



USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE
DEFENDING HUMAN RIGHTS PROJECT



Macedonian Young Lawyers Association

**Македонско здружение на млади правници
Проект на УСАИД за заштита на човековите права**

**ПРАВНО МИСЛЕЊЕ ЗА НЕЕДНАКОВОТО ПОСТАПУВАЊЕ И ДИСКРИМИНАЦИЈА ВО РАБОТНИТЕ
ОДНОСИ КОН ЖЕНИТЕ ПОРАДИ БРЕМЕНОСТ, РОДИТЕЛСТВО И МАЈЧИНСТВО ВО РЕПУБЛИКА
МАКЕДОНИЈА**

Автор: Јасна Оровчанец Аранѓеловиќ

Уредници: Александра Цветановска и Гоце Коцевски

Воведни напомени

Ова правно мислење го анализира нееднаквиот третман на бремените жени од страна на работодавачите во РМ при остварувањето на правата кои произлегуваат од работниот однос. Мислењето го опфаќа периодот од втората половина на 2014 година до почетокот на 2017 година со фокус на два клучни елементи на проблемот. Првиот е дискриминаторското постапување на работодавачите, а вториот е пристапот до правна заштита пред судовите за бремените работнички кои биле жртва на нееднаков третман. Мислењето посветува внимание на невоедначената судска пракса во однос на ова прашање каде за истоветна фактичка и правна состојба судовите носат различни одлуки.

Потребата за правно мислење кое ќе го анализира овој проблем произлезе од постоење на индиции за зачестена пракса на одредени работодавачи да не го продолжат договорот за вработување склучен на определено време веднаш откако работничките ќе соопштат дека останале бремени, или кога работодавачот на друг начин ќе дознае за бременоста. Притоа, не постојат други елементи кои би оправдале непродолжување на договорот како што се: намален обем на работа или несоодветно и неквалитетно вршење на работните обврски од страна на работничката.

Ваквото постапување влева оправдан сомнеж дека единствена причина поради што не им е продолжен договорот за вработување на овие работнички е бременоста што е недозволиво и незаконито. Законот за работни односи (ЗРО) експлицитно забранува давање



USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE
DEFENDING HUMAN RIGHTS PROJECT



Macedonian Young Lawyers Association

отказ поради бременост (член 101). Сепак со истата одредба е уредено дека оваа забрана не се однесува на престанокот на договорот за вработување поради истек на времето за кое е склучен (член 101 став 3), што им овозможува на работодавачите формална законитост на постапувањето. Поради тоа, се поставува прашањето дали оваа законска можност се злоупотребува од страна на работодавачите. Злоупотреба постои доколку одредена одредба се користи за постигнување на незаконита цел (отказ за време на бременост). Поради тоа, една од целите на ова мислење е да анализира дали постои злоупотреба на оваа одредба што може лесно да се утврди со одговор на прашањето, дали доколку работничката не останала бремена или не известила за состојбата, договорот за вработување ќе бил продолжен.

Македонското здружение на млади правници (МЗМП) подолг период работи на заштита на човековите права, а во областа на спречување и заштита од дискриминација од донесување на Законот за спречување и заштита од дискриминација во 2010 година. Во дадениот период во нашата канцеларија се обратија околу 20 работнички на кои договорот за вработување на определено време не им бил продолжен иако тие совесно и одговорно ги извршувале своите работни обврски. Пред бременоста договорите за вработување им биле редовно продолжувани и некои од работничките биле наградувани и унапредувани. Во повеќе идентификувани случаи работното место на кое работеле не е укинато, напротив веднаш е пополнето со нов работник. Поради тоа, МЗМП применувајќи ја алатката на стратешко застапување поддржа четири судски постапки за заштита од дискриминација по основ на пол и личен статус – бременост, од кои во три од случаите станува збор за не продолжување на Договор за вработување склучен на определено време. Една од поведените постапки е завршена правосилно, во една постапка со Решение на Апелациониот суд пресудата е укината и предметот е вратен на повторно постапување пред Основниот суд Скопје II, додека за другите две постапки се уште нема одлука на првостепениот суд. Иако во двата предмети станува збор за слична, скоро идентична ситуација донесени се две различни првостепени пресуди. Со едната е утврдена дискриминација по основ на пол и личен статус – бременост, додека во другиот случај судот утврди дека не постои дискриминација и дека постапувањето на работодавачот е во согласност со ЗРО, што е потврдено од страна на Апелациониот суд

Препознавајќи ја потребата од консултации и сеопфатна анализа по ова прашање, МЗМП организираше советување на тема: „Правна заштита на работничките - жртви на дискриминација поради бременост, раѓање и родителство“, на кое присуствуваа претставници на граѓанските организации, адвокати и претставници на синдикалните организации.¹ На ова советување беше истакната важноста на судската пракса од аспект на правната сигурност на

¹ <http://www.akademik.mk/pravnata-zashtita-na-rabotnichkite-zhrtvi-na-diskriminatsija-poradi-bremenost-ragane-ili-roditelstvo/>



USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE
DEFENDING HUMAN RIGHTS PROJECT



Macedonian Young Lawyers Association

граѓаните. Различните судски одлуки за идентично фактичко и правно прашање, во случајот утврдување, односно неутврдување дискриминација во работните односи по основ на пол и личен статус – бременост отвараат дилема пред работничките и адвокатите: дали во вакви случаи кога е очигледно дека бременоста е единствена причина за непродолжување на договорот за вработување, жените имаат можност и пристап до ефективна заштита. Преку анализа на постапувањето на работодавачите и релевантната правната рамка во РМ, како и со презентирање на поединечни студии на случај ќе дадеме приказ што се случува во пракса, а истовремено ќе бидат разработени важечките правни прописи кои го регулираат ова прашање.

Целта на мислењето е да се даде образложение кога и според кој критериум постапувањето на работодавачите може да се смета за дискриминација по основ на пол и бременост, како и да придонесе кон зголемување на ефикасноста на правната заштита во случаите кога се работи за дискриминација по основ на пол.

Фактичка состојба

Во РМ денес нееднаквиот третман и дискриминацијата кон одредени категории граѓани се присутни во многу сегменти на општеството, вклучувајќи ги и работните односи.² Едногласниот консензус изразен во бројните стратегии и акциски планови со кои се предвидуваат афирмативни мерки за родова рамноправност, инкорпорирањето на начелото за еднаквост во важечките закони, како и обемната работа на ова поле во последните пет години, се покажаа недоволни за зајакнување на општествената положба на жената³.

Во општество во кое се поттикнува вклучување на жената во процесот на одлучување и надминување на стереотипното разбирање на улогата на жената, истовремено стимулирајќи го многудетното семејство кое треба да биде економски стабилна заедница, се соочуваме со дискриминација по основ на пол поврзана со состојбата на бременост⁴. Според податоците од Стратегијата за родова еднаквост на Министерството за труд и социјална политика за периодот од 2013 до 2020 година „Работната сила и учеството на пазарот на трудот и понатаму претставуваат предизвици на кои треба многу да се работи, поради ниската стапка на активност кај жените од 44.7% и на вработеност од 30.9% (APC 2011).“⁵

² goo.gl/LderHp, страна 8

³ <http://www.akademik.mk/otkazi-poradi-bremenost-pomalku-platen-trud-mobing-i-nasilstvo-pravata-na-zhenata-sekojdnevno-se-narushuvaat/>

⁴ <https://goo.gl/LderHp>, страна 15

⁵ <http://www.mtsp.gov.mk/dokumenti.nsp>



USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE
DEFENDING HUMAN RIGHTS PROJECT



Macedonian Young Lawyers Association

Покрај фактот што пријавените случаи на нееднаков третман при засновањето на работен однос најчесто го засегаат приватниот сектор при засновање на работен однос на определено време, постојат и случаи кога дискриминацијата по основ на пол и личен статус, брачна и семејна состојба се врши во јавниот сектор при заснован работен однос на неопределено време. По донесувањето на ЗСЗД „13% од интервјуираните женски апликанти биле прашани за нивните семејни планови, желбата да се омажат, и 7,3% веруваат дека не го добиле работното место токму поради таквите планови. Останатите одбиле да ги одговорат тие прашања што може да биде показател дека се претпазливи во поглед на дискутирањето на вакви теми.⁶ Иако нема достапни податоци во врска со почитувањето на политиките кои забрануваат полова дискриминација при вработување, сепак има показатели дека работодавачите во јавниот сектор се повнимателни на ова поле споредено со работодавачите од приватниот сектор“⁷.

Жените кои биле запрашани за најзастапените причините за нееднаквиот третман во врска со вработувањето, како најчеста, веднаш по староста, односно возраста над 50 години, ја навеле бременоста (64.10%).⁸ Секоја трета жена пак, смета дека жените во нашата земја не се заштитени од отпуштање од работа за време на бременост, раѓање и мајчинство, а секоја десетта (9.5 %) изјавила дека раѓањето дете го загрозило или би го загрозило нејзиното работно место.⁹

Релевантни прописи

Правната рамка која ги штити и уредува еднаквоста, правото на работа, како и посебната заштита на мајчинството и бременоста ја сочинуваат Уставот на Република Македонија, Законот за работните односи, Законот за спречување и заштита од дискриминација, ратификуваните меѓународни договори, општите и граѓанските колективни договори.

Конвенцијата за елиминација на сите форми на дискриминација на жените на Обединетите нации, усвоена во 1979, ратификувана од РМ 1994 година,

⁶ Проценката на имплементацијата и ефикасноста на антидискриминациските политики во јавните институции во Република Македонија, Центар за истражување и креирање на политики, февруари 2012 година

⁷ <http://www.crpm.org.mk/wp-content/uploads/2012/03/How-to-eliminate-discrimination-in-the-public-sector.pdf>

⁸ <https://goo.gl/LderHp>, страна 47

⁹ Исто, страна 15



USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE
DEFENDING HUMAN RIGHTS PROJECT



Macedonian Young Lawyers Association

Основната цел на Конвенцијата е еднаквото учество на жените во сите сфери на живеењето и на национално, регионално и меѓународно ниво. Приоритетни цели на меѓународната заедница се искоренување на сите форми на дискриминација врз основа на пол.¹⁰ „ Дискриминацијата врз жените претставува „каква било разлика, исклучување или ограничување направени врз основа на пол, што има ефект или цел да го попречи или да го поништи признавањето, уживањето или практикувањето на правата од страна на жените, без оглед на нивната брачна состојба.“

Предвидена е обврска на државите - членки да ја елиминираат дискриминацијата по секој основ врз жените и да преземаат потребни мерки за елиминирање на дискриминацијата врз жените при вработувањето. Значајна забраната на давање отказ поради бременост или породилно отсуство и дискриминација при отпуштање од работа поради брачна состојба, под закана за санкција. Според Конвенцијата треба да се преземат конкретни мерки при вработувањето, за спречување на дискриминацијата врз жените врз основа на брак или мајчинство.¹¹ Конвенцијата како дел од внатрешниот правен поредок прави разлика помеѓу различните видови дискриминација по области, предвидува преземање на мерки и оди чекор понатаму со предвидување на санкција.

Европска конвенција за заштита на човековите права и слободи -донесена во 1950 година, ратификувана од РМ во 1997 година

Членот 14 од ЕКЧП содржи општа забрана за дискриминација - Уживањето на правата и слободите, признати со оваа Конвенција, треба да се обезбеди без никаква дискриминација заснована врз пол, раса, боја на кожата, јазик, вера..... или кој и да е друг статус.“ Европскиот суд за човековите права кога разгледува наводна повреда на членот 14, ја разгледува само во врска со некое материјално право што е загарантирано со Конвенцијата, што подразбира широк опсег на правата и нивно толкување.

Протоколот 12 кон ЕКЧП, создава самостојно право на недискриминација и се применува на сите права загарантирани и изведени од националните закони и ја забранува дискриминацијата во однос на „уживањето на некое право предвидено со закон“, поради што има поголем опсег од членот 14 кој се однесува само на правата загарантирани со ЕКЧП. Според коментарот на поимите од Објаснувачкиот извештај на Советот на Европа, Протоколот

¹⁰ <http://www.mtsp.gov.mk/WBStorage/Files/priracnik.pdf>

¹¹ Член 1, 2 и 11 од Конвенцијата за елиминација на сите форми на дискриминација на жените на Обединетите нации



12 начелно ги заштитува поединците од дискриминација која ја прави државата, но се однесува и на односите помеѓу приватните лица за кои се смета дека се регулирани од страна на државата, како на пример своеволно одбивање на пристап до работа или други услуги што приватните лица ги обезбедуваат за јавноста.

Директиви на ЕУ за недискриминација

Според директивите за недискриминација на ЕУ, забраната за дискриминација се однесува на три области: вработување, социјална заштита и пристап до стоки и услуги.¹² Со Директивата 2004/113 на Европската Унија се забранува секаква директна полова дискриминација, вклучувајќи го и понеповолното постапување со жените поради бременост и мајчинство.

Европска социјална повелба – донесена 1961 година, ратификувана во 2004

Според повелбата уживањето на социјалните права треба да биде обезбедено без дискриминација по основ на расата, бојата, полот, религијата, политичкото убедување, националната припадност или социјалното потекло. Релевантно за правата на бремените жени и мајки е обврската страните-договорнички, покрај тоа што треба да обезбедат платено породилно отсуство во траење од најмалку 12 недели, да го сметаат за нелегално отпуштањето на жена од страна на работодавач за време на нејзиното породилно отсуство или така што отказниот рок би истекол за време на тоа отсуство;¹³

Устав на Република Македонија

Според највисокиот акт на државата, граѓаните пред Уставот и законите се еднакви. Уставот ги гарантира правото на еднаквост по основ на пол, правото на работа, слободното одлучување да се создава семејство и посебната заштита на мајчинството и децата. Републиката е должна да обезбеди посебна грижа и заштита на семејството и право на човекот

¹² http://fra.europa.eu/sites/default/files/1510-fra_case_law_handbook_mk.pdf

¹³ Член 8 од Европската социјална повелба,

http://www.mtsp.gov.mk/evropska-socijalna-povelba-ns_article-evropska-socijalna-povelba.nsp



е слободно да одлучува за создавање на деца. Уставот предвидува посебна заштита на мајчинството, децата и малолетните лица и го гарантира правото на работа ¹⁴, „Бременоста како личен статус не се споменува изречно во Уставот на РМ, меѓутоа инкорпорирана е во принципот на еднаквост, правото на слободна одлука за создавање семејство и деца и правото на работа кое им се гарантира подеднакво на сите – „Секому, под еднакви услови, му е достапно секое работно место“.

Закон за работните односи

а. Забрана за дискриминација

Законот за работните односи (ЗРО) уште во почетните одредби - членот 6 став 1 определува генерална забрана за дискриминација со која работникот или кандидатот за вработување не смее да биде ставен во нееднаква положба, помеѓу другите основи заради пол, статус на семејството и други лични околности. Со ставот 2 од истиот член се утврдува обврска да се обезбедат еднакви можности и еднаков третман (што подразбира забрана за директна и индиректна дискриминација) на мажите и жените во работата и сите права кои произлегуваат од работниот однос.

Членот 7 од ЗРО ги дефинира и забранува директната и индиректна дискриминација на работникот и на кандидатот за вработување. Во ставот 4 од истиот член таксативно е наброено во однос на што е забранета дискриминацијата, меѓудругото и во однос на откажувањето на договорот за работа.

Најзначаен член во однос на дискриминацијата кој го засега конкретното прашање е член 9-б од ЗРО - Заштита од дискриминација на работничка по основ на бременост, раѓање и родителство. Според став 1 од овој член, **забранети се сите облици на дискриминација на работничка поради бременост, раѓање и родителство, без оглед на времетраењето и видот на работниот однос заснован согласно со закон**. Законодавецот понатаму (став 2) прецизно дефинира дека забраната се однесува на пристапот до вработување, условите за работа, сите права од работен однос и откажувањето на договорот за вработување на работнички кои се наоѓаат во состојба на бременост или користат права кои произлегуваат од раѓање и родителство.

б. Права и обврски на работодавачот

¹⁴ Член 9, 32,40, 41 и 42 од Устав на РМ



USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE
DEFENDING HUMAN RIGHTS PROJECT



Macedonian Young Lawyers Association

Со член 25 е определено дека **работодавачот при склучувањето на договорот за вработување не смее да бара податоци за семејниот, односно брачниот статус и планирање на семејството**, како и други исправи и докази коишто не се во непосредна врска со работниот однос, меѓу кои и забрана за барање на тест за бременост или потврда за таков тест при склучување на договор за вработување со работничка, без оглед на работното место за кое се заснова работниот однос. Истиот член предвидува должност за работодавачот да ја извести работничката за опасностите и ризиците кои произлегуваат од работата, согласно прописите од областа на безбедност и здравје при работа кои се однесуваат на бременост, работнички кои неодамна се породиле или дојат. Според ставот 5 на овој член, работодавачот не смее да го условува склучувањето на договорот или потпишувањето на спогодба во врска со престанок на работниот однос за вработување со податоци во врска со личниот статус – бременост.

Со ЗРО, јасно и недвосмислено е определено кога постои дозволеност за отказ и кои се основани причини за отказ. Со член 77 од истиот закон една во неоснованите причини за отказ е одобреното отсуство заради болест или повреди, бременост, раѓање и родителство. Покрај овие одредби со член 101 посебно е предвидена **забраната на отказ поради бременост, раѓање и родителство**. Согласно став 1 и 2 на овој член работодавачот не смее да го откаже договорот за вработување на работникот за време на бременост, раѓање и родителство и отказот на договорот за вработување е ништовен, доколку на денот на врачувањето на отказот работодавачот бил запознаен со околностите или доколку работникот во рок од 15 дена од врачувањето на отказот го извести работодавачот за постоење таквите околности со доставување на соодветна потврда од овластен лекар или надлежен орган. Меѓутоа, според став 3 од истиот член околностите предвидени со ставот 1 не го спречуваат престанокот на договорот за вработување склучен на определено време, со истек на времето за кое е склучен.

Закон за спречување и заштита од дискриминација (ЗСЗД)

Со **ЗСЗД се забранува секоја директна или индиректна дискриминација, повикување и поттикнување на дискриминација и помагање во дискриминаторско постапување врз основа на пол..... личен или општествен статус семејна или брачна состојба.....** или која било друга основа која е предвидена со закон или со ратификуван меѓународен договор.

Според член 4 од ЗСЗД се применува од страна на сите државни органи, органи на единиците на локалната самоуправа, правни лица со јавни правни овластувања и правни и физички лица во областа на: работата и работните односи. Со членот 6 од ЗСЗД, како и во ЗРО е дефинирана директната и индиректната дискриминација, со што се прави дистинкција



помеѓу различните начини на постапување и нивна идентификација кога станува збор за дискриминација¹⁵.

Закон за еднакви можности

Законот го уредува воспоставувањето на еднаквите можности и еднаквиот третман на жените и мажите во сите области од социјалниот и економскиот живот. Секој граѓанин има право на пристап до вработување без какви било ограничувања, согласно принципот на еднаков третман. Согласно принципот на еднаков третман во пристапот до вработување, се забранува дискриминацијата врз основа на брачен статус, семеен статус или било кој друг статус, а се утврдува и правото на секој граѓанин, на пристап до вработување без какви било ограничувања. Еднаквиот третман е отсуство на директна или индиректна дискриминација врз основа на пол.

Колективни договори

Со општиот колективен договор за приватниот сектор од областа на стопанството и Општиот колективен договор за јавниот сектор на РМ се определува забрана за дискриминација според која во случаите на дискриминација утврдени со закон, работникот или кандидатот за вработување може да бара надомест на штета согласно Законот за облигационите односи. Покрај забраната во општите колективни договори е инкорпорирана и одредба која се однесува на забрана за вознемирување на работното место. Граѓанските колективни договори и колективните договори за органите на управата, содржат одредби кои се однесуваат на посебните мерки за заштита при работа на бремените жени, односно кои работи не смее да ги вршат работничките за време на бременост, во зависност од конкретната област на стопанството, како и одредби кои содржат забрани за прекувремена работа и работата во смени. Останатите одредби кои се насочени кон заштита на бремените жени се давање на предност во случај на задржување на работното место пред другите работници,

¹⁵ Член 6 (ЗСЗД)

(1) Директна дискриминација врз дискриминаторска основа е секоје неповолно постапување, разликување, исклучување или ограничување кое како последица има или би можело да има одземање, нарушување или ограничување на еднаквото признавање или уживање на човековите права и основни слободи, споредено со третманот кој го има или би можело да го има друго лице во исти или слични услови.

(2) Индиректна дискриминација врз дискриминаторска основа е секоје ставање на некое лице или група во неповолна положба во споредба со други лица, со донесување очигледно неутрални одредби, критериуми или со преземање на определени практики, освен кога таквите одредби, критериуми или практики, произлегуваат од оправдана цел, а средствата за постигнување на таа цел се соодветни и неопходни.



забраните за распоредување на друго работно место поради бременост или раѓање, и во одредени колективни договори бременоста е наведена како неоснована причина за отказ на договорот за вработување.¹⁶

Иако мајчинството, бременоста и раѓањето не се изречно ставени како основи за дискриминација во ЗСЗД, основите се инкорпирани во други прописи во кои експлицитно се забрануваат сите облици на дискриминација врз основа на мајчинство, бременост и раѓање. **Со домашните и меѓународните одредби кои претставуваат дел од националното законодавство прецизно е определено дека жените при бременост не смеат да бидат жртви на нееднаков третман. Посебно важно е да се истакне дека кај овие случаи не мора да постои компаратор за да се докаже нееднаквиот третман.** Напротив, преземањето на посебни мерки за заштита на жените кога станува збор за бременост или мајчинство, не се коси со принципот на еднаков третман.¹⁷ Според нашето национално законодавство, работодавачот, во процесот на вработување, не смее да третира жена понеповолно само затоа што таа е бремена, или планира да остане бремена.

Судска пракса – Студии на случаи

Случај 1

Работничката ХХ била вработена кај работодавачот на определено време за период 10 месеци. Договорот за вработување на определено време и бил продолжуван неколку пати за период од три месеци, при што во последното тромесечие од продолжувањето на договорот работничката дознала дека е бремена. Поради компликации во бременоста и привремена спреченост за работа морала да земе боледување, по што работодавачот дознавајќи за состојбата го прекинал работниот однос со Решение за престанок за работен однос, пред истекот на последните денови од важноста на последниот анекс кон договорот.

Работничката поднесе тужба со која се повика и ги истакна повредите на Уставот на РМ и правото за слободно создавање деца, посебната заштита на мајчинството и правото на работа кое му се гарантира на секој граѓанин, Законот за спречување и заштита од дискриминација и основот личен статус, брачна или семејна состојба; Законот за работните односи и забраната за нееднаков третман на работникот и сите облици на дискриминација поради бременост во врска со сите права од работен однос, како и на Законот за облигациони односи во делот за заштита на личните права и справедливиот паричен надомест. Со тужбата

¹⁶ <http://www.ssm.org.mk/mk/kolektivni-dogovori-1>

¹⁷ http://www.mtsp.gov.mk/WBStorage/Files/priracnik_antidiskriminacija.pdf стр. 35



USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE
DEFENDING HUMAN RIGHTS PROJECT



Macedonian Young Lawyers Association

се бара утврдување на дискриминација по основ на личен статус, семејна и брачна состојба односно бременост и надомест на штета.

Првостепениот суд донел пресуда со која делумно го усвоил тужбеното барање и утврдил дека работодавачот/тужениот со прекин на работниот однос на тужителката, го повредил правото на работничката со нееднаков третман по основ на личен статус, семејна и брачна состојба односно бременост, како и да и надомести износ на нематеријална штета помал од барањето на тужителката. Судот се повикал на член 14 од ЕКЧП и праксата на Европскиот суд за човекови права според кој дискриминацијата подразбира различен третман на лица во релативно слична положба или ситуација, без објективно и разумно оправдување. Постоеното на таквото оправдување мора да се цени во контекст на принципите кои нормално преовладуваат во демократските општества. Според судот разликата во третманот ќе биде оправдана доколку е сторена со легитимна цел, како и доколку има разумна пропорционалност помеѓу употребените средства и целта која сака да се постигне. Судот се повикал на членот 1 од Протоколот 12 од Европската конвенција за заштита на човековите права и основни слободи, ЗСЗД, на кого се однесува, забраната и директната дискриминација, како и на ЗОО во делот на личните права и надоместот на штетата.

Во конкретниот случај судот утврдил дека работодавачот имал дискриминаторско однесување поради личниот статус на тужителката, семејна и брачна состојба односно бременост, на што укажал фактот дека по завршување на договорот на работничката биле вработени 6 работници, а работодавачот навел дека договорот не бил продолжен поради намален обем на работа. Според судот доколку работничката не била бремена со неа ќе се склучел нов Анекс на договорот за вработување на определено време. Исто така работодавачот не докажал дека не презел дејствија кои претставуваат дискриминација. Судот утврдил дека поради нееднаквиот третман работничката претрпела нематеријална штета во вид на претрпен страв.

По жалбата поднесена од страна на тужениот Апелациониот суд со Решение ја укинал првостепената пресуда и го вратил предметот на повторно судење, бидејќи на утврдената фактичка состојба првостепениот суд немал можност правилно да го примени материјалното право. За повисокиот суд не е јасно како е утврдено дека постои директна дискриминација во ситуација кога е потребно да се утврди со сигурност дека тужениот со конкретното дејство ја ставил тужителката во понеповона состојба во споредба со други лица. Според Апелациониот суд не е јасен заклучокот на понискиот суд дека тужениот ќе го продолжел работниот однос доколку тужителката не била бремена, кога согласно ЗРО договорот за вработување на определено време престанува да важи со истек на времето за кое е склучен, а дали ќе биде



USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE
DEFENDING HUMAN RIGHTS PROJECT



Macedonian Young Lawyers Association

продолжен или не, зависи од волјата на двете договорни страни. Судот се повикува на членот 101 став 3 од ЗРО според кој околностите од ставот 1 на овој член не го спречуваат престанокот на договорот за вработување по истекот. Повисокиот суд смета дека првостепениот суд не утврдил дали тужителката аплицирала за вработување кога тужениот засновал работен однос со 6 шест работници во месец февруари 2015 година, со оглед дека имала договор за вработување на определено време. Апелациониот суд навел дека кога првостепениот суд ќе ја утврди правилно фактичката состојба ќе биде во можност со правилна примена на материјалното право да одлучи за основаноста на тужбеното барање.

Случај 2

Вториот случај е слична, речиси идентична ситуација. Во овој случај работничката со основниот договор за вработување била вработена кај работодавачот на определено време од еден месец. По истекот на договорот, работниот однос бил продолжуван 4(четири) пати со анекси за по 1 месец. Петтиот анекс кон договорот не бил потпишан формално бидејќи не постоела пракса на потпишување на анексите исклучиво на почетокот на месецот и работничката во согласност со потребите и барањата на работодавачот продолжила да оди на работа повеќе од половина месец без да биде одјавена. Таа поради здравствен проблем кој не бил поврзан со раната бременост земала боледување од неколку дена. Поради тоа што не можела да прима никакви лекаства не знаела дали состојбата ќе и се подобри набрзо и телефонски му соопштила на работодавачот дека отсуството ќе биде можеби 7 до 10 дена поради тоа што е бремена и состојбата не може брзо да и се подобри. Потоа работодавачот ја одјавил од Агенцијата за вработување на РМ, без да ја извести.

Работничката поведе спор за утврдување на повреда на правото на еднаквост – дискриминација, повреда на честа, угледот и достоинството и надомест на нематеријална штета. Во тужбата е наведено дека тужителката е жртва на дискриминација поради нејзиниот пол, брачната, семејната, здравствената состојба, односно бременоста, при што се цитира општото правило на Европскиот суд на правдата дека директната дискриминација која се заснова на пол не може никогаш да биде оправдана. Тужбата се повикува на Уставот на РМ и начелото на еднаквост без разликување врз основ на пол, правото на работа кое согласно Уставот му се гарантира на секој граѓанин, предвидената посебна заштита на мајчинството и правото на човекот слободно да одлучува за создавање на деца. Тужбата се заснова и на одредбите од Законот за спречување и заштита од дискриминација и основот личен статус, брачна или семејна состојба; Законот за работните односи и забраната за нееднаков третман на работникот и сите облици на дискриминација по основ на пол и бременост во врска со сите



USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE
DEFENDING HUMAN RIGHTS PROJECT



Macedonian Young Lawyers Association

права од работен однос, како и на Законот за облигациони односи во делот за заштита на личните права. Понатаму се цитира Универзалната декларација за човековите на ООН на начелото на еднаквост; ЕКЧП и општата забрана за дискриминација со Протоколот 12, како и Конвенцијата за елиминација на сите форми на дискриминација на жените на ООН каде е предвидена обврската на државите членки да преземаат посебни мерки на заштита од дискриминација на жените и елиминирање на дискриминацијата во областа на вработувањето. По однос на основот на самата тужба наведено е дека согласно домашните и меѓународните инструменти предвиден е исклучок во поглед на наоѓање на соодветен компаратор, односно во однос на вработувањето дискриминацијата се заснова на самиот факт дека лицето е бремено.

Судот го одбил тужбеното барање како неосновано и ја задолжил работничката да му ги надомести трошоците на постапката на работодавачот. Образложението на пресудата се темели на Законот за спречување и заштита од дискриминација и Законот за работните односи во делот кој се однесува на забрана на дискриминацијата. Во образложението првично се наведува дека преку увид во книгата на редовност судот утврдил дека работничката во текот на нејзиниот работен однос не ги извршувала своите работни задачи во делот за составување и предавање на годишна програма за работа, како и во делот на дневна подготовка. Судот навел дека работничката неоправдано отсутувала од работа 11 дена, распоредено во 4 месеци од засновањето на работниот однос.

Цитирајќи ја дефиницијата на дискриминација од Законот за спречување и заштита од дискриминација и членот 101 од Законот за работните односи во делот на забрана на отказ заради бременост, раѓање и родителство, судот утврдил дека околностите на случајот не упатуваат на тоа дека работодавачот и го прекинал работниот однос поради бременост, туку поради истек на временскиот период за кој бил склучен договорот за вработување, а кое со претходно консултираните одредби од законите не е забрането.

Судот ваквиот свој став го темели и врз изведените докази според кои смета дека е неспорно докажано дека работодавачот не знаел за бременоста па поради тоа воопшто и не може да стане збор за дискриминација односно неоправдано правно или фактичко, посредно или непосредно правење разлика или нееднакво постапување во однос на други лица или групи. Поради тоа што тужениот не знаел за состојбата на тужителката, не може да стане збор и за непочитување на посебната заштита на бремените жени.

Во аргументација на својот став судот го применува членот 32 став 1 и 2 од Уставот на РМ во кој е определено дека секој има право на работа, слободен избор на вработување, заштита при работењето и материјална обезбеденост за време на привремената



USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE
DEFENDING HUMAN RIGHTS PROJECT



Macedonian Young Lawyers Association

невработеност. Поради фактот што договорот за вработување бил склучен на определено време и престанал по истек на времето за кој бил склучен, бременоста не преставувала причина за прекин на договорот за вработување и поради тоа не постои прекршување ниту на членот 32 од Уставот на РМ. Околностите предвидени со ставот 1 на членот 101 од ЗРО не го спречуваат престанокот на договорот за вработување склучен на определено време, со истек на времето за кое тој договор е склучен.

Судот смета дека повикувањето на член 7 став 4 точка 2, 4 и 5 од ЗРО како и на членот 9 Б кои се однесуваат на забраните за дискриминација, само покажуваат дека националното законодавство е добро поставено инкорпорирајќи во себе и меѓународни правни инструменти ратификувани од РМ, но сепак истите не можат да се применат така како што е наведено во тужбата, поради тоа што според Судот не постои ниту еден дискриминаторски основ.

По поднесена жалба од страна на тужителката Апелациониот суд Скопје со Пресуда ја потврдил во целост првостепената пресуда наоѓајќи дека првостепениот суд правилно утврдил дека во конкретната правна работа не постои дискриминација. За случајот е поведена постапка пред Европскиот суд за човековите права во Стразбург.

Одлуки на Врховниот суд во врска со престанок на работниот однос

Од судската пракса во Република Македонија може да се издвојат две пресуди на Врховниот суд од областа на работните односи кои се однесуваат на прекин на работниот однос за време на бременост, иако со тужбите не е побарано ниту со пресудите е утврдена дискриминација и нееднаков третман по основ на пол или личен статус.

- Врховниот суд на РМ со Пресуда Рев.бр.1251/2009 одлучил во полза на бремена работничка и го поништил како незаконито решението на работодавачот за отказ на договорот за вработување. Во конкретниот случај на бремената работничка со Решение и бил откажан договорот за вработување поради неоправдано изостанување од работа три последователни работни дена. Бидејќи во текот на постапката било докажано дека тужителката во деновите опишани во побиваното решение, била на оправдано отсуство – боледување кое било отворено поради патолошка бременост, Врховниот суд на РМ утврдил дека решението за откажување на договорот за вработување поради неоправдано изостанување од работа 3 (три) последователни работни дена, е незаконито.¹⁸

¹⁸ <http://www.vsrn.mk/Odluki.aspx?odluka=2144>



USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE
DEFENDING HUMAN RIGHTS PROJECT



Macedonian Young Lawyers Association

- Со Пресуда Рев.бр.927/2010 Врховниот суд на РМ ги потврдил одлуките на пониските судови со кои било усвоено тужбеното барање на работничка да биде вратена на работа поради незаконит престанок на работниот однос. Работодавачот го откажал договорот за вработување поради неисполнување на работните задачи наведувајќи дека работничката и покрај тоа што и биле обезбедени сите услови за работа, дадени соодветни упатства и насоки во врска со работата и работните задачи, таа не успеала да го подобри своето работење и да ги исполни поставените работни задачи. Договорот бил откажан кога работничката била на боледување, кое го поткрепила со извештај за привремена спреченост за работа.

Во образложението Врховниот суд навел: „тужителката во спорниот период кога била донесена одлуката за престанок на работниот однос отсутствувала од работа поради проблеми во бременоста, па во смисла на одредбата од член 101 став 1 од Законот за работните односи, правилен е заклучокот на пониските судови дека тужениот постапил спротивно на наведениот член кога го донел решението за престанок на работниот однос на тужителката“.¹⁹

Идентификување на спорните прашања во врска со примената на Законот за работните односи

Постојат неколку спорни правни и практични прашања во врска со прекилот на работниот однос, односно непродолжување на договорите за вработување на определено време со истек на времето за кое се склучени кога станува збор за жени што во тој период останале бремени.

Интересно е да се разгледа прашањето **од кои причини еден работодавач склучува договор за вработување на определено време од еден месец или три месеци и потоа го продолжува со анекси**. Во суштина се работи за избегнување на законската обврска за основан и образложен прекин на важноста на договорот или откажување на договорот за вработување од страна на работодавачите. Ваквата пракса на работодавачите, освен за сезонска работа, е сосема контрадикторна на потребите на континуираниот работен процес за кој потребата од ангажирање работници на подолг временски период е сосема логична. Член 60 од ЗРО ја уредува можноста за пробна работа. Со склучување на договорот за вработување работникот и работодавачот можат да се договорат за пробна работа, која не може да трае подолго од шест месеци. Доколку работникот неуспешно или несовесно работи, работодавачот може по изминувањето на времетраењето на пробната работа да го откаже договорот за вработување.

¹⁹ <http://www.vsrn.mk/Odluki.aspx?odluka=1712>



USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE
DEFENDING HUMAN RIGHTS PROJECT



Macedonian Young Lawyers Association

Во случаите каде работодавачите не ги продолжуваат договорите на работничките токму во периодот кога ќе останат бремени, постојат сериозни индикации дека во најголем број на случаи причината поради која договорот не е продолжен е состојбата на бременост. Според член 101 став 1 и 2 од Законот за работните односи, работодавачот не смее да го откаже договорот за вработување на работникот за време на бременост, раѓање и родителство и отказот на договорот за вработување е ништовен, **доколку на денот на врачувањето на отказот работодавачот бил запознаен со околностите или доколку работникот во рок од 15 дена од врачувањето на отказот го извести работодавачот за постоење на околностите согласно став 1 со доставување на соодветна потврда од овластен лекар или надлежен орган.** Можноста за наведен „основан“ престанок на работниот однос без образложение и со истекот на времето за кое е склучен договорот е дадена со ставот 3 од членот 101 од ЗРО, според кој забраните од став 1 и 2 од истиот член не го спречуваат престанокот на договорот за вработување склучен на определено време, со истек на времето за кое тој договор е склучен.

Ставот 3 од членот 101 не треба да се применува доколку договорот не се продолжи како вообичаено во подолг временски период, бидејќи работодавачите очигледно во одредени случаи ја прекинуваат важноста на договорот поради тоа што работничката е бремена, на што укажува и фактот дека во најголем број случаи за работничките нема претходна дисциплинска постапка или било какво предупредување за несовесно или нестручно вршење на работата. *Напротив, во сите пријавени случаи претходно кај работодавачот постоела волја да го продолжува договорот за вработување.* Најчесто работодавачите не ја продолжуваат важноста на договорите во периодот на рана бременост и само на бремената работничка и се прекинува договорот за вработување наспроти останатите работници во рамки на едно правно лице.

Но, во случаи кога има воспоставена пракса на продолжување на договорот на определено време со редовни анекси, кога нема исполнети услови за отказ, кога работничката ги извршува успешно своите работни обврски, кога кај работодавецот нема причини за намалување на бројот на вработените (на место на работничката потоа вработува друго лице) кога нема променета фактичка состојба од последното продолжување на договорот до актуелното (потенцијалното), со исклучок на фактот дека работничката е бремена, тогаш злоупотребата на ставот 3 од членот 101 од ЗРО е очигледна.

Доколку работодавачот не го продолжи договорот за вработување во периодот кога жената останала бремена станува збор за дискриминација по основ на пол и личен статус-бременост, освен доколку се докаже спротивното - дека постоеле претходни писмени опомени, предупредувања или дисциплинска постапка поради сериозни прекршувања на договорот за вработување. Согласно ЗСЗД товарот на докажување дека немало дискриминација паѓа на наводниот дискриминатор. Во случајот 2 од ова мислење, тужениот не



USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE
DEFENDING HUMAN RIGHTS PROJECT



Macedonian Young Lawyers Association

докажал дека не знаел за бременоста на жената ниту образложил зошто во периодот кога работничката отворила краткотрајно боледување одлучил да не го продолжи договорот пред истекот на важноста последниот анекс, со почит кон слободното судиско уверување.

Кога договорот за вработување е склучен на определено време, член 101 став 3 од ЗРО секогаш ќе примени доколку работодавачот нема план да го задржи рабоникот, посебно на пазарот на трудот во РМ каде побарувачката за работа е поголема од понудата на работни места, што се потврдува и со податотоците на Државниот завод за статистика каде од вкупната работна сила на жени, невработени се 40%.²⁰ Праксата на склучување на договори за вработување за време од еден или три месеци остава можност работодавачите да вршат дискриминација по повеќе основи, не само по основ на пол и личен статус.

При разгледување на секој поединечен случај значајно е да се земат во предвид причините поради кои работникот/работничката е ангажирана на определено време, дали е тоа пракса со сите нови вработувања кај конкретниот работодавач, дали потребите на работниот процес налагаат вработување на краток временски период, како е уредена систематизацијата на работните места, дали ангажираниот работник пред прекин на договорот е ангажиран повеќе од неколку месеци и дали има било какви опомени за нестручно/несовесно вршење на работните задачи, како и дали по прекин на договорот конкретната работна позиција се затвара. **Мала е веројатноста дека постои друга причина за прекин на договор за вработување на работничка за време на бременост, освен нејзината состојба, без оглед дали станува збор за вработување на определено или неопределено време.**

Она што останува нејасно и најверојатно се должи на традиционалното разбирање на улогата на жената во општеството е од кои причини работодавачите сметаат дека жените кои се бремены не се способни за работа или зошто постојат предрасуди дека кога жената ќе оформи семејство и стане мајка повеќе не може да биде вклучена во работниот процес.

Директната дискриминација постои кога одредено лице е понеповолно третирано од останатите врз основа на полот, односно било или ќе биде изложено на ситуација на неповолно споредување. Таа вклучува неповолен третман кога се работи за брачен или семеен статус. Пример на директна полова дискриминација е кога жена е отпуштена од работа поради нејзината бременост. „Незаконски е да се отпушти вработена бидејќи е бремена или таа да се

²⁰ http://www.stat.gov.mk/PrikaziPublikacija_1.aspx?rbr=620, страна 31,32 и 33



USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE
DEFENDING HUMAN RIGHTS PROJECT



Macedonian Young Lawyers Association

испрати како технолошки вишок или да се искористи нејзиното заминување на породилно отсуство за да се оправда нејзиното отпуштање.”²¹

Заклучоци и препораки

Според ЗСЗД товарот на докажувањето дека немало дискриминација во постапката преминува на наводниот дискриминатор, меѓутоа со оглед на досегашната пракса поцелисходно е адвокатите да прибават од своите странки што повеќе докази, без разлика за кој основ на дискриминација станува збор. Со оглед на фактот дека судската пракса во РМ не е обемна во областа на дискриминацијата по различни основи, потребна е прецизност при состав на тужбата, внимателен избор на доказите, јасен разказ и приказ на фактичката состојба и правната аргументација.

Тужбата со која се бара да се утврди дискриминација по основ на пол и личен статус треба да биде во насока дека отказот од работа или прекинот на важноста на договорот на бремената жена токму во периодот кога е бремена нема друга причина освен нејзиниот личен статус, (бременоста) без оглед дали постои доказ или индиција дека работодавачот знаел дека жената е бремена.

При изнесување на аргументите треба да се избегне постапката да се пренасочи кон докажување дали работничката била одговорен работник кои ги исполнувал своите обврски со нагласување на фактот дека во случај на несовесно работење со ЗРО е детално разработено како се постапува (предупредување, дисциплинска постапка и слично). Правната аргументација треба да ги содржи афирмативните законски решенија од националното законодавство на начин што нема да се цитираат оние одредби кои овозможуваат поинакво постапување или исклучок, како на пример став 3 на членот 101 од ЗРО). Тужбата може да содржи одредби од меѓународните документи кои го регулираат ова прашање со фокус на неколку конкретни одредби, без навлегување во цели глави на документите или нивно детално раскажување. Поради тоа што не постои обемна меѓународна судска пракса за нееднаков третман по основ на пол, бременост и мајчинство, при аргументирањето може да се искористи позитивен пример од праксата каде е утврдена дискриминација по некој друг основ. Потребно е да се преиспита член 101 став 3 од ЗРО и дополни, или измени во смисла на постоење на задолжително образложение од кои причини со истекот на времето не се продолжува договорот за вработување или ставот 3 да се дополни/измени во смисла на ставот 2 од истиот член - договорот за вработување на определено време кој е продолжен повеќе од два пати, да не може да се прекине доколку работникот најдоцна 15 дена пред истекот на

²¹ http://www.mtsp.gov.mk/WBStorage/Files/priracnik_antidiskriminacija.pdf



USAID
FROM THE AMERICAN PEOPLE
DEFENDING HUMAN RIGHTS PROJECT



Macedonian Young Lawyers Association

важноста на договорот го извести работодавачот за бременоста или доколку се утврди дека работодавачот бил запознаен со околностите. Друга можност е ставот 3 на членот 101 да се избрише, што секако нема да ја засегне суштината на договорите кои се склучуваат на определено време, единствено ќе ја намали веројатноста од злоупотреба на оваа одредба кога станува збор за работничка која е бремена.

Дискриминацијата постои во сите сегменти на општествениот живот и претставува дел од културна нетолеранција и живеење по прифатени стереотипи кои не соодветствуваат со реалноста. Да се препознае и докаже нееднаквиот третман претставува предизвик за сите релевантни фактори. Во РМ не постои обемна судска пракса и работа на превенцијата и спречувањето од дискриминација, како и свест кај граѓаните дека секој треба да има еднаков пристап до правата.

Проект на УСАИД за заштита на човековите права
Македонско здружение на млади правници
Ул. Донбас бр.14/1-6, 1000 Скопје, тел. 02/3220-870

Забелешка:

Ова правно мислење е овозможено со поддршка од американскиот народ преку Агенцијата за меѓународен развој на Соединетите Американски Држави (УСАИД). Содржината е одговорност на Македонското здружение на млади правници и не ги изразува ставовите на УСАИД или Владата на САД.

USAID Defending Human Rights Project
Macedonian Young Lawyers Association
Donbas 14/1-6, 1000, Skopje, phone: 02/3220-870

Disclaimer:

This legal opinion is made possible by the generous support of the American people through the United States Agency for International Development (USAID). The contents are the responsibility of Macedonian Young Lawyers Association and do not necessarily reflect the views of USAID or the United States Government.