

мр Љубинка КОВАЧЕВИЋ
асистент Правног факултета Универзитета у Београду

ГРАНИЦЕ УТВРЂИВАЊА ПОСЕБНИХ УСЛОВА ЗА ЗАСНИВАЊЕ РАДНОГ ОДНОСА*

Резиме

Слобода ујоварања, слобода предузећништва и чињеница да се ујовор о раду закључује *intuitu personae* имају за последицу широка овлашћења послодавца приликом запошљавања нових радника. Премда широка, ова овлашћења нису апсолутна, већ послодавца у избору кандидата за запошљавање ограничавају империјативне норме о општим условима за заснивање радног односа, евенуални приоритети у запошљавању, начело једнакости и забране дискриминације, као и гаранције права и основних слобода лица која изражавају запошљавање. Ово ишњање суштински је повезано са ишњањем утврђивања посебних услова за заснивање радног односа, због чега је у раду анализирано ишњање (не)дојушћености утврђивања одређених посебних услова за заснивање радног односа у домаћем, ујоредном и међународном праву. У првом делу рада, утврђивање посебних услова за заснивање радног односа размјерено је у контексту најчистије која постоји између слободе предузећништва, са једне стране, и права на рад и слободе рада, са друге стране, да би у оквиру другог дела рада било посебно размјерено омеђивање одговарајућих послодавчевих овлашћења начелом једнакости и забране дискриминације. У посебном делу рада, анализирана је заштитна права на запошљавање приватној животи израженица запошљања, уз указивање на неке прак-

* Рад је написан као резултат учешћа у пројекту „Развој правног система Србије и хармонизација са правом Европске уније (правни, економски, политички и социолошки аспекти)“, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду.

типичне проблеме који настају у вези са садржином одређених посебних услова за заснивање радног односа и провером њихове испуњености.

Кључне речи: запошљавање, управљачка и нормативна овлашћења послодавца, забрана дискриминације, поштовање приватног живота.

I Утврђивање посебних услова за заснивање радног односа и напетост између слободе предузетништва и права на рад

Радни однос почива на сагласности воља послодавца и изабраног кандидата, добровољно израженој у поступку запошљавања. Поред послодавца, у поступку запошљавања могу учествовати само лица која испуњавају опште услове за заснивање радног односа, што је разлог да се *услови за заснивање радног односа*, у литератури, неретко, анализирају у контексту тзв. *граница тржишта рада*.¹ То значи да је, поред територијалних граница, тржиште рада ограничено и *ratione personae*, тако да у њему могу учествовати само лица која испуњавају услове које законодавац апстрактно утврђује као апсолутни захтев који мора бити испуњен на страни кандидата за запослење, независно од послова за које се заснива радни однос. У домаћем праву, *општи услов за заснивање радног односа* чини навршених 15 година живота, а исти услов познаје и упоредно право, будући да је, захваљујући борби за укидање дечјег рада, признавању права на образовање и развоју образовања, број година за које се претпоставља да доносе зрелост за рад постепено померан навише – до узраста у којем се завршава обавезно образовање, а најмање до навршених 15 година живота. Поред овог ограничења, савремени законодавци, изузетно, ограничавају запошљавање и неких других категорија лица, као што је то, примера ради, случај са запошљавањем странаца, од којих се захтевају дозвола за стално настањење или привремени боравак на територији одређене државе и радна дозвола, због потребе контроле приступа радника миграната домаћем тржишту рада. Запошљавање странаца може бити ограничено и квотама (нпр. због високе стопе незапослености у држави пријема), али, може бити и забрањено у погледу послова који укључују посредно учешће у вршењу државне власти или доприносе заштити јавног интереса.² У последњем случају, држављанство друге државе

1 Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoine Jeammaud, *Droit du travail*, 21^e édition, Dalloz, Paris, 2002, стр. 148–149.

2 Проблем утврђивања послова за чије је обављање оправдано захтевати домаће држављанство посебно је значајан на нивоу Европске уније (ЕУ), где се разматра

представља сметњу, а домаће држављанство – услов који кандидат за запослење мора испунити да би могао да обавља одређене послове у посебном режиму радних односа. Будући да се одређује зависно од послова за које се заснива радни однос, тај услов се квалификује као посебан услов за заснивање радног односа. Поред домаћег држављанства, таква квалификација долази у обзир и у погледу врсте и степена стручне спреме, положеног стручног испита, практичних, психофизичких и других личних способности и својстава, која се не одређују апстрактно, већ за конкретне послове. Све су то, дакле, *йосебни услови за заснивање радног односа*, које одређује послодавац, аутономним актом о организацији и систематизацији послова, а, за одређене послове – и законодавац, матичним или посебним законима који уређују област радних односа. Истовремено, ваља имати у виду да услови за заснивање радног односа могу бити одређени и негативно, када одређено својство или околност, сами по себи, чине недопуштеним заснивање радног односа за одређене послове. Тада говоримо о *смејњама за заснивање радног односа*, које се редовно одређују законом (нпр. осуђиваност за одређено кривично дело или на одређену врсту казне).³

Поред императивних законских норми о општим условима за заснивање радног односа, слобода избора кандидата за запослење може бити ограничена и законским нормама о приоритетима у запошљавању (нпр. у корист лица са инвалидитетом и чланова породица погинулих

као допуштени изузетак од забране дискриминације држављана других држава чланица ЕУ. Тако у законодавству неких држава чланица ЕУ, допуштеност овог услова за заснивање радног односа (а, исто важи и за избор на јавну функцију) зависи од врсте (и природе) одређеног посла или функције (*функционална концепција*), док се у другим државама његова допуштеност цени зависно од органа државне управе или установе јавне службе у којој одређени државни службеник ради (*орјанска /институционална/ концепција*). Тако је Комисија ЕУ утврдила да домаће држављанство може представљати услов за заснивање радног односа у војсци, полицији, правосуђу, пореској управи и управи царина, као и у органима задуженим за припрему и контролу примене правних аката, за разлику од послова у здравству, образовању и научноистраживачкој делатности (осим када је реч о војним истраживањима), где утврђивање овог услова није допуштено. Више о овом питању види у: Gillian Morris, Sandra Fredman, Jon Hayest, „Free Movement and the Public Sector“, *Industrial Law Journal*, бр. 1/1990; стр. 20–28; Paul Craig, Gráinne de Búrca, *EC Law: Texts, Cases and Materials*, Clarendon Press, Oxford, 1996, стр. 673–681.

3 За разлику од свих других негативних посебних услова који се одређују релативно, један негативан услов за заснивање радног односа одређен је апсолутно. Реч је о истовременом постојању другог радног односа са пуним радним временом, који се, будући да апсолутно искључује могућност заснивања радног односа, може квалификовати као општи услов за заснивање радног односа, као што, с правом, предлаже Тинтић. Nikola Tintiћ, *Radno i socijalno pravo, Knjiga I: Radni odnosi*, Zagreb, 1969, стр. 122 и 125–127.

ратника),⁴ али и аутономним изворима права који, у складу са начелом сениоритета, признају запосленима са дужим радним стажом код истог послодавца предност приликом попуњавања нових радних места и напредовања. Послодавца у избору кандидата за запослење ограничавају и забрана дискриминације и гаранција права на поштовање приватног живота, што једнако важи и за претходно утврђивање посебних услова за заснивање радног односа.

Посматран из угла послодавца, поступак запошљавања има за циљ избор и ангажовање кандидата за које се може очекивати да ће на најбољи начин обављати понуђене послове и доприносити стварању добити, тј. да ће се њихово запошљавање највише исплатити послодавцу, не оптерећујући га високим (директним и индиректним) трошковима. Гаранције слободе предузетништва и слободе уговорања, и из њих произашла управљачка и нормативна овлашћења послодавца, те његова одговорност за добро функционисање предузећа, обезбеђују послодавцу широку слободу избора сарадника. Екстензивна овлашћења за избор кандидата за запослење произлазе и из чињенице да се уговор чијим се закључењем заснива радни однос (у општем режиму радних односа) убраја међу уговоре који се закључују с обзиром на одређено својство (својства) будућег радника. То су све разлози због којих је послодавцу поверен читав низ овлашћења која треба да му омогуће да на најбољи начин оцени (предвиди) могућности кандидата за успешно извршавање престације рада, од уређивања поступка избора кандидата до утврђивања посебних услова за заснивање радног односа. У том смислу, поједини аутори закључују да је оцена својстава неопходних за обављање понуђеног посла у искључивој надлежности послодавца, осим када је реч о својствима чије је захтевање и разматрање изричито забрањено.⁵

Када је, међутим, реч о тражиоцима запослења, они у поступку запошљавања остварују основно право сваког човека да зарађује за живот на основу слободно изабраног запослења. Отуда, утврђивање посебних услова за заснивање радног односа значајно утиче на могућност остваривања *права на рад*. На то упозоравају писци класичног домаћег учбеника за Радно право, када пишу да ће „од тога какви ће услови бити постављени, да ли су ти услови по свом броју, садржини и опсегу мањи односно блажи и шири или већи, сложенији и ограниченији – зависити и то како ће и колики ће круг грађана моћи да оствари своје уставом зајемчено право на рад“.⁶ С тим у вези, приметимо да

4 Види: *infra*, део о позитивној дискриминацији.

5 Cédric Jacquélet, *La vie privée du salarié à l'épreuve des relations de travail*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2008, стр. 59.

6 Александар Балтић, Милан Деспотовић, *Основи радног права Југославије и основни проблеми социологије рада*, треће издање, Савремена администрација, Београд, 1971, стр. 182.

се, будући да заснивање радног односа зависи од испуњености услова које утврђује послодавац, као и од његовог избора кандидата, у односу између послодавца и кандидата за запослење могу наслутити обрисе односа надређености и подређености (који је битан елемент радног односа /и уговора о раду/), иако међу њима још увек није успостављен уговорни однос.⁷ Такав однос између послодавца и тражиоца запослења представља додатан разлог за заштиту слабије стране у овом односу и постављање граница, иначе широким, овлашћењима послодавца у поступку запошљавања.

II Примена начела једнакости и забране дискриминације у поступку запошљавања

Посебни услови за заснивање радног односа морају бити унапред утврђени, обавезујући послодавца да их поштује приликом оглашавања слободних радних места и запошљавања нових радника, чиме се доприноси доступности послова свим потенцијалним кандидатима под једнаким условима. У том смислу се, као прво ограничење у утврђивању посебних услова за заснивање радног односа, може уочити начело једнакости и забране дискриминације,⁸ што потврђују и међународни радни стандарди, посебно Конвенција Међународне организације рада бр. 111⁹ и Директива Савета 2000/78/ЕЗ.¹⁰

Примена начела једнакости не искључује свако прављење разлике између кандидата за запослење. Свако другачије решење довело би у питање једну од битних карактеристика уговора о раду – чињеницу да се он закључује *intuitu personae*, тј. чињеницу да личност кандидата за запослење има суштински значај за закључење уговора. Ово, тим пре, што обавеза личног извршавања престације рада чини битан елемент радног односа (и уговора о раду). Отуда, сазнање да запослени не поседује својство (својства) која су приликом закључивања уговора о раду представљала довољно значајан критеријум да се радни

7 Слично и Олга Поповић, „Правни проблеми приликом заснивања радног односа лица заражених HIV-вирусом“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–4/1993, стр. 351.

8 Више о радноправном значају ових начела види у нашем раду: *Једнакост и забрана дискриминације у радном праву* у: Дренка Вуковић, Михаил Арандаренко (ур.), „Тржиште рада и политика запослености“, Факултет политичких наука Универзитета у Београду, Београд, 2008, стр. 173–194.

9 Ратификациони акт је објављен у *Службеном листу ФНРЈ*, бр. 3/1961.

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*, 2.12.2000, стр. 16–22).

однос заснује баш са тим лицем може имати за последицу престанак радног односа. Ово обележје уговора о раду не значи, међутим, и послодавчево право да приликом одлучивања о заснивању радног односа – а по заснивању радног односа, и приликом одлучивања о правима и обавезама запосленог – доноси одговарајуће одлуке с обзиром на она својства кандидата и запослених која, иначе, представљају основ дискриминације.

Послодавац је, дакле, дужан да поштује лично достојанство кандидата за запослење, и да према њима поступа с обзиром на њихове радне и друге способности, а не на основу стереотипа и предрасуда које се везују за одређена својства (нпр. стереотипи о запошљавању жена, који, између осталог, подразумевају бојазан послодавца да ће раднице имати чешће прекиде у каријери, да ће због породичних обавеза теже пристајати на неке видове флексибилне организације радног времена или да ће чешће одсуствовати са рада због трудноће, порођаја, дојења и бриге о члановима породице). То, даље, значи да се од послодавца очекује да, поступајући у доброј вери, бира кандидате на основу оних способности, вештина и умећа која су значајна за успешно обављање послова за које се заснива радни однос. Послодавац, дакле, може да прави разлику, али не сме да дискриминише лица која траже запослење.¹¹

Основни облик дискриминације у запошљавању представља *нейо-средна дискриминација*, која постоји онда када се тражилац запослења доводи у неповољнији положај у односу на друга лица која се налазе у истој или сличној ситуацији, и то због својстава која чине недопуштени основ разликовања. У том смислу се, у литератури, идентификују два битна елемента непосредне дискриминације: а) прављење разлике према ванпрофесионалним основима (објективни елемент); б) намера да се нашкоди једнакости на раду (субјективни елемент).¹² Субјективни елемент, при том, представља посебно осетљив аспект дискриминације, нарочито када је реч о поступку доказивања дискриминаторског понашања, што је потврдила и судска пракса Суда правде Европске уније, заузевши став да намера послодавца да дискриминише одређено лице не представља неопходан услов за постојање овог облика дискриминације.¹³ Премда је, на тај начин, у извесној мери, замућена разлика између непосредне и посредне дискриминације, могуће је констатовати

11 Marie-Thérèse Lanquetin, „Le principe de non-discrimination“, *Droit ouvrier*, 2001, стр. 187. Нав. према: Patrice Adam, *L'individualisation du droit du travail: Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, L.G.D.J., Paris, 2005, стр. 221.

12 Бранко Лубарда, „Закон о раду и европски радни стандарди“, *Билтен судске њправе Врховној суду Србије*, бр. 3/2006, стр. 170.

13 Simon Deakin, Gillian S Morris, *Labour Law*, Fourth Edition, Hart Publishing, Oxford, 2005, стр. 585.

да непосредну дискриминацију, суштински, одређује узрочна веза између неповољног поступања према одређеном лицу и неког недопуштеног основа разликовања лица која траже запослење, а не намера да се неко лице доведе у неповољнији положај. Стога би ваљало тражити друге критеријуме за разликовање непосредне и посредне дискриминације у запошљавању. Један од њих, свакако, представља сличност ситуација у којима се налазе тражиоци запослења, што значи да непосредна дискриминација укључује различито поступање према тражиоцима запослења у сличним ситуацијама, тј. у случајевима у којима одређена лица имају исте способности или исте квалификације као и остали кандидати за запослење.¹⁴ Овај облик дискриминације ређе се среће у законодавству, а подразумева утврђивање одређеног пола, брачног статуса, старости, вероисповести, политичког уверења и других својстава која чине основ дискриминације за посебне услове за заснивање радног односа.

Са друге стране, *посредну дискриминацију* успостављају одредбе, које иако постављају исте захтеве за све, када се примене, доводе у неповољнији положај једну групу тражилаца запослења у односу на остала лица. Ово стога што је диспозиција одговарајућих норми само привидно неутрална, будући да се њима (као посебан услов за заснивање радног односа) утврђује захтев који лица са одређеним својством нису у стању да испуне или им је, у поређењу са другим кандидатима за запослење, теже да их испуне. Посредна дискриминација, дакле, подразумева да се према лицима која се налазе у различитој ситуацији поступа као да тих разлика нема. Тако би, примера ради, овај облик дискриминације постојао ако би као посебан услов за заснивање радног односа био утврђен захтев да је одређена врста стручне спреме стечена у држави послодавчевог седишта. Иако би важио за све тражиоце запослења, овај посебан услов је само наизглед неутралан. Ово стога што доводи у неповољнији положај странце, јер већина њих не би била у могућности да га испуни или би им било теже да то учине

14 Приметимо да омеђивање послодавчевих овлашћења забраном дискриминације подразумева и забрану оглашавања слободних радних места путем огласа дискриминаторске садржине. Та забрана, међутим, отвара питање заштите жртве дискриминације, тј. питање активне легитимације за подношење тужбе за накнаду штете због дискриминације, будући да оглас не представља понуду за закључење уговора о раду, већ позив упућен неодређеном броју лица да се учини понуда. У том смислу се као посебно занимљив за анализу појављује став Суда правде ЕУ да послодавац повређује начело забране дискриминације не само онда када одлучи да не запосли одређено лице због неког својства које, иначе, представља недопуштени основ разликовања кандидата, већ и онда када се јавно изјашњава да не жели да запошља кандидате са тим својством. Види: Одлука у случају C-54/07 (*Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*) од 10. јула 2008. године, објављена у *European Court Reports*, 2008, стр. I-05187.

у поређењу са домаћим држављанима (посредна дискриминација на основу држављанства).

1. Изузеци од забране дискриминације у избору кандидата за запослење

а) Дојушћено разликовање кандидата због професионалних разлога (изузетак од забране нејосредне дискриминације)

Упркос забрани дискриминације кандидата за запослење, у изузетним случајевима, постоји потреба да се према овим лицима различито поступа, управо, на основу својстава која представљају основ дискриминације. Ти изузеци се, најопштије посматрано, односе на ситуације у којима би забрана различитог поступања могла да компромитује или доведе у питање обављање конкретних послова. Тада одређена својства, иако, иначе, чине основ дискриминације, представљају прави, одлучујући услов за успешно обављање посла (енгл. *genuine occupational qualification*), због чега могу бити утврђена као посебан услов за заснивање радног односа. Де Вос (*Marc De Vos*), с правом, закључује да утврђивање ових услова има за циљ „решавање појединачних случајева чисто професионалне нужности, чиме се успоставља равнотежа између редовно потребне неутралности и неопходности да се задрже услови који нису неутрални, али су у одређеном случају оправдани“.¹⁵ Тако, примера ради, женски пол може бити одређен као посебан услов за заснивање радног односа са уметницима у позоришту (посао глумице, балерине, оперске певачице), као и са манекенима задуженим за представљање женске одеће, или са женским моделима, будући да то оправдавају професионални разлози, конкретно *разлози ауθενичности*.¹⁶ Овај пол може бити утврђен као посебан услов за заснивање радног односа и из *разлога њрисијојности*, као што је то случај код послова који укључују физичке контакте са женама.¹⁷ Са друге стране, мушки пол

15 Marc De Vos, *Beyond Formal Equality: Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, European Commission, Luxembourg, 2007, стр. 34.

16 Француски Законик о раду *explicite* допушта наведене изузетке (*Code du travail*, члан R.1142-1, нав. према тексту доступном на интернет адреси <http://www.legi-france.gouv.fr>, приступ од 7. априла 2010. године).

17 Друштвена очекивања која се тичу пристојности и приватности, тако, оправдавају искључиво запошљавање жена за обављање послова бабице, што је потврдио и Суд правде ЕУ, оценивши да енглески правни прописи који мушкарцима ограничавају приступ занимању бабице нису супротни комунитарноправним стандардима о забрани дискриминације [пресуда у случају C-165/82 (*Commission v. UK*), *European Court Reports*, 1983, 3431]. Енглески Апелациони суд за радне спорове је, слично, утврдио да нема повреде забране дискриминације ни ако је женски пол утврђен као посебан услов за заснивање радног односа за посао менаџера у велнес цен-

може бити утврђен као услов за заснивање радног односа онда када то захтева природа установе у којој се послови обављају, као што је то случај са мушким затвором или установама у којима су смештена лица која захтевају специјалну негу или надзор, ако су та лица искључиво мушког пола.¹⁸ Са друге стране, здравствени и безбедносни разлози оправдавају одређивање доње (посебна заштита малолетних радника) или горње (код послова са повећаним ризиком) старосне границе за рад на одређеним пословима, а да то не представља дискриминацију на основу старости. Забрану непосредне дискриминације, изузетно, не повређује ни утврђивање одређене вероисповести за посебан услов за заснивање радног односа за радно место учитеља у верским школама,¹⁹ баш као што постоје послови код којих разлог аутентичности, изузетно,

тру за жене, будући да тај посао, између осталог, претпоставља обавезу запосленог да потенцијалним клијентима показује све просторије центра, укључујући свлачионице, сауне и соларијуме (*Lasertop Ltd v Webster /1997/, Industrial Relations Law Reports*, 498, нав. према: Malcom Sargeant, David Lewis, *Employment Law*, Third Edition, Pearson Education, Harlow, 2006, стр. 203).

- 18 Поред наведених случајева, енглески законодавац предвиђа да мушки пол може бити одређен као посебан услов за заснивање радног односа, између осталог, и: а) ако се од запосленог очекује да ради или живи у кући послодавца или послодавчевог клијента, што укључује и интензивне физичке или друштвене контакте са одређеним лицима и приступ интимним детаљима из њиховог живота; б) ако, због природе установе у којој запослени ради или због њене локације, није практично да запослени живи ван просторија послодавца, а послодавац није обезбедио одвојене спаваонице или санитарне просторије за мушкарце и жене, нити је разумно очекивати то од њега; в) ако посао подразумева да се неки радни задаци обављају у држави у којој жене не би биле у стању да их успешно изврше. Закон о дискриминацији на основу пола од 1975. године (*Sex Discrimination Act*), члан 7, став 2, нав. према тексту доступном на адреси <http://www.statutelaw.gov.uk>, приступ од 7. априла 2010. године.
- 19 Овај изузетак произлази из Директиве Савета 2000/78/ЕЗ (члан 4, став 2), која у одређеним ситуацијама допушта различито поступање према тражиоцима запослења с обзиром на њихову вероисповест, а због тога што се послодавчев систем вредности заснива на одређеној религији. С тим у вези, поставља се питање да ли забрана непосредне дискриминације на основу вероисповести може бити деградирана и у погледу запошљавања у верским добротворним организацијама, фондовима, фондацијама или болницама у којима се од будућих запослених очекује да деле одређено верско уверење и одговарајући систем вредности. На ово питање требало би одговорити потврдно, што значи да одређена вероисповест може бити утврђена као посебан услов за заснивање радног односа у одговарајућим установама. Интересантно је уочити да се у праву неких држава (Данска, Шпанија), у овим случајевима, прави разлика између „религиозних“ („идеолошких“) и „неутралних“ послова, и то на начин да запослени који обављају „неутралне“ послове нису дужни да деле одређено уверење (нпр. радник на одржавању чистоће у хришћанској хуманитарној организацији). Идеја о разликовању „религиозних“ и „неутралних“ послова афирмисана је и у препоруци енглеске Владе, у којој се, примера ради, наводи да хришћански старачки дом приликом запошљавања извршног директора може да захтева од кандидата да буду одговарајуће вероисповести, за разлику од

може да оправдава запошљавање представника одређене расе.²⁰ Ако би требало да уочимо оно што је заједничко свим овим примерима, то би, свакако, морало бити постојање оправданог разлога да се одступи од забране дискриминације, а, затим, и потреба да се ова могућност уско тумачи, будући да се тиче одступања од строге забране дискриминације (*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*). Истовремено, ваља имати у виду да је, поред области запошљавања, разликовање у односу на одређени посао, изузетно, допуштено и у погледу запослених лица, дакле, и након што дође до заснивања радног односа, нпр. приликом одлучивања о напредовању у каријери или приликом распоређивања запосленог на друго радно место.

б) Позитивна дискриминација (квоте за запошљавање)

И поред потврде начела (формалне) једнакости, одређене друштвене групе традиционално су суочене са неповољним третманом на тржишту рада. То је разлог што држава мора да интервенише, обезбеђујући посебну заштиту, помоћ или неки други вид повлашћеног поступања према лицима која су, због одређеног својства, стављена у неповољан положај или на било који начин сnose последице (претходне или актуелне) дискриминације према групи којој припадају. Реч је, дакле, о мерама позитивне дискриминације, у које се убраја и утврђивање квота за запошљавање одређених категорија лица. Ова мера позитивне дискриминације подразумева законску обавезу послодавца да, под претњом плаћања пенала, заснују радни однос са одређеним бројем лица из те категорије. Историјски посматрано, прве квоте за запошљавање биле су установљене у корист ратних војних инвалида, непосредно након Првог светског рата (у Немачкој, Аустрији, Италији, Пољској и Француској), у складу са идејом, коју је у нашој теорији заступао Ђорђе Тасић, да је држава дужна да обештети лица која подnose нарочиту жртву које су други чланови друштва поштеђени.²¹ Након Другог свет-

запошљавања за посао продавца у богословској књижари, када би се такав захтев сматрао недопуштеним. М. Sargeant, D. Lewis, *op. cit.*, стр. 241.

20 У смислу одредби енглеског Закона о расним односима од 1976. године, разлози аутентичности оправдавају запошљавање припадника одређене расе ако је то потребно због драмске улоге, учешћа у забавном програму, уметничког фотографисања или рада у ресторанима националне кухиње. Овим случајевима законодавац додаје и послове пружања услуга социјалне заштите припадницима одређене расе, ако се може очекивати да ће лице исте расе најуспешније обављати те послове (*Race Relations Act*, члан 5, став 2, нав. према тексту доступном на адреси <http://www.statutelaw.gov.uk>, приступ од 7. априла 2010. године).

21 Види: Ђорђе Тасић, *Оговорност државе: по принципју једнакости шереиша*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1996.

ског рата, квотни систем бива проширен и на друге категорије лица са инвалидитетом, када га већи број европских држава прихвата као једну од најважнијих мера за запошљавање лица са инвалидитетом. Постоје, међутим, и државе у којима овај систем никада није заживео (Данска, Финска, Шведска, Португал) или је, због скромних резултата, напуштен у корист законодавства о забрани дискриминације.²²

Негативно искуство у примени квотног система европске државе деле и у погледу квота за запошљавање жена, за које се везују и познате пресуде Суда правде ЕУ у случајевима Каланке (*Kalanke*) и Бадек (*Badeck*). У првом случају, Суд се одлучио за рестриктивно тумачење правила о позитивној дискриминацији (тим пре што је реч о изузетку од начела једнакости), утврдивши да су недопуштене мере позитивне дискриминације које подразумевају да се у случају слабије заступљености жена у одређеним радним срединама предност у запошљавању и напредовању аутоматски и безусловно даје женама у односу на мушкарце са истим радним способностима.²³ Таква мера, по оцени Суда, превазилази иначе допуштене мере које имају за циљ унапређивање једнаких могућности, јер се, у овом случају, тај циљ замењује резултатом (једнака заступљеност) који треба да произађе из обезбеђивања једнаких могућности за мушкарце и жене.²⁴ Овај став је касније изнијансиран, и донекле напуштен у корист става о условној природи мера позитивне дискриминације. Потоњи став, наиме, подразумева да квоте за запошљавање могу бити примењене у радним срединама у којима су жене слабије заступљене од мушкараца под двојаким условима: а) ако кандидати женског пола имају исте радне способности као и кандидати мушког пола; б) ако послодавац врши објективну процену радних способности кандидата, која му омогућава да узме у обзир и специфичне личне прилике сваког од њих.²⁵ Приметимо да други услов, заправо, претпоставља клаузулу поштеде (енгл. *saving clause*, *hardship clause*), која допушта да се у поступку избора кандидата за запослење одступи од повлашћеног поступања према женама ако за то постоје разлози веће „правне тежине“, тј. разлози чија је „тежина“ већа од „те-

22 Ова мера позитивне дискриминације уведена је у домаћи систем запошљавања, па ће сви послодавци са најмање 20 запослених, од 23. маја 2010. године, под претњом плаћања пенала, имати обавезу да, заснују радни однос са одређеним бројем лица са инвалидитетом [чл. 24 и 29 Закона о професионалној рехабилитацији и запошљавању особа са инвалидитетом („Службени гласник РС“, бр. 36/09)].

23 Пресуда у случају C-450/93 (*Eckhard Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*) од 17. октобра 1995. године, *European Court Reports*, 1995, стр. I-03051.

24 *Ibid.*, стр. 22 и 23.

25 Пресуда у случају C-158/97 (*Badeck v. Landesanwalt beim Sttatsgerichtshof des Landes Hessen*), *European Court Reports*, 1999, стр. I-1875, став 23.

жине“ разлога који оправдавају повлашћено поступање према женама. То би, примера ради, био случај са чињеницом да је кандидат мушког пола ратни ветеран или лице са инвалидитетом, што су разлози који говоре у прилог запошљавања кандидата мушког пола, иако кандидат женског пола има једнаке радне способности.

III Право на поштовање приватног живота и његова посредна заштита кроз забрану дискриминације лица која траже запослење

Значајне границе у утврђивању посебних услова за заснивање радног односа успоставља гаранција права на поштовање приватног живота. При том ваља имати у виду да међу ауторима не постоји сагласност о значењу појма „приватни живот“, а могући приступ у дефинисању овог појма претпоставља његово супротстављање појму „професионални живот“, на начин да је подручје послодавчеве власти, у начелу, ограничено само на професионални живот запосленог, који дефинишу место рада и радно време. Истовремено, ваља уочити да постоје сегменти приватног живота у којима послодавац никако не може вршити своја овлашћења („чврсто језгро приватног живота запосленог“),²⁶ за разлику од других сегмената приватног живота у којима није искључена свака могућност интервенције (у смислу вршења управљачких, нормативних и дисциплинских овлашћења).²⁷ Ово правило, *mutatis mutandis*, вреди и за поступак запошљавања, нарочито, за утврђивање посебних услова за заснивање радног односа. У том смислу, могуће је запитати се да ли одређена околност из приватног живота кандидата за запослење, изузетно, може бити утврђена као (позитиван) посебан услов, односно као сметња за заснивање радног односа?

Одговор на ово питање, најпре, претпоставља сагледавање чињеница и радњи које се могу квалификовати као саставни део приватног живота кандидата за запослење. Премда је састављање неког исцрпног списка ових елемената, готово, немогуће, као примере који су у

26 Chantal Mathieu-Geniaut, „L'immunité disciplinaire de la vie personnelle du salarié en question“, *Droit social*, бр. 9–10/2006, стр. 850.

27 Ово разликовање више различитих аспеката приватног живота својствено је већем броју аутора, при чему се као критеријум разликовања појављује степен заштите, односно степен неповредивости одређеног сегмента приватног живота. Поред теорије, разликовање више (различито заштићених) сфера приватног живота познаје и судска пракса неких држава, што, међутим, није случај и са њиховим законодавцима. Види: Владимир В. Водинелић, одредница *Поједина лична њрава* у: Обрен Станковић, Слободан Перовић, Миодраг Трајковић (ур.), *Енциклопедија имовинској њрава и њрава удруженој рада*, том први, Службени лист СФРЈ, Београд, 1978, стр. 918.

радном праву неспорно квалификовани као такви, могу се навести сентиментални живот, брачно стање, сродство и здравствено стање кандидата за запослење. Тако послодавац, у складу са одредбама Закона о раду, не може да захтева од кандидата за запослење податке о породичном и брачном статусу и планирању породице, нити би од ових лица смео да тражи да достављају исправе и друге доказе који нису од непосредног значаја за обављање послова за које је расписан оглас или конкурс, укључујући ту и тест трудноће.²⁸ Овим елементима приватног живота ваља додати и друга својства која представљају недопуштени основ дискриминације и која, због тога, не могу представљати критеријум за искључивање, ограничавање или давање предности у запошљавању.

То, даље, значи да законска забрана дискриминације, премда јој то није искључиви циљ, доприноси заштити права на поштовање приватног живота тражилаца запослења на начин да забрањује да се елементи који чине његову садржину (нпр. брачни²⁹ и породични статус³⁰

28 Забрана условљавања заснивања радног односа тестом трудноће може бити дерогирана ако кандидат конкурише за посао на којем постоји знатан ризик за здравље жене и детета, због изложености запослених хемијским, биолошким или физичким (зрачење) агенсима, стресу и ризичним ситуацијама које штетно утичу на репродуктивно здравље. Види: члан 26 ст. 2 и 3 Закона о раду (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05 и 54/2009).

29 Први пример судске заштите приватног живота запослених у Француској везују се за брачно стање запосленог, и чувени случај Барбије-Домерг (*Anne-Marie Barbier-Domergue*) против Ер Франса (*Cie Nationale Air France*). Овај случај покренула је стјуардеса која је добила отказ зато што се удала, будући да је послодавчевим аутономним актима било утврђено да кандидаткиње за посао стјуардесе треба да буду „неудате, удовице или разведене жене“, односно да удаја представља оправдани отказни разлог (прећутно прихватање клаузуле о неступању у брак /*clause de non convoll*). Другостепени суд је, с правом, утврдио да је овај отказ незаконит и огласио ништавим одговарајуће одредбе послодавчевог правилника, потврдивши да су њима повређени јавни поредак и морал, као и гаранције неотуђивог права сваког човека на брак и поштовање људске личности и достојанства: „...једини разлог што клаузула о безбрачности стварно може задржати пажњу лежи у чињеници да удата жена може остати у другом стању, што, због њеног здравља и посла који обавља [...] има за последицу неспособност за лет; ризик материнства је, међутим, недовољан да оправда клаузулу о неступању у брак, будући да је тај ризик константа коју прихватају и преузимају друге компаније; [...] и да се, штавише, ради о питању које је заједничко за све јавне или приватне службе – иако су последице које трудноћа производи за стјуардесе теже због њихових услова рада, та околност, у сваком случају, није довољна да оправда и учини ваљаном клаузулу која је, у самој својој суштини, ништава“ (*Arrêt de la Cour de Paris du 30 avril 1963*). Нав. према тексту пресуде објављеном у *Droit social*, бр. 8/1963, стр. 482–484.

30 Утврђивање блиског сродства за сметњу за заснивање радног односа отвара питање сагласности овог посебног услова за заснивање радног односа са уставним гаранцијама забране дискриминације, права на рад (и слободе избора занимања и запослења, као његовог саставног дела) и права на поштовање приватног и породичног живота. Уставни суд Југославије је био у прилици да се изјасни о овом

или здравствено стање) користе као разлог за доношење одређеног акта или предузимање одређене радње у поступку заснивања радног односа. Истовремено, ваља имати у виду да гаранција поштовања права на приватан живот ограничава послодавчева овлашћења и у вези са другим елементима приватног живота тражилаца запослења, премда према неким од њих она не производи исте последице. То ће, примера ради, бити случај са осуђиваности за одређено кривично дело или на одређену врсту казне, која законом може бити предвиђена као сметња за обављање одређених послова. У овом случају, говоримо о правној последици кривичне осуде која може бити одређена само законом, што, даље, подразумева и аутоматизам у њеном наступању.

Са друге стране, ваља имати у виду да, будући да се уговор о раду закључује *intuitu personae*, послодавац има право да сазна и неке личне информације о будућем запосленом, што је здружено са проблемом да

питању када је одлучивао о уставности и законитости Правилника о радним односима Радио-телевизије Београд (РТБ), којим је било забрањено запошљавање блиских сродника у РТБ-у, уз изузетак „изузетно афирмисаних радника високостручних квалитета и радника-сродника на радним местима домара и чистачице на предајницима емисионе технике и везе“. Том приликом, Уставни суд је, „имајући у виду наведена уставна начела (начело доступности радних места под једнаким условима, начело једнакости грађана пред законом и начело равноправности радних људи у самоуправљању, у смислу Устава СФРЈ од 1963. године – Љ. К.) и карактер и функцију таквих организација, као што је нпр. Радио-телевизија Београд, [...] прихватио констатацију да при широким рођачким односима могу настати и односи неравноправности и ограничења слободе определења, без које нема самоуправљања. Ова неравноправност може бити и у односу на друге грађане, који не успевају да се запосле, иако испуњавају услове“ [У. бр. 340/69 13. маја 1970. године (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/70)]. Таква одлука Уставног суда, не значи, међутим, и апсолутну забрану запошавања сродника код истог послодавца: „Уставни суд, при том, сматра да у свему томе не могу постојати апсолутна решења било у правцу подржавања да се рођаци запошљавају у истој организацији било у забрани таквог поступања.“ Балтић аргументовано критикује ову одлуку, сматрајући да је сметња за заснивање радног односа, коју је предвиђао Правилник РТБ-а, противна Уставу, посебно уставној гаранцији права на рад и равноправности људи у остваривању овог права. Према Балтићу, ова сметња противна је и радном законодавству и самој логици института посебних услова за заснивање радног односа, будући да они треба да изражавају захтеве које запослени треба да испуни у погледу стручних и других радних способности потребних за обављање понуђених послова. То, међутим, не искључује могућност да сродство, изузетно, буде законом (и само законом) предвиђено као посебан услов за заснивање радног односа у одређеним радним срединама, као ни могућност послодавца да предвиди сродство као препреку за успостављање односа непосредне надређености и подређености између запослених који су у сродству (нпр. да старшина буде у блиском сродству са запосленим који му је непосредно подређен), будући да би таква мера значила уређивање унутрашње организације рада, а не утврђивање посебног услова за заснивање радног односа. Александар Балтић, „Сродство (ближе) као сметња за ступање у радни однос“, *Анали Правној факултетској у Београду*, бр. 1–2/1971, стр. 159–165.

се пронађе компромисно решење за сукоб који, у том смислу, постоји између потребе заштите интереса послодавца, са једне стране, и интереса кандидата за запослење, са друге стране. Потребно је, дакле, идентификовати чињенице о којима послодавац нема право да пита кандидате за запослење, а, затим, и одговорити на питање да ли кандидат сме да прећути одговор на та питања или да да нетачан одговор. Одговор на постављена питања може се потражити у примени *начела умесности*, односно оправданости, основаности (фр. *principe de pertinence*), која подразумева да послодавац може да тражи од кандидата за запослење све податке који су непосредно повезани са пословима за које одређено лице конкурише и који су неопходни за процену његових професионалних способности.

Од кандидата за запослење се, дакле, очекује да у доброј вери одговарају на послодавчева питања, и да на исти начин поступају у погледу саопштавања свих података који су релевантни за обављање послова за које конкуришу.³¹ Ова обавеза произлази из *начела савесности и њошћене*, обавезујући кандидате за запослење да обавесте послодавце о свим познатим чињеницама које утичу или би могле утицати на закључење уговора, односно на обављање послова, као и о другим околностима које могу да ограниче (па, и онемогуће) одређено лице да извршава обавезе из (будућег) уговора о раду. То, нарочито, вреди за податке о чињеницама које могу представљати опасност за живот и здравље запосленог и људи са којима ће долазити у додир приликом извршавања престације рада (колеге, клијенти послодавца, корисници послодавчевих услуга и јавност уопште). С тим у вези, поставља се и једно изузетно деликатно питање, питање граница обавезе обавештавања послодавца о чињеницама из приватног живота. Управо гаранција права на заштиту приватног живота претпоставља да те границе морају бити уско одређене, због чега би обавеза кандидата морала бити ограничена само на саопштавање података о чињеницама које *нејосредно* утичу на извршавање престације рада. О томе сведочи пример обавештавања о здравственом стању, што потенцијални кандидати, по правилу, нису дужни, осим када конкуришу за послове са повећаним ризиком, односно за послове чије успешно обављање непосредно зависи од посебне здравствене способности запосленог. Кандидат за запослење не би смео да прећути податке о свом здравственом стању ни ако се, због постојећег обољења, може очекивати да, после заснивања

31 На то упозорава и судска пракса Врховног суда Србије, у којој је афирмисан став да „запосленом може престати радни однос, независно од његове воље, ако је у моменту заснивања радног односа прећутао да нема радну способност за извршење послова ради којих је засновао радни однос“. Одлука Врховног суда Србије, Рев. 1587/2003, нав. према Драгољуб Симоновић, *Раднојравна чиианка*, књига 1, ЈП Службени гласник, Београд, 2009, стр. 81.

радног односа, неће бити у стању да испуњава своје радне обавезе, нпр. ако је оболео од сиде, као крајњег стадијума инфекције ХИВ-ом, који нужно доводи до губитка способности за рад.³² Овај изузетак потврђен је у пракси немачког Савезног радног суда (*Bundesarbeitsgericht* – BAG), као и у швајцарској судској пракси, али, паралелно са правилом да примену овог изузетка не оправдава сама вероватноћа да ће у току радног односа који је заснован на неодређено време, услед болести запосленог, доћи до неспособности за рад.³³

Са друге стране, може се поставити и питање да ли је кандидат дужан да пружи податке које послодавац захтева, ако они нису у непосредној вези са понуђеним пословима? Чини се да на ово питање треба одговорити негативно, што потврђује и судска пракса, али и радно законодавство неких држава. Тако, примера ради, словеначки Закон о радним односима (члан 27, став 2) и француски Законик о раду (члан L. 122–25) изричито признају запосленом право на ћутање о чињеницама из приватног живота које нису у непосредној вези са радним односом. Са друге стране, право кандидата да неистинито одговара на недозвољена питања послодавца, које се у швајцарској доктрини назива и „правном лажи у нужној одбрани“, не сматра се повредом општег начела савесности и поштења.³⁴ Ово стога што потоње начело налаже

32 С тим у вези, намеће се питање да ли зараженост вирусом ХИВ-а може представљати сметњу за заснивање радног односа, будући да зараженост овим вирусом, сама по себи, не значи и губитак способности за рад, за разлику од последњег стадијума инфекције вирусом ХИВ-а, који подразумева акутно избијање болести (сиде) и значајно умањење способности за рад, односно инвалидност, а, у року од 400 дана и смрт оболелог. Отуда, у разматрању ове сметње за заснивање радног односа ваља поћи од медицинских сазнања о начинима преношења ХИВ-а. Она сведоче да се овај вирус не може пренети уобичајеним контактима на месту рада (коришћењем исте опреме и помоћних просторија, заједничком исхраном, руковањем и сл.), што значи да код велике већине занимања и послова, рад зараженог лица не прати и ризик преношења ХИВ-а између колега, односно са запосленог на клијента, или са клијента на запосленог. Послодавац, отуда, нема оправдани разлог да буде упознат са чињеницом да ли је кандидат за запослење серопозитиван или не, што, даље, значи да кандидат није дужан да обавести послодавца да је заражен. На тим поставкама могуће је извести закључак да зараженост ХИВ-ом, у начелу, не може представљати сметњу за заснивање радног односа, те да би другачије решење било противно забрани дискриминације на основу здравственог стања. Више о овом питању и специфичном режиму запошљавања на пословима са повећаним ризиком заразе (послови медицинске сестре, лекара који учествује у извођењу хируршких интервенција, лаборанта, члана спасилачких екипа и екипа прве помоћи и сл.). види у: О. Поповић, *op. cit.*, стр. 349–362; Robert Husbands, „Employment testing: An international comparison“, *Conditions of work digest*, бр. 2/1993, International Labour Office, Geneva, 1993.

33 О. Поповић, *op. cit.*, стр. 352.

34 *Ibid.*, стр. 354. Тако је поводом законске одредбе која послодавцу забрањује да тражи податке о евентуалној трудноћи заинтересоване, а заинтересовану овлашћује

учесницима у преговорима да један другог обавесте о чињеницама које имају одлучујући значај за закључење уговора, што, свакако, није случај са чињеницама из приватног живота које нису непосредно повезане са извршавањем престације рада. Истовремено, послодавац се не може позивати на заблуду о битним својствима друге уговорне стране, а, у складу са тим, ни тражити поништај уговора о раду.³⁵

IV Закључак

Утврђивање посебних услова за заснивање радног односа има за циљ да обезбеди запошљавање лица са стручним и другим радним способностима и својствима која омогућавају обављање послова за које се закључује уговор о раду. Послодавац, отуда, може да захтева од запосленог само оне престације које одговарају способностима које су захтевали услови за заснивање радног односа приликом закључивања уговора о раду. Те способности и својства морају постојати на страни запосленог не само у тренутку заснивања радног односа, већ и током читавог периода његовог трајања, будући да, у супротном, настаје сметња за очување радног односа, која може да „активира“ његов престанак. Истовремено, запослени не може да одбије да изврши захтеване престације ако оне одговарају његовим способностима, ризикујући да, у супротном, учини повреду радне обавезе, која је оправдани разлог за отказ уговора о раду.³⁶ Све су то правне чињенице које указују на значај утврђивања посебних услова за заснивање радног односа, нарочито ако се има у виду да садржина и опсег посебних услова за заснивање радног односа утичу на остваривање права на рад. То је и разлог што радно законодавство признаје послодавцу широку, али, не и апсолутну, слободу утврђивања посебних услова за заснивање радног односа. Послодавца у вршењу ових овлашћења ограничава неколико захтева. Прво ограничење односи се на забрану утврђивања својстава која чине основ дискриминације за посебне услове за заснивање радног односа. Послодавцу је, надаље, забрањено да као посебне услове за заснивање радних односа утврди елементе приватног живота запосленог који, иначе, представљају недопуштени основ дискриминације. Осим тога, границе

да не открије своје стање послодавцу, француски Касациони суд заузео став да се не може сматрати да је запослена која је од послодавца сакрила своју трудноћу – покушала да превари свог послодавца. Cour de cassation, chambre sociale, 2 février 1994. Нав. према Christophe Radé, *Droit du travail et responsabilité civile*, L.G.D.J., Paris, 1997, стр. 128.

35 О. Поповић, *op. cit.*, стр. 354.

36 Ово питање повезано је са питањем премештаја запосленог на други посао, који је могућ само ако запослени прихвати понуду за закључење анекса уговора о раду (ризикујући да, у супротном, добије отказ).

утврђивања посебних услова за заснивање радног односа произлазе из општих правних начела, подразумевајући да је послодавцу забрањено да злоупотребљава слободу избора кандидата за запослење.

Чини се да је на тим основама могуће ближе сагледати критеријуме (не) допуштености одређених посебних услова за заснивање радног односа, с тим што ваља имати у виду да ће то увек бити *quaestio facti* за сваки посао понаособ. Стога и није могуће сачињавање неке исцрпне листе захтева који нису непосредно повезани са професионалном способношћу и који, због тога, не смеју бити обухваћени садржином посебних услова за заснивање радног односа. Ипак, ваља приметити да домаће радно законодавство не познаје, макар, и уопштено или егземплификативно дефинисање случајева у којима послодавац, изузетно, може да утврди као посебне услове за заснивање радног односа и својства која, иначе, чине основ дискриминације (допуштени изузетак од забране неспоредне дискриминације). Осим тога, треба имати у виду да заштити кандидата за запослење као слабије стране у поступку запошљавања може да допринесе и усвајање препорука о уздржавању послодаваца од постављања одређених питања, као што сведоче примери из упоредног права.³⁷ Тиме се, међутим, не искључује могућност послодавца да, у циљу заштите интереса предузећа, сазна и одређене податке из приватног живота кандидата, јер је „нелогично не признати да личност кандидата, понекад, у неким својим елементима, једноставно одређује његову способност да обавља понуђене послове. Другим речима, у једној структури малих димензија, пожељно је да су присутна лица таква да је за очекивати да ће се између њих развити задовољавајући професионални и људски односи, и то, независно од њихових строго професионалних способности.“³⁸

Стога је на теорији радног права да истражи, а на пракси да води рачуна да се у поступку запошљавања, у највећој могућој мери, обезбеди равнотежа између слободе предузетништва, са једне стране, и права и основних слобода кандидата за запослење, са друге стране. Чини се да се у потрази за том „правом мером“ може поћи од поставке да посебни услови за заснивање радног односа – а исто важи и за доказе о њиховој испуњености – непосредно зависе од послова за које се радни однос заснива, изражавајући „правне претпоставке радноправне

37 Тако је, примера ради, француско Министарство рада усвојило правнонеобавезујући акт у коме се наводе примери података за које се сматра да ни у ком случају не могу имати било какве везе са понуђеним послом или, чак, са способношћу интегрисања у радну средину, попут податка о сексуалном животу кандидата и податка о занимању кандидатових родитеља. Види: Circulaire du Direction des relations du travail n° 93–10 du 5 mars 1993 („Bulletin officiel du Ministère du travail“, 5 juin 1993, n° 10).

38 С. Jacquélet, *op. cit.*, стр. 63.

способности радника“.³⁹ Из те поставке, даље, произлази да је граница у утврђивању посебних услова за заснивање радног односа дефинисана самом функцијом посебних услова за заснивање радног односа. Стога као такви могу бити одређени само услови који су неопходни за обављање послова за које одређено лице конкурише, тј. услови који су непосредно повезани са тим пословима.⁴⁰ На то упозорава и Александар Балтић, када пише да се „[п]осебни услови везују [се] за радно место, те се одређују искључиво према особености радног процеса и пословима који се остварују на радном месту, с тим да сами услови, у суштини, садрже захтеве које радник треба да испуњава у погледу стручних и других радних способности потребних за обављање послова на одређеном радном месту“.⁴¹ Послодавцу, отуда, могу бити доступне само информације које доприносе процени професионалних способности кандидата за запослење. То, изузетно, могу бити и чињенице из приватног живота кандидата, под условом да су оне од значаја за обављање послова за које се кандидати пријављују (нпр. као услови за руководеће послове могли би бити утврђени динамичност, толерантност и способност за тимски рад и анимирање чланова тима). С тим у вези, ваља имати у виду да у овом случају послодавац утврђује не само пожељне особине кандидата, већ и начин на који ће оне бити процењене. На то нас подсећају примери из праксе, који показују да послодавци понекад траже од кандидата да свој *curriculum vitae* допуне и подацима о хобију или омиљеној књизи. Ако овоме додамо и случајеве који су готово анегдотског карактера (попут консултовања астролога и графолога који процењују одговарајуће аспекте личности кандидата⁴²), онда нема сумње да радно законодавство мора да обезбеди чвршће границе послодавчевих овлашћења у поступку запошљавања. Отуда су у праву аутори који упозоравају да се предметни захтев мора односити, не само на посебне услове за заснивање радног односа и информације које послодавац непосредно захтева од кандидата, већ и на информације које сазнаје посредно, користећи најразличитије технике.

39 А. Балтић, *op. cit.*, стр. 165.

40 У француској литератури, ови захтеви анализирају се као два правила: а) правило о циљу (*règle de finalité*), које подразумева да тражене информације за циљ могу имати само процену способности кандидата да обавља понуђене послове; б) правило о подесности (*règle de pertinence*), које предвиђа да тражене информације морају бити непосредно и нужно повезане са понуђеним послом. J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *op. cit.*, стр. 337.

41 А. Балтић, *op. cit.*, стр. 163.

42 За неке од ових примера, додуше, анализираних, из угла науке о менаџменту, види: Живко Кулић, Жељка Мићић, „Неуобичајени методи избора кандидата за заснивање радног односа“, *Радно и социјално право*, бр. 1/2008, стр. 267–288.

Mag. *Ljubinka KOVAČEVIĆ*

Junior Faculty Member at the University of Belgrade Faculty of Law

LIMITATIONS OF ESTABLISHING SPECIAL EMPLOYMENT CONDITIONS

Summary

The hiring process is marked by extensive managerial and normative prerogatives of employer and his superior bargaining position, which result from freedom of entrepreneurship and freedom of contract. However, important human rights issues arise in respect of employer's prerogative for prescribing conditions for performance of certain jobs (special employment conditions). For this reason, the hiring process is subject of the limited protection of applicants for employment, including their protection against discrimination and protection of their privacy. First, limitation presupposes that an employer is not allowed to apply requirements that an employee possesses or does not possess a particular protected characteristic, with the exceptions to the prohibition on direct discrimination in circumstances in which an employer may impose so called "genuine occupational requirements" in respect of specific posts. Secondly, labour law tends to strike the correct balance between employer's prerogatives in hiring process and the applicants' right of privacy. This aim is linked with the difficulty in knowing how far an employer may require information of personal kind about applicants for employment. The author points out possible solutions while emphasizing that special employment conditions are directly linked to performance of certain jobs. That is the reason why prerogative for prescribing special employment conditions is defined and limited by the function of special employment conditions: the employer is allowed to apply requirements that an employee possesses particular qualifications and other abilities and characteristics as long as they are necessary for performance of certain jobs and directly linked with prestation of work.

Key words: *hiring process, managerial and normative prerogatives of employer, protection of applicants for employment, non-discrimination, privacy protection.*