

Др Љубинка Ковачевић*

Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

UDK: 331.5:342.7(497.11)

РАВНОПРАВНОСТ МУШКАРАЦА И ЖЕНА КАО БИТАН ЕЛЕМЕНТ ДОСТОЈАНСТВЕНОГ ЗАПОШЉАВАЊА: ПРИЛОГ ДИСКУСИЈИ О НАЦРТУ ЗАКОНА О РОДНОЈ РАВНОПРАВНОСТИ**

Апстракт: У срцу концепције достојанственог рада налази се начело једнакости, посебно једнакости мушкараца и жена, у смислу захтева за уклањањем дискриминације на основу пола, као и за обезбеђивањем пуног учешћа мушкараца и жена у свету рада. Ово стога што дискриминација ограничава слободу избора запослења, која чини саставни део права на рад, а, затим, и могућност човека да, у оквиру радног односа или друге врсте радног ангажовања, обезбеђује средства за издржавање, да кроз рад развија своју личност и да остварује права која му припадају. У реферату је размотрен ризик дискриминације кандидата за запослење у поступку запошљавања, будући да послодавцу припада читав низ овлашћења која могу бити злоупотребљена за искључивање или ограничавање могућности лица одређеног пола да се запосле. У том смислу је анализирано питање (не) допуштености утврђивања пола као посебног услова за заснивање радног односа, питање (родно неутралног) оглашавања слободних послова, питање анонимног (деперсонализованог) пријављивања на посао, као и питање обавеза послодавца, Националне службе за запошљавање и социјалних партнера у вези са успостављањем равноправности полова. Претходно су учињена и појашњења и разграничења појмова дискриминација (на основу пола, рода и родног идентитета), једнакост (равноправност) полова и родна једнакост (равноправност).

Кључне речи: дискриминација у запошљавању; једнаке могућности мушкараца и жена; услови за заснивање радног односа; оглашавање послова; избор кандидата за запослење; обавезе послодавца.

* e-mail: ljubinka@ius.bg.ac.rs

** Рад је написан у оквиру пројекта „Идентитетски преображај Србије“, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Београду.

Рад примљен: 04.07.2018.

Рад прихваћен: 29.07.2018.

1. Ризик полно засноване дискриминације у свету рада – чиниоци настанка и облици испољавања

Протекле деценије обележио је велики напредак у погледу признавања, остваривања и заштите права жена. То вреди и за њихова економска и социјална права, у која спадају и права која остварују радници као такви (тзв. радна права). Овај закључак важи и за нашу државу, посебно ако се има у виду правни и инситуционални оквир, који је последњих година ојачан, управо, у делу који се тиче борбе против дискриминације. Када је, међутим, реч о пракси, чини се да нам предстоји још задатака, јера пораст броја економски активних жена не прати и једнак “квалитет” радног ангажовања мушкараца и жена.¹ Уместо тога, жене, чак и оне висококвалификоване, неретко имају тешкоће да пронађу запослење, претежно због предрасуда и стереотипа који се везују за њихов рад, посебно за (непосредне и посредне) трошкове које послодавци имају услед посвећености радница породичним дужностима.² Са друге стране, велики број жена ради у слабије плаћеним секторима, тј. на скромно плаћеним пословима (због чега је и просечна зарада мушкараца већа од просечне зараде жена и у јавном и у приватном сектору), као и на несигурним пословима, неретко и без правног основа.³ Такође, немали број запослених се среће и са феноменом „стакленог плафона” (енгл. *glass ceiling*), који подразумева постојање невидљивих препрека за рад жена на руководећим пословима (у смислу укорењених стереотипа о мушким и женским улогама у друштву, тешкоћа у усклађивању професионалних и породичних обавеза и већег учешћа жена у обављању неплаћених послова).⁴ То су само неки од разлога због којих признавање права

1 Уп. са В. Непле, *The key to greater gender equality*, The Equal Rights Review, Vol. 12, 2014, стр. 59.

2 У 2017. години, стопа запослености мушкараца (52,8%) значајно је виша од стопе запослености жена (38,1%), док је samozапосленост двоструко већа (28% за мушкарце и 13% за жене), нав. према Д. Ђоковић-Папић *et al.* (ур), *Жене и мушкарци у Републици Србији*, Републички завод за статистику, Београд, 2017, стр. 62, <http://publikacije.stat.gov.rs/G2017/Pdf/G20176008.pdf>, 25. 7. 2018.

3 Неформална запосленост је већа код жена него код мушкараца: према подацима за 2014. годину износила је 23,5% наспрам 20,9%. Нав. према Национална стратегија за родну равноправност са акционим планом за период 2016. до 2020. године - НСПР (*Службени гласник РС*, бр. 4/16).

4 У 2014. години, на руководећим пословима и јавним функцијама радило је двоструко више мушкараца (57.568) него жена (25.772). О слабир изгледима жена за обављање руководећих послова сведочи и структура запослених унутар занимања, поу којој су жене доминатне само у административним занимањима (60,4%), док су мушкарци доминатни у четири групе занимања: руководиоци (70,6%), занатлије (81,7%), руковоаоци

жена да захтевају судску заштиту ако сматрају да су (непосредно или посредно) дискриминисане није довољно за промену њиховог положаја у свету рада. Поред тога, постоји и потреба да се учешће жена у тржишту рада пропрати одговарајућим мерама усмеренима на промовисање једнакости мушкараца и жена, у смислу обезбеђивања њихових једнаких могућности за запослење, напредовање у каријери и очување запослења. То се, примера ради, може постићи уређивањем запошљавања и напредовања тако да почивају на објективним, константним и подесним критеријумима који омогућавају процену професионалних способности радника, или увођењем посебних мера у корист жена у областима у којима су оне слабије заступљени пол. На то се надовезује и захтев за усклађивањем професионалних обавеза са породичним дужностима, а, у светлу афирмисања заједничке одговорности мушкараца и жена за бригу о деци. Ово је неопходно имајући у виду да већини жена, рад за послодавца, није и једино ангажовање, већ га прати и неплаћени рад у домаћинству, тј. обављање кућних послова и брига о деци (брига мајке о детету и учешће баба у подизању унучади) и члановима породице који су зависни од туђе неге и помоћи.⁵ То *двоструко радно ангажовање* представља велики изазов и за раднице и за њихове послодавце, али и за читаво друштво. Ово тим пре што култура капитализма потцењује економску вредност подизања деце, а неретко и прецењује друштвене предности учешћа жена у тржишту рада.⁶

У друштвеним наукама је још осамдесетих година прошлог века дошло до концептуализације потребе за усклађивањем професионалног и породичног живота радника,⁷ уз инсиситирање на напуштању друштвено

машинама (82,9%) и војни службеници (94%), нав. према: Ј. Пантовић, С. Брадаш, К. Петовар, *Положај жена на тржишту рада*, Friedrich Ebert Stiftung, Београд, 2017, стр. 11. 5 У нашој држави, у обављању кућних послова свакодневно учествује 95% жена (које у обављању неплаћених послова проводе 5,08 сати дневно), и само 77% мушкараца (који обављају неплаћене послове свега 2,58 сати дневно), нав. према НСРР. Истраживања Републичког завода за статистику, такође, потврђују да жене проводе дупло више времена у обављању неплаћених послова, с тим што се резултати незнатно разликују: 4,36 сати за жене и 2,05 сати за мушкарце („Коришћење времена у Републици Србији 2010. и 2015. године”, <http://www.stat.gov.rs/oblasti/stanovnistvo/statistika-polova/>, 25. 7. 2018).

6 I. Grgurev, “Diskriminacija trudnih radnica: Kako uspešno pomiriti trudnoću sa zahtjevima tržišta”, u: Ž. Potočnjak, I. Grgurev, A. Grgić (ur.), *Perspektive antidiskriminacijskog prava*, Sveučilište u Zagrebu – Pravni fakultet, Zagreb, 2014, стр. 136. У духу идеолошке матрице о индивидуалном избору и аутономији личности, афирмисана је и идеја да би жена, да била успешна, требало да се посвети личном напретку и да буде више оријентисана ка каријери (В. Нерпле, “The key to greater gender equality”, 59).

7 С. Marry, Одредница “Genre”, у: А. Bevort, А. Jobert, М. Lallement, А. Mias (dir.),

конструисаних улога које се везују за мушкарце, односно за жене. Реч је, прецизније, о напуштању идеје о томе шта треба сматрати очекиваним, допуштеним и цењеним активностима мушкараца, односно жена, а што води разликама у погледу одговорности које ће им бити поверене и могућности за њихово учешће у доношењу одлука. Последње четири деценије обележио је, наиме, значајан пораст броја удатих жена и мајки које раде, као и пораст броја образованих радница, што, нажалост, није праћено и сразмерним учешћем мушкараца у извршавању породичних обавеза.⁸ Пренете на терен права, ове околности стварају потребу за осмишљавањем и делотворном применом правних норми које могу допринети подели породичних дужности између мушкараца и жена. На то се надовезује и уклањање препрека за радно ангажовање жена које желе да раде, уз стварање услова за уживање свих права из радног односа, неvezано од тог да ли рад обављају у оквиру стандардног или неког од флексибилних облика радног односа. Одговарајући правни оквир, притом, подразумева препознавање и уважавање посебних потреба радница које су се одлучиле да буду мајке. Њихове потребе треба ускладити са потребом да се омогући остваривање циљева пронаталитетне политике и (за друштво неопходно) учешће жена у обезбеђивању бриге о деци и неге старих, болесних, лица са инвалидитетом.⁹ Осим тога, држава има и потребу за већим учешћем жена у тржишту рада, пре свега због тога што су раднице, у великом броју, образоване, а осим тога, има и обавезу да спречи дискриминацију жена.¹⁰ Усклађивање ових легитимних, али супротстављених циљева препоставља увођење низа обавеза послодавца (обавеза полно неутралног оглашавања слободних послова, обавеза уздржавања од непосредне и посредне дискриминације на основу пола и од сексуалног узнемиравања, обавеза уздржавања од прикупљања података о брачном и породичном статусу радника, обавезе које послодавци имају у погледу постизања равноправности полова, итд.), али и обавеза државе, почевши од обезбеђивања приступачних и доступних услуга служби за бригу о деци, старијим лицима, особама са инвалидитетом.¹¹ Ово стога што пребацивање значајнијег терета заштите материнства на послодавца може водити избегавању запошљавања жена,

Dictionnaire du travail, Quadriège / PUF, Paris, 2012, стр. 342-343.

8 *Ibid.*, стр. 343.

9 I. Grgurev, стр. 135.

10 *Ibid.* За трендове у образовању жена у Србији вид. у: Д. Поповић, Д. Духачек, *Од Циришког круга до студија рода*, Годишњак Факултета политичких наука, 2009, стр. 682-685.

11 I. Grgurev, стр. 150.

због (непосредних и посредних) трошкова које послодавци имају поводом породичних дужности запослених. Стога би законску интервенцију у овој области требало усмерити на спречавање дискриминације на основу пола и подстицање очева на коришћење одсуства са рада ради неге детета, пре него на ширење заштите жена уопште, како с правом упозорава Гргурев.¹²

У приказаном контексту, изузетно је значајно осврнути се на питање садржине, значаја и домаћаја начела забране дискриминације на основу пола и начела равноправности полова у области запошљавања. У раду ће, отуд, најпре бити размотрене концепције дискриминације и полне и родне једнакости (равноправности), након чега ће ова начела бити сагледана у светлу права и обавеза учесника у поступку запошљавања.

2. Појмовна и концепцијска разјашњења

Полазећи од велике хуманистичке идеје о урођеном достојанству и једнакости свих чланова људске породице, сваком човеку припадају неутуђива и неповредива права, уз обавезу државе да их свима учини доступним под једнаким условима. То вреди и за права која се стичу и остварују у области запошљавања и радног ангажовања, због чега начело забране дискриминације и начело једнакости представљају и основна начела радног права.¹³ Достојанство на раду најбоље изражава начело да рад није роба,¹⁴ али једнако претпоставља и укидање дискриминације на раду. Ово тим пре што је доступност послова под једнаким условима битан елемент слободе рада и права на рад (поред слободног избора запослења и забране принудног рада), док су једнаки услови рада и једнаке могућности за напредовање саставни део права на правичне услове рада. Питање једнакости на раду уписано је и у листу најважнијих питања (циљева) политике запошљавања и социјалне политике, нарочито ако се имају у виду раније поменуте друштвене промене, као и глобализација¹⁵ и промене у начину производње и организацији рада.

12 *Ibid.*

13 За продубљено и свеобухватно разматрање садржине и домаћаја начела једнакости, те његовог места у систему начела радног права вид. П. Јовановић, *Начело једнакости у радном праву*, Зборник Правног факултета у Новом Саду, бр. 1/2018, стр. 17-40.

14 В. Неппле, *Equality and empowerment for decent work*, *International Labour Review*, бр. 1/2002, стр. 10.

15 Утицај глобализације на ризик дискриминације на раду може се, међутим, посматрати и из другог угла. Поред процеса дерегулације и флексибилизације рада, који има за последицу то да послодавци врше много већи утицај на раднике, него што их право на то овлашћује, глобализација може произвести и друге последице. Реч је о

Реч је, наиме, о чиниоцима који утичу на продубљивање јаза између проглашене једнакости у области запошљавања (формална једнакост), са једне стране, и стварних могућности и воље да се то начело ефикасно примењује у пракси, са друге стране.

Начело забране дискриминације и начело једнакости су, при том, вишеслојна начела. Њихову вишеслојност одражавају концепције *формалне и фактичке (суштинске) једнакости*. Реч је, прецизније, о разликовању *негативног и позитивног приступа* овом питању. Први приступ је, наиме, усмерен на забрану дискриминације на основу пола, односно на избегавање и уздржавање од дискриминације, док се позитивни приступ тиче промовисања једнакости, у смислу обавезе државе да предузме потребне мере за стварање једнаких могућности мушкараца и жена у овој области, а, чија примена треба да доведе до укидања социјалних разлика између полова.¹⁶ С тим у вези, најпре треба уочити разлику између начела забране дискриминације и начела једнакости, будући да је други појам шири. Начело забране дискриминације односи се на забрану неоправданог разликовања кандидата за запослење и запослених према полу. Ово стога што полно заснована дискриминација ограничава слободу избора запослења, а, затим, и могућност запослених да развијају своје способности и да у оквиру радног односа остварују права која им припадају. У том смислу, забрану дискриминације треба разумети и као постојану брану злоупотребама послодавчевих овлашћења и важну границу правне субординације у радном односу.

И начело једнакости садржи захтев за забраном дискриминације на основу пола, али, поред њега, подразумева и предузимање *посебних (тзв. афирмативних, позитивних) мера* које су неопходне за отклањање фактичке неједнакости која на тржишту рада постоји у погледу радника одређеног пола. Полазећи од захтева за једнаком расподелом могућности и оптерећења, начело једнакости полова у области запошљавања и радних односа претпоставља, дакле, то да сви радници имају иста права и исте обавезе. Реч је о *захтеву за формалном једнакошћу*, који

јачању глобалне конкуренције међу квалификованим и талентованим радницима, због чега се у будућности може очекивати да ризик дискриминације у запошљавању неће бити тако изражен и озбиљан као сада. Уп. са А. Krause, U. Rinne, K. F. Zimmermann, *Anonymous job applications in Europe*, IZA Journal of European Labour Studies, бр. 1/2012, стр. 19.

¹⁶ С. Kollonay-Lehoczy, "Article 20 – The right to equal opportunities and equal treatment in matters of employment and occupation without discrimination on the ground of sex", у: N. Bruun, K. Lörcher, I. Schömann, S. Clauwaert (eds), *The European Social Charter and the employment relation*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon, 2017, стр. 368.

одговара уставноправном начелу једнакости пред законом и једнакошћу у правима (и обавезама и одговорностима).¹⁷ Пред законодавцем, отуд, стоји задатак да исте или сличне ситуације уреди на исти начин, да различито уреди различите ситуације, и да, притом, својим нормама не ствара (нове) разлике. То значи да се начело једнакости пред законом тиче односа према закону, односно захтева да закон не прави разлику међу радницима према полу. С тим у вези постоји и обавеза послодаваца да према свим радницима поступају према *идентичним, објективним, константним*¹⁸ и *подесним*¹⁹ критеријумима. Послодавац, наиме, може да прави разлику између радника све док различито поступање настаје као последица примене раније прописаних објективних критеријума.

Разлику треба направити и између појмова *једнакост полова и равноправност полова*. Премда се ови термини неретко користе као синоними, међу њима не треба стављати знак једнакости. Ово стога што *једнакост полова* подразумева то да радници имају једнаке могућности на тржишту рада, као и то да права, обавезе и одговорности из радног односа уживају без обзира на свој пол. Са друге стране, *равноправност полова* претпоставља диференцијални третман радника мушког и женског пола у складу са њиховим потребама, а, у циљу исправљања почетне неједнакости која постоји на тржишту рада. Равноправност полова, отуд, претпоставља и примену различитих мера које су усмерене на отклањање или ублажавање препрека које традиционално спречавају раднике мушког, односно женског пола да буду равноправни на тржишту рада. То, коначно, значи да стварање услова за делотворну примену начела једнакости треба да допринесе приближавању идеалу каква је равноправност полова.

Наредни у низу појмова који захтевају диференцирање јесу појмови *равноправност полова и родна равноправност*. С тим у вези, потребно је повући и линију разграничења између појмова пол и род. *Пол* означава непроменљиве разлике које постоје између мушког и женског пола, у смислу биолошких (физичких и физиолошких) карактеристика које одређују неко лице као мушкарца или као жену. Насупрот томе, *појам рода* (енгл. *gender*, фр. *genre*) је део ширег друштвено-културног контекста и тиче се улога које се у друштвеном животу везују за мушкарце, односно за жене, имајућу у виду биолошке карактеристике припадника одређеног пола. Биолошке разлике између мушкараца и

17 P. Adam, *L'individualisation du droit du travail*, L.G.D.J., Paris, 2005, стр. 222.

18 G. Auzero, „L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise“, *Droit social*, бр. 9–10/2006, стр. 825.

19 P. Adam, стр. 224.

жена издижу се, наиме, до квалитативне разлике, у смислу стварања природног основа за различито поступање према мушкарцима и женама.²⁰ Тако се у социологији рада, изразом род означава “систем власти који успоставља разлике и хијерархију између мушкараца и жена и системе вредности које им се приписују (мушко / женско)”.²¹ То вреди превасходно за додељивање улога које су друштвено условљене, будући да “одсликавају услове производње, репродукције, културних, религијских и идеолошких система који преовлађују у том друштву”, због чега односи међу половима добијају различите облике у различитим друштвеним условима.²²

Начело родне равноправности, отуд, подразумева напуштање оних друштвених норми, обичаја и стереотипа везаних за “мушке” и женске” улоге који спречавају жене или мушкарце да у потпуности и делотворно уживају људска права. При томе се не сме губити из вида да су одређени родни стереотипи учвршћени (срећом, не и окамењени) правним нормама, од којих су најдрастичније оне по којима је женама била ускраћена пуна пословна способност или забрањен рад у одређеним професијама, у светлу идеје о подређености једног пола другом.²³ Иако се друштвене и културне норме понашања мењају, и данас опстају неки стереотипи које се тичу породичних улога и поделе породичних дужности између мушкараца и жене, посебно у погледу бриге о деци, а, што значајно утиче на интеграцију жена у тржиште рада, на сигурност њиховог запослења и на њихове могућности за напредовање у каријери. У том смислу се и начело родне равноправности може одредити и као стварање услова за једнаке могућности и једнако поступање према мушкарцима и женама, без ограничења које постављају друштено укоренење родне улоге. Тако схваћена, родна равноправност, сама по себи, представља важан циљ, како у смислу приближавања идеалу социјалне правде, тако и из угла заштите људских права. Осим тога, она може допринети и остваривању других друштвених и економских циљева, попут укидања сиромаштва или економског развоја. То је,

20 С. Kollonay-Lehoczky, стр. 359.

21 С. Marry, стр. 341.

22 З. Мршевић, *Ка демократском друштву – родна равноправност*, Институт друштвених наука, Београд, 2011, стр. 37.

23 D. Šimonović, “Razvoj i sinergija globalne CEDAW konvencije i regionalne europske Istanbulske konvencije kao instrumenata za uklanjanje diskriminacije i nasilja nad ženama”, u: Ž. Potočnjak, I. Grgurev, A. Grgić (ur.), *Perspektive antidiskriminacijskog prava*, Sveučilište u Zagrebu – Pravni fakultet, Zagreb, 2014, стр. 90-91.

коначно, и разлог што се родна равноправност сматра предусловом и поузданим показатељем одрживог развоја.

Пренето у свет рада, начело родне равноправности подразумева захтев да радници оба пола имају једнаке шансе за учешће у тржишту рада, као и могућност да остварују права и преузимају обавезе и одговорности из радног односа, независно од тога ког су пола и независно од друштвених улога које се везују за припадност њиховом полу. То је изузетно важно, ако имамо у виду да је радно право изграђено по стандарду радника мушког пола ангажованог на основу уговора о раду на неодређено време, док се у срцу социјалног права налази стандард мушкарца-издржаваоца и издржаване супруге која обавља неплаћени рад у домаћинству.²⁴ Традиционална подела рада према полу, је, отуд, подразумевала посвећеност жена превасходно кућним пословима, док су мушкарцима поверавани послови изван те (приватне) сфере, што има за последицу да жене традиционално обављају већину послова у домаћинству, као неплаћени рад у кући, односно као дужност супруга и мајки.²⁵ То разликовање заузима важно место у савременим друштвеним наукама, у којима се критички преиспитује непризнавање бесплатног (и невидљивог) женског рада у домаћинству, нарочито када је реч о феминистички инспирисаној литератури, која од седамдесетих година прошлог века на овамо постаје све бујнија.²⁶ Жене које су учествовале у тржишту рада су се, притом, због подизања деце, у великом броју повлачиле са тржишта, или прелазиле на рад са непуним радним временом. Такође су пристајале да раде за скромне зараде, док је њихов приступ одговорним и руководећим пословима био је спор и ограничен. У том контексту, радно законодавство је увело обавезну заштиту жена, како због њихове материнске функције, тако и због слабије физичке грађе. Ове интервенције представљају, наравно, велики напредак, имајући у виду период радне експлоатације пре усвајања заштитног радног законодавства. Ипак, не треба губити из вида ни то да су неке од ових законских интервенција довеле до “легалне блокаде могућности

24 В. Неппле, *The key to greater gender equality*, стр. 60.

25 Р. Р. Смит, *Organizing the unorganizable: private paid household workers and approaches to employee representation*, North Carolina Law Review, vol. 79, 2001, стр. 47.

26 Вид.: Д. Вујадиновић, “Род и правна регулатива”, у: С. Лилић (прир.), *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије. Књига 3*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 60-80; Д. Вујадиновић, “Теоријско-методолошки оквир за разумевање родних односа у савремености: случај Србије”, у: С. Лилић (прир.), *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије. Књига 6*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, стр. 95-116.

жена да раде и зарађују под истим условима као и мушкарци”²⁷ О овом примеру тзв. бенигне дискриминације сведочи, примера ради, забрана ноћног рада жена у индустрији, која је у конвенцијама Међународне организације рада број 4, 41 и 89 била потврђена као апсолутно правило, најпре из моралних разлога (јер женама ноћу није место ван куће), а, затим и из патерналистичких разлога (јер су слабији пол).²⁸ Како резултати медицинских истраживања потврђују да ноћни рад једнако штетно утиче на здравље мушкараца и жена, немали број држава је отказао ратификације ових конвенција, пошавши од поставке да се ограничавање забране ноћног рада само у односу на жене не може сматрати допуштеним изузетком од забране дискриминације, већ повредом овог начела, осим за време трудноће запослене.²⁹ Ово стога што ноћни рад представља нарочито озбиљан ризик за здравље труднице,³⁰ али не и жена уопште (дакле, независно од другог стања), а, што води закључку да *нема оправданих разлога за посебну заштиту жена од ризика који на исти начин угрожавају раднике оба пола*. Оруд се, у јуриспруденцији Европског комитета за социјална права, поред ноћног рада жена, повредом забране дискриминације сматра и прављење разлике на основу пола у погледу приступа пословима чије обављање укључује физички захтеван рад, попут забране запошљавања жена на пословима који се обављају под земљом, под водом или у грађевинарству.³¹

27 С. Kollonay-Lehoczky, стр. 359.

28 Одлуком Административног савета, Конвенције бр. 4 и 41 су аброгиране, док је Конвенција број 89 и даље на снази, с тим што је Протоколом од 1990. године утврђен шири списак изузетака од раније предвиђене начелне забране ноћног рада жена. За контроверзе које су пратиле забрану ноћног рада жена у индустрији вид. G. P. Politakis, *Night work of women in industry: Standards and sensibility*, International Labour Review, бр. 4/2001, стр. 403-428.

29 Европски суд правде је, такође, потврдио да општа забрана ноћног рада жена, која је, у складу са обавезама преузетим ратификацијом Конвенције МОП број 89, постојала у државама чланицама Европских заједница (предмет се конкретно тицао Француске, чији је Законик о раду забрањивао ноћни рад жена), није оправдана, будући да опасности које ноћни рад производи по здравље запослених ни у ком случају не зависе од пола радника. Пресуда у предмету C-345/89 (*Criminal proceedings against Alfred Stoeckel*), од 25. јула 1991. (ECR 1991, I-4047).

30 Вид. пресуду Европског суда правде у предмету C-13/93 (*Office Nationale de l'Emploi v. Madeleine Minne*) од 3. фебруара 1994. (*European Court reports*, 1994, I-371).

31 Неколико европских држава (Азербејџан, Кипар, Молдавија, Словенија, Турска) је задржало ове забране и другој деценији овог миленијума, што је Европски комитет за социјална права квалификовао као повреду члана 20 Ревидиране европске социјалне повеље - РЕСП, нав. према С. Kollonay-Lehoczky, стр. 368.

Остало је, коначно, да одредимо и однос начела забране дискриминације и начела родне равноправности. Дискриминација на основу пола представља узрок родне неравноправности, због чега се начело забране дискриминације може разумети као инструмент за обезбеђивање делотворне примене начела родне равноправности. Може се, штавише, рећи да је примена начела забране дискриминације на основу пола претпоставка и гаранција делотворне примене начела родне равноправности. Коначно, треба уочити и то је последњу деценију обележило удвостучавање интересовања за дискриминацију радника на основу пола, најпре, због расправе аутора о стереотипима на раду, а, под утицајем утицајем америчке судске праксе у којој се као дискриминација на основу пола квалификује и одлучивање у складу са родним стереотипима.³² На то се надовезује и и *шире схватање рода* у литератури. Оно се, наиме, везује за особе које живе изван традиционалне хетеросексуалне заједнице, а, што је инспирисано идејама истополних, интерполних и *queer* студија. По њима, идентитет није фиксан, већ променљив и флуидан, што се може испољити као неусклађеност унутрашњег осећаја припадности одређеном родном идентитету са полом добијеним рођењем и стереотипном родном улогом која се очекује од особе одређеног пола. У том смислу се, између осталог, пледира и за увођење родног идентита у каталог основâ дискриминације. На истом фону били и су и поједини предлози изнети поводом Нацрта закона о равноправности полова, односно Нацрта закона о родној равноправности, почевши од дилеме о називу будућег прописа. Исто вреди и за предлог да се у каталог основâ дискриминације у меродавним законима, укључујући Закон о раду,³³ поред пола и сексуалне оријентације, укључи и родни идентитет, док би други могући предлог било шире тумачење појма пол,

32 М. Mercat-Bruns, Одредница "Discrimination", у: А. Bevort, А. Jobert, М. Lallement, А. Mias (dir.), *Dictionnaire du travail, Quadriage / PUF, Paris, 2012, 187*. То илуструје знаменита пресуда Врховног суда САД у предмету *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989), у ком је бивша запослена тужила послодавца, јер јој је ускратио могућност за напредовање (избор за радно место партнера у предузећу за пружање ревизорских и пореских услуга). Запослена је сматрала да није унапређена зато што се није уклапала у послодавчеве идеје о томе како би једна жена требало да изгледа и да се понаша. Како послодавац није успео да докаже да би, у сваком случају, радно место партнера понудио другом запосленом, Суд је утврдио постојање дискриминације на основу пола. У америчкој судској пракси, ова пресуда се сматра значајном због чињенице да је одлучивање послодавца у складу са родним стереотипима квалификовано као дискриминација на основу пола.

33 *Аналитички извештај о недостацима и правним празнинама у имплементацији постојећих политика анти-дискриминације, превенције насиља, злочина и говора из мржње према ЛГБТ особама*, YUCOM, Београд, 2016, 9-10.

у смислу укључивања родног идентитета у његов садржај.³⁴ Ови предлози се, притом, чине у специфичном друштвеном контексту, у којем постоји друштвена (социјална) дистанца према истополним и трансродним особама. То се, наравно, одсликава и на свет рада, захтевајући пажљиво, одговорно и одмерено осмишљавање норми које би могле да уваже како потребе радника, тако и потребе читавог друштва.

3. Примена начела равноправности полова у области запошљавања

3.1. Општа разматрања

Поступак запошљавања обезбеђује раднику да оствари своје основно право да зарађује за живот на основну слободно изабраног занимања и запослења. Са друге стране, овај поступак омогућава послодавцу избор и ангажовање кандидата од којих се може очекивати да ће на најбољи начин обављати послове и доприносити стварању добити (наравно, ако је реч о тој врсти послодавца). Гаранције слободе предузетништва и слободе уговарања, као и одговорност за добро функционисање радне средине, обезбеђују послодавцу широку слободу избора сарадника, тим пре што се радни однос заснива с обзиром на одређено својство (својства) будућег радника (*intuitu personae*). Послодавцу је, отуд, поверен читав низ овлашћења у вези са заснивањем радног односа, од овлашћења за уређивање поступка избора кандидата за запослење, преко овлашћења за утврђивање посебних услова за заснивање радног односа, до избора лица која ће ангажовати за обављање послова.

Набројана послодавчева овлашћења откривају обресе неравноправности између њега и кандидата за запослење, посебно што су ретки појединци који себи могу да приуште луксуз да не зарађују за живот на основу свог рада. Правна правила која се односе на запошљавање, отуд, имају посебан значај, тим пре што је вршење

34 Уп. са D. Banović, *Seksualna orijentacija i rodni identitet: pravo i praksa u BiH*, Sarajevski otvoreni centar, Sarajevo, 2013, 91-92. Такво тумачење наилазимо и у пракси Европског суда правде, који је утврдио да је одлука о отпуштању транссексуалне особе зато што је извршила операцију промене пола - супротна начелу једнакости мушкараца и жена у запошљавању. Суд је, притом, протумачио појам пола тако да укључује и промену пола [пресуда у предмету C-13/94 (*P v S and Cornwall County Council*), од 30. априла 1996 (*ECR 1996 I-02143*)]. Ово тумачење остаје, међутим, у мањини у односу на велики број других пресуда у којима је Суд под појмом пол подразумевао биолошки или урођени пол радника, а не и род радника, као друштвено конструисану категорију. С. Barnard, *EU employment law*, 4th edition, Oxford University Press, Oxford, 2012, стр. 338.

наведених послодавчевих овлашћења, тј. предузимање одговарајућих радњи и доношење одговарајућих аката, скопчано са ризиком дискриминације. Штавише, истраживања показују да је у области запошљавања дискриминација много чешћа него у погледу осталих аспеката света рада.³⁵ То вреди и за дискриминацију на основу пола, при чему заштита права на једнак приступ запослењу не значи само забрану искључивања жена, или мушкараца, из тржишта рада, већ и заштиту од полно засноване дискриминације приликом оглашавања слободних послова и поступка избора кандидата за запослење, у смислу забране дискриминаторних тестова, постављања недопуштених питања током разговора са кандидатима и тсл.³⁶ Осим тога, по мишљењу Европског комитета за социјална права, једнакост у области запошљавања укључује и усвајање програма који могу помоћи женама да се врате у свет рада или да унапреде свој положај на тржишту рада, после прекида у каријери због породичних обавеза (нпр. освежавањем знања и стицањем вештина без којих се не могу прилагодити новинама које су се у међувремену догодиле на технолошком или научном плану). Томе, примера ради, може допринети уређивање питања враћања на рад по повратку са породилског одсуства или одсуства са рада ради неге детета, организовање обуке на захтев послодавца, током које радница остварује накнаду, или подстицање програма професионалне оријентације и стручног оспособљавања.³⁷

У поступку запошљавања могу учествовати и *носиоци послова запошљавања* (јавна служба и приватне агенције за запошљавање). Они пружају услуге обавештавања о могућностима и условима за запошљавање, као и услуге посредовања у запошљавању, професионалне оријентације и саветовања о планирању каријере, те спроводе мере активне политике запошљавања. У том смислу су државе које су преузеле обавезу стварања услова за делотворну примену једнакости полова, дужне да, посредством служби за запошљавање, спроводе мере за запошљавање осетљивљивих категорија радника који наилазе на проблеме приликом професионалне реинтеграције, укључујући и мере за запошљавање жена.³⁸ Имајући у виду значај који послови запошљавања имају за

35 U. Rinne, *Anonymous job applications and hiring discrimination*, IZA World of Labour, 2014, стр. 2.

36 C. Kollonay-Lehoczky, стр. 366.

37 *Ibid.*

38 То може укључити и посебну заштиту жена жртва насиља, попут примера из Шпаније, где се из државног буџета обезбеђује финансијска помоћ послодавцима који запошљавају ове раднице (C. Kollonay-Lehoczky, стр. 366-367); више о радноправним

проналажење посла, наш законодавац потврђује обавезу Националне службе за запошљавање да обезбеди једнаку доступност у поступку запошљавања за раднике оба пола, али и да подстиче запошљавање и самозапошљавање мање заступљеног пола, односно укључивање већег броја лица тог пола у поједине мере активне политике запошљавања.³⁹ Ова обавеза, између осталог, подразумева и обавезу Националне службе да својим програмима подстиче запошљавање мање запосленог пола, као и да подучава послодавце, у свим активностима и контактима које има са њима, поштовању прописâ у области забране дискриминације и равноправности полова.⁴⁰ На то се надовезује и старање о *полно неутралном оглашавању слободних послова*, због чега су Повереник за заштиту равноправности и Покрајински омбудсман скренули пажњу Националној служби за запошљавање да је, приликом оглашавања слободних послова у листу Националне службе за запошљавање 'Послови', потребно "поштовати забрану дискриминације по основу пола и изричито навести да су послови доступни и мушкарцима и женама, изузев ако је прављење разлике, искључење или давање првенства једном полу у односу на одређени посао допуштено јер је природа посла таква или се посао обавља у таквим условима да пол представља стварни и одлучујући услов обављања посла, и да је сврха која се тиме жели постићи оправдана, сагласно чл. 22. Закона о раду."⁴¹ Повереник за

механизмима пружања помоћи женама жртвама насиља вид. у: С. Ковачевић-Перић, Оснаживање жртва породичног насиља: афирмативна акција у запошљавању, у: С. Кнежевић, М. Настић (ур.), *Право пред изазовима савременог доба*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2018, стр. 141.

39 Закон о равноправности полова - ЗРП, *Службени гласник РС*, бр. 104/09, члан 22, ст. 1-3.

40 Препорука Националној служби за запошљавање за предузимање мера ради спречавања дискриминације на основу пола приликом оглашавања радних места и подстицања запошљавања мање заступљеног пола (дел. бр. I-РП-1-13/10 од 15. 7. 2010. год.), нав. према Н. Петрушић (ур.), *Дискриминација на основу пола и родног идентитета: зборник мишљења, препорука и упозорења Повереника за заштиту равноправности*, Повереник за заштиту равноправности, Београд, 2013, стр. 89-91.

41 *Ibid.* Препорука је донета поводом представке инжењера машинске струке коју Национална служба за запошљавање, за разлику од њених колега мушког пола, ниједном није обавестила о слободним пословима. Иако је формулар који Национална служба за запошљавање шаље послодавцима био родно неутралан, они су могли да, у оквиру рубрике "додатни захтеви за селекцију кандидата", упишу жељени пол кандидата и, последично, одлуче да ли желе да позову на разговор мушкарца или жену. Повереник за заштиту равноправности и Покрајински омбудсман су, тим поводом, с правом, указали на дужност Националне службе за запошљавање да, приликом пријема захтева послодавца у којима је означен пол кандидата, упозори послодавца на забрану дискриминације на основну пола из Закона о забрани дискриминације – ЗЗД

заштиту равноправности је, осим тога, препоручио Националној служби за запошљавање да спречи сваку могућност објављивања огласа за посао који, супротно закону, садрже услове за запослење, који се односе на пол, старосно доба, изглед кандидата или на неко друго лично својство, будући да су, нажалост, чак и на интернет сајту Националне службе за запошљавање објављивани огласи са дискриминаторним условима за запошљавање.⁴²

3.2. Правни оквир за заштиту једнакости мушкараца и жена у запошљавању

Једнакост мушкараца и жена данас представља саставни део корпуса људских права, као и једно од основних начела људских права. Такав статус признат му је тек након Другог светског рата, захваљујући постепеном развоју које је прошло - од потврђивања формалне једнакости полова до признавања различитих облика једнаких могућности мушкараца и жена.⁴³ То је обележило и развој *заштите овог права под окриљем Организације уједињених нација (ОУН)*. Документи ове организације, почевши од Повеље ОУН и Универзалне декларације људских права, потврђују пол као један од забрањених основа разликовања људи у вези са поштовањем и заштитом људских права.⁴⁴ Међународни пактови о људским правима, такође, потврђују једнаку заштиту зајемчених људских права, као и обавезу држава уговорница да мушкарцима и женама обезбеде њихово једнако уживање.⁴⁵ На нивоу ОУН усвојен је и један “родно асиметричан антидискриминацијски инструмент”, који је усмерен на заштиту само једног пола, а због значајне несразмере која постоји између дискриминације жена и дискриминације мушкараца. Реч је о Конвенцији о укидању свих облика дискриминације (*Службени гласник РС, бр. 22/09*), ЗРП, Закона о раду – ЗР (*Службени гласник РС, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 и 113/17*) и Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености – ЗЗОСН (*Службени гласник РС, бр. 36/09, 88/10, 38/15, 113/17 и 113/17*). Ово тим пре што потоњи закон предвиђа дужност Националне службе за запошљавање да послодавцу (и лицу које тражи запослење) пружа обавештења о важећим прописима који се односе на запошљавање (члан 9, став 1).

42 Препорука Националној служби за запошљавање за укидање огласа за посао који садрже дискриминаторне услове за запослење (дел. бр. 1130 од 9. 8. 2012), нав. према Н. Петрушић, стр. 133-137.

43 С. Kollonay-Lehoczku, стр. 361.

44 Повеља Уједињених нација (*Службени лист ДФЈ, број 69/45*), члан 1, став 3; Универзална декларација о људским правима, члан 2.

45 Међународни пакт о грађанским и политичким правима (*Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, број 7/71*), чл. 2-3; Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима (*Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, број 7/71*), чл. 2-3.

жена, која није усмерена превасходно на укидање дискриминације на основу пола, већ на, како јој говори и назив, на укидање дискриминације жена.⁴⁶ То вреди и за норме посвећене запошљавању, те су државе уговорнице дужне да укину дискриминацију жена, како би им осигурале иста права у овој области. Предметна обавеза се тиче, између осталог, и: права на рад “као неотуђивог права свих људских бића”; права на исте могућности за запошљавање, укључујући примену истих критеријума за избор кандидата за запослење; и права на слободан избор занимања и запослења.⁴⁷ Колонај Лехоцки (*Csilla Kollonay-Lehoczky*), с правом, закључује да Конвенција почива на приступу који је, у основи, негативан, јер је усмерена превасходно на забрану дискриминације жена, док је посебним мерама које имају за циљ уклањање социјалних разлика проистеклих из историјског дискриминаторног односа према женама дата сасвим ограничена улога.⁴⁸ Коначно, под окриљем ОУН, једнакост мушкараца и жена афирмисана је и као један од 17 циљева одрживог развоја, будући да полно (и родно) заснована дискриминација негативно утиче на економско благостање, здравље и добробит, како на индивидуалном, тако и на глобалном плану.⁴⁹

Начело једнакости налази се и у темељу *стандарда Међународне организације рада (МОП)*, чије делатности почивају на начелу да “сва људска бића, независно од расе, вере или пола, имају право да траже свој материјални напредак и свој духовни развој у условима слободе и достојанства, економске сигурности и једнаке могућности”.⁵⁰ Развој међународних радних стандарда пратио је развој идеје једнакости, тако да су у првим деценијама постојања ове организације, они били усмерени на заштиту посебних група радника од нарочито озбиљних облика дискриминације.⁵¹ Поред радника миграната, пољопривредних радника

46 С. Kollonay-Lehoczky, стр. 362. Ипак, политика укидања дискриминације жена претпоставља и обавезу држава уговорница да, “ако то још нису учиниле, укључе начело једнакости мушкараца и жена у своје националне уставе или друго одговарајуће законодавство, и да, кроз право и друга одговарајућа средства, осигурају практично остварење овог начела”. Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена (*Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, број 11/81), члан 2, тачка а).

47 Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена, члан 11, став 1, тач. а)-с).

48 С. Kollonay-Lehoczky, стр. 362.

49 Sustainable Development Goals (SDGs), United Nations Conference on Sustainable Development, Rio de Janeiro, 2012.

50 Декларација о сврси и циљевима Међународне организације рада, део II, тачка а).

51 N. Valticos, *International labour law*, Springer-Science + Business Media, B. V., Deventer, 1979, стр. 104.

и радника у колонијама, заштита је, наиме, била приуштена и женама, и у то у вези са радом који би могао да угрози њихову безбедности и здравље, не само у вези са трудноћом, порођајем и постнаталним периодом, већ и уопште (попут апсолутне забране ноћног рада жена у индустрији, о чему је било речи). Баш као и у погледу радног ангажовања деце, уређивање рада жена почивало је на поставци да су оне физички слабије од одраслих мушкараца и подложније експлоатацији, што је утицало и на усвајање стандарда о заштити материнства (Конвенција број 3).⁵² Осим тога, под окриљем ове организације усвојени су и стандарди о једнаком плаћању мушкараца и жена за исти рад или рад исте вредности (Конвенција број 100), и стандарди о заштити од дискриминације у области занимања и запослења, који “покривају” и полно засновану дискриминацију (Конвенција број 111 и Препорука број 111).⁵³ Делотворној примени начела једнакости полова доприноси и низ других стандарда, попут оних садржаних у Конвенцији број 156 о радницама са породичним дужностима, као и конвенцијама о флексибилним облицима радног односа (Конвенција број 175 о раду са непуним радним временом, Конвенција број 177 о раду код куће и Конвенција број 189 о плаћеном раду у домаћинству послодавца). Коначно, ваља имати у виду и то да се у праву МОП (прецизније, у “јуриспруденцији” уговорних надзорних тела), питање (посредне) дискриминације на основу пола везује и за дискриминацију на основу брачног стања. Реч је, прецизније, о дискриминацији запосленог због тога што је неожењен, односно неудата, или због тога што је у браку, или због тога што је у браку, али живи одвојено од свог супружника, или зато што је разведен(а), или зато што је удовац/удова, или, пак, зато што је *de facto* супружник другог лица.⁵⁴ То, нарочито, укључује захтеве који се, у вези са тим, постављају пред припаднике одређеног пола, пре свега, жене.⁵⁵ Једнакост је потврђена и као један од елемената

52 G. P. Politakis, стр. 404.

53 Декларацијом о основним начелима и правима на раду (1998) потврђено је да све државе чланице МОП имају обавезу да “укину дискриминацију у погледу запослења и занимања”, независно од тога да ли су ратификовале конвенције број 100 и 111 (став 2).

54 International Labour Organization (ILO), *Equality in employment and occupation. General Survey by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, International Labour Conference, 75th Session, 1988, Report III (Part 4B), Geneva, 1988, став 40.

55 Више о тзв. клазули безбрачности (*clause de non convol*), која је средином прошлог века чинила саставни део једностраних општих аката неких послодаваца у Француској (нпр. кандидаткиње за посао стјуардесе у Ер Франсу морале су бити „неудате, удовице или разведене жене“, због чега је удаја представљала ваљани разлог за отказ њиховог

достојанственог рада, концепције коју је МОП осмислила, управо, у циљу унапређења “могућности мушкараца и жена да добију пристојан и продуктиван посао, у условима слободе, једнакости, сигурности и људског достојанства”.⁵⁶ У том смислу, Хепл (*Bob Hepple*), с правом, закључује да је *једнакост у срцу појма ‘достојанствен рад’*.⁵⁷ Ово стога што имплементација модела достојанственог рада може да допринесе друштвено одрживом развоју, у смислу стварања одговарајућих прихода и одговарајуће заштите од социјалних ризика. Како успешна примена тог модела није могућа без отклања друштвених и економских подела које су важан узрок сиромаштва, достојанствен рад претпоставља и смањивање неједнакости уклањањем препрека за пуно учешће мушкараца и жена у свету рада.⁵⁸

Једнакост мушкараца и жена у запошљавању није била потврђена као посебно начело и право у изворном тексту Европске социјалне повеље (1961), већ је овим актом *Савета Европе* она зајемчена само као елемент права на правичну зараду.⁵⁹ Осим тога, дискриминација по било ком основу била је забрањена као саставни део права на слободан избор запослења.⁶⁰ Такође, пол је укључен у анти-дискриминациону клазулу из преамбуле Повеље, док гаранција права на заштиту материнства доприноси и стварању једнаких могућности за жене⁶¹. После 27 година, каталог права зајемчених Повељом је Додатним протоколом допуњен правом свих радника (без обзира на то да ли раде у оквиру или ван радног односа, или је реч о незапосленим лицима, односно тражиоцима запослења, лицима на стручном оспособљању или било којим другим потенцијалним радницима)⁶² на једнаке могућности и једнако поступање у питањима запошљавања и занимања без дискриминације на основу пола.⁶³ Ревидираном европском социјалном повљем ово право је укључено

уговора о раду) вид. у Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, стр. 496-498.

56 Decent work. Report of the Director-General of the ILO to the 87th Session of the International Labour Conference, Geneva, 1999.

57 В. Hepple, *Equality and empowerment for decent work*, стр. 5.

58 *Ibid.*, стр. 13-14.

59 Европска социјална повеља (European Social Charter, *European Treaty Series*, No. 35) - ЕСП, члан 4, став 3.

60 ЕСП, члан 1, став 2.

61 ЕСП, члан 8.

62 Explanatory report to the Additional Protocol to the European Social Charter, Strasbourg, 5.V.1988, *European Treaty Series*, No. 128, став 18.

63 Додатни протокол уз Европску социјалну повељу (Additional Protocol to the European Social Charter, *European Treaty Series*, No. 128), члан 1.

у чврсто језгро одредаба које се морају преузети ратификацијом.⁶⁴ Одговарајућа гаранција је, притом, врло широко постављена, те, поред приступа заполењу, обухвата и професионално оспособљавање, обуку, професионалну рехабилитацију, услове рада (укључујући зараду), развој каријере и напредовање, као и заштиту од отказа и професионалну реинтеграцију. То не претпоставља само забрану дискриминације, већ од уговорница захтева и стварање услова за једнако поступања кроз посебне мере.⁶⁵

Попут Савета Европе, у првим деценијама постојања *Европских заједница*, једнакост мушкараца и жена није била уређена кроз опште правило (начело), већ је била сведена на једнакост плаћања мушкараца и жена за исти рад.⁶⁶ Такав приступ био је мотивисан потребом спречавања нелојалне конкуренције међу државама чланицама Европске економске заједнице, у смислу корекције или отклањања последица које настају на заједничком тржишту због учешћа послодаваца из држава са различитим односом према дискриминацији мушкараца и жена у погледу остваривања права на зараду. Постојала је, наиме, бојазан (коју је формално истакла Француска), да би, без комунитарних правила, послодавци из држава чије заштитно радно законодавство укључује и право на једнаку зараду запослених оба пола могли имати мање изгледе да остваре конкурентску предност на заједничком тржишту од послодаваца из држава са алтернативним режимом зараде, јер их је национално законодавство оптерећивало додатним трошковима.⁶⁷ Нову димензију начела једнаког плаћања открио је, међутим, Европски суд правде, протумачивши одговарајућу одредбу Оснивачког уговора на начин да она, поред описане економске функције, има и социјалну функцију, по којој начело једнаког плаћања чини саставни део темеља Уније,⁶⁸ а да

64 Ревидирана европска социјална повеља – РЕСП (*Службени гласник РС*, број 42/09), члан А, став 1, тачка б). Овај акт је додатно ојачао заштиту од полно засноване дискриминације и признавањем права радника са породичним дужностима на једнаке могућности и једнако поступање (члан 27), што дугорочно може допринети напуштању стереотипа о родним улогама.

65 С. Kollonay-Lehoczky, стр. 363.

66 Уговор о оснивању ЕЕЗ (Treaty establishing the European Economic Community), члан 119; садашњи члан 157, ст. 1-2. Уговора о функционисању ЕУ (Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (*Official Journal C 326*, 26.10.2012, 47–390).

67 С. Barnard, стр. 254.

68 Пресуда у предмету 43-75 (*Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*) – *Defrenne* број 2, од 8. априла 1976. (*ECR 1976*, 455), ст. 8-12.

право на једнаку зараду представља основно право.⁶⁹ Паралелно са тим, заштита од дискриминације на основу пола проширена је са права на зараду на читаве области запошљавања и занимања, тако да се данас, начело једнакости, а, посебно начело једнакости полова, налази у срцу европског социјалног модела и покретач је промена у државама чланицама Европске уније (ЕУ). Тако је Уговором о функционисању ЕУ потврђен захтев за једнакошћу мушкараца и жена, у смислу забране заштите од дискриминације на основу пола као основног људског права.⁷⁰ Он не укључује, међутим, и захтев за предузимањем посебних мера, иако су оне допуштене, у смислу пружања особених повољности припадницима слабије заступљеног пола. Примени начела једнакости мушкараца и жена доприносе и директиве, које су усвојене у овој области почевши од седамдесетих година прошлог века, са каснијим изменама.⁷¹ Оне су престале да важе ступањем на снагу Директиве Европског парламента и Савета 2006/54/ЕЗ, којом је, поред зараде и професионалног осигурања од социјалних ризика, примена начела једнакости мушкараца и жена уређена и у погледу приступа запослењу и напредовању, професионалне обуке, условâ рада, отказа уговора о раду и чланства у професионалним организацијама запослених.⁷² Новом директивом је, наиме, извршена кодификација ранијих директива, уз неопходне измене и допуне у светлу ставова Европског суда правде, будући да је јуриспруденција овог суда дала драгоцен значај развоју заштите једнакости мушкараца и жена.

69 Пресуда у предмету 149/77 (*Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*) – *Defrenne* број 3, од 15. јуна 1978. (*ECR* 1978, 1365), ст. 26-27.

70 Уговор о функционисању ЕУ, члан 23.

71 Вид.: директиве 75/117/ЕЕЗ (о једнаком плаћању мушкараца и жена), 76/207/ЕЕЗ (о једнаком поступању у погледу приступа запослењу, стручне обуке, напредовања и условâ рада, са изменама садржаним у Директиви 2002/73/ЕЗ), 86/378/ЕЕЗ (о примени начела једнаког поступања у професионалним системима социјалне сигурности, са изменама у Директиви 96/97/ЕЗ), 97/80/ЕЗ (о терету доказивања у случајевима дискриминације на основну пола, са изменама у Директиви 98/52/ЕЗ).

72 Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), *Official Journal* L 204, 26.7.2006, 23–36; за развој европског оквира заштите једнакости полова вид.: С. Јашаревић, *Равноправност полова у области рада: неки битни аспекти у документима МОР, ЕУ и Србије*, Правни живот, бр. 12/2007, стр. 779-792; С. Јашаревић, *Равноправност полова у области радних односа у документима ЕУ*, Правни живот, бр. 11/2010, стр. 777-787; Г. Обрадовић, “Право жена на једнако поступање и награђивање у радном односу”, у: С. Константиновић Вилић, М. Костић (ур.), *Правна клиника за заштиту права жена: приручник за рад студенткиња/студената*, Правни факултет Универзитета у Нишу - Женски истраживачки центар за едукацију и комуникацију, Ниш, 2011, стр. 109-117.

Притом је важно уочити да у јуриспруденцији Европског суда правде, концепција непосредне дискриминације на основу пола није ограничена на случајеве у којима меродавна одредба (одредба којом се прави разлика међу радницима) изричито упућују на пол, нити само на случајеве у којима су сви припадници одређеног пола погођени применом предметне одредбе. Уместо тога, непосредна дискриминација обухвата *свако прављење разлике на основу критеријума који се непосредно односи на пол радника*.⁷³ У том смислу се и неповољније поступање на основу трудноће или рођења детета квалификује као непосредна дискриминација на основу пола, због чега не може бити оправдано противљење послодавца да запосли једно лице само зато што је у другом стању, нити да је отпусти зато што га, током разговора за посао, није обавестила о трудноћи.⁷⁴ Коначно, по оцени Суда, непосредна дискриминација на основу пола постоји и ако послодавац поступа неповољније према раднику зато што је имао операцију промене пола.⁷⁵

Поменути међународни и европски стандарди утицали су на уређивање забране дискриминације на основу пола у Републици Србији, при чему је у области радних односа посебно био снажан утицај меродавних директива ЕУ. Правни оквир за примену начела једнакости мушкараца и жена чине Устав и антидискриминационо и радно законодавство, чије ће одредбе бити анализирани у поглављима која следе.⁷⁶ То укључује и Закон о равноправности полова, од чијег

73 C. Hiebl, *Basics on European social law*, Linde, Wien, 2012, стр. 49.

74 Вид. пресуду у предмету C-177/88 (*Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen /VJV-Centrum/ Plus*), од 8. новембра 1990. (ECR 1990 I-3941): “послодавац непосредно повређује начело једнаког поступања [...] ако одбије да закључи уговор о раду са женским кандидатом кога сматра подесним за посао, уколико је одбијање засновано на могућим неповољним последицама које ће имати због запошљавања труднице, а, због правила о неспособности за рад која је усвојила јавна власт и која асимилују неспособност за рад услед трудноће и порођаја са неспособношћу за рад услед болести. Чињеница да се ни један мушкарац није пријавио за посао је ирелевантна” (став 1)”. У пресуди у предмету C-32/93 (*Carole Louise Webb v EMO Air Cargo /UK/ Ltd.*), од 14. јула 1994. (ECR 1994, I-3567) је, са друге стране, потврђена незаконитост отказа који је послодавац дао запосленој зато што је, недуго по закључењу уговора о раду, сазнао да је у другом стању и да, због трудноће, не може да испуњава радне обавезе. Потврђено је и да отказ због трудноће запослене представља непосредну дискриминацију на основу пола, и да се неспособност за рад услед трудноће ни на који начин не може упоредити са неспособношћу мушкараца за рад из здравствених разлога.

75 Вид. раније цитирану пресуду у предмету C-13/94.

76 Устав Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 98/06) потврђује да “држава јемчи равноправност жена и мушкараца и развија политику једнаких могућности” (члан 15), док су начела једнакости и забране дискриминације потврђени у чл. 19, 21, 48-49,

је ступања на снагу било више безуспешних покушаја новелирања, превасходно у циљу обезбеђивања делотворне примене концепције родне равноправности, која у постојећем закону није била најјасније постављена нити запређена одговарајућим санкцијама. Најновји предлог новеле је Нацрт закона о родној равноправности до јуна 2018. године, чија су решења, такође, разматрана у реферату.⁷⁷

Иако је начелна оцена правног оквира за примену начела родне равноправности у Републици Србији задовољавајућа, чини се да процес хармонизације законодавства још увек није довршен, будући да поједина питања из антидискриминационог оквира још увек нису уређена - уопште, или у довољној мери, или на коректан начин.⁷⁸ То, примера ради, илуструје уређивање различитих врста дискриминације, уз дословно преузимање њихових дефиниција из директива 2000/43/ЕЗ, 2000/78/ЕЗ и 2002/73/ЕЗ.⁷⁹ На тај начин је у српски правни поредак уведено неколико концепција, чије ће прихватање и примена, будући да нису развијене ендогено, значајно зависити од вичности судија да их протумаче у складу са домаћим приликама, а, претходно, и од одговарајућег образовања судија и других припадника правничке професије у овој области. Такође се може констатовати да се, у судским поступцима, приликом тумачења антидискриминационих и равноправних прописа, крајње ретко узима у обзир пракса Суда правде ЕУ, без које је тешко потпуно и правилно разумети домаће прописе који садрже норме које су дословце преузете из директива ЕУ или су, пак, инспирисане директивама ЕУ. У том смислу, постоји потреба да се обезбеде обуке судија како би могле да разумеју интерпретативни значај права ЕУ у овој области, а исто

60 (став 3: "Свима су, под једнаким условима, доступна сва радна места") и 76. Вид.: ЗЗД; ЗРП; ЗР, чл. 18-23, 183; ЗОСН (заснива се, између осталог, на начелима забране дискриминације, родне равноправности, и афирмативне акције усмерене према теже запошљивим незапосленим лицима /члан 5, тач. 1, 3-4/); Закон о мирном решавању радних спорова - ЗМРРС (*Службени гласник РС*, бр. 125/04 и 104/09), који уређује арбитражно решавање спорова поводом дискриминације на раду.

77 Нацрт закона о родној равноправности, од јуна 2018. године - НЗРР, https://www.minrzs.gov.rs/images/2_nacrt_zakona_o_rodnoj_ravnopravnosti_14.06.2018.pdf, 23. 7. 2018.

78 Вид. D. Vujadinović, "Country report on legal perspectives of gender equality in Serbia", у: V. Efremova *et al.* (eds), *Legal perspectives of gender equality in South East Europe*, Centre for South East European law school network, Скопје, 2012, 161-185; B. Urdarević, "Country report on legal perspectives of gender equality in Serbia", у: V. Efremova *et al.* (eds), *Legal perspectives of gender equality in South East Europe*, Centre for South East European law school network, Скопје, 2012, стр. 186-207.

79 Вид.: ЗР, чл. 18-21; ЗЗД, члан 16.

вреди и за јуриспруденцију Европског комитета за социјална права и јуриспруденцију уговорних тела ОУН.

3.3. Утврђивање посебних услова за заснивање радног односа: пол као (не)допуштени услов

Посебни услови за заснивање радног односа садрже захтеве у погледу одређених знања, способности и особина радника које су неопходне за успешно обављање посла. Они се, дакле, не одређују апстрактно (као општи услов/и/ за заснивање радног односа), већ се захтевају за рад на одређеном послу, односно радном месту или у одређеној делатности. Стога их утврђује послодавац (правилником о организацији и систематизацији послова), а за одређене послове – и законодавац (посебним законима). То, даље, значи да посебни услови за заснивање радног односа, а, исто вреди и за доказе о њиховој испуњености, морају бити утврђени тако да непосредно зависе од послова за које се заснива радни однос, тј. да морају бити *непосредно повезани са одређеним послом и неопходни за његово обављање*. Утврђивање посебних услова за заснивање радног односа је, отуд, посебно осетљиво на ризик (непосредне и посредне) дискриминације на основу пола.

Непосредна дискриминација подразумева довођење кандидата одређеног пола у неповољнији положај у односу на друга лица која имају исте радне способности, вештине и умећа као и остали кандидати за запослење, само зато што су одређеног пола. Квалификација непосредне дискриминације претпоставља, наиме, постојање упоредника или упоредне групе, као лица или групе лица која се налазе у истој или сличној ситуацији као и дискриминисани кандидат за запослење, при чему је једина разлика између њега и упоредника у томе што је дискриминисано лице другог пола. Изузетак представљају труднице, које у области запошљавања немају упоредника, јер мушкарац не може бити у другом стању: “мушки упоредник није потребан, када је жена јасно доведена у неповољнији положај употребом критеријума који је специфичан за одређени пол, као што је то случај са трудноћом”.⁸⁰ Штета коју кандидаткиња за запослење претрпи због трудноће се, отуд, сматра непосредном дискриминацијом на основу пола. Тако би, примера ради, непосредна дискриминација постојала у случају да послодавац утврди женски пол као посебан услов за заснивање радног односа на послу где то није неопходно за успешно извршавање радних задатака (нпр. посао продаје и услуживања напитака у кафеу, или посао припремања

80 С. Barnard, стр. 354.

и продаје прехранбених производа у пекари, премда се у огласима домаћих послодаваца ови послови неретко означавају у женском роду). Послодавац, притом, не би могао да оправда утврђивање женског пола као посебног услова за заснивање радног односа на наведеним пословима – настојањем да приликом запошљавања да предност женама у односу на мушкарце, а, због чињенице да је, због стереотипа и предрасуда које прате њихов рад (превасходно због одсуства са рада због трудноће и порођаја, односно породичних дужности), мушкарцима, иначе, доступан неупоредиво већи број расложивих послова. Таква аргументација не оправдава прављење разлике међу кандидатима мушког и женског пола, будући да посебне (афирмативне, позитивне) мере уведе и спроводе органи јавне власти. Послодавац не може, наимае, да их предузима по сопственој иницијативи, јер се у супротном отварају врата арбитрерном поступању, тим пре што се оно не заснива на озбиљним анализама стања на тржишту рада.

Начелну забрану утврђивања пола као посебног услова за заснивање радног односа не треба мешати са допуштеним разликовањем кандидата за запослење према овом личном својству. Ово стога што, упркос забрани дискриминације у запошљавању, у изузетним случајевима, може постојати и потреба да се према кандидатима за запослење различито поступа, управо, због њихове припадности мушком или женском полу. Реч је о ситуацијама у којима би забрана различитог поступања могла да доведе у питање обављање конкретног посла и добро функционисање предузећа. Ово стога што је реч о послу код којег одређени пол представља *прави, одлучујући услов за успешно обављање радних задатака*, због чега се и разликовање кандидата према полу не може сматрати дискриминацијом. Утврђивање одређеног пола као посебног услова за заснивање радног односа има, дакле, за циљ „решавање појединачних случајева чисто професионалне нужности”, не би ли се успоставила “равнотежа између редовно потребне неутралности и неопходности да се задрже услови који нису неутрални, али су у одређеном случају оправдани”.⁸¹ Разлози професионалне нужности који чине тај изузетак оправданим могу се, најпре, тицати *ауθενциности*, као што је то, примера ради, случај са утврђивањем женског пола за услов за заснивање радног односа са уметницима у позоришту, балету или опери (посао глумице, балерине, оперске певачице), као и са манекенима задуженим за представљање женске одеће, или са женским уметничким моделима. Пол може бити

81 М. De Vos, *Beyond formal equality: Positive action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, European Commission, Luxembourg, 2007, стр. 34.

утврђен као посебан услов за заснивање радног односа и из *разлога пристojности*, и то код послова који укључују физички контакт са послодавчевим клијентима одређеног пола,⁸² с тим што ваља водити рачуна о томе да се у овим случајевима, као разлози пристojности, не поткраду и предрасуде и стереотипи који се везују за одређене професије.⁸³ Пол може, надаље, бити утврђен као услов за заснивање радног односа и онда када то *захтева природа установе у којој се послови обављају*, попут казнено-поправних завода за мушкарце или за жене, или установа у којима су смештена лица која захтевају специјалну негу или надзор, ако су она искључиво мушког, односно искључиво женског пола. Поред наведених случајева, енглески законодавац предвиђа да мушки пол може бити одређен као посебан услов за заснивање радног односа, између осталог, и у следећим ситуацијама: а) ако се од запосленог очекује да ради или живи у кући послодавца или послодавчевог клијента, што укључује и интензивне 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 одвојене санитарне просторије за мушкарце и жене; в) ако се неки радни задаци обављају у држави у којој жене не би биле у стању да их успешно изврше, због специфичних националних културних прилика.⁸⁴

Када је, пак, реч о европским стандардима, у њима је потврђен захтев да се у сваком конкретном случају процени да ли одређени

82 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-центру за жене, јер тај посао претпоставља, између осталог, и 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: M. Sargeant, D. Lewis, *Employment Law*, third edition, Pearson Education, Harlow, 2006, стр. 203).

83 Осим тога, важно је уочити и обавезу држава да периодично преиспитују легитимност искључења лица одређеног пола из неких професија. То је став Европског суда правде, који је почетком осамдесетих година потврдио да друштвена очекивања која се тичу пристojности и приватности (прецизније, осетљивост пацијенткиња која има важну улогу у њиховом односу са бабицом) оправдавају искључиво запошљавање и обуку жена за обављање послова бабице [пресуда у предмету C-165/82 (*Commission v. UK*) од 8. новембра 1983. године (*ECR*, 1983, 3431)]. Међутим, у наредним деценијама, приступ овој професији омогућен је и мушкарцима како у Уједињеном Краљевству, против којег је донета ова пресуда, тако и у свим другим државама чланицама ЕУ. C. Barnard, стр. 365.

84 *Discrimination Act (1975)*, члан 7, став 2.

посао суштински захтева то да запослени буде одређеног пола, како као допуштени изузетак не би било квалификовано широко искључивање жена из појединих професионалних области. Тако је, примера ради, у пракси Европског суда правде оцењено да је немачко законодавство неоправдано искључило могућност ангажовања жена на свим војним пословима који укључују употребу оружја, због чега су могле бити ангажоване само за обављање послова у здравственој служби војске и војним оркестрима.⁸⁵ Такође, Суд је у више пресуда потврдио да државе чланице ЕУ уживају одређени степен дискреционих овлашћења да неке професионалне активности искључе из подручја примене комунитарног секундарног анти-дискриминационог законодавства, али само ако се то тиче одређених послова (радних места) и уз обавезу држава да периодично преиспитују легитимност искључења која током одређеног времена могу бити допуштена, а, након тога постати незаконита.⁸⁶ На истом фону су и стандарди Савета Европе, тако да, приликом одлучивања о томе да ли пол представља одлучујући чинилац за обављање послова у полицији, војсци и слично, због услова у којима се обављају радни задаци, државе уговорнице РЕСП могу узети у обзир захтеве везане за јавни поредак и националну безбедност, под условом да су они прописани законом, служе легитимном циљу и неопходни су у демократском друштву. Попут сваке друге мере којом се дерогирају гаранције права зајемчених у РЕСП, и овај изузетак треба уско тумачити.⁸⁷ Овај низ наставља и јуриспруденција Европског суда за људска права, који је закључио да забрана запошљавања жена у државном предузећу за електро-привреду представља повреду члана 14 (забрана дискриминације), у вези са чланом 8 (право на поштовање приватног и породичног живота) Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Предмет се

⁸⁵ Пресуда у предмету C-285/98 (*Tanja Kreil v. Bundesrepublik Deutschland*) од 11. јануара 2000. (*Reports of Cases*, 2000, I-69).

⁸⁶ То је, примера ради, потврђено у погледу послова полицијских службеника [пресуда у предмету C-222/84 (*Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*) од 15. маја 1986. (*ECR* 1986, 1651)] и marinaца [пресуда у предмету C-273/97 (*Angela Maria Sirdar v. The Army Board and Secretary of State for Defence*), од 26. октобра 1999. (*Reports of Cases* 1999 I-7403)].

⁸⁷ Тако је оцењено да Грчка повређује РЕСП ограничавањем уписа жена у полицијску академију, и последичним искључењем приступа жена за чак 85% послова у полицији. То, по оцени Европског комитета за социјална права, представља непосредну дискриминацију на основу пола, која у демократском друштву није неопходна за заштиту јавног интереса или националне безбедности, нити је оправдава природа односних активности (European Committee of Social Rights, Conclusions XVI-2, Greece, Protocol Art 1, нав. према С. Kollonay-Lehoczky, стр. 374, фн. 75).

тицао отказа који је запослена на пословима обезбеђења добила само зато што није мушког пола и није одслужила војни рок. Суд је, притом, потврдио да, у светлу значаја промовисања родне равноправности у савременим друштвима, државе треба да имају веома значајне разлоге за различито поступање према мушкарцима и женама да се оно може сматрати сагласним одредбама Конвенције.⁸⁸

Са друге стране, *посредну полно засновану дискриминацију* успостављају наизглед неутралне одредбе, критеријуми или пракса (нпр. обичај у радној средини), чија примена доводи кандидате одређеног пола у неповољнији положај у односу на лица супротног пола. Одређене норме, критеријуми или пракса се, у овом случају, примењују на сва лица која траже запослење, али је њихова диспозиција само привидно неутрална. Иако не упућују на мушки или женски пол, ове норме утврђују, наиме, услове које лица одређеног пола нису у стању да испуне или им је много теже да то учине, у поређењу са кандидатима за запослење супротног пола. Посредна дискриминација подразумева, дакле, то да се према лицима која се налазе у различитој ситуацији поступа као да тих разлика нема. Тако, примера ради, посредну дискриминацију могу успоставити услови за заснивање радног односа који се тичу нарочите снаге и издржљивости, ако се захтевају за обављање послова на којима то није неопходно за успешно извршавање радних задатака. У том случају, утврђивање наведених услова за заснивање радног односа неоправдано ограничава приступ запослењу већини жена.

Наш законодавац препознаје значај ризика дискриминације који наткриљује поступак запошљавања. Законом о раду је, тако, изричито забрањена дискриминација у односу на “услове за запошљавање и избор кандидата за обављање одређеног посла”, док се дискриминацијом не сматра “прављење разлике, искључење или давање првенства у односу на одређени посао када је природа посла таква или се посао обавља у таквим условима да карактеристике повезане са неким од основа из члана 18. овог закона представљају стварни и одлучујући услов

⁸⁸ Суд је квалификовао отпуштање као дискриминацију у уживању права на поштовање приватног и породичног живота, због чињенице да тако драстична мера као што је отказ због припадности одређеном полу прозводи негативне последице на самопоштовање раднице, а, услед тога, и на њен приватни и породични живот, посебно имајући у виду могућност да у будућности обавља послове за које се специјализовала (положен испит за рад у јавном сектору). Пресуда у предмету *Emel Boyraz* против Турске, од 2. децембра 2014. године (представка број 61960/08); вид. делимично издвојено мишљење судије Спана (Robert Spano).

обављања посла, и да је сврха која се тиме жели постићи оправдана”.⁸⁹ Слично решење садржи и Закон о равноправности полова, који, поред заснивања радног односа, настоји да укине дискриминацију и приликом радног ангажовања лица ван радног односа, што је модерно и важно решење.⁹⁰ Реч је о значајној брани полно заснованој дискриминацији, која је предвиђена и Нацртом закона о родној равноправности, с тим што његове одредбе забрањују и прављење разлике по основу рода. У овом нацрту, изузетак од предметне забране није, међутим, у целости уређен бланкетном нормом, већ је дефинисан као случај када је прављење разлике по основу пола и рода “потребно због специфичности које произлазе из природе посла, места и услова рада”, и то “у складу са прописима о забрани дискриминације” (не у складу са одредбама матичног закона за област радних односа, како предвиђа Закон о равноправности полова).⁹¹ Поменути нацртом закона од 2018. године изричито је забрањено и утврђивање одређеног пола или рода као посебног услова за заснивање радног односа (законодавац, истина, користи израз “критеријум за стематизацију послова, односно радних места” што није у складу са одредбама Закона о раду, који користи термин “посебни услови за заснивање радног односа”), осим када то захтева разлог професионалне нужности. Разлог професионалне нужности је, притом, одређен сагласно меродавним међународним и европским стандардима (“у случају када је то потребно због специфичности које произлазе из природе посла, места и услова рада у складу са прописима о забрани дискриминације и заштити на раду”),⁹² уз резерву која се тиче потребе усклађивања ове одредбе са законском терминологијом (и израз “заштита на раду” требало би заменити изразом “заштита безбедности и здравља на раду”). Премда су одговарајуће правило и изузетак садржани и у Закону о раду,⁹³ решење из Нацрта чини се прихватљивим, имајући у виду прецизније уређивање предметних питања, као и чињеницу да су поменути критеријуми забрањени и у односу на радно ангажовање ван радног односа (што, истина, може бити и оправдање да се не користи

89 ЗР, члан 20, став 1, тачка 1, и члан 22, став 1.

90 „Приликом јавног оглашавања послова и услова за њихово обављање и одлучивања о избору лица која траже запослење ради заснивања радног односа или другог вида радног ангажовања, није дозвољено прављење разлике по полу, осим ако постоје оправдани разлози утврђени у складу са законом којим се уређује рад“. ЗРП, члан 15.

91 НЗРР, члан 26, став 2.

92 НЗРР, члан 26, став 4. У члану 3 Нацрта потврђена је усклађеност његових одредаба са изворима права ЕУ, који се, потом исцрпно набрајају, али, заједно са актима Савета Европе, који су погрешно квалификовани као извори права ЕУ.

93 ЗР, члан 22, став 1.

израз “посебни услови за заснивање радног односа”). Такво решење подударно је са одредбом Закона о равноправности полова којом је забрана дискриминације протегнута са одлучивања о избору лица која траже запослење ради заснивања радног односа на избор лица која то чине ради “другог вида радног ангажовања”.

3.4. Прикупљање осетљивих података о личности и анонимно пријављивање на оглас/конкурс

а) Општа разматрања

Због родних улога које се традиционално приписују женама, посебно у вези са бригом за подизање детета, запошљавање жена прате одређени стереотипи и предрасуде послодаваца. Најзначајнији од њих тичу се уверења да је за послодавце запошљавање жена, нарочито ако су у фертилној доби, скупље од запошљавања њихових мушких колега. Ово превасходно због претпостављеног чешћег коришћења права на одсуство са рада због неге болесног члана породице, што је скопчано са послодавчевом обавезом плаћања накнаде зараде у складу са прописима о обавезном здравственом осигурању. На то се надовезују и трошкови запошљавања и обуке новог запосленог кога послодавац анагжује ради замене запослене која користи право на породилско одсуство, одсуство са рада ради неге детета и право на одсуство са ради ради спречености за рад из здравствених разлога (тзв. боловање). Осим тога, рад жена прати и убеђење да ће, због породичних дужности, бити мање посвећене послу и мање спремне на неке облике флексибилне организације рада, пре свега на ноћни и сменски рад или рад у другом географском месту. Овај низ наставља и посебна заштита жена, нарочито од отказа, што послодавци неретко доживљавају као презаштићеност радница, између осталог и због обавезе да, по повратку са породилског одсуства и одсуства са рада ради неге детета, обезбеде запосленој да се врати на исти или други једнако плаћен посао. Исто вреди и за немогућност престанка радног односа на одређено време пре истека породилског одсуства или одсуства са рада ради неге детета, што, такође, утиче на организацију рада и ствара (непосредне и посредне) трошкове за послодавца. Сузбијању приказаних и других облика полне дискриминације приликом запошљавања могу допринети правила везана за прикупљање података о личности кандидата, као и увођење праксе анонимног пријављивања на оглас или конкурс.

б) (Не)допуштена питања послодавца кандидатима за запослење

Будући да се уговор о раду закључује *intuitu personae*, послодавац има право да сазна и одређене податке из приватног живота кандидата за запослење. То прати проблем проналажења компромисног решења за сукоб који, у том смислу, постоји између потребе да се заштите интереси послодавца, са једне стране, и интереси кандидата за запослење, са друге стране. Ово тим пре што су неки од ових података неизбежно доступни послодавцу, због чега гаранције права на поштовање приватног живота и забране дискриминације забрањују послодавцу да их користи као разлог за довођење кандидата одређеног пола у неповољнији положај.⁹⁴ Стога је потребно идентификовати чињенице из приватног живота за које послодавац нема право да пита кандидате за запослење, а, затим, и одговорити на питање да ли кандидати смеју да пређуте одговор на недопуштена питања или да на њих нетачно одговоре.

Одговоре на постављена питања треба тражити у светлу начела умесности, односно оправданости или основаности (фр. *principe de pertinence*). По овом начелу, послодавац, изузетно, може да тражи од кандидата за запослење податке који се односе на чињенице из њиховог приватног живота само ако су испуњена два кумулативно одређена услова: да су подаци *непосредно повезани са послом за који одређено лице конкурише* и да су *неопходни за процену његових професионалних способности*. Прикупљање података о личности радника, отуд, мора представљати *изузетак*, који је, у складу са општим правилима о допуштености ограничавања људских права, прихватљив само ако је прикупљање података *оправдано и сведено на најнужнију могућу меру*, тј. ако се обавља „законито и правично“ и „из разлога који се непосредно односе на запослење радника“.⁹⁵

94 Protection of workers' personal data. An ILO code of practice, International Labour Office, Geneva, 1997, тачка 5.10. Број и врста података који се прикупљају у поступку запошљавања разликују се од једне до друге државе, а као најзахтевнији се у литератури редовно наводи пример Северне Кореје, у којој у пријави за посао треба навести, између осталог, и висину и тежину, крвни притисак, податке везане за конзумирање цигарета и алкохолних пића, и финансијско стање. Када је реч о послодавцима у Европи, и поред разлика које постоје од једне до друге државе, може се закључити да се редовно прикупља мањи број података, с тим што неки од података које би, у смислу концепције анонимног пријављивања, требало изоставити из пријава на оглас, бивају доступни послодавцима посредно (нпр. пол и држављанство кандидата могу се „открити“ из његовог имена и презимена). U. Rinne, стр. 3.

95 Protection of workers' personal data. An ILO code of practice, тачка 5.1; Recommendation No. R (89) 2 of concerning the protection of personal data used for employment purposes, Adopted by the Committee of Ministers on 18 January 1989 at the 423rd meeting of the

Наш законодавац препознаје значај забране да се од кандидата за запослење захтевају подаци о брачном и породичном статусу и планирању породице, а, уводи и забрану да се од ових лица траже докази који нису од непосредног значаја за обављање послова за које је расписан оглас или конкурс, укључујући тест трудноће.⁹⁶ Ово правило из Закона о раду потврђено је и у Нацрту закона о родној равноправности, али, уз шире подручје примене, јер се, по Нацрту, “приликом пријема у радни однос и одлучивања о избору лица која траже запослење или други вид радног ангажовања, укључујући и усмено испитивање”, не смеју захтевати обавештења о брачном и породичном животу или брачним и породичним плановима кандидата.⁹⁷ Предложено решење је добро, јер омогућава уживање минимума основних права и слобода и лицима која раде ван радног односа (они у погледу велике већине других аспеката рада немају право на посебну заштиту). Ипак, чини се да би овај правни оквир био додатно унапређен ако би Законом о раду и/или будућим законом о родној равноправности било и изричито потврђено правило да кандидат за запослење има право да не одговори (или да нетачно одговори) на недопуштена питања послодавца и да у таквом његовом поступању неће бити противправности.⁹⁸ Тако, примера ради, француско, словеначко и хрватско законодавство изричито признају запосленом право на ћутање о чињеницама из приватног живота које нису у непосредној вези са радним односом.⁹⁹ Штавише, кандидати за запослење имају и право да дају и *неистинит одговор на недозвољена питања послодавца*, што се у швајцарској доктрини назива „правном лажи у нужној одбрани“ и не може се сматрати повредом начела савесности и

Ministers Deputies, тачка 4.2.

96 ЗР, члан 26, ст. 2-3.

97 НЗРР, члан 26, став 3.

98 Европски комитет за социјална права није непосредно формулисао такав захтев као услов за делотворну примену члана 20 РЕСП, али се из његове праксе види да позитивно оцењује националне прописе који изричито забрањују постављање питања о трудноћи, усвојењу или планирању породице. С. Kollonay-Lehoczky, 368.

99 Тако: француски Законик о раду (“кандидаткиња за посао или запослена није дужна да открије своју трудноћу, осим ако захтева користи од законских одредаба које се односе на заштиту трудница” /Code du travail 2018, члан L1225-2/), словеначки Закон о радним односима (“Кандидат није дужан одговарати на питања која нису у непосредној вези са радним односом, *Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1), Uradni list*, број 21/13, члан 29, став 2); хрватски Закон о раду (“приликом поступка одабира кандидата за радно место /разговор, тестирање, анкетирање и слично/ и склапања уговора о раду, као и током трајања радног односа, послодавац не сме тражити од радника податке који нису у непосредној вези с радним односом. На недопуштена питања [...] не мора се одговорити”, *Zakon o radu, Narodne novine*, број 93/14, 127/17, члан 25).

поштења.¹⁰⁰ Полази се, наиме, од тога да ово начело налаже учесницима у преговорима да један другог обавесте само о чињеницама од одлучујућег значаја за закључење уговора, а, то, свакако, није случај са чињеницама из приватног живота које нису непосредно повезане са извршавањем престације рада. Послодавац се, отуд, не може позивати на заблуду о битним својствима друге уговорне стране, а, у складу са тим, ни тражити поништај уговора о раду.¹⁰¹ Исто решење предвиђено је и стандардима МОР, који забрањују могућност дисциплинског кажњавања запосленог (укључујући изрицање отказа, као најтеже дисциплинске мере) који је дао неажуриран или нетачан одговор на питање послодавца које се непосредно не односи на извршавање престације рада, осим ако постоје изузетни разлози, који оправдавају прикупљање ових осетљивих личних података.¹⁰²

в) Анонимно (деперсонализовано) пријављивање на оглас/конкурс

Допринос сузбијању дискриминације кандидата за запослење на основу пола могу дају и *анонимне, деперсонализоване пријаве на оглас или конкурс*, односно поступак избора кандидата за запослење “на слепо” (енгл. *blind hiring/recruitment*). Реч је, наиме, о поступку подношења пријава на оглас или конкурс, у којем “писани документи и пријава које послодавци користе приликом одлучивања о томе кога ће позвати на разговор за посао не садрже ни једну информацију о статусу подносиоца пријаве као члана мањинске или угрожене групе. Иако се својства која изостају [из пријаве – *Љ. К.*] разликују у различитим срединама, то редовно подразумева име подносиоца, детаљне податке који омогућавају контакт са њим, пол, фотографију, узраст, место рођења, држављанство, брачно стање, и број деце”.¹⁰³ Примена овог поступка почива на поставци да предрасуде које се везују за одређено лично својство више утичу на послодавца у фази поступка запошљавања у којој он доноси одлуку само на основу докумената (одлука о избору

100 О. Поповић, *Правни проблеми приликом заснивања радног односа лица заражених HIV-вирусом*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 3-4/1993, стр. 354.

101 *Ibid.* Тако је у светлу законске одредбе која послодавцу забрањује да тражи податке о евентуалној трудноћи заинтересоване, а заинтересовану овлашћује да не открије своје стање послодавцу, француски Касациони суд закључио да се не може сматрати да је запослена која је сакрила своју трудноћу од послодавца – покушала да га превари (*Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 2 février 1994*, нав. према: Ch. Radé, *Droit du travail et responsabilité civile*, L.G.D.J., Paris, 1997, стр. 128).

102 Protection of workers' personal data. An ILO code of practice, тачка 6.8. у вези са тач. 6.5-6.7.

103 U. Rinne, стр. 2.

кандидата који ће, на основу прегледаних уредних и благовремених пријава, бити позвани на разговор за посао) него када се одлука доноси на основу утисака стечених из личног контакта са кандидатом (одлука о избору кандидата за претходну проверу радних способности, или коначна одлука о избору кандидата за запослење, након разговора за посао).¹⁰⁴

Ако дефиницију анонимног пријављивања на оглас/конкурс посматрамо из угла потребе да се спречи дискриминација на основу пола, у пријави за оглас не би требало наводити податак о полу, као ни име и девојачко презиме кандидата. Исто вреди и за брачно стање кандидата и друге личне податке из којих се посредно може сазнати њихов пол (нпр. податак о одлукењу војног рока, или о прекидима у каријери због коришћења породилског одсуства).¹⁰⁵ Такође, од кандидата се не сме захтевати ни то да уз пријаву прилажу фотографију, не би ли се избор кандидата за запослење на основу предрасуда и стереотипа везаних за рад жена или мушкараца - свео на минимум.¹⁰⁶ То је посебно значајно за стварање једнаких могућности за запошљавање жена, како у областима у којима су слабије заступљени пол, тако и уопште, јер се, код анонимног пријављивања, пажња послодавца, приликом прелиминарне селекције кандидата за разговор за посао, усмерава ка њиховим професионалним квалитетима. Ово тим пре што за немали број послодавца, пол кандидата и друга са њим повезана лична својства, имају макар неки утицај на избор кандидата за запослење.

Искуства са применом анонимног пријављивања на оглас/конкурс су, притом, различита, и њихов успех (у смислу доприноса борби против дискриминације и стварању једнаких могућности за мушкарце и жене) пресудно зависи од ситуације која постоји у одређеној радној средини. Анонимно пријављивање може, наиме, допринети слабљењу ризика дискриминације уколико је она присутна у почетној ситуацији.¹⁰⁷ Ако је нема, ни примена анонимног пријављивања неће довести до описаног резултата, већ ће додатно обезбедити објективност избора кандидата и омогућити избор најбољег/најбољих од њих. Ипак, примена

104 *Ibid.*, стр. 3-4.

105 А. Krause, U. Rinne, K. F. Zimmermann, стр. 19.

106 Слично вреди и за податак о годинама живота/години рођења, години уписа на факултет/дипломирања, у смислу свођења на минимум ризика да се запослење ускрати женама фертилне доби. Ризик дискриминације постоји, најалост, и у односу на старије раднице, за које послодавци, такође, везују одређене предрасуде и стереотипе, преваходно због породичних дужности.

107 А. Krause, U. Rinne, K. F. Zimmermann, стр. 13.

анонимног пријављивања може имати и негативан утицај на настојања да се обезбеде једнаке могућности за запослење, будући да спречава послодавце да дају предност кандидатима слабије заступљеног пола, ако су у корист припадника тог пола уведене посебне мере.¹⁰⁸ Искуства у подношењу анонимних пријава на оглас/конкурс за посао сведоче и о томе да ова пракса не претпоставља прекомерне трошкове,¹⁰⁹ тако да су користи од њене примене свакако веће од недостатака.

Премда не могу обезбедити апсолутну заштиту од дискриминације, анонимне пријаве на оглас могу допинети борби против ове појаве, барем у првим фазама поступка запошљавања. То је важно, јер је ризик дискриминације најинтензивнији, управо, у тренутку доношења одлуке да ли неког кандидата треба позвати на разговор за посао или не. Увођење те праксе, притом, претпоставља *стандардизовање пријава за запослење*, у смислу осмишљавања формулара који не укључују осетљиве податке и приликом чијег попуњавања треба користити родно неутралан језик, што се у литератури сматра и најделотворнијим методом за примену анонимног пријавивања на посао.¹¹⁰ Алтернатива би било затамњивање податка о полу или других података из пријаве из којих се може сазнати пол кандидата, премда је тај метод скопчан са ризиком да се поткраде грешка, а, захтева и више времена од попуњавања стандардизованих формулара за пријаву на оглас/конкурс.

Конечно, ваља имати у виду и то да ни у једној држави не постоји обавезно анонимно пријављивање, барем не такво да је уређено нормама које су забрањене санкцијама.¹¹¹ Ресорна министарства у више европских држава су, притом, спровела експерименте са увођењем анонимног пријављивања код неколико већих послодаваца, не би ли испитала стварне учинке овог метода. Резултати истраживања су показали да

108 *Ibid.*, стр. 13-14.

109 *Ibid.*, стр. 13.

110 *Ibid.*, стр. 5; U. Rinne, стр. 6.

111 Таква пракса постоји у државама *common law* система, укључујући САД, где је још од шездесетих година прошлог века послодавцима забрањено да од учесника у огласу/конкурсу захтевају податак о полу и раси. Са друге стране, у Белгији је, почетком XXI века, законом прописана сметња да се у пријавама за посао у јавном сектору захтевају лични подаци (*Кодекс равноправности: смернице за израду кодекса антидискриминационе политике послодаваца у Србији – Упутство и методологије*, Повереник за заштиту равноправности / Институт за људска права “Лудвиг Болцман”, Београд, 2017, 21-22). Када је, пак, реч о Француској, Закоником о раду од 2018. године потврђено је да информације потребне за процену способности кандидата за запослење које кандидат доставља послодавцу у писаном облику “могу бити испитиване у условима који гарантују његову анонимност” (Code du travail, члан L1221-7).

анонимно пријављивање на оглас/конкурс може допринети укидању дискриминације, али да нема потребе да се уводи у систем запошљавања као законска обавеза свих или само великих послодавца.¹¹² „Анонимно пријављивање за посао не треба сматрати универзалним средством које је примењиво у било ком контексту и које може спречити било који облик дискриминације“.¹¹³ Уместо тога, послодавцима треба препоручити увођење ове праксе, јер је она у интересу како радника (у смислу могућности за делотворно уживање права на рад, слободе рада, права на достојанство и права на заштиту од дискриминације), тако и у интересу послодавца (у смислу потребе да запосле најпродуктивнијег и најспособнијег кандидата).

3.5. Обавезе послодавца у вези са успостављањем равноправности полова

Анонимно пријављивање није једини инструмент за борбу против дискриминације на основу пола, у делу поступка запошљавања који се тиче избора кандидата за запослење. Остварењу истог циља може допринети и увођење *обавезе полно неутралног оглашавања потребе за радницима*.¹¹⁴ Ово је значајно и због чињенице да постојање непосредне дискриминације на основу пола не зависи од идентификације тужиоца који сматра да је жртва дискриминације.¹¹⁵ Премда је Законом о оглашавању “забрањено

112 А. Krause, U. Rinne, K. F. Zimmermann, стр. 18.

113 U. Rinne, стр. 1.

114 Тако и: Препорука Повереника за заштиту равноправности предузећу И. за предузимање мера за спречавање објављивања огласа који садрже дискриминаторне услове (дел. бр. 1070 од 23. 7. 2012): “објављивање огласа са дискриминаторним условима доводи до онемогућавања појединих категорија грађана и грађанки да конкуришу за жељени посао, само због неког њиховог личног својства. Последица тога је да овакви огласи унапред ускраћују могућност потенцијалним кандидатима/кињама, да се под једнаким условима вреднују њихова стручна знања и професионалне компетенције. [...] наш правни систем гарантује слободу оглашавања, као и пуну слободу да послодавац, на основу објективних критеријума, изабере особу коју ће примити у радни однос. Међутим, слобода оглашавања и слобода избора запослених није и не може бити изговор за кршење антидискриминационих прописа и искључивање особа на основу њихових личних својстава”. Нав. према: Н. Петрушић, стр. 125-128.

115 То је потврђено у пресуди Европског суда правде у предмету Ферен (*Feryn*), који се, истина, тичао јавне изјаве послодавца да, приликом запошљавања нових радника, неће запошљавати мигранте, јер клијенти одбијају да их пусте у стан приликом монтирања сигурносних врата које је послодавац продавао. Суд је, наиме, потврдио да послодавац повређује начело забране дискриминације не само онда када одлучи да не запосли одређено лице због неког својства које представља основ дискриминације, већ и онда када се јавно изјашњава да не жели да запошљава кандидате са тим својством. Пресуда у предмету бр. C-54/07 (*Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v.*

да огласна порука, непосредно или посредно, подстиче дискриминацију по било ком основу, а посебно по основу [...] родне припадности”,¹¹⁶ верујемо да би ово питање требало уредити Законом о запошљавању и осигурању за случај незапослености. Ово тим пре што потоњи закон, чак и независно од недостатка везаног за родно неутрално оглашавање послова, вапије за унапређењем у смислу потребе да његовим одредбама буду, макар и начелно, уређене фазе поступка запошљавања, од оглашавања послова, преко подношења пријава на оглас и вредновања способности кандидата, до избора кандидата са којим ће бити заснован радни однос и обавештавања учесника о исходу конкурса. Са друге стране, сматрамо да би Законом о раду требало изричито забранити дискриминацију радника и приликом оглашавања слободних послова. Одговарајућа допуна могла би бити учињена и у Закону о равноправности полова, као и у Закону о забрани дискриминације. Нашем законодавцу би, у том смислу, као инспирација или модел могао послужити хрватски *Zakon o ravnopravnosti spolova*, којим је потврђено да се приликом оглашавања потребе за запошљавањем, односно расписивања јавног конкурса, у огласу мора јасно истаћи да се за оглашени посао могу јавити лица оба пола.¹¹⁷ Обавеза послодавца да у огласу или конкурс у истакне да је посао доступан радницима оба пола се, притом, може испунити на више начин, од изричите потврде ове формулације у огласу/конкурсу, преко означавања посла, односно радног места у мушком и женском роду, до стављања ознаке “м/ж”.¹¹⁸ Ово правило прати и изузетак по којем се, из разлога професионалне нужности, одређени пол може утврдити као посебан (стварни и одлучујући) услов за заснивање радног односа, о чему је већ било речи. Поред овог изузетка, обавеза послодавца да у огласу или конкурс наведе да се на њих могу пријавити радници оба пола, може бити дерогирана и због примене посебних мера, као и “ако постоје неке друге околности које оправдавају постављање иначе забрањене основе разликовања”.¹¹⁹ Ово уз ограду да би у оба случаја, поступак избора кандидата за запослење требало учинити транспарентним и у огласу или конкурс назначити да је то разлог различитог поступања. Када је, међутим, реч о пословима код којих постоји обавеза истицања

Firma Feryn NV од 10. јула 2008. (ECR 2008, I-5187).

116 Закон о оглашавању (*Службени гласник РС*, бр. 6/16), члан 8.

117 *Zakon o ravnopravnosti spolova* (*Narodne novine*, бр. 82/08, 69/17), члан 13, став 2.

118 *Ž. Potočnjak, A. Grgić, “Osnovni pojmovi i koncepcije o zabrani diskriminacije u radnom pravu”*, у: *Ž. Potočnjak, I. Grgurev, A. Grgić (ur.), Perspektive antidiskriminacijskog prava, Sveučilište u Zagrebu – Pravni fakultet, Zagreb, 2014, стр. 28.*

119 *Ibid.*

доступности радницима оба пола, постоји и потреба да се створе услови за доследно и коректно испуњење ове обавезе. То посебно вреди за овлашћења Повереника за заштиту равноправности, који, и без предложених законских измена, може да упозори послодавце који су објавили дискриминаторски оглас да га коригују, док би, у случају увођења обавезе неутралног оглашавања послова, могао да их упозори на њено кршење. Наредни корак могло би бити и прописивање прекршајне одговорности послодавца који повреди обавезу неутралног оглашавања, док се у литератури сматра неприхватљивом санкција у виду ништавости уговора о раду склопљеног на основу огласа или конкурса у којима није истакнута доступност послова радницима оба пола.¹²⁰ То, међутим, не вреди за одредбу правилника о организацији и систематизацији послова која омогућава дискриминаторско оглашавање, и коју треба сматрати ништавом.

Важан инструмент за приближавање идеалу родне равноправности представља и *спровођење родно освештене политике*. Реч је, прецизније, о потреби да се, у свакој радној средини, приликом доношења одлука од значаја за положај запослених, анализира и вреднује утицај одређене одлуке на постизање равноправности полова. Ова обавеза је изричито потврђена Законом о равноправности полова, и то у погледу свих послодаваца, независно од тога да ли је реч о држави као послодавцу или о послодавцу са својством приватног лица. Угаони камен те обавезе представља доношење планова деловања за успостављање равноправности полова, који се означавају термином *план мера за отклањање или ублажавање неравномерне заступљености полова*. Послодавац који има у радном односу више од 50 запослених на неодређено време дужан је да сваке године усвоји овај план, и да га, заједно са извештајем о његовом спровођењу, достави министарству надлежном за послове равноправности полова, у складу са меродавним подзаконским актом.¹²¹ Наведено решење је добро, због чињенице да доношење планова није само обавеза послодаваца у тзв. јавном скетору, већ једнако вреди и за послодавце са својством приватног лица, чиме се спречава апсурдна ситуација да обавеза усвајања планова (и примене њима предвиђених мера) терети јавна предузећа, али не и привредна друштва у приватном власништву, како предвиђа хрватски *Zakon o*

120 *Ibid.*, стр. 28-29.

121 Вид.: ЗРП, члан 13; Правилник о садржају и начину достављања плана мера за отклањање или ублажавање неравномерне заступљености полова и годишњег извештаја о његовом спровођењу (*Службени гласник РС*, бр. 89/10).

ravnopravnosti spolova (2008).¹²² Са друге стране, постоји и потреба за даљим ширењем круга заштићених лица, што предлаже Нацрт закона о родној равноправности. Њиме је, наиме, као и у осталим сегментима правне заштите, обавеза послодавца проширена са запослених и на лица која раде ван радног односа: послодавац који запошљава више од 50 запослених или других радно ангажованих лица има обавезу да “одређује и спроводи мере за унапређење равноправности полова, односно родне равноправности”.¹²³ Предметне мере би требало дефинисати и применити у оквиру годишњих планова и програма рада (пословања), који би, у том смислу, требало да садрже оцену стања у вези са положајем жена и мушкараца код послодавца и мере за остваривање родне равноправности (укључујући разлоге за одређивање мера и циљеве који се њима постижу, почетак и рок њихове примене, као и начин спровођења и контроле). Потоња решења, такође, представљају искорак у односу на Закон о равноправности полова, чијим одредбама нису на одговарајући начин уређени поступак усвајања и поступак примене планова. Стога је важно предвидети обавезу прецизирања разлога за увођење посебних мера, обавезу утврђивања циљева чијем би остваривању требало да допринесе примена сваке од мера, као и обавезу одређивање начина примене тих мера, те обавезу обезбеђивања надзора над њиховом применом. У том смислу, чини се да је посебно важно то да планови садрже инструменте за отклањање слабије заступљености одређеног пола у радној средини, уз прецизирање временског оквира њихове примене.

Тражилац запослења који сматра да је дискриминисан може, сагласно Закону о раду, да покрене судски поступак за накнаду штете од послодавца. На послодавцу ће, притом, бити *терет доказивања* да су оглашени послови били доступни припадницима оба пола под истим условима, ако кандидат учини вероватним да је извршена дискриминација.¹²⁴ То решење је изузетно значајно, јер заштита од дискриминације не може бити делотворна, ако не укључује и (делотворну) судску заштиту. Право да захтева накнаду штете коју је претрпео услед тога што, због дискриминације, није изабран као кандидат кога ће послодавац запослити, треба да омогући тражиоцу запослења накнаду трошкова учешћа у огласу или конкурс, као и измаклу добит. На то се надовезује и накнада нематеријалне штете због повреде достојанства, тим пре што досуђивање накнаде (материјалне и нематеријалне) штете

122 Ž. Potočnjak, A. Grgić, стр. 30-31.

123 НЗРР, члан 13.

124 ЗР, члан 23.

може деловати на послодавце као додатни разлог да се у будућности уздрже од дискриминације.

4. Закључак

Постојање солидног законског оквира усмереног на укидање полно засноване дискриминације и промовисање једнакости мушкараца и жена у области запошљавања у Републици Србији у великој мери представља резултат хармонизације домаћег права са правом ЕУ. Те резултате не прати, међутим, и делотворна примена меродавних прописа, што професор Јашаревић, с правом, објашњава другачијим менталитетом нашег народа (и раширеношћу родних стереотипа и предрасуда), недовољном спремношћу државе да допринесе доследној примени прописа (у смислу недовољног надзора над применом прописа, недовољне сарадње министарстава са Повереником за заштиту равноправности и сл.), као и проблемима који прате судску заштиту права запослених уопште, па и права на заштиту од дискриминације.¹²⁵ За њима следи и уверење да се сви проблеми у друштву могу решити искључиво доношењем прописа (тзв. легални фетишизам).¹²⁶ Како је улога закона, као инструмента за постизање друштвених промена, посебно промене која се тиче доследне имплементације начела равноправности полова, прилично ограничена, важно је искористити могућности осталих инструмената, од којих многи превазилазе област права. То, нарочито, вреди за развијање културе толеранције и осетљивости грађана на проблеме који се везују за обезбеђивање равноправности полова, а, затим, и за помирење легитимних интереса послодаваца и запослених везаних за постизање равноправности. У том поступку морају учествовати сви грађани, а, посебна одговорност, поред државе, лежи на социјалним партнерима. Стога је неопходно јачање улоге синдиката и удружења послодаваца у овој области, најпре, кроз повећања броја жена учлањених у синдикате и изабраних у њихове органе, а, затим, и кроз јачање (бипартитног и трипартитног) дијалога о овим питањима, јер друштвене промене нису могуће без учешћа заинтересованих лица у том процесу.¹²⁷ Наш законодавац препознаје значај улоге социјалних партнера у промовисању равноправности полова и уводи дужност

¹²⁵ S. Jašarević, "Antidiskriminaciono pravo Srbije u oblasti rada i standardi Evropske unije", у: Ž. Potočnjak, Ivana Grgurev, A. Grgić (ур.), *Perspektive antidiskriminacijskog prava*, Sveučilište u Zagrebu – Pravni fakultet, Zagreb, 2014, стр. 50-51.

¹²⁶ *Ibid.*, стр.50.

¹²⁷ *Ibid.*, стр. 60.

синдикатâ и удружењâ послодаваца да, приликом образовања одбора за колективно преговарање, “обезбеде најмање 30% представника мање заступљеног пола, односно број представника мање заступљеног пола пропорционално учешћу тог пола у чланству у синдикатима и удружењима послодаваца”.¹²⁸ Нацрт закона о равноправности полова иде и корак даље, потврдом обавезе социјалних партнера да, при колективном преговарању (на свим нивоима колективног преговарања), раде на обезбеђивању родне равноправности “у погледу услова за приступ запошљавању или обављању занимања, укључујући критеријуме и услове за избор кандидата за послове у оквиру професионалне хијерархије”, као и услова рада, напредовања и усклађивања приватног и професионалног живота”.¹²⁹ Тиме се, наравно, не исцрпљују потенцијали синдиката у спречавању и отклањању дискриминације на месту рада, због чега не чуди да Европски комитет за социјална права, приликом оцене усклађености законодавства и праксе држава уговорница РЕСП, редовно тражи и информације о видовима учешћа синдиката у овој области, а, у циљу стварања услова за делотворно остваривање права радника који сматрају да су дискриминисани на одговарајуће правно средство.¹³⁰

Литература и извори

Adam P. (2005), *L'individualisation du droit du travail*, Paris, L.G.D.J.

Auzero G. (2006), „L'application du principe d'égalité de traitement dans l'entreprise“, *Droit social*, бр. 9–10, 822-825.

Banović D. (2013), *Seksualna orijentacija i rodni identitet: pravo i praksa u BiH*, Sarajevo, Sarajevski otvoreni centar, 91-92.

Barnard C. (2012), *EU employment law*, 4th edition, Oxford, Oxford University Press.

128 ЗРП, члан 21. НСРП такође предвиђа “подстицање и обезбеђивање синдикалног организовања запослених жена, подржавање женских секција у синдикатима и обезбеђивање њиховог активног и равноправног учешћа у колективним преговарањима са послодавцем”. С тим у вези, ваља имати у виду да синдикати, упркос улози коју (формално) имају у погледу представљања, заштите и унапређења интереса (свих) запослених, неретко занемарују потребу једнаког поступања према мушкарцима и женама, и то не само у погледу учешћа у колективном преговарању, већ и у другим видовима социјалног дијалога (Маријана Пајванчић, Невена Петрушић, Сенад Јашаревевић, *Коментар Закона о равноправности полова*, Удружење грађана „Центар модерних вештина“, Београд, 2010, стр. 53).

129 НЗРР, члан 32.

130 С. Kollonay-Lehoczky, стр. 376.

Bevort A., Jobert A., Lallement M., Mias A. /dir./ (2012), *Dictionnaire du travail*, Paris, Quadriège / PUF.

Valticos N. (1979), *International labour law*, Deventer, Springer-Science + Business Media, B. V.

Vujadinović D. (2012), Country report on legal perspectives of gender equality in Serbia, у: V. Efremova *et al.* (eds), *Legal perspectives of gender equality in South East Europe*, Скопје, Centre for South East European law school network, 161-185.

Вујадиновић Д. (2013), Род и правна регулатива, у: С. Лилић (прир.), *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије. Књига 3*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду, 60-80

Вујадиновић Д. (2016), Теоријско-методолошки оквир за разумевање родних односа у савремености: случај Србије, у: С. Лилић (прир.), *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије. Књига 6*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду, 95-116.

Grgurev I. (2014), Diskriminacija trudnih radnica: Kako uspješno pomiriti trudnoću sa zahtjevima tržišta, у: Ž. Potočnjak, I. Grgurev, A. Grgić (ур.), *Perspektive antidiskriminacijskog prava*, Zagreb, Sveučilište u Zagrebu – Pravni fakultet, 133-152.

De Vos M. (2007), *Beyond formal equality: Positive action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*, Luxembourg, European Commission.

Ђоковић-Папић Д. *et al.* /ур./ (2017), *Жене и мушкарци у Републици Србији*, Београд, Републички завод за статистику, <http://publikacije.stat.gov.rs/G2017/Pdf/G20176008.pdf>, 25. 7. 2018.

International Labour Organization (1988), *Equality in employment and occupation. General Survey by the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, International Labour Conference, 75th Session, Report III (Part 4B), Geneva.

Јашаревић С. (2007), Равноправност полова у области рада: неки битни аспекти у документима МОР, ЕУ и Србије, *Правни живот*, бр. 12, 779-792.

Јашаревић С. (2010), Равноправност полова у области радних односа у документима ЕУ, *Правни живот*, бр. 11, 777-787.

Јаšаревић С. (2014), Antidiskriminaciono pravo Srbije u oblasti rada i standardi Evropske unije, у: Ž. Potočnjak, Ivana Grgurev, A. Grgić (ур.), *Perspektive antidiskriminacijskog prava*, Zagreb, Sveučilište u Zagrebu – Pravni fakultet, 49-65.

Јовановић П. (2018), Начело једнакости у радном праву, *Зборник Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1, 17-40.

Ковачевић Љ. (2016), *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду.

Ковачевић-Перић, С. (2018), Оснаживање жртава породичног насиља: афирмативна акција у запошљавању, у: С. Кнежевић, М. Настић (ур.), *Право пред изазовима савременог доба*, Ниш, Правни факултет Универзитета у Нишу, 141-142.

Kollonay-Lehoczy, С. (2017), Article 20 – The right to equal opportunities and equal treatment in matters of employment and occupation without discrimination on the ground of sex, у: N. Bruun, K. Lörcher, I. Schömann, S. Clauwaert (eds), *The European Social Charter and the employment relation*, Oxford/Portland, Oregon, Hart Publishing, 358-380.

Krause A., Rinne U., Zimmermann K. F. (2012), Anonymus job applications in Europe, *IZA Journal of European Labour Studies*, бр. 1, 1-20.

Мршевић З. (2011), *Ка демократском друштву – родна равноправност*, Београд, Институт друштвених наука.

Обрадовић Г. (2011), Право жена на једнако поступање и награђивање у радном односу, у: С. Константиновић Вилић, М. Костић (ур.), *Правна клиника за заштиту права жена: приручник за рад студенткиња/студената*, Ниш, Правни факултет Универзитета у Нишу - Женски истраживачки центар за едукацију и комуникацију, 109-117.

Пајванчић М., Петрушић Н., Јашаревић С. (2010), *Коментар Закона о равноправности полова*, Београд, Удружење грађана „Центар модерних вештина“.

Пантовић Ј., Брадаш С., Петовар К. (2017), *Положај жена на тржишту рада*, Београд, Friedrich Ebert Stiftung.

Петрушић Н. /ур./ (2013), *Дискриминација на основу пола и родног идентитета: зборник мишљења, препорука и упозорења Повереника за заштиту равноправности*, Београд, Повереник за заштиту равноправности.

Politakis G. P. (2001), Night work of women in industry: Standards and sensibility, *International Labour Review*, бр. 4, 403-428.

Поповић Д., Духачек Д. (2009), Од Циришког круга до студија рода, *Годишњак Факултета политичких наука*, 681-693.

Поповић О. (1993), Правни проблеми приликом заснивања радног односа лица заражених *HIV*-вирусом, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3-4, 349-362.

Potočnjak Ž., Grgić A. (2014), Osnovni pojmovi i koncepcije o zabrani diskriminacije u radnom pravu, у: Ž. Potočnjak, I. Grgurev, A. Grgić (ur.), *Perspektive antidiskriminacijskog prava*, Zagreb, Sveučilište u Zagrebu – Pravni fakultet, 1-47.

Radé Ch. (1997), *Droit du travail et responsabilité civile*, Paris, L.G.D.J.

Републички завод за статистику, „Коришћење времена у Републици Србији 2010. и 2015. године”, <http://www.stat.gov.rs/oblasti/stanovnistvo/statistika-polova/>, 25. 7. 2018.

Rinne U. (2014), Anonymous job applications and hiring discrimination, *IZA World of Labour*, 1-10.

Sargeant M., Lewis D. (2006), *Employment law*, third edition, Harlow, Pearson Education.

Smith P. R. (2001), Organizing the unorganizable: private paid household workers and approaches to employee representation, *North Carolina Law Review*, vol. 79, 45-110.

Urdarević B. (2012), Country report on legal perspectives of gender equality in Serbia, у: V. Efremova *et al.* (eds), *Legal perspectives of gender equality in South East Europe*, Skopje, Centre for South East European law school network, 186-207.

Hepple B. (2002), Equality and empowerment for decent work, *International Labour Review*, бр. 1, 5-18.

Hepple B. (2014), The key to greater gender equality, *The Equal Rights Review*, Vol. 12, 59-61.

Hiebl C. (2012), *Basics on European social law*, Wien, Linde.

Šimonović D. (2014), Razvoj i sinergija globalne CEDAW konvencije i regionalne europske Istanbulske konvencije kao instrumenata za uklanjanje diskriminacije i nasilja nad ženama, у: Ž. Potočnjak, I. Grgurev, A. Grgić (ур.), *Perspektive antidiskriminacijskog prava*, Zagreb, Sveučilište u Zagrebu – Pravni fakultet, 85-97.

*** (1999), Decent work. Report of the Director-General of the ILO to the 87th Session of the International Labour Conference, Geneva.

*** (2016), *Аналитички извештај о недостацима и правним празнинама у имплементацији постојећих политика анти-дискриминације, превенције насиља, злочина и говора из мржње према ЛГБТ особама*, Београд YUCOM.

*** (2017), *Кодекс равноправности: смернице за израду кодекса антидискриминационе политике послодаваца у Србији – Упутство и методологије*, Београд, Повереник за заштиту равноправности / Институт за људска права “Лудвиг Болцман”.

*** (2018), Нацрт закона о родној равноправности, од јуна 2018. године - НЗРР, https://www.minrzs.gov.rs/images/2_nacrt_zakona_o_rodnoj_ravnopravnosti_14.06.2018..pdf, 23. 7. 2018.

Коришћени извори права

Повеља Уједињених нација (*Службени лист ДФЈ*, бр. 69/45).

Универзална декларација о људским правима.

Међународни пакт о грађанским и политичким правима (*Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/71).

Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима (*Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/71).

Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена (*Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 11/81).

Sustainable Development Goals (SDGs), United Nations Conference on Sustainable Development, Rio de Janeiro, 2012.

Декларација о сврси и циљевима Међународне организације рада.

Protection of workers' personal data. An ILO code of practice, International Labour Office, Geneva, 1997.

European Social Charter (*European Treaty Series*, No. 35) - ЕСП.

Additional Protocol to the European Social Charter (*European Treaty Series*, No. 128).

Explanatory report to the Additional Protocol to the European Social Charter, Strasbourg, 5.V.1988, *European Treaty Series*, No. 128, став 18.

Ревидирана европска социјална повеља – РЕСП (*Службени гласник РС*, бр. 42/09).

Recommendation No. R (89) 2 of concerning the protection of personal data used for employment purposes, Adopted by the Committee of Ministers on 18 January 1989 at the 423rd meeting of the Ministers Deputies.

Пресуда Европског суда за људска права у предмету *Emel Boyraz* против Турске, од 2. децембра 2014. (представка број 61960/08).

Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (*Official Journal C 326*, 26.10.2012, 47-390).

Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation /recast/ (*Official Journal L 204*, 26.7.2006, 23-36).

Пресуда Европског суда правде у предмету 43-75 (*Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*) – *Defrenne* број 2, од 8. априла 1976. (*ECR 1976*, 455).

Пресуда Европског суда правде у предмету 149/77 (*Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*) – Defrenne број 3, од 15. јуна 1978. (*ECR* 1978, 1365).

Пресуда Европског суда правде у предмету C-165/82 (*Commission v. UK*) од 8. новембра 1983. године (*ECR*, 1983, 3431).

Пресуда Европског суда правде у предмету C-222/84 (*Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*) од 15. маја 1986. (*ECR* 1986, 1651).

Пресуда Европског суда правде у предмету C-345/89 (*Criminal proceedings against Alfred Stoeckel*), од 25. јула 1991. (*ECR* 1991, I-4047).

Пресуда Европског суда правде у предмету C-177/88 (*Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen /VJV-Centrum/ Plus*), од 8. новембра 1990. (*ECR* 1990 I-3941).

Пресуда Европског суда правде у предмету C-13/93 (*Office Nationale de l'Emploi v. Madeleine Minne*) од 3. фебруара 1994. (*European Court reports, 1994, I-371*).

Пресуда Европског суда правде у предмету C-32/93 (*Carole Louise Webb v EMO Air Cargo /UK/ Ltd.*), од 14. јула 1994. (*ECR* 1994, I-3567).

Пресуда Европског суда правде у предмету C-13/94 (*P v S and Cornwall County Council*), од 30. априла 1996 (*ECR* 1996, I-02143)

Пресуда Европског суда правде у предмету C-273/97 (*Angela Maria Sirdar v. The Army Board and Secretary of State for Defence*), од 26. октобра 1999. (*Reports of Cases 1999 I-7403*).

Пресуда Европског суда правде у предмету C-285/98 (*Tanja Kreil v. Bundesrepublik Deutschland*) од 11. јануара 2000. (*Reports of Cases, 2000, I-69*).

Пресуда Европског суда правде у предмету бр. C-54/07 (*Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*) од 10. јула 2008. (*ECR* 2008, I-5187).

Устав Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 98/06).

Закон о раду – ЗР (*Службени гласник РС*, бр. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 и 113/17).

Закон о забрани дискриминације – ЗЗД (*Службени гласник РС*, бр. 22/09).

Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености – ЗЗОСН (*Службени гласник РС*, бр. 36/09, 88/10, 38/15, 113/17 и 113/17).

Закон о равноправности полова – ЗРП (*Службени гласник РС*, бр. 104/09).

Закон о мирном решавању радних спорова - ЗМРРС (*Службени гласник РС*, бр. 125/04 и 104/09).

Закон о оглашавању (*Службени гласник РС*, бр. 6/16).

Правилник о садржају и начину достављања плана мера за отклањање или ублажавање неравномерне заступљености полова и годишњег извештаја о његовом спровођењу (*Службени гласник РС*, бр. 89/10).

Национална стратегија за родну равноправност са акционим планом за период 2016. до 2020. године - НСРР (*Службени гласник РС*, бр. 4/16).

Code du travail 2018.

Discrimination Act (1975).

Zakon o delovnih razmerjih /ZDR-1/ (*Uradni list*, бр. 21/13).

Zakon o radu (*Narodne novine*, бр. 93/14, 127/17).

Zakon o ravnopravnosti spolova (*Narodne novine*, бр. 82/08, 69/17).

Ljubinka Kovačević, Ph.D.
Faculty of Law, University of Belgrade

Equality of men and women as an essential element of decent employment: contribution to discussion on Draft on the Law on Gender Equality

Summary

Discrimination limits freedom to choose employment (as a part of right to work), as well as a possibility of worker to provide a source of income and to develop his/her personality through the work. What stems from this view is that the principle of equality and the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women are in the heart of the concept of decent work, along with demands for elimination of discrimination on the ground of sex (and gender) and provision of full participation of men and women in the world of work. This paper analyzes the risk of discrimination of job seekers during the hiring process, since employer has many prerogatives that can be abused for exclusion of persons of certain sex from fully participating in professional life. The author discusses the issue of (im)permissibility of fixing certain sex as a requirement of a particular job, the issue of (gender neutral) job advertisements, the issue of anonymous (depersonalised) job applications, as well as the issue of obligations of employer, National Employment Service and social partners regarding promotion of gender equality. Clarification of notions of discrimination (on the ground of sex, gender and gender identity), equality of men and women and gender equality are also taken into consideration in this paper along with demarcation and relationship between these notions (and concepts).

Key words: *discrimination in employment; equal opportunities for men and women; requirements of a particular job; job advertisement; selection of candidates; employer's obligations.*