

# Г Л А С Н И К

## А Д В О К А Т С К Е К О М О Р Е В О Ј В О Д И Н Е

### Ч А С О П И С З А П Р А В Н У Т Е О Р И Ј У И П Р А К С У

Година LXXXX

Нови Сад, март–април 2018.

Књига 78

Број 3–4.

#### Ч Л А Н Ц И

UDC 316.647.8

342.7

341.231.14

*Doc. dr Živorad Rašević*

Visoka škola za poslovnu ekonomiju i preduzetništvo  
Beograd

### ZABRANA PROTIV SLOBODE: NEDISKRIMINACIJA I PREDUZETNIŠTVO U PRAVNOM PORETKU SRBIJE\*

**SAŽETAK:** U ovom radu se pravno-dogmatski i teorijski sagledava odnos zabrane diskriminacije sa slobodom preduzetništva. Kako je zabrana diskriminacije ustanova javnog, a sloboda preduzetništva privatnog prava, izvesno se radi o ustanovama koje pripadaju različitim oblastima dihotomno shvaćenog pravnog sistema. Međutim, njihov odnos se pokazuje kao kompleksan i komplikovan, pošto su u pozitivnom pravu ostavljene široke mogućnosti javnopravne intervencije u privatnopravne odnose. U tom smislu se ukazuje kako na sukobe i međusobna ograničavanja ove dve ustanove, tako i na mogućnosti harmonizovanog pristupa u njihovom tumačenju i primeni. Polazeći od pozitivnopravnih rešenja, praktičnih primera i teorijskih nalaza o značaju i prirodi ovih ustanova, ukazuje se na opasnost od preteranog ugrožavanja privatnosti i efikasnosti preduzetništva sa jedne strane, a sa druge na opasnost od obesmišljavanja zabrane diskriminacije u privatnopravnom kontekstu. U traganju za optimalnim balansom koji omogućuje maksimizaciju ostvarivanja važnih društvenih aspiracija ovih pravnih ustanova, predlaže se put tumačenja pozitivnopravnih normi koji podastire jasnije kriterijume za određivanje njihovog realnog i personalnog domašaja.

**Ključne reči:** zabrana diskriminacije, sloboda preduzetništva, pravna načela, sukob normi, srazmernost

---

\* Rad primljen 28. 3. 2018. godine.

## UVOD

U dihotomnoj sistematici pravnog poretka zabrana diskriminacije i preduzetništvo pripadaju različitim pravnim oblastima: dok je zabrana diskriminacije javnopravna ustanova, pojam preduzetništva obuhvata širok raspon međuljudskih odnosa koje reguliše privatno pravo. U pravno-aksiološkom smislu, njihova dispartatnost i udaljenost je evidentna: dok odredbe antidiskriminacionog prava izražavaju aspiracije i programske ciljeve prema poželjnim obrascima društvene jednakosti, sam smisao ideje preduzetništva je neegalitarnog karaktera, jer se sastoji u takmičenju za oskudne resurse radi ostvarivanja kako individualnog, tako i opšteg dobra. Razlikuju se i po svom pravnom dejstvu: dok se zabrana diskriminacije sastoji u moranju, tj. obavezi uzdržavanja od društveno nepoželjnih formi ponašanja, pravne norme koje regulišu preduzetništvo ovlašćuju privatna lica na široko područje slobode uređivanja odnosa sa drugim licima. U ovom radu se u pravno-teorijskim, dogmatskim i komparativnim sagledavanjima traga za odgovorima na teško pitanje gde su granice domašaja zabrane diskriminacije u privatnom pravu.

## TEORIJSKA POLAZIŠTA

Da bi ovaj ogled bio ostvariv, teorijski i metodološki okvir treba da omogućiti postavljanje dva predmeta proučavanja u korelativan odnos sa jasno izraženim interakcijama; da bi bio svrsishodan, potrebno je da verno reflektuje stanje primenjivog pozitivnog prava. Zato je u traganju za odgovorima nužno načiniti iskorak izvan usko omeđenih disciplina prava ljudskih prava i građanskog prava u šira, pretežno sistemska tumačenja relevantnih pravnih ustanova.

U tom smislu, polazi se od široko prihvaćenog učenja o horizontalnom dejstvu ljudskih prava, prema kome su javne vlasti ovlašćene ne samo da uređuju odnose između države i privatnih lica (vertikalno dejstvo), nego i da intervenišu u odnose između privatnih lica.<sup>1</sup> Svakako treba napomenuti da učenje o horizontalnom dejstvu ljudskih prava nije prihvaćeno svuda i na isti način. U jednoj uporednopravnoj klasifikaciji identifikovana su tri modela primene normi ljudskih prava u privatnopravnim odnosima: 1) neposrednu primenu ljudskih prava i na ona lica koja inače nisu subjekt određenog odnosa između države i privatnog lica – *Drittwirkung der Grundrechte* (u Švajcarskoj, SR Nemačkoj), 2) posrednu primenu, odnosno zračenje ustavnog sistema vrednosti na privatno pravo (u SR Nemačkoj, Italiji, Španiji, Japanu) i 3) pravosudnu primenu (u SAD), te jedan model neprimenjivanja (u Kanadi).<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Nowak, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl, Strasbourg, Arlington: N. P. Engel, 2005, 632; Jakšić, *Evropska konvencija o ljudskim pravima – komentar*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 2006, 13–14.

<sup>2</sup> Barak, A. *Constitutional Human Rights and Private Law*, u: *Human Rights in Private Law*, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2001, 14–28.

Polazeći od većinskog stava o primenjivanju normi ljudskih prava u privatnom pravu, odnose zabrane diskriminacije i preduzetništva je moguće sagledavati jedino kao problem realnog i personalnog domašaja antidiskriminacionih normi u privatnopravnim odnosima. Neusklađenost ova dva teorijska pojma je sasvim očigledna: dok se pravnom ustanovom nediskriminacije iz moralnih razloga zabranjuje pravljenje razlika, odnosno nejednak tretman lica s obzirom na njihova lična svojstva,<sup>3</sup> preduzetništvo pretpostavlja slobodu pravljenja razlika iz razloga koji nisu moralne prirode – radi se o maksimizaciji ekonomske i društvene koristi u tržišnoj utakmici u kojoj pobeđuju najefikasniji. Pored toga, u nauci nema saglasnosti o ekonomskim i društvenim efektima primene antidiskriminacionih normi u svetu preduzetništva. Dok jedni ističu da pod izvesnim uslovima to može biti dobar podsticaj,<sup>4</sup> drugi smatraju suprotno: po njima, moralni imperativ uređene zajednice ravnopravnih pojedinaca nameće jedino dužnosti koje u suštini relativizuju one vrednosti privatnog prava koje čine preduzetništvo mogućim: slobodu, privatnost, autonomiju volje itd.<sup>5</sup> Kako uspeh preduzetnika u tržišnoj ekonomiji nije zagarantovan, tako oni u neizvesnostima takmičenja za oskudne resurse moraju imati slobodu da stupe i u one odnose koji bi se mogli oceniti kao neravnopravni, društveno neracionalni ili čak nemoralni.<sup>6</sup> Preduzetnik stoga ima zakonska i moralna prava da vodi posao, donosi odluke i bori se protiv konkurencije, ali se ne mogu osporiti ni prava drugih učesnika poslovnog procesa: radnika, potrošača i javnosti.<sup>7</sup> Zato javna vlast ima težak zadatak da legislativnim i upravnim merama u konkretnim okolnostima omogući tako suptilan balans slobode i odgovornosti privatnih lica koji istovremeno omogućuje progres u dva pravca: maksimizaciju ekonomskog blagostanja, sa jedne strane, i društvenu jednakost sa druge. Kako uživanje slobode samo po sebi podrazumeva ovlašćenje na različito ponašanje po sopstvenom nahođenju, društvena jednakost se u privatnopravnom kontek-

<sup>3</sup> Gajin, S., Pojam, oblici i slučajevi diskriminacije, *Antidiskriminacioni zakoni – Vodič*, Beograd, Centar za unapređivanje pravnih studija, 2010, 15; Dimitrijević, V., et al., *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2007, 114.

<sup>4</sup> Fredman, S., *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, 185; Cooray, M., *Equality Before the Law and Discrimination*, 1985, art. 9.3.

<sup>5</sup> Mansel, H.-P., Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz-persönlicher und internationaler Anwendungsbereich, u: Heldrich, A. (Hrsg.), *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Band I. C. H. Beck, München, 2007, 809; Hasnas, J., *Equal Opportunity, Affirmative Action, and the Anti-Discrimination Principle: The Philosophical Basis for the Legal Prohibition of Discrimination*, *Fordham Law Review* Vol. 71, 2002, 6, 69; Lüttringhaus J. D., *Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz – Das internationale Privatrecht der Antidiskriminierung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, 406.

<sup>6</sup> Narveson, J., *Have We a Right to Non-Discrimination?* University of Waterloo, 211–215; Cavanagh, M., *Against Equality of Opportunity*, Oxford University Press, Oxford, 2002, 22, 80, 117, 143, 173.

<sup>7</sup> Ratković Njegovan, B., Pravda i poslovanje, *Škola biznisa*, br. 4, 2008, 176.

stu mora poimati manje ambiciozno, tj. više kao formalna jednakost oličena u jednakosti postupanja. Samo pojedini, izuzetno važni društveni odnosi i zaštićena svojstva ličnosti koji su pozitivisani kao takvi zaslužuju dodatno angažovanje javnih vlasti da afirmativnim merama ostvare jednakost mogućnosti ili, pak, potpunu, materijalnu jednakost rezultata.

Polazeći od Dvorkinovog razlikovanja prirode normi ljudskih prava kao izvora pravnih pravila, principa i javne politike,<sup>8</sup> zabrani diskriminacije u privatnopravnom kontekstu se mogu pripisati značenja građanske obaveze i prava, načela ravnopravnosti strana u određenom odnosu i javnog interesa<sup>9</sup>. Pre svega, ova ustanova zadovoljava sve teorijske kriterijume da bude shvaćena kao izvor građanskopravne obaveze, jer nalaže dužnost, tj. moranje jednog mogućeg ponašanja.<sup>10</sup> Međutim, nedostaju dovoljno ubedljivi argumenti da se ona u celosti prihvati kao subjektivno građansko pravo: obavezi svih da ne diskriminišu druge ne korespondira subjektivno ovlašćenje da se bude diskriminisan kao pravno priznata i zaštićena konkretna mogućnost, osim u onim izuzetno važnim društvenim odnosima (odnosi povodom građanskog prava ličnosti, radni odnosi, zapošljavanje, obrazovanje, itd.) i zaštićenim svojstvima ličnosti (pol, rasa, veroispovest, itd.) koji su eksplicitno propisani kao takvi. Drugo, nediskriminacija se može posmatrati i kao jedan vid konkretizacije načela ravnopravnosti strana u privatnopravnim odnosima. Razlike su ipak uočljive. Načelom ravnopravnosti se uspostavlja formalna ravnoteža strana u svim privatnopravnim odnosima, a zabrana diskriminacije važi i kada takvi odnosi nisu uspostavljeni, a kada jesu primenjiva je samo na pojedine odnose i zaštićena svojstva ličnosti. Ova dva načela potpadaju pod različite Aristotelove paradigme pravičnosti:<sup>11</sup> dok se ravnopravnost strana izvodi iz pojma komutativne pravde (dvostrani odnos, aritmetička jednakost), nediskriminacija pretpostavlja odnos sa najmanje tri strane, u kome je jedna strana vlasna da se srazmerno utvrđenim kriterijumima ponaša različito prema drugim (tri ili više strana, geometrijska jednakost). Na kraju, zabrana diskriminacije može biti toliko važna za regulisanje određenog privatnog odnosa u meri da je nužna javnopravna intervencija u taj odnos u svrhu borbe protiv diskriminacije. Ovu intervenciju omogućuju neodređeni pojmovi iz tekstova zakona koji uređuju građanskopravne odnose, koji upućuju na primenu normi javnog prava („prinudni propisi”, „javni poredak”, „dobri običaji” i sl.). O ovome će biti govora u delu u kome su iznesena tumačenja pozitivnog prava.

---

<sup>8</sup> Dvorkin, R., *Sušтина individualnih prava*, Beograd, Podgorica, Službeni list SRJ i CID, 2001, 50.

<sup>9</sup> Rašević, Ž., *Zabrana diskriminacije u privatnom pravu*, Zadužbina Andrejević, Beograd, 2014, 42–46.

<sup>10</sup> Vodinić, V., *Građansko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni glasnik, Beograd, 2014, 187–188.

<sup>11</sup> Aristotel, *Nikomahova etika*, Globus, Zagreb, 1998, 32–33.

## MEĐUNARODNI STANDARDI

Naznake odnosa zabrane diskriminacije i preduzetništva u međunarodnom pravu se nalaze u izvorima univerzalnog i regionalnih sistema ljudskih prava.

U čl. 55. t. c) Povelje Ujedinjenih nacija (u daljem tekstu UN) ističu se zaštićene osobine ličnosti kao osnovi diskriminacije u vidu rase, pola, jezika i vere, dok je u čl. 2. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima spisak zaštićenih osnova upotrebom formulacije „ili drugih okolnosti” ostavljen otvorenim. Ipak, osnovi diskriminacije u vidu rase i pola su ocenjeni posebno važnim, pošto su prioritetno istaknuti u čl. 26. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i čl. 2. i 3. Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, a takođe su i predmet posebne Konvencije o ukidanju svih oblika rasne diskriminacije i Konvencije o ukidanju svih oblika diskriminacije žena. U trećem stavu preambule Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima programski i deklarativno ističe da se ideal „slobodnog ljudskog bića, oslobođenog straha i bede može postići samo ako se stvore uslovi svakome da uživa svoja... prava.” Korisna konkretizacija međunarodnih standarda o ovom pitanju je sadržana u izveštaju Specijalnog predstavnika Generalnog sekretara UN za ljudska prava i transnacionalne korporacije i drugo biznis preduzetništvo pod nazivom „Vodeći principi odnosa biznisa i ljudskih prava” koji je podržao Komitet za ljudska prava UN Rezolucijom broj 17/4 od 16. 6. 2011. godine. U ovom aktu subjekti privatnog preduzetništva se posmatraju kao specijalizovani društveni organi sa specijalizovanim funkcijama koji su obavezni da posvete dužnu pažnju poštovanju ljudskih prava, da izbegavaju postupke koji bi mogli posredno uzrokovati kršenje prava drugih i da srazmerno svojoj veličini i konkretnim okolnostima preduzimaju mere na sprečavanju, umanjenju i otklanjanju posledica negativnih uticaja na ljudska prava.

U primarnom pravu Evropske unije (u daljem tekstu EU) diskriminacija se zabranjuje po nekoliko *numerus clausus* zaštićenih svojstava ličnosti: pola, rase, etničkog porekla, vere ili uverenja, invaliditeta, dobi, seksualnog opredeljenja,<sup>12</sup> te još po boji kože, genetskim osobinama, pripadnosti nacionalnoj manjini, rođenju,<sup>13</sup> te državljanstva – samo između država članice EU, ali ne ostalih.<sup>14</sup> Spisak zaštićenih osnova jeste dug, ali nije ostavljen otvorenim za druga svojstva ličnosti koja mogu zasluživati antidiskriminacijsku zaštitu. Sekundarno pravo EU zabranjuje diskriminaciju u pojedinim društvenim odnosima i po osnovu

<sup>12</sup> Čl. 10. Ugovora o funkcionisanju EU, Lisabon, 2007.

<sup>13</sup> Čl. 21. Povelje o osnovim pravima EU, Nica, 2000.

<sup>14</sup> *Priručnik o evropskom antidiskriminacijskom pravu*, Agencija EU za temeljna prava, Beč, 2010, 56.

još užeg zatvorenog spiska zaštićenih svojstava ličnosti:<sup>15</sup> u radnim odnosima i zapošljavanju nezavisno od rasnog ili etničkog porekla,<sup>16</sup> vere, invalidnosti, starosti ili seksualne orijentacije,<sup>17</sup> u pristupu dobrima i uslugama po osnovu pola, uključujući trudnoću i majčinstvo,<sup>18</sup> u zapošljavanju, napredovanju, stručnom osposobljavanju, radnim uslovima, plati i socijalnom osiguranju.<sup>19</sup>

U pravnom sistemu Saveta Evrope se odnos zabrane diskriminacije i preduzetništva reflektuje u odnosu čl. 14. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu EK) i Protokola broj 12 uz EK, sa jedne strane, i čl. 1. Protokola broj 1 uz EK sa druge. Za razliku od prava EU, ovde je zabrana diskriminacije postavljena znatno šire: prvobitni materijalni domašaj iz čl. 14. koji se odnosio samo na uživanje prava iz EK, proširen je Protokolom broj 12 na „uživanje svih prava određenih zakonom,” u odnosu na javne vlasti, a spisak zaštićenih svojstava ličnosti kao osnova diskriminacije je u obe odredbe ostavljen otvorenim, što omogućuje širenje personalnog područja zaštite. Što se tiče člana 1. Protokola broj 1 uz EK, Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu ESLJP) je u svojoj praksi svrstao u materijalno područje zaštite prava na imovinu prava na koncesiju, vršenje obrtničke i privredne delatnosti, licencu, neimovinska prava privrednog društva i određene privredne interese.<sup>20</sup> Interakcije dva prava se pronalaze u odredbama EK o mogućnostima njihovog ograničavanja. Tako je u samoj odredbi člana 1. Protokola broj 1 određeno ograničenje subjektivnog prava na imovinu u stavu 1 „u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava,” a u stavu 2. u vidu suprotstavljenog ovlašćenja države „da primenjuje zakone koje smatra potrebnim da bi regulisala korišćenje imovine u skladu sa opštim interesima...” Sa druge strane, u praksi ESLJP je formulisan opšti izuzetak od nediskriminacije u vidu „objektivnog i razumnog opravdanja” koje se sastoji u ostvarivanju legitimnog cilja radnjom nepogodnog postupanja koja je zakonom dopuštena i srazmerna tom legitimnom cilju. Vidljivo je da su ograničenja u oba smera prilično komplementarna, ali neprecizno omeđena upotrebom širokih pojmova. Jedina konkretizacija u tom smislu se može pronaći u Preporuci broj 14 Evropske komisije za borbu protiv rasizma i netolerancije,<sup>21</sup> u kojoj se, između ostalog, predlaže vladama država članica Saveta Evrope da „kroz podsticanje samoregulacije privatnog sektora” obezbede da se nacionalni

<sup>15</sup> Priručnik, 2010, 62–66.

<sup>16</sup> Direktiva 2000/43/EZ.

<sup>17</sup> Direktiva 2000/78/EZ.

<sup>18</sup> Direktiva 2004/113/EZ.

<sup>19</sup> Direktiva 2006/54/EZ.

<sup>20</sup> Jakšić, *nav. delo*, 370–371.

<sup>21</sup> CRI /2012 48 od 22. 06. 2012. godine (Suzbijanje rasizma i rasne diskriminacije u zapošljavanju).

antidiskriminacioni zakon primenjuje na privatne poslodavce, da se ukinu ili izmene diskriminirajuće odredbe u pojedinačnim i kolektivnim ugovorima i internim aktima preduzeća, da se u postupcima javnih nabavki sankcionišu oni poslodavci koji su kršili zabranu diskriminacije, da poslodavci promovišu jednakost, obezbede jednake mogućnosti, zabranu uznemiravanja, da se razvijaju podsticaji za ohrabrivanje poslodavaca u ovom smislu itd.

Sve u svemu, međunarodno univerzalno i regionalno pravo ostavljaju široku slobodu državama da pitanja zabrane diskriminacije i preduzetništva i njihovog međusobnog odnosa urede u skladu sa konkretnim okolnostima i sopstvenim potrebama i viđenjima opštog dobra i društvene jednakosti. Zato međunarodni standardi nediskriminacije ne utiču direktno na široka diskreciona ovlašćenja javnih vlasti u uređenju slobode preduzetništva, pa su uporednopravno sasvim razumljive razlike u materijalnom i personalnom domašaju pozitivnopravnih odredbi koje ih uređuju. Izuzetno, norme o zabrani diskriminacije su stekle status imperativnih normi međunarodnog prava (*ius cogens*) u svrhu zaštite nekolicine svojstava ličnosti koje su posebno važne u međunarodnim odnosima, poput rase i pola. To svakako nalaže direktnu primenu imperativnih normi međunarodnog prava u svim sferama društvenog života i na sve pravne subjekte, dok primena antidiskriminacionih normi koje nisu stekle ovaj status podrazumeva pažljivo i suptilno vrednovanje suprotstavljenih javnih i privatnopravnih interesa. Ovo je posebno izraženo u sferi evropskog privatnog prava, gde zabrana diskriminacije po drugim osnovama ima uži i precizno određen domašaj. Razloge za to treba tražiti u već izraženoj bojazni od negativnog uticaja na slobodu preduzetništva.

## POZITIVNO PRAVO SRBIJE

Ustavnopravni okvir za interakcije zabrane diskriminacije i preduzetništva treba tražiti u antidiskriminacionim odredbama čl. 15, 21. i 76. Ustava Srbije<sup>22</sup> sa jedne strane, i čl. 82. i 83. koji uređuju slobodu preduzetništva, sa druge. U ustavnoj sistematici obe ustanove nisu situirane u katalogu individualnih ljudskih prava koji se nalazi u čl. 23–74. Ustava. Sloboda preduzetništva se u čl. 82. i 83. određuje kao jedno od osnovnih načela ekonomskog uređenja a može se „ograničiti zakonom, radi zaštite zdravlja ljudi, životne sredine i prirodnih bogatstava i radi bezbednosti Republike Srbije”. Kvalifikacija ove slobode kao načela, a ne kao subjektivnog prava ima sasvim konkretne posledice: zakonodavac u određivanju domašaja ove slobode nije vezan ustavnim pravilima

<sup>22</sup> *Službeni glasnik RS* broj 98/06.



ograničavanja ljudskih i manjinskih prava iz čl. 20. Ustava.<sup>23</sup> Isto bi se moglo zaključiti za antidiskriminacione odredbe: ravnopravnost polova iz čl. 15. je jedno od ustavnih načela, zabrana diskriminacije je u čl. 21. definisana kao jedno od osnovnih načela ljudskih i manjinskih prava i sloboda, a jedino je u čl. 76. određena zabrana diskriminacije kao kolektivno pravo nacionalnih manjina. Dakle, obe ustanove nisu konkretizovane do nivoa priznavanja subjektivnih ovlašćenja i ne uživaju čvrsta ustavna jemstva, što ostavlja zakonodavcu široko područje diskrecije u njihovom međusobnom uređenju. Prema Dvorkinu, međusobni sukobi načela se mogu razrešiti jedino uzimanjem u obzir njihove srazmerne težine,<sup>24</sup> pa bi u tom smislu kao vodilja ipak mogao da posluži čl. 20. Ustava koji upućuje da se u ograničavanju ustavom garantovanih subjektivnih prava uzmu u obzir svrhe, obim ograničenja, suština prava koje se ograničava, važnost svrhe ograničenja, priroda i obim ograničenja, odnos ograničenja sa njenom svrhom i da li postoji način da se svrha ograničenja jednog prava postigne manjim ograničenjem drugog. Kada se ova teško razumljiva i pravno-filozofski opisana operacija primeni na međusobno ograničavanje zabrane diskriminacije i slobode preduzetništva, teorijski nalazi o odnosu društvene jednakosti i privatne inicijative sa početka rada dobijaju svoj puni smisao, iako ne nude rezolutne odgovore. Kada je u pitanju primena normi ljudskih prava u privatnom pravu, čl. 18. st. 1. i 23. upućuju na model neposredne primene (*Drittwirkung der Grundrechte*): prema njima, ljudska prava primenjuju se neposredno, a svi – dakle ne samo javne vlasti, nego i privatna lica – obavezani su da poštuju i štite ljudsko dostojanstvo, koje je koren svih ljudskih prava, pa tako niko nema pravo da svojom slobodom krši ustavom zajemčena prava treće strane, tj. onih lica koja nisu subjekti javnopravnog odnosa u kome se ta sloboda ostvaruje. Sa druge strane, odredbe privatnog prava upućuju na model posredne primene, jer sadrže neodređene pravne pojmove, koje omogućuju shodnu primenu javnopravnih ustanova: npr. „prinudni propisi, javni poredak i dobri običaji” navedeni su u čl. 10, 49, 51, 75, 103. i 104. Zakona o obligacionim odnosima<sup>25</sup> (u daljem tekstu ZOO); „savesnost i poštenje” u čl. 12. itd. Ovako široko postavljena pozitivnopravna rešenja koriste svim subjektima privatnopravnih odnosa, jer im omogućuje zaštitu kako privatnopravnim, tako i javnopravnim sredstvima, ali otvaraju vrata opasnosti od preširoke sudijske diskrecije koja može rezultirati arbitrarnostima i subjektivnostima u vrednovanjima javnog i privatnog interesa. Prema doktrini efekta zračenja ustavnog sistema vrednosti na privatno pravo ovi neodređeni pravni pojmove služe kao kapije za prodor normi javnog prava u privatno pravo, a norme koje zabranju-

---

<sup>23</sup> Vid. Pajvančić, M., *Komentar Ustava Republike Srbije*, Fondacija Konrad Adenauer, Beograd, 2009, 106–107.

<sup>24</sup> Dvorkin, *nav. delo*, 49–50.

<sup>25</sup> *Službeni list SFRJ* br. 29/78, 39/85, 45/89 i *Službeni list SRJ* br. 31/93.



ju diskriminaciju svakako poseduju potencijal da se u konkretnim predmetima podvedu pod njih.

Konkretnija uputstva o ovom pitanju treba dalje tražiti u odredbama Zakona o zabrani diskriminacije<sup>26</sup> (u daljem tekstu ZZD), koji kao organski i opšti antidiskriminacioni zakon razrađuje ustavne odredbe i kompilira antidiskriminacione standarde iz prava Saveta Evrope i EU.<sup>27</sup> Subjekti preduzetništva (pravna lica, preduzetnici) se pominju jedino u kaznenim odredbama za kršenje zabrane diskriminacije (čl. 51, 52, 55–60), dok se stroža odgovornost javnopravnih organa, pored kaznenih odredbi u čl. 50. i 53, uređuje u čl. 13. st. 1. t. 2. i 15. Čini se da postavljene distinkcije nisu dovoljno jasne, s obzirom da su razlike u načinu uređenja javnopravnih i privatnopravnih odnosa velike. Poređenja radi, nemački zakonodavac je u Opštem zakonu o jednakom postupanju (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, BgBl. I S. 1897, 1910) načinio subtilnije distinkcije i prilagođavanja svetu privatnog prava: u čl. 19. materijalni domašaj zabrane diskriminacije u „zasnivanju, izvršenju i prestanku građanskopravnih obaveza” ograničen je na masovne, depersonalizovane i lukrativne odnose, tj. odnose koji „tipično nastaju bez obzira na lice u velikom broju slučajeva pod uporedivim uslovima ili gde je odnos sa licem od podređenog značaja u odnosu na obavezu a uporedivi uslovi nastaju u velikom broju slučajeva,” i na privatnopravno osiguranje. U st. 3. istog člana izuzimaju se od domašaja ovog zakona stambeni odnosi, tako što se dopušta različit tretman u okolnostima gde „služi da uspostavi i održi stabilne društvene strukture u pogledu stanovnika i balansirane strukture smeštaja, ekonomske, socijalne i kulturne uslove”. Drugi izuzetak u st. 4. odnosi se na porodično i nasledno pravo, koje se izuzima iz opšteg režima zabrane diskriminacije, a treći u st. 5. na „građanskopravne obaveze gde su strane i njihovi srodnici blisko povezani ili postoji odnos poverenja”, a naročito stanovanje na istoj parceli i iznajmljivanje manje od 40 stanova. U pogledu personalnog domašaja, u st. 2. čl. 19. se predviđa stroži režim zaštite u odnosu na rasnu i etničku diskriminaciju u području socijalne zaštite, obrazovanja i javnom pristupu robama i uslugama, dok su u čl. 20. određeni izuzeci od zabrane različitog postupanja po osnovu vere, invalidnosti, starosti, seksualnog opredeljenja ili pola, pod uslovom da su zasnovani na „objektivnim osnovama,” a navode se sledeći primeri: smanjenje rizika, sprečavanje štete ili druge svrhe uporedive prirode, zaštita privatnosti i lične bezbednosti, pružanje posebne prednosti ili nedostatak interesa u provođenju jednakog tretmana, zaštita verskog etosa, u st. 2. po osnovu pola u statističkim aktuarskim poslovima osiguranja života. U tom smislu idu i antidiskriminacione odredbe Poglavlja 2 nacrtu kodifikacije obligacionog prava EU (Draft Common Frame of Reference),

---

<sup>26</sup> Službeni glasnik RS br. 22/09.

<sup>27</sup> Rašević, Ž., *Ten Years of the ECHR Protocol 12: the Balkanisation of Non-Discrimination*. Central and Eastern European Legal Studies 1/2106, 2016, 37.

koje ograničavaju slobodu ugovaranja u prometu roba i usluga dostupnoj javnosti, tako što, između ostalog, ustanovljuju subjektivno građansko pravo da se ne bude diskriminisan po osnovu pola i etničkog/rasnog porekla u članu II-2: 101. I ovde je mogućnost javnopravne intervencije jasno ograničena na ugovorne odnose o prometu roba i usluga dostupnih javnosti i to samo na dva osnova, koji su nesumnjivo sadržaj evropskog, pa i međunarodnog *ius cogens*. Ostalo područje ugovornih odnosa se prepušta autonomiji volje, privatnosti i preduzetničkoj inicijativi. Navedeni primeri svakako nisu izneseni u nameri da se sugerije transplantacija pozitivnopravnih rešenja primerenih ekonomski i pravno razvijenim sistemima država članica EU, nego da se ukaže na uloženi napor da se što preciznije ograniči područje javnopravne antidiskriminacione intervencije u privatnopravne odnose u traganju za optimumom odnosa privatnosti, slobode i poslovnog preduzetništva, sa jedne strane, i javnog interesa za borbu protiv diskriminacije sa druge.

## DOMAĆA INSTITUCIONALNA PRAKSA

U literaturi je kao pozitivan primer borbe protiv diskriminacije često istican parnični postupak koji je vođen još pre donošenja ZZD pred Opštinskim i Okružnim sudom u Šapcu i Vrhovnim sudom u predmetu *Rustenov i dr. protiv preduzeća Jugent-SRC „Krsmanovača” Šabac*. Ponašanje zaposlenika tuženog preduzeća, koje se sastojalo u zabranjivanju ulaska u javni bazen tužiocima isključivo zbog toga što su Romi, utvrđeno je kao povreda prava ličnosti koja se sastojala u diskriminaciji u odnosu na druge posetioce, te je sistemskim tumačenjem čl. 157. i 199. ZOO u vezi sa odgovarajućim međunarodnim i ustavnim odredbama obavezan tuženi da se javno izvini putem medija i da prestane sa daljim takvim postupanjem. Vrhovni sud je u obrazloženju presude br. Rev. 229/04 od 21. 04. 2004. godine rezonovao: „Zbog ovog događaja tužiocima su trpeli duševne bolove zbog povrede prava ličnosti jer im nisu omogućena sva prava koja imaju lica koja nisu pripadnici romske etničke zajednice, zbog čega su trpeli osećaj povređenosti i poniženosti.” Ovakvoj oceni se nema šta prigovoriti, ali se mora istaknuti da u obrazloženju presude nisu jasno identifikovani poslovni interesi tuženog preduzeća koji se sastoje u maksimizaciji poseta javnom bazenu. Kao što je bilo govora u teorijskim razmatranjima, poslovanje u vidu javnog nuđenja usluga nije nužno moralno, a u ovom slučaju je pre moglo biti rukovođeno predrasudama drugih posetilaca nego manjkom tolerancije tuženog preduzeća prema Romima. Uskraćivanje pristupa javnom prostoru Romima se svakako ne može opravdati, ali treba primetiti da se u ovom slučaju teret predrasuda trećih lica prevalio na tuženo preduzeće. Kada

se ovo poslednje ima u vidu, moglo bi se postaviti pitanje koliko se ovakvom osudom postupaka tuženog preduzeća doprinosi borbi protiv diskriminacije, s obzirom da su preduzetnici razvili efikasne taktike ograničavanja pristupa javnom prostoru nepoželjnim gostima, npr. osnivanjem klubova u kojim je kriterijum za uclanjenje prividno nediskriminirajući ili pak nepoznat.<sup>28</sup>

U dostupnoj praksi Poverenika za zaštitu ravnopravnosti može se naći nekoliko karakterističnih stavova o uticaju zabrane diskriminacije u sferi preduzetništva.<sup>29</sup> U prvom predmetu po pritužbi *E. P. protiv banke A.* ocenjeno je da je postupanje banke u vidu uskraćivanja bankarske pozajmice zbog starosti klijenta bilo diskriminatorско. Nije uvažena odbrana banke koja se pozivala na slobodu preduzetništva, odnosno na slobodu ugovaranja, koja je utvrđena opštim aktom banke i nije bila ograničena u tom smislu ni relevantnim prinudnim bankarskim propisima, ni javnim poretком niti dobrim običajima, te na rizičnost poslovanja sa starijim osobama utvrđenu kvantitativnim i kvalitativnim kriterijumima, s obzirom na ličnost klijenta. Poverenik je u Mišljenju i Preporukama broj 947/2011 od 01. 08. 2011. godine naložio banci da eliminiše starosnu granicu kao uslov za pružanje bankarskih usluga iz opštih akata banke i uzdržavanje od daljeg diskriminatorскоg postupanja, obrazlažući da „je delatnost ove, kao i drugih banaka, regulisana posebnim zakonskim propisima, ali ovi..., kao i njihova primena, ne smeju biti u suprotnosti sa ustavnim i zakonskim normama o zabrani diskriminacije”. Ovakvo tumačenje se čini pravičnim, ali nedovoljno argumentovanim. Naime, nije jasno identifikovana i vrednovana suprotstavljena i podjednako legitimna sloboda preduzetništva banke, u vidu prava na minimiziranje poslovnog rizika i ugovornu autonomiju (slobodu ugovaranja, slobodu određivanja sadržine ugovora i slobodu raspolaganja ugovorom). Osim toga, davanje prednosti u primeni norme o zabrani diskriminacije nije moglo biti opravdano samo pravno-pozitivističkim pozivanjem na koliziono pravilo *lex superior derogat legi inferiori*, jer je sloboda preduzetništva isto tako propisana ustavnom normom kao i zabrana diskriminacije. Kao što je već bilo govora, odnos dva neharmonizovana ustavna načela treba da bude predmet suptilnog ispitivanja i vrednovanja njihovih svrha u konkretnim okolnostima.

Drugi predmet se odnosi na diskriminaciju u zapošljavanju. U Mišljenju i Preporukama adresovanim na zdravstvenu ustanovu K.C.S. od 12. 09. 2011.

---

<sup>28</sup> O tome jedna kritika opšteg antidiskriminacionog zakona SR Nemačke: „Iznad svega, ova reforma će zato one pripadnike pravne zajednice koji su pod stalnom sumnjom da diskriminišu nedvosmisleno ohrabriti da kamufiraju svoje postupke, da namerno razvijaju prevaru i nepoštenje u budućnosti. Savezni ministar pravde dobro razume ovaj problem kada sumnja da postoji mogućnost da se društvo menja pravnom politikom i kada strahuje da će to samo voditi lažnim izgovorima i ponajpre učinjeno smešnim.” Picker, E., *Anti-discrimination as a Program of Private Law?*, *German Law Journal*, Vol. 04, No. 08, 2003, 778.

<sup>29</sup> *Zbornik mišljenja, preporuka u upozorenja Poverenika za zaštitu ravnopravnosti*, Beograd, UNDP, 2011, 181–195.

godine Poverenik je ocenio da je uslov postavljen u javnom oglasu za prijem u radni odnos da medicinski tehničari nisu stariji od 35 godina diskriminirajuće prirode. Zdravstvena ustanova je obrazlagala da ovaj starosni uslov, iako nije propisan opštim aktima, opravdan dugogodišnjim iskustvom da „mlađe osobe lakše, svrsishodnije i poletnije obavljaju poverene im radne zadatke, posebno ako su u pitanju teži poslovi”. Poverenik je našao da je ovakav stav zdravstvene ustanove nezakonit i zasnovan na stereotipima i predrasudama, te da imajući u vidu prirodu posla i uslove u kojim se obavlja, starost nije stvarni i odlučujući uslov za obavljanje posla medicinskog tehničara. Poverenik je, dakle, zbog postojanja predrasuda ograničio slobodu poslodavcu u izboru osoblja za pružanje zdravstvenih usluga, pristupajući ovom problemu uvažavanjem pravnih interesa potencijalnih kandidata za zaposlenje u vidu obezbeđenja jednakih mogućnosti bez obzira na starosnu dob. Međutim, postoji i druga strana medalje: trebalo je da podjednako uvaži interese zdravstvene ustanove, koji se sastoje u slobodi i odgovornosti da u uslovima tržišne utakmice, koja je inače sve izraženija i u sferi zdravstva, izabere one zaposlenike koji ne samo svojom stručnošću, nego i izgledom i fizičkom snagom najviše odgovaraju korisnicima usluga. Pored interesa zdravstvene ustanove podjednako su važna i prava pacijenata na zadovoljstvo pruženim medicinskim uslugama, koja uključuje čak i slobodu na izvesne moralno pogrešne predrasude. Zdravstvena ustanova izborom zaposlenih maksimizira taj osećaj zadovoljstva u svrhu što kompetitivnije pozicije na tržištu zdravstvenih usluga. Kada se svi navedeni pojedinačni interesi podjednako uvažavaju, ovaj problem se može posmatrati u trouglu prava i interesa starijih kandidata za zaposlenje, prava poslodavca na slobodu izbora zaposlenika i prava pacijenata na zadovoljstvo pruženim zdravstvenim uslugama. Posmatrano na ovaj način, zaista je teško iznaći objektivna merila za davanje srazmerne prednosti nekom od njih. Problem se stoga čini znatno komplikovanijim, a njegovo rešenje uslovljeno izborom ugla percepcije: izvesno je da bi velika većina pacijenata radije bila zbrinuta u onoj zdravstvenoj ustanovi u kojoj najteže poslove i dežurstva obavlja mlađe osoblje, a komplikovane zahvate starije i iskusnije. Ako se vratimo na problem iskorenjivanja društvenih predrasuda, i ovde se ponovo otvara teško pitanje ko treba da snosi teret odgovornosti za njih. Predrasude poslodavca i društvene predrasude mogu biti od uticaja na izbor zaposlenih,<sup>30</sup> ali izgleda da ustanova zabrane diskriminacije nije uvek najbolji način borbe protiv njih, naročito kada su u igri druga podjednako važna prava i interesi.

---

<sup>30</sup> Šimonović Einwalter, T., Uzelac, A., et. al. *Vodič uz zakon o suzbijanju diskriminacije*, Ured za ljudska prava Republike Hrvatske, Zagreb, 2009, 64.

## DOMAŠAJ ZABRANE DISKRIMINACIJE U PREDUZETNIŠTVU

Kada se domaća rešenja i institucionalna praksa uporede sa pravnoteorijskim nalazima i uporednopravnim rešenjima naziru se određene manjkavosti u pozitivnom antidiskriminacionom pravu. Iako je u literaturi ukazano da se bojazan od sveprisutne arbitrarnosti javnih vlasti pokazala naročito osnovanom kada se one mešaju u odnose koji bi trebalo da budu regulisani tržištem, zakonodavac nije postavio jasne kriterijume za javnopravnu intervenciju antidiskriminacionih normi u privatnopravne odnose, kako bi se sačuvali temelji privatnog prava od štetnih uticaja. To ima za posledicu pravnu nesigurnost koja opterećuje pravni i ekonomski status privrednih subjekata novim neizvesnostima. Ovi argumenti očito ne idu u prilog primeni antidiskriminacionih normi u privatnopravnim odnosima, ali se ne sme doći u iskušenje da se ZZD praktično ignoriše. Kao temelj jedne nove, za sada nepotpuno razvijene grane domaćeg pravnog sistema, ZZD sadrži tek opšta pravila koja treba da se razrade posebnim zakonima za određene društvene društvene odnose. Ukoliko takvih posebnih zakona nema ili nisu dovoljno jasni u tom pogledu, društveno odgovorno sudijsko odlučivanje u konkretnim sporovima može metodološki korektnim, ustavno svrsishodnim i društveno oportunističkim tumačenjem neodređenih pravnih pojmova antidiskriminacionog i privatnog prava minimizirati razmere ovog problema.<sup>31</sup>

Imajući u vidu teorijski nalaz o širini i višesmislenoj prirodi zabrane diskriminacije u privatnopravnim odnosima (subjektivna obaveza/pravo, načelo i javni interes), ne može biti jednoznačan odgovor na pitanje o uticaju ove ustanove na pravne poslove u kojima se preduzetništvo ispoljava. Zato i praktična primena različitih teorijskih i hermeneutičkih pristupa ishoduje različitim pravnim posledicama na pravne poslove. Naime, ako se zabrana diskriminacije posmatra kao javni interes koji je legitiman da utiče na pravne poslove, onda građanski sud pazi po službenoj dužnosti na njegovu ništavost zbog diskriminacije primenom čl. 104, 105. i 109. ZOO, a utvrđenje ništavosti može uvek na osnovu čl. 109. i 110. ZOO da traži kako javni tužilac, tako i svako drugi. Opet, ako se zabrani diskriminacije pristupa kao građanskopravnom načelu ili pak obavezi/pravu, onda nije eksplicitno propisana mogućnost poništenja diskriminirajućeg pravnog posla, na diskriminaciju građanski sud ne pazi po službenoj dužnosti, a zaštita se uglavnom pruža *inter partes*.

Podsećajući se na opasnost da javnopravna intervencija u privatnopravnim odnosima napravi više štete nego koristi, obim upliva zabrane diskriminacije bi trebalo ograničiti na najvažnija pitanja od javnog interesa.<sup>32</sup> Zato ustanovu zabrane diskriminacije ne bi trebalo smatrati *in abstracto* prinudnim propisom koji se *in toto* svrstava u razloge za poništenje pravnog posla, nego bi trebalo

<sup>31</sup> Rašević, Ž., *Zabrana diskriminacije...*, 42–43, 56.

<sup>32</sup> Picker, E., *nav. delo*, 774–780.

pažljivo i svestrano vagati intenzitet zastupljenosti javnog interesa u konkretnim privatnopravnim odnosima i zaštićenim svojstvima ličnosti u kojim se namera ili radnja različitog postupanja dešava. Pošto prag za stupanje u dejstvo antidiskriminacione norme ostaje nedefinisan, bliža uputstva tumačima prava bi bila sledeća. Prvo, pozitivistička paradigma nesporno nalaže da se sve antidiskriminacijske odredbe koje izričito sadrže izraze „zabrana”, „zabranjeno je” i sl. supsumiraju pod prinudne propise. Tako će poništenje pravnog posla nužno biti posledica nepogodnog postupanja iz čl. 21. st. 3. i 76. st. 2. Ustava (po osnovu rase, pola, nacionalne pripadnosti, društvenog porekla, rođenja, veroispovesti, političkog i drugog uverenja, imovnog stanja, kulture i jezika, starosti, psihičkog i fizičkog invaliditeta) i sledećih članova ZOZD: 9. (Zabrana pozivanja na odgovornost), 10. (Udruživanje radi vršenja diskriminacije), 11. (Govor mržnje), 12. (Uznemiravajuće i ponižavajuće postupanje), 16. (Diskriminacija u oblasti rada), 18. (Zabrana verske diskriminacije), 19. (Diskriminacija u oblasti obrazovanja i stručnog osposobljavanja), 20. (Diskriminacija po osnovu pola) itd. Izvan domašaja javnopravne intervencije bili bi onda svi oni odnosi i osnovi koji nisu regulisani izričitom odredbom o zabrani. U tom smislu, tu važi građanskopravna obaveza svima da ne diskriminišu iz čl. 4. st. 1. ZZD, a i poneko subjektivno pravo (npr. pravo na pravnozaštitni zahtev iz čl. 3. st. 1. ZZD i pravo na jednak pristup objektima u javnoj upotrebi iz čl. 17. st. 2. ZZD). Usko tumačenje je stoga nužno. Ako bi šire tumačili neodređene pojmove iz Ustava i zakona, domašaj zabrane diskriminacije bi bio znatno veći nego što se u teoriji privatnog prava opravdava, a uporednopravno dopušta. Uži pristup od ovog ipak nije moguć: ako slovo Ustava iz zakona nešto izričito zabranjuje, svako podvođenje takvih zabrana izvan prinudnih propisa bi bilo *contra legem*. Mnogo je teže doći do rezolutnog odgovora o podesnosti pojmova „javnog poretka” i „dobrih običaja” za antidiskriminacionu intervenciju u privatnopravne odnose. S obzirom da su metappravna vrednovanja ovde neizbežna, trebalo bi poći od vaganja intenziteta javnog interesa za suzbijanjem diskriminacije u konkretnim privatnopravnim odnosima i zaštićenim osnovima. Ovaj kriterijum omogućuje shodnu primenu testa srazmernosti iz čl. 20. st. 3. Ustava, kojim bi se u svakom konkretnom slučaju balansirala vrednost egalitarnog javnog interesa sa pravima i interesima subjekata privatnopravnog odnosa na ustavom određen i koliko-toliko objektiviziran i racionalan način.

Maksimizacija ekonomske i društvene koristi od primene antidiskriminacionih normi u preduzetništvu se postiže optimalnim balansom javnih i privatnih interesa. Zato bi tumačenju i primeni relevantnog prava trebalo pristupiti na sledeći način. Pre svega, područje legitimne intervencije zabrane diskriminacije u pravne poslove određuje se dvojako. Prvo, sve ustavne i zakonske norme koje eksplicitno zabranjuju diskriminaciju po nekom ličnom svojstvu, obliku ili pojavnosti u privatnopravnom odnosu, kao prinudni propisi derogiraju pravni posao kolizionim pravilom *lex superior derogat legi inferiori*, a posledica

je u prvom redu poništenje pravnog posla. Ostale antidiskriminacione norme propisuju građanskopravnu obavezu uzdržavanja od nepogodnog postupanja prema drugima koje se ne može objektivno i razumno opravdati, a pored toga, tamo gdje je to eksplicitno određeno, i korelativnog prava da se ne bude izložen takvom postupanju, tj. da se ne bude diskriminisan. Izuzetno, te se ostale antidiskriminacione norme mogu u konkretnim odnosima i pravnim pozicijama podvesti pod osnove za javnopravnu intervenciju, izraženu pojmovima „javnog poretka” ili „dobrih običaja,” ukoliko je tu identifikovan i izmeren tako visok intenzitet javnopravnog interesa koji preteže nad inače veoma važnim privatnopravnim interesima. Količinu naboja dovoljnog da se taj prag pređe određuje zakonodavac *in abstracto*, a sud *in concreto* shodnom primenom testa srazmernosti iz čl. 20. st. 3. Ustava. Dalje, zabrana diskriminacije kao građanskopravna obaveza i, izuzetno, kao ovlašćenje, utiče na privatnopravni odnos tako što ga menja ili ukida, odnosno zasniva novi, u okviru antidiskriminacionog sankcionisanja određenog čl. 43. ZZD. U tom slučaju obaveza da se ne diskriminiše nema nikakvo posebno mesto u odnosu na druge privatnopravne obaveze. Norma zabrane diskriminacije kao *lex superior* formalno derogira one norme čiji su izvori niži od Ustava i zakona, što izvesno uključuje pravne poslove. Ako se radi o privatnopravnim normama koje imaju i međunarodne, i ustavne, i zakonske izvore, ove norme mogu biti u istom rangu kao i antidiskriminacione, pa onda sledi postupak sistemskog tumačenja i materijalne derogacije neke od relevantnih normi primenom testa srazmernosti.

## ZAKLJUČAK

Zbog svoje neodređenosti i širine, odnos zabrane diskriminacije i preduzetništva se ne može posmatrati ni jednoznačno, ni apstraktno, ni uopšteno. Formula za određivanje njihovog domašaja nalazi se u pažljivom ispitivanju i suptilnom vrednovanju njihovih interakcija, odnosno u vrednovanju intenziteta javnog interesa za suzbijanje diskriminacije u konkretnim privatnopravnim odnosima i svojstvima ličnosti koje antidiskriminacione norme štite. Identifikovanje, merenje i upoređivanje količine zastupljenosti javnog interesa u svakom konkretnom privatnopravnom odnosu podrazumeva multidimenzionalno, celovito vrednovanje životnih situacija putevima koji ponekad vode izvan sveta prava, u skladu sa pravilima praktičnog uma. Ovo donosi više praktičnih prednosti nego što čini štete pozitivističkoj doslednosti, jer odgovara nedovoljno određenoj, metapravnoj i moralizovanoj prirodi ustanove zabrane diskriminacije. Opasnost od arbitrarnosti onoga ko odlučuje u konkretnoj stvari može biti umanjena na podnošljivu meru garancijama nezavisnosti i nepristrasnosti i metodološki korektnim, progresivnim tumačenjem i odlučivanjem.



Međutim, javne vlasti treba da zadrže svoju javnopravnu odgovornost kada stupaju u privatnopravne odnose. Bez obzira koliko malo javni interes bio zastupljen u nekom odnosu, načelo vladavine prava ne dopušta da država u celosti upodobi svoj status onima koje imaju privatni subjekti. Naime, za razliku od privatnih lica, država nema svoja subjektivna prava i slobode, nego je vezana načelom zakonitosti. Moć povlači odgovornost, pa stoga odgovornost javnog subjekta kada stupa u privatnopravne odnose u ime i za račun države treba da bude stroža nego odgovornost privatnopravnih subjekata.

U odnosu na dejstvo antidiskriminacionog prava, ovako postavljeni kriterijumi omogućuju jasnije i pravičnije prilagođavanje strogosti obaveze i odgovornosti za poštovanje zabrane diskriminacije različitim subjektima: stroža obaveza i odgovornost države, koja odgovara bez obzira na krivicu svojih organa, a srazmerno blaža, u skladu sa intenzitetom zastupljenosti javnog interesa u poslovanju, svrhom, veličinom i stepenom društvene odgovornosti privatnopravnih lica.

## LITERATURA

- Aristotel, *Nikomahova etika*, Globus, Zagreb, 1988.
- Barak, A., Constitutional Human Rights and Private Law, u: *Human Rights in Private Law*, Hart Publishing:Oxford-Portland Oregon, 2001.
- Cavanagh, M., *Against Equality of Opportunity*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- Cooray, M., *Equality Before the Law and Discrimination*, <http://www.ourcivilisation.com/cooray/rights/chap9.htm>, 1985.
- Dimitrijević, V., et al., *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2007.
- Discrimination, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu>.
- Dvorkin, R., Suština individualnih prava, *Službeni list SRJ i CID*, Beograd, Podgorica, 2002.
- Fredman, S., *Discrimination Law*. Oxford University Press, Oxford, 2002.
- Gajin, S., Pojam, oblici i slučajevi diskriminacije, *Antidiskriminacioni zakoni, vodič*, Centar za unapređivanje pravnih studija, Beograd, 2010.
- Guiding Principles on Business and Human Rights, New York and Geneva: United Nations HR/PUB/11/04, 2011.
- Hasnas, J., Equal Opportunity, Affirmative Action, and the Anti-Discrimination Principle: The Philosophical Basis for the Legal Prohibition of Discrimination. *Fordham Law Review* Vol. 71, 2002.
- Jakšić, A., *Evropska konvencija o ljudskim pravima – komentar*, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 2006.
- Lüttringhaus J., D., *Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz-Das internationale Privatrecht der Antidiskriminierung*, Tübingen: Mohr Sibeck, 2010.
- Mansel, H. P., Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz-persönlicher und internationaler Anwendungsbereich, u: Heldrich, A. (Hrsg.): *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Band I, C. H. Beck, S. München, 2007. 810.

- Narveson, J., *Have We a Right to Non-Discrimination?* University of Waterloo. <http://www.arts.uwaterloo.ca/~jnarveso/articles/Discrimination.pdf>
- Nowak, M., *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*. Kehl, Arlington, N. P. Engel, Strasbourg, 2005.
- Pajvančić, M., *Komentar Ustava Republike Srbije*, Fondacija Konrad Adenauer, Beograd, 2009.
- Picker, E., Anti-discrimination as a Program of Private Law?, *German Law Journal* Vol. 04, No. 08, 2003.
- Priručnik o europskom antidiskriminacijskom pravu*, Agencija EU za temeljna prava, Beč, 2010.
- Rašević, Ž., *Zabrana diskriminacije u privatnom pravu*, Zadužbina Andrejević, Beograd, 2014.
- Rašević, Ž., Ten Years of the ECHR Protocol 12: the Balkanisation of Non-Discrimination. *Central and Eastern European Legal Studies* 1/2106, 2016.
- Ratković Njegovan, B., *Pravda i poslovanje*, Škola biznisa br. 4, 2008.
- Šimonović Einwalter, T. et. al., *Vodič uz zakon o suzbijanju diskriminacije*, Ured za ljudska prava Republike Hrvatske, Zagreb, 2009.
- Vodinić, V., *Građansko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni glasnik, Beograd, 2014.
- Zbornik mišljenja, preporuka i upozorenja Poverenika za zaštitu ravnopravnosti*, UNDP (United Nations Development Programme), Beograd, 2011,

## THE DISCRIMINATION BAN VS. FREEDOM OF ENTREPRENEURSHIP IN THE SERBIAN LEGAL SYSTEM

*Živorad Rašević, Ph.D.*,  
assistant professor

College for Business Economy and Entrepreneurship

### S u m m a r y

This paper analyses relationship of discrimination ban vs. freedom of entrepreneurship from the legal-dogmatic and theoretical aspect. Since the discrimination ban belongs to the public law and the freedom of entrepreneurship to the private, they actually belong to the disparate areas of the Serbian legal system: However, their relation is complex and complicated, because many opportunities for public intervention in private relations have been prescribed in the Serbian effective law. In this paper certain conflicts and interdependencies between these two institutions are pointed out, and the possibilities of a harmonized approach in their interpretation and application are outlined as well. Having in mind the *lege lata*, case-law and theoretical findings about the significance and the nature of these institutions, there are two opposite risks in their common application: first, the excessive threat to privacy and the economic efficiency of entrepreneurship; second, the risk of evasion of the discrimination ban in private relations. In quest of a striking balance between maximization of the disparate social aspirations of these legal institutions, this paper suggests a course of interpretation that provides more certainty in determination of their real and personal scope.

**Keywords:** discrimination ban, freedom of entrepreneurship, legal principles, conflict of laws, balance