

Јована МИСАИЛОВИЋ *

Истраживач приправник на Институту за упоредно право у Београду

ЗАШТИТА ЖЕНА ОД ОТКАЗА УГОВОРА О РАДУ

Апстракт: Заштита жена од отказа уговора о раду значајна је како са аспекта заштите од отказа уговора о раду, тако и у светлу посебне заштите жена на раду. Ово, имајући у виду да жене од самог ступања на тржиште рада нису биле у једнаком положају као и мушкарци а да посебна репродуктивна функција који жена током радног века остварује, оправдано намеће потребу да се запосленој омогући сигурност запослења у одређеним посебним случајевима. Тако, у раду се анализира најпре нормативни оквир заштите жена од отказа уговора о раду који постављају ратификоване конвенције Међнародне организације рада, регионални инструменти и домаћа легислатива, а потом и садржина права жена на заштиту од отказа уговора о раду у одређеним случајевима.

Кључне речи: *отказ, материнство, дискриминација, заштита жена.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Уређење престанка радног односа једно је од најзначајнијих питања радног права. Ово, имајући у виду да је правно и фактичко стање у области отказивања важан чинилац сигурности запослења и квалитета услова рада у једној земљи.²

Одредбе о посебној заштити од отказа уговора о раду, додатно су осетљиве и истанчане природе с обзиром на положај у којем се лица која су субјекти права на посебну заштиту од отказа уговора о раду налазе и њихову потребу да буду сврстани у категорију запослених којима се гарантује посебан вид заштите од отказа уговора о раду. Заштита жена од отказа, у светлу *посебне* заштите од отказа уговора о раду, подразумева да запосленој у одређеном временском периоду током трудноће, као и одређено време након рођења детета не може бити отказан уговор о раду. Овакав вид посебне заштите запослених од отказа уговора о раду оправдан је, имајући у виду да се радом у највећем броју случајева,

¹ Email: j.misailovic@iup.rs.

² Више о заштити од отказа вид.: С. Јашаревић, „Заштита од отказа у Србији у светлу међународних стандарда и упоредне праксе“, *Радно право и социјално осигурање*, 1/2018.

обезбеђују егзистенцијални услови за живот а да је финансијска подршка важан предуслов за одгајање детета и стварање породице. У том смислу и схватања да се посебном заштитом жена од отказа уговора о раду, не штите само мајке као запослене, већ и деца и породица.

Закон о раду Републике Србије, изменама из 2013. године предвиђа посебан вид заштите од отказа запосленима током трудноће, породилског, одсуства ради неге детета и одсуства ради посебне неге детета који проширује и на запослене на одређено време. Овим се, сматрамо потребно и оправдано, ојачава заштита жена од отказа уговора о раду и обезбеђује сигурност запослења трудница, дојиља и младих мајки, као једно од најважнијих постулата радног права.³

Додатно, овако уређена посебна заштита од отказа уговора о раду значајна је имајући у виду изазове које поставља честа дискриминација жена на раду по основу пола, брачног или породичног статуса, трудноће, како у самом поступку запошљавања тако и током трајања радног односа. Стога, заштита жена од отказа уговора о раду, оправдано се може сагледати и у циљу спречавања дискриминације жена на раду.

2. НОРМАТИВНИ ОКВИР ЗАШТИТЕ ЖЕНА ОД ОТКАЗА УГОВОРА О РАДУ

Посебна заштита жена на раду постављена је као уставна гаранција у праву Републике Србије.⁴ Сврставањем права жена на посебну заштиту на раду у корпус Уставом зајамчених права, утрт је пут женама у простор правно неједнаке заштите на раду у односу на мушкарце. Ово, с обзиром на то да домаће законодавство не предвиђа и посебну заштиту мушкараца на раду. Посебна заштита жена на раду неопходна је имајући у виду потребу да се женама као теже запошљивој групи лица обезбеди једнако као и мушкарцима приступ тржишту рада.

Оправданост потребе за посебном заштитом жена на раду и у вези са радом није, и не би требало да буде спорна. Оваква констатација заснована је на чињеници да репродуктивна улога коју жена, а касније мајка, има за развој друштва, неприкосновена је основа за законско уређивање изузетног обима заштите жена на раду. Пре свега, имајући у

³ Прве радноправне заштитне норме односиле на побољшање услова рада, бољу заштиту на раду, заштиту учесника у привреди, скраћивање радног времена и заштиту трудних радница и мајки дојиља. Д. Симоновић, *Путеви и странпутице нашег радног законодавства*, Глосаријум, Београд, 1997, 14.

⁴ Уставом Републике Србије прописано је да се женама, омладини и инвалидима гарантује посебна заштита на раду. Устав Републике Србије - УС, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 98/2006, чл. 60, ст. 5.

виду материнство као основ посебног вида заштита жена на раду којим се омогућава запосленима да првенствено не буду дискриминисане на раду услед своје репродуктивне функције али и у циљу обезбеђивања сигурности запослења током трудноће, породилског као и одсуства са рада ради неге детета.

Када је реч о међународним актима донетим у циљу успостављања међународне заштите жена у случају престанка радног односа, ратификоване конвенције Међународне организације рада имале су изузетно важну улогу у признавању права жена у вези са материнством на посебну заштиту на раду, и успостављању једнаког нивоа радноправне заштите материнства у државама широм света. Данас, једна од конвенција Међународне организације рада коју је Република Србија ратификовала, значајна за питање заштите жена на раду и тиме, између осталог, заштите жена у случају престанка радног односа јесте Конвенција број 183 о заштити материнства⁵ којом је ревидирана истоимена - Конвенција број 103 о заштити материнства.⁶ Овом конвенцијом уређује се незаконитост отказа уговора о раду у случају када је отказ уговора о раду запосленој уследио за време трудноће, одсуства пре или после породилског одсуства у случају болести, компликација или опасности од компликација у вези трудноће или порођаја или у периоду након повратка запослене на посао, осим из разлога који немају везе са трудноћом, порођајем и дојењем као његовом последицом. Терет доказивања да разлози за отпуштање немају везе са трудноћом, порођајем и дојењем сноси послодавац. Као једна од изузетно важних гаранција сигурности запослења запосленим женама јесте и одредба конвенције којом се запосленој гарантује да, по истеку породилског одсуства, има право да се врати на исто радно место или на одговарајуће радно место са истом зарадом.⁷

Осим Конвенције број 183, Конвенција Међународне организације рада бр.158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца такође је од значаја за уређивање посебне заштите жена од отказа уговора о раду имајући у виду одредбу конвенције којом је предвиђено да се неће сматрати ваљаним, отказ уговора о раду дат запосленој, услед породичних

⁵ Конвенција број 183 о заштити материнства - Конвенција број 183, „Службени гласник Републике Србије - Међународни уговори“, бр. 1/2010.

⁶ Конвенција број 103 о заштити материнства - Конвенција број 103, „Службени лист ФНРЈ“, бр. 9/55.

⁷ Конвенција број 183, чл. 8.

обавеза, трудноће или одсуствовања са посла за време породилског одсуства.⁸

Такође, требало би издвојити и Конвенцију број 156 о једнакој могућности за раднике и раднице са породичним обавезама, којом је предвиђено да породичне обавезе не смеју, као такве, да представљају ваљан разлог за престанак радног односа. Такође, државе потписнице ове конвенције се обавезују да предузму све потребне мере како би се радницама са породичним обавезама омогућило да постану и остану саставни део радне снаге, као и то да се поново укључе у рад после одсуства због тих обавеза.⁹ Наведеним одредбама уређује се, сматрамо оправдано, потреба да се заштите *родитељи*, односно лица са породичним дужностима на раду, независно од тога да ли је реч о мушкарцима или женама.

Од ратификованих регионалних инструмената значајних за заштиту материнства издваја се Ревидирана европска социјална повеља усвојена 1996. године,¹⁰ којом се уговорнице обавезују да у циљу обезбеђивања и ефективног остваривања права запослених жена на заштиту материнства, сматрају незаконитим ако послодавац жени уручи обавештење о отказу у периоду од тренутка када је обавестила свог послодавца да је у другом стању до истека породилског одсуства или, уколико јој уручи обавештење о отказу уз отказни рок који истиче за време таквог одсуства. Наведена гаранција Ревидиране европске социјалне повеље значајно доприноси заштити жена од отказа уговору о раду услед трудноће, с обзиром на решење које садржи Европска социјална повеља. Наиме, Европском социјалном повељом је као битан елемент права на заштиту материнства забрањено отпуштање запослених током породилског одсуства, односно отпуштање уколико би отказни рок истекао за време док запослена користи право на ово одсуство. Важно је напоменути да проширење периода заштите од отказа уговора о раду које чини Ревидирана европска социјална повеља значајно доприноси заштити

⁸Конвенција Међународне организације рада бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца - Конвенција бр. 158, „Службени лист СФРЈ-Међународни уговори“, бр. 4/84, 7/91, чл. 5,6.

⁹ Конвенција број 156 о једнакој могућности за раднике и раднице са породичним обавезама, „Службени лист СФРЈ-Међународни уговори“, бр. 7/87, чл. 7, 8.

¹⁰Ревидирана европска социјална повеља наглашава потребу дужег трајања одсуства због трудноће у времену пре и након рођења детета, уређујући да уместо 12 недеља колико је било прописано Европском социјалном повељом из 1961. године, жена има право да користи одсуство са рада пре и после рођења детета у укупном трајању од 14 недеља, успостављајући тиме стандард у погледу дужине одсуства са рада жена поводом трудноће. Ревидирана европска социјална повеља, „Службени гласник РС - Међународни уговори“, бр. 42/09, чл. 8, ст. 1.

запослене од негативних последица отказа уговора о раду.¹¹ Незаконито отпуштена радница стога, мора бити враћена на рад а, само у ретким случајевима оствариће уместо враћања на рад, право на накнаду, чија висина мора бити одређена тако да одвраћа послодавце од отказивања уговора о раду али уједно пружа и довољну компензацију.¹²

Осим наведеног, издајамо и одредбу којом се уговорнице Ревидиране европске социјалне повеље обавезују да обезбеде да мајке које негују своју децу имају право на довољно слободног времена за те сврхе, да регулишу запошљавање трудница, жена које су недавно родиле дете и оних које негују своје дете, за рад у ноћној смени, да забране запошљавање трудних жена, жена које су недавно родиле дете или оних које негују своју децу, у подземним рудницима и на свим другим радним местима која за њих нису адекватна а из разлога што су опасна, нездрава или исцрпљујућа, и да предузму одговарајуће мере да заштите право ових жена на запошљавање. С обзиром на овакав текст Ревидиране европске социјалне повеље, не би требало губити из вида да је заштита жена на раду и у вези са радом потребна не само када је реч о заштити у случају престанка радног односа, већ и када је реч о самом поступку запошљавања.¹³ Повељом Европске уније о основним правима, предвиђено је да у циљу усклађавања породичног и професионалног живота, свако има право на заштиту од отказа из разлога који су у вези са материнством и право на плаћено трудничко и породилско одуство, као и право на родитељско одсуство после рођења или усвајања детета.¹⁴

¹¹ Љ. Ковачевић, У. Новаковић, „Мирно решавање спорова поводом дискриминације запослених по основу породичних дужности“, *Право и привреда*, 7/9 2018, 440.

¹² *Ibid.*

¹³ Један од фактора и/или препрека формалног запошљавања жена, а затим и детерминанта положаја жена на тржишту рада јесте и степен присутности тзв. политика усклађивања професионалних и породичних обавеза, као сегмент општих политичко-социјалних делатности. Н. Перишић, „Положај жена на тржишту рада - родна перспектива „државе благостање““, *Социјална мисао*, 1/2010, 128.

¹⁴ Повеља Европске уније о основним правима, чл. 33, ст. 2.; Када је реч о комунитарном европском праву, од значаја је Директива Савета 92/85/ЕЕЗ која уводи правило о привременој обустави вршења послодавчевог права на отказ у циљу заштите здравља трудница, породилја и дојилја због штетних последица које ризик од отказа може имати по психичко и физичко здравље. Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding - tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC/, Official Journal L 348, 28/11/1992.

Закон о раду Републике Србије као општи закон којим се уређују права, обавезе и одговорности из радног односа, односно по основу рада, настоји да примени одредбе ратификованих међународних инструмената. Тако, основне одредбе Закона о раду од значаја за заштиту жена у случају престанка радног односа, јесу пре свега оне које се односе на посебну заштиту од отказа уговора о раду које подразумевају да за време трудноће, породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета послодавац не може запосленом да откаже уговор о раду.¹⁵

3. ТРУДНОЋА, ПОРОДИЉСКО ОДСУСТВО И ОДСУСТВО РАДИ НЕГЕ ДЕТЕТА КАО НЕОПРАВДАНИ ОТКАЗНИ РАЗЛОЗИ

Поред листе оправданих отказних разлога, Закон о раду у посебном члану предвиђа таксативно набројане разлоге због којих послодавац не може остварити своје право на отказ уговора о раду,¹⁶ у којима је, између осталог, предвиђено коришћење породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета.¹⁷

Листа разлога који се не сматрају оправданим разлогом за отказ вероватно је подстакнута садржајем Конвенције бр. 158¹⁸ а није страна ни

¹⁵ Закон о раду - ЗР, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 и 113/2017, чл. 187, ст. 1.

¹⁶ Постоји мишљење у теорији да је набрајање неоправданих разлога за отказ непотребно, и шта више непримерено јер оправдани разлози за отказ су већ адекватно, системом еnumerације, садржани у Закону о раду. Сходно томе, свака подела на оправдане и неоправдане отказне разлоге сувишна је јер отказни разлог који није наведен у закону не може бити основ за престанак радног односа, макар био оправдан. Стога, неоправдани отказни разлози некада се тумаче тако да заправо уопште „не представљају отказни разлог нити се узимају у обзир приликом утврђивања чињеница које тај разлог образују“. З. Ивошевић, М. Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, треће измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2016, 423.

¹⁷ Неоправдани разлози за отказ су још и привремена спреченост за рад услед болести, несреће на раду или професионалног обољења, одслужење војног рока, чланство у политичкој организацији, синдикату, пол, језик, национална припадност, социјално порекло, вероисповест, политичко или друго уверење или неко друго лично својство запосленог, деловање у својству представника запослених, обраћање запосленог синдикату или органима надлежним за заштиту права из радног односа у складу са законом, општим актом и уговором о раду, не сматрају оправданим отказним разлозима. ЗР, чл. 183.

¹⁸ Конвенција бр. 158 у чл. 5 наводи који се разлози не сматрају ваљаним за отказ уговора о раду: чланство у синдикату или учешће у активностима синдиката ван

другим националним законодавствима,¹⁹ јер негативно ограничење права на отказ има за циљ да се спречи престанак радног односа запосленог „супротно интересима друштва”.²⁰

Када су наведени у закону, неоправдани разлози се тумаче у светлу веће сигурности за запослене, што посебно важи у оним системима где не постоји основни систем заштите од неоправданог отказа. У том смислу, неоправдани разлози за отказ имају за циљ да се послодавац спречи да даје отказ супротно правилима јавног поретка, основним слободама и људским правима, при чему, није на одмет нагласити да су негативно одређени разлози за отказ уговора о раду у неким системима постојали пре него што је уведена листа оправданих разлога.²¹

Поред наизглед оправданог постојања листе неоправданих разлога за отказ уговора о раду у законском тексту, одређене недоумице у погледу њене сврсисходности нису неупитне. Наиме, наш законодавац је прописао посебну заштиту од отказа појединим запосленима у одређеним случајевима који се подударају са разлозима за отказ наведеним као неоправданим. Када је реч о забрани послодавцу да отпусти запослену услед постојања одређених околности законодавац, чини се, није доследно усагласио законски текст. Наиме, иако је реч о готово идентичном законском тексту,²² законодавац приликом уређивања

радног времена, или, уз сагласност послодавца, за време радног времена; тражење функције радничког представника, односно садашње или раније иступање у том својству; подношење жалбе или учешће у поступку против послодавца због наводног кршења закона или прописа или обраћање надлежним административним органима власти; раса, боја, пол, брачно стање, породичне обавезе, трудноћа, вероисповест, политичко мишљење, национална припадност или социјално порекло; одсуствовање са посла за време породилског одсуства.

¹⁹Тако на пример, у Аустрији листа разлога који за последицу имају незаконит отказ обухвата: учешће у штрајку представника запослених, припадност одређеној раси, полу, сексуална опредељеност, боја коже, политичко опредељење, порекло односно националност запосленог, одсуство поводом служења војне односно грађанске дужности, чланство у одбору у поступку медијације, активност представника запослених одговорних за безбедност и заштиту здравља на раду, напуштање радног места услед постојања изненадне и озбиљне опасности по здравље и живот запослених. Слично вреди и у Белгији која познаје „листу забрањених разлога за отказ“ док Немачка и Данска уређују „основе по којима уговор о раду не може бити отказан“. *Termination of employment relationships. Legal situation in the Member States of the European Union*, European Commission, 2006, 47-48.

²⁰Љ. Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2016, 491.

²¹ILC, 82nd Session, *Protection against unjustified dismissal*, International Labour Office, Geneva, 1995, 41.

²²Упор. ЗР, чл. 187 и ЗР, чл. 183.

посебне заштите прописује ништавост решења о отказу, док у делу посвећеном неоправданим разлозима за отказ то не чини. Тако, за време трудноће, породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета, запосленом не може престати радни однос, а решење о отказу је у том случају ништаво, уколико је на дан доношења решења отказа уговора о раду послодавцу било познато постојање неког од наведених стања или, уколико је запослени у року од 30 дана од дана престанка радног односа обавестио послодавца о постајању неког од наведених стања и о томе доставио адекватну потврду.²³

Несигурност у текст закона могла би се отклонити уколико би јединствена одредба закона, уместо одредаба које наводе неоправдане разлоге за отказ и уређују посебну заштиту од отказа, уредила листу забрањених разлога за отказ који би као такви водили ништавости решења о отказу, попут решења које познају упоредна законодавства.²⁴ У том случају када би се поједини разлози за отказ јасно прописали као забрањени, олакшао би се поступак тумачења закона и остварила већа сигурност јер овако, оправдано је запитати се зашто је на пример, одсуство запослене услед неге детета уређено и као неоправдан разлог за отказ и у оквиру посебне заштите од отказа. Ово тим пре, што је једино у потоњем случају јасно прописано да је такав отказ ништав.²⁵

²³ЗР, чл. 187; Додатно ствара проблеме приликом тумачења закона и то што конзистентност не постоји ни у оквиру уређивања саме посебне заштите од отказа. Ово из разлога што иако у оквиру посебне заштите отказ уговора о раду не може уследити као последица статуса запосленог или његове активности као представника запослених или чланства у синдикату, ништавост решења о отказу није предвиђена. ЗР, чл. 188.

²⁴У Великој Британији отказ због трудноће је аутоматски незаконит. Вид.: S. Hardy, M. Butler, *European Employment Laws a comparative guide*, Second edition, Spiramus Press, London, 2011, 255-262.

²⁵Упоредноправна решења дефинисањем листе апсолутно забрањених разлога за отказ, олакшавају тумачење закона али и поступање суда поводом радног спора јер, у случају када је неки од забрањених разлога наведен као разлог за отказ, суд не мора да се упушта у процену да ли се отказ који је послодавац дао запосленом може сматрати оправданим одговором на понашање запосленог. Такав отказ је аутоматски ништав и за последицу има реинтеграцију запосленог као најделотворнију санкцију у случају повреда основних права запослених. *Protection against unjustified dismissal*, 87; Када је реч о реинтеграцији услед незаконитог отказа уговора о раду, она се обавезно досуђује када су у питању запослени који уживају посебну заштиту од отказа - запослена за време трудноће, запослени за време породилског одсуства, одсуства ради неге детета и одсуства ради посебне неге детета, представник запослених. Б. Лубарда, „Закон о раду и европски радни стандарди“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, 3/2006, 186.

О неадекватности и неусклађености законске заштите у случају неоправданог престанка радног односа запосленој од стране послодавца, у прилог иду и мишљења у теорији да одредбе Закона о раду о посебној заштити од отказа уговора о раду заправо ограничавају примену члана 4 Конвенције број 158. Ово из разлога што се текстом Конвенције број 158 предвиђа да „радни однос радника неће престати ако за такав престанак не постоји ваљани разлог везан за способност или понашање радника или за оперативне потребе предузећа, установе или службе“, док се одредбама Закона о раду које се односе на посебну заштиту од отказа заправо привремено дерогирају ваљани разлози док траје одређено стање и рестриктивније постављају правила о отказу уговора о раду.²⁶

У домаћој судској пракси наилазимо на неједнак приступ тумачењу гаранције права запосленој да неће бити отпуштена по основу и у вези са трудноћом, узимајући као одлучујући фактор сазнање послодавца за трудноћу запослене. Тако, примера ради, у случају када је програмом решавања вишка утврђено да је престала потреба за радом запослене која одсуствује са рада ради неге детета, чиме је само одложено доношење решења о отказу уговора о раду до њеног повратка, суд је заузео став да је послодавац несумњиво повредио законске одредбе у вези са посебном заштитом појединих категорија лица од престанка радног односа.²⁷

Додатно, у једном случају Врховни касациони суд заузео је став да чињеница да послодавац није био обавештен о другом стању запослене у моменту доношења решења о отказу, укључујући и законски предвиђен период након доношења решења, не утиче на законитост отказа уговора о раду.²⁸ Дакле, чињеница да је запослена у другом стању, што чини основу права на посебну заштиту материнства, нема никаквог значаја за остваривање права на забрану отпуштања запослене, уколико послодавац за трудноћу није знао. Са друге стране, суд је и мишљења да кршење радне обавезе запослене, као законског разлога за отказ уговора о раду, услед трудноће, чини решење отказа уговора о раду незаконитим, уколико послодавац након уручења отказа сазна да је запослена изостајала са рада због потреба лекарских прегледа ради одржавања трудноће. У потоњем случају, занемарује се субјективни елемент права на забрану отпуштања трудница - знање послодавца за трудноћу запослене у тренутку постојања објективног и законитог разлога за отказ, и омогућава се запосленој да се

²⁶ С. Ковачевић - Перић, „Посебна заштита од отказа уговора о раду - *de iure i de facto*“, *Правни живот* 11/2017, 298.

²⁷ Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 1639/2014 од 30.9.2015. год.

²⁸ Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 2458/2015 од 14.4. 2016. год; Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 584/2016 од 1.2.2017. год.

након истека породилског, односно одсуства ради неге детета врати на рад.²⁹

Потреба за заштитом жена од отказа уговора о раду која је тесно повезана са заштитом материнства, потребна је и ако се узме у обзир да послодавци свесно избегавају запошљавање жена услед бојазни да ће оне у неком тренутку током радног стажа остати у другом стању и одсуствовати са рада. Стога, не изненађује чињеница да се трудноћа запослене појављује не само као узрок губитка запослења већ и спречавања жена да се првобитно запосле,³⁰ што се може сматрати дискриминацијом жена због њиховог извесног биолошког стања у будућности.³¹ Дакле, у циљу омогућавања сигурности запослења женама, потребно да се пре свега спречи полна дискриминација у поступку запошљавања. Тако, примера ради, забраном послодавцима да приликом запошљавања захтевају од кандидаткиње да се подвргне тесту трудноће и постављају питања везана за трудноћу и заснивање породице, чини се велики корак ка објективној селекцији кандидата за запослење.³² Ово, из разлога што трудноћа и намера запослене да заснује породицу не смеју бити критеријум приликом запошљавања, осим када је реч о пословима са повећаним ризиком односно, пословима штетним по здравље жене и детета, који су женама оправдано недопуштени. Додатно, питања везана за трудноћу у поступку запослења представљају пример непосредне дискриминације жена по основу пола јер, истоветна питања о планирању трудноће се никада не постављају мушким кандидатима.

Поред забране појединих питања кандидатима за запослење, заштити жена на раду допринела би законска заштита од губитка запослења у случају нетачног одговора кандидаткиње за запослење на недопуштено питање послодавца везано за трудноћу, односно правом да на такав вид недопуштеног питања не одговори.³³ Оваква гаранција потребна је уколико би се, сматрамо неоправдано, послодавац позвао на

²⁹ Пресуда Врховног касационог суда Рев2 2580/2016 од 16.6.2017. год.

³⁰ ILO, *Maternity protection resource package: From aspiration to reality for all. Part two – Employment protection and non-discrimination*, International Labour Office, Geneva, 2012, 14.

³¹ Примери дискриминације жена у вези са материнством јеси и кажњавање или узнемиравање трудница или запослених које доје децу за одлазак у тоалет или конзумирања воде чешће од других, или за тражење медицинске помоћи или пажње када је то потребно. J. Paul, *Healthy beginnings: Guidance on safe maternity at work*, International Labour Organization, Geneva, 2004, 89.

³² ЗР, чл. 26, ст. 2, 3.

³³ Љ. Ковачевић, „Равноправност мушкарца и жена као битан елемент равноправног запошљавања: прилог дискусији о нацрту Закона о родној равноправности“, *Родно и социјално право*, 1/2018, 127.

своју заблуду о другом стању кандидаткиње приликом запослења, и услед тога јој отказао уговор о раду. Полно неутрални услови за запослење стога су кључни за поштовање начела недискриминације и родне равноправности приликом запослења али, и поштовања начела сигурности запослења. У том правцу, и стандарди Међународне организације рада забрањују послодавцима да захтевају од запослених подвргавање тесту трудноће или доказ о стерилизацији, једнако као и питања везана за трудноћу.³⁴

Заштита запослених од отказа уговора о раду могла би бити ојачана гаранцијом да остваривање права на породилско одсуство недуго након заснивања радног односа неће утицати на оцену способности жене за обављање посла. Тако, заштита запослених трудница и младих мајки од отказа уговора и раду услед трудноће, породилског одсуства или одсуства ради неге детета, од посебног је значаја, у циљу спречавања да материнство буде основ дискриминације жена на раду, укључујући и могућност напредовања након повратка са породилског одсуства.³⁵ Међутим, како гаранција на посебну заштиту жена намеће обавезу послодавцима да другачије третирају жене у односу на мушкараце у законом уређеном временском периоду у вези са трудноћом, један од циљева заштите материнства могао би се усмерити у правцу одређивања обима права на посебну заштиту материнства у оквиру права на заштиту жена.³⁶ Ово тим пре, ако се узме у обзир да се посебан вид заштите материнства везује и за потребу да се заштите и негују деца.³⁷

³⁴ *Maternity and paternity at work - law and practice across the world*, International Labour Organisation, Geneva, 2012, 83.

³⁵ *Safe maternity and the world of work*, International Labour Organization, Geneva, 2007, 7.

³⁶ Јовановић наводи да „пошто постоје ситуације када се мајка не може старати о детету, онда та иста права из радног односа (на породилско одсуство и одсуство са рада ради неге детета (за прво и друго дете - у трајању од 365 дана, за треће дете и свако наредно две године); на одсуство са рада ради посебне неге детета или друге особе; на одсуство ради неге детета до његове треће године живота и рад са скраћеним радним временом ради неге детета оштећеног неком врстом парализе.) може да користи и отац детета, а уколико и отац није у прилици да их користи, тада наведена права користи усвојилац, хранитељ, односно старатељ детета. Дакле, овде није реч искључиво о заштити жене“. П. Јовановић, „Посебна радноправна заштита појединих категорија радника, категорија“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2015, 1466.

³⁷ П. Јовановић, *Радно право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2018, 293.

4. ПРАВО НА ВРАЋАЊЕ НА РАД ПО ИСТЕКУ ОДСУСТВА СА РАДА УСЛЕД РОЂЕЊА ДЕТЕТА

Осим суспензије права на отказ уговора о раду запосленој услед рођења детета, у циљу заштите жена на раду, као и сигурности запослења, стандарди Међународне организације рада запосленој гарантују и право да ће се по истеку породилског, односно одсуства са рада ради неге детета вратити на исто или радно место еквивалентно оном које је имала пре одсуства. Међутим, иако супротно одредбама Конвенције број 183, наше законодавство не проширује и заштиту запослених од отказа уговора о раду и одређено време по повратку на рад након истека одсуства са рада ради неге детета, нити експлицитно гарантује запосленој враћање на исто или еквивалентно радно место оном које је имала пре одсуства.

У пракси се наилазило на случајеве да су женама након повратка са породилског одсуства зараде биле смањене по основу „губитка капацитета за рад“ који би задржале и прошириле да нису биле одсутне са рада. На овакву праксу је у 2014. години у допису Међунорадној организацији рада указао Савез независних синдиката Србије наводећи да је клаузула у којој је женама након повратка са породилског одсуства смањена плата по наведеном основу, присутна у уговорима, чиме се директно крше одредбе Конвенције број 183.³⁸

Право на повратак на рад након породилског одсуства требало би да буде обухваћено законом гарантованим правом запослене на одлазак на породилско одсуство с обзиром на то да је породилско одсуство тренутни прекид запослења. Међутим, и у земљама широм света, право на повратак на рад након породилског одсуства се различито посматра. Тако на пример, жена *има право* да задржи исти положај који је имала пре одласка на породилско одсуство у Русији, Молдавији, Новом Зеланду, Узбекистану, Мексику. Са друге стране, у Аустралији, Хрватској, Монголији, Исланду и Италији, предвиђено је да би, радно место које ће жена заузети након повратка са породилског одсуства, *требало да буде исто или еквивалентно* оном које је заузимала пре одласка на породилско одсуство. Пример врло повољног решења по запослене можемо пронаћи у Јапану где постоје одредбе којима су послодавци у обавези да дају предност бившим запосленима приликом запошљавања у случају када су напустили посао због трудноће, одсуства ради неге деце или породичних обавеза.³⁹ Овде је потребно нагласити да, иако се гарантује повратак на

³⁸ *Maternity and paternity at work - law and practice across the world*, 81.

³⁹ *Maternity at work: a review of national legislation, Findings from the ILO Database of conditions of work and employment laws*, Second edition, International Labour Office, Geneva, 2010, 68-69.

исто или еквивалентно радно место, закони наведених држава не препознају и потребу да се предвиди и право на исту или еквивалентну зараду која је претходила одласку на породилско одсуство. На тај начин, отвара се простор да, иако је гарантовано право на исту радну позицију, оно није праћено и правом на исту зараду.

Заштита запослења мајкама у смислу права на повратак на исте послове након истека породилског одсуства може се сматрати оправданом, ако се узме у обзир и чињеница да политика запошљавања жена⁴⁰ указује на мањи проценат заступљености жена на тржишту рада у односу на мушкарце. Указујемо да Национални акциони план запошљавања за 2018. годину сврстава жене у теже запошљива лица из категорије посебно осетљивих незапослених, не одређујући никакве критеријуме по основу којих би жене оправдано биле сврстане у категорију теже запошљивих лица заједно са избеглим и расељеним лицима, повратницима према споразуму о реадмисији, самохраним родитељима, супружницима из породице у којој су оба супружника незапослена, родитељима деце са сметњама у развоју, бившим извршиоцима кривичних дела.⁴¹

Један од разлога гаранције враћања на исто или еквивалентно радно место јесте онемогућавање да жена буде санкционисана због чињенице да реализује своју репродуктивну функцију.

5. ЗАКЉУЧАК

Основни циљ заштите жена од отказа уговора о раду може се посматрати у светлу обезбеђивања сигурности запослења као и спречавања дискриминације жена на раду у вези са трудноћом. Додатно имајући у виду да се заштита жена на раду од отказа уговора о раду чврсто везује за потребу да се запослене заштите на раду услед остваривања своје репродуктивне функције то је од значаја истаћи да би

⁴⁰ Национални акциони план запошљавања за 2018. годину, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 120/2017, одељак 9.

⁴¹ Стопа запослености жена износи 38,1%, што је за 14,7 мање од стопе запослености мушкараца (52,8%), док је највећи родни јаз на тржишту рада, када је реч о запослености, забележен је у категорији лица 55–64 године старости, где је стопа запослености жена 32,5% а стопа запослености мушкараца 52,8%. Са друге стране, када је реч о проценту запослености мушкараца и жена истог нивоа знања, значајно је приметити да у оквиру категорије високо образованог становништва процентуални јаз између мушкараца и жена готово и да не постоји - 70,9% жена, односно 69,5% мушкараца. *Жене и мушкарци у Републици Србији*, Републички завод за статистику, Београд, 2017, 62.

се заштита од отказа уговора о раду требало посматрати и у светлу заштите деце, односно породице.

Један од могућих *de lege ferenda* предлога, којима би се заштита жена од отказа уговора о раду ојачала јесте гаранција запосленој да ће се по истеку породилског, односно одсуства ради неге детета, вратити на исто радно место или радно место еквивалентно оном на којем је радила пре одласка на одсуство, укључујући и право на исту или еквивалентно исту зараду.

Будућим изменама и допунама Закона о раду у правцу проширења законске заштите од отказа уговора о раду запослених допринело би се јачању положаја жена на тржишту рада, лакшем приступу и задржавању на тржишту рада, али би се уједно и пружила подршка породици и охрабрили запослени да се без бојазни од недостатка финансијских средстава које рад подразумева, остваре у улози родитеља.

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ ПРАВА

Закон о раду, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 и 113/2017.

Конвенција број 103 о заштити материнства, „Службени лист ФНРЈ“, бр. 9/55.

Конвенција број 156 о једнакој могућности за раднике и раднице са породичним обавезама, „Службени лист СФРЈ-Међународни уговори“, бр. 7/87.

Конвенција Међународне организације рада бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца, „Службени лист СФРЈ-Међународни уговори“, бр. 4/84, 7/91.

Конвенција број 183 о заштити материнства, „Службени гласник Републике Србије - Међународни уговори“, бр. 1/2010.

Ревидирана европска социјална повеља, „Службени гласник РС - Међународни уговори“, бр. 42/09.

Национални акциони план запошљавања за 2018. годину, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 120/2017.

Устав Републике Србије, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 98/2006.

Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 1639/2014 од 30.9.2015. год.

Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 2458/2015 од 14.4.2016. год;

Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 584/2016 од 1.2.2017. год.

Пресуда Врховног касационог суда Рев2 2580/2016 од 16.6.2017. год.

Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding - tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC /Official Journal L 348, 28/11/1992.

* *Жене и мушкарци у Републици Србији*, Републички завод за статистику, Београд, 2017.

Ивошевић, З., Ивошевић, М., *Коментар Закона о раду*, треће измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2016.

Јашаревић, С., „Заштита од отказа у Србији у светлу међународних стандарда и упоредне праксе“, *Радно право и социјално осигурање*, 1/2018.
Јовановић, П., „Посебна радноправна заштита поједних категорија радника, категорија“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2015.

Јовановић, П., *Радно право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2018.

Ковачевић - Перић, С., „Посебна заштита од отказа уговора о раду - *de iure i de facto*“, *Правни живот*, 11/2017.

Ковачевић, Љ., Ваљани разлози за отказ уговора о раду, Правни факултет Универзитет у Београду, Београд, 2016.

Ковачевић, Љ., „Равноправност мушкарца и жена као битан елемент равноправног запошљавања: прилог дискусији о нацрту Закона о родној равноправности“, *Радно и социјално право*, 1/2018.

Ковачевић, Љ., Новаковић, У., „Мирно решавање спорова поводом дискриминације запослених по основу породичних дужности“, *Право и привреда*, 7/9 2018.

Лубарда, Б., „Закон о раду и европски радни стандарди“, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*, 3/2006.

Перишић, Н., „Положај жена на тржишту рада - родна перспектива „државе благостања““, *Социјална мисао*, 1/2010.

Симоновић, Д., *Путеви и странпутице нашег радног законодавства*, Глосаријум, Београд, 1997.

Hardy, S., Butler, M., *European Employment Laws a comparative guide*, Second edition, Spiramus Press, London, 2011.

ILC, 82nd Session, *Protection against unjustified dismissal*, International Labour Office, Geneva, 1995.

ILO, *Maternity protection resource package: From aspiration to reality for all. Part two – Employment protection and non-discrimination*, International Labour Office, Geneva, 2012.

Maternity at work: a review of national legislation, Findings from the ILO Database of conditions of work and employment laws, Second edition, International Labour Office, Geneva, 2010.

Maternity and paternity at work - law and practice across the world, International Labour Organisation, Geneva, 2012.

Paul, J., *Healthy beginnings: Guidance on safe maternity at work*, International Labour Organization, Geneva, 2004.

Termination of employment relationships. Legal situation in the Member States of the European Union, European Commission, 2006.

Jovana MISAILOVIĆ

Research associate at Institute of Comparative Law in Belgrade

PROTECTION OF WOMEN AGAINST DISMISSAL

Summary

The protection of women from a dismissal is extremely important guarantee to all working women. Provisions of the International Labour Organization's convention which set the fundamental standards of protection of working women from a dismissal mean that the special protection of this specific group of women is needed, especially the protection of working women relating motherhood. This is important, having in mind the negative consequences of a dismissal, especially the ones that can have a negative impact on pregnant women, lactating women or new mothers. Hence, the protection of this specific group of women is closely related with a need to protect working women's reproductive rights, but also preventing that pregnancy and maternity become grounds for discrimination at work.

However, one of the main deficiencies in regulation of protection against dismissal in domestic legislation is that this protection is not extended to a certain period of time after woman's return to work and both her maternity leave and nursing leave had expired, as well as a non-existing guarantee that when her parental leave expires, she will be returned to the same or equivalent position to the one she had before the leave.

Adoption of the Amendments to the Labour Law with the intention of expanding legal protection against dismissal would contribute to the strengthening of the position of women in the labour market, easier access and remain on the labour market, but also give support to the family and encourage workers to become parents without the fear of losing a source of income.

Key words: *dismissal, motherhood, discrimination, protection of women.*