

Ivana Grubešić*
Dženana Radončić**

PRIMJENA NAČELA ZABRANE DISKRIMINACIJE U OSTVARENJU PRAVA NA PORODILJSKU NAKNADU

SAŽETAK

Pravo na porodiljsku naknadu, kao jedno od osnovnih prava žena, zaposlenih i nezaposlenih, temelji se na načelu rodne ravnopravnosti na tržištu rada. Složena struktura Bosne i Hercegovine neizbježno je dovela do neravnomyjernog provođenja osnovnih socijalnih prava na entitetskom i kantonalnom nivou. Tako je i obezbjeđenje prava na plaćeno porodiljsko odsustvo različito regulisano u entitetima, a razlika postaje očitija razmatranjem prava na kantonalnom nivou.

Iako je ovo pravo prepoznato nizom međunarodnih pravnih instrumenata potpisanih od strane BiH, ostaje otvoreno pitanje u kojoj mjeri BiH priznaje ovo pravo svojim građankama, te da li je neravnopravan tretman žena porodilja opravdan ili ne. Stoga je istraživanje usmjereno na utvrđivanje pravnoteorijskih i praktičnih problema prilikom ostvarenja prava na plaćeno porodiljsko odsustvo sa aspekta načela zabrane diskriminacije, uzimajući u obzir relevantne propise Evropske unije, i obavezu BiH da vrši postepenu harmonizaciju nacionalnog prava sa *acquisom* Evropske unije.

Ključne riječi: porodiljska naknada, ravnopravnost, zabrana diskriminacije, socijalna zaštita.

UVOD

Impetus kreiranja moderne socijalne države 21. stoljeća usmjeren je prije svega na obezbjeđenje odgovarajuće socijalne zaštite svih građana, prevashodno posebno ugroženih socijalnih grupa stanovništva u cilju obezbjeđenja ravnopravnog i dostojanstvenog položaja na tržištu rada. Stoga se zaštita pravnog položaja žena na tržištu rada tretira kao jedan od prioriternih ciljeva, s obzirom na reproduktivnu funkciju i potrebu za posebnom zaštitom od strane države, koja proizilazi iz toga. U tom kontekstu, obezbjeđenje posebnih prava ženama majkama tokom trajanja trudnoće i njege djeteta u radnom, a i van radnog odnosa, imaju za cilj implementaciju načela rodne ravnopravnosti na tržištu rada, odnosno, obezbjeđenje jednakih uslova

* Mr. sc. viša asistentica na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici

** Dip. iur., asistentica na Pravnom fakultetu Univerziteta u Zenici

za rad, napredovanje i očuvanje postojećih prava, tokom trajanja ovog posebno osjetljivog razdoblja.

Zaštita materinstva putem plaćenog porodiljskog odsustva, kao jednog od pripadajućih prava, prepoznat je standard u relevantnim međunarodnim pravnim izvorima na polju radnih i socijalnih odnosa, kao i prava rodne ravnopravnosti. Pozitivno zakonodavstvo Bosne i Hercegovine priznaje pravo na posebnu zaštitu ženama u pogledu reproduktivne funkcije, međutim, složena struktura države uvjetovala je nemala odstupanja, kako na entitetskom nivou, tako i na nivou kantona u FBiH. Opravdano je, dakle, postaviti pitanje u kojoj mjeri prenošenje nadležnosti sa državnog na niže nivoe vlasti, u pogledu pitanja zaštite porodilja, utječe na primjenu i zaštitu prava na nediskriminaciju, a samim tim i na rodnu ravnopravnost. Ova problematika tim više dobija na značaju, ukoliko je promatramo iz aspekta obaveze harmonizacije prava BiH sa unijskom legislativom, u okviru kojih se priznato pravo porodilja na plaćeno porodiljsko odsustvo temelji na zaštiti od diskriminatorne prakse država članica.

Osnovna pretpostavka od koje polazi istraživanje je da postojeći nivo zaštite porodilja u BiH ne odgovara međunarodnim standardima zaštite porodilja, a drastično različita rješenja u BiH dovode do neosnovane neposredne diskriminacije, kako između entiteta, tako i između kantona unutar FBiH.

Stoga će istraživanje biti usmjereno na utvrđivanje kako pravnoteorijskih, tako i praktičnih problema u kontekstu poštovanja načela zabrane diskriminacije u pogledu obezbjeđenja prava na plaćeno porodiljsko odsustvo žena u radnom odnosu u BiH, stepena uspješnosti implementacije relevantnih međunarodnih instrumenata u propise BiH, kao i usklađenosti relevantnih propisa BiH sa postojećim standardima EU.

1. Pravna regulativa prava na porodiljsku naknadu u Bosni i Hercegovini

Postojeće ustavno rješenje nadležnosti u oblasti radnih i socijalnih odnosa, predviđajući nadležnosti entiteta FBiH i RS, odnosno Distrikta Brčko BiH u oblasti rada, socijalne politike i zdravstva, rezultiralo je kreiranjem potpuno odvojenih pravnih sistema radnih i socijalnih odnosa. Odstupanja između entitetskih rješenja otvaraju pitanje postojanja potpune slobode kretanja radnika na teritoriju BiH, koja se predviđa kao jedna od četiri slobode kretanja na jedinstvenom tržištu Bosne i Hercegovine, garantovane Ustavom BiH.

Izuzetak postoji u pogledu radnog statusa državnih službenika institucija Bosne

i Hercegovine, gdje se odgovarajuća pravna regulativa donosi na državnom nivou¹, dok se entitetski propisi primjenjuju kao supsidijarni izvori prava u slučaju pitanja izuzetih iz regulative na državnom nivou. Nadležnost BiH ovako ograničena na status državnih službenika, upoređujući sa nadležnošću entiteta, pa i kantona u FBiH, ostavlja dojam minornog značaja za pitanje ravnopravnosti položaja majki porodilja u radnom odnosu, međutim, upravo će se u ovom kontekstu po prvi put razmatrati pitanje zabrane diskriminacije po osnovu entitetskog prebivališta u cilju sveobuhvatnog ostvarenja prava na plaćeno porodiljsko odsustvo.

U nastojanju da se pravilno razmotri nivo implementiranosti načela ravnopravnosti u pogledu prava na plaćeno porodiljsko odsustvo u BiH, kao i drugih međunarodnih standarda na koje se Bosna i Hercegovina obavezala potpisivanjem međunarodnih instrumenata relevantnim za ova pitanja, izvršit će se analiza postojeće regulative u entitetima i BD BiH, radi utvrđivanja nivoa divergencije između istih.

1.1. Federacija Bosne i Hercegovine

Problematika zakonodavnog regulisanja socijalne zaštite porodice sa djecom u FBiH duguje svoju specifičnost unutrašnjem uređenju i podjeli nadležnosti između pojedinih nivoa vlasti. Naime, Vlada FBiH postavlja opšti zakonodavni okvir, a svaka daljna regulacija je u nadležnosti kantona², što znači da ne postoji propis na entitetskom, niti na državnom nivou koji bi na jedinstven način tretirao pravo majki porodilja na plaćeno odsustvo. Obzirom da je ova problematika prepuštena na detaljniju regulaciju kantonima, kao posljedica se javlja različitost stanja, što opet dovodi do kršenja načela zabrane diskriminacije na osnovu prebivališta unutar iste države, tj. entiteta.³ Nužno je napomenuti, također, da su druga prava majki porodilja koja proističu iz radnog odnosa, prije svega regulisana na entitetskom nivou (pravo na pauze tokom radnog vremena radi dojenja djeteta, pravo na rad na pola radnog vremena i td.). U skladu sa istim, zdravstveno osiguranje žena zaposlenica, iako je regulisano na entitetskom nivou, međusobno je usklađeno, tako da porodilje (bez obzira da li su u radnom odnosu ili ne) imaju pravona besplatne usluge zdravstvene zaštite, kako je predviđeno entitetskim odlukama o participaciji u

¹ Zakon o državnoj službi u institucijama Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik BiH“ br. 19/02, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 32/07, 43/09, 8/10, 40/12., pripadajući podzakonski akti.

² U tom smislu, određeno je da se način, postupak, organi i finansiranje socijalne zaštite porodice sa djecom bliže uređuju kantonalnim propisima, s tim da se propisom kantona mogu utvrditi i druga prava porodice sa djecom.

³ Iako je princip zabrane diskriminacije ključni princip Aneksa IV Dejtonskog mirovnog sporazuma, uz okolnost da je Bosna i Hercegovina pristupila brojnim međunarodnim instrumentima koji postavljaju obaveze za uspostavljanje mehanizama za zaštitu od diskriminacije, diskriminacija u bosanskohercegovačkom društvu nikada nije u potpunosti iskorijenjena i dalje predstavlja značajan problem.

uslugama zdravstvene zaštite.⁴

Pored Zakona o radu FBiH⁵ kojim je načelno propisano da zaposlenica, za vrijeme korištenja porođajnog odsustva ima pravo na naknadu plaće⁶, osnovna prava zaposlenica porodilja u FBiH okvirno su regulisana odredbama Zakona o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodica sa djecom.⁷ Tako je određeno⁸ da je osnovno pravo koje ostvaruje porodica sa djecom - naknada umjesto plaće ženi-majci koja je u radnom odnosu, za vrijeme korištenja odsustva sa posla radi trudnoće, porođaja i njege djeteta, kao i novčana pomoć ženi-majci koja nije u radnom odnosu.

Navedenim propisima predviđeno je da se zaposlenici porodilji utvrđuje naknada u procentu od ostvarene plaće u periodu od šest mjeseci prije porođaja, valorizovano po osnovu rasta plaća na području kantona u tom periodu, a procenat se utvrđuje propisima kantona. Pojedini kantoni uopće nisu donijeli propise kojima se uređuje ova oblast, što znači da porodilje u tim kantonima nemaju ni zdravstveno osiguranje⁹, dok je u ostalim kantonima visina naknade različita, kao i način obračuna i isplate iste.¹⁰ Nezaposlene porodilje svoja, zakonom propisana prava u okviru socijalne zaštite, ostvaruju samo u ograničenom obimu, u zavisnosti od ekonomske moći pojedinih kantona ili općina, pri čemu su naknade niske i najčešće jednokratne. Postoji praksa da pojedini kantoni umjesto donošenja potrebnih zakona donose privremene odluke čime nastoje izbjeći obavezu osiguranja socijalne sigurnosti. Sve to doprinosi povećanju socijalne nesigurnosti i diskriminaciji korisnika prema mjestu prebivališta.¹¹

Rukovođen ovim problemima, Gender centar FBiH uputio je predstavnicima

4 ICVA, Vodič za ostvarivanje prava iz zdravstvene zaštite, mart 2011, 13-14. Dakle, u ovom segmentu, prava porodilja zaposlenica su usklađena u BiH. Pored entitetskih odluka o participaciji, kantoni u FBiH su u većini slučajeva donijeli i kantonalne odluke o participaciji u troškovima usluga zdravstvene zaštite, međutim, i njima se potvrđuje pravo trudnica i porodilja na besplatne usluge zdravstvene zaštite tokom trudnoće i poslije poroda (ibid.). Obzirom da je rad prvenstveno usmjeren na analizu problematike porodiljskih naknada, a pitanje zdravstvene zaštite kao i drugih prava zaposlenica porodilja je usklađeno na entitetskom nivou, druga pitanja neće se razmatrati u nastavku teksta.

5 Službene novine F BiH, br. 43/99, 32/00, 29/03.

6 Čl. 62. Zakona o radu FBiH.

7 „Službene novine FBiH“ br. 36/99, 54/04, 39/06 i 14/09.

8 Član 89. i 90. Zakona, u dijelu u kojem se obrađuju osnovna prava porodice s djecom.

9 To je slučaj sa Hercegovačko-neretvanskim kantonom i Posavskim kantonom, u kojima nisu doneseni na kantonalnom nivou propisi u oblasti socijalne zaštite i zaštite porodice sa djecom. Tako se u Hercegovačko-neretvanskom kantonu za žene porodilje predviđa isključivo pravo na jednokratnu novčanu pomoć u visini od 400 KM za opremu novorođenog djeteta (Rodno zasnovano budžetiranje kao dio reformskih promjena na putu evropskih integracija i osnova za jačanje prava žena u BiH, Udruženje Vesta, 5.).

10 Vidi šire: Pravni vodič za svaku ženu, Centra za pravnu pomoć ženama Zenica, Zenica april 2011, 124. Tako Tuzlanski kanton navodi kao obavezu poslodavca isplatu porodiljske naknade ženama zaposlenicama, nakon čega ima pravo na refundaciju od strane Kantona (čl. 99. Zakona o socijalnoj zaštiti, zaštiti civilnih žrtava rata i zaštiti porodice sa djecom, „Službene novine Tuzlanskog kantona“, br. 12/00, 05/02, 13/03, 08/06, 11/09.).

11 Inicijativa za rješavanje pitanja isplate naknade plaće porodiljama za vrijeme korištenja porodiljskog odsustva Federaciji Bosne i Hercegovine, Gender centar FBiH, 2009.

zakonodavne i izvršne vlasti Inicijativu za rješavanje pitanja isplate naknade plaće porodiljama za vrijeme korištenja porodiljskog odsustva u FBiH.¹² Ovom Inicijativom se željelo ukazati na potrebu hitnog rješavanja pitanja isplate naknada po osnovu porodiljskog odsustva i jednakih isplata za sve žene porodilje u Federaciji Bosne i Hercegovine. Razlozi proizilaze iz prethodno izloženog stanja i posljedičnog nejednakog položaja korisnica porodiljske naknade, a kao povod su poslužile brojne žalbe žena porodilja zaposlenih u Institucijama Bosne i Hercegovine sa prebivalištem u Federaciji Bosne i Hercegovine, koje su se žale da su stupanjem na snagu Zakona o plaćama u Institucijama Bosne i Hercegovine diskriminisane, odnosno dovedene u neravnopravan položaj u odnosu na svoje kolegice koje imaju prebivalište u Republici Srpskoj.

Primjeri iz prakse govore da žene u javnom sektoru uglavnom koriste porodiljsko odsustvo u punom trajanju, na što ženu opredjeljuje njen siguran radno-pravni status i naknada koju ostvaruje za vrijeme porodiljskog odsustva. Zaposlenice u privatnom sektoru ovo odsustvo koriste u znatno kraćem trajanju, što se može objasniti nesigurnim radno-pravnim statusom i visinom naknade koju ostvaruje za vrijeme odsustva.¹³

Prema podacima u Kantonu Sarajevo porodiljska naknada određena je na iznos od 60% od prosječne plate, što iznosi oko 360 KM.¹⁴ U Zeničko-dobojskom kantonu naknada iznosi 80% od prosjeka zadnjih šest plata, a maksimalan iznos je 481 KM. U Tuzlanskom kantonu naknada za porodilje je 90% od iznosa na koji se plaćaju doprinosi, pri čemu se minimalno isplaćuje 370 KM. Od deset kantona, samo pet predviđa porodiljsku naknadu u visini od najmanje 70% prosječne plate zaposlenice ili prosječne plate kantona¹⁵, što se smatra adekvatnom naknadom dovoljno bliskom samoj plati, u skladu sa minimalnim standardima predviđenim Evropskom socijalnom poveljom.¹⁶ Plaćanje razlike do iznosa pune plate nije obaveza poslodavca, nego to zavisi od njegove slobodne volje, a jasno je da takva volja najčešće nedostaje. Kao posljedica prebacivanja nadležnosti u pogledu utvrđivanja visine porodiljske naknade sa FBiH na kantone javlja se i krajnost gdje kantoni uopšte ne donose odgovarajuće propise, čime se u potpunosti onemogućavaju žene zaposlenice da ostvaruju prava

12 Rodno zasnovano budžetiranje kao dio reformskih promjena na putu evropskih integracija i osnova za jačanje prava žena u BiH, Udruženje Vesta.

13 Inicijativa za rješavanje pitanja isplate naknade plaće porodiljama za vrijeme korištenja porodiljskog odsustva Federaciji Bosne i Hercegovine, Gender centar FBiH, 2009.

14 Naredba o iznosima po zakonu o socijalnoj zaštiti, zaštiti civilnih žrtava rata i zaštiti porodice sa djecom, "Službene novine Kantona Sarajevo", br. 23/12.

15 To su slijedeći kantoni: Tuzlanski kanton (90% prosječne lične neto plate), Bosansko-podrinjski kanton (80% prosječne lične neto plate), Zapadno-hercegovački kanton (70% prosječne lične neto plate), Zeničko-dobojski kanton (80% prosječne lične neto plate), Kanton 10 (80% prosječne lične neto plate). Standard od 70% uzima se u obzir u skladu sa predviđenim prema Evropskoj socijalnoj povelji, o čemu će biti kasnije riječi.

16 O ovome će biti više riječi u poglavlju "Evropska socijalna povelja".

garantovana entitetskim propisom, što je slučaj sa Posavskim, Hercegovačko-Neretvanskim i Livanjskim kantonom. Iako se radi o krajnjem nepoštivanju ustavne obaveze kantona da usklađuju svoje zakonodavstvo sa entitetskim, entitetski Zakon o socijalnoj zaštiti ne predviđa nikakve instrumente zaštite od kantonalnih propisa, u slučaju nepoštivanja prava predviđenog entitetskim zakonom. Ne postoje kaznene odredbe u entitetskom Zakonu o socijalnoj zaštiti u slučaju da kanton ne uskladi zakonodavstvo sa Zakonom, niti se predviđa poduzimanje ikakvih mjera od strane nadležnog federalnog ministarstva prema kantonima koji nisu uopšte donijeli odgovarajuće propise.¹⁷

Značajno odstupanje između kantona postoji i u pogledu utvrđivanja osnovice porodijske naknade. Pored toga što se u nekim kantonima uzima prosječna šestomjesečna plata zaposlenice koju je ona ostvarivala prije rođenja djeteta, kao što su Zeničko-dobojski i Srednjobosanski kanton, u drugima se uzima u obzir prosječna kantonalna ili čak entitetska plata (Kanton Sarajevo). Značajno odstupanje je predviđeno u Kantonu 10, gdje se uzima u obzir prosječna plata zaposlenice u posljednjih 12 mjeseci, čime se otvoreno odstupa od odredbi Zakona o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodice sa djecom FBiH. Nekoliko kantona predvidjelo je i mehanizam zaštite visine porodijske naknade, određujući da u svakom slučaju naknada ne može biti manja od određenog procenta prosječne kantonalne plate.¹⁸

Dodatni problem predstavlja slučaj kada zaposlenica nije ostvarila platu punih šest mjeseci prije rođenja djeteta, jer je radila kraće od šest mjeseci. Ovakve situacije se obično rješavaju od strane nadležnog organa, kao što je Centar za socijalni rad ili nadležni sud, ukoliko dođe do spora. Tako je, npr. u Kantonu Sarajevo predviđeno da u tom slučaju naknada mora biti 50% prosječne kantonalne plate. U ZDK, Kantonalna Skupština je po ovom pitanju usvojila autentično tumačenje, gdje se prosječna plata u tom slučaju računa na način da se sve ostvarene plate, kojih je manje od 6, dijele sa šest i na taj način računa prosječna zarada zaposlenice porodilje.¹⁹

Prethodno utvrđena diskrepancija na kantonalnom nivou posljedica je prebacivanja nadležnosti sa FBiH na kantone, u cilju efikasnijeg zadovoljavanja socijalnih potreba stanovništva u lokalnim zajednicama. Ipak, umjesto da dođe do

17 A. Hunčec – Pita, „Socijalna zaštita na državnom nivou: pravni osnov i potreba dopune“, *Sistem socijalne zaštite – BiH i regija*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2012, 11.

18 Tako je u Bosansko-podrinjskom kantonu predviđeno da porodijska naknada ne može biti niža od 60% prosječne kantonalne neto plate (Rodno zasnovano budžetiranje kao dio reformskih promjena na putu evropskih integracija i osnova za jačanje prava žena u BiH, Udruženje Vesta, 4.).

19 Ovdje se radi o autentičnom tumačenju donesenom od strane Skupštine Zeničko-dobojskog kantona, objavljenom u Službenim novinama ZDK, br. 14/12, član 2. Prema ovom tumačenju, ukoliko prosječna naknada izračunata na ovaj način, iznosi manje od 200 KM, tada se određuje minimalna porodijska naknada od 200 KM za žene porodilje u random odnosu.

pravičnije raspodjele sredstava na lica u stanju socijalne potrebe, javilo se potpuno zanemarenje prava, kao što je pravo na plaćeno porodiljsko odsustvo ili neadekvatno zadovoljavanje istog (određivanje jednokratnih ili neadekvatnih naknada). Stoga se postavlja otvoreno pitanje, u kojoj mjeri se ovakvo stanje može i smije pravdati pozivajući se na postojeću raspodjelu nadležnosti između entiteta i kantona, nauštrb ljudskih prava garantovanih Ustavom BiH, prevashodno zabrane diskriminacije, zanemarujući istovremeno opću obavezu države da brine o svojim građanima.²⁰

1.2. Pravo na porodiljsku naknadu u Republici Srpskoj

Centralizovana organizacija vlasti u Republici Srpskoj rezultirala je usvajanjem jedinstvenih rješenja za pitanje zaštite zaposlenica majki tokom porodiljskog odsustva za cjelokupan teritorij entiteta. Istovremeno, uslijed nepostojanja okvirnog zakona na državnom nivou, koji bi ujednačio rješenja za oba entiteta, dolazi do naglašene divergencije između rješenja predviđenim u FBiH i kantonima sa jedne strane, i Republike Srpske, sa druge strane.

Razlike između entitetskih rješenja²¹ ogledaju se, ne samo u pogledu visine porodiljske naknade koja se isplaćuje, nego i u pogledu trajanja obaveznog odsustva nakon rođenja djeteta, obveznika isplate porodiljske naknade, načina prikupljanja sredstava potrebnih za isplatu naknada, te institucija u čijoj je nadležnosti pitanje prava porodilja. Zajednička crta entitetskih rješenja je ta da je predviđena jednaka dužina trajanja porodiljskog odsustva, u trajanju od jedne godine neprekidno, s tim da porodilja ima pravo otpočeti sa korištenjem odsustva najmanje 28 dana prije predviđenog rođenja djeteta (čl.79. ZoR RS, čl. 55. ZoR FBiH). Međutim, razlika između entitetskih zakonskih rješenja ogleda se u trajanju obaveznog porodiljskog odsustva nakon rođenja djeteta, jer se majka može vratiti na posao nakon rođenja djeteta najkraće nakon 60 dana u RS (čl. 80. ZoR RS) odnosno, 42 dana u FBiH (čl. 55. ZoR FBiH).

Kao i u slučaju FBiH, primarni pravni osnov za sticanje prava na porodiljsku naknadu predstavlja Zakon o radu RS (prečišćeni tekst)²², dok se kao *lex specialis* za pitanja porodiljskih naknada primjenjuje Zakon o dječjoj zaštiti Republike Srpske²³ (čl. 11 – 14.), a kao dopunski, provedbeni akt i Pravilnik o ostvarivanju prava iz oblasti dječje zaštite²⁴, koji detaljnije regulišu postupak ostvarenja prava

20 A. Hunčec – Pita, „Socijalna zaštita na državnom nivou: pravni osnov i potreba dopune“, *Sistem socijalne zaštite – BiH i regija*, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo, 2012, 22.

21 Ovdje se u obzir također uzimaju i rješenja pojedinih kantona, odnosno, nepostojanje relevantne pravne regulative u nekih od istih.

22 "Službeni glasnik RS" br. 55/07. Kao.

23 "Službeni glasnik RS" br. 4/02, 17/08, 1/09.

24 "Službeni glasnik RS" br. 80/05.

na porodiljsku naknadu. Tako se odredbom člana 84. Zakona o radu predviđa pravo na naknadu plate u visini prosječne plate koju je zaposlenica ostvarila u toku posljednja tri mjeseca prije otpočinjanja porodiljskog odsustva, a najduže do godinu dana. Međutim, ukoliko zaposlenica nije ostvarila platu u posljednjih šest mjeseci neposredno pred odlazak na porodiljsko odsustvo, naknada plate će se obračunavati u skladu sa platom predviđenom kolektivnim ugovorom (čl. 84. st. 2.), kao *lex specialis*.

Značajnija odstupanja između entitetskih propisa susrećemo i u slučaju načina prikupljanja sredstava potrebnih za isplatu porodiljskih naknada, te isplate istih. Naime, Zakonom o doprinosima RS (prečišćeni tekst)²⁵, predviđa se izdvajanje obaveznog doprinosa za dječju zaštitu od strane lica koje se nalazi u radnom odnosu, u visini od 1,4 % ličnog primanja prema Zakonu o porezu na dohodak koje podliježe plaćanju poreza na dohodak (neto plata)²⁶. Ovim putem prikupljena sredstva predstavljaju prihode Javnog fonda za dječju zaštitu Republike Srpske, na osnovu kojih se obezbjeđuje isplata porodiljskih naknada. Dakle, korisnici/korisnice prava na porodiljsku naknadu su ti koji finansiraju vlastita prava, za razliku od FBiH, gdje porodiljska naknada pada isključivo na teret kantonalnih budžeta²⁷, što za posljednicu ima već prikazane različite nivoe zaštite porodilja, zavisno od ekonomske moći kantona.

Različita entitetska rješenja predviđena su i u slučaju utvrđivanja obveznika isplate porodiljskih naknada. Prema odredbi člana 13. Zakona o dječjoj zaštiti RS-a, obračun i isplate porodiljske naknade vrši sam poslodavac, s tim što za prvih mjesec dana od rođenja djeteta isplate idu na teret poslodavca, a za narednih 11 mjeseci isplate se vrše na teret Javnog fonda za dječju zaštitu RS-a. Stoga se predviđa pravo poslodavca da traži refundaciju sredstava od Javnog fonda u roku od 12 mjeseci od dana isplate porodiljske naknade za svaki mjesec²⁸. S druge strane, u FBiH, kako je već navedeno, obveznici isplate naknade plate su centri za socijalni rad, gdje zaposlenice majke moraju uputiti zahtjev za isplatom iste u roku od 60 dana od dana rođenja djeteta, dok poslodavac samo za prvih mjesec dana porodiljskog odsustva ima obavezu isplate naknade plate.

Očigledan disparitet zakonskih rješenja između Republike Srpske i FBiH i kantona u pogledu osnova, visine i isplate porodiljskih naknada, za posljednicu ima kršenje

²⁵ "Službeni glasnik RS", br. 31/09.

²⁶ Čl. 4. st. 1. al. 1. u vezi sa članom 6. st. 1. tačka 1. i članom 8. Zakona o doprinosima RS-a.

²⁷ Kao primjer navodimo Zeničko-dobojski kanton, čijim je Zakonom o socijalnoj zaštiti, zaštiti civilnih žrtava rata i zaštiti porodica sa djecom („Službene novine Zeničko-dobojskog Kantona“ br. 13/07, 13/11.) u članu 151. predviđena obaveza izdvajanja sredstava iz kantonalnog budžeta u svrhu isplate naknade porodiljama u radnom odnosu.

²⁸ Čl. 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o dječjoj zaštiti RS, „Službeni glasnik RS“, br. 17/08.

principa ravnopravnosti, kao principa sadržanog u svim do sada navedenim zakonima relevantnim za ovu oblast, a koji je važan element međunarodnih instrumenata zaštite ljudskih prava. Značajno je napomenuti da se ovako raznolikim reguliranjem pitanja porodijskih naknada također krši i Zakon o zabrani diskriminacije BiH i međunarodni standardi koji predviđaju načelo zabrane diskriminacije kao osnovno načelo, o čemu će još biti riječi.

1.3. Pravo na porodijsku naknadu u Brčko Distriktu

Zakonska rješenja o zaštiti zaposlenica porodilja u Brčko Distriktu BiH odstupaju po nekim pitanjima u odnosu na ona predviđena entitetskim i kantonalnim propisima. Kao osnovni zakonski akt koji reguliše ovu materiju predviđen je Zakon o radu Brčko Distrikta BiH (prečišćeni tekst)²⁹, Zakon o dječjoj zaštiti BD BiH (prečišćeni tekst)³⁰ i Zakon o zdravstvenom osiguranju BD BiH.³¹ Tako su osnovne odrednice prava na porodijsku naknadu utvrđene Zakonom o radu BD BiH, gdje je predviđeno jednako trajanje prava na plaćeno porodijsko odsustvo do 12 mjeseci, kao i u RS i FBiH, s tim da zaposlenica porodilja ima pravo tražiti odsustvo već 28 dana prije predviđenog termina rođenja djeteta, ali, sa tom razlikom, da zaposlenica ima pravo raditi čak i do 7 dana prije predviđenog termina rođenja djeteta, ukoliko tako želi.³² Po rođenju djeteta, porodijsko odsustvo ne može trajati kraće od 42 dana, kako je predviđeno i u FBiH.

Za razliku od entitetskih rješenja, problematika visine porodijske naknade, njene isplate, te lica obaveznih da vrše isplatu, regulisano je Zakonom o zdravstvenom osiguranju BD BiH. Tako će visina porodijske naknade iznositi 80% od osnovice za naknadu, kao i u slučaju privremene spriječenosti za rad (čl. 37. ZZO Bd BiH), a u slučaju komplikacija prouzročenih trudnoćom i porođajem iznositi će 100% od osnovice za naknadu.³³ Sam postupak utvrđivanja visine porodijske naknade³⁴ i isplate regulisan je također zakonom. To znači da je obveznik isplate porodijske naknade tokom cijelog trajanja odsustva sam poslodavac, s tim da isplata sredstava ide na teret poslodavca u prva tri mjeseca porodijskog odsustva, a nakon toga na teret Fonda zdravstvenog osiguranja BD, od kojeg će se poslodavac refundirati na način regulisan Zakonom i Pravilnikom. Skupština BD-a određuje maksimalnu

29 "Službeni glasnik BD BiH" br. 19/06, 19/07, 25/08.

30 "Službeni glasnik BD BiH" br. 51/11.

31 "Službeni glasnik BD BiH" br. 1/02, 7/02, 19/07, 2/08, 34/08.

32 Čl. 45. ZoR BD BiH

33 Jednako rješenje predviđeno je i entitetskim zakonima o zdravstvenom osiguranju.

34 Visina naknada za privremenu spriječenost za rad, a samim time i za porodijske naknade regulisana je Pravilnikom o uslovima i načinu ostvarivanja prava iz obaveznog zdravstvenog osiguranja donesenim od strane Fonda zdravstvenog osiguranja BD BiH, a obračunava se na osnovu tri posljednje plate ostvarene prije odlaska na porodijsko odsustvo (čl. 40. Pravilnika).

visinu porodiljske naknade, dok minimalna iznos predstavlja minimalna plata za mjesec za koji se obračunava³⁵.

Ovakvo rješenje znatno odstupa od onih predviđenih u FBiH i RS, prije svega jer se na ovaj način status porodilja izjednačava sa statusom lica privremeno nesposobnih za rad, tj. trudnoća i odgoj i njega djeteta poslije rođenja izjednačavaju se sa privremenom nesposobnošću za rad (bolešću).³⁶ S druge strane, obaveza poslodavca da isplaćuje naknadu, kao i visina porodiljske naknade, koja je veća u odnosu na one predviđene u kantonima, mogu se ocijeniti kao socijalno sigurnije i adekvatnije, a u nastavku rada će se također utvrditi u kojoj mjeri se na taj način implementiraju međunarodni standardi.

2. Međunarodni pravni okvir prava na porodiljsku naknadu

Polazeći od činjenice da je tradicija reguliranja prava na porodiljske naknade na međunarodnom nivou duga skoro jedno stoljeće, nezaobilazan segment istraživanja teme čini i utvrđivanje relevantnih međunarodnih standarda, kao i nivo njihove implementacije i primjene u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine.

Kao najstariji međunarodni instrumenti zaštite prava na porodiljsko odsustvo, konvencije MOR-a su postavile temelj budućem razvoju međunarodnih standarda zaštite prava porodilja. Tako je usvajanjem Konvencije o zaštiti materinstva još 1919. godine³⁷ na Prvoj Konferenciji, MOR utemeljila preduslove za ravnopravan položaj žena u radnim odnosima zbog njihove reproduktivne uloge. Ista je revidirana dva puta, prvi put 1952. godine³⁸, a zatim 2000. godine³⁹, uzimajući u obzir prijedloge u pogledu jačanja prava na plaćeno porodiljsko odsustvo, idući u pravcu produžavanja perioda obaveznog odsustva sa rada, visine naknade plate, te nosioca obaveze isplate naknade tokom odsustva.⁴⁰

Ipak, konkretan značaj konvencija MOR-a iscrpljuje se kada je riječ o porodiljskim naknadama u tački utvrđivanja dužine trajanja porodiljskog odsustva, kao i utvrđivanja obveznika isplate naknada porodiljama. Tako je Konvencijom br.

35 Udruženje VESTA, "Pregled izdvajanja za porodiljne naknade u BiH", Rodno odgovorno budžetiranje, 6.

36 O konceptualnim poteškoćama definisanja statusa porodilja bit će više riječi u poglavlju koje se odnosi na unijisku regulativu.

37 Konvencija br. 3. o zaštiti materinstva iz 1919. godine, stupila na snagu 13.06.1921. godine, ratifikovana od strane Bosne i Hercegovine 1993. godine, a otkazana 14.12.2011. godine. Ratifikovana je od strane ukupno 42 države, danas na snazi u 34 države.

38 Konvencija br. 103. o zaštiti materinstva (revidirana) iz 1952. godine, ratifikovana od strane 57 država, danas na snazi u 41 državi.

39 Konvencija br. 183. o zaštiti materinstva (revidirana) iz 2000. godine, ratifikovana od strane 26 država.

40 O mehanizmima nadzora nad provođenjem konvencija MOR-a, pogledati više: ETUC and Human Rights at Work Foundation, Social rights in Europe, 2002, 11.

3. utvrđena dužina porodiljskog odsustva u trajanju od najmanje šest sedmica, i, vrlo općenito postavljena, obaveza uspostavljanja plaćenog porodiljskog odsustva za države potpisnice, gdje visina naknade mora biti dostatna za izdržavanje majke i djeteta⁴¹, zavisno od same ekonomske i socijalne situacije same države. Ovakvo široko postavljanje okvira obaveze bilo je i razumljivo obzirom na različite sisteme socijalne zaštite u državama potpisnicama Konvencije, kao i ekonomskim mogućnostima istih, naročito iz razloga što je ovo bio prvi pokušaj uspostavljanja minimalnih standarda zaštite žena majki.⁴² Revidiranom Konvencijom iz 1952. godine otišlo se dalje u pogledu dužine trajanja plaćenog porodiljskog odsustva, sa šest na dvanaest sedmica, a za razliku od ranije konvencije, Konvencija br. 103. predviđa i obavezu isplate naknade u visini od najmanje dvije trećine plate majke, ukoliko se naknada vezuje za visinu zarade majke prije odlaska na porodiljsko odsustvo.⁴³ Interesantno je napomenuti da se Konvencijom zabranjuje državama potpisnicama da cjelokupne troškove porodiljskih naknada snose sami poslodavci, nego da isti moraju biti snošeni od strane obaveznog osiguranja ili posebnih socijalnih fondova država.⁴⁴ Slijedeći korak učinjen je donošenjem Konvencije br. 183.⁴⁵, čiji se značaj ogleda u pogledu promjena izračuna naknade zaposlenicama majkama, kao i izvršenja obaveze od strane poslodavaca.⁴⁶ Naime, dotadašnja osnovica na temelju koje se utvrđivala visina porodiljske naknade, izmijenjena je u smislu da je ne čine samo zarada zaposlenice ostvarene neposredno pred odlazak na porodiljsko odsustvo, nego i drugi izvori zarade koje je imala pored redovne plate (dodatne naknade socijalnog karaktera i sl. (čl. 6., st. 3. Konvencije). Time je proširena osnovica naknade, prvenstveno radi uvođenja fleksibilnijih oblika radnih odnosa⁴⁷, uslijed čega su zaposlenice, pored naknade iz radnog odnosa, imale i druge

41 Član 3. Konvencije br. 3.

42 Od donošenja prve konvencije o porodiljskom odsustvu, zabilježen je izniman napredak država potpisnica konvencija. Tako danas, od 167 država koje su potpisnice navedenih konvencija, 97% ih predviđa plaćeno porodiljsko odsustvo (preuzeto iz: ILO, *Maternity at work: a review of national legislation* (2nd edition), Geneva, 2010, 17.).

43 Na osnovu podataka ILO, od 152 države koje obezbjeđuju plaćeno porodiljsko odsustvo, samo 42% država predviđa porodiljsku naknadu u visini od najmanje 2/3 prethodne zarade zaposlenice (ILO, *Maternity at work...*, 20).

44 Ovo posljednje je od značaja za slučaj da žena majka ne ispunjava uvjete za isplatu porodiljske naknade na osnovu prethodne zarade, ukoliko se dakle radi o ženama koje su nezaposlene, ili koje nisu bile određeni minimalni period u radnom odnosu (čl. 4. Konvencije br. 103.).

45 BiH je ratifikovala ovu konvenciju 18.01.2010. godine.

46 Nužno je napomenuti da je Konvencija br. 183. kao i prethodno navedene bila propraćena i Preporukom br. 191. kojom se preciziraju određeni aspekti navedenih prava u Konvenciji (uporedni prikaz prava predviđenih Konvencijom i Preporukom pogledati kod: ILO & UNDP, *Maternity protection in the context of work – life reconciliation for men and women*, 2011., 14-15.).

47 Fleksibilni radni odnosi (oni koji nisu odnosi na neodređeno vrijeme sa punim radnim vremenom), razvijaju se u posljednjih 40 godina, kao posljedica prilagođavanja radnika novijim tehnologijama na tržištu i potrebama poslodavaca. Radni odnos na određeno vrijeme, sa nepunim radnim vremenom, na pola radnog vremena, rad na daljinu, povremeni i privremeni poslovi i sl., dovode do nesigurnosti samih radnika na tržištu rada, što uzrokuje stvaranje posebne socijalne grupe kojoj je potrebno pružiti dodatnu socijalnu pomoć u svrhu postizanja minimalnih standarda života. Više o fleksibilnim oblicima rada, te njihovim uzrocima i posljedicama pogledati u: Andrijana Bilić, „Fleksibilni oblici rada i radno pravo“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, v. 30., br. 2., 2009.

izvore zarade. Druga značajna izmjena uvedena Konvencijom odnosi se na obvezu da poslodavci isplaćuju naknadu tokom porodijskog odsustva, samo ukoliko je takva obaveza već bila predviđena nacionalnim zakonodavstvom prije usvajanja Konvencije ili ukoliko je tako utvrđeno putem kolektivnog pregovaranja između vlade države, te reprezentativnih udruženja poslodavaca i zaposlenika (čl. 6. st. 8.).

Sagledavajući bh zakonodavstvo sa aspekta usvojenih konvencija MOR-a, možemo zaključiti, u pogledu entitetskih zakona o radu, da su ispunjeni minimalni standardi konvencija, kako u pogledu dužine trajanja porodijskog odsustva, tako i u pogledu lica na čiji teret se isplaćuje porodijska naknada. Međutim, kako je već navedeno, standard o visini porodijske naknade utoliko nije ispunjen, jer se relevantnih zakonima o radu samo predviđa obaveza postojanja plaćenog odsustva, dok se propisima iz oblasti socijalne zaštite ovo pitanje ne reguliše ujednačeno, tako da su kao takvi, standardi MOR-a ispunjeni u pogledu RS-a, dok su u pogledu FBiH samo djelimično ispunjeni u onim kantonima gdje naknada za vrijeme porodijskog odsustva iznosi najmanje 2/3 prethodnih primanja zaposlenice.

Jedan od najstarijih međunarodnih instrumenata zaštite ljudskih prava, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima⁴⁸, također predviđa, za države potpisnice, prema članu 10., obvezu obezbjeđenja posebne zaštite majki porodilja u razumnom trajanju prije i poslije rođenja djeteta, tokom kojeg razdoblja zaposlenim majkama treba omogućiti plaćeno odsustvo ili odsustvo sa odgovarajućim povlasticama socijalnog osiguranja. Paralelno sa ovom obavezom, predviđa se i opća obaveza država potpisnica da obezbijede jednak pristup ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima za žene i muškarce (član 3. Pakta). Iako je Međunarodni Pakt usvojen još 1993. godine od strane BiH, zamijećeno je siromaštvo sudske prakse po pitanju primjene i direktnog pozivanja na Pakt od strane nadležnih sudova.⁴⁹ Ne iznenađuje ni stav zauzet u Inicijalnom izvještaju BiH, gdje se navodi da postoji "*očito (napadno) kršenje prava majki na porodijsku zaštitu, jer finansijske mogućnosti lokalnih zajednica i kantona su takve da se fondovi ne mogu rasporediti u cilju obezbjeđenja njihovih obaveza proizašlih iz nacionalne i međunarodne legislative*"⁵⁰, što je potvrđeno kasnije kao očita poteškoća u Zaključnim napomenama Komiteta za ESKP, u smislu pravilne primjene Pakta. Međutim, jednak stav zauzet je i u slučaju Švicarske, kao federalne države, gdje se ističe obaveza federalnih vlasti

48 Usvojen 16.12.1966. godine na Rezolucijom Generalne skupštine UN-a, a stupio na snagu 03.01.1976. godine.

49 Economic and social Council of the UN, Consideration of reports submitted by states parties under articles 16 and 17 of the Covenant - Bosnia and Herzegovina Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/BiH/CO/1, 24 January 2006, 2.

50 Implementation of the International Covenant on economic, social and cultural rights - Initial reports submitted by States parties under articles 16 and 17 of the Covenant - Addendum Bosnia and Herzegovina, 52.

da se pravilno sprovedu obaveze preuzete potpisivanjem Pakta⁵¹, što je pozitivno odjeknulo uspostavljanjem jedinstvenog sistema zaštite prava na plaćeno odsustvo u Švicarskoj.

Međunarodni aspekt problematike prava žena za vrijeme porodiljskog odsustva nužno moramo zaokružiti sa Konvencijom o eliminaciji svih oblika diskriminacije protiv žena (u nastavku: CEDAW), usvojenom 1979. godine na Generalnoj skupštini UN-a.⁵² Kao najznačajniji dokument kojim se proklamira ravnopravnost žena na svjetskom nivou, CEDAW sadrži 30 članova kojima se nastoji obuhvatiti različiti aspekti diskriminacije upravljene protiv žena u društvu.

Pravni osnov za pitanje porodiljske naknade zaposlenica majki predstavlja član 11., kojim se zabranjuje diskriminacija žena u pogledu zaposlenja, uvjeta na radu, te u slučaju otkaza. Tako se u prvom stavu člana 11. navodi, u tački f) obaveza država potpisnica da poduzmu sve mjere u cilju obezbjeđenja prava na zdravstveno osiguranje i sigurnost u radnim uslovima, uključujući zaštitu reproduktivne funkcije. Ova obaveza detaljnije je regulirana u stavu 2., gdje se navode četiri vrste mjera potrebnih da se implementiraju u pravni poredak država potpisnica, a odnose se na konkretnu zaštitu majčinstva žena zaposlenica.⁵³ Upravo tačkom b) stava 2. člana 11. CEDAW-a predviđa se obaveza država da pravnim propisima predvide plaćeno porodiljsko odsustvo ili da snosi određene socijalne beneficije, a bez ukidanja radnog odnosa, pozicije ili socijalnih naknada, što se direktno vezuje kako za socijalnu i radnu zaštitu žena od diskriminatornog položaja, tako i za obezbjeđenje mogućnosti usklađivanja poslovnog i porodičnog života roditelja. Međutim, po pitanju visine porodiljske naknade, načina njenog obračuna, jasan je stav Komiteta za eliminaciju svih oblika diskriminacije protiv žena, koji je zauzeo u slučaju Komunikacije br. 3/2004 po osnovu Opcionog Protokola⁵⁴, gdje navodi da *“se u članu 11. ne koristi*

51 Kako ističe u svojim zaključnim napomenama Komitet za ESKP „federalna struktura države podrazumijeva da određena prava budu obezbijeđena od strane kantona, ali unatoč tome potvrđuje se stav Komiteta da je pravna obaveza federalne vlasti da obezbijedi implementaciju Pakta“ (Zaključne napomene Komiteta za ekonomska, socijalna i kulturna prava – Švicarska, E/C.12/1/Add.30., 2.), dok kasnije u preporukama navodi kako bi se "kantonalni propisi trebali dalje harmonizirati, da bi se time na odgovarajući način ispoštovale odredbe Pakta" (*Ibid.*, 4.).

52 CEDAW je stupila na snagu 03.09.1981. godine, i to je međunarodni instrument za kojeg je trebalo najkraće vrijeme za ratifikaciju od strane država članica UN-a. Do sada joj je pristupilo 187 država. Vidjeti: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/history.htm>, (02.02.2013.).

53 Odredbom člana 11. stav. 2. Konvencije predviđaju se mjere kojima će se: a) zabraniti i odrediti sankcije za otpuštanje na osnovu trudnoće ili porodiljskog odsustva i diskriminaciju u otpuštanju na osnovu bračnog statusa; b) odrediti da porodiljsko odsustvo bude plaćeno ili da nosi slične socijalne beneficije bez ukidanja radnog odnosa, gubitka pozicije ili socijalnih naknada; c) ohrabriti pružanje potrebnih socijalnih usluga, što bi omogućilo roditeljima da kombinuju porodične obaveze sa poslovnim, kao i učešće u javnom životu, naročito kroz promovisanje uspostave i razvoja mreže usluga za brigu o djeci; d) pružiti posebna zaštitna trudnicama u poslovima koji su im štetni po zdravlje.

54 Opcioni Protokol usvojen je Odlukom br. 54/04 od strane Generalne skupštine UN-a 06.10.1999. godine, a osnovna svrha Protokola je davanje mogućnosti pojedincima i grupama pravo na žalbu u pogledu primjene ili neprimjene, odnosno kršenja odredbi CEDAW – a, i mogućnost da Komitet pokrene istragu u pogledu ozbiljnog ili sistematskog zlostavljanja neke stranke prema Protokolu (tekst Protokola dostupan na: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/774/73/PDF/N9977473.pdf?OpenElement>, (18.01.2013.).

termin “puna naknada” niti “puna kompenzacija za gubitak plate” kao rezultat trudnoće i rođenja djeteta. Drugim riječima, Konvencija ostavlja državama određeni diskrecioni prostor da osmisli sistem porodijskih naknada u svrhu ispunjenja zahtjeva Konvencije”⁵⁵.

Bosna i Hercegovina je pristupila CEDAW-u 01.09.1993. godine, i to je jedan od međunarodnih instrumenata predviđenih Aneksom I Ustava BiH, dok je Opcioni Protokol ratificirala 2002. godine. Po podnošenju tzv. Kombinovanog inicijalnog, drugog i trećeg periodičnog izvještaja o primjeni CEDAW-a, donesen je zaključak Komiteta u pogledu toga da formalnopravno postoji zabrana diskriminacije žena u radnim i socijalnim odnosima, međutim, postojeće razlike u kantonalnoj regulaciji dovode neminovno do nejednakog položaja žena u radnim odnosima.⁵⁶ Ovo nije slučaj samo sa porodijskim naknadama, nego i u pogledu drugih prava po osnovu materinstva, kao što je slučaj sa pravom na pauzu za dojenje djeteta, a koje je predviđeno samo u četiri kantona.⁵⁷

3. Evropski pravni okvir zaštite prava na porodijsko odsustvo

Evropski pravni okvir zaštite prava na porodijsko odsustvo prevashodno se počeo razvijati putem relevantnih akata Vijeća Evrope, nastavljajući svoj razvoj kroz kreiranje unutrašnjeg tržišta Evropske unije. Obzirom da će se o unijskom pravnom okviru govoriti u posebnom naslovu, ovaj segment istraživanja je, prije svega, usmjeren na pravna rješenja kreirana u okviru djelovanja Vijeća Evrope, predviđena Evropskom Konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i Evropskom socijalnom poveljom.

Kao najznačajniji dokument donesen od strane Vijeća Evrope, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u nastavku: Konvencija)⁵⁸ okosnica je međunarodne zaštite ljudskih prava i sloboda. O tome koliki je značaj Konvencije u pravima država potpisnica, svjedoči naša država, gdje se Ustavom BiH, članom II/2,

⁵⁵ Stajalište Komiteta za eliminaciju svih oblika diskriminacije protiv žena na osnovu člana 7, par. 3., Opcionog Protokola Konvencije za eliminaciju svih oblika diskriminacije protiv žena (36. sesija) – Komunikacija br. 3/2004, Vidjeti: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/decisions-views/Decision%203-2004%20-%20English.pdf> (04.02.2013.).

⁵⁶ Komitet za eliminaciju svih oblika diskriminacije protiv žena, Razmatranje izvještaja podnesenih od strane država stranaka na osnovu čl. 18. Konvencije o eliminiranju svih oblika diskriminacije protiv žena – inicijalni, drugi i treći periodični izvještaji Bosne i Hercegovine, 2005,

Vidjeti: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/315/63/PDF/N0531563.pdf?OpenElement> (05.02.2013.), 59.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Usvojena od strane Vijeća Evrope 1950. godine, a stupila na snagu 1953. godine. Do sada je Konvenciji pristupilo 47 država članica Vijeća Evrope. Tokom narednih 60 godina dopunjena je sa četrnaest protokola usmjerenim prije svega na izmjene i dopune postojećih prava, ili eventualno uvođenju novih.

predviđa primjena prava i sloboda predviđenih Konvencijom i njenim protokolima, direktno u BiH, kao i prioritet nad svih drugim zakonima. Ovdje moramo naglasiti da je Ustavni sud BiH zauzeo stav da Konvencija ima primat nad zakonima BiH (kako entitetskim, tako i onim na državnom nivou), ali ne i nad Ustavom BiH, što je potvrdio u svojim odlukama⁵⁹. Ovo tumačenje od značaja je za detaljnije razmatranje načela zabrane diskriminacije i njegove primjene na domaće zakonodavstvo, s obzirom na već utvrđene razlike u entitetskom i kantonalnom zakonodavstvu u pogledu prava na naknadu za vrijeme porodijskog odsustva, budući da se visina i izvršenje ovog prava temelji na kriteriju prebivališta, što za posljedicu ima i teritorijalnu diskriminaciju korisnica ovog prava.

Uvođenje načela zabrane diskriminacije kroz Konvenciju predstavlja osnovu za kasnije kreiranje cjelokupnog evropskog antidiskriminacijskog prava.⁶⁰ Prvotno, ovo načelo odnosilo se prije svega na zabranu diskriminacije u pogledu primjene prava zagarantovanih Konvencijom, te je navedeno, egzemplarno, 11 diskriminirajućih osnova, ne zatvarajući time listu, uz navođenje bilo kakvog drugog statusa koji je osnov za diskriminaciju.⁶¹

Dejstvo zabrane diskriminacije prošireno je 2000. godine 12. Protokolom Konvencije⁶², gdje se navodi tzv „opća zabrana diskriminacije“, koja djeluje na sva prava predviđena na nacionalnom nivou, čak i ukoliko kao takva nisu obuhvaćena Konvencijom.⁶³ Protokolom nisu prošireni osnovi za diskriminaciju, obzirom da je član 14. Konvencije svakako predvidio i bilo kakve druge osnove za koje se utvrdi da ispunjavaju uvjete postojanja diskriminacijskog ponašanja. Međutim, garancija zabrane diskriminacije odnosi se prije svega na odnose prema autoritetima javne vlasti, a ne na privatnopravne odnose, što se navodi u *Eksplanatornom izvještaju* 12. Protokola.⁶⁴

Bosna i Hercegovina je potpisala 12. Protokol 2002. godine, ratificirala 2003. godine, a 2005. godine je stupio na

⁵⁹ Tumačenje preuzeto iz: C. Steiner / N. Ademović, Ustav Bosne i Hercegovine – Komentar, Fondacija Korad Adenauer, Sarajevo, 2010, 162.

⁶⁰ O evropskim mehanizmima zabrane diskriminacije pogledati više u: European Union Agency for Fundamental Rights, Handbook on European Union non – discrimination law, Publication Office of EU, Luxembourg, 2011.

⁶¹ Član 14. EKLJP.

⁶² 12. Protokol Konvencije usvojen je 2000. godine u Rimu, a stupio je na snagu 2005. godine. Nužno je napomenuti da je ovaj protokol ratifikovan od strane svega 17 država (preuzeto iz: : European Union Agency for Fundamental Rights, Handbook on European Union... , 57.

⁶³ Član 1. 12. Protokola Konvencije.

⁶⁴ Odbor ministara Vijeća Evrope, *Eksplanatorni izvještaj* uz 12. Protokol Konvencije, tačka 22.:

- a) uživanja bilo kakvog prava garantovanog pojedincu na osnovu nacionalnog prava;
- b) uživanja prava koje može prozaći iz jasne obaveze javnog autoriteta prema nacionalnom pravu, u slučaju kada javni autoritet prema nacionalnom pravu ima obavezu da se ponaša na određeni način;
- c) od strane javnog autoriteta prilikom sprovođenja diskrecione ocjene;
- d) putem bilo kakvog ponašanja ili propusta od strane javnog autoriteta.

snagu.⁶⁵ Stoga, kao obaveza za svaki organ vlasti predviđa se poštivanje načela zabrane diskriminacije predviđenog 12. Protokolom prilikom donošenja pravnih akata ili nedonošenja istih, rješavanja konkretnih slučajeva u postupku itd. Obzirom da se entitetskim Zakonom o radu, članom 62. stav 1., predviđa plaćeno odsustvo za vrijeme poridiljskog odsustva, a Zakonom o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite porodica sa djecom, članom 93., predviđa se također pravo na plaćeno porodiljsko odsustvo, gdje procenat od osnovice utvrđuju kantonalni propisi. Samim tim što su se pojedini kantoni oglušili o svoju obavezu da donesu odgovarajući priopis, krše svoju obavezu donošenja propisa i dovode korisnice ovog prava u diskriminiran položaj spram onih koje uživaju svoje pravo, samim time što imaju prebivalište u drugom kantonu.⁶⁶ U isto vrijeme, vrši se i diskriminacija korisnica ovog prava s obzirom na visinu primanja, jer su kantonalnim propisima predviđeni različiti procenti osnovice za utvrđivanje visine porodiljske naknade, čime se vrši diskriminacija korisnica koje rade npr. za istog polodavca, a imaju prebivalište u različitim kantonima i entitetima također.

Od trenutka donošenja 1961. godine, razvijajući se kroz bogatu sudsku praksu, Evropska socijalna povelja (u nastavku: Povelja) postala je „kamen temeljac evropskog modela ljudskih prava“⁶⁷ u posljednjih pedeset godina. Značaj Povelje ogleda se u tome da se fokusira na ekonomska i socijalna prava građana država potpisnica⁶⁸, što je svojevrsni logičan nastavak Evropske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama.⁶⁹ Nakon usvajanja Povelje, usvojena su i tri dodatna protokola⁷⁰, a 1996. godine izvršena je revizija Povelje⁷¹, kada se usvojio prečišćeni i unaprijeđeni tekst iste. Njen značaj posebno je naglašen potpisivanjem Lisabonskog sporazuma, gdje je pomenuta kao inspiracija za socijalna prava građana Evropske unije u preambuli Ugovora o EU⁷², i članu 151. Ugovora o funkcionisanju EU, u poglavlju „Socijalna politika“.

65 Status ratifikacija Protokola br. 12. Evropske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama: Vidjeti: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=1&DF=10/02/2010&CL=ENG> (01.02.2013.)

66 O ovom obliku diskriminacije bit će više govora u poglavlju br. 2.2.

67 Vijeće Evrope, European Social Charter – collected texts (6th edition), 2008, 7.

68 Poveljom se garantuje 31 pravo ekonomskog i socijalnog karaktera, gdje države potpisnice imaju pravo ratificirati pojedine članove, a do danas je Povelju potpisalo 47 država Evrope. 10 članova Povelje smatra se obaveznim za svaku državu koja joj pristupa, dok o ostalima svaka država odlučuje da li ratifikovati ili ne (tzv. „a la carte“ sistem, kako ga naziva M. Khemani, „The European Social Charter as a Means of Protecting Fundamental Economic and Social Rights in Europe: Relevant or Redundant?“, Vidjeti: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1606110, 14.).

69 Upravo zbog ovakve svoje uloge, ESP je u očima mnogih naučnika bivala smatrana sporadičnom spram EKLJP (preuzeto iz: M. Khemani, *op.cit.*).

70 Prvim Dodatnim Protokolom iz 1961. godine proširena su ekonomska i socijalna prava predviđena Poveljom, Protokolom o dopunama iz 1991. godine izvršena je reforma nadzornog mehanizma, a trećim Dodatnim Protokolom iz 1995. godine obezbijeden je sistem kolektivnih žalbi.

71 Revidirana Povelja stupila na snagu 1999. godine.

72 Paragraf 5 preambule Ugovora o Evropskoj uniji, Službene novine EU, C83, 30.03.2010.

Obzirom da se Poveljom predviđaju posebna prava kojima se štite određene socijalne skupine (djeca, lica sa invaliditetom, žene...), pažnja je usmjerena i na zaštitu statusa žena majki u i van radnog odnosa, u cilju obezbjeđenja odgovarajućeg životnog standarda tokom njege i odgoja djeteta.⁷³ Od 1961. godine pa do danas, zadržana su jednaka prava, ali sadržajno su proširena u nastojanju da i države potpisnice revidirane Povelje nastave razvijati sistem zaštite ove posebno ugrožene socijalne grupe. Tako se još Poveljom iz 1961. godine, odredbom člana 8. predviđa „pravo zaposlenih žena da, ili putem plaćenog odsustva, ili preko adekvatnih naknada socijalne zaštite iz javnih fondova, mogu uzeti dopust prije i nakon poroda, u ukupnom trajanju od najmanje dvanaest sedmica“. Revizijom 1996. godine, trajanje ovog prava produženo je sa dvanaest na četrnaest sedmica plaćenog porodiljskog odsustva.⁷⁴ U praksi je najviše pitanja izazvao, u ovom slučaju, termin „adekvatne naknade“. Obzirom da je svrha porodiljske naknade obezbjeđenje dovoljno sredstava za život majke i djeteta, tako da majka ne mora raditi, ocijenjeno je da taj nivo mora biti ili u visini plate majke ili u iznosu približnom tome⁷⁵. U Zaključcima XVII – vol. 2. Evropski Komitet za socijalna prava zauzeo je stav da su adekvatne naknade one koje iznose najmanje 70% prethodne plate majke (osim ukoliko se radi o veoma visokim platama).⁷⁶

Bosna i Hercegovina je potpisala Revidiranu Povelju 2004. godine, a ratifikovala 2008. godine, kada je u potpunosti prihvatila 16 članova, 3 člana djelimično, a 12 članova još uvijek nije prihvatila. Značaj usklađivanja zakonodavstva BiH sa odredbama Povelje ogleda se, ne samo u tome što se time implementiraju najznačajniji međunarodni principi, nego i u tome što je to jedan od preduvjeta za pristupanje Evropskoj uniji. U tu svrhu, Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice BiH usvojilo je tzv. Prvi izvještaj BiH o implementaciji Evropske socijalne povelje (revidirane) u oktobru 2010. godine, a koji se odnosi samo na članove 7., 8., 16. i 17.⁷⁷ Osnovni zaključak donesen tada, od strane nadležnog ministarstva, je taj da je reguliranje sistema zaštite porodilja u radnom odnosu, u pogledu bilo kojeg prava, a što je najviše i izraženo u pogledu prava na plaćeno odsustvo, „potpuno različito, tako da se ne može govoriti o jednakom položaju žena u BiH, u ostvarivanju prava

73 Tako su članom 8 navedena osnovna prava žena porodilja: pravo na plaćeno odsustvo, zabranu otkaza od strane poslodavca, pauzu za dojenje djeteta, noćni rad žena, zabranu rada na poslovima pod zemljom.

74 Inovirani član 8. Povelje do sada su ratificirale sve države osim Finske i Gruzije (preuzeto sa: Vijeće Evrope, Prihvatanje odredbi Revidirane Evropske socijalne povelje (1996), Vidjeti:http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/ProvisionTableRevJuly2012_en. (25.01.2013.).

75 Vijeće Evrope, Evropska socijalna povelja – zaključci 2011 (Bosna i Hercegovina) – Članovi 7, 8, 16 i 17 Povelje, 13.

76 Vijeće Evrope, Zaključci XVII – 2, vol. 2., Vidjeti:http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/Year/XVII2Vol2_en.pdf; (25.01.2013.) 488..

77 Više o sistemu monitoringa primjene Evropske socijalne povelje u državama potpisnicama pogledati u: ETUC and Human Rights at Work Foundation, Social rights in Europe, 2002, 28.

na porodijsko odsustvo”.⁷⁸ Diskriminacija proizilazi, kako je već navedeno, ne samo iz različitosti entitetskih propisa, nego i iz različitog regulisanja ovog prava na kantonalnom nivou, gdje neki kantoni nisu ni donijeli odgovarajući propis, dok je u drugima ovo pravo svedeno na minimum koji ne ispunjava kriterij “adekvatne naknade”. Različitosti ne postoje samo u pogledu visine naknade, nego i u pogledu toga šta se uzima u obzir kao osnovica za obračun, pa se u nekim kantonima uzima u obzir prosječna plata zaposlenice u proteklih šest mjeseci koje prethodne odlasku na odsustvo, a u drugim kantonima se uzima prosječna plata kantona / opštine.

Upravo na osnovu Izvještaja, Evropski komitet za socijalna pitanja donio je zaključak da postojeće porodijske naknade nisu u skladu sa minimalnim standardima utvrđenim dosadašnjom praksom, kako u pogledu raznolikog regulisanja prava na porodijske naknade u BiH, tako i u pogledu visina naknada predviđenih u pojedinim kantonima⁷⁹.

4. Sudska praksa

Postojanje diskrepancije između pozitivnog nacionalnog zakonodavstva BiH i ratifikovanih međunarodnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava, stvorilo je pravno stanje u kojem je bilo samo pitanje vremena pokretanja postupka pred Ustavnim sudom BiH zbog diskriminacije žena – majki u radnom odnosu tokom trajanja porodijskog odsustva, kao i svih prava koje im pripadaju tokom tog vremena.

Prelomnu odluku u sudskoj praksi, kojom je i formalno utvrđeno postojanje diskriminacije i nepovoljnog položaja u kojem se nalaze žene majke, s obzirom na svoje prebivalište, donio je Ustavni sud BiH u postupku pokrenutom 2009. godine, povodom zahtjeva 23 poslanika/ce.⁸⁰ Zahtjev je podnesen radi ocjene ustavnosti člana 35. Zakona o plaćama i naknadama u institucijama BiH⁸¹ i Odluke Vijeća ministara BiH o načinu i postupku ostvarivanja prava na naknadu za porodijsko odsustvo u institucijama BiH⁸² zbog neusklađenosti navedenih propisa sa opštom

78 Ministarstvo za ljudska prava i izbjeglice BiH, Prvi izvještaj BiH o implementaciji Evropske socijalne povelje (revidirane), Sarajevo, 2010, 45.

79 Vijeće Evrope, Evropska socijalna povelja – zaključci 2011 (Bosna i Hercegovina) – Članovi 7, 8, 16 i 17 Povelje str. 13. Ovdje je nužno naglasiti relativno ograničenu ulogu Evropskog komiteta u slučaju nepoštivanja odredbi ESP, iz razloga što, pored monitoringa putem izvještaja, primjena mogućnosti kolektivnih pritužbi, koja se pruža u ESP, još uvijek nije našla primjenu u BiH, a nedostatak mogućnosti individualnih žalbi na nepoštovanje odredbi ESP u mnogome ograničava efektivan nadzor nad pravilnom implementacijom odredbi ESP (M. Khemani, 17.)

80 Odluka Ustravnog suda BiH u predmetu br. U 12/09 od 28.05.2010. godine.

81 „Zaposleni u institucijama BiH na porodijskom odustvu ima pravo na naknadu u skladu sa propisima sa kojima se uređuje ova oblast prema mjestu uplate doprinosa za svakog zaposlenog“ („Sl. glasnik BiH“ br. 50/08 i 35/09).

82 Između ostalog, član 2. “Zaposleni u institucijama BiH na porodijskom odustvu ima pravo na naknadu u skladu sa propisima sa kojima se uređuje ova oblast prema mjestu uplate doprinosa za svakog zaposlenog u institucijama BiH. U slučaju kada entitetskim propisima, odnosno propisima Distrikta Brčko BiH, nisu bliže uređeni uslovi, način, postupak i finansiranje prava na naknadu za porodijsko odsustvo, vrše se u visini najniže cijene rada koja je definisana entitetskim općim kolektivnim ugovorima, odnosno općim kolektivnim ugovorom Brčko Distrikta.“ („Sl. glasnik BiH“ br. 58/09).

zabranom diskriminacije sadržanom u članu II/2 Ustava BiH, kao i u članu 1. stav (1) i (2) Protokola 12 EKLJP⁸³, te odgovarajućim antidiskriminatornim odredbama CEDAW Konvencije, Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima.

S obzirom na različite entitetske režime obračuna i isplate porodijske naknade, zaposlenice u institucijama BiH sa prebivalištem na području FBiH dovedene su u neravnopravan položaj u odnosu na zaposlenice sa prebivalištem na području RS-a, kada im je odbijena isplata porodijskih naknada iz budžeta BiH na osnovu instrukcije Ministarstva finansija i trezora BiH. Iako se u konačnici i zaposlenicima iz RS isplaćuju sredstva iz Javnog fonda za dječiju zaštitu RS, situacija je daleko nepovoljnija za zaposlenice FBiH, na koje se primjenjuju kantonalni propisi o porodijskim naknadama, pri čemu pojedini kantoni uopšte ne isplaćuju takve naknade, a u drugim su one u simboličnom iznosu, kao što je već elaborirano u podnaslovu 2.2. Pozivajući se na pomenute odredbe o zabrani diskriminacije, Ustavni sud BiH utvrdio je da su ispunjeni uvjeti za diskriminatorno ponašanje prema zaposlenicima institucija BiH, kako s obzirom na mjesto isplate naknada (zaposlenicima iz RS poslodavac direktno isplaćuje naknade, dok se zaposlenice iz FBiH moraju obratiti nadležnim centrima za socijalni rad radi isplate), tako i s obzirom na visinu isplata naknada, o čemu je već bilo riječi.

Prilikom razmatranja ovog zahtjeva, Ustavni sud je pošao od okolnosti da se osporene odredbe odnose na entitetsko zakonodavstvo o socijalnoj politici, pa je u skladu sa prethodno navedenim nesporno da dovodi do različitog tretiranja iste grupe lica – zaposlenica u državnim institucijama. Ustavni sud nije nastojao da podriva entitetsku nadležnost, ali napominje da pitanje prava na naknadu za porodijsko odsustvo nije samo pitanje socijalne politike, nego i ljudskih prava i njihove zaštite, te nesmetanog kretanja radnika/ca na unutrašnjem tržištu BiH. Budući da porodijsko odsustvo proizilazi iz radnog odnosa, a ne mjesta prebivališta (na osnovu čega su zaposlenice i bile diskriminirane), razlika koju nameću ovakve odredbe nije adekvatan način da se postigne najviši nivo ljudskih prava.⁸⁴ Kao primjer dobre prakse, Ustavni sud navodi i nekoliko federalno uređenih država Evrope koje su unificirale pravo na porodijsku naknadu na državnom nivou bez obzira na unutrašnju složenu strukturu.⁸⁵

Zaključak Ustavnog suda je da osporena odredba, pored toga što ne teži zakonitom cilju, jer međunarodni standardi zaštite ljudskih prava koje smo prihvatili kao

83 Ova zabrana diskriminacije odnosi se na sva prava garantovana propisima države potpisnice EKLJP, čime je napravljen značajan kvalitativni pomak u ostvarenju zaštite ljudskih prava.

84 Paragraf 31. Presude.

85 Paragraf 34. Presude.

svoju obavezu, nisu implementirani u dovoljnoj mjeri u relevantne pravne propise, također nije proporcionalna cilju kojem se teži Zakonom o platama i naknadama u institucijama BiH, budući da navedena odredba sadrži diskriminaciju koja je sam po sebi disproporcionalna i čiji intenzitet raste zbog različitosti propisa u FBiH.

Presuda je već provedena kroz relevantni propis⁸⁶, kojim su izvršene izmjene neustavnih odredbi, putem čega se isključila diskriminacija zaposlenika prema mjestu uplate doprinosa, te je utvrđeno da se obračun i isplata, kao i porezi i doprinosi u vezi sa porodijskom naknadom vrše uz mjesečni obračun i isplatu plata i naknada plata zaposlenih i to isključivo na teret Budžeta BiH, dok same institucije BiH nemaju pravo na refundaciju od nadležnih fondova socijalne zaštite (član 4. u vezi sa članom 5. Odluke).

Iako se ovdje radi u diskriminaciji izvršenoj u institucijama BiH, temeljenoj na različitom tretmanu zaposlenica sa prebivalištem u različitim entitetima, primjenjujući istovjetnu metodologiju utvrđivanja postojanja diskriminacije, možemo doći do jednakih rezultata i ukoliko ovu problematiku posmatramo na nižem nivou, odnosno, na nivou FBiH i kantona.

Polazeći od situacije gdje su zaposlenice porodilje zaposlene u institucijama FBiH, institucijama kantona ili opštinskih vlasti, a sa prebivalištem u različitim kantonima, u situaciji kada upućuju zahtjev za plaćenim odsustvom, možemo zaključiti da se radi o licima koja se nalaze faktički i pravno u istoj situaciji. Naime, prema ustaljenom pojmovnom određenju diskriminacije, „*da bi se utvrdila diskriminacija, mora postojati (a) različit tretman (b) osoba koje su u analognoj ili relativno istoj situaciji na bazi (c) jednog od zabranjenih osnova diskriminacije, pri čemu (d) ne postoji objektivno i razumno opravdanje za takav različit tretman*”⁸⁷. Promatrajući prethodno navedeno činjenično stanje, možemo zaključiti da, kada se radi o zaposlenicama u istoj instituciji (institucijama FBiH, kantona, opštine), pri čemu dolaze u istu situaciju u trenutku kada podnose zahtjev za porodijsko odsustvo, ispunjava se uslov (b), a zbog različitog prebivališta, dolazi do različitog tretmana u pogledu utvrđivanja visine porodijske naknade (uslov (a)).

Prema odredbi člana 2. Zakona o zabrani diskriminacije, navedeni su egzemplarno zabranjeni osnovi vršenja diskriminacije, čime je lista ostala otvorena, tako da u ovoj situaciji (kao što je zaključio i Ustavni sud BiH u prethodno navedenoj presudi), prebivalište kao osnov diskriminacije predstavlja zabranjeni osnov, jer je ono osnov

86 Odluka o načinu i postupku ostvarivanja prava na naknadu za porodijsko odsustvo u institucijama BiH, „Službeni glasnik BiH“ br. 95/10.

87 C. Steiner/N. Ademović, *Ustav Bosne i Hercegovine – Komentar*, Fondacija Korad Adenauer, Sarajevo, 2010, 440.

za različito tretiranje koje onemogućava ostvarivanje prava i sloboda na ravnopravnoj osnovi, čime je ispunjen i treći kriterij za postojanje diskriminacije u ovoj situaciji. Nadalje, razmatrajući postojanje izuzetaka predviđenih članom 5. ovog Zakona, ne možemo se pozvati na neki od istih u cilju opravdavanja izuzimanja lica od načela jednakog postupanja.

Iako je utvrđeno da postoji različit tretman po nekom od nedopuštenih osnova, potrebno je u konačnici utvrditi i da ne postoji objektivno i razumno opravdanje za različit tretman, na način što se utvrđuje da li „*različit tretman slijedi legitiman cilj i ukoliko postoji razuman odnos proporcionalnosti između sredstava koja su upotrijebljena i cilja koji se želi postići*“⁸⁸. Odredbe kantonalnih propisa kojima se utvrđuje da porodijske naknade mogu koristiti samo žene sa prebivalištem u kantonu koji donosi relevantni propis, pravdaju se raspodjelom nadležnosti između entiteta i kantona u oblasti socijalne politike. Međutim, pitanje porodijske naknade, kako je i naveo Ustavni sud BiH u pomenutoj presudi, nije samo pitanje socijalne politike, nego i ljudskih prava. Stoga, diskriminatorno ponašanje prema zaposlenicama po osnovu njihovog prebivališta „nije adekvatno cilju koji se teži postići u socijalnoj zaštiti i jednakoj naknadi“⁸⁹, koji se kao takav nameće po osnovu načela jednakog tretmana implementiranog u Ustavu BiH, Zakonu o radu FBiH, relevantnim propisima iz oblasti socijalne zaštite, te međunarodnim obavezama pomenutim u prethodnom poglavlju. Proističe iz prethodno navedenog da sam cilj ovakvih diskriminatornih odredbi nije zakonit, a u pogledu ispitivanja proporcionalnosti, možemo zaključiti da minimum standarda utvrđen propisima FBiH nije ispoštovan kao takav u pojedinim kantonima (u pojedinim nisu uopšte usvojeni ili su predviđene neadekvatne naknade), što *de facto* dovodi do diskriminatornog položaja žena porodilja. Naime, svrha podjele nadležnosti između FBiH i kantona je, prije svega, efikasnije zadovoljavanje socijalnih potreba stanovništva na lokalnom nivou, gdje FBiH utvrđuje i garantuje minimum prava, dok kantoni utvrđuju dodatna prava stanovnika u skladu sa socijalnom slikom kantona. U ovom slučaju, cilj kao takav nije proporcionalan, jer je diskriminatorno ponašanje vršeno nauštrb minimalnih standarda predviđenih na entitetskom nivou, kao i onih predviđenih međunarodnim aktima, čime je počinjena diskriminacija dovela u pitanje provođenje i zaštitu osnovnih ljudskih prava.

Problem postojanja diskriminatornih odredbi u relevantnim propisima kojima se reguliše pitanje porodijske naknade izbjegao bi se u potpunosti regulisanjem ovog pitanja na državnom nivou. Međutim, ovakvo rješenje uvjetovano je, kako izmjenama Ustava BiH u pogledu nadležnosti BiH i entiteta, tako i izmjenama

⁸⁸ *Ibid*, 443.

⁸⁹ Par. 31. Presude Ustavnog suda BiH br. U 12/09.

entitetskih, kao i kantonalnih ustava, te relevantnih zakonskih i podzakonskih akata. Dosadašnji napori po ovom pitanju pokazali su se kao neuspješni zbog nedostatka političke volje, ali i zbog dugotrajnosti postupka izmjene gore navedenih akata.

Pitanje porodijskih naknada uspješno bi se riješilo i uvođenjem jedinstvenog rješenja u Zakon o socijalnoj zaštiti na entitetskom nivou u FBiH, u smislu utvrđivanja jedinstvenog procenta naknade plate za sve žene porodilje na koje se primjenjuje ovaj zakon. Time bi se, s jedne strane, izbjegla daljnja diskriminacija žena porodilja na osnovu kantonalnih propisa, te bi se omogućilo jedinstveno poštivanje međunarodnih standarda po ovom pitanju, a s druge strane, omogućilo bi se i usklađivanje položaja žena porodilja na entitetskom nivou. Iako je socijalna zaštita u zajedničkoj nadležnosti entiteta i kantona, pojedina pitanja socijalne zaštite nekoliko drugih socijalnih grupacija regulisana su na entitetskom nivou u smislu utvrđivanja osnovnih prava⁹⁰, dok kantoni predviđaju dodatna prava zavisno od svoje ekonomske moći⁹¹. Stoga je opravdano očekivati, s obzirom na postojeći nivo diskriminacije koji se vrši na kantonalnom nivou, da se, ne samo prava žena porodilja na porodijsku naknadu, nego i druga prava iz oblasti zaštite porodice, detaljnije urede na entitetskom nivou, osiguravajući time jednak tretman i jednaku primjenu međunarodnih standarda ne samo za žene, nego i za ostale korisnike ovih prava (djeca i očevi).

Ostaje da se vidi da li će zabrana diskriminacije utvrđena od strane Ustavnog suda polučiti uspjeha kod ukidanja naprijed izložene diskriminacije, koja još uvijek postoji unutar FBiH, uvažavajući okolnost da u BiH postoji jedinstveno unutrašnje tržište unutar kojeg ne smiju postojati prepreke za nesmetano kretanje radnika i ostvarenje njihovih prava na radu i u vezi sa radom. Značaj unutrašnje harmonizacije propisa u pogledu prava na porodijsku naknadu utoliko je veći što Bosna i Hercegovina ima obavezu usklađivanja propisa sa pravom Evropske unije, što je predviđeno članom 70. i članom 77. SSP BiH⁹², u kojoj je u posljednjih dvadeset godina došlo do značajnog napretka u regulisanju ove problematike, u okviru načela zabrane diskriminacije, o čemu će biti riječi u slijedećem poglavlju.

5. Stanje u Evropskoj uniji

Zaštita trudnica i porodilja predstavlja pravnu problematiku od izuzetnog značaja

90 Socijalna zaštita nezaposlenih lica, branilaca i članova njihovih porodica itd.

91 To je slučaj sa pravima branilaca i članova njihovih porodica, kao i pravima demobiliziranih porodica, gdje je na entitetskom nivou donesen propis kojim se garantuju osnovna prava, a svaki kanton je utvrdio i dodatna prava za ovu socijalnu grupaciju.

92 Članom 70. SSP BiH predviđena je opća obaveza postepenog usklađivanja postojećih zakona i budućih propisa sa pravnom tečevinom EU, dok se članom 77. SSP BiH posebno naglašava obaveza postupnog usklađivanja propisa u oblasti rada, a naročito zdravlja i sigurnosti na radu, te jednakih mogućnosti.

u svim savremenim pravnim porecima, pa ni EU nije izuzetak. Iako prvobitno nije zamišljena kao zajednica država koja ima za prevashodni cilj da osigura socijalnu zaštitu i ostvarenje ljudskih prava, uslijed stihijskog ekonomsko-političkog razvoja⁹³, ove oblasti su neminovno postale predmet regulisanja na EU nivou. Povećano učešće žena na tržištu rada, kao jedan od najvažnijih ekonomskih i socijalnih fenomena posljednjih pedeset godina, prati opadanje nataliteta u svim evropskim državama. Istraživanja pokazuju da uslovi na tržištu rada dovode do ovakvih tendencija, budući da odluka žene o majčinstvu ovisi o njenoj mogućnosti da obavlja siguran i stabilan posao, kao i anticipiranim opterećenjima na platu i cjelokupan radni status.⁹⁴ Upravo zbog toga, državna politika u pogledu porodijskog odsustva i realizacije svih prava tokom tog perioda, igra važnu ulogu u procesu pomirenja majčinstva i posla.⁹⁵ Ipak, sistematično razmatranje zaštite prava državljanke država članica EU nalaže da započnemo sa elaboriranjem rješenja sadržanih u Ugovorima EU, kao primarnom pravu.⁹⁶

Socijalna zaštita, čiji je integrativni dio zaštita majki-porodilja, razvijala se paralelno i zajedno sa rodnom ravnopravnošću. Rodna ravnopravnost, u okviru koje se pojavio zahtjev za jednako plaćanje muškaraca i žena, te svih drugih naknada koje nastaju povodom radnog odnosa, vuče svoje porijeklo iz Ugovora o Evropskoj zajednici, kasnije zamijenjenog Ugovorom o EU.⁹⁷ Iako naizgled nije očigledno poveživo, osnov razmatranja o pravima koje žene-majke imaju jeste čl. 157. Ugovora o funkcionisanju EU, koji postavlja pravnu osnovu za EU rodnu ravnopravnost. Međutim, navedeni član duguje svoje postojanje više ekonomskim, nego obzirima

93 Postoji više teorija koje služe razumijevanju integracijskih procesa unutra EU. Neofunkcionalistička teorija predstavlja seriju pretpostavki integracije i predviđanja budućnosti EU, polazeći od početne, prevashodno, ekonomske saradnje unutar EU, pri čemu je neminovno došlo do tzv. „efekta prelijevanja“ odnosno širenja procesa integracije mimo ekonomske sfere, na pitanje vanjske politike, socijalne zaštite i ljudskih prava. Ovako shvaćena evropska integracija doima se samoodrživom, a pomenuti efekat čini neminovnom dalju saradnju kroz ekonomsku i političku dinamiku. Ipak, budući da prvenstveno analizira integraciju na supranacionalnom nivou, ova teorija pokazuje svoje granice u objašnjavanju sukoba interesa između država članica i institucija EU, pa je kao odgovor uslijedila teorija liberalnog intergovernmentalizma. Liberalni intergovernmentalizam u svojoj osnovnoj tvrdnji da države članice kontrolišu nivo i brzinu integracije polazi od dvije osnovne okolnosti, da su nacionalne vlade jednako moćni akteri u procesu evropske integracije, rukovođeni vlastitim potrebama za zaštitom i promocijom „nacionalnog interesa“, te da se integrativni procesi, bez obzira na „prelijevanje“, nisu uspjeli proširiti i na područja tzv. visoke politike, kao što su nacionalna sigurnost i odbrana. (Vidi šire: R. Wang, „The Fate of the European Union“ Vidjeti: <http://www.global-politics.co.uk/Archive/The%20Fate%20of%20the%20EU.htm> (08.03.2013.). A. Johnston, „Defining and Identifying Spillovers from EU Law into National Law“, IECL, 2011.).

94 Šire o tome: J. De Henau/D.Meulders/S.O’dorchai, "The Comparative Effectiveness of Public Policies to Fight Motherhood-induced Employment Penalties and Decreasing Fertility in the Former EU-15", Vidjeti: <http://dev.ulb.ac.be/dulbea/documents/1031.pdf>.

95 Šire: D.Del Boca/S.Pasqua/Ch.Pronzato, „Market Work and Motherhood Decisions in Contexts“, IZA Discussion Paper broj 3303, 2008, 6.

96 Šire o tome Z. Meškić/D. Samardžić, Pravo Evropske Unije I, Sarajevo 2012, 180.

97 Stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora, EU i EZ su postale jedinstvena Evropska unija, pri čemu Ugovor o EU (dalje: UEU) postavlja osnovnu strukturu i odredbe, a Ugovor o funkcionisanju EU (dalje: UFEU) je detaljniji, te dodatno razrađuje Ugovor o EU. Konsolidovane verzije UEU i EFEU objavljene su u Službenom listu EU 2010, C 83.

pravičnosti. Nastao prvobitno kao pokušaj zaštite francuskih poslovnih subjekata od nepravilne konkurencije, uslijed nedostatka propisa o zabrani diskriminacije u pravnim porecima drugih država članica, ipak se postavlja pitanje kako su pojedinci počeli koristiti ovaj član za svoju zaštitu protiv nacionalne diskriminatorne prakse.⁹⁸ Tim više što je odredba čl. 157. trebala nametnuti obaveze za države članice, a ne pružiti neposredno provodiva prava za pojedince.

Načelo neposredne primjene kao sastavni dio načela neposrednog dejstva⁹⁹ Prava EU, odnosi se na one aspekte prava koji su primjenjivi direktno i na koje se građani EU mogu pozivati pred sudovima u sopstvenim državama članicama, bez obzira na to da li je država članica donijela posebne nacionalne zakone za sprovođenje takvih odredbi.¹⁰⁰ Odrednicu neposrednog dejstva je prvi put upotrebio Sud EU u predmetu *Van Gend and Loos*¹⁰¹, kada je pojedinim članovima Ugovora osigurao kvalitet "neposrednog dejstva". Tom prilikom Sud EU je utvrdio da konkretna odredba Ugovora mora sadržavati dovoljno određeno i bezuslovno pravo ili obavezu, pa se nameće opravdana dilema da li formulacija čl. 157. zaista zadovoljava navedene uslove.¹⁰² Sud EU je kroz presudu *Defrenne II*¹⁰³ odigrao ključnu ulogu u transformaciji čl. 157. (raniji čl. 141. Ugovora o Evropskoj zajednici, odnosno čl. 119. Ugovora o Evropskoj ekonomskoj zajednici) uspostavljanjem njegovog direktnog dejstva, čime je građane i građanke EU opskrbio ličnim pravima koje mogu ostvariti unutar prava EU. Ova ugovorna odredba će stoga postati vodeća sila za nastanak zakonodavstva rodne ravnopravnosti 70-tih i 80-tih godina prošlog stoljeća. Ipak, vrijedi napomenuti da potrebe zaštite pravne sigurnosti svih zainteresovanih subjekata onemogućavaju retroaktivno dejstvo ovakve odluke, pa čl. 157. neće imati kvalitet neposrednog dejstva za ostvarivanje prava iz perioda koji je prethodio donošenju presude, izuzev za one subjekte koji su već pokrenuli procedure za ostvarivanje takvih prava.¹⁰⁴

Ugovor o funkcionisanju EU u okviru Socijalne politike proklamira ciljeve zapošljavanja, poboljšanje životnih i radnih uslova kroz uspostavljanje odgovarajuće socijalne zaštite.¹⁰⁵ U ovom kontekstu, EU se obavezuje na podršku i dopunjavanje

98 R.A. Cichowski, „Women’s Rights, the European Court and Supranational Constitutionalism“, *Law & Society Review*, Austin (Texas) 2004, 15.

99 Vidi šire: Z. Meškić/D. Samardžić, *Pravo Evropske Unije I*, Sarajevo 2012, 172.

100 Navedeno se može primjenjivati u vezi sa odredbama Ugovora, uredbama, direktivama i odlukama.

101 Sud EU, C-26/62, *NV Algemene Transporten Ekpeditie Onderneming van Gend en Loos protiv Nederlandse Administratie der Belastingen*, 1963, I-00001.

102 Sudskom evolucijom Prava EU, početni ratio neposrednog dejstva, da se obezbijedi efikasnost ("effet utile") prava EU omogućavajući pojedincima da se pozivaju na takve odredbe protiv država članica koje nisu uspješno implementirale ili osigurale primjenu Prava EU (tzv. vertikalno neposredno dejstvo), kasnije je proširen tako da omogućava pojedincima da se pozivaju na odredbe Ugovora protiv drugih privatnih lica takode, kao što je bio slučaj sa članom 157. UFEU u pomenutom slučaju *Defrenne*.

103 Sud EU, C-43/75, *Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, 1976, I-455.

104 Sud EU, C-43/75, *Defrenne v. Sabena*, 1976, I-00455.

105 EFEU, čl.151.

aktivnosti država članica, između ostalog, u oblasti socijalne sigurnosti i socijalne zaštite radnika, te se dalje obavezuje posredstvom direktiva usvojiti minimalne uslove zaštite koji će se postepeno primjenjivati. Lisabonskim ugovorom određeno je da Odbor za socijalnu zaštitu, primjenjujući metod otvorene koordinacije, zajedničke ciljeve i indikatore, usmjerava socijalnu politiku ka smanjenju socijalne isključenosti u EU.¹⁰⁶ Iako je potreba socijalne zaštite prepoznata u okviru primarnog prava EU, nadležnosti za regulisanje ove oblasti su duboko ukorjenjene u nacionalno pravo država članica, što znači da primjena ovih prava značajno varira od države do države. EU i države članice dijele odgovornost za politiku u oblasti rada, socijalne zaštite i inkluzije, pri čemu EU koordinira i nadzire nacionalne politike.¹⁰⁷ Upravo stoga, EU nema široke ovlasti u ovoj oblasti, ali ih je ipak uspjela proširiti kroz solidnu sudsku praksu, kako ćemo vidjeti u nastavku. Oklonost da najveći broj slučajeva potiče iz pojedinih država članica, objašnjava se većom povezanošću te problematike sa kulturnom evolucijom modernog društva, u odnosu na povezanost sa ekonomskog integracijom, za što je EU prvobitno i dobila nadležnosti.¹⁰⁸

Budući da se zaštita porodilja uobičajeno razmatra u okviru njihovih radnih prava i zabrane diskriminacije, možemo navesti više pravnih izvora za zaštitu porodilja unutar prava EU. Osim čl. 157. UFEU¹⁰⁹ koji uspostavlja princip jednakih naknada za muškarce i žene¹¹⁰, pregled relevantnog *acqius*-a ubuhvata i Direktivu 2006/54 o implementaciji principa jednakog tretmana muškaraca i žena u oblasti zapošljavanja i zanimanja.¹¹¹ Ova direktiva predstavlja jedinstven instrument kojim je revidirano šest direktiva¹¹², čime doprinosi pravnoj sigurnosti i jasnoći obezbjeđujući koherentan,

106 Social dimension of EU, Vidjeti: http://www.hauptverband.at/mediaDB/916602_Dr_Lieve_Fransen.pdf (04.02.2013.).

107 Socijalna politika spada u posebnu nadležnost EU i obuhvaćena je članovima od 151. do 161. UFEU, te članovima od 136. do 145. UEU. Ulogu i odnos EU i država članica u ovoj materiji najbolje pojašnjavaju čl.151. UFEU i čl. 136. UEU iz kojih je vidljivo da EU podržava i dopunjuje aktivnosti država članica usmjerene na ostvarivanje ciljeva socijalne politike (uključujući poboljšanje životnih i radnih uslova).

108 J-P. Puissechet, „Problems of interpretation by the European Court of Justice of community legislation on equal treatment for men and women“, Journal of the Society for advanced legal studies, Issue 40, 2002, 20.

109 Raniji čl. 119. Ugovora o Evropskoj ekonomskoj zajednici, odnosno raniji član 141. Ugovora o Evropskoj zajednici.

110 Navedeni član ne određuje samo princip jednakih plata za jednak rad, nego utvrđuje jednakost u pogledu ostalih naknada koje su vezane za radni odnos i ostvarivanje radno-socijalnih prava, što je vidljivo iz samog teksta: "U ovom članu, "plata" je redovna osnovna ili minimalna zarada ili plata i svaka druga naknada, u novcu ili naturi, koju radnik neposredno ili posredno prima od svog poslodavca po osnovu zaposlenja". Ipak, Sud EU je u slučaju Deffrene I, razmatrajući odnos plate iz čl.157 UFEU i sistema socijalne zaštite, došao do zaključka da, iako inače socijalne naknade nisu strane konceptu plate, u ovom slučaju pojam plata ne obuhvata sisteme socijalne zaštite i odgovarajuće naknade. Ovakav stav je obrazložen činjenicom da sistemi socijalne zaštite osiguravaju naknade za radnike/ce koji nisu toliko vezane za radni odnos, koliko za opštu socijalnu politiku koju država sporovodi.

111 Evropski savjet, Direktiva 2006/54/EC od 05.08.2006. godine o implementaciji principa jednakog postupanja prema muškarcima i ženama u pogledu zapošljavanja i zanimanja, „Službeni list EU“ 2006, L 204/23.

112 Ukjučujući tu Direktivu o jednakim platama za muškarce i žene (75/117), Direktivu o jednakom tretmanu muškaraca i žena prilikom zapošljavanja (76/207 koja je izmijenjena Direktivom 2002/73), Direktivu o jednakom tretmanu muškaraca i žena u okviru dobrovoljnih sistema socijalne zaštite (86/378, izmijenjena Direktivom 96/97) i Direktivu o teretu dokazivanja (97/80).

čitljiv i dobro strukuiran pravni tekst.¹¹³ Sud EU je svojim tumačenjima¹¹⁴ razvio Direktivu o jednakom tretmanu u instrument zaštite trudnica i porodilja.¹¹⁵ Specifičnija Direktiva broj 92/85/EEC¹¹⁶, poznatija kao Direktiva za zaštitu materinstva, usvojena je kasnije i ima za cilj zaštitu zdravlja na radnom mjestu. Ova direktiva je poslužila kao osnov za zabranu otkaza za trudnice i porodilje, zbog stanja u kojem se nalaze. Vremenom se postavilo pitanje odnosa ove dvije direktive i načina na koji Sud EU treba da ih primjenjuje, samostalno ili u kombinaciji. Djelimičan odgovor na ovo pitanje je pružen 2006. godine, usvajanjem već pomenute Revidirane direktive o jednakom tretmanu, koja, definišući pojam diskriminacije, navodi da isto obuhvata i svako nejednako postupanje prema ženama zbog trudnoće ili materinstva, u skladu sa Direktivom za zaštitu materinstva. Ipak, budući da se ova problematika odnosi na zabranu diskriminacije prilikom zasnivanja, odnosno prestanka radnog odnosa, neće biti detaljnije razmatrana zbog ograničenja koja postavlja tema ovog rada.¹¹⁷

Treba spomenuti još i Direktivu o roditeljskom odsustvu¹¹⁸, kojom se implementira Okvirni sporazum između evropskih socijalnih partnera¹¹⁹, a kojom je zamijenjena Direktiva iz 1996. godine.¹²⁰ Revidirana Direktiva predviđa da bi muškarci i žene trebali imati pravo na najmanje 4 mjeseca roditeljskog odsustva.¹²¹ S obzirom na dilemu da li okolnost da se radi o ugovoru o radu na određeno ili neodređeno vrijeme vodi različitoj zaštiti, u odluci *Tele Danmark*¹²² Sud EU je zauzeo stav da se ugovor o radu na određeno vrijeme tretira isto, u pogledu zaštite trudnica i porodilja, kao i ugovor o radu na neodređeno vrijeme prema Direktivi o zaštiti materinstva, pri čemu se kao izuzetak navodi čl. 11. (4) iste Direktive, u skladu s kojim države članice mogu

113 Grupa autora, *Legal Perspectives of Gender Equality in South East Europe*, SEELS, 2012 Skopje, 12.

114 Sud EU, C-177/88, Dekker, 1990, I-3941; Sud EU, C-179/88, Herz, 1990, I-3979; Sud EU, C-394/96, Brown, 1998, I-4185.

115 A. Hänlein, „Europan maternity protection – perfected or excessive? Comments on the latest judgements of the ECJ“, *The European Lgal Forum*, 8-2000/01, 544.

116 Evropski savjet, Direktiva 92/85/EEC od 19.10.1992. godine o uvođenju mjera za ograbivanje mjera zaštite sigurnosti i zdravlja na poslu trudnih radnica i radnica koje su se nedavno porodile ili koje doje, *Sl.list EU* 1992, L 348.

117 Određeno sistematsko razjašnjenje odnosa dvije direktive pruženo je u presudi *Tele Danmark* (Sud EU, V-109/00, *Tele Danmark*, 2001), kojom prilikom je Sud EU razmatrao otkaz trudnice u kontekstu odgovarajućih odredbi obje direktive, te je došao do zaključka da bi primjena bilo koje od ove dvije direktive vodila istom zaključku, iako na različite načine. S druge strane, jasno prizilazi iz odluke *Melgar* (Sud EU, C-438/99, *Melgar*, 2001) da se Direktiva o zaštiti materinstva jedino tiče zaštite postojećeg radnog odnosa, a (ne)zasnivanje radnog odnosa sa trudnicom, kao i produženje govora o radu na određeno vrijeme je problematika koju uređuje isključivo Direktiva o jednakom postupanju.

118 Evropski savjet, Direktiva 2010/18/EU o implementaciji revidiranog Okvirnog sporazuma o roditeljskom odsustvu zaključenom između BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP i ETUC od 08.03.2010. godine, „Službeni glasnik EU“ 2010, L 68/13.

119 BUSINESSEUROPE, UNICE, CEEP i STUC.

120 Evropski savjet, Direktiva 96/34/EC o implementaciji Okvirnog sporazuma o roditeljskom odsustvu zaključenom između UNICE, CEEP i ETUC od 03.06.1996. godine, „Službeni glasnik EU“ 1996, L165.

121 Rok za implementaciju ove Direktive je bio 08. mart 2012. godine, u određenim slučajevima, uz dodatnu godinu dana.

122 Sud EU, C-109/00, *Tele Danmark A/S v Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)*, 2001, I-06993.

usloviti pravo porodilja na naknadu, odnosno socijalnu pomoć tokom porodiljskog odsustva, određenim trajanjem radnog odnosa prije nastupanja porodiljskog odsustva, pri čemu taj period ne smije biti duži od 12 mjeseci.¹²³

Sudska praksa Suda EU u oblasti zaštite trudnica i porodilja se kritikovala zbog svoje nekonzistentnosti, te podržavanja kulture u kojoj se muškarac smatra hraniteljem porodice, zbog čega se zanemaruje realnost i činjenica da se žene imaju aktivnu ulogu i na poslu i u okviru porodice.¹²⁴ Rigidan stav Suda i nedozvoljavanje očevima da se koriste pravom na porodiljsko odsustvo i svim drugim povezanim pravima pravdalo se zaštitom bioloških interesa majke i odnosa između majke i djeteta, što je vidljivo iz presuda *Hofmann*¹²⁵ i *Johnston*¹²⁶. Budući da predmet ovog rada predstavlja istraživanje prava zaposlenica na porodiljsku naknadu, ova problematika se iznosi u cilju svestranijeg shvatanja uloge i položaja zaposlenih žena.

U prošlosti, diskriminacija na osnovu trudnoće je dovela do konceptulnih poteškoća unutar antidiskriminacijskog prava, što je ponekad vodilo nelogičnom pristupu poređenja trudnice sa hipotetički bolesnim muškarcem kako bi se utvrdilo da li je žena tretirana manje pogodno zbog njene trudnoće, te da li je tako postala žrtva spolne diskriminacije. Pravna regulativa je napredovala u odnosu na navedeno shvatanje, pa se sada trudnicama/porodiljama priznaje pravo na radno mjesto bez diskriminacije zbog trudnoće, kao zasebno pravo. Ipak, obim ove zaštite nije neograničen. Dok je Komisija dosta entuzijastično prihvatila shvatanje da diskriminacija trudnica predstavlja nezakonitu direktnu diskriminaciju na osnovu roda, bila je manje euforična u rješavanju logičkih implikacija tog shvatanja, naročito onih koje se tiču zaštite žena za vrijeme korištenja porodiljskog odsustva.¹²⁷ Upravo stoga, značajan izuzetak principa jednakog tretmana ili, moguće, neophodnog razlikovanja, tiče se zaštite žena u pogledu trudnoće i majčinstva.

Diskriminacija zbog trudnoće se smatra direktnom diskriminacijom prema pravu EU, pa tako i prema pravu država članica. Prema tome i svaki diskriminatorski ili manje pogodan tretman žena zbog trudnoće ili materinstva je obuhvaćen zabranom diskriminacije.¹²⁸ Ova formulacija se naročito navodi u kontekstu porodiljskih naknada, jer se zabranjuje diskriminacije u odnosu na druge radnike koji primaju naknadu za vrijeme korištenja bolovanja, pa tako i majka-porodilja ima pravo na

123 A. Hänlein, 548.

124 R. Carlson, *Searching for Equality - Sex Discrimination, Parental Leave and the Swedish Model with Comparisons to EU, UK and US Law*, Iustus Förlag, Uppsala 2007, 64.

125 C- 184/83, Ulrich Hofmann/Barmer Ersatzkasse, 1984, I-3047.

126 C- 222/84, Marguerite Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, 1986, I-1651.

127 M. Bolger, "Protective Measures for Pregnant Workers, Era Conference on Equality Law", 2009.

128 "Legal perspectives of gender equality in South East Europe", SEELS, Skopje 2012, 19.

naknadu za vrijeme korištenja porodiljskog odsustva. Trudnice i porodilje trebaju biti tretirane na isti način kao i drugi zaposlenici sa sličnim sposobnostima, odnosno ograničenjima.

Dok je Sud EU zauzeo čvrst i progresivan pristup u zaštiti trudnica od lošijeg tretmana na poslu, čini se da zaštita iščezava onda kada žena-majka počne da koristi porodiljsko odsustvo. Nije stoga čudno zašto pojedini pisci opisuju ovakav pristup Suda EU kao održavanje neobičnog kursa između zaštite trudnica i priznanja da se porodilje koje koriste porodiljsko odsustvo nalaze u drugačijem položaju od drugih osoba koje rade.¹²⁹ Smatrajući bespredmetnim elaborirati nužnost zaštite žena-majki, valja naglasiti da se socijalna zaštita nalazi u neraskidivom odnosu sa održivošću tržišta, pa se u tom smislu određena ograničenja i uslovljavanja socijalne zaštite mogu posmatrati kao nastojanje da se osigura uspješno funkcionisanje tržišta. Ipak, navedeno razmatranje ne treba shvatiti kao opravdanje za svako bezrazložno umanjivanje prava žena-majki, nego odnos koji, s druge strane, treba da osigura i uspješan, održiv i svrsishodan sistem socijalne zaštite.¹³⁰

U slučaju *Gillespie*¹³¹ Sud EU je utvrdio da zaposlenica na porodiljskom odsustvu nema pravo na punu naknadu plate na osnovu činjenice da su porodilje u „posebnom položaju“ koji nije uporediv sa položajem muškarca ili žene na poslu. Ovim je isključena usporedba porodilja sa muškarcima na poslu, ali nije isključeno poređenja sa muškarcima koji nisu na poslu,¹³² smatrajući da porodiljska naknada predstavlja jedan od oblika socijalne zaštite predviđen nacionalnim pravom u slučaju opravdanog odsustva sa posla. Zabrana koju Sud EU priznaje se iscrpljuje u zabrani otkaza, odnosno vraćanju na rad pod nepovoljnijim uslovima¹³³, ali Sud i dalje odbija da zauzme liberalniji stav u pogledu naknada koje zaposlenice primaju tokom porodiljskog odsustva.

Navedene Direktive postavljaju minimalne standarde zaštite, a države članice mogu usvojiti povoljnije propise za zaštitu trudnica i porodilja.¹³⁴ Među najznačajnijim odredbama Direktive za zaštitu materinstva jeste ona koja određuje da porodilje imaju pravo na najmanje 14 sedmica porodiljskog odsustva, pri čemu im, za vrijeme korištenja odsustva, treba osigurati odgovarajuću naknadu, koja ne smije biti manja od naknade koju radnici primaju tokom trajanja bolovanja, prema

129 Tako C. Costello i F. Davies.

130 Vidi šire: U. Gerhard/T. Knijn/A. Weckwert, "Working Mothers in Europe: A Comparison of Policies And Practices", Edward Elgar Publishing, 2005.

131 Sud EU, C-342/92, Gillespie and others/Northern Health and Social Services Board and others, 1996, I-498.

132 „No right to full pay on maternity leave“, *Equality Law Reports*, Vidjeti: <http://www.rubensteinpublishing.com/default.aspx?id=1042701> (09.02.1013.).

133 Vidi šire: S. Burri/S. Prechal, „EU Gender Equality Law, update 2010“, (dostupno online), 13.

134 THE PREGNANT EMPLOYEE, FIXED TERM CONTRACTS AND EU DIRECTIVES, Vidjeti: <http://www.hayes-solicitors.ie/news/ThePregnantEmployee.htm> (09.02.2013.).

nacionalnim propisima.¹³⁵ Jasno je da se radi o dosta neodređenom pravu, čija je detaljnija regulacija ostavljena država članicama, pa je razumljiva velika razlika u pogledu načina ostvarivanja, obračuna i visine naknade.¹³⁶ Ipak, dužina porodiljskog odsustva nije nužno u korelaciji sa visinom porodiljske naknade. Neke države dozvoljavaju duže periode porodiljskog odsustva, ali daju niske naknade, pa ne može svaka porodilja iskoristiti svoje pravo na duže porodiljsko odsustvo, bez obzira koliko se darežljivim doima takvo rješenje.¹³⁷

S druge strane, Komisija je 2008. godine iznijela Prijedlog za izmjenu Direktive za zaštitu materinstva, tako što bi se plaćeno porodiljsko odsustvo produžilo sa dosadašnjih 14 na 18 sedmica, pri čemu bi poslodavci morali pismeno opravdati otkaz radnica unutar perioda od 6 mjeseci od okončanja porodiljskog odsustva. Slijedeća izmjena se odnosila na visinu porodiljske naknade koja bi bila jednaka punoj mjesečnoj plaći koju je radnica ostvarivala prije odlaska na porodiljsko odsustvo.¹³⁸ Evropski Parlament je otišao korak dalje i u prvom čitanju 2010. godine odlučio da produži trajanje porodiljskog odsustva na 20 sedmica uz punu naknadu plate, uz uvođenje 2 sedmice roditeljskog odsustva sa punom naknadom. Ipak, Evropski savjet nije se poveo za prijedlozima Komisije i Parlamenta i bez obzira na analize koje je sproveo Komitet za zapošljavanje i ženska prava EP o finansijskom uticaju povećanja plaćenog porodiljskog odsustva¹³⁹, negativno se izjasnio o navedenim prijedlozima odlučivši da zadrži rješenje predviđeno Direktivom iz 1992. godine.

Budući da je Povelja o osnovnim pravima EU, zahvaljujući Lisabonskom Ugovoru, dobila istu pravnu snagu kao i osnivački ugovori, postala je značajna u razmatranju zaštite trudnih zaposlenica i porodilja. Prijedlog Komisije je naročito zanimljiv u kontekstu čl. 33. stav 2. Povelje koji predviđa da s ciljem pomirenja porodičnog i profesionalnog života, svaka zaposlenica ima, između ostalog, i pravo na plaćeno porodiljsko odsustvo. *Eksplanatorni memorandum* uz Povelju pojašnjava da materinstvo, u smislu odredbi čl.33. Povelje, obuhvata period od začeca do prestanka dojenja djeteta. Navedeno objašnjenje se može tumačiti tako da je Povelja otišla korak dalje u zaštiti materinstva u poređenju sa Direktivom za zaštitu materinstva i praksom Suda EU. Zasad su otvorena brojna pitanja uticaja Povelje na zaštitu porodilja i njen odnos spram odgovarajućih Direktiva, te ostaje da

¹³⁵ Član 8. i čl. 11. Direktive o zaštiti materinstva.

¹³⁶ Vidi šire: "Propisi iz oblasti rada, radnih odnosa i socijalne zaštite", Parlamentarna skupština, Zajednička služba, Istraživački sektor, Sarajevo 2010.; ILO, „Maternity at work – findings from the ILO database of conditions of work and employment laws“ (2nd edition), Geneva, 2010.

¹³⁷ Human Resource Management Guide, "Wide variation in European maternity benefits", Vidjeti: <http://us-mg5.mail.yahoo.com/neo/launch?.rand=49e8q2fgmn6d3> (05.02.2013.).

¹³⁸ M. Bolger, "Protective Measures for Pregnant Workers, Era Conference on Equality Law", 2009.

¹³⁹ Directive on maternity protection: European Parliament assesses financial impact, Austrian Federal Chamber of Labour, Brussels Office, Vidjeti: http://www.akeuropa.eu/en/directive-on-maternity-protection-european-parliament-assesses-financial-impact.html?cmp_id=7&news_id=801 (09.02.2013.).

se vidi kakav će stav Sud EU zauzeti u predstojećim slučajevima.

ZAKLJUČAK

Istraživanje je pokazalo da se u posljednjih 100 godina učinio ogroman napredak u pogledu priznavanja prava ženama preosteklim iz materinstva. To je ujedno i posljedica dugogodišnje borbe za rodnu ravnopravnost, te razvoja nediskriminatornog prava, kako na svjetskom, tako i na evropskom nivou. Usvajanje međunarodnih standarda u pogledu prava na porodijsko odsustvo započelo je nastojanjem da se uspostavi minimalni standard u trajanju porodijskog odsustva. Općeprihvaćenost ovog standarda podstakla je dalje širenje ovog prava u smislu dužine trajanja odsustva, kao i uvođenja obaveznog plaćenog odsustva za zaposlene žene majke. U posljednjih 20 godina usvojeni su i minimalni standardi u pogledu visine porodijske naknade, i to u visini od 2/3 primanja koje je ostvarila zaposlenica majka prije odlaska na porodijsko odsustvo, kako je utvrđeno od strane Međunarodne organizacije rada, pa do utvrđene tzv. „adekvatne naknade“ u visini od 70% prethodnih primanja od strane Evropskog komiteta za socijalna prava.

Postojeće stanje u Bosni i Hercegovini ne zadovoljava minimalne standarde koje je BiH prihvatila kao svoju obavezu prilikom ratifikovanja navedenih međunarodnih instrumenata. Trenutno stanje pokazuje da su predviđene adekvatne naknade u RS-u, dok u FBiH svega nekoliko kantona ima zadovoljavajući nivo visine porodijske naknade. Problem je utoliko veći što su se pojedini kantoni oglašili o svoju obavezu implementiranja entitetskog zakona o socijalnoj zaštiti, čime krše kako svoje ustavne obaveze prema entitetu, tako i načelo diskriminacije garantovano Ustavom BiH i EKLJP, onemogućavajući zaposlenice ovlaštene na ova prava da traže ispunjenje istih. Ovaj stav potvrdio je i Ustavni sud BiH, na osnovu čega možemo zaključiti da složena struktura države nije opravdan izgovor za nepoštivanje osnovnih ljudskih prava garantovanih najvišim državnim aktom. Ovakvo stanje moguće je prevazići isključivo putem jedinstvenog reguliranja ovog pitanja između kantona, kao i između FBiH, RS i BD BiH, čime bi se ispoštovala i pravo građana na slobodu kretanja unutar jedinstvenog tržišta u BiH.

S druge strane, EU uređuje oblast socijalne politike čiji je integralni dio i zaštita trudnica i porodilja, iako se radi o oblasti koja je tradicionalno obuhvaćena nacionalnom legislativom. Ovakvo širenje nadležnosti EU je bilo nezamislivo 50-tih godina prošlog vijeka, ipak suočene sa malo ili nimalo zaštite prema nacionalnom pravu, žene-porodilje koje su doživljavale diskriminaciju iskoristile su načelo prava EU o rodnoj ravnopravnosti kako bi pokrenule postupke pred nacionalnim sudovima. Brojne usvojene direktive, iako minimalno harmoniziraju pravo država članica,

poslužile su kao osnov Sudu EU da, podržavajući interese EU i doprinoseći jasnoći prava EU, proširi značaj i obim odredbi o socijalnoj zaštiti EU naspram država članica. Zabrana diskriminacije je najviše uspjeha polučila u odnosu na zaštitu od nezakonitog otkaza i osiguranja odgovarajućih radnih uslova, pri čemu pravo na porodiljsku naknadu, u smislu načina obračuna i visine, i dalje ostaje prvenstveno regulisano nacionalnim zakonodavstvom, dok EU garantuje pravo na plaćeno porodiljsko odsustvo kao pravo samo po sebi.

Stoga ostaje obaveza BiH da u okviru procesa evropskih integracija poduzme sve mjere za usklađivanjem regulative prava na plaćeno odsustvo sa postojećim minimalnim standardima predviđenim unijskim pravom, jer, nepostojanje odgovarajuće pravne regulative u pojedinim dijelovima BiH direktno je u suprotnosti sa zahtjevima postavljenim državama članicama i državama u procesu pristupanja Evropskoj uniji.

THE PRINCIPLE OF NON-DISCRIMINATION IN EXERCISE OF THE RIGHT TO MATERNITY PAY

SUMMARY

The right to maternity pay, as one of the essential rights of women, both employed and unemployed, is based on the principle of gender equality in the labor market. Complex structure of Bosnia and Herzegovina has inevitably led to the uneven enforcement of the basic social rights at the entity and cantonal level. Thus, providing the right to maternity pay is regulated differently at the entities, and the difference becomes even more apparent considering the right at the cantonal level.

Although the right to maternity pay is recognized by the numerous international legal instruments signed by BiH, the question remains to what extent BiH recognizes the right to its female citizens, and whether the unequal treatment of the mothers is justified or not. Therefore, the research is focused on identifying theoretical and practical legal problems of the realization of the rights to maternity pay in terms of the principle of non-discrimination, by taking into account relevant provisions of the European Union law, and the BiH's obligation to pursue a gradual harmonization of the national legislation with the EU acquis.

Key words: maternity pay, gender equality, prohibition of discrimination, social protection.