

Миодрага ЈОВАНОВИЋ

судијски сарадник у Основном суду у Сокоцу
студент докторских студија Правног факултета
Универзитета у Београду

КЉУЧНИ РАДНОПРАВНИ АСПЕКТИ ЈАВНОГ КОНКУРСА ЗА ЗАСНИВАЊЕ РАДНОГ ОДНОСА

Резиме

Јавни конкурс представља средство остваривања основних радноправних начела, права на рад и начела једнаких шанси и постојања. Јавна објава има вишеструке циљеве: омогућава једнаку доступност радних места, а привлачењем великог броја интересаната постиже се конкурентност међу тражиоцима запослења, те се селекција врши у правцу најбоље. Овај циљ даје карактер злоупотребе свим оним конкурсима чија је сврха примање унапред одређене особе или особе која већ фактички ради на радном месту за које се конкурс расписује. На тај начин реализује се равноправност грађана, законитост у остваривању права, и на демократски начин остварују се уставом гарантована права. С обзиром да на доношење одлуке о избору кандидата поред објективних мерила, посебних услова, утичу и критеријуми који су најчешће субјективни карактера (анализом актуелних оласа и одлука о избору кандидата можемо приметити да се веома често као критеријум јављује оштри уписак) јасно је да послодавац увек може урозити циљ јавног конкурса, те да се увек предност може остварити путем социјалних веза, а што се може искористити законима бар у државном/јавном сектору.

Кључне речи: јавни конкурс, конкуренција професионалних способностима, оштри и посебни услови, ризик дискриминације.

I Уводна разматрања

Питање запошљавања једно је од најрањивијих питања не само радног права, већ и друштено-економских односа, јер представља поступак укључивања радноспособног становништва у организовани процес рада у циљу обављања друштвено-корисне делатности.¹ Као институт радног права представља средство остваривања Уставом загарантованих права, и уједно инструмент прилагођавања права на рад потребама друштва.² Правно посматрано значи поступак остваривања права на рад³ грађана једне државе. У покушајима објашњења феномена незапослености наглашава се међузависност различитих фактора.⁴ У ситуацији знатно веће понуде радне снаге од понуде упражњених радних места, када су лица спремна на неморалну и кривичну радњу, неопходно је унапред утврдити објективне критеријуме и правила по којима ће се запошљавање (у функцији вршења рада као друштвено корисне делатности) одвијати. Појединац способан за рад својим радом доприноси задовољавању не само својих већ и друштвених потреба.⁵

С обзиром да конкурсом почиње поступак запошљавања, имајући у виду тренутно стање на тржишту рада, сматрамо да би законодавац истом требало да посвети већу пажњу. Велика конкуренција на тржишту радне снаге за послодавца јесте могућност да кроз демократски, транс-

1 Боривоје Шундерић, *Право Међународне организације рада*, Београд, 2001, 219.

2 Предраг П. Јовановић, *Радно право*, Београд, 2003, 184, 117.

3 Право на рад као основно социјално право огледа се у слободи избора занимања и праву на запослење под једнаким условима, тј. једнакој доступности свих радних места, затим слободи рада – забрани принудног, и на крају у обавези државе да ствара услове за пуно запослење, али не и да запосли сваког појединца, јер право на рад представља начело по коме се уређују поједини радноправни институти, а не субјективно право запослења на конкретном радном месту. Право на рад је једнако и јединствено право, под једнаким условима зајемченог сталног запослења од стране друштвене заједнице сваком за рад способном грађанину, према његовим стручним и физичким способностима, које за њега представља основни и главни извор материјалних средстава. Једнаке доступности свих радних места под једнаким условима не може бити без једнаког информисања о слободним радним местима. Lenia Samuel, *Fundamental social rights, Case law of the European Social Charter*, Council of Europe, Strasbourg, 2002, 13–38; Harris David, *The European Social Charter*, University Press of Virginia, Charlottesville, 1984, 22.

4 Више о факторима незапослености погледати код: V. A. Muscatelli, P. Tirelli „Unemployment and growth: some empirical evidence from structural time series models“, *Applied Economics* 33/2001, 1038–1088. Из тренутне стопе незапослености 17,7%, види се да је немогуће обезбедити радна места за све тражиоце запослења. Доступно на адреси: Републички завод за статистику, Подаци, Укупна стопа незапослености, <http://webrzs.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=2>, 10. 6. 2016.

5 Б. Шундерић (2001), 219.

парентни начин изабере наспособнијег кандидата који ће својим радом допринети просперитету. Долазимо до апсурдне ситуације, посебно у јавном сектору, да због неких личних, непрофесионалних мотива лица која су овлашћена за избор кандидата управо најспособније не изаберу. Одговор на питање зашто је то тако, треба потражити у позитивноправним решењима. Закон у општем режиму радног односа готово да не регулише питање јавног конкурса, осим што га предвиђа као могућност, а у посебним законима регулисани су недовољно. Сам поступак и начин избора, мерила, начин оцене, рок у коме се мора одлучити о избору ипак су препуштени слободној вољи руководиоца, што је у складу са начелима слободе избора кандидата и слободом предузетништва. Чини се да је најтеже спречити да послодавчеве слободе пређу у апсолутну вољу појединца.⁶

II Начело јавног оглашавања слободних послова као конкретизација радноправних начела

Начело јавног оглашавања има двоструки циљ. У области запошљавања на страни тражилаца запослења представља конкретизацију основног социјалног права – права на рад, основне слободе – слободе рада,⁷ те општег начела радног права – начела једнаких шанси и

6 У приватном сектору држава и нема интерес да намеће послодавцима мерила за избор из разлога што сваки власник капитала тежи добити, те у складу са тим запошљава најпрофитабилнијег међу кандидатима. У овом сегменту на држави је да заштити тражиоце запослења од дискриминације и недостојанственог поступања. Ипак у јавном сектору, држава има интерес да на детаљнији начин регулише јавне конкурсе и обезбеди да само најбољи кадар ради за државу, те би законодавац морао да заштити и интересе државе и кандидата.

7 Слобода рада основно је начело радног права и представља једну од основних слобода човека, признату и обезбеђену у свим савременим друштвима. Основна је слобода човека и радника, принцип од фундаменталног значаја у радном праву, тесно повезана са другим основним слободама човека, будући да је њихов заједнички именитељ људско достојанство. Уско је везана са другим слободама које припадају човеку и које штите његово достојанство. Повезана је и са основном слободом економског значаја: слободом предузетништва послодавца. У ширем смислу ове слободе су различити облици истог принципа – слободе избора занимања, слобода рада за рачун послодавца и слобода рада за самога себе. Бранко А. Лубарда, „Начело слободе рада“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 1–2/2006, 539. Слобода рада је и формално-правна претпоставка појаве и постојања радног односа. Заједно са егзистенцијалном нужности рада представља основну правну и друштвено-економску претпоставку која је омогућила појаву радних односа. Слобода рада је један од израза опште човекове слободе која му је друштвено призната. Како слобода рада у крајњој линији значи слободу човека од рада противно његове воље, то ова слобода искључује принудан или обавезан рад у свим његовим облицима. П. П. Јовановић, 115, 117–118.

поступања.⁸ На страни послодавца, одговорног за избор запослених и организацију рада, представља могућност проналаска одговарајућег кадра за своје потребе. Осим што је то интерес послодавца и појединачни интерес запосленог, можемо рећи да је и општедруштвени интерес да свако ради на оном радном месту на којима може дати највећи допринос заједници.⁹ Полазећи од значаја и улоге заснивања радног односа за друштво, његова реализација не може зависити само од неограничене слободе послодавца. Све радње у поступку заснивања радног односа морале би бити резултат једне објективне ситуације и спроведене у складу са позитивно-правним режимом. Према томе, ваљало би регулисати не само обавезу јавног оглашавања, него мерила и критеријуме за селекцију кандидата. Управо у складу са Директивом 2000/78¹⁰ начело једнаких шанси и поступања у запошљавању осим што се односи на услове за запошљавање, укључује и мерила за избор односно селекцију кандидата приликом заснивања радног односа.¹¹ За све кандидате јавног конкурса морају важити исти услови колико год је могуће, и ниједан кандидат не сме бити фаворизован.¹² Уколико се јави, дискриминација

8 За потребе радног права начело једнаких шанси и поступања (које негативно дефинисано значи забрану дискриминације) изражава праведну социјалну конкуренцију на тржишту рада, што је од битног значаја како за запослене, тако и за послодавце. Сенад Јашаревић, „Заштита једнакости запослених у праву Европске уније“, *Зборник радова Првеној факултетској у Новом Саду*, бр. 3/2010, 257–258. Пуна равноправност у друштву шира је од формално-правне једнакости. Оно представља прављење разлике по професионалним својствима у функцији праведне социјалне конкуренције, те подразумева конкуренцију професионалних способности. У том смислу цене се лична даровитост и квалификације, професионалне заслуге и достигнућа, те професионална својства као што су стручна спрема, положен стручни, управни, специјалистички, правосудни испит, радно искуство, поседовање лиценци возачке, поседовање одређених вештина и способности, карактерних особина, познавање језика). Бранко А. Лубарда, *Радно право, Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Београд, 2012, 110, 184.

9 П. П. Јовановић, 119.

10 Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, *Official Journal* L 303, 2000, 16–22.

11 Бранко А. Лубарда, *Евројско радно право*, Подгорица, 2004, 222.

12 Овај принцип истакнут је у упоредном праву у случају који се тичао једног конкурса за диригента музичког оркестра. У склопу конкурсне процедуре организован је испит, који се односио на дириговање оркестром. Музичари су стављени на располагање кандидатима. Међутим, међу пријављеним кандидатима за упражњено радно место диригента, налазио се и кандидат који је већ раније радио са музичким оркестром који је стављен на располагање у оквиру испита. То је, наравно, представљало повреду једнакости кандидата, јер претходно дириговање оркестром и познавање музичара дало предност једном у односу на остале кандидате, који су истим музичким оркестром по први пут дириговали у тренутку конкурса. Ги Бребан, *Административно право Француске*, Београд, 2002, 304–305.

представља повреду уставног начела о доступности свих радних места под једнаким условима.¹³

- 13 Јавља се у два облика, као посредна и као непосредна дискриминација. Непосредна дискриминација постоји ако се лице или група лица, због његовог односно њиховог личног својства у истој или сличној ситуацији, било којим актом, радњом или пропуштањем, стављају или су стављени у неповољнији положај, или би могли бити стављени у неповољнији положај. Посредна дискриминација постоји ако се лице или група лица, због његовог односно њиховог личног својства, ставља у неповољнији положај актом, радњом или пропуштањем које је привидно засновано на начелу једнакости и забране дискриминације, осим ако је то оправдано законитим циљем, а средства за постизање тог циља су примерена и нужна. Закон о забрани дискриминације – ЗЗД, *Сл. гласник Републике Србије*, бр. 22/2009, чл. 6 и 7. Под дискриминацијом се не сматра прављење разлике због особености одређеног посла код кога лично својство представља стварни и одлучујући услов обављања посла, ако је сврха која се тиме жели постићи оправдана. Ту је реч о начелу професионалне нужности. Посебни услови који се тичу неких личних својстава, морају бити у сразмери са особености одређеног истог. Тако се на пример не сматра дискриминацијом навођење пола као посебног услова за заснивање радног односа, када је последица природе одређених активности (мушка односно женска улога на филму) или обичаја и (за претрес женских лица тражи се полицајка). Дискриминацијом се не сматра ни право верске организације да захтева припадање одређеној вери јер се лични (верски) и професионални живот не раздвајају на уобичајени начин као код других послова. Супротно, минимална висина као посебан услов за заснивање радног односа на бензијској пумпи сматрала би се прикривеном расном дискриминацијом, јер се на тај начин избегава запошљавање радника мексичког или азијског порекла. Европски суд правде заузео став да одсуство жртве не представља сметњу за постојање (непосредне) дискриминације. Како јавни конкурс не представља понуду за закључење уговора о раду, већ позив упућен неодређеном броју лица да се учини понуда за закључење уговора, тиме активно легитимисани постају и јавноправни субјекти који се старају о заштити једнакости. Б. А. Лубарда (2004), 236–237, 309. У току поступка, лице је дужно само да учини вероватним да је извршена дискриминација, а терет доказивања да није било понашања које представља дискриминацију је на туженом. Према члану 23. Закона о раду – ЗР, *Сл. гласник Републике Србије*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 и 75/14 у случају дискриминације, лице које тражи запослење може поднети тужбу за накнаду штете. У пракси спорове поводом дискриминације на раду, које судови неоправдано карактеришу као радне спорове, ваљало би решавати према општим правилима која се примењују на све облике и све врсте дискриминације. У извештају Поверенице за заштиту равноправности из 2013. године, у најчесталије случајеве дискриминације убрајају се они везани за радне односе, а посебно при запошљавању. Као лична својства која су основ дискриминације, према поменутом извештају, најчешће су навођени брачни и породични статус, пол, старосна доб, национална припадност или етничко порекло, инвалидитет, чланство у синдикалним, политичким и другим организацијама. Марио Рељановић, „Примена антидискриминационог законодавства у области рада“, *Сировођење антидискриминационих политика у Србији*, Београд, 2014, 98–100.

III Појам, циљ и правна природа јавног конкурса

Јавни оглас – конкурс јесте јавни, строго формални, објављени позив тражиоцима запослења, који у себи садржи унапред таксативно набројане услове, да учествују у поступку избора кандидата за запослење. То је средство непосредног контактирања послодаваца и лица која траже запослење.¹⁴ Јавни конкурс – оглас може се одредити као начин или као форма објаве потребе за новим радником, али и као начин, тј. поступак заснивања радног односа.

Основни закон о радним односима из 1965. године предвиђао је сам поступак за заснивање радног односа путем конкурса, али не и за заснивање радног односа путем огласа. Овакво законско решење имало је за последицу да се у пракси заузме став да су само учесници конкурса имали право на приговор на одлуку о избору кандидата и да су само учесници конкурса имали право на вођење радног спора.¹⁵

Данас суштинске разлике између термина јавни конкурс и јавни оглас нема. Реч је дакле о два термина за исту садржину. Чини се да је терминолошки исправнији израз конкурс јер изражава функцију поступка заснивања радног односа. Етимолошки гледано је такође исправније рећи јавни конкурс, јер сама реч конкурс означава такмичење чији је циљ издвојити најбољег између оних који учествују у њему.¹⁶ Анализом постојећих закона, нарочито у посебном режиму радних односа долази се до закључка да се у позитивном праву више употребљава реч „конкурс“.¹⁷

14 Nikola Tintiћ, *Radno i socijano pravo, knjiga prva – radni odnosi II*, Zagreb, 1972, 113.

15 Ваљало би напоменути да је Уставни суд, а у складу са начелом *in favorem laboratoris*, заузео став да кандидати који су се пријавили по јавном огласу имају иста права као и они који су се пријавили по јавном конкурс, тј. да и они имају право на подношење тужбе суду, а све из разлога што иако важећи закони нису изричито предвиђали судску заштиту за учеснике јавног огласа, они такође нису ни садржали изричито одредбу која би говорила о томе да кандидати пријављени по јавном огласу немају право на тужбу. Ова разлика у праву на заштиту пред судом нестаје и доношењем Закона о међусобним односима радника у удруженом раду (*Службени лист СФРЈ*, бр. 22/73). Од тада се једина разлика јавног огласа и јавног конкурса огледа у томе што су се и даље руководећа радна места попуњавала путем јавног конкурса. Вид.: Боривоје Шундерић, *Услови за заснивање радног односа*, Београд, 1986, 164; Влајко Брајић, *Радно право, Радни односи, друшћи односи рада и социјално осигурање*, Београд, 2001, 178.

16 П. П. Јовановић, 195.

17 Закон о војсци Србије – ЗВС, *Сл. гласник РС*, бр. 116/2007 и 88/2009; Нацрт Закона о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе – НЗЗАПЈЛС; Закон о државним службеницима – ЗДС, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 79/2005, 81/2005 – испр., 83/2005 – испр., 64/2007, 67/2007 – испр., 116/2008, 104/2009 и 99/2014; Закон о високом образовању – ЗВО, *Сл. гласник Р. Србије*, бр. 76/2005, 97/2008, 44/2010, 93/2012 и 89/2013.

Јавном објавом конкурса, постижу се одређени циљеви за тражиоце запослења, за послодавце и за државу. Са становишта лица која траже запослење омогућава се једнака доступност слободних радних места под једнаким условима. За послодавца јавни конкурс, због своје природе такмичења, омогућава привлачење великог броја интересената и селекцију у правцу најбољег.¹⁸ Одговарајући циљ се постиже за друштво, јер конкурс омогућава конкурентност на бази професионалних својстава.¹⁹ Када се право на рад остварује селекцијом, и када се елиминишу мање добри, може се гарантовати квалитет рада. При том се јавним конкурсом реализује равноправност грађана, законитост у остваривању права, и на демократски начин остварују уставом гарантована права.

Јавни конкурс, по својој правној природи је процедуралног карактера. Према овом схватању, то је прва фаза сложеног поступка попуњавања упражњеног радног места.²⁰ Са позитивноправног становишта и становишта судске праксе конкурс и поступак се не могу изједначити, јер се поступак заснивања радног односа води на основу конкурса, а не говори се о конкурс у као поступку.²¹

По својој правној природи конкурс може бити и позив упућен јавности да се направи понуда уговора под објављеним условима.²² Не смеју се занемарити ставови који квалификују уговор о раду као уговор о приступу, где запослени може у целости или да прихвати или да одбије понуду послодавца, а не да направи понуду за закључење уговора. Без обзира на зајемчену слободу уговарања, послодавац фактички одређује садржину уговора о раду дајући колективну и перманентну понуду, коју кандидат за запослење може да прихвати или не. Треба имати у виду стопу незапослености, чињеницу да се на једно радно место пријави далеко већи број економски слабије стране, те да тражилац запослења из тих разлога заснива радни однос под условима који одговарају послодавцу.²³

18 N. Tintić, 113. Управо овај циљ даје карактер злоупотребе свим оним конкурсима чија је сврха примање унапред одређене особе или особе која већ фактички ради на радном месту за које се конкурс расписује, јер се у том случају не оставрује право на рад посредством селекције пријављених кандидата, већ нерегуларним поступањем носиоца овлашћења за избор кандидата, мотивисаног личним, спекулативним, аморалним, криминалним и другим побудама.

19 Б. Шундерић (1986), 166.

20 N. Tintić, 113.

21 П. П. Јовановић, 165.

22 Б. А. Лубарда (2012), 307.

23 Љубинка Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Београд, 2011, 51.

Ако јавни конкурс посматрамо као понуду за закључење уговора о раду, долазимо до правно и фактички немогуће ситуације да сваки кандидат који испуњава услове конкурса заснује радни однос. Не постоји гаранција ни учеснику који најбоље испуњава услове да ће баш он бити примљен на рад, јер би таква гаранција значила негацију слободе избора радника.²⁴ Овде је реч о преношењу грађанско-правне концепције на радни однос. Послодавац има обавезу да одлучи о пријави кандидата који испуњава услове, али не и да изврши избор. Дакле, конкурсом се не обећава никоме да ће бити изабран, већ само да ће се одлучити о поднетим пријавама.²⁵

У савременој литератури преовлађује становиште да је јавни конкурс по својој правној природи – позив на понуду за закључење уговора о раду, будући да за послодавца не ствара обавезу запошљавања кандидата, чак ни оних најбољих.

IV Пријава на јавни конкурс и конкурсна комисија

За тражиоца запослења поступак запошљавања почиње пријавом. Пријава јесте једнострана изјава воље тражиоца запослења којом се изражава спремност на закључење радног односа под условима из објављеног конкурса. Лице потврђује да је упознато са садржином конкурса, да може с обзиром на своје радне способности обављати конкурсом предвиђене послове и да слободном вољом одлучује да под датим условима заснује радни однос.²⁶ Моментом подношења благовремене и уредне пријаве стиче се статус учесника конкурса и права постају заштићена,²⁷ јер је послодавац дужан размотрити пријаве свих учесника конкурса, све их мора обавестити о извршеном избору и поучити да имају право на заштиту својих права приликом поступка заснивања радног односа ако сматрају да су им иста повређена.²⁸

24 N. Tintić, 114.

25 Б. Шундерић (1986), 164–165.

26 Пријава се доставља лично на протокол послодавца или путем поште, али искључиво у року који је предвиђен у конкурс. Дан предаје писмена пошти, сматра се даном достављања послодавцу а сходно правилима грађанског процесног права – члан 107 Закона о парничном поступку (*Сл. гласник Р. Србије* бр. 72/2011, 49/2013). Уз пријаву, тражилац запослења дужан је да достави сву потребну документацију наведену у конкурс. У супротном сматра се да је иста неуредна и неће се узети у разматрање. Лице које поднесе неуредну пријаву нема положај учесника конкурса. Чланом 105 НЗЗАПЈС предвиђено је да конкурсна комисија одбацује закључком све неблагоприятне, недопуштене, неразумљиве или непотпуне пријаве. На овај закључак дозвољена је жалба жалбеној комисији у року од 8 дана од дана доставе закључка. Исто је предвиђено и чланом 55 ЗДС.

27 Б. Шундерић (1986), 176–178.

28 П. П. Јовановић, 197.

Кандидати су само они учесници огласа који испуњавају све услове за заснивање радног односа у тренутку подношења пријаве, или у тренутку истека последњег дана рока за пријављивање.²⁹ Једино је са кандидатима опортуно вршити претходну проверу радних способности, а након тога, међу онима који су испунили минимална очекивања вршити избор. Конкурсна комисија саставља списак кандидата који испуњавају услове за запослење, па међу њима спроводити изборни поступак, након чега их најчешће рангира те препушта руководиоцу коначан избор кандидата.

По правилу у састав конкурсне комисије улазе запослени исте струке и најмање истог степена стручне спреме који има кандидат чије се способности проверавају.³⁰ Поред ових, у састав комисије могу ући и лица која се баве радном способношћу радника, попут социолога, психолога, социјалног радника. Начин формирања комисије и њен састав утврђује послодавац.³¹ Ваљало би напоменути да не постоји обавеза образовања комисије, те се послодавац може и сам наћи у улози исте.

29 Могуће је да кандидат у моменту објављивања конкурса чека доказ о испуњавању услова, те да наведе у пријави да ће накнадно доставити уверење о истом, на пример приликом обављања интервјуа, а посебно имајући у виду чињеницу да закон не предвиђа у ком року се мора обавити разговор са кандидатима, па тако неретко у пракси од објаве конкурса до интервјуа зна да прође дужи период.

30 Тако је у пракси, те би приликом доношења новог Закона о раду требало предвидети да комисију морају сачињавати лица исте струке и најмање истог степена стручне спреме.

31 У пракси се најчешће за сваки нови пријем образује нова, мада постоји могућност образовања и сталних комисија. Тада су чланови лица која се професионално баве утврђивањем радних способности, а од конкурса до конкурса мењају се само чланови комисије одређене струке из реда запослених. Вид.: Б. Шундерић (1986), 184. У посебном режиму радних односа запослених у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе изборни поступак спроводи конкурсна комисија од три члана. Најмање један члан комисије мора имати стечено високо образовање другог степена у области правних наука односно на студијама које су законом изједначене са тим студијама у погледу права која из њих произлазе. Када положај попуњава Влада интерни и јавни конкурс оглашава Служба за управљање кадровима, а спроводи конкурсна комисија. Конкурсну комисију за сваки појединачни случај именује Високи службенички савет међу својим члановима и међу стручњацима за одређену област, од којих један може бити државни службеник из државног органа у коме се положај попуњава. Према томе, конкурсна комисија нема стални састав, већ се он мења од случаја до случаја, чиме се покушава отклонити политички утицај на постављења службеника на положаје. Састав конкурсне комисије, стручне оспособљености, знања и вештине кандидата које се оцењују у изборном поступку, начин њихове провере и мерила за избор на радна места прописују за судове Врховни касациони суд, за тужилаштва Републички јавни тужилац, а за остале државне органе тела одређена њиховим актима. Вид.: Милан Влатковић, Радоје Брковић, Бојан Урдаревић, *Службеничко право*, Београд, 2013, 162.

V Изборни поступак, одлука и право на жалбу

Из слободе предузетништва, слободе уговарања и одговорности за добро функционисање радне средине произлази послодавчева слобода избора кандидата, коме је поверен читав низ овлашћења која треба да омогуће оцену способности истих. Послодавац је надлежан само за оцену оних способности које су у непосредној вези са обављањем послова за које је расписан јавни конкурс и то до мере у којој се не тичу својстава чије је захтевање и разматрање изричито забрањено.³² У јавном сектору заштита јавног интереса налаже детаљнији поступак запошљавања. Начело јавног оглашавања има посебан значај за запошљавање државних службеника, који подразумева јавни конкурс као правило, односно отворене и транспарентне јавне поступке процене способности кандидата, како би се обезбедио да најбољи кандидати буду изабрани за државну службу. А колико је предње наведено битно, говори чињеница да у појединим правним системима устав изричито предвиђа да лична даровитост, квалификације и професионална достигнућа јесу једино легитимно мерило при запошљавању.³³

Пре доношења одлуке о избору најуспешнијег кандидата може се вршити провера радних способности.³⁴ Када је предвиђена, обавезна је и не може се изабрати кандидат који јој је приступио. Општим актом послодавца морају се унапред утврдити послови за које ће се вршити претходна провера радних способности, као и начин, методе и надлежност за оцењивање способности кандидата. Нажалост, ово правило се у пракси крши безмало на сваком кораку, те послодавци произвољно и *ad hoc* бирају методе вредновања,³⁵ које се врше као аудиција, кроз

32 Љубинка Ковачевић, „Вредновање способности и рада запослених – кључни правни аспекти“, *Право и привреда*, vol. XLX, бр. 7–9/2013, 548–567.

33 Устав СР Немачке, члан 33, доступно на: www.bundestag.de/grundgesetz, 1. 9. 2016.

34 У посебном режиму радних односа, према ЗДС предвиђено је да се кандидатима међу којима се спроводи изборни поступак доставља писмено обавештење о томе када почиње изборни поступак, а најмање осам дана пре почетка изборног поступка. Ако се сам изборни поступак спроводи у више делова, онда се кандидати на почетку сваког дела обавештавају о томе када почиње наредни део изборног поступка. Кандидат који се не одазове да учествује у једном делу изборног поступка, не позива се да учествује у наредном делу изборног поступка. Вид.: М. Влатковић, Р. Брковић, Б. Урдаревић, 160. Међутим уколико је из оправданих разлога кандидат био спречен да дође, након што о томе писмено обавести послодавца, мора му се обезбедити нови термин за разговор или полагање теста. Уколико је тест, или било који метод обавезан у поступку избора кандидата, а учесник конкурса изостане са истог, сматра се да је одустао од пријаве и пријава се одбацује. Б. А. Лубарда (2012), 317.

35 Љ. Ковачевић (2013), 548–567.

писмени рад, тест и кроз друге облике тестирања радних способности.³⁶ Претходна провера је елиминаторног карактера, те је сврха исте да се утврди способност радника за обављање датих послова и задатака.

Приликом оцене способности кандидата конкурсна комисија нема уредбодавна овлашћења.³⁷ У позитивном праву се посебним законима предвиђа да комисија мора имати мерила, али не и која су и како се бодују. Иако би требала бити усмерена ка обезбеђивању поузданости начина на основу којих се долази до одређених података, међу тестовима којима се врши провера способности поред тестова знања, опште културе, јављају се и тестови личности, али и консултовање астролога, графолога, а који независно од тачности података које откривају, представљају опасност за приватност кандидата.³⁸ Наше радно законодавство би стога требало да обезбеди постојаније границе послодавчевих овлашћења у поступку запошљавања, почевши од строгог захтева да се током вредновања способности кандидата могу прикупљати само подаци „који су неопходни за оцену њиховог професионалног потенцијала“. Избор кандидата се понекад заснива и на нестандартним, па и лажним критеријумима, који могу угрозити приватност кандидата, независно од тачности података које откривају. Отуд се у литератури, с правом, упозорава да достојанство и приватност тражилаца запослења морају бити заштићени не само у погледу података које послодавац од њих непосредно захтева, већ и у односу на податке који су му доступни само посредно, захваљујући најразличитијим техникама и методама. На то упозоравају и стандарди Савета Европе о заштити података о личности: „не треба прибегавати тестовима, анализама и сличним поступцима који су сачињени ради процене карактера личности појединца, без његове сагласности или друге одговарајуће заштите предвиђене правом“.³⁹

Законодавство и судска пракса сужавају домен слободе послодавца у циљу заштите приватности кандидата за запослење. Постављање

36 В. Брајић, 181-182. Оцена посебних услова може се спроводити писменом провером, тестовима, усменим разговорима, симулацијом или на други одговарајући начин. Члан 56. ЗДС. Према НЗЗАПЈЛС усмени разговор је обавезан (чл. 106).

37 Конкурсна комисија не може доносити додатна правила нити кршити постојећа правила, већ мора примењивати постојећа. Вид.: Ги Бребан, 305.

38 Љ. Ковачевић (2011), 117; Ги Бребан, 302. У француском административном праву, најбољи кандидат се бира након серије испита из области опште културе и стручног знања. На тај начин осигурава се правило садржано у Декларацији о правима човека према коме сваки грађанин има једнаки приступ обављању јавне функције, а разлика може постојати само на основу његових способности, својстава или талената.

39 Љ. Ковачевић (2013), 548-567.

питања која задиру у сферу приватности допуштено је само ако је нужно, и то у оној мери у којој је неопходно с обзиром на природу радног места.⁴⁰ Без обзира на право на заштиту приватности кандидата за запослење и запосленог, лице које тражи запослење дужно је обавестити послодавца о свакој врсти потенцијалне опасности која би могла да утиче на безбедност и здравље на раду. Радник мора предочити све што би евентуално могло представљати ризик или сметњу у послу.⁴¹

Ограничење слободе избора кандидата врши се у упоредном праву и давањем овлашћења институцијама партиципације запослених у одлучивању на нивоу послодавца да заједно са послодавцем утврђују мерила за избор.⁴² Упоредно право сведочи да заштита кандидата за запослење као слабије стране у поступку запошљавања може допринети усвајање препорука о уздржавању послодавца од постављања одређених питања.⁴³

40 Тако у општем режиму радног односа послодавац не може да условљава заснивање радног односа тестом трудноће, осим ако се ради о пословима код којих постоји знатан ризик за здравље жене и детета утврђен од стране надлежног здравственог органа. Послодавац не може од кандидата да захтева податке о породичном, односно брачном статусу и планирању породице, односно достављање исправа и других доказа који нису од непосредног значаја за обављање послова за које заснива радни однос. Вид.: ЗР, чл. 26; Љ. Ковачевић (2011), 395. Упоредно право признаје право на ћутање кандидату, а чак и лаж у нужној одбрани. Позитивно право Словеније и Француске изричито признаје право на ћутање о чињеницама из приватног живота које нису у непосредној вези са радним односом, а у Немачкој и Швајцарској признато је право на лаж у нужној одбрани.

41 Као што је, на пример, могућност алергијских реакција, реактивне тегобе, страх од висине, фобије, непознавање језика, непознавање компјутерске технике, зависност од опијата или друге болести зависности и слично. Зоран Ивошевић, *Радно право*, Београд, 2012, 96.

42 Тако у немачком праву послодавац и савет запослених закључују споразум о смерницама за селекцију кандидата чиме се смањује ризик да у упитнику за кандидате при запошљавању буде дискриминишућих питања или питања која задиру у сферу приватности. Б. А. Лубарда (2012), 317.

43 Француско министарство рада је сачинило екземплификативни списак података за које сматра да ни у ком случају не могу имати било какве везе са понуђеним послом или чак са способношћу интеграције радника у радну средину као што је то случај са подацима о сексуалном животу кандидата и занимању њихових родитеља. Национална комисија за информатику и слободе предвиђа да није подесно прикупљање следећих података: датум уласка у Француску, датум натурализације, начин стицања држављанства, држављанство порекла, број под којима је кандидат приступио режиму социјалне сигурности, детаљи о одслужењу војног рока, породично окружење, здравствено стање, висина, тежина и изглед, податак да ли је кандидат закупац или власник стана, друштвени живот, банковни рачун и одобрене позајмице. Ови подаци могу се прикупљати само ако је то законска обавеза или је оправдано због специфичне природе посла за које се конкурише. Њима насупрот стоје подаци који непосредно или посредно откривају расно или етничко порекло,

Што се тиче утврђивања мерила за избор, могуће је да се самим законом о раду утврде мерила која се нарочито бодују, како је то чинио ранији закон Републике Црне Горе, када се послодавац морао придржавати два критеријума: успеха у току школовања и дужине чекања на запослење.⁴⁴ Можемо приметити да је потоњи критеријум социјалне природе и није у духу конкуренције професионалних способности, већ би се могао подвести под „позитивну дискриминацију“. У позитивном праву, према Закону о високом образовању приликом избора у звања наставника, високошколска установа цени следеће елементе: оцену о резултатима научног, истраживачког односно уметничког рада, оцену о ангажовању у развоју наставе и развоју других делатности високошколске установе, оцену о резултатима педагошког рада, као и оцену резултата постигнутих у обезбеђивању научно-наставног, односно уметничко-наставног подмлатка.⁴⁵ Могуће је и да закон упућује на подзаконски акт, као што је то случај на пример у области образовања, када надлежни министар доноси правилник о мерилима и начину на које је цени сваки услов понаособ.⁴⁶

Ограничење слободе избора кандидата може се постићи колективним уговором о раду када се утврде права сениоритета, тј. давање предности у запошљавању на новим радним местима и напредовању на више радно место запосленима са дужим радним стажом код истог послодавца, по правилу на основу интерног јавног конкурса. У америчкој пракси колективног преговарања јавља се особена клаузула облигационог дела колективног уговора, о давању права синдикату са којим је послодавац закључио колективни уговор да одреди раднике које ће запослити на одређеном проценту упражњених радних места, које је послодавац дужан да запосли (клаузула хола за запошљавање).⁴⁷

политичко или верско уверење или синдикалну припадност кандидата, као подаци о здрављу или сексуалном животу кандидата чије је прикупљање забрањено. Потоња забрана не може бити дерогирана ако ови подаци нису нужно повезани са предложеним послом чак и ако је кандидат сагласан са њиховим прикупљањем. Љ. Ковачевић (2011), 402.

44 Закон о запошљавању, *Сл. гласник Црне Горе*, бр. 29/90, чл. 7.

45 Закон о високом образовању, *Сл. гласник Р. Српске*, бр. 76/2005, 97/2008, 44/2010, 93/2012 и 89/2013 чл. 65.

46 Тако, на пример, Закон о средњем образовању и васпитању Републике Српске чланом 76 и Правилником о критеријумима и процедуре пријема радника у радни однос у средњој школи (*Сл. гласник Р. Српске*, бр. 70/2013), члановима 7–19 прописује услове за пријем у радни однос те упућује на Правилник надлежног министра, којим се детаљно регулишу критеријуми за пријем, начин бодовања и давања првенства уколико би два или више кандидата имала једнак број бодова.

47 Б. А. Лубарда (2012), 318.

Моменат у коме се цени испуњеност услова кандидата јесте моменат истека конкурсног рока, дакле тај тренутак је унапред одређен и фиксиран. У супротном, да је то моменат избора кандидата то би био моменат о коме орган који бира кандидата дискреционо одлучује, па би биле могуће различите злоупотребе и намештања.⁴⁸

Како се на конкурс по правилу пријави већи број кандидата од потребног, изборна комисија сачињава ранг листу која обухвата све кандидате који испуњавају задате услове. Као акт правно-техничке природе представља редослед кандидата према укупном броју бодова који су предвиђени за сваки објављени услов.⁴⁹ Изборна комисија коначну ранг листу доставља руководиоцу. Проблем се јавља што закон не регулише мерила, нити начин оцене кандидата, а не предвиђа обавезно доношење подзаконског акта који би употпунио празнину.⁵⁰ Нормама те врсте требало би обезбедити једнакост, равноправност, објективност и правну сигурност радноспособних и за запошљавање вољних грађана,⁵¹ те спречити запошљавање на основу друштвених веза, а осигурати запошљавање на основу квалитета.⁵²

48 N. Tintić, 122.

49 Б. Шундерић (1986), 191–201.

50 Члан 57 ЗДС. Према члану 107 НЗЗАПЈЛС изборна комисија бира три кандидата који су са најбољим резултатом испунили мерила прописана за избор. У ранијем југословенском праву, за време важења ЗУР, јавним службама за запошљавање давало се овлашћење да сачињавају редослед кандидата сходно утврђеним мерилима. Самоуправне интересне заједнице за запошљавање имале су овлашћење да сачине ранг листу кандидата, а послодавац је био обавезан да одлучује о кандидатима по редоследу са ранг листе. Вид.: Љ. Ковачевић (2011), 316–318. ЗДС предвиђено је да кандидате који су са најбољим резултатом испунили мерила прописана за избор конкурсна комисија увршћује на листу за избор и листу доставља руководиоцу. Руководилац има обавезу да изабере једног од кандидата са листе, али не постоји обавеза избора првог кандидата са листе. Вид.: М. Влатковић, Р. Брковић, Б. Урдаревић, 156.

51 Душан Р. Паравина, *Радно њраво*, Београд, 1988, 51.

52 Ги Бребан, 306. У административном праву француске, истиче се као значајна последица конкурса управо ранг листа. Наиме, уколико администрација приступи именовањима, она то мора чинити у складу са резултатима конкурса. Дакле, ако је понуђено двадесет места у конкурсу, онда није могуће примити само десет кандидата и то рангираних између петог и петнаестог места. Вид.: Б. Шундерић (1986), 191–195, 201. Критеријуми за утврђивање ранг листе нису услови за заснивање радног односа, али служе у сврху рангирања кандидата. Примењују се на лица пријављена на конкурс, која испуњавају услове за вршење послова. Реч је социјалним, економским, друштвеним чињеницама на основу којих се може стећи предност на ранг листи. Социјално економски положај лица одређује се на основу укупних материјалних услова незапосленог лица и чланова његове породице, броја запослених и броја издржаваних чланова, те њиховог здравственог стања, затим година старости лица које тражи запослење, стање социјалне потребе и слично. Време чекања на запослење јесте време проведено на евиденцији Националне служ-

Поједини аутори, закључују да је послодавац надлежан за оцену способности кандидата у мери у којој се те способности не тичу својстава чије је захтевање и разматрање изричито забрањено. То значи да су послодавчева овлашћења у поступку запошљавања широка, али не неограничена. Њих, уз императивне законске норме о општим условима за заснивање радног односа и евентуалним приоритетима у запошљавању (нпр. обавеза запошљавања одређеног броја лица са инвалидитетом), ограничавају их гаранције забране дискриминације, права на достојанство и других права и основних слобода лица која траже запослење. Законодавство и пракса, настоје да, у највећој могућој мери, обезбеде равнотежу између послодавчеве слободе избора кандидата и њихових права и основних слобода.

Послодавчева облашћења у поступку запошљавања уткана су у сам појам послодавца одговорног за организацију процеса рада, а у најтешњој је вези са слободом предузетништва и одговорношћу за избор запослених.⁵³ Послодавац мора оценити могућност кандидата за успешно извршавање престације рада, па му је на располагању овлашћење за уређивање самог поступка избора кандидата, утврђивања потребних посебних услова и сам избор лица које ће бити ангажовано.⁵⁴ Начелом слободе избора кандидата⁵⁵ омогућено је послодавцу да слободно изврши избор између кандидата који испуњавају услове конкурса, али не и учесника огласа који не испуњава услове јер би такав избор био не-

бе за запошљавање. Када је предвиђено као мерило, време чекања на запослење, утврђује се тако што се на пример, за сваки месец чекања утврди одређен број бодова. Општи утисак кандидат оставља приликом разговора са послодавцем. Разговор представља размену мишљења о општим питањима и питањима везаним за сам рад. На основу самог разговора формирају се одређена мишљења, стиче се одређени утисак о кандидатима. Он нема карактер претходног проверавања стручних и других радних способности. Поменути и други слични критеријуми не би смели бити одлучујући услов приликом заснивања радног односа. Они служе евентуалном рангирању и оправдавају се идејом да запошљавање није само у функцији економије него свеукупног развоја друштва и реализације његових социјалних циљева.

53 Љ. Ковачевић (2013), 548–567.

54 Љ. Ковачевић (2011), 112.

55 Начело слободе избора кандидата има за циљ заштиту интереса послодавца. Међутим, запошљавање у себи садржи одређене елементе јавноправног интереса што је у упоредном праву имало за последицу ограничавање начела слободе избора кандидата. Ограничење слободе избора врши се дакле на различите начине: начело професионалне нужности, антидискриминаторним законодавством, заштитом права на приватност, права на достојанство и других права и основних слобода, утврђивањем мерила за избор, колективним преговарањем. На тај начин се тежи успостављању равнотеже између слободе предузетништва послодавца и основних слобода и права кандидата за запослење. Б. А. Лубарда (2012), 316.

законит. За последицу би имао понишење одлуке о избору кандидата и уговора о раду. Избор се врши између пријављених кандидата, дакле оних учесника огласа који испуњавају све услове за рад. Сам поступак избора кандидата се мора спровести, али се не мора окончати одлуком о избору кандидата.⁵⁶

Одлука о избору је појединачни правни акт који доноси надлежни орган код послодавца у унапред предвиђеном поступку и у писаној форми. Она није акт настанка радног односа, већ се искључиво везује за избор, тј. представља предуслов за заснивање радног односа. Поступак избора завршава се доношењем одлуке. Одлуком о избору врши се избор између кандидата који испуњавају услове из огласа. Не може се изабрати већи број извршилаца од броја предвиђеног конкурсом. Одлучивање о избору кандидата представља најосетљивију тачку у току поступка заснивања радног односа. Одлука којом је извршен избор представља услов заснивања радног односа и претпоставку да се поступак заснивања радног односа настави. Одлуком којом се не врши избор окончава се поступак по конкурс и поново се објављује конкурс уколико и даље постоји потреба за пријем нових радника. Одлука о избору се доставља изабраном кандидату али и свим осталим кандидатима и учесницима огласа. Изабрани кандидат се поред одлуке о избору, обавештава и о дану заснивања радног односа. Обавештење о избору је саставни део начела јавности у остваривању права на рад што утиче на законитост рада и повећање одговорности у поступку избора.⁵⁷ Посебним законима предвиђа се обавеза достављања одлуке свим учесницима конкурса.⁵⁸ Обавештење о избору је неопходно и због права на приговор, односно жалбу.⁵⁹

56 П. П. Јовановић, 198–199.

57 Одлука садржи назив послодавца, органа који ју је донео, датум и назив општег акта на основу кога је донета; затим избор одређеног кандидата и образложење тј разлози због којих је баш тај кандидат изабран Нацрт закона иде и даље обавезујући руководиоца органа аутономне покрајне-начелника управе да решење о пријему у радни однос образложи на начин што ће навести које је радње конкурсна комисија предузела у току изборног поступка. Б. Шундерић (1986), 184–213.

58 ЗДС, чл. 59.

59 Правни лекови предвиђени су и у кривичном, и у грађанском, и у управном поступку. Послодавац је сходно начелу слободе избора кандидата, слободан да изабере било ког кандидата (не постоји обавеза избора најбољег). Право на правни лек је основно и универзално људско право, загарантовано бројним међународним документима и готово свим савременим националним законодавствима. Уставоправни поредак сваке државе неизоставно укључује и сегмент правне заштите људских права и основних слобода. Свјетлана Ивановић, „Право на жалбу и жалбени поступак пред међународним кривичним судом“, *Анали Правној факултету Универзитета у Зеници*, бр. 11, год. 6, 83. Према члану 23 ЗР у случају дискриминације, лице које тражи запослење може поднети тужбу за накнаду штете. У току поступ-

Сваки учесник конкурса, без обзира да ли испуњава услове конкурса, има процесну легитимацију да побија избор. Одлука о избору, према томе, требала би да садржи и правну поуку да сваки учесник огласа може да разматра материјале приспеле уз пријаве на оглас и поводом огласа, те да може побијати одлуку о избору пред судом ако сматра да је изабран кандидат који не испуњава предвиђене и објављене услове.⁶⁰ У посебном режиму радних односа право на жалбу на одлуку о избору регулисано је посебним законима.⁶¹ Иако се не ради о запосленим лица, права и положај тражилаца запослења уређују се радноправном регулативом. Законима се најчешће изричито прописује да се спор поводом заснивања радног односа сматра радним спором.⁶²

ка, лице је дужно само да учини вероватним да је извршена дискриминација, а терет доказивања да није било понашања које представља дискриминацију је на туженом. Радни спор је посебан поступак грађанског поступка, на кога се примењују посебна правила, нарочито везана за рокове због хитности, а у свему осталом општа правила грађанског поступка. Радни спор јесте спор поводом заштите права из радног односа и шире, јер подразумева заштиту тражилаца запослења приликом запошљавања (лица која нису у радном односу). Више о судској заштити погледати код Б. Лубарде (2012), 765–808.

60 П. П. Јовановић, 199.

61 ЗДС, чл. 59. Тако, кандидат који је учествовао у изборном поступку има право да у року од осам дана од дана достављања решења изјави жалбу, уколико сматра да изабрани кандидат не испуњава услове за запослење или ако су се у изборном поступку десиле такве неправилности које би могле утицати на објективност његовог исхода. Кандидат има право да прегледа сву документацију јавног конкурса, под надзором службеног лица. Решење о пријему у радни однос односно решење о премештају доставља се свим учесницима јавног конкурса. Учесник јавног конкурса има право да у року од осам дана од дана пријема решења изјави жалбу из три разлога: ако сматра да испуњава услове за запослење на радном месту а није учествовао у изборном поступку, затим ако сматра да изабрани кандидат не испуњава услове за запослење на радном месту за које је конкурс расписан и на крају ако сматра да су се у изборном поступку десиле такве неправилности које би могле утицати на објективност његовог исхода. Такође, учесник јавног конкурса има право да под надзором службеног лица државног органа прегледа сву документацију јавног конкурса. Жалбене комисије одлучују о жалбама службеника према правилима општег управног поступка. О жалбама службеника из органа државне управе, служби Владе и Републичког јавног правобранилаштва одлучује Жалбена комисија Владе, о жалбама државних службеника из судова и јавних тужилаштва Жалбена комисија правосуђа и о жалбама службеника из осталих државних органа жалбене комисије које се образују њиховим актима. Чланови жалбене комисије Владе морају бити дипломирани правници са најмање пет година искуства у струци, именује их Влада на предлог Службе за управљање кадровима. Чланове жалбене комисије правосуђа заједнички именују Врховни касациони суд и Републичко јавно тужилаштво. Вид.: М. Влатковић, Р. Брковић, Б. Урдаревић, 157–200.

62 Д. Паравина, 54.

Miodraga JOVANOVIĆ

Legal associate at the Basic Court in Sololac

PhD student at the Faculty of Law University of Belgrade

KEY LABOUR LAW ASPECTS OF PUBLIC COMPETITION FOR ENTERING INTO EMPLOYMENT CONTRACT

Summary

The public competition is a mean to achieve the basic labour principles, the right to work and the principle of equal opportunities and treatment. The public release of the advertisement for a certain job has multiple goals: it allows an equal availability of jobs, attracts a large number of interested candidates, and competitiveness among those who are looking for employment, so that the selection is to be made for the best. This goal may be a misuse of the competition by those whose purpose is to receive in advance a specific person or persons who in fact already work at a workplace for which the competition is announced. This is a way to realize equality among citizens, demonstrate the lawful rights and democratically exercise constitutionally guaranteed rights. With regard to the adoption of a decision by the objective criteria and special conditions, criteria that are often subjective affect to the decision also (analysis of current ads and the decisions on the choice of candidates we can notice that very often general impression occurs as a criterion), it is clear that the employer can always jeopardize the goal of a public competition, because often an advantage can be achieved through social connections and this can be avoided with the laws at least in state/public sector.

Key words: *public competition, competition of professional skills, general and special conditions, risk of discrimination.*