, онда морају постојати „нарочито озбиљни разлози“ (*случај Дудгеон*).¹⁰⁹ Дуги став члана 8 садржи захтјеве у вези законитости и пропорционалности, укључујући процесне гаранције против злоупотребе или објелодањивања која нису у складу са правом на приватни живот.¹¹⁰ Повеља о основним правима у Европској унији из 2000.године, такође, штити приватни живот и, термилошки гледано, најуопштенија је, будући да се одлучила за шири појам *комуникације* од појма *преписке*, а што је одраз њене савремености. Ово из разлога што данас постоје бројни (различити) видови комуникације који, строго узевши, не морају бити укључени у традиционални појам преписке. Међутим, ЕСЉП је појму преписке дао широко тумачење, будући да у облике преписке убраја и све начине саопштавања који се не чине писмено *stricto sensu*, као што су мејл, пејџер, мобилни телефон, друге врсте интернет комуникације и сл.¹¹¹ Повеља у дијелу посвећеном општим слободама прописује да:

„Свако лице има право на поштовање свог приватног и породичног живота, свог дома и комуникације.“

Поред ових докумената који се правом на приватност баве у контексту основних људских права, постоји и читав низ других аката који су непосредно посвећени заштити приватности појединца. На тај начин се препознаје и признаје нарасла потреба за ближним регулисањем бројних аспеката заштите али и ограничења права на приватност. Директивом 95/46/ЕЗ о заштити грађана у вези

¹⁰⁹ Ž. Ditertr, *op.cit.*, стр.237.

¹¹⁰ К. Rid, *op.cit.*, стр.515.

¹¹¹ А. Јакшић, *op.cit.*, стр.257.

са обрадом података о личности и о слободном кретању таквих података¹¹² штити се право физичких лица на приватност у погледу обраде података о личности. Исто тако, сврха Европске конвенције (Савјета Европе) о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података је да на територији сваке стране потписнице осигура сваком физичком лицу, без обзира на националну припадност или на мјесто становања, поштовање његових права и основних слобода, а нарочито права на приватност у погледу аутоматске обраде његових личних података.¹¹³

2.3. Уставна гаранција права на приватност

На унутрашњем плану, право на приватност је гарантовано уставним и законским нормама.¹¹⁴ Уставну заштиту овом праву обезбјеђују уставни Црне Горе, Србије, Хрватске, Италије, Француске, Белгије, Португалије, Њемачке, Шпаније и др.¹¹⁵ Као људско право оно штити појединца од претјеране моћи државе, док као грађанско право углавном штити појединца од трећих лица. Задатак савременог права је да, уз уважавање одговарајућих принципа, утврди када се задирање у приватност појединца може сматрати дозвољеним и у којој мјери, а када је оно апсолутно забрањено. Утврђивање ове границе уједно спада у најсложенија питања

¹¹² Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, (*Official Journal* L 281, 23/11/1995).

¹¹³ Члан 1 Конвенције, Закон о потврђивању Конвенције о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података („Сл. лист СРЈ – Међународни уговори“, број 1/92 и „Сл. лист СЦГ – Међународни уговори“, број 11/2005, преузета Одлуком о проглашењу независности Републике Црне Горе, „Сл. лист РЦГ“, бр.36/2006).

¹¹⁴ Закон о заштити података о личности ("Сл. лист ЦГ", бр.79/08, 70/09, 44/12) штити приватност појединца кроз заштиту његових личних података. Под личним подацима подразумевају се све информације које се односе на физичко лице чији је идентитет утврђен или се може одредити, с тим да се подаци који се односе на расно или етичко поријекло, политичко мишљење, вјерско или филозофско увјерење, чланство у синдикалним организацијама, здравствено стање или сексуални живот третирају као посебна категорија личних података, а што је од значаја за одређивање начина на који се ови подаци могу обрађивати.

¹¹⁵ Устав Сједињених Америчких Држава не садржи експлицитну одредбу којом се штити приватност појединца, већ се то обично чини позивањем на Четврти уставни амандман. У Великој Британији, у којој дуго времена нису постојали прописи који штите приватност, Закон о људским правима (*Human Rights Act*) из 1998.године предвиђа примјену Европску конвенцију о људским правима у свим областима националног права. С. Vigneau, „Information technology and worker's privacy: regulatory techniques“, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, vol.23, 2002, стр.507.

са којима се данас суочавају правна теорија и пракса, стога је потребно овој проблематици приступити пажљиво и сваки случај анализирати *per se*.¹¹⁶

Питање заштите приватности постаје нарочито важно у условима глобализације, када трка за профитом помјера границе моралног, када се не бирају средства за постизање циља и када развој технике и технологије омогућава суптилне начине упада у приватност појединца. Развој науке и технике, компјутеризована обрада података, генетски инжењеринг и могућност промјене пола ставили су чак и најдемократскије државе у озбиљну кушњу, да посегну у нешто тако свето као што је човјекова личност и особеност.¹¹⁷ Ова модерна технологија носи са собом опасност која захтијева да приступ правном регулисању ових питања буде динамичнији и еволутивнији. Отуда, без гаранције права на приватност не могу се замислити слобода, достојанство, част и углед појединца као основне вриједности данашњице. У том смислу је и ЕСЉП више пута истакао да право на поштовање приватног и породичног живота представља *conditio sine qua non* развоја демократског друштва.¹¹⁸

3. Однос права на приватност и радних права

3.1. Радна права као социјално-економска права

Термин *социјална права* употребљава се да означи групу права која погађају социјалну сферу човјека и која имају за циљ да обезбиједу одговарајући стандард живота у друштву. Штавише, она имају за циљ да остваре људско достојанство кроз обезбјеђење економске независности појединца.¹¹⁹ Већ на први поглед социјална права одишу комплексношћу јер не постоји провјерен (сигуран) начин да буду увијек и у потпуности реализована. Разлог за то је њихова тијесна везаност

¹¹⁶ Тако примјера ради, у случају *Леандер против Шведске*, Суд је утврдио да је постојао допуштен циљ задирања у приватни живот појединца. У овом случају ријеч је о подносиоцу представке који није могао да задржи посао зато што је послодавац дошао до података повјерљиве природе који су говорили о његовој личности. Подносилац представке није могао задржати посао у Поморском музеју који се налазио у близини поморске базе шведске морнарице, јер је војна администрација располагала подацима који су га чинили неподобним за рад у близини поморске базе. Д. Поповић, *Европско право људских права*, ЈП Службени гласник, 2012, стр.294.

¹¹⁷ М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Основи међународних људских права*, стр.215.

¹¹⁸ А. Јакшић, *op.cit.*, стр.246.

¹¹⁹ М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Основи Међународних људских права*, стр.265.

не само за економску, већ и цјелокупну друштвену проблематику, што је учинило да се ова права готово увијек посматрају у цјелини са економским правима човјека. Отуда је кованица „социјално-економска права“ (енг. *socio-economic rights*) уобичајена у литератури.

Социјално-економска права се могу дефинисати као скуп уставних, законских и других правила и принципа усмјерених ка задовољењу егзистенцијалних потреба грађана и унапређењу социјалне кохезије и солидарности.¹²⁰ Ова права: а) претпоставка су сигурности и достојанства човјека; б) основ су друштвене и „економске“ демократије (нарочито у домену рада); в) обезбјеђују баланс моћи и интересну равнотежу у заједници (запослених и послодаваца, сиромашних и богатих); г) доприносе смањењу друштвених тензија и сукоба (чиме се његује социјални мир); д) искорјењују узроке социјалне патологије и криминала; е) представљају заштиту од социјалних ризика и неправде (уносе у друштво потребну количину социјалне правде); ж) обезбјеђују социјалну једнакост; з) осигуравају социјалну независност појединца; и) доприносе економском развоју.¹²¹

Идеја о социјално-економским правима је историјски каснила у односу на ону о грађанским и политичким правима, а усмјерена су на то да људе доведу у сличан, праведан и равноправан положај како би стварно могли да уживају грађанска и политичка права.¹²² Поред тога што се сврставају у тзв. права друге генерације, социјално-економска права још носе епитет позитивних права која захтијевају активан приступ државе, због чега су Уједињене нације увеле тзв. принцип прогресивног остваривања ових права, што значи да су државе дужне да гарантују бар нужни ниво сваког права, да би се постепено, у складу са могућностима, ишло на што виши ниво у обезбјеђивању социјалних права.¹²³ Неки их још називају и правима колективитета јер субјекте којима припадају није увијек могуће идентификовати.¹²⁴ Ова права нема сваки појединац већ колективитети који обухватају различите субјекте зависно од тога о коме се праву или слободи ради.¹²⁵

¹²⁰ С. Перић, *Пристојан рад*, Докторска дисертација (необјављена), Универзитет у Нишу, Правни факултет, Ниш, 2011, стр.45.

¹²¹ *Ibid.*, стр.45-46

¹²² В. Димитријевић, Д. Поповић, Т. Папић, В. Петровић, *op.cit.*, 2007, стр.59.

¹²³ С. Јашаревић, *Социјално право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2010, стр.87.

¹²⁴ М. Пајванчић, *op.cit.*, стр.67.

¹²⁵ *Ibid.*

У оквиру социјално-економских права издвајају се различите групе права, а међу њима и група *права везаних за рад* (радна права). Права везана за рад обухватају већи број разноврсних права која се односе на рад, радни процес и на положај човјека на радном мјесту и њихова садржина је везана за процес рада и услове рада.¹²⁶ За разлику од прве половине прошлог вијека, када су поједина права и слободе која остварују радници као такви издигнути на ниво уставом и међународним инструментима зајемчених људских права, посљедње деценије обиљежава једна нова тенденција - стварање радноправних норми о условима за дјелотворно уживање одређених грађанских слобода и права запослених на радном мјесту.¹²⁷ Баш као што ова тенденција није до краја изведена у теорији и пракси радног права, тако ни питање о сврставању радних права (енг. *labour rights*) у основна људска права није сасвим исчезло. За радна права је, међутим, веома важно заузимање одговорајућег мјеста у систему људских права, будући да људска права имају доминантну позицију у односу на друга права, те да имају велику нормативну снагу.¹²⁸ Према је тачно да радна права карактерише постепеност и посредност у остваривању, да често захтијевају ангажованост државе и доношење политика и стратегија за њихову реализацију, те да могу попримити карактер начела, идеје или циља, овим правима се не може оспорити карактер утуживих људских права која њихови титулари могу, у различитим поступцима, остварити.

Први аргумент за овакву тврдњу представљају међународни документи који прокламују и штите људска права. Сви ови документи садрже одређени број радних права (право на рад, забрана принудног рада, слобода избора занимања и запослења, право на синдикално организовање, право на колективно преговарање, право на штрајк и др.). Проблем, међутим, представља чињеница да ови документи садрже различите листе радних права, па се у литератури све више са питања *Да ли су радна права људска права?* прелази на питање *Која радна права су људска*

¹²⁶ *Ibid.*, стр.86.

¹²⁷ Љ. Ковачевић, „Радноправна заштита грађанских слобода и права запослених на радном мјесту – продор демократских вриједности у свијет рада или компензација за већу несигурност запослења“, *Теме*, број 4, октобар-децембар 2013, стр.1595-1596.

¹²⁸ L. Rodgers, „Human rights, social justice and labour law“ Conference paper 2013, стр.4, www.labourlawresearch.net/papers, 30.06.2014.године.

права?¹²⁹ Други аргумент за овакву тврдњу тиче се бројних судских пресуда које свједоче о судској заштити радних права. Управо су судови ти који кроз интерпретацију уставних норми имају могућност да стандарде по основу рада трансформишу у правно обавезујуће норме.¹³⁰ То вриједи и за Европски суд за људска права, који је развио нову интерпретативну технику, која омогућава заштиту одређених права радника и поред тога што она нису изричито зајемчена у Европској конвенцији о људским правима.¹³¹

На другој страни налазе се аутори који сматрају да се радна права концептуално разликују од људских права јер нису тако важна и универзално примјенљива, јер не постављају довољно јасне захтјеве и еволуирају током времена за разлику од људских права која су ванвременска.¹³² Присутан је и страх од утуживости социјалних права и трошкова које оно носи са собом, а што је довело до тога да ова права у међународним актима буду дефинисана на крајње нејасан начин.¹³³ Сви ови аргументи нису, међутим, довољни да оправдају различит третман једног истог права у зависности од тога да ли га појединац остварује као грађанин или запослени. У том смислу, не може право на удруживање грађанина бити принципијелно другачије од права на синдикално организовање радника, нити право на приватност/породични живот може имати већу вриједност у односу држава-појединац него што је има у односу запослени-послодавац. Ово посебно

¹²⁹ Ову дилему је додатно изазвала чињеница да Међународна организација рада дуго времена није усвојила документ који би јасно означила као документ којим се штите људска права. Тек је 1998.године Декларација о фундаменталним принципима и правима на раду, одређена права по основу рада издвојила у групу неприкосновених права која државе чланице морају поштовати независно од тога да ли су ратификовале одговарајуће конвенције. Међутим, остао је нејасан статус и карактер права која нису наведена у Декларацији. Више о овим питањима види у: V. Mantouvalou, „Are labour rights human rights?, Working paper, 2012, стр.6, www.labourlawresearch.net/papers, 30.06.2014.године.

¹³⁰ J. Fudge, „Labour rights as human rights: turning slogans into legal claims“, *Dalhousie Law Journal*, vol.3, број 2, 2014, стр.619.

¹³¹ Љ. Ковачевић, „Радноправна заштита грађанских слобода и права запослених на радном мјесту – продор демократских вриједности у свијет рада или компензација за већу несигурност запослења“, стр.1586-1587.

¹³² V. Mantouvalou, „Are labour rights human rights?, стр.16.

¹³³ Укључивање социјалних права у Повељу о основним правима схваћено је као нова пријетња суверености држава чланица. Постојала је бојазан да ће државама чланицама, нарочито због праксе националних судова и Суда правде у заштити социјалних права, бити наметнути велики трошкови. Стога, право на рад није ни унијето у Повељу, а друга социјална права изражена су у њој крајње нејасно или су везана за услове које треба да одреди право држава чланица. Б. Кошутећ, *Основи права Европске уније*, стр.319.

узимајући у обзир чињеницу да људи већину свог живота проведу управо на раду и да се радним правима штите фундаменталне људске вриједности.

Није претјерано тврдити да су управо радна права довела до промоције социјално-економских права и њиховог признавања као људских права. Процес глобализације, који се обично посматра са економског аспекта, поставио је бројна питања и изазове везане за положај радника и захтјеве социјалне правде. То је учинило да *економска глобализација* убрзо добије свог пратиоца *социјалну глобализацију*, те да заједно теже *праведној глобализацији*.¹³⁴ У том контексту је 2008.године донијета и Декларација о социјалној правди у циљу праведне глобализације, а у намјери да се уклони или бар ублажи неизвјесност коју је глобализација унијела у свијет рада. Декларација за основни циљ поставља обезбјеђење пристојног рада у условима глобализације. Развоју социјалних права и социјалне правде доприносе и бројни кодекси понашања мултинационалних компанија, европско колективно преговарање али и уношење социјалних клаузула у трговинске споразуме.¹³⁵

Без обзира на сву комплексност социјално-економских права, несумњиво је да су ова права неодвојива од укупног корпуса људских права и да представљају цивилизацијско достигнуће које свједочи о потреби уважавања стандарда живота и људског достојанства. Због своје природе, социјално-економска права су посебно рањива у условима економске кризе, високе стопе незапослености и недостатка финансијских средстава. Отуда, као посебно осјетљива категорија људских права, радна права захтијевају динамичнији приступ у њиховом регулисању и заштити. Не треба заборавити ни то да постоје и она гледишта која социјално-економским правима дају предност у односу на друга људска права. Припадници овог правца

¹³⁴ Према су социјална права, по правилу, у складним односима са људским правима, може се десити да међу њима постоји и несклад који доводи до одређене тензије. Такав један примјер препознаје се у области старосне дискриминације, будући да Директива 2000/78/ЕЗ у великом броју случајева оправдава различит третман запослених по основу година живота. Више о томе види у: L. Rodgers, *op. cit.*, стр.11.

¹³⁵ Социјална клаузула, као средство повезивања међународне трговине и стандарда рада, има за циљ увођење минималног нивоа радних права у трговинске механизме, чије кршење може да доведе до трговинских санкција или до опозива трговинских повластица. A. Vandaele, *International labour rights and the social clause: friends or foes*, Cameron May Ltd., London, 2005, стр.28. Наведено према: Г. Обрадовић, *Примјена међународних стандарда рада*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2011, стр.98.

истичу да онима који умиру од глади, или су неписмени, слобода говора не значи много.¹³⁶

3.2. Међусобни однос права на приватност и радних права

Однос *права на приватност и радних права* треба посматрати као однос међузависних дјелова једне јединствене цјелине. Ови дјелови међусобно се допуњују, комплементарни су и егзистирају са истим циљем. На тај начин, радна права као економско-социјална права и право на приватности као грађанско право чине дио јединственог система људских права и као таква почивају на истим принципима и имају исту вриједност. Њихов заједнички именоватељ је заштита људског достојанства. Цијели систем људских права одише хармонијом, а само изузетно, када постоје нарочито важни разлози, једно људско право се може ограничити зарад остваривања другог људског права. Идеја о људским правима као међусобно условљеним дјеловима јединственог система нема само теоријско, већ и практично упориште, будући да је ЕСЉП у више наврата показао да Конвенција, мада се првенствено бави заштитом грађанских и политичких права, има и своје социјалне импликације. Тако се условљеност радних права, на једној и грађанских и политичких права, на другој страни, примјера ради, огледа и у чињеници да отказ уговора о раду од стране послодавца не смије бити повезан са кршењем људских права на радном мјесту.

Некада је право на приватност у тој мјери значајно за остваривање права радника да се може сматрати претходним условом остваривања тог права, а веома ријетко може доћи у сукоб са радним правима или представљати њихову негацију. До сукоба ових права долази онда када остваривање неког радног права нужно подразумијева откривање одређених чињеница из приватног живота, односно када чињенице из приватног живота представљају основ остваривања права. Тако, примјера ради, да би лице са инвалидитетом остварило право на приоритетно запошљавање оно мора, у одговарајућем поступку, упознати послодавца са тим својим својством које је уједно и дио његове приватности. Право на приватност

¹³⁶ С. Перић, *op. cit.*, стр.47.

обично представља допуну социјалног права на начин што се захтијева да поступак остваривања тог права буде праћен заштитом права на приватност. Тада се право на приватност јавља као саставни дио и нужан пратилац права које се остварује. Ово посебно долази до изражаја у поступку заснивања радног односа, али и код остваривања права из области здравственог осигурања. Тако, у поступку заснивања радног односа право на рад кандидата за запослење праћено је правом на заштиту приватности, а што све има за циљ да омогући једнаку доступност радних мјеста под једнаким условима. У том смислу, право на приватност је у узрочној вези са сигурношћу запослења.

Право на заштиту приватности, полако поприма карактер општег принципа који, баш као и право на заштиту од дискриминације, прати остваривање других људских права, укључујући и економско-социјална. Заправо, постоји велика сличност између ових права која треба да осигурају да у остваривању људских права буде заступљен принцип правичности и принцип заштите достојанства личности. Другим ријечима, право на приватност, као општи принцип, употпуњује радна права.

4. Изазови остваривања и заштите људских права у условима развоја нових технологија и глобализације

Мада људска права представљају чврсту материју и сигуран темељ који се одупире различитим утицајима, она истовремено представљају и живу материју коју обликује друштвена стварност. Посљедњих деценија, отуда, на подручју људских права десиле су се значајне промјене. Оне су се кретале у различитим правцима, а веома често биле и противрјечне. Док се на једној страни интензивирала борба за заштиту људских права, на другој је њихово кршење постало све бруталније, а разлози за њихово ограничење све бројнији.

Поштовање људских права се побољшава посљедњих 50 година чак и у ауторитативним земљама и овај тренд може бити настављен у глобалним

размјерама.¹³⁷ Дошло је до проширивања каталога људских права, а интензивирана је и њихова заштита пред међународним тијелима и судовима. Тако су, под утицајем друштвених промјена, документи који се баве заштитом људских права увели нека нова права у систем људских права (право на развој, право на здраву животну средину и др.). У европским оквирима, заштита људских права пред Европским судом за људска права и Судом правде је у тој мјери интензивирана да се говори о немогућности ових судова да задовоље нараслу потребу за заштитом људских права. Ова нарасла потреба резултат је развоја свијести људи о њиховим правима, а европеизација судске заштите довела је до изједначавања људи у остваривању основних људских права. Међутим, и поред ових позитивних трендова, општи је утисак да се људска права неко вријеме налазе у стању стагнације и да на њих негативно утиче читав низ економских, политичких и других процеса глобалних размјера којима позитивно право није у стању да се на вријеме прилагоди. Само неки од догађаја који су у оквиру Европе имали негативан утицај на људска права односе се на слабљење идеје европских интеграција, економску кризу, миграције и страх од тероризма који се испољава кроз раличите облике антитерористичке борбе.¹³⁸ Овоме свакако треба додати и утицај развоја нових технологија на остваривање и заштиту људских права.

Тзв. дигитално доба (енг. *digital age*) са собом је донијело масовније кршење и ограничавање људских права. Узрок ове тенденције треба тражити у интензивном развоју технологије, у првом реду информационе, у њеној глобалној употреби као и у чињеници да је она постала лако доступна. Оно што је некада изгледало незамисливо данас је лако дохватљиво. На овај начин поједина људска права постала су лака мета, а њихова заштита велики изазов. У овим новим условима, право на приватност постаје преокупација и представља добар примјер потребе правног прилагођавања новој технолошкој стварности.¹³⁹ Оно спада у ред људских права која су највише погођена развојем технологије и то у глобалним размјерама.

¹³⁷ Овај тренд у многоме је везан за друштвени бруто производ, степен развоја друштва и ниво образовања. J. Calder, „Who will be free? The battles for human rights to 2050“, *The Futurist*, November-December, 2012, стр.31-32.

¹³⁸ N. Muižnieks, *op.cit.* стр.44-45.

¹³⁹ E. C. Neila, „Fundamental rights of workers in the digital age: a methodological approach from a case study“, Working paper, 2012, стр.8, www.labourlawresearch.net/papers, 30.06.2014.године.

Постало је готово немогуће сачувати приватност појединца у условима у којим су „паметни“ телефони опремљени камерама, прислушкивачи, микрофони и уређаји за праћење доступни сваком појединцу, и у којима једна информација може, захваљујући интернету, окружити свијет у рекордном року. Људи чак могу бити и индиректно надгледани: студије су показале да много тога може бити откривено о члану неке друштвене мреже чак и када он чува приватност својих личних информација.¹⁴⁰ Све ово учинило је да број грађана који пред судом траже заштиту своје приватности буде у сталном порасту. Истовремено, судови су се сусрели са бројним изазовима у рјешавању ових предмета, а рјешења до којих су долазили повратно су послужила пракси и теорији права да заузму одређе ставове. Постоје, међутим, и аутори који истичу добробити које је развој технологије донио људским правима. Они полазе од тога да данас појединци, у великом проценту, располажу технологијама које врло лако могу да документују кршења људских права, док је државама све теже да прикрију њихово кршење.¹⁴¹

Ограничавање људских права у великој мјери је узроковано и догађајима који представљају безбједносну пријетњу и који су довели до растућег страха од тероризма. Међутим, циљ је спрјечавање и откривање недозвољених радњи уопште. Људска права су се одувijek могла ограничити са позивањем на опште и веома важне циљеве демократског друштва. Прање новца, тероризам и други видови савременог криминала учинили су да методи провјере идентитета и прошлости, као и методи праћења и прислушкивања буду изражени на глобалном нивоу. Па и локално, све је већи број мјеста на којима се сматра оправданим постављање видео надзора из безбједносних разлога, мада оно нарушава приватност оних који су у његовом домаћају.

Тероризам свакако представља најзначајнију безбједносну пријетњу данашњице. Тероризам (од латинске ријечи *terror* – страх) се дефинише као систематско коришћење насиља и застрашивања (убиства, отмице, подметање експлозива и сл.) у политичке сврхе или ради изнуђивања новца.¹⁴² Међутим, након 11. септембра 2001. године долази до новог поимања тероризма који се чак

¹⁴⁰ J. Calder, *op.cit.*, стр.30.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² И. Клајн, М. Шипка, *Велики рјечник страних ријечи и израза*, четврто издање, Прометеј, Нови Сад, 2008, стр.1240.

покушава подвести и под појам злочина против човјечности.¹⁴³ Интензивна борба против тероризма отворила је питање односа између мјера које се предузимају у тој борби и заштите људских права. Западне демократије у својим поступцима против тероризма одувijek су се приклањале примјени закона и извођењу терориста пред лице правде.¹⁴⁴ Међутим, страх од тероризма претворио је данашње друштво у *друштво надзирања*, па се с правом поставља питање *Ко ће нас чувати од чувара?*¹⁴⁵ Нема сумње да тероризам, као озбиљна пријетња демократском друштву, може оправдати привремено ограничење одређених људских права. Ипак, неопходно је довести у равнотежу лична права и слободе на једној, са потребом за јавном сигурношћу на другој страни.¹⁴⁶

На радна права, као људска права, највише је утицала глобализација која је у свијет рада, поред позитивних, донијела и низ негативних трендова. Она је у свијет рада донијела неједнакост и прелазак са традиционалног модела стабилности на нови модел несигурности.¹⁴⁷ Међутим, и нова компјутерска технологија је у великој мјери утицала на однос радника и послодавца, прије свега у погледу могућности послодавца да надгледа електронску комуникацију (*cyber-surveillance*) запослених али и у погледу прикупљања и обраде података о запосленима.¹⁴⁸ Све ово створило је потребу да се људска права изнова сагледају у условима развоја нових технологија и глобализације, те појава као што је тероризам и да се проба, на новим аргументима, утврдити обим уживања ових права, могућност ограничења и механизми који ће њихову заштиту учинити дјелотворнијом.

¹⁴³ S. Marković, „Terorizam i druga krizna stanja savremenog društva i njihov uticaj na ograničavanje ljudskih prava i demokratiju“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol.16, број 1, 2009, стр.216.

¹⁴⁴ *Ibid.*, стр.218.

¹⁴⁵ *Ibid.*, стр.226. Бројни су критичари контра-терористичке политике коју спроводи Влада Сједињених Америчких Држава. Они сматрају да је ова политика жртвовала грађанска права без стварног повећања јавне сигурности. Примјера ради, *Patriot Act* је дозволио посебну врсту надзора грађана, с тим да је за надгледање страних држављана потребно испунити знатно мање услова. A. Lygutas, „Human rights in the context of counter-terrorism measures: United States of America“, *Jurisprudence*, број 3, 2009, стр.147.

¹⁴⁶ *Ibid.*, стр.227.

¹⁴⁷ Више о ефектима глобализације на социјална права, види у: E. C. Neila, *op. cit.*, стр.2-6.

¹⁴⁸ C. Vigneau, „Information technology and worker`s privacy: regulatory techniques“, стр.505.

II ОПШТА ПИТАЊА ПРАВА ЗАПОСЛЕНОГ И КАНДИДАТА ЗА ЗАПОСЛЕЊЕ НА ПРИВАТНОСТ

1. Радноправни појам права на приватност

1.1. Кључни правни аспекти радноправног појма права на приватност

Право на приватност је опште грађанско право које припада сваком појединцу. Но, када говоримо о праву запосленог на приватност, постоји потреба да се ово основно људско право смјести у контекст радног права. На тај начин могуће је утврдити ближа својства права запосленог на приватност и евентуалне специфичности које оно поприма у оквиру ове гране права. Ово је важно из разлога што остваривање и заштита једног права, у великој мјери, зависе од његових ближих својстава.

За успјешну анализу неког права потребно је одредити његове субјекте, односно лица која се сматрају титуларом права, као и објект заштите тог права. *Субјект права на приватност* у оквиру радног права, у првом реду, је запослени (енг. *employee*), односно радник (енг. *worker*).¹⁴⁹ Право на приватност, отуда, спада у ред *индивидуалних права* запосленог. У намјери да се приватност гарантује што ширем кругу лица, субјектом права на приватност сматра се *радник*, као појам који обухвата сва лица која су по неком основу ангажована за рад код послодавца, без обзира на то да ли говоримо о типичној или о некој од атипичних форми рада. Овај појам мора укључити и бивше запослене и кандидате за заснивање радног односа, будући да се и њихови подаци могу обрађивати у одговарајуће сврхе.¹⁵⁰ Такође, право на приватност на радном мјесту уживају и приправници, затим лица која се нађу код послодавца по основу обуке или стручног усавршавања, волонтери и др. Стога се, у овом раду, појам запослени (радник) користи као општи и генерички и подразумијева све оне који су по било ком основу (били) ангажовани да раде код послодавца. У одређеној мјери укључује и оне које теорија радног права означава

¹⁴⁹ Поред радника, субјект права на приватност у оквиру радног права може бити и послодавац. Ако пођемо од радног односа као двостранообавезујућег, онда су и запослени дужни поштовати приватност послодавца. Ова обавеза се, у принципу, своди на поштовања пословне (професионалне) тајне и обавезу оданости и лојалности послодавцу.

¹⁵⁰ *Protection of worker's personal data*, An ILO code of practice, International Labour Office, Geneva, 1997, стр.1.

као слично-запослене (енг. *self-employed*). Будући да право на приватност спада у ред људских права која нису по својој природи строго везана за физичко лице, и удружење радника (синдикат) може бити титулар овог права. Заштита података, имовине и комуникације може бити од пресудне важности за обављање функција и постизање зацртаних циљева синдиката.

Под објектом неког права обично се подразумејева оно на шта се једно право односи или оно што се штити тим правом. *Објект права на приватност* је приватни живот појединца, као скуп његових активности и стања у којима се налази, будући да се њиме штити приватност тоталитета човјекове егзистенције, укључујући његов лик, глас, активности и стања у којима се налази.¹⁵¹ У крајњем, њиме се штити морални и душевни интегритет запосленог.

У оквиру радног права, право на приватност дјелује *inter partes* (између радника и послодавца или синдиката и послодавца), док у грађанском праву оно дјелује *erga omnes* (у односу на сва правна и физичка лица и државу). У том смислу, право на приватност запосленог је *релативно право* које је усмјерено ка тачно одређеном субјекту или скупу субјеката. Запослени, међутим, ужива право на приватност и у односу на друге запослене (колеге), и има обавезу да поштује приватност других запослених. Ипак, по принципу објективне одговорности, послодавац се сматра одговорним за нарушавање приватности запосленог на радом мјесту ма од кога оно долазило, будући да је дужан створити услове у којима ће ово право запосленог бити поштовано.

Право на приватност запосленог могло би се сврстати у непреносива, неотуђива, углавном негативна, а у извјесном смислу и дискрециона (опортунитетна) права. Својство *непреносивости* је природно својство овог права, будући да га запослени не може пренијети на друго лице. Лична права, у које спада и право на приватност, нису способна за промет, због чега је и њихово трајање везано за саму личност, па се престанком личности гаси и лично право.¹⁵² Но, када говоримо о *неотуђивости* права на приватност можемо наићи на извјесне дилеме. Ако под неотуђивим правом запосленог подразумејамо право од кога се ни сам

¹⁵¹ Р. Богдановић, *op.cit.*, стр.172-173.

¹⁵² У теорији се некада истиче да лична права трају извјесно вријеме после смрти личности. Ипак, треба нагласити да постмортална заштита појединих личних права не значи да су лична права насљедива. В. В. Водинелић, *op. cit.*, стр.910.

запослени не може одређи, онда право на приватност запосленог не мора нужно носити епитет неотуђивог.¹⁵³ Постоје, дакле, ситуације када се запослени може добровољно одређи права на приватност. Тако, примјера ради, запослени кога послодавац препоручи за стручно усавршавање може да се одрекне ове могућности позивајући се на приватне разлоге. Одричање од права на приватност, међутим, не може се вршити *a priori*, а евентуални споразум радника и послодавца о отказу радног односа у случају да на страни запосленог наступе одређени приватни разлози, сматрао би се ништавим. Отуда, ово право карактерише *опортунитетност*, на начин што сам запослени може одлучити у којој мјери ће своју приватност изложити другима, али га истовремено карактерише и *неотуђивост*, на начин што остваривање права по основу рада запосленом не може бити ускраћено на основу елемената из приватног живота.

Право на приватност обично се сврстава у тзв. *негативна права*, због чега је често у употреби синтагма *право на поштовање приватности (приватног живота)*. Довољно је да ова права буду призната и да се трећа лица уздржавају од радњи којима их могу повриједити или ограничити. Другим ријечима, поштовање права запосленог на приватност нужно не захтијева позитивну акцију послодавца, већ само уздржавање од радњи (нечињење) којима се може повриједити. Оваква категоризација је релативна јер, изузетно, послодавац може бити у обавези да предузме одређене радње како би обезбиједио стварно поштовање приватности запосленог. Позитивна природа овог права посебно је дошла до изражаја у пракси ЕСЈП, будући да је, према његовом тумачењу, у ЕКЈП садржана обавеза државе чланице да предузме све мјере како би се обезбиједило поштовање права гарантованих Конвенцијом и од стране трећих лица, укључујући послодавца.¹⁵⁴ У вези са позитивном обавезом државе треба, дакле, разликовати двије ситуације: ону у којој држава мора да предузме одређене мјере како би обезбиједила уживање права предвиђених чланом 8 Конвенције, и ону у којој држава мора пружити

¹⁵³ Запослени се не може одређи права на приватност. *Protection of worker's personal data*, An ILO code of practice, стр.2.

¹⁵⁴ Н. Collins, V. Mantouvalou, „Redfearn v. UK: Political association and dismissal“, *The Modern Law Review*, vol.76, број 5, 2013, стр.913.

заштиту појединцу од напада који долазе од других приватних лица, а што је од посебне важности за заштиту приватног живота запосленог.¹⁵⁵

У оквиру радног права испољава се још једна специфичност права на приватност. Наиме, *титулар* овог права може истовремено бити и његов *адресат*. Ово значи да запослени, поред тога што ужива право на приватност, може имати обавезу да своју приватност чува, да је задржи за себе, односно да је не испољава на начин и у мјери која може нанијети штету легитимним интересима послодавца. Изношење чињеница из приватног живота на раду и понашање запосленог у његовом приватном животу спада у једно од сложенијих питања ове материје. Оно је у тијесној вези са питањем разграничења приватног и професионалног живота и балансирањем интереса радника на једној, и интереса послодавца на другој страни.

1.2. Заштита права запосленог на приватност

Најбољи начин да се заштити право запосленог на приватност је превентивно дјеловање на могућност и намјеру послодавца да ограничи приватни живот запосленог у већој мјери од оне која је неопходна. Ово се постиже на различите начине, а прије свега адекватним законским одредбама и тзв. интерном заштитом која подразумијева доношење одговарајућих аката послодавца и развијен социјални дијалог. Како транспарентно поступање послодавца представља неопходан услов уживања овог права на радном мјесту, то је од пресудне важности доношење прецизних политика, процедура или кодекса који се тичу селекције кандидата за запослење, надзора и тестирања запослених или других поступака којима се директно или индиректно може повриједити приватност. На другој страни, социјални дијалог и закључивање колективних уговора, односно радних споразума најбољи је начин да се избјегну спорови који за свој основ имају повреду права на приватни живот запосленог.

Будући да обим уживања права на приватност на радном мјесту зависи од врсте дјелатности коју обавља послодавац, али и низа других околности, тешко је унапријед одредити да ли је послодавац оправдано ограничио ово право, односно

¹⁵⁵ И. Крстић, *op. cit.*, стр.11.

да ли је дошло до повреде права запосленог на приватност. Уколико сматра да му је повријеђено право на приватност, запослени се ради његове заштите најприје обраћа послодавцу, а у случају да му послодавац не одговори на захтјев, односно не заштити право, настаје спор. Ако се прихвати став по коме предмет индивидуалног радног спора може бити свако питање поводом кога запослени и послодавац дођу у сукоб, онда би се и спор који евентуално настане у вези са повредом права на приватност сматрао *радним спором*. Премда се пред Европским судом за људска права право запосленог на приватност штити као фундаментално грађанско право гарантовано Конвенцијом, спор између запосленог и послодавца у вези са заштитом права на приватност остаје радни спор, тим прије што се у пракси заштита овог права, по правилу, доводи у везу са неким другим правом везаним за рад. Тако, повреда права на приватност запосленог готово увијек има за посљедицу ускраћивање неког другог права везаног за рад. Она је обично везана за дискриминацију у остваривању неког права, за мобинг или отказ, мада није искључено да се заштита овог права своди на заштиту достојанства и моралног интегритета запосленог (нпр. неоправдано тестирање запосленог на присуство дрога или на ХИВ).

У случају повреде права на приватност, запосленом на располагању стоји неколико могућности, од обраћања управним органима (агенцијама), па до покретања поступка пред надлежним судом. У Црној Гори запослени (и синдикат) може да поднесе захтјев за заштиту овог права *Агенцији за заштиту личних података и слободан приступ информацијама* која, између осталог, рјешава по захтјевима за заштиту права и даје мишљење да ли одређени начин обраде личних података угрожава права и слободе. Тако је ова Агенција, примјера ради, 2011. године донијела рјешење којим послодавцу налаже уклањање свих камере из канцеларија у којима раде запослени, без обзира на то што су сви запослени у писаном облику били упознати са чињеницом да су просторије у којима раде под видео надзором (видео и аудио).¹⁵⁶ Мада се предност обраћања овој Агенцији

¹⁵⁶ Камеру је могуће задржати у дијелу гдје је постављен сеф, при чему, и та камера мора да снима искључиво благајну, без могућности аудио записа. Камеру је могуће оставити и у дијелу продајно изложбеног простора, усмјерену искључиво на витрину са изложбеним артиклима. Рјешење Агенције за заштиту личних података и слободан приступ информацијама Црне Горе, број 463/11 од 23. јун 2011. године.

састоји у брзој и ефикасној заштити права на приватност, у случају када је повреда права на приватност скопчана за повредом неког другог права везаног за рад, за запосленог може бити ефикасније обраћање Агенцији за мирно рјешавање радних спорова, под условом да је послодавац сагласан да се спор ријешити мирним путем.

Управо због везаности права запосленог на приватност са другим правима из рада и по основу рада, спорови који настају у вези са његовом повредом махом се рјешавају пред судом. У оним земљама у којима постоје, за рјешавање ових спорова надлежни су специјализовани радни судови или специјализована одјељења у оквиру судова опште надлежности. Парнични поступак покреће се тужбом. Тужилац у спору може бити запослени, бивши запослени, учесник на конкурсима или синдикат. Тужени је, по правилу, послодавац. Предмет радног спора је тужбени захтјев (као процесни појам) о коме суд расправља и одлучује.¹⁵⁷ Ради заштите права на приватност запослени, у првом реду, подноси лично-правну тужбу. Ово је тужба за заштиту права личности која садржи захтјев за уклањање стања створеног повредом права личности на раду или у вези са радом.¹⁵⁸ Ако је на бази повреде права на приватност послодавац донио неку дискриминаторску или другу недозвољену одлуку, запослени спор може покренути и конститутивном тужбом којом се захтијева поништавање коначне одлуке или акта послодавца. Неспорно је да је у поступку поводом заштите права на приватност терет доказивања на послодавцу онда када се тужбеним захтјевом истовремено тврди и то да је, усљед повреде овог права, дошло до дискриминације или злостављања на раду или отказа уговора о раду. Међутим, остаје дилема да ли је, генерално, у споровима по питању заштите права запосленог на приватност, терет доказивања на послодавцу. Чини се да има оправдања за овакво рјешење, будући да за запосленог може бити отежано доказивање повреде овог права, односно повреде његовог достојанства у конкретном случају.

Како је право на приватност уставом гарантовано право, запослени заштиту овог права може захтијевати и пред Уставним судом, подношењем уставне жалбе, а, будући да спада у ред посебно привилегованих права, под одређеним условима,

¹⁵⁷ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр.792.

¹⁵⁸ *Ibid.*, стр.793.

ужива и заштиту пред Европским судом за људска права у Стразбуру. Кад случај у којем се тврди да је дошло до повреде права на приватност дође пред ЕСЈП утврђује се, примјеном дводјелног теста, његова компатибилност са чланом 8 Конвенције.¹⁵⁹ На првом мјесту Суд истражује да ли је кршење права на које се појединац позива гарантовано чланом 8 Конвенције, па тек уколико пронађе да наводно повријеђено право потпада под домашај овог члана, он ће даље размотрити да ли је, у конкретном случају, постојала позитивна обавеза поштовања тог права, и ако јесте да ли је та обавеза испуњена.¹⁶⁰

ЕСЈП је у многобројним предметима разматрао повреду права на поштовање приватног живота у вези са надзором комуникације запосленог, претресом запосленог и његовог радног мјеста, отказом уговора о раду због понашања запосленог у слободно вријеме, тестирањем запосленог на употребу дрога и алкохола, и у вези са другим околностима које су од значаја за заштиту приватног живота, чиме је поставио стандарде заштите права запосленог на приватност. Ови стандарди тичу се прије свега транспарентног поступања послодавца (а у вези са тим и разумно очекиване приватности запосленог), затим оправданих разлога за ограничење права на приватни живот запосленог, као и праве сразмјере задовољења интереса радника и послодавца, при чему се оправданост ограничења овог права цијени у зависности од околности сваког појединог случаја, односно у зависности од начина, обима, мотива и посљедица таквог ограничења.

Повреда права приватности на раду може проузроковати имовинску и неимовинску штету запосленом, па је правилно одмјеравање штете коју је послодавац дужан да надокнади од значаја и за адекватну заштиту овог права. И док одређивање висине имовинске штете коју је послодавац дужан да надокнади запосленом не представља већи проблем (будући да општи принципи накнаде имовинске штете важе и када је имовинска штета настала из повреде личног права¹⁶¹), изрицање и одмјеравање накнаде неимовинске штете још увијек представља изазов.

¹⁵⁹ И. Крстић, *op. cit.*, стр.9.

¹⁶⁰ *Ibid.*, стр.10.

¹⁶¹ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, стр.934.

Мада се у теорији лична права означавају као *неимовинска права*, имовински карактер ових права показује се на плану њихове заштите јер је најефикаснији, и у пракси најчешћи, облик њихове заштите накнада неимовинске штете у новцу.¹⁶² Нематеријална, неимовинска, морална или идеална штета јесте штета на личним или неимовинским добрима човјека као што су живот, здравље, физички и психички интегритет, слобода, част, углед, достојанство, име,¹⁶³ па, отуда, надокнада неимовинске штете игра веома значајну улогу у заштити приватног живота појединца (запосленог). Ово је разлог због кога Европски суд за људска права увијек када нађе да је повријеђено право на приватни живот, односно прекршен члан 8 Конвенције досуђује накнаду нематеријалне штете у одређеном износу. Накнада нематеријалне штете утврђује се по слободној судијској оцјени, што не значи да има мјеста произвољности јер би то било противно начелу правне сигурности.¹⁶⁴

У црногорској теорији и пракси доминира схватање о *сатисфакцији* као искључивом циљу коме служи новчана накнада нематеријалне штете, а притом се занемарују неки други друштвени циљеви примјерени отвореном, грађанском и демократском друштву.¹⁶⁵ У упоредном праву (нпр. у француском) се често досуђује симболичка накнада неимовинске штете, односно исплата симболичног новчаног износа, чиме се афирмише повријеђено право и декларише недопустивост повреде.¹⁶⁶ Супротност симболичној накнади неимовинске штете представља америчка казнена накнада која се досуђује у изузетно високим износима и која, између осталог, има за циљ да казни туженог и одврати остале од таквог деликта.¹⁶⁷

Домаћи судови висину правичне накнаде за штету због *повреде права личности* (угледа, части и других права личности) одмјеравају водећи рачуна о свим околностима конкретног случаја, а нарочито о значају повријеђеног добра и посљедицама које су из тога проистекле.¹⁶⁸ Супротно томе, да би се могла

¹⁶² В. В. Водинелић, *op.cit.*, стр.910.

¹⁶³ Ј. Радишић, *Облигационо право*, Номос, Београд, 2008, стр.199.

¹⁶⁴ З. Пажин, *Грађанскоправни аспект заштите права личности и слобода медија*, British Embassy, Podgorica, стр.62.

¹⁶⁵ *Ibid.*, стр.64-66.

¹⁶⁶ В. В. Водинелић, *op. cit.*, стр.932.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Посебно ваља нагласити да би одређивање - лимитирање унапријед накнаде нематеријалне штете од стране Врховног суда и суда уопште, било у супротности принципу пропорционалности, као

остварити накнада нематеријалне штете *поводом незаконите одлуке послодавца* потребно је да је одлука којом је повријеђено право из радног односа код радника изазвала озбиљније поремећаје емоционалне и психичке равнотеже, а посебно да је тај поремећај продукт шикане.¹⁶⁹ Из овога произилази да се накнада нематеријалне штете може досудити запосленом онда када је утврђена повреда права личности, односно повреда права на приватни живот, а што, међутим, отвара деликатно питање накнаде неимовинске штете запосленом у случају када суд констатује повреду неког права везаног за рад, али не и повреду права на приватност (нпр. незаконит отказ уговора о раду мотивисан недозвољеним отказним разлогом – личним својством запосленог).

1.3. Утицај основних обиљежја радног односа на дјелотворно остваривање и заштиту права запосленог на приватност

Заштитити приватни живот појединца у XXI вијеку не представља нимало једноставан задатак. Ово из разлога што се ризици по приватни живот, попут савремених информационих технологија, не могу контролисати, а њихов развој се не може зауставити. Међутим, поред (општих) ризика по приватни живот појединца, постоје и други ризици иманентни приватном животу запосленог. У питању су ризици који извиру из саме природе односа који се успоставља између запосленог и послодавца, а који се по својим карактеристикама разликује од било ког другог уговором успостављеног односа. У том смислу, *правна субординација, лично извршавање рада, добровољност и плаћеност рада* као битна обиљежја радног односа представљају додатне генераторе ризика по приватни живот запосленог и отежавају примјену основних принципа који се тичу ограничења права на приватност. Не треба, међутим, заборавити да се у ред битних обиљежја радног односа укључује и *особен радно-правни режим радног односа*, који се, како наглашава проф. Лубарда, „развијао од концепта подређеног рада ка концепту

темељном принципу европског права, који предвиђа да се према конкретним субјектима, конкретним околностима и чињеницама примјењују мјере које су сразмјерне циљевима предвиђеним прописима, Начелан правни став Врховног суда Црне Горе, донијет на сједници одржаној дана 29.03.2011.године, Билтен Врховног суда Црне Горе, Подгорица, број 1/2011, стр.5.

¹⁶⁹ Пресуда Врховног суда Црне Горе, Рев. бр.448/11 од 27.04.2011.године.

достојанственог рада запосленог-грађанина“.¹⁷⁰ Управо ово посљедње обиљежје од значаја је за тумачење обима послодавчевих овлашћења на радном мјесту и мјере до које се право на приватност, као људско право, запосленом може ускратити.

Правна субординација представља суштинско обиљежје, како традиционалног, тако и модерног радног односа. Премда питања поријекла радноправног појма субординације и њеног различитог разумијевања не престају да буду актуелна ни данас, у теорији радног права доминантан је став о томе да правна субординација подразумијева „различита правом призната овлашћења послодавца, која се квалификују као његова управљачка, нормативна и дисциплинска власт.“¹⁷¹ Ово, поред осталог, значи да је послодавац овлашћен да издаје налоге и упутства за рад, да контролише, надзире и оцјењује рад запосленог, да доноси правне акте и утврђује правила понашања, те да санкционише свако понашање које је у супротности са овим актима и правилима. Вршење ових овлашћења некада укључује и право послодавца да тестира запосленог и процјењује његове радне способности, да врши непосредан надзор над запосленим и средствима за рад, а изузетно и да захтијева од запосленог одговарајуће понашање изван радног времена и мјеста рада. Јасно је, отуда, да послодавац своја овлашћења не може вршити у цјелости, а да при том не ограничи право запосленог на приватност, због чега правна субординација, као незаобилазно обиљежје радног односа, представља највећи ризик по приватни живот запосленог. Ово посебно узме ли се у обзир да су нека послодавчева овлашћења ојачала захваљујући развоју технологије која омогућава интензивнију контролу рада запослених, као и то да, због високе стопе незапослености, неки послодавци остварују много већи фактички утицај на запослене.¹⁷²

Треба, међутим, нагласити да овлашћења послодавца нису неограничена, те да између *права* запосленог на приватни живот и послодавчеве *власти* постоји одређена спрега (условљеност), будући да, у истој мјери у којој послодавчева власт представља *ризик* за приватни живот запосленог, и право запосленог на приватност представља *границу* власти послодавца на радном мјесту. Тако, међу бројним

¹⁷⁰ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.15.

¹⁷¹ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, стр.92.

¹⁷² *Ibid.*, стр.133

ограничењима управљачкој, нормативној и дисциплинској власти послодавца на радном мјесту, налази се и *обавеза поштовања основних људских права*, а што укључује и право запосленог на приватност (на поштовање приватног живота).

Право запосленог на приватност супроставља се, дакле, управљачким овлашћењима послодавца, па је од пресудне важности пронаћи праву мјеру интереса коју треба задовољити у сваком конкретном случају. Да би се пронашла права мјера интереса потребно је утврдити границе управљачких и других овлашћења, односно правне субординације, будући да се у оквиру ових граница налази и начелна могућност послодавца да ограничи право запосленог на приватност. Значај питања заштите приватности у домену рада и радних односа је у сталном порасту, због чега је постављање извјесних ограничења послодавчевим овлашћењима у корист заштите приватности запосленог послужило као основ теорије о измијењеном (ограниченом) облику правне субординације као основног обиљежја радног односа. Штавише, развила се и идеја о раднику-грађанину који поред обавеза према послодавцу има одговорности и према својој сопственој приватности (помирење породичних и професионалних дужности). Стога се изводи радикалан закључак да концепт грађанина-радника није више могуће редуковати на уговор, односно није више билатерални осим у настанку, јер се у току трајања уговора морају узети у обзир и други интереси (јавни, приватни, породични, синдикални).¹⁷³

У вези са правном подређеношћу је и *интегрисаност*, односно *укљученост запосленог у организациони процес рада*, будући да послодавчева овлашћења, по правилу, производе дејство према запосленом од момента када он ступи на рад, односно када се интегрише у процес рада, па самим тим ово својство радног односа означава и моменат од кога послодавац може, под одређеним условима, да ограничи приватни живот запосленог. Међутим, ово својство далеко већи значај има за утврђивање и признавање одређеном радно-ангажованом лицу статуса запосленог, а посљедично и за одређивање граница његовог приватног живота на радном мјесту.

¹⁷³ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.22.

Премда тешкоће у дефинисању права запосленог на приватност, у првом реду, потичу од субординације, својеврсан генератор ризика по приватни живот запосленог представља и *добровољност* као друго битно обиљежје радног односа, будући да се запослени, потписивањем уговора о раду, добровољно потчињава власти послодавца. Ово посебно вриједи у оквиру уговорне теорије о правној природи радног односа која „подређен рад за послодавца објашњава добровољним прихватањем (слободним пристанком) запосленог да се подреди власти послодавца у извршавању рада“.¹⁷⁴ Могло би се, отуда, поставити питање да ли се добровољно потчињавање власти послодавца може тумачити као одрицање запосленог од права на приватност док је на радном мјесту. Генерално је прихваћен став да се добровољно ступање у радни однос и подчињавање управљачким, нормативним и дисциплинским овлашћењима послодавца не тумачи као *a priori* одрицање запосленог од права на приватност, али да се може тумачити као давање сагласности послодавцу да, изузетно, када је то оправдано и у мјери у којој је неопходно за несметано функционисање посла, ограничи приватност запосленог.

Плаћеност рада као битно обиљежје радног односа представља еквивалент за извршени рад и одраз је облигационе природе уговора о раду као двостранообавезујућег. Као такво, ово обиљежје не даје право послодавцу да од запосленог захтијева апсолутну *оданост* која, између осталог, може подразумијевати одрицање од сопствене приватности зарад задовољења легитимних интереса послодавца. Ово из разлога што савремени радни однос не познаје тако схваћену личну подређеност запосленог послодавцу, па је, отуда, запослени подређен послодавцу само у вези са извршавањем престације рада.¹⁷⁵ Не треба заборавити ни то да је зарада, због свог алиментационог карактера, у функцији заштите приватног и породичног живота запосленог, а што је условило забрану исплате зараде у натури (осим изузетно), слободу располагања зарадом, гарантовање минималне зараде, као и заштиту зараде и потраживања зараде.

Премда запослени није у односу личне субординације према послодавцу, личноправни елементи радног односа, у одређеној мјери, произилазе из чињенице да *лично извршавање рада* представља битно обиљежје радног односа. Управо из

¹⁷⁴ *Ibid.*, стр.13

¹⁷⁵ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, стр.101.

овог обиљежја радног односа извире право послодавца да у поступку селекције, а сагласно начелу слободe избора, изабере одговарајућег кандидата за запослење. Отуда, чињеница да се уговор о раду закључује *intuitu personae* и да, у складу са тим, запослени има обавезу да лично извршава рад представља посебан ризик по приватни живот кандидата за запослење, али и запосленог, будући да заинтересованост послодавца за све чињенице, укључујући и оне из приватног живота, не престаје ни након заснивања радног односа.

Управо су битна обиљежја радног односа довела до потребе да се питање заштите приватног живота посебно разматра у контексту радног мјеста, будући да свако до њих, на свој начин, доводи до дилема везаних за могући утицај чињеница из приватног живота на заснивање и трајање радног односа, на разграничење приватног и професионалног живота, на начин на који послодавац може вршити своја надзорна овлашћења и др. Ове дилеме се углавном рјешавају примјеном општих принципа ограничења људских права, па се, уз уважавање идеје о томе да се права и слободe дјелотворно морају остваривати на радном мјесту, право запосленог на приватност у одређеној мјери може ограничити када то налаже оправдан интерес послодавца. На овај начин се потврђује и особеност радноправног режима који подразумијева и то да је *causa* уговора о раду достојанствен рад - на страни запосленог, односно *bona fide* компетентно извршавање рада и понашање у интересу послодавца - на страни послодавца.¹⁷⁶

1.4. Заштита података о личности као радноправни проблем

Заштита података о личности представља само сегмент заштите приватног живота. То је уједно и њен најразвијенији дио захваљујући томе што се, са интензивним развојем софистицираних средстава обраде података 80-их година прошлог вијека, убрзано развија и идеја о потреби заштите личних података.¹⁷⁷ Појам обраде (енг. *processing*) личних података широко се тумачи и укључује

¹⁷⁶ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.32-33.

¹⁷⁷ Тако, најприје Савјет Европе 1981.године доноси Конвенцију о заштити појединца у вези са аутоматском обрадом личних података, а Европска унија је 1995.године донијела Директиву Европског савјета и Парламента 95/46 о заштити појединаца у вези са обрадом личних података и о слободном протоку таквих података.

њихово прикупљање, одлагање, комбиновање, саопштавање, али и сваку другу употребу,¹⁷⁸ док се под личним податком (енг. *personal data*) подразумејева било који податак који се односи на утврђену физичку особу или физичку особу која се може утврдити, док особа која се може утврдити је особа чији се идентитет може директно или индиректно утврдити, а посебно навођењем идентификационог броја или једног или више чинилаца значајних за његов физички, физиолошки, ментални, културни или социјални идентитет.¹⁷⁹ Под личним податком радника, Међународна организација рада, подразумејева сваку информацију у вези са одређеним или одредивим радником.¹⁸⁰

У области радних односа обрада личних података је присутна у великој мјери, при чему, послодавци и запослени често нису свијесни да многе активности које рутински и свакодневно предузимају укључују обраду личних података. На обраду личних података, у контексту радног мјеста, примјењују се општа правила о заштити података о личности,¹⁸¹ али и тзв. секторска правила о заштити података о личности радника.¹⁸²

Послодавци из различитих разлога прикупљају податке о запосленима и кандидатима за заснивање радног односа, а прије свега ради испуњавања уговорних или законских обавеза, као и ради задовољења својих легитимних интереса. У складу са тим, разлози које Директива 95/46/ЕЗ одређује као релевантне за обраду личних података, а који се могу примјенити у контексту радног мјеста, су: а) обрада је потребна за извршавање уговора у којем је особа чији се подаци обрађују странка или ради предузимања мјера на захтјев особе чији се подаци обрађују прије склапања уговора; б) обрада је потребна ради испуњења законских обавеза; и в) обрада је потребна у сврхе законитог интереса, осим када је такав интерес подређен

¹⁷⁸ *Protection of worker's personal data*, An ILO code of practice, стр.1.

¹⁷⁹ Члан 2, став 1, под (а) Директиве 95/46/ЕЗ.

¹⁸⁰ *Protection of worker's personal data*, An ILO code of practice, стр.1.

¹⁸¹ Закон о заштити података о личности ("Сл. лист ЦГ", бр.79/08, 70/09, 44/12).

¹⁸² Кодекс Међународне организације рада о заштити личних података радника и Препорука Комитета министара о заштити личних података који се користе за сврхе запошљавања. Љ. Ковачевић, „Прикупљање и коришћење података о личности као радноправни проблем“ у: Б. Шундерић, Б. Лубарда, П. Јовановић (ур.), *Социјална права и европске интеграције*, Зборник радова са Савјетовања правника, 5-8. октобар 2011, Златибор, Удружење за радно право и социјално осигурање Србије, Београд, 2011, стр.63.

интересу за заштиту основних права и слобода особе чији се подаци обрађују.¹⁸³ Дакле, први разлог произилази из чињенице да је радни однос базиран на уговору о раду између запосленог и послодавца, те да ради испуњења обавеза из уговора, послодавац мора обрађивати одређене личне податке, док се други разлог тиче обавеза које радно законодавство намеће послодавцу, а за чије испуњење је потребна обрада личних података (нпр. пријава на обавезно социјално осигурање). Трећи критеријум односи се на потребу балансирања интереса радника и послодавца.

Будући да свака обрада личних података са собом носи и ризик повреде приватног живота запосленог, она се треба одвијати по одређеним правилима, и уз поштовање одређених принципа. Ова правила дефинишу у коју сврху, на који начин и под којим условима се лични подаци о запосленом могу обрађивати. У принципу, основна правила оправданог ограничење права запосленог на приватност, примјењују се и на дозвољену обраду његових личних података. То значи да послодавац обрађује само оне податке о кандидату за запослење и запосленом који су од значаја за извршавање престације рада, односно за извршавање законом утврђених или уговором преузетих обавеза. Подразумијева се да број и врста података који се обрађују морају бити сразмјерни сврси прикупљања и коришћења.¹⁸⁴ Подаци се, по правилу, прикупљају од запосленог лично, а уколико постоји потреба прикупљања података од стране трећих лица, онда запослени мора бити упознат са таквом обрадом, као и обимом и сврхом те обраде, а уколико не постоји законско овлашћење за њихову обраду онда се мора и сагласити са таквом обрадом.¹⁸⁵ Важно је и то да се прикупљени подаци могу користити само у сврху због које су прикупљени, да се не могу саопштавати трећим лицима без изричите сагласности запосленог, те да запослени има право да

¹⁸³ Мала је вјероватноћа да се остали критеријуми за закониту обраду података предвиђени Директивом (обрада података је неопходна за заштиту виталних интереса особе чији се подаци обрађују и обрада је потребна за извршавање задатака који се спроводе у јавном интересу...) примјене у контексту радног мјеста. *Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context*, Article 29 Data Protection Working Party, 5062/01/EN/Final WP 48, Brussels, September 2011, стр.15.

¹⁸⁴ Љ. Ковачевић, „Прикупљање и коришћење података о личности као радноправни проблем“, стр.67-68.

¹⁸⁵ *Protection of worker's personal data*, An ILO code of practice, стр.3.

приступи свим личним подацима који се о њему обрађују.¹⁸⁶ У складу са тим, црногорски Закон о раду би, по угледу на српски, требало да гарантује сваком запосленом право увида у документе који садрже личне податке, а који се чувају код послодавца, затим право да захтијева брисање података који нису од непосредног значаја за послове које обавља, као и право да захтијева исправљање нетачних података.¹⁸⁷

За заштиту приватног живота запосленог од значаја је и то што се обрада личних података код послодавца не смије вршити на начин који ће узроковати дискриминацију у погледу запошљавања и услова рада, као и то што подаци о запосленом до којих се долази аутоматском обрадом не смију бити једини основ за процјену (оцјену) његовог рада од стране послодавца.¹⁸⁸ Непотпун или нетачан одговор запосленог на питање послодавца које није у складу са основним принципима обраде личних података, не представља оправдан отказни разлог, нити разлог за изрицање било које друге дисциплинске мјере.¹⁸⁹

Како Директива 95/46/ЕЗ забрањује обраду (осим изузетно) личних података којима се открива расно или етичко поријекло, политичко мишљење, вјерско и филозофско увјерење, чланство у синдикату, те обраду података у вези са здрављем и сексуалним животом,¹⁹⁰ тако је и обрада ових података о запосленом могућа само у изузетним околностима.¹⁹¹

Све ово, међутим, није довољно да уклони тзв. *резидуални ризик*¹⁹² повреде приватности запосленог. Тим прије што се подаци о запосленом данас углавном

¹⁸⁶ Уколико се подаци о запосленом обрађују изван сврхе за коју су првобитно прикупљени, послодавац мора бити сигуран да та нова сврха није у супротности, односно да је компатибилна првобитној сврси. Лични подаци о запосленом би се евентуално могли саопштавати трећим лицима и без његове сагласности, онда када је то неопходно ради спрјечавања озбиљне и непосредне опасности по живот и здравље, када је то предвиђено законом, неопходно за реализацију уговора о раду или за примјену кривичног права. Право приступа подацима подразумијева и право запосленог да захтијева копију података који се воде о њему, као и право да захтијева брисање непотпуних или нетачних података и података који се обрађују противно основним принципима обраде личних података о запосленом. *Protection of worker's personal data, An ILO code of practice*, стр.2, 5, 6, 7.

¹⁸⁷ Члан 83, став 1 Закона о раду Србије ("Сл. гласник РС", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 113/2017).

¹⁸⁸ *Protection of worker's personal data, An ILO code of practice*, стр.2.

¹⁸⁹ *Ibid.*, стр.3.

¹⁹⁰ Члан 8, став 1 Директиве 95/46/ЕЗ.

¹⁹¹ *Protection of worker's personal data, An ILO code of practice*, стр.2.

¹⁹² Резидуални ризик је ризик који остаје након што су предузете све радње за смањење вјероватноће појаве ризика, укључујући и све контролне активности. Термин потиче од латинских ријечи

индиректно прикупљају. У питању је оно прикупљање података које, само по себи, није циљ, већ је дио неког другог процеса који је успостављен са другом сврхом, али који нужно са собом носи и прикупљање одређених личних података о запосленом.

2. Разграничење приватног и професионалног живота запосленог

Дуго времена професионални живот појединца био је омеђен његовим радним временом. Са крајем радног времена и напуштањем радног мјеста запослени се селио у зону свог приватног живота. Међутим, развој технологије и флексибилизација радног права учинили су да запослени може једним потезом „миша“ прећи са радних на приватне активности,¹⁹³ као и да „званични крај радног времена не значи ништа јер се посао лако може радити од куће“.¹⁹⁴ Отуда, у условима оскудне законске регулативе, питање разграничења приватног и професионалног живота спада у једно од најкомплекснијих питања на које није могуће дати јединствен одговор. Оно уједно има карактер тзв. претходног питања које би ваљало бар донекле расвијетлити прије упуштања у дубљу анализу права запосленог на приватност. Ово из разлога што ће одговор на многа питања која се у овом раду постављају у вези са правом запосленог на приватност, али и правом послодавца да ову приватност ограничи управо зависити од тога како се посматра линија раздвајања између ове двије сфере живота.

У настојању да се одреди граница до које се простира професионални живот, односно од које почиње приватни живот појединца, најприје се полази од *временског и просторног критеријума*. Према овим критеријима, под приватним животом појединца подразумејева се све оно што чини његов живот изван радног мјеста и радног времена, док се под професионалним животом појединца подразумејева све оно што чини његов живот на радном мјесту и у току радног

residuum-остатак, *residuus*-трајна последица неке болести или повреде. И. Клајн, М. Шипка, *op. cit.*, стр.1055.

¹⁹³ С. Vigneau, „Information technology and worker`s privacy: regulatory techniques“, стр.505.

¹⁹⁴ *Ibid.*

времена.¹⁹⁵ Идеално би било, примјеном ових критеријума, повући јасну линију раздвајања између ове двије сфере живота. Међутим, то није увијек могуће. Проблем дијелимично потиче отуда што је и сам појам приватности комплексан и што се његова садржина стално проширује. Наиме, све оно што се тиче личног здравља, филозофских, моралних, религијских увјерења, породичног и емотивног живота, пријатељства и осталих социјалних веза спада у приватан живот.¹⁹⁶ Приватност се, отуда, не може оивичити временом и простором. Немогуће је употпуности odstraniti све елементе приватности на мјесту рада и у току радног времена, јер би у том случају дошло до социјалне изолације запосленог за вријеме рада. За неке аспекте приватног живота има мјеста и у радно вријеме и на мјесту рада, баш као што запослени остаје везан неким професионалним обавезама и ван радног времена и мјеста рада.¹⁹⁷ У том смислу, просторни и временски критеријум могу се узети само као полазни али не и довољни. Ово је и становиште Европског суда за људска права који упозорава да не постоји начелан разлог због кога би схватање појма *приватности* могло да искључује професионалну или пословну дјелатност, јер није увијек могуће јасно разазнати који дио активности појединца улази у његов професионални или пословни дио живота, нарочито у погледу слободних професија.¹⁹⁸

Посебно је тешко, на бази просторног и временског критеријума, разграничити пословни и професионални живот запосленог у случају флексибилних форми рада, будући да тада појмови *мјесто рада* и *радno вријеме* попримају специфична обиљежја. Оно што додатно компликује ситуацију јесте наглашена одговорност појединих категорија радника, због чега се обим њиховог приватног живота умањује, а што за последицу има и теже раздвајање професионалне и приватне сфере живота.

¹⁹⁵ Радно вријеме дефинише се као период током кога запослени ставља своју способност за рад на располагање послодавцу како би му послодавац повјерио извршавање рада. Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.181. Проблематично је то што би се примјеном критеријума радног времена дошло до закључка да и пауза у току рада представља дио професионалне сфере запосленог у оним системима у којима она улази у радно вријеме (Црна Гора, Србија).

¹⁹⁶ А. Јакшић, *op. cit.*, стр.250.

¹⁹⁷ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, стр.491.

¹⁹⁸ Ž. Ditertr, *op. cit.*, стр.229.

Преплитање приватног и професионалног живота доводи до бројних спорова у вези са заштитом приватности запосленог, а посебно оних који се тичу обавезе понашања запосленог ван радног мјеста, приватне употребе средстава комуникације или надгледања запосленог. Судови настоје да, у сваком конкретном случају, доведу у равнотежу интерес радника и интерес послодавца, независно од просторног и временског критеријума, водећи рачуна о околностима случаја али и о обиму приватности који запослени разумно очекује. У том смислу, приватну сферу живота запосленог чини све оно што он разумно, према датим околностима, очекује да буде дио његове приватности, док све изван тога чини сферу његовог професионалног живота. Ипак, разумно очекивање запосленог по питању приватности није увијек одлучујући фактор и није довољно да би се утврдила повреда права на приватност, будући да се морају узети у обзир и интереси послодавца. На тај начин, за разграничење приватног и професионалног живота, а у вези са споровима до којих долази између запосленог и послодавца, поред временског и просторног критеријума (као полазног) примјењују се још и критеријум вишег (јачег) интереса и критеријум објективно (разумно) очекиване приватности.

Произилази да прецизнији одговор на питање разграничења приватног и професионалног живота није могуће дати а да он истовремено има карактер општег. Не постоји једна јединствена, универзална граница међу овим сферама. Њихово раздвајање зависи од низа околности и може се вршити за сваку конкретну дјелатност, код сваког послодавца посебно, за свако занимање или за сваког запосленог појединачно. То никако не значи да се разграничење ове двије сфере врши произвољно, већ да примјена истих критеријума у различитим околностима може довести до различитих рјешења. Будући да је за разграничење приватног и професионалног живота потребно примјенити индивидулистички приступ и да очекивања запосленог играју велику улогу, сарадња социјалних партнера на овом плану била би од велике помоћи. Колективни уговори, на једној и процедуре послодавца и општи акти струковних удружења, на другој страни могу значајно да допринесу транспарентности, а тиме и разграничењу ове двије сфере у сваком конкретном случају.

Немогућност потпуног раздвајања приватне и професионалне сфере живота не смије нас, међутим, удаљити од идеје да поједини дјелови приватног живота запосленог, које обично називамо *интимом*, уживају посебну заштиту и никако не могу бити предмет ограничења од стране послодавца. Ову *интимну сферу приватног живота* чини „све оно што свако већ по свом осјећају мора претпоставити као интиму, као себи недоступно, даље, и оно што лице видљиво и оправдано скрива од осталих или као тајну дијели само с одређеним лицем“.¹⁹⁹ У том смислу, послодавцу је забрањен сваки приступ интими приватног живота, чак и онда када се запослени налази на мјесту рада.²⁰⁰ Нешто мањи обим заштите уживају *приватна сфера* и *приватно-јавна сфера* које, према једној од теорија плуралитета приватних сфера, заједно са *интимном сфером* чине укупност приватног живота.²⁰¹ *Приватна сфера* укључује „све оно што лице не таји пред свим другим лицима, него дијели са извјесним, по разним основима, блиским му лицима (породичне прилике, односи пријатељства, односи са познаницима и сл.), али што не треба да буде доступно и осталима, нити посредовано јавности“.²⁰²

За разлику од претходне двије, *приватно-јавна сфера* укључује оно што се одвија у јавности, односно на опште доступним мјестима, па самим тим јавност стиче право да се обавијести о свему што је од важности у конкретном случају.²⁰³ Ова трећа сфера је најзначајнија за радно право, будући да, заснивањем радног односа, запослени добровољно иступа у јавности, тако да послодавац има право да се интересује о свим околностима из његовог приватног живота које су важне за извршење рада.²⁰⁴ Није, међутим, сасвим јасна подјела између приватне и приватно-јавне сфере, с обзиром на то да поједине дјелове приватне сфере (нпр. породичне прилике) запослени може добровољно саопштити послодавцу ради остваривања неког права везаног за рад. Премда теорије плуралитета приватних сфера имају своје слабости и премда се данас користи *јединствен појам приватног живота*, оне су добар показатељ да је просторни и временски критеријум крајње

¹⁹⁹ В. В. Водинелић, *op. cit.*, стр.918.

²⁰⁰ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, стр.497.

²⁰¹ В. В. Водинелић, *op. cit.*, стр.918.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, стр.498.

непоуздан за разграничење приватног и професионалног живота запосленог, те да интимна сфера приватног живота запосленог ужива заштиту и на радном мјесту и у радно вријеме, баш као што заштиту неће уживати поједини аспекти приватног живота које запослени учини доступним јавности, ван радног времена и изван мјеста рада.

3. Ограничење права запосленог на приватност

3.1. Општи осврт

У демократским друштвима могућност ограничења основних људских права своди се на минимум. Људска права, у начелу, могу се ограничити само под унапријед утврђеним условима. Као и друга права, право на приватност је релативно и мора бити уравнотежено са другим правима,²⁰⁵ па, отуда, опште ограничење овог права произилази из постојања других субјективних права и правно признатих интереса.²⁰⁶ Приватност је, дакле, препозната као *prima facie* вриједност коју нека друга, већа вриједност, може гурнути у други план.²⁰⁷ Будући да се ради о људском праву, потребно је да ова ограничења буду прописана законом ради постизања легитимног циља и да обим ограничења не буде већи од оног који је, у конкретном случају, неопходан за постизање тог циља. Само под овим условима држава може да ограничи приватност појединца (грађанина). Од значаја је напоменути и то да ограничења права на приватност као личног права, чврсто фиксирана и таксативно набројана у закону не задовољавају данашње потребе, због чега је неопходно формулисати шире критеријуме који ће омогућити судовима да у конкретном случају утврде границе овог права.²⁰⁸

Мада је запослени у подређеном положају у односу на послодавца, постоји општа сагласност о томе да он за вријеме трајања радног односа ужива заштиту права на приватност у односу на послодавца. Запослени се, дакле, доласком на

²⁰⁵ R. Blanpain, „Employee privacy issues: Belgian report“, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, Fall 1995, стр. 3.

²⁰⁶ В. В. Водинелић, *op. cit.*, стр.925.

²⁰⁷ Е. Е. Palm, „Privacy expectations at work - what is reasonable and why?“, *Ethical Theory & Moral Practice*, vol.12, број 2, 2009, стр.212.

²⁰⁸ В. В. Водинелић, *op. cit.*, стр.911.

радно мјесто не одриче својих права.²⁰⁹ Ово би даље могло да значи да послодавац, баш као и држава, може ограничити право запосленог на приватност само под одређеним условима. Опште правило о ограничењу људских права, пренешено на терен радног права, могло би се тумачити као могућност послодавца да, у *одређеној мјери* ограничи право запосленог на приватност када је то неопходно за поститизање *легитимног циља* и уз поштовање начела *транспарентности*, како би запослени био унапријед упознат да постоји могућност ограничења његове приватности на радном мјесту. Међутим, за разлику од права на приватност појединца (грађанина) које је детаљно регулисано правним актима на међународном и унутрашњем плану, право запосленог на приватност још увијек захтијева многе одговоре. Оно што суштински разликује однос *држава-појединац* од односа *послодавац-запослени* јесте чињеница да је запослени уласком у радни однос (потписивањем уговора о раду) пристао да буде под влашћу послодавца и да се, између осталог, повинује његовим пословним интересима. С тим у вези, у пракси се легитиман интерес послодавца нешто шире тумачи од легитимног интереса државе, а начело легалитета, када је у питању ограничење права запосленог на приватност, није увијек могуће задовољити. Ипак, без обзира на специфичности радног односа, начела легитимности (релевантности), сразмјерности и транспарентности примјењују се као неопходни услови ограничења права запосленог на приватност, кад год је то могуће.²¹⁰ У супротном, постоји опасност да ово људско право буде ускраћено запосленима и онда када то није неопходно, а чиме би се истовремено довело у питање и њихово достојанство.

Као допунска, овдје би се могла примјенити и начела *правичности* и *хуманости*, будући да радно право настоји да хуманизује уговорни однос радника и послодавца и да тежи, када је то могуће, да општа правила прилагоди појединим

²⁰⁹ С. Vigneau, „Information technology and workers’ privacy: a comparative study: Part II: nacional studies: information technology and workers’ privacy: the French law“, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, Winter 2002, стр.2.

²¹⁰ Принципи легитимности и сразмјерности утемељени су у француском Законику о раду према коме: „Нико не смије увести ограничења права и слобода појединаца која нису оправдана задатком који треба извршити и пропорционална циљу који треба остварити“. Принцип транспарентности прије свега је садржан у општој уговорној обавези да се уговор извршава у доброј вјери. С. Vigneau, „Information technology and workers’ privacy: a comparative study: Part II: Nacional studies: information technology and workers’ privacy: the French law“, стр.3.

категоријама запослених или појединим формама рада како би у што већој мјери била праведна.

Оправдано *ограничење* права на приватност, дакле, није исто што и *повреда* права на приватност. За разлику од ограничења, повреда овог права постоји онда када нису испуњени услови под којима се оно може ограничити, односно када нису задовољени принципи легитимности, сразмјерности и транспарентности. Другим ријечима, неће се свако спрјечавање или угрожавање личног добра сматрати повредом овог личног права. Европски суд за људска прва чије су пресуде драгоцјене за разумијевање ових појмова користи другачију терминологију. У том смислу, послодавац може оправдано или неоправдано да се умијеша (енг. *interfere*) у приватност запосленог. Оправдано мијешати се значи ограничити ово право запосленог у скаду са свим постављеним принципима. У супротном, ријеч је о неоправданом мијешању (у вршење права), односно повреди права на поштовање приватног живота и кршењу (енг. *violation*) члана 8 Конвенције.

3.2. Начела легитимности, сразмјерности и транспарентности

Принципи легитимности, сразмјерности и транспарентности представљају правне технике које треба да послуже првенствено судовима да, у сваком конкретном случају, пронађу праву мјеру интереса радника и послодавца коју треба задовољити.²¹¹ Ова три принципа тијесно су повезана, а постојање легитимности представља услов за разматрање сразмјерности и транспарентности. Принцип легитимности односи се на *разлоге* који оправдавају ограничење права на приватност, принцип сразмјерности на *обим* ограничења или *начин* (средство) на који се врши ограничење, док се принцип транспарентности односи на *a priori* *уознавање* са могућим ограничењима. Обавеза примјене ових принципа, директно или индиректно је садржана у свим правним актима који се баве заштитом права на приватност/личних података:

²¹¹ Неки аутори принцип транспарентности сврставају у другу врсту регулаторних техника које се односе на процедурална правила. У том смислу, могуће је установити процедуре по којима послодавац обавјештава запосленог о намјери да ограничи његову приватност и оне којима обавјештава неко независно тијело о овој намјери. С. Vigneau, „Information technology and worker’s privacy: regulatory techniques“, стр.511-514.

-„Лични подаци морају се обрађивати законито и поштено и само из разлога који су директно повезани са радним ангажовањем запосленог... а запослени и њихови представници морају бити информисани о било којој обради података, правилима обраде и њиховим правима“²¹²;

-„Лични подаци не могу се обрађивати у већем обиму него што је потребно да би се постигла сврха обраде, нити на начин који није у складу са њиховом намјеном“²¹³;

-„Државе чланице осигуравају да су лични подаци обрађени поштено и законито и прикупљени у посебне, изричите и законите сврхе, те да се даље не обрађују на начин који би био неспојив са том сврхом“²¹⁴;

-„Зајемчена људска права и слободе могу се ограничити само законом, у обиму који допушта Устав, у мјери која је неопходна да би се у отвореном и слободном демократском друштву задовољила сврха због које је ограничење дозвољено“²¹⁵.

Уопштено узевши, за појам *легитимности* је од пресудног значаја вриједносни елемент, легитимност претпоставља сагласност неког понашања или стања са одређеним системом вриједности.²¹⁶ Према овом начелу, право запосленог на приватност може се ограничити ако за такво ограничење постоји важан и оправдан *интерес* послодавца, односно ако је оно према општем мишљењу оправдано. Примјењује се у фази заснивања, трајања и престанка радног односа. Када је у питању поступак заснивања радног односа, принцип легитимности захтијева да се прикупљају само они (лични) подаци о кандидату за запослење који су нужно и директно повезани са послом који се нуди или са процјеном његових радних способности. Интерес послодавца да ограничи приватност запосленог у току трајања или у случају престанка радног односа мора бити законит и, за процес и организацију рада, релевантан.²¹⁷ Постојање оваквог интереса мора се

²¹² *Protection of worker's personal data*, An ILO code of practice, стр.2.

²¹³ Закон о заштити података о личности ("Сл. лист ЦГ", бр.79/08, 70/09, 44/12), члан 2, став 2.

²¹⁴ Члан 6, став 1, тачка (а) и (б) Директиве 95/46/ЕЗ.

²¹⁵ Члан 24, став 1 Устава Црне Горе („Сл. лист ЦГ“, бр.01/07).

²¹⁶ З. Стојановић, *Кривично право*, ЦИД, Подгорица, 2008, стр.40.

²¹⁷ Тако, примјера ради, садржај приватних порука запосленог нема значаја за контролу његових пословних активности, па се самим тим сматра ирелевантним и незаконитим са аспекта циља који послодавац жели постићи. С. Vigneau, „Information technology and worker's privacy: regulatory techniques“, стр.509.

недвосмислено утврдити сваки пут када се намјерава, на било који начин, ограничити приватност запосленог.

Обично се могућност послодавца да ограничи приватност запосленог везује за двије врте разлога и то *пословне разлоге* и *разлоге одговорности*.²¹⁸ У првом случају ради се потреби процеса рада, односно о ситуацији када се нарушавање приватности запосленог сматра неопходним за несметано одвијање пословног процеса. У ове разлоге сврстава се и интерес послодавца да запослени сва средства за рад користи намјенски и да за цијело вријеме трајања радног времена извршава радне задатке. У другом случају ради се о одговорности послодавца, као власника средстава за рад, у погледу сигурности (лица и имовине) на мјестима рада. Овдје се убраја и интерес послодавца да заштити свој бизнис од опасности преноса повјерљивих информација конкурентним фирмама. Уопштено узевши, најмање су спорни *разлози одговорности*, будући да се безбједност имовине и лица увијек јавља као виши интерес који оправдава ограничење људског права. *Пословне разлоге*, међутим, треба уско тумачити, будући да се нарушавање приватности запосленог може сматрати оправданим само ако се докаже да је оно заиста неопходно за процес рада или нужно за реализацију уговора о раду.

Међу *пословним разлозима* највише полемике изазивају разлози који се односе на интерес послодавца да контролише намјенску употребу средстава за рад, квалитет извршавања рада али и максималну продуктивност и профитабилност.²¹⁹ Ово из разлога што у великом броју случајева послодавац ове интресе може задовољити примјеном других метода који нужно не подразумевају нарушавање приватности запосленог (нпр. ограничавање интернет саобраћаја или постављање радних циљева које треба остварити на дневном, недељном или другом нивоу). С тим у вези, као додатан услов се поставља и то да не постоји други начин да

²¹⁸ Овдје би се свакако могао примјенити и општи принцип ограничења људских права, па би се и право на приватност запосленог могло ограничити онда када представља препреку за остваривање основних права и слобода других. Једно од права које може доћи у сукоб са правом на приватност је право на слободу изражавања.

²¹⁹ У дјелимично издвојеном мишљењу, у предмету *Bărbulescu v. Romania*, Judgment of 12 January 2016, по. 61496/08, судија *Pinto de Albuquerque* с правом истиче да максимална продуктивност и профитабилност на радном мјесту нису, саме по себи, интерес обухваћен чланом, 8 став 2 Конвенције, али да потпуно испуњавање уговорних обавеза у радном односу може оправдати одређено ограничење права на приватност.

послодавац оствари легитиман циљ са истом ефикасношћу, али са мање (или без) нарушавања приватности запосленог.

Поред ових, у разлоге који оправдавају захват у туђе лично добро (приватни живот) спадају и они опше прихваћени разлози за искључење противправности као што су *нужна одбрана, стање нужде*, али и *пристанак личности*.²²⁰

Разлози које Директива 95/46/ЕЗ одређује као релевантне за обраду личних података, а који се могу примјенити у контексту радног мјеста тичу се чињенице да је радни однос базиран на уговору о раду између запосленог и послодавца, те да ради испуњења обавеза из уговора, послодавац мора обрађивати одређене личне податке. Исто тако, радна законодавства, по правилу, намећу послодавцу обавезе за чије испуњење је потребна обрада личних података. Трећи критеријум односи се на потребу балансирања интереса радника и послодавца.

У оквиру принципа легитимности постоји специфичан концепт („*tendency companies*“), који потиче из њемачке правне доктрине, и има за циљ да послодавцима чија је дјелатност по природи ствари специфична (вјерске, политичке и друге организације) омогући прикупљање података који би се у другим ситуацијама сматрали ирелевантним за организацију посла.²²¹ Но, у питању је само прилагођавање овог принципа специфичним захтјевима послодавца у зависности од врсте дјелатности и послова који се обављају, будући да, оно што је за једног послодавца сасвим ирелевантно, за другог може бити пресудно за успјешну организацију посла. У томе и јесте практична вриједност и величина принципа легитимности (релевантности). Он представља веома флексибилно средство које омогућава судовима да сагледају све околности конкретног случаја и да на основу тога одлуче да ли је ограничење права на приватност оправдано или не.²²²

²²⁰ В. В. Водинелић, *op. cit.*, стр.911.

²²¹ Обично се ради о категорији тзв. осјетљивих података. И у италијанском праву постоји изузетак од забране прикупљања личних података код оних послодаваца чије су активности идеолошки оријентисане (политичке партије, синдикати итд.) F. Hendrickx, *Protection of workers' personal data in the European Union: general issues and sensitive data*, University of Leuven, University of Tilburg, 2002, стр.26.

²²² С. Vigneau, „Information technology and worker's privacy: regulatory techniques“, стр.510.

Принцип пропорционалности/сразмјерности сматра се основним правним средством за разумијевање и примјену људских права.²²³ Због начина на који успоставља фер однос између супростављених интереса и права, овај принцип је препознатљив елемент система правде још од Аристотела.²²⁴ Као етички принцип у праву се јавља први пут у XIX вијеку у Њемачкој, најприје као начин да се ограничи употреба моћи од стране полиције, затим се примјењује у Управном и Уставном праву, а широко примјену данас има и у Радном праву гдје се прво користио за установљавање одређених ограничења праву на штрајк и праву на локаут.²²⁵ Данас се користи као механизам за спрјечавање злоупотребе моћи од стране послодавца, будући да се од свих носилаца моћи очекује да је користе пропорционално и да избјегавају свако непотребно ограничење права.²²⁶ Веома је значајан за утврђивање *оправданости* ограничења људског права у сваком конкретном случају. Није толико захтијевно утврдити интерес послодавца да ограничи право запосленог на приватност, колико је захтијевно процјенити да ли је то ограничење извршено на одговарајући начин и у одговарајућој мјери, те да ли је у датим околностима оправдано. Што је напад на приватност запосленог озбиљнији то је теже доказати његову оправданост.²²⁷

Начело пропорционалности води рачуна о томе да ограничење приватности запосленог буде сразмјерно циљу који се жели постићи. Не односи се само на *обим* ограничења, већ и на *начин* на који се то ограничење врши. Треба да осигура да послодавац не злоупотреби своје право да ограничи приватност запосленог. У складу са тим, интерес послодавца треба задовољити на начин и средствима која ће најмање нарушити приватност запосленог, односно на најмање агресиван начин.

²²³ Принцип пропорционалности обично подразумева три врсте теста: прво се испитује однос између циља и средстава помоћу који се може постићи легитиман циљ; затим се врши избор средстава којима се најмање ограничава право; и на крају, тражи се сразмјера између онога што се жели постићи и „цијене“ коју треба платити у погледу ограничавања неког права. G. Davidov, „The principle of proportionality in Labour law and its impact on precarious workers“, Preliminary draft, стр.1, www.labourlawresearch.net/papers, 30.06.2014.године.

²²⁴ С. Vigneau, „Information technology and worker’s privacy: regulatory techniques“, стр.510.

²²⁵ За разлику од колективног радног права код кога се примјена принципа пропорционалности захтијева од обје стране, у контексту индивидуалног радног права, због различите моћи радника и послодавца, примјена принципа пропорционалности се односи на послодавца. Више о принципу пропорционалности у Радном праву види: G. Davidov, *op. cit.*, стр.5.

²²⁶ *Ibid.*, стр.1.

²²⁷ Р. Alon-Shenker, G. Davidov, „Applying the principle of proportionality in employment and labour law contexts“, стр.14, www.labourlawresearch.net/papers, 30.06.2014.године.

Односи се и на *трајање* ограничења које треба да постоји само док постоје разлози који га оправдавају. Схваћено у ужем смислу, начело сразмјерности значи и то да користи које се постижу ограничавањем права на приватност треба да буду веће од штете која по запосленог може настати.

Мада, сходно члану 8 став 2 ЕКЉП, принципи легитимности и легалитета представљају неопходне услове за мијешање у вршење права на приватност, принцип пропорционалности има посебну вриједност, будући да од његовог тумачења зависи да ли се у конкретном случају ради о дозвољеном мијешању или не. Наиме, принцип пропорционалности садржан је у захтијеву да се право на приватност може ограничити само онда када је такво ограничење, са аспекта циља који се жели постићи, неопходно у демократском друштву. Мјера ограничења права мора, дакле, да прође тест пропорционалности.²²⁸ Пропорционалност у ограничењу права на приватности, сходно пракси ЕСЉП, значи сљедеће: а) „неопходно у демократском друштву“ не значи уједно и нужно, нити пак пожељно, разумно или допуштено; б) државе чланице Конвенције уживају извјесно дискреционо овлашћење у погледу одређења онога што се сматра „неопходним у демократском друштву,, али ЕСЉП има коначну ријеч и цијени склад предметног ограничења са одредбама Конвенције; в) синтагма „неопходно у демократском друштву“ значи и компатибилност предузете мјере са одредбама Конвенције; г) разлози за ограничење права, предвиђени Конвенцијом, имају се тумачити уско.²²⁹

Принцип транспарентности значи да послодавац треба да буде јасан и отворен у погледу свих својих активности,²³⁰ а његова примјена може пресудно да утиче на доношење одлуке о томе да ли је, у конкретном случају, мијешање у приватност запосленог од стране послодавца дозвољено. По правилу, представља конститутиван елемент оправданог ограничења приватности запосленог, а само изузетно се може искључити његова примјена. Уопштено говорећи, овај принцип значи да запосленом мора бити унапријед позната намјера послодавца да, на било који начин, ограничи његову приватност. У Француском праву се принцип

²²⁸ А. Јакшић, *op. cit.*, стр.264.

²²⁹ *Ibid.*, стр.265.

²³⁰ *Working document on the surveillance of electronic communications in the workplace*, Article 29 Data Protection Working Party, 5401/01/EN/Final WP 55, Brussels, May 2002, стр.14.

транспарентности директно везује за обавезу лојалности радника и послодавца,²³¹ а може се извести и из општег правила облигационог права о извршавању уговорних обавеза у доброј вјери (*bona fide*). *Bona fide* извршавање обавеза из уговора о раду подразумијева и то да је послодавац дужан унапријед обавијестити запосленог о свим радњама које намјерава предузети, а које могу угрозити његову приватност, а укључује и обавезу послодавца да настоји да до нарушавања приватности уопште не дође.²³²

Некада се овај принцип тумачи као обавеза послодавца да кроз политике и процедуре, на уопштен начин, упозна запослене са могућим видовима ограничења њихове приватности (*транспарентност у ужем смислу*). Међутим, може подразумијевати и обавезу послодавца да информише запослене о свакој намјерованој појединачној активности којом се ограничава њихова приватност (*транспарентност у ширем смислу*).²³³ У складу са тим, транспарентно поступање послодавца, на једној и разумно очекивање запосленог по питању приватности, на другој страни налазе се у узрочно-посљедичној вези. Транспарентност се не односи само на могућност ограничења права на приватност, већ треба да осигура да запосленом буду познати и легитимни разлози (сврха) који оправдавају предметно ограничење, методи (средства) ограничења, његово трајање и евентуалне посљедице.

Мада се принцип транспарентности првенствено односи на право *запосленог* да буде упознат са могућим ограничењима приватности на радном мјесту, није ријетко да се позитивним правом предвиди и обавеза послодавца да информише или чак добије сагласност за предузимање одређених радњи од *синдиката, савјета запослених* или неког *трећег независног лица*. Принцип транспарентности, отуда, може се задовољити и на начин што ће послодавац, прије доношења политика и

²³¹ J.-E. Ray, J. Rojot, „Worker privacy in France“, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, Fall 1995, стр.7.

²³² У случају *Neocel*, француски Касациони суд је, заснивајући одлуку на томе да лојалност мора да одређује радни однос, осудио послодавца који је, без знања запослених, поставио видео надзор којим је снимљена крађа. J.-E. Ray, J. Rojot, „Worker privacy in France“, стр.7.

²³³ Примјера ради, послодавац мора да обезбиједи запосленима у писаној форми јасне и прецизне податке о надзору интернета и електронске поште. Запосленима се морају обезбиједити комплетне информације, укључујући и то у којој мјери средства комуникације на радном мјесту могу бити коришћена у приватне сврхе, разлоге који оправдавају мониторинг, циљ који се жели постићи, затим ко, када и како ће спроводити мониторинг. *Working document on the surveillance of electronic communications in the workplace*, стр.15.

процедура које се односе на ограничење приватности запослених, консултовати синдикат или савјет запослених. Тако, у француском праву, послодавац мора да информише и консултује савјет запослених прије него што донесе одлуку да инсталира било које техничко средство помоћу кога се надгледају активности запослених,²³⁴ а према холандском Закону о савјету запослених (*Works Councils Act*) послодавац мора имати сагласност савјета запослених за увођење, измјену или повлачење правила везаних за обраду података.²³⁵

Овај принцип посебно је важан за поступак обраде личних података јер се захтијева да се ти подаци првенствено прикупљају од лица на које се односе, а тек ако то није могуће, послодавац може прикупљати податке од трећих лица под условом да је претходно информисао запосленог и добио његову *сагласност*.²³⁶ Оваква обавеза послодавца примарно се изводи из Директиве 95/46/ЕЗ али су у многим европским земљама правила која се односе на обавезу информисања проширена и прилагођена потребама радног права.²³⁷ У складу са тим, принцип транспарентности изузетно подразумева писмену или усмену сагласност запосленог за ограничење приватности.²³⁸ Ово се посебно односи на прикупљање и обраду података који се сматрају осјетљивим (подаци о здравственом стању, синдикалној припадности, политичком мишљењу, вјерском увјерењу, сексуалном животу и др.) Иде се и корак даље, па се из овог начела изводи и право запосленог на приступ свим подацима који се о њему воде код послодавца.

²³⁴ J.-E. Pay, J. Rojot, „Worker privacy in France“, стр.7.

²³⁵ F. Hendrickx, *op. cit.*, стр.34.

²³⁶ Ово обавјештење треба да укључи сврху прикупљања, извор података, начин на који послодавац намјерава да користи податке као и евентуалне посљедице недавања сагласности за обраду података. *Protection of worker's personal data, An ILO code of practice*, стр.3.

²³⁷ Према француском Законику о раду (*Code du Travail*), лични подаци о запосленом не могу бити прикупљани прије него што он о томе буде претходно информисан, без обзира о којој техници прикупљања је ријеч. Ово не значи да се подаци морају прикупљати од њега лично, могуће је и да се прикупљају од трећих лица али након што је он о томе информисан. Према финском Закону о приватности на раду (*Employment Privacy Act*), у случају када послодавац прикупља личне податке о запосленом, у намјери да процјени његову поузданост, мора га претходно упозорити да ће такви подаци бити прикупљени. F. Hendrickx, *op.cit.*, стр.28-29.

²³⁸ Према финском Закону о приватности на раду (*Employment Privacy Act*), послодавац примарно прикупља личне податке о запосленом од њега лично. У случају када жели прикупљати податке од трећих субјеката, послодавац мора да тражи и добије сагласност запосленог на кога се ти подаци односе. Законом о личним подацима (*Personal Data Act*) предвиђено је да сагласност представља добровољну, детаљну и свијесну изјаву воље којом се одобрава прикупљање података. F. Hendrickx, *op.cit.*, стр.29.

Строгим тумачењем Директиве 95/46/ЕЗ дошло би се до закључка да послодавац у погледу личних података које прикупља о запосленима има обавезу да буде транспарентан и у односу на одговарајући надзорни орган државе. Међутим, због специфичности радних односа и правила која их регулишу у већини држава чланица Европске уније, ово правило се не односи на прикупљање и обраду података о запосленима.²³⁹ Супротно томе, у Италији, Португалији и Француској за обраду осјетљивих података о запосленом, поред његове сагласности, потребна је и претходна ауторизација, односно одобрење надлежног органа чиме се жели постићи већи степен заштите приватности запосленог.²⁴⁰

Када говоримо о заштити права на приватност у контексту радног мјеста, принцип транспарентности, између осталог, треба да надокнади дефицит *начела легалитета*. Начело легалитета је услов ограничења права на приватност појединца (грађанина) од стране државе, будући да таква ограничења треба да буду прописана законом.²⁴¹ Како у радном праву није могуће унапријед законским путем предвидјети све разлоге који могу оправдати мијешање послодавца у приватност запосленог, то принцип транспарентности треба да осигура да запосленом унапријед буде позната могућност оваквог мијешања.

Поред ова три општеприхваћена принципа, на ограничење права на приватност запосленог могуће је примјенити и друге принципе као што су: принцип нужности (енг. *necessity*), принцип правичности (енг. *fairness*), принцип тачности (енг. *accuracy*), принцип безбједности (енг. *security*) и др.²⁴² Примјена ових

²³⁹ У Финској послодавац нема обавезу да о обради личних података, који су везани за радни однос, обавјештава надзорни орган осим у случају осјетљивих података. Слична је ситуација и у Грчкој, Белгији, Португалији и др. F. Hendrickx, *op.cit.*, стр.35.

²⁴⁰ У Италији претходно одобрење издаје надлежни орган за заштиту личних података (*Data Protection Authority*) али је оваква пракса створила многе практичне проблеме, будући да се на овај начин повећао обим административних послова овог органа и да послодавац мора да доказује интерес за обраду ових података. У Француској се претходна ауторизација посебно захтијева код обраде генетских података. У Аустрији постоји посебна врста радног споразума који закључује послодавац са савјетом запослених, а којим се уређује садржај упитника које на захтјев послодавца попуњавају запослени. F. Hendrickx, *op.cit.*, стр.37-39.

²⁴¹ Члан 8, став 2 Европске конвенције о људским правима: “Јавна власт се не мијеша у вршење овог права, осим ако је такво мијешање предвиђено законом и ако је то неопходна мјера у демократском друштву у интересу националне сигурности, јавне сигурности, економске добробити земље, спрјечавања нереда или спрјечавања злочина, заштите здравља и морала или заштите права и слобода других”.

²⁴² Ови принципи садржани су у *Мишљењу 8/2011 о обради личних података у контексту радног мјеста* из 2001.године и *Радном документу о надгледању и мониторингу електронске комуникације на радном мјесту* из 2002.године. Документе је сачинила посебна радна група за заштиту

принципа у пракси варира у зависности од начина на који се ограничава право запосленог на приватност. Тако, примјера ради, у случају надгледања електронске комуникације на радном мјесту посебно долази до изражаја *принцип нужности и правичности*, јер се, за оправдано ограничење права на приватност, не сматра довољним то што послодавац има интерес да спроводе ову врсту надзора.²⁴³ *Принцип тачности* подразумева да сви подаци о запосленом прикупљени од стране послодавца морају бити тачни, док принцип безбједности подразумева обавезу послодавца да имплементира одговарајуће технике и предузме одговарајуће мјере како би осигурао безбједност свих личних података који се код њега воде.²⁴⁴

Неки аутори принципе заштите личних података на радном мјесту дијеле на оне којима се врши *квалитативна контрола* и оне којима се врши *процедурална контрола*. У принципе квалитативне контроле убрајају се принципи повјерљивости, пропорционалности и нужности, док у принципе процедуралне контроле спадају принципи обавјештења, приступа, верификације, сагласности, информације и консултације.²⁴⁵

појединаца у вези са обрадом личних података, чије је оснивање предвиђено чланом 29 Директиве 95/46/ЕЗ, а која има савјетодавни статус и дјелује независно. Састављена је од представника које именује свака држава чланица и, између осталог, испитује било које питање у вези са примјеном националних мјера донесених на темељу Директиве ради доприноса једнообразној примјени таквих мјера.

²⁴³ Чињеница да надгледање електронске комуникације запосленог користи послодавцу није, сама по себи, довољна да оправда упад у приватност запосленог. Једно од питања које се мора поставити је да ли је надгледање електронске комуникације неопходно (нежно), и да ли послодавац може исте резултате постићи традиционалним методама надзора запослених. *Working document on the surveillance of electronic communications in the workplace*, стр.4.

²⁴⁴ У питању је безбједност од спољних упада. Такође, послодавац има право да заштити свој систем од вируса, што може подразумевати аутоматско скенирање електронске поште и података из интернет саобраћаја. *Working document on the surveillance of electronic communications in the workplace*, стр.18.

²⁴⁵ М. Freedland, *Data Protection and Employment in the European Union – An Analytical Study of the Law and Practice of Data Protection and the Employment Relationship in the EU and its Member States*, Oxford, 1999, стр.34.

3.3. Концепт „праве мјере интереса“ и концепт „ разумно очекиване приватности запосленог

Принципи на основу којих се ограничава право запосленог на приватност представљају правне технике помоћу којих се настоје помирити различити интереси радника и послодавца.²⁴⁶ Супростављени интереси јесу оно што суштински карактерише радни однос у цјелини, због чега радно право тежи њиховом помирењу и уравнотежењу. Са конституисањем развијеног радног законодавства, поред заштитне функције, радно право има још један виши и комплекснији циљ - успостављање релативне равнотеже у заштити легитимних интереса запослених и послодаваца, односно њихових асоцијација.²⁴⁷ Не треба, међутим, заборавити да постоји и интерес друштвене заједнице који преклапа интерес радника и послодавца, а који може одлучујуће утицати на начин на који ће се успоставити равнотежа међу супростављеним интересима.

У вези са заштитом приватности на радном мјесту, потребно је помирити право (интерес) послодавца да управља процесом рада и предузима мјере контроле и надзора над запосленима, на једној и право на приватност и заштиту достојанства запосленог, на другој страни. Ово помирење значи проналажење *праве мјере интереса* коју треба задовољити у сваком конкретном случају, а што се постиже примјеном тзв. теста равнотеже (енг. *balancing test*) који има за циљ да одреди ком (легитимном) интересу, у конкретном случају, треба дати предност и у којој мјери. Овај тест подразумијева балансирање два аспекта приватности у сваком конкретном случају: легитимно очекивање запосленог у погледу заштите приватности и послодавчеву потребу легитимног, са послом повезаног, ограничења

²⁴⁶ У Канади се тест пропорционалности примјењује како би се утврдило да ли је успостављен баланс између права на приватност појединца у погледу његових личних података и потребе за прикупљањем, употребом и саопштавањем тих података. Повјереник за заштиту приватности (*Privacy Commissioner of Canada*) је поставио четвороструки тест за утврђивање када се лични подаци могу прикупљати из разлога које би разумна особа сматрала одговарајућим у датим околностима. У том циљу, постављају се четири питања: да ли је конкретна мјера неопходна за задовољење одређене потребе; да ли је вјероватно да ће та мјера бити успјешна у погледу задовољења потребе; да ли је нарушавање приватности пропорционално бенефитима који ће се на овај начин остварити; и да ли постоји други начин за задовољење исте потребе којим би се мање нарушила приватност појединца? P. Alon-Shenker, G. Davidov, *op. cit.*, стр.9-10.

²⁴⁷ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.42.

приватности.²⁴⁸ У потрази за правом мјером интереса свих учесника радног односа, треба разумјети да је запослени генерално у слабијој позицији, те да радно законодавство може да се прилагоди и предузме друге неопходне мјере у намјери да се запослени информишу и укључе у ову проблематику.²⁴⁹ Концепт праве мјере интереса представља материјализацију принципа пропорционалности, будући да постојање легитимног интереса на страни послодавца није, само по себи, довољно да би се ограничило право запосленог на приватност, већ је потребно процијенити да ли такав интерес, а уз уважавање супростављеног интереса на страни запосленог, оправдава предметно ограничење.

Међутим, концепт праве мјере интереса је важан, али не и једини механизам за процјену права запосленог на приватност. Поред њега, одговарајућу улогу игра и објективно (разумно) очекивање запосленог по питању његове приватности на радном мјесту. Концепт разумно очекиване приватности резултат је судске праксе и настао је из потребе да се садржина приватности, као сложеног појма, тумачи у сваком конкретном случају. Такође, он запосленом треба да обезбиједи фер третман у случају када му се ограничава основно људско право – право на приватност. Ниво очекиване приватности се често дефинише актима послодавца, због чега је тијесно везан за принцип транспарентности. Но, будући да ова регулатива често изостаје код послодавца, ниво приватности који запослени очекује на радном мјесту процјењује се према цјелокупним околностима случаја.²⁵⁰ Разумно очекивана приватност, отуда, је она приватност која се према околностима случаја могла објективно очекивати. То је приватност на коју запослени може да рачуна, која се сматра уобичајеном код послодавца или са којом су запослени кроз интерне акте упознати.

²⁴⁸ Тест равнотеже је веома распрострањен у америчкој судској пракси. У случају *Pickering v. Board of Education*, амерички Врховни суд је примјенио тест равнотеже како би утврдио када држава као послодавац може ограничити право на говор својим запосленима. Суд је установио да послодавац, ради своје ефикасности, може имати оправдан интерес да ограничи ово право запослених. У покушају да успостави равнотежу интереса, Суд је водио рачуна о томе да ли је изражавање запосленог по садржини, форми и контексту везано за јавни интерес, али и то колика се штета на овај начин чини послодавцу и радном мјесту. P. R. Smith, A. C. Hodged, S. J. Stabile, R. Gely, *Principles of Employment Law*, The Labour Law Group, WEST, 2009, стр.72-73.

²⁴⁹ R. Blanpain, „Employee privacy issues: Belgian report, стр. 5.

²⁵⁰ У предмету *Halford v. the United Kingdom*, Judgment of 25 June 2007, no. 20605/92, Европски суд за људска права заузео је став да је подносилац представке имао разумно очекивање приватности телефонских позива које је обављао са посла, будући да није постојало упозорење од стране послодавца о томе да се ови позиви могу пратити.

Европски суд за људска права се у бројним предметима служио тестом разумно очекиване приватности (енг. *reasonable expectation of privacy test*), како би утврдио да ли је у конкретном случају дошло до повреде приватности или не. Управо захвљујући овом тесту, у случају *Пив против Бугарске*, Суд је, према околностима случаја, утврдио да је подносилац представке с правом очекивао приватност у погледу личних ствари које је чувао у канцеларији.²⁵¹ Међутим, у случају *Барбулеску против Румуније*, Суд је имао потешкоћа да утврди да ли је подносилац представке могао разумно очекивати приватност у погледу његове електронске комуникације на радном мјесту, будући да је постојала општа забрана употребе средстава за рад у личне сврхе, али и да се није са сигурношћу могло утврдити да ли је подносилац представке претходно упозорен да ће његова комуникација бити надгледана, те да такво надгледање може укључити садржај његове комуникације. Суд је, првобитно (2016), дао предност појму *транспарентности у ужем смислу*, сматрајући да је у конкретном случају довољно то што је општим актима послодавца забрањена било која употреба средстава за рад у приватне сврхе и што запослени, према *околностима случаја*, није могао разумно очекивати приватност на радном мјесту (претходно је упозорен да је други запослени дисциплински санкционисан и да му је отказан уговор о раду због употребе телефона, интернета и фотокопир апарата у личне сврхе, а из чега се закључује да послодавац надзире употребу средстава за рад).

Другачије је, међутим, резоновало Велико вијеће Суда које је у пресуди из септембра 2017.године утврдило повреду члана 8 Конвенције, између осталог, и због тога што начело транспарентности није било задовољено на одговарајући начин, будући да подносилац представке није био *унапријед* и *јасно* информисан о могућем надзору комуникације која се одвија путем месинџера, нити о *природи* и *обиму* таквог надзора.²⁵² На овај начин Суд је остао привржен *строгом тумачењу појма транспарентности* (у ширем смислу) који подразумева да све што је од

²⁵¹ У предмету *Peev v. Bulgaria*, Judgment of 26 July 2007, no.64209/01, Суд је заузео став да је запослени разумно очекивао приватност у погледу личних ствари које је држао у својој канцеларији, будући да, у конкретном случају, није постојало ништа (попут политике послодавца) што би сугерисало да је очекивање подносиоца представке – запосленог било неразумно или неоправдано.

²⁵² *Bărbulescu v. Romania*, Judgment of 5 September 2017, no. 61496/08.

значаја за заштиту приватног живота запосленог треба да буде недвосмислено утврђено актима послодавца, чиме се, дјелимично, релативизује *утврђивање* очекиване приватности запосленог *према околностима случаја*. Но, то се чини само донекле, будући да се постојање разумно очекиване приватности може утврдити према околностима случаја (*Пив против Бугарске*), али да се оно не може искључити (анулирати) према околностима случаја, већ је потребно да то буде дефинисано актима послодавца (*Барбулеску против Румуније*).

Слично, и у америчкој судској пракси сматра се да одсуство јасних политика, којима се запослени информише о могућем мониторингу његовог компјутера, значи да запослени, у том погледу, може разумно очекивати приватност на радном мјесту. Међутим, начин на који се стандард разумно очекиване приватности тумачи у америчком праву трпи критике већ неко вријеме, будући да је, за разлику од европског права које једино прихвата дјелимично ограничење права на приватност, за америчко право начелно прихватљиво да приватност запосленог буде највећим дијелом искључена.²⁵³

Треба напоменути и то да, сама по себи, чињеница да је запослени, у конкретном случају, могао разумно очекивати приватност није увијек довољна да би се утврдила повреда права приватности. Ово из разлога што послодавац, и поред тога што постоји разумно очекивана приватност, може легитимно да ограничи приватност запосленог онда када је такво ограничење дио истраге о недозвољеним радњама на радном мјесту. Другим ријечима, очекивана приватност се мора уравнотежити са послодавчевом потребом да надгледа и контролише запослене као и да успјешно послује.²⁵⁴

²⁵³ Ј. Даниловић, *op. cit.*, стр.173, 176.

²⁵⁴ О томе свједоче бројни примјери из америчке судске праксе. Тако, у случају *Leventhal v. Knapek*, утврђено је да је запослени разумно очекивао приватност. Међутим, то му није помогло, јер је суд утврдио да је претрес његовог компјутера био дио истраге о дисциплинској повреди на радном мјесту. У приватном сектору, чак и у одсуству политика или обавјештења о могућем надгледању, послодавчева власт на радном мјесту може употпуности анулирати очекивану приватност запосленог. Неки амерички судови су заузели став да запослени који комуницира посредством послодавчевог компјутера не може разумно очекивати приватност, будући да је послодавац власник компјутера и да та чињеница негира свако очекивање приватности у том погледу. У случају *Smyth v. Pillsbury* суд је отишао и корак даље, констатујући да се приватност у конкретном случају није могла разумно очекивати, али и да јесте, да ниједна разумна особа не би сматрала да прегледање електронске поште од стране послодавца представља превелики упад у приватност запосленог. Р. R. Smith, A. C. Hodged, S. J. Stabile, R. Gely, *op. cit.*, стр.97-101.

4. Право на приватност у другим гранама права

Право на приватност има широку примјену у оквиру Радног права, па је, отуда, циљ овог рада да анализира све његове манифестације у свијету рада. Но, ништа мањи значај ово право нема ни у неким другим гранама права у којима, такође, испољава одређене специфичности. Међутим, разматрање права на приватност у *другим гранама права*, на овом мјесту, нема за циљ његову потпуну анализу, нити долажење до емпиријских закључака, већ има за циљ да укаже на „ширину“ овог права и на значај који оно може имати за правну науку у цјелини. Штавише, треба да послужи као инспирација за изучавање права на приватност у оквиру других грана права. Стога се на овом мјесту само, примјера ради, спомиње улога права на приватност у Уставном праву, Кривичном праву, Породичном праву и Медицинском праву.

У многим земљама (Црна Гора, Србија, Италија, Француска, Белгија, Португалија и др.) гаранција права на приватност примарно потиче из *Уставног права* које, као најважнија грана позитивног права, између осталог, уређује корпус људских права и основних слобода. Устав праву на приватност даје широко одређење јер га третира као право сваког појединца и грађанина. Као уставом зајемчено право оно, под одређеним условима, ужива заштиту пред уставним судом, што је од значаја и за његову примјену у другим гранама права.

Право на приватност има велики значај за *Кривично процесно и материјално право*. У овој грани права, право на приватност често трпи ограничења, што се оправдава обавезом државе да води истрагу, открива кривична дјела и кажњава њихове починиоце. Кривични поступак нужно доводи до одређеног залажења у приватност окривљеног/осумњиченог, с тим да се води рачуна о томе да нарушавање приватности не буде несразмјерно циљу који се жели постићи. У том смислу, законима се редовно прописују строги услови под којима се може вршити претресање стана, ствари и лица, затим услови под којима се могу спроводити мјере тајног надзора, као и услови под којима се могу користити фотографије, аудио и аудиовизуелни снимци. Детаљна законска регулатива²⁵⁵

²⁵⁵ У Црној Гори, ови поступци регулисани су Законом о кривичном поступку („Сл. лист ЦГ“, бр. 57/09, 49/10, 47/14, 2/15, 35/15), члан 75, члан 83, члан 156, члан 162.

треба да осигура да у овом поступку не буде произвољности, већ да цијели процес буде уређен и транспарентан. Тако се, примјера ради, фотографије, аудио и аудиовизуелни снимци могу се користити као доказ у кривичном поступку само под одређеним условима. Између осталог, могу се користити ако су направљени уз изричиту сагласност осумњиченог/окривљеног или без његове сагласности ако су настали као вид општих безбједносних мјера.²⁵⁶ Када се на снимку или фотографији налазе само лица која немају својство осумњиченог/окривљеног, такве фотографије и снимци могу се користити као доказ у кривичном поступку само ако нису настали извршењем кривичног дјела (на примјер извршењем кривичног дјела неовлашћеног фотографисања или неовлашћеног прислушкивања и тонског снимања).²⁵⁷

Посебно важно питање односи се на тајност (приватност) комуникације окривљеног који је у притвору и његовог браниоца. Они се могу дописивати и разговарати без надзора.²⁵⁸ Питање тајности ових писама, у контексту заштите приватности окривљеног, било је често предмет расправе пред Европским судом за људска права. У више наврата Суд је одлучио да контрола преписке затвореника са њиховим адвокатима представља мијешање у право заштићено чланом 8 Конвенције, али је, исто тако, поставио услове који морају бити задовољени да би се овакво мијешање могло сматрати оправданим.²⁵⁹ Истакао је и то да је право

²⁵⁶ Д. Радуловић, *Кривично процесно право*, Правни факултет, Универзитет Црне Горе, Подгорица, 2015, стр.209.

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ Члан 73 Закона о кривичном поступку („Сл. лист ЦГ“, бр. 57/09, 49/10, 47/14, 2/15, 35/15): „Ако се окривљени налази у притвору, бранилац се може са њим дописивати и разговарати без надзора. Бранилац има право на повјерљив разговор са осумњиченим који је лишен слободе и прије него што је осумњичени саслушан. Контрола овог разговора прије првог саслушања допуштена је само посматрањем, али не и слушањем.“

²⁵⁹ Први услов је да контрола преписке мора бити предвиђена законом. Други услов тиче се циљева којима тежи контрола преписке, као што је жеља да се заштити „национална безбједност“ и/или „спрјечавање нереда“ или „спрјечавање злочина“. Трећи услов тиче се неопходности преписке, с тим да појам „неопходно“ подразумијева да се мијешање мора односити на хитну друштвену потребу и да је у сразмјери са легитимним циљем којем се тежи. Међутим, када је у питању притвор лица осумњичених за тероризам, Суд напомиње да систем Конвенције подразумијева извјестан компромис који се мора направити између захтјева да се брани демократско друштво и оних којима се штите права појединца. *Ž. Ditertr, op. cit.*, стр.268-269.

затвореника на нецензурирано дописивање са адвокатом готово неповриједиво, јер је главно средство путем којег појединац може тражити заштиту својих права.²⁶⁰

Најизазовније питање у вези са заштитом приватности у кривичном праву тиче се мјера тајног надзора. Премда је постојање закона којима се ограничава право на тајност комуницирања нужност у демократском друштву, то не значи да државе имају неограничено дискреционо право да грађане подвргну тајном надзору.²⁶¹ Напротив оне морају обезбиједити механизме контроле примјене ових мјера због спрјечавања злоупотреба.²⁶²

Кривични закони(ци) обично садрже велики број кривичних дјела која су на посредан или непосредан начин усмјерена на заштиту приватности и заштиту података о личности. Тако, редовно садрже кривична дјела као што су противзаконито претресање, повреда тајности писама и других пошиљки, неовлашћено прислушкивање и снимање, неовлашћено фотографисање, неовлашћено прикупљање и коришћење личних података, изношење личних и породичних прилика и многа друга.²⁶³

Широко тумачење права на приватност као комплексног права које обезбјеђује заштиту не само приватног, већ и породичног живота, дома и преписке, довело је и до његовог растућег значаја у *Породичном праву*. У скоро свим међународним инструментима заштита ових права регулише се у истом члану, а и сва она су везана за строго приватну сферу живота.²⁶⁴ Приватни живот појединца није могуће одвојити од његовог породичног живота. Мада не постоји јединствено тумачење израза *породица* и *породични живот*, неспорно је да они граде интиму и

²⁶⁰ *De facto* ометање дописивања особе лишене слободe са судским и другим властима може представљати повреду члана 8 Конвенције (*William Faulkner v. Ujedinjeno Kraljevstvo*). D. Gomien, *op. cit.*, стр.156.

²⁶¹ Д. Радуловић, *op. cit.*, стр.210.

²⁶² У теорији је спорно питање да ли лице треба да буде обавијештено да је било под мјерама тајног надзора ако не дође до покретања кривичног поступка. Пракса Европског суда за људска права стоји на становишту да није потребно у сваком случају, након што се суспендује тајни надзор, обавезно обавијестити предмет присмотре, јер то може у великој мјери угрозити дугорочни циљ који је у почетку довео до присмотре и да због тога није практично имати правило да се без разлике захтијева *post festum* откривање ових радњи. Међутим, тамо гдје нема ваљаног разлога због кога би се одбило откривање да је до присмотре дошло, представљало би поступање супротно Конвенцији. Д. Радуловић, *op. cit.*, стр.211-214.

²⁶³ Кривични законик („Сл. лист ЦГ“, бр.40/08, 25/10, 73/10, 32/11, 64/11, 40/13, 56/13) штити право на приватност кроз низ кривичних дјела регулисаних у глави XV - Кривична дјела против слобода и права човјека и грађанина и глави XVII - Кривична дјела против части и угледа.

²⁶⁴ М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Међународна људска права*, стр.179.

чине важан дио приватности сваког човјека. Тако је, примјера ради, Европски суд за људска права у случају *Гаскин против Уједињеног Краљевства* заузео став да подносилац представке има право да добије податке (о хранитељским породицама у којима је боравио) који су неопходни за разумијевање његовог дјетињства и раног развика, без обзира на то што је домаћи суд заузео став да су у питању подаци повјерљиве природе који се не могу учинити доступним лицу на које се односе.²⁶⁵

Право на приватност игра значајну улогу и у *Медицинском праву* као релативно новој грани права. Медицинско право, у објективном смислу, подразумева скуп правних правила која уређују медицинску дјелатност, утврђују својства лица која ту дјелатност обављају и њихов однос према корисницима здравствених услуга.²⁶⁶ Медицинско право уређује и штити људска права у вези са здрављем, схватајући то као нарочито важан сегмент заштите људских права уопште.²⁶⁷ О предмету изучавања медицинског права постоје различита гледишта, али свако од њих неизоставно укључује права пацијената. Права пацијената, којима се посљедњих пар деценија посвећује велика пажња, укључују и право на приватност и повјерљивост. Ово право, у првом реду, подразумева право пацијента да његова приватност буде у потпуности очувана током посјете љекара, спровођења дијагностичких испитивања и терапијских процедура, а сви подаци које је пацијент саопштио здравственом раднику, затим подаци о здравственом стању и лијечењу, као и подаци из његове медицинске документације сматрају се пословном тајном.²⁶⁸ Право пацијента на приватност још више добија на значају услед примјене савремених медицинских метода везаних са генетичка испитивања, асистираних репродуктивне технологије, иновативне методе лијечења и др.²⁶⁹

²⁶⁵ Д. Поповић, *op. cit.*, стр.293-294.

²⁶⁶ Ј. Радишић, *Медицинско право*, Номос, Београд, 2008, стр.23.

²⁶⁷ Х. Мујовић-Зорнић, „Медицинско право - интердисциплинарност и сарадња“, Београд, 2013, стр.1, <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/dramar/h.mujuvic.medicinsko%20pravo.pdf>, 08.06.2015.године.

²⁶⁸ Члан 27 Закона о правима пацијената („Сл. лист ЦГ“, бр.40/10, 40/11).

²⁶⁹ Члан 4 Закона о лијечењу неплодности асистираним репродуктивним технологијама („Сл. лист ЦГ“, бр.74/09): „Сви подаци везани за поступак АРТ-а, а посебно лични подаци о жени, њеном брачном, односно ванбрачном супружнику, дјетету зачетом у АРТ-а, донатору или донаторки, чувају се као лични подаци, у складу са законом“.

ДИО ДРУГИ
КЉУЧНИ РАДНОПРАВНИ АСПЕКТИ ОСТВАРИВАЊА И ЗАШТИТЕ ПРАВА
НА ПРИВАТНОСТ

I ПРАВО ЗАПОСЛЕНОГ И КАНДИДАТА ЗА ЗАПОСЛЕЊЕ НА ПРИВАТНОСТ
У ИНДИВИДУАЛНОМ РАДНОМ ПРАВУ

1. Уводна разматрања

Мада је право на приватност основно људско право које припада сваком појединцу, посљедњих пар деценија примјетан је његов растући значај у области радних односа. У контексту радног мјеста, право на приватност односи се на право запосленог да буде слободан од претјеране наметљивости послодавца који жели да има увид у његове активности, вјеровања и приватну комуникацију.²⁷⁰ Бројни су разлози који су питање приватности на радном мјесту поставили у фокус интересовања.²⁷¹ Процес глобализације, односно глобално економско тржиште довело је до оштре конкуренције међу послодавцима који се сада, желећи да опстану и буду успјешни на таквом тржишту, у великој мјери ослањају на потенцијал својих радника. У намјери да оствари што бољи пословни резултат послодавац жели да дође у посјед што већег броја информација о запосленима и кандидатима за заснивање радног односа, укључујући и податке из њиховог приватног живота.

На другој страни, развој информационих технологија омогућио је послодавцу да на нове, иновативне начине врши надзор над радом запосленог, али и да захваљујући развоју науке веома лако добије све информације о психолошком, здравственом, генетском или другом стању/предиспозицијама запосленог. Могло би се рећи да је развој нових технологија промијенио однос снага (моћи) запосленог

²⁷⁰ L. Guerin, J.D, *op. cit.*, стр.252. У настојању да потпуније заштити личност запосленог, француска судска пракса је развила концепт *личног живота запосленог* (*vie personnelle du salarié*) за који се вјерује да „може осигурати стварну аутономију запосленом која стоји „лицем у лице“ са субординацијом.“ J-E. Ray, „Temps professionnel et temps personnels“, *Droit Social*, број 1, 2004, стр.66. Ипак, чини се да широко тумачење појма приватног живота, у зависности од околности конкретног случаја, концепт личног живота запосленог чини сувишним.

²⁷¹ Више о овим разлозима види у: R. Blanpain, „Employee privacy issues: Belgian report“, стр.1-2.

и послодавца и то у корист овог другог.²⁷² Такође, како је расла послодавчева одговорност за безбједност на радном мјесту, тако је расла и његова потреба за прибављањем одређених личних података и информација о навикама запослених. Ту је још и проблем незапослености који је оснажио позицију послодавца и омогућио му фактичко проширење власти на радном мјесту. Све ово учинило је право запосленог на приватност изузетно рањивим. Сасвим је природно да запослени, на другој страни, жели да заштити податке из приватног живота и да спријечи задирање послодавца у приватну сферу, те да на тај начин обезбиједи достојанствене услове рада. Не треба занемарити ни то да се мијешање послодавца у приватност запосленог негативно одражава и на квалитет односа који се успостављају на радном мјесту, али и на квалитет обављања посла од стране запосленог.

Историјски посматрано, право на приватност се најприје гарантовало појединцу у односу на државу, док је приватност запосленог на радном мјесту зависила од начина на који послодавац врши своја управљачка овлашћења. Послодавац је доживљавао запосленог као што родитељ доживљава дијете, па у том односу запослени није имао ништа више приватности него што дијете има у односу на родитеља.²⁷³ Данас је, међутим, ситуација у многоме другачија, будући да је сазрела свијест о томе да се уживање права на приватност, у одређеној мјери, треба проширити и на област радних односа. Овакво схватање резултат је идеје о хоризонталном дејству људских права која не уживају само заштиту у односу на државу, већ и у односу на трећа лица.²⁷⁴ У литератури не постоји јединствено тумачење „јачања позиције“ грађанских права и слобода у радном праву, већ се препознају различити мотиви због којих је радном праву стављено у задатак да

²⁷² L. Evans, "Monitoring technology in the American workplace: would adopting English privacy standards better balance employee privacy and productivity", *California Law Review*, vol.95, број 4, 2007, стр.1128.

²⁷³ У многим земљама, па и у Француској, економија је углавном била базирана на породици, па је ауторитет послодавца најприје био очински ауторитет. J.-E. Ray, J. Rojot, „Worker privacy in France“, стр.1.

²⁷⁴ У Њемачкој право на приватност и његова заштита имају посебан значај још од Другог свјетског рата због искуства са нацистичким режимом током кога су појединци и њихова права били у потпуности незаштићени у односу на државу. Због тога су се људска права дуго времена доживљавала као права која се уживају искључиво у односу на државу. У овом контексту, људска права су имала искључиво дејство између државе и појединца (грађанина). Ипак, њемачка доктрина се у великој мјери измијенила како би се прилагодила стварности, тако да се примјена права на приватност проширила, и оно данас има хоризонтално дејство. M. Weiss, B. Geck, „Worker Privacy in Germany“, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, Fall 1995, стр.1-2.

унапријеђује заштиту људских права и слобода „прве генерације“.²⁷⁵ Ипак, није лако утврдити у којој мјери је приватност гарантована запосленом на радном мјесту, будући да се запослени добровољно, потписивањем уговора о раду, подређује власти послодавца. Премда би се ово потчињавање могло тумачити и као одрицање запосленог од права на приватност на радном мјесту, постоји општа сагласност о томе да се запослени доласком на радно мјесто не одриче (у цјелости) своје приватности.

Оно што додатно замагљује поглед на право запосленог на приватност јесте чињеница да оно (без обзира на хоризонтално дејство) нема увијек директно дејство, односно директну примјену у области радних односа, већ је потребно да се инкорпорира у радно право. Увођење права на приватност у радно право резултат је потребе његовог прилагођавања специфичностима радних односа. То је могуће извршити на различите начине, а прије свега кроз радно законодавство, колективне уговоре и судску праксу. Међутим, не постоји земља која је у оквиру радног права изградила систем цјеловите и непосредне заштите права на приватност. Уопштено говорећи, европске земље би могли подијелити на оне које посебно не регулишу право на приватност у оквиру радног законодавства и оне које то чине на мање или више спорадичан начин.

Пиониром у области заштите приватности на раду сматра се фински Закон о заштити приватности на раду (енг. *Act of Protection of Privacy in Working Life*) који на нешто систематичнији начин регулише широк спектар питања.²⁷⁶ Овај Закон углавном садржи уопштене одредебе које често упућују на примјену других закона или представљају обичај али то није умањило његов значај, будући да је указао на потребу и могућност кодификованог регулисања свих питања која се јављају у вези са правом запосленог на приватност. На другој страни, много је већи број земаља које спорадично регулишу поједина питања заштите приватности на радном мјесту

²⁷⁵ Више о разлозима који објашњавају заштиту грађанских слобода и права на радном мјесту види у: Љ. Ковачевић, „Радноправна заштита грађанских слобода и права запослених на радном мјесту – продор демократских вриједности у свијет рада или компензација за већу несигурност запослења“, стр.1596.

²⁷⁶ Овај Закон поред одредаба којима се регулише прикупљање и обрада података садржи и оне о спровођењу тестова личности, евалуационих тестова, медицинских и генетских тестова, као и тестова на присуство алкохола и дрога. Такође, регулише питања везана за надгледање и мониторинг електронске комуникације запослених. F. Hendrickx, *op. cit.*, стр.13.

у окриву радних законодавстава, полазећи од тога да су опште одредбе о заштити личних података и приватног живота примјенљиве и у контексту радног мјеста. И заиста општа начела и принципи заштите приватног живота и података о личности односе се и на запослене. Но, ови принципи су и сувише уопштени да би се на одговарајући начин примјенили на запосленог. То је разлог због кога су у неким државама надлежна тијела сачинила посебна упутства, мишљења, кодексе понашања или студије које треба да олакшају примјену ових принципа у контексту радног права.

Типична питања обухваћена радним законодавствима односе се на забрану прописивања чињеница из приватног живота као услова за заснивање радног односа или на забрану дискриминације по основу елемената из приватног живота.²⁷⁷ На овај начин, веома широк круг питања у вези са приватношћу запосленог на радном мјесту остаје изван радног права. Тако, док на једној страни имамо растући значај права на приватност у области рада, на другој страни ову тенденцију не прати одговарајући развој радног права. Како је право на приватност комплексно, оно се може довести у везу са бројним институтима радног права, а потреба да се заштити може се јавити у фази заснивања радног односа, за вријеме трајања радног односа, а нерјетко и у фази престанка радног односа. Постоји, отуда, реална потреба да се питање приватности запослених на радном мјесту разматра у вези са условима за заснивање радног односа, тестирањем и надгледањем запослених, једнаким третманом, помирењем породичних и професионалних одговорности и заштитом од неоправданог отказа. Ова питања постају сложенија када говоримо о атипичним формама рада, о раду у посебним условима или о посебним категоријама радника. Проблем везан за приватност запослених добија веће размјере у моменту када се брише граница између формалног и неформалног мјеста рада.²⁷⁸

²⁷⁷ Закон о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012, 31/14) утврђује обавезу послодавца да поштује личност, штити приватност запосленог и обезбјеђује заштиту његових личних података и забрањује му да од лица која траже запослење захтијева податке о породичном, односно брачном статусу и планирању породице. Посредно, право на заштиту приватности и право на уважавање приватности штити се и другим законским одредбама као што су оне које се односе на право на једнак третман, право на годишњи одмор, плаћено одсуство, распоред радног времена и др.

²⁷⁸ Тако, послодавци могу допустити запосленима да користе мобилне рачунаре и изван формалног мјеста рада како би брже одговорили на потребе клијената, уз разумијавање да се такав рачунар

Питање заштите приватности на раду не своди се само на заштиту запосленог од неовлашћеног упада послодавца у његову приватну сферу, већ укључује и питање уважавања приватности (приватног живота) запосленог на радном мјесту, што је у складу са идејом хуманизације радног мјеста, а што се манифестује кроз законске одредбе о праву на плаћено одсуство, праву на увећану зарату за рад за вријеме јавних, државних и вјерских празника и др. Широком тумачењу права приватности запослених доприноси и савремени концепт заштите на раду који подразумијева заштиту укупне личности запосленог, односно заштиту његовог физичког, психичког и моралног интегритета (енг. *wellbeing at work*), па се следствено томе запослени штити од повреде приватности као ризика коме је изложен на раду. У том смислу, послодавац није само у обавези да се уздржи од нарушавања приватности запосленог, већ и да предузме потребне радње (превентивне) да до тога не дође. Ово се, између осталог, постиже и развојем културе поштовања приватности на радном мјесту.

По угледу на законско регулисање, колективно преговарање не даје значајније резултате када је у питању заштита приватности на раду. Ипак, социјални партнери су у појединим земљама препознали значај компромисног рјешавања појединих питања која се тичу ограничења приватности на радном мјесту. На овај начин се долази до рјешења која уједно представљају и *праву мјеру интереса* али се постиже и већи степен *транспарентности* на раду. Типична питања која су социјални партнери укључили у домен колективног преговарања односе се на спровођење различитих врста тестова, увођење видео надзора и друга. У оним земљама у којима се код послодавца формира савјет запослених, он има значајну контролну функцију у односу на послодавца када је у питању ограничавање приватности запослених. Тако, често се тражи сагласност, или бар информисање и консултовање овог тијела прије неко што послодавац предузме одређене активности које могу довести у питање приватност запослених. Несумњиво је и то да би цјелокупну проблематику везану за заштиту приватности на радном мјесту било лакше рјешавати уколико би послодавци доносили јасне и

може користити и у приватне сврхе. Овакви аранжмани могу довести до тога да се на послодавчевом рачунару нађу и приватни подаци запосленог, те да их послодавац искористи у различите сврхе. L. Evans, *op. cit.*, стр.1116.

транспарентне политике и процедуре које би уређивале поједина питања из овог домена.

На међународном плану, поред аката који се, на уопштен начин, баве заштитом приватности појединца и заштитом његових личних података, постоје и документи којима се општи принципи заштите овог права стављају у контекст радног мјеста. Ту се прије свега мисли на Кодекс понашања Међународне организације рада у погледу заштите личних података запосленог, Мишљење Радне групе за заштиту појединаца у вези са обрадом личних података бр.8/2001 у погледу обраде личних података у контексту радног мјеста, Радни документ Радне групе за заштиту појединаца у вези са обрадом личних података о надгледању електронске комуникације на радном мјесту и Препоруку Савјета министара бр.89 у погледу заштите личних података коришћених у поступку заснивања радног односа. Мада немају обавезујућу правну снагу, ови документи представљају упутства државама чланицама о томе на који начин треба приступити регулисању ових питања на радном мјесту. За разлику од осталих докумената који се углавном односе на прикупљање, коришћење и заштиту личних података, Радни документ о надгледању електронске комуникације на радном мјесту даје конкретна упутства о томе шта надгледање запослених чини дозвољеним.²⁷⁹

Развој технологије омогућио је послодавцу увид у приватност запослених на начин на који то раније није било могуће што, у комбинацији са управљачким овлашћењима послодавца, пријети да учини неефикасним систем заштите радничких права. Да се то не би десило, потребно је класично радно право обогатити новим институтима и, са система посредне заштите права на приватност запослених, прећи на систем непосредне заштите. Примјетан је све већи број кршења овог основног људског права на радном мјесту о чему свједоче бројни судски процеси који се воде у циљу његове заштите. То је и разлог због кога се европски концепт заштите приватности на раду интензивно развијао посљедњих деценија под утицајем праксе судова који функционишу у оквиру Савјета Европе и Европске уније, али и захваљујући традиционалном залагању овог региона за поштовање свих права и слобода које на било који начин могу утицати на

²⁷⁹ Међутим, овај документ не треба да утиче на снижавање нивоа заштите у оним државама чланицама ЕУ које имају виши ниво заштите права приватности од оног који је у њему садржан.

интегритет појединца. Будући да на нивоу ових организација не постоје обавезујући документи, нити у њиховим земљама чланицама постоје посебни и унифицирани прописи о заштити приватности запосленог на раду, то су поједини принципи заштите овог права углавном настали у пракси судова.

У Сједињеним Америчким Државама заштита аутономије личности и приватности има дугу традицију али махом потиче из судске праксе. Ово из разлога што Устав САД-а не садржи експлицитну одредбу којом се штити приватност појединца. Запослени обично захтијевају заштиту своје приватности позивајући се на Први и Четврти амандман Устава.²⁸⁰ Ипак, уставни појединих држава као и посебни закони експлицитно гарантују право на приватност. Ова област, по многим, представља област америчког радног права која се најинтензивније развија, мада се за њу не може рећи да је јасно дефинисана, нити да постоји један правни приступ.²⁸¹ Уопштено узевши, у складу са либералним концептом који традиционално егзистира у овој земљи и доминантно прихваћеном доктрином радног односа по вољи (*employment at will*), ограничене су могућности запосленог да преиспитује праксу послодавца. Исто тако, приватност запослених у много већој мјери долази под удар у приватном, него у јавном сектору. Сматра се да се суштинска разлика између америчке и европске доктрине о праву на приватност запосленог састоји у томе што је запослени у европском праву првенствено грађанин који то својство не губи доласком на посао, док се у америчком праву он више доживљава као људски ресурс (капитал) на радном мјесту.²⁸² У европским оквирима, право на приватност је основно људско право које припада сваком појединцу, а не право до кога се долази колективним преговарањем и закључивањем уговора.²⁸³

²⁸⁰ Први амандман обезбјеђује заштиту слободу вјероисповјести, говора, штапме и окупљања, као и права на подношење петиције. Међутим, Четврти амандман се више примјењује за заштиту приватности запослених. Он гарантује сигурност личности, дома, преписке и заштиту од неоправданог претреса и хапшења. Са позивом на овај амандман запослени могу штитити своју приватност онда када их послодавац неоправдано тестира на дроге, претреса или надзире. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, International Labour Office, Geneva, vol.12, broj 1, 1993, стр.276-277.

²⁸¹ *Ibid.*, стр.179.

²⁸² L. Evans, *op. cit.*, стр.1140.

²⁸³ *Ibid.*, стр.1138.

Црна Гора спада у ред држава које су мало пажње посветиле праву запосленог на приватност. Закон о раду не садржи одредбе којима се штити приватност запосленог осим оних које су примарно везане за забрану дискриминације и недозвољени отказ. Не постоје други документи, па чак ни они необавезујућег карактера, који би пружили одређене смјернице и ближе уредили ову материју. Питање заштите приватности на раду није ушло ни у домен колективног преговарања, а послодавци још увијек интерним актима не регулишу ова питања у великој мјери. Чак и када то чине углавном се ограничавају на питање употребе интернета или кодекса облачења. Општи принципи о прикупљању, обради и чувању података о личности које прописује Закон о заштити података о личности у основи се примјењују и на запослене. Судске праксе у вези са заштитом приватности запослених готово да и нема. Ово свакако не значи да се послодавци не мијешају у приватност запослених, већ да радно право у овој земљи, усљед друштвено-економских трансформација које су се десиле у протекле три деценије, није достигло потребан степен развоја, и да му тек предстоји рјешавање важних питања која се тичу уживања људских права на радном мјесту и заштите достојанства запосленог.

Питање заштите приватности запосленог у индивидуалном радном праву обухвата неколико сегмената који се могу одвојено анализирати и то: *а) уживање права на приватност запосленог; б) ограничење права на приватност запосленог; ц) уважавање приватности запосленог на радном мјесту; д) прикупљање, обрада, саопштавање и заштита података о запосленом; и е) заштита права запосленог на приватност.* Ипак, због испреплетаности ових сегмената и комплексности права на приватност, ефикасније је његову анализу вршити по појединим институтима радног права.

2. Право запосленог на приватност у поступку заснивања радног односа

2.1. Заснивање радног односа као оквир за остваривање права на рад

Заснивање радног односа суштински је скопчано са основним социјалним правом човјека, правом на рад. Уопштено говорећи, право на рад је право појединца, да кроз слободно изабрано запослење, обезбиједи средстава за живот,

себи и члановима своје породице. Међутим, оно је и много више од тога јер подразумева право на слободан избор занимања, запослења и послодавца, затим право на рад у безбједним условима и условима достојним човјека, право на једнак третман у поступку заснивања радног односа, као и право на заштиту у случају престанка радног односа. Изразито позитивна природа овог права огледа се у обавези државе да води активну политику запошљавања, али и да предузме све мјере ради поштовања принципа једнаке доступности радних мјеста под једнаким условима. У складу са овим је и дефиниција проф. Тинтића која под правом на рад подразумева: а) обавезу друштвене заједнице да сваком за рад способном грађанину који је способан за одређени посао и испуњава опште услове за заснивање радног односа, а који добровољно одлучи да ступи у радни однос, осигура, без икакве дискриминације могућност запослења на друштвено корисном и потребном раду, и то на раду који одговара његовим физичким способностима и стручним квалификацијама, с правом на зараду, у сваком случају довољном да том грађанину и његовој породици осигура слободан и човјека достојан живот; односно б) да му супсидијарно уколико није у стању испунити претходну обавезу, као замјену тој обавези - сваком грађанину који без своје воље, односно без своје кривице не успије засновати радни однос, а такав му је рад једино или главно занимање, или му радни однос престане мимо његове воље и без његове кривице – за вријеме док је незапослен, пружи еквивалентно материјално осигурање на терет средстава друштва...²⁸⁴

У свим дефиницијама права на рад, имплицитно или експлицитно садржана је обавеза државе да обезбиједи доступност радних мјеста под једнаким условима и без дискриминације. У том смислу, право на рад као опште *начело* (прокламација) добија карактер *субјективног права* појединца (грађанина) у погледу права на једнак третман, односно једнаку доступност радних мјеста под једнаким условима.²⁸⁵ Испуњавање ове обавезе, између осталог, значи стварање

²⁸⁴ N. Tintiћ, *Radno i socijalno pravo*, Knjiga prva: Radni odnosi (I), Sveučilište u Zagrebu, Zagreb, 1969, стр.66.

²⁸⁵ Устав утврђује право на рад као начело, а не као субјективно право. Међутим, уставном гаранцијом начела права на рад, правни поредак је извршио нормативно признање интереса сваког грађанина на запослење под једнаким условима. Н. Тинтић, *Radno i socijalno pravo*, Knjiga prva: Radni odnosi (I), стр.68.

услова у којима ће се селекција и запошљавање кадрова вршити на бази професионалних особина, уз ограничен приступ чињеницама из приватног живота.

Међутим, поставља се питање да ли постоји поуздан начин да се кандидат за запослење заштити од упада послодавца у његову приватну сферу, будући да је управо у овој области најизразитија потреба послодавца да сазна што више чињеница, укључујући и чињенице из приватног живота кандидата за запослење. Узрок оваквог настојања послодавца је у личној (*intuitu personae*) природи уговора о раду чијим закључењем настаје обавеза личног извршавања рада. Другим ријечима, уговор о раду се закључује с обзиром на лична својства уговорне стране - запосленог.²⁸⁶ Наиме, за *intuitus* је увијек карактеристично да један од субјеката радног односа, приликом одлучивања о заснивању радног односа, посебно има на уму особу или одређене основне квалитете те особе, тј. да та особа има неке квалитете, односно да неке квалитете нема.²⁸⁷

На другој страни, слобода предузетништва и чињеница да послодавац сноси цјелокупни ризик посла, у одређеној мјери, објашњавају заинтересованост послодавца за приватни живот кандидата за запослење. Опасност од нарушавања приватности, а тиме и принципа доступности радних мјеста под једнаким условима, произилази и из *начела слободе избора кандидата* за заснивање радног односа од стране послодавца. Сходно овом начелу, послодавац може изабрати било ког кандидата који испуњава услове за рад на одређеном радном мјесту, а може одлучити и да ниједног кандидата не изабере. Мала је вјероватноћа да ће избор послодавца бити ослобођен субјективног уколико има било какво сазнање о чињеницама из приватног живота кандидата. Било би, отуда, правно и етички перфектно чињенице из приватног живота у потпуности одстранити из поступка

²⁸⁶ Лично извршавање рада, поред осталог, представља мјерило за разграничење појма запосленог од независног радника (независног уговарача) или посленика (по основу уговора о дјелу). Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.16.

²⁸⁷ У радним односима *intuitus* долази до изражаја у фази заснивања радног односа и у фази распоређивања радника на одређено радно мјесто. У тим фазама радног односа важи правило да је радникова обавеза да лично обавља рад *in concreto* незамјенљива, иако је (апстрактно гледајући) његов рад могуће замијенити радом друге особе истих или бољих квалитета. Ово правило се брани општим правилима која важе за правне послове *intuitu personae*, али и разлосима да би у случају да ако би рад извршила нека друга особа, а не она са којом је заснован радни однос, због саме чињенице промјене субјекта радника у радном односу другом особом, била измијењена и престација рада, па и евентуално поремећена еквивалентност између двије престације. N. Tintić, *Radno i socijalno pravo*, Књига прва: Радни односи (I), стр.375.

заснивања радног односа. У намјери да се у што већој мјери испоштује принцип једнаке доступности радних мјеста под једнаким условима, послодавац се обавезује да пропише посебне услове за рад на одређеном радном мјесту, те да их учини доступним кандидатима за заснивање радног односа приликом оглашавања слободних радних мјеста.²⁸⁸ Доношење правилника о организацији и систематизацији послова је законска обавеза послодавца у функцији уставног начела о једнакој доступности послова под једнаким условима.²⁸⁹

Поред општих услова за заснивање радног односа које прописује законодавац, послодавац може захтијевати испуњење низа додатних *посебних услова*. Посебни услови утврђују се према захтјевима посла који ће се обављати. Они се везују за природу и карактер послова, односно радних мјеста.²⁹⁰ У складу са општим начелом радног права - начелом недискриминације, чињенице из приватног живота не могу (по правилу) представљати посебне услове за заснивање радног односа, напредовање на раду, нити могу бити утврђене као отказни разлози. Овдје се првенствено мисли на чињенице као што су брачни/породични статут, здравствено стање, активности у слободно вријеме, сексуално опредјељење, стил живота, али и на многа друга својства, активности и односе који чине дио приватности појединца. Стога, сваки оглас послодавца о слободном радном мјесту који би, као посебан услов за заснивање радног односа, предвидио елементе из приватног живота у старту би био окарактерисан као дискриминаторски. Одредбе сваког општег правног акта или уговора о раду и другог појединачног правног акта, којима се утврђује дискриминација по неком од наведених основа – ништаве су.²⁹¹

Ако се пође од претпоставке да приватност кандидата/запосленог може начелно бити ограничена под одређеним рестриктивно тумаченим условима, онда

²⁸⁸ Ови услови садржани су у акту о систематизацији радних мјеста. Овај акт садржи податке о радном мјесту, опису послова радног мјеста, вјештинама и радном искуству, врсти и степену стручне спреме, нивоу образовања и занимања, као и друге посебне услове за рад на конкретном радном мјесту.

²⁸⁹ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.241. За разлику од Србије у којој је предвиђена изричита обвеза послодавца (који запошљава више од пет запослених) да донесе овакав акт, у Црној Гори ова обавеза није изричито законски регулисана, што је у пракси довело до различитих тумачења и низа консеквенци. Ипак, системским тумачењем одредаба Закона о раду, могло би се закључити да законодавац подразумијева постојање једног оваквог акта.

²⁹⁰ П. Јовановић, *Радно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2012, стр.188.

²⁹¹ *Ibid.*, стр.186.

можемо закључити да је фаза заснивања радног односа терен на коме најмање има простора и оправдања за такво ограничење. Ово из разлога што се заштита приватности кандидата у поступку заснивања радног односа јавља као *conditio sine qua non* његовог једнаког третмана у погледу остваривања осталих права по основу рада. И поред тога, изузетно је могуће, у одређеним ситуацијама, лична својства предвидјети као посебан услов за заснивање радног односа. Оно што је заједничко свим овим ситуацијама јесте то да лично својство кандидата за запослење мора представљати *стварни и одлучујући услов* за обављање посла (енг. *genuine and determining occupational requirement*). Ову чињеницу потребно је утврдити у сваком конкретном случају, а често се захтијева и то да послодавац није могао исти циљ постићи на други одговарајући начин. У том смислу, здравствено стање, пол, старосна доб, начин живота, стил одјевања и друга својства кандидата за запослење представљају елементе приватности који изузетно могу бити оправдан (посебан) услов за заснивање радног односа.

Да ли, у конкретном случају лично својство кандидата за запослење представља стварни и одлучујући услов за обављање посла утврђује се примјеном *начела нужности и начела сразмјености*. Начело нужности значи да се као посебан услов за заснивање радног односа може прописати услов који је због природе посла (*rerum naturae*) нужан,²⁹² док примјена начела сразмјерности треба да осигура да лично својство не буде узето у обзир приликом запошљавања у већој мјери него што је то заиста неопходно. Тако је у америчкој судској пракси с правом заузет став да се женама не може ускратити рад на радном мјесту асистента у продаји мушке одјеће, будући да постоје мушкарци запослени на истом радном мјесту који могу узимати мјере купцима уколико се за то укаже потреба.²⁹³

Лично својство, као посебан услов за заснивање радног односа, послодавац одређује у доброј вјери, а на њему је и терет доказивања да оно у конкретном случају представља стваран и одлучујући услов за обављање посла. У том смислу, према америчкој судској пракси послодавац може изузетно и у доброј вјери процијенити да одређено лично својство разумно представља квалификацију

²⁹² Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.291.

²⁹³ *Wylie v. Dee & Co (Menswear) Ltd.* S. Deaken, G. S. Morris, *Labour Law*, Fifth edition, Hart Publishing, Oxford, 2009, стр.592.

потребну за нормално обављање одређеног посла (*bona fide occupational qualification - BFOQ*).²⁹⁴ Принцип по коме се лично својство може сматрати одлучујућом професионалном квалификацијом (енг. *genuine occupational qualification*) може се примјенити само у погледу запошљавања или премјештаја са једног на друго радно мјесто, и не може оправдати различит третман у погледу услова рада.²⁹⁵

Будући да се питање оправданости узимања личног својства као посебног услова за заснивање радног односа процијењује примјеном начела нужности и сразмјерности, те да је прописивање минималних година живота као општег услова за заснивање радног односа оправдано бројним медицинским, социолошким и другим факторима, преостаје нам, да на овом мјесту, размотримо само *здравствену способност* као претежно напуштен општи услов за заснивање радног односа, али услов који, иако представља лично својство, може значајно утицати на начин и способност извршавања рада.

2.2. Здравствена способност (стање) као услов за заснивање радног односа

Не постоји јединствена дефиниција *опште здравствене способности* али би се могло рећи да се под овим појмом подразумијева основна (базична) здравствена способност потребна за обављање свих оних послова за које се не захтијева посједовање посебне здравствене способности. Зато и носи епитет *опште*. Општа здравствена способност је дуго времена третирана као општи, материјалноправни услов за заснивање радног односа коме претходи испуњење објективних и нормативних услова.²⁹⁶ Данас, пак, постоје два приступа општој здравственој способности као услову за заснивање радног односа.

²⁹⁴ Неке од ситуација у којима се послодавци могу позивати на BFOQ изузетке су: у случају запошљавања затворских чувара који ће обављати претрес затвореника, послодавац може захтијевати одређени пол, тј. запошљавати лица истог пола као што је пол оних који ће бити претресани; у случају запошљавања медицинског особља послодавац може одлучити да запосли одређени број особља женског пола како би се осигурала њихова асистенција у процедурама у којима жене пацијенти морају бити без одјеће итд. Међутим, послодавац се не може позивати на BFOQ са образложењем да корисници услуга више воле да виде мушкарца или жену на одређеној радној позицији. L. Guerin, J.D, *op. cit.*, стр.41.

²⁹⁵ S. Deaken, G. S. Morris, *op. cit.*, стр.589-590.

²⁹⁶ Објективни услови тичу се економских услова и потреба дате организације, односно послодавца. Поред њих треба да се испуни и нормативни услов, односно нормативне претпоставке које су

Први традиционални приступ, још увијек заступљен у Црној Гори, је онај који општу здравствену способност прописује као општи услов за заснивање радног односа.²⁹⁷ У питању је, дакле, услов без кога се не може засновати радни однос и који се не претпоставља, већ се доказује од стране кандидата за запослење. Прописивање опште здравствене способности, као општег услова за заснивање радног односа, углавном се правда потребом да се заштите живот и здравље радника, али и потребом да се заштите финансијски интереси послодавца и фондова социјалног осигурања. Овај приступ довео је до тога да кандидат за запослење, о свом трошку, прибавља доказ о посједовању опште здравствене способности, што се обично врши кроз достављање љекарских увјерења. Овакав концепт углавном је напуштен у европским земљама,²⁹⁸ али и шире, јер се полази од тога да сви услови за заснивање радног односа треба да почивају на принципу забране дискриминације. Подаци о здравственом стању сматрају се личним подацима и као такви уживају посебну заштиту. Штавише, сматрају се посебно осјетљивом категоријом личних података.²⁹⁹

Насупрот првом, постоји и други савремени приступ по коме се општа здравствена способност кандидата за запослење претпоставља и послодавац нема право да захтијева доказ о њеном постојању. У системима у којима је прихваћен овакав концепт опште здравствене способности, здравствено стање се сматра личним својством које води неоправданом прављењу разлика или неједнаком поступању.³⁰⁰ Стога, послодавцу није дозвољено да у поступку заснивања радног односа прикупља податке о здравственом стању кандидата, нити да од њега

садржане у општем акту послодавца о систематизацији. В. Брајић, *Радно право*, Савремена администрација, Београд, 2011, стр.161-163.

²⁹⁷ Члан 16, став 1 и 2 Закона о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012 и 31/14): “Уговор о раду може закључити лице које испуњава опште услове предвиђене овим законом и посебне услове предвиђене законом, другим прописима и актом о систематизацији. Општи услови, у смислу става 1 овог члана, су: да је лице навршило најмање 15 година живота и да има општу здравствену способност. “

²⁹⁸ Општа здравствена способност, као општи услов за заснивање радног односа, није превиђена радним законодавством Србије, Хрватске, Словеније, као ни законима развијених европских држава.

²⁹⁹ Медицински подаци у контексту радног мјеста једино се могу прикупљати ако је то неопходно ради утврђивања способности за рад на одређеном радном мјесту, ради заштите здравља и безбједности на раду, или ради остваривања социјалних бенефиција. *Protection of worker’s personal data*, An ILO code of practice, стр.3.

³⁰⁰ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.290.

захтијева такве податке. У том смислу, црногорско радно законодавство би *de lege ferenda* требало ићи у правцу укидања здравствене способности (здравстеног стања) као обавезног услова за заснивање радног односа у општем режиму радних односа. На овај начин побољшала би се заштита приватности кандидата за запослење.

У посебном режиму радних односа државних службеника и намјештеника здравствена способност за обављање послова радног мјеста, као услов за заснивање радног односа, доказује се увјерењем надлежне здравствене установе које не смије да садржи податке о здравственом стању кандидата, већ само оцјену о његовој здравственој способности, односно неспособности за обављање послова радног мјеста. На овај начин штите се подаци о здравственом стању кандидата, али се и даље поставља питање оправданости прописивања овог услова као општег за заснивање радног односа у државним органима.

Међутим, здравствено стање се може претворити у важан услов за заснивање радног односа онда када не говоримо о уобичајеним, просјечним пословима, већ о пословима који се сматрају нарочито тешким или нарочито опасним. У питању су послови који су актом о систематизацији радних мјеста означени као послови са посебним условима рада.³⁰¹ Посебни услови рада односе се и на посебну здравствену способност, будући да на овим пословима може да ради лице само на основу претходно утврђене здравствене способности за рад од стране надлежног здравственог органа.³⁰² Посебна здравствена способност као услов за заснивање радног односа захтијева се за обављање послова који се врше уз тежак и напоран

³⁰¹ Послодавац је дужан да донесе акт о процјени ризика за сва радна мјеста, утврди начин и мјере за отклањање ризика и обезбиједи њихово спровођење. У акту о процјени ризика послодавац одређује радна мјеста са повећаним ризиком, здравствене захтјеве за одређени рад које морају да испуњавају запослени у радном процесу, или за коришћење појединих средстава за рад на основу стручне оцјене овлашћене установе за здравствену заштиту запослених, члан 17 став, 1 и 2 Закона о заштити и здрављу на раду („Сл. лист ЦГ“, бр.82/2005). Радна мјеста са посебним условима рада су радна мјеста на која могу бити распоређени и обављати послове тих радних мјеста само запослени који, поред општих услова за заснивање радног односа, испуњавају и посебне услове у погледу пола, година живота, школске спреме, стручне оспособљености, здравственог стања и психичких способности, члан 21, став 1 Закона.

³⁰² Посебну здравствену способност за рад на поменутих пословима запослени треба да има за сво вријеме док ради на тим пословима. О одржавању и периодичној провјери такве здравствене способности старају се и запослени и послодавац. У случају губитка посебне здравствене способности, послодавац је дужан да запосленог премјести на друге послове њему одговарајуће. П. Јовановић, *Радно право*, стр.195.

физички рад, под земљом, водом или на висини, под повишеним или смањеним ваздушним притиском, на високој или ниској температури, под дејством штетних зрачења, уз повећану буку или вибрацију, на недовољном или прејаком освијетљењу, уз повећану концентрацију прашине и других штетних супстанци и сл.³⁰³ Претходно доказивање здравствене способности сматра се оправданим условом за заснивање радног односа и у случају рада малољетника. Ријеч је о настојању да се обезбиједи одговарајући ментални и физички развој малољетника у току трајања радног односа.

У свим овим случајевима, међутим, више се не говори о општој здравственој способности, већ о здравстеном стању као посебном услову за заснивање радног односа или о *посебној здравственој способности*. У питању су ситуације у којима се здравствено стање кандидата, као дио његове приватности, сматра дозвољеним условом за заснивање радног односа. Не постоји, међутим, јединствен појам посебне здравствене способности. Овај појам није једнозначан већ варира у зависности од врсте послова који се обављају на радном мјесту са посебним условима рада. Постојање посебне здравствене способности утврђује се од стране надлежне здравствене установе и о трошку послодавца. У поступку утврђивања посебне здравствене способности потребно је заштитити приватност кандидата, будући да подаци о његовом здравственом стању нису подаци са којима здравствена установа може располагати без његове сагласности и да подаци који се достављају послодавцу треба да садрже само општу констатацију о постојању, односно непостојању посебне здравствене способности кандидата. Ни сам кандидат није у обавези да послодавцу саопшти/открије податке о здравственом стању.³⁰⁴

³⁰³ З. Ивошевић, *Заснивање и престанак радног односа у удруженом раду кроз коментаре и судску праксу*, Правно-економски центар, Београд, 1986, стр.45. Наведено према: А. Т. Поповић, *Сметње за заснивање радног односа – легитимни циљеви и ограничења*, Докторска дисертација (необјављена), Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд, 2016, стр.70.

³⁰⁴ Медициноско особље није овлашћено да открије евентуално обољење запосленог али може да одреди и укаже на способност за рад. Ово правило се примјењује и у компанијама које запошљавају свог љекара. У том случају, љекар има право да добије све информације које су од значаја за утврђивање дијагнозе али их мора као тајне чувати у односу на послодавца, а послодавац није овлашћен да има увид и провјерава медицинске фајлове које води љекар запослен код њега. Међутим, у пракси је веома тешко овакве ситуације контролисати, будући да је љекар у овом случају у зависном положају у односу на послодавца. М. Weiss, В. Geck, *op. cit.*, стр.6.

2.3. Утврђивање подобности кандидата за запослење

У општем режиму радних односа поступак запошљавања и селекције кандидата за запослење није законски уређен и не намеће послодавцу обавезу поштовања унапријед предвиђене процедуре. Ову процедуру креира сваки послодавац за себе, водећи рачуна о начелу једнаког третмана и начелу нужности. Након што послодавац утврди да кандидат испуњава опште, законом прописане, услове за заснивање радног односа, он приступа провјери испуњености посебних услова. Ова провјера може укључити и истраживање кандидата за запослење, а што подразумијева и испитивање његове професионалне прошлости, како би га послодавац у пуном свијетлу сагледао и, на бази расположивих података, закључио какав ће радник бити у будућности. Истраживање кандидата за запослење подразумијева и утврђивање свих његових својстава или способности које су од значаја за успјешно обављање послова радног мјеста. Оно може да се базира на информацијама које је кандидат сам доставио, а може ићи корак даље и укључити неке друге информације о њему. Основни принцип је да кандидат треба да буде примарни извор информација које се односе на њега и да се информације могу прикупљати индиректно (од трећих лица) једино у случају када за то постоји његова сагласност, а након што га је послодавац информисао о начину, сврси и обиму података које намјерава да прикупи.³⁰⁵

У ери глобализације управљање људским ресурсима најзначајнији је услов опстанка и конкурентности послодавца на глобалном тржишту. Стога, послодавци желе да истраже и тестирају кандидате темељно, те да запосле оне за које вјерују да ће бити најпродуктивнији. У овоме им могу послужити различита средства. Истраживање, односно утврђивање подобности кандидата за запослење врши се на различите начине, а најчешће кроз састављање одговарајуће апликационе форме, путем интервјуа или тестирања, или на бази референци, као и на друге начине. Могући начини истраживања и утврђивања подобности кандидата за запослење нису законски регулисани у општем режиму радних

³⁰⁵ *Protection of worker's personal data, An ILO code of practice, стр.15.*

односа, чиме је створена реална опасност да се овим поступцима наруши приватност кандидата и повриједи њихово достојанство. Важно је, отуда, утврдити одређене принципе и правила којих се послодавац мора придржавати када врши селекцију кандидата за запослење.

2.3.1. Пријава на конкурс (оглас) и разговор са кандидатом за запослење

Пријавни формулар (упитник, апликациона форма) је први корак у поступку заснивања радног односа на основу кога послодавац сазнаје основне и најважније информације о кандидату за запослење. По правилу, овај формулар садржи питања о занимању, врсти и нивоу образовања и о претходном радном искуству кандидата. Уопштено узевши, пријавни формулар не смије да садржи питања којима се залази у приватност кандидата за запослење, тим прије што се на основу њега врши даља селекција кандидата. Ту се прије свега мисли на питања у вези са брачним и породичним статусом, трудноћом, годинама живота, сексуалним животом/опредјељењем, здравственим стањем, политичком припадношћу, религијским увјерењем, синдикалним чланством, и у вези са ранијом кривичном одговорношћу кандидата за заснивање радног односа. Како би се избјегла могућност злоупотребе пријавног формулара, најбоље је увијек користити једну истовјетну форму која ће бити транспарентна и унапријед позната свим заинтересованим кандидатима. За одређене специфичне послове за чије обављање може изузетно бити одлучујуће лично својство кандидата за запослење, може се сачинити и посебна форма која би се користила само у случају селекције кандидата за рад на таквим радним мјестима.

Будући да послодавац самостално сачињава пријавни формулар, као и то да је мало вјероватно да ће кандидат који жели да заснује радни однос оспорити њен садржај, поставља се питање како осигурати заштиту приватности кандидата за запослење. Извјесна контролна функција, у овом погледу, могла би припасти синдикату или представнику запослених јер они, по природи ствари, могу да утичу на послодавца да и у поступку заснивања радног односа поштује начело забране дискриминације. Садржина формулара може бити и резултат социјалног дијалога. Могуће је и да се инспекцији рада повјери овлашћење за давање сагласности

послодавцу на садржину формулара или овлашћење да контролише њену садржину. На овај начин се уводи контролна функција државе и значајно ограничава нормативна власт послодавца. Међутим, оваква рјешења имају своје оправдање, будући да заснивање радног односа под једнаким условима представља *јавни интерес* о чијем остваривању се стара држава. У оним земљама у којима постоји, савјет запослених има активну улогу у вези са сачињавањем пријавног формулара. Тако, у Њемачкој је, у циљу спрјечавања послодавца да залази у приватност кандидата, предвиђено да савјет запослених мора дати сагласност на садржину упитника који се користи у поступку запошљавања, а који сачињава послодавац.³⁰⁶ Међутим, питање заштите приватности кандидата за заснивање радног односа постаје сложеније у случају усменог разговора (интервјуа) са кандидатом, будући да у овом случају није могуће контролисати понашање послодавца.

Разговор (интервју) је уобичајен поступак који претходи избору кандидата за запослење. Овај поступак треба да послужи послодавцу да дође до свих информација које су му од значаја за избор одговарајућег кандидата. У не тако далекој прошлости послодавац је могао без икаквих ограничења постављати питања кандидату за запослење, а кандидат је био дужан на њих тачно оговорити. Међутим, данас је ситуација другачија јер је сфера интересовања послодаваца ограничена на професионална својства кандидата и на чињенице које су од значаја за извршавање рада. Ипак, поставља се питање како спријечити послодавца да од кандидата захтијева одговоре на питања личне природе, или достављање доказа о одређеним чињеницама из приватног живота. У вези са овим, упоредна права садрже одређена рјешења која иду у правцу заштите приватности кандидата у поступку заснивања радног односа. Све ово има за циљ спрјечавање дискриминације у поступку заснивања радног односа по основу чињеница из приватног живота.

³⁰⁶ У случају да се послодавац и савјет запослених не могу сагласити око садржине упитника, о овом питању одлучује арбитражни одбор. Међутим, послодавац има апсолутно право да у сваком моменту одлучи да не користи писани упитник. М. Weiss, В. Geck, *op. cit.*, стр.9.

Уобичајене одредбе радног законодавства су оне које се односе на забрану дискриминације лица која траже запослење, с обзиром на својства која чине приватност запосленог (брачни и породични статус, сексуално опредељење, трудноћу, здравствено стање и др.), као и оне које забрањују послодавцу да од ових лица захтијева достављање података, исправа и других доказа који нису од непосредног значаја за обављање послова због којих се заснива радни однос. Међутим, овакве и сличне одредбе нису довољне да спријече послодавца, као економски јачу али и доминантнију страну, да захтијева одговоре на питања личне природе. Стога је кандидатима за запослење потребно пружити додатне гаранције у погледу заштите њиховог приватног живота.

Ове гаранције прије свега односе се на право кандидата да не одговори на питање које по својој конотацији залази у приватност, али и на право да на оваква питања лажно одговори. Тако, и поред опште обавезе кандидата да послодавцу пружи истините податке о себи, доминантно је прихваћен став да кандидат у поступку заснивања радног односа има право да одбије да одговори на питања која нису у вези са извршавањем будућег посла, као и да се запосленом који је дао нетачан одговор на оваква питања не могу изрећи санкције.³⁰⁷ Да би кандидат у поступку заснивања радног односа уживао овакав вид заштите потребно је да се она предвиди законима појединих држава или да бар буде резултат судске праксе.³⁰⁸ Недозвољеним питањем сматра се свако оно које се односи на лична, урођена или стечена својства која нису од значаја за посао који ће се обављати, при чему се линија раздвајања између дозвољеног и недозвољеног питања, у новије вријеме промијенила, будући да је, примјера ради, послодавац раније могао слободно постављати питања у вези са кривичним санкционисањем (криминалном прошлoшћу) кандидата, док данас то може чинити само у одређеном и ограниченом броју случајева.³⁰⁹

³⁰⁷ *Protection of worker's personal data*, An ILO code of practice, стр.17.

³⁰⁸ Словеначки Закон о радним односима и француски Законик о раду изричито признају запосленом право на ћутање о чињеницама из приватног живота које нису у непосредној вези са радним односом. Поред тога, њемачко право признаје кандидату за заснивање радног односа „право на лаж у нужној одбрани“, а пракса Савезног радног суда почива на начелу да оправдан отказни разлог може бити само неистинит одговор који је запослени дао на допуштено питање. Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.316, 403.

³⁰⁹ М. Weiss, В. Geck, *op. cit.*, стр.9.

2.3.2. Тестирање кандидата за запослење

Тестирање је уобичајен начин провјере и селекције кандидата у поступку запошљавања. У случају када *тестирање* представља *претходну провјеру радних способности* кандидата за запослење, оно може бити веома различито у зависности од тога која врста знања и способности се провјерава. У општем режиму радних односа поступак провјере знања и способности није унапријед прописан, већ је послодавцу препуштено да га уреди својим интерним процедурама. Међутим, претходна провјера се може спровести само ако је унапријед предвиђена конкурсом/огласом за заснивање радног односа и, у том смислу, она представља посебан услов за заснивање радног односа. За разлику од тога, у посебном режиму радних односа државних службеника, правила по којима се спроводи претходна провјера радних способности су веома исцрпна.³¹⁰

Тестови путем којих се врши претходна провјера радних способности, по правилу, не представљају опасност по приватни живот кандидата за запослење, будући да се овим тестовима само провјерава способност кандидата за обављање послова датог радног мјеста.³¹¹ Међутим, поред тестова којима се врши претходна провјера радних способности, постоје и други тестови које послодавци све више користе, а који могу бити конципирани тако да непотребно или прекомјерно залазе у приватност кандидата за запослење. Мада веома бројни и различити по својој природи, сви ови тестови се обично означавају као *психолошки тестови*.

Примјена психолошких тестова у поступку заснивања радног односа је свакодневно у порасту, што је резултат чињенице да послодавцу више није довољно да изабере кандидата који посједује одговарајућа знања и способности, већ жели да изабере кандидата који је предиспониран за одређену врсту посла, кандидата који може да ради под притиском или кандидата који има високо изражене моралне вриједности и слично. Заговорници употребе психолошких

³¹⁰ Закон о државним службеницима и намјештеницима („Сл. лист ЦГ“, бр.39/11, 50/11, 66/12, 34/14) предвиђа да провјеру способности кандидата који испуњавају услове огласа врши посебна комисија. Провјера способности врши се путем провјере у писаном облику и усменим интервјуом, а може се обавити и на други одговарајући начин. Кандидат који се пријавио на оглас има право да прегледа документацију огласа, у присуству овлашћеног службеног лица.

³¹¹ Не провјеравају се општа теоријска знања јер кандидат таква знања доказује увјерењем (дипломом) о завршеној школи или факултету. П. Јовановић, *Радно право*, стр.191.

тестова у поступку запошљавања полазе од тога да ови тестови доприносе већој продуктивности, да процес селекције кандидата чине објективнијим и да дају потпунију слику о кандидату за запослење, док на другој страни, противници психолошког тестирања истичу да личност није нешто што се може лако измјерити, да један исти посао могу да обављају особе раличитих личности, да личност није статична, већ да се временом мијења и да се на овај начин занемарују други фактори од значаја за обављање посла као што су усавршавање и мотивација.³¹² Важно је нагласити и то да психолошко тестирање може да доведе у неравноправан положај кандидате за запослење на основу њихових личних својстава. Ово из разлога што се тестирањем утврђују стереотипи личности који су погодни да раде на одређеном радном мјесту, а што за посљедицу може имати доминантно запошљавање мушкараца, бијелаца и слично.³¹³

До наглог пораста примјене психолошких тестова долази у другој половини прошлог вијека када ови тестови постају готово неизоставан дио процедуре запошљавања у појединим земљама.³¹⁴ Упркос томе, употреба психолошких тестова у поступку селекције и запошљавања још увијек није до краја дефинисана, па се не може са сигурношћу закључити која врста теста, када и у којој мјери је дозвољена. Штавише, примјена психолошких тестова је осјетљива, будући да се њима може повриједити приватност и достојанство кандидата за запослење. Могућност злоупотребе ових тестова и нарушавања приватности кандидата је знатно већа у општем режиму радних односа и у приватном сектору. Могуће је ове тестове користити као изговор како би се неки кандидати елиминисали због одређених личних својстава. Стога, психолошко тестирање мора бити подвргнуто одговарајућим контролама.

³¹² *Conditions of work digest, Workers` privacy Part III: Testing in the workplace*, International Labour Office, Geneva, vol.12, број 2, 1993, стр.78.

³¹³ *Ibid.*, стр.78.

³¹⁴ Према истраживањима из 1993.године, међу методама селекције кандидата у поступку запошљавања прво мјесто заузима интервју, на другом мјесту су препоруке, док се на трећем мјесту налази психолошко тестирање. Психолошко тестирање кандидата, међу европским земљама, највише је присутно у Њемачкој (у 40% случајева), и у Великој Британији (у 40% случајева). *Conditions of work digest, Workers` privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.75.

Законско регулисање психолошког тестирања у поступку запошљавања углавном је резервисано за посебне режиме радних односа,³¹⁵ док у општем режиму, радноправна законодавства не предвиђају као обавезно, али и не забрањују психолошко тестирање. Међутим, извјесна ограничења психолошког тестирања произилазе из општих правила о заштити приватности појединца, као и правила о једнаком третману и једнаким могућностима која су садржана у низу националних прописа. Другим ријечима, послодавац може у поступку тестирања прикупљати само оне податке о личности кандидата који су у вези са послом који ће се обављати. У коначном, одлука о примјени психолошког теста и његовој садржини може зависити од врсте и природе посла који ће се обављати. У складу са тим је и пресуда Апелационог суда државе Калифорније којом је оспорена употреба психолошког теста који садржи питања о вјерским и сексуалним приоритетима, будући да ова питања нису у вези са послом.³¹⁶ Међутим, Суд је био мање рестриктиван у случајевима у којима се радило о посебним занимањима, као што је занимање ватрогасца, истичући да припадници ове професије врше по живот опасну функцију, те да су изложени посебим психолошким факторима, тако да је психолошки и емоционални аспект кандидата за запослење значајан као код мало које друге професије.³¹⁷

Појам психолошки тест укључује различите врсте тестова као што су: *тест способности, тест вјештина и талената, тест интелигенције, тест интересовања или предизпозиција, тест личности, тест искрености* и др. За разлику од прва четири теста која су у већој или мањој мјери прихватљива у

³¹⁵ У Аустрији је законским путем предвиђено психолошко тестирање у поступку запошљавања државних службеника. На овај начин покушавају се утврдити интелектуалне способности, начин рада, способност учења, комуникационе вјештине, самоконтрола и емоционална стабилност будућих службеника. У Норвешкој се психолошко тестирање користи у поступку запошљавања помораца, како би се утврдило да ли је кандидат довољно емотивно стабилан да би се прилагодио специфичним условима рада и живота на броду. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.75.

³¹⁶ Међу 704 питања на која се одговара са тачно/нетачно нашла су се и сљедећа питања:

-сигуран сам да постоји само једна права религија;

-вјерујем да су моји гријеси неопростиви;

-јако ме привлаче особе истог пола;

-често пожелим да сам дјевојка;

-никада нисам био укључен у било коју неуобичајену сексуалну активност. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part III: Testing in the workplace.*, стр. 82.

³¹⁷ *Ibid.*

контексту радног мјеста, тест личности и тест искрености изазивају знатно више контраверзи када се примјењују на радном мјесту,³¹⁸ при чему се *предиктивни тест личности* због својих ограничења не примјењује у већој мјери у постуку запошљавања, док се *објективни тест личности* користи како би се утврдили ставови, искуство, интересовања, емоционална стабилност, поузданост и друге личне особине.³¹⁹

Без обзира на то што законодавци обично не прописују правила психолошког тестирања на радном мјесту и без обзира на различите врсте психолошких тестова, постоји неколико *услова* које послодавац треба да испуни уколико жели да легитимно тестира кандидате у поступку запошљавања. Прије свега кандидат мора бити унапријед упознат са врстом и природом теста који ће се примјенити, а сам тест мора бити валидан у погледу тачности и поузданости, што значи да послодавац треба да користи стручне и провјерене тестове, као и то да резултате ових тестова тумаче стручна лица, односно обучени психолози.³²⁰ Такође, тест треба да буде конципиран на начин којим се не угрожава приватност и не нарушава психички и физички интегритет личности. Пожељно је и то да психолошко тестирање буде само један у низу метода на основу којих се врши селекција кандидата. Поред ових минималних услова које психолошко тестирање кандидата треба да задовољи, у низу земаља синдикати постављају и додатна ограничења. Тако, у неким случајевима се захтијева од послодавца да оправда употребу психолошког теста у сваком конкретном случају, да након обавезног тестирања обави усмени разговор са кандидатом и да осигура да стручно лице резултате тестирања достави прво тестираном кандидату који може сам одлучити да ли ће послодавац имати увид у исте.³²¹

³¹⁸ *Ibid.*, стр.71.

³¹⁹ Предиктивни тест личности се ријетко користи у радном праву јер је, због природе питања која се постављају, интерпретација одговора изразито субјективна и нестандардизована. За разлику од њих, код објективног теста личности постоји образац, односно шаблон одговора, захваљујући коме се одговори једне особе упоређују са одговорима других особа које се сматрају нормалним, као и са одговорима особа код којих је клинички дијагностификован одређени поремећај као што је депресија, хистерија, параноја или шизофренија. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.72-73.

³²⁰ *Ibid.*, стр.79.

³²¹ *Ibid.*

Посебно сложено питање тиче се *сагласности* кандидата да се тестира, будући да она може представљати неопходан услов психолошког тестирања.³²² Штавише, од послодавца се захтијева да кандидата који одбије тестирање заштити од негативних посљедица у процесу селекције.³²³ Међутим, поставља се питање да ли кандидат заиста може одбити психолошко тестирање у случају када га је послодавац предвидио као обавезан корак у процесу селекције и запошљавања. Чини се да је прихватљивије оно становиште по коме би се кандидат морао подвргнути психолошком тестирању, али по коме му стоје на располагању гаранције у виду права да овакво тестирање оспори уколико сматра да му је њиме нарушена приватност и повријеђено достојанство, или уколико послодавац није испоштовао минимум услова који се тичу валидности, информисаности и начина тестирања.

Мада је употреба *теста искрености* генерално контраверзна, међу професионалним психолозима је више присталица писаног него механичког теста искрености.³²⁴ *Писани тест искрености* још се назива тестом интегритета и дизајниран је тако да може да идентификује особе које имају високу склоност ка крађи новца или имовине на радном мјесту, или склоност ка неким другим радњама као што су губљење времена кроз апсентизам, спорост на раду, или плаћена одсуства.³²⁵ Мада је валидност овог теста изузетно спорна, истраживања показују да се он у Сједињеним Америчким Државама, у поступку запошљавања, користи у чак 95% случајева.³²⁶ Овом тесту се углавном замјера то што представља озбиљан напад на приватност појединца и што даје превелики значај личним подацима кандидата за запослење. Међутим, додатан проблем представља чињеница да се овим тестовима може утврђивати криминална прошлост кандидата за запослење, а

³²² Према препоруци Међународне организације рада о развоју људских ресурса број 150 (*The Human Resources Development Recommendation*, 1975) овакви тестови се могу спроводити једино уз сагласност оног који се тестира, и у спрези са осталим методама упознавања личности.

³²³ *Conditions of work digest, Workers` privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.79.

³²⁴ *Ibid.*, стр.84.

³²⁵ Питања на писаном тесту искрености су обично фокусирана на оно што би особа која се тестира урадила у некој хипотетичкој ситуацији, или што мисли да би већина људи урадила у ситуацији која укључује непоштено понашање. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.84-85.

³²⁶ На овај начин тестирају се потенцијални запослени који имају приступ новцу или роби. Такође, тест се користи у поступку запошљавања у финансијским институцијама, полицији или у професионалним обезбјеђењима. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.84-85.

што, по правилу, представља недозвољено и дискриминаторско поступање у поступку запошљавања.³²⁷

На другој страни, *механички тест искрености*, који укључује полиграфско тестирање и тестирање нивоа стреса преко гласа, више се користи за тестирање запослених, него кандидата у поступаку запошљавања.³²⁸ Упркос негативним ефектима које механички тест искрености има на приватност кандидата/запосленог, у већини земаља не постоји изричита забрана употребе ових тестова. Један од разлога одсуства овакве регулативе је то што у значајном броју земаља (прије свега европских) њихова употреба није распрострањена. У оним земљама у којима се забрањује употреба ових тестова (Аустралија, Канада, Сједињене Америчке Државе) предвиђене су изузетне ситуације у којима послодавац може захтијевати од запосленог да се подвргне полиграфском тесту.³²⁹ Типичан примјер детаљног законског регулисања полиграфског тестирања долази из САД-а гдје је, у циљу избјегавања злоупотреба полиграфа, 1988.године усвојен Закон о заштити запослених од полиграфа (*Employee Polygraph Protection Act*). Овај Закон могућност полиграфског тестирања углавном везује за запослене,³³⁰ док се кандидати за запослење полиграфски могу тестирати само у случају запошљавања у компанијама које се баве пружањем услуга обезбјеђења финансијским институцијама, казинима и другим компанијама које располажу великим сумама новца, затим у компанијама које се баве производњом и дистрибуцијом опојних средстава,³³¹ али и у оним компанијама које својом

³²⁷ *Ibid.*, стр.88.

³²⁸ *Ibid.*

³²⁹ У Аустралији је, у контексту радног мјеста, забрањена употреба било којег механичког уређаја којим се утврђује искреност неке особе. У Канади је, такође, забрањена употреба било којег детектора лажи у односу на запосленог и кандидата за запослење, у приватном и јавном сектору. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.91.

³³⁰ У питању је ситуација када послодавац има право да захтијева полиграфско тестирање од запосленог уколико је у току истрага финансијског губитка или оштећења имовине послодавца (крађа, проневјера или саботажа). Услов је да је запослени који се подвргава полиграфу имао приступ имовини која је предмет истраге и да послодавац разумно и оправдано сумња да је запослени био укључен у недозвољену радњу на основу других чињеница невезаних за полиграф. P. R. Smith, A. C. Hodged, S. J. Stabile, R. Gely, *op. cit.*, стр.107.

³³¹ У Сједињеним Америчким Државама је генерално забрањена употреба полиграфа или других детектора лажи у приватном сектору, уз задржавање одређених изузетака. Међутим, забрана се не односи на запослене у органима власти на савезном или локалном нивоу, нити на појединце који раде у области националне безбједности и сл. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part III: Testing in the workplace* стр.91-92.

дјелатношћу значајније могу да утичу на здравље, безбједност и националну сигурност.³³² Веома је, отуда, мала могућност полиграфског тестирања кандидата за запослење.

Закон додатно забрањује и дискриминацију кандидата који су одбили да се подвргну полиграфском тестирању или су се позвали на своја законом гарантована права.³³³ И онда када је дозвољено, полиграфско тестирање мора бити подвргнуто строгим правилима која подразумевају: а) да се запосленом не могу постављати питања која га деградирају или која представљају напад на његову приватност (питања која се односе на религију, расно или политичко увјерење, сексуално понашање или синдикалне активности); б) да запослени мора унапријед бити упознат са мјестом и временом тестирања, као и условима под којима ће се тестирање одвијати (нпр. да ли ће тестирање бити биљежено камерама или другим уређајима; в) да запослени мора бити упознат са свим својим правима, укључујући право да прегледа питања прије тестирања, право да се консултује са адвокатом или другим представником током теста, право да буде обавијештен о томе да се резултати теста могу употребити у поступку који ће послодавац водити против запосленог, и право да тест прекине у сваком моменту; и г) да се запосленом мора уручити копија теста, одговори на питања као и дијагностичко мишљење сачињено на основу теста.³³⁴

Треба напоменути и то да се у контексту Директиве 95/46/ЕЗ, психолошко тестирање може посматрати као медицинско тестирање. Оне земље (државе чланице ЕУ) које немају посебну регулативу о психолошком тестирању претендују да га подведу под концепт медицинског тестирања.³³⁵ У том случају, на психолошко тестирање примјењују се правила медицинског тестирања, па је и могућност употребе ових тестова знатно мања. У пракси се, пак, психолошко тестирање ријетко када поистовјећује са медицинским. Оно се обично доживљава

³³² P. R. Smith, A. C. Hodged, S. J. Stabile, R. Gely, *op. cit.*, стр.107.

³³³ *Ibid.*

³³⁴ *Conditions of work digest, Workers` privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.92.

³³⁵ У Холандији, судска пракса потврђује да је психолошко тестирање у основи укључено у појам медицинског тестирања. У Данској, психолошко тестирање спада у медицинско само у случају када је тест дизајниран тако да открије психијатриска обољења или знакове који упозоравају на оваква обољења. У Великој Британији, ова врста тестова ће се сматрати медицинским ако је њихов циљ да дођу до информација о менталном и физичком здрављу и стању. F. Hendrickx, *op. cit.*, стр.65-66.

као дозвољено, под условом да је у складу са општим принципима прикупљања и обраде података, а посебно са принципом релевантности.³³⁶

Поред научно признатих психолошких тестова, послодавци су склони да у циљу селекције кандидата за запослење примјене и друге врсте тестова који махом нису признати од стране професионалних психолога (графолошки, астролошки, морфолошки, хематолошки, нумеролошки, френолошки и др.),³³⁷ а који неспорно представљају повреду права запосленог на приватност.

2.3.3. Професионална препорука

Најшире посматрано, под професионалном препоруком/референцом (енг. *reference, job reference*) би могли подразумевати сваку изјаву коју о кандидату за запослење изнесе његов ранији послодавац, учитељ, ментор или било која друга особа њему блиска, а која се односи на његово знање, способности, вјештине, радне навике, ранији посао, образовање, и која је упућена будућем послодавцу. Њихов најчешћи циљ је да олакшају кандидату да, на брз начин, презентира будућем послодавцу своје вјештине, знања и способности. Обично се референце прикупљају на бази сагласности кандидата који доставља послодавцу имена и контакте лица од којих се могу тражити референце.³³⁸ Без обзира што законодавац не обавезује запосленог да обезбиједи, нити послодавца да разматра препоруку, у пракси савременог запошљавања у великој мјери је заступљен институт препоруке.

Проблем у вези са употребом препорука у поступку запошљавања настаје онда када (претходни) послодавац даје нетачне или неповољне препоруке запосленом који је заслужио добре, односно када даје лажно добре препоруке лошем запосленом јер жели да га се „ослободи“.³³⁹ У Њемачком праву, разликују се двије врсте препорука које запослени има право да захтијева од послодавца по престанку радног односа и то *неквалификоване препоруке* које садрже само податак о трајању

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ Више о овим тестовима види у: Hendrickx, *op. cit.*, стр.73.

³³⁸ Послодавац, међутим, може достављање позитивних препорука од стране садашњег или ранијег послодавца предвидјети као услов за заснивање радног односа. *A guide to the Privacy Act for employers and employees*, Office of the Privacy Commissioner, Wellington, 2008 стр.11.

³³⁹ S. Tayler, *Employment law*, Oxford, 2006, стр.483.

радног односа и пословима које је обављао и *квалификоване препоруке* које садрже и оцјену рада и понашања запосленог.³⁴⁰ На запосленом је да одлучи коју врсту препоруке ће тражити од послодавца, а ако сматра да препорука садржи нетачне чињенице, може покренути спор пред радним судом.³⁴¹ У Великој Британији, у једном од водећих случајева, суд је заузео став да када послодавац даје препоруку има дужност (и према запосленом и према будућем послодавцу) да осигура да оно што је у њима садржано буде правично и тачно, у супротном биће одговоран за било који материјални губитак који би као резултат тога претрпио запослени или будући послодавац.³⁴²

Препоруке имају веома широку употребу у поступку запошљавања у Сједињеним Америчким Државама. Ипак, у великом броју случајева послодавци се, приликом давања препорука, ограничавају на мали број података и то оних који се тичу трајања радног односа, врсте послова које је запослени обављао и његове зараде, избегавајући да улазе у оцјену његових вјештина и способности.³⁴³ Разлог оваквог поступања послодавца је страх од тужбе коју бивши запослени може поднијети ради давања лажних или „оцрњујућих“ препорука које су угрозиле његову репутацију.³⁴⁴ Да би се изјаве дате у препоруци сматрале клеветом потребно је да постоји општа тенденција да се повриједи репутација кандидата за запослење и није неопходно да до повреде заиста и дође.³⁴⁵ У намјери да охрабре давање потпунијих препорука, велики број држава САД-а је усвојио прописе који штите даваоце препорука (послодавце) и то под једним условом: *све док послодавац не поступа малициозно, кандидат за запослење га не може тужити због информација које је пружио на захтјев потенцијалног (будућег) послодавца.*³⁴⁶ Подразумијева се, отуда, да би кандидат за запослење могао успјешно да оспори ону препоруку ранијег послодавца која садржи податке о његовом приватном животу који нису од значаја за извршавање престације рада, или која на било који

³⁴⁰ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.295.

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² *Spring v. Guardian Assurance plc (1994)*. S. Tayler, *op. cit.*, стр.483-484.

³⁴³ L. Guerin, J.D., *op. cit.*, стр.266.

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ P. R. Smith, A. C. Hodged, S. J. Stabile, R. Gely, *op. cit.*, стр.87.

³⁴⁶ L. Guerin, J.D., *op. cit.*, стр.266.

други начин нарушава његову приватност. Оваква препорука могла би се сматрати недобронамјерном, односно малициозном.

2.3.4. Испитивање имовног и финансијског стања кандидата за запослење

Укупност имовног и финансијског стања појединца чини скуп различитих података везаних за његово социјално поријекло, посједовање имовине, историју плаћања рачуна, стање кредита и дугова, кредитну способност, уредност у отплати дугова и сл. Имовно и финансијско стање кандидата за запослење чини дио његове приватне сфере. Као такво, оно не смије представљати услов за заснивање радног односа, нити утицати на избор кандидата са којим ће послодавац засновати радни однос. Штавише, забрањен је сваки вид дискриминације лица која траже запослење (и запослених), с обзиром на њихово социјално поријекло, имовно и финансијско стање.

Уопштено узевши, послодавац нема много разлога да захтијева достављање ове врсте података у поступку запошљавања. Но, посљедњих година, провјера финансијског стања све чешће представља дио укупног процеса истраживања кандидата за запослење. Посебан ризик од дискриминације по основу имовног стања јавља се пошто послодавци могу бити склони да избјегавају запошљавање кандидата (или напредовање већ запослених код послодавца) који имају одређене дугове.³⁴⁷ Отуда, питања послодавца о томе да ли кандидати имају рјешено стамбено питање или обраћање послодавца Кредитном бироу са захтјевом за добијање обавјештења о кредитној задужености кандидата за запослење (или запосленог) представља повреду права на приватност, односно имовно стање представља дискриминишући основ.³⁴⁸ Евентуални разлози који би могли оправдати наведену праксу тичу се одговорности које одређено радно мјесто носи са собом. Тако, послодавац би могао захтијевати ову врсту података, уколико

³⁴⁷ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.133.

³⁴⁸ Када су у питању државни функционери, у циљу превенције корупције и сукоба приватног и јавног интереса, сужава се у одређеној мјери право на приватност, како би се очувало повјерење грађана у савјесно и одговорно вршење јавне функције, тако да су јавни функционери дужни да достављају извјештај о имовини. Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.133-134.

разумно вјерује да рад на одређеном радном мјесту носи значајан финансијски ризик.³⁴⁹

Истраживање имовног и финансијског стања кандидата за запослење распрострањено је у пракси Сједињених Америчких Држава, због чега се Закон о фер кредитном извјештавању (*Fair Credit Reporting Act*) примјењује и на послодавце који посредством посебних агенција (бироа) прикупљају податке о кандидатима за запослење. Закон предвиђа могућност послодавца да истражи финансијску прошлост и финансијско стање кандидата али по унапријед утврђеној процедури. Ова процедура прије свега подразумијева да послодавац мора унапријед, писаним путем, обавијестити кандидата о намјери да истражи његово финансијско стање, а затим добити писану сагласност да такво нешто и учини.³⁵⁰ Поред тога, послодавац који одлучи да не запосли кандидата који је био субјект истраживања, у обавези је да том кандидату уручи копију извјештаја и информише га о томе на који начин може оспорити његову тачност и комплетност.³⁵¹ Закон обавезује послодавца да као повјерљиве чува податке до којих је на овај начин дошао и да примјени посебне методе уништавања, како би се спријечила крађа идентитета или на други начин недозвољено коришћење података.³⁵²

Мада је намјера америчког законодавца да обезбиједи фер третман кандидата у поступку запошљавања у основи позитивна, чини се да би било исправније могућност послодавца да прибавља ову врсту података и да на њој базира одлуку о избору кандидата за запослење, везати само за одређене разлоге (или професије) који, у конкретном случају, оправдавају залажење послодавца у приватност кандидата. Послодавац би, дакле, морао да оправда неопходност прикупљања података финансијске природе у сваком конкретном случају,³⁵³ осим ако се ради о занимању за чије је обављање сам законодавац предвидио обавезу прибављања ових података. Ово је у складу са општим принципима ограничења права на приватни живот кандидата/запосленог према којима се то може чинити само онда

³⁴⁹ *A guide to the Privacy Act for employers and employees*, стр.8.

³⁵⁰ L. Guerin, J.D., *op. cit.*, стр.127.

³⁵¹ *Ibid.*

³⁵² *Ibid.*, стр.128.

³⁵³ *A guide to the Privacy Act for employers and employees*, стр.8.

када то захтијева оправдан и легитиман интерес послодавца, и само у оној мјери у којој је то неопходно за задовољење таквог интереса.

2.4. Сметње за заснивање радног односа

Постоје изузетни случајеви када радник, иако испуњава опште и посебне услове, не може засновати радни однос за обављање одређених послова и задатака.³⁵⁴ У питању су сметње или негативне претпоставке (услови) за заснивање радног односа. Сметње за заснивање радног односа су правне чињенице које лицу које испуњава услове за заснивање радног односа, привремено или трајно, правно онемогућавају заснивање радног односа.³⁵⁵ Исте ове чињенице, међутим, могу бити и сметња да се један радни однос одржи (и тада долази до престанка радног односа), или да се запослени распореди на рад на друго радно мјесто. Сметње су махом садржане у правоснажној судској пресуди или утврђене законом. Разлози и циљ постојања сметњи изводе се из разлога и циља због којег се закон, у коме су сметње предвиђене, доноси.³⁵⁶ Ријеч је о заштити заједничких или ширих интереса који су својствени одређеном послу, односно професији или дјелатности, заштити зајемчених права трећих лица.³⁵⁷

Мада постојање сметњи за заснивање радног односа може довести до сличних последица као и неиспуњавање услова за рад на одређеном радном мјесту, ове двије ситуације не смију се поистовјећивати. Ово из разлога што се сметње, по правилу, тичу оних околности које нису повезане са општим и посебним условима за заснивање радног односа, већ су то околности или својства која се тичу једног лица, а с обзиром на одређене послове.³⁵⁸ Заједничко им је, међутим, то што се и једне и друге могу односити на она својства или околности које улазе у домен приватног живота кандидата за запослење, па се њихово правилно дефинисање јавља као значајно за заштиту приватног живота запосленог.

³⁵⁴ В. Брајић, *op. cit.*, стр.166.

³⁵⁵ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.299.

³⁵⁶ П. Јовановић, *Радно право*, стр.192.

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ *Ibid.*, стр.193.

Сметње су традиционално присутне у радном праву и могу имати различит карактер. Но, без обзира на то да ли су апсолутне, релативне, отклоњиве или неотклоњиве, важно је одредити *ratio* њиховог постојања (увођења), а у вези са тим и дати одговор на питање да ли је увођење сметње, у конкретном случају, оправдано или не. Будући да прописивање одређених чињеница као сметњи за заснивање радног односа може имати значајне последице по појединца и његов професионални развој, њихова анализа треба да покаже када је оправдано одређене чињенице из приватног живота дефинисати као сметње за заснивање радног односа. Сметње за заснивање радног односа представљају изузетну мјеру у погледу пријема на рад, односно запошљавања и не могу да буду утврђене тако да се њима онемогућава или отежава остваривање уставног права на рад, самим тим увођење сметњи не смије да води дискриминацији у запошљавању по било ком забрањеном основу.³⁵⁹ Штавише, треба утврдити да ли прописивање чињеница из приватног живота као сметње за заснивање радног односа представља повреду права на приватност кандидата за запослење. На тај начин се може *de lege ferenda* утврдити да ли сметње дефинисане позитивним правом имају своје оправдање и легитиман основ.

Сметње за заснивање радног односа представљају посебно осјетљиво питање онда када их утврђује послодавац у поступку креирања једног радног мјеста, односно у поступку прописивања посебних услова рада на одговарајућем радном мјесту. С тим у вези, потребно је утврдити у којој мјери је послодавац овлашћен, и под којим условима, да сам уведе сметњу за рад на одређеном радном мјесту. Неки аутори (Тинтић, Јовановић) су става да сметње за заснивање радног односа искључиво могу бити одређене законом, те да никако не могу бити одређене општим актом послодавца.³⁶⁰ Оваквог је мишљења и Шундерић који у прилог овом ставу истиче уставно начело, да се ограничење и забрана коришћења права и слобода грађана гарантованих уставом може регулисати само законом.³⁶¹

³⁵⁹ А. Фримерман, *Радно право*, Југословенски завод за продуктивност рада, Београд, 1986, стр.154.

³⁶⁰ N. Tintić, *Radno i socijalno pravo*, Knjiga prva: Radni odnosi (II), Narodne Novine, Zagreb, 1972, стр.74. П. Јовановић, *Радно право*, стр.192.

³⁶¹ Б. Шундерић, „Сметње за заснивање радног односа“, *Радничко самоуправљање*, 3/1983, стр.112. Наведено према: А. Т. Поповић, *op. cit.*, стр.110-111.

Насупрот томе, Кулић сматра да сметње за заснивање радног односа могу да буду предвиђене законом, колективним уговором или другим општим актом, да могу да проистекну из општих правних начела, ширег тумачења појединих правних норми или из моралног поимања ствари, уз напомену да се о сметњама понекад води рачуна иако за то не постоје изричите правни разлози.³⁶² Ово друго становиште блиско је и Лубарди који сматра да се сметње за заснивање радног односа чак могу увести и индивидуалним уговором о раду уколико је то у складу са законом или колективним уговором.³⁶³ Према законско утврђивање сметњи за заснивање радног односа представља правило, чини се немогућим сасвим избјећи њихово утврђивање општим актом послодавца, имајући у виду разноликост занимања и ситуација које се јављају у пракси, затим појаву неких новијих сметњи (нпр. *конкурентска клаузула*), као и чињеницу да неке сметње послодавац одавно сам утврђује у пракси (нпр. *брачни статус, ранија осуђиваност*).

У контексту заштите права запосленог на приватност, на овом мјесту, разматрају се *ранија осуђиваност, ближе сродство и брачни статус* као могући негативни услови за заснивање (или наставак) радног односа.

2.4.1. *Ранија осуђиваност (криминална прошлост) као сметња за заснивање радног односа*

Обрада података који се односе на кривична дјела, кривичне пресуде или сигурносне мјере искључиво се врши под надзором овлашћеног органа,³⁶⁴ а подаци о ранијој осуђиваности припадају групи нарочито осјетљивих личних података.³⁶⁵ Отуда је питање приступа подацима о ранијој осуђиваности и прописивање раније осуђиваности као сметње за заснивање радног односа веома сложено. У вези са тим, неопходно је помирити два веома важна интереса. У првом реду, то је интерес

³⁶² Ж. Кулић, *Радно право*, Привредна академија, Београд, 2008, стр.133. Наведено према: А. Т. Поповић, *op. cit.*, стр.110-111.

³⁶³ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.301.

³⁶⁴ Члан 8, став 5 Директиве 95/46/ЕЗ. Према Кривичном законнику (Сл. лист ЦГ“, бр.40/08, 25/10, 73/10, 32/11, 64/11, 40/13, 56/13) казнена евиденција садржи личне податке о учioniоцу кривичног дјела, податке о кривичном дјелу, податке о казни, условној осуди, судској опомени, ослобађању од казне и опроштеној казни, као и податке о правним посљедицама осуде.

³⁶⁵ *Protection of worker's personal data*, An ILO code of practice, стр.16.

кандидата за запослење да га његова прошлост не спријечи да оствари право на рад, да се професионално развија и обезбиди средства за живот себи и члановима своје породице, те да ова права оствари на бази једнаког третмана и без дискриминације, а уз очување личног достојанства. У овоме је и суштина успјешне ресоцијализације бивших осуђеника, као пожељног друштвеног процеса. На другој страни, постоји интерес послодавца и друштвене заједнице у цјелини да онемогуће починиоце појединих кривичних дјела да обављају послове који су у вези са тим дјелима, и да на тај начин спријече посљедице које би могле наступити по живот, здравље и безбједност, као и материјалне посљедице.

Треба, међутим, разликовати двије ситуације у вези са прикупљањем података о ранијој осуђиваности: ону у којој послодавац, самоиницијативно, од кандидата за заснивање радног односа захтијева достављање података о криминалној прошлости, и ону у којој је сам законодавац предвидио прибављање ових податка, како би се утврдило да ли, у конкретном случају, постоји сметња за заснивање радног односа. У првом случају, послодавац примјеном начела релевантности, сразмјерности и транспарентности утврђује неопходност прикупљања података о ранијој осуђиваности, односно неопходност залажења у приватност кандидата за запослење, док је у другом случају обавеза прикупљања ових података унапријед прописана законом.

Савремена радна законодавства углавном стоје на становишту да послодавац, у принципу, не може да захтијева од кандидата за запослење податке у вези са његовом криминалном прошлошћу.³⁶⁶ Штавише, у многим правним системима се ситуација промијенила у корист запосленог. У прошлости, послодавац је могао кандидату постављати сва питања у вези са његовом криминалном прошлошћу, док данас то може чинити само у ограниченом броју случајева, када су у питању кривична дјела која су у вези са послом који ће се обављати, затим кривична дјела одређене тежине или недавно почињена кривична дјела.³⁶⁷ Нема разлога да се

³⁶⁶ У Француској је широко распрострањено мишљење да послодавац не може од кандидата захтијевати податке из кривичног досијеа, осим под одређеним условима када је таква информација релевантна за обављање посла. Чињеница да кандидат за запослење није открио податке о ранијој осуђиваности не даје право послодавцу да му откаже уговор о раду ако то сазна након што је тог кандидата запослио. F. Hendrickx, *op. cit.*, стр.69.

³⁶⁷ M. Weiss, B. Geck, *op. cit.*, стр.8.

некоме одбије приступ одређеном звању/послу ако његова осуда за кривично дјело није повезана са поузданошћу или поштењем потребним за обављање таквог посла.³⁶⁸ Такође, води се рачуна и о обиму података који се захтијевају од кандидата за запослење. У том смислу, послодавац би, примјера ради, од професионалног возача могао да захтијева податке о ранијим осудама због вожње у пијаном стању, али не би могао да захтијева достављање комплетног кривичног досијеа.³⁶⁹ Како би се заштитила приватност кандидата у поступку запошљавања и спријечило евентуално дискриминаторско поступање према кандидату који има криминалну прошлост, најбоља су она рјешења код којих је сам законодавац предвидио ситуације у којима послодавац има право да захтијева од кандидата податке о ранијој осуђиваности тако да изван ових, законом предвиђених ситуација, он то не може учинити, па чак ни добити сагласност кандидата да такве податке прикупи.³⁷⁰ На тај начин, послодавац би у поступку запошљавања захтијевао ову врсту података само онда када су они релевантни за доношење одлуке о запослењу и када је то у сагласности са националним законодавством.³⁷¹

Мада не постоје јединствена рјешења, у свим упоредноправним системима за обављање појединих послова предвиђено је да ранија осуђиваност представља законску сметњу за заснивање радног односа,³⁷² и то онда када почињено кривично дјело чини појединца неподобним за рад на одређеном радном мјесту. У овом случају, послодавац нема само право, већ и обавезу да захтијева од кандидата за

³⁶⁸ *Thlimmenos v. Greece*. С. Јашаревић, „Заштита од дискриминације на раду“, *Радно и социјално право*, број 1/2012, стр.71.

³⁶⁹ *Protection of worker's personal data*, An ILO code of practice, стр.16.

³⁷⁰ На Новом Зеланду постоји Закон о евиденцији кривичних дјела (*The Criminal Records Act, 2004*) који наводи кривична дјела која не морају да се пријаве послодавцу. Примјера ради, послодавац се не мора упознати са ранијом осуђиваношћу за мање значајна кривична дјела старија од седам година ако, у међувремену, није било поврата. Исто тако, Закон садржи комплетну листу занимања за чије обављање се од кандидата за заснивање радног односа захтијева достављање ове врсте података (полицајци, затворски чувари, лица која се баве бригом и његом дјеце итд.). *A guide to the Privacy Act for employers and employees*, стр.9.

³⁷¹ *Protection of worker's personal data*, An ILO code of practice, стр.3. У Италији послодавац може одбити да запосли кандидата онда када постоји директна веза између његове раније осуђиваности и обавеза из уговора о раду. У Холандији, у високо ризичним дјелатностима (транспорт новца, обезбјеђење имовине и лица, финансијске институције), послодавац има право да комплетно истражи кандидата (*Full background check*). У супротном, послодавац нема право да поставља питања о криминалној прошлости кандидата. F. Hendrickx, *op. cit.*, стр.70-71.

³⁷² У Португалији се ранија осуђиваност јавља као сметња за заснивање радног односа полицајаца и других лица која пружају услуге обезбјеђења, у области правних професија (судије, адвокати), у областима повезаним са здрављем људи или образовањем. F. Hendrickx, *op. cit.*, стр.62.

заснивање радног односа достављање података о ранијој осуђиваности. Ова сметња се обично везује за дјелатности и професије од јавног интереса, због чега се претежно прописује за обављање послова у јавном сектору, али није ријетко да се јави и у приватном сектору у случају када је лице које заснива радни однос осуђивано за кривично дјело које је у тијесној вези са природом будућег посла. Прописивање раније осуђиваности као сметње за заснивање радног односа правда се вишим интересом, односно потребом да се заштите живот и здравље људи, као и материјална добра. Поред тога што треба да постоји *легитиман основ* за увођење овакве сметње, потребно је и да она буде *сразмјерна* циљу који се жели постићи. У супротном, ранија осуђиваност за почињено кривично дјело представља дио приватног живота запосленог и законодавац нема право да је пропише као сметњу за заснивање радног односа. Отуда, увођењу раније осуђиваности као сметње за запослење треба да претходи пажљива анализа.

Бројни су примјери законског регулисања раније осуђиваности као сметње за заснивање радног односа. Закони којима се уређују професије стечајних управника, ревизора, као и они којима се уређују дјелатности у области здравства, образовања, финансија, државне управе или унутрашњих послова редовно ранију осуђиваност за одређена кривична дјела прописују као сметњу за заснивање радног односа.³⁷³ Поставља се, међутим, питање да ли је у сваком од ових случајева доведен у равнотежу интрес појединца (кандидата) са интересом друштвене

³⁷³ Закон о стечају („Сл. лист ЦГ“, бр.01/11) предвиђа да за стечајног управника не може бити именовано лице које је правоснажно осуђивано за кривично дјело извршено са умишљајем или коме је изречена забрана обављања одређених послова, док Закон о рачуноводству и ревизији („Сл. лист РЦГ“, бр.69/05 и „Сл. лист ЦГ“, бр.80/08, 73/10, 32/11) као један од услова за издавање лиценце за обављање ревизије предвиђа да лице коме се лиценца издаје није осуђивано за кривично дјело које га чини недостојним за обављање послова из области рачуноводства и ревизије. Исто тако, Закон о банкама („Сл. лист ЦГ“, бр.17/08, 44/10, 40/11) предвиђа да члан одбора директора, нити извршни директор не може бити лице које је осуђивано за дјело које га чини недостојним за вршење ових функција, а Закон о здравственој заштити („Сл. лист РЦГ“, бр.39/04 и „Сл. лист ЦГ“, бр.14/10, 40/11) предвиђа да надлежна комора привремено одузима лиценцу за рад у случају да је здравствени радник осуђен на казну затвора због кривичног дјела против здравља људи. Закон, такође, регулише да до трајног одузимања лиценце долази када је здравствени радник осуђен на казну затвора због учињеног тешког кривичног дјела против здравља људи или дјела против човјечности и других добара заштићених међународним правом. Правилником о издавању, обнови и одузимању лиценце („Сл. лист ЦГ“, бр.51/11) прописано је да се за издавање лиценце за рад обавезно прилаже и потврда да се против доктора не води кривични поступак због повреде кодекса медицинске етике или да му није изречена мјера забране обављања здравствене дјелатности. Такође, Општи закон о образовању и васпитању („Сл. лист РЦГ“, бр.64/02,31/05 и „Сл. лист ЦГ“, бр.49/07, 04/08 21/09, 45/10, 40/11, 45/11, 36/13, 39/13, 44/13) прописује да наставник који је правоснажном пресудом осуђен за кривично дјело против полне слободе не може обављати образовно-васпитни рад.

заједнице. У том смислу, могло би се поставити питање да ли закон довољно штити интерес (приватност) појединца, када прописује да се за стечајног управника не може именовати лице осуђивано за (било које) кривично дјело извршено са умишљајем, и *vice versa* би се могло поставити питање да ли закон довољно штити интерес друштва (дјече и омладине) у случају када као једину сметњу за обављање послова наставника предвиђа осуђиваност за кривично дјело против полне слободе. Исто тако, могло би се поставити питање да ли је уобичајена законска формулација „...ако није осуђивано за кривично дјело које га чини недостојним за рад...” довољно прецизна и да ли може заштити појединца (кандидата) и његову приватност, будући да није познато ко, на који начин и колико широко може тумачити ову формулацију.

У контексту раније осуђиваности као сметње за заснисвање радног односа могло би се говорити и о институту *лустрације*. Под лустрацијом (од латинске ријечи *lustratio* – религиозно, ритуално чишћење од гријеха код старих Римљана) се подразумијева поступак којим се из јавних служби и политичког живота искључују компромитовани представници старе власти.³⁷⁴ Ради се о уклањању из јавног и политичког живота оних особа које су биле активне у служби тоталитарних режима и које су кршиле људска права.³⁷⁵ Дакле, циљ лустрације је да се они који су некада кршили људска права онемогуће да то учине опет. Аналогија између лустрације и забране обављања занимања је у томе да се ради о опасности да ће особа која је починила одређена дјела у прошлости, та дјела чинити и убудуће.³⁷⁶ Међутим, лустрација не представља институт кривичног право из разлога што се код лустрације не мора нужно радити о кривичном дјелу, већ о кршењу људских права и слобода које не мора да садржи обиљежја кривичног дјела.³⁷⁷ У том смислу,

³⁷⁴ И. Клајн, М. Шипка, *op. cit.*, стр.727.

³⁷⁵ Лустрација која је повезана са периодом транзиције из социјализма у капитализам, историјски гледано, представља још увијек актуелан појам. С протеком времена и са завршетком транзиције смањује се легитимитет лустрације, па, према томе, и могућност њеног увођења. Будући да је њено увођење разматрано у готово свим земљама, лустрација представља једно од основних обиљежја периода транзиције. А. Zidar, „Lustracija: uklanjanje protivnika demokratije sa javnih položaja“, *Nova Revija*, Ljubljana, 1996, стр.77. Закон о одговорности за кршење људских права (Закон о лустрацији) у Србији је ступио на снагу 2003.године али у пракси никада није примјењен. Престао је да важи 2013.године. У Црној Гори овакав закон никада није усвојен, предлог закона је сачињен али никада није разматрано његово усвајање.

³⁷⁶ *Ibid.*, стр.86.

³⁷⁷ Битна разлика између сигурносне мјере и лустрације је у томе што је код сигурносних мјера ријеч о чињењу кривичног дјела и о опасности да ће та дјела починитељ у будућности поновити, док је

мјера лустрације, иако нужно не подразумијева осуду за почињено кривично дјело, представља сметњу за заснивање радног односа на радним мјестима која су од значаја за примјену и заштиту људских права и слобода.

Као и код раније осуђиваности, тако и код лустрације појединцу се не ускраћује у цјелости, већ само дјелимично, право на рад.³⁷⁸ У случају лустрације не долази до повреде права на приватност (већ легитимног ограничења), будући да је њен циљ задовољење општег друштвеног интреса – развој демократских вриједности и принципа. Постоје, међутим, и они који сматрају да увођење лустрације није оправдано.³⁷⁹ Ипак, многи од аргумената којима се оспорава лустрација могу се неутралисати уколико се законски поступак лустрације уреди како треба.

2.4.2. Ближе сродство као сметња за заснивање радног односа

Односи појединца са његовим сродницима чине дио његове приватне сфере у коју, по правилу, трећа лица (укључујући послодавца) немају право да залазе. У складу са тим, генерално је доминантан став да би прописивање сродства као сметње за заснивање радног односа било противно начелу слободе рада и начелу једнаке доступности радних мјеста под једнаким условима. Истовремено, прописивање ове сметње значило би повреду права на приватност кандидата за запослење. Под крвним сродством подразумијева се однос између двије или више особа, заснован на међусобној вези која је биолошке природе и темељи се на крвној вези, а дефинише се као однос двије особе повезане поријеклом, било да потичу једна од друге, или од заједничког претка.³⁸⁰ У контексту сметњи за заснивање радног односа, крвно сродство се поистовјећује са грађанским сродством

код лустрације ријеч о кршењу људских права и слобода и о опасности да ће починитељ то понављати у будућности и тиме ометати прелаз у ново демократско уређење. A. Zidar, *op. cit.*, стр.77.

³⁷⁸ Особа погођена лустрацијом може се запослити на пословима у приватној сфери, а у неким земљама закон допушта и запошљавање на нижим јавним пословима. A. Zidar, *op. cit.*, стр.88-89.

³⁷⁹ Они своје мишљење темеље на ставу да лустрација представља уклањање са јавних положаја на основу политичког увјерења, што није у складу са Конвенцијом Међународне организације рада бр.111. Управо је МОП, позивајући се на ову Конвенцију, поводом чехословачког Закона о лустрацији, заузео став да се тим законом врши дискриминација на основу политичког и идеолошког увјерења. Мада чехословачки Закон има бројне недостатке, никако се не може прихватити став МОП-а, будући да до отпуштања са јавних функција долази зато што су отпуштене особе у прошлости кршиле људска права, а не због њиховог политичког или идеолошког увјерења. A. Zidar, *op. cit.*, стр.117-118.

³⁸⁰ <https://sh.wikipedia.org/wiki/Srodstvo>.

(сродством по усвојењу) и тазбинским сродством,³⁸¹ при чему се има на уму само блиско сродство, док се питање даљег сродства не разматра.

Упркос доминантном ставу о томе да сродство не представља сметњу за заснивање радног односа, поставља се питање да ли у пракси постоје ситуације у којима би било оправдано одступити од овог правила. Чини се да је прихватљиво становиште по коме сродство није апсолутна сметња за заснивање радног односа, али да изузетно може бити одређено као такво.³⁸² Без обзира на то да ли сродство као сметњу за заснивање радног односа утврђује законодавац или послодавац, потребно је да увођење ове сметње буде оправдано легитимним разлозима, те да постоји могућност њеног преиспитивања и оспоравања. Другим ријечима, могућност увођења сродства као сметње за заснивање радног односа мора се тумачити крајње рестриктивно, нарочито онда када ову сметњу уводи послодавац. У сваком случају, разлози који налажу увођење ове сметње требали би да буду довољно озбиљни да ограниче право на рад и право на приватност као основна, уставом зајемчена, људска права. Легитимне разлоге за увођење крвног сродства као сметње за заснивање радног односа можемо подијелити на оне који се тичу *законске обавезе издржавања између чланова уже породице*, оне који су везани са *природу конкретних послова и задатака*, и на оне који су везани за *сузбијање непотизма* као непожељне друштвене појаве.

Обавезу издржавања између чланова уже породице предвиђају породични закони. Сматра се да је обавеза издржавања родитеља и дјеце и других сродника, као и брачних и ванбрачних другова израз породичне солидарности и да је у интересу друштва.³⁸³ У вези са овом обавезом, у теорији радног права, јављале су се дилеме о томе да ли је могуће радни однос засновати између чланова уже породице односно, да ли блиско сродство представља сметњу за заснивање радног односа. Различити, међутим, проблеми настају у вези са околностима: а) је ли у

³⁸¹ Закон о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012, 31/14) под члановима уже породице подразумева брачног друга, дјецу (брачну, ванбрачну, усвојену и пасторчад), браћу, сестре, родитеље, усвојиоца и старатеља. Овome би свакако требало додати и ванбрачног друга. Грађанско сродство или сродство по усвојењу темељи се на чињеници усвојења, а дефинише се као однос између усвојеника и усвојитеља, те његових крвних сродника. Тазбинско сродство је социолошко-правне природе, а дефинише се као однос између једне особе и сродника њезиног брачног друга. Темeљ тазбинског сродства је постојање брака. <https://sh.wikipedia.org/wiki/Srodstvo>.

³⁸² В. Брајић, *op. cit.*, стр.166.

³⁸³ Члан 10 Породичног закона („Сл. лист ЦГ“, бр.01/07).

питању рад чланова породице за непосредне потребе породичне заједнице, тј. обављање послова који се односе на добар развој породице (дакле, рад у оквиру тзв. *operae obsequiales*); или б) је ли у питању рад једног члана породице у оквиру лукративне дјелатности другог члана породице, тј. престација рада која није намијењена непосредном задовољењу потреба породичне заједнице (дакле, рад у оквиру тзв. *operae fabriles*).³⁸⁴

У првом случају, рад улази у специфичне циљеве породичне заједнице и тај рад не може бити радни однос размијене.³⁸⁵ У складу са овом концепцијом, и данас су се у појединим правним системима задржала рјешења по којима блиско сродство представља сметњу за заснивање радног односа за обављање послова у домаћинству, односно за заснивање радног односа са кућним помоћним особљем. Тако, примјера ради, Закон о раду Србије предвиђа да уговор о раду са кућним помоћним особљем не може да се закључи са супружником, усвојиоцем или усвојеником, крвним сродником у првој линији, без обзира на степен сродства, и у побочној линији до другог степена сродства, и са тазбинским сродником до другог степена сродства.³⁸⁶ Циљ оваквих рјешења није само да се одржи обавеза издржавања међу блиским сродницима, већ и да се спријече могуће злоупотребе малољетних, старијих или немоћних чланова породице. Ипак, поставља се питање да ли је одредба српског Закона о раду прешироко (несразмјерно) постављена у погледу круга лица на која се сметња односи, те да ли је било боље овај круг лица ограничити на она која живе у истом домаћинству. Ово тим прије што у савременом радном праву кућно помоћно особље ужива заштиту на раду као и сви други запослени. Штавише, Конвенција Међународне орагнизације рада бр.198 пружа компленту заштиту неопходну за пристојан рад кућног помоћног особља. Ова Конвенција не предвиђа сродство као сметњу за заснивање радног односа ради обављања послова кућног помоћног особља.

У другом случају, тј. у случају обављања лукративних дјелатности, у принципу, не постоји забрана заснивања радног односа међу блиским сродницима. Напротив, у пракси је традиционално заступљено запошљавање сродника од стране

³⁸⁴ N. Tintiћ, *Radno i socijalno pravo*, Knjiga prva: Radni odnosi (I), стр.434.

³⁸⁵ *Ibid.*, стр.435.

³⁸⁶ Члан 45, став 7 Закона о раду Србије („Сл. гласник РС“, 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 113/2017). Овакво рјешење не предвиђа црногорско радно законодавство.

власника приватних компанија, занатских радњи или предузетника. На овај начин се генерацијама одржавају тзв. породични бизниси. Радни однос између чланова породице у овом случају заснива се на уговору о раду и функционише као и сваки други радни однос. Субординација није препрека постојању радног односа између блиских сродника, па нема ни инкомпатабилности између породичног односа и положаја субординираног радника, јер субординација, у савременом праву, не доводи до подчињености личног карактер, већ претежно носи технички и организациони карактер, и везана је искључиво за рад на радном мјесту.³⁸⁷ Овај однос, по правилу, карактерише већи степен лојалности, оданости и повјерења међу уговорним странама, а приватност запослених нема исти значај као у другим радним односима, па би се и питање повреде приватности морало у овом случају другачије (флексибилније) тумачити.

Већ је речено да апсолутна забрана запошљавања блиских сродника код истог послодавца није у складу са начелом недискриминације. Стога, послодавац, по правилу, не би могао да одбије да запосли кандидата за запослење са образложењем да код њега већ ради близак сродник кандидата. Ријетке ситуације у којима би блиско сродство могло да представља сметњу за заснивање радног односа везују се за послове одређене природе, односно послове код којих блиско сродство међу запосленима може психолошки да утиче на начин извршавања рада, или да на други начин доведе у питање интересе послодавца. У случају да уводи забрану запошљавања блиских сродника, послодавац мора утврдити *ratio* такве забране. У пракси се обично забрањује да запослени буде директно надређен и да надгледа рад блиског сродника.³⁸⁸ Увођење сметње – забране запошљавања сродника у хијерархијском односу није забрана запошљавања сродника и не представља повреду права на рад, већ је унутрашња организационо – функционална мјера.³⁸⁹ Забрана рада блиских сродника се уводи и онда када то може неповољно да утиче на успјешност обављања посла (нпр. рад блиских сродника као полицајца

³⁸⁷ N. Tintić, *Radno i socijalno pravo*, Knjiga prva: Radni odnosi (I), стр.438.

³⁸⁸ У америчкој пракси послодавци често примјењују политику по којој се не може запошљавати брачни друг запосленог/запослене уколико би то подразумевало да један брачни друг надгледа рад другог брачног друга. L. Guerin, J.D., *op. cit.*, стр.195. Иста пракса се аналогно може примјенити и на блиске сроднике (нпр. родитељ-дијете).

³⁸⁹ А. Т. Поповић, *op. cit.*, стр.203.

који заједно патролирају).³⁹⁰ Интересантно је да је Уставни суд Југославије 1970.године донио одлуку да увођење сродства као сметње за заснивање радног односа општим актом, није супротно уставном начелу о равноправности грађана и доступности сваког радног мјеста под једнаким условима.³⁹¹ Предметна одлука није, међутим, наишла да одобравање, будући да је доминантан био став о томе да увођење сродства као сметње за заснивање радног односа општим актом представља негацију уставних начела.³⁹²

У нашој, не тако далекој прошлости (у периоду социјализма), запошљавање блиских сродника била је устаљена пракса јер се сматрало да треба чувати традицију у раду, па су се на мјеста родитеља веома често запошљавала њихова дјеца. Данас се, међутим, о раду блиских сродника све више говори у контексту *непотизма*, као савремене појаве против које се боре заговорници људских права и демократије. Непотизам потиче од латинске ријечи *nepos* (потомак) и подразумијева злоупотребу положаја у корист породице, односно склоност ка запошљавању рођака.³⁹³ У питању је, дакле, давање предности у запошљавању члановима породице, при чему способност за рад и стручне квалификације не играју одлучујућу улогу. Одута, спрјечавање непотизма може бити разлог за забрану запошљавања блиских сродника, односно блиско сродство може бити сметња за рад на одређеним мјестима. Међутим, ова сметња је релативна и отклоњива, будући да је могуће у поступку запошљавања утврдити да управо кандидат - блиски сродник посједује све потребне квалификације за рад на одређеном радном мјесту, односно да испуњава све услове за рад на том радном мјесту. Неће се, дакле, радити о непотизму уколико се кандидату не даје предност у запошљавању на основу сродства. Неки аутори сматрају да се у овом случају

³⁹⁰ У америчкој пракси се сматра да би рад супружника као полицајца који заједно патролирају могао да утиче неповољно на објективност поступања ако би током извршавања рада један од супружника био рањен. Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.305. Иста пракса се аналогно може примјенити и на блиске сроднике (нпр. родитељ-дијете).

³⁹¹ Предметна сметња односила се на брачне другове, родитеље, дјецу или друге блиске сроднике. Одлука Уставног суда Југославије, У.бр.340/69 од 13.05.1970.године о оцјени уставности и законитости Правилника о радним односима Радио-телевизије Београд, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/70. Наведено према: А. Т. Поповић, *op. cit.*, стр.201-202.

³⁹² Више о томе види у: А. Т. Поповић, *op. cit.*, стр.201-202.

³⁹³ И. Клајн, М. Шипка, *op. cit.*, стр.828.

ради о „добром непотизму“.³⁹⁴ Одговарајућом, контролисаном и транспарентном процедуром запошљавања могуће је, дакле, избјећи непотизам и онда када се ради о запошљавању блиских сродника.

2.4.3. Брачни статус као сметња за заснивање радног односа

Концептуално гледано, за брак као сметњу за заснивање радног односа углавном важи све оно што је речено за блиско сродство. Међутим, питање брака као сметње за заснивање радног односа је у пракси далеко заступљеније, па је самим тим и већи број специфичности у регулисању ове материје. За разлику од сродства, брак (брачни статус) се изричито наводи као лично својство на бази кога послодавац не смије вршити дискриминацију у запошљавању и на раду.³⁹⁵ Отуда, брак у начелу није сметња за заснивање радног односа, а прикупљање података о брачном статусу од стране послодавца представља повреду права на поштовање приватног живота.³⁹⁶ Није, међутим, одувijek било овако, већ је историја пуна примјера ограничавања права на рад удатим женама. Тако, примјера ради, према закону из 1888.године учитељице су у Хрватској морале са склапањем брака да се одрекну службе, а сагласно закону из 1922.године у Аустралији удата жена није могла да обавља јавну функцију, док је у Португалу законом из 1942.године било забрањено запошљавање удатих жена као медицинских сестара у грађанским болницама.³⁹⁷

³⁹⁴ Неки аутори заступају становиште да „добар“ непотизам, који подразумева давање предности у запошљавању квалификованим члановима породице, заправо и није непотизам. Истраживања показују да људи немају негативан поглед на овај непотизам, те да он може бити добар за компанију и да га треба охрабрити. М. У. Padgett, R. J. Padgett, K. A. Morris, „Perceptions of nepotism beneficiaries: the hidden price of using a family connection to obtain a job“, *Journal of Business & Psychology*, број 2, 2015, стр.258.

³⁹⁵ Члан 5 Закона о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012 и 31/14): „Забрањена је непосредна и посредна дискриминација лица која траже запослење, као и запослених, с обзиром на пол, рођење, језик, расу, вјеру, боју коже, старост, трудноћу, здравствено стање, односно инвалидност, националност, брачни статус, породичне обавезе, сексуално одређање, политичко или друго увјерење, социјално поријекло, имовно стање, чланство у политичким и синдикалним организацијама или неко друго лично својство“.

³⁹⁶ Брак се у прошлости јављао као сметња за заснивање радног односа, чешће у јавном него у приватном сектору. Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.128.

³⁹⁷ А. Т. Поповић, *op. cit.*, стр.210-211.

Када је у питању брачни статус као сметња за заснивање радног односа, као и код блиског сродства, и овдје треба разликовати неколико ситуација: брак као сметњу за заснивање радног односа међу супружницима, брак као сметњу за заснивање радног односа брачних другова код истог послодавца и брак као сметњу за заснивање радног односа брачних другова код различитих послодаваца.

Због саме природе брака и статуса брачних другова у брачној заједници не може никада доћи до обављања *operae obsequiales* од стране једног брачног друга као особе у радном односу с другим брачним другом.³⁹⁸ Отуда и инкомпатабилност статуса брачног друга са статусом радног односа кућног помоћног особља према другом брачном другу, независно од имовинског режима.³⁹⁹ Црногорско радно законодавство, међутим, не предвиђа брак као сметњу за заснивање радног односа ради обављања послова у домаћинству. Када је у питању рад једног брачног друга за другог, а у циљу стицања профита, дуго времена (у бившој Југославији) је преовладавао став да је радни однос инкомпатабилан са брачном заједницом, па је судска пракса, у одсуству изричите забране заснивања оваквог радног односа, све више заузимала став да међу брачним друговима не може бити заснован радни однос.⁴⁰⁰ Данас је, захваљујући равноправности брачних другова, али и развоју људских права, преовладао супротан став, по коме један брачни друг може засновати радни однос код другог, у складу са законом, уколико се радни однос заснива ради обављања лукративне дјелатности.

У пракси запошљавања далеко је актуелније питање рада супружника код истог послодавца. Ово из разлога што велики број компанија води политику „анти-непотизма“ (енг. „*anti-nepotism*“) у погледу супружника или се придржава правила „без супружника“ (енг. „*no-spouse*“). У оба случаја, послодавци одбијају да запосле брачног друга већ запосленог. Штавише, многе од ових компанија предвиђају да након што двоје запослених склопи брак, једно од њих мора да

³⁹⁸ Природа статуса кућног помоћног особља није компатабилна са статусом брачног друга према другом брачном другу који би се, у том случају, појавио као послодавац кућне помоћнице – са којом је у браку. Кућне послове они су дужни обављати као брачни другови. N. Tintić, *Radno i socijalno pravo*, Knjiga prva: Radni odnosi (I), стр.439.

³⁹⁹ *Ibid.*

⁴⁰⁰ У страној правној теорији је и тада преовладавало мишљење о могућности постојања радног односа међу брачним друговима, или бар у одређеним случајевима (уз одређене мјере опреза како не би дошло до симулирања и поступака *in fraudem legis*). N. Tintić, *Radno i socijalno pravo*, Knjiga prva: Radni odnosi (I), стр.448-450.

откаже уговор о раду. У свим овим ситуацијама брак се јавља као сметња за заснивање радног односа. Мада су ова правила првобитно настала у жељи да се спријече злоупотребе на радном мјесту, поставља се питање да ли су анахрона⁴⁰¹ и да ли су неопходна, тј. да ли се претварају у своју супротност.⁴⁰² Оваква политика послодаваца правда се чињеницом да се супружници на послу могу свађати, да могу фаворизовати један другог или заступати сопствене интересе, да њихов однос негативно утиче на моралност и продуктивност на раду, те да могу довести до сукоба интереса.⁴⁰³ Насупрот овим, стоје аргументи који се противе политици анти-непотизма, позивајући се на модерне карактеристике брака, на то да ова наизглед неутрална политика много више погађа жене, као и на то да она може приморати двоје људи да бирају између брака и каријере.⁴⁰⁴

Без обзира на снагу аргумената, правило *без супружника* не може имати апсолутан карактер. Ово из разлога што је оно у супротности са гаранцијама грађанских слобода и права на радном мјесту, односно са правом на рад, начелом недискриминације и правом на приватност. Оно може да се примјени у ограниченом обиму, на запослене у истој канцеларији, запослене који су у односу надређени/подређени или запослене који према природи посла који обављају могу доћи у сукоб интереса.⁴⁰⁵ Аргумент у прилог ставу да је за обављање одређених

⁴⁰¹ С. М. Reed, „Anti-nepotism rules and dual career couples: policy questions for public personnel administrators“, *Public Personnel Management*, vol.17, број 2, 1988, стр.223.

⁴⁰² Ово из разлога што је све чешће присуство оба пола у компанијама, дуже радно вријеме и све касније закључивање бракова учинило да канцеларије постану мјесто за проналажење партнера. Нека истраживања показују да је 94% романти на послу између запослених у истој згради, а 34% између запослених у истој канцеларији. V.A. Santhosh, „Co-working married couples: the scapegoat of recession“, *Review of Management*, vol.1, број 2, 2011, стр.100.

⁴⁰³ С. М. Reed, „Anti-nepotism rules and dual career couples: policy questions for public personnel administrators, стр.224.

⁴⁰⁴ Према првом аргументу, брачни пар чине професионалци који су довољно способни да сами процјене када њихов заједнички рад постаје дисфункционалан. Стога им нису потребна анти-непотизам правила. Други аргумент полази од тога да ово правило, мада на први поглед неутрално, на крају много више погађа жене, јер жене се генерално, касније запошљавају. Ово посебно у случају када се жене поново враћају на тржиште рада након што су подигле дјецу. Када муж и жена раде заједно, већа је вјероватноћа да ће муж бити тај који је унапријеђен на супервизорску позицију у односу на супругу, што значи да је велика вјероватноћа да жена буде премјештена на друго радно мјесто или чак отпуштена. Трећи аргумент полази од тога да у малим заједницама у којима су професионалне могућности ограничене оваква политика може натјерати двоје људи да бирају између брака и каријере, чиме се доводи у питање уставом зајемчена слобода брака. С. М. Reed, L. J. Cohen, „Anti-nepotism rules: the legal rights of married co-workers“, *Public Personnel Management*, vol.18, број 1, 1989, стр.39.

⁴⁰⁵ Четири истраживања спроведена још осамдесетих година прошлог вијека у САД-у показују да многе приватне компаније забрањују рад супружника у истој канцеларији, или рад у односу

послова неопходно да се дефинише забрана запошљавања супружника тиче се односа надређености и подређености. Однос субординације подразумијева и овлашћење да један брачни друг дисциплински казни другог брачног друга, а претпостављено поступање се креће у смјеру одређивања блаже санкције за повреду радне обавезе, јер дисциплинском санкцијом посредно наноси штету својој породици и себи, може да проузрокује и поремећај у брачним односима, а штета може да буде и имовинског карактера уколико се изрекне новчана казна.⁴⁰⁶

Увођење брака као сметње за заснивање радног односа код истог послодавца веома је заступљено у пракси Сједињених Америчких Држава, у приватном и јавном сектору.⁴⁰⁷ Отуда је, у овој земљи, политика анти-непотизма преиспитивана са позивањем на различите аргументе, а прије свега да су ова правила дискриминишућа и да се њима крши уставом зајемчено право на склапање брака.⁴⁰⁸ Ипак, новије судске пресуде указују на то да судови ову политику претежно не доживљавају као дискриминишућу, нити сматрају да се њоме крше уставом зајемчена права.⁴⁰⁹

У домаћем позитивном праву, брак није предвиђен као сметња за заснивање радног односа супружника на одређеним радним мјестима у оквиру државне

подређени-надређени. Истраживања, такође, показују да су ове рестрикције веће код малих послодаваца, као и код оних код којих су у много већем проценту запослени мушкарци. С. М. Reed, „Anti-nepotism rules and dual career couples: policy questions for public personnel administrators“ стр.224.

⁴⁰⁶ А. Т. Поповић, *op. cit.*, стр.213.

⁴⁰⁷ Једна трећина испитаника (послодавца) у САД-у потврдила је да предвиђа забрану запошљавања чланова породице у истој канцеларији или истој универзитетској јединици. Овакве рестрикције има 53% испитаника у локалној управи и управи на нивоу појединих држава, док на федералном нивоу ограничења постоје код 21,1% испитаника. Ограничење постоји на 9,3% универзитета, код 40% приватних послодаваца и код 30% непрофитних организација. Међутим, ограничења су још заступљенија када је у питању запошљавање супружника у односу надређени/запослени. С. М. Reed, „Anti-nepotism rules and dual career couples: policy questions for public personnel administrators“, стр.226-227.

⁴⁰⁸ Правила о анти-непотизму постоје у овој земљи још од почетка прошлог вијека али се од 1970-их преиспитују. С. М. Reed, L. J. Cohen, „Anti-nepotism rules: the legal rights of married co-workers“, стр.37.

⁴⁰⁹ У водећем случају *Yuhas v. Libby-Owens-Ford Company* у вези са правилом „без супружника“, амерички Савезни апелациони суд је заузео став да је овакво правило условљено послом (релевантно за посао), те да није дошло до дискриминације на бази пола. Суд је констатовао да постоји мало доказа о томе да су брачни парови мање продуктивни, али да је доминантно становиште о томе да чланови породице не требају да раде у истом радном окружењу, те да овакво правило послодавца није „непромишљено и неозбиљно“. У другом случају *Keckeisen v. School District*, суд је закључио да, разумно уређена политика послодавца о незапошљавању супружника, која у већој мјери не нарушава могућност склапања брака, може бити легитимна. С. М. Reed, L. J. Cohen, „Anti-nepotism rules: the legal rights of married co-workers“, стр.39-40.

управе, премда би начела спрјечавања сукоба интереса, деполитизације и професионализације државне управе, оправдала њено увођење. На овај начин је супружницима омогућено да раде на радним мјестима у оквиру државне управе и да, због природе послова које обављају, дођу у сукоб интереса. Међутим, државни службеник је у обавези да пријави свом непосредном руководиоцу уколико његов супружник (или сродник) има приватни интерес који се може повезати са надлежностима из његовог државног органа.⁴¹⁰ У овом случају, старјешина државног органа доноси одлуку о изузећу државног службеника, односно намјештеника.

Брак се само изузетно може јавити као сметња за заснивање радног односа код различитих послодаваца када један од супружника ради на високој (руководећој) позицији код конкурентног послодавца, која му омогућава приступ строго повјерљивим подацима или пословним тајнама послодавца. *Ratio* сметње у овом случају јесте забрана нелојалне конкуренције. Могућност увођења овакве сметње потребно је тумачити рестриктивно, будући да се њоме значајније ограничава право на рад, а на бази брачног статуса као личног својства.

Брак као сметња за заснивање радног односа код истог или различитих послодавца није, у већој мјери, заступљена на нашим просторима али, са све већим доласком иностраних мултинационалних компанија, ово питање може добити на значају. У одсуству законске регулативе, судови би, у евентуалним споровима по овом питању, требали цијенити оправданост сметње у сваком конкретном случају, уз проналажење праве мјере интереса коју треба задовољити. У супротном, постоји значајан ризик од повреде права на приватност кандидата (супружника) за заснивање радног односа.

⁴¹⁰ Према Закону о државним службеницима и намјештеницима („Сл. лист ЦГ“, бр.39/11, 50/11, 66/12, 34/14), подаци о могућем сукобу интереса уносе се у персонални досије државног службеника, односно намјештеника.

3. Право запосленог на приватност у току трајања радног односа

3.1. Уводне напомене

Када је једном засновао радни однос, запослени остварује сва права по основу рада и у вези са радом. У овој фази, однос радника и послодавца постаје формалнији, а мотиви послодавца да зађе у приватност запосленог бројнији. Умножавају се и начини на који се може нарушити приватност запосленог, а питање легитимности ограничења овог права и могућност његове заштите се усложњавају. У том смислу, проблематика везана за право запосленог на приватност у току трајања радног односа представља већи изазов. У ком обиму ће запослени уживати право на приватност у току трајања радног односа у великој мјери зависи од конкретних околности, врсте дјелатности коју обавља, интереса послодавца и интерних аката донијетих код послодавца.

По правилу, право на приватност, није радним законодавствима изричито и непосредно признато право запосленог.⁴¹¹ Будући да постоји правна празнина о праву на приватност и могућностима његовог ограничења у оквиру радног права, могуће је послужити се општим принципима грађанског права. Аналогно општем правилу о могућем мијешању у приватност појединца онда када се оно врши са легитимним циљем, легитимни разлози на страни послодавца могу оправдати нарушавање приватности запосленог у току трајања радног односа. Све ово у вези је са питањем када се легитимном интересу послодавца може дати предност у односу на легитиман интерес запосленог. Балансирање ових интереса, након што је заснован радни однос, најчешће се јавља у вези са употребом савремених технологија које су омогућиле послодавцу да на лак начин и без много трошкова контролише процес рада.

⁴¹¹ У Француској се Законик о раду директно осврће на приватност запосленог. Постоји општа обавеза послодавца и савјета запослених да осигурају да правила која се односе на заштиту здравља и безбједности на раду, као и радну дисциплину не проузрокују ускраћивање индивидуалних права и слобода ако то није оправдано самом природом посла. Према мишљењу Министарства рада Француске, методе надзора могу бити легално спроведене само ако су уведене због посебних околности које оправдавају њихово увођење или ако су запослени претходно упознати са техникама надзора, а што има за циљ да гарантује равнотежу између обавезе поштовања приватног живота и ефикасног пословања компаније. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.47.

Посебно важно мјесто заузима питање *надзора* (мониторинга) који послодавац спроводи над запосленима, укључујући и надзор над употребом средстава комуникације који у савременом радном праву прате бројне контраверзе. Ово питање изискује посебну пажњу због радикалних промјена које су се десиле у вези са природом надзора запослених, који сада укључује тајни надзор и континуирани надзор цјелокупног понашања запосленог, а што са собом носи бројне посљедице у погледу услова рада и здравља радника,⁴¹² због чега се у литератури говори о *стрес ефекту мониторинга*. Више студија је показало да постоји веза између мониторинга на једној, и стреса, те потенцијалних здравствених проблема запосленог на другој страни.⁴¹³

Поред тога, значајну пажњу треба посветити и све присутнијој пракси *тестирања* запослених од стране послодавца која пријети да угрози не само приватност, већ и једнак третман и достојанство запосленог. Практика показује да је све присутније и *праћење* запослених путем различитих савремених уређаја, али и да послодавци нерјетко прибјегавају *претресу* запосленог и његовог радног мјеста. Не чуди, отуда, повећана забринутост запослених за њихову приватност, при чему је осјећај сталне изложености надзору и контроли довео до појачаног стреса и нелагоде који пријете да савремене услове рада учине нехуманим. Ово је разлог због кога се питање заштите приватности на мјестима рада мора посматрати и у контексту заштите моралног и психичког интегритета запосленог, али и у контексту заштите од *дискриминације* и *злостављања* на раду.

Будући да сваки облик надзирања, тестирања, праћења или претреса запосленог истовремено представља вид прикупљања и обраде његових личних података, потребно је да се у њиховом спровођењу поштују општи принципи заштите личних података.⁴¹⁴

⁴¹² *Ibid.*, стр.11.

⁴¹³ Ово из разлога што се запослени који се надгледају осјећају беспомоћно. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.22-23.

⁴¹⁴ Члан 6, став 1 Директиве 95/46/ЕЗ о заштити појединца у вези са обрадом личних података и о слободном протоку таквих података: (а) лични подаци обрађују се поштено и законито; (б) лични подаци прикупљају се у посебне, изричите и законите сврхе и не могу се даље обрађивати на начин који је неспојив са том сврхом; (в) лични подаци не могу бити претјерани у односу на сврху због које се прикупљају и даље обрађују; и (г) лични подаци чувају се само за ограничено вријеме, потребно за постизање сврхе због које се прикупљају.

3.2. Надзор над радом запосленог

Надзор (енг. *monitoring, surveillance*) над запосленим је веома широк појам који у пракси може да се односи на различите методе и начине праћења и надзирања. У нашем језику се одомаћио и термин мониторинг. Термин мониторинг изворно потиче од латинске ријечи *monitor* – пратити, надгледати, посматрати, контролисати, упозоравати.⁴¹⁵ Појам мониторинга укључује, али се не ограничава на, употребу средстава као што су компјутери, камере, видео опрема, звучни уређаји, телефони и друга средства комуникације, било који метод утврђивања идентитета и локације, или било који метод надзора.⁴¹⁶ Он, дакле, подразумејева различите видове надгледања путем којих се прикупљају подаци о субјектима надгледања. Може да се врши употребом средстава технологије или путем људског ресурса, с тим да су у првом случају ризик и могућност нарушавања приватности запосленог знатно већи. У енглеском језику термин *monitoring* се разликује од термина *surveillance*, мада се у одређеној мјери ови термини и поклапају.⁴¹⁷ За разлику од термина *monitoring*, термин *surveillance* се више односи на физичко посматрање запослених без њиховог знања.⁴¹⁸ У нашем језику ова разлика није изведена до краја, премда би се могла направити одређена динстинкција између општег појма *надзора* и нешто ужег појма *надгледања*.

Најчешће коришћене методе надзора над запосленим су видео надзор, надзор над употребом средстава комуникације и *GPRS* систем за праћење. Систем надзора се још може подијелити на систем електронског (компјутерског) надзора и систем праћења телефонских апарата.⁴¹⁹ Поред ових, постоје и други, мање

⁴¹⁵ И. Клајн, М. Шипка, *op. cit.*, стр.797.

⁴¹⁶ *Protection of worker's personal data*, An ILO code of practice, стр.1.

⁴¹⁷ *Conditions of work digest, Workers' privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.12.

⁴¹⁸ *Ibid.*

⁴¹⁹ Систем електронског (компјутерског) надгледања подразумејева прикупљање података о запосленом директно кроз употребу компјутера и других средстава комуникације. Овај систем аутоматски евидентира податке о раду запосленог као што је број откупаних карактера, број одрађених трансакција, вријеме потребно за зваку обављену трансакцију, као и вријеме проведено не користећи средство за рад. За разлику од тога, систем праћења употребе телефона региструје све информације о датуму, времену, трајању, дестинацији позива, позваном броју и цијени разговора. Тако, примјера ради, сви позиви такси дилечера се евидентирају, њихово трајање и ефикасност, док се такси возачима мјери брзина кретања, растојање које прелазе, задржавање и паузе које праве. *Conditions of work digest, Workers' privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.13.

заступљени, видови надзора као што су: електронске картице за праћење доласка на посао и одласка са посла; магнетне картице; портабл компјутери за праћење мјеста рада, начина рада и времена проведеног на паузама; пејџери, прислушкивачи, уређаји за снимање итд.⁴²⁰ Заједничко свим овим облицима надзора је то што се врше уз помоћ савремених технологија, што могу нарушити приватност запосленог и што у пракси доводе до сличних дилема које се покушавају ријешити уз примјену истих принципа. Заједничко им је и то што углавном не постоје посебна правила која уређују њихову примјену на радном мјесту, а што за последицу има комбиновану примјену принципа радног права и општих правила о заштити података о личности, а изузетно и правила кривичног процесног права. По правилу, сви ови видови надзора спроводе се уз претходно обавјештење запослених о времену, начину, методама и техникама надзора који ће се спровести, као и подацима који ће се прикупљати, а њиховом увођењу треба да претходи информисање и консултовање представника радника.⁴²¹ У сваком конкретном случају узима се у обзир врста надзора који се спроводи, његов циљ, начин на који се спроводи, као и интереси запосленог који су на овај начин погођени.⁴²²

Сматра се да се основни разлози због којих послодавац има потребу да врши надзор над запосленим могу груписати на сљедећи начин: а) осигурање продуктивности и конкурентности; б) осигурање квалитетне контроле и квалитетног сервиса намјењеног потрошачима; в) усаглашавање са законским прописима; г) подршка усавршавању и супервизији; д) сигурност и безбједност радног мјеста; и њ) заштита послодавчеве имовине и средстава за рад.⁴²³ Бројни су и приговори који се упућују појединим врстама надзора који се врши над запосленима. Они се углавном тичу кршења основних људских права и достојанства, нарушавања приватног живота, стварања код запосленог осјећаја да

⁴²⁰ *Ibid.*

⁴²¹ *Protection of worker's personal data, An ILO code of practice, стр.4, 7.*

⁴²² *Conditions of work digest, Workers' privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace, стр.39.*

⁴²³ Једно истраживање је показало да у три примарна разлога због којих послодавац врши надзор над запосленим спадају: спрјечавање запослених да злоупотребе компјутер у приватне сврхе, спрјечавање повреде правила о повјерљивости података и спрјечавање кршења правила у погледу података у вези са клијентима и запосленима. *Conditions of work digest, Workers' privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace, стр.17.*

му се не вјерује, а што у дужем временском периоду нарушава психу и негативно утиче на продуктивност. Додатан проблем, у вези са надзором, представља и то што су жене, мањине и слабије плаћена радна снага чешће изложени овом процесу чиме се отвара питање дискриминације ових категорија запослених.⁴²⁴

Сваки вид надзора има своје специфичности, због чега је, у извјесној мјери, регулисање овог питања препуштено социјалним партнерима, мада више у процедуралном, а мање у садржинском погледу.⁴²⁵ Законски и други прописи који регулишу домен социјалног дијалога и дјелокруг питања у вези са којима савјет запослених има право на информисање/консултовање, требали би бити подстицајни када је у питању увођење надзора над запосленима.⁴²⁶ Најбоља су она рјешења до којих запослени и послодавац долазе споразумно, или бар након претходно обављених консултација. Поред тога, ситуација би у пракси била знатно јаснија, уколико би послодавци својим интерним политикама и процедурама унапријед дефинисали у којим ситуацијама, којим методама и под којим условима могу вршити надзор над запосленима.

У многим земљама сматра се да послодавац прекомјерним или непотребним надзором крши „обавезу старања“ о запосленом (енг. „*duty of care*“). Штавише, сматра се да у радном односу уговорне стране морају поступати у доброј вјери, те да то обавезује послодавца да води рачуна о достојанству запосленог и онда када

⁴²⁴ *Ibid.*, стр.12.

⁴²⁵ У белгијском праву специфична правила о мониторингу запослених постоје у Колективном уговору (*Collective Bargaining Agreement* број 68 из 1998.године) али се она односе само на видео надзор на радним мјестима. Према данском праву, за увођење или модификовање било којег правила које се тиче обраде и чувања личних података, послодавац мора имати сагласност савјета запослених, а било који вид надзора који послодавац намјерава да уведе обухваћен је овом одредбом. У аустријском праву улога савјета запослених је још значајнија јер послодавац мора имати његову сагласност за увођење било које врсте надзора ако такве мјере могу утицати на достојанство запослених. У Великој Британији нема посебних законских одредаба о надгледању запослених. Практика надгледања је у домену добровољног колективног преговарања социјалних партнера. Закон о синдикатима и радним односима (*Trade Union and Labour Relations Act*) обавезује послодавца да информише репрезентативни синдикат о свим важним чињеницама, укључујући оне које се односе на увођење нових технологија. Уколико, међутим, колективни или појединачни уговор не регулише ово питање, сматра се да послодавцу припада право да одлучује о овим питањима. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.267.

⁴²⁶ У Португалији, Закон о савјету запослених (*Works Council Act*) утврђује права и обавезе савјета које се односе на његову улогу у увођењу и употреби надзора. У Шведској Закон о саодлучивању (*Co-determination Act*) обавезује послодавце да иницирају преговоре са синдикатом када желе да уведу нове методе и технике рада, укључујући технике надзора и надгледања на мјестима рада. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.229.

врши надзор над његовим радом.⁴²⁷ Надгледање запосленог може се разумијети и као кршење уговора о раду, будући да је надзор над радом запосленог у супротности са уговорном обавезом повјерења коју запослени и послодавац очекују од друге уговорне стране.⁴²⁸ Некада се ради давања одговора на питање да ли је одређена форма надзора допуштена или не примјењује и „принцип доброг пословног обичаја на тржишту рада“ (енг. *principle of good labour market practice*).⁴²⁹ На овај начин питање надзора добија и другу димензију која се више не везује искључиво за право на приватност и евентуално ублажавање субординације радника у радном односу, већ се окреће облигационој природи радног односа која, као таква, производи одређене обавезе за обје уговорне стране. Отуда, у радном односу послодавац треба да поштује личност и индивидуалност запосленог и да посвети дужну пажњу заштити његовог здравља и поштовању морала, док на другој страни запослени дугује послодавцу марљивост, лојалност и заштиту легитимних пословних интереса.⁴³⁰ Све ово, на посредан начин, доводи до закључка о ограниченој могућности послодавца да надгледа запосленог и да залази у његов приватни живот.

За потребе овог рада, надзор над запосленим је систематизован на сљедећи начин: а) *видео надзор у просторијама послодавца*; б) *надзор над средствима комуникације*; в) *претрес запосленог и његовог радног мјеста*; и г) *други видови надзора*. Надзор над комуникацијом запосленог доминантно подразумева надзор оне комуникације која се одвија путем телефона, електронске поште (*e-mail*) и интернета, с тим да се надзор над комуникацијом која се одвија путем електронске поште и интернета подводи и под појам надзора који се врши помоћу рачунара, а који укључује и друге видове надзора (нпр. надзор путем софтвера за праћење начина рада запосленог). Премда претрес запосленог и његовог радног мјеста не спада у класичне методе надзора, због сличних ефеката до којих доводи, обично се

⁴²⁷ Шпанска радничка повеља (*Workers` Charter*) предвиђа да ако послодавац планира да уведе мјере надзора над радом запослених мора посебно размотрити како ће то утицати на њихово достојанство. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.236.

⁴²⁸ F. Hendrickx, *op. cit.*, стр.98.

⁴²⁹ Овај принцип примјењује се у Шведској и резултат је судске праксе. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.234.

⁴³⁰ *Ibid.*, стр.257.

сврстава у ове методе. Под осталим видовима надзора се обично подразумејева употреба одређених техничких (електронских) средстава захваљујући којима се може пратити кретање запосленог.

3.2.1. Видео надзор у просторијама послодавца

Видео надзор (енг. *video surveillance*) представља само један вид надзора над запосленима. Одавно је постао опште присутан на мјестима рада јер се послодавци из безбједносних, али и других разлога, врло радо одлучују да набаве видео опрему и на тај начин надзиру радно окружење.⁴³¹ Но, том приликом ријетко се размишља о негативним ефектима које ова врста надзора носи са собом. Будући да видео надзор подразумејева покретну слику којом се биљеже покрети, гестикулација и тикови запослених, он је посебно проблематичан са аспекта заштите њихове приватности. Његова употреба може бити везана и за идеју строге контроле активности која се описује добро познатом Орвеловом синтагмом „Велики брат те посматра“ (енг. *Big brother is watching you*).⁴³² Континуирана изложеност видео надзору код запослених ствара осјећај нелагоде и сталне напетости која може негативно да се одрази на држање тијела, високог нивоа стреса и анксиозност, а што у дужем временском периоду може довести до озбиљнијег нарушавања здравља, али и до повећаног замора, те слабљења радних перформанси. Ово позива на опрез приликом одлучивања о томе да ли је у конкретном случају неопходно, и у којој мјери, увести видео надзор. Такође, неопходно је избјећи сваку могућност злоупотребе видео надзора од стране послодавца. Међутим, у упоредном праву не постоје законске одредбе које се посебно баве питањем видео надзора на радном

⁴³¹ Истраживање Америчке Асоцијације Менаџера из 2005.године показало је да више од половине послодаваца користи видео надзор на мјестима рада ради превенције крађа и насиља, а да 16% испитаника користи видео надзор да би надгледало рад запослених. <http://www.nolo.com/legal-encyclopedia/workplace-cameras-surveillance-employer-rules>, 29.03.2014.године.

⁴³² Амерички конгресмен *Pat Williams*, у намјери да укаже на потребу доношења законских прописа, у свом говору 1993.године, између осталог, рекао је да је данас „Велики брат“ присутан на америчким радним мјестима, да број запослених који бивају на различите начине надзирани достиже алармантне размјере, те да је надзор некада био присутан само код телефонских оператера или агената који се баве резервацијом авионских карата, док се данас, захваљујући могућностима технологије надзиру сви од возача камиона, преко медицинских сестара, до новинара итд. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.315.

мјесту, већ је ово питање, у већој или мањој мјери, обухваћено општим прописима о заштити личних података/приватности.

Послодавац као власник средстава за рад који је одговоран за процес рада, захваљујући својим управљачким овлашћењима доноси одлуку о начину на који ће контролисати процес рада и осигурати безбједност на мјестима рада. Но, у циљу заштите приватности запослених, доношење одлуке о увођењу видео надзора на мјестима рада подлијеже ограничењима, чиме се у одређеној мјери мијења традиционално поимање субординиране природе радног односа. Тако, увођењу видео надзора треба да претходи тестирање које се спроводи кроз давање одговора на два важна питања. Прво, са којом се сврхом (легитимним циљем) уводи видео надзор и друго, да ли се циљ због кога се уводи овај вид надзора може постићи на други одговарајући начин који представља мањи напад на приватност запосленог у односу на видео надзор.

Општи прописи о заштити података о личности у принципу не забрањују увођење видео надзора на мјестима рада, али разлоге његовог увођења искључиво везују за заштиту безбједности лица или имовине или тајних података и пословних тајни.⁴³³ Ово посебно важи са тзв. континуирани надзор чије трајање није унапријед ограничено.⁴³⁴ Додатни разлози који би евентуално могли оправдати видео надзор на радном мјесту тичу се потребе да се надгледа компликован и опасан процес производње,⁴³⁵ као и потребе да се открију починиоци крађе на радном мјесту. Други могући разлози (интереси) на страни послодавца не оправдавају у довољној мјери употребу континуираног видео надзора, јер постоје други, мање „агресивни начини“ да послодавац контролише извршавање рада, намјенску употребу средстава и да оцјењује рад запослених.⁴³⁶ У том смислу, видео

⁴³³ Члан 36, став 1 Закона о заштити података о личности ("Сл. лист ЦГ", бр.79/08, 70/09, 44/12).

⁴³⁴ Континуирани надзор може се дозволити једино када то налажу разлози везани за здравље и безбједност на радном мјесту или за заштиту имовине. *Protection of worker's personal data, An ILO code of practice*, стр.4.

⁴³⁵ *Conditions of work digest, Workers' privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.120.

⁴³⁶ У Италији је, у принципу, забрањено увођење аудиовизуелног и сличног надзора у намјери да се контролишу активности запослених. Уколико је, пак, то неопходно за организацију рада или сигурност на радном мјесту, овај вид надзора се уводи на основу сагласности синдикалних представника или савјета запослених. Уколико сагласност није дата, послодавац се може обратити инспекцији рада која може одлучити о опреми за надзор и начину на који ће се користити. *Conditions of work digest, Workers' privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.63.

надзор се не може уводити у намјери да се прикупе подаци за вођење дисциплинског поступка против запосленог.⁴³⁷ Видео надзор на мјестима рада најчешће се уводи из безбједносних разлога, па се у овом случају право запосленог на приватност директно сукобљава са његовим правом на сигурно и безбједно радно окружење. Понекад се управо инсталацијом видео надзора постиже важан циљ радног права - *безбједност радника на радном мјесту*.⁴³⁸

Околности у којима се сврха видео надзора жели постићи, такође, играју важну улогу. У вези са тим, поставља се питање да ли постизање конкретног циља, у датим околностима, према разумном увјерењу, оправдава употребу видео надзора. Тако је, у једном од водећих случајева Савезни суд Канаде утврдио да видео надзор који је послодавац поставио има своје оправдање и да је нарушавање приватности у конкретном случају пропорционално бенефитима који су на овај начин постигнути.⁴³⁹ Аргументујући ову своју одлуку Суд је истакао да је видео надзор у датим околностима био одговарајући, будући да је због бројних ранијих инцидената требало да одврати од крађа и вандализма и повећа ниво сигурности људи и добара, затим да је губитак приватности минималан, да се видео надзор не односи само на запослене, да постоји јасно упозорење о видео надзору, да је послодавац претходно размотрио и друге видове заштите и, што је по оцјени суда најважније, видео надзор није служио за оцјењивање рада запослених, будући да су се снимљени подаци могли користити само у случају да дође до инцидента, а у циљу његовог расвјетљења.⁴⁴⁰

Дакле, поред постојања *легитимног циља* који се не може остварити на други одговарајући начин, постављају се и додатни услови у вези са транспарентношћу увођења видео надзора, будући да запослени морају унапријед бити писаним путем

⁴³⁷ Такав став заузео је и Касациони суд Француске, одлучивши да утврђивање дисциплинске одговорности не може бити базирано на ономе што је евидентирано путем тајног видео надзора, будући да се ради о недозвољеном начину доказивања повреде радне обавезе. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.48.

⁴³⁸ Ово посебно на радним мјестима као што су банке, јавне установе и др. У Португалији судови су заузели став о видео надзору на специфичним мјестима рада. Тако, чињенице прикупљене помоћу видео надзора у казинима сматрају се прихватљивим доказима, без обзира на то да ли су камере биле регистроване или не. F. Hendrickx, *op. cit.*, стр.111.

⁴³⁹ *Estmond v. Canadian Pacific Railway*. P. Alon-Shenker, G. Davidov, *op. cit.*, стр.11.

⁴⁴⁰ *Ibid.*

узнати о увођењу надзора и о разлозима који га чине неопходним.⁴⁴¹ У том смислу, *транспарентност* представља конститутивни елемент дозвољеног видео надзора.⁴⁴² Пожељно је и да одлука о увођењу видео надзора буде донијета уз претходно прибављено *мишљење/сагласност* синдиката (савјета запослених, представника запослених). Ово из разлога што се увођењем видео надзора значајно модификују околности и услови у којима се посао обавља.⁴⁴³ Често се за увођење видео надзора захтијева и дозвола надлежног државног органа, чиме се повећава ниво заштите запослених.⁴⁴⁴ У сваком случају, послодавац мора осигурати да систем видео надзора буде заштићен од приступа неовлашћених лица и да се лични подаци из евиденције о видео надзору чувају у ограниченом временском периоду.⁴⁴⁵ Сасвим оправдано, могућност увођења видео надзора је искључена у погледу гардероба, лифтова, санитарних просторија, у просторијама предвиђеним за посјетиоце и др. У складу са тим је и пресуда Основног суда (а потом и Вишег суда) у Подгорици у корист ватрогасаца које је послодавац, по оцјени Суда, незаконито снимао у диспечерском центру, гардероби, просторијама за одмор и рекреацију и на тај начин повриједио њихово право личности.⁴⁴⁶

⁴⁴¹ Члан 36, став 5 Закона о заштити података о личности ("Сл. лист ЦГ", бр.79/08, 70/09, 44/12). У Норвешкој је свако постављање видео надзора на јавном или радном мјесту прије него што су са том чињеницом сви упознати противно закону и кажњиво. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.227.

⁴⁴² У Француској ниједан вид надзора, нити прикупљања података о запосленима не може бити уведен без претходног обавјештења запослених и њихових представника. Тако, у случају *Neocel*, Касациони суд Француске је осудио робну кућу (послодавца) која је инсталирала видео надзор без знања запослених (продавача), мада је циљ био легитиман - идентификација починиоца крађе. Оваква одлука базирана је на ставу да „лојалност мора управљати радним односом“. J.-E. Ray, J. Rojot, „Worker privacy in France“, стр.7.

⁴⁴³ Поставља се, међутим, питање да ли послодавац може увести видео надзор уз сагласност савјета запослених у ситуацији када се томе противи синдикат. Приликом давања одговора на ово питање не треба заборавити да је једна од карактеристика права на приватност то што мишљење већина не може пренебрекнути потребу појединца или мањине за заштитом овог права. У једном случају у Холандији, послодавац је увео видео надзор уз сагласност савјета сапослених али се синдикат успротивио оваквој пракси јер је постојао и одређени број радника који се противио увођењу овог надзора. Суд је утврдио да увођење надзора представља повреду приватне сфере радника и да га је послодавац дужан уклонити. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.121, 201.

⁴⁴⁴ У Шведској је добијање сагласности за увођење видео надзора на радном мјесту условљено изјавом синдиката о увођењу таквог надзора. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.248.

⁴⁴⁵ Према члану 37, став 3 Закона о заштити података о личности ("Сл. лист ЦГ", бр.79/08, 70/09, 44/12) овај период не може бити дужи од годину дана.

⁴⁴⁶ Ватрогасци су у тужби навели да су почетком 2009.године у диспечерском центру, у соби за одмор и рекреацију и у гардероби постављене камере, те да су дуже од три године били изложени незаконитом видео надзору. Навели су и то да су се због камера осјећали непријатно, да се нису

Посебно питање представља *тајни (скривени) видео надзор* на мјестима рада и његова евентуална допуштеност. Овакав видео надзор оправдан је у веома малом броју случајева и треба се тумачити као изузетак од правила.⁴⁴⁷ Аргументи који би оправдали тајни видео надзор (*суспензију начела транспарентности*) запослених морају бити чврсти и недвосмислени, будући да се овим путем у већој мјери нарушава приватност запослених, али и њихов морални интегритет и достојанство. Увођење тајног видео надзора обично се везује са постојање озбиљне сумње о преварним или другим недозвољеним радњама код послодавца и не може се уводити ради супервизије запослених.⁴⁴⁸ Тако, примјера ради, послодавац би могао, уколико је то неопходно за истрагу о несталим новцу или роби, користити тајни видео надзор, с обзиром на то да би упознавање запослених са увођењем видео надзора аутоматски осујетило истрагу. Савезни радни суд Њемачке још рестриктивније тумачи могућност увођења тајног видео надзора, истичући да није довољно да послодавац као аргумент за његово увођење наведе извршену крађу и губитак добара, већ је потребно да овакав надзор нема алтернативу.⁴⁴⁹ У сваком случају, тајни видео надзор мора бити ограничен по свом трајању, може се користити само као дио одговарајуће истраге и само док она траје, и не може бити коришћен на мјестима као што су тоалети и приватне просторије. Подаци до којих се на овај начин долази морају се чувати, користити и саопштавати у складу са

могли опустити и опуштено причати о проблемима након повратка са интервенција које су махом стресне, да су морали пазити како ће се један другогме обратити. Истакли су да се у гардероби пресвлаче, односно да ту облаче опрему за интервенцију, и да у тим приликама остају у доњем вешу, а што је, како су навели, “непријатно и пред колегама, а камоли када се то посматра и путем видео надзора”. Указали су и на чињеницу да су у близини и туш кабине, те да су прије и након туширања морали доћи до гардеробера, што је код њих, такође, изазивало осјећај непријатности јер су били снимани. Један од ватрогасаца нагласио је и да је једном новчано кажњен јер су шефови мислили да спава, а он је само био легао на кауч и гледао ТВ, али са позиције на којој се налази камера није се могло утврдити да ли је спавао или само лежао. Интересантно је да је Агенција за заштиту личних података 2012.године донијела рјешење којим се налаже уклањање камера из наведених просторија. Утврђено је да је видео надзор постављен противно Закону о заштити података о личности и да је постављањем камера у просторијама које нису радне ватрогасцима повријеђено право на приватност.

⁴⁴⁷ Тајни надзор дозвољен је само ако је то у сагласности са законима земље или ако постоји разумно увјерење о постојању криминалних активности или других озбиљних преступа. *Protection of worker's personal data*, An ILO code of practice, стр.4.

⁴⁴⁸ У Њемачкој је Савезни радни суд (*The Federal Labour Court*) заузео став да увођење тајног видео надзора у циљу надгледања запослених-продаваца представља недозвољен напада на права личности. F. Hendrickx, *op. cit.*, стр.111.

⁴⁴⁹ *Conditions of work digest, Workers' privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.183.

законом. Оно што остаје нејасно јесте да ли је услов дозвољеног тајног видео надзора и то да је послодавац сумњу о недозвољеним радњама на радном мјесту пријавио полицији.⁴⁵⁰ Овакво рјешење било би свакако у духу прописа који регулишу кривични поступак, а којима се ограничава могућност увођења тајног видео надзора и коришћења аудио и аудиовизуелних снимака као доказа у кривичном поступку.⁴⁵¹

3.2.2. Надзор над средствима комуникације

Захваљујући убрзаном развоју технологије, појам „средства комуникације“ (енг. *means of communications*) је широк и подложен промјенама, а, уопштено узевши, он подразумијева свако средство путем кога би се, директно или индиректно, могао остварити неки вид комуникације. Када се говори о радном мјесту, има се у виду прије свега телефонска комуникација, као и комуникација која се одвија путем електронске поште и посредством различитих апликација или друштвених мрежа (*месинџер, фејсбук, твитер* итд.). У том смислу, неизоставно се разматра и употреба интернета, будући да запослени путем интернета обавља одређени вид комуникације, односно врши размјену информација.

⁴⁵⁰ У Данској, према Закону о видео надзору (*Camera Sruveillance Act*) послодавац је у обавези да контактира полицију уколико сматра да је тајни видео надзор неопходан како би се потврдило озбиљно кршење радне дисциплине. Насупрот томе, холандски Врховни суд је заузео став да послодавац, који је искусио крађу на радном мјесту, може инсталирати камере и доказе, до којих на тај начин дође, користити на суду. F. Hendrickx, *op. cit.*, стр.110-112. У случају *R. V. Kathleen Taylor*, суд у Онтарију је заузео став да увођење видео надзора без знања запослених у јавној библиотеци која је била изложена вандализму, а на основу одлуке полиције не представља повреду канадске Повеље о правима и слободама. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.132.

⁴⁵¹ Да би се фотографије, аудио и аудиовизуелни снимци могли користити као доказ у кривичном поступку, потребно је да се испуне сљећи услови: да је утврђена њихова аутентичност; да је искључена могућност фотомонтаже или видео монтаже и других облика фалсификовања фотографија и снимака; и да су фотографија или снимак направљени уз изричиту или прећутну сагласност осумњиченог, односно окривљеног, кад се он или његов глас налазе на фотографији, односно снимку. Фотографије и снимци се могу користити као доказ у кривичном поступку и без сагласности осумњиченог или окривљеног, ако су настали као дио општих безбједносних мјера које се предузимају на јавним површинама, односно у просторијама у којима се снимање редовно обавља из безбједносних разлога. Мјере тајног надзора, у које спада и тајно праћење и видео и аудио снимање, могу се спроводити само на основу одлуке суда. Државе немају неограничено дискреционо право да грађане подвргну тајном надзору. За одређивање ових мјера потребно је да се испуне одређени услови, а одређује се и тзв. каталог кривичних дјела за која се ове мјере могу одредити. Д. Радуловић, *op. cit.*, стр.209-211.

Питање надзора над средствима комуникације је нешто сложеније од питања видео надзора. Ово из разлога што су интереси (на страни послодавца) који оправдавају надзор над средствима комуникације шире постављени, али и због тога што је утврђивање пропорције и околности у којима се овакав надзор сматра дозвољеним нешто теже. Штавише, надзор над средствима комуникације спада у једно од најкомплекснијих питања везаних за приватност запосленог на радном мјесту. Комплексност овог питања свакако је скопчана и са чињеницом да развој радног права није пратио развој технологије, њену употребу на радном мјесту и консеквенце које таква употреба носи са собом. Употреба информационих технологија на радном мјесту довела је до тензије између два засебна принципа: принципа неповриједивости приватног живота и приватне комуникације запосленог и принципа по коме послодавац има право на управљање приватном својином.⁴⁵² Додатан проблем представља и то што питање надзора над средствима комуникације у себи садржи и једно подпитање које га усложњава и које би се могло разматрати *per se*, независно од питања надзора. То је питање *намјенске употребе средстава (комуникације) за рад*, односно приватне (личне) употребе средстава за рад.

Разноликост случајева који се јављају у пракси отежава изналажење јасних и јединствених правила, али истовремено потврђује нужност теоријске и легислативне обраде надзора над употребом средстава комуникације на радном мјесту. На путу проналажења општих принципа којих би се послодавац морао придржавати у случају када намјерава да надзире комуникацију запослених не смије бити превише лутања, нити одустајања. Ово тим прије што уставни већине држава гарантују неповриједивост тајности писма, телефонског разговора и других средстава општења.⁴⁵³ Надзор над електронском поштом и пресријетање телефонских разговора сматра се супротним људским правима, будући да свако људско биће има право да слободно комуницира са другим, без знања трећих

⁴⁵² Н.-J. Reinhard, „Information technology and worker`s privacy: a comparative study: Part III: recurring questions of comparative law“, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, Winter 2002, стр.1.

⁴⁵³ Према члану 42, став 2 Устава Црне Горе („Сл. лист ЦГ“, бр.01/07) од ове забране се може одступити само на основу судске одлуке ако је то неопходо за вођење судског поступка или из разлога безбједности. Надзор над електронском поштом и пресријетање телефонских разговора сматрају се супротним људским правима, будући да свако људско биће треба да има сопствену сферу у оквиру које може слободно да комуницира.

лица.⁴⁵⁴ Добру полазну основу за разматрање ове проблематике чини став да „појам приватног живота укључује приватност комуникације која обухвата комуникацију поштом, телефоном, електронском поштом, као и друге видове комуникације, али укључује и информациону приватност под којом се, у првом реду, подразумејева употреба интернета“.⁴⁵⁵ Такође, значајано достигнуће у домену заштите приватног живота (и комуникације) запосленог представља становиште да „професионалне или пословне активности нису искључене из појма приватног живота,⁴⁵⁶ као и то да су „телефонски позиви из пословних просторија *prima facie* обухваћени појмом приватног живота и кореспонденције онако како их дефинише члан 8 ЕКЉП, а што се аналогно може примјенити и на електронску пошту која се шаље са посла, као и на информације до којих се долази надзором над личном употребом интернета на радном мјесту“.⁴⁵⁷

Постоје различити ставови о томе да ли запослени има право на приватну употребу средстава за рад (енг. *right to private access*). Сам по себи, уговор о раду не омогућава запосленом да средства за рад користи у приватне сврхе.⁴⁵⁸ *Послодавац, као власник средстава за рад који организује и контролише процес рада, има право да ограничи или забрани приватну употребу средстава за рад, будући да је њихова сврха извршавање рада.* Дисциплинска власт је оно што послодавцу даје овлашћење да одлучи да ли ће да толерише приватну употребу средстава за рад, да до одређене мјере ограничи њихову приватну употребу или да је у цјелости забрани.⁴⁵⁹ У пракси, послодавци веома често дозвољавају (толеришу) употребу телефона, електронске поште и интернета у приватне сврхе у ограниченом (незнатном) обиму. Под ограниченом или скромном употребом средстава за рад у приватне сврхе подразумејева се она употреба која запосленог не спријечава да обавља све своје радне задатке на дневној основи, као и она која не узрокује значајније трошкове на страни послодавца. Да ли ће се лична употреба средстава за рад сматрати претјераном или не зависи од околности конкретне

⁴⁵⁴ Н.-Ј. Reinhard, *op. cit.*, стр.2.

⁴⁵⁵ *Internet: case-law of the European Court of Human Rights*, Council of Europe/European Court of Human Rights, Research Divisions, 2011, стр.6.

⁴⁵⁶ *Niemietz v. Germany*, Judgment of 16 December 1992, no. 13710/88/01.

⁴⁵⁷ *Copland v. The United Kingdom*, Judgment of 3 April 2007, no.62617/00.

⁴⁵⁸ Н.-Ј. Reinhard, *op. cit.*, стр.6

⁴⁵⁹ *Ibid.*, стр.3.

случаја, а одлучујућа чињеница може бити *вријеме* које запослени потроши на приватну употребу средстава за рад, као и *врста посла* или *начин* на који се посао обавља.⁴⁶⁰ Примјера ради, у француском праву повремена употреба средстава за рад не представља оправдан разлог за отказ уговора о раду, и *vice versa*, очигледна злоупотреба и редовно коришћење средстава за рад у приватне сврхе конституишаће оправдан отказни разлог.⁴⁶¹

Дозвола за употребу средства за рад може произићи из политика и процедура донијетих код послодавца, а може бити и резултат устаљене праксе (обичаја) код послодаваца која се разумије као дозвола *per facta conculdentia*.⁴⁶² У случају када послодавац толерише приватну употребу телефона на мјестима рада, полази се од претпоставке да толеранција постоји и у односу на употребу интернета и електронске поште.⁴⁶³ Право на ограничену употребу средстава комуникације може да произиђе и из неких других околности као што су потреба да се избјегне друштвена изолација на послу или недостатак јавних говорница.⁴⁶⁴ Тако, није пожељно да послодавац уведе општу забрану личне употребе интернета на радном мјесту јер то није разумно и не кореспондира са значајем који интернет има за свакодневни живот запосленог.⁴⁶⁵ На другој страни, послодавац би требало да омогући запосленом употребу телефона у приватне сврхе у случају нужде или за вријеме паузе за рад. Међутим, запослени никако не може користити средства комуникације у комерцијалне сврхе, нити садржина конверзације смије бити пријетеће, расистичке, сексуалне или порнографске природе.⁴⁶⁶

⁴⁶⁰ *Ibid.*, стр.6.

⁴⁶¹ Дисциплинска санкција мора бити пропорционална обиму приватне употребе средстава за рад. На примјер, редовно коцкање запосленог путем интернета представља оправдан отказни разлог. Више о приватној употреби средстава за рад као отказном разлогу види у: С. Vigneau, „Information technology and workers’ privacy: a comparative study: Part II: nacional studies: information technology and workers’ privacy: the French law, стр.4-5.

⁴⁶² F. Hendrickx, *op. cit.*, стр.101.

⁴⁶³ Н.-J. Reinhard, *op. cit.*, стр.6.

⁴⁶⁴ F. Hendrickx, *op. cit.*, стр.101-102.

⁴⁶⁵ *Working document on the surveillance of electronic communications in the workplace*, стр.4.

⁴⁶⁶ У Холандији је још 1999.године највећа синдикална организација (FNV Bondgenoten) донијела Агенду о приватној употреби интернета и електронске поште. Она предвиђа да су запослени овлашћени да користе електронску пошту у намјери да приме и пошаљу поруке у некомерцијалне сврхе, под условом да се таква активност не коси са њиховим дневним радним обавезама. Није дозвољено слање порука које су сексуално, расистички и пријетећи оријентисане, нити је дозвољена посјета порнографских сајтова. Послодавац не треба да провјерава број послатих порука, адресе на које се шаљу, нити да улази у њихову садржину, или да региструје сајтове који се посјећују. Ово наравно не спријечава послодавца да обави одређене контроле онда када то захтијева оправдан

Телефонска комуникација је традиционално најзаступљенији облик комуникације на радном мјесту. Уопштено узевши, у свим правним системима постоји општа забрана пресријетања телефонске комуникације, а евентуално пресријетање се квалификује као кривично дјело.⁴⁶⁷ Није, међутим, лако утврдити у којој мјери се ове опште одредбе уставног и кривичног права могу пресликати на однос радника и послодавца. У неким земљама се кривичним прописима (фински Кривични законик, француски Кривични законик) изричито забрањује надзирање телефонских разговора које запослени обавља са радног мјеста због доминантног става о томе да послодавац не може имати она овлашћења у погледу надзора која нема јавна власти, осим у изузетним околностима.⁴⁶⁸ У другим се земљама, пак, прави разлика између надзора над телефонском комуникацијом запосленог који је тајан и оног који није, на начин што се само за овај први сматра да представља повреду права личности.⁴⁶⁹ Запослени, отуда, мора бити информисан (*начело транспарентности*) о томе да се његова телефонска комуникације на радном мјесту надзире. Овакав надзор типичан је за телефонске разговоре запослених оператера чији се посао састоји у пружању услуга клијентима путем телефона. У овом случају, постоји легитиман интерес послодавца да надзире телефонску комуникацију запосленог како би био у стању да изведе пословне статистике и провјери квалитет пружања услуга клијентима. Треба, међутим, имати на уму да надзор над телефонском комуникацијом запосленог, чак и онда када је уведен на крајње транспарентан начин, представља ризик за приватни живота запосленог.

интерес послодавца, али такву активност мора пријавити савјету запослених. F. Hendrickx, *op. cit.*, стр.102.

⁴⁶⁷ Кривични законик Италије, Шведске, Црне Горе, Србије и др. Према црногорском Кривичном закону („Сл. лист ЦГ“, бр.40/08, 25/10, 73/10, 32/11, 64/11, 40/13, 56/13) свако неовлашћено прислушкивање или снимање разговора, изјаве или каквог саопштења, казниће се новчаном казном или затвором до једне године.

⁴⁶⁸ Стручни панел Министарства за саобраћај и комуникације Финске, заузео је став да право запосленог на тајност телефонске комуникације постоји у току радног времена, и у погледу телефонске комуникације која се обавља са радног мјеста. Међутим, Панел је задржао неутралну позицију у погледу питања да ли запослени и послодавац могу преговарати о надзору телефонских позива. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.246.

⁴⁶⁹ Према Уставу Њемачке, послодавци који тајно прислушкују приватну телефонску комуникацију запослених уједно крше њихово право личности. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.182.

Изузетно је могуће надzirати телефонске разговоре, односно њихову садржину, и без претходног информисања запосленог, ако постоји оправдан пословни разлог на страни послодавца. Таквим, довољно добрим, разлогом могло би се сматрати постојање озбиљне сумње да је запослени открио повјерљиве информације конкурентном послодавцу, те да постоји опасност да то опет учини.⁴⁷⁰ Овакав надзор, међутим, мора бити ограничен по свом обиму и трајању. У неким системима се за надзирање телефонске комуникације и њених трошкова захтијева још и сагласност савјета запослених или посебна дозвола надлежног органа.⁴⁷¹ Оваква рјешења чине се најприхватљивијим, јер се њима ограничавају управљачка овлашћења послодавца у погледу одлука које могу довести до озбиљне повреде приватног живота запосленог.

Премда постоје различита схватања о могућности послодавца да надзира телефонску комуникацију запосленог, овај надзор, по правилу, не смије да обухвати *садржину приватне комуникације* коју запослени обавља путем телефона. Ово посебно у ситуацији када на страни запосленог постоји разумно очекивање приватности, будући да послодавац није претходно забранио личну употребу пословног телефона.⁴⁷² Независно од тога да ли се надзор над телефонском комуникацијом врши уз претходно информисање запосленог или не, и независно од тога да ли је дозвољена употреба телефона у приватне сврхе, послодавац је у обавези да *прекине надзор*, уколико оцијени да је у питању *приватни разговор запосленог*. Само на тај начин могуће је осигурати цјеловиту заштиту приватног живота запосленог, а у вези са конверзацијом коју путем телефона обавља са радног мјеста.

⁴⁷⁰ У случају *Briggs v. American Air Filter Co., Inc.*, суд је закључио да постоји оправдан пословни разлог за надзор телефонске комуникације запосленог онда када постоји озбиљна сумња да запослени одаје повјерљиве информације конкурентима, када су запослени претходно упозорени да то не чине, а постоји разлог због кога послодавац вјерује да ће такву праксу запослени наставити и има сазнање да запослени телефонира конкурентском послодавцу. *Conditions of work digest, Workers' privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.297-298.

⁴⁷¹ Сагласност за увођење надзора предвиђена је у праву Норвешке. Сагласност даје Инспекторат за податке (*Data Inspectorate*). *Ibid.*, стр.221.

⁴⁷² У случају *Halford v. The United Kingdom*, ЕСЉП је одлучио да праћење телефона запосленог на радном мјесту представља кршење члана 8 Конвенције. Ово из разлога што нису постојали докази да је г-ђа Халфорд на било који начин упозорена да позиви које обавља могу бити пресретнути, због чега је она разумно очекивала приватност у погледу разговора које обавља. *Working document on the surveillance of electronic communications in the workplace*, стр.8.

Надзор над садржином телефонске комуникације треба, дакле, разликовати од *надзора телефона* који не укључује надзор над садржином комуникације која се путем телефона одвија. Инсталирање и употреба средстава који омогућавају праћење конверзације која се одвија путем телефона погађа људско достојанство, и *vice versa*, инсталирање и употреба средстава којима се не надзире комуникација, већ се само евидентирају позиви (енг. *telephone-call accounting*), не погађа људско достојанство.⁴⁷³ Овлашћења послодавца су, отуда, знатно већа када је у питању увођење надзора над телефонима, будући да му за то није потребна сагласност савјета запослених, нити надлежног органа јавне власти. Посебно питање представља снимање и чување свих позива од стране послодавца. И онда када послодавац има легитиман интерес да надзире телефонску комуникацију запосленог, снимање и чување телефонских позива сматра се неразумним, будући да није нужно и да је у диспропорцији са правом запосленог на приватност.⁴⁷⁴

Надзор који се над запосленим врши помоћу рачунара (енг. *computer-based performance monitoring*), у првом реду, укључује надзор над комуникацијом која се одвија путем електронске поште и интернет апликација. Међутим, надзор који се над запосленим врши помоћу рачунара не своди се само на надзор над комуникацијом, с обзиром на то да послодавац, посредством рачунара, може да надзире и друге активности запосленог. Тако, послодавац може да инсталира одређене софтвере на рачунару запосленог који му омогућавају да прати начин на који запослени обавља пословне, али и друге активности на том рачунару. Један од најчешћих видова надзора над запосленим путем рачунара је евидентирање свих његових радњи на рачунару, захваљујући посебном софтверу који евидентира сваки притисак тастатуре (енг. *keystroke logging software*). Ту је и прикупљање података о сваком клику „миша“ (енг. *clickstream data*) које, такође, треба разликовати од прикупљања података о комуникацији запосленог путем рачунара

⁴⁷³ У аустријском праву се прави разлика између надзора телефонске комуникације (*telephone monitoring*) и надзора којим се прати само број и учесталост позива и сл. (*telephone –call accounting*). У првом случају, за увођење надзора потребна је сагласност савјета запослених, док у другом случају увођење надзора није предмет саодлучивања. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.109.

⁴⁷⁴ У једном случају у Канади у поступку арбитраже, арбитар је закључио да је послодавац снимајући и чувајући све долазне позиве учинио повреду приватности која је значајно несразмјерна било ком оствареном, или могућем бенефиту на страни послодавца. P. Alon-Shenker, G. Davidov, *op. cit.*, стр.14.

(енг. *transaction data*).⁴⁷⁵ Инсталирање оваквих софтвера послодавац обично правда забринутошћу због ниске продуктивности рада или сумњом у недозвољену приватну употребу рачунара. Међутим, у највећем броју случајева овакав надзор се не сматра неопходним, нити сразмјерним, будући да подразумијева прикупљање неограниченог броја података о запосленом и да послодавцу стоје на располагању друге методе помоћу којих може да утиче на продуктивност рада.⁴⁷⁶ Другим ријечима, употреба оваквих софтвера не представља најмање агресиван начин за прикупљање података о радним активностима запосленог, јер послодавац може једноставно испитати запосленог у вези његове ниске продуктивности или на други начин мјерити његове радне перформансе.⁴⁷⁷

Када је у питању надзор над *електронском поштом* и *употребом интернета* на радном мјесту, прва ствар коју ваља запазити је да, за разлику од надзора телефонске комуникације, не постоје законске или друге одредбе које би ово питање ближе дефинисале, због чега је судска пракса кључна у давању одговора на питање да ли и када послодавац има могућност надзора над комуникацијом која се одвија овим путем. Запажа се и то да се код одлучивања о овим питањима извјесна предност даје послодавчевим интересима који су у вези са ораганизацијом посла и продуктивношћу. *Електронска пошта*, као најзаступљенији вид комуникације на радном мјесту, доноси доста спорних питања у вези са њеном приватном употребом и надзором. Природа ове поште је таква да је запослени често доживљава као лично своју, и онда када је пословна, из разлога што је адреса електронске поште обично сачињена од имена и презимена запосленог и што овој адреси само запослени има приступ. На другој страни, живот у модерном друштву није могуће замислити без *приступа интернету*. Интернет је мјесто одакле савремени човјек (запослени) црпи све информације. Није, отуда, пожељно увести потпуну забрану приватне употребе интернета на радном мјесту.

Приватна употреба електронске поште и интернета на радном мјесту, и могућност надзирања такве употребе, представља једно од сложенијих питања у вези са заштитом приватног живота запосленог. Ово из разлога што је, у сваком

⁴⁷⁵ L. Evans, *op. cit.*, стр.1118.

⁴⁷⁶ P. Alon-Shenker, G. Davidov, *op. cit.*, стр.13.

⁴⁷⁷ *Ibid.*

конкретном случају, тешко оцијенити да ли је интерес послодавца да контролише процес рада и очува продуктивност и конкурентност довољно снажан да оправда ограничење једног тако важног права запосленог, као што је право на приватни живот. Будући да комуникација путем електронске поште и интернета улази у појам приватног живота, потребно је утврдити легитимне разлоге за њено надзирање, а да би то мило могуће, важно је направити разлику између ткз. *екстерног надзора* и *интерног* (садржинског) *надзора*. Тако, први подразумева праћење броја позива, трајања позива, број електронских пошиљки, њихову величину, промет интернет саобраћаја, и за разлику од другог, никако не укључује праћење садржине телефонске, електронске или интернет комуникације.⁴⁷⁸

За разлику од ставова на које се наилази у теорији радног права и кључним документима о заштити личних података/приватности појединца, а који се залажу за ограничену могућност надзирања комуникације запосленог (и одговарајућу примјену принципа легитимности, нужности, транспарентности и пропорционалности), у пракси су се до сада појавили различити приступи у регулисању ове материје. Уопштено узевши, могуће је препознати два различита приступа овом питању: први, *рестриктивнији* који поставља читав низ услова које послодавац мора да испуни уколико жели да надгледа комуникацију запосленог, и други, нешто *флексибилнији* у погледу ове послодавчеве могућности. И док је први приступ окренут заштити *приватности запосленог*, други више наглашава *послодавчеву власт* на радном мјесту.

Према првом приступу, послодавац може да надгледа комуникацију запосленог, уколико испуни неколико захтјева: а) на страни послодавца мора да постоји *легитиман* (оправдан) *разлог* за надзирање комуникације запосленог; б) запослени мора унапријед бити *упузнат* са могућим надзором и његовим обимом; в) послодавац не може да надгледа *садржину приватне комуникације* запосленог,

⁴⁷⁸ У водећем француском случају *Nikon* из 2001.године, Касациони суд (*Cour de cassation*) је констатовао да запослени има право на поштовање приватног живота на радном мјесту и у току радног времена. Ово конкретно подразумева тајност његове комуникације, односно да послодавац не може да надзире садржину електронске поште коју је запослени слао и примао путем рачунара који му је додјељен као средство за рад, а да притом не изврши повреду његових основних права и слобода. Овакав принцип треба примјенити чак и онда када је употреба рачунара у непрофесионалне сврхе била забрањена. С. Vigneau, „Information technology and workers’ privacy: a comparative study: Part II: nacional studies: information technology and workers’ privacy: The French law, стр.3.

независно од тога да ли је она, у конкретном случају, дозвољена или не; г) надзор не треба да буде *континуиран и сталан*; и д) надзор над комуникацијом треба да буде *нужан*, у смислу да се исти циљ не може постићи на неки други, мање наметљив начин.

У вези са првим захтјевом, могући *разлози* који оправдавају надзор над комуникацијом запосленог везани су за послодавчеву обавезу да обезбиједи сигурност имовине и лица на радном мјесту, као и за постојање озбиљне сумње о противправним или недозвољеним активностима запосленог. Међутим, према овом (рестриктивном) приступу, контрола одговарајуће употребе средстава за рад и процјена радних способности и учинака (евалуација рада) запосленог нису разлози који *аутоматски* оправдавају надзор над комуникацијом запосленог. Надзор над комуникацијом са позивањем на ове разлоге могао би се сматрати дозвољеним једино у случају када не постоји ниједан други начин да се контролише понашање запосленог или оцијени квалитет његовог рада. Ово из разлога што послодавац има на располагању различите механизме помоћу којих може да ограничи приватну или неадекватну употребу средстава комуникације, или да оцијени рад запосленог. Акцент, дакле, прије треба да буде на *превенцији*, него на *детекцији* злоупотребе.⁴⁷⁹ Тако, примјера ради, послодавац има могућност да системски ограничи приступ интернет адресама чија садржина није у вези са обављањем посла,⁴⁸⁰ да онемогући бирање одређених телефонских бројева, да постави мјесечне лимите телефонске потрошње, да ограничи дневни проток информација путем интернета, број послатих електронских порука итд. Исто тако, послодавац радну успјешност запосленог може мјерити на разне начине у зависности од врсте дјелатности, а првенствено кроз пословне евиденције и степен испуњености задатих циљева. И када је легитиман, надзор треба да буде уведен након што је послодавац *информисао* запосленог о овој својој намјери. У супротном, запослени разумно очекује приватност на радном мјесту. Разумно очекивање приватности нарочито постоји у погледу садржине комуникације.

⁴⁷⁹ *Working document on the surveillance of electronic communications in the workplace*, стр.4.

⁴⁸⁰ Путем сервера је веома лако увести упозорења која се аутоматски појављују и информишу запосленог да је систем детектовао неауторизовану употребу интернета. *Ibid.*, стр.5.

Према другом приступу (а за разлику од првог), надзор над комуникацијом запосленог не мора да буде *нужан* да би се сматрао дозвољеним. Довољно је да надзор за послодавца буде *користан* или *пожељан*, односно да погодује његовим пословним интересима. Другим ријечима, послодавац има право да врши надзор над комуникацијом запосленог и у циљу контроле да ли запослени средства за рад користи у пословне сврхе, односно да ли запослени радно вријеме користи за приватну комуникацију, или у циљу евалуације рада запосленог. Међутим, да би се разлози увођења надзора над комуникацијом запослених тумачили на овако флексибилан начин, потребно је да послодавац испоштује начело транспарентности у ширем смислу.

Према први приступ потпуније штити приватност запосленог, и према је дуго времена доминантно прожимао пресуде Европског суда за људска права, један новији случај (*Барбулеску против Румуније*) је пољуљао овакво увјерење и направио извјестан заокрет у начину на који се посматра могућност послодавца да надзире комуникацију запосленог. Ово из разлога што су се у овом случају Вијеће (2016) и Велико вијеће (2017) у својим пресудама водили различитом аргументацијом и што су презентовали два сасвим различита приступа у балансирању права запосленог на поштовање приватног живота, на једној и права послодавца да надгледа комуникацију запослених и, у складу са тим, користи своја дисциплинска овлашћења, а све у намјери да осигура несметано пословање, на другој страни.

У наведеном предмету, подносилац представке (запослени) је сматрао да је његова комуникација коју је послодавац надзирао имала приватни карактер, те да је таквим надзором повријеђено његово право на поштовање приватног живота, гарантовано чланом 8 Конвенције. Насупрот томе, Вијеће је у пресуди од 12. јануара 2016. године заузело став да је сасвим разумно да послодавац жели да контролише да ли запослени у цјелости обавља радне задатке током радног времена, те да, у том смислу, предметним надзором није повријеђено право запосленог на поштовање приватног живота. Овакав став махом се темељи на чињеници да запослени није могао очекивати приватност у погледу комуникације на радном мјесту, будући да је код послодавца постојала *општа забрана* личне употребе компјутера и других средстава за рад.

Мада је тачно да послодавац као власник средстава за рад има снажан интерес да контролише активности запосленог, укључујући и његову комуникацију, ипак се стиче утисак да се није посветила довољна пажња праву запосленог на приватност, као основном и неприкосновеном праву појединца, те да је оно стављено у други план. Ово из разлога што запослени није био унапријед информисан о могућем надзору комуникације и што је доведен у заблуду у вези са природом такве комуникације, будући да је сам креирао своју приступну шифру апликацији путем које је комуницирао, а посебно из разлога што је послодавац направио транскрипте његове комуникације и учинио их доступним његовим колегама који су је јавно дискутовали. На овај начин послодавац је дубоко зашао у саму *садржину приватне комуникације* запосленог која се, између осталог, односила и на његове проблеме сексуалне природе.⁴⁸¹

Запажа се и то да није направљена јасна разлика између неспорног *права послодавца да контролише процес рада и да санкционише*⁴⁸² *неодговарајуће понашање запосленог*, на једној, од *начина на који врши то своје право*, а који може бити такав да *вријеђа право запосленог на приватност*, на другој страни. У том смислу, могућа је ситуација у којој послодавац легитимно врши своје право надзора, али ипак крши приватност запосленог. Циљ би, отуда, требало бити вршење надзора над радом запосленог *на начин* којим се не залази у његову приватност, а посебно у садржину његове комуникације. С правом се, отуда, у издвојеном мишљењу које прати првобитну пресуду Суда, истиче да, у одсуству упозорења да ће комуникација бити надгледана, запослени разумно очекује приватност и да је морао бити упознат са сврхом, обимом, средствима и временом надзора,⁴⁸³ те да политика о употреби интернета на радном мјесту мора бити

⁴⁸¹ Поруке које је подносилац представке слао односе се на његове проблеме у вези са сексуалним здрављем и тичу се њега и његове вјеренице, а што је обухваћено појмом приватног живота и што захтијева највиши степен заштите према члану 8 Конвенције. Такође, послодавац је имао јасне индикације да дио комуникације насловљен „*Andre loves you*“ нема никакве везе са обављањем радних задатака. *Bărbulescu v. Romania*, Partly Dissenting Opinion of Judge Pinto De Albuquerque.

⁴⁸² Санкционисање због недозвољене или неодговарајуће употребе интернета треба да стартује са усменим упозорењем и да се постепено поштрава давањем писменог укора, изрицањем новчане казне, деградацијом, па тек за најтеже облике поновљеног преступа да се изрекне мјера престанка радног односа. *Bărbulescu v. Romania*, Partly Dissenting Opinion of Judge Pinto De Albuquerque.

⁴⁸³ У случају *Bărbulescu v. Romania* није било доказа да је послодавац упозорио запослене о томе да је инсталиран софтвер који евидентира комуникацију у стварном времену, а што укључује прављење транскрипти о садржини комуникације. *Bărbulescu v. Romania*, Partly Dissenting Opinion of Judge Pinto De Albuquerque.

базирана на принципима нужности и пропорционалности како би се избјегла ситуација да се лични подаци прикупљени о запосленом користе у циљу конторлисања његовог понашања у цјелости.⁴⁸⁴ Свако одсуство овакве политике на радном мјесту носи са собом опасност да ће послодавац злоупотребити своје право да надзире употребу интернета.⁴⁸⁵

Имајући у виду изложено, не чуди што је Велико вијеће у пресуди од 5. септембра 2017.године утврдило повреду права на поштовање приватног живота. Суд је искористио прилику да још једном снажно нагласи да је држава у позитивној обавези да заштити приватност запосленог, без обзира на то што је у конкретном случају она нарушена од стране послодавца, те да запослени ужива заштиту приватног живота и комуникације на радном мјесту и онда када је њихово ограничење, из неког разлога, неопходно. Неколико чињеница је одлучујуће утицало на овакав исход у предмету *Барбулеску* и то: запослени/подносилац представке није унапријед био упознат са природом и обимом активности које послодавац спроводи у циљу надзора комуникације запослених, нити о томе да постоји могућност да такав надзор обухвати садржину његове комуникације; подносилац представке је сам креирао налог на месинџеру и био је једина особа која зна пасворд; у току поступка надзора послодавац је снимао и складиштио како проток тако и садржину комуникације; домаћи судови нису утврдили посебан (легитимна) разлог који би оправдао спровођење тако строгог надзора, будући да су наведени разлози попут „*опасност од оштећења система информационе технологије*“ или „*спрјечавање илегалних активности и одавања пословне тајне*“ и сувише теоријски и да не представљају доказ о томе да је запослени својим активностима заиста изложио послодавца овим ризицима; домаћи судови нису утврдили ни то да ли је послодавац своје интересе могао задовољити на други начин који би био мање агресиван и који не би подразумијевао увид у садржину комуникације; нису узете у обзир ни озбиљне посљедице спроведеног надзора и дисциплинског кажњавања.⁴⁸⁶

⁴⁸⁴ *Ibid.*

⁴⁸⁵ *Ibid.*

⁴⁸⁶ *Bărbulescu v. Romania*, Judgment of 5 September 2017, no. 61496/08.

Мада неки аутори с правом примјећују да је аргументација у случају *Барбулеску* сасвим другачија у односу на неке раније случајеве прије свега у погледу обавјештености запослених о томе да се средства за рад користе искључиво у пословне сврхе,⁴⁸⁷ опасно је олако прихватити став по коме је послодавац безусловно овлашћен да наруши приватност запосленог (зађе у садржину приватне комуникације) увијек када је претходно обавјестио запослене о *забрани коришћења средстава за рад у приватне сврхе*. Ово тим прије што се *начело транспарентности* не исцрпљује информисањем запослених о забрани коришћења средстава за рад у приватне сврхе, већ треба да укључи и претходно упозорење запосленог о могућем надзору, његовој природи, трајању и обиму.

За разлику од европске, америчка судска пракса показује да судови често оклијевају да заштите право запосленог на приватност када је у питању њихова комуникација на радном мјесту, чиме се радије приклањају послодавчевим интересима, него интересу запосленог да заштити своју приватност.⁴⁸⁸

Имајући у виду сву сложеност питања надзора над комуникацијом запосленог и различите приступе у његовом регулисању, потребно је, више него код било ког другог питања заштите приватности, учврстити одређене ставове и принципе који би се поштовали без обзира на разноликост свих ситуација које се јављају у пракси. Ови ставови и принципи не смију занемарити чињеницу да послодавац као власник средстава за рад и као страна која у радном односу сноси сав ризик посла мора имати могућност да уређује односе на радом мјесту и контролише намјенску употребу средстава за рад. На другој страни, ти исти ставови и принципи морају уважити приватност запосленог и заштити његово достојанство, посебно у погледу садржине његове приватне комуникације. У супротном, постоји опасност да

⁴⁸⁷ Ј. Даниловић, „Право на приватност запослених“, *op. cit.*, стр.175-176.

⁴⁸⁸ У случају *Smyth v. Pillsbury Co.*, послодавац је отпустио запосленог због слања неодговарајућих и непрофесионалних порука путем пословне електронске поште, мада је претходно обавјестио запосленог да је његова пошта повјерљива. Суд међутим, није сматрао да пресретање поште представља претјерано залажење у приватност, будући да је послодавац имао интерес да запослене одврати од такве употребе електронске поште. У случају *Garrity v. John Hancock Mutual Life Insurance Co.*, послодавац је отпустио три запослена због примања и прослијеђивања електронске поште са сексуалном конотацијом. Запослени су сматрали да им је нарушена приватност из разлога што су вјеровали да је комуникација коју на овај начин обављају приватна, будући да сами креирају приватне фолдере са пасвордима. И у овом случају суд је сматрао да је у питању неразумно очекивање приватности на страни запослених, те да послодавац има легитимно право да прегледа садржину електронске поште како би заштитио друге запослене од узнемиравања. L. Evans, *op. cit.*, стр.1121-1122.

запослени заувјек изгуби приватност на радном мјесту. Да се то не би десило, послодавац се треба придржавати одређених ставова и принципа.

Тако, *послодавац треба да запосленима омогући одређену (скромну) приватну употребу средстава комуникације*. Приступ интернету данас се доживљава као основно људско право.⁴⁸⁹ Бланко забрана личне употребе интернета на радном мјесту сматра се непрактичном и нереалном.⁴⁹⁰ *Послодавац, затим, треба да својим унутрашњим политикама дефинише могућност и обим приватне употребе средстава комуникације, као и посљедице њихове евентуалне прекомјерне личне употребе, а у случају да оваква употреба није дозвољена то, такође, мора бити недвосмислено уређено.*⁴⁹¹ У интересу је послодавца да ове политике буду прецизне и јасне јер се на основу онога што је у њима дефинисано доноси одлука о томе да ли је, у конкретном случају, послодавац повриједио право запосленог на приватност, односно да ли је запослени могао разумно очекивати приватност на радном мјесту у погледу своје комуникације. Пожељно је и то да сваки запослени појединачно буде упознат са постојањем једне овакве политике.⁴⁹² Премда се у први мах чинило непотребним, пресуда у случају *Барбулеску* из 2017.године недвосмислено потврђује и то да је послодавац у обавези да информише запослене унапријед о планираном надзору, његовом трајању, обиму, сврси, а за шта се залажу и документи који се баве заштитом приватности запосленог.⁴⁹³

⁴⁸⁹ *Ibid.*

⁴⁹⁰ *Working document on the surveillance of electronic communications in the workplace*, стр.24.

⁴⁹¹ Како би се послодавац заштитио од потенцијалне тужбе запосленог, политике у погледу употребе електронске поште и интернета, могу да укључе следеће ставке: компјутерски систем је искључиво власништво послодавца и може се користити једино у пословне сврхе; послодавац задржава право да надзире употребу ових система из било ког разлога; поруке које су непристојне, погрдне или на други начин неприкладне или нису повезане са послом су забрањене; кршење ове политике повлачи са собом дисциплинску одговорност, укључујући и могућност изрицања отказа; поједине електронске пошиљке брисањем се не уклањају у потпуности из система; запослени на сопствени ризик користе електронску пошту у приватне сврхе. В. Barsook, Т. Roemer, „Workplace e-mail raises privacy issues“, *American City & County*, September 1998, стр.10.

⁴⁹² Постојање интерне политике којом послодавац изричито забрањује приватну употребу средстава за рад суштински разликује случај *Copland v. The United Kingdom* од случаја *Bărbulescu v. Romania*.

⁴⁹³ Када се запослени надзире, он треба унапријед да буде информисан о разлозима, распореду, методама и техникама надзора, и о подацима који ће се на тај начин прикупити. *Protection of worker's personal data*, An ILO code of practice, стр.4. Прије него што се мјере надзора примјене на радном мјесту послодавац мора, између осталог, поставити питање да ли је активност надгледања транспарентна у односу на запослене. *Working document on the surveillance of electronic communications in the workplace*, стр.4.

Учешће савјета запослених или другог репрезентативног тијела у креирању политика које се баве надзором запослених представљало би само квалитет више.⁴⁹⁴

Послодавац, такође, треба да дјелује превентивно, а не репресивно када је у питању надзор комуникације запослених. Данас постоје бројни начини да послодавац превентивно дјелује и унапријед спријечи, или умањи могућност приватне употребе средстава комуникације и њихове злоупотребе, те на тај начин избјегне надзор комуникације на радном мјесту. Сматра се да је у интересу послодавца да, путем одређених техничких средстава, превентивно дјелује на злоупотребе интернета, умјесто да своје ресурсе троши на откривање оваквих злоупотреба.⁴⁹⁵

Исто тако, *послодавац треба, по сваку цијену, да избјегне тзв. интерни надзор над комуникацијом запосленог, и да се уздржава од залажења у садржину његове приватне комуникације.* Надзор над средствима комуникације, сам по себи, не значи повреду приватности запосленог, али залажење у садржину приватне комуникације увијек са собом носи повреду овог права. Чак и онда када је запослени био унапријед упознат са надзором, надзор његове приватне комуникације конституисаће повреду права на приватност, осим уколико се, према околностима случаја, утврди да се такво нешто није могло избјећи, односно да је било нужно. Ово посљедње обично се везује за сумњу у одређене криминалне активности запосленог.

Послодавац, даље, не треба да врши надзор над комуникацијом запосленог у већој мјери него што је то неопходно ради заштите његових пословних интереса. Питање сразмјере има за циљ да осигура да послодавац право на надзор не злоупотреби у циљу контроле комплетног понашања запосленог. Међутим, одређивање сразмјере у пракси је врло сложено и, мада се све више примат даје *транспарентности* (писаним процедурама), у односу на *сразмјеру*, аргументација Великог вијећа у предмету *Барбулеску* указује на то да се питање сразмјере не смије занемарити .

На карају, *послодавац треба да има оправдан интерес за надзор над комуникацијом запосленог, при чему се захтијева само релевантност, али не и*

⁴⁹⁴ Н.-Ј. Reinhard., *op. cit.*, стр.3.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, стр.24.

нужност. У савременој пракси радног права, довољно је да послодавац има интерес да надгледа комуникацију запосленог, није неопходно да такав надзор буде нужен за одвијање процеса рада. Ово произилази из чињенице да послодавац посједује власт на радном мјесту. У том смислу се и не поставља питање легитимности надзора, већ само мјере до које се он може спроводити.⁴⁹⁶

Важно је напоменути и то да надгледање запослених чак и када је оправдано, односно када задовољава горе наведене услове, не смије бити вршено на начин који би довео до посредне или непосредне дискриминације одређене категорије запослених. Тако, уколико би се десило да огромну већину запослених који се надгледају чине (примјера ради) жене, могло би се поставити питање постојања *de facto* дискриминације усљед раличитог третмана ове групе запослених.⁴⁹⁷ У питању је посредан облик дискриминације у погледу услова рада.

3.2.3. *Остали видови надзора*

Премда видео надзор и надзор над комуникацијом запосленог спадају у најчешће видове надзора на радном мјесту, послодавац може и на друге бројне начине и различитим средствима вршити мониторинг над запосленим. Тако, примјера ради, у неким болницама медицинско особље је обавезно да носи компјутере који мјере вријеме проведено са пацијентима, па самим тим и ефикасност особља на раду.⁴⁹⁸ Исто тако, такси диспечерима се мјери вријеме сваког позива и посебним сигнаlima се упозоравају да треба брже да раде, док компаније које се баве доставом користе компјутере како би евидентирали учесталост и дужину одлазака у тоалет сваког од достављача.⁴⁹⁹

Један од чешћих начина на који послодавац врши надзор над запосленим је праћење његовог кретање путем *GPS* система. Ово се посебно односи на запослене који свој посао извршавају ван просторија послодавца (на терену), и који у ту сврху користе службени аутомобил. Послодавац, захваљујући *GPS* опреми, може

⁴⁹⁶ С. Vigneau, „Information technology and workers’ privacy: a comparative study: Part II: nacional studies: information technology and workers’ privacy: the French law“, стр.3.

⁴⁹⁷ *Conditions of work digest, Workers’ privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.51.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, стр.15.

⁴⁹⁹ *Ibid.*

пратити кретање запосленог, пређена растојања и добити друге информације о његовим навикама. Баш као и остали, овај вид надзора носи са собом опасност од прекомјерног залажења у приватност запосленог, с тим да је мање „агресиван“ у односу на видео надзор. Захваљујући томе, шире су постављени разлози који га оправдавају. Тако, оправдани разлози за увођење *GPS* праћења не морају се нужно везивати за заштиту здравља и безбједности на раду или заштиту имовине послодавца, већ то могу бити и разлози везани за намјенску употребу средстава рада и начин извршавања рада. Подразумијева се да, и код овог надзора, транспарентност и пропорционалност чине важне елементе негове оправданости, а захтијева се и то да надзор није било могуће спровести на неки други, мање агресиван, начин.

Послодавац може да надгледа и живу (директну) комуникацију запослених на радном мјесту. Постоје различити уређаји којима се може снимати оваква конверзација, али њихова употреба не смије бити прикривена, и у највећем броју случајева није оправдана.⁵⁰⁰

3.2.4. Претрес запосленог и његовог радног мјеста

Ма како се изводио, претрес увијек представља пријетњу за приватни живот појединца. Отуда, кривични закони махом забрањују претрес лица, њихових ствари и дома, осим када се такав претрес врши као дио законом прописаног кривичног поступка. Заштиту од неоправданог претреса појединац ужива и на основу уставних одредаба којима се штите достојанство и сигурност човјека, неповриједивост његовог психичког и физичког интегритета, његове приватности и личних права. Нису, међутим, ријетке ситуације у којима послодавац сматра да постоји потреба да претресе запосленог или његово радно мјесто, што отвара питање заштите приватности запосленог у том поступку. Појам претреса, у

⁵⁰⁰ У случају *Hirosawa Jidosha-Gakko*, у коме је послодавац поставио уређај за снимање разговора у колима у којима се одржавају часови вожње, како би провјерио квалитет часова које држи запослени инструктор, суд у Јапану је заузео став да скривена употреба оваквих средстава представља кршење личних права, не само запосленог, већ и клијента који похађа часове, те да уколико је надзор био заиста неопходан, требао је да се обави након претходних консултација са запосленим. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.195.

контексту заштите приватног живота запосленог, укључује: физички претрес запосленог, претрес његовог возила, претрес личних ствари и претрес канцеларије, стола или ормарића.⁵⁰¹ У упоредном праву, питање претреса нерјетко је предмет саодлучивања или колективног преговарања, као и интерних политика донијетих код послодавца.

Могућност послодавца да претресе запосленог или његово радно мјесто у великој мјери зависи од *околности* у којима се претрес спроводи, *сврхе* са којом се спроводи, *ограничења* која му се постављају, *сагласности* запосленог и *утемељености* у транспарентним политикама послодавца.⁵⁰² У сваком случају, претрес запосленог и његовог радног мјеста треба да буде *фер* и *разуман*, и не смије бити вршен на дискриминаторски, понижавајући, произвољан или каприциозан начин. Уопштено узевши, право послодавца на претрес обично се везује за озбиљну сумњу да је почињено кривично дјело или да запослени својим понашањем доводи у опасност живот и здравље људи, односно безбједност имовине.⁵⁰³ У овим ситуацијама претрес се сматра *разумним*. Из других разлога, међутим, претрес се може вршити само уз сагласност запосленог, или онда када је овакав претрес запослени могао, према околностима случаја, разумно очекивати. У супротном, сматра се да праву запосленог на приватост треба дати предност у односу на право послодавца да врши претрес.⁵⁰⁴ Право послодавца да спроведе претрес зависи и од тога да ли је у питању претрес запосленог (физички претрес) или претрес његовог радног мјеста.

Физички претрес мора се оправдати озбиљним разлогом, будући да представља најозбиљнији напад на приватност запосленог.⁵⁰⁵ Ову врсту претреса могуће је вршити искључиво уз сагласност запосленог, онда када постоје озбиљни

⁵⁰¹ Послодавац, по правилу, нема право да претресе приватни аутомобил запосленог јер он апсолутно спада у домен приватног живота. У складу са тим је Окружни суд Хирошима, у случају *Geiyo Bus*, донио одлуку којом се поништава отказ уговора о раду који је мотивисан одбијањем запосленог да дозволи претрес његових кола. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.196.

⁵⁰² *Ibid.*, стр.64.

⁵⁰³ Примјера ради, претрес се спроводи када се жели спријечити уношење запаљивих материја у опасно окружење, или када се жели спријечити уношење алкохола и дрога на радно мјесто. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.273.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, стр.133.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, стр.309.

разлози који га оправдавају, с тим да запослени ни у ком случају није у обавези да овакву сагласност пружи. Ово из разлога што претрес у овом случају директно погађа не само психички интегритет и достојанство појединца, већ и његов физички интегритет. Могуће је вршити и претрес личних ствари (торбе) запосленог када постоји сумња да је исти починио крађу. Овакав претрес врши се искључиво уз сагласност запосленог, уз што краће задржавање његових ствари, при чему се запосленом омогућава да на мјесто претреса доведе и независног свједока.⁵⁰⁶ У принципу, одбијање физичког претреса од стране запосленог не представља оправдан отказни разлог, осим у случају када је претрес унапријед предвиђен интерним актима послодавца или када се ради о посебним околностима.⁵⁰⁷

Међутим, када је у питању *претрес радног мјеста* ситуација је другачија јер послодавац има нешто шира овлашћења, укључујући и могућност вршења претреса у сврху прикупљања доказа за вођење дисциплинског поступка. Претрес радног мјеста од стране послодавца се другачије посматра од полицијског претреса, из разлога што је радно мјесто у основи у власништву послодавца и што он за њега одговара. За давање одговора на питање да ли послодавац може претражити радно мјесто запосленог, од кључне је важности утврдити да ли постоји *разумно очекивање приватности* на страни запосленог, а што зависи од најразличитијих околности као што су могућност уласка у канцеларију, односно проходност радног мјеста, као и од тога да ли запослени чува личне ствари на радном мјесту, те да ли постоји политика код послодавца која регулише питање претреса.⁵⁰⁸

У намјери да утврди да ли претрес радног мјеста представља повреду права на поштовање приватног живота, Европски суд за људска права је у низу случајева примјенио *тест очекиване приватности* на страни запосленог. Посебно важно мјесто, међутим, заузима случај *Пив против Бугарске*, будући да подносилац

⁵⁰⁶ *Ibid.*, стр.94.

⁵⁰⁷ Врховни суд Шпаније у случају из 1987.године није поништио отказ уговора о раду због одбијања претреса, усљед специфичних околности случаја. Запослени у казину је одбио да на захтјев надређеног отвори коверту која му је била достављена на радном мјесту. И поред одбијања, коверта је отворена и откривено је да садржи кокаин. Суд је, такође, сматрао да је запослени прекршио уговорну обавезу поступања у доброј вјери, те да такво кршење представља озбиљан преступ, будући да је својим поступањем компромитовао добру репутацију казина и могао довести послодавца у ситуацију да кривично одговара. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.240.

⁵⁰⁸ P. R. Smith, A. C. Hodged, S. J. Stabile, R.Gely, *op. cit.*, стр.97.

представке није носилац слободне професије, већ јавни службеник и да се његова канцеларија налази у склопу просторија јавног ауторитета (тужилштва).⁵⁰⁹ У овом предмету, Суд је дошао до закључка да је подносилац представке разумно очекивао приватност, ако не у погледу цијеле канцеларије, онда бар у погледу радног стола и ормарића, с обзиром на то да је у њима чувао велики број личних ствари, те да у том моменту није постојала политика или друга регулатива која би одвраћала запослене од чувања личних ствари на радном мјесту, и која би очекивање приватности на страни запосленог учинила неразумним. Чињеница да је подносилац представке јавни службеник и да се његова канцеларија налази у власништву државе није, сама по себи, довољна за супротан закључак. Ово тим прије што подносилац представке није био тужилац, већ стручно лице запослено од стране тужилаштва.

Запослени, међутим, не може очекивати приватност на радном мјесту онда када је могућност претреса предвиђена адекватном политиком послодавца или споразумом закљученим са представницима запослених.⁵¹⁰ Очекивање приватности може да зависи и од околности конкретног случаја. Тако, претрес ормарића који је послодавац извршио без налога, у намјери да открије кршење правила о неконзумирању алкохола и дрога на радном мјесту, не представља повреду разумно очекиване приватности на страни запослених, будући да послодавац има оправдан интерес да запослени остану тријезни током радног времена, и да је та чињеница важнија од очекивања приватности запосленог у погледу његовог ормарића.⁵¹¹

У америчком праву се заштита запосленог од претреса на радом мјесту различито доживљава у јавном и приватном сектору, будући да запослени у јавном сектору могу очекивати одређени степен заштите, за разлику од запослених у

⁵⁰⁹ У радном столу и ормарићу подносиоца представке налазили су се љекови, компакт диск са приватним подацима, биљешке, дипломе, личне фотографије, књиге и лична документа, укључујући медицинску документацију. Приликом претреса пронађене су и одузете двије драфт верзије писма оставке. *Peev v. Bulgaria*, Judgment of 26 July 2007, no.64209/01.

⁵¹⁰ Примјера ради, Колективни уговор закључен између *Uniroyal Tire Co. i United Kubber Workers*, предвиђа да када послодавац жели да претражи ормарић запосленог због сумње у недозвољене радње (крађа, посједовање алкохола, дрога или ватреног оружја), он треба да омогући запосленом да присуствује таквом претресу и да претходно о претресу обавијести предсједника синдиката. *Conditions of work digest, Workers` privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.342.

⁵¹¹ *Ibid.*, стр.312.

приватном сектору. У једном од водећих случајева у јавном сектору, који се односио на претрес канцеларије јавног службеника у циљу прикупљања података за вођење дисциплинског поступка, заузет је став да, чак и када постоји разумно очекивање приватности на страни запосленог, оно мора бити балансирано са послодавчевом потребом да осигура функционисање радног мјеста, и да једини захтјев који послодавац треба да испуни у погледу претреса, јесте да води рачуна да буде разуман у погледу трајања и обима.⁵¹² У приватном сектору, пак, не примјењује се уставно ограничење могућности претреса на радном мјесту, па је и могућност послодавца да претресе радно мјесто запосленог широко постављена, а само изузетно могуће је очекивати заштиту у овом погледу.⁵¹³

3.3. Медицинско тестирање запосленог

3.3.1. Општа разматрања

Медицинским тестирањем долази се до података о здравственом стању појединца који представљају дио његове интиме и који, као нарочито осјетљиви, уживају посебну заштиту. Сам појам медицинског тестирања треба схватити широко, тако да оно подразумијева све врсте тестова којима се долази до података о здравственом стању (енг. *data concerning health*). Оно укључује и специфичне форме медицинског тестирања као што су тестирање на ХИВ, на присуство алкохола, дрога и других опојних средстава, затим генетско испитивање и генетски скрининг, али и тестирање менталног стања.

Кроз вријеме, појам медицинског тестирања запосленог се мијењао. У прошлости оно је представљало полазну основу сваког програма за заштиту здравља и безбједности на радном мјесту, да би касније било резервисано само за одређене категорије радника и за одређене професије које прати нарочита опасност.⁵¹⁴ Директива 95/46/ЕЗ предвиђа обавезу држава чланица да, *inter alia*, забране обраду

⁵¹² *O' Connor v. Ortega*. P. R. Smith, A. C. Hodged, S. J. Stabile, R.Gely, *op. cit.*, стр.97.

⁵¹³ У случају *K-Mart Corp. v. Trotti*, суд је заузео став да је запослена разумно очекивала приватност у погледу свог ормарића, будући да је о сопственом трошку обезбиједила и инсталирала браву на њему, а са чиме је послодавац био упознат. P. R. Smith, A. C. Hodged, S. J. Stabile, R.Gely, *op. cit.*, стр.101.

⁵¹⁴ *Technical and ethical guidelines for worker's health surveillance*, Occupational Safety and Health Series, No.72, International Labour Office, Geneva, 1998, стр.1.

личних података у вези за здрављем појединца, па, у том смислу, и медицинско тестирање запослених подлијеже строгим правилима и ограничењима. Директива предвиђа и изузетке од овог општег правила, а најзначајнији, у контексту радног права, су они који се тичу изричите сагласности за обраду података и извршавања обавеза у области запошљавања, у оној мјери у којој је то допуштено националним законодавством које обезбјеђује одговарајућу заштиту. За медицинско тестирање запосленог извјестан значај има и то што Директива предвиђа да се забрана обраде посебних личних података не примјењује онда када је она потребна у сврхе превентивне медицине, медицинске дијагнозе, здравствене његе или лијечења, или управљања здравственим установама, када те податке обрађује здравствени радник који на темељу националног законодавства или правила надлежних тијела подлијеже обавези чувања професионалне тајне, или друга особа која подлијеже истој обавези чувања тајне. У погледу начина на који се организује медицинско тестирање запослених, у земљама чланицама ЕУ могуће је наићи на два модела: онај у коме се медицинско испитивање спроводи од стране овлашћених (јавних) здравствених установа и служби, и онај у коме медицинско испитивање запослених обављају здравствене службе организоване код послодавца, или од стране стручног лица, односно љекара ангажованог код послодавца.

Неспорно је да се медицинско тестирање може вршити онда када постоји изричита *сагласност* запосленог, као и то да се тестирање увијек врши од стране стручних лица. У одсуству изричите сагласности запосленог потребно је дефинисати нешто више услова под којима се медицинско тестирање може спровести. Уопштено узевши, постоје четири групе разлога које могу оправдати медицинско испитивање запосленог, с тим да оно ни тада не смије бити прекомјерно (не може залазити у приватност запосленог више него што је то неопходно), нити се може спроводити супротно принципу једнаког третмана.⁵¹⁵ *Први случај* у коме се медицинско тестирање сматра оправданим је онај када запослени обавља високо ризичне послове, односно послове чијим извршавањем може да угрози безбједност трећих лица. Како се не би десило да здравствени

⁵¹⁵ Подаци о здравственом стању запосленог могу се прикупљати када је то неопходно за утврђивање његове способности за рад на одређеном радном мјесту, или ради извршавања обавеза у вези са заштитом здравља и безбједности на раду, и када је то потребно ради остваривања права на социјалне бенефиције. *Protection of worker's personal data*, ILO code of practice, стр.3.

проблеми утичу на начин на који запослени обавља радне задатке, а самим тим и на безбједност трећих лица, обично се код ових послова предвиђа законска обавеза медицинског тестирања запосленог. У ситуацији када је потреба медицинског тестирања прописана законом (као што је, примјера ради, случај са пилотима), и када оно представља услов добијања или продужавања дозволе за рад, за његово спровођење се не тражи сагласност запосленог.⁵¹⁶

У другом случају, могућност медицинског тестирања на радном мјесту везује се за општу обавезу послодавца да обезбиједи здраво и безбједно радно окружење, односно да заштити запослене од професионалних обољења и повреда на раду. Циљ оваквог медицинског тестирања је превенција, односно спрјечавање погоршања здравственог стања радника. Да би овај циљ остварио, послодавац најприје мора донијети акт о процјени ризика за сва радна мјеста којим се, између осталог, дефинишу радна мјеста са повећаним ризиком и здравствени захтјеви у вези са њиховим обављањем. Послодавац је дужан да упути на здравствени преглед лице које планира да распореди на радно мјесто са повећаним ризиком (са посебним условима рад), а након ступања на рад, на такве прегледе, дужан га је упућивати периодично⁵¹⁷ како би се на вријеме утврдили први утицаји таквог посла на његово здравствено стање.⁵¹⁸ Међутим, обим и врста ових прегледа, као једне врсте медицинског испитивања, морају да одговарају природи опасности која пријети запосленом.⁵¹⁹

Медицинско испитивање запосленог врши овлашћена здравствена установа или професионална здравствена служба организована код послодавца која је одговорна за здравствено стање запосленог, и која утврђује радникову способност

⁵¹⁶ F. Hendrickx, *op. cit.*, стр.46-47.

⁵¹⁷ Према Закону о заштити и здрављу на раду („Сл. лист ЦГ“, бр.82/2005), послодавац је дужан запосленог који обавља послове радног мјеста са повећаним ризиком упутити на здравствени преглед најмање једном у периоду од три године. Ако се у поступку здравственог прегледа утврди да запослени не испуњава посебне здравствене услове за обављање послова на радном мјесту са посебним условима рада, послодавац је дужан да га распореди на друго радно мјесто које одговара његовим здравственим способностима, у складу са актом о систематизацији радних мјеста.

⁵¹⁸ Могуће је користити опште прихватљиве методе биолошког надзора над здрављем радника када је то потребно ради раног откривања ефеката које на његово здравље има изложеност посебним опасностима на раду и ради идентификације радника које треба подвргнути детаљнијем медицинском испитивању, а све на основу њихове сагласности. Препорука Међународне организације рада о службама за заштиту на раду број 171 (*Occupational Health Services Recommendation, 1985*).

⁵¹⁹ *Technical and ethical guidelines for worker`s health surveillance*, стр.5.

за рад на радном мјесту са посебним ризиком.⁵²⁰ Обавеза послодавца да осигура одређени стандард заштите и здравља на раду може, дакле, бити оправдање за извјесно медицинско тестирање запосленог, али се мора водити рачуна о дужности узајамног поштовања које запослени и послодавац дугују један другоме, у складу са уговором о раду.⁵²¹ Медицинско тестирање могуће је вршити и у случају дужег одсуства са рада из здравствених разлога, али и на захтјев самог запосленог (када запослени жели да промијени посао из здравствених разлога).⁵²²

Трећа ситуација у којој је могуће захтијевати од запосленог медицинско тестирање постоји онда када он не обавља послове радног мјеста на задовољавајући начин и када је извјесно да је то посљедица обољења.⁵²³ *Четврти случај* медицинског тестирања везује се за утврђивање опште способности за рад. Интересантно је да је у француском праву запослени обавезан да се подвргне медицинском испитивању без обзира на врсту посла коју обавља, а љекар код послодавца је овлашћен да спроведе сва испитивања која сматра неопходним ради утврђивања подобности радника за рад на одређеном радном мјесту (укључујући тестирање на алкохол, дроге, ХИВ и генетско тестирање).⁵²⁴

У свим наведеним случајевима медицинског тестирања, љекара који спроводи тестирање обавезује професионална тајна и он једино може прослиједити послодавцу потврду о томе да ли је одређено лице способно или неспособно за рад.⁵²⁵ Медицински радник нема право да износи податке о врсти тестова који су спроведени, нити о врсти дијагнозе која је евентуално установљена, а послодавац не може имати приступ медицинском досијеу запосленог. Подаци до којих се долази медицинским тестирањем запосленог уживају посебну заштиту и мора се обезбиједити њихова сигурност и повјерљивост. Подаци о здравственом стању

⁵²⁰ У Белгији оваква медицинска испитивања спроводи компанијски љекар који је запослен од стране послодавца и који је задужен да води рачуна о здравственом стању радника. F. Hendrickx, *op. cit.*, стр.54.

⁵²¹ Обавеза узајамног поштовања између послодавца и запосленог изричито је предвиђена законом у Белгији (*Act on Public Employment*) и она подразумијева да тестирање запослених мора бити праћено оправданим интересом послодавца, тако да се спроводи само када је то потребно за заштиту здравља и безбједности на раду. *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.172-173.

⁵²² *Technical and ethical guidelines for worker`s health surveillance*, стр.6.

⁵²³ Овакву могућност предвиђа Закон о јавним службеницима Шведске (*Act on Public Employment*). *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.284.

⁵²⁴ *Ibid.*, стр.221.

⁵²⁵ *Ibid.*

запосленог не могу се саопштавати трећим лицима без његове изричите сагласности, осим у случају када то захтијева закон, а запослени има право приступа медицинским подацима који се на њега односе.⁵²⁶ Ови подаци чувају се одвојено од персоналног досијеа запосленог како би приступ био омогућен што мањем броју лица. На овај начин чува се приватност запосленог на раду и умањује опасност од дискриминације по основу здравственог стања. Подразумијева се да је забрањен сваки вид посредне и непосредне дискриминације лица која траже запослење и запослних на бази здравственог стања.⁵²⁷

Могуће је и законски унапријед детаљно предвидјети све ситуације у којима послодавац има право да медицински тестира запосленог, мада листе ових ситуација обично нису исцрпне у упоредним радноправним системима.⁵²⁸ У принципу, медицинско тестирање запослених треба да буде и предмет преговора и сагласности међу социјалним партнерима.⁵²⁹ Ово посебно важи за она медицинска тестирања која не спадају у тзв. редовне, већ у специфичне форме тестирања (на ХИВ, алкохол, дроге и генетске предиспозиције). У оним правним системима у којима се код послодавца формирају одређена тијела за праћење квалитета радне средине, односно заштите здравља и безбједности на раду, тестирање запослених на ХИВ, алкохол, дроге и генетске предиспозиције, по правилу, спада у круг питања која захтијевају консултовање између послодавца и ових тијела.⁵³⁰

⁵²⁶ *Protection of worker`s personal data*, An ILO code of practice, стр.6.

⁵²⁷ Ова забрана предвиђена је Законом о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012 и 31/14) и Законом о забрани дискриминације („Сл. лист ЦГ“, бр. 46/10, 40/11, 18/14). Генетске особине, ХИВ статус и зависност од алкохола и опојних средстава, као новији основи дискриминације, нису посебно препознати овим законима али се могу подвести под појам (основ) „здравствено стање“ или под појам „друго лично својство“.

⁵²⁸ Белгијско радно право прописује који запослени се подвргавају медицинском тестирању: запослени који су изложени ризику професионалног обољења, који обављају послове обезбјеђења, који раде са храном, запослени са инвалидитетом, запослени малађи од 21 године живота. F. Hendrickx, *op. cit.*, стр.54.

⁵²⁹ Закон о колективним радним односима Аустрије (*The Collective Labour Relations Act*) предвиђа да савјет запослених даје предлоге у вези са питањима заштите и здравља на раду, што значи да питање тестирања запослених на ХИВ/СИДА, алкохол, дроге или генетско тестирање може бити предмет преговора и договора између менаџмента и представника радника. Овај Закон, такође, предвиђа консултације у вези са запошљавањем, дисциплинским поступком и упитницима које запослени треба да попуњава, што све може да се доведе у везу са тестирањем на ХИВ, алкохол, дроге и генетским тестирањем. *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.167-168.

⁵³⁰ У Норвешкој се код послодавца који има 50 или више запослених формира Комитет за радно окружење (*Working Environment Committee*). *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.271-272.

Уопштено узевши, тестирање запослених на ХИВ и генетске предиспозиције у пракси најчешће налази на врло мало оправдања, за разлику од тестирања на алкохол и дроге (и друга опојна средства) које има нешто ширу примјену, односно које се сматра оправданим у нешто већем броју случајева.

3.3.2 Тестирање на ХИВ и заштита запосленог зараженог вирусом ХИВ-а

ХИВ и СИДА представљају обољења која имају огроман утицај на друштво, економију, свијет рада, запослене и њихове породице.⁵³¹ Под ХИВ-ом (лат. *human immunodeficiency virus*) се подразумијева вирус који погађа имуни систем човјека, а који се након одређеног времена развија у обољење СИДА (фр. *syndrome d'immunodéficience acquise*). Присуство оваквог вируса у организму човјека може се открити тестирањем.⁵³² Период који је потребан да се ХИВ вирус развије у сиду варира од случаја до случаја али, захваљујући напретку медицине и фармације, данас је могуће тај период продужити на више од десет година. Чак и када се појаве први симптоми сиде, они могу бити успјешно медицински третирани.

Без обзира на то што овај вирус значајно умањује отпорност организма, обољеле особе обично могу нормално обављати редовне животне активности, а што укључује и *радне активности*. Другим ријечима, запослени са дијагнозом сиде може, али и не мора имати медицинске проблеме који утичу на његову способност за рад.⁵³³ Од значаја је и то што је *ограничена могућност преноса* овог вируса са једне особе на другу.⁵³⁴ Ове двије околности у многоме опредјељују начин на који се посматра питање ХИВ-а на радном мјесту. У контексту радног права, ХИВ се разматра из два угла: а) третман и заштита од дискриминације запосленог обољелог од ХИВ-а; и б) могућност, односно право послодавца да

⁵³¹ Ово је један од разлога због којих је Међународна организација рада усвојила Препоруку о НИВ-у и сиди на радном мјесту број 200 (*HIV and AIDS Recommendation, 2010*), али и низ других докумената који се баве питањем ХИВ-а у контексту радног мјеста.

⁵³² *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.37.

⁵³³ *Ibid.*

⁵³⁴ Према досадашњим сазнањима ХИВ вирус може се преносити само на следеће начине: путем сексуалног контакта који доводи до размјене тјелесних течности; путем заражене игле и шприца приликом употребе интравенских љекова; са мајке на новорођенче приликом порођаја или са мајке која доји бебу; и трансфузијом крви или крвних производа који су заражени вирусом. *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.38.

тестира запосленог на ХИВ. Треба, међутим, имати на уму да је и питање превенције веома важно за поједина радна мјеста. Циљ превенције је да се умањи могућност преноса ХИВ-а на радном мјесту. Ово се постиже различитим мјерама као што су адекватно информисање и едукација запослених, поштовање свих мјера заштите на раду, смањење могућности инцидената на раду итд.⁵³⁵ Отуда, ако запослени на раду долази у додир са крвљу, тјелесним течностима или ткивима, на таквом радном мјесту треба да постоји процедура која омогућава управљање ризиком који таква изложеност носи са собом, или ризиком од несрећа на раду.⁵³⁶ У контексту превенције, Међународна организација рада препоручује подстицање запослених на добровољно консултовање и тестирање, при чему организације радника и послодаваца треба да промовишу значај ових питања на радном мјесту, а све у складу са националним стратегијама из ове области.

У вези са *третманом и заштитом запосленог* обољелог од ХИВ-а треба разликовати двије ситуације, ону у којој код запосленог још увијек не постоје медицински симптоми и сметње за обављање послова радног мјеста, и ону у којој се код запосленог јављају симптоми који бар привремено умањују његову способност за рад. У првом случају ХИВ статус представља лично својство о чијем евентуалном објелодањивању одлучује искључиво запослени на кога се оно односи,⁵³⁷ док се у другом случају разматра питање положаја и заштите запосленог обољелог од ХИВ-а, и разумно прилагођавање радног мјеста његовим потребама (потенцијалним сметњама), све док је он генерално способан за рад. У првом случају, дакле, ХИВ статус је још увијек дио приватне сфере запосленог, па се поставља питање да ли је он у обавези да пријави послодавцу свој статус или да одговара на питања везана за овај статус. Опште је прихваћен став да запослени који је оболио од ХИВ-а није у обавези да о томе информише послодавца, нити послодавац има право да му поставља питања ове природе. Мада ХИВ статус, у складу са правилима љекарске етике и правилима која се баве заштитом права

⁵³⁵ Препорука о HIV-у и сиди на радном мјесту број 200.

⁵³⁶ *An ILO code of practice on HIV/AIDS and the world of work*, International Labour Organization, Geneva, 2001, стр.15.

⁵³⁷ Запослени, чланови њихових породица и друга зависна лица уживају заштиту приватности, укључујући повјерљивост података који се односе на ХИВ статус. Препорука о HIV-у и сиди на радном мјесту број 200.

пацијената, представља повјерљив податак који се не може саопштавати трећим лицима, обавеза повјерљивости није апсолутна и може се прекршити онда када то захтијева јавни интерес (када постоји опасност од преноса вируса већем броју људи), али и тада се ова информација открива само оним особама које имају нужну потребу да то знају.⁵³⁸

Другачија је, међутим, ситуација онда када запослени има јасне манифестације болести које утичу на извршавање радних задатака.⁵³⁹ Особе обољеле од ХИВ-а углавном желе да раде јер на тај начин побољшавају своје физичко и ментално стање, па им то треба и омогућити. За запосленог обољелог од ХИВ-а од пресудне важности је подршка друштва и послодавца. Подршка прије свега подразумијева разумно прилагођавање радног мјеста (енг. *reasonable accommodation*) особама обољелим од ХИВ-а, уз уважавање чињенице да је у питању обољење чији се симптоми јављају периодично.⁵⁴⁰ Отуда, уколико то налаже здравствено стање запосленог обољелог од ХИВ-а, љекар може препоручити прилагођавање радног мјеста његовим потребама, или трансфер на друго радно мјесто, с тим да не мора послодавцу саопштити конкретан разлог за овакав предлог.⁵⁴¹ Штавише, послодавац је обавезан да изврши разумно

⁵³⁸ У случају *X v. Y and another*, штампа је објавила податак о томе да љекар који ради у систему јавног здравства болује од сиде. Без обзира што је суд у овом случају препознао одређени интерес јавности да буде упозната са чињеницом да љекар заражен сидом још увијек ради, ипак је предност дао интересу да они који имају обавезу чувања повјерљивих података буду лојални и не откривају такве информације. *Condition of work digest, Workers's privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.311.

⁵³⁹ Према Савезном радном суду Грчке (*The Federal Labour Court*) постављање питања кандидату/запосленом о обољењу које у будућности може да створи проблеме, није дозвољено. Ово правило се односи и на ситуацију када ХИВ позитивна особа још увијек нема симптоме болести, или на особу која има генетске предиспозиције које касније могу довести до обољења. Међутим, послодавац може да поставља питања о постојећим симптомима и инвалидитету, а истинит одговор је пожељан. Ово се односи на лица која имају очигледне симптоме сиде. У случају када послодавац не поставља питања у вези са очигледним симптомима, запослени је у обавези да их саопшти послодавцу уколико вјерује да представљају инвалидитет који ће умањити радну способност или се на други начин одразити на способност рада. *Condition of work digest, Workers's privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.236.

⁵⁴⁰ Под разумним прилагођавањем радног мјеста подразумијева се било која модификација или подешавање посла или радног окружења, које се разумно може извести, а које омогућава особи обољелој од ХИВ-а или сиде приступ, учешће и напредовање на раду. *HIV and AIDS Recommendation broj 200*.

⁵⁴¹ Према Закону о превенцији сиде (*The AIDS Prevention Act*) у Јапану, љекар може да саопшти име инфициране особе у два случаја. Онда када заражена особа не поступа у складу са препорукама љекара и ризикује да вирус пренесе великом броју особа и када је љекар дошао до сазнања да постоји велика вјероватноћа да ће инфицирана особа заразити велики број особа. *Condition of work digest, Workers's privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.251.

прилагођавање радног мјеста особама обољелим од ХИВ-а.⁵⁴² Подршка запосленом обољелом од ХИВ-а треба да буде приступачна и бесплатна, а важно је и да им послодавац омогући одсуство са рада ради консултација и одговарајућих третмана.⁵⁴³

Особе обољеле од ХИВ-а су често стигматизоване и дискриминисане, због чега представљају изузетно рањиву и маргинализовану категорију друштва. На овај начин су доведена у питање њихова основна људска права као што су право на заштиту физичког интегритета и достојанства, али посредно и право на рад, право на приватност и право на једнакост. Најзначајније питање у вези са запосленим који је оболио од ХИВ-а, отуда, јесте питање његове заштите на раду. Основни принцип је да запослени који је оболио од ХИВ-а треба да ужива исту заштиту као и сви други запослени који болују од неког озбиљног обољења, или који имају неки инвалидитет.⁵⁴⁴

Прије свега, запослени или кандидат за запослење не смије бити дискриминисан на темељу постојећег или претпостављеног ХИВ статуса.⁵⁴⁵ ХИВ статус не може бити разлог за ускраћивање посла, нити могућности за напредовање на раду, већ је, насупрот томе, потребно омогућити лицима обољелим од ХИВ-а да се кроз различите врсте тренинга оспособе за обављање одређених послова.⁵⁴⁶ Исто тако, ХИВ статус, или привремено одуство са рада узроковано разлозима везаним за овај статус не може, само по себи, бити разлог за отказ уговора о раду.⁵⁴⁷ Ипак, основно мјерило у одређивању положаја ових лица је њихова способност, односно *неспособност за рад*, будући да она не могу бити дискриминисана по основу здравственог стања, све док су способна за извршавање послова радног мјеста. У том смислу, послодавац може одбити да запосли, односно може да отпусти особу обољену од ХИВ-а у случају када је љекар утврдио неспособност за

⁵⁴² *Ibid.*, стр.331.

⁵⁴³ *An ILO code of practice on HIV/AIDS and the world of work*, стр.16.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, стр.225. Закон о амерканцима са инвалидитетом (*Americans with Disabilities Act*) забрањује дискриминацију на раду лица са инвалидитетом, укључујући оне који су ХИВ позитивни или који имају сиду, као и оне који су везани за неког обољелог од ХИВ-а, односно сиде, све док су ова лица квалификована за обављање конкретног посла. *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.251.

⁵⁴⁵ Препорука о HIV-у и сиди на радном мејсту број 200.

⁵⁴⁶ *Ibid.*

⁵⁴⁷ *Ibid.*

рад. Али у овом случају ХИВ статус не представља отказни разлог (нити разлог због кога појединац није запослен), већ је то неспособност за рад или дуготрајно одсуство са рада због болести.⁵⁴⁸ Мада привремена спријеченост за рад, по правилу, спада у недозвољене отказне разлоге, изузетно када утиче на особине и способност за рад, могла би се сматрати оправданим отказним разлогом.⁵⁴⁹

Према општеприхваћеном становишту, послодавац не може захтијевати од запосленог да се *тестира* на ХИВ, нити заснивање радног односа може условити овим радњама. Многи послодавци заговарају обавезно тестирање запослених и кандидата на ХИВ, сматрајући да на тај начин могу у већој мјери да изађу у сусрет здравственим потребама запослених, али и да се на тај начин штити јавни интерес јер се спријечавача неконтролисано ширење овог вируса.⁵⁵⁰ Међутим, у већини случајева тестирањем на ХИВ не постиже се већи степен заштите и подршке за особе обољеле од ХИВ-а, већ се, сасвим супротно, снижава радни морал и продуктивност на радном мјесту, будући да су радници уплашени да ће тестирање умањити њихова права по основу рада и довести у питање сигурност запослења.⁵⁵¹

Међународна организација рада је изричито подржала став по коме се тестирање на ХИВ не може захтијевати од запосленог (укључујући раднике мигранте), од тражиоца посла или кандидата за запослење.⁵⁵² Такође, рутинско медицинско тестирање запосленог не може да укључи обавезно тестирање на ХИВ.⁵⁵³ Без обзира на овај опште прихваћен став, мали је број примјера директне забране тестирања запосленог на ХИВ у упоредном праву.⁵⁵⁴ Ипак, овај принцип је индиректно садржан у бројним прописима који се баве заштитом запосленог од дискриминације на бази здравственог стања или инвалидитета, заштитом приватне

⁵⁴⁸ Дуготрајна одсуственост са рада због болести у француској судској пракси сматра се ваљаним (оправданим) отказним разлогом. *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.230.

⁵⁴⁹ Ово у ситуацији када радник није у могућности извршавати своје обавезе из радног односа због одређених трајних особина или способности. Члан 115, став 1, тачка 1 Закона о раду Хрватске (*HH 93/14*).

⁵⁵⁰ *Mandatory HIV testing for employment of migrant workers in eight countries of South-East Asia: From discrimination to social dialogue*, ILO Subregional Office for East Asia International Organization for Migration, Bangkok, 2009, стр.11-12.

⁵⁵¹ *Ibid.*

⁵⁵² Препорука о HIV-у и сиди на радном мјесту број 200.

⁵⁵³ *An ILO code of practice on HIV/AIDS and the world of work*, стр.15.

⁵⁵⁴ У Италији је послодавцима у приватном и јавном сектору забрањено тестирање запослених на ХИВ. *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.48.

сфере човјека, али и заштитом оног што се зове узајамно повјерење радника и послодавца.⁵⁵⁵ Постоји и широко прихваћено мишљење радничких и послодавачких организација, као и професионалних медицинских асоцијација да се ХИВ не може преносити на уобичајеним радним мјестима, те да стога тестирање није пожељно, нити се треба захтијевати од запосленог.⁵⁵⁶ Управо ограничена могућност преноса овог вируса учинила је да тестирање запосленог на ХИВ буде могуће само у виду изузетака који се уско тумаче и који се везују за одређене професије у циљу заштите других запослених или корисника производа и услуга. У овом случају је неопходно досљедно примјенити принципе релевантности и нужности, будући да тестирање мора бити повезано са послом (енг. *job-related*) и нужно за његово обављање (енг. *business necessity*).

Могућност тестирања запосленог на ХИВ углавном се односи на оне дјелатности чијим обављањем уједно настаје и ризик преноса болести. Овдје се, у првом реду, мисли на медицинско особље. Ово особље спада у групу запослених који су изложени највећем ризику да буду заражени и да заразе друге, будући да се у раду користе иглама и шприцевима, да обављају отворене операције и пружају прву помоћ у случају несреће.⁵⁵⁷ Могуће је, отуда, одсуство ове болести сматрати *одлучујућим условом* за обављање одређених послова, у ком случају је и тестирање запосленог/кандидата дозвољено.⁵⁵⁸

Постоје и друге професије код којих се тестирање на ХИВ сматра препоручљивим. Тако, у ред запослених чије се тестирање на овај вирус често узима као оправдано спадају: војно особље, дипломатско особље, полицајци, затворски чувари, ватрогасци, запослени који се ангажују за рад у иностранству, проститутке, запослени на пословима који подразумевају пенетрацију коже или ткива, запослени који рукују са храном и запослени који обављају сигурносно

⁵⁵⁵ У Шпанији је забрањена дискриминација на раду по основу физичког хендикепа, а што се односи и на особе обољеле од ХИВ-а и сиде. *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.49.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, стр.38.

⁵⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁵⁸ У Канади је Комисија за људска права (*Canadian Human Rights Commission*) усвојила политику према којој се одсуство ове болести (ХИВ-а) може узети као услов за рад (*bona fide occupational requirement*), онда када запослени обавља инванзивне процедуре приликом којих долази у контакт са крвљу, чак и када су предузете разумне мјере да до тога не би дошло. *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.39.

осјетљиве послове.⁵⁵⁹ Потребно је, међутим, у свим овим случајевима преиспитати оправданост тестирања на ХИВ и предвидјети евентуалне услове под којима се оно може вршити. Тако, примјера ради, оправдан је став по коме нема епидемиолошких и лабораторијских доказа о томе да овакве врсте инфекција могу бити пренешене приликом припремања и сервирања хране, па, у том смислу, запослени који ради са храном, а заражен је ХИВ-ом не треба бити аутоматски искључен са рада.⁵⁶⁰ Другим ријечима, свако систематско тестирање запосленог на ХИВ треба бити забрањено.⁵⁶¹ Овакво становиште у складу је и са резултатима до којих је у својим истраживањима дошла Свјетска здравствена организација (*World Health Organization*) о томе да не постоје докази да особе заражене ХИВ-ом имају неуролошке поремећаје који би утицали на њихову менталну способност и концентрацију.⁵⁶²

У принципу, тестирање запосленог на ХИВ врши се уз његову претходну *сагласност*, с тим да се сагласност за тестирање крви уопште, не може тумачити као аутоматска сагласност за тестирање на ХИВ.⁵⁶³ Уопштено узевши, тестирање

⁵⁵⁹ У САД се на ХИВ тестирају кандидати за војну службу и активно војно особље. Кандидати који су позитивни на вирус аутоматски се елиминишу. Активно војно особље код кога се идентификује овај вирус може остати у служби све док нема симптоме болести али је под мониторингом. Слична правила важе и за дипломатско особље у овој земљи. У Аустрији, особље у странијој служби се подвргава медицинском испитивању које укључује ХИВ тест, с тим да запослени може да одбије тестирање. У том случају и даље је подобан за службу али сноси ризик овакве одлуке. У Италији се провјера ХИВ статуса захтијева од полицајаца, ватрогасаца, затворског особља и других лица која раде на заштити сигурности других. Одбијање тестирања може резултирати немогућношћу запослења, што је пракса која је увелико критикована као неконзистентна са тенденцијом коју ЕУ има у погледу тестирања на радном мјесту. У Канади је дозвољено тестирање запослених који путују у земље у којима је забрањен улазак особама обољелим од ХИВ-а. У Баварској (Њемачка) забрањено је ХИВ позитивним особама да се баве проституцијом. У том смислу, ове особе су обавезне да се подвргну тестирању квартално. У Аустралији особе позитивне на ХИВ не могу се бавити дјелатностима које подразумевају пенетрацију коже или ткива (акупунктура, депилација, пирсинг, тетоваже и сл.). У Шведској, према мишљењу Националне комисије за сиду (*National Commission on AIDS*), здравствена контрола која укључује ХИВ тест препоручљива је код послова код којих се захтијева посебна ефикасност и сигурност у раду. У Финској послодавац је обавезан да захтијева сертификат да кандидат не болује од заразних болести, укључујући и ХИВ, када запошљава раднике који ће радити у прехранбеној индустрији или пружати услуге које подразумевају контакт са неупакованом храном. *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.41-45.

⁵⁶⁰ У питању је мишљење Јавног здравственог сервиса Сједињених Америчких Држава (*The United State Public Health Service*). *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.45.

⁵⁶¹ Француска влада је својевремено разматрала потребу увођења обавезног тестирања на ХИВ свих пилота, кондуктера и нуклеарних радника. Одбила је, међутим, овакав предлог. *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.224.

⁵⁶² *Ibid.*, 224-225.

⁵⁶³ *Ibid.*, стр.242.

на ХИВ без сагласности запосленог представља кршење његовог права на физички интегритет, а што је обухваћено правом личности.⁵⁶⁴ Но, запослени у радном односу прихвата ограничење свог права личности у мјери у којој је то неопходно за постизање реалних циљева послодавца,⁵⁶⁵ па се, отуда, обавезно тестирање неће сматрати повредом интегритета запосленог уколико је *разумно* и *необходно* у датим околностима. Према томе, сасвим је разумљиво становиште суда⁵⁶⁶ по коме није оправдано предвидјети обавезно тестирање на ХИВ запосленог који се бави његом ментално обољелих лица (лични асистенти, инструктори, његоватељи, вође стручних програма и др.), будући да је ризик преноса вируса у овом случају изузетно мали. Очекивано је и становиште суда⁵⁶⁷ по коме је сасвим разумно захтијевати од ватрогасаца обавезно тестирање на ХИВ због чињенице да се ради о веома осјетљивом занимању са аспекта безбједности.

У вези са овим је и питање да ли послодавац може отказати уговор о раду запосленом који одбије да се тестира на ХИВ. У давању одговора на ово питање мора се поћи од *околности случаја* односно, од врсте послова који се обављају, *ризика* који ти послови носе са собом и *могућности преноса* вируса на друге запослене или клијенте послодавца. Одговор у многоме зависи од тога да ли се захтјев за тестирање може сматрати разумним у свијетлу конкретних здравствених и безбједносних околности везаних са радну позицију запосленог.⁵⁶⁸ На послодавцу је, међутим, терет доказивања да је тестирање на ХИВ оправдано, односно релевантно са аспекта заштите здравља и безбједности на раду.

3.3.3. Генетско тестирање/испитивање запосленог

Генетика (грч. *genetikos-geneza*) је наука о наслеђивању и варијабилности организма.⁵⁶⁹ Под генетским тестирањем подразумева се испитивање генетских

⁵⁶⁴ *Ibid.*, стр.297.

⁵⁶⁵ *Ibid.*

⁵⁶⁶ Савезни апелациони суд у случају *Glover v. Eastern Nebraska Community Office of Retardation. Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.330.

⁵⁶⁷ Савезни окружни суд Охаја у случају *Anonymous Fireman v. City of Willoughby. Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.331.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, стр.284.

⁵⁶⁹ И. Клајн, М. Шипка, *op. cit.*, стр.294.

информација садржаних унутар ћелија неке особе, које се називају ДНК, како би се утврдило да ли та особа има, или се код ње може развити одређена болест, или би могла да донесе болест свом потомству.⁵⁷⁰ Значај генетских информација до којих се долази генетским испитивањем је изузетно велики. Ово испитивање се прије свега врши у медицинске сврхе и из медицинских разлога, али у новије вријеме све више се поставља питање генетског тестирања на мјестима рада, или у вези са питањем здравственог/животног осигурања.⁵⁷¹ Важно је, отуда, разликовати генетско тестирање у медицинске сврхе од других видова генетског тестирања која у пракси представљају веома осјетљиво питање.⁵⁷²

За правилно разумијевање ове материје у контексту радног права потребно је познавати основе генетике као науке и њене могућности, достигнућа и ограничења. Ваља имати на уму да гени указују само на *склоност* ка одређеном обољењу, што никако не значи да ће до обољења заиста и доћи. Дакле, генетска предиспозиција није исто што и већ настала болест, због чега поједини аутори указују на значај разликовања појма *genetic monitoring* од појма *genetic screening*, мада и један и други представљају облик генетског тестирања.⁵⁷³ Док скрининг подразумијева прогностичка генетска испитивања, мониторинг се више односи на испитивање да

⁵⁷⁰ Дезоксирибонуклеинска киселина (ДНК) је дугачак молекул састављен од два ланца генетичког материјала, обмотана један око другог, у јединствену спиралну структуру. Ову структура су открили 1953.године Френсис Крик и Џејмс Вотсон. ДНК се налази у језгру већине ћелија. ДНК сваке особе је јединствен и даје упутства о физичким особинама неке особе, као што су боја очију, косе, висина и подложност болести. ДНК је организована у структурама које се називају хромозоми. <http://medical-dictionary.thefreedictionary.com/genetic-testing>.

⁵⁷¹ Генетске информације и резултати генетских тестова могу се користити у превентивне сврхе ради спречавања обољења, раног откривања и лијечења обољења или доношења одлука о потомству. В. Godard, S. Raeburn, M. Pembrey, M. Bobrow, P. Farndon, S. Aymé, „Genetic information and testing in insurance and employment: technical, social and ethical issues“, *European Journal of Human Genetics*, број 11, 2003, стр.123. Према Препоруци Савјета Европе о генетском тестирању и скринингу у медицинске сврхе из 1992.године (*Recommendation on genetic testing and screening for health-care purposes*), појам генетског тестирања у медицинске сврхе укључује тестирања којима се: дијагностификују и класификују генетска обољења; идентификују носиоци дефектних гена ради процјене ризика преноса на потомство; детектују озбиљна генетска обољења прије него се она клинички манифестују у намјери да се побољша квалитет живота другим превентивним мјерама; идентификују особе које су изложене ризику облијевања онда када и начин живота и дефектни гени доприносе обољењу. *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.139.

⁵⁷² Тако, генетско тестирање не погађа само појединца на кога се односи, већ цијелу његову породицу. Ово из разлога што је често потребна кооперација цијеле породице како би се открили генетски проблеми и што резултати тестирања погађају цијелу породицу. В. Godard, S. Raeburn, M. Pembrey, M. Bobrow, P. Farndon, S. Aymé, *op. cit.*, стр.125.

⁵⁷³ F. Hendrickx, *op. cit.*, стр.62.

ли је на генима појединца већ дошло до промјена или оштећења.⁵⁷⁴ У том смислу, генетски скрининг је оно што послодавци могу злоупотребити када желе да утврде подобност кандидата/запосленог за рад на одређеном радном мјесту, док генетски мониторинг може да иде у прилог запосленом.

У европским оквирима, државе чланице ЕУ се нерадо упуштају у регулисање генетског тестирања на радном мјесту. Већина њих нема посебну законску регулативу која се односи на генетско тестирање запосленог, већ примјењују општа правила о заштити личних података, будући да су генетске информације по својој природи заправо подаци о здравственом стању, који спадају у нарочито осјетљиву категорију личних података и који уживају посебну заштиту.⁵⁷⁵ Незаинтересованост држава за ова питања резултат је и ријетког прибјегавања послодаваца генетском тестирању у пракси радних односа. И заиста, не постоје докази који указују на то да послодавци захтијевају од запослених да се подвргну генетском тестирању.⁵⁷⁶ Постоје, међутим, и оне државе које изричито забрањују генетско тестирање у току заснивања или трајања радног односа, односно оне које га дозвољавају само у медицинске сврхе (превенција, дијагностика и третман болести).⁵⁷⁷ И у америчком праву је забрањено послодавцу да од запосленог захтијева, или да на други начин прибавља генетске информације, као и да одлуку о заснивању радног односа доноси на бази ових информација.⁵⁷⁸

⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁵ Закон о заштити генетичких података („Сл. лист ЦГ“, бр. 25/10, 40/11) искључиво регулише генетско тестирање у медицинске сврхе. Према овом Закону, резултати генетичких испитивања који се могу повезати са лицем које се може идентификовати, са породицом или групом су професионална тајна и чувају се као лични подаци. Право увида у податке има: лице на које се подаци односе; односно његов законски заступник или старалац, уколико нису у питању подаци које није могуће повезати са тим лицем и/или ако је то лице претходно изјавило да не жели увид у податке и/или ако би откривање тих података угрозило јавно здравље; одговорни доктор; доктори других специјалности и изабрани доктор лица на које се подаци односе, у мјери и обиму који утврди одговорни доктор, уз претходно прибављену писану сагласност лица коме су генетичка испитивања извршена, односно његовог законског заступника или староца; члан породице коме су подаци од значаја за његово здравствено стање или за здравствено стање његовог потомства. Закон о заштити података о личности („Сл. лист ЦГ“, бр. 79/08, 70/09, 44/12) не спомиње посебно генетске податке, али податке који се односе на здравствено стање појединца сврстава у посебну категорију личних података који уживају посебну заштиту.

⁵⁷⁶ F. Hendrickx, *op. cit.*, стр.62.

⁵⁷⁷ У Аустрији, Законом о генетичкој технологији превиђено је да послодавац не може захтијевати, тражити или на било који начин искористити резултате генетске анализе радника. F. Hendrickx, *op. cit.*, стр.62.

⁵⁷⁸ Ова забрана предвиђена је Законом о забрани дискриминације на бази генетских особина из 2008.године (*The Genetic Information Nondiscrimination Act*). Закон се примјењује на послодавце у

Овакав, претежно негативан, став према генетском тестирању запосленог садржан је и у водећим европским документима који се баве овим питањем. Препорука Савјета Европе о генетском тестирању и скринингу у медицинске сврхе из 1992.године предвиђа да заснивање радног односа не смије бити условљено генетским тестирањем, те да оно може бити обавезно једино када је изричито предвиђено законом у циљу заштите појединца или друштва у цјелини.⁵⁷⁹

Генерално неприхватање генетског тестирања у сврхе запослења и рада резултат је потребе да се заштити физички интегритет, достојанство и приватност на радном мјесту, али и страха од дискриминације на бази генетских својстава. Забрањена је свака врста дискриминације и стигматизације на основу података о генетичким особинама или на основу генетичких особина сродника.⁵⁸⁰ Ово тим прије што генетска предиспозиција, сама по себи, не значи неспособност за обављање одређеног посла. Чини се, дакле, да потпуна забрана генетског тестирања запосленог данас представља најприхватљивију опцију. Она има оправдање, будући да генетска предиспозиција није својство које је од значаја за извршавање рада, да није могуће у потпуности уклонити ризик дискриминације запосленог код кога је утврђена генетска склоност ка обољењу, да генетске информације представљају посебно осјетљиву категорију личних података и да генетика као наука има своја ограничења.⁵⁸¹ У случају потпуне забране генетског тестирања запосленог пожељно је, међутим, прецизирати и то да ли ова забрана може бити модификована изричитом сагласношћу запосленог, односно индивидуалним или колективним уговором о раду.⁵⁸²

јавном сектору и на оне послодавце у приватном сектору који запошљавају најмање 15 запослених. L. Guerin, J.D., *op. cit.*, стр.149-150.

⁵⁷⁹ Препорука, на уопштен начин, дефинише да особа која се тестира мора бити информисана, да се тестирање мора спроводити од стране квалификованих лица, да лицима која се тестирају треба да буде обезбијеђено савјетовање и подршка путем различитих сервиса, да се генетски подаци прикупљају, чувају и обрађују само у здравствене сврхе, да правила о повјерљивости генетских информација имају за циљ да спријече недозвољено саопштавање таквих података трећим лицима. *Condition of work digest, Workers` s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.70.

⁵⁸⁰ Члан 4, став 1 Закона о заштити генетичких података („Сл. лист ЦГ“, бр. 25/10, 40/11).

⁵⁸¹ Тешко је утврдити до које мјере су генетски тестови релевантни за прогнозу здравственог стања код мултифункционалних обољења. Резултати генетског тестирања на овом ступњу развоја не дају поуздане податке о учесталости, времену и озбиљности обољења. В. Godard, S. Raeburn, М. Pembrey, М. Bobrow, Р. Farndon, S. Aumé, *op. cit.*, стр.131.

⁵⁸² У финском праву, забрана генетског тестирања запослених је дио апсолутног јавног поретка и не може се отклонити сагласношћу запосленог, односно индивидуалним или колективним уговором о раду. F. Hendrickx, *op. cit.*, стр.63.

Ипак, поставља се питање да ли у одређеним ситуацијама генетско тестирање запосленог може бити оправдано. Различити су разлози који могу мотивисати послодавца да подвргне кандидата/запосленог генетском тестирању. Ови разлози односе се на потребу послодавца да очува здраву радну средину, да дугорочно улаже у образовање и стручно усавршавање здравих радника, или да такве раднике поставља на високе позиције у компанији, да провјери њихову подобност за рад на одређеном радном мјесту, или избјегне запошљавање оних код којих постоји више изгледа да ће често одсуствовати са рада и бити мање продуктивни.⁵⁸³ Послодавац је посебно заинтересован да умањи своју одговорност у погледу опште безбједности на радном мјесту и заштите здравља радника, а у чему му генетско тестирање може бити од помоћи. Тако, примјера ради, ако би се генетским тестирањем могла открити подложност или осјетљивост на одређене токсине, онда би се захваљујући овим тестовима могле идентификовати хиперсензитивне особе и спријечити њихово распоређивање на радна мјеста на којима би били изложени утицају оваквих супстанци.⁵⁸⁴

Не могу сви ови мотиви, међутим, оправдати генетско тестирање на радном мјесту. Постоји прилично јединствен став о томе да послодавац у поступку заснивања радног односа не може захтијевати од кандидата за запослење генетско тестирање или прикупљати генетске податаке о кандидату и члановима његове породице. Будући да генетска предиспозиција не представља својство које је од значаја за извршавање рада, потребно је изричито забранити послодавцу да кандидату за запослење поставља питања о његовим генетским карактеристикама, а љекарима и (уопште) медицинским институцијама да такве информације саопштавају послодавцима.⁵⁸⁵ Ова забрана треба да омогући једнак третман и једнаке шансе свих кандидата у поступку заснивања радног односа, али и да заштити њихово право на приватни живот.

⁵⁸³ B. Godard, S. Raeburn, M. Pembrey, M. Bobrow, P. Farndon, S. Aymé, *op. cit.*, стр.127.

⁵⁸⁴ Примјера ради, фински институт за професионално здравље (*Institute of Occupational Health*) бавио се истраживачким пројектом који је имао за циљ да надгледа запослене који су на послу изложени оним хемикалијама које се сматрају потенцијалним узрочницима канцера. *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.186.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, стр.63.

На другој страни, могућност генетског тестирања *запосленог* могла би се изузетно узети за питање сигурности и безбједности на радном мјесту. Ово из разлога што генетско стање запосленог, под одређеним околностима, може да умањи његову способност за обављање послова радног мјеста и да на тај начин узрокује повреде запосленог или/и доведе у питање општу безбједност на раду. У питању је, дакле, разлог који традиционално омогућава извјесно ограничење права запосленог на приватност. Овај разлог, међутим, треба да буде унапријед утврђен законом⁵⁸⁶ и треба да постоји озбиљно увјерење послодавца да генетско стање запосленог може да доведе у питање сигурност на радном мјесту,⁵⁸⁷ односно да умањи способност запосленог за уобичајено извршавање радних задатака. У овом случају оправдано је дозволити само она генетска испитивања која нису прогностичке природе и која утврђују већ настала оштећења на генима запосленог. Такође, ово тестирање мора се вршити од стране лиценцираних установа и љекара, у обиму неопходном за постизање циља, а резултати тестирања сматрају се строго заштићеним и повјерљивим подацима који се не могу користити у другу сврху осим оне којој су намијењени. Генетско тестирање не смије бити мотивисано разлозима дискриминаторске природе, а селекција запослених који ће му бити подвргнути мора се вршити на бази неутралних критеријума.⁵⁸⁸ Оно што, међутим, донекле релативизује заштиту здравља и безбједности на раду као *разлог* који оправдава генетско тестирање на радном мјесту, јесте чињеница да не постоје чврсти научни докази о вези између генетских фактора појединца и његових способности за обављање посла.⁵⁸⁹

Генетско тестирање се, за разлику од других видова тестирања, не може вршити без сагласности запосленог.⁵⁹⁰ Преовлађујући је став да ова сагласност треба да буде дата *expressis verbis* у писаној форми, и да генерална сагласност

⁵⁸⁶ Генетски скрининг треба да буде забрањен или ограничен само на оне случајеве који су експлицитно предвиђени законом. *Protection of worker's personal data*, An ILO code of practice, стр.4.

⁵⁸⁷ S. French, „Genetic testing in the workplace: the employer's coin toss“, *Duke Law & Technology Review*, 2002, стр.7

⁵⁸⁸ *Ibid.*, стр.6.

⁵⁸⁹ Истиче се да генетско тестирање запослених треба да буде ограничено и искључиво усмјерено на истраживање склоности ка оним обољењима која изазивају фактори којима је он на раду изложен. V. Godard, S. Raeburn, M. Pembrey, M. Bobrow, P. Farndon, S. Aymé, *op. cit.*, стр.131.

⁵⁹⁰ Генетска испитивања захтијевају највећи степен предострожности. Свако има право да зна за коју врсту обољења или поремећаја је предодређен, али нико не може бити приморан да се подвргне оваквим испитивањима. R. Blanpain, „Employment privacy issues: Belgian report, стр.41.

запосленог на медицинска испитивања не укључује сагласност за генетско тестирање.⁵⁹¹ Свака особа има право да самостално одлучи о генетском тестирању и о љекару (медицинској установи) који ће га спровести.⁵⁹² Ово је у складу са идејом о праву на самоодлучивање, као основном праву сваког лица које се подвргава некој медицинској интервенцији.⁵⁹³ Из овога произилази да је *обавезно генетско тестирање* забрањено и да би евентуално могло да се дозволи у екстремно изузетним ситуацијама када га оправдавају непоколебљиви разлози, и онда када не постоји алтернатива оваквом тестирању.⁵⁹⁴ Обавезно генетско тестирање, и уопште генетско тестирање запосленог спада у ред питања која морају бити изричито законски регулисана.

Питање генетског тестирања запосленог у модерно доба може и треба бити посматрано из другачијег угла - *као могућност запосленог да превентивно дјелује на своје здравље*. У питању је могућност запосленог да, на основу породичне здравствене историје и генетског испитивања, изабере оно занимање и ради на оном радном мјесту које неће негативно утицати на његову генетску склоност ка одређеном обољењу. Ово је у вези са правом на самоопредјељење запосленог (енг. *self-determination*).⁵⁹⁵ У том смислу, генетско тестирање се може посматрати као *право запосленог* да испољи своју приватност на радном мјесту, на начин што ће упознати послодавца са резултатима теста, али се истовремено може посматрати и као *обавеза послодавца* да ове резултате уважи и распореди запосленог на оно радно мјесто које неће негативно утицати на његово здравље. Овакву могућност треба да прати мишљење овлашћеног љекара о неопходности генетских испитивања. Међутим, и овдје треба водити рачуна о разлици која постоји између периодичног испитивања утицаја који средина има на генетски материјал (генетски

⁵⁹¹ У случају *Norman-Bloodsaw v. Lawrence Berkeley Laboratory* амерички Девети окружни суд је заузео став да генерална сагласност са медицинским испитивањима не значи одрицање од права на приватност, односно права појединца да не буде тестиран у погледу својих интимних својстава, укључујући и његово здравствено стање. S. French, *op. cit.*, стр.5.

⁵⁹² *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.62.

⁵⁹³ Право на самоодлучивање је једно од основних права утврђених Законом о правима пацијената („Сл. лист ЦГ“, бр.40/10, 40/11). Оно подразумијева право пацијента да слободно одлучује о свему што се тиче његовог живота и здравља, осим у случају када то директно угрожава живот и здравље других лица.

⁵⁹⁴ *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.17.

⁵⁹⁵ У питању је један од принципа предвиђених Препоруком Савјета Европе о генетском тестирању и скринингу у медицинске сврхе. *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.140.

мониторинг), и једнократних тестова који су фокусирани на проналажење својстава и неправилности инхерентних некој особи (генетски скрининг).⁵⁹⁶

3.3.4. Тестирање запосленог на присуство алкохола, дрога и других опојних средстава

Тестирање на присуство алкохола и дрога, као све заступљенија појава на радном мјесту, тијесно је везано за заштиту приватности запосленог. Треба, међутим, направити извјесну разлику између алкохола и дрога, с обзиром на то да употреба алкохола, за разлику од употребе дрога, у највећем броју случајева није законом забрањена и да представља уобичајену друштвену појаву. Први примјери тестирања запослених на дроге јављају се 60-их година прошлог вијека у америчкој војсци, да би 1986. године предсједник Реган донио наредбу да све савезне агенције успоставе програм тестирања на илегалне дроге за запослене на осјетљивим позицијама, истичући да су запослени који користе дроге мање продуктивни и поуздани и да је већа вјероватноћа да ће одсуствовати са рада, што све доводи до билионских губитака на годишњем нивоу.⁵⁹⁷ Подаци показују и то да су корисници дрога актери више од половине несрећа које се дешавају на раду.⁵⁹⁸

За разлику од САД-а, у другим земљама тежиште интересовања је више на употреби алкохола на радном мјесту. Примјера ради, у Француској се употреба алкохола доживљава као озбиљан проблем на радном мјесту, док се употреба дрога сматра минорном, јер се вјерује да корисници дрога нису значајније укључени у

⁵⁹⁶ *Protection of worker's personal data, An ILO code of practice*, стр.18.

⁵⁹⁷ Прва тестирања америчких војника везана су за тестирање повратника из Вијетнамског рата, да би се 1970-их тестирање проширило на све војнике САД-а. Ово тестирање показало је да 26% активног војног особља користи дроге, с тим да је овај проценат износио 47% када је у питању војно особље старосне доби од 18-25 година. Поред ових алармантних података, доношењу посебних прописа о обавезном тестирању у војсци допринјела је и авионска несрећа која се догодила 1981. године, и у којој је страдало 14 особа од којих је десет било позитивно на дроге, а пилот је користио и прописане љекове без знања надређеног и без одобрења војног љекара. *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.11.

⁵⁹⁸ Једна таква несрећа је и она која се догодила 1987. године у држави Мериленд, САД. У питању је судар возова у којем је страдало 16 путника, 174 особе су повријеђене, а имовинска штета је била више милиона долара. Истрага је показала да су машиновођа и радник одговоран за кочнице воза били позитивни на марихуану. *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.13.

свијет рада.⁵⁹⁹ У готово свим европским земљама забрањена је употреба алкохола за поједине категорије радника, а прије свега за оне ангажоване у сектору транспорта (пилоти, возачи, машиновође, бродари итд.), али и у другим безбједносно осјетљивим секторима (нпр. сектор енергетике). Ове забране потичу некада директно из радног законодавства, а некада су саставни дио кривичних или других прописа.⁶⁰⁰ Међутим, у веома малом броју система је прецизирана могућност, односно немогућност послодавца да тестира запосленог на алкохоле и дроге. Отуда, спорови који настану у вези са овим питањима углавном се рјешавају од случаја до случаја, и уз уважавање принципа релевантности. Проблем представља и то што се питање тестирања углавном регулише у контексту дјелатности од јавног интереса, док остаје отворено питање тестирања запослених у приватном сектору када то не налаже јавни, већ финансијски интерес послодавца. Осјетљивост овог питања додатно појачава и чињеница да у погледу употребе дрога и алкохола није могуће у потпуности раздвојити приватни и професионални живот запосленог, будући да њихова употреба у слободно вријеме може бити видљива или довести до посљедица и у радно вријеме. У упоредном праву, углавном се не разматра питање употребе дозвољених (прописаних) медикамената на радном мјесту, мада многи љекари сматрају да њихова употреба данас има много већи утицај на запосленог него употреба нелегалних дрога.⁶⁰¹

Уопштено узевши, тестирање на присуство алкохола и дрога представља напад на приватност запосленог и повреду његовог физичког интегритета, а са собом носи и ризик од дискриминације и повреде достојанства личности, због чега се синдикати, по правилу, противе оваквом тестирању, посебно када се оно уводи на систематски начин. На другој страни, потреба да се превентивно дјелује на инциденте и несреће на раду и да се заштите важни пословни интереси може учинити тестирање запосленог на присуство алкохола и дрога пожељним, па чак и

⁵⁹⁹ *Ibid.*, стр.222.

⁶⁰⁰ Законик о раду Француске забрањује присуство алкохола на радном мјесту и приступ радном мјесту запосленом који је под дејством алкохола. У Канади је кривично дјело управљање возилима, возовима, авионима и бродовима под дејством алкохола или дрога. У Финској је, такође, кривично дјело вожња под дејством алкохола и дрога. У Норвешкој је забрањена употреба дрога за поједине категорије запослених као што су војно особље, жељезничко особље, особље које управља трамвајима, метроом, итд. *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.15, 184.

⁶⁰¹ *Ibid.*, стр.10.

обавезним. У том смислу, важно је успоставити равнотежу између јавног интереса, интереса радника и пословног интереса. Прилично је јединствен став о томе да се могућност послодавца да тестира запосленог на дроге и алкохоле првенствено везује за високо ризичне професије јер тестирање у том случају представља додатну мјеру опреза и сигурности. У питању су професије код којих безбједност игра посебно важну улогу. Циљ је, дакле, спрјечавање инцидената који се могу јавити као резултат употребе дрога или алкохола на радном мјесту. Ово је и становиште Европског суда за људска права који је нашао да је, у случају високо ризичних дјелатности (нуклеарна електрана), оправдано обавезати све запослене да се подвргну тесту на употребу дрога, независно од врсте послова које обављају.⁶⁰²

Када је тестирање запосленог на присуство алкохола и дрога прописано законом, оно не представља проблем јер се полази од претпоставке да је законодавац унапријед, приликом доношења закона уважио и довео у равнотежу јавни интерес, са интересом радника и послодавца. Како би се избјегло самовољно поступање послодавца и заштитила приватност запосленог, добра су она законска рјешења по којима послодавац није овлашћен да спроведе тестирање запосленог на присуство алкохола или дрога, већ је овлашћен да обавијести полицију о потреби таквог тестирања или да запосленог упути у одговарајућу здравствену установу у случају када посумња да конзумира алкохол или дроге на радном мјесту, да обавља послове радног мјеста под њиховим дејством, или када то налаже озбиљност ситуације (несрећа на раду, сумња у криминалну дјелатност итд.).⁶⁰³

У случају када тестирање запосленог на присуство алкохола или дрога није прописано законом поставља се питање ко, и под којим условима, га може вршити. У одсуству законских рјешења, неспорно је да се тестирање запосленог на присуство алкохола и дрога може вршити на основу његове изричите *сагласности*. У вези са овим се, међутим, поставља питање да ли ова сагласност мора бити

⁶⁰² *Wretlund v. Sweden*, Judgment of 09 March 2004, no. 46210/99.

⁶⁰³ У Британији је предвиђена законска забрана конзумирања алкохола и дрога за запослене у сектору транспорта (*Transport and Works Act*). Такође, закон предвиђа да полиција има право да ове запослене тестира а да је менаџер или супервизор овлашћен да позове полицију уколико се ове супстанце конзумирају или постоји сумња да се посао обавља под њиховим дејством или у другим одговарајућим приликама. Исто тако, у Норвешкој је законом предвиђена могућност тестирања на присуство алкохола и дрога запослених у транспорту, с тим да такво тестирања мора да изврши полиција. *Condition of work digest, Workers` s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.16,307.

изричита или је довољно уношење клаузуле у уговор о раду која даје право послодавцу да тестира запосленог у случају потребе. Исправно би било закључити да послодавац може тестирати запосленог на присуство дрога и алкохола на бази уговорне одредбе, онда када је такво тестирање *релевантно* за обављање конкретног посла. Такође, тестирање запосленог може бити предвиђено *колективним уговором о раду*, али је пожељно да са таквим одредбама колективног уговора буде сагласан и савјет запослених.⁶⁰⁴

Послодавац је у принципу слободан да пропише забрану коришћења алкохола и дрога на радном мјесту, и у току радног времена, будући да њихова употреба директно утиче на начин и квалитет извршавања рада. Међутим, судска пракса показује да управљачка овлашћења *per se* не дају могућност послодавцу да *систематски* и *неограничено* тестира све запослене на присуство алкохола и дрога, али и да се у зависности од *околности случаја* такво тестирање може сматрати оправданим. Оно ће се сматрати оправданим онда када постоји *разумно увјерење* да је запослени под дејством алкохола или дроге и да то може утицати на његову способност да обави радне задатке, или да може довести у опасност његов живот и здравље, односно живот и здравље других радника или трећих лица. Тестирање се сматра оправданим и након несреће до које је дошло на раду.

Разумно увјерење (сумња) је оно што суштински одређује могућност тестирања на алкохоле и дроге, па се, отуда, сматра конститутивним елементом оправданог тестирања, с тим да је на послодавцу терет доказивања да је у конкретном случају тестирање запосленог оправдано. Ово је основни принцип кога се придржава канадско Арбитражно вијеће, будући да у споровима по овом питању доноси одлуку управо на основу чињенице да ли је, у конкретном случају, постојао чврст основ и разумно увјерење да запослени користи дроге које могу довести до одређених ризика, и да обавезно периодично тестирање на алкохоле и дроге не сматра разумним уколико не постоје докази о њиховој употреби на радном мјесту који би оправдали такво залажење у приватност запосленог.⁶⁰⁵ Овакав став

⁶⁰⁴ *Ibid.*, стр.241.

⁶⁰⁵ У случају *United Transportation Union v. Canadian Pacific Ltd.*, Арбитражни одбор је закључио да је железница као послодавац била у обавези да осигура да запослени који управљају возовима обављају своје дужности без утицаја дрога и да послодавац мора вршити надзор над њиховим радом, а када се укаже потреба може захтијевати од запослених да се тестирају. Насупрот томе, у случају

потврђен је и у судској пракси, па тако француски судови сматрају да генерално (систематско) тестирање запослених представља кршење њихових индивидуалних слобода.⁶⁰⁶ Треба водити рачуна и о томе да процјена послодавца о томе да ли постоји потреба за тестирањем може бити крајње субјективна и да не постоји санкције за неразумно тестирање.⁶⁰⁷ Лјекари ангажовани за рад код послодавца могу имати кључу улогу у процјени да ли је тестирање, у конкретном случају, неопходно, с обзиром на ризик који конкретни посао носи са собом. Исто тако, важну улогу имају и одбори за заштиту здравља и безбједности на раду, уколико су формирани код послодавца.⁶⁰⁸

Подразумијева се да тест треба да задовољи све стандарде у погледу квалитета процедуре, у погледу средстава која се користе, и у погледу стручности лица која тест спроводе.⁶⁰⁹ Ово је посебно важно у ситуацији када се запослени тестира на дроге, будући да постоји потреба да се увидом у медицинску документацију искључе други евентуални разлози за позитиван резултат теста (нпр. коришћење психотропних супстанци из медицинских разлога).⁶¹⁰

У ситуацији када послодавац нема упориште за тестирање у закону, изричитој сагласности запосленог, индивидуалном или колективном уговору о раду, нити у околностима случаја (обавези да се заштити живот и здравље), преостаје му могућност уобичајеног визуелног препознавања запосленог (енг. *ordinary observation*) који је под дејством ових супстанци. Дакле, послодавац може да

Temasters Union Local 880 v. Provincial-American Truck Transporters, Арбитражни одбор је заузео став да је обавезно тестирање исто што и претрес, те да може бити извршено једино уз сагласност запосленог или под условима дефинисаним колективним уговором, или у случају да све чињенице указују да на радном мјесту постоји проблем у вези са употребом алкохола и дрога. У конкретном случају није било доказа да запослени употребљавају ове супстанце, стога је Одбор закључио да је тестирање било неразумно. *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.183.

⁶⁰⁶ Заузет је став да послодавац може да донесе правила која предвиђају опште (систематско) тестирање само у специфичним радним условима који су изузетни и захтијевају мјере опреза и предострожности. *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.223.

⁶⁰⁷ *Ibid.*, стр.23.

⁶⁰⁸ У Шведској, Арбитражни трибунал (*Arbitration tribunal*) је заузео став да послодавац може тестирати запослене на присуство алкохола и дрога уколико је претходно о томе већином гласова одлучио Комитет за безбједност (*Safety committee*). *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.286.

⁶⁰⁹ *Ibid.*

⁶¹⁰ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, стр.374.

утврди злоупотребу алкохола или дроге на радном мјесту преко начина на који запослени извршава своје радне задатке или свједока, као и на основу других фактора као што су мирис, начин говора, насилно понашање и др.⁶¹¹

Због статистичких података који указују на значајно присуство алкохола и дрога на радном мјесту и због значајног броја несрећа на раду које се тиме узрокују, у многим земљама постоје предлози да се прошири могућност тестирања запослених који раде на радним мјестима која се сматрају високо ризичним. У том смислу, предлаже се обавезно тестирање након несреће која се деси на раду (енг. *post-accident testing*), периодично тестирање као саставни дио периодичног медицинског испитивања (енг. *periodic testing*), тестирање кандидата у поступку запошљавања (енг. *pre-employment testing*), тестирање узроковано одређеним околностима или понашањем запосленог (енг. „*for cause*“ *testing*) и насумично тестирање запослених (енг. *random testing*).⁶¹²

За разлику од тестирања које се врши након несреће или инцидента на раду или тестирања изазваног одређеним околностима и понашањем запосленог, *периодично тестирање, насумично тестирање и тестирање у поступку запошљавања* тешко се може сматрати оправданим са аспекта заштите приватности и достојанства, осим ако је унапријед предвиђено за поједина високо ризична занимања. Може се, отуда, прихватити став по коме запослени може отказати уговор о раду и тужити послодавца због конструктивног отказа у случају када је послодавац прибјегао периодичном или насумичном тестирању, а да није постојало разумног увјерења да је запослени конзумирао алкохол или дрогу, односно ваљан разлог везан за заштиту здравља и безбједности на раду.⁶¹³ Важно је и то да, према мишљењу Европског суда за људска права, и *одредбама послодавчевог правилника* може бити установљена обавеза насумичног и периодичног (годишњег) тестирања (радника на броду) на присуство алкохола, дрога и других токсичних супстанци, под условом да се ради о дјелатностима које су у вези са јавном сигурношћу и заштитом права и слобода других.⁶¹⁴

⁶¹¹ *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.241.

⁶¹² *Ibid.*, стр.190.

⁶¹³ *Ibid.*, стр.309.

⁶¹⁴ *Madsen v. Denmark*, Judgment of 07 Novembe 2002, no. 58341/00.

Долазак на посао и рад под дејством алкохола или дрога представља повреду радне дисциплине за коју се може изрећи дисциплинска мјера престанка радног односа.⁶¹⁵ Оваква повреда радне дисциплине предвиђена је, примјера ради, Законом о раду Србије, али и бројним колективним уговорима о раду.⁶¹⁶ У погледу тестирања, овај Закон предвиђа да послодавац, о свом трошку може да упути запосленог на одговарајућу анализу у овлашћену здравствену установу коју одреди послодавац, или да утврдити постојање наведених околности на други начин у складу са општим актом. Закон могућност тестирања везује само за оне ситуације у којима употреба алкохола и других опојних средстава има или може имати утицај на обављање посла, чиме се штити физички и психички интегритет као дио приватне сфере запосленог.

Интересантно је да Закон о заштити и здрављу на раду Црне Горе, поред тога што предвиђа да запослени не може да започне и обавља рад под утицајем средстава зависности (алкохол, дрога и сл.), обавезује запосленог да се подвргне провјери да ли је под утицајем ових средстава, на начин и по поступку који је утврђен актом послодавца.⁶¹⁷ Ова одредба оставља широка овлашћења послодавцу у погледу начина тестирања запосленог на присуство алкохола и дрога. Са аспекта заштите приватности запосленог, много су боља она рјешења која предвиђају да послодавац може једино упутити запосленог у овлашћену здравствену установу на тестирање, односно да не може сам вршити тестирање на присуство алкохола или других опојних средстава, будући да такво тестирање носи са собом опасност да ће послодавац злоупотребити своја овлашћења и нарушити приватност запосленог у већој мјери него што је то неопходно. У том смислу, одредбу о тестирању запослених на средства зависности треба тумачити рестриктивно и у зависности од околности случаја. Овакву могућност послодавца треба везати за постојање

⁶¹⁵ У праву Велике Британије полицајац који ради под дејством алкохола или конзумира алкохол у току радног времена чини повреду радне обавезе. *Condition of work digest, Workers `s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.307.

⁶¹⁶ Члан 179, став 3, тачка 4 Закона о раду Србије („Сл. гласник РС“, 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 113/2017). Црногорско радно законодавство не предвиђа врсте повреда радних обавеза и радне дисциплине, већ уређење овог питања препушта социјалним партнерима и послодавцу. Примјера ради, Грански колективни уговор за здравствену дјелатност („Сл. лист ЦГ“, бр. 11/2012) у члану 41 међу теже повреде радних обавеза, због којих послодавац може изрећи мјеру престанка радног односа, убраја и долазак на посао у напитом стању, опијање у току рада или коришћење опојних дрога.

⁶¹⁷ Члан 36 Закона о заштити и здрављу на раду („Сл. лист ЦГ“, бр.82/2005).

озбиљне сумње да је запослени започео или обавља рад под дејством средстава зависности и за ризике које та чињеница носи са собом. Одредбе закона би *de lege ferenda* требало да мањи значај дају интерним актима послодавца и да обавезу социјалне партнере да регулишу питања у вези са употребом алкохола, дрога и других опојних средстава на радном мјесту, а посебно питања у вези са тестирањем запослених.

Као и код других питања радног права и овдје поштовање добре пословне праксе представља важан услов легитимног тестирања запослених на алкохоле и дроге. Ова пракса подрзумијева постојање политике код послодавца чија је садржина унапријед позната запосленима и која је резултат консултација са радницима или њиховим представницима. Важан дио добре пословне праксе представља и дефинисање проблема везаних за зависност од алкохола и дрога као здравствених проблема, и њихов третман као било ког другог здравственог проблема са којим се запослени суочава за вријеме рада. Од значаја је и превенција и идентификација болести зависности на радном мјесту, као и консултовање и рехабилитација.

4. Заштита приватности у контексту заштите достојанства запосленог

4.1. Уводне напомене

Због специфичности односа који се развијају на радном мјесту и немогућности потпуног раздвајања приватне и професионалне сфере живота, *право запосленог на приватност* спада у изузетно рањива права. Правом на приватност, као основним људским правом, у првом реду, штити се *људско достојанство*. Достојанство (лат. *dignitas*) се обично доживљава као право сваке индивидуе на поштовање њене укупне личности и етички однос од рођења. Оно неизоставно укључује право на заштиту моралног, психичког и физичког интегритета. Но, мијешање у приватност запосленог, поред тога што нужно доводи до повреде његовог моралног и психичког интегритета, често за посљедицу има и *дискриминацију*, односно *психичко узнемиравање* (мобинг) по основу чињеница из приватног живота. С обзиром на то да дискриминација представља разликовање на бази личних својстава, један од дјелотворнијих начина да се превентивно дјелује

на дискриминацију јесте да се онемогући (ограничи) уплитање послодавца у приватни живот запосленог.

Повреда приватности данас се доживљава и као *ризик* коме је запослени изложен на раду и у вези са радом. Као и код других ризика коме је запослени изложен на раду, потребно је третирати узроке настанка повреде приватности као ризика, његове појавне облике, и у складу са савременим концептом заштите на раду у што већој мјери превентивно дјеловати на његову појаву. Овако широко схваћена заштита на раду подрзумијева не само право на *физички* (заштита од физичких, хемијских, биолошких агенаса и опасних ствари – машина, средстава рада) и *психички* (заштита од злостављања на рад) интегритет личности запосленог, већ и уважавање *моралног* интегритета (заштита од сексуалног узнемиравања; заштита приватности на раду).⁶¹⁸ Заштита достојанства запосленог понекад захтијева и да се чињенице из његовог приватног живота уваже у циљу остваривања одређених права по основу рада. Исто се постиже и специфичним рјешењима која радно право предвиђа за поједине (посебне) категорије запослених у циљу лакшег савладавања другачијих услова рада.

Све ово остварује се добрим међуљудским односима, одговарајућим политикама донијетим код послодавца, али и максималним учешћем синдиката, савјета запослених, представника радника и других тијела у којима запослени имају своје представнике. Систем права, обавеза и одговорности, иако је прије свега интересно заснован, ипак омогућује странкама у радном односу да једна другу виде као равноправне партнере и људска бића која са одговарајућом пажњом, међусобним поштовањем и достојанством заснивају и остварују те односе.⁶¹⁹ На овај начин доприноси се изградњи концепта пристојног рада и хуманизацији радног мјеста.

⁶¹⁸ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.369.

⁶¹⁹ П. Јовановић, „Интересни сукоби и социјална стабилност у сфери радних односа“, *Радно и социјално право*, Београд, број 1/2013, стр.54.

4.2. Право запосленог на приватност и концепција пристојног рада

Концепт пристојног рада резултат је свих активности на развоју радног права од његовог настанка па до данас. Он представља синтезу свега оног што је учињено на плану побољшања услова рада и заштите радника. У том смислу, пристојан рад је сложен појам који се стално надограђује упоредо са развојем демократије и хуманизацијом и морализацијом радног мјеста. Ово указује на квантитативан однос између пристојног рада и људског развоја.⁶²⁰ Међународна организација рада је највише допринјела стварању овог концепта, будући да је већ стотинак година посвећена подизању стандарда и квалитета рада широм свијета. Ипак, у питању је појам релативно новијег датума који се први пут јавља на 87. засједању Опште конференције рада 1999.године, у извјештају генералног директора Међународног бироа рада у коме је истакнуто да је: „Примарни циљ МОП-а данас, да унапријеђује могућности за жене и мушкарце у добијању пристојног и продуктивног рада, у условима слободе, једнакости, сигурности и људског достојанства“.⁶²¹ Додајући традиционалном праву на рад епитет *пристојног* (право на пристојан рад), МОП је направила значајан искорак у правцу заштите радника, управо у моменту када социјална права западају у кризу усљед глобалних процеса. Овај концепт је касније потврђен доношењем Декларације о социјалној правди у циљу праведне глобализације из 2008.године.⁶²²

Појам „пристојан рад“ (енг. *decent work*) често се поистовјеђује са појмовима „квалитетно запослење“ (енг. *quality of employment*) и „достојанствен рад“ (енг. *dignity work*). Ипак, појам пристојног рада је шири и у себи апсорбује појмове квалитетног запослења и достојанственог рада. Премда је јасно да је пристојан рад кровни циљ радног права, поставља се питање шта чини један рад пристојним, односно која су мјерила и критеријуми пристојног рада. Пристојан рад састоји се

⁶²⁰ Међутим, економски раст не доводи аутоматски до већег обима пристојног рада. С. Перић, *op. cit.*, стр.14.

⁶²¹ Сходно томе, из концепта пристојног рада произилази шест димензија које га детерминишу као универзални циљ, а то су: могућност или шансе за рад, рад у условима слободе, продуктиван рад, једнакост на раду, сигурност на раду, достојанство на раду. С. Перић, *op. cit.*, стр.11.

⁶²² Декларација о социјалној правди за поштenu глобализацију (*ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization*, adopted by the International Labour Conference, 97th session, Geneva, June, 2008).

из бројних компоненти, а има и различита значења за различите категорије људи.⁶²³ Пристојан рад има и економску компоненту, због чега треба да обезбиједи пристојан животни стандард запосленог и његове породице.⁶²⁴ У садржину пристојног рада, између осталог, улазе и *једнакост на раду*, *достојанство на раду* и *сигурност рада*. Мада приватност на раду не чини директну компоненту пристојног рада, тешко је замислити пристојан рад без заштите приватности запосленог. Ово из разлога што је свака од ових компоненти (једнакост, достојанство, сигурност), на одређени начин, везана за право запосленог на приватност, па се заштита приватности на раду јавља као значајан (посредан) фактор пристојног рада.

Једнакост у запошљавању и на раду је идеал, *conditio sine qua non* остваривања свих других права по основу рада. У одсуству овог принципа нема пристојног рада. *Adversus* једнакости на раду је неједнакост - дискриминација која подразумијева различит третман на бази особина које нису од значаја за извршавање рада. У питању су особине (својства) које представљају дио приватне сфере сваког појединца (запосленог). Отуда, заштитом приватне сфере, запослени се истовремено штити и од неједнаког третмана у поступку заснивања радног односа, у остваривању права по основу рада, и у случају престанка радног односа. На овај начин остварује се узрочно-последична веза између права на приватност, односно обавезе поштовања приватности запосленог на једној, и пристојног рада на другој страни.

Достојанство на раду је највиши циљ радног права. Људско достојанство представља немјерљиву и универзалну вриједност. Његовом заштитом штити се свеукупност човјекове личности, стога, проф. Лубарда с правом тврди да је „у достојанству љепота људске личности“ и да је „достојанство и естетска категорија“.⁶²⁵ Људско достојанство као правна категорија штити се прокламовањем, гаранцијом и заштитом људских права. Људска права су у

⁶²³ С. Перић, *op. cit.*, стр.63-64.

⁶²⁴ Дио I, тачка 4 Измијењене европске социјалне повеље: „Сви радници имају право на правичну накнаду која је довољна за пристојан животни стандард запослених и њихових породица.“ Закон о потврђивању Измијењене европске социјалне повеље (“Сл. лист ЦГ – Међународни уговори“, бр. 06/09).

⁶²⁵ Б. Лубарда, *Европско радно право*, стр.264.

функцији заштите људског достојанства, односно моралног, психичког и физичког интегритета личности. Право на приватност, као мало које друго право, доприноси заштити људског достојанства. Ово из разлога што право на приватност за објект заштите има саму бит (*хуманум*) човјека, оно што му је рођењем дато и оно што чини његову интиму. Радно право, отуда, штитећи право на приватност запосленог, истовремено штити и његово достојанство.

Сигурност рада је уз једнакост и достојанство на раду „друга“ димензија пристојног рада.⁶²⁶ Она је, међутим, на нешто посреднији начин повезана са правом запосленог на приватност и то кроз своје двије компоненте: *сигурност на раду* и *сигурност запослења*.⁶²⁷ И док се сигурност на раду (енг. *safety at work*) односи на заштиту здравља, безбједности и благостања на раду, сигурност запослења (енг. *employment security*) односи се на могућност појединца да добије и задржи посао.⁶²⁸ Ако се повреда приватности узме као ризик коме је запослени изложен на раду онда је и заштита приватности запосленог значајан фактор сигурности на раду. У условима у којима физичке повреде на раду и професионална обољења све више губе на значају, а у центар интересовања долазе повреде моралног и психичког интегритета, заштита приватности запосленог постаје услов без кога се не може говорити о пристојном раду.

На другој страни, сигурност запослења се традиционално различито доживљава у либерално оријентисаним државама, у односу на државе социјалне правде. Међутим, и у овој другој групи држава, под притиском теорија о негативном утицају заштитног радног законодавства на укупан привредни развој, знатно се промијенио појам сигурности запослења. Она се више не сматра основним начелом радног права и све више се трансформише у појам стабилности запослења.⁶²⁹ И док постоји озбиљна дилема о томе у којој мјери је сигурност

⁶²⁶ Ова димензија односи се на обим у коме је рад пристојан, и обично је повезана са аранжманима социјалне сигурности, здравственим и безбједносним регулативама, слободом удруживања, непостојањем дискриминације итд. С. Перић, *op. cit.*, стр.79.

⁶²⁷ Више о томе види у: С. Перић, *op. cit.*, стр.79-84.

⁶²⁸ *Ibid.*, стр.80.

⁶²⁹ Континуитет и стабилност запослења чинили су значајна обиљежја традиционалног модела организације рада. Ово тим прије што је сталност запослења подразумијевала то да се запослени, по правилу, снажно идентификује са својим послом, будући да је у њега „уложио своју младост“, а, тиме, и са својом радном средином, тј. заједницом, којој припада као радник. У том смислу је и начело сигурности запослења подразумијевало апсолутну, или, макар, дугорочну сигурност посла. Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.31-32. Један од циљева радног права је

запослења (релативно) обиљежје радног односа, она у основи остаје циљ коме тежи савремено радно право. Сигурност запослења је темељ економске сигурности човјека и његове породице која га лишава стреса у вези са радом,⁶³⁰ због чега она остаје битан чинилац пристојног рада. Имајући у виду улогу коју сигурност/стабилност запослења игра у животу појединца (радника), заштита приватног живота кандидата у поступку заснивања радног односа и запосленог у случају престанка радног односа, од суштинске је важности.

Поред тога што, кроз ове три компоненте (једнакост на раду, достојанство на раду, сигурност рада) подржава концепт пристојног рада, право запосленог на приватност то чини и на друге начине. Тако, примјера ради, радно право низом одредаба, које имају за циљ помирење породичних и професионалних дужности, штити приватну (породичну) сферу живота запосленог, доприносећи, на тај начин, квалитету и обиму пристојног рада. Исто тако, пристојан рад подразумијева обавезу прилагођавања радног мјеста потребама запосленог у вези са његовим личним својствима (лица са инвалидитетом, лица обољела од ХИВ-а, старија лица, малољетна лица итд.). Ограничавање могућности послодавца да неоправдано надгледа понашање запосленог или да га неоправдано тестира, такође, доприноси изградњи концепта пристојног рада.

4.3. Дискриминација запосленог због чињеница из његовог приватног живота

4.3.1. Начело једнакости и забране дискриминације

Једнакост је универзална вриједност и опште начело у правном регулисању међуљудских односа. Она је резултат спознаје да се сва људска бића рађају слободна и једнака у достојанству и правима.⁶³¹ Садржана је у идеалу комутативне правде по коме се једнако поступа са једнаким стварима а неједнако са неједнаким,

обезбјеђивање одређеног нивоа стабилности запослења, а не и сигурности радног мјеста, као социјалног коректива тржишта рада. Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.369.

⁶³⁰ Међутим, државе које гарантују слободу рада и слободу предузетништва могу гарантовати само релативну сигурност запослења, коју допуњује гаранција заштите за случај незапослености, као „основно јемство континуитета у исплати прихода“. Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.24-25.

⁶³¹ Да се сва људска бића рађају једнака у достојанству и правима први пут је прокламовала Општа декларација о правима човјека из 1948.године.

сразмјерно њиховој неједнакости.⁶³² Неодвојива је од укупног система људских права јер представља природну тежњу човјека да у гарантованим правима ужива бар онолико, колико и други, њему слични. У филозофији природног права, идеја једнакости и правде увијек је заузимала централно мјесто.⁶³³ Једнакост (једнаке шансе) у образовању, запошљавању и на раду од изузетне је важности за сваког појединца, будући да од ње зависи његов укупан економски, социјални и културни положај.

Насупрот једнакости стоји *неједнакост* – чији је основни израз дискриминација, као неоправдано различит третман. Већ са првом појавом демократије, дискриминација је препозната као болест друштва која је, у већој или мањој мјери, на више или мање видљив начин, присутна у свим његовим сегментима. Међутим, борба против дискриминације се води и данас, како на домаћем, тако и на међународном плану. Гарантовањем једнакости на раду најдуже се бави Међународна организација рада која је донијела читав низ конвенција, препорука и других аката којима се забрањује дискриминација. Ту се прије свега мисли на Конвенцију бр.111 о дискриминацији у погледу запошљавања и занимања.⁶³⁴ Међутим, ЕУ је направила највећи искорак у погледу заштите од дискриминације на практичном плану, захваљујући бројним директивама и богатој пракси Суда правде.⁶³⁵ Посебан допринос овај Суд је дао стварном изједначавању мушкараца и жена на раду, као и једнакости плаћања мушког и женског рада.

Најједноставније речено, у контексту радног мјеста, дискриминација значи доношење одлука о запосленом на основу недозвољеног критеријума.⁶³⁶ Она се дефинише као свако неоправдано, посредно или непосредно разликовање, искључење или давање првенства које има за циљ да наруши једнакост могућности или поступања у погледу запошљавања или занимања.⁶³⁷ Суштина дискриминације

⁶³² Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.38.

⁶³³ П. Јовановић, *Радно право*, стр.151.

⁶³⁴ Конвенција број 111 о дискриминацији у погледу запошљавања и занимања („Сл. лист ФНРЈ – Додатак“, број 3/61, преузета Одлуком о проглашењу независности Републике Црне Горе, „Сл. лист РЦГ“, бр.36/2006).

⁶³⁵ У том смислу најзначајније су Директива 78/2000/ЕЗ о једнаком третману у запошљавању и занимању и Директива 2006/54/ЕЗ о примјени принципа о једнаким могућностима и једнаком третману мушкараца и жена у области запошљавања и рада.

⁶³⁶ L. Guerin, J.D., *op. cit.*, стр.87.

⁶³⁷ Дефиниција је преузета и прилагођена из Конвенције МОП-а бр.111.

није, дакле, у прављењу разлике, већ у *неоправданом* прављењу разлике које за свој основ има неко својство које, по природи ствари, није релевантно за ситуацију у вези са којом се врши дискриминација. Треба, међутим, разликовати правну и фактичку дискриминацију јер, док данас ријетко наилазимо на *de jure* дискриминацију, она *de facto* и те како постоји. Веома је распрострањена на радном мјесту, а њене посљедице су далекосежне. Ово из разлога што дискриминација не погађа само запосленог, већ и чланове његове породице, а често има утицај и на њихову егзистенцију и животни стандард.⁶³⁸

Бројне су *ситуације* у којима кандидат/запослени може бити дискриминисан, почев од поступка заснивања радног односа и селекције кандидата, преко распоређивања на одговарајуће радно мјесто, усавршавања и напредовања на раду, плаћања, па до селекције запослених за чијим ће радом престати потреба. Још су, међутим, бројнији могући *основи* по којима се врши дискриминација на радном мјесту. Под основом дискриминације подразумијева се било које урођено или стечено лично својство које је повод неједнаког третмана. У питању су лична својства или чињенице из приватног живота кандидата/запосленог које нису од значаја за обављање посла. У принципу, може се ставити знак једнакости између *личног својства* и *чињенице из приватног живота* запосленог, будући да сва лична својства запосленог учествују у изградњи његове приватности као комплексне творевине. Ипак, нису сва лична својства у истој мјери уочљива, нити су на исти начин повезана са интимом појединца. Нека од њих чине најинтимнији дио приватног живота запосленог, па се зато сматрају нарочито осјетљивим (нпр. сексуално опредјељење, генетске предиспозиције, здравствено стање, вјерска увјерења и др.).

Број личних својстава као основа дискриминације стално се повећава, а у пракси су традиционалне основе дискриминације (боја коже, расна и вјерска припадност и др.) у великој мјери замијенили нови основи као што су сексуална

⁶³⁸ На страни запосленог негативни ефекти су: пад мотивације, продуктивности, концентрације; нарушавање идентитета; стрес; ментална и физичка обољења или сметње. Дискриминација се не одражава само на тренутно психичко и здравствено стање запосленог, већ и накнадно оставља негативне посљедице, које утичу на његову способност запошљавања и ефикасност на раду у будућности. Ефекти дискриминације се преносе и на породицу (породични конфликти, породично насиље, разводи бракова, нарушавање здравља чланова породице). С. Јашаревић, „Заштита од дискриминације на раду“, стр.60-61.

оријентација, изглед и начин одјевања, старост, генетске предиспозиције и сл. То је препознала и Међународна организација рада која под *новом формом дискриминације* подразумева она која се врши у односу на младе и старе особе, особе са инвалидитетом, особе обољеле од ХИВ/СИДА, особе са одређеним генетским предиспозицијама и (нездравим) начином живота.⁶³⁹ Међутим, у свијетлу догађаја на свјетској геополитичкој сцени опет се актуелизују поједини традиционални основи дискриминације. Тако је у посљедњих петнаестак година, у снажном порасту дискриминација на бази религијског увјерења, махом као резултат терористичких аката и сигурносних политика које се доносе као одговор на ову учесталу појаву.⁶⁴⁰

У вези са могућим основима дискриминације, правне документе који забрањују дискриминацију можемо разврстати на оне који садрже *отворену*, и на оне који садрже *затворену* клаузулу у погледу основа дискриминације. Док ови први експлицитно и таксативно набрајају могуће основе дискриминације, ови други само *exempli causa* наводе могуће основе дискриминације, остављајући могућност да се под општом формулацијом *и неко друго лично својство* знатно прошири домен заштите од дискриминације. Отворена клаузула је нарочито потребна у области радних односа, гдје се поред уобичајених, јављају и многи специфични разлози за дискриминацију као што су стаж, лични статус, обављање функције, рад код претходног послодавца, брачно стање, породичне обавезе, намјера да се има потомство, пушење, гојазност, висок крвни притисак, чланство у удружењу или припадност неком покрету, бораваште, навике у вези са облачењем и др.⁶⁴¹

⁶³⁹ *Equality at work: Tackling the challenges*, Report of the Director-General, International Labour Conference, 96th Sessions, Report I (B), Geneva, 2007, стр.Х.

⁶⁴⁰ Више о порасту дискриминације на бази религијског увјерења види у: *Equality at work: Tackling the challenges*, стр.33-34.

⁶⁴¹ Одлуком Уставног суда Републике Србије, бр. ИУо-246/2011, утврђено је да одредбе члана 57, став 1, алинеја 1 и 2 Посебног колективног уговора за јавна комунална и друга јавна предузећа града Новог Сада нису у сагласности са Уставом и Законом, пошто је тим актом прописано различито утврђивање отпремнине за запослене који су вишак. Наиме, једно рјешење предвиђено је за стаж остварен у јавним предузећима чији је оснивач град Нови Сад (тада се отпремнина утврђује на знатно повољнији начин, у складу са Колективним уговором), а сасвим друго рјешење за радни стаж остварен у другом правном лицу, чији оснивач није град Нови Сад (отпремнина се утврђује према закону). Н. Петрушић (ур.), *Приручник за борбу против дискриминације на раду*, стр.13.

Неће се, међутим, свако разликовање, искључење или давање предности на бази личних својстава сматрати дискриминацијом на раду. Другим ријечима, прављење разлике међу појединцима које је утемељено на особинама које су од значаја за успјешно обављање одређених задатака, не сматра се дискриминацијом. Ово из разлога што и лична својства, изузетно, могу бити од значаја за успјешно обављање посла и то онда када представљају стваран и одлучујући услов за обављање посла (*genuine and determining occupational requirement*), односно услов одређен у доброј вјери (*BFOQ*).⁶⁴² У питању је, дакле, услов (својство) без кога се посао не може обављати. Тако, примјера ради, старосна доб, пол, национална припадност, вјера или друго лично својство изузетно могу представљати услов за заснивање радног односа на одређеним радним мјестима (за рад у ватрогасној служби, женска/мушка улога у позоришту, за рад у црквама и другим вјерским организацијама). Прављење разлике на бази личних својстава, као изузетак, предвиђено је и директивама Европске уније и потврђено у праски Суда правде.⁶⁴³ Но, као и сваки други изузетак од правила, и овај се мора уско тумачити. Тако, сходно пракси европских судова, да се разликовање у конкретном случају не би сматрало дискриминацијом потребно је да је: а) објективно оправдано природом или потребама посла; б) разумно; в) извршено са легитимним циљем; и г) сразмјерно и нужно.⁶⁴⁴ Процјењивање испуњености наведених услова, међутим, није нимало лако.⁶⁴⁵

Као један вид одступања од општеприхваћеног принципа једнаког третмана, јавља се и тзв. позитивна дискриминација, односно афирмативна акција (енг.

⁶⁴² У америчком праву *bona fide occupational qualification* (BFOQ) значи да послодавац може приликом запошљавања направити разлику по основу старосне доби само ако то нужно захтијева природа посла. Да би доказао постојање BFOQ, послодавац мора показати да сва, или претежно сва, лица одређене старосне доби нису у могућности да обављају одређени посао. Ако се прописивањем старосне доби као услова за рад на одређеном радном мјесту жели обезбиједити заштита јавног интереса, онда је потребно да послодавац додатно осигура и то да се овај циљ не може постићи на неки други начин (којим би се избјегло разликовање на бази старосне доби). L. Guerin, J.D., *op. cit.*, стр.14.

⁶⁴³ Примјера ради, Директива 78/2000/ЕЗ у члану 6, став 1 предвиђа да држава чланица може предвидјети да разликовање на бази старосне доби не представља дискриминацију ако, у контексту националног законодавства, постоји објективан, разумно оправдан и легитиман циљ (укључујући циљеве везане са политику запошљавања, тржиште рада, и стручно усавршавање) и ако су средства за постизање тог циља одговарајућа и неопходна.

⁶⁴⁴ С. Јашаревић, „Заштита од дискриминације на раду“, стр.75.

⁶⁴⁵ *Ibid.*

affirmative action). Овдје се не ради о изузетку који је оправдан из разлога што лично својство представља неопходан услов за обављање посла, већ о намјери друштва у цјелини да исправи неправду која би одређеним категоријама лица била нанијета уколико би се досљедно поштовао принцип једнаког третмана. У питању су мјере афирмативне акције које, као што сама ријеч каже, имају за циљ афирмацију одређених лица којима је, с обзиром на неко њихово лично својство, потребна подршка у процесу образовања, запошљавања и рада. Некада је циљ афирмативне акције управо отклањање дискриминације према одређеним рањивим групама како би се обезбиједила њихова „материјална“, а не само „формална“ једнакост.⁶⁴⁶ У том смислу, она представља и један вид борбе против дискриминације. У ЕУ под афирмативном акцијом се, такође, подразумијевају мјере за исправљање посљедица дискриминације, што значи да оне могу да буду само привремене – док се не оствари начело једнакости шанси и поступања.⁶⁴⁷

Интересантно је да је став Суда правде значајно еволуирао у погледу могућности да се, у циљу афирмативне акције, одступи од принципа једнаког третмана на бази пола. Тако је свој првобитни став, у случају *Каланке*, о томе да аутоматско давање предности у запошљавању женама у дјелатностима у којима су недовољно заступљене представља дискриминацију на бази пола, касније замијенио нешто прогресивнијим приступом позитивној дискриминацији.⁶⁴⁸ Мјере афирмативне акције се у највећој мјери огледају у давању предности у запошљавању одређеним категоријама лица.⁶⁴⁹ Мада је изворно настала у намјери да омогући изједначавање жена са мушкарцима на раду, данас се у великој мјери, односи на лица са инвалидитетом, на припаднике одређених мањина и др.

Без обзира на то о којој врсти *изузетка* од једнаког третмана је ријеч (због природе дјелатности или афирмације одређених лица), сва лична својства остају дио приватности кандидата/запосленог. Ово даље значи да послодавац, у примјени ових изузетака, мора водити рачуна о томе да приватност појединца не наруши у већој мјери него што је то неопходно. У свим другим ситуацијама, прављење разлике међу запосленима на бази личних својстава истовремено доводи и до

⁶⁴⁶ *Ibid.*, стр.77.

⁶⁴⁷ *Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*. Б. Лубарда, *Европско радно право*, стр.235-236.

⁶⁴⁸ R. Blanpain, *European Labour Law*, Kluwer Law International, 2012, стр.593.

⁶⁴⁹ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.135.

повреде њиховог приватног живота, због чега је од изузетног значаја радити на сузбијању дискриминације, а што се постиже едукацијом, подизањем опште културе поштовања људских (социјалних) права, као и развојем посебних институција за сузбијање дискриминације. Борби против дискриминације доприноси и одговарајућа казнена политика, односно адекватно санкционисање починиоца – послодавца. Новчане казне које имају за циљ да задовоље жртву дискриминације морају бити ефективне, пропорционалне и имати одвраћајући карактер. Оне треба да укључе накнаду имовинске и неимовинске штете.⁶⁵⁰ Дискриминација која је праћена намјером послодавца, у америчком праву је санкционисана и казненом накнадом.⁶⁵¹ Без прописивања одговарајуће санкције за намјерну дискриминацију, законодавац би слао неповољну моралну поруку друштву.⁶⁵²

Поједини облици дискриминаторског дјеловања послодавца тешко се уочавају и још теже доказују. Ово посебно важи за тзв. *посредну дискриминацију* која на веома прикривен и суптилан начин може погађати приватност запосленог.

4.3.2. *Врсте дискриминације због чињеница из приватног живота запосленог*

Непосредна (директна) дискриминација постоји ако се неким актом, чињењем или нечињењем лице или група лица, у истој или сличној ситуацији, отворено доводе или могу бити доведени у неједнак положај у односу на друго лице или групу лица, по било ком основу који се сматра дискриминаторским.⁶⁵³ Без обзира на то што се за непосредну дискриминацију на раду обично везује намјера послодавца, њено основно својство је отвореност, *уочљивост*⁶⁵⁴ већ на први поглед, због чега је њена забрана историјски претходила забрани посредне

⁶⁵⁰ Суд правде ЕУ је у случају *Sabine von Colson i Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein Westphalen*, заузео став да накнада због дискриминације мора да одговара претрпљеној штети и да не смије бити чисто симболична – она треба да укључи накнаду и имовинске и неимовинске штете. Б. Лубарда, *Европско радно право*, стр.238.

⁶⁵¹ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.113.

⁶⁵² *Ibid.*

⁶⁵³ Дефиниција је преузета и прилагођена из Закона о забрани дискриминације (“Сл. лист ЦГ”, бр.46/10, 40/11, 18/14).

⁶⁵⁴ Типичан примјер директне дискриминације постоји онда када се огласом/конкурсом оглашава слободно радно мјесто за које се, примјера ради, тражи млада лијепа особа женског пола.

дискриминације. Она је, међутим, и данас присутна у оним срединама у којима не постоји развијена свијест о штети коју дискриминација наноси појединцу и друштву у цјелини, нити су развијени механизми за борбу против дискриминације. Тек на нешто већем ступњу развоја људских права, постаје јасно да нема истинске слободе и једнакости међу људима без заштите од оног скривеног и посредног дискриминаторског поступања.

Посредна (индиректна) дискриминација данас представља доминантан облик прављења разлике међу запосленима. Она постоји ако привидно неутрална одредба, критеријум или пракса доводи или би могла довести лице или групу лица у неједнак положај у односу на друга лица или групу лица по неком од дискриминаторских основа, осим ако је та одредба, критеријум или пракса објективно и разумно оправдана законитим циљем, уз употребу средстава која су примјерена и неопходна за постизање циља.⁶⁵⁵ У питању је разликовање по основу који изгледа праведан у форми али који доводи до дискриминације у примјени.⁶⁵⁶ У теорији радног права, законодавству и судској пракси прави се разлика између непосредне и посредне дискриминације при чему се узима више мјерила класификације: а) намјера или мотив да се дискриминише; б) узрочна веза између нелегитимног основа и неједнаког поступања; в) сличност ситуација; и г) способност повиновања.⁶⁵⁷

Како би се у што већој мјери проширио обим заштите од дискриминације, *намјера* послодавца да дискриминише (субјективни елемент) не сматра се неопходном, већ се узима у обзир да ли је до неједнаког поступања заиста дошло, по основу који се не сматра легитимним. И Европски суд правде је заузео став да намјера послодавца да дискриминише одређено лице не представља неопходан услов за постојање посредне дискриминације.⁶⁵⁸ Исто тако, у америчком праву, намјера није неопходан елемент дискриминације, већ је довољно да постоји „различит ефекат“ (енг. *disparate impact*) послодавчеве праксе у односу на

⁶⁵⁵ Дефиниција је преузета и прилагођена из Закона о забрани дискриминације (“Сл. лист ЦГ”, бр.46/10, 40/11, 18/14).

⁶⁵⁶ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.120.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, стр.114.

⁶⁵⁸ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, стр.417.

одређеног запосленог или одређену групу запослених.⁶⁵⁹ У праву ЕУ, посредна дискриминација се обично везује за неоправдано разликовање на бази пола, а пракса показује да у највећој мјери погађа жене које раде са непуним радним временом и то у погледу зараде и осталих новчаних примања.⁶⁶⁰ Тако је, у једном од водећих случајева, Суд правде заузео став да национални закони који омогућавају да радници са непуним радним временом буду мање плаћени од радника са пуним радним временом крше принцип једнаког третмана, у ситуацији када то погађа знатно већи проценат жена, него мушкараца, и када такво поступање није оправдано неким објективним разлогом.⁶⁶¹

За разлику од непосредне, посредну дискриминацију није лако препознати и доказати. Показало се да жртве дискриминације изузетно тешко на суду доказују дискриминацију, пошто се она врши на перфидан начин, а свједоци дискриминације се устручавају да је потврде.⁶⁶² Ово је разлог због чега је данас општеприхваћено правило о терету доказивања који пада на послодавца. *Onus probandi* на послодавцу треба да олакша позицију запосленог као жртве дискриминације. Доказни поступак представља централни дио сваког парничног поступка у коме се рјешава конкретан спор. Класично правило доказног поступка о подјеленом терету доказивања подразумијева да странка која покрене спор - *тужилац* у тужби износи одређене тврдње и доказе, док друга - *тужена* страна може слободно износити контра тврдње и доказе за њих. За разлику од овог правила, у споровима у вези са дискриминацијом, довољно је да запослени као тужилац изнесе одређену тврдњу и да је учини вјероватном, да би терет доказивања да та тврдња није тачна аутоматски прешао на послодавца. Овај принцип је најприје настао у америчком праву али га је Европско комунитарно право преузело као вид добре праксе у борби против дискриминације. Најприје је то учињено доношењем Директиве 97/80/ЕЗ о подјеленом терету доказивања у случајевима

⁶⁵⁹ L. Guerin, J.D., *op. cit.*, стр.88.

⁶⁶⁰ Право ЕУ забрањује непосредну и посредну дискриминацију: непосредну на бази пола, посредну када се користи неки други критеријум, који је *prima facie* објективан и прихватљив, али који *de facto* доводи до дискриминације на бази пола. R. Blanpain, *European Labour Law*, стр.578.

⁶⁶¹ *Ursula Voß v. Land Berlin, C-300/06, ECR, 2007.* R. Blanpain, *European Labour Law*, стр.581.

⁶⁶² С. Јашаревић, „Заштита од дискриминације на раду“, стр.80.

дискриминације на основу пола.⁶⁶³ Данас је ово правило о терету доказивања општеприхваћено у свим споровима у вези са дискриминацијом. Да би са сигурношћу утврдио да ли у конкретном случају постоји посредна дискриминација Европски суд за људска права спроводи сљедећи тест, односно даје одговоре на сљедећа питања: *а)* постоји ли различито поступање; *б)* да ли је различито поступање засновано на назначеној карактеристици; *в)* да ли се различито поступање врши са легитимним циљем; и *г)* да ли је различито поступање сразмјерно циљу који се жели постићи.⁶⁶⁴

Један од начина да се жртви олакша борба против дискриминације јесте забрана њене виктимизације. Под виктимизацијом се прије свега подразумева одмазда коју послодавац врши према жртви због покретања поступака за заштиту од дискриминације. Ова одмазда може да се састоји у давању отказа или неком другом неповољном третману. Њен циљ може бити и приморавање жртве дискриминације да сама откаже уговора о раду. У том смислу, Директива 2006/54/ЕЗ предвиђа обавезу сваке државе чланице да педузме неопходне мјере како би се заштитили запослени (укључујући радничке представнике) од отказа или другог неповољног третмана од стране послодавца, који би усилиједио као реакција на покретање жалбеног поступка код послодавца или било ког другог правног поступка који има за циљ заштиту од неједнаког третмана.⁶⁶⁵

4.3.3. Чињенице из приватног живота запосленог као основи дискриминације

Будући да је појам приватног живота изузетно комплексан, те да обухвата тоталитет човјекове личности, јасно је да сва лична својства запосленог улазе у домен приватности и да, у мањој ли већој мјери, уживају заштиту. Директна корелација између *приватности запосленог* и *дискриминације запосленог* огледа се у томе што лична својства/чињенице из приватног живота запосленог представљају

⁶⁶³ Directive 97/80/EC on the burden of proof in cases of discrimination based on sex, (*Official Journal of the European Communities*, L 14/6, 20/01/1998.).

⁶⁶⁴ Н. Петрушић (ур.), *Приручник за борбу против дискриминације на раду*, стр.19.

⁶⁶⁵ Directive 2006/54/EC on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation, (*Official Journal of the European Union* L 204/23, 26/07/2006).

истовремено и основе дискриминације. Ова лична својства могу бити стварна или претпостављена. Такође, могу бити урођена (боја коже, пол, поријекло, национална припадност и др.) и стечена (материнство, политичка припадност, вјерска увјерења, стил живота и др.), и не морају увијек уживати исти степен заштите. По правилу, већи степен заштите уживају она лична својства која су дубље везана за интиму човјека (нпр. сексуално опредјељење) или она која су човјеку дата рођењем (нпр. боја коже), док она лична својства која имају изражену спољну манифестацију (нпр. изглед, одјевање,) могу под одређеним условима представљати основ оправданог разликовања (одлучујући услов за обављање посла) и, у том смислу, уживати мањи степен заштите на раду.

Лична својства, као основе дискриминаторског поступања можемо подијелити на традиционална и савремена. У традиционална прије свега спадају боја коже, национална или вјерска припадност, пол и сл. Развој људских права и подизање свијести о значају заштите приватног живота запосленог довео је, међутим, до препознавања и других (новијих) облика дискриминације на раду који за свој основ имају нека друга лична својства. Те нове форме дискриминације, чији је пораст забиљежен у свијету, врше се по основима као што су сексуална оријентација, старосна доб, инвалидитет, ХИВ/СИДА, генетске предиспозиције, начин живота и др.

За разлику од традиционалних основа дискриминације који су бар *de jure* превазиђени, новији облици дискриминације везани су за савремене изазове друштва и још увијек на њих нису дати адекватни одговори. Међутим, ова подјела личних својстава, као основа дискриминације, је крајње релативног карактер, будући да неки од традиционалних основа опет постају актуелни. Посебно се актуелизује питање дискриминације на основу вјерске припадности и убјеђења, а што је узроковано политичким кретањима на свјетској сцени и растућом појавом екстремних вјерских покрета и тероризма. Релативизацији ове подјеле доприноси и чињеница да су неки од новијих основа дискриминације, сасвим сигурно, постојали и раније али нису били у фокусу интересовања, већ их је касније наметнуо савремени начин живота и развој социјалних права уопште. Према је традиционално веома заступљена, полна дискриминација још увијек представља доминантан облик недозвољеног разликовања, с тим да је попримила другачије

облике и да се све више јавља као дискриминација на бази брачног статуса, материнства, породичних дужности и сл. Један од одговора на нове трендове у погледу основа дискриминације дала је и Европска унија доношењем Директиве 2000/78/ЕЗ о једнаком третману у запошљавању и занимању, као и Директиве 2006/ЕЗ о једнаким могућностима и једнаком третману мушкараца и жена у запошљавању и занимању. На овај начин су препознате и заштићене највулнерабилније категорије радника (стари, млади, лица са инвалидитетом, *LGBT* популација, особе обољеле од ХИВ-а и жене).

4.3.3.1. Дискриминација по основу, пола, материнства и породичних дужности

Трудноћа, материнство, брачни статус и породичне дужности (одговорности) чине најважнији аспект човјекове приватности. Они нису само дио његовог приватног, већ и породичног живота, због чега је за њихову заштиту, поред појединца, заинтересовано и друштво у цјелини. Од заштите ових вриједности зависи укупан напредак једне заједнице. На радном мјесту, пак, за послодавца, ове вриједности имају карактер (личних) својстава кандидата за запослење и запосленог која могу бити од утицаја на извршавање послова радног мјеста, а на тај начин, и на укупне интересе послодавца. Отуда, не чуди што је послодавац традиционално заинтересован за ова лична својства и што, по правилу, жели да има податке о њима, без обира на то што спадају у приватну сферу кандидата/запосленог. Ово је учинило да дискриминација у запошљавању и на раду по основима као што су трудноћа, материнство, брачни статус и породичне дужности буде један од најстаријих и најзаступљенијих видова дискриминације који се задржао и до данас. Трудноћа, материнство и брачни статус, као лична својства, имају свој синтетички израз у појму *породичне дужности*. И заиста, породичне дужности и одговорности јесу оно што код послодавца ствара предрасуде о кандидату/запосленом. Мада се ради о различитим основима дискриминације (трудноћа, материнство, брак, породичне обавезе), полна дискриминација, по правилу, у себи садржи и ове друге основе, будући да њен најчешћи мотив јесте намјера послодавца да избјегне тешкоће (трошкове) у пословању који могу настати као резултат потребе да се замијени запослена која је

одсутна због трудноће, порођаја, њега дјетета или других породичних обавеза. Није, међутим, искључено да жртва дискриминације по основу пола буде и мушкарац.

У не тако далекој прошлости, под лицима са породичним дужностима (енг. *workers with family responsibilities*) углавном су се подразумијевале жене (мајке) којима је, због њихове биолошке улоге, било тешко да се радно ангажују, чему је допринјела и традиционална подјела послова на мушке (ван куће) и женске (у кући). Данас се овај појам доживљава шире и, говорећи уопштено, подразумијева све запослене мушкарце и жене са дужностима везаним за његу дјеце, као и све запослене мушкарце и жене са дужностима везаним за његу чланова уже породице, уколико су те дужности таквог обима да представљају ограничавајући фактор за припрему за запослење, запослење, обављање рада или напредовање на раду.⁶⁶⁶ Стога се, у области радног права, издвојила посебна категорија запослених/лица са породичним дужностима којима је (најчешће) потребна помоћ ради усклађивања породичних и професионалних активности. Поред тога што забрањује сваки вид посредне и непосредне *дискриминације* по основу пола, трудноће, материнства, брачног статуса и породичних дужности, савремено радно право предвиђа и низ других механизма који имају за циљ посебну *заштиту жена на раду, помирење породичних и професионалних дужности*, као и спровођење *мјера афирмативне акције*. Све ово представља неопходан услов заштите приватног и породичног живота запосленог. Међутим, ова регулатива је и у интересу друштва у цјелини, будући да немогућност помирења породичних и професионалних дужности може бити један од кључних разлога пада natalитета, али и озбиљне кризе са којом се суочава савремена породица.

Мада су жене у већини земаља одавно формално равноправне са мушкарцима, оне се и даље налазе у подређеном положају у већини области живота и рада.⁶⁶⁷ Жене знато чешће обављају слабије плаћене послове, много теже напредују на раду, ријеђе добијају прилику да се усавршавају и чешће добијају

⁶⁶⁶ Конвенција Међународне организације рада бр.156 о запосленима са породичним одговорностима из 1981.године („Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр.7/87, преузета Одлуком о проглашењу независности Републике Црне Горе, „Сл. лист РЦГ“, бр.36/2006).

⁶⁶⁷ Н. Петрушић (ур.), *Приручник за борбу против дискриминације на раду*, стр.91.

отказ.⁶⁶⁸ *Дискриминација жена* резултат је стереотипа и предрасуда о жени-мајки и жени-домаћици (послодавац, примјера ради, отказује уговор о раду запосленој јер сматра да жене треба да буду код куће са дјецом или одбија да унаприједи запослену на руководећу позицију јер сматра да је клијенти и пословни партнери неће схватити озбиљно као што би мушкарца на тој позицији).⁶⁶⁹ И док је на једној страни стопа запослености жена у порасту, нарочито у земљама у којима је њихово учешће на тржишту рада традиционално ниско, на другој страни, до њихове равноправности у погледу напредовања на раду и заузимања руководећих мјеста, као и у погледу плаћања, долази се знатно спорије, без обзира на то што је дошло до значајног напретка у погледу образовања жена.⁶⁷⁰

На плану практичног искорјењивања дискриминације на бази пола највише је урађено у Европској унији. Штавише, када је у питању заштита од дискриминације, судска пракса Европског суда правде може се сматрати носиоцем интеграционих процеса унутар Уније. Круну ових активности свакако представља доношење Директиве 2006/54/EЗ која је замијенила раније директиве у овој области и која је уважила напредак који је, у међувремену, постигнут кроз судску праксу.⁶⁷¹ У питању је Директива о примјени принципа једнаких шанси и једнаког третмана за мушкарце и жене у области запошљавања и занимања.⁶⁷²

Један од важнијих аспеката заштите једнаког третмана мушкараца и жена на раду тиче се њиховог једнаког плаћања, односно принципа једнаког плаћања за рад

⁶⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁶⁹ L. Guerin, J.D., *op. cit.*, стр.341.

⁶⁷⁰ *Equality at work: Tackling the challenges*, стр.25.

⁶⁷¹ Случај *Ulrich Hofmann v. Barmer Ersatzkasse* из 1984.године показује еволуцију (напредак) идеје унутар Уније о једнаком третману између мушкарца и жене. Како су се одредбе њемачког законодавства о заштити материнства односиле само на мајке (не и на очеве), у овом случају затражено је од Европског суда правде прелиминарно мишљење о томе да ли се г-дин Хофман може позивати на Директиву о једнаком третману из 1976.године, која забрањује полну дискриминацију у погледу свих услова рада, како би остварио право на одсуство ради њега свог дјетета млађег од шест мјесеци у случају када се мајка дјетета враћа на рад. Суд је истакао да Директиву треба тумачити на начин да држава чланица, након што протекне законом гарантовани период одсуства, може додијелити мајкама додатан период плаћеног одсуства али да она не намеће држави чланици обавезу да овакво одсуство алтернативно додијели оцу дјетета, чак и када су се родитељи око тога сагласили. Међутим, да је г-дин Хофман поднио тужбу након доношења Директиве из 1996.године (о плаћеном породилском одсуству), односно Директиве из 2002.године (о једнаком третману) уживао би исту заштиту као и мајка дјетета јер је њиховим доношењем обезбјеђена једнакост у правима родитеља. E. C. Landau, Y. Beigbeder, *From ILO standards to EU law*, Boston, 2008, стр.169.

⁶⁷² Директива се односи на примјену једнаког третмана у вези са приступом запослењу, напредовањем на раду, професионалном усавршавању, условима рада, укључујући плаћање. R. Blanpain, *European Labour Law*, стр.652.

једнаке вриједности (енг. *principle of equal pay*).⁶⁷³ Овај принцип уведен је у Европско комунитарно право путем Римског уговора, има директно дејство што значи да улази у надлежност Европског суда правде, а то је од изузетног значаја јер запослени/запослена може у поступку пред националним судом захтијевати заштиту овог права.⁶⁷⁴ У овом контексту појам *плаћање* схвата се широко и обухвата основну или минималну зараду, укључујући свако друго примање у новцу или натури које запослени прима директно или индиректно од послодавца у вези са извршеним радом.⁶⁷⁵ И поред тога, проблем неједнаког плаћања још увијек је заступљен у ЕУ јер су зараде жена просјечно за ¼ мање од зарада мушкараца за исте послове.⁶⁷⁶ Посебно је изражена пракса неједнаког плаћања запослених које раде у некој од нестандартних форми рада, при чему се рад са непуним радним временом јавља као једна од најзаступљенијих и за жене најпогоднијих атипичних форми рада.⁶⁷⁷ Без једнаког плаћања мушкараца и жена за рад једнаке вриједности не може се говорити ни о њиховој једнакости уопште, због чега је овај принцип предвиђен и у америчком праву, па тако жена и мушкарац запослени код истог послодавца примају исту зараду за исти рад, осим ако су различите зараде резултат *система старјешинства* (радни стаж код послодавца), *мерит система* (периодично оцјењивање рада), *система стимулесања рада* (зараде се одређују с обзиром на квалитет и квантитет производње) или ако су резултат било којег другог

⁶⁷³ Закон о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012, 31/14) уводи принцип једнаких зарада за исти рад или рад исте вриједности, при чему под радом исте вриједности подразумијева рад за који се захтијева исти степен стручне спреме, односно квалификације, нивоа образовања или стручне квалификације, одговорности, вјештине, услова рада и резултата рада. Закон о раду Хрватске („НН“, бр. 93/14), међутим, прецизира и то да се овај принцип односи на основну плату и сва додатна давања било које врсте која послодавац директно или индиректно, у новцу или натури, на темељу уговора о раду, колективног уговора, правилника о раду или другог прописа исплаћује радници или раднику за обављени рад.

⁶⁷⁴ Б. Лубарда, *Европско радно право*, стр.146-147.

⁶⁷⁵ Члан 2, став 1, тачка (е) Директиве 2006/54/ЕЗ. Конвенција МОП бр.100 о једнакости награђивања мушке и женске радне снаге за рад исте вриједности, такође, даје широко тумачење израза „награђивање“, подразумијевајући под њим надницу или плату, обичну, основну или минималну и све друге додатке који се исплаћују непосредно или посредно у новцу или у натури, од стране послодавца, раднику на основу запослења.

⁶⁷⁶ С. Јашаревић, *Социјално право*, стр.99.

⁶⁷⁷ У случају *Jenkins v. Kingsgate Ltd.*, суд је утврдио да се ради посредној дискриминацији по основу пола. Спор се водио у вези са тим што је један сат рада запослених који раде пуно радно вријеме био плаћен за 10% више од сата рада оних који су радили са непуним радним временом. Међутим, у конкретном случају претежно су жене радиле са непуним радним временом, због чега је суд утврдио постојање дискриминације по основу пола. Н. Петрушић (ур.), *Приручник за борбу против дискриминације на раду*, стр.94.

фактора осим пола.⁶⁷⁸ Повреда принципа једнаког плаћања мушкараца и жена за рад једнаке вриједности, истовремено представља и повреду приватности, будући да се одлука о неједнаком третману (плаћању) заснива на полу, као личном својству, чиме се уједно доводи у питање достојанство, те морални и психички интегритет личности. Ово тим прије што плаћање (зарада) представља основни мотив заснивања радног односа, а будући да има алиментациони карактер, зарадом се уједно штити приватни и породични живот запослене/запосленог.

Дискриминација по основу пола, у ширем смислу, укључује и узнемиравање (енг. *harassment*) и сексуално узнемиравање (енг. *sexual harassment*) на раду. У питању су поступања која спадају у директну дискриминацију, али која се због њихове опасности и учесталости посебно регулишу, односно забрањују.⁶⁷⁹ Овој подврсти дискриминације највише су изложене жене. *Узнемиравање* се дефинише као свако нежељено понашање узроковано неким од основа дискриминације, које има за циљ или представља повреду достојанства лица које тражи запослење, као и запосленог, а које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење, док се *сексуално узнемиравање* дефинише као свако нежељено вербално, невербално или физичко понашање које има за циљ или представља повреду достојанства лица које тражи запослење, као и запосленог лица у сфери полног живота, а које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће, неугодно, агресивно или увредљиво окружење.⁶⁸⁰ У питању су, дакле, понашања која за свој основ имају одређено *лично својство*, односно која погађају *сферу полног живота*, због чега представљају најгрубљу повреду приватног живота кандидата за запослење и запосленог. Посљедице (сексуалног) узнемиравања по радноправни положај жртве могу бити различите али неминовно доводе до повреде достојанства.⁶⁸¹ Поред узнемиравања и сексуалног

⁶⁷⁸ *Equal Pay Act* из 1963. године односи се само на заштиту од неједнаког плаћања које је резултат полне дискриминације, а да би успио у спору тужилац мора доказати да ради код истог послодавца, да прима неједнаку зараду, да се ради о једнаким пословима у погледу потребних вјештина, напора и одговорности (према судској пракси не мора се радити о идентичној једнакости, понекад је довољно да постоји суштинска једнакост), те да се посао изводи под сличним условима (у погледу окружења и безбједности посла). R. Smith, A. C. Hodged, S. J. Stabile, R. Gely, *op. cit.*, стр.173-177.

⁶⁷⁹ Н. Петрушић (ур.), *Приручник за борбу против дискриминације на раду*, стр.21.

⁶⁸⁰ Члан 8, став 2 и 3 Закона о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012 и 31/14).

⁶⁸¹ У америчкој судској пракси прави се разлика између сексуалног узнемиравања које је довело до значајних промјена у радном статусу запосленог (отказ, деградација итд.) и оног које није имало овако далекосежне посљедице. У првом случају, послодавац је одговоран за сву штету коју је

узнемиравања Директива 2006/54/ЕЗ у појам дискриминације укључује и било који мање повољан третман жене који за свој основ има трудноћу или материнство.

Мада се *трудноћа* и *материнство* често налазе у позадини полне дискриминације, они представљају и посебан основ различитог третмана жена у вези са запослењем и условима рада. Трудноћа и материнство чине дио приватног и породичног живота у најужем смислу ријечи, па, отуда, сваки чин дискриминације по овим основима уједно представља повреду приватног живота запослене. Заштиту од дискриминације по основу трудноће и материнства жена ужива у погледу заснивања радног односа, отказа уговора о раду, услова рада и напредовања на раду. Забрана дискриминације по овим основима испољава се и кроз забрану условљавања запослења тестом о трудноћи.⁶⁸² Чак и када се ради о пословима са повећаним ризиком, послодавац не би смио да условљава заснивање радног односа тестом трудноће, пошто по престанку трудноће и породилског одсуства, жена може да започне, односно настави да ради на пословима са повећаним ризиком, а што потврђује и пракса Суда правде ЕУ.⁶⁸³

Одбијање послодавца да запосли трудну жену због финансијских посљедица које може имати у вези са њеним одсуством са рада усљед трудноће и породилског одсуства сматра се директном дискриминацијом по основу пола.⁶⁸⁴ Забрана отказа трудница и породилца не подразумијева њихову посебну заштиту само због

претрпио запослени, без обзира на то да ли је знао за овакво поступање и да ли се жртва жалила на сексуално узнемирање. У другом случају, послодавац одговара за тзв. „непријатељско окружење на раду“ само у одређеним ситуацијама. Послодавац неће одговорати ако је благовремено преузео све радње како би спријечио злостављање на раду. L. Guerin, J.D., *op. cit.*, стр.341.

⁶⁸² Закон о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012, 31/14) као неоправдан разлог за отказ уговора о раду изричито наводи коришћење породилског (родитељског) одсуства и одсуства ради (посебне) његе дјетета. С тим у вези су и одредбе Закона којима се послодавац обавезује да запосленој жени којој уговор о раду истиче у периоду коришћења права на породилско одсуство, рок трајања овог уговора продужи до истека породилског одсуства. Забрана отказа у наведеним случајевима предвиђена је и другим међународним и регионалним правним актима, а прије свега Конвенцијом МОП-а бр.183, Европском социјалном повељом, Повељом о основним правима у ЕУ, УН Конвенцијом о елиминацији свих облика дискриминације жена.

⁶⁸³ У случају *Mahlberg*, послодавац је неоправдано направио разлику између запослених по основу полне припадности, односно између запослених које нису у другом стању и запослених за вријеме трудноће, па је ускратио право запосленој која је била у радном односу на одређено вријеме да заснује радни однос на неодређено вријеме с позивањем на то да је запосленој за вријеме трудноће законом забрањено да ради на пословима на којима би могла бити изложена дејству штетних супстанци. Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.126.

⁶⁸⁴ *Dekker v. Stichting Vormingscentrumvoor Jong Volwassenen Plus*. Е. С. Landau, Y. Beigbeder, *op. cit.*, стр.143-144.

биолошког стања и улоге материнства, већ и заштиту од ризика да се, због пола и околности које настају због репродуктивне функције запослних, према њима поступа неповољније него према другим запосленима.⁶⁸⁵ Отказ уговора о раду трудној жени сматра се обликом директне дискриминације и онда када није непосредно заснован на овом својству, већ на чињеници да запослена за вријеме трудноће не смије да обавља одређене послове.⁶⁸⁶ Исто тако, период који је жена провела на породилском одсуству узима се у обзир приликом израчунавања квалификационог периода потребног за напредовање на раду или за прелазак у виши платни разред.⁶⁸⁷

За трудноћу и материнство као лична својства запослене везују се и бројне заштитне мјере и мјере афирмативне акције које имају за циљ постизање *de facto* једнакости између мушкараца и жена. Ово из разлога што су, за послодавца, по правилу, жене „скупља радна снага“, па је њихова посебна заштита у функцији сузбијања полне дискриминације – обезбјеђивања заштите материнства, породице, наталитета.⁶⁸⁸ Квоте спадају у једну од најраспрострањенијих мјера афирмативне акције чији је циљ ублажавање и постепено отклањање неједнаке заступљености жена на раду.⁶⁸⁹ Сматра се да је „критична маса“, односно минимум учешћа мање заступљеног пола који треба обезбиједити од 30% до 40%.⁶⁹⁰

Заштита жена на раду, историјски посматрано, први пут се јавља крајем XVIII вијека у функцији заштите материнства. Међутим, од тада па до данас концепт ове заштите значајно се промијенио, посебно у погледу обима права која ова лица уживају. Ради се о савременом, квалитативно и квантитативно другачијем виду заштите који нема за циљ само заштиту биолошке функције жене, већ заштиту приватног живота и достојанства запослене. Овдје се прије свега мисли на одредбе којима се жени забрањује рад на радном мјесту на којем се претежно обављају нарочито тешки физички послови, радови под земљом или под водом и послови

⁶⁸⁵ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.499.

⁶⁸⁶ У случају *Habermann-Beltermann v. Arbeiterwohlfahrt* запосленој је отказан уговор о раду због постојања законске забране ноћног рада за вријеме трудноће. Е. С. Landau, У. Beigbeder, *op. cit.*, стр.149-150.

⁶⁸⁷ *Sass v. Land Brandenburg*. Е. С. Landau, У. Beigbeder, *op. cit.*, стр.161-162.

⁶⁸⁸ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.67.

⁶⁸⁹ Н. Петрушић (ур.), *Приручник за борбу против дискриминације на раду*, стр.30.

⁶⁹⁰ *Ibid.*

који би могли штетно и са повећаним ризиком да утичу на њено здравље и живот, као и на одредбе којима се забрањује да жена која ради у области индустрије и грађевинарства буде распоређена на рад ноћу.⁶⁹¹ Ова заштита различито је, међутим, регулисана у праву МОР-а и ЕУ.

Шири концепт (МОР, ЦГ) је онај по коме ова заштита обухвата заштиту жене од ноћног рада у индустрији и грађевинарству и заштиту од обављања нарочито тешких послова, радова под земљом или под водом, за разлику од ужег концепта (Европско комунитарно радно право, Србија) који предвиђа само заштиту жене за вријеме трудноће и одређеног периода после порођаја. У складу са тим, жена се за вријеме трудноће и дојења привремено распоређује на друге послове, а штити се и од рада ноћу и од рада дужег од пуног радног времена.⁶⁹² Ово заправо значи да жена за вријеме трудноће и дојења дјетета не може да ради на пословима који су штетни за њено здравље и здравље дјетета.

Међународна организација рада Конвенцијом бр.183 о заштити материнства⁶⁹³ предвиђа обавезу сваке државе чланице да, након консултација са репрезентативним организацијама послодаваца и радника, усвоји одговарајуће мјере како би се осигурало да труднице и дојиље не морају да обављају посао који је од стране надлежног органа одређен као штетан по здравље мајке или дјетета. Истоимена Препорука бр.191 даје детаљније инструкције државама чланицама које треба да предузму све мјере како би обезбиједиле процјену ризика радног мјеста за живот и здравље трудне жене, дојиље и дјетета, па уколико такав ризик постоји потребно је, на основу љекарског увјерења, обезбиједити алтернативу таквом раду путем елиминисања ризика или адаптације мјеста рада, односно када то није могуће, путем распоређивања на друго радно мјесто без смањења примања или одобравањем плаћеног одсуства када овакав трансфер није могућ. Ту су и одредбе о породилском одсуству, родитељском одсуству, одсуству ради усвојење дјетета, одсуству са рада ради дојења и сл. У свим овим случајевима ради се о одређеном

⁶⁹¹ Члан 105 Закона о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012 и 31/14).

⁶⁹² Члан 109 и 110 Закона о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012 и 31/14).

⁶⁹³ Конвенција Међународне организације рада бр. 183 о заштити материнства („Сл. лист ЦГ – Међународни уговори“, бр.1/11).

периоду плаћеног одсуства, што је од посебне важности за заштиту жена на раду,⁶⁹⁴ с тим да позитивно право (Црне Горе) не познаје право на одсуство у току радних сати за вријеме трудноће ради посјете љекара.⁶⁹⁵ *Ratio legis* свих ових одредаба није само заштита жене и њеног приватног живота, већ и заштита породице и помирење породичних и професионалних дужности.

Питање (мјера) помирења породичних и професионалних дужности запосленог од изузетне је важности, будући да савремени израз дискриминације по основу трудноће, материнства и брачног статуса представља управо *дискриминација по основу породичних дужности*. Овај облик дискриминације је, по неким истраживањима, најбрже растући тренд у свијету рада.⁶⁹⁶ Повезан је са незадовољством на раду, слабијом организацијом рада и конфликтом на релацији породица-посао.⁶⁹⁷ Потпунија заштита породице и запослених са породичним дужностима учињена је доношењем УН Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена која посебно забрањује дискриминацију жена због ступања у брак или због материнства, а која се залаже за пуно остваривање права на рад жена и обезбјеђивање помоћних друштвених служби, како би се родитељима омогућило да ускладе породичне дужности са дужностима на радном мјесту и учешћем у друштвеном животу.⁶⁹⁸ Међународна организација рада је још 70-их година

⁶⁹⁴ Конвенција бр.183 предвиђа право мајке на 14 недјеља плаћеног одсуства, при чему накнада зараде треба да буде таква да обезбиједи издржавање мајке и дјетета и не може бити мања од 2/3 њених ранијих примања. Европско комунитарно право (Директива 92/85) као минимални стандард предвиђа право на континуирано одсуство у трајању од најмање 14 недјеља, с тим да трудничко одсуство може започети најкасније двије недјеље прије очекиваног порођаја. Запослена за вријеме овог одсуства има право на накнаду зараде најмање једнаку износу накнаде за случај одсуства са рада услед боловања.

⁶⁹⁵ У Хрватској, Законом о родилним и родитељским правима („НН“, бр. 85/08, 110/08, 34/11, 54/13, 152/14, 59/17) запосленој трудници је гарантовано право на један слободан радни дан у току мјесеца у сврху обављања пренаталних прегледа. Слично томе, у Великој Британији запослена има право на плаћено одсуство у току радног времена ради одласка на пренатални преглед (енг. *right to paid time off for ante-natal care*).

⁶⁹⁶ Више о томе види у: С. Е. Dickson, „Antecedents and consequences of perceived family responsibilities discrimination in the workplace”, *The Psychologist-Manager Journal*, vol.11, број 1, 2008, стр.113.

⁶⁹⁷ *Ibid.*

⁶⁹⁸ Члан 11, тачка 2 Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена („Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори“, број 11/81, преузета Одлуком о проглашењу независности Републике Црне Горе, „Сл. лист РЦГ“, бр.36/2006): „Ради спрјечавања дискриминације жена због ступања у брак или материнства и обезбјеђивања њиховог стварног права на рад, државе чланице предузимају одговарајуће мјере ради: (а) забране, под пријетњом предузимања санкција, давања отказа због трудноће или породилског одсуства и дискриминације приликом отпуштања са посла због брачног стања; (б) увођења плаћеног породилског одсуства или сличних социјалних

прошлог вијека препознала потребу посебне заштите запослених са породичним дужностима. Комитет независних експерата за примјену конвенција и препорука је 1978.године истакао да све мјере које се предузимају у циљу промоције једнаких права, могу остати безначајне за велики проценат жена, ако оне због породичних дужности морају одустати од запослења или од напредовања на раду.⁶⁹⁹

У складу са тим, МОР је усвојила Препоруку о запосленима са породичним дужностима (одговорностима) бр.165 из 1981.године, а исте године је усвојена истоимена Конвенција бр.156.⁷⁰⁰ Примарни циљ ових аката је *промовисање* једнаког третмана и једнаких могућности, *успостављање* додатне заштите од дискриминације по основу породичних дужности, *указивање* на измијењену улогу мушкарца и жене у друштву и породици и на посебне потребе и мјере за побољшање услова ове категорије радника, као и *скретање пажње* на то да

бенефиција, без губљења права на раније радно мјесто, примања по основу стажа и социјална примања; (в) подстицање обезбјеђења потребних помоћних друштвених служби како би се родитељима омогућило да ускладе породичне дужности са дужностима на радном мјесту и учешћем у друштвеном животу, посебно подстицањем оснивања и развоја мреже установа за бригу о дјечи; (г) обезбјеђења посебне заштите жена за вријеме трудноће на оним радним мјестима за која је доказано да су штетна за труднице.“

⁶⁹⁹ Е. С. Landau, Y. Beigbeder, *op. cit.*, стр.167.

⁷⁰⁰ Конвенција Међународне организације рада бр.156 налаже обавезу државама које су је ратификовале, да сагласно својим националним условима и могућностима, предузму све мјере: (1) да би радници са породичним дужностима остварили своје право на запослење; (2) да би се узеле у обзир посебне потребе ових лица у условима запошљавања и оставаривања права из области социјалне сигурности; (3) да се у области друштвеног планирања узму у обзир потребе радника са породичним дужностима; (4) да се развију или унаприједи друштвене службе, јавне или приватне, као што су службе и установе за бригу о дјечи и за помоћ породици. Повеља о основним правима у ЕУ из 2000.године, као документ историјског значаја, важност усклађивања породичног и професионалног живота регулише у поглављу IV које носи назив *Солидарност* што само потврђује да ово није проблематика *per se*, већ да је њено рјешавање услов развоја друштва у цјелини и да треба да се темељи на врлини солидарности. Црна Гора је приликом ратификације Ревидиране европске социјалне повеље у потпуности прихватила члан 20 (право на једнаке могућности и једнак третман у питањима запошљавања и посла без дискриминације у односу на пол) и само дјелимично члан 27 (право радника са породичним обавезама на подједнаке могућности и једнак третман). Приликом ратификације члана 27, Држава је преузела обавезу да овим лицима омогући да стекну и задрже запослење као и да се поново запосле након одсуства које је било везано са ову врсту њихове одговорности, затим обавезу да било ком од родитеља обезбиједи право на одсуство ради старања о дјетету, те да осигура да породичне обавезе не могу представљати ваљан разлог за престанак радног односа. Црна Гора, међутим, није преузела обавезу да узме у обзир њихове потребе у смислу услова запослења и социјалног осигурања и да развије или да унаприједи службе, јавне или приватне, посебно службе за дневно чување дјече или друге облике дјечије заштите. Значајан је и члан 16 (право породице на социјалну, правну и економску заштиту), као и члан 17 (право мајки и дјече на социјалну и економску заштиту). Наглашавајући значај помирења породичног и професионалног живота, Комитет независних експерата је захтијевао од свих држава чланица које су ратификовале члан 16 да у наредном извјештају прецизно наведу све одредбе унутрашњег законодавства које се односе на обезбјеђивање доступних сервиса за чување дјече, како јаслица, тако и оних послужења школе.

породичне дужности не утичу само на запослене жене, већ и на породицу и друштво у цјелини. Препорука садржи конкретне мјере које треба предузети у циљу стварања услова рада и запослења који одговарају потребама запослених са породичним дужностима, као што су смањење радног времена, флексибилан распоред радног времена, родитељско одсуство, пореске олакшице, установе и сервиси за бригу о дјечи и породици и др.⁷⁰¹

Европски суд за људска права приватни и породични живот сматра неодојивим цјелинама, при чему се „ЕКЉП односи на породични живот *de facto*, а не *de jure*.“⁷⁰² Када је повреда права на поштовање приватног и породичног живота везана за брачне и породичне дужности запосленог, Суд је, у великом броју случајева, разматрао повреду члана 14,⁷⁰³ а у вези са чланом 8 Конвенције. Тако, у случају *Маркин против Русије*,⁷⁰⁴ подносилац представке је сматрао да му је ускраћено право на родитељско одсуство само из разлога што је припадник мушког пола. У овом случају Суд је с правом истакао да су избалансиране улоге жена и мушкараца у професионалном и приватном животу кључ родне равноправности и основ развоја друштва. Нагласио је да члан 8 Конвенције не укључује право на родитељско одсуство, нити значи било какву обавезу државе да га гарантује, али да начин на који је овај систем организован у једној земљи директно утиче на породични живот. Штавише, онда када држава одлучи да

⁷⁰¹ Препорука Међународне организације рада бр. 165 о запосленима са породичним одговорностима (*Workers with Family Responsibilities Recommendation, 1981*).

⁷⁰² М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Међународна људска права*, стр.182-183.

⁷⁰³ Члан 14 Европске конвенције о људским правима: „Уживање права и слобода предвиђених у овој Конвенцији обезбјеђује се без дискриминације по било ком основу, као што су пол, раса, боја коже, језик, вјероисповјест, политичко или друго мишљење, национално или социјално поријекло, веза са неком другом националном мањином, имовно стање, рођење или други статус“.

⁷⁰⁴ Подносилац представке је био запослен у војсци као радио оператер а у његовој јединици исте послове обављале су и жене које су га често мијењале на дужности. Господин Константин је објаснио да су се, одмах након рођења његовог трећег дјетета, он и супруга развели, те да су том приликом потписали споразум о томе да ће он бити једини старатељ троје дјеце. На основу оваког чињеничног стања, он је од претпостављених у својој војној јединици тражио да му одобре коришћење трогодишњег родитељског одсуства али је његов захтјев одбијен са образложењем да ово право може остварити само жена запослена у војсци. Подносилац представке је сматрао да је у питању дискриминација на бази пола, а у вези са остваривањем права гарантованих чланом 8 Конвенције. У поступку је посебно разматрано питање оправданости постављања ограничења у оставаривању права и слобода припадницима војске ради спрјечавања негативних ефеката на војну моћ државе. Ипак, држава није пружила никакве доказе који би оправдали ограничавање овог права само мушким припадницима војске. Истичући јако присуство родних стереотипа, Суд је већином гласова одлучио да постоји кршење члана 14, у вези са чланом 8 Конвенције. *Konstantin Aleksandrovich Markin v. Russia*, Judgment of 22 March 2016, no. 30078/06.

развије систем родитељског одсуства она то мора учинити на начин који је сагласан члану 14 Конвенције.

4.3.3.2. Дискриминација по основу старосне доби

Старосна доб је лично својство на које појединац не може да утиче. Као основ дискриминације, представља сложен појам који у себи укључује двије компоненте: *младост* и *старост*. Економска криза и висока стопа незапослености широм свијета довеле су до наглог пораста дискриминације по овим основима. Дискриминација по основу старосне доби (енг. *age discrimination*) дира у саму срж човјекове личности, вријеђајући на тај начин његово достојанство. Ситуацију додатно компликује чињеница да мјере смањења дискриминације по једном основу, могу утицати на повећање дискриминације по другом основу, и *vice versa*. У таквим условима, принцип међугенерациске солидарности (енг. *intergenerational solidarity*) не треба разумјети као давање предности у запошљавању било којој старосној групи, већ као успостављање баланса интереса и једних и других. Дискриминација по основу старосне доби углавном је мотивисана предрасудама о недовољном искуству, знању и вјештинама младих или о слабљењу способности и радних вјештина старијих лица.⁷⁰⁵

Међународна организација рада овај основ дискриминације није посебно предвидјела Конвенцијом бр.111, али га сврстава у новије основе дискриминације на раду. Као такав, садржан је у новијим документима који се баве заштитом људских права и забраном дискриминације.⁷⁰⁶ У европским оквирима, свакако је најзначајнија Директива 2000/78/ЕЗ која забрањује старосну дискриминацију у погледу запошљавања и занимања.⁷⁰⁷ Материјални домен Директиве обухвата: а)

⁷⁰⁵ У питању су стереотипи који подстичу људе и организације на одређено понашање према оваквим људима – неко је „премлад за посао“ (није довољно компетентан, мање је стручан, нема довољно искуства у раду), а неко је „престар за рад“ (неефикасан је, спор, више гријешни, мање је мотивисан за рад и учење, нефлексибилан је, противи се промјенама, презахтијеван је у погледу услова рада). Н. Петрушић (ур.), *Приручник за борбу против дискриминације на раду*, стр.112.

⁷⁰⁶ Према Закону о забрани дискриминације (“Сл. лист ЦГ”, бр.46/10, 40/11, 18/14) онемогућавање или ограничавање остваривања права или било које друго неоправдано прављење разлике или неједнако поступање према лицу или групи лица, по основу старосне доби, сматра се дискриминацијом.

⁷⁰⁷ Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, (*Official Journal* L 303, 02/12/2000.). Циљ Директиве је постављање општег оквира за

услове запошљавања и селекцију кандидата; б) приступ свим врстама стручног оспособљавања и усавршавања; в) услове рада (укључујући зараду и отказ); и г) чланство у организацијама радника или сличним организацијама (укључујући и бенефите чланства у тим организацијама).

Појам *омладина* може се дефинисати на различите начине, у зависности од сврхе дефиниције и од бројних демографских, социјалних, културних и других фактора. Под *млађим радницима* обично се подразумевају радници до навршених 25 година живота.⁷⁰⁸ Подаци показују да данас у свијету живи око 160 милиона незапослених људи, од чега је чак 40% младих.⁷⁰⁹ Чак и када раде, ова лица су, супротно устаљеном мишљењу, подложнија дискриминацији него њихове старије колеге. Дискриминација младих радника је посебно изражена у погледу запошљавања и напредовања на раду, јер се вјерује да ова лица немају довољно искуства, односно да немају довољно ауторитета за обављање одређених послова.⁷¹⁰ Када једном заснује радни однос, млађи радник би требало да ужива иста права као и други (старији) упоредиви радници. У пракси су, међутим, млади радници обично дискриминисани у погледу плаћања, дужине пробног рада и форме радног ангажовања.⁷¹¹ Ниже зараде младих радника резултат су увјерења да они требају бити мање плаћени због мање радног искуства. Оваква пракса може бити оправдана само када се ради о пословима за које су потребне посебне вјештине које се стичу искуством и континуираним усавршавањем.⁷¹² У супротном, крши се принцип једнаких зарада за рад једнаке вриједности. Исто тако, не могу се различито третирати запослени у зависности од тога са колико година су засновали радни однос. У складу са тим, Европски суд правде заузео је став да одредбе, по

сузбијање дискриминације на бази религије или увјерења, старосне доби и сексуалне оријентације у погледу запошљавања и занимања, а у намјери да се принцип једнаког третмана спроведе у државама чланицама ЕУ.

⁷⁰⁸ Уједињене нације, у статистичке сврхе и ради разматрања потреба младих, под овим појмом подразумевају лица од 15 до 24 године живота.

⁷⁰⁹ *World Youth Report 2003: Report of the Secretary-General UN*, Official document: A/58/79 & E/CN.5/2003/4, стр.55.

⁷¹⁰ Типичан примјер дискриминације младих радника постоји онда када послодавац одбија да запосли особу која испуњава све услове конкурса за руководеће радно мјесто, са образложењем да је премлада и да неће имати онај ауторитет који руководиоца треба да има у односу на запослене. Н. Петрушић, К. Бекер (ур.), *Практикум за заштиту од дискриминације*, Партнери за демократске промјене и Центар за алтернативно рјешавање сукоба, Београд, 2012, стр.26.

⁷¹¹ *Equality at work: Tackling the challenges*, стр.38.

⁷¹² *Ibid.*

којима се период запослења остварен до навршене 25 године живота не узима у обзир приликом израчунавања дужине отказног рока, представљају различит третман на основу година живота и да нису у складу са Директивом 2000/78/ЕЗ јер, без обзира на легитиман циљ, оне нису неопходне, нити сразмјерне циљу који се жели постићи.⁷¹³

Један вид дискриминације представља и то што се ова лица, у поређењу са старијим радницима, знатно више ангажују у флексибилним формама рада, а што се негативно одражава на њихов каснији професионални развој. Посебан проблем представља преклапање овог основа дискриминације са неким другим основима као што су пол, националност, расна или етничка припадност и др.⁷¹⁴ У Француској, примјера ради, постоји знатан јаз у зарадама младих францускиња и младих имигранткиња.⁷¹⁵ На другој страни, младе жене су на раду чешће изложене дискриминацији у односу на младе мушкарце, будући да многе од њих, управо у овом периоду живота, преузимају породичне дужности. Ово је посебно изражено у поступку запошљавања када послодавац од младих кандидата (жена) захтијева одговоре у вези са њиховим брачним и породичним статусом и плановима. У питању је тзв. вишеструка дискриминација која спада у теже облике дискриминације.⁷¹⁶

⁷¹³ *Ms Küçükdeveci* је била запослена у *Swedex* од своје 18 године. Када је имала 28 година отпуштена је са отказним роком од једног мјесеца јер је послодавац, сагласно њемачком законодавству, рачунао отказни рок као да је била свега три године запослена код њега. Другим ријечима, приликом израчунавања дужине отказног рока, не узима се у обзир радни стаж остварен до навршене 25 године живота. Супротно овоме, она је сматрала да је у питању дискриминација на бази старосне доби која је забрањена правом Европске уније и да отказни рок у њеном случају треба да износи четири мјесеца у складу са чињеницом да је 10 година радила код послодавца. Циљ ове законске одредбе је да омогући послодавцу флексибилније управљање људским ресурсима у погледу младих радника од којих се очекује већа мобилност на тржишту рада. Ипак, ова одредба није одговарајућа за остваривање таквог циља, будући да се односи на све запослене који заснују радни однос до 25 године живота без обзира колико су стари у моменту отказа уговора о раду. *Seda Küçükdeveci v Swedex GmbH & Co. KG, C-555/07*. R. Vlanpain, *Labour Law*, стр.560-561.

⁷¹⁴ Истраживања показују да је у Француској дискриминација у запошљавању друге генерације (младих) имиграната веома распрострањена. Свему овоме треба додати и чињеницу да су генерално све младе жене додатно дискриминисане у погледу примања на бази пола. *General, Equality at work: Tackling the challenges*, стр.50.

⁷¹⁵ *Ibid.*

⁷¹⁶ Према члану 20 Закона о забрани дискриминације (“Сл. лист ЦГ”, бр.46/10, 40/11, 18/14), тежим обликом дискриминације сматра се дискриминација: учињена према истом лицу или групи лица по више основа (вишеструка дискриминација); учињена више пута према истом лицу или групи лица (поновљена дискриминација); учињена у дужем временском периоду према истом лицу или групи лица (продужена дискриминација); учињена пропагирањем путем јавних гласила, као и

Разликовање по овом основу не сматра се, међутим, дискриминацијом онда када се минималне године живота законски прописују као општи услов за заснивање радног односа или када се постављају посебни услови у погледу старосне доби за рад на нарочито тешким и опасним пословима. У оба случаја ради се о одредбама заштитног карактера које треба да осигурају правилан психофизички развој и одговарајуће образовање омладине. Из овог разлога се старосна доб од 15 година обично узима као општи услов за заснивање радног односа.⁷¹⁷ Законима се редовно предвиђа и да запослени млађи од 18 година живота не могу да раде на радном мјесту на којем се претежно обављају нарочито тешки физички послови, радови под земљом или под водом, нити на пословима који би могли штетно и с повећаним ризиком да утичу на њихово здравље и живот.⁷¹⁸

Не постоји јединствена дефиниција појма *старијег радника*. И мада се редовно под старијим радницима подразумевају лица старија од 55 или 57 година живота, овај појам варира и зависи од конкретних прилика у једној земљи, традиције, закона и од сврхе у коју се дефинише. У складу са тим се и Међународна организација рада⁷¹⁹ одлучила за клаузулу отвореног типа која под старијим лицима подразумева све оне који због старења могу имати проблеме у запошљавању и занимању зависно од услова, праксе и регулативе у свакој земљи појединачно. Паралелно са препознавањем овог новијег облика дискриминације шири се и круг лица која уживају заштиту у својству старијег лица. Тако, амерички Закон о старосној дискриминацији у запошљавању⁷²⁰ заштиту пружа запосленим лицима са навршених 40 година и више.

исписивањем и истицањем садржаја и симбола дискриминаторске садржине на јавним мјестима; и која има нарочито тешке последице по дискриминисано лице, групу лица или по њихову имовину.

⁷¹⁷ Посебна заштита у погледу минималног узраста за запошљавање предвиђена је у међународном (Конвенција МОР-а бр.138 о минималном узрасту за запошљавање из 1973.године) и европском радном праву (члан 7 РЕСП; Директива 94/33 о заштити омладине на раду).

⁷¹⁸ Члан 104 Закона о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012 и 31/14).

⁷¹⁹ Препорука Међународне организације рада о старијим радницима бр.162 (*Older Workers Recommendation, 1980*).

⁷²⁰ *Age Discrimination in Employment Act* из 1967.године је савезни амерички закон који се бави заштитом права старијих радника. Овај Закон се примјењује на послодавце који запошљавају више од 15 запослених. Забрањује дискриминацију старијих радника у погледу запошљавања, отпуштања, плаћања, напредовања, накнада зарада и других услова рада. Комисија за једнаке шансе на раду (*Equal Employment Opportunity Commission*) је надлежна да одлучује о постојању дискриминације по овом основу. Поред тога, већина америчких држава има посебне законе којима се забрањује дискриминација старијих радника, а од државе до државе варира дефиниција старијег радника.

Питање дискриминације старијих радника посебно добија на значају у контексту старења европске популације усљед продужавања животног вијека и смањења стопе наталитета. Неки подаци показују да ће до 2060.године 30% европске популације бити старије од 65 година живота и да ће економски завистан дио становништва (старији од 65 година и млађи од 15 година) чинити готово половину европске популације.⁷²¹ Са истим проблемом суочавају се и друге земље попут Сједињених Америчких Држава.⁷²² Ова ситуација захтијева другачији (нови) третман старијих радника који подразумева продужење радног вијека, квалитетнију здравствену и радноправну заштиту, заштиту достојанства, те континуирано стручно усавршавање и заштиту од дискриминације. Ово је разлог због чега се и Европа одлучила за концепт тзв. активног старења (енг. *active ageing*) који подразумева старење људи у добром здрављу, са осјећањем професионалне испуњености и независности у погледу обављања свакодневних активности и уз пуно учешће у друштвеном животу.⁷²³

Дискриминација старијих радника негативно утиче на њихову мотивацију за рад и за усавршавање, као и на тренд пријевременог пензионисања, што се у крајњем негативно одражава на укупан економско-социјални амбијент једне државе.⁷²⁴ Дискриминација старијих радника је дискриминација која за свој основ има старост и која је мотивисана намјером послодавца да избјегне евентуалне тешкоће које могу настати усљед слабљења радних вјештина и здравственог стања старијих радника.⁷²⁵ Старији радници се често доживљавају као „терет и као већ

⁷²¹ A. Numhauser-Henning, „Labour law in a greying labour market – in need of a reconceptualisation of work and pension norms“, *European Labour Law Journal*, vol. 4, број 2, 2013, стр.85-86.

⁷²² Америчка популација рапидно стари у контексту глобалних демографских промјена. Они који старење популације виде као негативну појаву, овај тренд називају „сребрним цунамијем“ (*Silver Tsunami*). P. Irving, „Self-empoverment in later life as a response to ageism“, *Journal of the American Society on Aging*, vol.39, број 1, 2015, стр.74.

⁷²³ Љ. Ковачевић, „Забрана старосне дискриминације радника у свијетлу концепције активног старења и међугенерациске солидарности“, *Радно и социјално право*, број 1/2012, стр.89.

⁷²⁴ Према подацима из истраживања фондације Центар за демократију старосна дискриминација је трећа по учесталости, иза расне дискриминације и дискриминације према полу. Од милион незапослених у Србији, преко 190 000 је старије од 50 година, а незапослено је преко 120 000 жена у педесетим годинама. Н. Петрушић (ур.), *Приручник за борбу против дискриминације на раду*, стр.113.

⁷²⁵ Појам дискриминације старијих радника не мора се нужно поклапати са појмом старосне дискриминације. Ово из разлога што је појам старосне доби (као основ старосне дискриминације) знатно шири од појма старости (као основа дискриминације старијих радника) и представља генерички појам који укључује и појам старости.

истрошен ресурс“.⁷²⁶ Штавише, старији радници се сматрају „последњим средством“, тако да се запошљавају само онда када других могућности нема.⁷²⁷ Сви ови ставови резултат су увјерења да се старији радници слабије прилагођавају новим технологијама, да су мање заинтересовани за технолошке промјене, да их је теже обучити за коришћење ових технологија, као и да су мање амбициозни, енергични, креативни, слабијег здравља и памћења, те мање прилагодљиви.⁷²⁸ Отуда, дискриминацију старијих радника у великој мјери узрокује тзв. старизам (енг. *ageism*) као скуп предрасуда о старијим особама.⁷²⁹

Данас је старост препозната као посебан основ дискриминације, мада је дуго времена заштита од овог облика дискриминације обезбијеђивана са позивањем на тзв. остале основе дискриминације. Таква је ситуација са првим међународним документима који се баве заштитом људских права, а који таксативно наводе само традиционалне основе дискриминације као што су раса, боја коже, пол, национална, политичка и вјерска припадност и др. Најприје је Међународна организација рада кроз Препоруку о старијим радницима бр.162 истакла значај заштите старијих радника од дискриминације и потребу да се промовишу једнаке могућности и једнак третман свих радника без обзира на године.⁷³⁰ Повеља о основним правима у ЕУ из 2000.године, међутим, забрањује дискриминацију по основу старосне доби, штитећи на тај начин, не само старија лица, већ и све оне који због своје старосне доби, у одређеним околностима, могу бити подложни дискриминацији.⁷³¹ Таксативно набрајање овог основа дискриминације резултат је, између осталог, развијене свијести о потреби посебне заштите старијих лица.

⁷²⁶ P. Irving, *op. cit.*, стр.72.

⁷²⁷ S. Billett, D. Dymock, G. Johnson, G. Martin, „Last resort employees: older workers` perceptions of workplace discrimination“, *Human Resource Development International*, vol.14, broj 4, 2011, стр.376.

⁷²⁸ *Ibid.*

⁷²⁹ Један од начин да се превазиђу лоши ефекти старење јесте „узимање старења у сопствену надлежност“ (*Self- Empowered Aging*). У питању је самоконтрола старења која, између осталог, укључује припрему за старост, доживотно учење, продужавање радног вијека, вођење сопствених бизниса, постепено напуштање свијета рада. Више о *Self- Empowered Aging* у: S. Billett, D. Dymock, G. Johnson, G. Martin., *op. cit.*, стр.72-77.

⁷³⁰ Тако, сходно Препоруци МОП-а бр.162, старији радници треба да уживају једнаке могућности и једнак третман у погледу приступа професионалном оспособљавању, запошљавању, стручном оспособљавању, плаћеном одсуству у образовне сврхе, као и у погледу сигурности запослења, услова рада, зараде и мјера социјалне заштите.

⁷³¹ Члан 21 Повеље о основним правима у ЕУ.

Старији радници најчешће се дискриминишу у поступку селекције кандидата и заснивања радног односа, а нерјетко и у вези са престанком радног односа. Године живота, по правилу, не представљају оправдан услов за заснивање радног односа. У том смислу, навођење у огласу/конкурсу година живота као услова за заснивање радног односа представља облик директне дискриминације у запошљавању на бази старосне доби. Неоправдано је, примјера ради, заснивање радног односа у својству медицинске сестре условљавати старошћу до 35 година живота.⁷³² Када су у питању услови рада старији радници се често стављају у неповољнији положај у односу на своје млађе колеге у погледу права на усавршавање због убјеђења послодавца да улагање у усавршавање старијих радника није исплативо. Ипак, ускраћивање права на усавршавање старијем раднику не мора нужно представљати дискриминацију на бази старосне доби.⁷³³

Старија лица су још чешће жртве посредне дискриминације јер се прописивањем неких других, наизглед неутралних услова, доводе у неравноправан положај. Таква је ситуација са прописивањем обавезног посједовања возачке дозволе као услова за заснивање радног односа онда када то није неопходно за вршење посла или када се предвиђа тестирање физичке снаге и спремности за рад на радном мјесту на коме оне нису од одлучујућег значаја.⁷³⁴ Пракса показује да

⁷³² У поступку пред Повјереником за заштиту равноправности (Србија), по притужби Љ.Б.Ц. против К.Б.Ц. због дискриминације у запошљавању на основу старосне доби (дел.бр. 110/2011 од 12.09.2011.године), Повјереница даје мишљење да је огласом К.Б.Ц. дошло до нарушавања једнаких могућности за заснивање радног односа у односу на особе старије од 35 година, чиме је извршена непосредна дискриминација на основу старосне доби у области рада, забрањена чланом 6, 16 и 23 Закона о забрани дискриминације. Подносиатељка притужбе се пријавила за разговор са послодавцем и предочен јој је услов који се односи на старосну границу, с обзиром на то да подносиатељка притужбе пуни 42 године. Подносиатељка тужбе је према осталим условима могла да буде високо рангирана. У одговору послодавца наведено је да се тражи особље за рад на најтежем одјељењу, са болесницима на тешком третману, и да су кроз дугогодишњу праксу учили да млађе особе лакше, сврсисходније и полетније обављају повјерене задатке. Таквим поступањем, према мишљењу Повјеренице, повријеђено је начело о једнаким шансама за запошљавање и нарушен принцип о забрани дискриминације лица која траже запослење из члана 18 Закона о раду. Н. Петрушић (ур.), *Приручник за борбу против дискриминације на раду*, стр.115-116.

⁷³³ У предмету Ревр.90/06 од 04.07.2006.године, Врховни суд Хрватске је заузео став да упућивање тужиоца који има 59 година живота и 35 година стажа на образовање и оспособљавање за рад на другим пословима није имало сврху и да је у питању реална процјена очекиваних резултата евентуалног додатног оспособљавања. Н. Петрушић (ур.), *Приручник за борбу против дискриминације на раду*, стр.116.

⁷³⁴ До посредне дискриминације старијих радника долази у случају када се запослење неоправдано условљава посједовањем возачке дозволе, будући да овај услов не могу да испуне особе са значајно ослабљеним видом, што се нерјетко појављује у старијем животном добу. Љ. Ковачевић, „Забрана старосне дискриминације радника у свијетлу концепције активног старења и међугенерациске

послодавци наизглед заступају неутралан став према старијим радницима али да, уопштено узевши, запошљавају оне за које вјерују да им године неће представљати проблем за континуиран развој каријере. Такође, они настоје да приликом отказивања уговора о раду старијим радницима, прикрију стварне разлоге таквог отказа.⁷³⁵

Када године живота представљају *стваран и одлучујући услов* за обављање послова одређеног радног мјеста онда се разликовање на бази старосне доби не сматра дискриминацијом.⁷³⁶ Такав је случај, примјера ради, са улогом у позоришту, са пословима за које се захтијева посебна снага и спремност или са пословима чије извршавање може утицати на живот и здравље људи или на општу безбједност. У свим овим случајевима, године живота, саме по себи, нису услов за обављање посла, већ су то одређена својства која из њих нужно произилазе (нпр. изглед, снага, физичка спремност, прецизност, концентрација итд.). Тако је, Суд правде ЕУ у предмету *Волф* заузео став да одредба њемачког законодавства, која као услов за заснивање радног односа у ватрогасној служби прописује максималну старосну доб од 30 година, није противна Директиви 2000/78/ЕЗ, те да се у овом случају као основ разликовања не узима старосна доб, сама по себи, већ карактеристике које су својствене одређеној старосној доби, а које су, у конкретном случају, стваран и одлучујући услов за обављање посла.⁷³⁷

Да заштита од дискриминације не би изгубила смисао и ефекат, потребно је обезбиједити додатне гаранције. То се чини на начин што се процјењује да ли је прописивање година живота као услова за заснивање радног односа заиста неопходно, односно да ли се на други одговарајући начин могу постићи исти

солидарности“, стр.89. Исто тако, послодавац може захтијевати да сви кандидати за посао буду тестирани како би се утврдила њихова физичка снага и издржљивост, иако се ради о послу за чије успјешно обављање физичка снага није од одлучујућег значаја. Постављањем овог захтијева могу бити дискриминисана лица старије животне доби ако је сам тест прилагођен онима који су у пуној физичкој кондицији. Н. Петрушић, К. Бекер (ур.), *Практикум за заштиту од дискриминације*, стр.33.

⁷³⁵ Више о прикривеним облицима дискриминације види у: V. J. Roscigno, S. Mong, R. Byron, G. Tester, „Age discrimination, social closure and employment“, *Social Forces*, vol. 86, број 1, 2007, стр.313-334.

⁷³⁶ Ово је у складу са Директивом 2000/78/ЕЗ.

⁷³⁷ У случају *Colin Wolf v. Stadt Frankfurt am Main* Суд је пошао од чињенице да се ради о веома ризичном занимању које захтијева физичку спремност коју могу посједовати само млађе особе. R. Blanpain, *European Labour Law*, стр.546-550.

ефекти.⁷³⁸ По правилу, године живота као услов за заснивање радног односа прописују се законом или другим одговарајућим актом и нису резултат самовоље послодавца.⁷³⁹ Важно је напоменути и то да старија лица у поступку заснивања радног односа уживају заштиту од дискриминације у односу на млађе колеге само под условом да посједују одговарајућа знања и стручне квалификације, због чега се континуирано стручно усавршавање током читавог радног вијека јавља као *sine qua non* једнаког третмана старијих радника. Проблем је, међутим, то што и наизглед неутрални критеријуми нису сасвим независни од старосне доби и што могу водити посредној дискриминацији. Типичан примјер представља услов *одговарајуће искуство* који може да фаворизује старије раднике или, супротно томе, *релевантне (актуелне) квалификације* које је вјероватније да ће посједовати млађи радници који се тек укључују на тржиште рада.⁷⁴⁰

Једнак третман старијих радника некада захтијева и разумно прилагођавање радног мјеста њиховим потребама (афирмативне мјере) и њихову посебну заштиту на раду. Идеја је да се побољшају радни услови и радно окружење у свим фазама радног вијека и предузму мјере које ће старијим радницима омогућити да наставе да раде у одговарајућим условима.⁷⁴¹ Посебна заштита старијих радника обезбјеђује се и доношењем посебних закона или на начин што закони из области рада садрже одредбе заштитног карактера. Један тип заштитних одредаба односи се на забрану отказивања радног односа радницима који имају навршених 58, 60

⁷³⁸ Директива 2000/78/ЕЦ предвиђа да је за прописивање старосне доби као услова за рад на одређеном радном мјесту потребно да се то чини са легитимним циљем и да такав захтјев треба да буде сразмјеран легитимном циљу који се жели постићи. У америчком праву *bona fide occupational qualification* (BFOQ) значи да послодавац може приликом запошљавања направити разлику по основу старосне доби само ако то нужно захтијева природа посла. L. Guerin, J.D., *op. cit.*, стр.14.

⁷³⁹ Тако, примјера ради, према Закону о војсци Црне Горе ("Сл. лист ЦГ", бр. 88/09, 75/10, 40/11, 32/14), лице које се први пут прима у службу у Војсци као војник по уговору не може бити старије од 25 година. Исто тако, према Закону о заштити и спасавању Црне Горе ("Сл. лист ЦГ", бр. 13/07, 05/08, 86/09, 32/11), професионални спасилац, поред општих услова за заснивање радног односа, мора да испуњава и посебне услове међу којима је и тај да није старији од 25 година приликом првог заснивања радног односа у служби заштите.

⁷⁴⁰ J. Swift, „Justifying age discrimination“, *Industrial Law Journal*, vol.35, број 3, September 2006, стр.237.

⁷⁴¹ У том смислу, Препорука о старијим радницима бр.162 предлаже смањење редовног недељног или дневног радног времена старијих радника који раде на напорним, нездравим или опасним пословима, скраћивање радног времена на захтјев радника у одговарајућем периоду који претходи остваривању услова за одлазак у старосну пензију, повећање броја дана годишњег одмора полазећи од дужине радног стажа, пружање могућности старијим радницима да сами организују радно вријеме, посебно кроз рад са непуним или флексибилним радним временом.

или више година, односно радницима којима је до стицања права на старосну пензију преостало свега неколико година.⁷⁴² Могуће је и прописивање строжијих услова за отказ уговора о раду старијим радницима. Овакве одредбе уважавају чињеницу да су старија лица теже запошљива категорија, те да на старост као лично својство запослени не може да утиче. Ово је уједно и разлог због чега старосна доб, по правилу, представља забрањен отказни разлог.⁷⁴³ Међутим, када то налаже потреба заштите здравља и безбједности на раду или здравља и безбједности као општег добра, онда је могуће године живота сматрати оправданим отказним разлогом. Ово је најчешће случај са крајње одговорним професијама код којих начин извршавања рада може да утиче на здравље и безбједност људи (пилоти, војници, љекари и др.).⁷⁴⁴ Другим ријечима, у свим оним случајевима у којима старосна доб представља стваран и одлучујући услов за обављање посла, навршавање одређених година живота може се појавити као оправдан разлог за отказ уговора о раду. У овим случајевима се, међутим, мора водити рачуна о томе да ли запослени коме престаје радни однос испуњава услове да оствари право на старосну пензију или неке друге бенефиције које ће представљати компензацију за раније окончани радни вијек.

У литератури се често налази на став да је заштита од дискриминације по основу старости *слабија* него заштита од дискриминације по другим основима, јер постоји широк простор за оправдање различитог третмана на бази старости.⁷⁴⁵

⁷⁴² У хрватском радном праву, послодавац може отказати уговор о раду раднику старијем од 60 година само уз претходну сагласност радничког вијећа, члан 151 Закона о раду Хрватске („НН“, бр. 93/14). У пољском радном праву, послодавац не може отказати уговор о раду запосленом који до остваривања старосног услова за одлазак у пензију нема више од четири године, *Polish Labour Code* (z dnia 23 grudnia 1997 г., Dz.U . tłum. gb 1998 Nr 21, poz. 94). У словеначком радном праву, послодавац не може без писаног споразума раскинути уговор о раду раднику који је навршио 58 година живота или раднику коме је до испуњења услова за одлазак у старосну пензију остало мање од пет година, Закон о деловних размерјих („Урадни л. РС“, шт. 42/02 з дне 15.5.2002).

⁷⁴³ Тачка 5, под а) Препоруке Међународне организације рада о престанку радног односа на иницијативу послодавца бр.166 из 1982.године (*Recommendation concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer*). Закон о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012, 31/14) не предвиђа посебно старост као недозвољен отказни разлог али забрањује дискриминацију запослених с обзиром на старост.

⁷⁴⁴ Према Директиви 2000/78/ЕЦ државе чланице не морају да примјењују њене одредбе које се односе на инвалидност и старост уколико је циљ који се жели постићи очување војне снаге и војне ефикасности земље.

⁷⁴⁵ M. Palma Ramalho, „Age discrimination, retirement conditions and specific labour arrangements: the main trends in the application of Directive 2000/78/EC in the field of age discrimination“, *European Labour Law Journal*, vol. 4, број 2, 2013, стр.112.

Повод за овакве тврдње налази се у самој Директиви 2000/78 која предвиђа да се у одређеним ситуацијама разликовање на бази старосне доби сматра оправданим.⁷⁴⁶ У питању је разликовање које је, у контексту националног права, разумно и оправдано законитим циљем.⁷⁴⁷ У том смислу, прави се разлика између дискриминације у погрдном (пежуративном) смислу која није дозвољена и различитог третмана који, у конкретном случају, представља одмјерен и одговарајући избор.⁷⁴⁸ Треба напоменути и то да данас не постоји консензус о томе у којој мјери се различит третман по основу старости може оправдати, што додатно замагљује слику о старосној дискриминацији и чини је једном од контраверзнијих питања анти-дискриминаторског права.

У једном дијелу литературе заступљена је и оцјена да је старост „мање озбиљан основ дискриминације“ од других личних својстава.⁷⁴⁹ Ово наводно стога што старосна дискриминација мање угрожава и повријеђује достојанство запослених и кандидата за запослење него дискриминација на основу расе, инвалидитета или пола, јер старији радници нису традиционално суочени са неповољним поступањем на тржишту рада, док је у немалом броју случајева, разликовање радника по животном добу оправдано разлозима професионалне нужности.⁷⁵⁰ Не може се, међутим, прихватити закључак о наводној „блажој“ повреди достојанства радника у случају старосне дискриминације, будући да одлучивање на основу стереотипа и предрасуда везаних за животну доб, као и ускраћивање или ограничавање приступа запослењу и одређеним правима из радног односа повријеђује достојанство радника једнако као што штети одрживости привредних система.⁷⁵¹

Посебно питање у вези са животном доби као основом престанка радног односа тиче се обавезног окончања радног вијека (пензионисања) у моменту достизања одређене старосне доби. Из случајева који су рјешавани пред Судом

⁷⁴⁶ Члан 6, став 1 Директиве (*Justification of differences of treatment on grounds of age*).

⁷⁴⁷ Легитиман циљ мора бити оправдан стварном потребом послодавца. Економски фактори, односно пословне потребе могу се, такође, сматрати легитимним циљем. Међутим, дискриминација се неће сматрати оправданом само из разлога што је то за послодавца исплативије. J. Swift, *op. cit.*, стр.238.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, стр.232.

⁷⁴⁹ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.514.

⁷⁵⁰ *Ibid.*

⁷⁵¹ *Ibid.*, стр.515.

правде ЕУ закључује се да је *обавезно пензионисање*, у начелу, супротно принципу једнаког третмана али да се у контексту националног права и конкретних прилика може сматрати разумно оправданим. Државе нису у обавези да унапријед сачине листу оправданих изузетака али циљеви који се желе постићи треба да буду повезани са социјалном политиком у једној земљи (запошљавањем, тржиштем рада или професионалним усавршавањем).⁷⁵² Забрана старосне дискриминације се, отуда, не може тумачити на начин да се престанак радног односа не може условити навршавањем година живота у којима се стиче право на старосну пензију, као и навршавањем одређеног (минималног) стажа осигурања, под условом да је одговарајуће рјешење оправдано легитимним циљем, као и да је неопходно за постизање тог циља.⁷⁵³

Међутим, са аспекта заштите старијих радника, пожељно је ово питање ставити у контекст онога што неки аутори називају „безболније пензионисање“ (*more gentle transition from work to retirement*).⁷⁵⁴ То је модел у коме не постоји законска обавеза престанка радног односа у моменту када запослени досегне одређену старосну доб, будући да запослени има право да захтијева да остане у радном односу. Овај *флексибилни модел пензионисања* зависи од конкретних прилика у једној земљи и треба да омогући тзв. средња рјешења. У том правцу, могуће је увести обавезу послодавца да *bona fide* размотри захтјев запосленог да настави да ради, да своју негативну одлуку образложи и гарантовати запосленом могућност да такву одлуку оспори. Такође, старији радници се могу ангажовати у некој од флексибилних форми рада или радног времена, односно задржати се у улози консултанта, сарадника, савјетника и сл.

Закон о раду Црне Горе као један о разлога престанка радног односа по *сили закона* предвиђа навршавање 67 година живота кумулативно са 15 година стажа

⁷⁵² У случају *Felix Placios de la Villa v. Cortefiel Servidious SA*, Суд је истакао да одредба, према којој запосленом који досегне одређене године живота аутоматски престаје радни однос, представља различит третман на бази старосне доби. Но, у истом случају Суд закључује да оваква одредба има за циљ да промовише запошљавање на начин што ће се вршити боља расподјела радних мјеста међу генерацијама, те да се, у том смислу, може сматрати објективно и разумно оправданом. R. Blanpain, *European Labour Law*, стр.553.

⁷⁵³ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.514, 520.

⁷⁵⁴ M. Palma Ramalho, *op. cit.*, стр.114.

осигурања.⁷⁵⁵ Без обзира на то што Закон оставља могућност да се запослени и послодавац споразумију и другачије, он је окончању радног вијека дао карактер обавезног, нужног и аутоматског, због чега би се овакво рјешење могло квалификовати као вид старосне дискриминације, а истовремено и као вид повреде права на приватни живот запосленог. Ово тим прије што је аутоматски престанак радног односа због тзв. навршавања радног вијека неспојив и са гаранцијом слободe рада и права на рад.⁷⁵⁶ Престанак радног односа по сили закона није у складу ни са Препоруком бр.162 по којој пензионисање треба да буде добровољно, а окончање радног вијека постепено.⁷⁵⁷

4.3.3.3. Дискриминација по основу инвалидитета

Инвалидитет је урођено или стечено лично својство појединца које представља дио његове приватне сфере. Заштитом од дискриминације лица са инвалидитетом уједно се штити и његов приватни живот, будућа да је појам приватног живота широк и да може, у зависности од околности, обухватити и физички интегритет личности.⁷⁵⁸ Ова заштита посебно добија на значају узме ли се у обзир претпоставка да данас са неким видом инвалидитета живи око 10% укупне свјетске популације.⁷⁵⁹

У позитивном праву, под лицем са инвалидитетом (енг. *disabled person*) подразумејева се лице са трајним посљедицама тјелесног, сензорног, менталног или душевног оштећења или болести, које се не могу отклонити лијечењем или медицинском рехабилитацијом, а које се суочава са социјалним и другим ограничењима, која су од утицаја на радну способност и могућност запошљавања, одржавања запослења и напредовања у њему и које нема могућности или има

⁷⁵⁵ Слична рјешења постоје и у региону (Хрватска и Србија), с тим да наставак рада након достизања одређене старосне доби није условљен неопходношћу обављања посла, нити се овај вид престанка радног односа сврстава у оне по сили закона.

⁷⁵⁶ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.514.

⁷⁵⁷ Сходно Препоруци МОР-а број 162, закони и други прописи који престанак радног односа чине обавезним у моменту навршавања одређених година живота требају бити преиспитани.

⁷⁵⁸ Ž. Ditertr, *op. cit.*, стр.249.

⁷⁵⁹ У питању је око 650 милиона људи. Статистика показује да је од овог укупног броја лица са инвалидитетом, свака пета особа рођена са инвалидитетом, док је већина од преосталог броја стекла ово својство након 16-е године живота. Око 470 милиона лица са инвалидитетом је старосне доби предвиђене за рад. *Equality at work: Tackling the challenges*, стр.44.

смањене могућности да се, под равноправним условима, укључи на тржиште рада.⁷⁶⁰ Нагласак је, дакле, на *трајним* посљедицама и *медицинском* аспекту инвалидности.

У упоредном праву, међутим, не постоји јединствена дефиниција лица са инвалидитетом, већ оне варирају у зависности од тога да ли полазе од *медицинског* или *социолошког* одређења овог појма, али и од тога у којој мјери „трајност“ (енг. *durability*) узимају као неопходно својство инвалидитета. Социолошки приступ је шири од медицинског и подразумева да се у појам лица са инвалидитетом укључе и они које околина доживљава као такве, као и они који имају одређена психичка, интелектуална и сензорска оштећења која „у интеракцији са различитим баријерама могу ометати њихово пуно учешће у друштву на равноправној основи са другима“.⁷⁶¹ Дилема постоји и око тога да ли у овај појам треба укључити и оне који су сами себе (својим понашањем) довели у стање због кога имају одређене сметње за рад (нпр. употребом дрога, алкохола и сл).⁷⁶² На другој страни, *трајност* се дуго времена сматрала основним својством инвалидитета, будући да се привремена болест не може сматрати инвалидитетом у смислу заштите обољелог лица од дискриминације.⁷⁶³

Премда је Суд правде ЕУ најприје истакао да постоји јасна разлика између болести и инвалидитета, јер се у случају инвалидитета очекује да ће стање бити дуготрајно,⁷⁶⁴ мишљење овог Суда је, у међувремену, значајно еволуирало. Он је у почетку имао конзервативан (медицински) приступ појму лица са инвалидитетом који подразумева трајност као основно својство инвалидности,⁷⁶⁵ док данас, сасвим супротно, полази од широког, социолошког одређења лица са инвалидитетом, истичући да није неопходно да оштећење/обољење траје до краја

⁷⁶⁰ Члан 3 Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању лица са инвалидитетом („Сл. лист ЦГ“, бр.49/2008, 73/2010, 39/2011).

⁷⁶¹ С. Ниеβл, G. Boot, „The application of the EU framework for disability discrimination in 18 European countries“, *European Labour Law Journal*, vol.4, број 2, 2013, стр.122. Ово је у складу са УН Конвенцијом о правима лица са инвалидитетом из 2006.године („Сл. лист ЦГ – Међународни уговори“, број 2/2009).

⁷⁶² С. Ниеβл, G. Boot, *op. cit.*, стр.126.

⁷⁶³ *Ibid.*, стр.124.

⁷⁶⁴ Директива 2000/78 се не примјењује на болест, већ само на инвалидност. Болест у трајању од осам мјесеци се не сматра инвалидношћу. *Sonia Chacón Navas v. Euresť Colectividades, SA* Case C-13/05, 2006. Н. Петрушић (ур.), *Приручник за борбу против дискриминације на раду*, стр.120.

⁷⁶⁵ Више о томе види у: С. Ниеβл, G. Boot, *op. cit.*, стр.119 и даље.

нечијег живота, остављајући државама чланицама широко дискреционо овлашћење да оцијене када здравствени проблеми трају довољно дуго да би се могли сматрати инвалидитетом.⁷⁶⁶ На овај начин је значајно проширен круг лица која уживају заштиту од дискриминације по основу инаlidитета, а у складу са Директивом 2000/78/ЕЗ. И она оштећења која се јављају периодично, односно која периодично умањују животне и радне активности појединца требају се сматрати инаlidитетом.⁷⁶⁷ У супротном се ризикује ускраћивање заштите оним лицама која, мада болују од тешких обољења (као што су канцер или мултипл склероза), још увијек немају сталне симптоме који их свакодневно спријечавају да обављају радне активности.

Лица са инвалидитетом, и поред одређених оштећења трајнијег карактера, по правилу, имају очувану (потпуну или дјелимичну) радну способност. Захваљујући овој чињеници, лица са инвалидитетом представљају субјекте радног права који уживају посебну заштиту у остваривању својих права по основу рада. Но, и поред тога ова лица су изузетно маргинализована, стигматизована и дискриминисана на раду, што их чини највулнерабилнијом категоријом радника. Побољшање њиховог укупног положаја на раду захтијева пуну ангажованост државе и послодаваца. У томе се огледа и *позитивна природа права на приватни живот* која не захтијева од државе само да се уздржи од мијешања у приватни живот појединца, јер поред такве негативне обавезе, може постојати позитивна обавеза, нераздвојна од стварног поштовања приватног и породичног живота (*Бота против Италије*).⁷⁶⁸ Држава ову своју (позитивну) обавезу извршава најприје кроз доношење одговарајуће законске и подзаконске регулативе која има за циљ да створи услове за повећање запослености лица са инвалидитетом и њихово равноправно учешће на тржишту рада и стварање једнаких могућности. Она се у доношењу ових аката ослања на међународне стандарде који се баве заштитом лица са инвалидитетом.

⁷⁶⁶ *Ibid.*, стр.125.

⁷⁶⁷ Амерички закон о заштити лица са инвалидитетом из 1990.године (*American with Disabilities Act*) допуњен је амандманима 2008.године (*American with Disabilities Act Amendments Act*) којима је, између осталог, предвиђено да се под лицем са инвалидитетом подразумева и лице коме се одређене сметње јављају периодично, све док оне суштински ограничавају његове животне активности у фази када су активне. L. Guerin, J.D., *op. cit.*, стр.26.

⁷⁶⁸ *Botta v. Italija*. *Ž. Ditertr, op. cit.*, стр.233.

У првом реду, ту се мисли на Конвенцију Међународне организације рада бр.159 о професионалној рехабилитацији и запошљавању лица са инвалидитетом и УН Конвенцију о правима лица са инвалидитетом из 2006.године.⁷⁶⁹ Овим актима треба додати и Ревидирану европску социјалну повељу која обавезује државе које су је ратификовале да, *inter alia*, унаприједи друштвену интеграцију и учешће у животу заједнице лица са инвалидитетом, укључујући унапређење приступа запошљавању свим мјерама које на неки начин охрабрују послодавце да их запосле и задрже као своје раднике у уобичајеној радној средини и да прилагоде радне услове њиховим потребама.⁷⁷⁰ Сви ови акти изражавају савремено увјерење да начело толеранције – једнаких шанси у запошљавању не смије бити „хладно“ (*dura lex, sed lex*) примјењивано у погледу запошљавања лица са инвалидитетом, тј. да крутост комутативне правде треба ублажити начелом правичности које налаже да се да извјесна предност лицима са инвалидитетом у запошљавању, као и да се утврди обавеза за послодавце да из разлога правичности и морала, прихвате додатне трошкове у разумној мјери.⁷⁷¹ На овај начин напушта се концепт професионалне изолације лица са инвалидитетом који подразумијева њихово изоловано запошљавање у посебним предузећима и радионицама, а који у основи вријеђа њихов морални интегритет и достојанство. Ово тим прије што је основна идеја људских права да достојанство свих људи мора бити препознато и заштићено, те је, у том смислу, заштита лица са инвалидитетом у области професионалног усавршавања и запошљавања, добар примјер виталности везе која се успоставља између поштовања социјалних права и гарантовања људског достојанства.⁷⁷²

Од момента када држава створи квалитетну основу за адекватан третман лица са инвалидитетом, улога послодавца постаје изузетно важна, будући да он има обавезе у погледу њиховог приоритетног (квотног) запошљавања и разумног прилагођавања радног мјеста њиховим потребама. У бити, ради се о спровођењу

⁷⁶⁹ Конвенција Међународне организације рада бр.159 о професионалној рехабилитацији и запошљавању лица са инвалидитетом из 1983.године („Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр.3/87, преузета Одлуком о проглашењу независности Републике Црне Горе, „Сл. лист РЦГ“, бр.36/2006). Заштиту од дискриминације овим лицима обезбјеђују и Директива 2000/78/ЕЗ, као и Повеља о основним правима у ЕУ.

⁷⁷⁰ Црна Гора је прихватила као обавезујући члан 15 Ревидиране европске социјалне повеље.

⁷⁷¹ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.65.

⁷⁷² L. Samuel, *Fundamental Social Rights - Case Law of European Social Charter*, Council of Europe, 2002, стр.342.

одређених мјера које имају карактер афирмативне акције (позитивне дискриминације).⁷⁷³ У питању су мјере које имају за циљ укључивање лица са инвалидитетом на регуларно тржиште рада. Поред ових, могуће је и увођење мјера које треба да охрабре послодавце (подстицајне мјере) да запошљавају лица са инвалидитетом. Тек уколико ове мјере није могуће спровести у пракси онда се може прибјећи запошљавању лица са инвалидитетом на неким издвојеним радним мјестима која нису дио регуларног тржишта рада.⁷⁷⁴

Под *приоритетним запошљавањем* подразумијева се давање предности у запошљавању одређеном броју (квоти) квалификованих лица са инвалидитетом код послодавца.⁷⁷⁵ Међутим, ова обавеза је у позитивном праву алтернативно утврђена, будући да послодавац који не запосли одговарајућу (законом утврђену) квоту лица са инвалидитетом има могућност да умјесто тога, уплати посебан допринос за професионалну рехабилитацију и запошљавање лица са инвалидитетом.⁷⁷⁶ У вези са овим, могло би се поставити питање да ли се оваквом алтернативном обавезом обесмишљава запошљавање лица са инвалидитетом, те да ли се на тај начин занемарује њихов морални интегритет и право на приватни живот. Ово тим прије што су доприноси за професионалну рехабилитацију и запошљавање лица са инвалидитетом утврђени на ниском нивоу и што, са финансијске тачке гледишта,

⁷⁷³ Позитивна дискриминација у смислу прописивања квота за запошљавање јавила се у корист ратних војних инвалида после Првог свјетског рата (у Аустрији, Њемачкој, Италији, Француској и Пољској). Знатно прије тога, после ратова на почетку XIX вијека које је водио Наполеон I, дошло је у Француској до оснивања заштитних радионица, у којима су се запошљавали (превасходно) ратни војни инвалиди. Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.132.

⁷⁷⁴ Више о увођењу лица са инвалидитетом у регуларно тржиште рада, подстицању послодавца на њихово запошљавање и запошљавању на изолованим радним мјестима види у: L. Samuel, *op. cit.*, стр.349-350.

⁷⁷⁵ Послодавац који има од 20 до 50 запослених дужан је да запосли најмање једно лице са инвалидитетом. Послодавац који има више од 50 запослених дужан је да запосли најмање 5% лица са инвалидитетом у односу на укупан број запослених. Ако број лица са инвалидитетом које је послодавац дужан да запосли није цијели број, вриједност до 0,5 % заокружује се на нижи цијели број, а вриједност укључујући 0,5% и више заокружује се на већи цијели број, члан 21, став 1 и 2 Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању лица са инвалидитетом („Сл. лист ЦГ“, бр.49/2008, 73/2010 и 39/2011).

⁷⁷⁶ Послодавац који није запослио лице са инвалидитетом дужан је да, за свако лице које није запослио, приликом мјесечне исплате зарада и накнада зарада запослених, уплати посебан допринос за професионалну рехабилитацију и запошљавање лица са инвалидитетом. Стопа посебног доприноса износи 20% од просјечне мјесечне зараде у Црној Гори остварене у години која претходи плаћању доприноса, члан 22 Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању лица са инвалидитетом („Сл. лист ЦГ“, бр.49/2008, 73/2010 и 39/2011).

послодавцу дјелује примамљивије да их уплати него да запосли лице са инвалидитетом.⁷⁷⁷

Под *разумним прилагођавањем* (енг. *reasonable accommodation*) радног мјеста подразумијева се техничко-технолошко опремање радног мјеста, средстава за рад, простора и опреме, у складу са могућностима и потребама лица са инвалидитетом које, међутим, не представља веће финансијско оптерећење послодавца.⁷⁷⁸ Директива 2000/78/ЕЗ предвиђа обавезу послодавца да учини разумно прилагођавање радног мјеста потребама лица са инвалидитетом, али не одређује ближе шта се под тим појмом подразумијева. У пракси се често поставља питање у којој мјери је послодавац дужан учинити разумно прилагођавање радног мјеста, односно који трошкови у вези са прилагођавањем радног мјеста се сматрају *разумним*. Тако, примјера ради, преправљање простора ради уклањања просторних препрека не сматра се неразумним прилагођавањем радног мјеста које ствара превише трошкова на страни послодавца.⁷⁷⁹

Није, међутим, могуће дати јединствен одговор на ово питање, будући да појам разумног прилагођавања зависи од околности сваког конкретног случаја. Сугерише се да различити аспекти могу бити од значаја за утврђивање онога што се сматра разумним прилагођавањем и то: нето трошкови послодавца у вези са запосленим; финансијска подршка државе; величина предузећа; финансијско стање; законска обавеза запошљавања лица са инвалидитетом; техничка могућност прилагођавања радног мјеста; разлог инвалидитета; врста прилагођавања; и начин

⁷⁷⁷ С. Ниеџл, G. Voot, *op. cit.*, стр.131.

⁷⁷⁸ Разумно прилагођавање, тако укључује обезбјеђивање опреме неопходне за обављање послова радног мјеста: нпр. тастатура са читачем Брајевог писма за рачунар запосленог који је слабовид; прилагођавање радног стола и столица потребама запосленог са болешћу кичменог стуба итд. Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.65.

⁷⁷⁹ Лице са инвалидитетом које користи инвалидска колица поднијело је француском суду тужбу против Министарства образовања због неименовања на радно мјесто. Његова пријава за радно мјесто била је рангирана као трећа на листи кандидата. Када су прва два кандидата одбила понуду за посао, посао је понуђен четвртом кандидату, а не подносиоцу тужбе. Умјесто тога понуђено му је запослење у другом одјељењу са прилагођеним приступом за инвалидска колица. Држава је овакву одлуку правдала тврђом да није било у јавном интересу инвестирати средства у преправке простора како би се испунила обавеза разумног прилагођавања радног мјеста. Суд је, међутим, пресудио да Министарство није испунило своју обавезу разумног прилагођавања радног мјеста особи са инвалидитетом. Н. Петрушић (ур.), *Приручник за борбу против дискриминације на раду*, стр.121.

одлучивања.⁷⁸⁰ Уколико послодавац не учини разумно прилагођавање радног мјеста, сматраће се да је по сриједи дискриминација лица са инвалидитетом, у ком случају, терет доказивања да се у конкретном случају не ради о дискриминацији, прелази на послодавца.⁷⁸¹ Како прилагођавање радног мјеста и трошкови које оно носи са собом не би одвраћали послодавца од запошљавања лица са инвалидитетом често се предвиђају одговарајуће субвенције и други видови помоћи коју послодавац добија од државе у случају када запошљава ова лица.⁷⁸²

Све ове мјере и напори да се оне спроведу у пракси нису, међутим, довољни да искорјене или бар сведу на мању мјеру дискриминацију којој су ова лица изложена на раду. Уопштено говорећи, под дискриминацијом лица са инвалидитетом подразумијева се свако довођење ових лица у неједнак положај, у односу на друга лица, које је мотивисано њиховим својством инвалидитета. Она подразумијева свако прављење разлике, искључивање или ограничавање на основу инвалидитета чији је циљ или посљедица ограничавање или поништавање признавања, уживања или спровођења, равноправно са другима, свих људских права и основних слобода у области политике, економије, друштва, културе, грађанских права или некој другој области.⁷⁸³ Дискриминација лица са инвалидитетом у основи представља дискриминацију засновану на здравственом

⁷⁸⁰ Финансијско оптерећење послодавца јесте битан, али не и једини фактор који се узима у обзир приликом утврђивања да ли се ради о разумном прилагођавању радног мјеста или не. Значајан фактор је и то да ли постоји помоћ државе. У већини држава, значајан дио трошка који послодавац има у вези са овим је покривен из јавних фондова. У неким земљама се, такође, примјењују различита правила за мале и велике послодавце (у Аустрији послодавци који запошљавају до 25 лица немају обавезу запошљавања лица са инвалидитетом). Када су у питању запослени који су за вријеме запослења постали лице са инвалидитетом, узима се у обзир да ли су то својство стекли на раду или независно од тога. У многим системима се од послодавца више очекује уколико је инвалидитет настао у вези са радом. Послодавац се не ослобађа обавезе да размотри да ли је прилагођавање радног мјеста разумно чак и онда када је очигледно да није. Разумно прилагођавање радног мјеста може бити материјалне и нематеријалне природе, при чему је послодавац дужан да могућност нематеријалног прилагођавања разматра са истом пажњом као и материјалног. Типични примјери нематеријалног прилагођавања су адаптација радног времена и мјеста рада потребама лица са инвалидитетом. Nießl, G. Boot, *op. cit.*, стр.128-132.

⁷⁸¹ *Ibid.*, стр.128.

⁷⁸² Послодавац који запосли лице са инвалидитетом има право на субвенције, које се односе на: бесповратна средства за прилагођавање радног мјеста и услова рада за запошљавање лица са инвалидитетом; кредитна средства под повољним условима за куповину машина, опреме и алата потребног за запошљавање лица са инвалидитетом; учешће у финансирању личних трошкова асистента (помагача у раду) лица са инвалидитетом; субвенције зараде лица са инвалидитетом које запосли, члан 36, став 1 Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању лица са инвалидитетом („Сл. лист ЦГ“, бр.49/2008, 73/2010, 39/2011).

⁷⁸³ Н. Петрушић (ур.), *Приручник за борбу против дискриминације на раду*, стр.118.

стању, али је овај вид неједнаког третмана временом заузео посебно мјесто због бројности ове категорије лица, њихове рањивости и деценијског занемаривања.

Највећи искорак у правцу заштите ових лица од дискриминације у запошљавању и на раду свакако је учињен доношењем Директиве 2000/78/ЕЗ. Међутим, већ и на први поглед се види да је заштита од дискриминације лица са инвалидитетом нешто другачија у односу на заштиту од дискриминације по другим личним својствима на која се Директива, такође, односи. Ово из разлога што је у пракси много теже обезбиједити једнакост на раду лицима са инвалидитетом него што је то случај са, примјера ради, лицима одређене сексуалне оријентације.⁷⁸⁴ Узимајући у обзир специфичан положај лица са инвалидитетом, посебно се забрањује њихова дискриминација у погледу одређивања мање зараде за рад једнаке вриједности, прописивања посебних услова рада ако ти услови нису предвиђени за рад на том радном мјесту или прописивања посебних услова за остваривање других права по основу рада. У пракси је најприсутнија дискриминација ових лица у поступку запошљавања и у погледу плаћања.⁷⁸⁵ Суштински разлог искључивања ових лица са тржишта рада јесте још увијек присутна предрасуда о томе да су они непродуктивни и неспособни за рад или да ће њихово ангажовање наметнути значајне трошкове послодавцу.⁷⁸⁶

Треба додати и то да заштиту од дискриминације у погледу запошљавања и рада уживају само квалификована лица са инвалидитетом. Лице са инвалидитетом се сматра квалификованим ако задовољава опште и посебне услове за рад на одређеном радном мјесту и ако је у могућности да обавља основне функције радног мјеста на које се распоређује, са или без разумног прилагођавања.⁷⁸⁷ Тако, примјера ради, квалификованим ће се сматрати лице које, због ограничене могућности употребе руку, не може да користи тастатуру за рад на рачунару, али које исте

⁷⁸⁴ Nießl, G. Voot, *op. cit.*, стр.121.

⁷⁸⁵ Истраживање спроведено у Француској показало је да мање од 2% оних који су у свом CV-ју навели да имају одређени инвалидитет је било позвано на разговор за посао. Шанса за запослење се смањује са повећањем степена инвалидитета. Када је у питању слабије плаћање лица са инвалидитетом оно је једним дијелом резултат њиховог слабијег образовања али и чињенице да су по овом основу дискриминисани. *Equality at work: Tackling the challenges*, стр.44-45.

⁷⁸⁶ *Ibid.*

⁷⁸⁷ Под основним функцијама радног мјеста подразумијевају се суштинске дужности, док се не узимају у обзир маргиналне или минорне дужности радног мјеста. L. Guerin, J.D., *op. cit.*, стр.21.

послове обавља помоћу софтвера за гласовне команде.⁷⁸⁸ Од изузетне је важности, отуда, адекватна припрема лица са инвалидитетом за тржиште рада кроз образовање и професионалну рехабилитацију која, између осталог, укључује професионално оспособљавање за обављање одређених послова.⁷⁸⁹

4.3.3.4. Дискриминација по основу родног идентитета и сексуалне оријентације

Родни идентитет и сексуална оријентација спадају у најинтимнији дио човјекове приватности. Ово из разлога што се под *родним идентитетом* подразумијева сопствени родни доживљај који не мора зависити од пола који је утврђен и уписан приликом рођења, док се под *сексуалном оријентацијом* подразумијева емоционална и/или физичка привлачност или наклоност која може бити према лицима истог и/или различитог пола.⁷⁹⁰ Право на родни идентитет и сексуалну оријентацију има позитиван и негативан вид: право да се изрази свој родни идентитет и сексуална оријентација (*позитиван вид*) и забрана позивања на јавно изјашњење о свом родном идентитету и сексуалној оријентацији (*негативан вид*).

Хомосексуалност је дуго времена сматрана кривичним дјелом.⁷⁹¹ Данас је, међутим, ситуација другачија јер се припадници *LGBT* популације штите бројним

⁷⁸⁸ *Ibid.*

⁷⁸⁹ Професионална рехабилитација обухвата: савјетовање, подстицање и мотивисање лица са инвалидитетом на активно тражење запослења; утврђивање преостале радне способности; помоћ у прихватању властите инвалидности и упознавање са могућностима укључивања у оспособљавање и рад; помоћ приликом избора одговарајућих професионалних циљева; развијање социјалних спретности и вјештина; помоћ приликом тражења одговарајућег радног мјеста; анализа конкретног радног мјеста и радног окружења лица са инвалидитетом; израда плана прилагођавања радног мјеста и радног окружења за лице са инвалидитетом; израда плана потребне опреме и средстава за рад за лице са инвалидитетом на том радном мјесту; оспособљавање за рад на конкретном радном мјесту; праћење и стручна помоћ приликом оспособљавања и образовања; праћење лица са инвалидитетом на радном мјесту, након запослења; евалуација успјешности процеса рехабилитације за поједино лице са инвалидитетом; оцјењивање радних резултата запосленог лица са инвалидитетом, члан 12 Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању лица са инвалидитетом („Сл. лист ЦГ“, бр.49/2008, 73/2010, 39/2011).

⁷⁹⁰ Закон о забрани дискриминације („Сл. лист ЦГ“, бр.46/10, 40/11, 18/14).

⁷⁹¹ У случају *Dudgeon v. Ujedinjeno Kraljevstvo*, Европски суд за људска права је сматрао да држање на снази закона на основу којег се хомосексуални чин између одраслих мушкараца који на то пристају – а који су старији од 21 године – сматра кривичним дјелом, представља неоправдано мијешање у право на поштовање приватног живота. *Ž. Ditertr, op. cit.*, стр.236.

законима и међународним документима.⁷⁹² Ово посебно важи за европске оквире, будући да Директива 2000/78/ЕЗ, *inter alia*, забрањује дискриминацију по основу сексуалне оријентације⁷⁹³ и да су, према тумачењу члана 8 Европске конвенције о људским правима, родни идентитет и сексуална оријентација укључени у појам приватног живота.⁷⁹⁴ Но, и поред тога што сви новији законски у други текстови изричито забрањују дискриминацију по овим основима, она је и даље *de facto* веома заступљена.⁷⁹⁵ Лицима одређеног родног идентитета и сексуалне оријентације често се ускраћује могућност запослења, напредовања на раду или задржавања запослења, због стереотипа и предрасуда које код људи постоје о њима. Такође, постоји значајна разлика у примањима која остварују ова лица у односу на остале запослене који раде на истим или сличним пословима.⁷⁹⁶ Припадници *LGBT* популације трпе велику штету и у погледу њиховог психичког и физичког здравља која је последица предрасуда, дискриминације и стигматизације коју доживљавају на радном мјесту.⁷⁹⁷ Отуда, поједини аутори истичу да је овим лицима ускраћена могућност да уживају благостање на раду као основно људско право.⁷⁹⁸

⁷⁹² У ред држава које изричито забрањују дискриминацију по основу сексуалне оријентације у контексту запошљавања, примјера ради, спадају Хрватска, Словенија, Мађарска, Шведска, Финска, Норвешка итд. *Equality at work: Tackling the challenges*, стр.43. Закон о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012, 31/14) забрањује директну и индиректну дискриминацију лица која траже запослење, као и запослених с обзиром на сексуално одређење.

⁷⁹³ Директива прави разлику између сексуалне оријентације на коју се односи и сексуалног понашања на које се не примјењује. R. Blanpain, *European Labour Law*, стр.542.

⁷⁹⁴ Приватни живот јесте појам који обухвата физички и морални интегритет личности, укључујући ту и његов или њен сексуални живот (*случај X. i Y. v. Холандија*). Ž. Ditertr, *op. cit.*, стр.236.

⁷⁹⁵ *LGBT* популација је традиционално изложена дискриминацији на раду. Сматра се да преко 8 милиона запослених људи у Америци припада овој популацији али још увијек не постоји савезно законодавство које би изричито забранило дискриминацију по основу сексуалне оријентације и родног идентитета. Најсвеобухватније истраживање спроведено 2011.године у Америци показало је да је 78% испитаних трансексуалаца потврдило да је било узнемиравано на радном мјесту, од чега је њих 47% било дискриминисано у поступку запошљавања, напредовања на раду и престанка радног односа. J. J. C. Pizer, B. Sears, C. Mallory, N. D. Hunter, „Evidence of persistent and pervasive workplace discrimination against *LGBT* people: the need for Federal legislation and providing for equal employments benefits“, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol.45, 2012, стр.715 и даље.

⁷⁹⁶ У Америци, мушкарац хомосексуалац зарађује од 16% до 28% мање него мушкарац хетеросексуалац са сличним демографским карактеристикама. За разлику од тога, жене хомосексуалци остварују одређене бенефите јер више зарађују од жена које нису хомосексуалци. N. Berg, D. Lien, „Measuring the effect of sexual orientation on income: evidence of discrimination?“, *Contemporary Economic Policy*, vol.20, број 4, 2002, стр.411.

⁷⁹⁷ *Ibid.*

⁷⁹⁸ Под благостањем на раду подразумијева се укупан когнитивни и ефективни доживљај појединца о његовом задовољству на раду. Постоје три основна елемента благостања на раду: психичко благостање на раду, субјективно благостање на раду и здравствено благостање на раду. T. G. Gates,

Мада различит третман по основу сексуалне оријентације, под изузетним околностима и ради постизања законитог циља, може бити оправдан ако представља стваран и одлучујући услов за рад,⁷⁹⁹ тешко се може замислити ситуација у којој би се разликовање на раду по основу сексуалне оријентације сматрало *неопходним у демократском друштву*. Овакав став потврђен је и у пресудама Европског суда за људска права у случајевима *Пејн, Бекет, Смит и Грејди против Уједињеног Краљевства*.⁸⁰⁰ У овим случајевима Суд није имао проблем да утврди да је до мијешања у приватни живот подносилаца представки заиста дошло, нити да је оно вршено са легитимним циљем и у складу са законом, али је имао потешкоће да утврди да ли је отказивање уговора припадницима Краљевске ратне морнарице због њихове сексуалне оријентације заиста било неопходно у демократском друштву. Основно питање које се поставило јесте да ли присуство хомосексуалаца у редовима војске може представљати ризик по морал, па, посљедично, утицати и на борбену моћ и оперативну ефикасност војске. Суд је, међутим, закључио да, када се органичења тичу најинтимнијег дијела приватног живота појединца, морају постојати изузетно озбиљни разлози да би такво ограничење задовољило услове постављене у члану 8, став 2 Конвенције, те да се истрага која је вођена у вези са сексуалном оријентацијом подносилаца представки и њихово отпуштање из службе по основу хомосексуалности, не могу сматрати оправданим.

У пракси је посебно осјетљиво питање родног идентитета и трансексуалности. Ово из разлога што се званични подаци о једном лицу евидентирани приликом његовог рођења не морају поклапати са његовим изгледом, нити са његовим сопственим доживљајем родног идентитета. И поред изузетно богате праксе европских судова, трансексуалци и даље, у остваривању својих

„Why employment discrimination matters: well-being and the queer employee“, *Journal of Workplace Rights*, vol.16, број 1, 2001-2002, стр.114.

⁷⁹⁹ Члан 4 (*Occupational Requirements*) Директиве 2000/78/ЕЗ.

⁸⁰⁰ Интересантно је да у издвојеном мишљењу уз пресуду, судија *Lukaides* истиче да је за њега био убједљив аргумент државе да би заједнички смјештај у оружаним снагама могао донијети посебне проблеме. По његовом мишљењу, проблеми о којима је овдје ријеч у суштини су аналогни оним проблемима који би искрели ако би мушкарци и жене, припадници оружаних снага, дијелили заједничку спаваоницу. Управо та разлика између хомосексуалаца и хетеросексуалаца, по њему, је оно што становиште Државе чини убједљивим. Г. Милетић (ур.), *Компилација пресуда Европског суда за људска права које се тичу LGBT заједнице*, Књига I, Civil Rights Defenders, Београд, 2014, стр.22-64.

основних права, не уживају једнак третман у односу на остале чланове заједнице. Ово се неминовно одражава и на њихов положај на раду. Суд правде ЕУ је закључио да дискриминација која проистиче из промјене пола заправо представља дискриминацију по основу пола, те да се из тог разлога искључује могућност отпуштања транссексуалаца из разлога који се тичу промјене пола.⁸⁰¹

Европски суд за људска права у случају *Гудвин против Уједињеног Краљевства*, с правом примјећује да се, стрес и отуђење проистекли из несклада који постоји између положаја који у друштву заузима транссексуалац који је путем операције промијенио пол и положаја који му намеће закон, не може сматрати мањом непријатношћу насталом због једне формалности, те да се, у двадесет и првом вијеку, право трансексуалаца на лични развој и физичку и моралну сигурност, какву у пуном смислу уживају остали чланови друштва, не може посматрати као нешто што је контраверзно и што изискује да прође неко вријеме да би питања с тим у вези могла да се сагледају у јаснијем свијетлу.⁸⁰² У наведеном случају, подносиатељка предлога је због промјене пола наишла на тешкоће у вези са отказом уговора о раду, поновним запошљавањем, али и остваривањем права на старосну пензију, будући да је, у том моменту, закон предвиђао различиту старосну границу за остваривање овог права за мушкарце и жене.

4.3.3.5. Дискриминација по основу животног стила

Своју личност, карактер и идентитет човјек изражава кроз укупан начин живота (*животни стил*). Потреба човјека да се изрази на овај начин постојала је одувijek. Одређеним животним стилем шаље се другима порука о себи и штити духовна оригиналност. Животни стил (енг. *lifestyle*) је широк социолошки појам који укључује понашање, интересовања, навике, вриједности, начин одјевања, укупан изглед итд. Све ово представља манифестацију човјекове личности и као такво улази у појам приватног живота. *Животни стил* се обично не наводи таксативно као основ дискриминације али се може подвести под појам *остала лична својства*. Као основ дискриминације све више добија на значају, будући да

⁸⁰¹ *Ibid.*, стр.172.

⁸⁰² *Ibid.*, стр.163-200.

је у свијету уочен растући тренд прављења разлике међу запосленима по овом основу. Из тог разлога, Међународна организација рада је дискриминацију по основу животног стила сврстала у тзв. нове форме дискриминације које карактерише чињеница да државе на њих још увијек нису дале адекватан правни одговор.

Мада је животни стил изузетно широк појам, у контексту радног мјеста обично се односи на изглед, облачење, гојазност, исхрану и пушење запосленог. Уопштено узевши, појединац може да бира свој начин живота све док тиме не наноси штету другим лицима. Међутим, на радном мјесту, животни стил запосленог може постати осјетљиво питање из разлога што се њиме шаље одређена порука послодавцу и његовим клијентима (потрошачима). У таквој ситуацији, право на приватни живот запосленог може доћи у директан сукоб са послодавчевим управљачким овлашћењима и интересима. Отуда, може бити тешко повући линију раздвајања између онога што послодавац може да захтијева од запосленог по питању његовог начина живота и права запосленог да живи по сопственом избору. У тражењу одговора на ова питања, не смије се заборавити да је право на приватни живот основно људско право, као и то да принцип једнаког третмана подразумијева доношење одлука о запосленом искључиво на бази особина које су од значаја за успјешно обављање посла. У складу са тим, одредбе аката које послодавац доноси, а које обухватају упутства о понашању запосленог, могу се односити на права и слободе запослених само у мјери у којој је то неопходно за добро функционисање радне средине, у складу са начелом професионалне нужности.⁸⁰³

Питање одговарајућег *одјевања и укупног изгледа* запосленог на радном мјесту није новина. Одувијек је послодавац настојао да путем одређених правила облачења допринесе бољем имиџу и укупном успјеху свог посла, па се у том циљу доносе кодекси понашања којима се дефинише изглед који се сматра прихватљивим за рад на одређеном радном мјесту. Право послодавца да утиче на изглед и одјевање запосленог обично се везује за дјелатности у којима запослени долази у контакт са клијентима (потрошачима). Безбједост на радном мјесту,

⁸⁰³ Љ. Ковачевић, „Радноправна заштита грађанских слобода и права запослених на мјесту рада - продор демократских вриједности у свијет рада или компензација за већу несигурност запослења“, стр.1589.

такође, може бити разлог због кога се захтијева одговарајућа одјећа или имиц запосленог. Не треба, међутим, изгубити из вида да је запосленом начелно призната слобода избора начина одјевања и дотјеривања, тако да послодавац може захтијевати ношење радне униформе само ако природа посла претпоставља специфично одјевање, односно специфичан изглед запосленог.⁸⁰⁴

Право послодавца да утиче на изглед и одјевање запосленог везује се искључиво за радно мјесто и радно вријеме. Но, с правом се примјећује да се код облачења и шминке послодавчева овлашћења могу ограничити на радно мјесто, за разлику од појединих аспеката изгледа запосленог (дужина и боја косе, брада и сл.) код којих је то тешко, па чак и немогуће.⁸⁰⁵ Мада начин одјевања спада у приватну сферу живота запосленог, судска пракса показује да се послодавчев интерес да контролише имиц запослених, укључујући начин њиховог облачења и украшавања (нпр.накит), често широко тумачи. У предмету *Јасперсен (Jaspersen v. Harrah's Operating Co.)*, амерички Апелациони суд је заузео став да одговарајући мејкап представља оправдан услов за обављање посла барменке у казину,⁸⁰⁶ док је у случају *Келу (Kelley v. Johnson)*, дао предност обавези послодавца да заштити јавну безбједност, у односу на право запосленог да кроз изглед изрази своју личност.⁸⁰⁷ Супротно томе, објављивање огласа за посао којим се траже особе пријатне спољашности представља облик директне дискриминације у запошљавању.⁸⁰⁸

⁸⁰⁴ *Ibid.*, стр.1590.

⁸⁰⁵ P. R. Smith, A.C. Hodged, S. J. Stabile, R. Gely, *op. cit.*, стр.123.

⁸⁰⁶ *Darlene Jaspersen* је била барменка у *Harrah* казину преко 20 година. Казино је, међутим, 2000.године усвојио веома детаљна правила која, између осталог, од барменки захтијевају да сваког дана носе уредно пуштену косу и мејкап који подразумева пудер, руменило и маску компатабилних боја и ношење кармина цијело вријеме. *Jaspersen* која никада није носила мејкап сматрала је да се то коси са њеним личним имицом и увјерењима, због чега је одбила ове промјене, па, како се није могла квалификовати за било које упоредиво радно мјесто, послодавац јој је отказао уговор о раду. Поднијела је тужбу истичући да овакав захтјев послодавца упућује на стереотипе у вези са женским полом чиме се покушавају „експлоатисати“ жене бармени. Суд је, међутим, нашао да захтјев у вези са изгледом и облачењем у конкретном случају није неоправдан, тим прије што правила нису мање повољна за жене у односу на мушкарце, нити постоје докази да је намјера казина била да потврди стереотипе о томе како жена бармен треба да изгледа. L. Guerin, J.D., *op. cit.*, стр.99.

⁸⁰⁷ У овом поступку запослени је покушао да оспори регулативу која предвиђа посебна правила у вези са дужином косе и брадом полицајаца. Врховни суд је узео у обзир слободу запосленог да изрази своју личност кроз спољашњи изглед, али је много више вриједновао интерес послодавца да управља радним мјестом, будући да се радило о запосленима задуженим за спровођење закона. P. R. Smith, A.C. Hodged, S. J. Stabile, R. Gely, *op. cit.*, стр.124.

⁸⁰⁸ За разлику од Закона о забрани дискриминације Србије ("Сл. гласник РС", бр.22/09), црногорски Закон о забрани дискриминације ("Сл. лист ЦГ", бр.46/10, 40/11, 18/14) не наводи „изглед“ као могући основ дискриминације. То не чини ни Закон о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012, 31/14).

Пракса европских судова, у односу на америчке, је нешто рестриктивнија у погледу могућности послодавца да утиче на животни стил запосленог.⁸⁰⁹ Према се оправданост увођења правила о облачењу цијени у свијетлу послових интереса, таква правила не смију имати за циљ задовољење послодавчевог укуса.⁸¹⁰ У Њемачкој, и поред дисциплинске власти послодавца, савјет запослених, тамо гдје постоји, има право саодлучивања о понашањима запосленог као што су конзумирање алкохола, пушење, одјевања на радном мјесту и сл.⁸¹¹ Ово значи да ниједна страна, о овим питањима, не може одлучивати једнострано, а ако се не може постићи споразум онда се у рјешавање сукоба може укључити арбитражни комитет.⁸¹² Штавише, ни ова тијела не могу пристати на рјешења која би била у супротности са основним правима запосленог, што за директну посљедицу има то да се право запосленог да одлучује о свом сопственом понашању може ограничити само онда када је то оправдано нужном потребом.⁸¹³

Дискриминација на бази изгледа, одјевања или животног стила може се преклапати са дискриминацијом на основу религијског увјерења у ситуацији када је одређени стил управо посљедица таквог увјерења. Ово питање поставља се у вези са обавезом послодавца да у разумној мјери уважи религијска увјерења и начин одјевања који произилази из таквих увјерења. Разлози безбједности, међутим, ослобађају послодавца ове обавезе.⁸¹⁴ Исто тако, религијско увјерење и његово испољавање кроз начин одјевања и животни стил, може, под одређеним условима, представљати оправдан услов за рад на одређеном радном мјесту.

⁸⁰⁹ Када је у питању забрана пушења, суд је сагласан да је, у принципу, могуће забранити пушење на радном мјесту у намјери да се заштите непушачи или да се спријече пожари и сл. Међутим, оваква регулатива се коси са правом запосленог да слободно одлучује о свом понашању. Огуда је ова забрана оправдана само у мјери у којој је то неопходно за постизање циља. Ако је, примјера ради, могуће одвојити просторије које за вријеме паузе користе пушачи од оних које користе непушачи, оваква забрана неће се сматрати дозвољеном. Сличан принцип примјењује се и када је у питању облачење запослених, па послодавац може захтијевати одређени начин облачења само од запослених који долазе у контакт са клијентима *M. Weiss, B. Geck, op. cit., стр.3.*

⁸¹⁰ *Ibid.*

⁸¹¹ *Ibid.*

⁸¹² *Ibid.*

⁸¹³ *Ibid.*

⁸¹⁴ У случају *Bhatia v. Chevron U.S.A., Inc.*, суд је закључио да је послодавац исправно поступио када је одлучио да не ризикује безбједност запослених који су у раду изложени отровним испаравањима и да забрани ношење дуге браде. Ово из разлога што брада често онемогућава да респираторне маске задихтују за лице и на тај начин заштиту од испаравања чини неефектном. *P. R. Smith, A.C. Hodged, S. J. Stabile, R. Gely, op. cit., стр.127.*

Посебно се поставља питање у којој мјери послодавац има право да захтијева од запосленог *здрав начин живота*, што је уочена тенденција у низу земаља. Ово се, у првом реду, односи на конзумирање алкохола, пушење и начин исхране. Зинтересованост послодавца за здрав начин живота запосленог везана је прије свега за настојање да се избјегну додатни трошкови осигурања, посебно у оним земљама у којима је послодавац у цјелости одговоран за здравствено осигурање запосленог.⁸¹⁵ Чак је и Свјетска здравствена организација (*World Health Organisation*) 2005.године објавила да више неће запошљавати пушаче.⁸¹⁶ Но, без обзира на неспорну штетност пушења, оно је ствар избора сваког појединца и спада у домен његовог приватног живота, због чега је разликовање запослених на бази ове навике, исто што и различит третман по било ком другом личном својству. Другим ријечима, ускраћивање посла или отпуштање квалификованог особоља због тога што су пушачи (ван радног времена) квалификује се као дискриминација и представља повреду права на приватни живота.⁸¹⁷ Ово *mutatis mutandis* важи и за (умјерено) конзумирање алкохола и нездраву исхрану.

У вези са овим навикама је и *гојазност*, као стечено лично својство које се све чешће јавља као основ дискриминације. Није уобичајено да послодавац интерним актима прописује било какве санкције за гојазне људе или оне који имају висок холестерол, али пракса указују на то да је непријатељски третман ових лица на радном мјесту веома чест.⁸¹⁸ Дискриминација гојазних људи присутна је у поступку селекције кандидата, при одређивању зарада, у погледу могућности напредовања, али и у погледу дисциплинског кажњавања и отпуштања.⁸¹⁹ Она је

⁸¹⁵ Једанаест америчких држава дозвољава прављење разлике између пушача и непушача у поступку израчунавања трошкова осигурања, док је, као одговор на то, 30 америчких држава усвојило законе којима се штите пушачи од дискриминације на бази њиховог начина живота. P. R. Smith, A.C. Hodged, S. J. Stabile, R. Gely, *op. cit.*, стр.127.

⁸¹⁶ Овакву одлуку WHO је образложила тиме што је употреба дуванских производа водећи узрок смрти у свијету, који однесе близу 5 милиона живота годишње. Према тренутним кретањима, до 2020.године, око 10 милиона људи ће умријети годишње од болести повезаних са употребом дуванских производа у земљама у развоју.

⁸¹⁷ *Equality at work: Tackling the challenges*, стр.50.

⁸¹⁸ *Ibid.*

⁸¹⁹ Једно истраживање је показало да је 54% испитаника било стигматизовано по основу тјелесне тежине од стране колега и сарадника, затим њих 43% од стране послодавца и супервизора, а њих 25% је генерално било дискриминисано по овом основу на раду. N. Randle, C. Mathis, D. Cates, „Coping to repair the career damage of workplace weight discrimination“, *Journal of Organizational Culture, Communications and Conflict*, vol. 16, број 1, 2012, стр.90.

посљедица негативног става о овим лицима који доминантно постоји међу послодавцима, колегама и уопште људима, а који почива на увјерењу да се гојазност може контролисати и да особе са лошим карактеристикама треба третирати у складу са истима,⁸²⁰ те да су гојазни људи мање атрактивни, пожељни, компетентни, продуктивни, успјешни и амбициозни.⁸²¹ Међутим, гојазност обично не представља препреку за успјешно обављање радних задатака и, у том смислу, запослени треба да ужива заштиту од дискриминације по овом основу. На другој страни, послодавци тјелесну тежину запосленог треба да третирају као дио његове приватне сфере, у коју немају право да залазе, све док она не представља стварну препреку за обављање посла.

Ријетко када се прописима директно забрањује дискриминација запослених по основу тјелесне тежине. Један од ријетких примјера такве забране долази из америчке државе Мичиген која експлицитно забрањује дискриминацију по основу тјелесне тежине (енг. *weight discrimination*). Ипак, заштиту од дискриминације по овом основу запослени може захтијевати позивајући се, у првом реду, на то да тјелесна тежина улази у појам *остала лична својства*, али и на одредбе о забрани дискриминације по основу здравственог стања, будући да је гојазност у великом броју случајева повезана са здравственим проблемима и да представља дио укупног здравственог стања појединца. У одређеним ситуацијама, запослени би могао тражити заштиту од дискриминације по основу гојазности позивајући се на инвалидитет (гојазност) као основ разликовања код послодавца.⁸²²

4.4. Право на приватност и психичко узнемиравање (злостављање) на раду

Поред дискриминације, као традиционалног начина на који се вријеђа достојанство запосленог, на радним мјестима је присутно и психичко узнемиравање (злостављање) које жртву узнемиравања доводи у стање продуженог стреса, вријеђајући на тај начин њен психички и морални интегритет, а што

⁸²⁰ *Ibid.*

⁸²¹ Више о томе види у: N. Randle, C. Mathis, D. Cates, *op. cit.*, стр.90 о даље.

⁸²² У САД-у, запослени и кандидат за запослење подносе тужбу због дискриминације на основу инвалидитета, тврдећи да их послодавац различито третира по основу гојазности као инвалидитета. L. Guerin, J.D., *op. cit.*, стр.396.

неријетко оставља посљедице и по њено здравље. За овакву врсту узнемиравања на раду у домаћем праву се одомаћио термин *мобинг* (од енг. ријечи *mobbing*), мада се у упоредном праву често користи и термин *булинг* (енг. *bullying*).⁸²³ Психичко узнемиравање није нова појава на раду, будући да супростављени интереси радника и послодавца, али и међусобна конкуренција запослених стварају повољне услове за развој ове појаве. Ипак, тек у посљедњих двадесетак година радноправни системи се активније укључују у борбу против узнемиравања на радном мјесту. Између осталог, ово је резултат сазријевања идеје о значају поштовања људских права на радном мјесту, али и потребе да се направи јасна граница између послодавчевих управљачких овлашћења, на једној и његове немогућности да узнемирава запослене, на другој страни. Послодавац, на основу својих овлашћења, не само да не може предузимати радње које имају карактер психичког узнемиравања, већ је дужан да обезбједи сигурну и здраву радну средину у којој такво поступање неће бити присутно међу запосленима.

Један од ријетких докумената који посебно (непосредно) указује на проблематику психичког узнемиравања на раду је Ревидирана европска социјална повеља која забрањује „понављано неприхватљиво или изразито негативно и увредљиво понашање против појединих радника на радном мјесту или у вези са послом“.⁸²⁴ Са друге стране, универзалним међународним изворима радног права својствена је само посредна заштита од психичког узнемиравања на раду, која се гарантује као интегрални дио заштите безбједности и здравља на раду.⁸²⁵ У европским оквирима, значајно је, међутим, доношење Европског оквирног колективног уговора о узнемиравању и насиљу на раду из 2006.године који у појам узнемиравања укључује и психичко узнемиравање.⁸²⁶ Без обзира на то што нема

⁸²³ Термин мобинг, примјера ради, користи се у Великој Британији и Аустралији, док се термин булинг користи у скандинавским земљама и Њемачкој. У САД-у користи се и термин узнемиравање на раду (*workplace harassment*), а у новије вријеме се јавља и термин емоционално злостављање (*emotional abuse*). Неки писци, међутим, ове појмове не сматрају синонимима, тако да, за разлику од појма булинг, под појмом мобинга подразумевају узнемиравање од стране два или више лица. *The Cost of Violence/Stress at Work and the Benefits of a Violence/Stress Free Working Environment*, Report Commissioned by the International Labour Organization, Geneva, 2001. Кадкад се прави разлика између злостављања на раду – мобинг и злостављања у школи – булинг. Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.391.

⁸²⁴ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене ганице*, стр.468.

⁸²⁵ *Ibid.*

⁸²⁶ *Framework agreement on harassment and violence at work*, concluded by BUSINESSEUROPE, UEAPME, СЕЕР and ETUC of 26 April 2007. У уводном дијелу овог уговора наводи се да су европски

обавезујућу правну снагу за државе чланице ЕУ, овај Уговор указује на то да су социјални партнери на европском нивоу препознали значај заједничког (компромисног) регулисања овог питања. Тиме су послали одговарајућу поруку социјалним партнерима на националном нивоу али и државама које су се у великом броју случајева одлучиле за доношење посебних закона којима се забрањује злостављање на раду, а међу којима су Црна Гора и Србија.

Према закону о забрани злостављања на раду Црне Горе, мобинг се дефинише као свако активно или пасивно понашање на раду или у вези са радом према запосленом или групи запослених, које се понавља, а које има за циљ или представља повреду достојанства, угледа, личног и професионалног интегритета запосленог и које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење, погоршава услове рада или доводи до тога да се запослени изолује или наведе да на сопствену иницијативу откаже уговор о раду или други уговор.⁸²⁷ Закон даје широко одређење појма *психичко узнемиравање*, полазећи првенствено од посљедица које такво понашање може имати по запосленог. Инсистира на понашању које се *понавља*, али не и на томе да оно буде *систематско* и да се одвија у *дужем временском периоду*.⁸²⁸

Судска пракса, међутим, у великој мјери понашање које се понавља поистовјећује са понашањем које траје у дужем периоду и у континуитету.⁸²⁹ Мада није спорно да се, у смислу овог Закона, једна радња узнемиравања не може квалификовати као узнемиравање на раду, тумачење *понашања које се понавља* у пракси изазива доста недоумица и неријетко умањује заштиту од узнемиравања на раду, због чега у Црној Гори још увијек не постоји ни једна правоснажна пресуда којом је доказано његово постојање. Овакво становиште је, отуда, непримјенљиво

социјални партнери препознали да узнемиравање и насиље могу потенцијално погодити свако радно мјесто и сваког запосленог независно од величине послодавца, дјелатности којом се бави или форме радног ангажовања запосленог.

⁸²⁷ Члан 2, став 1 Закона о забрани злостављања на раду („Сл лист ЦГ“, бр.30/12). Под мобингом се подразумијева и навођење, односно подстрекивање других на мобинг.

⁸²⁸ Према проф. Лубарди, злостављање укључује три битна елемента: а) злостављање или застрашивање од стране једног или више лица на систематски начин; б) злостављање се одвија у дужем временском периоду на учестали начин; в) циљ злостављања је да се запослени нађе у ситуацији продуженог стреса усљед страха, понижавајућег, увредљивог, непријатељског – неподношљивог радног окружења, како би сам отказао радни однос. Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.390.

⁸²⁹ „Нема мобинга ако злостављање на раду није трајало у дужем периоду и континуитету“. Пресуда Врховног суда Црне Горе, *Рев. бр. 853/14* од 22.10.2014. године.

на велики број примјера из праксе, који једним агресивним чином стварају веома тешке посљедице у законском, економском, социјалном, емоционалном, па и медицинском смислу, а садрже све елементе узнемиравања на раду.⁸³⁰ Ипак, тумачењем Закона долази се до закључка да се одређено понашање мора поновити бар једном. Добро је нагласити и то да понављајућа природа узнемиравања не мора нужно бити испољена у односу на свако понашање понаособ, већ у односу на различита понашања узета заједно, што значи да узнемиравање може успоставити више истих или сличних радњи, међу којима постоји одређена веза.⁸³¹ То би могла бити и сасвим различита понашања уколико се међу њима може успоставити веза и уколико су усмјерена на остварење истог циља. Остаје, међутим, без одговора питање колико пута се једно понашање треба понављати да би се могло квалификовати као узнемиравање на раду. Мада неки аутори полазе од *квантитативног* одређења узнемиравања на раду (нпр. узнемиравање треба да траје најмање шест мјесеци, једном недјељно⁸³²), важно је нагласити да свако занемаривање *квалитативног* аспекта ове појаве може бити и сувише опасно. Ово из разлога што посљедице психичког узнемиравања и (неподношљиви) услови у којима запослени ради могу бити значајнији од тога колико пута је неко понашање поновљено. Посљедице, дакле, резултирају из дјела, а не из трајања.⁸³³

Узроци, посљедице, превенција и заштита од психичког узнемиравања на раду од значаја су и за заштиту приватног живота запосленог. Од значаја је, такође, и начин на који се узнемиравање врши, односно оно од чега се сама радња узнемиравања састоји. Посебан фокус је на посљедицама узнемиравања, односно на то у којој мјери ова појава утиче на здравствено стање и породични живот као важне дјелове приватног живота запосленог.

⁸³⁰ О. Кићановић, *Коментар закона о спрјечавању злостављања на раду*, Социјално-економски савјет Републике Србије, Београд, 2011, стр.9.

⁸³¹ Љ.Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, стр.478.

⁸³² Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.390.

⁸³³ О. Кићановић, *op. cit.*, 2011, стр.9.

4.4.1. Чињенице из приватног живота запосленог као узроци психичког узнемиравања

Узроци психичког узнемиравања запосленог могу бити различити. Обично се везују са лошу организацију рада, одсуство комуникације, указивање на незаконито пословање или личне конфликте узроковане конкуренцијом међу запосленима.⁸³⁴ По правилу, у примарне узроке психичког узнемиравања на раду не сврставају се *лична својства запосленог*. Ипак, евидентно је да се у основи личних конфликта на радном мјесту често налазе лична својства жртве мобинга, односно да је узнемиравање посредно узроковано одређеним чињеницама које улазе у домен њеног приватног живота (изглед, одјевање, начин живота, сексуална оријентација, политичка припадност итд.). Ово је посебно изражено код ткз. хоризонталног мобинга који се одвија између запослених (колега) које не везује однос субординације.

У пракси се, међутим, узнемиравање често поистовјећује са дискриминацијом, због чега су бројни случајеви психичког узнемиравања по основу политичке или религијске припадности пресуђени као дискриминација.⁸³⁵ Но, у питању су двије различите појаве са различитим својствима. *Genus proximum* узнемиравања и дискриминације је *повреда достојанства на раду* (повреда права личности).⁸³⁶ За разлику од дискриминације (чија се радња састоји од прављења разлике, давања предности, ускраћивања и сл.), радња узнемиравања може бити веома разноврсна (забиљежено је око седамдесет видова понашања везаних за мобинг⁸³⁷). Ово потврђује и пресуда Апелационог суда у Новом Саду, којом се усваја жалба туженог због погрешне примјене материјалног права услед које је првостепени суд донио погрешан закључак да у радњи туженог има дискриминаторног поступања.⁸³⁸

⁸³⁴ Више о могућим узроцима мобинга види у: Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.391-393.

⁸³⁵ С. Јашаревић, „Заштита од дискриминације на раду“, стр.72.

⁸³⁶ *Ibid.*, стр.390.

⁸³⁷ Н. Петрушић (ур.), *Приручник за борбу против дискриминације на раду*, стр.24.

⁸³⁸ *Ibid.*, стр.150.

Без обзира на то што се можемо сложити са ставом појединих аутора да се *начин извршавања* ових недозвољених понашања не може узети као једини (поуздан) критеријум њиховог разликовања, те да је за њихово разграничење потребно размотрити и додатне елементе, погрешним сматрамо и закључак да је основни критеријум њиховог разграничења *мотив* послодавца.⁸³⁹ Ово посебно ако се под мотивом дискриминације, за разлику од мотива узнемиравања, подразумевају различита стања (осјећања) која су узрокована личним својствима жртве. Погрешан би, отуда, био закључак да *лична својства запосленог* чине искључиво основ дискриминације, те да, у том смислу представљају *differentia specifica* дискриминације у односу на психичко узнемиравање. Није, међутим, ријетка ситуација да је запослени истовремено жртва дискриминације и психичког узнемиравања на раду. Напротив, дискриминација је често праћена и психичким узнемиравањем жртве дискриминације. Примјера ради, нека истраживања показују да је дискриминација припадника *LGBT* популације на радном мјесту често праћена психичким узнемиравањем ових лица (10% од укупног броја испитаника сматра да је искусило злостављање на раду, док њих око 25% сматра да је искусило неку врсту дискриминације на раду).⁸⁴⁰

Амерички и британски истраживачи су први који су покушали да успоставе везу између психичког узнемиравања на раду и личних особина жртве узнемиравања.⁸⁴¹ Дошли су до закључка да личност жртве може бити одлучујући фактор у изазивању овог вида узнемиравања.⁸⁴² Ово је посебно везано за оне категорије лица које се на радном мјесту доживљавају као *слабе* или које на одређени начин *изазивају реакцију* околине. Тако су жртве узнемиравања чешће запослени који због својих карактеристика припадају рањивим категоријама (жене, стари, млади и сл.). У САД-у се развио и посебан појам узнемиравања старијих радника (енг. *age harassment*) који се одређује као непожељан вид понашања који

⁸³⁹ Више о овоме види у: А. К. Петровић, „Проблеми разликовања дискриминације и злостављања на раду у правној теорији и пракси Републике Србије“, *Правни вјесник*, број 2, 2014, стр.77-88.

⁸⁴⁰ Н. Lau, R. L. Stotzer, „Employment discrimination based on sexual orientation: a Hong Kong study“, *Employee Responsibilities & Rights Journal*, број 23, 2011, стр.20.

⁸⁴¹ Е. Seigne, I. Coyne, P. Randall, J. Parker, „Personality as a factor in bullying at work“, *The Fifth International Conference on Bullying and Harassment in the Workplace – „The Way Forward“*, 15.-17. June, Dublin, 2006, стр.172-173.

⁸⁴² Узрок мобинга може бити „слабост“ жртве и „провокативна природа“ жртве. Е. Seigne, I. Coyne, P. Randall, J. Parker, *op. cit.*, стр.172-173.

постаје недозвољен онда када: а) прихватање таквог понашања од стране жртве представља услов за останак на радном мјесту или б) када је понашање довољно озбиљно и преовлађујуће да ствара радно окружење које би разумна особа оцијенила као непријатељско, застрашујуће и увредљиво.⁸⁴³ Повремени коментари и шале на рачун година, међутим, нису довољни да конституишу психичко узнемиравање на раду, односно непријатељско радно окружење.⁸⁴⁴ На другој страни, бројна истраживања показују да постоји узрочна веза између расне/етничке припадности као личног својства запосленог и психичког узнемиравања на раду.⁸⁴⁵ Исто тако, у традиционалним срединама, до узнемиравања долази и због тога што жртва провоцира мобера својим неконвенционалним начином живота, одјевања и сл. Насупрот овоме, постоје аутори (Laymann) који сматрају да је личност жртве потпуно ирелевантна као узрок психичког узнемиравања, те да су сва запажања о личности жртве заправо посљедица узнемиравања.⁸⁴⁶

Као посебне врсте психичког узнемиравања (мобинга) на раду у теорији радног права се још спомињу и *тзв. политички мобинг* и *синдикални мобинг*. Оба ова облика узнемиравања мотивисана су личним својством жртве које се односи на политичку или синдикалну припадност. Политички мобинг заступљен је у

⁸⁴³ У Америци, на савезном нивоу, не постоје посебни прописи који регулишу узнемиравање на раду. Одута се узнемиравање на раду старијих радника, када је то могуће, поистовјећује са дискриминацијом по основу старости. Уколико то није случај, запослени се ради остваривања заштите од оваквог понашања позивају на обавезу послодавца да обезбиједи пријатељско радно окружење. Више о томе види у: Н. Findley, G. R. Jones, E. Dodd-Walker, T. Edwards, J. Orendorff, „Age-based hostile environment“, *Journal of Business and Behavioral Sciences*, vol. 27, број 2, 2015, стр.55-70.

⁸⁴⁴ У случају *Fletcher v. Gulfside Casino, Inc.*, неколико менаџера казина се у периоду од двије године шалило на рачун година запослене старе 58 година. Шале су се састојале у питањима да ли јој је потребан слушни апарат или наочаре. Када је радила у смјени са другим старијим колегама такав дан су називали „Дан старих“ (*Senior Day*) и сл. У овом случају суд је заузео став да су коментари били релативно безначајни, не пречести и у духу добронамјерног хумора. Н. Findley, G. R. Jones, E. Dodd-Walker, T. Edwards, J. Orendorff, *op. cit.*, стр.62

⁸⁴⁵ Запослени тамније пути доживљавају дупло више узнемиравања на раду од запослених бијеле пути. Припадници етничких мањина, такође, много више су изложени негативном понашању на начин што су искључени и изловани од стране колега на радном мјесту. S.I. Giga, H. Hoel, „Is it racial discrimination or bullying? An exploration into the relationship between racial background and experiences of workplace bullying“, *The Fifth International Conference on Bullying and Harrassment in the Workplace – „The Way Forward“*, 15.-17. June, Dublin, 2006, стр.82-83.

⁸⁴⁶ Laymann је на основу разговора са жртвама (1993.године) утврдио четири фактора која доминатно доводе до узнемиравања на радном мјесту: лоша организација, лоше руковођење, нисак морал, друштвена изложеност жртве. Н. Laymann, "The content and development of mobbing at work“, *European Journal of Work and Organizational Psychology*, vol.5, 1996, стр.165-184. Наведено према: S. Einarsen, „The nature and causes of bullying at work“, *International Journal of Manpower*, vol. 20, број 1/2, 1999, стр.21.

државном и јавном сектору, у коме политички интереси предњаче у односу на економске.⁸⁴⁷ Присутан је и у оним срединама гдје је кадровска селекција и напредовање на послу утемељено више на политичким интересима, а мање на стручним критеријумима.⁸⁴⁸ У оваквим срединама, мобинг се претвара у „стратегију“ очувања положаја и власти, или средство борбе да би се дошло до одређених позиција и власти.⁸⁴⁹ Под синдикалним мобингом подразумејева се злостављање синдикалних активиста или било ког члана синдиката. Без обзира на то што су ови облици узнемиравања мотивисани неким вишим циљем послодавца (уклањање неистомишљеника, вршење притиска на синдикат да одустане од својих захтијева и др.), у њиховој основи се налазе лична својства запосленог. У питању су својства која уживају посебну заштиту, будући да представљају манифестацију грађанских и политичких слобода гарантованих уставом. *Mutatis mutandis* ово важи и за психичко узнемиравање мотивисано вјерском, расном или етичком припадношћу. Отуда, заштита запослених од ових облика узнемиравања је важна, не само са аспекта заштите њиховог достојанства и приватног живота, већ и са аспекта заштите других гарантованих људских права.

Једно од најупечатљивијих својстава психичког узнемиравања је то што се оно може вршити на готово неограничен број начина. Ово из разлога што се узнемиравање може извршити сваким (активним или пасивним) понашањем које има за циљ или представља повреду достојанства, угледа, личног и професионалног интегритета запосленог и које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење, погоршава услове рада или доводи до тога да се запослени изолује или наведе да на сопствену иницијативу откаже уговор о раду. Само неки од начина на које се психичко узнемиравање може извршити су шале, подсмјеси, клевете, изолација, појачана контрола, видео надзор, стална критика, често распоређивање на друге послове и др.⁸⁵⁰ Као психичко узнемиравање на раду не може се, међутим, квалификовати редовно вршење

⁸⁴⁷ О. Кићановић, *op. cit.*, стр.13.

⁸⁴⁸ П. Јовановић, *Радно право*, стр.246.

⁸⁴⁹ *Ibid.*

⁸⁵⁰ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.394-395.

управљачке, дисциплинске и нормативне власти која припада послодавцу, нити сама измјена начина управљања радом запослених.⁸⁵¹

Постоје бројни покушаји да се начини на који се врши мобинг систематизују у одређене категорије.⁸⁵² Тако, примјера ради, неки аутори (Zapf) све начине на који се врши узнемиравање на раду сврставају у пет категорија: а) често мијењање радних задатака и отежавање њиховог извршавања; б) социјална изолација; в) лични напади, односно напади на приватни живот који се састоје у подсмјехивању, увредљивом понашању, оговарању и слично; г) вербалне пријетње, критике и понижавање у јавности; и д) пријетње физичким насиљем.⁸⁵³ У овако широкој лепези начина на које се врши узнемиравање запослених, могуће је препознати она понашања која истовремено представљају и *повреду приватности запосленог*. Ово се односи на све оне начине узнемиравања којима се залази у приватни живот или који користе лична својства жртве како би је додатно понизили. Овдје се прије свега мисли на ширење клевета о приватном животу, подсмјесима на рачун говора, држања, хода, одјевања, узнемиравање путем аудио и видео надзора и др. Све ове радње, саме по себи, представљају повреду приватног живота запосленог и његовог моралног интегритета и достојанства, па самим тим завријеђују посебну пажњу. Није, међутим, могуће унапријед дати листу понашања којима се запослени психички узнемирава, а која уједно представљају и повреду његовог приватног живота. Негативну праксу која се може квалификовати као психичко узнемиравање представља и неоправдано (неограничено) прикупљање података о личности запосленог.

Сматра се да постоји пет фаза психичког узнемиравања на раду и то: прва - активација одређених догађаја (околности); друга – агресивне радње и психилошки напади на жртву; трећа – активно учешће управе послодавца; четврта

⁸⁵¹ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, стр.480.

⁸⁵² Радњу злостављања на раду чини велики број различитих (активних и пасивних) недозвољених понашања, која се, у зависности од тога какав ефекат имају на адресата злостављања, могу подијелити на следећих пет категорија: 1) напади на могућност комуникације; 2) напади на социјалне контакте; 3) напади на репутацију жртве; 4) напади на професионални рад и 5) напади на физичко здравље. А. К. Петровић, *op. cit.*, стр.83.

⁸⁵³ D. Zapf, „Bullying at work. An overview of current research“, *Zeitschrift fur Arbeits - and Organisationspsychology*, vol. 43. Наведено према: S. Einarsen, *op. cit.*, стр.18.

– обиљежавање жртве; и пета – искључење, односно изолација жртве.⁸⁵⁴ Судаћи по овоме, приватност жртве може бити нарушена већ од друге фазе узнемиравања.

4.4.2. Посљедице, превенција и заштита од психичког узнемиравања на раду у контексту заштите приватности запосленог

Радноправне посљедице узнемиравања на раду, у ужем смислу, одређене су његовом законском дефиницијом (погоршавање услова рада, изолација запосленог и навођење на самоиницијативно отказивање уговора о раду). Међутим, посљедице ове појаве су знатно далекосежније, бројније и значајније. Дијелимо их на оне које погађају жртву узнемиравања и оне које погађају послодавца и друштво у цјелини.⁸⁵⁵ Када су у питању посљедице по жртву, њихов заједнички именитељ је повреда достојанства. Ово из разлога што психичко узнемиравање за резултат има деградацију, понижење, дискредитовање, губитак професионалног угледа и обично уклањање жртве из организације са свим пратећим финансијским, професионалним, здравственим и психосоцијалним импликацијама које чине једно трауматично искуство.⁸⁵⁶ Заједничко им је, дакле, и то што утичу на психофизичко здравље запосленог и на његов породични живот. Узнемиравање на раду, отуда, може драстично да утиче на двије важне компоненте приватног живота запосленог (здравље и породични живот).

Здравствене посљедице резултат су продужене изложености стресу усљед узнемиравања на раду. Оне се могу јавити у виду психичких, психосоматских и других поремећаја. Неки аутори сугеришу да дуготрајна изложеност стресу усљед мобинга, може да доведе до оштећења мозга.⁸⁵⁷ Будући да здравље представља важан дио приватног живота запосленог, психичким узнемиравањем на раду се,

⁸⁵⁴ M. Duffy, L. Sperry, „Workplace mobbing: individual and family health consequences“, *The Family Journal*, vol. 15, број 4, 2007, стр.402 и даље.

⁸⁵⁵ Економске посљедице зостављања се испољавају у имовинској штети коју послодавац трпи усљед трошкова исплате зараде за вријеме привремене спријечености за рад, као и у штети коју послодавац трпи због смањене продуктивности на раду. Ове посљедице се испољавају и у трошковима фондова здравственог осигурања за лијечење и рехабилитацију, као и за исплату накнада зарада за вријеме боловања. Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.398.

⁸⁵⁶ M. Duffy, L. Sperry, *op. cit.*, стр.398.

⁸⁵⁷ *Ibid.*, стр.401.

поред осталог, повријеђује и право на приватност запосленог који је жртва оваквог узнемиравања. Изложеност стресу, уз одређене здравствене проблеме, у већој или мањој мјери утиче и на породични живот запосленог. Негативне посљедице се испољавају у односу према партнеру и дјечи (енг. *ripple effect*), односно на односе у породици уопште.⁸⁵⁸ Узнемиравање води нарушавању социјалног положаја и угледа, а угрожава и породичну и социјалну кохезију.⁸⁵⁹ Промјена у начину комуникације, песимизам и раздражљивост неминовно утичу и на најбоље односе.⁸⁶⁰ Велика је вјероватноћа да ће брачна заједница, у којој је један брачни друг жртва узнемиравања на раду, бити погођена у свим њеним аспектима (интимност, родитељство, кућни послови и др.), те да ће наредна истраживања показати одговарајући однос између психичког узнемиравања, на једној и брачних тензија и стопе развода бракова, на другој страни.⁸⁶¹

Имајући у виду изложено, намеће се закључак да превенција појаве узнемиравања на раду и адекватан третман жртве мобинга, значајно доприносе заштити приватног и породичног живота запосленог. Превентивне мјере односе се на обавезу послодавца да обезбиједи здраве и безбједне услове рада, односно да обезбиједи рад на радном мјесту под условима којима се обезбјеђује поштовање његовог достојанства, интегритета, приватности и здравља. Превенција је циљ законских одредаба којима се послодавац обавезује да именује посредника и да обавијести све запослене прије ступања на рад о правима, обавезама и одговорностима у вези са мобингом.⁸⁶² Превенцији узнемиравања, на најуопштенији начин, доприноси и подстицање културе људских права,

⁸⁵⁸ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.396.

⁸⁵⁹ *Ibid.*

⁸⁶⁰ М. Duffy, L. Sperry, *op. cit.*, стр.401.

⁸⁶¹ *Ibid.*

⁸⁶² Члан 7, став 1 и 2 Закона о забрани злостављања на раду („Сл лист ЦГ“, бр.30/12): “Послодавац је дужан да запосленог, прије ступања на рад, у писаној форми упозна са правима, обавезама и одговорностима у вези са мобингом. Послодавац је дужан да, у циљу препознавања, превенције и спрјечавања мобинга, спроводи мјере обавјештавања и оспособљавања запослених и њихових представника о узроцима, појавним облицима и посљедицама вршења мобинга.” Члан 9, став 1 и 2: “Послодавац код којег је у радном односу 30 или више запослених дужан је да одреди једно или више лица која ће посредовати међу странама у случају мобинга, уз претходно прибављено мишљење репрезентативног синдиката, односно представника запослених. Код послодавца код којег је у радном односу мање од 30 запослених, посредника споразумно одређују запослени који је изложен мобингу, запослени који се терети за мобинг и запослени којег одреди послодавац, а у случају када се послодавац терети за мобинг посредника споразумно одређују запослени који је изложен мобингу и запослени којег одреди послодавац.”

достојанстава и толеранције.⁸⁶³ Психичко узнемиравање, отуда, не треба посматрати искључиво као појаву која се тиче односа радника и послодавца, већ као појаву која има шири друштвени значај и од које зависи остваривање других основних људских права. Дјелотворна примјена закона и других прописа, у великој мјери, зависи од отклањања дилема о значењу психичког узнемиравања и злостављања на раду.⁸⁶⁴ Ипак, чини се да најдрагоцјенији допринос остваривању овог циља може дати домаћа судска пракса, која се нашла пред изазовом повлачења прецизних контура психичког узнемиравања и злостављања на раду.⁸⁶⁵

4.5. Повреда приватности као професионални ризик

Питање заштите на раду не спада само у најважнију, већ и најстарију област радног права. Већ са првим интервенционизмом државе у радне односе доносе се закони који имају за циљ заштиту запослених од ризика којима су изложени на раду. Овај првобитни концепт заштите био је ограничен у погледу круга лица на која се односи и у погледу обима права.⁸⁶⁶ Међутим, он се константно мијењао и осавременјивао упоредо са друштвено-економским промјенама и развојем система људских права. Одута, савремени систем заштите запослених карактеришу превенција, широк круг лица на која се односи, повећан број ризика од којих се запослени штите и обавезна сарадња социјалних партнера на њеном унапређењу.

У питању је заштита здравља и безбједности на раду у ширем смислу, која, поред скупа мјера и средстава којима су циљ безбједни услови рада, обухвата и скуп мјера и средстава за стварање удобности на мјестима рада, хумане радне средине, очување приватности, људског достојанства, моралног интегритета

⁸⁶³ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.396.

⁸⁶⁴ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, стр.393.

⁸⁶⁵ *Ibid.*

⁸⁶⁶ Интервенционизам државе, односно тзв. радничко законодавство које је имало за циљ заштиту здравља и безбједности на раду нарочито одређених категорија радника – дјеце и жена, датира још од XVIII вијека у Енглеској, првој индустријској земљи Европе. У Француској је Законом који се односи на хигијену и безбједност радника у индустријским погонима из 1893.године, а у Белигији је Законом од 1899.године уређена област заштите здравља и безбједности у предузећима у области индустрије и трговине. На међународном плану, и прије оснивања МОП-а, 1906.године на Конференцији у Берну усвојене су Конвенција о забрани употребе бијелог фосфора у производњи шибица и Конвенција о забрани ноћног рада жена. Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.365, 374.

запосленог на раду – стварање претпоставки за пуно физичко, психичко и социјално благостање запослених.⁸⁶⁷ Овакав концепт заштите на раду има своје упориште у уставној гаранцији заштите на раду и права на правичне и хумане услове рада.⁸⁶⁸ Право на безбједан рад се, дакле, не своди више на заштиту у хигијенско-техничком смислу и нема само за циљ заштиту физичког интегритета запосленог, већ подразумијева комплетан систем заштите физичког, психичког и моралног интегритета који треба да обезбиједи оно што се једном ријечју назива „благостање на раду“ (енг. *wellbeing at work*). Под благостањем на раду се, у првом реду, подразумијева хумано, удобно и безбједно радно окружење. Оно је резултат хуманизације радног права која је стални пратилац позитивних промјена које су до сада спроведене.⁸⁶⁹ Хуманизација рада у радном односу значи да се субјекти тог односа, са свим међусобним правима, обавезама и одговорностима, ипак, не могу одвојити од њихових људских особина и потреба.⁸⁷⁰ У складу са тим, у неким правним системима се развила доктрина тзв. „непријатељског радног окружења“ (енг. *hostal work environment*) која је судској пракси послужила као основ за проширење заштите психичког и моралног интегритета запослених.⁸⁷¹

Идеја о благостању на раду развијала се упоредо са идејом о томе да рад није роба,⁸⁷² те да су људско достојанство и права запосленог неприкосновена. Ова идеја се први пут запажа у Конвенцији бр.155 о заштити на раду и радној средини

⁸⁶⁷ *Ibid.*, стр.373.

⁸⁶⁸ Члан 62 Устава Црне Горе („Сл. лист ЦГ“, бр.01/07): „Свако има право на рад, на слободан избор занимања и запошљавања, на правичне и хумане услове рада и на заштиту за вријеме незапослености.“ Члан 64, став 3 Устава: „Запослени има право на заштиту на раду.“

⁸⁶⁹ П. Јовановић, *Радно право*, стр.156.

⁸⁷⁰ *Ibid.*

⁸⁷¹ У питању је заштита од непријатељског, увредљивог, насилног и дискриминаторског радног окружења. Доктрина је настала у САД-у и саставни је дио антидискриминаторских закона. У случају *Faragher v. City of Boca Raton*, суд је заузео став да непријатељско окружење треба објективно да постоји, односно да буде непријатељско према оцјени разумне особе. Такође, непријатељско радно окружење је оно којим се знатно мијењају услови рада на одређеном радном мјесту. Н. Findley, G. R. Jones, E. Dodd-Walker, T. Edwards, J. Orendorff, *op. cit.*, стр.55 и даље.

⁸⁷² У Филаделфијској декларацији потврђена су и формулисана четири основна начела на којима је заснована укупна дјелатност Међународне организације рада, а то су: а) рад није роба; б) слобода говора и удруживања неопходан је услов трајног напретка; в) сиромаштво, ма гдје постојало, представља опасност по благостање свих; г) борба против оскудице треба да буде вођена неуморно и енергично унутар сваке нације и сталним концентрисаним међународним напорима, у којима представници послодавца и радника, сарађујући на бази једнакости са представницима влада, учествују у слободним дискусијама и у одлукама демократског карактера с циљем унапређења заједничке добробити. П. Јовановић, *Радно право*, стр.91.

која у појам здравља укључује и *менталне елементе који утичу на здравље*.⁸⁷³ Значајан допринос широком концепту заштите на раду дала је и Директива 89/391/ЕЕЗ о увођењу мјера за подстицање побољшања безбједности и здравља радника на раду према којој је послодавац дужан обезбиједити сигурност и здравље радника у сваком аспекту повезаном са радом.⁸⁷⁴ Међутим, највећи допринос развоју ове идеје дала је пракса која је свједочила о томе да су запослени на раду све мање изложени ризику повреда или обољења, а све више ризику стреса и психосоцијалним ризицима.⁸⁷⁵ У том смислу, обезбјеђивање здраве радне средине укључује заштиту здравља и безбједности на раду од *физичких* и *хемијских* ризика и заштиту од *психосоцијалних* ризика на раду.

Уопштено говорећи, ризик представља могућност реализације нежељене последице неког догађаја. У контексту радног мјеста, ризик је вјероватноћа да опасност може проузроковати повреду на раду, професионалну болест или болест у вези са радом.⁸⁷⁶ У основне *психосоцијалне* ризике на раду сврставају се: дискриминација на раду, психичко узнемиравање (мобинг) на раду и сексуално узнемиравање на раду. У новије вријеме, у ове ризике сврстава се и *повреда приватности* запосленог на раду.⁸⁷⁷ Заједничко свим овим ризицима је то што запосленог доводе у стање стреса који се даље може манифестовати на различите начине. Стрес се, такође, може узети као *посебан ризик* коме је запослени изложен

⁸⁷³ Конвенција Међународне организације рада бр.155 из 1981.године о заштити на раду, здравственој заштити и радној средини („Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр.7/87, преузета Одлуком о проглашењу независности Републике Црне Горе, „Сл. лист РЦГ“, бр.36/2006). Под термином „здравље“ у контексту радног мјеста не подразумијева се само одсуство болести или слабости; овај термин укључује физичке и менталне елементе који утичу на здравље, а који су директно везани за сигурност и хигијену на радном мјесту, члан 3, тачка е). Конвенције.

⁸⁷⁴ Directive 89/391/EEC on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work (*Official Journal of the European Communities*, L 183/ 1, 29/06/1989.).

⁸⁷⁵ У индустријализованим земљама 40% запослених сматра да им је посао изузетно стресан. У ЕУ између 5% и 20% запослених трпи неки вид узнемиравања или насиља на послу. С. Јашаревић, „Актуелни концепт здраве радне средине у међународним радним стандардима“ у: Б. Шундерић, Б. Лубарда, П. Јовановић (ур.), *Социјална права и европске интеграције*, Зборник радова са Савјетовања правника, 5-8. октобар 2011, Златибор, Удружење за радно право и социјално осигурање Србије, Београд, 2011, стр.41,43. Посљедњих деценија XX и почетком XXI вијека, стрес на раду је постао највећи ризик по здравље на раду – низ психосоматских обољења условљен је стресом на раду усљед страха од губитка запослења; злостављања и узнемиравања на раду, односно дискриминације; повреде приватности у условима информационог технологија. Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.369.

⁸⁷⁶ Члан 8, став 1, алинеја 7 Закона о заштити и здрављу на раду („Сл. лист ЦГ“, бр.82/2005).

⁸⁷⁷ Проф. Лубарда у тзв. нове ризике на раду сврстава и повреду приватности запосленог. Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.402.

на раду, али само као синтетички (заједнички) израз (ризик) осталих психосоцијалних ризика (подризика). Стрес у вези са радом (енг. *work related stress*) дефинише се као било која промјена у физичком или менталном стању запосленог до које долази као одговор на изазове или пријетње које одређено радно мјесто носи са собом.⁸⁷⁸ Стрес може потенцијално да утиче на свако радно мјесто и сваког запосленог, независно од величине компаније, области пословања и облика радног ангажовања, што је и био један од разлога доношења Европског оквирног споразума о стресу на раду из 2004.године.⁸⁷⁹

За разлику од дискриминације која се традиционално забрањује у радном праву, те узнемиравања које је након дугог периода занемаривања, ипак, привукло пажњу радноправне легислативе, *повреда приватности* још увијек није у довољној мјери препозната као *посебан професионални ризик*, па у том смислу, ни заштита од овог ризика није изведена на непосредан и цјеловит начин. Регулатива која данас постоји у оквиру радноправних система углавном се своди на заштиту личних података запосленог што, ни изблиза, није довољно да осигура заштиту запослених од овог ризика. Мада, формално прокламује обавезу послодавца да поштује приватност запослених, Закон о раду Црне Горе не садржи одредбе које би представљале стварну гаранцију права на приватност.⁸⁸⁰ На другој страни, начини на који се може повриједити приватност запосленог (посебно у условима развоја информационах технологија) готово су неограничени, због чега је неопходно проширити концепт заштите приватности на раду. Ова заштита треба да буде саставни дио заштите на раду уопште.

Бројни су разлози неадекватног третмана ризика повреде приватности: недовољно развијена свијест о потреби заштите приватности на раду, недовољан број истраживања о посљедицама које повреда приватности запосленог носи са собом, немогућност једноставне трансплантације овог грађанског права у област радног права, немогућност повлачења јасне границе између управљачких

⁸⁷⁸ T. W. Colligan, E. M. Higgins, „Workplace stress: etiology and consequences“, *Journal of Workplace Behavioral Health*, vol. 21, број 2, 2005, стр.89.

⁸⁷⁹ *Framework Agreement on Work-Related Stress* concluded by ETUC, UNICE/UEAPME and CEEP of 8 October 2004.

⁸⁸⁰ Послодавац је дужан да поштује личност, штити приватност запосленог и обезбјеђује заштиту његових личних података, члан 14, став 1, тачка 7 Закона о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012, 31/14).

овлашћења послодавца и права на приватност запосленог (граница подређености). Но, без обзира на све ове разлоге, постоји нужна потреба да се *повреда приватности* сагледа као *посебан ризик* коме је запослени изложен на раду, укључујући његове узроке, последице, мјере превенције и заштите. Ово тим прије што је запослени овом ризику изложен у свим фазама рада и што његово наступање може довести до продуженог стања стреса код запосленог, а самим тим и до последица у виду нарушавања његовог психичког и физичког здравља. Не постоје, отуда, разлози који оправдавају различит радноправни третман дискриминације (или узнемиравања на раду) у односу на повреду приватности запосленог на раду.

Јасно је да заштита од овог, у новије вријеме препознатог, ризика не може доћи преко ноћи. Заштита приватног живота као веома комплексног појма чија садржина варира од случаја до случаја не може се постићи једноставним новелирањем законског текста. У овом моменту није реално очекивати ни доношење посебних закона којима се запослени штите од ризика повреде приватности на раду (по угледу на заштиту од мобинга). Међутим, већ сада је јасно да позитивно радно право (Црне Горе и Србије) има крупне недостатке у погледу заштите приватности кандидата за запослење и запосленог које треба отклонити, што би уз адекватну праксу судова представљало значајан корак у правцу заштите приватног живота запосленог. Пажњу свакако треба усмјерити на мјере превенције, на развој културе поштовања приватности, као и на подстицање социјалних партнера да преговарају о овом важном питању. Представници радника могу, и без одговарајућег законског оквира, утицати на умањење ризика од повреде приватности на раду. Ова нова врста ризика представља посебан изазов за одборе који се образују код послодавца, а који се баве заштитом здравља и безбједности на раду.

4.6. Уважавање чињеница из приватног живота запосленог у циљу остваривања права из радног односа и по основу рада

Поштовање људских права представља премису свих међуљудских односа. Обавеза поштовања људских права не исчезава ни заснивањем радног односа. Напротив, запослени на радном мјесту задржава својство грађанина који ужива

основна (гарантована) права и слободe у мјери у којој такво уживање не угрожава легитимне и виталне интересе послодавца. Неспорно је, отуда, да је послодавац дужан да, међу осталим људским правима, поштује и право запосленог на приватност. Поштовање овог права, у првом реду, подразумева негативну обавезу послодавца, тј. обавезу да се уздржи од предузимања било које радње којом се неоправдано нарушава приватност запосленог (испитивање, тестирање, надгледање, прислушкивање итд.). Међутим, као што је то више пута истакнуто у пресудама Европског суда за људска права, поред ове превасходно негативне обавезе могу постојати и конкретне (позитивне) обавезе садржане у стварном поштовању приватног и породичног живота.⁸⁸¹ Приликом утврђивања постоји ли позитивна обавеза државе у односу на њене грађане, води се рачуна о правичној равнотежи која се мора успоставити између општег интереса заједнице и интереса појединца⁸⁸² Позитивна обавеза државе у односу на право на приватност појединца (грађанина) може се манифестовати на бројне начине.⁸⁸³ Насупрот томе, позитивна обавеза послодавца у погледу поштовања права запосленог на приватност постоји у ограниченом броју случајева, предвиђена је законом или колективним уговором, по правилу, онда када је потребно задовољити неки шири друштвени интерес.

Позитивна обавеза послодавца у погледу поштовања права на приватност махом се састоји од *уважавања* оних чињеница из приватног живота запосленог за које закон (или други акт) везује остваривање одређених права по основу рада. У питању су ситуације у којима запослени сам упознаје послодавца са одређеним чињеницама из свог приватног живота онда када то представља услов остваривања гарантованог права. На запосленом је, дакле, да одлучи да ли ће послодаваца упознати са садржином свог приватног живота или не. У том смислу, могло би се говорити и о одрицању запосленог од права на приватност. Чињенице из приватног

⁸⁸¹ Ž. Ditertr, *op. cit.*, стр.227-228.

⁸⁸² *Ibid.*

⁸⁸³ Позитивна обавеза државе може обухватити усвајање мјера да се обезбиједи поштовање приватног живота, чак и у домену међусобних односа појединаца. У случају *X. i Y. v. Holandija*, који се односио на силовање душевно хендикепиране особе и сходно томе на њен физички и духовни интегритет, Суд је установио да, због недостатака Кривичног законика Холандије, лицу у питању није пружена стварна и практична заштита. Исто тако, у случају *Airey v. Irska*, Суд је сматрао да је предлагач био жртва кршења члана 8 Конвенције, јер по домаћем праву не постоји систем правне помоћи у поступку раставе, те се одбијањем приступа суду директно утицало на приватни и породични живот. Ž. Ditertr, *op. cit.*, стр.233.

живота запосленог и његова лична својства које је послодавац дужан да уважи углавном се тичу породичних дужности (прилика), увјерења, инвалидности и сл. На овај начин штите се одређени друштвени интереси. Први и најважнији интерес је заштита породице као основне ћелије друштва. Тако, примјера ради, запослени који има одређене породичне обавезе не може бити распоређен на рад у друго мјесто ван мјеста пребивалишта, односно боравишта; запослени у одређеним ситуацијама (склапање брака, рођење дјетета, тежа болест члана уже породице, смрт члана уже породице) има право на плаћено одсуство; запослени има право на мировање радног односа ако му је брачни друг упућен на рад у иностранство; запослени који је родитељ дјетета с тежим сметњама у развоју, самохрани родитељ који има дијете до седам година живота или дијете са тешким инвалидитетом не може се прогласити лицем за чијим је радом престала потреба усљед увођења технолошких, економских или реструктуралних промјена, нити може радити дуже од пуног радног времена, односно ноћу и др.⁸⁸⁴

Ово, међутим, није исцрпна листа ситуација у којима законодавац предвиђа позитивну обавезу послодавца у вези са поштовањем приватности запосленог. У складу са начелом *in favorem laboratoris*, ова листа ситуација се проширује и путем колективног преговарања, а могуће је да то и сам послодавац учини својим интерним актима.⁸⁸⁵ У свим овим ситуацијама запослени је у обавези да упозна

⁸⁸⁴ Запослена жена за вријеме трудноће, запослена жена која има дијете до пет година живота и самохрани родитељ који има дијете млађе од седам година живота, запослени родитељ који има дијете са тежим сметњама у развоју, запослени млађи од 18 година живота и запослено лице с инвалидитетом, не могу бити распоређени на рад у друго мјесто ван мјеста пребивалишта, односно боравишта, члан 42, став 3 Закона о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012, 31/14). Запослени има право на одсуство са рада уз накнаду зараде (плаћено одсуство), у случају склапања брака, рођења дјетета, теже болести члана уже породице, полагања стручног испита и у другим случајевима утврђеним колективним уговором и уговором о раду. Запослени има право на плаћено одсуство седам радних дана због смрти члана уже породице, члан 72, став 1 и 3 Закона. Право на мировање радног односа има и брачни друг запосленог који је упућен на рад у иностранство, члан 76, став 2 Закона. Један од родитеља који има дијете са тежим сметњама у развоју, као и самохрани родитељ који има дијете млађе од седам година живота може радити дуже од пуног радног времена, односно ноћу, само на основу писаног пристанка, члан 110, став 3 Закона.

⁸⁸⁵ Примјера ради, социјални партнери путем колективног преговарања одређују трајање плаћеног одсуства, а могу проширити и законом утврђену листу случајева у којима запослени имају право на плаћено одсуство. Такође, договарају и случајеве у којима запослени има право на неплаћено одсуство. Према Општем колективном уговору („Сл. лист ЦГ“, бр.14/14), запослени има право на неплаћено одсуство са рада у трајању до 30 дана у календарској години у случајевима: њега члана уже породице усљед теже болести; лијечења о сопственом трошку; учествовања у културним, спортским или другим манифестацијама од националног значаја; када постоји сагласност послодавца и запосленог, као и у другим случајевима утврђеним гранским колективним уговором,

послодавца са одговарајућим дијелом свог приватног живота и да достави доказ о томе (нпр. доказ о склапању брака, рођењу дјетета, упућивању на рад у иностранство брачног друга, старости дјетета, чињеници да је самохрани родитељ итд.).⁸⁸⁶

Слична ситуација постоји и онда када запослени жели да, на бази својих вјерских увјерења, оствари право на плаћено одсуство за вријеме вјерских празника,⁸⁸⁷ или када лице са инвалидитетом жели да користи одређене погодности као што су право на увећану отпремнину у случају да је проглашено вишком запослених, право на дуже трајање плаћеног годишњег одмора или право на приоритетно запошљавање. У питању је право лица са инвалидитетом да одлучи да ли ће користити повољности које му нуди радно законодавство, односно да ли ће се самоидентификовати (енг. *right to selfidentification*). У складу са овим, прави се разлика између запошљавања лица са инвалидитетом под општим и под посебним условима.⁸⁸⁸

Још један од важних аспеката приватности са којим се послодавац мора упознати уколико запослени жели да оствари одређена права по основу рада је његово здравствено стање, а што се у пракси јавља као осјетљиво питање, будући да подаци о здравственом стању спадају у категорију посебно заштићених личних података.⁸⁸⁹ У вези са овим се поставља питање у којој мјери подаци о

колективним уговором код послодавца, односно уговором о раду. Послодавац може на захтјев запосленог омогућити одсуство дуже од 30 дана, ако то не ремети процес рада.

⁸⁸⁶ Примјера ради, право на плаћено одсуство запослени остварује подношењем захтјева послодавцу и доказа о разлогу одсутности, осим ако је разлог те одсутности опште познат, члан 3, став 4 Општег колективног уговора („Сл. лист ЦГ“, бр.14/14).

⁸⁸⁷ Запослени има право да одсуствује са рада за вријеме државних и вјерских празника, члан 74, став 1 Закона о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012, 31/14).

⁸⁸⁸ Запошљавањем лица са инвалидитетом под општим условима сматра се запошљавање код послодавца без прилагођавања послова, односно радног мјеста. Запошљавањем лица са инвалидитетом под посебним условима сматра се запошљавање код послодавца уз прилагођавање послова, односно радног мјеста и запошљавање у посебним организацијама за запошљавање, члан 15, став 2 и 3 Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању лица са инвалидитетом („Сл. лист ЦГ“, бр.49/2008, 73/2010, 39/2011).

⁸⁸⁹ Посебне категорије личних података су лични подаци који се односе на расно или етничко поријекло, политичко мишљења, вјерско или филозофско увјерење, чланство у синдикалним организацијама, као и подаци који се односе на здравствено стање или сексуални живот, члан 9, став 1, тачка 7 Закона о заштити података о личности („Сл. лист ЦГ“, бр.79/08, 70/09, 44/12). Запослени има право да одсуствује са рада у случајевима привремене спријечености за рад, због болести, повреде на раду или у другим случајевима у складу са прописима о здравственом осигурању. У случају одсуствовања са рада, запослени је дужан да најкасније у року од три дана о томе обавијести послодавца и да извјештај о привременој спријечености за рад достави послодавцу у року од пет

здравственом стању запосленог могу бити доступни послодавцу. По правилу, послодавац се упознаје само са оцјеном о могућности/односно немогућности запосленог да ради. Из тог разлога, тзв. извјештај о привременој спријечености за рад који издаје овлашћена здравствена установа не садржи податке о здравственом стању запосленог, већ само укупан број дана привремене спријечености за рад. Ситуација је, међутим, другачија уколико запослени жели да оствари неко додатно право (помоћ) на основу свог здравственог стања. Тако, он послодавца мора упознати са подацима који се односе на болест уколико жели да оствари право на једнократну новчану помоћ због дуже (теже) болести, здравствене рехабилитације, набавке љекова или лијечења.⁸⁹⁰

Уважавање приватног живота запосленог резултат је прије свега интервенционизма државе у радне односе. Од почетка XIX вијека па до данас, радно право се континуирано развијало, уважавајући у све већој мјери приватне потребе запосленог, чиме се истовремено ограничавала управљачка власт послодавца. Све ово водило је ка савременом концепту пристојног и достојанственог рада. Мјера у којој се уважава приватни живот запосленог један је од показатеља преовлађујућег концепта радног права. За разлику од концепта који постоји у државама социјалне правде и који послодавцу намеће обавезу уважавања одређених приватних потреба запосленог, па, у складу са тим, право на приватност третира као *позитивно право*, у либерално оријентисаним државама у којима је традиционално послодавцу и запосленом препуштено регулисање радног односа, обавеза послодавца да поштује приватни живот запосленог доживљава се као преваходно *негативна*. У овом посљедњем концепту, законодавац, у знатно мањем броју случајева, захтијева од послодавца да на радном мјесту и у вези са радом уважи приватни живот запосленог. У складу са тим, у Сједињеним Америчким Државама је тек 1993. године донијет посебан закон (*Family and Medical*

дана од дана издавања извјештаја, члан 75, став 1 и 3 Закона о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012, 31/14).

⁸⁹⁰ Запосленом, односно његовој ужој породици послодавац може исплатити једнократну помоћ у случају: дуже или теже болести, здравствене рехабилитације запосленог или члана његове уже породице у износу од 11 обрачунских вриједности коефицијента; набавке љекова и лијечења запосленог или чланова његове уже породице у износу до 11 обрачунских вриједности коефицијента, члан 28 Гранског колективног уговора за здравствену дјелатност („Сл. лист ЦГ“, бр.30/16).

Leave Act) који запосленима омогућава да из одређених приватних разлога одсуствују са рада. До доношења овог закона, послодавац је, у складу са доктрином запошљавања/отпуштања „по вољи“ (енг. *employment at will*) могао да отпусти запосленог који је из приватних разлога спријечен да долази на посао.⁸⁹¹ Међутим, ни овај закон не нуди превелики обим права запосленом, будући да обезбјеђује само право на неплаћено одсуство, да се не примјењује на запослене код малих послодаваца, те да се права која гарантује могу остварити само уколико је запослени претходно био у радном односу код послодавца најмање 12 мјесеци.⁸⁹² Може се, отуда, закључити, да од начин на који држава (и социјални партнери) регулише радне односе, зависи и обим уважавања приватног живота запосленог на раду.

5. Приватност запосленог са специфичним мјестом рада

5.1. Уводна разматрања

Мјесто извршавања рада представља битан елемент радног односа и уговора о раду. На њега се посредно или непосредно односи већи број радноправних норми, од оних о безбједности и здрављу на раду до норми о одговорности за штету проузроковану на раду или у вези са радом.⁸⁹³ Захваљујући својим управљачким овлашћењима послодавац одређује мјесто извршавања рада и радно вријеме запосленог. Стандардна форма добровољног извршавања рада за другог подразумијева да се послови радног мјеста у највећој мјери обављају у пословним просторијама послодавца или на неком другом мјесту гдје послодавац обавља своју дјелатност. Ово је у складу са субординацијом радника у радном односу која, између осталог, подразумијева и право послодавца да надгледа и контролише процес рада. Битна обилежја радног односа – подређеност у извршавању рада, као

⁸⁹¹ R. J. Gregory, *Your Workplace Rights*, American Management Association, New York, 1999, стр.144.

⁸⁹² *Ibid.*, стр.145.

⁸⁹³ Упркос томе (и различито од питања радног времена), питање мјеста рада остаје у великој мјери неистражено, како у домаћој, тако и страној правној литератури. Из радног законодавства редовно изостаје дефиниција мјеста рада, осим када је ријеч о прописима о безбједности и здрављу на раду. Ипак, међу ауторима постоји и извјесна сагласност о значењу појма „мјеста рада“. То приближавање ставова подразумијева да се мјестом рада сматра свако мјесто на којем се обављају послови за послодавца и које је, у том смислу, доступно запосленима. Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, стр.307-308.

и интегрисаност у организациони процес рада, јасно се испољавају при извршавању рада у пословним просторијама послодавца.⁸⁹⁴

Могуће је, међутим, засновати радни однос ради обављања послова изван просторија послодавца. Овдје се, у првом реду, мисли на *рад код куће* и *рад на даљину*. Мада су ове атипичне форме рада постојале и раније, оне су посљедњих неколико деценија са глобалним процесима и развојем информационих технологија постале знатно заступљеније на тржишту рада. Отуда, појам *мјесто рада* треба схватити широко, као “простор у којем радник обавља послове свог радног мјеста, према уговору о раду,”⁸⁹⁵ а које се не мора нужно налазити у пословним просторијама послодавца. Рад ван просторија послодавца, мада маргиналан у односу на онај са стандардним мјестом рада, има своје предности у погледу смањења трошкова послодавца и повећања продуктивности рада, као и у погледу могућности запосленог да професионалне обавезе помири са породичним. Управо могућност комбиновања рада и приватног живота и уштеда времена које запослени троши на путу до посла и назад представљају један од водећих мотива за рад изван просторија послодавца.⁸⁹⁶

Радно право као цјелина није прилагођено атипичним формама рада које подразумијевају обављање престације рада изван пословних просторија послодавца или изван мјеста гдје послодавац обавља своју дјелатност, због чега оне представљају велики изазов за савремено радно законодавство. Ово посебно због тога што обављање рада изван просторија послодавца отвара питање заштите здравља и безбједности на раду али и једнаког третмана у односу на друге раднике са стандардним мјестом рада. Доводи се у питање и подређеност радника надзорним овлашћењима послодавца, будући да се он налази изван домашаја стварне (физичке) контроле послодавца. Закључује се, међутим, да упркос извјесној аутономији коју уживају запослени који раде ван просторија послодавца, правна субординација остаје битан елеменат рада све док послодавац сноси искључиви ризик и задржава овлашћење за издавање упутстава и налога за рад.⁸⁹⁷

⁸⁹⁴ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.353.

⁸⁹⁵ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, стр.308.

⁸⁹⁶ К. Vermaas, F. Bongers, „Broadband in telework health and safety: the user perspective“, *Journal of Internet Commerce*, vol.6, број 2, 2007, стр.83.

⁸⁹⁷ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, стр.307-327.

Истовремено, ваља имати на уму да је професионални и приватни живот запосленог који ради ван просторија послодавца у знатно већој мјери испреплетен, те да ове двије сфере живота није лако раздвојити. Ово из разлога што се мјесто рада и мјесто обављања приватних активности запосленог могу преклапати. Отуда, један од основних задатака радног законодавства јесте да пронађе механизме помоћу којих ће послодавац задржати извјесна надзорна овлашћења над радним процесом запосленог који ради ван просторија послодавца, а да притом не наруши његову приватност.

Са аспекта заштите приватног живота запосленог посебну пажњу заслужује и *плаћени рад у домаћинству послодавца*, будући да рад кућног помоћног особља може да укључи смјештај и исхрану у кући послодавца, чиме се практично послодавцу омогућава увид и у приватне активности запосленог. У том смислу, очување приватности кућног помоћног особља представља посебан изазов, тим прије што у претежном броју земаља ова лица уживају низак степен заштите права по основу рада. У свим овим случајевима, баш као и код стандардних форми рада, надзор над радом, резултатима рада и условима рада врши се уз уважавање принципа легитимности, сразмјерности и транспарентности, а заштита моралног интегритета и достојанства запосленог остаје важан циљ радног права.

5.2. Рад ван просторија послодавца

Рад код куће (енг. *home work*) подразумијева рад који запослени обавља за послодавца у свом дому, а који је по својој природи такав да га је могуће обављати изван просторија послодавца (када то допушта природа посла). У том циљу закључује се уговор о раду за обављање послова код куће.⁸⁹⁸ Стандарди Међународне организације рада, међутим, обављање рада у овој форми не везују строго за дом запосленог, већ предвиђају да се такав рад може обављати и у другим просторијама по избору запосленог, било да је у питању производња или пружање услуга које је одредио послодавац и независно од тога ко обезбјеђује опрему,

⁸⁹⁸ Члан 32 Закона о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012 и 31/14).

материјал и средства за рад.⁸⁹⁹ Ови стандарди исказују тежњу да се што је могуће више правни положај радника код куће изједначи са правним положајем запослених у класичном смислу.⁹⁰⁰ Отуда, запослени који обавља рад код куће, у принципу, има иста права и обавезе као запослени који обавља рад у пословним просторијама послодавца.

Мада међународни стандарди и домаћи закони не указују на потребу *посебне заштите приватног живота запосленог* који ради код куће, оваква заштита представља *услов* његовог достојанственог и у односу на запослене који раде у просторијама послодавца једнаког третмана. Ово из разлога што је приватни и професионални живот запосленог који ради код куће много теже разграничити, будући да примјена просторног и временског критеријума није могућа због тога што се мјесто рада и обављања приватних активности запосленог поклапају и што његово радно и слободно вријеме није строго подјељено (одређено). Ово даље значи да послодавац тешко може контролисати радно вријеме, начин и квалитет обављања посла без залажења у приватност запосленог. Из разлога заштите приватности, али и из разлога уставне гаранције неповриједивости стана, надзорна овлашћења према запосленима који раде у својим домовима, свде се прије на контролу резултата рада, него на уобичајену контролу извршавања престације рада.⁹⁰¹ У том смислу, послодавац не би могао доћи на радно мјесто (дом) запосленог и захтијевати непосредну контролу његовог рада. Због тога се и радно вријеме за обављање рада код куће утврђује на основу унапријед утврђеног квалитета рада по јединици времена.

Специфично мјесто рада, односно потреба заштите приватног живота запосленог који ради код куће учинила је и да се правила о заштити здравља и безбједности на раду примјењују на нешто другачији начин. Ово мјесто рада, у

⁸⁹⁹ Додатан услов је да радник не обавља посао код куће повремено и да не ужива степен аутономије и економске независности по коме би се сматрао независним радником, члан 1, тачка а-б Конвенције Међународне организације рада бр.177 о радницима код куће (*Home Work Convention*, 1996).

⁹⁰⁰ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.354. Ову једнакост треба осигурати у погледу: права запослених који раде код куће да установљавају или да се придружују организацијама радника по свом избору, те да учествују у њиховим активностима; заштите од дискриминације у запошљавању и на раду; зараде; обавезног социјалног осигурања; приступа усавршавању; минималних година за запошљавање; и заштите материнства, члан 4, тачка 2 Конвенције бр.177.

⁹⁰¹ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, стр.318.

начелу, може бити доступно послодавцу, радничким представницима и инспекцији ради надзора над примјеном прописа о безбједности и здрављу на раду, али, само ако је запослени претходно обавијештен и сагласан са том контролом, као што то предвиђају извори комунитарног и упоредног права у вези са радом на даљину који запослени обавља код куће.⁹⁰² Међутим, због чињенице да запослени усљед страха од контроле може одбити инспектору рада приступ радном мјесту, Препорука МОР-а бр.184 о раду код куће инсистира да инспектори рада морају имати приступ дијелу куће или другим приватним просторијама у којима се обавља посао.⁹⁰³ Евидентни су и други проблеми у вези са заштитом здравља и безбједности радника који раде код куће. Ово из разлога што се, када је у питању рад код куће, правила о заштити на раду не могу примјенити на исти начин као и код стандардног мјеста рада, с обзиром на то да се код овог првог мора узети у обзир утицај одређене учестале праксе на живот и здравље не само радника, већ и чланова његове породице.⁹⁰⁴ Посредна заштита и уважавање приватног и породичног живота запослених који раде код куће садржана је и у стандардима о забрани дискриминације и заштити материнства запослене која ради код куће.

Рад на даљину (енг. *distance work*) представља савременију верзију рада ван просторија послодавца, односно рада код куће, на чију је популаризацију прије свега утицао развој информационих технологија. Ове технологије омогућиле су запосленом да послове радног мјеста обавља на потпуно исти начин независно од тога гдје се налази, док су на другој страни омогућиле послодавцу да на брз и ефикасан начин даје упутства и налоге за рад запосленом ма гдје се он у том тренутку налазио. Начини на који се може обављати рад на даљину су бројни што је узроковало тешкоће у његовом дефинисању. Данас је у великој мјери прихваћена дефиниција према којој рад на даљину представља “форму организације и/или извршавања рада уз употребу информационих технологија, у оквиру уговора о раду/радног односа, гдје се рад, који би иначе могао да се обавља у просторијама

⁹⁰² *Ibid.*, стр.319.

⁹⁰³ J.-M. Servais, *op. cit.*, стр.237.

⁹⁰⁴ Конвенција бр.177 предвиђа да се домаћи прописи о безбједности и здрављу на раду примјењују и на раднике код куће, уз уважавање специфичности овог рада и уз прописивање посебних услова према којима ће обављање одређених послова и употреба одређених супстанци бити забрањена уколико то захтијевају здравствени и безбједносни разлози. J.-M. Servais, *op. cit.*, стр.236.

послодавца, редовно обавља изван ових просторија”.⁹⁰⁵ Постоје и друге дефиниције уговора о раду на даљину које у центар интересовања, такође, стављају информациону технологију, због чега се овај рад још назива и рад посредством екрана (енг. *telework*).⁹⁰⁶

Премда је рад на даљину изазвао бројне дилеме везане за квалификацију радника на даљину, режим рада на даљину, заштиту радника који ради на даљину и премда се о предностима и манама овог облика рада доста дискутовало у теорији и пракси, баш као и код рада код куће, пажња није довољно усмјерена на *заштиту приватног живота запосленог који ради на даљину*. У којој мјери ће приватни живот запосленог бити на “удару” зависи од начина на који се рад на даљину обавља, односно од мјеста на коме се обавља, начина на који је организован и од начина на који послодавац врши надзор над радом запосленог. И овдје се полази од опште претпоставке о обавези заштите права на приватни живот запосленог као основног људског права.

Нема, међутим, сумње да и код рада на даљину послодавац има легитиман интерес да врши надзор над радом запосленог, с тим да и код ове форме рада послодавац више надзире резултате рада него начин обављања радних задатака.⁹⁰⁷ Истовремено, ваља примјетити да немогућност „физичког“ надзора *a priori* не искључује могућност „виртуелног“ надзора над радом запослених.⁹⁰⁸ О томе свједоче различити облици аутоматског надзора и праћења процеса рада, попут регистрације времена проведеног за рачунаром, на интернету или у вези са сервером послодавца.⁹⁰⁹ Управо је развој технологије која омогућава надзор над радом запосленог електронским путем (*Electronic Performance Monitoring*) омогућио да послодавац и у случају рада на даљину може да спроведе своја

⁹⁰⁵ *Framework agreement on telework concluded by ETUC, UNICE/UEAPME and CEEP of 16 July 2002*, тачка 2, став 1. У уводном дијелу Споразума наводи се да рад на даљину покрива широк и брзо растући спектар послова у пракси, па су се, у складу са тим, социјални партнери одлучили за дефиницију која може да обухвати веома различите облике овог рада.

⁹⁰⁶ Под радом на даљину, захваљујући употреби информационих технологија, подразумијева се редовни рад ван пословних просторија послодавца, односно код куће, у просторијама запосленог, помоћу опреме са екраном, или рад у телецентрима, као и рад на пословима код којих је запослени стално у покрету или на путу. Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.355.

⁹⁰⁷ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, стр.323.

⁹⁰⁸ *Ibid.*, стр.323-324.

⁹⁰⁹ *Ibid.*, стр.324.

надзорна овлашћења. Оваква технологија омогућила је послодавцу готово исти увид у рад на даљину као што га има у случају када се рад обавља у просторијама послодавца.⁹¹⁰ Штавише, она омогућава константан надзор без посебног напора или утрошка времена менаџера или супервизора.⁹¹¹

Треба имати на уму и то да један од основних мотива запосленог да ради на даљину јесте флексибилно радно вријеме и могућност комбиновања рада са приватним активностима, па систем надзора над запосленим који ради на даљину мора бити прилагођен овој чињеници. У том смислу, послодавац не може, као што је то случај са класичним мјестом рада, очекивати да запослени користи радно вријеме и ресурсе искључиво у пословне сврхе.⁹¹² У намјери да заштите приватност запослених који раде на даљину, социјални партнери на европском нивоу сагласили су се да је послодавац дужан да поштује приватност запосленог који ради на даљину, те да се, у случају постављања било каквог система надзора на такво мјесто рада, мора водити рачуна о томе да он буде сразмјеран циљу који се жели постићи.⁹¹³ На овај начин се надзор над радом запосленог који ради на даљину условљава принципима легитимности и сразмјерности.

У вези са овим је и питање начина на који запослени на даљину комуницира са колегама или послодавцем. Није ријетко да се ова комуникација обавља путем видеа (*web* камера) што отвара питање надзора, односно нарушавања приватности цјелокупног домаћинства као споредног ефекта такве комуникације.⁹¹⁴ Ови споредни ефекти могли би се умањити на начин што би искључиво радник на даљину одлучивао о томе када ће камера бити укључена, што би се за рад користила посебна просторија или би се користило неко друго средство комуникације.⁹¹⁵ Специфичност рада на даљину је и то што запослени ради извршавања радних задатака може користити опрему и средства за рад које му је обезбиједио послодавац или оне који припадају лично њему. У овом другом случају,

⁹¹⁰ Више о надзору запослених који раде на даљину види у: N. B. Fairweather, „Surveillance in employment: the case of teleworking“, *Journal of Business Ethics*, vol.22, број 1, 1999, стр.39-49.

⁹¹¹ *Ibid.*, стр.41.

⁹¹² *Ibid.*, стр.42.

⁹¹³ *Framework agreement on telework*, тачка 6, став 1 и 12.

⁹¹⁴ N. B. Fairweather, *op. cit.*, стр.46.

⁹¹⁵ *Ibid.*

овлашћење послодавца да врши надзор је нешто уже постављено и не укључује овлашћење за контролу намјенске употребе средстава за рад.

Питање заштите приватности јавља се и у вези са здрављем и безбједношћу радника на даљину. Код ове форме рада је у знатно већој мјери угрожено здравље него безбједност радника. Неки аутори (Montreuil, Lippel) с правом истичу да су запослени који раде на даљину склонији одређеним специфичним обољењима, будући да се паузе на раду обично занемарују и да се препоручено радно вријеме (на компјутеру) продужава.⁹¹⁶ Мада послодавац остаје у основи одговоран за заштиту здравља и безбједности на раду, истраживања показују да се ова обавеза у пракси обично преноси на запосленог и да послодавци не контролишу да ли у конкретном случају постоје одговарајући услови рада.⁹¹⁷ Као један од разлога оваквог стања наводи се управо страх послодавца да ће нарушити приватност запосленог.⁹¹⁸ Међутим, контролу мјеста рада треба спровести и прије него што радник отпочне да обавља рад на даљину.⁹¹⁹

Примјена класичних стандарда о заштити здравља и безбједности на раду захтијева и обилазак радног мјеста. Ако је, међутим, мјесто рада на даљину дом запосленог, онда се такав обилазак може окарактерисати као напад на његову приватност. Примјера ради, присуство било каквих обиљежја или предмета (вјерска или синдикална обиљежја, одјећа сл.) у дому запосленог може да конституише повреду приватности.⁹²⁰ Због тога се, било који вид систематских (честих, ненајављених) посјета, чак и када су мотивисане заштитом здравља и безбједности на раду, сматра недозвољеним надзором.⁹²¹ Супротно томе, повремене и најављене контроле, у мјери у којој су неопходне, сматрају се

⁹¹⁶ S. Montreuil, K. Lippel, „Telework and occupational health: a Quebec empirical study and regulatory implications“, *Safety Science*, број 41, 2002, стр.339-358. Navedeno prema: K. Jaakson, E. Kallaste, „Beyond flexibility: reallocation of responsibilities in the case of telework“, *New Technology, Work and Employment*, vol.25, број 3, 2010, стр.199.

⁹¹⁷ Послодавци већином наводе да није могуће контролисати услове рада радника на даљину, односно да немају времена и ресурса за такво нешто. K. Jaakson, E. Kallaste, *op. cit.*, стр.203.

⁹¹⁸ *Ibid.*, стр.206.

⁹¹⁹ Постоје мишљења о томе да су одговорности запосленог и послодавца другачије подјељене у случају рада на даљину, те да запослени добија много више аутономије и независности у раду, у замјену за већи број одговорности које се тичу опреме за рад и услова радног мјеста. K. Jaakson, E. Kallaste, *op. cit.*, стр.206.

⁹²⁰ N. B. Fairweather, *op. cit.*, стр.45.

⁹²¹ *Ibid.*

оправданим. Изненадна посјета једино би била могућа уколико запослени ризике којима је изложен у раду намјерно прикрива приликом најављених контрола.⁹²²

Поред тога што представља нешто већи ризик по приватност, рад на даљину истовремено представља и шансу за приватни и породични живот запосленог. Запослени који ради на даљину знатно флексибилније управља укупним расположивим временом и много лакше усклађује професионалне и породичне дужности. Као и друге флексибилне форме рада, тако и рад на даљину, када представља израз воље запосленог, има низ позитивних ефеката, а међу њима и лакше укључивање лица са породичним дужностима на тржиште рада. Рад на даљину, такође, омогућава више шанси за професионалну интеграцију и запошљавање лица са инвалидитетом и старијих лица.⁹²³ Постоје, међутим, и супротна мишљења по којима ова форма рада поништава традиционалну подјелу на сферу рада и сферу приватности.⁹²⁴

Послодавци који запошљавају раднике на даљину треба да донесу посебне писане процедуре којима се регулишу специфичности ове форме рада. Оне треба да осигурају да све мјере које послодавац предузима у намјери да надзире рад и резултате запосленог или здравље и безбједност на мјесту рада буду спроведене без нарушавања приватног живота запосленог. На овај начин би се отклонио и дио предрасуда које запослени, послодавци и синдикати још увијек имају у погледу рада на даљину. Проблем, међутим, представља то што позитивно право Црне Горе посебно не регулише рад на даљину, усљед чега се и заштита приватног живота запослених у овој атипичној форми рада занемарује. На законодавцу је, дакле, да у наредном периоду уважи савремене трендове рада и да рад на даљину уврсти у закон, пружајући одговарајућу заштиту лицима која раде на даљину. За разлику од тога, позитивно право Србије регулише рад на даљину као врсту рада ван пословних просторија послодавца и предвиђа да уговор о раду на даљину као обавезан елемент мора да садржи и „начин вршења надзора над радом и квалитетом

⁹²² *Ibid.*

⁹²³ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.355.

⁹²⁴ Поред тога, као негативне стране рада на даљину наводе се социјална изолација и слабији изгледи за развој каријере. Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.356-357.

обављања послова запосленог,⁹²⁵ чиме је остављен простор социјалним партнерима да даље преговарају о овом питању. На овај начин су дате и смјернице судовима који се у наредном периоду могу појавити у улози заштитника права на приватност запослених који раде на даљину.

5.3. Плаћени рад у домаћинству послодавца

Рад кућног помоћног особља (кућне послуге) или *плаћени рад у домаћинству послодавца* (енг. *domestic work, household workers*), према међународним стандардима, је сваки рад који се у форми радног односа изводи у домаћинству или за домаћинство.⁹²⁶ Додатно се захтијева и то да се овај рад не изводи повремено или спорадично, већ на професионалној основи. Доношење Конвенције бр.189 о радницима у домаћинству резултат је спознаје да радници у домаћинствима представљају најугроженију, највулнерабилнију и најслабије заштићену категорију радника у пракси, која је, међутим, све бројнија. Пораст броја радника који раде у домаћинствима узрокован је бројних факторима као што су веће учешће жена на тржишту рада, промјене у структури савремене породице, продужење животног и радног вијека и др.⁹²⁷ И поред тога што ови радници имају виталне улоге како у домаћинствима у којима раде, тако и у националној и свјетској економији они су често изложени изабљивању, дискриминацији, насиљу и тешким условима рада.⁹²⁸ Отуда, међународни стандарди предвиђају обавезу држава да у погледу радника који раде у домаћинствима промовишу и поштују фундаменталне принципе и права по основу рада. Циљ ових стандарда је изједначавање радника

⁹²⁵ Члан 42, став 3, тачка 2 Закона о раду Србије („Сл. гласник РС“, 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 113/2017).

⁹²⁶ Члан 1, став 1, тачка а) и б) Конвенције Међународне организације рада бр.189 о пристојном раду запослених у домаћинству (*Domestic Workers Convention*, 2011).

⁹²⁷ Више о разлозима пораста броја радника који раде у домаћинству послодавца види у: Љ. Ковачевић, „Плаћени рад у домаћинству послодавца“, *Радно и социјално право*, Београд, број 2/2013, стр.75-102.

⁹²⁸ У просјеку, у земљама Блиског истока, радник у домаћинству заради 250 амричких долара. Понекад им плата касни и по неколико мјесеци. Прековремени сати им се не исплаћују иако раде двоструко дуже од осталих радника. Многи од њих немају право на слободан дан. С. Ковачевић-Перић, „Пристојан рад за раднике у домаћинствима“, *Радно и социјално право*, Београд, број 2/2012, стр.169.

који раде у домаћинствима у погледу својих права са радницима који раде на уобичајеним мјестима рада.⁹²⁹

Премда су проблеми везани са рад у домаћинствима бројни (дискриминација, експлоатација, принудан рад, злостављање, узнемиравање, насиље, нефер услови рада, отежан положај миграната који раде у домаћинствима и др.) и да захтијевају веома опсежну анализу, у овом раду ће се указати само на значај *заштите њиховог приватног живота*.

Особеност овог облика рада је то што се изводи у дому послодавца, али и то што често укључује смјештај и исхрану запосленог у дому послодавца.⁹³⁰ Ове двије чињенице пресудно су утицале на специфичан радноправни положај кућног помоћног особља, као и на то да питање њихове приватности буде посебно разматрано у односу на приватност запослених са стандардним мјестом рада (у пословним просторијама послодавца). Један од основних проблема са којима се суочавају радници у домаћинствима јесте управо недостатак приватности. Овај недостатак резултат је дугих радних сати, непосредног надзора од стране чланова домаћинства, ограничавања посјета, неодговарајућих услова смјештаја и др.⁹³¹ Оно што додатно компликује заштиту приватности радника у домаћинствима јесте то што наспрам њиховог права на приватни живот стоји право на приватност послодавца, будући да се рад обавља у његовом дому, односно у одговарајућој породичној и интимној атмосфери.

⁹²⁹ За разлику од стандарда Међународне организације рада, правнообавезујући извори права ЕУ нису настојали да раднике у домаћинствима, у погледу права по основу рада, изједначе са другим радницима. О томе нарочито свједоче директиве из чијег су персоналног подручја искључени, управо, запослени у домаћинству, попут Оквирне директиве о безбједности и здрављу на раду (Директива 89/391/ЕЕЗ). Исто вриједи и за Директиву о организацији радног времена (Директива 2003/88/ЕЗ), која допушта изузимање ових радника из подручја примјене одредаба о одмору у току рада, дневном и недељном одмору, максималном недјељном радном времену и ноћном раду. Љ. Ковачевић, „Плаћени рад у домаћинству послодавца“, стр.86.

⁹³⁰ Послови у домаћинству обухватају читав спектар различитих радних задатака. Они се, најопштије посматрано, могу сврстати у двије групе: прву групу чине кућни послови, који се прије свега односе на припрему хране за чланове домаћинства и одржавање хигијене, док се друга група послова тиче чувања дјеце и бриге о старим лицима, лицима са инвалидитетом и другим члановима домаћинства којима је потребна помоћ приликом обављања различитих активности. Љ. Ковачевић, „Плаћени рад у домаћинству послодавца“, стр.77.

⁹³¹ Приватност запосленог у домаћинству је посебно угрожена када је он смјештен са великим бројем других радника у истој просторији, када постоји немогућност закључавања тих просторија и услед неодговарајуће снадбјевености просторија основним предметима за живот. J.M. Ramirez-Machado, *Domestic work, conditions of work and employment: A legal perspective*, International Labour Office, Geneva, 2003, стр.1-2, 59.

Конвенција о радницима у домаћинству садржи интегрални приступ људским правима на начин што укључује грађанска права као што су право на правду и право на приватност, али и социјално-економска права као што су право на минималну зараду и право на одговарајуће радно вријеме.⁹³² Право на приватност послодавца не сматра се важнијим од пристојних услова рада, нити може бити пристојних услова рада за раднике у домаћинствима који не уживају одређени степен приватности на радном мјесту.⁹³³ Нека од основних права која се гарантују запосленима који раде у домаћинствима су право на одговарајуће радно вријеме, плаћени годишњи одмор, дневни и недељни одмор.⁹³⁴ Ове гаранције, између осталог, треба да допринесу заштити приватног и породичног живота запослених који раде у домаћинствима јер, у супротном, усљед неодговарајућег радног времена, дневног, недељног и годишњег одмора, прековременог рада, сталних дежурстава и приправништва, запосленом неће преостати времена за приватни живот, нити ће бити у могућности да направи одговарајући баланс између професионалних и породичних дужности.

Национална законодавства на веома различит начин регулишу права радника који раде у домаћинствима. По правилу, праве се изузеци од општег режима радног времена и одмора, укључујућу могућност прављења посебних аранжмана о радном времену, могућност рада током недјељног одмора и продужавање максималног радног времена.⁹³⁵ Посебно осјетљиво питање, у вези са радним временом, представља тзв. приправност за рад, будући да је природа послова у домаћинствима таква да често захтијева и одређену расположивост радника послодавцу и изван оног уобичајеног радног времена. У вези са овим,

⁹³² E. Albin, V. Mantouvalou, „The ILO Convention on domestic workers: from the shadows to the light“, *Industrial Law Journal*, vol.41, број 1, 2012 стр.8.

⁹³³ *Ibid.*

⁹³⁴ Члан 7 Конвенције Међународне организације рада бр.189 о пристојном раду запослених у домаћинству.

⁹³⁵ У неким земљама се радници у домаћинствима искључују из примјене општих одредаба о радном времену, у неким другим питање радног времена се регулише само индиректно на начин што се уређује право на одговарајући одмор уз увјерење да ће послодавац уредити радно вријеме у доброј вјери. Трећу групу земаља чине оне које имају посебне одредбе о радном времену радника у домаћинствима, без обзира на то да ли уређују његово максимално дневно или недјељно трајање. Некада се експлицитно уређује и ноћни рад ових радника. Примјера ради, на Филипинима се на ове раднике не примјењују опште одредбе о ноћном раду. Питање одмора и прековременог рада је, такође, уређено различито. Више о условима рада радника у домаћинствима широм свијета види у: J.M. Ramirez-Machado, *op. cit.*, стр.2003.

захтијева се да се као радно вријеме не квалификују само „активни“ дјелови приправности за рад, већ и периоди у којима запослени мора бити спреман да се благовремено одазове евентуалном позиву за рад, без могућности да слободно располаже својим временом.⁹³⁶ Упоредна пракса, међутим, свједочи да запослени у домаћинству раде већи број радних сати од свих осталих категорија запослених и да распоред њиховог радног времена није унапријед утврђен, већ се мијења у складу са непредвидивим потребама послодавца и чланова домаћинства.⁹³⁷

Посебно рањиву категорију радника у домаћинствима чине они радници који истовремено и бораве (живе) у кући послодавца. То што појединац живи и ради у кући послодавца може да има одлучујући утицај на његову аутономију, мобилност и сопствену будућност, укључујући и одлуку да оснује своју породицу.⁹³⁸ У овом случају међународни стандарди предвиђају да се запосленом морају осигурати пристојни услови живота, уз обавезу поштовања његове приватности. Запослени добровољно одлучује да ли ће живјети у кући послодавца, а ако тако одлучи, од њега се не може захтијевати да своје слободно вријеме (дневни, недељни и годишњи одмор) проводи у кући послодавца или са члановима његовог домаћинства. Практика у поступању према лицима која се ангажују за рад у домаћинству, међутим, показује да се овим лицима често, одмах по доласку у кућу у коју ће радити, одузимају лична документа да би им се ограничило кретање (укључујући мобилне телефоне и телефонске контакте), те да запослени живе у кући послодавца са мало или нимало приватности, уз закључавање у домаћинствима, без контакта са спољним свијетом.⁹³⁹ Овоме треба додати и чињеницу да је простор у коме запослени живи махом доступан послодавцу те да, у тим условима, није могуће очувати његову интиму, нити држати „далеко од очију“ послодавца одређене предмете, обиљежја и све оно што чини приватни живот запосленог.

Разумно је, према томе, очекивати да су ови радници у знатно већој мјери изложени ризику дискриминације по основу личних својстава. Ово потврђују и

⁹³⁶ Љ. Ковачевић, „Плаћени рад у домаћинству послодавца“, стр.85.

⁹³⁷ *Ibid.*, стр.95.

⁹³⁸ *Decent work for domestic workers*, Report IV (1), International Labour Conference, 99th session, International Labour Office, Geneva, 2010, стр.8.

⁹³⁹ С. Ковачевић-Перић, *op. cit.*, стр.171.

примјери из упоредних радних законодавстава који на очигледан начин ускраћују одређена права запосленом који ради у домаћинству на основу елемената (својстава) који чине дио његове приватности. Тако, примјера ради, запослени у домаћинству у неким државама немају право на породилско одсуство и одговарајуће социјалне престације (Аргентина, Египат, Јапан, Турска), док се у пракси појединих држава, трудноћа раднице која ради у домаћинству сматра оправданим отказним разлогом.⁹⁴⁰

Закључује се, наиме, да је приватност радника у домаћинствима веома угрожена, те да се они у том погледу могу сврстати у најрањивију категорију. У овим условима, не може се говорити о пристојном и достојанственом раду. Напротив, у појединим случајевима рад у домаћинству се граничи са принудним или ропским радом.⁹⁴¹ У многим земљама рад у домаћинству је искључен из законодавства, па се лица која обављају овај рад не сматрају запосленим лицима.⁹⁴² Штавише, радна законодавства често садрже дискриминаторске одредбе у погледу радника у домаћинствима.⁹⁴³ Поставља се, отуда, питање шта је потребно да би се направио драстичан заокрет у погледу заштите радника у домаћинствима и промијенио њихов вишедеценијски лош положај. Уопштено узевши, потребно је развити свијест о положају и правима ових лица, усвојити адекватну законску регулативу, осмислити дјелотворне мјере за оснаживање њиховог положаја и појачати инспекцијски надзор рада у домаћинствима.

Ма колико спровођење ових мјера дјеловало једноставно у пракси је, заправо, веома тешко изборити се са традиционалним негативним ставовима везаним за рад у домаћинству. Овдје прије свега треба имати на уму да рад у

⁹⁴⁰ Љ. Ковачевић, „Плаћени рад у домаћинству послодавца“, стр.89-90.

⁹⁴¹ Рад у домаћинству који има елементе принудног рада је посебно чест када су у питању раднице мигранти. Рањивост радника миграната је оно што их доводи у положај да обављају послове принудно. Законима се може превентивно дјеловати на принудни рад у домаћинствима тако што ће се, између осталог, забранити да послодавац задржава лична и путна документа радника, омогућити радницама да не буду одмах након престанка радног односа протјерани, забранити условљавање овог рада боравком у кући послодавца, забранити агенцијама за запошљавање да наплаћују накнаде од радника миграната. Европски суд за људска права је у водећем случају *Siliadin v. France* установио кршење забране принудног и ропског рада из члана 4 Конвенције и нашао да постоји позитивна обавеза државе да осигура да кривично законодавство пружи радницама који раде у домаћинствима ефективну заштиту. *Decent work for domestic workers, Report IV (1)*, стр.66,71.

⁹⁴² R. Siddiqua, „Domestic workers: protection of rights and their way forward“, *ASA University Review*, vol. 8, број 2, 2014, стр.170.

⁹⁴³ *Ibid.*

домаћинству дуго времена није схватан као професионална активност, већ као „статус“ који суштински одређује положај радника и ограничава његове могућности.⁹⁴⁴ Такође, рад у домаћинству се доживљава као саставни дио сфере приватног живота послодавца, а дом послодавца се сматра безбједном и здравом радном средином.⁹⁴⁵ Право својине штити физичка лица – послодавце радника који раде у домаћинству од неповриједивости дома, од узнемиравања и нарушавања приватности посједа.⁹⁴⁶ У вези са овим постоји дилема да ли је вршење инспекцијског надзора у дому послодавца неспојиво са гаранцијом неповриједивости стана, при чему се једним од основних узрочника лошег положаја радника који раде у домаћинствима сматра управо недостатак мјера инспекцијског надзора.

Одредбе Конвенције бр.189 узимају у обзир потребу да се заштити приватност домаћинства (послодавца), али истовремено предвиђају одговарајућу улогу инспекције рада онда када је то потребно да би се примјенили прописи који регулишу рад у домаћинству.⁹⁴⁷ У многим земљама инспекцијски надзор и питање приступа домаћинству као радном мјесту базира се на сагласности послодавца (Аргентина, Венецуела) као власника дома или на судском налогу за улазак (Француска).⁹⁴⁸ Такође, инспекција рада се у неким земљама (Шведска, Данска) бави радницима у домаћинству једино на захтјев радника или послодавца, у случају да за то постоји „посебан разлог“ или ако „инспекција утврди на било који други начин да је то неопходно“.⁹⁴⁹ Као резултат тога, веома је тешко за инспекторе да дјелују на сопствену иницијативу.⁹⁵⁰

Ако се изузме веома комплексан проблем *радника миграната* који раде у домаћинству послодавца, не треба губити наду да позитивно право може одговарајућим законским одредбама заштити укупан положај и приватност запослених у домаћинствима. За разлику од *рада код куће* и *рада на даљину* код

⁹⁴⁴ Љ. Ковачевић, „Плаћени рад у домаћинству послодавца“, стр.81.

⁹⁴⁵ *Ibid.*, стр.83-84.

⁹⁴⁶ С. Ковачевић-Перић, *op. cit.*, стр.170.

⁹⁴⁷ М. Oelz, „The ILO domestic workers convention and recommendation: a window of opportunity for social justice“, *International Labour Review*, vol.153, број 1, 2014, стр.164.

⁹⁴⁸ *Ibid.*

⁹⁴⁹ J.M. Ramirez-Machado, *op. cit.*, стр.1-2, 66.

⁹⁵⁰ *Ibid.*

којих је упитно (непосредно) надзорно овлашћење послодавца, код *рада у домаћинству* постоји опасност од прекорачење овог (надзорног) овлашћења јер га послодавац проширује и на сферу приватног живота запосленог.

Позитивно право садржи веома мали број одредаба о обављању послова у домаћинству, махом оних које регулишу специфичну могућност плаћања у натури.⁹⁵¹ Поред тога, потребно је дефинисати обавезне елементе уговора о раду за обављање послова у домаћинству, како би унапријед били предвиђени сви услови рада у погледу радног времена, дневног, недељног, годишњег одмора, дежурстава, приправништва и како би се уредила питања забране дискриминације и заштите слободног времена и приватног живота запосленог. Овоме, међутим, мора претходити анализа броја радника који данас раде у домаћинствима, а који нису регистровани и који су апсолутно „невидљиви“. Потребно је уважити чињеницу да ови радници имају велики друштвени и економски значај, будући да се на њих наслања савремена породица у којој су оба родитеља запослена. Све ово, међутим, није довољно ако инспекција рада нема одговарајућа овлашћења у погледу контроле овог специфичног радног мјеста.⁹⁵²

Може се, дакле, закључити да рад у домаћинству није рад који треба доживљавати као маргиналан (фактички, нетржишни, непродуктиван), већ као рад који се од других форми рада за послодавца једино разликује по мјесту извршавања престација и који захтијева озбиљан приступ како би се заштитио приватни живот запосленог и омогућило помирење његових професионалних и породичних дужности, на једној и заштитила приватност и право својине послодавца, на другој страни.

⁹⁵¹ Члан 35 Закона о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012, 31/14): „1) Уговор о раду може се закључити за обављање послова у домаћинству; 2) Уговором о раду из става 1 овог члана може се уговорити исплата дијела зараде и у натури; 3) Исплатом дијела зараде у натури сматра се обезбјеђивање становања и исхране, односно само обезбјеђивање становања или исхране; 4) Вриједност дијела давања у натури мора се изразити у новцу уговором о раду; 5) Најмањи проценат новчане зараде утврђује се уговором о раду и не може бити нижи од 50% бруто зараде запосленог; 6) Ако је бруто зарада уговорена дијелом у новцу, а дијелом у натури, за вријеме одсуствовања са рада послодавац је дужан да запосленом исплаћује нето новчану накнаду зараде.”

⁹⁵² Врховни суд Канаде закључио је да се инспекцијска контрола не сматра неразумном у случају када се радно мјесто поклапа са приватном кућом послодавца. У Уругвају инспекција рада има иста овлашћења у погледу радника у домаћинствима као и код других радника. *Decent work for domestic workers*, Report IV (1), стр.73-74.

6. Особености заштите приватности запослених у посебним режимима радних односа

6.1. Уводна разматрања

Полазећи од правног режима радних односа, радно право се дијели на опште и посебно. Мјерило подјеле је, дакле, правни режим радних односа – да ли се ради о општем правном режиму који укључује начелно све запослене (послодавце) или посебним правним режимима који се односе на поједине категорије запослених.⁹⁵³ У питању је настојање да се права, обавезе и одговорности из рада уреде истовјетно за све запослене и послодавце, уз истовремено уважавање чињенице да постоје специфичне категорије радника које захтијевају посебно, *lex specialis* регулисање. Посебност ових режима произилази из важности и специфичности послова који се обављају или услова и начина на који се обављају. Историјски гледано, посебан режим радних односа настао је у вези са радом државних службеника. Ово из разлога што су дуго времена радни односи државних службеника били предмет регулисања управног права, да би након укључивања у радно право били издвојени у посебан режим радних односа. Радно право регулише материју свих радних односа и у свим земљама биљежи проширење круга примјене на све радне односе.⁹⁵⁴

Но, до данас су се задржала два различита схватања о јединству/подјели радних односа. Према првом схватању, у радноправној теорији и пракси постоји јединствен радни однос или јединствен радноправни режим, који начелно, на јединствен начин уређује радноправне односе.⁹⁵⁵ Друго схватање утврђује постојање тзв. подјелееног радног односа који утиче на формирање два посебна правна режима радних односа.⁹⁵⁶ Према не могу сви радни односи у свему бити једнако регулисани јер постоје специфичности у појединим радним односима које захтијевају да се они садржајно другачије уреду, поједини аутори (Тинтић) сматрају

⁹⁵³ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.8.

⁹⁵⁴ N. Tintiћ, *Радно и социјално право*, Књига прва: Радни односи (I), стр. 21.

⁹⁵⁵ Т. Каламатиев, „Општа начела, видови запошљавања и колективна права запослених у јавном сектору“, *Радно и социјално право*, Београд, бр.1/2014, стр.106.

⁹⁵⁶ *Ibid.*

да то не даје довољно разлога за подјелу радног права на опште и посебно⁹⁵⁷ Оно је јединствено и цјеловито, независно од тога што је материја неједнако уређена.⁹⁵⁸

У посебним режимима, радни односи се у многим аспектима регулишу на другачији начин од оног који је предвиђен за општи режим радних односа. Они подразумевају доношење посебних одредаба о заснивању радног односа, индивидуалним и колективним правима радника и престанку радног односа. Ове одредбе могу бити обједињене у специјалним законима. Ови закони (не треба их поистовјећивати са посебним законима) примјењују се примарно у области у којој су донесени, док се системски (општи, генерални) закони примјењују супсидијарно, онда када специјални пропис не садржи одговарајућу норму.⁹⁵⁹

Право запосленог на приватност, мада строго узевши не спада у права по основу рада, трпи одређене трансформације у посебним режимима радних односа. Управо у овим режимима често постоји потреба да се из одређених разлога посебно заштити или додатно ограничи приватност запосленог. Уопштено узевши, у посебном режиму радних односа може доћи до одступања од општих правила којима се штити приватност кандидата за запослење и запосленог и до флексибилније или ригидније примјене принципа на бази којих се ограничава приватност запосленог. Исто тако, потреба да се уваже одређени елементи из приватног живота запосленог може бити више наглашена. У том смислу, право на приватност заслужује да буде посебно анализирано у посебним режимима радних односа. Ту се прије свега мисли на посебан режим рада државних службеника (и намјештеника) и посебан режим рада помораца чији се услови рада и одговорности, па самим тим и право на приватност, по много чему разликују од оних у општем режиму радних односа.⁹⁶⁰ Треба, међутим, нагласити и то да ни у посебним режимима радних односа право на приватност није уређено на цјеловит и

⁹⁵⁷ N. Tintiћ, *Radno i socijalno pravo*, Књига прва: Радни односи (I), стр. 21.

⁹⁵⁸ *Ibid.*

⁹⁵⁹ Посебни закони регулишу само поједине дјелове система радних односа, с обзиром на њихов радноправни значај (на примјер, Закон о штрајку, Закон о мирном рјешавању радних односа). П. Јовановић, *Радно право*, стр.66.

⁹⁶⁰ Поред ових, постоје и други посебни режими радних односа као што је режим професионалних спортиста (Спортеко радно право). Спортеко радно право има одређене специфичности у погледу статуса спортиста као и тренера. Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.8.

непосредан начин, већ да се до одређених закључака долази на основу системског тумачења закона и на основу судске праксе.

6.2. Право државног службеника на приватност

У позитивном праву државни службеник је лице које је засновало радни однос у државном органу за вршење послова којима се остварује утврђена надлежност тог органа.⁹⁶¹ У питању су стални кадрови јавне управе, инкорпорисани у јавној управи као њен персонални елемент, који добровољно ступају у радни однос.⁹⁶² Међутим, у теорији радног (службеничког) права не постоји јединствен став о појму државног службеника, нити постоји јединствен термин за његово означавање.⁹⁶³ Термиолошке и појмовне разлике су и данас присутне у упоредном праву, но, без обзира на те разлике, државни службеници се увијек издвајају у посебну категорију радника чији се радноправни положај посебно уређује. Разлози другачијег третмана државних службеника су бројни али се могу синтетизовати кроз идеју о томе да су „државни службеници лица која су најближе везана за државу, која имају важну улогу у државном и друштвеном животу и која представљају друштвену снагу која је важна за модерну државу“.⁹⁶⁴

Специфичан положај државних службеника, наиме, произилази из њихове посебне улоге и одговорности, будући да се рад државне управе не може замислити

⁹⁶¹ Члан 2, став 1, Закона о државним службеницима и намјештеницима („Сл. лист ЦГ“, бр.39/11, 50/11, 66/12, 34/14).

⁹⁶² Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.78-79.

⁹⁶³ Термин државни и јавни службеник се у упоредном праву користе као синоними, али и са различитим значењем. Различито значење се јавља у праву Велике Британије, гдје се термин државни службеник користи да рад службеника у државној управи, док се термин јавни службеник користи за запослене у локалној самоуправи, јавним школама, здравственој служби, установама социјалног осигурања. И поред термиолошких разлика у одређивању појма јавног, односно државног службеника могуће је узети два основна мјерила: органско (формално) – везаност за правно лице јавног права – јавну службу, укључујући јавну управу; и функционално мјерило – извршавање послова јавне службе. Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.76. У циљу лакшег одређивања појма државног службеника, пошло се од подјеле овог појма на теоријски и позитивноправни. Теоријски појам јавног, односно државног службеника утврђује и њихове дефиниције даје правна наука, док је позитивноправни појам службеника резултат законодавног уређења. Теорија управног права је преузела на себе да у оквиру законодавства појединих земаља пронађе битне карактеристике које су одлучујуће за појам службеника, те у зависности од теоријских и научних разматрања, појам службеника има различита значења, односно шири или ужи домашај. З. Вукашиновић-Радојичић, *Европски службенички системи*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2013, стр.12.

⁹⁶⁴ *Ibid.*, стр.9.

без стручних, професионалних и независних службеника. Државна управа треба да служи сваком појединцу и држави у цјелини што положај државних службеника као запослених и државе као послодавца чини специфичним у односу на запослене и послодавце у приватном сектору који имају за циљ задовољење приватних интереса. Управа је важан дио јавног сектора, који утиче на остале сегменте друштва, као што су привреда и економски и социјални развој, те се мора прилагођавати захтјевима окружења.⁹⁶⁵ Државе су, отуда, посвећене сталном осавременјивању, деполитизацији и професионализацији рада државних службеника. У европским оквирима, ови процеси се одвијају у складу са захтјевима (стандардима) које је Европска унија поставила у области развоја службеничких система и унапређења рада државних службеника.⁹⁶⁶ Овим стандардима уобличен је укупан радноправни положај запослених у државним органима, а што за последицу има детаљније регулисање одређених аспеката рада него што је то случај у општем режиму радних односа.

Када је у питању *право државног службеника на приватност* онда се, уопштено узевши, запажају двије правилности: *мања могућност уплива елемената из приватног живота (личних својстава) у поступке остваривања права по основу рада*, чиме се осигурава једнак третман у запошљавању и на раду државних службеника, а истовремено штити и њихова приватност; и *већа могућност ограничења права државног службеника на приватност*, што укључује и одговарајући утицај на онај дио живота државног службеника који се редовно сматра његовом приватношћу (изван радног времена и изван мјеста рада). По правилу се право приватности схвата у нешто ширем смислу кад су у питању запослени код приватних послодаваца, него код послодаваца у јавном сектору, а посебно када је у питању држава као послодавац.⁹⁶⁷ Важно је додати и то да се државним службеницима за узврат, као одређени вид компензације, обезбјеђује

⁹⁶⁵ *Ibid.*, стр.1.

⁹⁶⁶ Наведени стандарди развоја службеничких система дефинисани су 1999.године Смјерницама за развој службеничког система. Једном утврђени стандарди се мијењају и прилагођавају окружењу земаља које приступају и најчешће допуњују новим елементима. З. Вукашиновић-Радојичић, *op. cit.*, стр.49-50.

⁹⁶⁷ *Ibid.*, стр.23.

сталност радног односа. Сталност радног односа државних службеника резултат је и потребе јачања стабилности и политичке неутралности у раду.⁹⁶⁸

У контексту права на приватност, јавну службу би боље било разумијети у ширем смислу, и то тако да укључује органе државне управе, јавноправне, привредне и непривредне организације, као и органе локалне самоуправе.⁹⁶⁹ Ово из разлога што у оквиру појединих јавних служби/установа (нпр. образовне установе) запослени обављају дјелатности од јавног интереса које могу доћи у сукоб са одређеним активностима запосленог у приватном животу.

Већ је било ријечи о томе да се подаци из приватног живота запосленог у великој мјери злоупотребљавају у поступку заснивања радног односа. У општем режиму радних односа прописује се генерална забрана узимања елемената из приватног живота (личних својства) као услова за заснивање радног односа. Међутим, махом не постоје додатне гаранције да приватност запосленог неће бити нарушена у овом поступку. Као резултат тога, послодавац није у обавези да спроводи јавни конкурс, тестира кандидате према унапријед утврђеним стандардима, нити је јасно дефинисана могућност кандидата да изврши увид и оспори одлуку послодавца. Одсуство прецизнијих законских одредаба погодује послодавцу и оставља му могућност да селекцију кандидата изврши узимајући у обзир њихова лична својства. За разлику од тога, у посебном режиму радних односа државних службеника законом је уређен поступак попуњавања радних мјеста у државним органима, као и услови за заснивање радног односа.⁹⁷⁰ Цијели поступак је уређен на начин који не оставља послодавцу (држави) простора да доношење одлуке о избору кандидата базира на личним својствима. Услови за заснивање радног односа су прецизно утврђени, а поступак попуњавања радних

⁹⁶⁸ У свим европским законодавствима државни службеници, по правилу, заснивају радни однос на неодређено вријеме, док се трајање радног односа политички постављених лица везује за одређени период, односно трајање мандата владе. Начело заштите сталног радног односа државних службеника гарантује радно ангажовање независно од трајања мандата владе и овлашћења политичара и руководиоца за изрицање мјере престанка радног односа. З. Вукашиновић-Радојичић, *op. cit.*, стр.119.

⁹⁶⁹ Т. Каламатиев, *op. cit.*, стр.106.

⁹⁷⁰ То је у складу са принципом професионализма и стабилности у раду државних службеника, са системом јавних конкурса за избор кадрова заснованим на заслугама и транспарентним критеријумима и са системом селекције кандидата путем провјере знања у циљу примјене принципа запошљавања по основу способности, правичности и политичке неутралности. У питању су стандарди развоја службеничких система у земљама чланицама ЕУ. З. Вукашиновић-Радојичић, *op. cit.*, стр.119.

мјеста (који води посебан орган за управљање кадровима) подразумијева објављивање огласа, провјеру способности, оцјењивање кандидата, формирање листе за избор кандидата, избор кандидата и право на увид и враћање документације.⁹⁷¹ Спровођење јавних конкурса допуњује концепт запошљавања на основу заслуга и подржава принцип професионализма, одабиром компетентних кадрова за одређена радна мјеста, а чиме се обезбјеђује једнак и правичан третман свих кандидата и превазилажење неформалне и нетранспарентне праксе запошљавања.⁹⁷²

Кандидати за заснивање радног односа у државној управи пролазе обавезну провјеру способности за вршење послова радног мјеста. Провјеру у писаном или усменом облику врши посебна комисија. Инсистира се на стандардизованим тестовима за провјеру знања како би се осигурало да способност за рад буде кључно мјерило запошљавања. Премда све ове одредбе имају за циљ стварање професионалне државне управе, њима се постиже још један важан циљ - *заштита приватног живота кандидата за запослење у поступку заснивања радног односа*. Систем непристрасног оцјењивања државних службеника и напредовања на раду наставља се и за вријеме трајања радног односа.

Да би државна управа била професионална потребно је обезбиједити потпуну непристрасност и одређени интегритет њених службеника, а што подразумијева да државни службеник мора и у приватном животу направити отклон од одређених интереса или утицаја (личних, економских, политичких). Из

⁹⁷¹ У позитивном праву Црне Горе, у државном органу може да заснује радни однос лице које је црногорски држављанин, које је пунољетно, које је здравствено способно за обављање послова радног мјеста, које има прописан ниво квалификације образовања, које није осуђивано за кривично дјело које га чини недостојним за рад у државном органу и против кога се не води кривични поступак за кривично дјело за које се гоњење предузима по службеној дужности. Државни службеник мора да има положен стручни испит за рад у државним органима. Радна мјеста у државном органу попуњавају се на основу: интерног огласа унутар државног органа, интерног огласа између државних органа, јавног огласа и јавног конкурса. Орган за управљање кадровима, на основу благовремене, потпуне и уредне документације, сачињава листу кандидата који испуњавају услове огласа. Провјеру способности ових лица за обављање послова радног мјеста врши комисија коју образује орган за управљање кадровима и која сачињава извјештај о провјери способности. Комисија оцјењује кандидате који испуњавају услове огласа и утврђује ранг листу за избор кандидата. Одлуку о избору државног службеника доноси старјешина државног органа и, по правилу, врши избор најбоље оцијењеног кандидата. Кандидат који се пријавио на оглас има право да прегледа документацију огласа, у присуству овлашћеног службеног лица. Орган за управљање кадровима дужан је да кандидатима који нису изабрани врати достављену документацију, у року од 30 дана од дана доношења одлуке о избору, уколико на одлуку о избору није изјављена жалба.

⁹⁷² З. Вукашиновић-Радојичић, *op. cit.*, стр.87.

овог општег принципа произилази читав низ правила којима се приватност државног службеника ограничава у нешто већем обиму него што је то случај у општем режиму радних односа. Прије свега, државни службеник је дужан да врши послове *политички неутрално и непристрасно* и дужан је да се уздржава од јавног испољавања својих политичких ставова.⁹⁷³ Међутим, политички непристрасно обављање послова не мора нужно значити апсолутну политичку неутралност. Ова неутралност се може разумјети на различите начине, од чега зависи и обим у коме се ограничава приватност државног службеника. Тако, примјера ради, у Француској, Њемачкој или Италији, државни службеник може бити члан политичке партије али има обавезу да се уздржи од изражавања мишљења (енг. *duty of reserve*).⁹⁷⁴ На овај начин се успоставља одговарајућа равнотежа између политичких права и слобода (и права на приватност), на једној и интереса државе, на другој страни. У питању је законско ограничење приватности државног службеника ради заштите неког другог вишег интереса (заштита угледа државног органа).

Друга важна обавеза државног службеника је *избјегавање сукоба интереса* што значи да се јавни интерес не смије подредити приватном интересу, нити вршење послова користити за стицање материјалне или нематеријалне користи. У складу са тим, државни службеник не смије да оснује привредно друштво, нити да се бави предузетништвом, не може бити предсједник или члан органа управљања или надзорног органа привредног друштва.⁹⁷⁵ Такође, државни службеник има обавезу да пријави могући сукоб интереса.⁹⁷⁶ Отуда су активности које државни службеник обавља у слободно вријеме, а које, по правилу, чине дио његове приватне сфере ограничене у већој мјери него што је то случај са активностима запослених у општем режиму радних односа који се једино морају уздржавати од обављања конкурентних активности. Ограничења у вези са обављањем других

⁹⁷³ Члан 9, став 1 и 2 Закона о државним службеницима и намјештеницима („Сл. лист ЦГ“, бр.39/11, 50/11, 66/12, 34/14).

⁹⁷⁴ З. Вукашиновић-Радојичић, *op. cit.*, стр.65.

⁹⁷⁵ Члан 75 и члан 76, став 1 Закона о државним службеницима и намјештеницима („Сл. лист ЦГ“, бр.39/11, 50/11, 66/12, 34/14).

⁹⁷⁶ Члан 70 Закона о државним службеницима и намјештеницима („Сл. лист ЦГ“, бр.39/11, 50/11, 66/12, 34/14).

профитабилних активности, имају за циљ јачање непристрасности и правичности државних службеника према грађанима и друштву.⁹⁷⁷

Специфичан радноправни положај државних службеника довео је и до посебних правила о њиховој дисциплинској одговорности. Готово у свим правним системима се изражавање политичких увјерења у вршењу посла или кршење обавезе избјегавања сукоба интереса сматра тешком повредом службене дужности. Супротно општем режиму радних односа, сам дисциплински поступак је изузетно формалан и прописан законом.

Питање моралног интегритета запослених је посебно изражено у дјелатностима од ширег и виталног интереса.⁹⁷⁸ Под етиком запослених можемо сматрати „виши степен свијести који стоји изнад апстрактне правне норме државе“.⁹⁷⁹ Етика (морал) јавних службеника, која се сматра важним чиниоцем њихових професионалних активности, не може се искључиво везати за њихово понашање на радном мјесту и у току радног времена. Етика јавног службеника је скуп друштвених правила које је службеник усвојио као свој особни критериј понашања с обзиром на своје својство јавног службеника.⁹⁸⁰ Она је, наиме, везана за тоталитет личности државног службеника, па самим тим и за оно што чини приватну сферу његовог живота. То је разлог због кога се од државног службеника захтијева да се ван радног времена не понаша на начин који може имати негативан утицај на углед државног органа.⁹⁸¹ Овим се, дакле, врши директан уплив државе (послодавца) у слободно вријеме и приватне активности државног службеника.

Не одређује се, међутим, ближе појам *понашања које може имати негативан утицај на углед државног органа*. Премда се, уопштено узевши, под овим понашањем подразумева оно које је неспојиво са професионалним

⁹⁷⁷ Најчешће је у свим земљама јасно утврђено да државни службеници не могу стицати друге приходе јер би то довело под сумњу њихову способност да буду непристрасни. С друге стране, законима је омогућено државним службеницима стицање прихода у областима као што су високо образовање, култура, новинарство и умјетност. З. Вукашиновић-Радојичић, *op. cit.*, стр.66.

⁹⁷⁸ П. Јовановић, „Морални интегритет запослених и његов радноправни оквир“ у: Б. Шундерић, Б. Лубарда, П. Јовановић (ур.), *Социјална права и европске интеграције*, Зборник радова са Савјетовања правника, 5-8. октобар 2011, Златибор, Удружење за радно право и социјално осигурање Србије, Београд, 2011, стр.92.

⁹⁷⁹ Ч. Богићевић, *Право на слободу*, Подгорица, 1999, стр.238. Наведено према: П. Јовановић, „Морални интегритет запослених и његов радноправни оквир“, стр.92.

⁹⁸⁰ З. Вукашиновић-Радојичић, *op. cit.*, стр.73.

⁹⁸¹ Члан 5, став 2 Етичког кодекса државних службеника и намјештеника, („Сл. лист Црне Горе“, бр. 20/12).

дужностима, реално је претпоставити да ће овај појам варирати у зависности од околности конкретног случаја и устаљених обичаја у одређеној средини. На судовима је одговорност да доведу у равнотежу интерес државног органа и интерес државног службеника. Мада у општем режиму радних односа општа забрана мијешања у приватни живот запосленог не спријечава послодавца да откаже уговор о раду запосленом чије понашање у приватном животу има очигледан негативан утицај на предузеће,⁹⁸² јасно је да у посебном режиму радних односа потреба ефикасног вођења послова у оквиру јавних служби налаже нешто шире салгадавање интереса који оправдавају (чине легитимним) ограничење права на приватност као основног људског права. Треба, ипак, водити рачуна о томе да ни у овом случају ограничење приватности не буде веће него што је то заиста неопходно. Слично је резонувао и Европски суд за људска права када је у случају *Пеј против Велике Британије* примјенио тест пропорционалности како би установио да ли отказ уговора о раду, у конкретном случају, представља одговарајућу мјеру за постизање легитимног циља.⁹⁸³ У овом случају било је потребно довести у равнотежу право службеника на приватне активности (у вези са његовим секуларним склоностима) са правом послодавца (*Probation Service*) да заштити своју репутацију.⁹⁸⁴

Потреба за етичким и моралним вршењем радних дужности довела је до усвајања посебних етичких кодекса којима се, као инструментима меког права (енг. *soft law*), додатно оснажује рад државне управе. Ови кодекси често садрже и начело заштите достојанства и приватности које има за циљ осигурање достојанствених услова рада и заштиту приватности државног службеника.⁹⁸⁵ Приватност и достојанство државног службеника штите се прије свега забраном повлашћивања или довођења у неравноправни положај државног службеника због политичке, националне, расне или вјерске припадности или по основу другог личног својства.⁹⁸⁶ Прописује се забрана узнемиравања, као и забрана сваког вербалног и

⁹⁸² J.-E. Ray, J. Rojot, „Worker privacy in France“, стр.4.

⁹⁸³ V. Mantouvalou, „Private life and dismissal“, *Industrial Law Journal*, vol.38, број 1, 2009, стр.137.

⁹⁸⁴ *Ibid.*

⁹⁸⁵ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.249.

⁹⁸⁶ Члан 13 Закона о државним службеницима и намјештеницима („Сл. лист ЦГ“, бр.39/11, 50/11, 66/12, 34/14).

невербалног нежељеног понашања из сфере полног живота којима се вријеђа лични интегритет државног службеника.⁹⁸⁷ По правилу, предвиђа се и то да је службеник дужан да, примјерено пословима које врши у државном органу, буде прикладно и уредно одјевен и да начином одијевања на раду не нарушава лични углед и углед државног органа, нити да изражава политичку, вјерску или другу личну припадност која би могла да доведе у сумњу његову непристрасност и неутралност у вршењу послова.⁹⁸⁸ Правило о одјевању, у принципу, није спорно са аспекта заштите приватног живота државног службеника, будући да и у општем режиму радних односа послодавац има право да од запосленог захтијева поштовање одговарајућег кодекса облачења онда када то захтијева природа посла.

Поједини државни службеници који обављају нарочито важне (осјетљиве) послове трпе и додатна ограничења права на приватни живот, уколико за то постоје разлози националне сигурности. Оваква додатна ограничења права на приватни живот морају бити уведена са легитимним разлогом, унапријед предвиђена законом и неопходна у демократском друштву. Она прије свега подаразумијевају одговарајуће сигурносне провјере кандидата/запосленог које се односе на понашање у приватном животу и уопше на начин живота како би се утврдила подобност и поузданост за обављање одређених послова. И мада овакве провјере, под наведеним условима, не представљају повреду права на поштовање приватног живота (*Леандер против Шведске*),⁹⁸⁹ као проблематично се јавља питање тајности података до којих се дође таквом провјером, будући да право на поштовање приватног живота гарантовано чланом 8 Конвенције укључује и право појединца да приступи подацима који се о њему воде, а који се тичу његовог приватног живота.

Управо је неоткривање информација о приватном животу којима располаже обавјештајна служба - и на којима је базирана одлука о опозиву сигурносне дозволе без које подносилац представке није могао обављати послове радног мјеста - било

⁹⁸⁷ З. Вукашиновић-Радојичић, *op. cit.*, стр.209.

⁹⁸⁸ Члан 10 Етичког кодекса државних службеника и намјештеника („Сл. лист ЦГ“, бр.39/11, 50/11, 66/12, 34/14).

⁹⁸⁹ *Leander v. Sweden*, judgment of 26 March 1987, no.9248/81.

централно питање у предмету *Регнер против Републике Чешке*.⁹⁹⁰ Према је, у овом предмету, подносилац представке сматрао да му је повријеђено право на правично суђење (члан 6, став 1 Конвенције), аргументација коју је ЕСЉП изнио у поступку од значаја је и за тумачење могућих ограничења права на поштовање приватног живота запосленог, а прије свега државног службеника са посебним овлашћењима. Г-дину Регнеру, дакле, није био омогућен увид у одлучујуће чињенице на основу којих му је опозвана сигурносна дозвола, а због чега му је, како је сматрао, повријеђено право на правично суђење, будући да без ових чињеница није могао адекватно оспорити одлуку о опозиву. Суд је, међутим, заузео став да је неоткривање наведених докумената оправдано разлозима националне безбједности јер би њихово откривање могло да укаже на методе рада обавјештајне службе или на извор информација, и да омогући утицај на потенцијалне свједоке. Мада је Суд овакву одлуку базирао на чињеници да су подносиоцу преставке пред домаћим судовима биле пружене додатне гаранције за правично суђење, она би се могла критиковати узме ли се у обзир да је „повлачење сигурносне дозволе имало директан утицај на радни однос запосленог и на његову способност да изврши обавезе предвиђене уговором о раду закљученим са послодавцем,⁹⁹¹ као и то да, „без ефективних механизма заштите, систем тајног надзора који је осмишљен да заштити националну безбједност носи са собом ризик подривања демократије коју претендује да заштити.“⁹⁹² С правом се, отуда, у једном од издвојених мишљења које прати пресуду у овом предмету истиче да предмет спора - *немогућност увида у информације које се односе на понашање и животни стил подносиоца представке, а које представљају основ ускраћивања неког права* - није само у вези са правом на правично суђење (члан 6 Конвенције), већ да је овдје ријеч и о праву

⁹⁹⁰ *Regner v. The Czech Republic*, judgment of 19 September 2017, no. 35289/11. Подносилац представке је од 2004. године био запослен у Министарству одбране. У току 2005. године прошао је сигурносну провјеру на основу које му је издата сигурносна дозвола која је подразумијевала да може приступити одређеним информацијама, а у складу са пословима свог радног мјеста. Међутим, 2006. године раније издата сигурносна дозвола је опозвана на основу информација до којих је обавјештајна служба дошла у току посебне истраге и са образложењем да подносилац представке представља ризик по националну безбједност. Информације на којима је базирана оваква одлука означене су као тајне, па, отуда, подносилац представке и његов адвокат нису могли имати увид у њих нити их користити у судском поступку који је подносилац представке покренуо пред домаћим судовима ради оспоравања опозива сигурносне дозволе.

⁹⁹¹ *Regner v. The Czech Republic, Concurring opinion of judge Wojtyczek*.

⁹⁹² *Regner v. The Czech Republic, Dissenting opinion of judge Sajó*.

подносиоца представке да приступи подацима који се тичу његовог приватног живота у складу са чланом 8 Конвенције.⁹⁹³

Остали аспекти заштите приватности државног службеника (видео надзор, надзор комуникације, испитивање здравственог стања и тестирање) углавном се посебно не регулишу у упоредним системима али не постоји разлог који би оправдао да се ова питања другачије третирају у односу на општи режим радних односа. Уопштено узевши, приватност државног службеника, баш као и приватност било ког другог запосленог, може се ограничити онда када то налаже довољно озбиљан и оправдан интерес послодавца (државе), у мјери у којој је то неопходно за задовољење таквог интереса, и уз поштовање начела транспарентности. Ово тим прије што је и у једном и у другом случају циљ заштита достојанства запосленог/државног службеника. У неким земљама, пак, може се наићи на посебне одредбе које се односе на поједине аспекте приватности државних службеника. Тако, примјера ради, у Фаранцуској државном службенику не може бити отказан уговор о раду због његовог ХИВ статуса, нити се од њега може захтијевати тестирање на ХИВ.⁹⁹⁴ Исто тако, у Шведској постоје детаљна правила о медицинском тестирању државних службеника, у САД-у постоје посебна првила о тестирању државних службеника на присуство алкохола и дрога, у Швајцарској се посебно регулише надзор телефонске комуникације у јавном сектору итд.⁹⁹⁵

Премда се право запосленог на приватност шире схвата у приватном него у јавном сектору, у неким земљама запослени у јавном сектору имају далеко већу могућност да заштите своју приватност од „нефер“ праксе коју спроводи послодавац. Таква је ситуација са Сједињем Америчким Државама у којима се приватност махом штити позивањем на Устав и његове амандмане.⁹⁹⁶ Због тога што Устав обезбјеђује заштиту од дјеловања државе или владе, запослени у јавном сектору уживају знатно већи степен заштите него запослени у приватном сектору.⁹⁹⁷ Уосталом, историјски посматрано, најприје су запослени у јавном

⁹⁹³ *Ibid.*

⁹⁹⁴ *Condition of work digest, Workers` s privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.226.

⁹⁹⁵ *Ibid.*, стр.284, 316.

⁹⁹⁶ *Ibid.*, стр.276.

⁹⁹⁷ *Ibid.*, стр.277.

сектору стекли право да заштите свој приватни живот, будући да члан 8 Конвенције првенствено штити право на приватни живот у односу на акте јавне власти.⁹⁹⁸ Отуда, је у случају *Халфорд против Велике Британије*, гђи Халфорд било омогућено подношење представке Европском суду за људска права захваљујући чињеници да је била запослена у јавном сектору (што у то вријеме није било могуће за запослене у приватном сектору).⁹⁹⁹

6.3. Право поморца на приватност

Према међународним стандардима рада, *поморац* је свако лице које је запослено, ангажовано или ради у било ком својству на броду, с тим да се под бродом подразумијева сваки брод (у приватном или јавном власништву) који не плови искључиво у унутрашњим водама или водама, односно површинама гдје се примјењују прописи о лукама.¹⁰⁰⁰ Радни однос поморца карактерише низ специфичности у погледу индивидуалних и колективних права.¹⁰⁰¹ Специфичности радних односа поморца нужно су условљене природом пловидбе на мору и захтјевима које рад на броду поставља према поморцу.¹⁰⁰² Другим ријечима, особеност радног мјеста (брод) и чињеница да рад на таквом радном мјесту нужно доводи до дуготрајне одвојености запосленог од куће и породице, учинили су да положај поморца као посебне категорије радника буде уређен на другачији начин. Специфичност се огледа и у вези са субординацијом која има двоструки аспект: а)

⁹⁹⁸ J. D. R. Craig, H. D. Oliver, „The right to privacy in the public workplace: should the private sector be concerned?“, *Industrial Law Journal*, vol.27, број 1, 1998, стр.51.

⁹⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰⁰ Конвенција Међународне организације рада о раду поморца из 2006.године („Сл. лист ЦГ – Међународни уговори“, бр.13/14), члан 2, став 1, тачка ф) и тачка и). Конвенција се не примјењује на бродове који се не баве комерцијалним активностима, рибарске бродове или ратне бродове. У европским оквирима донијета је Директива 1999/63/ЕЗ која се односи на европски грански Колективни уговор о организацији радног времена поморца који су склопили Удружење бродовласника Европске заједнице (ЕССА) и Савез синдиката транспортних радника у Европској унији (FCT), затим Директива 2008/106/ЕЗ о минималном нивоу оспособљавања поморца и Директива 2012/35/ЕУ којом се мијења Директива 2008/106/ЕЗ.

¹⁰⁰¹ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.8.

¹⁰⁰² Рад поморца разликује се од другог професионалног рада. Разлике су квалитативне (трајна борба с природним елементима, изолованост живота у „бродској заједници“, дужина пловидбе, краткоћа задржавања у луци, узајамна условљеност властите сигурности и сигурности брода). Оне су и квантитативне (велика вриједност брода, количина робе која се превози, дуготрајна одвојеност од породице и дома, подређеност свега пловидби). N. Tintić, *Radno i socijalno pravo*, Књига прва: Radni odnosi (I), стр.502-503.

према радној организацији (послодавцу); и б) према заповједнику брода, с обзиром на посебан положај и његова посебна овлашћења.¹⁰⁰³

Посебан режим рада помораца изграђен је домаћим и међународним правним актима којима се регулишу услови заснивања радног односа и рад помораца, са посебним нагласком на њихову заштиту. Ови акти велику пажњу посвећују не само радним, већ и животним условима помораца на броду. Такве одредбе имају за циљ стварање достојанствених услова живота на броду и *заштиту приватног живота помораца*. Најкомплетнија регулатива радних односа помораца садржана је у Конвенцији о раду помораца из 2006.године.¹⁰⁰⁴ Процес глобализације који није мимоишао ни поморство, захтијевао је да се успоставе јединствени стандарди и правила на међународном ниво која ће бити прихваћена од стране великог броја држава не би ли се на тај начин потиснула из примјене национална правила која не пружају адекватну заштиту поморцима, посебно онима који нису њени држављани.¹⁰⁰⁵ Конвенција поставља минималне стандарде рада помораца на броду и садржи одредбе о условима запошљавања, радном времену, одморима, рекреативним садржајима, смјештају, исхрани, здравственој заштити, медицинској њези и социјалном осигурању помораца.

Старосна доб је предвиђена као услов за рад на броду на начин што се забрањује било који облик радног ангажовања лица млађих од 16 година.¹⁰⁰⁶ Поред тога, као неопходан услов за заснивање радног односа јавља се и *посебна здравствена способност* поморца.¹⁰⁰⁷ Медицинска испитивања која претходе

¹⁰⁰³ *Ibid.*, стр.503-504.

¹⁰⁰⁴ Конвенција о раду помораца представља консолидацију постојећих правила и модернизацију стандарда који су до сада били садржани у старим конвенцијама. Њеним ступањем на снагу аутоматски се мијења 37 постојећих конвенција. В. Rukavina, „Radni, životni i socijalni uvjeti pomoraca u kontekstu rješavanja Konvencije o radu pomoraca i nacionalnog prava“, *Pomorstvo*, број 1, 2007, стр.166.

¹⁰⁰⁵ Могућност учинковите контроле поштовања захтјева Конвенције о раду помораца остварује се на неколико начина. Прије свега прописивањем обавезе да на сваком броду на који се примјењује Конвенција постоји текст Конвенције на радном језику посаде или оном којег разумије цијела или већина посаде, чиме се поморцима даје прилика да буду упознати са својим правима. Уколико дође до кршења, односно непоштовања права, поморци могу уложити приговор. Да би рјешавање радних спорова везаних за захтјеве из Конвенције било што брже и учинковитије, Конвенција поставља оквирна правила за покретање и вођење поступка по основу уложеног приговора на броду. В. Rukavina, *op. cit.*, стр.166, 171.

¹⁰⁰⁶ Члан 157 Закона о сигурности поморске пловидбе („Сл. лист ЦГ“, бр.62/13, 47/15).

¹⁰⁰⁷ Члан 118 Закона о сигурности поморске пловидбе („Сл. лист ЦГ“, бр.62/13, 47/15) прецизира начин утврђивања здравствене способности.

издавању медицинског сертификата о здравственој подобности за рад на броду, немају за циљ само да заштите поморца од ризика којима је изложен приликом рада на броду, већ и заштиту других помораца, путника и терета од опасности која може наступити као посљедица здравствене неподобности за рад.¹⁰⁰⁸ Отуда, потреба заштите људи и добара на броду оправдава медицинска испитивања помораца и издавање медицинских сертификата који, поред опште оцјене о здравственој способности за рад, садрже и конкретне податке о здравственом стању поморца (нпр. о чулу слуха, вида и др.).¹⁰⁰⁹ У складу са овим, поморац је дужан одговорити на било какав упитник о свом здравственом стању.¹⁰¹⁰ Међутим, сви подаци о поморцу, укључујући податке о његовом здравственом стању и друге личне податке, обрађују се уз дужно поштовање права на приватност и потребе да се заштити повјерљивост.¹⁰¹¹

Уобичајено је да поморци на броду непрекидно бораве по више мјесеци. Овај боравак укључује њихово радно и слободно вријеме што отежава разграничење њиховог професионалног и приватног живота док су на броду. Позивање на просторни и временски критеријум (радном мјесто и радно вријеме) у намјери да се ове двије сфере живота разграниче, дакле, у овом случају нема никаквог значаја. Поморци су, отуда, као посебна категорија радника, изложени великом ризику да њихово слободно вријеме на броду буде злоупотребљено од стране послодавца. Да се то не би десило, као вид додатне гаранције предвиђа се да евиденцију о појединачном прековременом раду води заповједник или друга одговорна особа, с тим да се подаци једном мјесечно (или чешће) предају поморцу на одобрење.¹⁰¹² Доносе се и посебна правила о одморима у току рада, недељном и годишњем одмору.

Специфично радно окружење условило је доношење посебних правила о животним условима на броду која се тичу смјештаја, исхране и рекреативних

¹⁰⁰⁸ *Guidance on implementing the Maritime Labour Convention 2006*, International Labour Office, Geneva, 2012, стр.8.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*, стр.9.

¹⁰¹⁰ Национални колективни уговор за хрватске поморце на бродовима у међународној пловидби (2013-2015), закључен између „Mare nostrum“ (Удруга хрватских послодаваца – бродара у међународној поморској пловидби) и Синдиката помораца Хрватске, члан 3, став 1.

¹⁰¹¹ *Guidance on implementing the Maritime Labour Convention 2006*, стр.13-14.

¹⁰¹² Национални колективни уговор за хрватске поморце на бродовима у међународној пловидби (2013-2015), члан 8, став 3 и 4.

активности помораца док бораве на броду, а која имају за циљ да обезбиједи пристојне услове живота, заштиту здравља помораца и њихово благостање. Ту се мисли на одребе о *смјештајним кабинама* (које морају бити одређене величине и висине, адекватно изоловане, са одговарајућом свјетлошћу и гријањем, одвојене за жене и мушкарце), о *просторијама за рекреацију* (које треба да имају књиге за читање, прибор за писање, друштвене игре, спортске реквизите, електронске уређаје као што су радио, телевизија, видео рекордер, компјутер и сл.) и о *прехрани на броду* (храна и пиће морају бити разноврсни, одговарајућег квалитета и нутритивне вриједности и морају задовољавати вјерске и културолошке захтјеве помораца).¹⁰¹³

Поред ових, у посебном режиму радних односа помораца, постоји читав низ других одредаба које су настале као резултат уважавања чињенице да су поморци док раде на броду одвојени од породице и које представљају извјесну компензацију за немогућност вођења приватног и породичног живота на уобичајен начин. Тако, за разлику од општег режима радних односа, у коме послодавац, захваљујући субординацији радника у радном односу, може забранити сваки вид приватне комуникације са радног мјеста, у посебном режиму радних односа помораца послодавац је дужан да поморцу омогући, за цијело вријеме његовог боравка на броду, комуникацију са члановима породице посредством бродских електронских уређаја. Такође, послодавац има обавезу да када је год то могуће, дозволи поморцу да га на броду док је у луци посјете партнер, члан породице или пријатељ, као и да им омогући да путују/раде у пратњи партнера када је то разумно,¹⁰¹⁴ затим да омогући поморцу репатријацију у случају да се супруга или један од родитеља тешко разболи док се поморац налази на броду,¹⁰¹⁵ да изврши репатријацију поморца у случају трудноће чим то буде разумно могуће,¹⁰¹⁶ да исплати одговарајућу своту брчном другу/дјечи/родитељима у случају смрти поморца,¹⁰¹⁷ да омогућу поморцу вршење вјерских и религијских обреда итд.

¹⁰¹³ Више о смјештају, исхрани и рекреацији помораца док бораве на броду види у: *Guidance on implementing the Maritime Labour Convention 2006*, стр.42-65.

¹⁰¹⁴ *Ibid.*, стр.61.

¹⁰¹⁵ Национални колективни уговор за хрватске поморце на бродовима у међународној пловидби (2013-2015), члан 20, став 2, тачка ц), алинеја vii.

¹⁰¹⁶ *Ibid.*, члан 21, став 1, тачка б).

¹⁰¹⁷ *Ibid.*, члан 26, став 1.

Чињеница да је поморцу брод мјесто рада и мјесто боравка док се налази на броду, условила је и нешто другачија рјешења по питању могућности послодавца да откаже уговор о раду поморцу због неодговарајућег понашања. Док у општем режиму радних односа запослени, по правилу, дисциплински не одговара за своје понашање изван мјеста рада и изван радног времена (у слободно вријеме), то послодавац може поморцу отказати уговор о раду због лошег владања (нпр. судјеловање у физичком обрачуну, непоштовање политике послодавца о дроги, алкохолу итд.) независно од тога да ли је до њега дошло током боравка на броду, у слободно вријеме или не.¹⁰¹⁸

На крају не треба заборавити да се заштита приватног живота поморца и обезбијеђивање одговарајућих животних услова не може постићи без изградње комплетног нормативног оквира за рад помораца. Према је Црна Гора ратификовала Конвенцију о раду помораца, као поморска држава чији је значајан број држављана ангажован на раду домаћих и страних бродова, она још увијек нема цјеловит правни акт који би регулисао предметну материју. Један, али скроман дио одредаба о радним и животним условима помораца садржан је у Закону о сигурности поморске пловидбе. Несумљиво је да прописи радног права који имају општи карактер не могу слиједити специфичности које се вежу уз радна и социјална права помораца и њихове животне услове на броду.¹⁰¹⁹ Овај дефицит је могуће надокнадити доношењем посебног прописа али и колективним уговорима. Када је ријеч о поморству, значајније треба подстицати могућност аутономног регулисања радноправних односа помораца, уз обавезно укључивање радноправних елемената, чиме се у наглашеним условима тржишне утакмице подробно регулишу права, обавезе и одговорности уговорних страна и на тај начин пружа неопходна правна заштита радноправног статуса помораца.¹⁰²⁰

¹⁰¹⁸ *Ibid.*, члан 19, став 3, тачка ц).

¹⁰¹⁹ В. Rukavina, *op. cit.*, стр.173.

¹⁰²⁰ А. Luttenberger, „Izazovi autonomnog regulisanja statusa pomoraca u Republici Hrvatskoj“, *Pomorski zbornik*, број 43, 2005, стр.312.

7. Заштита приватности запосленог у случају престанка радног односа

7.1. Престанак радног односа - кључни правни аспекти

Престанак радног односа је један од најважнијих института радног права. Његовим наступањем престаје правна веза између запосленог и послодавца чиме истовремено престају и њихова права, обавезе и одговорности. Најзначајнија посљедица престанка радног односа за запосленог је губитак зараде, а што покреће питања егзистенцијалне природе. Губитак запослења представља, дакле, посебно тежак догађај не само у професионалном животу запосленог, већ и у његовом приватном животу, због брзог и озбиљног снижавања животног стандарда, стреса, а, нерјетко, и нарушавања друштвеног положаја.¹⁰²¹

Радни однос може престати на различите начине. *Начело законитости престанка радног односа* подразумева, између осталог, и то да радни однос може престати само на начин који је прописан законом,¹⁰²² а позитивно право предвиђа три могућа начина престанка радног односа: по сили закона, споразумом између радника и послодавца, те отказом уговора о раду.¹⁰²³ Премда, овај посљедњи укључује престанак радног односа на иницијативу радника и престанак радног односа на иницијативу послодавца, законска класификација престанка радног односа би се могла критиковати као непотпуна, будући да није предвидјела тзв. друге основе престанка радног односа, нити је предвидјела престанак радног односа истеком рока на који је заснован.¹⁰²⁴ Овоме треба додати и институт колективног отпуштања коме послодавац прибјегава онда када престане потреба за радом већег броја запослених. Важно је и то да се идентитет радног права као гране права умногоме огледа у правном режиму престанка радног односа, пошто је један

¹⁰²¹ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.28.

¹⁰²² *Ibid.*, стр.77.

¹⁰²³ Члан 138 Закона о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012, 31/14). Према Закону о раду Србије („Сл. гласник РС“, 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 113/2017) радни однос престаје: истеком рока на који је заснован; кад запослени наврши 65 година живота и најмање 15 година стажа осигурања, ако се послодавац и запослени друкчије не споразумију; споразумом између запосленог и послодавца; отказом уговора о раду од стране послодавца или запосленог; на захтјев родитеља или старатеља запосленог млађег од 18 година живота; смрћу запосленог; у другим случајевима утврђеним законом. Додатно се прописују ситуације у којима радни однос престаје независно од воље запосленог и послодавца.

¹⁰²⁴ Више о класификацији основа престанка радног односа и њиховом разликовању од разлога престанка радног односа види у: Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.77-79.

од циљева радног права стабилност запослења, уз уважавање пословних интереса послодавца и одговарајућу улогу државе.¹⁰²⁵

Радни однос *престаје по сили закона* онда када је законодавац за наступање одређених чињеница везао аутоматски и обавезни престанак радног односа. У питању је престанак радног односа независно од воље радника и послодавца. Чињенице за које се везује обавезни престанак радног односа могу се односити на одређено лично својство запосленог. Подразумијева се, међутим, да је законодавац претходно пажљиво цијенио значај сваког појединог разлога који доводи до престанка радног односа по сили закона и да га је везао за лична својства запосленог само онда када је то заиста неопходно. У позитивном праву, радни однос престаје по сили закона, *inter alia*, када је код запосленог дошло до губитка радне способности, када је запосленом правоснажном одлуком суда или другог органа забрањено обављање одређених послова, а не може се распоредити на друге послове, када запослени због издржавања казне затвора мора бити одсутан са рада дуже од шест мјесеци и када је запосленом изречена мјера безбједности, васпитна или заштитна мјера у трајању дужем од шест мјесеци и због тога мора да буде одсутан са рада.

У свим овим случајевима у питању су разлози који погађају приватни и породични живот запосленог и чине дио његовог приватног живота, али који под одређеним околностима, посебно ако дуго трају, постају значајни за обављање посла и, у том смислу, оправдавају престанак радног односа. Тако, примјера ради, ако запослени почини кривично дјело које није у вези са послом који обавља, онда таква чињеница још увијек представља дио његовог приватног живота и не мора да утиче на његов положај на раду. Међутим, уколико за такво кривично дјело он буде правоснажно осуђен на казну затвора у трајању дужем од шест мјесеци онда таква чињеница постаје важна за несметано функционисање посла и представља разлог за престанак радног односа. Оваквим законским рјешењима законодавац прави компромис између потребе да се заштити приватни живот запосленог, на једној и економски интереси послодавца, на другој страни.

¹⁰²⁵ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.718.

С правом се, међутим, критикује као неправично законско рјешење о аутоматском престанку радног односа због забране обављања послова и са њом изједначене забране управљања моторним возилом, а због чињенице да изрицање одговарајућих санкција доводи до престанка радног односа независно од трајања одређене забране.¹⁰²⁶ Такво рјешење сматра се неправичним, посебно у свијетлу чињенице да казна затвора доводи до исте посљедице тек ако због ње запослени мора да буде одсутан са рада дуже од шест мјесеци.¹⁰²⁷ Одређене дилеме се могу јавити и у вези са престанком радног односа по сили закона када је запосленом изречена мјера безбједности, васпитна или заштитна мјера у трајању дужем од шест мјесеци, због чега мора да буде одсутан са рада. Ове дилеме се јављају у вези са питањем да ли је могуће одредити колико ће трајати одређена мјера, односно колико ће трајати ситуација која изискује такву мјеру. Ово посебно када је запосленом изречена мјера обавезног психијатриског лијечења и чувања у здравственој установи, будући да суд не одређује трајање ове мјере безбједности приликом њеног изрицања, нити је законом временски ограничено њено најдуже трајање.¹⁰²⁸ Правила о аутоматском престанку радног односа су спорна и са аспекта подршке коју (не)пружају приватном и породичном животу запосленог коме је изречена мјера безбједности, васпитна или заштитна мјера.

Поред ових, позитивно право Црне Горе предвиђа још један разлог за престанак радног односа по сили закона који је посебно споран са аспекта заштите права запосленог на приватност. У питању је престанак радног односа *по сили закона* онда када запослени наврши 67 година живота и најмање 15 година стажа

¹⁰²⁶ Стога се *de lege ferenda* може учинити предлог да се забрана обављања послова одреди као основ престанка радног односа само када је утврђена у трајању дужем од одређеног периода (нпр. дуже од шест мјесеци). Истовремено се може предложити да се радноправни положај запосленог коме је забрана изречена у трајању краћем од овог периода уреди на начин да се запослени распореди на други посао на којем би могао радити, односно да му, у недостатку таквог посла, радни однос мирује. Када је ријеч о мјери забране управљања моторним возилом може се подржати предлог за њено ублажавање, будући да је постојеће законско рјешење прилично ригидно. Ово нарочито, отуда, што онемогућава уважавање личних прилика сваког учиниоца, посебно имајући у виду то да изрицање предметне мјере професионалном возачу производи исте посљедице као и изрицање забране обављања дјелатности, тј. на исти начин угрожава његову и егзистенцију његове породице, иако прекршај није учињен у обављању дјелатности. Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.111-113.

¹⁰²⁷ *Ibid.*

¹⁰²⁸ *Ibid.*, стр.119.

осигурања. Ово из разлога што је старосна доб лично својство запосленог које може представљати оправдан отказни разлог, али никако разлог за престанак радног односа по сили закона. У дужем периоду је и у упоредном праву (нпр. у њемачком) било предвиђено да радни однос престаје по сили закона са навршавањем одређених година живота.¹⁰²⁹ У међувремену се промијенио приступ овом питању, имајући у виду да године живота, као лично својство, представљају основ дискриминације при престанку радног одоса.¹⁰³⁰ Аутоматски престанак радног односа због тзв. навршавања радног вијека неспојив је са гаранцијом слободе рада и права на рад.¹⁰³¹

У контексту права запосленог на приватност, свакако да *отказ уговора о раду од стране послодавца* привлачи највише пажње, будући да, баш као и код заснивања радног односа, овај отказ не смије бити мотивисан личним својством запосленог. Од начина на који је регулисан институт отказа зависи и укупан концепт радног права у једној земљи, а што за последицу има и различит степен сигурности, односно сталности запослења. Правила о отказу уговора о раду од стране послодавца сматрају се најмоћнијим инструментом у одбрани сигурности запослења.¹⁰³² У оним земљама које традиционално његују институт *оправданог отказног разлога*, могућност послодавца да откаже уговор о раду је ограничена на унапријед утврђене разлоге, а што представља додатну гаранцију да у овом поступку приватност запосленог неће бити злоупотребљена. Ови разлози могу бити везани за запосленог (неостваривање резултата рада и понашање) и послодавца (економских/пословни интерес).¹⁰³³ Прописују се и недозвољени

¹⁰²⁹ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.727.

¹⁰³⁰ Ако закон наводи да радни однос престаје по сили закона навршавањем одређених година живота и минималног стажа онда се ради о својеврсном „законском неправу“. Наиме, са становишта теорије права човјека, односно допуштених ограничења основних права, ограничење, односно ускраћивање права на рад због година живота не може бити прихватљиво као легитимно. Отуда, у упоредном законодавству не садрже се одредбе о престанку радног односа по сили закона због навршених година живота – француско, белгијско, америчко, британско право. Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.727.

¹⁰³¹ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.514.

¹⁰³² *Ibid.*, стр.27.

¹⁰³³ Међународна организација рада је прихватила концепт оправданог отказног разлога, будући да предвиђа да послодавац може отказати уговор о раду запосленом само из разлога који се тичу способности радника, понашања радника или оперативних потреба послодавца, Конвенција бр.158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца из 1982.године („Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр.48/84, 7/91, преузета Одлуком о проглашењу независности Републике Црне Горе, „Сл. лист РЦГ“, бр.36/2006).

отказни разлози, односно разлози који не оправдавају отказ уговора о раду од стране послодавца. Управо ови неоправдани (забрањени) отказни разлози махом су везани за лична својства и приватни живот запосленог.

Насупрот томе, могућност послодавца да откаже уговор о раду „из оправданог разлога или без разлога или чак из лошег (неоправданог) разлога, а да за то не одговара,“¹⁰³⁴ носи са собом и већи ризик да ће отказ послодавца у одређеној мјери бити мотивисан личним својствима (или приватним животом) запосленог. Оваква могућност се превенствено везује за америчку доктрину запошљавања „по вољи“ (енг. *employment at will*) која почива на идеји о томе да послодавац има пуну дискрецију у запошљавању и отпуштању, односно да послодавцу треба дозволити да послом управља онако како жели.¹⁰³⁵ Она се почиње интензивно примјењивати након што је, 1877.године, Хоранце (Horance G. Wook) истакао да је запошљавање *prima facie* запошљавање по вољи, те да ако запослени очекује да оно траје годинама, на њему је да се потруди да то осигура.¹⁰³⁶

Не може се, међутим, слобода послодавца да откаже уговор о раду сматрати апсолутном и неограниченом. Напротив, она је данас и у доминантно либералним системима ограничена бројним законским прописима и *common law* доктринама. У Америци се, тако, законима неке врсте отказа одређују као недозвољене (отказ базиран на раси, полу, старости, инвалидности, неким породичним обавезама или отказ који је резултат одмазде послодавца према запосленом који се користи својим законским правима), док на другој страни судови развијају одређене доткрине које омогућавају запосленом да бар преиспита послодавчеву одлуку о отказу уговора о раду.¹⁰³⁷ Треба додати и то да су синдикално организованим радницима обезбијеђене додатне гаранције од неоправданог отказа путем колективних уговора. Уопштено узевши, заштита запосленог од отказа јако варира од једне до друге америчке државе, будући да су поједине (нпр. Монтана) донијеле посебне законе којима се запослени штити од неоправданог отказа.¹⁰³⁸

¹⁰³⁴ P. R. Smith, A. C. Hodged, S. J. Stabile, R. Gely, *op. cit.*, стр.21.

¹⁰³⁵ *Ibid.*

¹⁰³⁶ *Ibid.*

¹⁰³⁷ *Ibid.*, стр.22.

¹⁰³⁸ Америчка држава Монтана је 1987.године донијела посебан закон (*The Montana Wrongful Discharge from Employment Act*) којим се уводи стандард доброг разлога за отказ (енг. *good cause*). Под „добрим“ (валаним) отказним разлогом се подразумева разлог који је разуман и са послом

Отказ уговора о раду на иницијативу послодавца представља једну од основних тачки спорења радника и послодаваца, тј. тачку у којој кулминира супротност њихових интереса. Без обзира на традиционалну тежњу радника да у што већој мјери ограниче могућност послодавца да откаже уговор о раду, свједоци смо да је готово све правне системе захватио тренд флексибилизације радног законодавства у погледу отказа уговора о раду. Овакав тренд се правда чињеницом да ригидна правила о отказу уговора о раду додатно отежавају позицију послодавца који, у условима економске кризе, није у могућности да одрживо послује. Ова правила се доживљавају као „бизнис баријера“ и као значајан фактор високе стопе незапослености. У питању је увјерење да су послодавци дестимулисани да запошљавају нове раднике због страха од трошкова које ће имати када их буду отпуштали.¹⁰³⁹ Премда се овакве тврдње могу оспорити и премда о овом питању не постоји сагласност међу писцима, флексибилизација одредаба о отказу уговора о раду, у највећем броју случајева, не односи се на *разлоге* који га чине ваљаним, већ на *поступак* отказивања, отказне *рокове* и *посљедице* отказа. Ваља додати и то да је степен заштите запослених од отказа који је мотивисан њиховим личним својствима остао исти, односно да је „реформа законодавства обухватила извјесна унапређења заштите од отказа посебно када је ријеч о заштити појединих осјетљивих категорија запослених“.¹⁰⁴⁰ Ово је, између осталог, посљедица већег уважавања права на приватност, као уставом и међународним конвенцијама гарантованог права појединца (запосленог).

7.2. Забрањени отказни разлози

Као што је већ речено у европским државама је, уз одређене модалитете, прихваћен концепт оправданог отказног разлога којим се постиже већи степен сигурности запослења. Овај концепт нужно претпоставља да наспрам дозвољених (ваљаних) разлога за отказ уговора о раду стоје недозвољени (забрањени) отказни

повезан, а тиче се незадовољавајућег вршења радних дужности, ремећења послодавчевих пословних активности или других легитимних пословних разлога. P. R. Smith, A. C. Hodged, S. J. Stabile, R. Gely, *op. cit.*, стр.67.

¹⁰³⁹ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.239.

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*, стр.240.

разлози. Навођење забрањених отказних разлога у теорији и легислативи нема за циљ само заштиту од отказа, односно сигурност запослења, већ и заштиту личности и достојанства запосленог, будући да су недозвољени разлози за отказ уговора о раду махом везани са својства или активности запосленог које нису од значаја за обављање посла. Отказивање уговора о раду са позивањем на такве разлоге би, отуда, било морално и етички неприхватљиво. Истовремено, оно би довело до повреде принципа једнакости, повреде неких од основних људских права и слобода (право на приватни и породични живот, право на синдикално организовање, слобода вјероисповјести, слобода изражавања итд.) или повреде јавног интереса (нпр. заштита животне средине). Имајући у виду интересе који се одредбама о забрани отказа штите, не чуди што је, историјски посматрано, прописивање недозвољених отказних разлога често претходило прописивању оправданих отказних разлога.

Недозвољени отказни разлози су утврђени међнародним стандардима рада као и стандардима европског некомунитарног радног права. Позитивно право Црне Горе под отказним разлозима који се сматрају недозвољеним подразумева: 1) привремену спријеченост за рад због болести, несреће на раду или професионалног обољења; 2) трудноћу, коришћење породилског, односно родитељског одсуства, одсуства са рада ради њега дјетета и посебне њега дјетета; 3) чланство у политичкој организацији; синдикату; различитост према личном својству запосленог (пол, језик, национална припадност, социјално поријекло, вјероисповијест, политичко или друго увјерење или неко друго лично својство запосленог); 4) дјеловање у својству представника запослених у складу са законом; 5) обраћање запосленог синдикату или органима надлежним за заштиту права из радног односа у складу са законом и уговором о раду; 6) обраћање запосленог надлежним државним органима због оправдане сумње на корупцију или у доброј вјери подношење пријаве о тој сумњи; и 7) обраћање или указивање запосленог послодавцу или надлежним државним органима на угрожавање животне средине у вези са пословањем послодавца.¹⁰⁴¹

¹⁰⁴¹ Члан 143а Закона о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012, 31/14).

Ови, позитивним правом утврђени, недозвољени разлози за отказ у многоме одговарају онима утврђеним Конвенцијом бр.158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца. Наведену листу проширује истоимена Препорука бр.166 са још два недозвољена отказна разлога: старост и одсуство са рада усљед служења обавезног војног рока или обављања других грађанских дужности. Поставља се, међутим, питање да ли се ове листе забрањених отказних разлога могу сматрати коначним или их треба посматрати само као *exemplum*. Иако исцрпна, ова листа се не може сматрати коначном, будући да се у пракси могу јавити и други разлози који су по својој природи такви да ни у ком случају не могу оправдати отказ уговора о раду. Ово произилази и из Конвенције бр.158 која само *inter alia* наводи разлоге који не оправдавају отказ уговора о раду. Овакво тумачење каталога недозвољених отказних разлога од велике је важности за *заштиту приватног живота запосленог*, будући да је у питању појам чија се садржина стално проширује и који није могуће унапријед и коначно дефинисати. Заједничко свим изричито наведеним забрањеним отказним разлозима јесте то да отказ уговора о раду чине аутоматски незаконитим. Отпуштеном раднику, у том случају, треба обезбиједити повратак на посао (реинтеграцију) или адекватну компензацију за штету коју је претрпио како у финансијском, тако и у професионалном смислу.¹⁰⁴²

Најшире посматрано, позитивним правом утврђене недозвољене отказне разлоге можемо подијелити у двије групе. Прву групу чине недозвољени отказни разлози везани за *лична својства и приватни/породични живот* запосленог (укључујући његову синдикалну припадност и активност), док другу групу разлога чине они који за посљедицу имају одмазду послодавца према запосленом (обраћање надлежном органу ради заштите својих права или ради заштите јавног интереса). Не умањујући значај друге групе разлога, у овом раду се, у контексту права запосленог на приватност, разматра прва група забрањених отказних разлога.

Забрана отказа који је мотивисан личним својствима запосленог само је дио опште забране разликовања запослених по основу ванпрофесионалних својстава. Из тог разлога је забрана отказа мотивисаног личним својствима запосленог предвиђена свим савременим радноправним системима. Премда је о овим

¹⁰⁴² *Protection against unjustified dismissal*, International Labour Conference, 82nd Session, International Labour Office, Geneva, 1995, став 219, 232, стр.82, 87.

забрањеним отказним разлозима било ријечи и раније у овом раду (код дискриминације на основу животног стила, родног идентитета и сексуалне оријентације, година живота, инвалидности, трудноће, материнства, брачног статуса и породичних одговорности), остаје потреба да се на овом мјесту кратко укаже на значај забране отказа уговора о раду и због неких других личних својстава запосленог као што су политичко увјерење и чланство у политичкој организацији, национална припадност, вјероисповјест, социјално поријекло или имовно стање и др.

Мада ЕКЉП не садржи експлицитну одредбу којом се запослени штити од недозвољеног отказа, пракса ЕСЉП упућује на закључак о томе да се недозвољеним сматра онај отказ уговора о раду којим се крше права и слободе гарантоване Конвенцијом, попут слободе удруживања или права на поштовање приватног и породичног живота.¹⁰⁴³

7.2.1. Привремена спријеченост за рад усљед болести, несреће на раду или професионалног обољења

Послодавац не може отказати уговор о раду запосленом због *привремене спријечености за рад усљед болести, несреће на раду или професионалног обољења*. Оваквим законским рјешењем штити се *здравље* као важан дио приватности сваког човјека. Свако супротно рјешење било би нехумано јер би значило да запослени остаје без прихода за издржавање себе и чланова своје породице у моменту када су му они најпотребнији. Ово тим прије што појединац (запослени), по правилу, не може да утиче на то да ли ће се и када разболети. Отуда, одредбе о привременој спријечености за рад и одредбе о забрани отказа са позивањем на овај разлог представљају израз социјалне правде и резултат су потребе да се заштити економски слабија страна у радном односу.

Забрана отказа уговора о раду због привремене спријечености за рад усљед болести, несреће на раду или професионалног обољења у одређеној мјери се релативизује у ситуацији када то налаже оправдан интерес послодавца. Овај

¹⁰⁴³ Н. Collins, V. Mantouvalou, „Redfearn v. UK: political association and dismissal“, стр.923.

интерес везан је за трајање привремене спријечености за рад и немогућност послодавца да, усљед такве околности, несметано послује. У том смислу, Конвенција бр.158 препушта државама чланицама да одреде шта се то подразумева под *привременим* одсуством са рада и да предвиди евентуална одступања од опште забране отказа са позивањем на овај разлог. Комитет за примјену конвенција и препорука МОП-а, међутим, наглашава да државе приликом одређивања појма привремене спријечености за рад морају узети у обзир циљ који се желио постићи, а то је заштита запосленог за вријеме за које, из разлога *vice major*, није способан да ради.¹⁰⁴⁴ У неким земљама се, у настојању да се помире супростављени интереси радника и послодавца, *дуготрајно одсуство* са рада усљед привремене спријечености за рад сматра оправданим отказним разлогом. *Mutatis mutandis* ово важи и за *честа (поновљена) одсуства* за рада усљед болести.

Поставља се, међутим, питање шта се подразумева под *дуготрајним* одсуством са рада, тј. када *привремено* прераста у *дуготрајно* (или често) одсуство са рада и да ли садржину овог појма треба тумачити у сваком конкретном случају, у зависности од штете коју послодавац усљед таквог одсуства трпи. Одговор на питање шта се подразумева под *привременом* спријеченошћу за рад, у позитивном праву, на посредан начин дају одредбе Закона о здравственом осигурању. Тако, уколико привремена спријеченост за рад траје десет мјесеци непрекидно, односно десет мјесеци са прекидима у току периода од 12 мјесеци, запослени (осигураник) се упућује надлежном органу ради оцјене радне способности.¹⁰⁴⁵ Одбијање да се у овом случају подвргне процјени радне способности представља разлог за отказ уговора о раду од стране послодавца. У том смислу, под *дуготрајним* одсуством са рада подразумева се оно одсуство које траје дуже од десет мјесеци непрекидно, или са прекидима у току 12 мјесеци. Дуготрајно одсуство са рада, међутим, не даје могућност послодавцу да аутоматски откаже уговор о раду, већ да запосленог упутује на оцјену радне способности. Уколико се утврди губитак радне способности, запослени остварује право на инвалидску пензију чиме му престаје радни однос. У том случају, међутим, основ

¹⁰⁴⁴ *Protection against unjustified dismissal*, став 137, стр.59.

¹⁰⁴⁵ Члан 44, став 1 Закона о здравственом осигурању ("Сл. лист ЦГ", бр. 006/16).

престанка радног односа није одсуство са рада, већ губитак способности за рад (инвалидност).

У прошлости је, у француској судској пракси важило увјерење да учестало одсуство запосленог са рада не представља разлог за отказ, већ вишу силу.¹⁰⁴⁶ Данас је овакво становиште напуштено, с тим што, ни продужено боловање, само по себи, не може представљати *стваран и озбиљан разлог за отказ*.¹⁰⁴⁷ За такву квалификацију је неопходно да је функционисање предузећа знатније нарушено, због одсуства запосленог.¹⁰⁴⁸ У њемачком праву се под лично условљеним отказом подразумејева и болест запосленог,¹⁰⁴⁹ с тим да пракса Савезног радног суда налаже пажљиво трагање за равнотежом интереса послодавца (економске посљедице и утицај на организацију рада, могућност распоређивања на друге послове по престанку болести ако се не може вратити на раније радно мјесто, величина послодавца) и интереса запосленог, тако да се отказ може сматрати оправданим само ако се јави као *ultima ratio* коме послодавац може прибјећи.¹⁰⁵⁰ У америчком праву се послодавцу (који запошљава више од 50 радника) забрањује да откаже уговор о раду запосленом који је привремено спријечен за рад усљед болести.¹⁰⁵¹ Међутим, ово одсуство може трајати најдуже 12 недјеља током периода од 12 мјесеци и за то вријеме запослени нема право на накнаду зараде.¹⁰⁵²

И Европски комитет за социјална права је заузео став да заштита запосленог од отказа због одсуства са рада усљед болести може бити временски ограничена: “одсуство са рада може успоставити ваљани разлог за отказ ако озбиљно ремети несметано функционисање предузећа и ако је неопходно обезбиједити праву, трајну замјену за одсутног запосленог”.¹⁰⁵³ У неким земљама се (нпр. Финска), као критеријум за утврђивање оправданости отказа уговора о раду усљед привремене

¹⁰⁴⁶ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.506.

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*

¹⁰⁴⁸ То ће нарочито бити случај, ако је неопходно обезбиједити дефинитивну замијену за одсутног запосленог, тј. ако постоји потреба да се за обављање посла који је био повјерен одсутном раднику закључи уговор о раду на неодређено вријеме са новим радником. Француске судије, притом, сматрају да ће то редовно бити онда када одсутни запослени обавља послове за које су неопходне особене вјештине, умјећа и способности, због чега и није могућа прерасподјела његових радних задатака другим запосленима. Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.506-507.

¹⁰⁴⁹ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.744.

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*

¹⁰⁵¹ R. J. Gregory, *op. cit.*, стр.145.

¹⁰⁵² *Ibid.*

¹⁰⁵³ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.510.

спријечености за рад, не узима њено трајање, већ способност запосленог да ради. Отуда, одсуство са рада усљед болести није, само по себи, основ који оправдава отказ уговора о раду, осим ако је болест довела до суштинског или перманентног погоршања способности за рад.¹⁰⁵⁴ Треба додати и то да се ХИВ статус запосленог, сам по себи, не сматра дозвољеним отказним разлогом.¹⁰⁵⁵

У вези са заштитом запосленог од отказа усљед привремене спријечености за рад постоји још једна дилема. Питање је, наиме, да ли већи обим заштите треба обезбиједити запосленом који је одсутан са рада усљед повреде на раду или професионално обољења. Различит третман *узрока* (болести или повреде) одсуства са рада је традиционално присутан у радном и социјалном законодавству многих држава, будући да запослени који су доживјели повреду на раду или професионално обољели остварују већи обим права. У француском праву, послодавац не може отказати уговор о раду запосленом који одсуствује са рада усљед повреде на раду или професионално обољења, осим ако је отказ резултат неке друге околности која није у вези са здравственим стањем запосленог.¹⁰⁵⁶ Сличан став заузео је и Комитет за примјену конвенција и препорука Међународне организације рада. По мишљењу овог Комитета, жртвама повреда на раду и професионалних обољења било би добро обезбиједити додатну заштиту, а прије свега дужу суспензију права послодавца да откаже уговор о раду усљед привремене спријечености за рад.¹⁰⁵⁷ Премда ово рјешење може изгледати правично са аспекта запосленог који је доживио повреду на раду или код кога је дошло до професионалног обољења, оно са аспекта заштите приватности, односно здравља као њеног важног сегмента нема своје оправдање. *Здравствено стање* (болест, повреда) запосленог не би смијело бити различито вриједновано у зависности од околности случаја (квалификације болести или повреде), јер се тиме вријећа достојанство лица о коме је ријеч.

¹⁰⁵⁴ *Protection against unjustified dismissal*, став 137, стр.59.

¹⁰⁵⁵ У вези са околношћу да запослени обољели од ХИВ-а често одсуствују са рада због подвргавања различитим третманима лијечења, Комитет за примјену конвенција и препорука сматра нарочито важним да се пажљиво избалансирају посљедице које ово одсуство има на рад предузећа, на једној и тешке посљедице које престанак запослења има за лице обољело од ХИВ-а, на другој страни. *Protection against unjustified dismissal*, став 142, стр.61.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*, став 138, стр.60.

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*

7.2.2. Трудноћа, коришћење породилског, односно родитељског одсуства

Забрана отказа уговора о раду због *трудноће, коришћења породилског, односно родитељског одсуства, одсуства са рада ради њега дјетета и посебне њега дјетета*, уопштено узевши, има за циљ заштиту приватног и породичног живота запосленог. Она је прије свега важна за заштиту материнства, будући да се од запослене не може очекивати да се оствари у улози мајке уколико ту улогу не прати одговарајућа гаранција сигурности запослења. Штавише, на овај начин се штити породица као основна вриједност на којој друштво почива. И заиста, одсуство ове забране из радног законодавства довело би до немалих посљедица у виду немогућности да се ускладе породичне и професионалне дужности, а што би драстично утицало на позицију и улогу жене у друштву, стопу незапослености, наталитет и животни стандард. Забрану отказа у овом случају никако не треба везивати само за жену, будући да се, усљед потребе да се помире породичне и професионалне дужности, запослени мушкарци све више одлучују за коришћење свог законског права на родитељско одсуство, одсуство ради њега дјетета и посебне њега дјетета. Исто тако, заштита материнства се све више везује за период дојења, будући да се и жене одлучују да почну да раде одмах након истека периода обавезног породилског одсуства.

Забрану отказа уговора о раду због *трудноће, коришћења породилског, односно родитељског одсуства, одсуства са рада ради њега дјетета и посебне њега дјетета* прописују сви међународни и регионални стандарди рада.¹⁰⁵⁸ То прије свега чини Конвенција бр.158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца. Исто тако, према Директиви 96/34/ЕЗ о оквирном колективном уговору о породилском одсуству,¹⁰⁵⁹ државе чланице су дужне да предвиде забрану отказа за вријеме трајања породилског, односно родитељског одсуства. Гаранција сигурности запослења, у овом случају, има за циљ да спријечи дискриминацију жена за вријеме трудноће и материнства, али и да их сачува од материјалних и моралних посљедица које губитак посла може произвести за њих и њихову

¹⁰⁵⁸ Конвенција МОП-а бр.183, Европска социјална повеља, Повеља о основним правима у ЕУ, Конвенција УН о елиминисању свих облика дискриминације жена и др.

¹⁰⁵⁹ Directive 96/34/EC on the framework agreement on parental leave concluded by UNICE, CEEP and the ETUC (*Official Journal of the European Communities, No L 145/4, 19/06/1996.*).

дјецу.¹⁰⁶⁰ Ова забрана отказа није апсолутна, будући да се уговор о раду може отказати за вријеме трудноће у случају озбиљне повреде радне обавезе, затварања предузећа или истека уговора о раду на основу кога је трудница ангажована.¹⁰⁶¹ Терет доказивања да отказ није у вези са трудноћом, порођајем или његом дјетета (дојењем) пада на послодавца.¹⁰⁶² Код уговора о раду на одређено вријеме послодавац се, по правилу, обавезује да запосленој жени којој уговор о раду истиче у периоду коришћења права на породилско одсуство, рок трајања овог уговора продужи до истека породилског одсуства.¹⁰⁶³ Штавише, у неким земљама се необнављање уговора о раду на одређено вријеме жени за вријеме трудноће поистовјећује са отказом уговора о раду за вријеме трудноће.¹⁰⁶⁴

Период у коме важи забрана давања отказа због трудноће варира од земље до земље. По правилу, она ступа на снагу од момента када је запослена упознала послодавца са трудноћом. Овакво рјешење предвиђа и Ревидирана европска социјална повеља, будући да се отказ сматра незаконитим ако послодавац жени уручи обавјештење о отказу у периоду од тренутка када је обавијестила свог послодавца да је у другом стању до истека њеног породилског одсуства или уколико јој уручи обавјештење о отказу уз отказни рок који истиче за вријеме таквог одсуства.¹⁰⁶⁵ Међутим, заштиту трудница од отказа могуће је и додатно проширити. Тако, у хрватском радном праву је прописана директна ништавост отказа уговора о раду ако је на дан давања отказа послодавцу било познато постојање овакве околности (трудноће) или ако радник у року од петнаест дана од доставе отказа обавијести послодавца о постојању такве околности, те о томе достави одговарајућу потврду овлашћеног љекара или другог овлашћеног тијела.¹⁰⁶⁶ Другим ријечима, отказ уговора о раду због трудноће сматра се недозвољеним чак и када послодавац у моменту отказивања уговора о раду

¹⁰⁶⁰ *Protection against unjustified dismissal*, став 126, стр.52.

¹⁰⁶¹ Препорука Међународне организације рада бр.95 о заштити материнства (*Maternity Protection Recommendation, 1952*), члан 4, став 2.

¹⁰⁶² Конвенција Међународне организације рада бр.183 о заштити материнства, члан 8, став 1.

¹⁰⁶³ Члан 108, став 4 Закона о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012, 31/14).

¹⁰⁶⁴ У Шпанији је Уставни суд 1994.године, у вези са заштитом од полне дискриминације, пресудио да се необнављање уговора о раду на одређено вријеме због трудноће може поистовјетити са отказом којим се крше основна људска права. *Protection against unjustified dismissal*, став 127, стр.54.

¹⁰⁶⁵ Ревидирана европска социјална повеља, члан 8, став 1, тачка 2.

¹⁰⁶⁶ Члан 34, став 2 Закона о раду Хрватске („НН“, бр. 93/14).

запосленој није знао за такву околност, под условом да је за њу сазнао у одговарајућем року након давања отказа.

Заштита од отказа за вријеме трудноће, коришћења породилског, односно родитељског одсуства, одсуства са рада ради њега дјетета и посебне њега дјетета није довољна да обезбиједи сигурност запослења, односно егзистенцијалну сигурност. Отуда се, у овом случају, правила о недозвољеном отказу допуњују правилима о праву жене да за вријеме трудноће буде распоређена на друге послове, да не ради прековремено или ноћу, као и правилима о забрани распоређивања на ниже или слабије плаћено радно мјесто по повратку са породилског одсуства. У складу са тим, жена за вријеме трудноће и дојења дјетета не може да ради на пословима који су штетни за њено здравље и здравље дјетета. У праву ЕУ, забрањује се жени за вријеме трудноће и за вријеме дојења рад на високоризичним пословима и намеће обавеза послодавцу да изврши процјену ризика и прилагоди услове рада и радног времена жени за вријеме трудноће и дојења, а ако то није могуће дужан јој је одобрити плаћено одсуство.¹⁰⁶⁷ Такође, послодавац не може обавезати жену за вријеме трудноће да ради ноћу, с тим да се захтијева налаз надлежног здравственог органа којим се потврђује да је то неопходно за сигурност и здравље запослене. Конвенција бр.183 о заштити материнства предвиђа обавезу сваке државе чланице да, након консултација са репрезентативним организацијама послодавца и радника, усвоји одговарајуће мјере како би се осигурало да труднице и дојиље не морају да обављају посао који је од стране надлежног органа одређен као штетан по здравље мајке или дјетета.¹⁰⁶⁸

Послодавац је дужан да запосленом по истеку породилског, односно родитељског одсуства обезбиједи повратак на исто радно мјесто или на одговарајуће радно мјесто са најмање истом зарадом.¹⁰⁶⁹ У основи гаранције права на повратак на исти или једнако плаћени посао налази се, наиме, идеја да коришћење породилског одсуства и одсуство са рада ради њега дјетета, само по

¹⁰⁶⁷ Directive 92/85/EEC on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (*Official Journal of the European Communities No L 348 / 1, 28/11/1992.*), član 4-6.

¹⁰⁶⁸ Конвенција Међународне организације рада бр.183 о заштити материнства, члан 3.

¹⁰⁶⁹ Препорука Међународне организације рада бр.95 о заштити материнства, члан 5. Конвенција Међународне организације рада бр.183 о заштити материнства, члан 8, став 2.

себи, не смије представљати главни критеријум за промјену радноправног статуса и услова рада запослене, већ ове двије врсте одсуства морају производити исте последице као и сваки други прекид рада, који је скопчан са суспензијом основних права и обавеза из уговора о раду.¹⁰⁷⁰

Позитивном праву се може приговорити то што не забрањује посебно отказ који је мотивисан брачним статусом и породичним дужностима запосленог. Мада се ова својства могу подвести под појам *неко друго лично својство* и премда су у одређеној мјери обухваћени забраном отказа због трудноће и материнства, њихов значај налаже да се, *de jure*, таксативно наведу као недозвољени отказни разлози. Ово је неопходна претпоставка стварне и потпуне заштите приватног и породичног живота запосленог. То потврђују и међународни стандарди рада, будући да Конвенција бр.158 као недозвољене отказне разлоге наводи брачни статус и породичне дужности. Брачни статус је у пракси много чешће разлог за отказ уговора о раду жене, док је у погледу породичних одговорности у порасту отказивање радног односа и мушкарцима.¹⁰⁷¹ Отпуштање запослених због брачног статуса и породичних дужности кроз историју је било изузетно заступљено. Тако је, примјера ради, општим актом Аир Франса, било утврђено да су кандидаткиње за посао стјуардесе морале бити „неудате, удовице или разведене жене“, због чега је удаја представљала ваљани разлог за отказ њиховог уговора о раду.¹⁰⁷² Посљедњих неколико деценија уочава се да је у низу земаља дошло до законских измјена које имају за циљ да онемогуће отказивање уговора о раду на бази брачног статуса.¹⁰⁷³ Породичне дужности су Конвенцијом бр.156 о радницима за породичним дужностима (одговорностима) одређене као недозвољен отказни разлог.¹⁰⁷⁴ Међутим, брачни статус и породичне дужности у пракси и даље представљају један од честих али прикривених облика дискриминације и разлога за отказ уговора о раду, а што се у пракси тешко доказује. У случају спора поводом

¹⁰⁷⁰ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.503.

¹⁰⁷¹ *Protection against unjustified dismissal*, став 120, стр.49.

¹⁰⁷² Љ.Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.497-498.

¹⁰⁷³ *Equality in employment and occupation. General Survey by the Committee of Experts on the Application of Convention and Recommendation, International Labour Conference, 75th session, Report III (Part 4B)*, Geneva, 1998, став 44, стр.42.

¹⁰⁷⁴ Конвенција Међународне организације рада бр.156 о запосленима са породичним одговорностима, члан 8.

престанка радног односа, терет доказивања оправданости и законитости разлога за отказ је на послодавцу.¹⁰⁷⁵

7.2.3. Чланство у синдикату и дјеловање у својству представника запослених

Забрана отказа уговора о раду због чланства у синдикату и дјеловања у својству представника запослених у складу са законом има за циљ заштиту синдикалних права и слобода, а тиме и заштиту укупног радноправног положаја запослених. Треба, међутим, имати на уму и то да синдикална припадност чини дио приватног живота запосленог за који послодавац не мора нужно да зна, те да подаци о синдикалној припадности представљају нарочиту осјетљиву категорију личних података. У том смислу, и овом забраном отказа штити се право на приватни живот запосленог.

Синдикална права и слободе представљају највеће достигнуће радног права. Оне су омогућиле запосленима да се удружено боре за заштиту својих права и да захваљујући тој чињеници буду равноправни у односу на послодавца. Синдикална права и слободе, међутим, не би имале свој пуни смисао уколико запослени – чланови синдиката, синдикални активисти или други представници радника, не би били заштићени од отказа уговора о раду мотивисаног овим њиховим својствима. Комитет за примјену конвенција и препорука МОП-а, у вези са тим, истакао је да заштита од анти-синдикалне дискриминације синдикалних чланова и представника представља битан аспект слободе удруживања, будући да сваки чин такве дискриминације може угрозити слободу гарантовану Конвенцијом бр.87.¹⁰⁷⁶

Забрана отказа уговора о раду због чланства у синдикату укључује и забрану отказа због нечланства у одређеном синдикату. Ово је у складу са гаранцијом позитивног и негативног вида слободе удруживања. Запосленом се, наиме, гарантује право да оснује синдикат, да буде члан синдиката, као и да не буде члан било ког синдиката, а што је у складу са идејом о томе да (не)припадност синдикату чини дио приватног живота запосленог. Негативан вид слободе удруживања и заштита запосленог од отказа који је мотивисан нечланством у синдикату посебно

¹⁰⁷⁵ Члан 143д, став 2 Закона о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012, 31/14).

¹⁰⁷⁶ *Protection against unjustified dismissal*, став 107, стр.42.

је дошла до изражаја у оним земљама у којима је пракса уговарања клаузуле синдикалне сигурности (*closed shop*) у колективним уговорима била дозвољена и распрострањена. Прекретницу у заштити запосленог од отказа због нечланства у синдикату свакако представља случај *Јанг, Џејмс и Вебстер против Уједињеног Краљевства*, у коме је Европски суд за људска права заузео став да клаузула радње затвореног типа, пак, повријеђује негативан вид слободе удруживања, јер је пријетња отказом озбиљан облик принуде (*vis compulsiva*), који има за посљедицу губитак зараде као основног извора прихода за запосленог и чланове породице.¹⁰⁷⁷

Сви запослени нису, међутим, једнако погођени ризиком да, због чланства у синдикату и синдикалних активности, буду жртве послодавчеве одмазде, па, и жртве дискриминаторског отказа.¹⁰⁷⁸ Том ризику нарочито су изложени синдикални представници, којима је, посљедично, зајемчена и посебна заштита од отказа.¹⁰⁷⁹ Отуда је и концепт њихове заштите од отказа нешто шире постављен у односу на заштиту од отказа чланова синдиката. *Mutatis mutandis* ово важи и за друге представнике радника. За вршење њихових функција од изузетне је важности то што заштита није ограничена само на период трајања функције, већ и одређени период по њеном истеку, као и то што не уживају само заштиту од индивидуалног већ и од колективног отказа. Тако, представник синдикалне организације и представник запослених, за вријеме обављања синдикалних активности и шест мјесеци након престанка синдикалних активности, не може бити позван на одговорност у вези са обављањем синдикалних активности, проглашен као запослени за чијим радом је престала потреба, распоређен на друго радно мјесто код истог или другог послодавца у вези са обављањем синдикалних активности или на други начин доведен у неповољнији положај, уколико поступа у складу са законом и колективним уговором.¹⁰⁸⁰ Изузетак, дакле, постоји у случају озбиљне повреде радне обавезе, с тим да се природа и значај задатака које обављају синдикални представници морају узети у обзир приликом одлучивања о томе да ли

¹⁰⁷⁷ Б. Лубарда, *Европско радно право*, стр.65.

¹⁰⁷⁸ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.538.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*

¹⁰⁸⁰ Члан 160, став 1 Закона о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012, 31/14).

је до повреде радне обавезе дошло и да ли се она може квалификовати као озбиљна.¹⁰⁸¹

У многим земљама се предвиђају посебне процедуре које се морају испоштовати уколико, ипак, дође до отказивања уговора о раду синдикалним представницима. Често се отказивање уговора о раду овим лицима условљава обавјештењем или сагласношћу надлежног органа управе као што је радна инспекција или, пак, сагласношћу савјета запослених.¹⁰⁸² У питању је тзв. одобрени отказ. Ријеч је, прецизније, о механизму условљавања пуноважности отказа представника запослених, претходним одобрењем надлежног органа или тијела.¹⁰⁸³ У француском праву, одобрење инспектора рада је неопходно за отказ уговора о раду представника запослених, како у случају отказа из разлога који се тичу његове способности или понашања, тако и разлога везаних за потребе послодавца.¹⁰⁸⁴ Понекад се прописује и посебна листа разлога који оправдавају отказивање уговора о раду овим лицима (који се тичу способности или понашања радника и потреба послодавца).¹⁰⁸⁵

Комитет за слободу удруживања МОП-а наглашава да се отказ уговора о раду синдикалним представницима не може правдати разлозима економске нужности.¹⁰⁸⁶ Ставови овог Комитета су од изузетне важности за тумачење могућности послодавца да откаже уговор у раду синдикалном представнику, будући да у пракси може доћи до различитих ситуација које, изузетно, оправдавају отказ њиховог уговора о раду. Тако, према мишљењу Комитета, оправданим се, примјера ради, сматра отказ уговора о раду у случају када синдикални представник у радно вријеме користи ресурсе послодавца у синдикалне сврхе или његову пословну позицију ради вршења притиска на друге запослене, без сагласности послодавца.¹⁰⁸⁷ Интересантно је и то да се отказ уговора о раду синдикалном

¹⁰⁸¹ *Protection against unjustified dismissal*, став 110, стр.44.

¹⁰⁸² *Ibid.*, став 113, стр.45.

¹⁰⁸³ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.169.

¹⁰⁸⁴ *Ibid.*, стр.171.

¹⁰⁸⁵ У Белгији је могуће отказати уговор о раду представницима запослених једино у случају озбиљне повреде радне обавезе или ако постоје технички или економски разлози који га оправдавају. *Protection against unjustified dismissal*, став 114, стр.45.

¹⁰⁸⁶ *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, International Labour Office, Geneva, 2006, став 795, стр.160.

¹⁰⁸⁷ Исто тако, Комитет сматра да је отказивање уговора о раду синдикалном представнику, па након неколико дана његово поновно запошљавање, противно синдикалним слободама и да представља

представнику поистовјећује са њиховим обавезним пензионизањем. Отуда је, обавезно пензионисање синдикалних представника, када је резултат легитимних синдикалних активности, у супротности са принципом да ниједна особа не може да трпи ограничења својих права због синдикалног чланства или активности.¹⁰⁸⁸

Треба додати и то да законску формулацију *представник запослених* треба тумачити широко како би заштита од отказа обухватила сва лица која играју значајну улогу у заштити права и интереса радника. Ово је у складу са Конвенцијом бр.135 о радничким представницима и истоименом Препоруком бр.143 које предвиђају да овај вид заштите треба да се односи на сва лица која су слободно изабрана да представљају запослене (укључујући и одређени период након престанка функције), као и на она лица која су кандидати или су била номинована да буду представници запослених.¹⁰⁸⁹ Појам представник радника, у овом контексту, може да укључује чланове тијела (одбора) који се баве заштитом здравља и безбједности на раду.¹⁰⁹⁰ Заштита се некада односи и на лица која су чланови синдиката који је поднио захтјев за регистрацију или је у поступку оснивања.¹⁰⁹¹

У складу са широким тумачењем појма представник запослених, ова заштита треба да укључи и чланове савјета запослених, будући да су они, с обзиром на функцију коју обављају, изложени истом ризику дискриминаторског отказа. То је посебно важно због чињенице да многи запослени нису синдикално организовани, док снага синдиката и значај њихове улоге незадрживо опада.¹⁰⁹² Позитивно право не предвиђа институт савјета запослених, па, отуда, његови чланови не улазе у круг лица која уживају заштиту од отказа. У хрватском радном праву, послодавац не смије чланове радничког вијећа повлашћивати, нити

вид застрашивања у циљу спрјечавања слободног обављања синдикалних функција. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, став 809, 810, стр.162.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*, став 793, стр.159.

¹⁰⁸⁹ Препорука Међународне организације рада бр.143 о радничким представницима (*Workers' Representatives Recommendation, 1971*), члан 2 и члан 7, став 1. Конвенција Међународне организације рада бр.135 о радничким представницима из 1971.године („Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр.14/82, преузета Одлуком о проглашењу независности Републике Црне Горе, „Сл. лист РЦГ“, бр.36/2006).

¹⁰⁹⁰ *Protection against unjustified dismissal*, став 112, стр.45.

¹⁰⁹¹ На примјер у Финској, Мађарској, Румунији, Шпанији, Турској. *Protection against unjustified dismissal*, став 108, стр.43.

¹⁰⁹² Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.538.

стављати у неповољнији положај од других радника, а предсједник или члан радничког вијећа који је послове за радничко вијеће обављао у пуном радном времену, након престанка обављања тих послова има право повратка на послове на којима је претходно радио, а ако је престала потреба за обављањем тих послова, послодавац му је дужан понудити обављање других одговарајућих послова.¹⁰⁹³

Заштита од отказа због синдикалних активности се проширује и на *заштиту од отказа због учешћа у законитом штрајку*. Синдикална права и слободе не би имале свој пуни смисао уколико би запослени који учествује у законитом штрајку био изложен било којој врсти санкције од стране послодавца, укључујући и отказ уговора о раду. Другим ријечима, принцип слободе удруживања подразумијева да послодавац запосленом не може отказати уговор о раду, нити одбити продужење радног односа због учешћа у штрајку или другом облику индустријске акције, при чему је ирелевантно да ли је до отказа уговора о раду дошло непосредно прије, у току или након штрајка, уколико је сврха отказа спрјечавање штрајка или кажњавање због учешћа у штрајку.¹⁰⁹⁴ Ово из разлога што штрајк представља један од основних начина на који радници и њихове организације промовишу своје економске и социјалне интересе.¹⁰⁹⁵

У позитивном праву, отуда, организовање штрајка, односно учешће у штрајку под условима утврђеним законом не представља повреду радне обавезе, не може бити основ за покретање поступка за утврђивање дисциплинске и материјалне одговорности запосленог, за удаљење запосленог са рада и не може за посљедицу имати престанак радног односа запосленог.¹⁰⁹⁶ Законодавац, међутим, прави разлику између *члана штрајкачког одбора* коме радни однос може престати због организовања незаконитог штрајка и *учесника у штрајку – запосленог* коме радни однос престаје само из тачно законом утврђених разлога (ако угрожава безбједност лица и имовине или здравље људи, спријечава запослене који не учествују у штрајку да раде, односно онемогућава наставак рада по окончању штрајка или спријечава послодавца да користи средства и располаже средствима

¹⁰⁹³ Члан 156, став 8 и члан 157 Закона о раду Хрватске („НН“, бр. 93/14).

¹⁰⁹⁴ *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, став 633, стр.134.

¹⁰⁹⁵ *Ibid.*, став 522, стр.109.

¹⁰⁹⁶ Члан 27, став 1 Закона о штрајку („Сл. лист ЦГ“, бр. 11/2015).

којима послодавац обавља дјелатност и ако одбије да изврши налог послодавца издат ради обезбјеђивања минимума процеса рада).¹⁰⁹⁷ Овоме би се могле додати и друге повреде радних обавеза које оправдавају отказ уговора о раду као што су одавање пословне тајне или сукоб интереса са послодавцем.¹⁰⁹⁸ Ово из разлога што суспензија уговора о раду у току штрајка није потпуна, тако да одређене обавезе запосленог остају активне и током штрајка.¹⁰⁹⁹ Ипак, оправданим се чини став појединих аутора да, аналогно одредбама Закона о раду, само теже повреде правила о штрајку могу бити санкционисане отказом, али и то да се, као и у случају тежих повреда радних обавеза, послодавац може, али не мора, одлучити на давање отказа запосленом, што је посебно важно за заштиту запослених који нису знали да је штрајк у којем су учествовали незаконит.¹¹⁰⁰

Важно је и то да у позитивном праву искључиво суд доноси одлуку о томе да ли је штрајк законит или не, чиме се, у одређеном броју случајева, отклања и дилема у погледу тога да ли је отказ уговора о раду, у конкретном случају, оправдан или не. Ово је у складу са ставом Комитета за слободу удруживања, да одлуку о томе да ли је штрајк незаконит не може доносити орган (извршне или управне) власти, већ неко независно тијело које ужива повјерење страна у спору.¹¹⁰¹ Уколико би, ипак, послодавац једнострано раскинуо радни однос са запосленим због учешћа у штрајку, терет доказивања оправданости отказног разлога пада на послодавца, сходно Препоруци бр.143 о радничким представницима, а ако он у томе не успије отказ се сматра ништавим и налаже му се реинтеграција запосленог.¹¹⁰²

¹⁰⁹⁷ Члан 29 Закона о штрајку („Сл. лист ЦГ“, бр. 11/2015).

¹⁰⁹⁸ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.1028.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*

¹¹⁰⁰ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.544.

¹¹⁰¹ *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, став 628, стр.128.

¹¹⁰² Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.1028-1029.

7.2.4. Политичко увјерење и припадност политичкој организацији

Забрана дискриминације по основу политичког увјерења или припадности политичкој организацији предвиђена је, како законима из области рада, тако и законима о забрани дискриминације уопште. Ови закони су, заправо, само наставак уставних одредаба којима се јемчи слобода политичког удруживања и дјеловања, али и слобода изражавања (политичка права и слободе). У односу на послодавца, политичко увјерење чини дио приватног живота запосленог који, по правилу, није од значаја за обављање посла. Политичко опредјелјење је Конвенцијом бр.158 предвиђено као забрањен отказни разлог, што се тумачи као признавање права на изношење политичког мишљења и ненасилног супростављања политичким принципима, док се заштита од отказа због неизражавања и недемонстрирања политичког мишљења сматра ирелевантном.¹¹⁰³ Међутим, у многим земљама, посебно онима у којима постоје јака политичка превирања, послодавци бивају инволвирани у политичке догађаје, захтијевајући од запослених да дијеле и пропагирају њихова политичка увјерења, а што за свој резултат може имати и отказ уговора о раду политичким неистомишљеницима. Такође, у многим земљама се у случају промјене власти, дискриминишу припадници претходне политичке гарнитуре.

Управо је у вези са политичким опредјелјем, Европски суд за људска права примјенио интегрисани приступ људским правима, на начин што је омогућио заштиту економско-социјалних права која нису садржана у Конвенцији (право на рад и заштиту од недозвољеног отказа) онда када је то неопходно за остваривање, у њој гарантованих, грађанских права (право на слободу политичког изражавања).¹¹⁰⁴ У случају *Сидабрас и Џиаутас против Литваније* подносиоци представке сматрали су да отказ уговора о раду и забрана запошљавања бивших припадника КГБ-а у јавном, и у значајном дијелу приватног сектора, представља дискриминацију на бази чланства у политичкој партији, а у вези са тим, и повреду права на поштовање приватног и породичног живота.¹¹⁰⁵ Мада је предметна

¹¹⁰³ *Protection against unjustified dismissal*, став 119, стр.48.

¹¹⁰⁴ V. Mantouvalou, „Work and private life: Sidabras and Dziautas v Lithuania“, стр.579.

¹¹⁰⁵ *Sidabras and Dziautas v. Lithuania*, Judgment of 27 July 2004, no.55480/00 and no.59330/00. Г-дин Сидабрас је био запослен у КГБ-у од 1975.године до 1986.године, а г-дин Џиаутас од 1985.године

забрана уведена са легитимним циљем - *заштита националне безбједности, јавног реда, економске добробити земље и права и слобода других*, и мада чланство у партији није, само по себи, разлог за увођење забране, већ је то нелојалност према држави, Суд је установио да оваква забрана нема своје оправдање када је у питању запошљавање у приватном сектору, те да, и поред постојања легитимног разлога за њено увођење, она није сразмјерна циљу који се жели постићи. Ово, између осталог, и због тога што забрана запошљавања у приватном сектору у веома великој мјери утиче на могућност подносилаца представке да успостављају и развијају односе са спољашњим свијетом, па самим тим и да обезбиједи средства за живот, а што неминовно утиче на њихов приватни живот. Ситуација у којој су се нашли подносиоци представке условила је отказ уговора о раду и значајно ограничила могућност поновног запошљавања у складу са посједованим квалификацијама, угрозила је њихову репутацију и онемогућила уживање права на поштовање приватног живота.

Отказ који за свој основ има чланство у политичкој партији представља уједно и повреду слободе удруживања и сматра се недозвољеним, осим у случају када се на страни послодавца налазе убједљиви разлози који га оправдавају, при чему није од значаја идеологија коју заступа таква политичка организација.¹¹⁰⁶ Ако политичко увјерење нема утицаја на извршавање рада онда отказ уговора о раду не представља сразмјеран одговор послодавца и некомпатабилан је са правима гарантованим Конвенцијом (*Вогт против Њемачке*).¹¹⁰⁷ Отказ, међутим, неће представљати сразмјеран одговор ни онда када послодавац није претходно размотрио алтернативна рјешења која би значила разумно прилагођавање

до 1991.године. Након што је Литванија 1990.године прогласила независност, први подносилац представке је био запослен као порески инспектор, док је други био запослен у тужилаштву и бавио се истрагама организованог криминала и корупције. Међутим, на основу посебног закона (*Law on the Evaluation of the USSR State Security Committee and the Present Activitis of Permanent Employees of the Organisation*) који је ступио на снагу 1999.године, а који је КГБ означио као криминалну организацију која је починила озбиљне злочине, укључујући ратне злочине и геноцид, подносиоцима представке је одређен статус бивших припадника КГБ-а, због чега им је отказан уговор о раду и уведена забрана запошљавања у јавном сектору, али и у значајном дијелу приватног сектора.

¹¹⁰⁶ Н. Collins, V. Mantouvalou, „Redfearn v. UK: political association and dismissal“, стр. 910.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*, стр.918.

потребама запосленог или када није узео у обзир да ли ће запослени бити у могућности да пронађе други посао (*Редферн против Уједињеног Краљевства*).¹¹⁰⁸

Треба, међутим, имати на уму да запослени своја политичка увјерења, као дио своје приватности, не треба да износи и промовише на радном мјесту, нити да врши политички утицај на друге запослене у току радног времена. Политичко дјеловање, наиме, не смије да иде на уштрб квалитета процеса рада, односно област рада не смије да буде „полигон“ за испољавање и пропагирање идеја које ће довести до немогућности да се рад код послодавца успјешно организује и неометано функционише.¹¹⁰⁹ Запослени чини повреду дужности уколико политички дјелује код послодавца, пошто политичко дјеловање унутар предузећа може да генерише политичке сукобе између запослених, угрози радни ред и мир, односно безбједност на мјестима рада, што знатно отежава остварење управљачких овлашћења послодавца.¹¹¹⁰ Послодавац има право да захтијева од радника да се у радно вријеме уздржи од обављања неке друге активности (нпр. лијеplење рекламног материјала политичке странке коју трећа лица могу довести у везу са послодавцем), баш као што запослени има право на политичку опредјељеност.¹¹¹¹ У државној управи је посебно наглашена забрана политичког организовања,¹¹¹² која, међутим, не мора подразумијевати апсолутну политичку неутралност државног службеника.

¹¹⁰⁸ Подносилац представке, г-дин Редферн је британец, бијеле пути, запослен као возач аутобуса у приватној компанији која пружа услуге превоза градским властима. Превозио је дјецу и одрасле са физичким и менталним сметњама до Брадфорда који доминантно насељава азијско становништво. Након што је изабран са представника странке на локалним изборима, послодавац му је отказао уговор о раду због чланства у Британској Националној Партији која је екстремно десничарска и која је, између осталог, противник имиграција, са образложењем да би наставак рада код послодавца представљао ризик по сигурност и здравље, будући да његов избор може довести до незадовољства корисника услуга превоза или чак провоцирати насиље, а могуће је и да то утиче на лошу репутацију послодавца и доведе до негативних посљедица по његов бизнис. Н. Collins, V. Mantouvalou, „Redfearn v. UK: political association and dismissal“, стр.919.

¹¹⁰⁹ Н. Петрушић (ур.), *Приручник за борбу против дискриминације на раду*, стр.104.

¹¹¹⁰ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.642.

¹¹¹¹ *Ibid.*, стр.105.

¹¹¹² Забрањено је политичко организовање у државним органима, члан 54, став 1 Устава Црне Горе („Сл. лист ЦГ“, бр.01/07).

7.2.5. Религија и вјера (вјероисповјест)

Доживљај *религије, вјере и вјероисповјести* чини најинтимнији дио личности и приватности сваког човјека, па он, у складу са тим, одлучује у којој мјери ће манифестовати своја вјерска увјерења. Религија, као основ дискриминације, сматра се јединственом карактеристиком (личним својством) запосленог зато што се и не ради о карактеристици у правом смислу ријечи, већ о систему увјерења која су дубоко лична али која се могу мијењати током времена.¹¹¹³ Вјероисповјест је дио општих слобода које подразумијевају право на промјену вјере, право на испољавање вјере и увјерења, али никако не значе обавезу изјашњавања о својим вјерским увјерењима.¹¹¹⁴ Сузбијање дискриминације по овом основу од посебног је значаја у земљама са мултиконфесионалним становништвом, при чему се као жртве дискриминације јављају лица која немају иста вјерска увјерења као њихов послодавац.¹¹¹⁵ Религија и вјера спадају у традиционално веома распрострањене основе дискриминације на раду. Међутим, ови основи дискриминације се опет актуелизују и у порасту су посљедњих година, чему су највише допринјеле изражена економска неједнакост међу припадницима различитих религија, интензитет миграција и културни изазови које оне носе са собом, терористички акти и доношење безбједносних политика као одговора на такве акте.¹¹¹⁶ Све ово довело је и до бројних тензија на радном мјесту које свој корјен имају у вјери и религији.

Премда се Конвенцијом бр.158 предвиђа као недозвољен отказни разлог, *вјероисповјест*, у радном праву, доводи до бројних питања и дилема. Овдје се прије свега мисли на *право запосленог* да се, у одређеној мјери, услови рада прилагоде његовим вјерским потребама, али и на *право послодавца* да, изузетно, запосли

¹¹¹³ L. Guerin, J.D, *op. cit.*, стр.316.

¹¹¹⁴ Заштићена чланом 9, слобода мисли, савјести и вјероисповјести представља један од темеља демократског друштва у смислу Конвенције. У домену вјере то је један од најбитнијих елемената којим вјерници формирају свој идентитет и животни стил, али је то и за атеисте, агностике, скептике и вјерски неопредјељене драгоцјен дар. На њему почива плурализам, који се не може раздвојити од демократског друштва и до којег се тешком муком дошло током вијекова (*Kokkinakis v. Grčka*). *Ž. Ditertr, op. cit.*, стр.277.

¹¹¹⁵ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.130.

¹¹¹⁶ У 2002. години у Америци је број жалби (*Equal Employment Opportunity Commission*) због дискриминације на основу религије порастао за 20% и задржао тај ниво и у наредним годинама. *Equality at work: Tackling the challenges*, стр.33.

кандидата одговарајуће вјероисповјести, односно откаже уговор о раду запосленом који испољава вјерска увјерења на начин који може штетити интересима послодавца или када је то потребно ради заштите живота и здравља људи. У првом случају ради се о уважавању чињеница из приватног живота запосленог, док се у посљедњем случају ради о легитимном ограничењу права запосленог на приватност.

Када су вјерска убјеђења у сукобу са уговорним условима и условима запошљавања, треба установити да ли отпуштање које је посљедица таквог сукоба нужно представља мијешање у испољавање вјере.¹¹¹⁷ У том смислу, као деликатно, јавља се питање евентуалне обавезе послодавца да, у одређеној мјери, изврши разумно прилагођавање радног мјеста вјерским обичајима и потребама запосленог (нпр. пауза за молитву, поштовање вјерских празника, ношење одређених предмета итд.).¹¹¹⁸ За разлику од законске обавезе послодавца да одобри запосленом плаћено одсуство за вријеме вјерских празника, други видови прилагођавања вјерским потребама запосленог нису законом изричито прописани и о њима још увијек не постоји јединствен став у теорији. Прилагођавање вјерским обичајима и потребама, у сваком случају, треба бити разумно и не може ићи на штету легитимних интереса послодавца. У вези са овим се поставља и питање да ли се одбијање запосленог да изврши радне задатке, који по његовом мишљењу нису у складу са његовим вјерским увјерењима, сматра ваљаним разлогом за отказ уговора о раду.

У давању одговора на ово питање потребан је опрез, будући да није могуће на једнообразан начин рјешавати све ситуације које се јављају у пракси, те да коначан исход умногме зависи од околности конкретног случаја. Ипак, запажа се да Суд у Стразбуру стоји на становишту да се отпуштање запосленог због изостанка са посла усљед вјерских обичаја не може квалификовати као повреда

¹¹¹⁷ Наводни недостатак заштите увјерења подносиоцке представке од које је њен послодавац захтијевао да ради недјељом, не представља мијешање у њена увјерења, с обзиром на то да није отпуштена због својих увјерења, већ зато што није радила у одређене сате. К. Rid, *op. cit.*, стр.546.

¹¹¹⁸ Послодавац не може да одбије захтјев за разумним прилагођавањем радног мјеста и услова рада стварним вјерским потребама, осим ако би то захтијевало веће трошкове послодавца и оптеретило његово пословање. Мјере разумног прилагођавања могу да се састоје у измјенама распореда како би запослени могао да присуствује обредима, измијени уобичајеног облачање или обезбијеђивању паузе за молитву. L. Guerin, J.D., *op. cit.*, стр.317.

слободе вјероисповјести,¹¹¹⁹ па самим тим се не може сматрати неоправданим отказним разлогом. Ово, пак, значи да запослени врши повреду радних обавеза онда када самоиницијативно и без сагласности послодавца испољава своја вјерска увјерења на начин који наноси штету послодавцу (нпр. напушта радно мјесто без сагласности послодавца ради вршења вјерских обреда). За разлику од Европског суда за људска права, Касациони суд Француске условљава оправданост отказа због понашања запосленог које је повезано са његовом вјероисповјешћу – проузроковањем правог поремећаја у предузећу.¹¹²⁰ Овакво становиште чини се исправније са аспекта примарног циља радног права – равнотеже супростављених интереса радника и послодавца. Потребно је, отуда, успоставити одговарајући баланс између интереса послодавца за нормалним функционисањем предузећа и интереса запосленог да оствари (уставом) гарантовану слободу испољавања вјере.

Не треба заборавити ни то да се запосленом поред слободе вјероисповјести, гарантује и слобода мисли и савјести, те да свако има *право на приговор савјести*. Ово се прије свега односи на послове који подразумевају употребу оружја и на здравствене раднике. У том смислу, запослени може без страха од санкције да благовремено поднесе приговор савјести и да тражи изузимање од обављања одређених дужности ако се оне косе са његовим религијским увјерењима.¹¹²¹ Судови у принципу уважавају приговор савјести запосленог, с тим да дугогодишњи проблем представља разликовање *разумне савјести* која даје право запосленом да одбије извршавање одређених задатака и *неразумне савјести* која се сматра ирелевантном.¹¹²²

¹¹¹⁹ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.525.

¹¹²⁰ У том смислу би оправданим требало сматрати отказ који је послодавац дао месару зато што је, због вјерских обичаја, одбијао да обавља све радне задатке који су укључивали контакт запосленог са свињским месом. Француски Касациони су је нашао да је у овом случају, на страни послодавца постојао стварни и озбиљан разлог за отказ, јер је понашање запосленог било такво да је угрозило интересе, активност и добро функционисање предузећа. Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.526-527.

¹¹²¹ Ово је у складу са Препоруком Међународне организације рада број 157 о запошљавању и условима рада и живота здравствених радника (*Recommendation concerning employment and conditions of work and life of nursing personnel, 1977*), став 4, тачка 18.

¹¹²² Постоји сагласност о томе да се приговор савјести процјењује са аспекта запосленог, те да запослени у случају оправданог приговора има право да одбије да ради, а послодавац му је дужан понудити други одговарајући посао. Међутим, могућност послодавца да понуди други одговарајући посао зависи од величине послодавца и од нивоа образовања запосленог. У малим компанијама је често немогуће пронаћи други одговарајући посао. Отуда се запослени који одбије да обавља посао

На другој страни, вјероисповјест се може јавити као оправдан услов за заснивање радног односа или оправдан отказни разлог у вјерским организацијама, будући да рад у овим организацијама захтијева од запосленог да буде одан њеним вјерским увјерењима и учењима, односно да поступа у доброј вјери. Другим ријечима, код професионалних дјелатности у црквама и другим јавним или приватним организацијама, чији се систем вриједности темељи на вјери или увјерењу, различито поступање због вјере или увјерења одређене особе не представља дискриминацију у случају када, због природе тих дјелатности или околности у којима се обављају, вјера или увјерење одређене особе представљају стварни, легитиман и оправдан услов за обављање тог занимања.¹¹²³ Свим овим радним срединама заједничко је, наиме, то да су активности послодавца руковођене или инспирисане одређеним религијским и моралним концепцијама, што има за посљедицу да се повреде вјерских догма и моралних дужности редовно утврђују као случајеви непоштовања радне дисциплине због којих запослени може добити отказ.¹¹²⁴ Француска судска пракса је, отуда, утврдила да се не ради о дискриминацији код отпуштања професора на Протестантском факултету, који је изјавио да је изгубио вјеру, уз образложење да „његов задатак подразумијева да је запослени у заједници мишљења и вјере са својим послодавцем,¹¹²⁵ док је њемачки Савезни уставни суд закључио да оправдан разлог за отказ постоји и у случају отпуштања учитељице у католичкој вјерској школи која је имала сексуалну везу са једним монахом, као и васпитачице у протестантском вртићу која је припадала другој вјерској заједници – Универзалној цркви.¹¹²⁶

Постоје, међутим, разлози који, и мимо оваквих (вјерских) радних средина, оправдавају отказ уговора о раду због вјероисповјести. Тако, запослени чини повреду дисциплине понашања уколико у току рада са клијентима покушава да

истовремено суочава са ризиком отказа уговора о раду из економских разлога због немогућности да му се пронађе други посао. Weiss, V. Geck, *op. cit.*, стр.4.

¹¹²³ Не доводи се у питање право цркве и других јавних или приватних организација, чији се систем вриједности темељи на вјери или увјерењу и које дјелују у складу с националним уставом и законима, да од особа које запошљавају захтијевају рад у доброј вјери и оданост духу те организације, члан 4, став 3 Директиве 78/2000/ЕЗ.

¹¹²⁴ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.522.

¹¹²⁵ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.130.

¹¹²⁶ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.523.

шири своју вјероисповјест или да утиче на промјену вјере клијента.¹¹²⁷ Исто тако, припадници војске не могу да спроводе прозелитизам без обзира да ли то чине у односу на друге припаднике војске или цивиле (*Ларисис и други против Грчке*), будући да држава може, за своје оружане снаге, донијети дисциплинске прописе којима се забрањује овакво или онакво понашање (*Енгел и други против Холандије*).¹¹²⁸

Посебно питање у вези са испољавањем вјере на радном мјесту односи се на право запосленог да се облачи у складу са својим вјерским увјерењима, као и да носи вјерске симболе. У принципу, начин одјевања и изглед запосленог сматрају се дијелом његовог приватног живота о коме он самостално одлучује. Међутим, судска пракса показује да се непоступање по послодавчевим упутима у вези са облачењем може сматрати оправданим отказним разлогом. Ово посебно у дјелатностима у којима запослени у току обављања послова репрезентује самог послодавца или које подразумијевају директан контакт са клијентима. Примјетно је настојање послодаваца да развију корпоративну културу и да свој успјех темеље на укупном имиџу предузеће чији важан аспект свакако чине запослени и њихово одјевање. У овом случају, обавеза лојалности према послодавцу се манифестује на начин што се запослени поистовјећује са послодавцем и његовим стратешким циљевима, а што подразумијева и одговарајуће одјевање. Ово питање је, међутим, посебно актуелизовано посљедњих година у вези са ношењем исламског вела, тј. хиџаба у земљама у којима припадници исламске заједнице чине мањину, будући да у овом погледу постоје веома различите перцепције и неконзистентности у европским државама. Тако је, Савезни уставни суд Њемачке 2003. године пресудио у корист запослене – учитељице која је жељела да за вријеме рада носи исламску мараму, док је на другој страни, у најмање четири њемачке покрајине уведена забрана учитељицама да носе овакве мараме, а у једној покрајини се чак забрана односи на све државне службенике.¹¹²⁹

Потребно је, међутим, и у овом случају, трагати за *правом мјером интереса*, те, у том смислу, и оправданост отказа због начина одјевања, ношења вјерских

¹¹²⁷ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.130.

¹¹²⁸ Ž. Ditertr, *op. cit.*, стр.281, 285.

¹¹²⁹ *Equality at work: Tackling the challenges*, стр.34.

симбола или хиџаба цијенити у сваком конкретном случају. У којој мјери, дакле, послодавац може да утиче на начин одјевања запосленог зависи од врсте дјелатности, радног мјеста, традиције, али и од тога колико је спорно одјевање или ношење симбола наметљиво и колико реално штети интересима послодавца. Наравно, у складу са општим принципом ограничења људских права из разлога безбједности, у случају постојања оваквог разлога, послодавац може ограничити приватност запосленог путем ускраћивања могућности да своја вјерска увјерења испољава одјевањем и ношењем симбола. У складу са тим је Комисија за дискриминацију Аустрије утврдила да је оправдано забранити ношење мараме запосленој исламске вјероисповјести, која ради као кројачица у текстилној фабрици, будући да је забрана ношења мараме, у овом случају, узрокована разлозима безбједности и да представља саставни дио опште забране ношења широке одјеће јер је у пракси било случајева да механизам појединих машина ухвати мараму и повриједи запослену.¹¹³⁰

7.2.6. *Раса, боја коже, национално или етничко поријекло*

Раса, као лично својство запосленог, представља забрањен отказни разлог. Забрана дискриминације по овом основу предвиђена је свим домаћим и међународним правним актима а, историјски посматрано, представља једно од првих личних својстава у вези са којима се појавила дискриминација на раду. Према не спада у тзв. новије основе дискриминације, расна дискриминација још увијек прожима бројне радне средине.¹¹³¹ Посебно је заступљена у области запошљавања и плаћања.¹¹³² Проблем, међутим, представља то што није савим

¹¹³⁰ Н. Петрушић (ур.), *Приручник за борбу против дискриминације на раду*, стр.102.

¹¹³¹ Примјер прикривене расне дискриминације забиљежен је у неким државама САД-а, у којима су послодавци, зарад избјегавања запошљавања радника мексичког или азијског поријекла, предвиђали као посебан услов за заснивање радног односа минималну висину за рад на бензинским пумпама. Б. Лубарда, *Европско радно право*, стр.236.

¹¹³² Расна дискриминација наставља да буде упоран проблем. У неким земљама биљежи благ пад, док је у другим, усљед ратова и сукоба мотивисаних расним и етничким разликама, интензивирана. Расни стереотипи и даље не блиједе: у САД-у многи послодавци и даље црне раднике, посебно оне млађе доби, сматрају лијеним, непоштеним или насилним. У Великој Британији, црнци афричког поријекла имају највећу стопу незапослености и обављају најслабије плаћене послове. Њихова стопа незапослености је двоструко већа у односу на стопу незапослености бијелаца. *Equality at work: Tackling the challenges*, стр.26-27.

јасна садржина *појма расе*, односно која све својства овај појам обједињује. Према УН Конвенцији о укидању свих облика расне дискриминације, расна дискриминација подразумијева свако разликовање, искључивање, давање првенства које се заснива на раси, боји, прецима, националном или етничком поријеклу.¹¹³³

Раса, боја коже, национално или етничко поријекло, као недозвољени отказни разлози, уживају посебну заштиту, будући да представљају лична својства која се стичу рођењем и на која запослени не може да утиче. Тако, примјера ради, отказ уговора о раду запосленом обојене коже због кашњења на посао сматра ће се дискриминаторским, па самим тим и недозвољеним, уколико он докаже да запослени бијеле пути, такође, касне на посао.¹¹³⁴ У овом случају се сматра да је дошло до различитог третмана (енг. *disparat impact*), те да је уговор отказан на основу неваљаног отказног разлога. Међутим, као и код других личних својстава, могуће је замислити ситуације у којима би се отказ уговора о раду који је у вези са расом, бојом коже или етничком припадношћу сматрао оправданим. Разлози који евентуално оправдавају овакав отказ тичу се питања безбједности, при чему се као стваран разлог за отказ не јавља лично својство већ опасност која се у вези са тим својством може појавити на раду. Тако, примјера ради, послодавац не би могао да докаже да постоје разлози пословне нужности због којих би сви запослени достављачи пица морали бити обријани, укључујућу и оне који због црне пути пате од *PFB* (лат. *pseudofolliculitis barbae*) синдрома који бријање чини изузетно болним.¹¹³⁵ Прави се, дакле, разлика, између онога што је у пословном смислу *пожељно* од онога што је *неужно*, па, насупрот томе, разлози безбједности имају више изгледа да оправдају захтјеве ове врсте. Отуда би се исти захтјев послодавца могао сматрати оправданим у случају рада ватрогасаца, јер је то неопходно за њихову безбједност на раду, с обзиром на то да дуга брада онемогућава сигурно коришћење респиратора.¹¹³⁶

На крају, не треба заборавити ни *имовно стање* као важан дио приватног живота сваког појединца који никако не смије утицати на његову могућност да

¹¹³³ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.128-129.

¹¹³⁴ R. J. Gregory, *op. cit.*, стр.8.

¹¹³⁵ *Ibid.*, стр.11.

¹¹³⁶ *Ibid.*, стр.12.

заснује радни однос или да оствари права по основу рада, нити може представљати ваљан разлог за отказ уговора о раду. Постоји, међутим, један институт радног права код кога имовно стање запосленог може играти одређену улогу. У питању је потенцијално узимање имовног стања као (допунског) мјерила за селекцију (вишка) запослених за чијим ће радом престати потреба, а о чему ће бити више ријечи у наредном дијелу овог рада.

7.3. Чињенице из приватног живота запосленог као (допунска) мјерила за утврђивање вишка запослених

Радноправни институт колективног отпуштања има за циљ да изађе у сусрет легитимним пословним потребама послодавца. Примјењује се онда када код послодавца постоји потреба да се, из економских, технолошких, структуралних или организационих промјена, у одређеном временском периоду, отпусти већи број запослених.¹¹³⁷ Колективно отпуштање је услов за очување конкурентности, односно задржавање солвентности послодавца.¹¹³⁸ Узимајући у обзир озбиљне посљедице које колективно отпуштање носи са собом, законима се, по правилу, прописује посебна процедура коју послодавац мора испоштовати када отпушта

¹¹³⁷ Уколико послодавац утврди да ће због технолошких, економских и реструктуралних промјена у периоду од 30 дана доћи до престанка потребе за радом запослених на неодређено вријеме и то за најмање: 10 запослених код послодавца који има у радном односу више од 20, а мање од 100 запослених на неодређено вријеме; 10% запослених код послодавца који има у радном односу најмање 100, а највише 300 запослених на неодређено вријеме; 30 запослених код послодавца који има у радном односу преко 300 запослених на неодређено вријеме, дужан је да о томе одмах, писано обавијести синдикат, односно представнике запослених и Завод за запошљавање Црне Горе. Обавјештење је дужан да достави и послодавац који утврди да ће доћи до престанка потребе за радом најмање 20 запослених у периоду од 90 дана, без обзира на укупан број запослених, члан 92, став 1 и 2 Закона о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012 и 31/14). Директива 98/59/ЕЗ се примјењује на колективно отпуштање које се одвија у одређеном временском интервалу и које укључује одговарајући број радника. Колективни радни стандарди уважавају интересе послодавца, нарочито малих (који запошљавају до 20 радника) и нарочито у ситуацији када нема знатнијег броја запослених које послодавац намјерава да отпусти, јер је поступак колективног отпуштања веома неформалан. Директива се односи на колективно отпуштање у двије ситуације: а) ако у периоду од 90 дана, послодавац отпусти најмање 20 радника, независно од броја запослених; и б) ако у периоду од 30 дана, послодавац отпусти најмање 10 запослених у предузећу које редовно запошљава више од 20 а мање од 100, радника или најмање 10% броја радника у предузећу које редовно запошљава најмање 100, али не више од 300 радника или најмање 30 запослених у предузећу које запошљава редовно 300 или више радника. Б. Лубарда, *Европско радно право*, стр.291-293.

¹¹³⁸ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.556.

већи број запослених.¹¹³⁹ Ова процедура предвиђа да је отказ уговора о раду посљедње средство коме послодавац прибјегава, будући да је у обавези да претходно размотри све могућности које се односе на запошљавање лица за чијим ће радом престати потреба. У позитивном праву она, између осталог, подразумијева и обавезу послодавца да унапријед обавијести синдикат (или представнике запослених) о намјераваном отпуштању, како би цијели поступак био транспарентан и како би се негативни ефекти колективног отпуштања свели на што мању мјеру.

Мада је предвиђена обавеза послодавца да о планираном отпуштању прибави мишљење синдиката, није сасвим јасно да ли је, и у којој мјери, он у обавези да то мишљење уважи. За разлику од тога, Директива 98/59/ЕЗ о усклађивању радноправних система држава чланица у погледу колективног отпуштања предвиђа обавезу информисања и консултовања представника запослених о колективном отпуштању.¹¹⁴⁰ Информисање и консултовање се налази у самом срцу правила која уређују ову материју, а имају за циљ спрјечавање отпуштања и доношење правичне одлуке, одлуке која ће бити довољно легитимна да је прихвате и запослени и њихови представници.¹¹⁴¹ У том смислу би и прибављање мишљења од синдиката или другог представника запослених, као свој минимум, требало да претпоставља обавезу послодавца да га размотри у доброј вјери.

Дио консултација који посебно треба да допринесе једнаком третману на раду односи се на мјерила (критеријуме) за селекцију запослених за чијим ће радом престати потреба. Утврђивање предметних критеријума представља изузетно осјетљив задатак, будући да се избор запослених који ће бити отпуштени као

¹¹³⁹ Ова процедура укључује обавјештавање представника запослених и одговарајућег представника јавне власти, затим доношење програма мјера за рјешавање вишка запослених који нарочито садржи: разлоге престанка потребе за радом запослених; критеријуме за утврђивање запослених за чијим је радом престала потреба; укупан број запослених за чијим радом престаје потреба; број, квалификациону структуру, године старости и стаж осигурања запослених за чијим радом престаје потреба и послове које обављају; мјере за запошљавање (распоред на друге послове код истог послодавца у степену стручне спреме запосленог, распоред код другог послодавца у степену стручне спреме запосленог, уз његову сагласност, стручно оспособљавање, преквалификација или доквалификација за рад на друго радно мјесто код истог или другог послодавца) и друге мјере у складу са колективним уговором или уговором о раду.

¹¹⁴⁰ Directive 98/59/EC, on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies (*Official Journal of the European Communities*, L 225/16, 12/08/98).

¹¹⁴¹ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.419.

вишак може претворити у прикривени отказ из разлога везаних за способности или понашање запослених, ако критеријуми нису засновани на објективним елементима.¹¹⁴² Међу државама чланицама ЕУ постоје значајне разлике у погледу критеријума за селекцију вишка запослених јер им Директива 98/59 оставља дискрециону слободу у овом погледу. Ипак, постоје два принципа селекције која се примјењују у свим системима: забрана дискриминације у поступку селекције и заштита одређених категорија радника од колективног отпуштања, с тим да одлуке судова варирају у погледу оцјене ових принципа.¹¹⁴³

Мјерила за селекцију запослених за чијим ће радом престати потреба некада се уређују законом (Француска, Њемачка, Италија), а у великом броју случајева се утврђују колективним уговорима или у консултацијама са савјетом запослених (Белгија, Португалија, Шпанија, Литванија).¹¹⁴⁴ Могуће је, међутим, да ова мјерила буду одређена и једнострано, интерним актом послодавца. То, никако, не значи да послодавац има слободу да насумично, произвољно или арбитрарно доноси одлуку о томе ко чини вишак запослених. Према Препоруци МОП-а бр.166 мјерила за селекцију вишка запослених требају бити јасно утврђена унапријед, а према мишљењу Комитета експерата за примјену конвенција и препорука мјерила морају бити утврђена на објективној основи како би се избјегла и најмања могућност доношења арбитрарне одлуке.¹¹⁴⁵ У ситуацији када не постоји колективни уговор или када постојећи уговор не дефинише критеријуме за селекцију вишка запослених, мишљење синдиката посебно треба да буде уважено и, у овом случају, консултовање треба да се приближи колективном преговарању. Отуда, професор Лубарда с правом примјењује да учешће представника запослених има различит квалитет у зависности од питања која се разматрају, те да се у погледу разлога колективног отпуштања, по правилу, признаје право на информисање и консултовање, док се у погледу мјерила селекције запослених јавља преговарање.¹¹⁴⁶

¹¹⁴² *Ibid.*, стр.433.

¹¹⁴³ *ILO Report on Collective Dismissals: A comparative and contextual analysis of the law on collective redundancies in 13 European countries*, International Labour Office, Geneva, 2016, стр.75.

¹¹⁴⁴ *Ibid.*

¹¹⁴⁵ *Ibid.*, стр.43

¹¹⁴⁶ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.556.

Деликатност избора мјерила произилази и из чињенице да тај избор директно утиче на професионалну судбину запослених, али и из потребе да се нађе мјера задовољења легитимних, различитих и противрјечних интереса послодаваца и запослених, при чему се различити интереси јављају у оквиру самих запослених.¹¹⁴⁷ Процес селекције вишка запослених треба, дакле, да почива на балансу интереса запослених и потреба послодавца.¹¹⁴⁸ Посебно осјетљиво питање у вези са мјерилима селекције односи се на то колико оправдања постоји за примјену тзв. непрофесионалних (имовинско-социјалних) мјерила која се односе на приватни живот запосленог и која су по својој природи (потенцијално) дискриминишућа. У сваком случају, слобода у избору мјерила има своје границе, а приликом њиховог одабира и комбиновања треба имати у виду историјско-традиционални контекст и укоријењени систем вриједности државе.¹¹⁴⁹

Интерес послодавца да задржи најбоље и најспособније раднике учинио је да примарно мјерило за селекцију запослених за чијим ће радом престати потреба буду *резултати рада*. У питању је мјерило радно-професионалне природе чији начин утврђивања у пракси јако варира. Поред резултата рада могуће је узети у обзир и друге професионалне критеријуме као што су способност, вјештине, стручна спрема и радно искуство.¹¹⁵⁰ Често се ова мјерила селекције комбинују са још једним мјерилом - *радни стаж код послодавца*, будући да успјешно пословање у великој мјери зависи од оданости и привржености запослених компанији и послодавцу. Концепт комбиновања резултата рада и радног стажа у упоредном праву се још назива *систем старјешинства*, а карактерише га равнотежа између интереса послодавца да задржи квалитетне, квалификоване и лојалне раднике, на једној и интереса запослених да буду валоризовани њихови резултати рада у дужем

¹¹⁴⁷ *Ibid.*, стр.564.

¹¹⁴⁸ *ILO Report on Collective Dismissals: A comparative and contextual analysis of the law on collective redundancies in 13 European countries*, стр.44.

¹¹⁴⁹ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.565.

¹¹⁵⁰ У Великој Британији основна мјерила за селекцију запослених односе се на вјештине, квалификације, способности, начин рада, понашање запосленог. У Словенији се примарно узимају у обзир критеријуми као што су образовање, вјештине, способности, квалификације, резултати рада, радно искуство. *ILO Report on Collective Dismissals: A comparative and contextual analysis of the law on collective redundancies in 13 European countries*, стр.81,83.

периоду, на другој страни.¹¹⁵¹ У упоредном, али и домаћем, праву најзаступљенији је, између осталог, и због тога што је најједноставнији за примјену.¹¹⁵²

Премда мјерила за селекцију вишка запослених, у бити, не би требала бити дискриминишућа, у жељи да радно право учине хуманијим и праведнијим, социјални партнери се често одлучују да у њих укључе и одређена лична својства запосленог као што су *имовно стање, здравствено стање, број дјеце на школовању, број издржаваних чланова домаћинства, број чланова домаћинства који остварују зараду, старосна доб, инвалидитет и др.* Примјена ових мјерила у поступку селекције вишка запослених базира се на идеји о томе да колективно отпуштање које тешко погађа већи број лица и њихових породица треба учинити, у мјери у којој је то могуће, социјално праведним, али и да овај поступак треба да буде прожет хуманошћу и солидарношћу. Ово значи да запосленима лошијег имовног стања треба пружити више заштите, јер се претпоставља да се посљедице колективног отпуштања лакше могу превладати када су запослени бољег имовног стања.¹¹⁵³ Међутим, ова ванпрофесионална мјерила у теорији радног права изазивају бројне недоумице јер се косе са основним принципом о забрани разликовања запослених на основу њихових личних својстава. Слобода дефинисања личних својстава као мјерила за селекцију вишка запослених није неограничена, па се као мјерила не могу узети она својства која немају имовинско-социјални карактер као што су, примјера ради, пол, раса, национална припадност и сл.¹¹⁵⁴

Мјерила имовинско-социјалне природе проблематична су и са аспекта *заштите приватности*, будући да, у случају њихове примјене, запослени мора

¹¹⁵¹ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.567.

¹¹⁵² Примјера ради, у Шведској су Законом о заштити запослења (*The Employment Protection Act*) као основна мјерила селекције вишка запослених предвиђени способност за рад и сениоритет. Ово друго мјерило се изражава кроз принцип „задњи унутра, први напоље“ („*last in, first out*“), због чега се вишком прво проглашавају они запослени који су посљедњи засновали радни однос код послодавца. *ILO Report on Collective Dismissals: A comparative and contextual analysis of the law on collective redundancies in 13 European countries*, стр.82.

¹¹⁵³ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу* стр.568.

¹¹⁵⁴ Могло би се поставити питање оправданости одредбе Колективног уговора за дјелатност туризма и угоститељства („Сл. лист ЦГ“, бр.29/11) која, мада примарно од колективног отпуштања штити запослене с обзиром на радни стаж, различито га вриједнује у зависности од пола тј. од тога да ли се ради о запосленом или запосленој. Према овој одредби, не могу се прогласити вишком запослени са преко 30 година радног стажа, односно запослена са преко 25 година стажа уколико нису стекли право на пензију по било ком законском основу, члан 30.

узнати послодавца са бројним чињеницама из свог приватног живота. Он то чини на основу увјерења и докумената која издају надлежни државни органи, а што са собом носи и додатан ризик да ови документи садрже више података од онога што је заиста неопходно за остваривање права у поступку колективног отпуштања. Са овим је скопчан и ризик обраде и чувања таквих (личних) података, с обзиром на то да они могу послужити као основ каснијег недозвољеног разликовања међу запосленима и нарушити њихово достојанство. Спорно је и то што се мјерила социјално-имовинске природе не односе само на запосленог, већ залазе и у приватност чланова његове породице или домаћинства (нпр. подаци о школовању, о заради итд.). Захтјев за транспарентном примјеном мјерила селекције подразумијева и то да ће лични подаци о запосленом бити доступни и трећим лицима, односно другим запосленима, посебно онда када они сматрају да нису исправно ранжирани у поступку селекције вишка запослених. Овдје би се свакако могло говорити и о недостатку евентуалних гаранција које запослени треба да ужива у поступку селекције вишка запослених, у случају да одбије да пружи податке о свом приватном животу. Исправна примјена имовинско-социјалних критеријума може бити проблематична у пракси посебно у великим компанијама у којима је потребно упоредити имовинско-социјални статус великог броја радника.¹¹⁵⁵

Упоредо са примјеном мјерила имовинско-социјалне природе прописује се и посебна заштита одређених категорија запослених с обзиром на њихова лична својства и приватни живот (инвалидност, старост, породичне дужности или одређене активности), па, отуда, ова лица не могу бити проглашена вишком у поступку колективног отпуштања. Циљ је заштита теже запошљивих лица (старијих радника и лица са инвалидитетом) која имају мале шансе да се, након што буду проглашена вишком, опет запосле било због старости, било због инвалидности, а која, још увијек нису стекла право на пензију, као и оних лица чије

¹¹⁵⁵ Њемачко право посебно узима у обзир године живота, алиментационе обавезе запосленог и инвалидитет. Ово међутим, ствара бројне тешкоће послодавцима с обзиром на то да закон не даје детаљније инструкције о начину примјене ових критеријума и да судије имају широка дискрециона овлашћења у тумачењу њихове примјене. Е. Ј. Јахн, „Do firms obey the law when they fire workers? – Social criteria and severance payments in Germany“, *Discussion Papers - Paper No. 22*, Labor and Socio-Economic Research Center, University of Erlangen – Nuremberg, 2008, стр.6.

породичне прилике њихово запослење чине нужно потребним (труднице, запослене на породилском одсуству, родитељи дјеце млађе од три године, самохрани родитељи).

Тако, у хрватском радном праву, послодавац може отказати уговор о раду раднику старијем од 60 година само уз претходну сагласност радничког вијећа,¹¹⁵⁶ док у пољском радном праву, послодавац не може отказати уговор о раду запосленом који до остваривања старосног услова за одлазак у пензију нема више од четири године.¹¹⁵⁷ У словеначком радном праву, послодавац не може без писаног споразума раскинути уговор о раду раднику који је навршио 58 година живота или раднику коме је до испуњења услова за одлазак у старосну пензију остало мање од пет година.¹¹⁵⁸ Посебно се уважава лична и породична ситуација запосленог родитеља који ради половину пуног радног времена због њега дјетета с тежим сметњама у развоју и самохраног родитеља који има дијете до седам година живота или дијете са тешким инвалидитетом, будући да се они не могу прогласити лицима за чијим радом престаје потреба.¹¹⁵⁹ Овим категоријама се обавезно придружују раднички представници и синдикални представници који, такође, не могу бити проглашени запосленима за чијим радом престаје потреба. У домаћем позитивном праву, припадници старије животне доби, лица са инвалидитетом и запослене за вријеме трудноће не уживају заштиту од колективног отпуштања, па би *de lege ferenda* биле пожељне одговарајуће законске измјене.

Премда је извјесно да мјерила имовинско-социјалне природе играју мању или већу улогу у проступку селекције вишка запослених у многим упоредним правима, поставља се питање како повући границу између социјално праведне, на једној и дискриминишуће селекције вишка запослених, на другој страни.¹¹⁶⁰ Излаз из ове ситуације налази се у могућем комбиновању мјерила професионалне и

¹¹⁵⁶ Члан 151 Закона о раду Хрватске (*НН 93/14*).

¹¹⁵⁷ Polish Labour Code (z dnia 23 grudnia 1997 r., Dz.U. tłum. gb 1998 Nr 21, poz. 94).

¹¹⁵⁸ Закон о деловних размерјих („Урадни л. РС“, шт. 42/02 з дне 15.5.2002).

¹¹⁵⁹ Члан 108, став 5 Закона о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012 и 31/14).

¹¹⁶⁰ У француском праву, законом су предвиђена четири кључна мјерила за селекцију вишка запослених. Поред стручних квалификација и стажа запосленог, узимају се још у обзир породичне обавезе (посебно када су у питању самохрани родитељи) и својства запосленог која отежавају његово поновно запослење (старост, инвалидитет). Социјални партнери могу овим додати и друге критеријуме. *ILO Report on Collective Dismissals: A comparative and contextual analysis of the law on collective redundancies in 13 European countries*, стр.77.

ванпрофесионалне природе, с тим да се предност никако не може дати овим посљедњим. Напротив, социјална мјерила исправно је примјенити само као коректив, односно као допуну примарних (професионалних) мјерила, у ситуацији када запослени остварују исте резултате рада. Потребно је успоставити одговарајући баланс између професионалних и ванпрофесионалних мјерила како би се очували интереси радника и послодаваца и како би се заштитила приватност запослених.

Ипак, мишљења смо да се социјална мјерила не могу примјенити на основу једностране одлуке послодавца. Њихова примјена може бити предвиђена законом или сагласношћу воља социјалних партнера, онда када закључе да у одговарајућем социјално-економском амбијенту примјена ових мјерила има своје оправдање, а у контексту конкретних прилика које постоје у једној земљи. За разлику од социјалистичког радног права које је далеко више уважавало имовинске и породичне прилике запослених, а што се задржало и доношењем Закона о основама радних односа из 1996.године, у домаћем позитивном праву социјално-економска мјерила немају значајнију примјену. Закон о раду Црне Горе и Општи колективни уговор за Црну Гору не уређују мјерила за селекцију вишка запослених. Штавише, колективни уговори на нивоу гране (дјелатности) у највећем броју случајева не дефинишу ова мјерила. И онда када то чине, не остављају простора за примјену имовинско-социјалних критеријума, већ предвиђају да се селекција запослених за чијим ће радом престати потреба врши на основу резултата рада који се, међутим, широко схватају. Они укључују квалитет обављања посла и допринос раду, с тим да се код утврђивања доприноса раду, између осталог, узима у обзир и радно искуство запосленог код истог послодавца.¹¹⁶¹

Законом се предвиђа и то да критеријуми за селекцију запослених за чијим ће радом престати потреба, не могу бити у супротности са одредбама закона које

¹¹⁶¹ Послодавац, приликом утврђивања вишка запослених, оцјењује резултате рада запослених, остварене за период од три претходне године, по основу: 1. квалитета обављеног посла, 2. доприноса у раду. Квалитет обављеног посла запосленог утврђује се на основу резултата у раду, узимајући у обзир стручно, квалитетно и благовремено извршавање радних задатака, самосталност и креативност у раду, степен коришћења радног времена, радне дисциплине, односно односа запосленог према раду. Допринос у раду запосленог утврђује се на основу остварених резултата у раду, година радног искуства, остваривања плана рада, оцјене резултата рада запосленог од непосредног руководиоца. Грански колективни уговор („Сл. лист ЦГ“, бр. 11/2012) за здравствену дјелатност, члан 35.

се односе на забрану дискриминације запослених, па се, отуда, поставља питање да ли ова забрана спада у домен апсолутног јавног поретка и да ли онемогућава социјалне партнере да уговарају мјерила имовинско-социјалне природе. Треба додати и то да, без обзира на социјалну оправданост и допунски карактер ових мјерила, њихова примјена остаје дискутабилна са аспекта заштите приватног живота запосленог, али и пословних интереса послодавца, те да би се могло поставити питање уставности и законитости аката који лична својства предвиђају као мјерила селекције вишка запослених.

8. Право запосленог на приватност и дисциплинска одговорност

8.1. Општа разматрања

Захваљујући подређеном положају радника у радном односу послодавац, поред управљачких и нормативних, има и дисциплинска овлашћења у односу на запослене. Ова овлашћења резултат су потребе да се на радном, као и на сваком другом, мјесту осигура поштовање одређених правила понашања, а све у циљу несметаног функционисања процеса рада. Ово из разлога што је радна дисциплина дио укупне друштвене дисциплине и представља императив сваког организованог процеса рада без обзира на друштвено-економски систем.¹¹⁶² Под дисциплинским овлашћењем се, отуда, подразумева право послодавца да утврди дисциплинску одговорност запосленог због повреде радне обавезе и да му, у складу са тим, изрекне одговарајућу дисциплинску санкцију.

Дисциплинска овлашћења послодавца, међутим, нису неограничена. Ограничења, у првом реду, произилазе из чињенице да послодавац одговорност запосленог утврђује у одговарајућем поступку и уз поштовање одговарајућих процесних гаранција (нпр. право на одбрану), те да му на располагању стоје само законом предвиђене дисциплинске санкције. Од значаја је и то што запослени одговара само за повреду радне обавезе која је у вријеме извршења била утврђена законом, општим актом или другим актом.¹¹⁶³ Ипак, за заштиту запослених од

¹¹⁶² Г. Обрадовић, С. Ковачевић-Перић, *Дисциплинска одговорност запослених*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2016, стр.2.

¹¹⁶³ Г. Обрадовић, С. Ковачевић-Перић, *op. cit.*, стр.33.

самовоље послодавца од највећег значаја је то што их послодавац може дисциплински кажњавати само „у мјери у којој је то неопходно да би се заштитили интереси одређене радне средине и обезбиједила добробит свих њених чланова (укључујући запослене).“¹¹⁶⁴ Ништа мањи значај нема ни чињеница да запослени може повриједити радну обавезу само на радном мјесту и у радно вријеме, односно у вези са радом. Но, без обзира на то што „чињенице из приватног живота запосленог не могу бити оправдан разлог за престанак радног односа“¹¹⁶⁵ и што „запослени ужива дисциплински имунитет у погледу чињеница из свог приватног живота,“¹¹⁶⁶ усљед промјена које доноси савремени начин живота и рада и немогућности потпуног раздвајања приватног и професионалног живота запосленог, ово посљедње огрницење се у пракси релативизује, па се, у складу са тим, под одређеним условима, може одступити од правила да запослени одговара само за повреду радних обавеза које су се догодиле у оквиру радног времена и мјеста рада.

Све ово налаже обавезу да се посебно расвијетли право послодавца да, у одређеним ситуацијама, изрекне најтежу дисциплинску санкцију, односно откаже уговор о раду запосленом због понашања ван радног времена и ван мјеста рада. Процјена оправданости (законитости) оваквог отказа зависи од *утицаја, односно штете коју послодавац трпи* усљед одређеног понашања запосленог, али и од *правне одређености повреде радне обавезе,*¹¹⁶⁷ чије утврђивање, пак, када је у питању понашање запосленог у приватном животу, представља прави изазов. Треба, међутим, имати на уму да овај изузетак не дира у правило да чињеница из приватног живота, сама по себи, не представља разлог за отказ, будући да стварни разлог отказа у одређеном случају није сама чињеница, већ поремећај који она узрокује о одређеној радној средини.¹¹⁶⁸

Послодавац, међутим, има шира овлашћења у погледу контролисања приватног живота запосленог на радном мјесту и у радно вријеме, због чега су, у овом случају, и његова дисциплинска овлашћења неспорна. У складу са тим,

¹¹⁶⁴ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.352.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*, стр.367.

¹¹⁶⁶ *Ibid.*

¹¹⁶⁷ *Ibid.*, стр.369.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*, стр.368.

послодавац може утврдити дисциплинску одговорност и отказати уговор о раду запосленом који користи средства за рад у приватне сврхе и запосленом који у току радног времена обавља приватне разговоре или на други начин користи радно вријеме у приватне сврхе. Као услов утврђивања одговорности запосленог у овог случају јавља се претходна правна одређеност повреде радне обавезе (*начело транспарентности*) и утврђивање одговорности запосленог у дисциплинском поступку,¹¹⁶⁹ а одређени значај има и мјерило *штете коју послодавац трпи усљед одређеног понашања запосленог*. Но, као изазов за судску праксу и теорију остаје питање како повући јасну границу између дисциплинских *овлашћења* послодавца на радном мјесту и *начина* на који се она врше, а који може бити такав да сурово вријеђа приватни живот запосленог.

8.2. Отказ уговора о раду због понашања запосленог ван радног времена и ван мјеста рада

Радно вријеме одувijek је представљало важан услов рада који није само у функцији заштите здравља и безбједности на раду, већ од кога зависи и укупан квалитет живота запосленог. Историјски гледано, прве активности радничких покрета биле су усмјерене управо на скраћивање (ограничавање) радног времена, у најмери да се обезбиједи одговарајуће *слободно вријеме* током кога би се запослени посветили приватним активностима.¹¹⁷⁰ Радно вријеме, дакле, представља основну, мада не и једину, линију раздвајања приватног и професионалног живота запосленог и у функцији је заштите његовог приватног и породичног живота. Оно, заједно са институтом минималне зараде, омогућава јаснију дистинкцију између

¹¹⁶⁹ Премада је тужени (послодавац) предвидио да кршење одређених правила понашања у току радног времена представља повреду радне обавезе (забрана обављања приватних разговора и коришћења мобилних телефона на радном мјесту и у току радног времена) због које запослени дисциплински одговара, по оцјени суда побијано рјешење о отказу уговора о раду је незаконито, јер тужени одговорност тужиоца због повреде радне обавезе није утврдио у дисциплинском поступку. Пресуда врховног Суда Црне Горе, Рев. бр.451/14 од 03.06.2014.године.

¹¹⁷⁰ О значају радног времена као услова рада најбоље свједочи податак да је Међународна организација рада, одмах након оснивања, на првом засједању Опште конференције рада усвојила Конвенцију број 1 о 48-часовној радној недјељи, односно осмочасовном радном дану у индустрији (*Hours of Work Industry Convention*), чиме је послала јасну поруку државама чланицама о томе да радно вријеме мора бити ограничено на начин да омогућава запосленом да има довољно слободног времена. Касније је 1935.године усвојена Конвенција број 47 о 40-часовној радној недјељи (*Forty-Hour Week Convention*).

понашања на раду и изван рада, будући да, по правилу, послодавац плаћа запосленог за рад у току радног времена.¹¹⁷¹ Отуда би ограничавање активности запосленог у слободно вријеме, послодавац морао додатно да плати.¹¹⁷² Ово је у складу са идејом о достојанственим условима рада и осмочасовном дневном радном времену које омогућава запосленом да поред одмора, располаже и временом за слободне активности.¹¹⁷³ Ово даље значи да су и послодавчева овлашћења у односу на запосленог, у највећој мјери, омеђена радним временом, па запослени, у принципу, у слободно вријеме не подлијеже власти послодавца.¹¹⁷⁴ Могло би се, дакле, закључити да запослени има пуну слободу да сво вријеме, изван радног, проводи на начин на који жели, без страха да то може утицати на његов радноправни статус. Очекивати од запосленог да се уздржи од одређених активности у слободно вријеме било би штетно за његову слободу.¹¹⁷⁵ Заштита слободног времена повећава квалитет приватног живота али истовремено доприноси јаснијој подјели и балансу приватног и професионалног живота запосленог (енг. *work/life balance*).¹¹⁷⁶

Јасна подјела између радног и слободног времена, те подређености и неподређености радника послодавцу није, међутим, могућа. Уговор о раду, наиме, не престаје да важи оног момента када се оконча радно вријеме, тако да поједине обавезе запосленог и послодавца и даље битишу. Овдје се прије свега мисли на њихову обавезу узајамног повјерења као и обавезу оданости и лојалности

¹¹⁷¹ A. Sanders, „The law of unfair dismissal and behaviour outside work“, *Legal Studies*, vol.34, број 2, 2014, стр.333.

¹¹⁷² У водећем случају *Landeshauptstadt Kiel v. Jaeger*, Европски суд правде констатује да је слободно вријеме оно вријеме током кога запослени нема било какве обавезе према послодавцу које га могу спријечити да слободно и без ометања остварује своје интересе. A. Sanders, *op. cit.*, стр.333,334.

¹¹⁷³ У низу европских земаља, посебно у оквиру ЕУ, предвиђа се крајем XX вијека 35-часовно трајање радне недјеље. Тенденцији скраћивања радног времена поред законског интервенционизма, битно су допринјели аутономни извори радног права – колективни уговори о раду. У британском праву, захваљујући традицији „добровољности“, сем у погледу радног времена одређених категорија радника, трајање радног времена је предмет гранских колективних уговора о раду. Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.469-470.

¹¹⁷⁴ Радно вријеме представља инструмент за дефинисање подручја правне субординације, односно за успостављање граница изван којих послодавац не може да врши своја овлашћења. Ово отвара питање да ли послодавац може да врши своја овлашћења само за вријеме радног времена. Начелан одговор на ово питање био би позитиван, будући да власт послодавца, по правилу, „не напушта зидове предузећа“. Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, стр.283, 286.

¹¹⁷⁵ V. Mantouvalou, „Human rights and unfair dismissal: private act in public spaces“, *Modern Law Review*, vol.7, број 6, 2008, стр.927.

¹¹⁷⁶ *Ibid.*

запосленог према послодавцу. Обавеза лојалности подразумијева поступање у најбољем интересу послодавца, укључујући на одређени начин и оданост послодавцу и ван мјеста рада, односно у току слободног времена.¹¹⁷⁷ Она може подразумијевати, између осталог, и то да запослени не може својим недоличним понашањем или иступима у јавности наносити штету легитимним интересима послодавца. Ипак, уговорне обавезе се доминантно односе на извршавање радних задатака и никако не подразумијевају општу дужност запосленог да свој живот живи у складу са моралним или другим схватањима послодавца.¹¹⁷⁸ За разлику од посебног режима радних односа гдје је обавеза лојалности државног службеника према држави као послодавцу јасно дефинисана, у општем режиму радних односа се подразумијева постојање ове обавезе, мада није јасно у којој мјери она може да утиче на активности запосленог у слободно вријеме (енг. *off-work activity*). Колико снажно ће бити изражена обавеза лојалности зависи и од природе послодавца и његове дјелатности. Вјерске заједнице, примјера ради, због своје аутономије могу захтијевати већи степен лојалности од оних који раде за њих или их представљају.¹¹⁷⁹

Питање *отказа* уговора о раду због понашања запосленог ван радног времена и ван мјеста рада отвара нека од најсложенијих питања заштите приватности запосленог. Ово из разлога што запослени вјерују да послодавац има врло мало или нимало легитимних разлога да буде упознат или да контролише њихове активности изван рада, док послодавци, насупрот томе, сматрају да ове активности могу да се негативно одразе на радно мјесто, те да у том случају, послодавац има могућност да на њих утиче.¹¹⁸⁰ Данас је, међутим, послодавцу много лакше да буде упућен у слободно вријеме запосленог јер управо запослени путем друштвених мрежа износе пуно детаља о себи.¹¹⁸¹ Проблематику додатно компликује и то што се отказивање уговора о раду због понашања у слободно вријеме коси са принципом неповриједивости и неприкосновености основних људских права, због чега је потребно, у сваком конкретном случају, пажљиво

¹¹⁷⁷ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.630.

¹¹⁷⁸ V. Mantouvalou, „Human rights and unfair dismissal: private act in public spaces“, стр.925.

¹¹⁷⁹ *Fernández Martínez v. Spain*, Judgment of 12 June 2014, no.56030/07.

¹¹⁸⁰ P. R. Smith, A. C. Hodged, S. J. Stabile, R. Gely, *op. cit.*, стр.117.

¹¹⁸¹ A. Sanders, *op. cit.*, стр.332.

промислити да ли је оправдано ограничити право запосленог на приватност, као уставом зајемчено право, те да ли постоји неки други начин за задовољење интереса послодавца.

У случајевима отказа уговора о раду који укључују питања људских права, правила о отказу се морају интерпретирати на адекватан начин како би се пружила посебна заштита основним права.¹¹⁸² Судови, отуда, у процјени оправданости отказа који је мотивисан активностима запосленог у слободно вријеме не полазе само од послодавчевих интереса, већ узимају у обзир потребу заштите људских права запосленог, водећи рачуна о сразмјерности мјера које послодавац предузима.¹¹⁸³ Нису, међутим, пракса и легислатива биле одувијек наклоњене заштити људских права на раду. Дуго времена, све до доношења Европске конвенције о људским правима запослени нису уживали висок степен заштите од отказа који се темељи на њиховом понашању у слободно вријеме. Ово посебно у земљама *common law* система, којима се и данас замјера то што не посвећују довољно пажње праву запосленог на приватност у контексту отказа.¹¹⁸⁴

Полазну основу за разматрање овог питања свакако треба да чини општи принцип заштите приватног живота запосленог по коме „послодавац не може *a priori* интервенисати у приватни живот запосленог изван мјеста рада и радног времена, нити, уопштено узевши, може чињенице из приватног живота користити као основ дисциплинског кажњавања“.¹¹⁸⁵ Понашање ван рада, дакле, улази у сферу приватности и не може представљати повреду дисциплине понашања,¹¹⁸⁶ због чега је и настало правило о „дисциплинском имунитету“ чињеница из

¹¹⁸² L. Vickers, „Unfair dismissal and human rights“, *Industrial Law Journal*, vol.33, број, 2004, стр.53.

¹¹⁸³ *Ibid.*

¹¹⁸⁴ Очигледно је да запослени нису имали пуно успјеха у оспоравању легитимности отказа због понашања које се може класификовати као приватна активност. Тако у Великој Британији је, примјера ради, послодавац запосленој у супермаркету отказао уговор о раду због прељубе која се сматрала супротном политици компаније (*Spiller v. Wallis Ltd.*), док је у другом случају запосленом отказан уговор о раду због његове сексуалности (*Saunders v. Scottish National Camps Association*). У свим овим случајевима суд је означио отказе као дозвољене и као фер праксу. V. Mantouvalou, „Human rights and unfair dismissal: private act in public spaces“, стр.915. Број оваквих отказа је у порасту и у САД-у. Најчешће је усмјерен на запослене који пуше у слободно вријеме, али има случајева и да се запосленима отказује уговор о раду због бављења мотоциклизмом или конзумирања алкохола у слободно вријеме. Све чешћи су и откази због коментара које запослени у слободно вријеме постављају на одређеним *web* адресама. A. Sanders, *op. cit.*, стр.332.

¹¹⁸⁵ J.-E. Ray, J. Rojot, „Worker privacy in France“, стр.4.

¹¹⁸⁶ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.643.

приватног живота запосленог.¹¹⁸⁷ Притом, не треба заборавити да се, у сврху разматрања овог питања, појам приватности схвата веома широко и да „није ограничен на унутрашњи циклус у којем појединац може да живи лични живот онако како изабере, него је још више проширен и у одређеном степену се састоји од права да се стварају и развијају односи са другим људским бићима и са спољним свијетом“.¹¹⁸⁸

Појам приватности тијесно је везан и преклапа се са правом на породични живот, дом и преписку, због чега постоји потреба да се, мада изблијеђела, ипак сачува граница између приватног и професионалног живота, односно граница између времена током кога се од запосленог може очекивати одређено понашање и времена током кога запослени ужива пуну слободу у погледу свог понашања. Послодавац не може, примјера ради, захтијевати од запосленог „да се у слободно вријеме не бави тзв. екстремним спортовима у намјери да умањи могућност коришћења одсуства са рада због повреде,¹¹⁸⁹ или „да у слободно вријеме купује или користи производе послодавца,¹¹⁹⁰ нити му може отказати уговор о раду „због ступања у емотивну везу са запосленом/им из конкурентне компаније,¹¹⁹¹ или „због пушења у слободно вријеме“.¹¹⁹² Неоправданим отказом сматраће се сваки отказ који је мотивисан „дозвољеном активношћу у слободно вријеме за коју запослени не прима надокнаду, укључујући, али се не ограничавајући на, спортске активности, игре, хобије, читање, гледање филмова и других материјала, емотивне

¹¹⁸⁷ Више о овом правилу види у: Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, стр.534-538.

¹¹⁸⁸ K. Rid, *op. cit.*, стр.513.

¹¹⁸⁹ Уговорна одредба која предвиђа забрану учествовања у опасним спортовима се сматра забрањеном. Обавеза лојалности није довољна да ограничи могућност запосленог да учествује у оваквим активностима. На овај начин се штити и право на слободан развој личности. M. Weiss, B. Geck, *op. cit.*, стр.7.

¹¹⁹⁰ Од овог правила је могуће направити изузетке онда када се одређени производи купују у намјери да се смишљено испровоцира или нападне послодавац у јавности. M. Weiss, B. Geck, *op. cit.*, стр.7.

¹¹⁹¹ У случају *Rulon-Miller v. Int'l Business Machines Corp.*, амерички Апелациони суд је истакао да емотивна веза са запосленим из конкурентске компаније не треба да буде предмет интересовања послодавца. P. R. Smith, A. C. Hodged, S. J. Stabile, R. Gely, *op. cit.*, стр.119-120.

¹¹⁹² У Америци су у одбрану права запослених да у слободно вријеме конзумирају дуванске производе стале дуванске компаније. Под утицајем ових компанија у већини америчких држава донијети су посебни закони којима се штити право на одговарајући стил (приватног) живота, укључујући и право на све законите активности у слободно вријеме. P. R. Smith, A. C. Hodged, S. J. Stabile, R. Gely, *op. cit.*, стр.121.

везе или употребу било којих дозвољених средстава.¹¹⁹³ Неће, међутим, свака недозвољена активност у слободно вријеме аутоматски оправдати отказ уговора о раду, баш као што га, под одређеним околностима, може оправдати понашање запосленог које није, само по себи, забрањено, односно недозвољено али које се може оцијенити као недолично или неприхватљиво из угла послодавца.

У готово свим правним системима су дозвољени изузеци од овог општег правила (о дисциплинском имунитету чињеница из приватног живота) али се они разликују по томе колико се рестриктивно тумаче.¹¹⁹⁴ Тако, за разлику од Јапана у коме се понашање изван рада може релативно лако окарактерисати као повреда радне дисциплине, у Француској се, примјера ради, то чини опрезно и ријетко.¹¹⁹⁵ Од општег принципа по коме активности запосленог у слободно вријеме не могу бити разлог дисциплинског кажњавања и отказа угора о раду, може се одступити онда када „понашање запосленог има *очигледан негативни утицај на предузеће*“,¹¹⁹⁶ или када понашање запосленог, „узимајући у обзир послове које обавља и циљеве које предузеће треба да оствари, доводи до *очигледних неприлика за послодавца*“.¹¹⁹⁷ У питању је, дакле, некомпатибилност понашања запосленог у слободно вријеме са његовим професионалним дужностима, односно „директан сукоб таквог понашања са есенцијалним пословним интересима предузећа“.¹¹⁹⁸

Уопштено узевши, разлози који евентуално оправдавају отказ уговора о раду тичу се утицаја који понашање запосленог изван рада има на економску ефикасност предузећа и његову пословну репутацију, затим на јавну безбједност, те права и слободе других.¹¹⁹⁹ Потребно је, дакле, да постоји „директан утицај ових

¹¹⁹³ Овакве одредбе су садржане у законима држава *New York, Nevada, Colorado* и др. Заштитне одредбе се, међутим, не примјењују уколико понашање запосленог у слободно вријеме значајније утиче на начин обављања посла или ако доводи у питање безбједност радника или ако је у директном конфликту са интересима послодавца или уговорним обавезама. P. R. Smith, A. C. Hodged, S. J. Stabile, R. Gely, *op. cit.*, стр.121.

¹¹⁹⁴ M. E. Banderet, „Discipline at the workplace: a comparative study of law and practice – the sources and substance of disciplinary law“, *International Labour Review*, vol.123, број 3, 1986, стр.268.

¹¹⁹⁵ *Ibid.*

¹¹⁹⁶ Тако, према мишљењу Касационог суда Француске, оправдан је отказ уговора о раду раднику обезбјеђења запосленом у компанији која пружа услуге обезбјеђења који је ухапшен због крађе у слободно вријеме у истој радњи у којој је радио као обезбјеђење. J.-E. Ray, J. Rojot, „Worker privacy in France“, стр.4.

¹¹⁹⁷ *Ibid.*

¹¹⁹⁸ P. R. Smith, A. C. Hodged, S. J. Stabile, R. Gely, *op. cit.*, стр.122.

¹¹⁹⁹ V. Mantouvalou, „Human rights and unfair dismissal: private act in public spaces“, стр.931.

активности или бар велика вјероватноћа директног утицаја,¹²⁰⁰ па се отказ уговора о раду не може, како је то истакао и Касациони суд Француске, правдати простим губитком повјерења које је послодавац имао у запосленог.¹²⁰¹ У свим овим случајевима основ отказа није (само по себи) понашање запосленог у слободно вријеме, већ посљедице (поремећај, опасност) које оно носи са собом. У питању је поремећај у предузећу због којег послодавац може да претрпи штету (нпр. финансијске губитке, губитак клијената, нарушавање угледа, поремећај колегијалних односа који онемогућава или отежава рад запослених).¹²⁰² Када процјењују утицај који понашање запосленог изван радног мјеста и радног времена има на даљи радни ангажман, француски судови праве разлику између *редовних* и *идеолошких* предузећа, будући да ова посљедња, због одређених идеолошких убјеђења, могу ограничити слободу поступања запосленог изван рада.¹²⁰³

Суд у Стразбуру иде и корак даље у правцу заштите запосленог од неоправданог мијешања послодавца у његове активности изван рада, а све узимајући у обзир чињеницу да слободно вријеме представља „храм“ приватног живота сваког појединца коме се мора обезбиједити одговарајућа заштита. Овај Суд инсистира на примјени теста пропорционалности како би се утврдило, не само да ли активности у слободно вријеме наносе штету послодавцу (и његовој репутацији), већ и то да ли отказ уговора о раду представља сразмјеран одговор на предметно понашање.¹²⁰⁴ Примјена теста пропорционалности је од суштинског значаја за превазилажење сукоба између права на приватност као људског права запосленог и економских циљева послодавца.¹²⁰⁵

Тако је Суд у случају службеника за условне отпuste (*Пеј против Уједињеног Краљевства*) који је у слободно вријеме наступао у хедонистичким клубовима и био директор компаније која продаје производе намијењене садомазохизму - и поред тврдњи одбране да је овакво понашање недопустиво и

¹²⁰⁰ *Ibid.*

¹²⁰¹ J.-E. Ray, J. Rojot, „Worker privacy in France“, стр.4.

¹²⁰² Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, стр.537.

¹²⁰³ Сличан став заузео је и Европски суд за људска права у случају *Rottmelfanger v. Germany*, у коме је болница у окриљу Католичке цркве отказала уговор о раду љекару који је, супротно њеним увјерењима, изразио своје ставове у вези са абортусом. V. Mantouvalou, „Human rights and unfair dismissal: private act in public spaces“, стр.936.

¹²⁰⁴ V. Mantouvalou, „Private life and dismissal“, стр.137.

¹²⁰⁵ V. Mantouvalou, „Human rights and unfair dismissal: private act in public spaces“, стр.937.

неспособно са радним дужностима имајући у виду да подносилац представке ради са младим сексуалним преступницима - заузео став да је принцип сразмјерности налагао послодавцу да изабере неку мање озбиљну мјеру (санкцију) од отказа.¹²⁰⁶ У вези са наводима националних судова по којима у предметном случају приватност запосленог не може ни бити предмет заштите јер је у питању понашање у јавности, односно у клубовима и на интернету, Суд истиче да постоји одређена „зона у којој појединац остварује односе са другима у јавности, а која је ипак обухваћена појмом приватног живота“.¹²⁰⁷ Активност која се одвија у јавности може, дакле, бити обухваћена појмом приватности, баш као што, у принципу, могу бити овим појмом обухваћене и активности у пословним просторијама.¹²⁰⁸ Отуда, Мантоувалоу с правом препоручује радије примјену временског, него просторног критеријума у одређивању појма приватности запосленог.¹²⁰⁹

У предметном случају, нису постојали докази ни да је јавности било, у већој мјери, познато поступање подносиоца представке у слободно вријеме, па је и опасност од наношења штете послодавцу била само потенцијална.¹²¹⁰ У таквим околностима, у складу са принципом пропорционалности, било би исправније да је послодавац одабрао неку другу санкцију или да је подносиоцу представке понудио други алтернативни посао.¹²¹¹ На овај начин би био сачуван интерес послодавца али би истовремено и људско право запосленог (на приватност) било уважено. Процјена оправданости отказа, дакле, може зависити и од величине послодавца као и његове могућности да запосленог распореди на друго одговарајуће мјесто.

Овај случај, међутим, показује и то да, премда постоји потреба да се обезбиједи стварна заштита приватног живота запосленог и његових активности изван рада, *слобода понашања ван радног времена и мјеста рада ипак није апсолутно неограничена*. Тако, ни подносилац представке у овом случају није

¹²⁰⁶ V. Mantouvalou, „Private life and dismissal“, стр.133,134,137.

¹²⁰⁷ *Ibid.*, стр.136.

¹²⁰⁸ *Niemietz v. Germany*, Judgment of 16 December 1992, no. 13710/88/01.

¹²⁰⁹ Приватни живот не треба разумијети као нешто што је искључиво везано за дом и породични круг. Такође, није тачна тврдња да што се мање о нама зна, да имамо више приватности. Приватност, дакле, не треба разумијети као просто одсуство информација, већ као контролу информација које други имају о нама. V. Mantouvalou, „Human rights and unfair dismissal: private act in public spaces“, стр.928,931.

¹²¹⁰ L. Vickers, *op. cit.*, стр.56.

¹²¹¹ *Ibid.*

успио да докаже повреду приватности (члана 8 Конвенције) услед недозвољеног отказа, будући да је одбио да предузме мјере (уклони своје слике и линк који води до ових слика са сајта на коме рекламира свој приватни бизнис) које би умањиле ризик послодавца да ће његове активности постати доступне јавности или корисницима услуга службе за условне отпuste.¹²¹² Примјећује се и настојање Суда да посебно заштити поједине, најинтимније, аспекте приватног живота као што су сексуални живот и сексуалне склоности појединца. Тако, уколико су разлози отказа везани за сексуални живот запосленог у слободно вријеме онда је тест пропорционалности потребно строжије примјенити. Отказ у увом случају не смије бити мотивисан моралним схватањима послодавца или шире околине, већ стварним утицајем које такво понашање има на посао и репутацију послодавца.¹²¹³

Већ је било ријечи о томе да недозвољена или криминална активност у слободно вријеме, сама по себи, не оправдава (аутоматски) отказ уговора о раду. Премда постоји велика вјероватноћа да ће криминалне активности запосленог негативно утицати на однос повјерења са послодавцем, на извршавање радних задатака, на репутацију послодавца или на права других, оне могу бити потпуно ирелевантне за даљи рад.¹²¹⁴ Бројни примјери из праксе свједоче о томе да се осуда за кривично дјело не смије узети као једини критеријум оцјене оправданости отказа уговора о раду због активности запосленог у слободно вријеме,¹²¹⁵ али указују и на то да је од посебне важности предвидјети забрану отказа уговора о раду због покретања истражног или кривичног поступка, будући да оно не значи да ће до осуђујуће пресуде заиста и доћи.

Ипак, отказ уговора о раду сматра се оправданим уколико је спорно понашање запосленог, по својој природи, слично радњама које он обавља за свог послодавца, посебно имајући у виду да поједини послови претпостављају обавезу

¹²¹² V. Mantouvalou, „Private life and dismissal“, стр.137-138.

¹²¹³ V. Mantouvalou, „Human rights and unfair dismissal: private act in public spaces“, стр.934.

¹²¹⁴ *Ibid.*, стр.935.

¹²¹⁵ Овакав принцип примјењен је у случају *Thlimmenos v. Greece* у коме је Европски суд за људска права констатовао да кривично дјело које је починио подносилац представке не може послужити за оправдање његовог искључивања из професије рачуновођа. Он је, наимае, услед припадности религијској групи Јеховиних Свједока одбио да носи војну униформу у сврху служења обавезног војног рока, због чега је био и осуђен, а што га је онемогућило да постане рачуновођа иако је имао потребне квалификације. V. Mantouvalou, „Human rights and unfair dismissal: private act in public spaces“, стр.935.

запосленог да скрупулозно поштује правила морала и у приватном животу.¹²¹⁶ Проблем је, међутим, то што постоје бројни гранични случајеви, код којих је веома тешко одредити чему треба дати предност: интересима послодавца или приватном животу запосленог. Неки од најчешће критикованих случајева потичу из британске праксе и тичу се, примјера ради, оцјене суда о оправданости отказа уговора о раду због чињенице да је запослени означен (регистрован) као сексуални преступник (мада та чињеница није могла имати никаквог утицаја на рад код послодавца) или оцјене суда да оптужба због посједовања мале количине канабиса за личну употребу током викенда, сама по себи, представља оправдан разлог за отказ (и поред тога што је запослени доказао да је ову чињеницу могао да држи потпуно одвојену од свог професионалног живота и да никада није дошао на посао под утицајем дрога).¹²¹⁷

Према неким ауторима (Ваке), изузетак од правила по коме понашање запосленог у приватном животу не може представљати основ кажњавања садржан је и у могућности да се правилником о раду или уговором о раду утврди обавеза запосленог која је, и поред тога што се односи на његово понашање ван радног времена и мјеста рада, повезана са извршењем престације рада.¹²¹⁸ Ово је у складу са *начелом правне одређености повреда радних обавеза*, које представља и један од најдјелотворнијих механизма за ограничавање дисциплинске власти послодавца.¹²¹⁹ Оно, међутим, отвара веома деликатно питање које се тиче могућности послодавца да једнострано, па и произвољно ограничи понашање запосленог у слободно вријеме, те да злоупотреби своју нормативну и дисциплинску власт. Мада је у интересу запослених да кроз интерне акте послодавца буду унапријед упознати са понашањима која се сматрају

¹²¹⁶ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, стр.541.

¹²¹⁷ У првом случају *X v. Y*, господин X је опоменут због прекршаја који се састојао у непристојном понашању у тоалету кафића у коме га је затекао полицајац и због чега је приведен, а његово име је уписано у регистар сексуалних преступника. Поред тога што ова активност није у вези са радом код послодавца, спорно је и то што се понашање у тоалету кафеа не може аутоматски окарактерисати као понашање у јавности које не улази у домен приватног живота запосленог. У другом случају *Mathewson v. RB Wilson Dental Laboratory*, отказ се темељио на тврдњи послодавца да је господин *Mathewson* могао да утиче на друге млађе запослене да користе дроге, будући да се радило о малом колективу од свега троје запослених. A. Sanders, *op. cit.*, стр.329, 351.

¹²¹⁸ P. Waquet, „La vie peronnelle du salarié“, *Droit social*, број 1/2004, стр.26. Наведено према: Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, стр.536.

¹²¹⁹ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.355.

неприхваљивим и у слободно вријеме, листа оваквих понашања треба бити сачињена од стране социјалних партнера (или бар уз консултовање представника радника) или би требала бити уређена кодексима понашања који су намијењени одређеним професијама и који уважавају потребе и специфичности те професије, укључујући и потребу одговарајућег понашања њених носилаца у слободно вријеме.

Активности запосленог у слободно вријеме обично се законима не наводе као посебан недозвољени отказни разлог, већ се до оваквог закључка долази посредним тумачењем одредаба о праву запосленог на приватност и о забрани дискриминације. Ове активности могле би се, међутим, подвести под *отказни разлог* који је, у домаћем позитивном праву, дефинисан као *понашање запосленог због кога он не може да настави да ради код послодавца*. За примјену овог отказног разлога потребно је да буду испуњена два услова: да је одређена чињеница повезана са радом за послодавца и да је због ње настао поремећај у предузећу због кога запослени не може наставити даљи рад код послодавца.¹²²⁰ Будући да сваки отказ уговора о раду на основу понашања изван рада, у одређеној мјери, ограничава право запосленог на приватност, пожељно је да се отказ из овог разлога изриче као дисциплинска мјера, након спроведеног дисциплинског поступка. Спровођење овог поступка је важно како због права запосленог на одбрану, тако и због утврђивања свих околности случаја и пажљивог одмјеравања утицаја који је такво понашање имало на интересе послодавца.

За ограничавање дисциплинске моћи послодавца у погледу понашања запосленог изван рада важна је и примјена правила о дисциплинском кажњавању по коме се запосленом може отказати уговор о раду искључиво због повреде која је повезана са радом (енг. *work-related*), односно која је везана за начин обављања посла или његовим понашањем на раду.¹²²¹ За потпуно разумијевање понашања запосленог ван мјеста рада и ван радног времена као отказног разлога, треба узети у обзир и то да у групу радњи које се извршавају у вези са радом спадају и радње које запослени предузима у том својству, затим радње за чије извршење користи предмете који припадају послодавцу, независно од тога што је радња извршена ван

¹²²⁰ Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, стр.537.

¹²²¹ М. Е. Banderet, *op. cit.*, стр.268.

радног времена или мјеста рада, као и радње које запослени извршава изван радног времена али на радном мјесту.¹²²²

С обзиром на то да не постоји јединствен образац по коме се одлучује о томе које су активности запосленог у слободно вријеме дозвољене а које не, заштита од отказа услед понашања у слободно вријеме данас се најефикасније остварује у судском поступку. Важно је, међутим, од какве претпоставке судови полазе у том поступку, па су сасвим разумљиве оне сугестије по којима отказ због понашања запосленог изван рада *треба сматрати недозвољеним*, све док послодавац не докаже супротно, односно док не докаже да такво понашање штети његовом пословању.¹²²³ Оваква претпоставка мијења стартну позицију са које се посматра отказ: из *негативне* (да ли је отказ разуман), прелази се на *позитивну* (да ли постоји стваран разлог за отказ).¹²²⁴ Ово подразумијева и да се сам поступак утврђивања оправданости отказа разликује од оног уобичајеног који се примјењује када је отказ услиједио као посљедица понашања на раду. Основна разлика је у томе што се од послодавца очекује више чврстих доказа о томе да ће понашање запосленог ван рада нанијети штету његовим пословним интересима.¹²²⁵

На крају треба указати и на то да је заштита приватних активности у слободно вријеме значајнија од заштите било ког другог аспекта приватности запосленог. Без овакве заштите не постоји могућност вођења квалитетног приватног живота, нити постизања равнотеже између приватног и професионалног живота запосленог. То даље води немогућности успостављања емотивних, породичних, пријатељских и других односа, а самим тим и до нарушавања аутономије и достојанства запосленог.¹²²⁶ Такође, оно води успостављању односа доминације на раду,¹²²⁷ па постоји бојаз да се радно право по питању заштите запослених врати корак у назад, односно у вријеме када је послодавац могао да одреди гдје ће запослени да живи, шта да купује и како да мисли у слободно вријеме.¹²²⁸

¹²²² Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, стр.541.

¹²²³ A. Sanders, *op. cit.*, стр.329.

¹²²⁴ *Ibid.*, стр.351.

¹²²⁵ *Ibid.*, стр.350.

¹²²⁶ V. Mantouvalou, „Human rights and unfair dismissal: private act in public spaces“, стр.938.

¹²²⁷ *Ibid.*

¹²²⁸ A. Sanders, *op. cit.*, стр.335.

II ПРАВО ЗАПОСЛЕНИХ НА ПРИВАТНОСТ У КОЛЕКТИВНОМ РАДНОМ ПРАВУ

1. Уводне напомене

Право на приватност је основно људско право које припада сваком појединцу те, у том смислу, има далеко већи значај за индивидуално, него за колективно радно право. Запослени заснивањем радног односа задржава својство грађанина који ужива гарантована права и слободе. Право запосленог на приватност може се повриједити како у фази заснивања, тако и у свим каснијим фазама радног односа. Ово, међутим, не значи да право на приватни живот не треба изучавати у оквиру колективног радног права, тим прије што постоји увјерење да колективна права представљају само скуп индивидуалних права радника. Успостављање ближих веза између права запосленог на приватност, на једној и његових колективних права, на другој страни, још увијек представља изазов са којим се теорија (ни пракса) радног права није значајније бавила. Потребно је, отуда, указати на оне дјелове колективног радног права који могу бити од значаја за заштиту приватног живота запосленог. Овдје се прије свега мисли на право запосленог да самостално одлучи да ли ће и када постати члан синдикат и да податак о свом синдикалном статусу, као нарочито осјетљив лични податак, задржи за себе. У вези са овим потребно је одредити и утицај који начин (модел) утврђивања репрезентативности синдиката има на заштиту података о синдикалној припадности, као дијелу приватног живота запосленог.

Мада је титулар права на приватност најчешће појединац (запослени), могло би се говорити и о праву на приватност синдиката (као удружења), у смислу заштите и тајности његових података, просторија, комуникације или активности.

Премда је колективно преговарање одавно потврдило свој значај за остваривање и заштиту индивидуалних права радника, у контексту права на приватност потребно је преиспитати његову улогу и значај. Паралелно са утицајем који на радном мјесту врши савјет запослених и нека друга представничка тијела радника, оно би требало чинити окосницу заштите приватног живота запосленог.

Ово из разлога што закони из области рада не могу унапријед регулисати све ситуације у којима може доћи до повреде права запосленог на приватност, а још мање се смије препустити послодавцу да о томе једнострано одлучује. Дјеловање синдиката, савјета запослених и других представника радника представља најбољи начин контроле моћи послодавца у погледу задирања у приватност запослених али и највољи начин успостављања добре и фер праксе по овом питању. Ово је посебно важно у свијетлу чињенице да је за заштиту приватног живота запосленог од посебне важности *транспарентно* поступање послодавца и проналажење *праве мјере интереса* радника и послодавца.

Када је у питању колективна акција радника (штрајк), постоји потреба да се запослени – учесници у акцији заштите од недозвољеног снимања и надзирања које би могло да угрози циљ колективног дјеловања, односно да створи страх и нелагоду код учесника штрајка и тиме умањи ефикасност овог средства борбе за права радника. Ово посебно узимајући у обзир суптилне и савремене методе надзора које послодавцу стоје на располагању.

2. Право запослених на приватност и синдикално организовање

У групу слобода и права која имају политичку димензију и представљају основе сваке модерне демократије, нарочито важно мјесто заузимају слободе којима се омогућава комуницирање и успостављање различитих веза између људи сличних интересних и политичких опредјелења и увјерења.¹²²⁹ Отуда, без слободе удруживања није могуће замислити савремене демокртске државе, а тиме и уживање тзв. демократских права.¹²³⁰ Право на синдикално организовање представља само модалитет права на удруживање које је као људско право веома рано признато и гарантовано међународним и домаћим правним актима. Није спорно ни то да је овим гаранцијама обухваћен позитиван и негативан вид слободе удруживања, што само додатно потврђује чињеницу да одлука запосленог да буде или, пак, не буде члан синдиката представља његов лични избор који се јавља као резултат његовог интимног доживљаја свега онога што га окружује. Захваљујући

¹²²⁹ М. Пауновић, Б. Кривокапић, И. Крстић, *Међународна људска права*, стр.206.

¹²³⁰ *Ibid.*

овом интимном доживљају (послодавца, синдиката и свог радноправног положаја) избор запосленог да буде, односно не буде члан синдиката постаје дио његове приватности. У том смислу, предвиђање обавезе запосленог да приступи (или не приступи) синдикату представља повреду његове приватности. Слобода организовања, односно приступања синдикату може се, међутим, ограничити припадницима одређених професија (оружане снаге, полиција или државна управа) из разлога јавног поретка и јавне безбједности.¹²³¹

Мада примарни циљ Суда у Стразбуру није била заштита приватности и личности запосленог, он је закључком о томе „да идеја слободе имплицира одређено право избора у њеном уживању, тако да се негативан аспект права не може искључити из обима члана 11 Конвенције,¹²³² на посредан начин, допринио и заштити приватног живота запосленог. Данас је, дакле, забрањена клаузула затворене радње (*closed shop*) која обавезује послодавца да запошљава само чланове синдиката с којим је закључио колективни уговор о раду, као и да отпусти запослене који се не учлане у синдикат у краћем року по закључењу колективног уговора о раду.¹²³³ Слична је ситуација и са клаузулама уговора о раду којима се запосленом забрањује да постане члан синдиката док је на снази уговор о раду (*yellow-dog contract*). Оваквим клаузулама ограничава се синдикална слобода запосленог и утиче на његов лични избор да буде или не буде члан синдиката, што је довело до забране уношења оваквих клаузула у уговоре о раду.¹²³⁴

Не сматра се, међутим, повредом синдикалних слобода, па тиме ни права на лични избор и приватни живот, искључивање запосленог из синдикалног чланства од стране самог синдиката због заступања различитих идеологија и вриједности, уључујући и политичке идеологије. Ово из разлога што синдикат формирају

¹²³¹ Члан 9 Конвенције Међународне организације рада број 87 о синдикалним слободама и заштити синдикалних права („Сл. лист ФНРЈ“, број 8/58, преузета Одлуком о проглашењу независности Републике Црне Горе, „Сл. лист РЦГ“, бр.36/2006). Чланом 11 Европске конвенције о људским правима не спријечава се законито ограничавање вршења ових права припадницима оружаних снага, полиције или државне управе.

¹²³² K. Rid, *op. cit.*, стр.361.

¹²³³ Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.888.

¹²³⁴ *Yellow dog contract* је уговор о раду који је био значајно заступљен у америчкој радној пракси. Овим уговором запослени се саглашавао да неће приступити синдикату док је на снази уговор или да ће иступити из синдиката ако је већ његов члан. Закључивање оваквих уговора забрањено је Националним законом о радним односима (*National Labour Relations Act*) из 1935.године. L. Guerin, J.D., *op. cit.*, стр.355.

запослени који имају исте идеје и његују исте вриједности, ради постизања заједничких циљева, па, у складу са тим, имају право да детерминишу сопствена правила и услове за пријем у чланство, при чему одлучујући значај може имати и то да ли је запослени који се искључује из чланства претрпио штету, односно да ли је искључење утицало на могућност запослења и животни стандард (*АСЛЕФ против УК*).¹²³⁵

Право запосленог на синдикално организовање тијесно је повезано са његовим правом на приватни живот, на начин што се податак о синдикалној припадности запосленог сматра *личним податком* који као такав ужива заштиту у погледу сврхе и начина обраде. Лични подаци могу се обрађивати само у закониту сврху, на начин који је прописан, по претходно добијеној сагласности лица чији се подаци обрађују и у обиму који није већи од оног који је потребан да би се постигла сврха обраде.¹²³⁶ Међутим, податак о чланству у синдикалној организацији не сматра се само личним, већ и податком који се сврстава у *посебну категорију личних података* који у погледу обраде уживају посебну заштиту.¹²³⁷ Ови подаци се могу обрађивати само под одређеним условима међу којима се, у контексту синдикалне припадности, најприхватљивијим чини *изричита сагласност* лица на кога се тај податак односи. Идеја о посебној заштити појединих личних података произилази из њихове осјетљивости, због чега се ови подаци још називају и посебно *осјетљивим личним подацима*. Осјетљивост овог податка везана је за чињеницу да запослени може да трпи значајне посљедице (различит третман) због чланства у синдикату, као и за чињеницу да такав податак није од значаја за извршавање рада, те да не постоји потреба да послодавац или трећа лица нужно имају сазнање или воде евиденције о синдикалној припадности било ког појединца.

¹²³⁵ Подносилац представке је синдикат (ASLEF) који према важећем праву није могао да искључи из синдиката члана који је припадник политичке партије која заговара идеје супротне онима које синдикат традиционално његује. На тај начин је према мишљењу Суда повријеђен члан 11 Конвенције, односно слобода синдикалног организовања. *ASLEF v. UK*, Judgment of 27 February 2007, no. 11002/05.

¹²³⁶ Закон о заштити података о личности ("Сл. лист ЦГ", бр.79/08, 70/09, 44/12), члан 2, став 1 и 2, члан 10, став 1.

¹²³⁷ Посебне категорије личних података су лични подаци који се односе на расно или етничко поријекло, политичко мишљење, вјерско или филозофско увјерење, чланство у синдикалним организацијама, као и подаци који се односе на здравствено стање или сексуални живот, члан 9, став 1, тачка 8 Закона о заштити података о личности ("Сл. лист ЦГ", бр.79/08, 70/09, 44/12).

И у праву ЕУ се забрањује обрада посебних личних података у које спада чланство у синдикату.¹²³⁸

Будући да се подаци о синдикалном чланству сматрају дијелом приватности, ни послодавци непосредно, нити приватне агенције за запошљавање не могу прикупљати или уносити податке о синдикалној припадности у одређене евиденције.¹²³⁹ Успостављањем и вођењем регистара који садрже податке о члановима синдиката крше се права појединца, укључујући и право на приватност и ствара могућност за вођење црних листи радника.¹²⁴⁰ Из овог, дакле, произилази и забрана састављања и размјене тзв. црних листи (*blacklisting*). Мада је састављање ових листи могуће вршити по различитим основима, оно обично подразумијева „састављање, односно размјену листе имена синдикалних представника и/или чланова синдиката између послодаваца у намјери да им се онемогући запошљавање код ових послодаваца.”¹²⁴¹ На овај начин се врши дискриминација по основу личног својства – синдикалне припадности. Црне листе се обично воде у тајности због чега запослени тешко може да докаже праву природу (мотив) отказа или одбијања запослења.¹²⁴² Отуда је за запосленог са синдикалном прошлошћу веома важно да буде информисан о подацима који се о њему воде и да има могућност да их оспори, посебно онда када су подаци погрешни или добијени из непоузданих извора.¹²⁴³

За заштиту синдикалних слобода важно је и то да се мониторинг запослених не може вршити у циљу ускраћивања колективних права гарантованих законом, укључујући право на организовање или приступање синдикату.¹²⁴⁴ Тако, у америчком праву послодавац не може надзирати запослене у циљу кажњавања због синдикалних активности, нити може видео камерама надзирати синдикалне

¹²³⁸ Директива 95/46/ЕЗ о заштити појединца у вези са обрадом личних података и о слободном протоку таквих података, члан 8, став 1.

¹²³⁹ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.859.

¹²⁴⁰ *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, став 177, стр.39.

¹²⁴¹ Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.859.

¹²⁴² *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, став 782, стр.157.

¹²⁴³ *Ibid.*, стр.157-158.

¹²⁴⁴ *Conditions of work digest, Workers` privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.292.

кампање како би утврдио ко су синдикални активисти и сл.¹²⁴⁵ Ово из разлога што се оваквом праксом утиче на приватни интерес запослених да буду или не буду укључени у синдикалне активности.

Недоводећи у питање опште правило о забрани прикупљања података о синдикалној припадности запослених, могуће је, изузетно, прикупљање ових података сматрати оправданим, онда када то налаже, или бар дозвољава, закон или када је оно предвиђено колективним уговором. Оваква могућност везује се за одређене, специфичне сврхе, а колико ће се изузеци широко тумачити у великој мјери зависи од културе и традиције радног права у једној земљи.¹²⁴⁶ Најчешћи изузетак од забране прикупљања података о синдикалној припадности запослених произилази из тзв. *check-off* клаузуле облигационог дијела колективног уговора о раду која подразумева обавезу послодавца да запосленима члановима синдиката умањи зараду за износ синдикалне чланарине. Важно је, међутим, нагласити да се, по правилу, и у овом случају податак о чланству у синдикату прикупља на основу изричите сагласности запосленог и да такав податак не може бити употребљен у било коју другу сврху.¹²⁴⁷ У неким упоредним правним системима (Аустрија, Белгија) прави се одређена разлика између прикупљања података о синдикалној припадности кандидата за запослење, на једној и запослених, на другој страни. Тако, у случају првих, послодавцу се изричито забрањује да у поступку селекције кандидату за запослење поставља питања о синдикалној припадности, док у случају других, послодавац може да поставља питања ове природе, будући да је уобичајено да се зараде запослених чланова синдиката приликом исплате умање за износ синдикалне чланарине.¹²⁴⁸

Треба додати и то да је једно од најосјетљивијих питања заштите приватног живота запосленог, а у контексту његове синдикалне припадности, везано за поступак утврђивања репрезентативности синдиката. Постоје, наиме, они поступци утврђивања репрезентативности синдиката који се директно косе са правом запосленог да податак о својој синдикалној припадности чува као дио своје приватности. За разлику од модела утврђивања репрезентативности синдиката *via*

¹²⁴⁵ *Ibid.*

¹²⁴⁶ F. Hendrickx, *op. cit.*, стр.73.

¹²⁴⁷ *Ibid.*, стр.77.

¹²⁴⁸ *Ibid.*, стр.73-74.

facti, у моделу признавања репрезентативности синдиката, одговарајућу улогу игра квантитативно мјерило – бројност чланства које се може утврђивати на различите начине.¹²⁴⁹ Бројност чланства као мјерило репрезентативности синдиката није, само по себи, спорно према мишљењу Комитета за слободу удруживања МОП-а, с тим да ово тијело не одређује прихватљиве начине провјере испуњености овог услова.

Могуће је *непосредно* утврђивање бројности чланства на основу приступница синдикату (српско право), својеручних потписа запослених о добровољном прихватању чланства (домаће право) или посредно утврђивање бројности на основу резултата гласања за савјет запослених.¹²⁵⁰ Непосредно утврђивање бројности чланства, било да се врши на основу приступница или својеручних потписа, проблематично је са аспетка заштите приватности запосленог, будући да послодавац сасвим непотребно стиче увид у податке о синдикалној припадности, па га, *de lege ferenda*, треба мијењати. У овом моделу утврђивања репрезентативности, синдикат доказује сопствену репрезентативност на начин што доставља послодавцу списак запослених чланова синдиката, чиме се нарушава приватност запосленог и повећава ризик синдикалне дискриминације. Премда поступак репрезентативности треба да помири потребу (послодавца) за објективним утврђивањем репрезентативности синдиката, с једне и да онемогући послодавца да дође до података о запосленима који су чланови синдиката, с друге стране, чини се да би у домаћем праву најпогодније било оно рјешење које предвиђа да се бројност чланства, односно подршка запослених синдикату утврђује тајним и непосредним гласањем запослених код послодавца.¹²⁵¹

Поред запосленог и синдикат (као удружење) се може јавити у улози титулара права приватности и уживати његову заштиту. Ово посебно у погледу приватности његових просторија, кореспонденције и података. Прије свега, он

¹²⁴⁹ Модел репрезентативности *via facti* заснива се на уважавању чињеница живота – стварне друштвене моћи синдиката која произилази из основних извора моћи (бројности чланства, организованости, финансијске снаге, лидерства), коју послодавац, односно удружење послодаваца респектује и прихвата за партнера у социјалном дијалогу – колективном преговарању. Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.843.

¹²⁵⁰ *Ibid.*, стр.844.

¹²⁵¹ *Ibid.*, стр.849.

ужива право на неповриједивост преписке и телефонске комуникације.¹²⁵² Ово се односи и на сваки други вид комуникације, укључујући мејл комуникацију и употребу интернета. Интернет је одлично средство за обављање синдикалних активности које омогућава синдикату да остане у контакту са запосленима и да их редовно информише.¹²⁵³ Важно је, отуда, утврдити до које мјере синдикат може да користи интернет послодавца у синдикалне сврхе. Премда се синдикату, по правилу, гарантује право да комуницира са чланством путем огласне табле или на други сличан начин, употреба мејла или интернета у ову сврху углавном није законски регулисана.¹²⁵⁴ Штавише, неки примјери из француске судске праксе показују да су судови наклоњени послодавцу и његовим власничким правима над средствима комуникације.¹²⁵⁵ Супротно томе, Савезни уставни суд Њемачке је заузео став да послодавац мора дозволити синдикату разумну употребу интернета и мејла зато што се уставна заштита синдиката односи на све активности које су неопходне за развој синдикализма.¹²⁵⁶ Ово друго становиште чини се прихватљивијим, будући да, на данашњем ступњу развоја комуникационе технологије, обавеза послодавца да синдикату обезбиједи услове за рад, треба да подразумијева и могућност употребе интернета и мејла. Ово посебно имајући у виду да услови за рад који се обезбјеђују синдикату треба да буду прикладни и да омогуће брзо и ефикасно обављање синдикалне функције, а све узимајући у обзир потребе, величину и могућности послодавца.¹²⁵⁷ Чини се ипак да употреба интернета и мејла од стране синдиката или савјета запослених још увијек доминантно зависи од воље послодавца као власника средстава комуникације, с тим да се занемарује чињеница да ово питање може квалитетно бити уређено колективним уговорима или другим споразумима закљученим између социјалних

¹²⁵² *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, став 175, стр.38.

¹²⁵³ С. Vigneau, „Information technology and workers’ privacy: a comparative study: Part II: nacional studies: Information technology and workers’ privacy: The French law“, стр.6.

¹²⁵⁴ *Ibid.*

¹²⁵⁵ У неколико наврата судови су одбили да признају право синдикату да користи друга средства комуникације осим оних прецизираних законом (огласна табла и др.) С. Vigneau, „Information technology and workers’ privacy: a comparative study: Part II: nacional studies: Information technology and workers’ privacy: The French law“, стр.6.

¹²⁵⁶ Н.-Ј. Reinhard, *op. cit.*, стр.9.

¹²⁵⁷ Конвенција бр.135 о радничким представницима предвиђа да обезбјеђивање услова за рад синдиката не смије да наруши ефикасан рад послодавца.

партнера, баш као што се њима уређују друга питања од значаја за успјешно дјеловање представника радника.

Приватност синдиката и његових активности штити се и гарантовањем неповриједивости његових просторија. Неповриједивост синдикалних просторија сматра се основном грађанском слободом неопходном за остваривање синдикалних права.¹²⁵⁸ Право на неповриједивост просторија нужно подразумијева да јавне власти не могу улазити у ове просторије без претходног одобрења или судског налога,¹²⁵⁹ а што би *mutatis mutandis* требало да се односи и на послодавца.

3. Значај колективног радног права за заштиту права запослених на приватност

3.1. Уводне напомене

Од момента када им је призната слобода организовања запослени се заједничким снагама и уједињени боре за остваривање својих права по основу рада, па се савремени радни односи не могу замислити без активног дјеловања представника радника.¹²⁶⁰ Ово дјеловање се прије свега врши путем колективног преговарања, а у новије вријеме и кроз одговарајуће учешће запослених у раду послодавца путем информисања, консултовања и саодлучивања, чиме се, у одређеној мјери, ограничава нормативна и дисциплинска власт послодавца. Активности представника радника традиционално су усмјерене на основна питања рада као што су зараде, заштита на раду, радно вријеме, плаћено одсуство, колективно отпуштање и др. Моћ колективног дјеловања радника није, пак, значајније коришћена за заштиту њихових основних људских права на раду, укључујући и право на приватност. Потребно је, отуда, посебно размотрити и редефинисати улогу представника радника у заштити приватног и породичног живота на раду. Ово посебно имајући у виду да је савремена технологија омогућила послодавцу да на веома брз и лак начин прикупља и обрађује податке о

¹²⁵⁸ *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, став 178, стр.39.

¹²⁵⁹ *Ibid.*, став 180, стр.39.

¹²⁶⁰ Представници запослених су синдикални представници, правоваљано изабрани представници запослених, чланови савјета запослених, чланови надзорног и управног одбора. Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.70.

запосленом. Ови подаци, па и они осјетљиве природе, могу се прикупљати без знања запосленог и могу бити коришћени у сврхе изван оне за коју су иницијално прикупљени.¹²⁶¹

Најједноставнији начин да запослени одговоре на овакве промјене јесте да колективно преговарају са послодавцем.¹²⁶² Премда пракса показује да синдикати нису до сада значајније узели учешће у заштити приватног живота запосленог, њихово ангажовање у заштити овог важног људског права је драгоцјено. Ово тим прије што закони не обезбјеђују његову цјеловиту и непосредну заштиту, нити је могуће на јединствен начин регулисати поједина важна питања заштите приватности на раду. За непосредну заштиту овог права најзначајније је дјеловање синдиката на гранском и на нивоу послодавца. У оним земљама у којима не постоји законска регулатива права приватности која се примјењује на радном мјесту, поштовање овог права у великој мјери зависи од тога да ли су запослени код послодавца синдикално организовани или не. У упоредном праву може се наићи на колективне уговоре којима се само дјелимично штити приватност запослених, на начин што махом садрже одредбе о увођењу видео или неког другог система надзора, тестирању запослених и сл.

Како је дјеловање синдиката и савјета запослених по природи различито, разликује се и начин на који могу да утичу на поштовање права приватности на раду. Каква ће њихова улога бити у овом процесу у великој мјери зависи од традиције колективног радног права у једној земљи и улоге коју синдикат, односно савјет запослених има у креирању радног амбијента. Такође, улога синдиката варира у зависности од тога да ли је у датој земљи предвиђено формирање савјета запослених код послодавца. Тамо гдје јесте, савјет је, по правилу, задужен за бројна питања која утичу на квалитет заштите приватног живота запослених.

¹²⁶¹ *Condition of the work digest, Workers` s privacy Part I: Protection of personal data*, International Labour Office, Geneva, vol.10, број 2, 1991, стр.3.

¹²⁶² *Ibid.*, стр.12.

3.2. Право запослених на информисање/консултовање/саодлучивање и заштита приватности

Као институција сарадње, савјет запослених има право на информисање, консултовање или саодлучивање о питањима важним за положај радника, а његов дјелокруг рада варира од земље до земље.¹²⁶³ Уопштено узевши, савјет запослених има одговарајућа овлашћења када послодавац доноси одлуке важне за положај радника. Ту се прије свега мисли на одлуке у вези са запошљавањем, реорганизацијом, увођењем нове технологије у процес рада, доношењем правилника о раду, заштитом здравља и безбједности на раду, отпуштањем, увођењем техничких или електронских уређаја за контролу извршавања рада запослених, што су све питања која, у мањој или већој мјери, утичу на заштиту приватности на раду. Посебно је важна улога савјета у поступку увођења техничких или електронских уређаја за контролу извршавања рада запослених јер, примјера ради, у Њемачкој савјет запослених има право саодлучивања о овим питањима, чиме се контролише могућност послодавца да у поступку надзора повриједи приватност запослених, а што представља једно од најизазовнијих питања заштите права на приватност на радном мјесту.¹²⁶⁴ Дobar примјер представља и рјешење које долази из аустријског права, према коме послодавац не може без сагласности савјета доносити одлуке у вези са увођењем система контроле, система за прикупљање, обраду и саопштавање личних података о запосленима, нити система евалуације рада запослених, при чему се систем контроле тумачи широко и укључује сваки онај који је погодан да контролише

¹²⁶³ Према хрватском Закону о раду („НН“, бр. 93/14), радничко вијеће штити и заступа интересе радника запослених код одређеног послодавца, савјетовањем, саодлучивањем или преговорима с послодавцем или од њега опуномоћеном особом, о питањима важнима за положај радника.

¹²⁶⁴ Широки круг питања која су предмет саодлучивања у Њемачком колективном радном праву налази своје објашњење не само у развоју партиципације у одлучивању код послодавца, већ и у особености система колективних радних односа који не предвиђа могућност закључивања колективних уговора о раду на нивоу предузећа. Саодлучивање се испољава у закључивању тзв. радних споразума, који имају аутоматско, правнообавезујуће нормативно дејство за стране у индивидуалном радном спору. Б. Лубарда, *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.1088.

укупно понашање запосленог, независно од тога да ли се спроводи уз помоћ техничке опреме или не.¹²⁶⁵

У неким земљама су синдикати проширили своју традиционалну улогу, и у домен колективног преговарања укључили питања везана за заштиту приватног живота запосленог. Типичан примјер представља Белгија у којој су, путем колективног уговора, регулисана бројна питања везана за увођење видео надзора у просторијама послодавца, тестирање запослених на присуство алхола и дрога и сл. Но, независно од тога који је модел представљања запослених заступљен у конкретном случају, послодавац је дужан да представнике радника благовремено информише о било којем облику прикупљања и обраде података о запосленима, о правилима по којима се одвија такав процес и о правима радника у вези са истим.¹²⁶⁶ Исто тако, послодавци, запослени и њихови представници дужни су да сарађују и заједнички развијају одговарајуће политике у намјери да заштите личне податке и приватност запосленог и да све податке ове врсте чувају као повјерљиве.¹²⁶⁷ Ова основна правила у вези са улогом коју представници радника имају у заштити приватног живота и личних података на радном мјесту примјењују се у поступку селекције кандидата, у поступцима надзора, тестирања или било ког другог начина прикупљања података о запосленом у току трајања радног односа, а утичу и на могућност послодавца да откаже уговор о раду из разлога који је везан за приватни живот (лично својство) запосленог. На овај начин дјеловање представника радника јавља се као својеврсни контролни механизам који спријечава послодавца да залази у приватни живот запосленог у већој мјери него што је то неопходно. Дјеловање представника радника у правцу заштите основних људских права радника потврђује идеју о међусобној условљености и испреплетаности, те једнакој вриједности свих људских права.

Поступак заснивања радног односа је терен на коме је право на приватност најрањивије, будући да послодавац жели да дође до што више података о кандидатима за заснивање радног односа. Без обзира на то што закони предвиђају

¹²⁶⁵ Право савјета запослених да саодлучује у овим питањима предвиђено је аустријским Законом о колективним радним односима (*Collective Labour Relations Act*). *Conditions of work digest, Workers' privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.107-108.

¹²⁶⁶ *Protection of worker's personal data*, An ILO code of practice, стр.2.

¹²⁶⁷ *Ibid.*

забрану узимања личних својстава као услова за заснивање радног односа, они нису кадри да спријече послодавца да у овом поступку наруши приватност запосленог и да коначну одлуку о избору кандидата донесе узимајући у обзир и одређене податке о запосленом који нису од значаја за извршавање задатака радног мјеста. У настојању да обезбиједи једнак третман кандидата за запослење, односно једнаку доступност радних мјеста под једнаким условима, законодавци, социјални партнери и судска пракса често предвиђају и додатне механизме заштите приватног живота и личних података у поступку селекције кандидата.

Највећи допринос представника радника односи се на њихово право да се сагласе, односно да одобре упитнике и тестове које послодавци користе у поступку селекције кандидата, чинећи на тај начин процедуру селекције транспарентном и једнообразном за све.¹²⁶⁸ Ово је посебно важно за примјену различитих тестова, као готово неизоставног дијела поступка запошљавања, чија је садржина често дискутабилна са аспекта заштите приватног живота кандидата, његове личности и достојанства. Представници радника, отуда, морају бити информисани и консултовани о сврси, садржају, начину примјене и интерпретацији било ког упитника или теста који се може односити на личне податке запосленог.¹²⁶⁹ Синдикати се, у принципу, не противе тестирању кандидата за запослење, уколико су испуњени одређени услови: обавјештеност унапријед о техникама тестирања, примјена признатих и валидних тестова, примјена теста само као једног у низу метода процјене, максимална заштита приватности у поступку тестирања, саопштавање резултата субјекту тестирања.¹²⁷⁰

Други важан аспект дјеловања представника радника у правцу заштите приватног живота запосленог односи се на различите врсте мониторинга и тестирања запослених. Будући да надзор запослених, а посебно надзор њихове комуникације, представља једно од најосјетљивијих питања заштите приватности на раду, те да сви видови тестирања запосленог (здравствено тестирање, тестирање

¹²⁶⁸ У циљу сузбијања питања која су приватне природе у току поступка запошљавања, односно која нису од значаја за испуњење услова за заснивање радног односа, у упоредном праву се предвиђају и рјешења која предвиђају сагласност савјета запослених на упитник о условима за заснивање радног односа који сачињава послодавац (нпр. сходно њемачком Закону о уређењу предузећа). Б. Лубарда, *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, стр.403.

¹²⁶⁹ *Protection of worker's personal data, An ILO code of practice*, стр.7.

¹²⁷⁰ *Conditions of work digest, Workers' privacy Part III: Testing in the workplace*, стр.79.

на ХИВ, тестирање на присуство опојних средстава и генетско тестирање) треба да буду максимално ограничени на сваком радном мјесту, не постоји ефикаснији начин да се овлашћења послодавца ограниче у овом погледу од активног учешћа представника радника. Представници радника морају бити упознати и консултовани прије него што послодавац уведе и примјени било који вид електронског надзора запослених на радном мјесту. Тако, у француском праву савјет запослених има право саодлучивања о питањима која се тичу увођења и примјене техничких средстава надзора запослених.¹²⁷¹ Насупрот томе, у хрватском праву послодавац се мора савјетовати с радничким вијећем о намјерованој одлуци и мора радничком вијећу доставити податке важне за доношење одлуке о увођењу нове технологије у процес рада ради сагледавања њеног утицаја на положај радника, док је право саодлучивања резервисано за одлуке које се односе на прикупљање, обраду, коришћење и достављање трећим лицима података о раднику.¹²⁷² Ово право припада савјету запослених и онда када примарна сврха техничких средстава није мониторинг запослених, али када се њиховом употребом ипак директно или индиректно врши овакав надзор. Ово је веома важно јер се запослени често надгледају индиректно, путем техничких средстава која се примарно користе као средство за рад.

Савјет запослених има право да надгледа сваки процес увођења нове компјутерске опреме и програма, те да процијени на који начин она може да се одрази на личне податке и приватни живот запослених. У том циљу, савјет запослених има право да истражује, разговара са запосленима и спроводи тестирање на бази случајних узорака како би утврдио у којој мјери функционишу контролни механизми и сигурносне процедуре.¹²⁷³ Штавише, послодавац у неким правним системима чини кривично дјело уколико не обави консултације са

¹²⁷¹ M. Weiss, B. Geck, *op. cit.*, стр.5.

¹²⁷² Закон о раду Хрватске („НН“, бр. 93/14), члан 150 и члан 151.

¹²⁷³ Савјет запослених има право и на стручну помоћ, односно ангажовање експерата онда када сам не посједује довољно знања да би могао да надгледа процес увођења нових техничких средстава. Трошкове ангажовања експерта у том случају сноси послодавац. Након консултација са експертом савјет може да сугерише послодавцу начин на који нова технологија треба да буде уведена и коришћена, а послодавац је у обавези да ове сугестије размотри. Н.-J. Reinhard, *op. cit.*, стр.5.

савјетом запослених прије него што приступи селекцији кандидата за запослење, евалуацији или контроли запослених.¹²⁷⁴

Давање одређених овлашћења савјету запослених или синдикату у поступку отпуштања запослених, између осталог, има за циљ да спријечи да одлука послодавца о отпуштању буде мотивисана личним својством запосленог, чиме се штити његово право на приватни и породични живот. Могућност представника радника да контролишу дисциплинску власт послодавца представља значајно достигнуће радног права и доказ је настојања да се заштити достојанство запослених. Овлашћења савјета запослених у поступку отпуштања радника, независно од тога да ли су у питању посебне, заштићене категорије радника или не (као и у поступку колективног отпуштања) крећу се од давања мишљења, па до давања сагласности на одлуку послодавца о отказу.¹²⁷⁵

4. Право запослених на приватност у току штрајка

4.1. Право на штрајк – кључни аспекти

Слобода синдикалног организовања не би имала свој пуни смисао уколико запосленима не би било признато и право на колективну акцију. Запосленима (али и послодавцима) се, отуда, признаје право да своје интересне сукобе рјешавају путем колективне акције.¹²⁷⁶ Право на штрајк, као најчешћи облик колективног дјеловања радника, спада у ред основних социјалних права гарантованих

¹²⁷⁴ J.-E. Ray, Jacques Rojot, „Worker privacy in France“, стр.6.

¹²⁷⁵ У Хрватском праву, радничко вијеће се може противити отказу ако послодавац нема оправдани разлог за отказ или ако није проведен поступак отказивања предвиђен законом. Ако се радничко вијеће противи ванредном отказу, а радник у судском спору оспорава допуштеност отказа и тражи од послодавца да га задржи на раду, послодавац је дужан радника вратити на рад у року од осам дана од дана достављања обавјештења и доказа о подношењу тужбе и задржати га на раду до окончања судског спора. Исто тако, послодавац може само уз претходну сагласност радничког вијећа донијети одлуку о отказу члану радничког вијећа, отказу кандидату за члана радничког вијећа који није изабран, у раздобљу од три мјесеца након утврђених коначних резултата избора, отказу раднику код којег је због повреде на раду или професионалне болести дошло до смањења радне способности уз преосталу радну способности или до смањења радне способности уз дјелимични губитак радне способности, односно отказу раднику особи с инвалидитетом, отказу раднику старијем од шездесет година, отказу представнику радника у органу послодавца.

¹²⁷⁶ Прам члану 6 Ревидиране европске социјалне повеље, у намјери да обезбиде ефективно остваривање права на колективно преговарање, стране уговорнице се обавезују, између осталог, да гарантују право радника и послодавца на колективну акцију у случају сукоба интереса, укључујући право на штрајк, у складу са обавезама које могу да проистекну из колективних уговора које су претходно закључили.

међународним актима,¹²⁷⁷ а на унутрашњем плану припада групи уставом зајемчених права радника. Сагласно томе, штрајк се, у позитивном праву Црне Горе, дефинише као прекид рада који запослени организују ради заштите својих професионалних, економских и социјалних интереса по основу рада.¹²⁷⁸ У питању је привремени прекид рада запослених у циљу вршења притиска на послодавца да прихвати захтјеве радника о питањима која су предмет спора.¹²⁷⁹

Како би се заштитили легитимни интереси послодавца, законима се прописују услови под којима ће се колективно дјеловање запослених сматрати законитим. Ови услови углавном се тичу начина на који се штрајк организује, достављања одлуке о организовању штрајка, најаве штрајка и осигурања минимума процеса рада онда када се штрајк организује у дјелатностима од јавног интереса. Премда би штрајк, „због посљедица које производи, по правилу, требало користити као *ultima ratio*,“¹²⁸⁰ приликом уређивања услова за организовање законитог штрајка мора се водити рачуна о томе да они не буду постављени на начин који ће умањити ефекте колективне акције, односно који ће имати одвраћајући ефекат на запослене. Прекид рада који није организован у складу са законом сматра се незаконитим штрајком, а супротно томе, организовање штрајка, односно учешће и штрајку под условима утврђеним законом не представља повреду радне обавезе, не може бити основ за покретање поступка за утврђивање дисциплинске одговорности запосленог, за удаљење запосленог са рада, и не може за посљедицу имати престанак радног односа запосленог.¹²⁸¹ Отуда, учешће у законитом штрајку нема за посљедицу раскид уговора о раду, већ само суспензију најважнијих права и обавеза из радног односа док штрајк траје.¹²⁸²

Мада закони, по правилу, изричито не говоре о томе, подразумејева се да за вријеме трајања законитог штрајка није суспендована обавеза *узајамне вјерности*

¹²⁷⁷ Штрајк је као основно људско право зајемчено Међународним пактом о економским, социјалним и културним правима, као и Европском социјалном повељом, док конвенције Међународне организације рада које уређују синдикалне слободе посредно признају право штрајка као саставни елемент ових слобода. Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, *Радно право – Приручник за полагање правосудног испита*, ЈП Службени гласник, 2017, стр.444.

¹²⁷⁸ Члан 2, став 1 Закона о штрајку („Сл. лист ЦГ“, бр. 11/2015).

¹²⁷⁹ Б. Лубарда, *Рјешавање колективних радних спорова – методи и институције*, Правни факултет универзитета у Београду, Београд, 1999, стр.164.

¹²⁸⁰ Б. Шундерић, Љ. Ковачевић, *op. cit.*, стр.444.

¹²⁸¹ Члан 7 и члан 27, став 1 Закона о штрајку („Сл. лист ЦГ“, бр. 11/2015).

¹²⁸² Б. Лубарда, *Рјешавање колективних радних спорова – методи и институције*, стр.224.

запосленог и послодавца, затим обавеза *чувања повјерљивих података* (пословне тајне), нити обавеза *поштовања људских права и слобода*, а што све може имати утицаја и на заштиту права запосленог на приватност у току штрајка.

4.2. Заштита приватности учесника штрајка (штрајкача)

Будући да учешће у законитом штрајку не представља повреду радне обавезе и да запослени, као учесник законитог штрајка, без обзира на суспензију најважнијих права и обавеза из уговора о раду, ужива заштиту од одмазде послодавца, могло би се закључити да, све док поступа законито, ужива и заштиту приватног живота у току трајања штрајка. Другим ријечима, послодавац се не ослобађа обавезе поштовања права на приватни живот запосленог који учествује у законитом штрајку.

У прилог заштити приватног живота запосленог – учесника штрајка иде и то што он не смије бити спријечен, нити изложен пријетњи или принуди да учествује или не учествује у штрајку.¹²⁸³ Забрањује се, отуда, послодавцу да на било који начин застрашује учеснике ових акција у намјери да одустану од својих захтијева и колективног дјеловања. Прикупљање личних података о учесницима штрајка у намјери да се одговоре од учешћа у штрајку или састављање тзв. црних листи штрајкача, поред тога што представља повреду права на штрајк, може се сматрати и повредом приватног живота штрајкача. Од значаја је и то што повреда права на штрајк представља *кривично дјело* које, у једном свом облику, предвиђа да „онај ко силом, пријетњом или на други начин спријечи или омета запослене да, у складу са законом, организују штрајк, учествују у њему или на други начин остварују право на штрајк, казниће се новчаном казном или затвором до једне године.“¹²⁸⁴ Поред силе и пријетње и свака друга *противправна* радња која се предузима у *намјери* спрјечавања или ометања радника у штрајку, представља радњу извршења овог

¹²⁸³ Члан 3, став 2 Закона о штрајку („Сл. лист ЦГ“, бр. 11/2015).

¹²⁸⁴ Члан 227, став 1 Закона о кривичном поступку („Сл. лист ЦГ“, бр. 57/09, 49/10, 47/14, 2/15, 35/15).

кривичног дјела.¹²⁸⁵ Таква радња би, између осталог, могла бити саопштавање личних података о штрајкачу, претрес, надзирање или праћење штрајкача и сл.

У вези са тим поставља се питање оправданости видео надзора и фотографисања учесника штрајка, бојкота или пикетинга. Опште је прихваћен став да послодавац не може снимати и фотографисати учеснике ових акција све док они поступају у складу са законом. У супротном, сматра се да послодавац крши зајемчено право на колективно дјеловање.¹²⁸⁶ Међутим, послодавац може фотографисати или снимати учеснике ових акција уколико на тај начин прикупља доказе о њиховим недозвољеним активностима.

¹²⁸⁵ Т. Каламатиев, А. Трешњев, „Позитивно-правна регулатива штрајка и његова кривично-правна заштита (компаративна анализа у Републици Македонији и Републици Србији)“, *Радно и социјално право*, Београд, број 1/2008, стр.111.

¹²⁸⁶ *Conditions of work digest, Workers` privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace*, стр.307.

ДИО ТРЕЋИ
ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ У ОБЛАСТИ ЗАШТИТЕ ОД СОЦИЈАЛНИХ
РИЗИКА

I ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ ОСИГУРАНИКА – ЗАПОСЛЕНОГ У СИСТЕМУ
СОЦИЈАЛНОГ ОСИГУРАЊА

Мада социјално право/право социјалног осигурања има засебан предмет и циљ изучавања, још увијек међу ауторима не постоји сагласност о томе да ли је оно сасвим независна грана права у односу на радно право. Проф. Јовановић право социјалног осигурања види као „дио радног права јер обезбјеђује социјалну сигурност по основу рада,¹²⁸⁷ док насупрот томе, проф. Лубарда сматра да се право социјалног осигурања „издваја из радног права у самосталну грану права и научну дисциплину“, будући да оно „обезбјеђује социјалну сигурност и других лица по основу законом дефинисаних социјалних ризика/случајева.“¹²⁸⁸ Но, без обзира на то како га посматрали, социјално право је нераскидиво везано за запосленог и његов радноправни статус у дијелу у коме обезбјеђује социјалну сигурност запослених по основу рада. Ово из разлога што је радним законодавствима, по правилу, предвиђена обавеза послодавца да запосленог, даном ступања на рад, пријави на социјално осигурање.¹²⁸⁹ У питању је, дакле, систем обавезног социјалног осигурања запослених који укључује здравствено осигурање, пензијско-инвалидско осигурање и осигурање за случај незапослености. Ова три облика осигурања „представљају кључну потпору сигурног положаја запослених и њихових породица“¹²⁹⁰ и дио су система социјалне сигурности који је држава према међународним стандардима¹²⁹¹ дужна да успостави. Прихватљива је, отуда,

¹²⁸⁷ П. Јовановић, *Радно право*, стр.399.

¹²⁸⁸ Б. Лубарда, *Увод у радно право са елементима социјалног права*, стр.438.

¹²⁸⁹ Послодавац је дужан да пријави запосленог на обавезно социјално осигурање (здравствено, пензијско и инвалидско осигурање и осигурање од незапослености), даном ступања на рад. Копију пријава послодавац је дужан да запосленом уручи најкасније у року од 10 дана од дана ступања на рад, члан 28, став 1 и 2 Закона о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012 и 31/14).

¹²⁹⁰ С. Јашаревић, *Социјално право*, стр.15.

¹²⁹¹ Најзначајнији међународни стандарди из ове области садржани су у Конвенцији Међународне организације рада бр.102 о минималним стандардима социјалне сигурности из 1952.године („Сл.

констатација проф. Јашаревића да се „ове двије гране права често преплићу, али се ипак не подударају“¹²⁹².

У социјалном праву запослени стиче својство осигураника али истовремено задржава и својство грађанина који ужива заштиту приватног живота у поступку остваривања законом гарантованих права. Он се, на тај начин, јавља у улози титулара права приватности у односу на носиоце социјалног осигурања (фондове) са којима ступа у социјално правни однос и у односу на друге учеснике у спровођењу социјалног осигурања. Стога, заштита приватности запосленог као осигураника остаје императив и у поступцима остваривања права из области социјалног осигурања. Ово тим прије што је остваривање ових права често везано за интиму појединца, посебно када је ријеч о здравственом осигурању. У том смислу, као важно питање јавља се питање доступности (послодавцу) разлога привремене спријечености за рад, али и питање заштите права на приватност пацијената (запослених) које подразумијева повјерљивост свих личних информација. Прикупљање, обрада и саопшћавање података на основу којих се остварују социјална права врши се по унапријед утврђеним правилима.

Право на приватност запосленог као осигураника, међутим, има одређене специфичности, будући да елементи његовог приватног живота или његова лична својства нерјетко представљају основ (услов) остваривања неког од права из области социјалног осигурања. Остваривање права запосленог у оквиру система социјалног осигурања, уопштено узевши, карактеришу два принципа која су од

лист ФНРЈ“, број 1/55, преузета Одлуком о проглашењу независности Републике Црне Горе, „Сл. лист РЦГ“, бр.36/2006). Нормама које садржи ова Конвенција обезбјеђује се: здравствена заштита, накнада за случај болести, давања за случај незапослености, давања за старост, давања за случај несреће на послу и професионалних обољења, породичне потпоре, давања за случај материнства, давања за случај инвалидности и давања члановима породице за случај смрти храниоца породице. Б. Шундерић, *Право Међународне организације рада*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2001, стр.543. Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, такође, садржи право на социјалну сигурност. Према Ревидираној европској социјалној повељи, у најмери да обезбједе ефективно остваривање права на социјалну сигурност стране уговорнице се обавезују, између осталог, да успоставе или одржавају систем социјалне сигурности; да одржавају систем социјалне сигурности на задовољавајућем нивоу, барем на оном који је неопходан за ратификацију Европског кодекса социјалне сигурности и да настоје да поступно подигну систем социјалне сигурности на виши ниво.

¹²⁹² Мада се значајна социјална права везују за радни однос, многа права повезана са социјалном сигурношћу гарантују се независно од постојања радног односа. С. Јашаревић, *Социјално право*, стр.15.

значаја за заштиту његовог приватног живота, и то принцип једнаког третмана и принцип заштите личних података.

Како је сваки спор између запосленог као осигураника и фонда као носиоца осигурања у домаћем праву управни спор, то би за рјешавање спора насталог повредом приватности осигураника у поступку остваривања права из обавезног социјалног осигурања, надлежан био управни суд.¹²⁹³

II ЈЕДНАКОСТ И СОЛИДАРНОСТ КАО НАЧЕЛА ПРАВА СОЦИЈАЛНОГ ОСИГУРАЊА

Запослени као осигураник ужива једнак третман и оставарује права по основу осигурања без дискриминације по основу чињеница из приватног живота. Начело недискриминације, односно равноправног третмана нарочито је значајно у социјалном праву јер се не може говорити о социјалној правди, достојанству и сигурности појединаца уколико се они различито третирају у системима као што су здравствено, пензијско и инвалидско осигурање, запошљавање, социјално старање.¹²⁹⁴ Оно произилази из уставне гаранције социјалног осигурања свих запослених.¹²⁹⁵ У праву социјалног осигурања начело недискриминације значи остваривање права свих осигураних лица под једнаким условима.

Бројне су, међутим, ситуације у којима лично својство осигураника (нпр. инвалидност, старост, болест) представља основ остваривања права из социјалног осигурања, у ком случају говоримо о уважавању околности приватног живота запосленог. Далеко веће уважавање околности приватног живота запосленог у социјалном, него у радном праву резултат је начела *солидарности, хуманизма и социјалне правде* која се у социјалном праву испољавају на различите начине. И док *интерес послодавца* у радном праву захтијева само изузетно уважавање личних и породичних прилика запосленог, то у социјалном праву *јавни (општи) интерес*

¹²⁹³ До оснивања социјалних судова, као специјализованих судова за рјешавање спорова по основу социјалног осигурања дошло је у Аустрији, Њемачкој, Словенији. Б. Лубарда, *Увод у радно право са елементима социјалног права*, стр.527.

¹²⁹⁴ С. Јашаревећ, *Социјално право*, стр.44.

¹²⁹⁵ Социјално осигурање запослених је обавезно, члан 67, став 1 Устава Црне Горе („Сл. лист ЦГ“, бр.01/07).

налаже да ове прилике буду уважене у што већој мјери. Солидарност показује да права из социјалног осигурања нису увијек резултат материјалног доприноса осигураника, већ њихових потреба.¹²⁹⁶ Ове потребе махом су везане за оно што улази у приватну сферу живота као што је, примјера ради, здравствено стање запосленог, па је послодавац, захваљујући начелу солидарности, у обавези да из сопствених средстава исплати накнаду зараде запосленом који је спријечен да ради усљед повреде или болести.¹²⁹⁷

Бројни су и други примјери у којима запослени као осигураник остварује права на основу одговарајућих личних својстава. Тако, у здравственом осигурању круг осигураних лица, поред осигураника, укључује и чланове њихових породица који нису осигурани по неком другом основу, чиме се право на здравствену заштиту, као основно социјално право, обезбјеђује не само запосленом, већ и његовој цјелокупној породици.¹²⁹⁸ Надаље, у пензијско-инвалидском осигурању инвалидност представља услов остваривања права на инвалидску пензију, чиме се уважавају личне прилике запосленог код кога је дошло до губитка радне способности. Исто тако, право на породичну пензију се остварује у случају смрти издржаваоца (запосленог), чиме се уважавају породичне прилике запосленог и чињеница да његовом смрћу долази до губитка средстава за (достојанствену) егзистенцију издржаваних чланова породице.¹²⁹⁹ Најзад, када је у питању осигурање за случај незапослености, у случају невољног губитка запослења остварује се право на новчану накнаду чији је циљ, такође, обезбјеђивање социјалне сигурности породице.

¹²⁹⁶ П. Јовановић, *Радно право*, стр.420.

¹²⁹⁷ Накнаду зараде за вријеме привремене спријечености за рад дужан је да обрачуна и исплати послодавац. Послије истека 60 дана привремене спријечености за рад, накнаду зараде обрачунава и исплаћује послодавац, а Фонд послодавцу рефундира исплаћена средства, члан 38, став 1 и 2 Закона о здравственом осигурању („Сл. лист ЦГ“, бр.6/16, 2/17). Накнада зараде за вријеме привремене спријечености за рад одређује се најмање у висини од 70% од основа за накнаду. Висина накнаде коју обезбјеђује послодавац из својих средстава, може се колективним уговором утврдити у већем износу, члан 40, став 1 и 2 Закона.

¹²⁹⁸ Својство осигураног лица стичу чланови породице осигураника под условом да нису осигурани по другом основу и да имају пребивалиште, односно одобрен стални боравак у Црној Гори, као и да немају својство осигураног лица у другој држави, ако међународним уговором о социјалном осигурању није друкчије одређено, члан 10, став 1 Закона о здравственом осигурању („Сл. лист ЦГ“, бр.6/16, 2/17).

¹²⁹⁹ Б. Лубарда, *Увод у радно право са елементима социјалног права*, стр.517.

Све ово представља потврду тезе о томе да питање *заштите* приватности на раду није само питање заштите запосленог од неовлашћеног упада у његову приватну сферу, већ и питање *уважавања* његовог приватног и породичног живота, што посебно долази до изражаја у домену права социјалног осигурања. На овај начин, право социјалног осигурања уважава приватност (приватне разлоге) запосленог онда када то налаже друштвени/породични интерес или начело очувања достојанства. Право на приватност запосленог као осигураника је, дакле, комплексно право које, поред уздржавања од повреде, подразумејева и ангажованост државе како би се омогућило његово оптимално уживање.

Премда право социјалног осигурања традиционално уважава одређена лична својства запосленог, у новијој пракси се као посебно проблематично и осјетљиво питање јавља остваривање престација по основу обавезног социјалног осигурања од стране лица која су промијенила пол (транссексуалаца). Проблеми који се јављају у вези са оставаривањем права ових лица и њиховог неједнаког третмана углавном проистичу из неприлагођености закона све чешћој појави промјене пола. У предмету *Гудвин против Уједињеног Краљевства*, поставило се питање да ли је тужена држава поступила у складу са позитивном обавезом да обезбиједи поштовање права на приватни живот подносиољке представке, транссексуалца који је путем операције промијенио пол из мушког у женски, поготово с обзиром на то да њена промјена пола није призната у правном смислу.¹³⁰⁰ Чињеница да се подносиољка представке која је по рођењу уписана као мушкарац, а која се касније подвргла операцији промјене пола и која у друштву живи као жена, у правне сврхе и даље третира као мушкарац имала је за посљедицу и њену обавезу да уплаћује доприносе за социјално осигурање све док не наврши 65 година живота.¹³⁰¹ Било какво рјешење њеног проблема нужно је претпостављало упознавање послодавца са личним подацима који се односе на промјену пола. Констатујући повреду члана 8 Конвенције, Суд није прихватио аргументацију тужене државе о томе да би се промјеном датума стицања права на пензију подносиољке представке нанијела било каква неправда другим људима

¹³⁰⁰ Г. Милетић, *op. cit.*, стр.182.

¹³⁰¹ У картону који се води у Служби за социјалну заштиту, подносиољка представке се и даље водила као особа мушког пола. Г. Милетић, *op. cit.*, стр.184.

који су обухваћени системом социјалног осигурања, нити да промјена статуса транссексуалца може проузроковати конкретне или суштинске невоље или штету јавном интересу.¹³⁰²

У сличном предмету, Уставни суд Србије је констатовао да несклад између правног и фактичког стања ствари доводи до мноштва негативних последица на живот особе која је промијенила пол, што, између осталог, укључује немогућност ових лица да остваре сва права која признаје правни поредак, а за чије остварење је пол битан, односно када се у том поступку прави разлика између мушкараца и жена (као што су услови за старосну пензију и друга права из здравственог, пензијског и инвалидског осигурања), чиме се угрожавају његово људско достојанство и право на слободан развој личности.¹³⁰³ Законима би, отуда, требало омогућити транссексуалцима који су промијенили пол остваривање права из социјалног осигурања на једнакој основи и без откривања личних података који се односе на такву промјену.

Пред европским судовима разматран је значајан број предмета у којима су подносиоци предлога сматрали да им је неко право из социјалног осигурања ускраћено на основу пола. ЕСЈП је утврдио повреду члана 14 Конвенције у случају *Ралте против Холандије* због тога што су жене без дјете, старије од 45 година, биле ослобођене од уплаћивања доприноса у корист дјете у социјални фонд, док мушкарци исте доби то нису били, као и у случају *Вилис против Уједињеног Краљевства*, будући да су удовцу била ускраћена једнака права као удовици, премда је његова супруга већи дио њиховог брачног живота била главни издржавалац и плаћала пуне доприносе у фонд социјалног осигурања као запослена, све док није морала да престане да ради због болести.¹³⁰⁴ Треба додати и то да се у области социјалног осигурања дискриминација обично испољава на посредан начин што отежава њено доказивање. Посредна дискриминација постоји у случају када се пензије радника са непуним радним временом обрачунавају по другачијој стопи од пензија радника са пуним радним временом, или када су запослени на одређено вријеме у неповољнијем положају у погледу остваривања

¹³⁰² *Ibid.*, стр.189.

¹³⁰³ Н. Петрушић (ур.), Приручник за борбу против дискриминације на раду, стр.145.

¹³⁰⁴ D. Gomien, *op. cit.*, стр.237.

права на пензију од запослених на неодређено вријеме, при чему већину запослених радника са непуним радним временом, односно запослених на одређено вријеме чине жене.¹³⁰⁵ За остваривање права из области пензијског осигурања од значаја је то што је ЕСП у предмету *Билка* дао прелиминарно мишљење о томе да уплата доприноса на име пензијског стажа подпада под појам *плаћања* запослених у вези са запослењем.¹³⁰⁶ Захваљујући томе, на ова примања је могуће примјенити принцип једнаког плаћања мушкараца и жена за рад једнаке вриједности. Овакво мишљење резултат је чињенице да је пензиона шема у овом случају била више уговорне него статуторне природе и да је представљала интегрални дио уговора о раду између послодавца и запослених.

Још увијек присутан облик дискриминације на основу пола у области социјалног осигурања представља прописивање различитих услова за одлазак у старосну пензију за мушкарце и жене. Прописивање различитих година живота за мушкарце и жене као услова за остваривање права на старосну пензију представља својеврсни рецидив ранијег радног законодавства које је имало за циљ да обезбиди нешто повољније услове за одлазак у старосну пензију женама, узимајући у обзир њихову биолошку (репродуктивну) функцију и оптерећење породичним дужностима. Овакво рјешење се данас, у европским оквирима, сматра супротним принципу једнаког третмана мушкараца и жена на раду. У случају *Барбер* ЕСП је, заступајући принцип потпуне једнакости мушкараца и жена у правима, заузео став да су пензиони системи који предвиђају различите услове за пензионисање дискриминаторски, будући да се оваквим пензионим системима, генерално посматрано, предвиђају веће исплате из пензионих фондова у корист жена, а што је супротно принципу једнаког плаћања.¹³⁰⁷

¹³⁰⁵ Н. Петрушић (ур.), Приручник за борбу против дискриминације на раду, стр.19, 46.

¹³⁰⁶ У предметном случају запослени су могли остварити право на пензију само ако су радили пуно радно вријеме минимум 15 година у оквиру периода од 20 година. *Mrs Weber* је сматрала да је оваква пензиона шема супротна принципу једнаког плаћања из члана 119 Уговора, из разлога што су жене чешће у ситуацији да раде са непуним радним временом него њихове мушке колеге због обавезе да се старају о дјечи. Суд је истакао и то да је могуће оправдати различите пензионе шеме за запослене са пуним и оне са непуним радним временом и онда када већину запослених са непуним радним временом чине жене ако такво разликовање почива на стварним потребама предузећа, ако је неопходно за постизање циља и ако је у сразмјери са тим циљем. *Bilka Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz*, Judgment of the Court of 13 May, 1986. – Case 170/84.

¹³⁰⁷ *Bilka Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz*, Judgment of the Court of 17 May, 1990 – Case 262/88.

Законско рјешење које предвиђа различите године живота за мушкарце и жене као услов за остваривање права на старосну пензију нешто дуже се задржало у позитивном праву Србије, док је у позитивном праву Црне Горе¹³⁰⁸ предвиђено постепено изједначавање мушкараца и жена у овом погледу, како би се у догледно вријеме осигурала *de facto* једнакост у остваривању права на старосну пензију мушкараца и жена.

III ЗАШТИТА ЛИЧНИХ ПОДАТАКА КАО НАЧЕЛО ПРАВА СОЦИЈАЛНОГ ОСИГУРАЊА

„Заштита личних података спада у област приватног живота.“¹³⁰⁹ Запослени, као осигураник остварује одређена права у законом прописаној процедури која, између осталог, подразумијева достављање одређених (личних) података послодавцу, али и субјектима који обезбјеђују социјалне престације (фондови). Мада се закони из области социјалног осигурања посебно не осврћу на заштиту личних података корисника осигурања, њихова приватност у ових поступцима може бити на различите начине нарушена. На ове поступке потребно је, отуда, примјенити одговарајућа (општа) правила о прикупљању и обради личних података, вођењу одговарајућих евиденција, чувању и саопштавању података трећим лицима.

Како се под личним подацима подразумијевају све информације које се односе на физичко лице чији је идентитет утврђен или се може утврдити, то у њих спадају и подаци на основу којих запослени остварује одређена права по основу обавезног социјалног осигурања. Податке неопходне за пријављивање запосленог на систем обавезног социјалног осигурања послодавац доставља фондовима на основу закљученог уговора о раду и у складу са законом. Један од критеријума дозвољене обраде личних података јесте управо потреба испуњавања законом

¹³⁰⁸ Закон о измјенама и допунама закона о пензијском и инвалидском осигурању („Сл. лист ЦГ“, бр.78/10). Према овим законским измјенама, подизање старосне границе за одлазак у старосну пензију (67 година) вршиће се постепено, за мушкарце до 2024.године, а за жене до 2040.године. Такође, према овим измјенама, мушкарац и жена ће 2040.године бити у потпуности изједначени у погледу услова за одлазак у старосну пензију.

¹³⁰⁹ К. Rid, *op. cit.*, стр.518.

прописаних обавеза.¹³¹⁰ У питању је, дакле, законито располагање, односно саопштавање личних података о запосленом, имајући у виду да послодавац може саопштавати ове податке трећим лицима онда када је то неопходно за извршавање законом прописаних обавеза. Штавише, потписивање уговора о раду од стране запосленог може се тумачити као претходно давање сагласности за достављање и обраду оних личних података који су неопходни за његово пријављивање на обавезно здравствено осигурања, пензијско-инвалидско осигурање и осигурање за случај незапослености.

О правима запосленог/осигураника из социјалног осигурања одлучују одговорајући носиоци осигурања (фондови), послодавци или друге установе у законом прописаној процедури, на основу захтјева и пратеће документације која нужно садржи и одређене личне податке о подносиоцу захтјева/осигуранику/запосленом. Из тог разлога, фондови, послодавац и здравствене установе морају све податке са којима дођу у контакт чувати као повјерљиве (*начело повјерљивости*), користити их у законом прописане сврхе (*начело легитимности*) и у мјери у којој је то неопходно (*начело пропорционалности*). Откривање личних информација о трећим лицима јавности представља мијешање у приватни живот које се теже може оправдати имајући у виду да је заштита личних података фундаментална како би лице уживало право на приватни и породични живот.¹³¹¹ Важно је, отуда, осигурати и заштиту таквих података (*начело заштите*), и обучити лица (*начело упозорења*) која са њима рукују о неопходности такве заштите.¹³¹² У складу са овим начелима, сви учесници у поступцима остваривања права по основу социјалног осигурања, као обрађивачи личних података, обавезни су да обезбиједи техничке, кадровске и организационе мјере заштите личних података, ради заштите од губитка, уништења, недопуштеног приступа, промјене, објављивања, као и од злоупотребе.¹³¹³ У новије вријеме

¹³¹⁰ *Protection of worker's personal data, An ILO code of practice, стр.5.*

¹³¹¹ K. Rid, *op. cit.*, стр.521.

¹³¹² Више о предметним начелима види у: *Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context.*

¹³¹³ Мјере заштите личних података морају одговарати природи и карактеру података који се обрађују, узимајући у обзир највиши ниво технологије и трошкове њиховог спровођења. Ако се обрада личних података врши електронским путем, руковалац збирке личних података обавезан је да обезбиједи да се у информационом систему аутоматски евидентирају корисници личних података, подаци који су обрађивани, правни основ за коришћење података, број предмета, вријеме

електронско вођење података у области социјалног осигурања, посебно у области здравственог, изазвало је забринутост да ће лични подаци бити у већој мјери доступни трећим лицима и да ће на тај начин бити угрожена приватност корисника осигурања.¹³¹⁴

Уколико запослени није задовољан одлуком надлежног органа у вези са правом из области социјалног осигурања, има право на жалбу, а против коначног рјешења има право на подношење тужбе Уставном суду. Међутим, нужна претпоставка дјелотворног остваривања права на жалбу и права на тужбу јесте право осигураника на увид у податке који се о њему воде код ових органа, као и право на допуну непотпуних, односно брисање нетачних података, што представља посебан аспект заштите приватности и заштите података о личности. Ово право, у принципу, подразумијева и право на копију података који се воде о запосленом/осигуранику. Неомогућавање приступа службеним подацима о социјалном осигурању, према мишљењу суда у Стразбуру, представља повреду члана 8 Конвенције.¹³¹⁵

IV ЗАШТИТА ПРИВАТНОСТИ ЗАПОСЛЕНОГ У ОКВИРУ ОБАВЕЗНОГ ЗДРАВСТВЕНОГ ОСИГУРАЊА

Премда систем обавезног социјалног осигурања укључује пензијско-инвалидско осигурање, здравствено осигурање и осигурање за случај незапослености, и премда свака од ових области осигурања има једнак значај за запосленог (осигураника) јер га штити од одговарајућих, једнако важних ризика, није погрешно тврдити да ниједна област осигурања не представља ризик по приватни живот запосленог у мјери у којој то чини област здравственог осигурања.

одјаве и пријаве са система и по потреби датум до кад подаци о кориснику нису доступни лицу чији су подаци обрађивани. Руковалац збирке личних података обавезан је да одреди који запослени и којим личним подацима имају приступ, као и категорије података које се могу дати на коришћење и под којим условима. Руковалац збирке личних података дозвољава приступ збиркама личних података и води евиденцију о корисницима личних података у складу са својим актом, члан 24 Закона о заштити података о личности ("Сл. лист ЦГ", бр.79/08, 70/09, 44/12).

¹³¹⁴ О приватности и повјерљивости медицинских података који се воде електронски види више у: R. C. Barrows, P. D. Clayton, „Privacy, confidentiality and electronic medical records“, *Journal of the American Medical Informatics Association*, vol.3 број 2, 1996, стр.139-148.

¹³¹⁵ D. Gomien, *op. cit.*, стр.152.

Ово из разлога што су права која се остварују у оквиру здравственог осигурања везана за здравствено стање као дио најдубље интиме човјека, која има право да остане скривена од очију јавности и која, самим тим, представља најзаштићенији дио приватног живота запосленог-осигураника.

Имајући у виду сву осјетљивост података о здравственом стању запосленог – осигураника, те чињеницу да ови подаци представљају посебно заштићену категорију података, а, притом, не умањујући значај који пензијско-инвалидско осигурање и осигурање за случај незапослености имају за запосленог, на овом мјесту се само разматра право запосленог на приватност и његова заштита у поступцима остваривања права из здравственог осигурања.

1. Заштита приватности запосленог у поступку остваривања права на здравствену заштиту

Здравље човјека штити се од најдавнијих времена. Још у најстаријим уређеним заједницама постојале су обавезујуће мјере с циљем заштите јавног здравља.¹³¹⁶ Право на здравствену заштиту/заштиту здравља данас је једно од основних права које запослени као осигураник ужива у оквиру система здравственог осигурања. Оно се сврстава у ред основних људских (социјалних) права. Свако има право на превентивну здравствену заштиту и коришћење медицинских услуга.¹³¹⁷ Под здравственом заштитом подразумијева се организована и свеобухватна дјелатност друштва са циљем да се достигне највиши могући ниво очувања здравља грађана.¹³¹⁸ У остваривању права на здравствену

¹³¹⁶ С. Јашаревић, *Социјално право*, стр.109.

¹³¹⁷ Према члану 35 Повеље о основним правима у Европској унији свако лице има право на превентивну здравствену заштиту и коришћење медицинских услуга у складу са условима који су утврђени националним законодавством и праксом. Висок ниво здравствене заштите обезбјеђује се приликом утврђивања и спровођења политике Уније у свим областима. Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима обавезује државе чланице пакта да признају право које има свако лице на најбоље психичко и ментално здравље које може да постигне. РЕСП обавезује стране уговорнице да, било саме било у сарадњи са јавним или приватним организацијама, предузму одговарајуће мере којима треба, *inter alia*, да уклоне у највећој могућој мјери узроке лошег здравља; да обезбједе савјетодавне и образовне погодности за унапређивање здравља и подстицање индивидуалне одговорности по питањима здравља; да спријече у највећој могућој мери епидемска, ендемска и друга обољења, као и несрећне случајеве.

¹³¹⁸ Члан 2, став 1 Закон о здравственој заштити („Сл. лист РЦГ“, бр.39/04 и „Сл. лист ЦГ“, бр.14/10, 40/11). Здравствена заштита представља скуп мјера и активности на очувању, заштити и

заштиту грађани су једнаки, без обзира на националну припадност, расу, пол, родни идентитет, сексуалну оријентацију, старосну доб, инвалидитет, језик, вјеру, образовање, социјално поријекло, имовно стање и друго лично својство, у складу са законом.¹³¹⁹

Мада је здравствена заштита дјелатност од јавног интереса, здравље чини дио интима човјека и важан је чинилац његове приватности, а подаци о здравственом стању сматрају се изузетно осјетљивим, будући да је некада и најмањи увид у њих довољан да наруши достојанство појединца на кога се ти подаци односе. Стога, ови подаци спадају у посебно заштићену категорију података и могу се обрађивати само под одређеним условима.¹³²⁰ Осјетљивост ових података за посљедицу има примјену посебних начела у спровођењу здравствене заштите.

Поред начела *хуманости* које, *inter alia*, подразумејева узајамно повјерење и поштовање пацијента и здравственог радника/сарадника, здравствена заштита се заснива и на *начелу поштовања права на приватност и повјерљивост свих личних информација* које је пацијент саопштио здравственом раднику, укључујући информације о стању здравља и потенцијалним дијагностичким и терапијским процедурама, као и право на заштиту приватности током спровођења дијагностичких испитивања и лијечења.¹³²¹ Право на приватност и повјерљивост свих података који се односе на здравље сматра се основним правом пацијента које гарантује Европска повеља о правима пацијената из 2002.године, а у складу са тим и домаће позитивно право.¹³²² Право на заштиту приватности подразумејева да сви лични подаци и информације о здравственом стању пацијента представљају пословну тајну и да не могу бити саопштавани трећим лицима без сагласности пацијента.¹³²³ За кршење ове обавезе предвиђа се прекршајна одговорност

унапређењу здравља грађана, спрјечавању и сузбијању болести и повреда, раном откривању болести и благовременом лијечењу и рехабилитацији, члан 2, став 2 Закона.

¹³¹⁹ Члан 5 Закона о здравственој заштити („Сл. лист РЦГ“, бр.39/04 и „Сл. лист ЦГ“, бр.14/10, 40/11).

¹³²⁰ Директива 95/46/ЕЗ, а по угледу на њу и Закон о заштити података о личности у посебну категорију личних података сврстава податке који се односе на здравствено стање.

¹³²¹ Б. Лубарда, *Увод у радно право са елементима социјалног права*, стр.502.

¹³²² Европска повеља о правима пацијената прецизира 14 права пацијената. Право на приватност и повјерљивост свих података који се односе на здравље пацијената предвиђено је и Законом о правима пацијената („Сл. лист ЦГ“, бр.40/10, 40/11).

¹³²³ Члан 27, члан 28 и члан 29 Закона о правима пацијената („Сл. лист ЦГ“, бр.40/10, 40/11).

здравственог радника/сарадника.¹³²⁴ Морално је, међутим, открити повјерљиве информације када пацијент за то да свој пристанак, или када постоји реална и непосредна опасност по пацијента или по друге особе.¹³²⁵

Од изузетне важности је да се поштује не само осјећање приватности пацијента, већ и да љекари и здравствене установе очувају повјерење које пацијент има у њих.¹³²⁶ Без такве заштите, они којима је потребна медицинска помоћ можда ће нерадо откривати податке личне и интимне природе, а који су потребни како би им се пружило одговарајуће лијечење и, чак, нерадо тражити такву помоћ, чиме би угрозили своје здравље, а кад су у питању инфективне болести, и здравље заједнице.¹³²⁷ Ипак, заштита ових података је првенствено везана за *интерес појединца* да очува своју интиму јер „одавање таквих податак може озбиљно утицати на приватни живот, као и на положај тог лица у друштву и на радном мјесту“.¹³²⁸ Насупрот томе, *јавни интерес* може под одређеним условима захтијевати откривање медицинских података. Могућност откривања података о здравственом стању, отуда, зависи од тога да ли је мијешање у приватни и породични живот, у конкретном случају, у сразмјери са легитимним циљем коме се тежи, односно да ли је оправдано изузетном потребом од јавног интереса.¹³²⁹ У том смислу, није спорно да учесници у здравственој заштити, односно субјекти који обављају здравствену дјелатност могу, под одређеним условима прописаним законом, обрађивати и/или саопштавати податке о здравственом стању пацијента. Ова могућност прије свега везује се за заштиту живота или других виталних интереса лица на које се односе подаци или другог лица и за податке које је лице на које се подаци односе већ учинило доступним јавности или је обрада података неопходна за заштиту или остваривање правних интереса тог лица пред судом или

¹³²⁴ Закон о правима пацијената („Сл. лист ЦГ“, бр.40/10, 40/11) не предвиђа одговорност здравственог радника због изношења у јавност информација о здравственом стању пацијента. За разлику од тога Закон о правима пацијената Србије предвиђа прекршајну одговорност здравствене установе, другог правног лица које обавља здравствену дјелатност, у њима одговорног лица и здравственог радника уколико прекрши обавезу чувања нарочито осјетљивих података о личности пацијента, односно располаже или рукује подацима из медицинске документације пацијента супротно одредбама Закона.

¹³²⁵ Међународни кодекс медицинске етике Свјетског медицинског удружења (*World Medical Association*) из 1949.године.

¹³²⁶ Ž. Ditertr, *op. cit.*, стр.247.

¹³²⁷ *Ibid.*

¹³²⁸ *Ibid.*

¹³²⁹ *Ibid.*

другим органима.¹³³⁰ Исто тако, може се десити да интерес јавног вођења судског поступка буде доминантан у односу на интерес да се очува тајност података о здравственом стању лица које је учесник таквог поступка.¹³³¹

Ваља додати и то да обавеза чувања података о здравственом стању није временски орочена,¹³³² као и то да се приватност запосленог/пацијента, у ширем смислу, штити гарантовањем других права као што су право на информисање и објављивање, право на самоодлучивање, право на увид у медицинску документацију, право одбијања научног испитивања и истраживања, као и право на приговор у случају ускраћивања неког од наведених права. Ово из разлога што је појам права на приватни живот комплексан и што укључује право на заштиту физичког и моралног интегритета, право на развој личности и право на приступ подацима који се о појединцу воде.

Мора се, међутим, узети у обзир и то да учесници у здравственој заштити нису само здравствене установе већ да је круг лица који, у одређеној мјери, обезбјеђују здравствену заштиту знатно шири, те да начело *поштовања права на приватност и повјерљивост свих личних информација* обавезује све њих.¹³³³ Ово је посебно важно за заштиту приватног живота запосленог, будући да и послодавац обавља један вид здравствене заштите запослених. Послодавац, обезбјеђује специфичну здравствену заштиту запослених која обухвата превентивне

¹³³⁰ Чланом 13 Закона о заштити података о личности ("Сл. лист ЦГ", бр.79/08, 70/09, 44/12) дефинисани су случајеви у којима се може вршити обрада посебне категорије личних података.

¹³³¹ ЕСЉП није у случају *З. против Финске* утврдио повреду члана 8 Конвенције мада је, у конкретном случају, дошло до откривања повјерљивих медицинских података о подносиоци предлога, без њене претходне сагласности, а у сврхе кривичног поступка који се тицао супруга подносиоцике предлога. У овом случају Суд је закључио да су надлежни домаћи органи власти имали право да сматрају како су веома важни јавни интереси ишли на руку истражи и кривичном гоњењу особе Х, те да су изјаве лекара могле да буду одлучујући доказ да ли је особа Х крива само за сексуално кривично дјело или и за много теже кривично дјело – покушај убиства без предумишљаја. Сем тога, Суд напомиње да је саслушање лекара обављено на основу посебног овлашћења судског органа и без присуства јавности, а сви учесници судског поступка су били дужни да добијене информације сматрају повјерљивим под пријетњом грађанске и/или кривичне одговорности. *Ž. Ditertr, op. cit., стр.248.*

¹³³² У предмету *З. против Финске*, ЕСЉП је заузео став да одређивање рока тајности података о здравственом стању појединца може довести до повреде члана 8 Конвенције, када истеком тог рока они доспију у јавност. *D. Gomien, op. cit., стр.152-153.*

¹³³³ У складу са чланом 52, став 1 Закона о здравственој заштити („Сл. лист РЦГ“, бр.39/04 и „Сл. лист ЦГ“, бр.14/10, 40/11), здравствену дјелатност могу да обављају: орган државне управе надлежан за послове одбране, орган државне управе надлежан за унутрашње послове, орган управе надлежан за извршење кривичних санкција, установе социјалне и дјечије заштите и угоститељски објекти за лица запослена, односно смјештена у њима.

активности везане за стварање и одржавање безбједне и здраве радне средине која омогућава оптимално физичко и ментално здравље на раду, прилагођавање радног процеса границама реалних људских могућности и селекцију запослених према њиховим психофизичким, радним и стручним способностима у циљу одговарајућег распореда у радном процесу.¹³³⁴ Чињеница да ову заштиту обезбјеђује (финансира) и организује послодавац, без обзира да ли се она обавља у одговарајућој здравственој установи или од стране здравствених радника ангажованих за рад код послодавца, не утиче на обавезу свих лица која учествују у њеном спровођењу, да поштују право на повјерљивост и приватност свих информација које се односе на здравље запосленог. Треба нагласити и то да право на приватност и повјерљивост подразумијева да здравствени радници/сарадници нису овлашћени да било какве податке о здравственом стању пацијента/запосленог саопштавају његовом послодавцу већ да могу, када је то потребно дати само оцјену о способности запосленог да обавља, односно не обавља послове одређеног радног мјеста. Приватност запосленог, међутим, посебно је рањива у случају када он жели да оствари право на накнаду зараде за вријеме привремене спријечености за рад те, отуда, постоји потреба да се она посебно заштити у поступку остваривања овог права.

2. Заштита приватности запосленог у поступку остваривања права на накнаду зараде усљед привремене спријечености за рад

Током свог радног ангажовања запослени може бити привремено спријечен да ради усљед (професионалне) болести или повреде (на раду). Уважавајући приватне разлоге запосленог, радна законодавства у оваквим ситуацијама предвиђају његово право, да под одређеним условима, оствари право на накнаду зараде. У супротном, свака, па и невољна и нескривљена, спријеченост за рад за запосленог би значила губитак средстава за живот. Међутим, како радно право води истовремено рачуна о оправданим прије свега финансијским интересима послодавца, то оно прописује услове под којима запослени може остварити право

¹³³⁴ Члан 19, став 2 и 3 Закона о здравственој заштити („Сл. лист РЦГ“, бр.39/04 и „Сл. лист ЦГ“, бр.14/10, 40/11).

на накнаду зараде. Тако, запослени је дужан да, у случају привремене спријечености за рад најкасније у року од три дана о томе обавијести послодавца и да извјештај о привременој спријечености за рад достави послодавцу у року од пет дана од дана издавања извјештаја.¹³³⁵ Садржај оваквог извјештаја прописује надлежно министарство, водећи рачуна о томе да не садржи податке о здравственом стању запосленог/осигураника/пацијента, већ да само укаже на спријеченост за рад и њено очекивано трајање.¹³³⁶

У овом поступку подаци о здравственом стању запосленог морају остати тајни, а његова приватност очувана, не само због заштите његовог достојанства, већ и због реалне опасности да послодавац дискриминише запосленог због сазнања о евентуалним здравственим проблемима, односно обољењу, без обзира на чињеницу да је такав запослени и даље способан да обавља послове свог радног мјеста. Послодавци, по правилу, настоје да сазнају нешто више о разлозима привремене спријечености за рад, па је утолико обавеза здравствених радника/сарадника да чувају податке о здравственом стању запосленог од посебне важности.

Право на накнаду зараде за вријеме привремене спријечености за рад осигураника може да траје до отклањања спријечености за рад за вријеме трајања радног односа.¹³³⁷ Мада послодавац нема право да захтијева конкретне разлоге спријечености за рад ма колико она трајала, он има право да у случају сумње о постојању ових разлога, захтијева њихово преиспитивање, односно утврђивање здравствене способности запосленог.¹³³⁸ Ово његово право јавља се у вези са злоупотребом права на одсуство из здравствених разлога, а што представља један од уочених проблема како у нашем, тако и у упоредном праву. Злоупотреба овог права подразумијева да запослени лажно представља своје здравствено стање, односно предузима радње које су контраиндиковане његовој болести или повреди не би ли, без рада, остваривао средства за живот.¹³³⁹ Оваква злоупотреба није

¹³³⁵ Члан 75, став 3 Закона о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012 и 31/14).

¹³³⁶ У питању је образац Извјештаја за обрачун накнаде зараде за вријеме привремене спријечености за рад.

¹³³⁷ Б. Лубарда, *Увод у радно право са елементима социјалног права*, стр.507.

¹³³⁸ *Ibid.*, стр.508.

¹³³⁹ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.379.

штетна само за послодавца, већ и за финансијску одрживост фондова здравственог осигурања. Из ових разлога у позитивном праву Црне Горе и Србије *злоупотреба права на одсуство због привремене спријечености за рад* представља оправдан отказни разлог. Наведени отказни разлог настаје сваком радњом којом се одсуство због привремене спријечености за рад користи противно сврси ради које је установљено.¹³⁴⁰

С правом се, међутим, у литератури примјећује да није лако одредити садржину, односно квалификацију ове злоупотребе. Поставља се питање да ли предметни отказни разлог постоји само у случају противциљног вршења овог права, као и то да ли је за постојање његове злоупотребе потребно да се тиме наноси штета послодавцу.¹³⁴¹ У овом моменту, прецизирању садржине злоупотребе права на одсуство због привремене спријечености за рад највише доприносе судови, који одређени начин понашања запосленог квалификују, односно неквалификују као злоупотребу права на одсуство из здравствених разлога. Ситуацију донекле подједностављује чињеница да уколико посумња у оправданост боловања, послодавац може захтијевати провјеру здравствене способности, јер се једино на тај начин може открити злоупотреба тог права.¹³⁴² Другим ријечима, доказ злоупотребе права је у рукама комисија које су надлежне за оцјену здравственог стања и способности за рад запосленог. Послодавац, одута, не може сам истраживати приватни живот запосленог и залазити у дијагнозу његовог здравственог стања, те на тај начин паушално утврђивати оправданост одсуства са рада.

Важно је нагласити и то да право на приватност и повјерљивост информација које се односе на здравље никако не подразумејева право запосленог да спријечава оздрављење, да одбије лијечење или да се без оправданог разлога не јави надлежном љекару ради оцјене привремене спријечености за рад.¹³⁴³ Другим

¹³⁴⁰ Пресуда Вишег суда у Подгорици, Гж. 4991/13 од 23.12.2013.године.

¹³⁴¹ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, стр.383-384.

¹³⁴² Пресуда Вишег суда у Подгорици, Гж. 4991/13 од 23.12.2013.године.

¹³⁴³ Осигуранику не припада накнада зараде, ако: је проузроковао спријеченост за рад; за вријеме привремене спријечености за рад обавља привредну или другу дјелатност, без обзира да ли остварује приход од те дјелатности; је спријечавао оздрављење, односно оспособљавање за рад; се без оправданог разлога не подвргне лијечењу, осим ако за лијечење није потребан пристанак предвиђен посебним прописима; се без оправданог разлога не јави изабраном доктору или изабраном тиму, односно комисији за оцјену способности или се не одазове на љекарски, односно

ријечима, запослени ужива право на приватност, али га не може злоупотребити, будући да свака злоупотреба повлачи са собом губитак права на накнаду зараде и представља оправдан отказни разлог.

Приватност запосленог као осигураника је на посредан начин угрожена и онда када он ради и поред болести или повреде због страха од губитка посла или страха од посредне дискриминације на основу здравственог стања, нарочито приликом утврђивања вишка запослених, када се као стварни разлог отпуштања запосленог појављује његово дуготрајно или учестало одсуство за рада због здравствених разлога.¹³⁴⁴

комисијски преглед у заказано вријеме; је у вријеме коришћења права на привремену спријеченост за рад промијени мјесто боравка, осим у циљу лијечења, у складу са законом, члан 40 Закона о здравственом осигурању („Сл. лист ЦГ“, бр.6/16, 2/17).

¹³⁴⁴ Љ. Ковачевић, *Ваљани разлоси за отказ уговора о раду*, стр.380.

ЗАКЉУЧАК

1. Истраживање *права запосленог на приватност* претпоставља разумијевање људских права уопште, укључујући историју њиховог признавања и заштите. Људска права се најприје признају појединцу у односу на државу, да би постепено, са развојем идеје о њиховом хоризонталном дејству, ова права појединци, у одређеној мјери, почели уживати и у односу на трећа лица, а што је неизбежно оставило трага и на однос радника и послодавца. Упоредо са овом, развијала се и идеја о међусобној условљености, недјелјивости и једнакој вриједности људских права, а у коначном и о новом (интегрисаном) приступу људским правима. Овај позитиван тренд развоја људских права двојако се одразио на радни однос и радно право уопште. Прије свега, радна права као људска права *друге генерације* заузела су равноправно мјесто са другим људским правима, чиме је положај радника знатно унапријеђен. На другој страни, овај тренд допринио је снажној афирмацији људских права на радном мјесту, па се радник све више посматра као титулар грађанских права и слобода у односу на послодавца. Све ово довело је, међутим, до потребе да се преиспитају неки од традиционалних постулата радног права, односно да се испита на који начин и у којој мјери је продор људских права у свијет рада утицао на субординирани положај радника и на ограничавање власти послодавца.

2. Право на приватност као основно људско право којим се штити физички и психички интегритет и достојанство личности има посебну важност за сваког појединца, укључујући и запосленог. Растући значај овог грађанског права на радном мјесту није случајан, већ се поклапа и у сагласју је са промјенама које су задесиле радно право посљедњих деценија, а које су махом резултат развоја демократије, процеса глобализације и технолошког напретка. Неспорно је да запослени задржава својство грађанина на радном мјесту и да се доласком на посао не одриче своје приватности, те да, у том смислу, ужива заштиту приватног живота у односу на послодавца, а што се, уопштено говорећи, тумачи као његово право да буде слободан од претјеране наметљивости послодавца, односно право да самостално одлучи о упознавању послодавца са било којом манифестацијом своје

личности. За правилно разумијевање права запосленог на приватност потребно је, међутим, имати на уму да се оно, као и свако друго људско право, може под одређеним условима ограничити, а не смије се изгубити из вида ни субординација као основно обиљежје радног односа, као и то да се принцип равнотеже интереса радника и послодавца као важно достигнуће радног права мора и овдје примјенити. Сложен је, отуда, задатак радног права да на темељима традиционалног радног законодавства и „крилима“ модерног поимања људских права на одговарајући начин инкорпорира право на приватност у свијет рада. Овај задатак уједно представља и велики изазов, узме ли се у обзир чињеница да је у упоредном праву мало примјера непосредне заштите приватног живота запосленог и да је тешко примјенити један исти образац ове заштите у свим случајевима који се јављају у пракси.

И поред бројних недоумица у дефинисању права запосленог на приватност, закључује се да је могућност ограничења овог права на радном мјесту омеђена *принципима легитимности, сразмјерности и транспарентности*. У легитимне разлоге ограничења права запосленог на приватност убрајају се прије свега они који произилазе из обавезе послодавца да обезбиди сигурност имовине и лица на радном мјесту, али његово ограничење могу оправдати и други разлози везани за несметано одвијање процеса рада. Најизазовније питање ограничења права приватности на радном мјесту тиче се примјене принципа сразмјерности, јер није сасвим јасно да ли ограничење, у сваком појединачном случају, мора бити нужно и сразмјено циљу који се жели постићи. Одређивање сразмјере зависи од околности случаја и важности послодавчевог интереса, али и од тога у којој мјери је могућност ограничења права на приватност била унапријед позната запосленом, односно да ли је он могао разумно очекивати приватност на радном мјесту, због чега принцип транспарентности (транспарентно поступање послодавца) има све значајнију улогу у оцијени оправданости ограничења права запосленог на приватни живот. Отуда је за пуно уживање права запосленог на приватност од суштинског значаја да послодавац и социјални партнери, кроз интерне акте и колективне уговоре (радне споразуме), изграде појам *очекиване приватности запосленог*.

3. Право запосленог на приватност је у узрочној вези са сигурношћу запослења јер се његовом заштитом истовремено штити право на рад, односно

једнака доступност радних мјеста под једнаким условима. Премда је одавно прихваћено опште правило о забрани узимања чињеница из приватног живота запосленог као услова за заснивање радног односа и премда су се временом искристалисали дозвољени изузеци од овог правила, а на бази стварног и одлучујућег услова за обављање посла, још увијек није довољно пажње посвећено различитим техникама истраживања кандидата за запослење у процесу селекције и томе колико се њима вријеђа приватност кандидата, а неријетко и њени најосјетљивији дјелови попут здравственог стања, сексуалне оријентације и сл. Прилично је јединствен став о томе да не постоје разлози на страни послодавца који би оправдали оне методе селекције којима се вријеђа приватни живот кандидата за запослење, па се самим тим могућност легитимног ограничења овог права у фази заснивања радног односа своди на минимум. У том смислу, потребно је пружити кандидатима за запослење одговарајуће гаранције у погледу питања која се постављају у процесу селекције и у погледу права, да без ризика од посљедица, не одговоре на питања личне природе. Исто тако, могуће је унапријед дефинисати правила психолошког или другог тестирања које послодавац примјењује у поступку запошљавања. Важно правило које има за циљ заштиту приватног живота односи се на обавезу послодавца да прикупља све податке непосредно од кандидата за запослење, а само изузетно, и по унапријед утврђеним правилима, од трећих лица. Заштита права на приватност кандидата за запослење захтијева и критичко промишљање оних чињеница из његовог приватног живота које су у позитивном праву дефинисане као сметње за заснивање радног односа, будући да ове сметње морају бити легитимне и сразмјерне циљу који се њиховим увођењем жели постићи.

4. Мада једнак третман у поступку запошљавања представља *conditio sine qua non* једнаког остваривања права из радног односа, питање заштите права запосленог на приватност постаје знатно сложеније након што је радни однос заснован, будући да однос радника и послодавца постаје формалнији, а мотиви послодавца да зађе у приватност запосленог бројнији. Умножавају се и начини на који се може повриједити приватност запосленог, а питање оправданости ограничења овог права на радном мјесту постаје изузетно сложено. И поред опште сагласности о томе да се право запосленог на приватност може ограничити уз

примјену принципа легитимности (релевантности), сразмјерности и транспарентности, важност сваког принципа појединачно варира у зависности од начина на који се приватност ограничава, али и од околности конкретног случаја које се, када је у питању оцјена оправданости ограничења, не могу занемарити. Тако се, примјера ради, ови принципи досљедније (ригидније) примјењују у случају видео надзора, физичког претреса или тестирања на ХИВ и дроге, него што је то случај са надзором над средствима комуникације или тестирањем на присуство алкохола, будући да су у овим посљедњим примјерима бројнији и озбиљнији интереси послодавца који оправдавају ограничење права приватности на радном мјесту, али и да су у првом случају у питању поступања којима се тешко вријеђа достојанство запосленог. Међутим, код појединих случајева ограничења права запосленог на приватност ставови праксе и теорије се значајно мимоилазе, а једно од најконтраверзнијих питања тиче се надзора над (приватном) комуникацијом на радном мјесту. Власништво послодавца над средствима за рад је, по једном схватању, довољан разлог да се надзиру средства комуникације запосленог, па није неопходно да надзор буде нужан (већ пожељан) да би се сматрао оправданим, без обзира на ризик да овакав надзор обухвати и приватну комуникацију запосленог. Насупрот томе, у основи другог приступа је идеја о оправданости овог вида надзора само онда када је заиста неопходан и о настојању послодавца да по сваку цијену избјегне тзв. интерни надзор, односно да се уздржава од залажења у саму садржину комуникације. Без обзира на разноликост случајева који се јављају у пракси и на различите ставове у погледу могућности послодавца да надзире средства за рад (комуникацију) све више се спорне ситуације рјешавају примјеном принципа транспарентности као неопходног услова оправданог ограничења. Будући да је скопчан са обавезом лојалности и поступањем *bona fide* запосленог и послодавца, овај принцип, уопштено говорећи, значи обавезу послодавца да буде јасан и отворен у погледу свих својих активности и, као такав, има за циљ да надомјести недостатак начела легалитета, јер радно законодавство не може унапријед предвидјети све разлоге који могу оправдати мијешање послодавца у приватност запосленог.

5. Историју радног права у значајној мјери обиљежила је борба за једнакост и заштиту запосленог од дискриминаторског поступања послодавца, па, отуда,

заштита (чињеница из) приватног живота у контексту заштите од дискриминације није новина. Ово питање, међутим, ни данас није изгубило од своје актуелности, будући да поједина лична својства као традиционални основи дискриминације још увијек нису *de facto* превазиђена. Догађаји на геополитичкој сцени довели су до пораста дискриминације на бази вјере и религијског увјерења, због чега радно право изнова преиспитује под којим условима, и у којој мјери, се прављење разлике на бази ових личних својстава сматра оправданим и не представља повреду приватног живота запосленог, а на бази правила о стварном и одлучујућем услову за обављање посла. Како је приватни живот сложен појам чија се садржина стално проширује, тако, у складу са његовим савременим тумачењима, многа лична својства представљају нове основе дискриминације, а у том смислу и изазове са којима се радно право није адекватно *de jure* суочило. Отуда, заштити приватног живота запосленог много више погодују клаузуле отвореног типа које само *exempli causa* наводе могуће основе дискриминације, јер се на тај начин излази у сусрет потребама радног односа, код кога се, поред уобичајених, јављају и бројни специфични основи дискриминације. И док на једној страни постоји мање или више чврст став о томе да поједина лична својства која су најдубље везана за интиму појединца (здравствено стање, сексуална оријентација, брачни статус и др.), у принципу, не могу представљати основ разликовања на раду, на другој страни не постоји јединствен став о томе у којој мјери послодавац може да утиче на *животни стил (начин живота)* запосленог, односно на његово одјевање, исхрану и друге животне навике које чине дио његовог приватног живота. Животни стил запосленог може доћи у директан сукоб са послодавчевим интересима, и тада је тешко повући јасну границу између онога што послодавац може да захтијева од запосленог по питању начина живота и права запосленог да живи по сопственом избору. У тражењу одговора на ово питање не смије се заборавити да је право на приватни живот основно људско право и да принцип једнаког третмана на раду подразумева доношење одлука на бази оних особина које су од значаја за обављање посла, односно које су нужне за остварење пословних интереса, те да у складу са тим, захтијеви послодавца у погледу животног стила запосленог не смију бити прекомјерни чак и онда када су оправдани.

У тзв. новије форме дискриминације спада и дискриминација по основу *старосне доби* која, мада укључује дискриминацију младих, већу позорност изазива када је у питању дискриминација старијих лица. Због свих лоших ефеката које носи са собом старосна дискриминација је, по правилу, изричито забрањена. Но, и поред тога не постоји јединствен став о томе у ком обиму треба дозволити одступања од ове опште забране, при чему се у овом моменту доминантнијим чини онај став по коме треба оставити широк простор за оправдање различитог третмана на бази старости, због чега је потребан додатан опрез и пружање посебних гаранција старијим лицима како се не би десило да буду различито третирани и онда када то није неопходно. Опасно је прихватити и став да „старосна дискриминација мање повријеђује достојанство запослених него неки других вид дискриминације“ је се и овим обликом дискриминације крши гарантована слобода рада и право на рад, а не смију се занемарити ни бенефити активног старења и постепеног и безболног напуштања свијета рада.

6. Поред дискриминације као традиционалног начина на који се вријеђа достојанство запосленог, на радним мјестима је присутно и *психичко узнемиравање* које, поред тога што вријеђа психички и морални интегритет жртве узнемиравања, истовремено може довести и до повреде њеног приватног живота. Без обзира на све дилеме које постоје о значењу и садржини појма *психичко узнемиравање*, јасно је да су узроци, посљедице, начин на који се врши, те превенција и заштита од мобинга у непосредној вези са приватним животом запосленог. Ово из разлога што се лична својства жртве мобинга нерјетко налазе у основи личних конфликта на радном мјесту и што сама радња узнемиравања често представља повреду приватног живота. Познато је да психичко узнемиравање на раду снажно утиче на двије важне компоненте приватног живота жртве (здравље и породични живот), па је, отуда, потребно да се овај феномен сагледа из угла заштите права запосленог на приватност и да се путем превентивног дјеловања на мобинг допринесе заштити приватног и породичног живота запосленог.

7. Савремени концепт заштите запослених на раду настоји да, поред безбједних, створи и хумане услове рада и пријатељско радно окружење, а његов неизоставан дио чини заштита од психосоцијалних ризика, укључујући и *ризик повреде приватности запосленог*. Ипак, за разлику од дискриминације која се

традиционално забрањује у радном праву и узнемиравања које је наког дугог периода занемаривања привукло пажњу радноправне легислативе, повреда приватности још увијек није, у довољној мјери, препозната као посебан ризик коме је запослени изложен на раду, па, у том смислу, ни заштита од овог ризика није изведена на непосредан и цјеловит начин. Задатак је, отуда, радног права да повреду приватности сагледа као *посебан ризик* коме је запослени изложен у свим фазама рада.

8. Премда право запосленог на приватност превасходно подразумијева *негативну обавезу* послодавца, тј. обавезу послодавца да се уздржи од предузимања било које радње којом се вријеђа приватност запосленог, оно под одређеним условима може укључити и *позитивну обавезу* послодавца. Она се махом састоји од уважавања оних чињеница из приватног живота запосленог за које закон везује остваривање одређених права по основу рада. Захваљујући овом позитивном аспекту права на приватност, запослени има могућност да обезбиди одређене погодности себи или члановима своје породице. Уважавање приватног живота запосленог резултат је интервенционизма државе у радне односе и постепеног ограничавања власти послодавца, што је све водило ка концепту пристојног и достојанственог рада. Данас мјера у којој се уважава приватни живот запосленог на раду представља показатељ преовлађујућег концепта радног права, па се тако у либерано оријентисаним државама обавеза послодавца да поштује приватни живот запосленог доживљава као превасходно негативна.

9. Како се радно право од настанка па до данас углавном развијало по мјери и у складу са потребама стандардне форме рада, то је остало неприлагођено атипичним формама рада, а прије свега онима које се обављају изван просторија послодавца или изван мјеста гдје послодавац обавља своју дјелатност. Поред свих недоумица везаних са *рад код куће* и *рад на даљину*, ваља имати на уму и то да је приватни и професионални живот запослених у овим формама рада у знатно већој мјери испреплетан што отежава давање одговора на бројна питања која се у вези са заштитом приватности постављају. Професионални и приватни живот појединца, отуда, није могуће увијек и са сигурношћу разграничити јер се просторни и временски критеријум (мјесто рада и радо вријеме) могу узети само као полазни, али не и сасвим довољни за њихово разграничење. Неспорно је, међутим, да су из

разлога заштите приватног живота запослених на даљину, односно код куће, надзорна овлашћења послодавца знатно уже постављена, због чега он не може вршити непосредну контролу начина извршавања рада, а сви видови контроле резултата или услова рада спроводе се уз уважавање приватног и породичног живота запосленог. Важно је, међутим, сагледати и правно уобличити позитивне ефекте рада на даљину, односно рада код куће на приватни живот запосленог јер, поред тога што представљају већи ризик по његову приватност, ове форме рада истовремено представљају и шансу за приватни и породични живот, будући да омогућавају запосленом флексибилније управљање временом, а самим тим и лакше помирење професионалних и породичних дужности.

И поред великог броја стандарда којима се штите, данас се у пракси радних односа широм свијета са највећим ризиком повреде приватног живота суочавају радници који раде у домаћинству послодавца, односно *кућно помоћно особље*. Особености овог облика рада састоје се у томе што се престације обављају у дому послодавца и што често овај рад укључује смјештај и исхрану запосленог у дому послодавца, због чега је један од основних проблема са којима се ове категорије радника суочавају у раду управо недостатак приватности. Ситуацију додатно компликује и то што се наспрам права запосленог на приватност налази право послодавца на својину и неповриједивост дома, а што узрокује недостатак мјера инспекцијског надзора. Пред савременим радним законодавством, отуда, налази се изазов превладавања негативних ставова везаних за рад у домаћинству и адекватно законско регулисање које ће омогућити заштиту приватног живота радника у домаћинству, на једној и заштиту права својине послодавца, на другој страни.

10. Особености које узрокују измјештање појединих радних односа из општег у посебан режим рада утицале су и на нешто другачије сагледавање права на приватност запослених који раде у таквим режимима. Уопштено узевши, у *посебном режиму радних односа* долази до мањег или већег одступања од општих правила којима се штити приватност кандидата за запослење и запосленог и до флексибилније или ригидније примјене принципа на бази којих се ограничава приватност запосленог, а исто тако може бити наглашенија потреба да се уваже одређени елементи из приватног живота запосленог. Премда ни у посебним

режимима рада право запосленог на приватност није уређено на цјеловит и непосредан начин, сасвим се јасно изводи закључак о томе да је специфичан положај државних службеника (као резултат њихове посебне улоге и одговорности), умањио утицај чињеница из приватног живота на остваривање права по основу рада, чиме је осигуран једнак третман у запошљавању и на раду и заштита приватног живота државног службеника, али и да је, истовремено, довео до веће могућности ограничења права државног службеника на приватност, а што укључује и одговарајући утицај на онај дио његовог живота (изван радног времена и изван мјеста рада) који се, у принципу, сматра приватношћу. Специфичности остваривања права запосленог на приватност уочавају се и у посебном режиму рада помораца, а узроковане су чињеницом да рад на броду доводи до дуготрајне одвојености запосленог од куће и породице и немогућности вођења приватног живота на уобичајен начин. У складу са тим, стандарди којима се регулишу радни односи помораца посебну пажњу посвећују радном времену, животним условима помораца и њиховој приватној комуникацији, а што све има за циљ стварање достојанствених услова живота на броду и заштиту приватног живота поморца.

11. Због посљедица које носи са собом питање *престанка радног односа* је одувјек изазивало посебну пажњу, а од начина на који је регулисан овај важан институт радног права у великој мјери зависи и обим заштите приватног живота запосленог. Мада су поједини разлози за престанак радног односа по сили закона тијесно везани за приватни живот појединца, они значајније не утичу на његово ограничење, будући да је законодавац пажљиво цијенио значај сваког појединог разлога и да га је везао за лична својства запосленог само онда када је то неопходно, успостављајући на тај начин равнотежу између потребе да се заштити приватни и породични живот запосленог, на једној и потребе да се заштите економски интереси послодавца, на другој страни. Без обзира на то што се постојећа законска рјешења о престанку радног односа по сили закона могу критиковати, за заштиту приватног живота запосленог далеко су значајније оне одредбе које прописују недозвољене отказне разлоге. Ово из разлога што је мотив послодавца да откаже уговор о раду често везан управо за неко лично својство запосленог које није од значаја за извршавање рада, чиме се крши принцип једнаког третмана али се повријеђује и основно људско право на приватност. Охрабрује, међутим, чињеница

да се флексибилизација радног законодавства у погледу отказа уговора о раду није односила на разлоге које га чине ваљаним, већ да је данас, бар у оним земљама које традиционално његују институт оправданог отказног разлога, више него икад јединствен став о томе да отказ уговора о раду за свој основ не може имати неко лично својство запосленог. Ово је, између осталог, резултат подизања свијести о значају права на приватност као уставом и међународним конвенцијама гарантованог права. За заштиту запосленог од отказа мотивисаног чињеницама из његовог приватног живота од велике је важности предвидјети клаузуле које само *inter alia* наводе недозвољене отказне разлоге, будући да појам приватности и приватног живота није могуће коначно и унапријед дефинисати. Но, највећи изазов представља дефинисање услова под којима послодавац може направити изузетак од правила о недозвољеном отказном разлогу и отказати уговор о раду запосленом због личног својства. Мада постоје различити приступи о томе колико строго треба тумачити ове услове, неспорно је да се они односе на легитимне разлоге на страни послодавца, с тим да се са аспекта значаја и заштите људских права прихватљивијим чине она становишта према којима постојање легитимног разлога подразумијева да је одређено лично својство запосленог, или понашање у вези са њим, довело до стварног поремећаја у раду послодавца.

Без обзира на то што су послодавчева овлашћења у односу на запосленог, у принципу, омеђена радним временом, јасна подјела између радног и слободног времена, није сасвим могућа, будући да уговор о раду не престаје да важи оног момента када се оконча радно вријеме, већ да обавеза узајамног повјерања запосленог и послодавца и даље постоји, због чега и питање отказа уговора о раду због понашања запосленог у слободно вријеме (ван радног времена и ван мјеста рада) спада у једно од најсложенијих питања заштите приватног живота запосленог. Постоји салгасност о томе да је неминовно правити одређене изузетке од општег првила о томе да послодавац не може *a priori* интервенисати у приватни живот запосленог изван мјеста рада и радног времена, али да је то могуће учинити само онда када такво понашање има директан негативни утицај на пословање предузећа, односно када доводи до очигледних неприлика за послодавца, с тим да у том случају основ отказа није понашање запосленог, већ посљедице које оно носи са собом. Будући да се отказивање уговора о раду због понашања у слободно

вријеме коси са принципом неповриједивости и неприкосновености људских права, не чуди став суда у Стразбуру да отказ уговора о раду мора бити сразмјеран одговор на предметно понашање запосленог. Због сложености предметне материје и чињенице да не постоји јединствен образац по коме се одлучује о томе које активности запосленог у слободно вријеме су дозвољене а које не, пред радним правом налази се важан изазов рјешавања граничних случајева у којима је тешко одредити чему треба дати предност, интересу послодавца или приватном животу запосленог, посебно онда када је у понашању запосленог садржана радња кривичног дјела.

12. Титулар права на приватност је, у првом реду, појединац, па је, отуда, значај овог права далеко већи за остваривање индивидуалних него колективних права радника. То никако не значи да не треба изучавати везу овог права са важним институтима колективног радног права, тим прије што су они од значаја за остваривање индивидуалних права по основу рада. Ово је посебно важно за уживање синдикалних слобода, будући да свако предвиђање обавезе запосленог да приступи (или не приступи) синдикату представља повреду његове приватности, те да податак о синдикалној припадности спада у нарочито осјетљиву категорију личних података који као такав ужива заштиту у погледу сврхе и начина обраде. Позитивно радно право не обраћа, међутим, довољно пажње на заштиту података о синдикалној припадности, а о чему најбоље свједочи и чињеница да важећи поступак утврђивања репрезентативности синдиката подразумијева непосредно утврђивање бројности чланства на основу својеручних потписа чланова синдиката, чиме послодавац сасвим непотребно стиче увид у податке о синдикалној припадности као дијелу приватног живота запосленог.

Мада су се запослени од момента када им је призната слобода синдикалног организовања и дјеловања удружено борили за остваривање својих права, моћ колективног дјеловања нису значајније искористили за остваривање и заштиту основних људских права на радном мјесту. Потребно је, отуда, редефинисати улогу социјалних партнера у заштити приватног и породичног живота запосленог, посебно ако се узме у обзир да закони не обезбјеђују цјеловиту и непосредну заштиту овог права, нити поједина питања из ове области могу бити законски на уопштен начин дефинисана. Овдје се прије свега мисли на улогу коју синдикат,

савјет запослених или други представник радника може имати у процесу доношења одлука о запошљавању, реорганизацији, увођењу нове технологије у процес рада, правилнику о раду, заштити здравља и безбједности на раду, отпуштању и увођењу техничких или електронских уређаја за контролу извршавања рада, а што све јесу питања која, у мањој или већој мјери, утичу на заштиту права запосленог на приватност. И у упоредном праву, позитивни примјери саодлучивања социјалних партнера о овим питањима су још увијек ријетки, што оставља огроман простор да се колективним дјеловањем запослених ријеше бројна спорна питања везана за уживање права на приватност на раду, а што представља потенцијал који социјални партнери и савремено радно право морају препознати.

13. Поред тога што стиче својство осигураника, запослени у социјалном, баш као и у радном праву, задржава својство грађанина који ужива заштиту права на приватност. Остваривање права на приватност запосленог као осигураника, међутим, поред начела једнаког поступања карактерише и наглашенија улога начела солидарности, захваљујући чему се права из социјалног осигурања често остварују на бази потреба које су везане за приватни живот запосленог, а што представља потврду теза о томе да се заштита приватности не своди само на заштиту од упада у приватни живот запосленог, већ да она подразумијева и уважавање (потреба) његовог приватног и породичног живота. За остваривање права из области социјалног осигурања важна је и примјена начела *заштите личних података*, па се на све податке које запослени као осигураник доставља послодавцу или субјектима који обезбјеђују социјалне престације примјењују општа правила о прикупљању и обради личних података, вођењу одговарајућих евиденција, чувању и саопштавању података трећим лицима, а што све представља гаранцију да приватност запосленог у поступку остваривања права по основу социјалног осигурања неће бити нарушена у већој мјери него што је то неопходно.

Посебан ризик повреде приватног живота и интима запосленог као осигураника постоји у случају када он остварује права из области здравственог осигурања, због чега се предвиђају посебне мјере опреза у виду гарантовања *права на приватност и повјерљивост података* који се односе на здравље. Ово право, између осталог, подразумијева и то да здравствени радник/сарадник није овлашћен да било који податак о здравственом стању пацијента/запосленог саопшти његовом

послодавцу, већ да може, када је то потребно, дати само оцјену о способности, односно неспособности запосленог за обављање послова одређеног радног мјеста. У складу са овим, послодавац не може да захтијева достављање конкретних разлога привремене спријечености за рад у случају када је запослени остварио право на накнаду зараде усљед привремене спријечености за рад.

Позитивно право Црне Горе штити право запосленог на приватност на посредан и спорадичан начин, махом кроз оне институте радног права који традиционално постоје, као што су забрана дискриминације, прописивање недозвољених отказних разлога и предвиђање одређених погодности за запослене са породичним дужностима. Остаје, међутим, потреба да се систем заштите овог права осавремени и прилагоди потребама данашњег радног односа, како новелирањем законских текстова, тако и подстицањем социјалних партнера да на овом пољу буду активнији. На првом мјесту потребно је преиспитати оправданост општих услова (општа здравствена способност) али и појединих сметњи за заснивање радног односа, а цијели поступак заснивања радног односа учинити транспарентнијим и пружити запосленом законске гаранције да његова приватност у овом поступку неће бити нарушена. Недостатак одредаба о надзору над комуникацијом и о тестирању запослених никако не значи да послодавац овим поступцима не нарушава приватност запосленог, већ да радном праву у овој земљи тек предстоји рјешавање важних питања која се тичу уживања људских права и заштите достојанства на радном мјесту. Недостатак регулативе евидентан је и у случају рада код куће и рада на даљину, као и рада кућног помоћног особља, чиме се остављају широка овлашћења послодавцу да уређује услове рада, а самим тим и повриједи право запосленог на приватност. Када је у питању оцјена ваљаности отказног разлога највећи терет одговорности носе судови који имају нимало лак задатак да, вођени упоредном судском праксом, а посебно праксом европских судова, на оптималан начин избалансирају интерес радника са интересом послодавца у сваком конкретном случају. Не треба заборавити ни то да је за квалитетно рјешавање питања везаних за заштиту приватног живота запосленог, баш као и код свих других питања радног права, потребан дијалог и компромис социјалних партнера.

Мада се уочава растући тренд заштите права на приватност на радном мјесту, и међу упоредним радноправним системима је тешко пронаћи оне који обезбјеђују комплетну и непосредну заштиту права запосленог на приватност. Но, радно право мора овом, у основи грађанском, праву пронаћи адекватно мјесто у свијету рада јер су последице непоштовања права на приватни и породични живот запосленог далекосежне. Оне се прије свега састоје у немогућности постизања равнотеже између приватног и професионалног живота, а што даље води ка немогућности успостављања породичних, пријатељских и других односа, па самим тим до повреде достојанства запосленог, а по многима и до успостављања односа доминације на раду, због чега радном праву пријети опасност да се по питању заштите запослених врати у прошлост.

СПИСАК ЛИТЕРАТУРЕ

Монографије и уџбеници

- Анђелић, Н., *Кратка повјест људских права*, АЦИПС, Сарајево, 2008.
- Blainpain, R., *European Labour Law*, Kluwer Law International, The Hage/London, New York, 2012.
- Богдановић, Р., *Рјечник правних ријечи и израза*, Номос, Београд, 2003.
- Брајић, В., *Радно право*, Савремена администрација, Београд, 2011.
- Deakin, S., Morris, G., *Labour law*, Fifth edition, Oxford, Hart Publishing, 2009.
- Димитријевић, В., Поповић, Д., Папић, Т., Петровић, В., *Међународно право људских права*, Београдски центар за људска права, Београд, 2007.
- Ditertr, Ž., *Izvod iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava*, JP Službeni glasnik, 2006.
- Freedland, M., *Data Protection and Employment in the European Union – An Analytical Study of the Law and Practice of Data Protection and the Employment Relationship in the EU and its Memeber States*, Oxford, 1999.
- Фриимерман, А., *Радно право*, Југословенски завод за продуктивност рада, Београд, 1986.
- Гајин, С., *Људска права*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду, Београд, 2012.
- Greer, S., *The European Convention on Human Rights - Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge University press, New York, 2006.
- Gregory, R. J., *Your Workplace Rights*, American Management Aassociation, New York, 1999.
- Gomien, D., *Evropska konvencija o ljudskim pravima-priručnik*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Zadar, 2007.
- Guerin, L., *Employment law: The Essential HR Desk Reference*, Nolo, Berkeley, 2011.
- Hendrickx, F., *Protection of workers' personal data in the European Union: general issues and sensitive data*, University of Leuven, University of Tilburg, 2002.

- Јакшић, А., *Европска конвенција о људским правима-коментар*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2006.
- Јашаревић, С., *Социјално право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2010.
- Јовановић, П., *Радно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2012.
- Кићановић, О., *Коментар Закона о спрјечавању злостављања на раду*, Социјално-економски савјет Републике Србије, Београд, 2011.
- Клајн, И., Шипка, М., *Велики рјечник страних ријечи и израза*, четврто издање, Прометеј, Нови Сад, 2008.
- Ковачевић, Љ., *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013.
- Ковачевић, Љ., *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016.
- Кошутевић, Б., *Основи права Европске уније*, ЦИД, Подгорица, 2014.
- Крстић, И., *Право на поштовање приватног и породичног живота-члан 8 Европске конвенције о људским правима*, Београдска иницијатива за људска права, Београд, 2006.
- Landau, E., Beigmeder, Y., *From ILO standards to EU law*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2008.
- Loucaides, L. G., *The European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 2007.
- Лубарда, Б., *Рјешавање колективних радних спорова – методи и институције*, Правни факултет универзитета у Београду, Београд, 1999.
- Лубарда, Б., *Европско радно право*, ЦИД, Подгорица, 2004.
- Лубарда, Б., *Радно право - расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012.
- Лубарда, Б., *Увод у радно право са елементима социјалног права*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2013.
- Милетић, Г. (ур.), *Компилација пресуда Европског суда за људска права које се тичу LGBT заједнице*, Књига I, Civil Rights Defenders, Београд, 2014.
- Обрадовић, Г., *Примјена међународних стандарда рада*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2011.

- Обрадовић, Г., Ковачевић-Перић, С., *Дисциплинска одговорност запослених*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2016.
- Пајванчић, М., *Уставно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2014.
- Пауновић, М., Кривокапић, Б., Крстић, И., *Основи Међународних људских права*, Мегатренд универзитет, Београд, 2007.
- Пауновић, М., Кривокапић, Б., Крстић, И., *Међународна људска права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013.
- Пажин, З., *Грађанскоправни аспект заштите права личности и слобода медија*, British Embassy, Podgorica.
- Перић, С., *Пристојан рад*, Докторска дисертација (необјављена), Универзитет у Нишу, Правни факултет, 2011.
- Петрушић, Н., Бекер К. (ур.), *Практикум за заштиту од дискриминације*, Партнери за демократске промјене и Центар за алтернативно рјешавање сукоба, Београд, 2012.
- Петрушић, Н. (ур.), *Приручник за борбу против дискриминације на раду*, Повјереник за заштиту равноправности, Београд, 2012.
- Поповић, Д., *Европско право људских права*, ЈП Службени гласник, 2012.
- Поповић, А. Т., *Сметње за заснивање радног односа – легитимни циљеви и ограничења*, Докторска дисертација (необјављена), Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд, 2016.
- Радишић, Ј., *Медицинско право*, Номос, Београд, 2008.
- Радишић, Ј., *Облигационо право*, Номос, Београд, 2008.
- Радуловић, Д., *Кривично процесно право*, Правни факултет, Универзитет Црне Горе, Подгорица, 2015.
- Ramirez-Machado, J. M., *Domestic work, conditions of work and employment: A legal perspective*, International Labour Office, Geneva, 2003.
- Rid, K., *Evropska konvencija o ljudskim pravima*, (prev. L. Budimlić, N. Dobrković), Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2007.
- Samuel, L., *Fundamental Social Rights-Case Law of European Social Charter*, Council of Europe Publishing, 2002.
- Servais, J.-M., *International Labour Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, 2011.

- Smith, P.R., Hodged, A. C., Stabile, S.J., Gely, R., *Principles of Employment Law*, The Labour Law Group, WEST, 2009.
- Станковић, О., Перовић, С., Трајковић, М. (ур.), *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, Службени лист СФРЈ, Београд, 1978.
- Стојановић, З., *Кривично право*, ЦИД, Подгорица, 2008.
- Taylor, S., *Employment law*, Oxford, 2006.
- Tintiћ, N., *Radno i socijalno pravo*, Knjiga prva: Radni odnosi (I), Sveučilište u Zagrebu, Zagreb, 1969.
- Tintiћ, N., *Radno i socijalno pravo*, Knjiga prva: Radni odnosi (II), Narodne Novine, Zagreb, 1972.
- Вукашиновић-Радојичић, З., *Европски службенички системи*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2013.
- Шундерић, Б., *Право Међународне организације рада*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2001.
- Шундерић, Б., Ковачевић, Љ., *Радно право – Приручник за полагање правосудног испита*, ЈП Службени гласник, 2017.

Радови у зборницима, научни и стручни чланци

- Albin, E., Mantouvalou, V., „The ILO Convention on domestic workers: from the shadows to the light“, *Industrial Law Journal*, vol.41, број 1, 2012.
- Alon-Shenker, P., Davidov, G., „Applying the principal of proportionality in employment and labour law contexts“, www.labourlawresearch.net/papers, 30.06.2014.
- Banderet, M.E., „Discipline at the workplace: a comparative study of law and practice – the sources and substance od disciplinary law“, *International Labour Review*, vol.123, број 3, 1986.
- Barrows, R.C., Clayton, P.D., „Privacy, confidentiality and electronic medical records“, *Journal of the American Medical Informatics Association*, vol.3, број 2, 1996.
- Barsook, B., Roemer, T., „Workplace e-mail raises privacy issues“, *American City & County*, September, 1998.
- Berg, N., Lien, D., „Measuring the effect of sexual orientation on income: evidence of discrimination?“, *Contemporary Economic Policy*, vol.20, број 4, 2002.

- Billett, S., Dymock, D., Johnson, G., Martin, G., „Last resort employees: older workers` perceptions of workplace discrimination“, *Human Resource Development International*, vol.14, broj 4, 2011.
- Blanpain, R., „Employee privacy issues: Belgian report“, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, Fall 1995.
- Calder, J., „Who will be free? The battles for human rights to 2050“, *The futurist*, November-December, 2012.
- Colligan, T. W., Higgins E. M., „Workplace stress: etiology and consequences“, *Journal of Workplace Behavioral Health*, vol. 21, broj 2, 2005.
- Collins, H., „The impact of human rights law on contract law in Europe“, *Legal Studies Research Paper*, University of Cambridge, Faculty of Law, broj 13/2011.
- Collins, H., Mantouvalou, V., „Redfearn v UK: political association and dismissal“, *The Modern Law Review*, vol.76, broj 5, 2013.
- Craig, J. D. R., Oliver, H. D., „The right to privacy in the public workplace: should the private sector be concerned?“, *Industrial Law Journal*, vol.27, broj 1, 1998.
- Даниловић, Ј., „Право на приватност запослених“, *Анали правног факултета у Београду*, broj 2, 2017.
- Davidov, G., „The principle of proportionality in labour law and its impact on precarious workers“, Preliminary draft, www.labourlawresearch.net/papers, 30.06.2014.
- Dickson, C. E., „Antecedents and consequences of perceived family responsibilities discrimination in the workplace“, *The Psychologist-Manager Journal*, vol.11, broj 1, 2008.
- Duffy, M., Sperry, L., „Workplace mobbing: individual and family health consequences“, *The Family Journal*, vol. 15, broj 4, 2007.
- Einarsen, S., „The nature and causes of bullying at work“, *International Journal of Manpower*, vol.20, broj 1/2, 1999.
- Evans, L., „Monitoring technology in the american workplace: would adopting english privacy standards better balance employee privacy and productivity“, *California Law Review*, vol.95, broj 4, 2007.
- Fairweather, N. B., „Surveillance in employment: The case of teleworking“, *Journal of Business Ethics*, vol.22, broj 1, 1999.

- Findley, H., Jones, G. R., Dodd-Walker E., Edwards T., Orendorff J., „Age-based hostile environment“, *Journal of Business and Behavioral Sciences*, vol.27, број 2, 2015.
- French, S., „Genetic testing in the workplace: the employer`s coin toss“, *Duke Law & Technology Review*, 2002.
- Fudge, J., „Labour rights as human rights: turning slogans into legal claims“, *Dalhousie Law Journal*, vol.3, број 2, 2014.
- Hiebl, C., Boot, G., „The application of the EU framework for disability discrimination in 18 european countries“, *European Labour Law Journal*, vol.4, број 2, 2013.
- Gates, T. G., „Why employment discrimination matters: well-being and te queer employee“, *Journal of Workplace Rights*, vol.16, број 1, 2001-2002.
- Giga, S.I., Hoel, H., „Is it racial discrimination or bullying? An exploration into the relationship between racial background and experiences of workplace bullying“, *The Fifth International Conference on Bullying and Hrassment in the Workplace – „The Way Forward“*, 15.-17. June, Dublin, 2006.
- Godard, B., Raeburn, S., Pembrey, M., Bobrow, M., Farndon, P., Aymé, S., „Genetic information and testing in insurance and employment: technical, social and ethical issues“, *European Journal of Human Genetics*, број 11, 2003.
- Irving, P., „Self-empoverment in later life as a response to ageism“, *Journal of the American Society on Aging*, vol.39, број 1, 2015.
- Jaakson, K., Kallaste, E., „Beyond flexibility: reallocation of responsibilities in the case of telework“, *New Technology, Work and Employment*, vol.25, број 3, 2010.
- Jahn, E. J., „Do firms obey the law when they fire workers? – Social criteria and severance payments in Germany“, *Discussion Papers - Paper No.22*, Labor and Socio-Economic Research Centar, University of Erlangen – Nuremberg, 2008.
- Јашаревић, С., „Актуелни концепт здраве радне средине у међународним радним стандардима“ у: Б. Шундерић, Б. Лубарда, П. Јовановић (ур.), *Социјална права и европске интеграције*, Зборник радова са Савјетовања правника, 5-8. октобар 2011, Златибор, Удружење за радно право и социјално осигурање Србије, Београд, 2011.
- Јашаревић, С., „Заштита од дискриминације на раду“, *Радно и социјално право*, Београд, број 1/2012.

- Јовановић, П., „Интересни сукоби и социјална стабилност у сфери радних односа“, *Радно и социјално право*, Београд, број 1/2013.
- Јовановић, П., „Морални интегритет запослених и његов радноправни оквир“ у: Б. Шундерић, Б. Лубарда, П. Јовановић (ур.), *Социјална права и европске интеграције*, Зборник радова са Савјетовања правника, 5-8. октобар 2011, Златибор, Удружење за радно право и социјално осигурање Србије, Београд, 2011.
- Каламатиев, Т., „Општа начела, видови запошљавања и колективна права запослених у јавном сектору“, *Радно о социјално право*, Београд, број 1/2014.
- Каламатиев, Т., Трешњев, А., „Позитивно-правна регулатива штрајка и његова кривично-правна заштита (компаративна анализа у Републици Македонији и Републици Србији)“, *Радно и социјално право*, Београд, број 1/2008.
- Ковачевић, Љ., „Прикупљање и коришћење података о личности као радноправни проблем“ у: Б. Шундерић, Б. Лубарда, П. Јовановић (ур.), *Социјална права и европске интеграције*, Зборник радова са Савјетовања правника, 5-8. октобар 2011, Златибор, Удружење за радно право и социјално осигурање Србије, Београд, 2011.
- Ковачевић, Љ., „Плаћени рад у домаћинству послодавца“, *Радно и социјално право*, Београд, број 2/2013.
- Ковачевић, Љ., „Радноправна заштита грађанских слобода и права запослених на радном мјесту – продор демократских вриједности у свијет рада или компензација за већу несигурност запослења“, *Теме*, број 4, октобар-децембар 2013.
- Ковачевић, Љ., „Забрана старосне дискриминације радника у свијетлу концепције активног старења и међугенерациске солидарности“, *Радно и социјално право*, Београд, број 1/2012.
- Ковачевић-Перић, С., „Пристојан рад за раднике у домаћинствима“, *Радно и социјално право*, Београд, број 2/2012.
- Lau, H., Stotzer, R. L., „Employment discrimination based on sexual orientation: A Hong Kong study“, *Employee Responsibilities & Rights Journal*, број 23, 2011.
- Luttenberger, A., „Izazovi autonomnog regulisanja statusa pomoraca u Republici Hrvatskoj“, *Pomorski zbornik*, број 43, 2005.

- Lygutas, A., „Human rights in the context of counter-terrorism measures: United States of America“, *Jurisprudence*, број 3, 2009.
- Mantouvalou, V., „Work and private life: *Sidabras and Dziautas v Lithuania*“, *European Law Review*, vol.30, 2005.
- Mantouvalou, V., „Are labour rights human rights?“, Working paper, 2012, www.labourlawresearch.net/papers, 30.06.2014.
- Mantouvalou, V., „Private life and dismissal“, *Industrial Law Journal*, vol.38, број 1, 2009.
- Mantouvalou, V., „Human rights and unfair dismissal: private act in public spaces“, *Modern Law Review*, vol.71, број 6, 2008.
- Marković, S., „Terorizam i druga krizna stanja savremenog društva i njihov uticaj na ograničavanje ljudskih prava i demokratiju“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol.16, број 1/2009.
- Muižnieks, N., „The future of human rights protection in Europe“, *Security and Human Rights*, vol.24, број 1, 2013.
- Мујовић-Зорнић, Х., Медицино право - интердисциплинарност и сарадња, Београд, 2013, <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/dramar/h.mujuvic.medicinsko%20pravo.pdf>, 08.06.2015.
- Neila, E.C., „Fundamental rights of workers in the digital age: a methodological approach from a case study“, Working paper, 2012, www.labourlawresearch.net/papers, 30.06.2014.
- Numhauser-Henning, A., „Labour law in a greying labour market – in need of a reconceptualisation of work and pension norms“, *European Labour Law Journal*, vol.4, број 2, 2013.
- Oelz, M., „The ILO domestic workers convention and recommendation: a window of opportunity for social justice“, *International Labour Review*, vol.153, број 1, 2014.
- Padgett, M. Y., Padgett, R. J., Morris, K. A., „Perceptions of nepotism beneficiaries: The hidden price of using a family connection to obtain a job“, *Journal of Business & Psychology*, број 2, 2015.

- Palma Ramalho, M., „Age discrimination, retirement conditions and specific labour arrangements: the main trends in the application of Directive 2000/78/EC in the field of age discrimination“, *European Labour Law Journal*, vol.4, број 2, 2013.
- Palm, E., „Privacy expectations at work—what is reasonable and why?“, *Ethical Theory & Moral Practice*, vol.12, број 2, 2009.
- Pizer, J. C., Sears, B., Mallory, C., Hunter, N.D., „Evidence of persistent and pervasive workplace discrimination against LGBT people: the need for federal legislation and providing for equal employments benefits“, *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol.45, 2012.
- Петровић, А.К., „Проблеми разликовања дискриминације и злостављања на раду у правној теорији и пракси Републике Србије“, *Правни вјесник*, број 2, 2014.
- Randle, N., Mathis, C., Cates, D., „Coping to repair the career damage of workplace weight discrimination“, *Journal of Organizational Culture, Communications and Conflict*, vol.16, број 1, 2012.
- Ray, J-E., Rojot, J., „Worker privacy in France“, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, Fall 1995.
- Ray, J-E., „Temps professionnel et temps personnels“, *Droit Social*, broj 1/2004.
- Reed, C. M., „Anti-nepotism rules and dual career couples: policy questions for public personnel administrators“, *Public Personnel Management*, vol.17, број 2, 1988.
- Reed, C. M., Cohen, L. J., „Anti-nepotism rules: the legal rights of married co-workers“, *Public Personnel Management*, vol.18, broj 1, 1989.
- Reinhard, H.-J., „Information technology and worker`s privacy: a compartive study: Part III: Recurring questions of comparative law“, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, Winter 2002.
- Rodgers, L., „Human rights, social justice and labour law“ Conference paper 2013, www.labourlawresearch.net/papers, 30.06.2014.године.
- Roscigno, V. J., Mong, S., Byron, R., Tester, G., „Age discrimination, social closure and employment“, *Social Forces*, vol.86, број 1, 2007.
- Rothstein, M. A., „Genetic privacy and confidentiality: why they are so hard to protect“, *The Jurnal of Law, Medicine and 9 Ethics*, 2001.
- Rukavina, B., „Radni, životni i socijalni uvjeti pomoraca u kontekstu rješenja Konvencije o radu pomoraca i nacionalnog prava“, *Pomorstvo*, број 1, 2007.

- Sanders, A., „The law of unfair dismissal and behaviour outside work“, *Legal Studies*, vol.34, broj 2, 2014.
- Santhosh, V.A., „Co-working married couples: the Scapegoat of recession“, *Review of Management*, vol.1, broj 2, 2011.
- Seigne, E., Coyne, I., Randall, P., Parker, J., „Personality as a factor in bullying at work“, *The Fifth International Conference on Bullying and Harassment in the Workplace – „The Way Forward“*, 15. – 17. June, Dublin, 2006.
- Ssenyonjo, M., „Economic, social and cultural rights: an examination of state obligations“ y: Joseph, S., McBeth, A. (yp.), *Research Handbook on International Human Rights Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2010.
- Siddiqua, R., „Domestic workers: protection of rights and their way forward“, *ASA University Review*, vol. 8, broj 2, 2014.
- Swift, J., „Justifying age discrimination“, *Industrial Law Journal*, vol.35, broj 3, 2006.
- Vickers, L., „Unfair dismissal and human rights“, *Industrial Law Journal*, vol.33, broj 1, 2004.
- Vermaas, K., Bongers, F., „Broadband in telework health and safety: the user perspective“, *Journal of Internet Commerce*, vol.6, broj 2, 2007.
- Vigneau, C., „Information technology and worker`s privacy: Regulatory techniques“, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, vol.23, 2002.
- Vigneau, C., „Information technology and workers` privacy: a comparative study: Part II: Nacional studies: information technology and workers` privacy: The French law“, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, Winter 2002.
- Weiss, M., Geck B., „Worker privacy in Germany“, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, Fall 1999.
- Zidar, A., „Lustracija: uklanjanje protivnika demokratije sa javnih položaja“, *Nova revija*, Ljubljana, 1996.

КОРИШЋЕНИ ПРАВНИ ИЗВОРИ

I) Извори међународног поријекла

1. Организација уједињених нација

Универзална декларација о људским правима (Universal Declaration of Human Rights, adopted by General Assembly resolution 217 /III/ of 10 December 1948).

Међународни пакт о грађанским и политичким правима („Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори“, број 7/71, преузета Одлуком о проглашењу независности Републике Црне Горе, „Сл. лист РЦГ“, бр.36/2006).

Међународни пакт о економским социјалним и културним правима („Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори“, број 7/71, преузета Одлуком о проглашењу независности Републике Црне Горе, „Сл. лист РЦГ“, бр.36/2006).

Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена („Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори“, број 11/81, преузета Одлуком о проглашењу независности Републике Црне Горе, „Сл. лист РЦГ“, бр.36/2006).

Конвенција о правима лица са инвалидитетом („Сл. лист ЦГ – Међународни уговори“, број 2/2009).

World Youth Report 2003: Report of the Secretary-General UN, Official document: A/58/79 & E/CN.5/2003/4.

2. Међународна организација рада

2.1. Стандарди

Декларација о социјалној правди за поштену глобализацију (ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, adopted by the International Labour Conference, 97th Session, Geneva, June, 2008).

Конвенција број 87 о синдикалним слободама и заштити синдикалних права („Сл. лист ФНРЈ“, број 8/58, преузета Одлуком о проглашењу независности Републике Црне Горе, „Сл. лист РЦГ“, бр.36/2006).

Конвенција број 102 о минималној норми социјалне сигурности („Сл. лист ФНРЈ“, број 1/55, преузета Одлуком о проглашењу независности Републике Црне Горе, „Сл. лист РЦГ“, бр.36/2006).

Конвенција број 111 о дискриминацији у погледу запошљавања и занимања („Сл. лист ФНРЈ – Додатак“, број 3/61, преузета Одлуком о проглашењу независности Републике Црне Горе, „Сл. лист РЦГ“, бр.36/2006).

Конвенција број 135 о заштити и олакшицама које се пружају представницима радника у предузећу („Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори“, број 14/82, преузета Одлуком о проглашењу независности Републике Црне Горе, „Сл. лист РЦГ“, бр.36/2006).

Конвенција број 155 о заштити на раду, здравственој заштити и радној средини („Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори“, број 7/87, преузета Одлуком о проглашењу независности Републике Црне Горе, „Сл. лист РЦГ“, бр.36/2006).

Конвенција број 156 о једнаким могућностима и третману за раднике са породичним обавезама („Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори“, број 7/87, преузета Одлуком о проглашењу независности Републике Црне Горе, „Сл. лист РЦГ“, бр.36/2006).

Конвенција број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца („Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори“, број 4/84, преузета Одлуком о проглашењу независности Републике Црне Горе, „Сл. лист РЦГ“, бр.36/2006).

Конвенција број 159 о професионалној рехабилитацији и запошљавању инвалида („Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори“, број 3/87, преузета Одлуком о проглашењу независности Републике Црне Горе, „Сл. лист РЦГ“, бр.36/2006).

Конвенција број 177 о раду код куће (Convention No.177 concerning Home Work).

Конвенција број 183 о заштити материнства („Сл. лист ЦГ – Међународни уговори“, број 1/11).

Конвенција број 189 о пристојном раду запослених у домаћинству (Convention No.189 concerning Decent Work for Domestic Workers).

Конвенција о раду помораца из 2006.године („Сл. лист ЦГ – Међународни уговори“, број 13/14).

Препорука број 157 о запошљавању и условима рада и живота здравствених радника (Recommendation concerning employment and conditions of work and life of nursing personnel, 1977).

Препорука број 162 о старијим радницима (Recommendation concerning Older Workers, 1980).

Препорука број 165 о једнаким могућностима и третману за раднике са породичним обавезама (Recommendation concerning Equal Opportunities and Equal Treatment for Workers with Family Responsibilities, 1981).

Препорука број 166 о престанку радног односа на иницијативу послодавца (Recommendation concerning Termination of Employment at the Initiative of the Employer, 1982).

Препорука број 171 о службама за заштиту на раду број 171 (Occupational Health Services Recommendation, 1985).

Препорука број 184 о раду код куће (Recommendation concerning Home Work, 1996)

Препорука број 191 о заштити материнства (Maternity Protection Recommendation, 2000).

Препорука број 200 о ХИВ-у и сиди у свијету рада (Recommendation concerning HIV and AIDS and the World of Work).

2.2. Документи

Condition of the work digest, Workers` s privacy Part I: Protection of personal data, International Labour Office, Geneva, vol.10, број 2, 1991.

Conditions of work digest, Workers` privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace, International Labour Office, Geneva, vol.12, број 1, 1993.

Conditions of work digest, Workers` privacy Part III: Testing in the workplace, International Labour Office, Geneva, vol.12, број 2, 1993.

Protection of worker`s personal data, An ILO code of practice, International Labour Office, Geneva, 1997.

ILO, 75th Session, Report III (Part 4B), *Equality in employment and occupation. General Survey by the Committee of Experts on the Application of Convention and Recommendation*, International Labour Office, Geneva, 1988.

ILO, 82th Session, *Protection against unjustified dismissal*, International Labour Office, Geneva, 1995.

Technical and ethical guidelines for worker`s health surveillance, Occupational Safety and Health Series, No.72, International Labour Office, Geneva, 1998.

Protection against unjustified dismissal, International Labour Conference, 82nd Session, International Labour Office, Geneva, 1995.

An ILO code of practice on HIV/AIDS and the world of work, International Labour Office, Geneva, 2001.

The Cost of Violence/Stress at Work and the Benefits of a Violence/Stress Free Working Environment, Report Commissioned by the International Labour Organization, Geneva, 2001.

Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, International Labour Office, Geneva, 2006.

ILO, 96th Session, *Equality at work: Tackling the challenges*, Report of the Director-general, International Labour Office, Geneva, 2007.

Mandatory HIV testing for employment of migrant workers in eight countries of South-East Asia: From discrimination to social dialogue, ILO Subregional Office for East Asia International Organization for Migration, Bangkok, 2009.

ILO, 99th Session, Report IV (1), *Decent work for domestic workers*, International Labour Office, Geneva, 2010.

Guidance on implementing the Maritime Labour Convention 2006, International Labour Office, Geneva, 2012.

Report on Collective Dismissals: A comparative and contextual analysis of the law on collective redundancies in 13 European countries, International Labour Office, Geneva, 2016.

3. Савјет Европе

3.1. Прописи и документи

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода („Сл. лист СЦГ – Међународни уговори“, број 9/2003, преузета Одлуком о проглашењу независности Републике Црне Горе, „Сл. лист РЦГ“, бр.36/2006).

Конвенција о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података („Сл. лист СРЈ – Међународни уговори“, број 1/92 и „Сл. лист СЦГ – Међународни уговори“, број 11/2005, преузета Одлуком о проглашењу независности Републике Црне Горе, „Сл. лист РЦГ“, бр.36/2006).

Ревидирана европска социјална повеља (“Сл. лист ЦГ – Међународни уговори“, бр. 06/09).

Препорука Комитета Министара о заштити личних података који се користе у сврхе запослења (Recommendation No. R (89) 2 of the Committee of Ministers to Member States concerning the protection of personal data used for employment purposes).

Internet: case-law of the European Court of Human Rights, Council of Europe/ European Court of Human Rights, Research Divisions, 2015.

3.2. Јуриспруденција Европског суда за људска права

Пресуда ЕСЉП у случају Леандер (Leander) против Шведске од 26. марта 1987.године (поднесак бр.9248/81).

Пресуда ЕСЉП у случају Нимитс (Niemietz) против Њемачке од 16. децембра 1992.године (поднесак бр.13710/88/01).

Пресуда ЕСЉП у случају Халфорд (Halford) против Велике Британије од 25. јуна 1997.године (поднесак бр.20605/92).

Пресуда ЕСЉП у случају Мадсен (Madsen) против Данске од 7. новембра 2002.године (представка бр.58341/00).

Пресуда ЕСЉП у случају Вретлунд (Wretlund) против Шведске од 9. марта 2004.године (представка бр.46210/99).

Пресуда ЕСЉП у случају Копланд (Copland) против Уједињеног Краљевства од 3. априла 2004.године (представка бр.61617/00).

Пресуда ЕСЉП у случају Сидабрас и Џиаутас (*Sidabras and Dziautas*) против Литваније од 27. јула 2004.године (представке бр.55480/00 и бр.59330/00).

Пресуда ЕСЉП у случају Пив (Peev) против Бугарске од 26. јула 2007.године (представка бр. 64209/01).

Пресуда ЕСЉП у случају АСЛЕФ (ASLEF) против Велике Британије од 27. фебруара 2007.године (представка бр. 11002/05).

Пресуда ЕСЉП у случају Маркин (Constantin Markin) против Русије од 22. марта 2012.године (представка бр. 30078/06).

Пресуда ЕСЉП у случају Мартинес (Martínez) против Шпаније од 12. јуна 2014.године (представка бр. 56030/07).

Пресуда ЕСЉП у случају Барбулеску (Bărbulescu) против Румуније од 12. јануара 2016.године (представка бр. 61496/08).

Пресуда ЕСЈП у случају Барбулеску (Bărbulescu) против Румуније од 5. септембра 2017.године (представка бр. 61496/08).

Пресуда ЕСЈП у случају Регнер (Regner) против Републике Чешке од 19. септембра 2017.године (представка бр.35289/11).

4. Европска Унија

4.1. Прописи и документи

Charter of Fundamental Rights of the European Union (*Official Journal* C 364/1, 18.12.2000.).

Council Directive 89/391/EEC of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work (*Official Journal* L 183, 29.6.1989, стр. 1–8).

Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC) (*Official Journal* L 348, 28.11.1992, стр. 1–7).

Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (*Official Journal* L 281, 23.11.1995, стр. 31–50).

Directive 96/34/EC on the framework agreement on parental leave concluded by UNICE Council Directive 96/34/EC of 3 June 1996 on the framework agreement on parental leave concluded by UNICE, CEEP and the ETUC, (*Official Journal* L 145, 19.6.1996, стр. 4–9).

Council Directive 97/80/EC of 15 December 1997 on the burden of proof in cases of discrimination based on sex (*Official Journal* L 14, 20.1.1998, стр. 6–8).

Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies (*Official Journal* L 225, 12.8.1998, стр. 16–21).

Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, (*Official Journal* L 303, 2.12.2000, стр. 16–22).

Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (*Official Journal* L 204, 26.7.2006, стр. 23–36).

Framework agreement on telework concluded by ETUC, UNICE/UEAPME and CEEP of 16 July 2002.

Framework Agreement on Work-Related Stress concluded by ETUC, UNICE/UEAPME and CEEP of 8 October 2004.

Framework agreement on harassment and violence at work concluded by BUSINESSSEUROPE, UEAPME, CEEP and ETUC of 26 April 2007.

Article 29 Data Protecting Working Party, Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context, 5062/01/EN/Final WP 48, adopted on 13 September 2001.

Article 29 Data Protecting Working Party, Working document on the surveillance of electronic communications in the workplace, 5401/01/EN/Final WP 55, adopted on 29 May 2002.

4.2. Одлуке Суда правде

Пресуда у предмету C-13/05 (*Sonia Chacón Navas v. Eurest Colectividades*), од 11. јула 2006.године (European Court reports 2006, I-06467).

Пресуда у предмету C-170/84 (*Bilka Kaufhaus GmbH v. Karin Weber von Hartz*), од 13. маја 1986.године (European Court reports 1986, 01607).

Пресуда у предмету C-262/88 (*Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group*), од 17. децембра 2010.године (European Court reports 2010, I-00174).

II Домаћи извори

1. Извори права

Устав Црне Горе („Сл. лист ЦГ“, бр.01/07).

Закон о банкама („Сл. лист ЦГ“, бр.17/08, 44/10, 40/11).

Закон о војсци ("Сл. лист ЦГ", бр. 88/09, 75/10, 40/11, 32/14).

Закон о забрани дискриминације ("Сл. лист ЦГ", бр.46/10, 40/11, 18/14).

Закон о заштити генетичких података („Сл. лист ЦГ“, бр. 25/10, 40/11).

Закон о заштити података о личности ("Сл. лист ЦГ", бр.79/08, 70/09, 44/12).

Закон о заштити и спасавању ("Сл. лист ЦГ", бр. 13/07, 05/08, 86/09, 32/11).

Закон о здравственој заштити („Сл. лист РЦГ“, бр.39/04 и „Сл. лист ЦГ“, бр.14/10, 40/11).

Закон о здравственом осигурању ("Сл. лист ЦГ", бр. 006/16).

Закон о лијечењу неплодности асистираним репродуктивним технологијама („Сл. лист ЦГ“, бр.74/09).

Општи закон о образовању и васпитању („Сл. лист РЦГ“, бр.64/02,31/05 и „Сл. лист ЦГ“, бр.49/07, 04/08 21/09, 45/10, 40/11, 45/11, 36/13, 39/13, 44/13).

Закон о правима пацијената („Сл. лист ЦГ“, бр.40/10, 40/11).

Закон о професионалној рехабилитацији и запошљавању лица са инвалидитетом („Сл. лист ЦГ“, бр.49/2008, 73/2010, 39/2011).

Закон о раду („Сл. лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 59/2011, 66/2012, 31/14).

Закон о рачуноводству и ревизији („Сл. лист РЦГ“, бр.69/05 и „Сл. лист ЦГ“, бр.80/08, 73/10, 32/11).

Закон о сигурности поморске пловидбе („Сл. лист ЦГ“, бр.62/13, 47/15).

Закон о стечају („Сл. лист ЦГ“, бр.01/11).

Закон о измјенама и допунама закона о пензијском и инвалидском осигурању („Сл. лист ЦГ“, бр.78/10).

Закон о уставном суду („Сл. лист ЦГ“, бр. 64/08, 46/13, 51/13).

Закон о штрајку („Сл. лист ЦГ“, бр. 11/15).

Етички кодекс државних службеника и намјештеника, („Сл. лист Црне Горе", бр. 20/12).

Правилник о издавању, обнови и одузимању лиценце („Сл. лист ЦГ“, бр.51/11).

Грански колективни уговор за здравствену дјелатност („Сл. лист ЦГ“, бр. 11/2012).

Колективни уговор за дјелатност туризма и угоститељства („Сл. лист ЦГ“, бр.29/11).

Општи колективни уговор („Сл. лист ЦГ“, бр.14/14).

2. Пракса судова и управних агенција

Пресуда Врховног суда Црне Горе, Рев. бр.448/11 од 27.04.2011.године.

Пресуда врховног суда Црне Горе, Рев. бр.451/14 од 03.06.2014.године.

Пресуда Врховног суда Црне Горе, Рев. бр. 853/14 од 22.10.2014.године.

Пресуда Вишег суда у Подгорици, Гж. 4991/13 од 23. 12. 2013.године.

Билтен Врховног суда Црне Горе, Подгорица, бр.1/2011.

Рјешење Агенције за заштиту личних података и слободан приступ информацијама
Црне Горе, број 463/11 од 23.06.2011.године.

III Страни извори и судска пракса

Србија

Закон о раду ("Сл. гласник РС", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014,
113/2017).

Закон о забрани дискриминације ("Сл. гласник РС", бр.22/09).

Закон о одговорности за кршење људских права ("Сл. гласник РС", бр. 58/03).

Хрватска

Закон о раду („НН“ 93/14).

Закон о родилним и родитељским правима („НН“, бр. 85/08, 110/08, 34/11, 54/13,
152/14, 59/17).

Национални колективни уговор за хрватске поморце на бродовима у међународној
пловидби (2013-2015), закључен између „Mare nostrum“ (Удруга хрватских
послодаваца – бродара у међународној поморској пловидби) и Синдиката
помораца Хрватске.

Словенија

Закон о деловних размерјих („Урадни л. РС“, шт. 42/02 з дне 15.5.2002).

Пољска

Polish Labour Code (z dnia 23 grudnia 1997 r., Dz.U . tłum. gb 1998 Nr 21, poz. 94).

Аустралија

A guide to the Privacy Act for employers and employees, Office of the Privacy Commissioner, Wellington, 2008.

Биографија аутора

Милица Ковач-Орландић рођена је 25. јула 1983.године у Никшићу, гдје је завршила основну школу и три разреда гимназије. Четврти разред средње школе завршила је и матурирала у „*Heath High School*“, *Paducah, KY-USA*. Током боравка у САД-у бавила се волонтерским радом.

Дипломирала је на Правном факултету Универзитета Црне Горе у Подгорици 2007.године са просјечном оцјеном 9,15. Као студент награђивана је више пута од стране Факултета. Током студирања учествовала је у раду великог броја семинара и школа права.

У школској 2007/2008.години уписала је мастер академске студије на Правном факултету Универзитета у Београду и у априлу 2010.године одбранила мастер рад на тему „Право на стручно усавршавање – концепт доживотног учења и остваривање права“, под менторством професора др Бранка А. Лубарде.

У школској 2010/2011.години уписала је докторске академске студије, Радноправна ужа научна област. Пројекат докторске дисертације одбранила је 13. марта 2015.године пред комисијом у саставу: проф. др Бранко Лубарда, проф. др Предраг Јовановић и проф. др Љубинка Ковачевић. Са темом докторске дисертације представила се на „*8th Seminar for young researchers on European Labour Law and Social Law*“ одржаном у Варшави у априлу 2015.године.

Од школске 2009/2010.године кандидаткиња је ангажована као сарадник на предметима Радно право и Европско радно право на Факултету правних наука Универзитета Доња Горица у Подгорици.

У периоду од јуна 2007.године до фебруара 2018.године кандидаткиња је била запослена у Првој банци ЦГ АД, гдје је обављала бројне послове, укључујући послове руководиоца Службе кредитне контроле, руководиоца Службе правних послова, а обављала је и функцију праћења усклађености пословања са прописима (*Compliance*).

За миритеља и арбитра, при Агенцији за мирно рјешавање радних спорова Црне Горе, изабрана је у јулу 2014.године.

Кандидаткиња је члан Удружења за радно право Црне Горе.

Изјава о ауторству

Име и презиме аутора Милица Ковач-Орландић

Број индекса ДС 2010/33

Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом

„Право запосленог на приватност и његова заштита“

- резултат сопственог истраживачког рада;
- да дисертација у целини ни у деловима није била предложена за стицање друге дипломе према студијским програмима других високошколских установа;
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио/ла интелектуалну својину других лица.

Потпис аутора

У Београду, _____

Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора Милица Ковач-Орландић

Број индекса ДС 2010/33

Студијски програм докторске студије

Наслов рада „Право запосленог на приватност и његова заштита“

Ментор Проф. др Бранко Лубарда, Проф. др Љубинка Ковачевић

Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла ради похрањена у **Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског назива доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

Потпис аутора

У Београду, _____

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом: „Право запосленог на приватност и његова заштита“

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигиталном репозиторијуму Универзитета у Београду и доступну у отвореном приступу могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство (CC BY)
2. Ауторство – некомерцијално (CC BY-NC)
3. Ауторство – некомерцијално – без прерада (CC BY-NC-ND)
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима (CC BY-NC-SA)
5. Ауторство – без прерада (CC BY-ND)
6. Ауторство – делити под истим условима (CC BY-SA)

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци.
Кратак опис лиценци је саставни део ове изјаве).

Потпис аутора

У Београду, _____
