

Др Драгана Радовановић

ПОСЕБНА ЗАШТИТА ЗА ВРЕМЕ ТРУДНОЋЕ И ПОРОЂАЈА У СВЕТЛУ ЗАКОНА О РАДУ

***Апстракт:** У раду се анализирају одредбе Закона о раду о заштити жене за време трудноће и порођаја. Труднице представљају једну од вулнерабилних група лица која траже запослење, као и оних запослених. Материнска улога често је у конфронтацији са професионалном каријером жене. Из разлога везаних за трудноћу и порођај, жени се јамчи право на посебну заштиту. Пажња је посвећена и телима којима се жена може обратити ради заштите права, као и у случају дискриминације.*

***Кључне речи:** забрана дискриминације, посебна заштита за време трудноће, породилско одсуство.*

Уводне напомене

Закон о раду¹ представља матични закон у области рада. Има својство општег закона и примењује се на све запослене и све послодавце, и то потпуно и директно или делимично и супсидјарно.² Следећи уставну одредбу по којој одређене категорије запослених уживају посебну заштиту на раду, у складу са законом, јамчи право жене на посебну заштиту за време трудноће и порођаја. То право је инхерентно специфичној улози жене у биолошкој репродукцији становништва. У функцији је заштите и жене и детета. Посебној заштити за време трудноће и порођаја инхерентни су трошкови у вези са заштитом

1 Службени гласник РС, бр. 24/05, 61/05, 54/09.

2 Тамо где посебних закона нема, примењује се потпуно и директно, а тамо где их има, делимично и супсидјарно. Делимично, јер покрива питања која нису уређена посебним законом. Супсидјарно, јер се примењује када посебан закон није уредио неко питање. Ивошевић З, Радно право, Друго допуњено и измењено издање, Београд, 2006, стр. 32.

материнства, тешкоће у организацији рада, породилско одсуство и тешкоће у тражењу замене за привремено одсутног радника, што може резултирати дискриминацијом с обзиром на трудноћу која је експлиците забрањена овим Законом.

1. Право на посебну заштиту за време трудноће и порођаја

Право на посебну заштиту за време трудноће и порођаја представља основно право жене из радног односа. То слојевито и комплексно право правни израз налази у забрани рада на пословима који су штетни за здравље жене и детета, заштити у оквиру института радног времена и одсуству због трудноће и порођаја. Да би остварила право на посебну заштиту, жена мора обавестити послодавца да је у другом стању. Уколико оспорава индиције да је трудна, иако се по спољним знацима може претпоставити да је у другом стању, послодавац може захтевати од ње да се подвргне тесту на трудноћу. У тој ситуацији, једино резултат теста може отклонити постојећу сумњу.³

1.1. Забрана рада на пословима који су штетни за здравље жене и детета

За време трудноће, жена ужива заштиту од рада на пословима који су штетни за њено здравље и здравље детета. Ради се о пословима који су, по налазу надлежног здравственог органа, штетни за њихово здравље и пословима који захтевају подизање терета, на којима постоји штетно зрачење или изложеност екстремним температурама и вибрацијама (члан 89). Заштита од рада на пословима који су, по налазу надлежног здравственог органа, штетни за здравље жене и детета је условљена. Делује тек када надлежни здравствени орган процени да је рад штетан за њихово здравље, иако су примењене мере заштите на раду. Другим речима, ужива је жена која, с обзиром на психофизичке способности, не може, без штете за своје здравље и здравље детета, поднети рад на тим пословима. С тим у вези, потребно је да прибави и достави послодавцу налаз надлежног здравственог органа, јер штетно дејство послова за њихово здравље може утврдити једино надлежни здравствени орган.⁴ Заштита од рада на пословима који захтевају подизање терета, на којима постоји штетно зрачење или изложеност екстремним температурама и

3 М. Лаковић, С. Буђић и Т. Поповић, Приручник за примену Закона о радним односима, Четврто допуњено и измењено издање, Београд, 1961, стр. 55.

4 З. Ивошевић и М. Ивошевић, Огледи на тему Закон о раду, Друго издање, Београд, 2003, стр. 94.

вибрацијама постављена је енергичније у односу на претходну. Није условљена налазом надлежног здравственог органа, јер на тим пословима постоји, и поред примене мера заштите на раду, повећано штетно дејство на здравље запосленог.⁵

Уколико жена ради на пословима који су штетни за њено здравље и здравље детета, треба предузети мере да се обезбеди алтернатива таквом раду у облику: уклањања опасности; прилагођавања услова рада; премештаја на друго радно место, без умањења зараде, ако је прилагођавање услова рада неизводљиво; плаћеног одсуства, у складу са законом, када премештај на друго радно место није изводљив.⁶ Уколико се не обезбеди, а постоји непосредна опасност по живот и здравље жене, она има право да, у самозштити, одбије да ради. Одбијање се не сматра повредом радне обавезе, нити оправданим разлогом за отказ уговора о раду од стране послодавца, јер нису примењене мере заштите на раду.⁷

1.2. Заштита у оквиру института радног времена

За време трудноће, жена ужива заштиту у оквиру института радног времена, и то: заштиту од прековременог рада (члан 90), заштиту од ноћног рада (члан 90) и заштиту од рада у режиму прерасподеле радног времена (члан 91).

Жена ужива заштиту од прековременог рада за време прве 32 недеље, као и последњих 8 недеља трудноће. У том периоду забрањено јој је да ради дуже од пуног радног времена. Заштита од прековременог рада за време прве 32 недеље трудноће је условљена. Делује тек када надлежни здравствени орган процени да је прековремени рад штетан за здравље жене и детета.⁸ Другим речима, у случају више силе, изненадног повећања обима посла и у другим случајевима када је неопходно у одређеном року завршити посао који није планиран, на захтев послодавца жена је дужна да ради прековремено за време прве 32 недеље трудноће, уколико такав рад није штетан за њено здравље и здравље детета, на основу налаза надлежног здравственог органа. Наравно, под условима који важе за остале запослене. Прековремени рад

5 З. Ивошевић и М. Ивошевић, *Огледи на тему Закон о раду*, Друго издање, Београд, 2003, стр. 94.

6 А. Николић, *Коментар Закона о радним односима*, Београд, 1994, стр. 201.

7 На то упућује Препорука Међународне организације рада о заштити материнства (број 191) коју је наша земља прихватила 2010. Године ("Службени гласник РС – Међународни уговори", број1/2010).

8 П. Јовановић, *Радно право*, Шесто измењено и допуњено издање, Нови Сад, 2012, стр. 265.

не може трајати дуже од 8 часова недељно, нити дуже од 4 часова дневно (члан 53). Жена која, с обзиром на психофизичке способности, не може, без штете за своје здравље и здравље детета, поднети прековремени рад не може радити дуже од пуног радног времена за време прве 32 недеље трудноће. Наравно, потребно је прибави и достави послодавцу налаз надлежног здравственог органа, јер штетно дејство прековременог рада може проценити једино надлежни здравствени орган.⁹ Заштита од прековременог рада за време последњих 8 недеља трудноће је апсолутна. Завршна трудноћа приближава жену моменту рађања, те се у том периоду њен рад мора учинити подношљивијим. Тим пре што прековремени рад изискује веће психофизичке напоре, због чега се сматра радом под посебним условима.¹⁰ Како је дежурство у здравственим установама посебан облик прековременог рада (члан 54), треба га сагледати у светлу заштите од прековременог рада.

Жена ужива заштиту од ноћног рада за време прве 32 недеље, као и последњих 8 недеља трудноће. У том периоду забрањено јој је да ради у времену од 22,00 часа до 6,00 часова наредног дана, те јој послодавац мора обезбедити обављање послова у току дана.¹¹ У противном, има право да, у самозаштити, одбије да ради. Заштита од ноћног рада за време прве 32 недеље трудноће експлицира се психофизичким способностима жене. Стога, не може радити у времену од 22,00 часа до 6,00 часова наредног дана за време прве 32 недеље трудноће, уколико је такав штетан за њено здравље и здравље детета, на основу налаза надлежног здравственог органа. Како штетност рада може проценити једни надлежни здравствени орган, забрана може уследити на основу његовог налаза који је жена треба да прибави и достави послодавцу.¹² Уколико је психофизички склоп жене такав да може, без штете за своје здравље и здравље детета, поднети рад у времену од 22,00 часа до 6,00 часова наредног дана, може радити ноћу за време прве 32 недеље трудноће под условима који важе за остале запослене. Пре увођења ноћног рада послодавац је дужан да затражи мишљење синдиката о мерама које треба предузети ради безбедности и заштите живота и здравља на раду запослених који раде ноћу (члан 62 став 3). Уколико је рад организован у сменама, дужан је да обезбеди измену смена тако да запослени не ради непрекидно дуже од једне радне недеље ноћу (члан 63 став 1). Дуже од једне радне недеље, запослени може радити ноћу, уз своју писану сагласност (члан 63 став

9 А. Николић, Коментар Закона о радним односима Србије, цит. дело, стр. 200.

10 Ивошевић З. и Ивошевић М, Коментар Закона о раду, оп.цит, стр. 205.

11 На то упућује члан 62 став 2.

12 З. Ивошевић и М. Ивошевић, Огледи на тему Закон о раду, цит. дело, стр. 94.

2). Будући да ноћни рад представља рад под отежаним условима и више се плаћа, жена може радити ноћу дуже од једне радне недеље и када то није у стању да поднесе, без штете за своје здравље и здравље детета. Зато, треба бити опрезан и затражити мишљење надлежног здравственог органа у смислу члана 62 став 2 Закона.¹³ Заштита од ноћног рада за време последњих 8 недеља трудноће је апсолутна. Завршна трудноћа приближава жену моменту рађања, што је разлог да се у том периоду њен рад учини подношљивијим. Тим пре што ноћни рад изискује веће психофизичке напоре и преставаља радом под посебним условима.¹⁴

Послодавац може извршити прерасподелу радног времена трудници, уз њену писану сагласност (члан 92). Заштита се остварује условљавањем прерасподеле радног времена писаном сагласношћу труднице тако да њу, без те сагласности, прерасподела радног времена не делује. Тиме се трудници омогућава да се, зависно од конкретних прилика, изјасни да ли жели да у одређеном периоду ради онолико дуже за колико ће у другом периоду радити краће, под условом да укупно радно време у периоду прерасподеле, у просеку, не буде дуже од законом утврђеног пуног радног времена¹⁵, у чему се састоји суштина прерасподеле радног времена (члан 57). Инсистира се на писаној форми сагласности из више разлога. Изговорена реч пада брже од написане, те писана форма приморава жену да добро размисли о раду у режиму прерасподеле радног времена. Олакшава доказивање чињенице да је сагласна да ради у том режиму и онемогућава евентуалне злоупотребе. Задовољена је уколико је написана ручно или техничким средством, на пример, компјутером, и својеручно потписана од стране труднице.¹⁶ Сагласност је опозива, јер супротно није у интересу жене. Опозив мора бити дат, такође, у писаној форми.¹⁷

1.3. Одсуство због болести и компликација у вези са трудноћом

На основу налаза надлежног здравственог органа, жена има право на одсуство због болести и компликација у вези са трудноћом. Објашњавајући свој став поводом тога, министарство за рад и

13 Ивошевић З. и Ивошевић М, Коментар Закона о раду, оп.цит, стр. 165.

14 О. Милисављевић и Ж. Албинезе, Коментар Закона о раду, Прво издање, Београд, 2005, стр. 117.

15 О. Милисављевић и Ж. Албинезе, Коментар Закона о раду са регистром појмова, цит. дело, стр. 117.

16 Аврамовић С. и група аутора, Лексикон грађанског права, Београд, 1996, стр. 811.

17 Ивошевић З. и Ивошевић М, Коментар Закона о раду, оп.цит, стр. 207

запошљавање у мишљењу број 197/2002 од 11.3.2002. године наводи: “Из истог разлога, запослена жена ће имати прво на пуно породилјско одсуство и када је до самог порођаја била на боловању ради одржавања трудноће”.¹⁸ За време одсуствовања са рада до 30 дана има право на накнаду зараде. Накнада се одређује најмање у висини 65% просечне зараде у претходна три месеца пре месеца у којем је наступила привремена спреченост за рад и не може бити нижа од минималне зараде, утврђене у складу са законом (члан 115). Уколико привремена спреченост за рад траје дуже, накнада се исплаћује у складу са Законом о здравственом осигурању.

1.4. Одсуство због трудноће и порођаја

Жена има право на одсуство због трудноће и порођаја (у даљем тексту: породилјско одсуство) (члан 94 став 1). Користи га у време припреме за порођај, самог порођаја и опоравка од порођаја. Време опоравка од порођаја је и време када тек рођеном детету треба пружити неопходну негу (дојење, преповијање, купање, одлазак лекару и слично). Стога, користи се у интересу и жене и детета, а у симбиози са одсуством ради неге детета.¹⁹ Породилјско одсуство жене, која роди мртво дете или којој дете умре пре истека породилјског одсуства, специфично је по томе што се користи независно од одсуства ради неге детета. Одсуство ради неге детета је одсуство које је, превасходно, подређено потребама детета и користи се у његовом интересу. Уколико нема детета, не постоји основ коришћења одсуства по том основу.²⁰

Породилјско одсуство отпочиње на основу налаза надлежног здравственог органа (члан 94 став 2), јер заштитни период од 45, односно 28 дана, када може, односно мора, отпочети утврђује, на основу старости трудноће, надлежни здравствени орган. О утврђивању заштитног периода жена треба да обавести послодавца и, с тим у вези, прибави и достави му налаз надлежног здравственог органа.²¹

Породилјско одсуство може отпочети најраније 45 дана пре времена одређеног за порођај (члан 94 став 2). Зависно од налаза надлежног здравственог органа, може, али и не мора, отпочети. Отпочињање је предвиђено као могућност и везује се за стицање права на породилјског

18 www.sluzbenamisljenja.bazapropisa.net/./1628-ministarstvo-rada; приступ: 10.09.2011. године.

19 Ивошевић З. и Ивошевић М, Коментар Закона о раду, оп.цит, стр. 209.

20 З. Ивошевић, Радно право, Друго допуњено и измењено издање, Београд, 2006, стр. 152.

21 Ibid, стр. 149.

одсуства када трудноћа буде ушла у последњих 45 дана.²² Породиљско одсуство мора отпочети 28 дана пре времена одређеног за порођај (члан 94 став 2). Завршна трудноћа приближава жену моменту порођаја, те мора отпочети породилско одсуство када трудноћа буде ушла у последњих 28 дана, чак и када је то против њене воље и воље послодавца.²³

Породиљско одсуство траје до навршена 3 месеца од дана порођаја (члан 94 став 3). Како отпочиње најраније 45 дана, односно мора отпочети 28 дана пре времена одређеног за порођај, може трајати најдуже 3 месеца и 45 дана, а најкраће 3 месеца и 28 дана. Трајање породилског одсуства протеже се до навршених 3 месеца од дана порођаја, независно од судбине детета. Жена, која роди мртво дете или којој дете умре пре истека породилског одсуства, има право на породилско одсуство у пуном трајању (члан 95). Другачије становиште противно је основном смислу правила о дужини и разлозима породилског одсуства. Није ни хумано, јер се жени, која роди мртво дете или којој дете умре пре истека породилског одсуства, ускраћује право које има жена коју није задесио губитак детета.²⁴ Како породилско одсуство траје до навршена 3 месеца од дана порођаја, жена, којој дете умре при истеку породилског одсуства, неће имати довољно време да се опорави од шока узрокованог губитком детета. Стога, постоји став да би рачунање породилског одсуства требало прилагодити околностима конкретне случаја.²⁵ Овако, жена има право да одсуствује са рада за време које јој је, према налазу надлежног здравственог органа, потребно да се опорави од трауме проузроковане губитком детета.²⁶ Трајање породилског одсуства протеже се до навршена 3 месеца од дана порођаја, независно од броја рођене деце. Ради стимулисања рађања троје или више деце у циљу повећања наталитета, који је последњих година у опадању, жена има право на одсуство ради неге детета у трајању од 2 године рачунајући од дана отпочињања породилског одсуства за треће и свако наредно новорођено дете, када у првом порођају роди троје или више деце и када је родила једно, двоје или троје деце, а у наредном порођају роди двоје или више деце (члан 94). Поставља се питање да ли право на породилско одсуство у пуном трајању има жена која се породи раније у односу на време одређено за порођај. У одлуци Уставног суда У-39/72

22 Ibid

23 Ibid

24 В. Брајић, Радно право: Радни односи, други односи рада и социјално осигурање, Шесто измењено издање, Београд, 2001, стр. 278.

25 З. Ивошевић, Радно право, цит. дело, стр. 149.

26 П. Јовановић, Радно право, Пето издање, Београд, 2003, стр. 277.

од 20.06.1972. године заузет је став да жени, која се породи пре истека рока од 28 дана, иако је поступила према налазу надлежног здравственог органа, треба омогућити да дане које није искористила пре порођаја искористи после порођаја, јер није крива што је број дана одсуства пре порођаја мањи од прописаног. Уколико је знала, а прикрила да је трудноћа ушла у заштитни период од 28 дана, нема право на породилско одсуство у пуном трајању. То би требало да је одврати од шпекулације са данима породилског одсуства.²⁷ Према мишљењу министарства за рад и запошљавање, број 12/2002 од 07.05.2002. године, жена, која дете преда надлежној установи или га да на усвајање одмах по порођају, нема право на породилско одсуство у пуном трајању, нити право на накнаду зараде за време породилског одсуства. Међутим, има право да одсуствује са рада за време које јој је, према налазу надлежног здравственог органа, потребно да се опорави од порођаја.²⁸ Такво мишљење подлеже стручној критици. Истина је да су правила о трајању и разлозима коришћења породилског одсуства формулисана у интересу мајке и детета, али се не могу поједноставити тако да се у жени ускрати право на породилско одсуство у пуном трајању у тој ситуацији. Тим пре што је породилско одсуство у пуном трајању у функцији очувања здравља жене (Д.Р).

Уколико жена умре, напусти дете или је из других оправданих разлога спречена да користи породилско одсуство, отац детета може користити породилско одсуство до навршена 3 месеца од дана порођаја (члан 94 став 5). Наравно, то се односи на део породилског одсуства након порођаја. Право да користи породилско одсуство изводи из права жене која није у могућности да га користи из оправданих разлога.²⁹ Стога, ирелевантно је да ли је жена у радном односу (члан 94 став 5). Битни су интереси детета коме је нега ускраћена од стране мајке.³⁰

Право на породилско одсуство произилази из закона и његов настанак није условљен доношењем решења од стране послодавца. Како се о правима, обавезама и одговорности из радног односа одлучује решењем, исто треба донети и доставити запосленом (члан 193). Практични разлози доношења решења тичу се евиденције. То решење

27 З. Ивошевић, Радно право, цит. дело, стр. 149.

28 www.sluzbenamisljenja.bazapropisa.net/.../1628-ministarstvo-rada; приступ: 10.09.2011. године

29 П. Јовановић, Радно право, Шесто измењено и допуњено издање, Нови Сад, 2012, стр. 267.

30 Ibid

је декларативног карактера; њиме се констатује стицање права на породилско одсуство.³¹

За време породилског одсуства, жена има право на накнаду зараде, у складу са законом (члан 94 став 7).

По истеку породилског одсуства, жена има право да отпочне одсуство ради неге детета у укупном трајању од 365 дана од дана отпочињања породилског одсуства (члан 94 став 1).

2. Недискриминација и сигурност запослења

У намери да избегне трошкове у вези са заштитом материнства, тешкоће у организацији рада, одсуство са рада због трудноће и порођаја и тешкоће у тражењу замене за привремено одсутног радника, послодавац може одбити да запосли жену која тражи запослење.³² Ону која је запослена може ставити у неповољнији положај у односу на друге у истој или сличној ситуацији због трудноће. У крајњој линији, може јој отказати уговор о раду због тога што је у другом стању.³³ Стога, Закон о раду забрањује дискриминацију лица која траже запослење, као и оних запослених. Забрањује је у погледу: услова за запошљавање и избор кандидата за обављање одређеног посла; услове рада и сва права из радног односа; образовање, оспособљавање и усавршавање; напредовање на послу; отказ уговора о раду (члан 20 став 1). Запосленима јамчи право на једнаку зараду за исти рад или рад исте вредности који остварују код послодавца (члан 104). Један од основа с обзиром на који забрањује дискриминацију је трудноћа (члан 18). Овај основ разликовања је недопуштен, јер нема никакве везе са радним, професионалним квалификацијама. Повређује људско достојанство жене, негира је као радника и као будућу мајку. Намеће јој избор између права на рад и права на слободно одлучивање о рађању деце, а сам избор повређује оба права, ма које било изабрано.³⁴ Добија на значају, будући да је последњих

31 Ibid

32 Б. Лубарда, Социјална права и достојанство на раду, Радно и социјално прав, број 1/2008, стр. 14.

33 Може јој онемогућити да напредује под изговором да ће за пар месеци одсуствовати са рада. Под тим изговором и под изговором да због стања у коме се налази неће моћи да прати предавања и да је нерационално трошити новац на њено образовање, оспособљавање и усавршавање, може јој онемогућити да се образује, оспособљава и усавршава. Н. Перишић-Павловић, Дискриминација жена на радном месту, Нови Сад, 2009, стр. 38 и 39.

34 Н. Тинтић, Радно и социјално право, Књига прва: Радни односи (II), Загреб, 1972.

година приметно смањење стопе наталитета. Нераскидиво је повезан са полом који је утврђен, такође, за недопуштен основ разликовања (члан 18). За разлику од дистинкција које се праве на основу пола, оне на основу трудноће праве се, по дефиницији, на штету жене и дискриминаторске су саме по себи, јер само жена може бити трудна и породити се.³⁵ Представљају израз непосредне дискриминације.³⁶ Сматра се да непосредну дискриминацију суштински одређује узрочна веза између поступања послодавца којим се жена која тражи запослење, као и она запослена, ставља у неповољнији положај у односу на друга лица у истој или сличној ситуацији и трудноће, која је утврђена за недопуштен основ разликовања.³⁷ Ваља напоменути да се дискриминацијом не сматра свако прављење разлике на основу трудноће, већ само оно које нема објективно оправдање.³⁸ Тако, одредбе закона, општег акта и уговора о раду о посебној заштити и помоћи за време породилског одсуства и одсуства ради неге детета не сматрају се дискриминацијом (члан 22). Таквим се не сматрају ни одредбе закона, општег акта и уговора о раду о посебној заштити и помоћи за време трудноће. Те одредбе осмишљене су тако да се респектују преовлађујући биолошки и физиолошки разлози.³⁹

У контексту забране дискриминације с обзиром на трудноћу треба сагледати члан 26. Послодавац не може захтевати од кандидата податке о планирању породице, јер се ти подаци захтевају обично у сврху дискриминације.⁴⁰ Не може ни условити заснивање радног односа тестом на трудноћу, чак и када се заснива ради обављања послова који су скопчани са знатним ризиком за здравље жене и детета, утврђеним од стране надлежног здравственог органа, што став 2 овог члана неоправдано допушта. Стање трудноће не може бити узето у обзир при оцени здравствене способности за обављање послова, јер се трудноћа не може изједначити са болешћу. Не може бити ни основ доношења одлуке којом се дугорочно решава о статусу запослења. По престанку трудноће и коришћења породилског одсуства и одсуства ради неге детета, жена може започети рад на пословима од којих ужива заштиту

35 ILO: Equality in employment and occupation, Special Survey by the equality in employment and occupation in respect Convention No.111, Geneva, 1988, par.53-40.

36 На то упућује одлука Европског суда правде у случају Silke-Karin Mahlburg v. Land Mecklenburg-Vorpommern Silke, (C-297/2011); доступно на: <http://curia.eu.int/en.int/en/index.htm>; приступ: 10.09.2011.

37 Deakin S, Morris G. S, Labour Law, Fourth Edition, Hart Publishing, Oxford, 2005, str. 585.

38 Ibid

39 Ibid

40 З. Ивошевић и М. Ивошевић, Коментар Закона о раду, Београд, 2006, стр. 101.

у вези са трудноћом.⁴¹ У наведеном контексту треба сагледати и члан 28. Послодавац не може условити заснивање радног односа претходним давањем изјаве о отказу уговора о раду од стране кандидата. Дату изјаву може активирати како би испало да је жени на њену иницијативу престао радни однос за време трудноће и породилског одсуства. Тим пре што запослени има право да послодавцу откаже уговор о раду у свако доба и из било ког разлога, а послодавац може запосленом отказати уговор о раду само из одређених разлога предвиђених Законом о раду.

Трудноћа и породилско одсуство не може довести у питање сигурност запослења. Оправдан разлог за отказ уговора о раду од стране послодавца није онај који се односи на трудноћу. Трудноћа представља лично својство, а оно се не сматра оправданим разлогом за отказ уговора о раду од стране послодавца (члан 183). Уколико јој послодавац, ипак, жени откаже уговор о раду за време трудноће, сматраће се да јој је незаконито престао радни однос. Међутим, о незаконитом престанку радног односа не можемо говорити уколико јој откаже уговор о раду због тога што не поштује радну дисциплину или не остварује резултате рада, односно нема потребна знања и способности за обављање послова ради којих је засновала радни однос. Ти разлози односе се на способност и понашање запосленог и сматрају оправданим за отказ уговора о раду. Да ли ће бити употребљени, дискреционо је право послодавца да о томе одлучује.⁴² Оправданим разлогом за отказ уговора о раду од стране послодавца не сматра се ни привремена неспособност за рад услед болести (члан 183). Тиме се штити сигурност запослења за време трудноће, јер болест може бити директно повезана са трудноћом.⁴³ Оправданим разлогом за отказ уговора о раду од стране послодавца не сматра се ни коришћење породилског одсуства (члан 183). Право на породилско одсуство је основно право из радног односа и због његовог остваривања не могу се претрпети штетне последице. За време трудноће, породилског одсуства и одсуства ради неге детета жена ужива посебну заштиту од отказа уговора о раду од стране послодавца, јер јој у том периоду не може отказати уговор о раду (члан 187 став 1). Уколико је засновала радни однос на одређено време, исти може престати по истеку

41 На то упућује одлука Европског суда правде у случају *Silke-Karin Mahlburg v. Land Mecklenburg-Vorpommern Silke*, (C-297/2011); доступно на: <http://curia.eu.int/en.int/en/index.htm>; приступ: 10.09.2011

42 Пресуда Врховног суда Србије, Рев.1478/07 од 17.4.2008. године, Избор судске праксе, број 1/2009, стр.53.

43 На то упућује одлука Европског суда правде у случају *Brown v Rentokil* (1998 IRLR 445) (EJC); доступно на: <http://curia.eu.int/en.int/en/index.htm>; приступ: 10.09.2011

рока на који је заснован (став 2 овог члана). Иако ова одредба није најбоље редигована, може се тумачити на начин да радни однос може престати када се искористи право на породилско одсуство и одсуство ради неге детета.⁴⁴ Трудноћа и породилско одсуство не може бити критеријум за утврђивање вишка запослених (члан 157).

3. Заштита права на посебну заштиту за време трудноће и порођаја

Уколико јој послодавац не обезбеди заштиту за време трудноће и порођаја, жена се може обратити синдикату, инспекцији рада, арбитражи и надлежном суду. Због тога не може трпети штетне последице. У крајњој линији, послодавац јој не може отказати уговор о раду. Оправданим разлогом за отказ уговора о раду од стране послодавца не сматра се обраћање запосленог синдикату или органу надлежном за заштиту права из радног односа, у складу са законом, општим актом и уговором о раду (члан 183 став 3).

Заштита професионалних, радних, економских, социјалних, културних и других индивидуалних и колективних интереса запослених један је од циљева удруживања запослених у синдикат. Ради заштите интереса својих чланова, синдикат користи различите методе, као што су: преговарање, партнерство и сарадња, притисак, критика, оспоравање, консултације са послодавцем о свим питањима од значаја за положај запослених. Представник синдиката може заступати запосленог у радном спору са послодавцем пред арбитражом и надлежним судом, уколико га на то овласти.⁴⁵

У случају повреде права запослена се може обратити инспекцији рада, државној служби која врши надзор над применом Закона о раду, других прописа, општих аката и уговора о раду (члан 268). Поступајући по захтеву странке или по службеној дужности, инспектор рада предузима корективне мере (доноси решење којим наложе послодавцу да отклони уочену повреду закона, општег акта и уговора о раду у року који му буде одредио у том решењу) и репресивне мере (подноси захтев за покретање прекршајног поступка поводом утврђених неправилности), у складу са чланом 269-270. Уколико нађе да је решењем послодавца о отказу уговора о раду очигледно повређено право запослен, а запослени је повео радни спор, на његов захтев доноси решење којим ће одложити

44 Ивошевић З. и Ивошевић М, Коментар Закона о раду, оп.цит, стр. 380.

45 С. Пауновић и С. Пауновић, Улога синдиката у заштити социјалних права, Зборник радова са саветовања правника, Београд, 2011, стр. 158.

извршење тог решења до доношења правоснажне судске одлуке у року од 15 дана од дана пријема захтева.

Одредбе члана 194 регулишу општи режим заштите права из радног односа у поступку пред арбитром. Поступак споразумног решавања спорних питања између послодавца и запосленог може се предвидети општим актом и уговором о раду. Покреће се захтевом за решавање спорних питања, који стране у спору подносе, појединачно или заједнички, у року од 3 дана од дана достављања решења запосленом. У том поступку спорна питања решава арбитар којег споразумно одређују стране у спору из реда стручњака која је предмет спора. Арбитар је дужан да донесе одлуку у року од 10 дана од дана подношења захтева за споразумно решавање спорних питања. Одлука коју доноси је коначна и обавезује стране у спору. Није извршна исправа, те се у случају неиспуњавања обавеза које намеће, као и у случају да арбитар не буде донео одлуку у предвиђеном року, повређено право може заштити пред надлежним судом.⁴⁶ Посебна правила примењују се у радном спору поводом отказа уговора о раду од стране послодавца. По тим правилима, запосленом мирује радни однос за време трајања поступка пред арбитром, а по његовом окончању решење о отказу уговора о раду постаје извршно.

Одредбе члана 195 регулишу судску заштиту права из радног односа. Та заштита остварује се у радном спору који се покреће тужбом. Тужбу подноси запослени коме је повређено право из радног односа, с тим да може овластити представника синдиката да то учини. Тужба се подноси надлежном суду. Стварно надлежан је основни суд, а месно онај који је општемесно надлежан за туженог или суд на чијем би се подручју рад обављао или се обавља. Избор месно надлежног суда врши се подношењем тужбе једном од надлежних судова. Извршен избор је неопозив.⁴⁷ Тужба се подноси у року од 90 дана од дана достављања решења, односно сазнања за повреду права. То правило није апсолутно. Радни спор поводом дискриминације може се покренути у свако доба, јер право да се захтева утврђивање ништавости не застарева (члан 11). Са друге стране, новчана потраживања из радног односа застаревају у року од 3 године од дана настанка обавезе (члан 196), а застарелошћу потраживања престаје право да се захтева њихова исплата. Судска заштита права из радног односа остварује се у спору о законитости и спору пуне јурисдикције, зависно од тога да ли је повреда права из

46 З. Ивошевић, Радно право, цит. дело, стр.282.

47 Ibid, стр. 285.

радног односа учињена решењем или фактичком радњом послодавца. У спору о законитости суд не одлучује о праву из радног односа, већ о томе да ли је решење послодавца или другог појединачног акта о том праву у складу са законом, општим актом и уговором о раду. Дакле, о његовој законитости са аспекта материјалног и процесног права. Уколико утврди да није законито, доноси одлуку којом га поништава и успоставља раније стање. У спору пуне јурисдикције суд одлучује о самом праву из радног односа. Дакле, о ономе о чему иначе одлучује послодавац. У спору пуне јурисдикције суд решава најчешће радни спор о исплати новчаних потраживања и надокнади штете.⁴⁸ Радни спор се води по посебним правилима парничног поступка садржаним у Закону о парничном поступку⁴⁹ (члан 437-441). Уколико неко питање није садржаним у Закону о парничном поступку⁴⁶ (члан 437-441). Уколико неко питање није уређено посебним правилима Закона о парничном поступку, примењују се опште одредбе овог Закона.

Закључна разматрања

Апорија Закона о раду јесте у одсуству брзе и ефикасне процедуре заштите права. Посебан проблем је терет доказивања. По угледу на упоредно право, требало би предвидети да је у спору поводом посебне заштите због трудноће и порођаја, као и у случају дискриминације, терет доказивања на послодавцу. Са друге стране, имајући у виду напоре које наша земља чини циљу пријема у чланство Европске уније, потребно је и даље радити у правцу хармонизације националног права са комунитарним стандардима у тој области. У вези са заштитом за време трудноће и порођај је и право на лекарске прегледе, контроле и друге третмане повезане са предстојећим порођајем, као и право жене да се

48 Ibid

49 По тим правилима, парницама из радних односа поступак у првом степену води судија појединац. У поступку у тим парницама, нарочито при одређивању рокова и рочишта суд посебно води рачуна о потреби хитног решавања радних спорова. У току поступка суд може и по службеној дужности одредити привремене мере, у складу са законом који уређује извршење и обезбеђење, ради спречавања насилног поступања или ради отклањања ненадокнадиве штете. Суд доноси одлуку о одређивању привремене мере по предлогу странке у року од 8 дана од дана подношења предлога. Против решења о одређивању привремене мере није допуштена посебна жалба. Суд ће у пресуди којом налаже извршење чинидбе одредити рок од 8 дана за њено извршење. Уколико тужени не дође на рочиште за главну расправу, а уредно је позван, суд ће одржати рочиште и одлучити на основу утврђеног чињеничног стања. О последицама изостанка са рочишта за главну расправу, суд ће упозорити туженог у позиву за рочиште. Ревизија је допуштена у парницама о споровима о заснивању, постојању и престанку радног односа.

по престанку трудноће и коришћења породилског одсуства и одсуства ради неге детета врати на исто или одговарајуће радно место, са истом зарадом и ужива користи од свих побољшања у условима рада на која би имала права током одсуства, које је Закон о раду пропустио да зајемчи.

Dragana Radovanović, LL.D.

***Special Protection of Women in Pregnancy and at Childbirth
under the Serbian Labour Act***

Summary

In this article, the author analyses the legal provisions contained in the Serbian Labour Act on the protection of women during pregnancy and at childbirth. Pregnant women fall into one of the most vulnerable social groups of people who are either employed or seeking employment. The woman's maternal role is frequently in incongruity with the woman's professional career. In pregnancy and child birth, women enjoy special protection. In this article, the author particularly focuses on the social authorities that a woman may refer to for the protection of these special rights during pregnancy and at childbirth, as well as in case of being subject to discrimination.

Key words: *prohibition of discrimination, special protection of women during pregnancy and child birth, maternity leave*

