

Јована Рајић Ћалић,*

Истраживач приправник у Институту за упоредно право, Београд

UDK: 331.45:649:16(497.11)

**ПОСЕБНА ЗАШТИТА ЖЕНЕ ЗА ВРЕМЕ ТРУДНОЋЕ,
ПОРОДИЉСКОГ ОДСУСТВА И ОДСУСТВА РАДИ
НЕГЕ ДЕТЕТА У СРБИЈИ И УПОРЕДНОМ ПРАВУ**

Апстракт: Са изменама Закона о финансијској помоћи породице са децом, питање посебне заштите жена за време трудноће, породилског одсуства и одсуства ради неге детета добија на важности. Нови обрачун накнаде, укидање повраћаја ПДВ-а на опрему за бебу, увођење проширеног круга титулара права на накнаду и диференцирање услова за стицање накнаде за пољопривреднице и предузетнице отварају питање ове посебне заштите, због чега се наведени закон брзо нашао на столу за ревидирање. С друге стране, разлози за пружање ове посебне заштите жени препознају се на терену родне неравнoprавности и потребе да имају изједначен положај са мушкарцима и на биолошком плану због њене репродуктивне улоге. Таква заштита обухвата и посебан корпус заштите жене током трудноће и подразумева заштиту од отказа, забрану рада под одређеним условима, забрану проглашења труднице као вишка.

Кључне речи: посебна заштита жена, труднице, заштита од отказа.

* e-mail: jovana.rajic@live.com

Раџ примљен: 28.07.2019.

Раџ прихваћен: 27.08.2019.

1. Увод

Основ сваког друштва јесте породица која се заснива захваљујући репродуктивној улози жене. Ова улога је јединствена и само жени намењена. Значај теме је неспоран, поготово ако се узме у обзир свеprisутна дискриминација у друштву. У конкуренцији на тржишту рада, жена може бити дискриминисана у односу на мушкарца због ове улоге приликом заснивања радног односа, а опасност од дискриминације постоји и за запослене жене. Проучен је правни оквир заштите трудница у домаћем праву, уз указивања на могуће недостатке. Размотрена су специфична питања попут могућности давања отказа трудници из разлога који нису у вези са трудноћом, за које наш Закон о раду, као матични закон, остаје недоречен. Приказана су постојећа права жена за време породилског одсуства и одсуства ради неге детета, а предложен је и проширен корпус права породиља, по узору на одређена упоредна решења. Како је тема добила на актуелности изменама Закона о финансијској подршци породице са децом од јула 2018. године, дата је критика нових одредби овог закона. Нормативним методом, ауторка је покушала да укаже на мане постојећег нормативног оквира, тумачењем норми међународног и домаћег порекла. На тај начин је указано на разлоге постојања посебне заштите ове категорије запослених у светлу непосредне и посредне дискриминације. У раду је коришћен и упоредноправни метод у циљу проучавања страних решења и указивања на недостатке домаћих.

2. *Ratio legis* пружања посебне заштите

Посебна заштита жене у радном праву огледа се у праву жене да буде поштеђена обављања послова под одређеним условима, као и да не буде отпуштена за време трудноће, породилског одсуства и одсуства ради неге детета, као и да сачува радно место након враћања на рад после истека наведених одсустава. Та заштита обухвата и корпус права која жена ужива и у периоду трудноће. Радноправна заштита жене представља круцијални елемент заштите жене уопште још из времена доношења првих конвенција Међународне организације рада, као специјализоване агенције Уједињених нација основане Версајским миром након Првог светског рата са циљем да се заштите основна људска права у друштву.¹

¹ International Labour Organisation, *Maternity protection, Resource Package – From Aspiration to Reality for All*, Geneva, 2012, page 1.

Сваки запослени у радном односу ужива права законом предвиђена, попут ограниченог радног времена, заштите безбедности и здравља на раду и слично. Поред те опште заштите, радно право пружа посебан ниво заштите за одређене запослене. Тај круг запослених представља *numerus clausus* и посебна заштита запослених у српском праву резервисана је за омладину, особе са инвалидитетом и жене. У највишем правном акту прокламована је ова заштита,² а ближе је одређена Законом о раду.³ Круг лица којима се ова заштита пружа у упоредном праву није исти, те је у неким земљама овај посебан вид заштите пружан особама оболелим од вируса ХИВ, особама на палијативном збрињавању, радницима старијим од 40 година.⁴

Разлози за пружање посебне заштите сваке од ових категорија је различит. Посебна заштита у радном односу женама је пружана из двоструких разлога. Један од аутора овоме додаје додатни разлог за посебну заштиту жена због физичке конституције жене као „слабијег пола“, те је у односу на мушкарце жена поштеђена рада на пословима који имају одређена штетна дејства.⁵ Први угао гледања ове посебне заштите оправдан је родном неравноправношћу мушкарца и жене на тржишту рада. Због патријархалних схватања, на жену се не гледа као на једнако компетентног радника као што је мушкарац, те је жени теже да до запослења дође, да на истом напредује и посао задржи. Иако истог образовања, жене су данас за обављање истог посла мање плаћене од својих мушких колега чак 12%.⁶ У том смислу, и послодавци се радије одлучују да запосле мушкарце него жене због потенцијалних трошкова уколико се одлуче за женског кандидата која у има главну улогу у обављању породичних дужности.⁷ То се односи на коришћење права на породилшко одсуство и одсуство ради неге детета, коришћење одсуства са рада ради спречености за рад уз накнаду зараде. Као такво,

2 Устав Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије* бр. 98/2006, члан 60.

3 Закон о раду – у даљем тексту ЗОР, *Службени гласник Републике Србије* бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - одлука УС, 113/2017 и 95/2017 – аутентично тумачење), члан 12, чланови 84-103.

4 М. Сјенчић, „Однос националне регулативе према осетљивим групама становништва”, *Становништво*, бр. 1/2015, стр. 15.

5 П. Јовановић, „Посебна радноправна заштита појединих категорија запослених“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (ур. В. Капор), 4/2015, стр. 2.

6 *Посебан извештај Поверенка за заштиту равноправности о дискриминацији жена*, Повереник за заштиту равноправности, Београд, 2015, стр. 88.

7 Љ. Ковачевић, „Равноправност мушкараца и жена као битан елемент достојанственог запошљавања: прилог дискусији о Нацрту закона о родној равноправности“, *Радно и социјално право*, бр. 1/2018, стр. 3.

промовисања права жена могу имати супротан ефекат на перспективу жене за запошљавање, сматрају неки аутори, поготову у приватном сектору где вулнерабилност жена долази до изражаја.⁸ Неравноправност постоји и на водећим позицијама где је више мушкараца, те је дошло до јасне поделе неких занимања на мушке и женске. Борба за једнакост жени је наметнула додатну обавезу, да поред запослења брине о одржавању домаћинства и подизању деце где још увек има главну улогу.

С друге стране, женама се посебна заштита у радном односу пружа због природне улоге рађања деце, што представља предмет овог истраживања. Овакав вид заштите неопходан је ради функционисања радних односа и жену, запослену штити од сазнања да је у другом стању, током трајања тог стања и након повратка на посао. Без овакве заштите, жене би биле приморане да бирају између посла и породице, а немали број њих би се повукао са тржишта рада.

3. Посебна заштита жене у српском праву

3.1. Посебна заштита жене у трудноћи

Трудница ужива посебну заштиту у односу на услове рада код послодавца. Сходно Закону о раду, трудница не може да ради на оним пословима који могу штетити њеном здрављу и здрављу детета, за шта закон захтева постојање налаза надлежног здравственог органа. Поставља се питање зашто закон условљава овај вид заштите за жену која је у другом стању и вид заштите који је требало бити општег карактера претвара у релативну заштиту. Законодавац посебно забрањује рад труднице на пословима који се састоје у подизању терета, на којима постоји штетно зрачење или изложеност екстремним температурама или штетним вибрацијама. Језичким тумачењем ове одредбе долазимо до закључка да је и овај вид заштите релативног карактера, што обесмишљава читав концепт посебне заштите. Како је трудноћа у истину „друго стање“, ноћни рад, као рад под посебним условима за који је потребан већи степен пажње и обезбеђивање вишег степена безбедности и прековремени рад, као рад у продуженим временским координатама, нису пожељан начин рада за трудницу. Ипак, и ту врсту рада закон условљава постојањем налаза надлежног здравственог органа који би уверио послодавца да трудна жена не може да ради ноћу и прековремено. Иста права закон прокламује и за жену која доји дете. За критику је и

⁸ Ch. Winni, „Mothers, Equality and Labour Market Opportunities“, *Industrial Law Journal*, Vo.42, no.3, page 233.

одредба закона која пружа могућност да се изврши прерасподела радног времена жени која је у другом стању, уз њену писану сагласност. Без обзира на то што закон захтева писану сагласност, мишљења смо да овако решење може оставља могућност за злоупотребе. С обзиром на растућу незапосленост, многе труднице ће из страха од губитка посла, самим тим и зараде, наведну сагласност потписати. Ипак, охрабрује одредба закона којом ће послодавац бити у обавези да трудницу упути на плаћено породилско одсуство уколико јој не обезбеди посебне услове на другим одговарајућим пословима, што представљају послове који одговарају њеним квалификацијама, а на основу налаза здравственог органа. Исту обавезу ће имати и уколико другог одговарајућег посла нема, што представља ипак потпунију заштиту од оне које су добиле особе са инвалидитетом.⁹

3.2. Забрана отказа

Корпус посебне заштите жена употпуњује забрана од отказивања уговора о раду. Ово право своје упориште налази у Конвенцији бр.158 Међународне организације рада, која прокламује да се одсуство са посла ради коришћења породилског одсуства неће сматрати ваљаним разлогом за отказ. Послодавац, у смислу радноправних одредби, не може отказати уговор о раду запосленој трудници због њеног стања уколико је на дан доношења решења послодавцу било познато да је запослена у другом стању, нити уколико запослена обавести послодавца у року од 30 дана након престанка радног односа о свом стању. Такво решење о отказу би било ништаво.¹⁰ Забрана давања отказа протеже се за све време трајања трудноће. Уколико је посреду уговор о раду на одређено време, исти се продужава до истека права на одсуство. Међутим, за жене које раде на основу уговора на одређено време није обезбеђена заштита да са радом наставе и након што се одсуство ради неге детета заврши, те то представља мањкавост нашег радног законодавства на чему треба радити. С друге стране, жена која има могућност да се након искоришћеног одсуства врати на посао, неретко се сусреће са премештајем на ниже радно место са нижом зарадом, што је у супротности са концептом заштите материнства који треба да обезбеди жени сигурност и након што роди дете. С обзиром на то да закон забрањује послодавцу да откаже уговор о раду трудници због тога што је у другом стању јер би на тај

9 Наиме, члан 102. Закона о раду предвиђа право послодавца да особу са инвалидитетом прогласи вишком уколико не може да обезбеди обављање послова сходно преосталој радној способности особе са инвалидитетом.

10 ЗОР, члан 187.

начин она била дискриминисана, поставља се питање да ли би отказ био дозвољен из разлога што трудница не остварује резултате рада односно не поседује знање и способности потребне за обављање радних задатака. Како је разлог заснивања радног односа управо квалификованост и вештина за одређени посао коју запослени поседује, сматрамо да би требало дозволити отказ у овом случају и то у циљу заштите интереса послодавца. Без поседовања знања за посао, нестаје и разлог због чега је послодавац уопште одлучио да заснује радни однос са одређеним кандидатом за запослење, а обављање послова без адекватног знања може утицати на пословни успех послодавца. Наш закон је недоречен када је оваква ситуација у питању, али такво решење налазимо у упоредном праву.¹¹ Норме радног законодавства штите жену и приликом разговора за посао, у смислу забране постављања питања о планирању породице.¹² Такође, послодавац не може условљавати заснивање радног односа тестом трудноће, осим ако се ради о таквом радном месту чији услови рада могу штетно деловати на здравље жене и детета. Посебну заштиту, Закон о раду предвиђа у члану 157. јер забрањује да критеријум за утврђивање вишка запослених буде трудноћа, породилско одсуство, одсуство ради неге детета као и одсуство ради посебне неге детета.

4. Појам породилског одсуства и посебна заштита жене

Почетак нормативне делатности Међународне организације рада започео је доношењем конвенције која је била посвећена заштити материнства. То говори у прилог тези да је питање заштите жена за време репродуктивног периода препознато као битно још давне 1919. године, као и је наведена област била нерегулисана што је изискивало хитну реакцију ове организације. Конвенција 3 о запошљавању жене пре и после порођаја¹³ регулисала је рад жена претежно у индустрији и трговини, пружајући им право на породилско одсуство. Конвенцијом је прописано право жене на накнаду, која је обезбеђена из јавних фондова. Уз то, конвенција је прокламовала и норму о забрани отказа. Како би се права проширила на жене које раде у другим делатностима, поред ових нормираних, дошло је до потребе за ревизијом ове конвенције те је са тим циљем донета Конвенција бр. 103.¹⁴ На тај начин, заштита је проширена

11 R. Blanpain, *Labour law in Belgium*, Walters Kluwer, The Hague 2012, page 228.

12 ЗОР, члан 26, став 2.

13 Конвенција 3 о запошљавању жене пре и после порођаја, *Службени гласник СФРЈ*, бр.7/71.

14 Конвенција бр. 103 о заштити материнства, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 9/55.

на жене које раде на неиндустријским пословима, пољопривредним пословима, као и на жене које раде као кућна послуга. Дефинисано је трајање породилског одсуства од дванаест недеља, а националним законодавствима остављено је уређивање периода после порођаја када жена неће радити. Жеља да се заштита материнства уздигне на виши ниво, умањи дискриминација и обезбеди безбедност и заштита жена, донета је Конвенција бр. 183, која је и данас на снази.¹⁵ Трајање породилског одсуства одређено је на четрнаест недеља и за разлику од претходне конвенције, овом се прецизира обавезно одсуство мајке након порођаја од шест недеља. Поновљена је забрана отказа у случају трудноће и порођаја а накнада зараде не може бити нижа од 2/3 зараде коју је жена остваривала радећи код послодавца. Занимљиво је да Конвенција сматра незаконитим отказ трудници и породили, осим ако отказ нема везе са трудноћом, порођајем и дојењем. Овим се недвосмислено даје могућност отказа трудници и породили ако, на пример не постиже резултате рада или не поседује знање или способности за конкретан посао. Иако је Србија ратификовала наведену конвенцију 2010. године, наш Закон о раду не садржи овакву одредбу. Мишљења смо да оваква недоследност није прихватљива због заштите интереса послодавца. Иако би се овакав начин ограничења права на отказ могао злоупотребити, терет доказивања да је трудница, односно породиља добила отказ који није у вези са њеним стањем мора бити на послодавцу, као што то и предвиђа конвенција.

Као једно од права из корпуса посебне заштите жене јесте поменуто право на породилско одсуство и одсуство ради неге детета. Основни услов да би жена била титулар ових права јесте да ради. Практично, жена која није у радном односу, не може уживати права о којима ће бити речи. Измене Закона о финансијској подршци породице са децом, којим се право на накнаду проширује и на рад жене која приход остварује посредством уговора о привременим и повременим пословима, уговора о делу, уговора о ауторском делу, уговора о правима директора ван радног односа представља помак када говоримо о заштити жена ван радног односа, али се с правом може поставити практично питање износа накнаде који ће жена примати за време породилског одсуства, узмајући у обзир накнаду за време обављања повремених посла и по којег уговора о делу.¹⁶ Интенција поменутих измена било је проширење

¹⁵ Конвенција бр. 183 о заштити материнства, *Службени гласник РС*, бр. 1/2010.

¹⁶ Закон о финансијској подршци породице са децом, *Службени гласник РС* бр. 113/2017 и 50/2018, члан 17.

круга титулара и укључивање у заштиту жена које то право раније нису имале јер нису имале уговор о раду. Међутим, то је учињено на штету запослених жена, којима је период за одређивање накнаде повећан са дванаест на осамнаест месеци. На тај начин, многе запослене мајке добиће смањену накнаду, ако нису радиле у континуитету осамнаест месеци, док ће мајке које немају уговор о раду добити по истој формули за израчунавање често симболичну накнаду. *Suma sumarum*, мишљења смо да су изменама овог закона мајке више изгубиле него добиле, па не чуди што се поменути закон нашао на столу судија Устваног суда ради оцене уставности.¹⁷ С тога, један од циљева радног права мора бити унапређења степена заштите и за жене које нису запослене.

Породиљско одсуство и одсуство ради неге детета представљају заштићени период жене која је у другом стању и он траје одређено време пре порођаја и одређени период након рођења детета. Оваквом врстом подршке жели се пружити помоћ жени пре рођења детета, са циљем да жена проведе што више времена са новорођенчетом пошто се оно роди.

Право на породилско одсуство и одсуство ради неге детета се колоквијално називају породилским одсуством али ту треба направити разлику. Иако се користе у континуитету, потребно је разликовати породилско одсуство и одсуство ради неге детета јер се разликују титулари који се могу служити правима које пружају правни системи. Породилско одсуство у српском праву жена може отпочети најраније 45 дана, односно мора га отпочети најкасније 28 дана пре одређеног термина за порођај и траје до навршена три месеца детета, односно од дана порођаја. У том смислу, запослена жена може да отпочне са коришћењем породилског одсуства 45 дана пре датума који је лекар одедио као термин порођаја али ако јој здравље дозвољава, може наставити са радом до тренутка када је од порођаја дели 28 дана. То је период када законодавац сматра да за сваку жену није безбедно да ради независно од посла који обавља и здравственог стања. Право на породилско одсуство има и жена која роди мртво дете или чије дете умре пре исте породилског одсуства. Ово из разлога хуманости, с обзиром на то да је жени потребно одређено време како би се опоравила од губитка детета.¹⁸ Према томе, породилско одсуство везано је за чињеницу порођаја, те је циљ да се заштити здравље породиље непосредно пре порођаја и након њега. С друге стране, одсуство ради неге детета се као право жене наставља на

17 <http://www.politika.rs/sr/clanak/411081/Zakon-o-podrsци-porodicama-sa-decom-pred-Ustavnim-sudom> (17.03.2019).

18 Д. Радовановић, „Посебна заштита за време трудноће и порођаја у светлу Закона о раду“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. Ч. Стевановић), LXIV, стр. 7.

коришћење породилског одсуства, дакле три месеца од порођаја и траје 365 дана од отпочињања породилског одсуства а не од дана порођаја. Дакле, тај период укључује одсуство жене пре порођаја, односно 45 односно 28 дана пре, одсуство након рођења детета и одсуство ради неге детета. Одсуство ради неге детета, као што и сам назив говори, у фокусу има рођење детета и циљ је да се обезбеди адекватна нега детета. Породилско одсуство почиње на основу налаза здравственог органа који одређује датум порођаја на основу здравственог стања жене и тај се здравствени налаз доставља послодавцу. У контексту посебне заштите жене, занимљива је и ситуација ранијег порођаја жене. Неретко се у пракси дешава да се жена породи пре истека периода од 28 дана, што је значи да ће њено породилско одсуство бити скраћено за број дана за који је раније наступио порођај. Иако је следила упутства надлежног органа, мајка ће у овом случају имати право да искористи дане које није искористила пре порођаја после њега, јер није крива што је број дана до порођаја мањи од прописаних 28.¹⁹ Право на коришћење породилског одсуства има мајка детета, а изузетно отац детета. У случају да мајка умре, напусти дете или је у затвору на издржавању казне затвора, отац ће уместо мајке користити право на породилско одсуство.²⁰ С друге стране, право на одсуство ради неге детета установљено је у најбољем интересу детета, те се тим правом могу служити како мајка, тако и отац детета. Због патријархалних схватања, у српском друштву није уобичајено да се отац стара о детету уместо мајке, али можда би промењена пракса могла утицати на смањење дискриминације жена на тржишту рада. За време коришћења одсуства ради неге детета, као и породилског одсуства, родитељу припада право на накнаду зараде, чији је начин одређивања ближе одређен Законом о финансијској подршци породице са децом. Такође, занимљив је и став Министарства за рад и запошљавање да се жени, која дете одмах по рођењу да на усвајање или надлежној установи која ће се старати о њему, ускрати право на породилско одсуство у пуном трајању и право на накнаду зараде који износи један од аутора.²¹ Закон о раду је у погледу тог питања недоречен, али с обзиром на то да циљ породилског одсуства опоравак жене, сматрамо да јој треба пружити право да ово зајемчено право користи без ограничења.

19 Одлука Уставног суда У-39/72 од 20.06.1972. године, цит.према Д. Радовановић, *op.cit.* стр. 247-248.

20 ЗОР, члан 94, став 5.

21 Д. Радовановић, *op.cit.* стр. 8.

4.1. Дужина трајања породилског одсуства у упоредноправном праву

Време трајања породилског одсуства и одсуства ради неге детета разликује се у упоредном праву. Овај период зависи од финансијске моћи у друштву и стопе наталитета. Самим тим, уколико је држава заинтересована да ову стопу подигне на виши ниво, дужим трајањем наведених одсустава подстаћи ће жене на рађање деце. Тако на пример, наилазимо на податак да је породилско одсуство федералним законом у Сједињеним Америчким Државама као право признато жени у трајању од само дванаест недеља, док у Уједињено Краљевство Велике Британије признаје право жени на породилско одсуство у трајању од 40 недеља.²² У САД, породилско одсуство је неплаћеног карактера и жена нема право на одсуство ради неге детета, док у Холандији достиже и до 100% нето зараде запослене.

У Шведској, жена има право на одсуство од седам недеља пре и седам недеља након порођаја, док од националног система заштите има право на накнаду зараде.²³ Када добије дозволу националног осигуравајућег органа, жена може да почне да се користи правом на породилско одсуство а њена накнада зависи од висине примања пре порођаја и од времена које је жена провела на породилском. Она може затражити премештај на други одговарајући посао за време дојења и када се искористи право на породилско одсуства, као и када пре порођаја није у стању да обавља пословне обавезе без дискриминације. Закон о породилском одсуству у Шведској јасно прокламује право на дојење без могућности да то право жени компензује неким другим правом. Шведско законодавство деценијама уназад тежи да уведе подједнако одсуство ради неге детета за оба родитеља, водећи се принципом да је новорођенчету потребна пажња оба родитеља, као и да обавезе у вези са чувањем детета треба да буду подељене. Наведено одсуство родитељи не би могли да користе истовремено а циљ је да се традиционална улога мајке прошири и значајном улогом оца у одгајању детета. Замисао шведског законодавца могла би послужити као пример законодавствима у Европи, само да је иста до краја реализована јер овакво одсуство је у шведском праву неплаћено.²⁴

22 D. Alewll, K. Pull, „An International Comparison and Assessment of Maternity Leave Legislation“, *Comparative Labour Law & Policy Journal*, Vol.22, page 297.

23 A. Adlercreutz, B. Nystrom, *Labour law in Sweden*, second edition, Walters Kluwer, The Hague 2015, page 109.

24 *Ibid*, page 111.

Занимљива решења у погледу посебне заштите жена постоје у Белгији. Право на породилско одсуство припада мајци од рођења детета и постоји могућност да се овим правом жена користи до дететове четврте године.²⁵ Одуство је плаћено. Белгијско право прокламује право на породилско одсуство изричито и за усвојено дете. Да би Белгијанка остварила право на накнаду зараде, потребно је оствари стаж код тренутног послодавца најмање дванаест месеци. Заштита од отказа постоји и послодавац не може отказати уговор о раду жени због одласка на породилско одсуство, али може га отказати ако постоји неки други разлог за отказ.²⁶ Ово решење представља специфичност и Белгија је међу ретким државама чије је право ауторка проучавала ради истраживања која је увела ипак могућност да да породиља буде отпуштена уколико за то постоји оправдани разлог. С друге стране, породиља има право да се након коришћења права на породилско одсуство врати на исти посао који је раније обављала, евентуално други посао који одговара њеним квалификацијама. Право оца да буде одсустан са посла гарантовано је али само десет дана од рођења детета, али је одсуство плаћено. Исто право пружа се усвојитељу али и хомосексуалном пару који је усвојио дете, под условом да је један од партнера жена која је родила дете.²⁷

Аустријско законодавство предвиђа породилско одсуство, са којим мајка отпочиње са коришћењем након порођаја и оно није плаћено.²⁸ Максимално трајање породилског одсуства може се протезати до друге године детета. Крај прошлог века донео је измене што се титулара права на одсуство тиче, те од тада право да одсуствује са посла ради неге детета има и отац детета. То право могу искористи и оба родитеља али не у континуитету, те се у пракси често дешава да мајка одсуствује са после у првој години детета а отац у другој. Поред наведеног, родитељи имају право и на скраћено радно време после рођења детета до његове седме године.

Право на породилско одсуство познаје и немачко право и може трајати до навршене треће године детета.²⁹ Поступак отпочињења породилског одсуства почиње писменим обраћањем послодавцу седам недеље пре планираног одсуства. Оно не мора бити одједном искоришћено већ у деловима, а могу га користити и мајка и отац. Породилско одсуство

25 R. Blanpain, *op.cit.*, page 227.

26 *Ibid*, page 228.

27 *Ibidem*.

28 M. E. Risak, *Labour law in Austria*, Wolters Kluwer, The Hague 2010, page 138.

29 M. Weiss, M. Schmidt, *Labour law and industrial relations in Germany*, Wolters Kluwers, The Hague 2010, page 103.

у немачком праву није плаћено, те родитељ који га користи нема право на накнаду већ само право на дечији додатак и здравствено осигурање за дете.³⁰ Закон пружа и право на рад са половином радног времена. Пракса у Немачкој показује да се мали проценат очева одлучује да се стара о свом детету из простог разлога што је потребно да један од родитеља обезбеди приход за живот породице и то најчешће чине очеви.

Закон о раду у Хрватској прописује забрану непосредне дискриминације тако што забрањује послодавцу да одбије запослење жене због њене трудноће, као и да жени због трудноће или дојења понуди измену уговора.³¹ Можемо приметити да хрватско законодавство штити не само жене у радном односу него и трудницу кандидата за запослење, што представља корак напред у корпусу посебне заштите жена. За права жена у оквиру материнског права, хрватски Закон о раду упућује на посебан пропис, Закон о родиљским и родитељским потпорама.³² Наведени закон прокламује иста права за запослену и samozапослену трудницу и то право на породилско одсуство (родиљни допуст) у трајању од 28 дана пре термина за порођај, одређеног од стране надлежног лекара, и 70 дана након рођења детета. На то право се надовезује право на додатни родиљни отпуст до шестог месеца детета, што може користити и отац уз писмену сагласност. Право жене у Хрватској да одсуство пре порођаја продужи тако да оно траје 45 дана могуће је само уз сагласност надлежног органа који ће утврдити да је то неопходно, за разлику од српског права где је то факултативно право жене. Након искоришћеног додатног родиљског отпуста, родитељи се могу користити правом на родитељски допуст. Уколико ово право користе оба родитеља, онда га користе по 4 месеца за прво и друго рођено дете, односно по 15 месеци за рођење близанаца, треће и свако следеће дете. Уколико се овим правом користи само мајка, моћи ће да га користи у трајању од 6 месеци прво и друго рођено дете, односно 30 месеци за рођење близанаца, треће и свако следеће дете.³³ Додатни родиљни допуст мајка може користити и као право на рад са половином пуног радног времена. Ово сматрамо добрим решењем које недостаје српском праву. Мишљења смо да би се на тај начин смањила дискриминација жена јер се смањује и период одсутности са посла, што погодује послодавцу. С друге стране, омогућава и интеграцију жене у радне обавезе, а не одваја је превише од мајчинске улоге, те ће жена бити

30 *Ibidem*.

31 Закон о раду Хрватске, *Народне новине* бр. 93/14, 127/17, члан 30.

32 Закон о родиљним и родитељским потпорама, *Народне новине* бр. 85/05, 110/08, 34/11, 54/13, 152/14, 59/17.

33 Закон о родиљним и родитељским потпорама, *op.cit.*, чл. 14.

у стању да успостави равнотежу између професионалних и приватних обавеза. Накнада „плаће“ односно зараде за запослену жену износи 100% од основице за накнаду плаће утврђене према прописима о обавезном здравственом осигурању. Уколико је жена одлучила да искористи рад са половином радног времена, њена накнада не може бити нижа од 70% основице. На ову накнаду има право жена која има стаж осигурања у континуитету од 12 месеци, односно 18 са прекидима у последње две године, у супротном њена накнада се смањује за 30%.³⁴

5. Измене Закона о финансијској подршци породице са децом

Последње измене Закона о финансијској подршци породице са децом изазивале су велику пажњу стручне јавности. Ниска стопа наталитета годинама је присутна у нашој земљи и под слоганом подизања истог, приступило се измени закона који би требало да штити права мајки и деце. Теоретичари се са тиме нису сложили, указујући на бројне недоследности и нелогичности у закону. Поред проширеног круга титулара права на накнаду зараде, о којој је писано на почетку рада, законодавац је дао нову формулу за израчунавање наведене накнаде и увео нова правила за остваривање права на породилско одсуства предузетница. Као једна од мајки која је била оштећена најновијим изменама овог закона, ауторка је желела да проучи измењене одредбе закона у нади да ће оне бити промењене у што скоријем року јер се на наведени начин жене не стимулишу на рађање деце, поготову не младе жене.

Једна од измена наведеног закона јесте период за обрачун накнаде који се узима у обзир, који је повећан са 12 на 18 месеци, уз битну разлику. У обрачун не улази период одржавања трудноће, па ако трудница по налазу лекара није у могућности да обавља посао код послодавца због ризичности трудноће до порођаја, њена накнада може бити драстично мања, с обзиром на то да се накнада рачуна на основу збира месечних основица на који су плаћени доприноси последњих 18 месеци који претходи месецу одсуства због компликација у вези са одржавањем трудноће. С друге стране, на овај начин су у незавидан положај доведе младе мајке које немају 18 месеци рада, чак и у ситуацији да им здравствено стање допусти рад до отпочињања породилског одсуства. Наведена одредба неће подстаћи младе жене на почетку професионалне каријере на рађање, већ ће им одгодити планирање

³⁴ Закон о родилним и родитељским потпорама, *op. cit.*, члан 24, став 7.

породице у трци за сталним и континуираним запослењем. Не постоји законски минимум тако одређене накнаде, што је у супротности са стандардима Међународне организације рада и Конвенције бр.183 о заштити материнства, коју је наша држава ратификовала.³⁵ Наведена конвенција забрањује да породиља за време породилског одсуства има накнаду која је за две трећине нижа од зараде коју је приходовала.³⁶

Трагове дискриминације налазимо и у одредби закона који регулише накнаду пољопривредницама. Наиме, за ову категорију породиља, релевантни период за обрачун зараде је 24 месеца, што је за 6 месеци виши праг у односу на остале породиље. Надаље, нејасно је зашто законодавац уводи измену приликом обрачуна накнаде за предузетнице.³⁷ Накнада зараде за породиље које самостално обављају делатност израчунава се тако што се основица збира од 18 месеци подели са коефицијентом који износи 1,5. Без даљег појашњења, закон дискриминаторски поступа према овој категорији породиља и обесхрабрује их на планирање породице. Поред тога, предузетнице су постојећим изменама закона сврстане у категорију „посебних накнада“, те им закон пружа право на исплату накнаде у трајању од 12 месеци.³⁸ Следствено томе, овој категорији породиља наведени закон не пружа право на накнаду за друго и свако наредно дете, што сматрамо недопустивим прављењем разлике.

Укидање повраћаја пореза на додатну вредност на опрему за бебе и одредба члана 12, став 7 који предвиђа да „право на накнаду зараде за време одсуства са рада ради посебне неге детета не може се остварити за дете за које је остварено право на додатак за помоћ и негу другог лица“ су такође новине у овом закону које отварају полемику стручности редактора закона. Поводом другопоменуте одредбе уследила је и реакција Поверенице за заштиту равноправности са иницијативом за измену наведене одредбе.³⁹ Неки од циљева овог закона били су пружање услова за задовољавање основних потреба деце, усклађивање рада и родитељства, подстицај родитељима за проширење породице, као и побољшање материјалног положаја породице са децом, што у пракси није

35 Наведену конвенцију Република Србија је ратификовала 2010. године. <http://www.overa.rs/konvencija-medunarodne-organizacije-rada-br-183-o-zastiti-materinstva.html> (01.04.2019.године).

36 Конвенција Међународне организације рада бр.183, члан 6.

37 Закон о финансијској подршци породице са децом, *op.cit.*, члан 18, став 1 и став 8.

38 Закон о финансијској подршци породице са децом, *op.cit.*, члан 17, став 4.

39 <http://ravnopravnost.gov.rs/inicijativu-za-izmenu-clana-12-stav-7-zakona-o-finansijskoj-podrsi-porodici-sa-decom-cir/> (02.04.2019.године).

остварено јер су његове одредбе у супротностима са основним начелом нашег устава а то је посебна заштита породице, мајке, самохраног родитеља и детета због чега је потребна његова хитна измена.⁴⁰

5. Закључак

Нормативни оквир домаћег радног законодавства солидан је, пружа посебан третман породиљама и прати упоредноправна решења. Међутим, свако законско решење не сме бити дословно преписано, већ мора бити имплементирано у складу са осталим сродним законима у постојећем правном систему и у складу са духом друштва, моралним и обичајним нормама. Тако, одредбе о трајању дужине породилског одсуства јесу авангардније у односу на решења многих држава у упоредном праву. С друге стране, одредбе о плаћеној паузи за дојење коју налазимо у домаћем Закону о раду делују вештачко и поставља се питање колико се заиста примењују у пракси у великим градовима попут Београда, где су посреди велике удаљености између места рада и места становања, а тако и вртића који мора бити на општини пребивалишта родитеља.

Ипак, измене Закона о финансијској подршци породице са децом којим се уређују ближе накнаде за породиље и услови за остваривање накнаде нису у складу са начелом посебне заштите жене. Промене закона морају ићи у складу са начелима Закона о раду и подстицати жене на формирање породице кроз финансијске подстицаје. На томе посебно треба радити када су младе мајке у питању, на почетку професионалне каријере, с обзиром на велику миграцију младих образованих људи. Њих треба мотивисати да се пре тридесте остваре у улози мајке и да им се пружа сигурност запослења након што искористе право на породилско одсуство и одсуство ради неге детета. Пре измена од средине 2018. године, Закон о финансијској подршци садржао је другачији начин за обрачун накнаде породиљи, уз релеватна период од 12 месеци који је узиман у обзир. Труднице које су сврставане у три категорије у зависности од тога да ли су радни стаж пре отпочињања одсуства оствариле у трајању од три, шест месеци или годину. У зависности од већег стажа, проценат накнаде зараде је био већи, што сматрамо праведнијим решењем него постојећим. Чини се да последње измене закона неће испунити свој циљ и подстаћи наталитет, посебно узев у обзир неосноване различите услове за остваривање накнаде за запослене, samozaposlene и мајке пољопривреднице.

⁴⁰ Устав Републике Србије, *op.cit.*, члан 66.

Литература и извори

Adlercreutz A., Nystrom B., *Labour law in Sweden*, second edition, Walters Kluwer, The Hague 2015.

Alewll D., Pull K., „An International Comparison and Assessment of Maternity Leave Legislation“, *Comparative Labour Law&Pol'y Journal*, Vol.22.

Blanpain R., *Labour law in Belgium*, Walters Kluwer, The Hague 2012.

International Labour Organisation, *Maternity protection, Resource Package – From Aspiration to Reality for All*, Geneva, 2012.

Јовановић П., „Посебна радноправна заштита појединих категорија запослених“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (ур. Владимир Капор), 4/2015.

Ковачевић Љ., „Равноправност мушкараца и жена као битан елемент достојанственог запошљавања: прилог дискусији о Нацрту закона о родној равноправности“, *Радно и социјално право*, бр. 1/2018.

Конвенција 3 о запошљавању жене пре и после порођаја, *Службени гласник СФРЈ*, бр.7/71.

Конвенција бр. 103 о заштити материнства, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 9/55

Конвенција бр. 183 о заштити материнства, *Службени гласник РС*, бр. 1/2010.

Посебан извештај Поверенка за заштиту равноправности о дискриминацији жена, Повереник за заштиту равноправности, Београд, 2015.

Радовановић Д., „Посебна заштита за време трудноће и порођаја у светлу Закона о раду“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* (ур. Чедомир Стевановић), LXIV.

Risak M. E., *Labour law in Austria*, Wolters Kluwer, The Hague 2010.

Сјенчић М., „Однос националне регулативе према осетљивим групама становништва“, *Становништво*, бр. 1/2015.

Weiss M., Schmidt M., *Labour law and industrial relations in Germany*, Wolters Kluwers, The Hague 2010.

Winni Ch., „Mothers, Equality and Labour Market Opportunities“, *Industrial Law Journal*, Vo.42, no.3.

Устав Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије* бр. 98/2006.

Закон о раду – у даљем тексту ЗОР, *Службени гласник Републике Србије* бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - одлука УС, 113/2017 и 95/2017 – аутентично тумачење.

Закон о финансијској подршци породице са децом, *Службени гласник РС* бр. 113/2017 и 50/2018.

Закон о раду Хрватске, *Народне новине* бр. 93/14, 127/17.

Закон о родилњим и родитељским потпорама, *Народне новине* бр. 85/05, 110/08, 34/11, 54/13, 152/14, 59/17.

*Jovana Rajić Čalić, M.A.
Research Associate
Institute of Comparative Law, Belgrade*

Special protection of Women during Pregnancy, Maternity Leave and absence for child care in Serbia and applicable law

Summary

With the amendments to the Law on Family Assistance for Children with Children, the issue of special protection of women during pregnancy, maternity leave and absence for child care is gaining importance. The new calculation of compensation, the abolition of VAT refund on baby equipment, the introduction of an extended circle of entitlements to compensation and the differentiation of the conditions for obtaining compensation for farmers and entrepreneurs raises the issue of this special protection, which prompted the law to quickly find itself at the audit desk. On the other hand, the reasons for providing this special protection to a woman are recognized in the field of gender imbalance and the need to have a balanced position with men and on the biological plane due to its reproductive role. Such protection also includes a special corps for the protection of women during pregnancy and includes protection against cancellation, prohibition of work under certain conditions, prohibition of the proclamation of a pregnant woman as a surplus.

Key words: *special protection of women, pregnant women, protection against cancellation.*