

Јована Мисаиловић,*

Млађи истраживач, Институт за упоредно право, Београд

Докторанд Правног факултета,

Универзитет у Београду

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

10.5937/zrpfno-23412

UDK: 349.2-055.26

Рад примљен: 01.10.2019.

Рад прихваћен: 23.01.2020.

ПОСЕБНА РАДНОПРАВНА ЗАШТИТА МАТЕРИНСТВА**

Апстракт: Биолошко стање у ком се жене налазе током трудноће и извесно време након рођења детета ствара потребу за посебним видом заштите жена на раду. Како изостављање јасних граница између заштите свих жена на раду и жена у вези са материнством доводи до дискриминације жена на тржишту рада, то је пожељно указати на основне последице које такав недостатак узрокује. У циљу разумевања неопходности делотворне заштите жена у вези са материнством, у раду се настоји приказати да су одређени посредни трошкови који настају за послодавца услед породилског одсуства или одсуства запослене са рада ради неге детета или породичних дужности – потенцијално један од најзначајнијих узрока дискриминације жена на раду.

Кључне речи: материнство, дискриминација, заштита жена, равноправност полова.

1. Увод

Положај жена од ступања на тржиште рада није био једнак положају мушкараца. Широка распрострањеност стереотипа да су жене домаћице а мушкарци издржаваоци породице, још увек није напуштена. Улога жене – мајке у друштву намеће потребу за повлашћеним поступањем према женама на раду, услед посебног стања у вези са трудноћом.

Оправдано другачије третирање трудница и младих мајки на раду и у вези са радом не сме представљати основ дискриминације свих жена на раду. Ово, имајућу на уму примере из праксе – укидање радног места за време коришћења одсуства са рада ради неге детета и посебне неге детета,

* jovana.misailovic@yahoo.com

** Рад је изложен на Међународној конференцији „Право и мултидисциплинарност“, одржаној 12–13. 4. 2019. на Правном факултету у Нишу.

премештај запослене на друго радно место са мањим коефицијентом за обрачун накнада зараде/плата у време њене спречености за рад због одржавања трудноће, немогућност напредовања због коришћења породилског одсуства, односно одсуства са рада ради неге детета – показује да жене у Србији трпе све видове дискриминације, а да одредбе закона које се односе на заштиту материнства нису довољне (Пантовић, Брадаш, Петовар, 2017: 7).

Циљ рада усмерен је на анализу елемената права на заштиту материнства на раду и у вези са радом, као и недостатака законске заштите материнства који узрокују наведено поступање према женама на раду, распрострањених не само у нашој земљи, већ и у државама Европе.

2. Нормативни оквир заштите материнства у Републици Србији

Посебна заштита материнства постављена је као уставна гаранција у праву Републике Србије.¹ Сврставањем права жена на посебну заштиту у корпус Уставом зајамчених права, утрт је пут женама у простор правно неједнаке заштите у односу на мушкарце, с обзиром на то да домаће законодавство не предвиђа посебну заштиту мушкараца на раду.

Када је реч о заштити жена на раду, разлика коју је потребно направити јесте у којој мери и када је оправдано свим запосленим женама, а када трудницама, односно младим мајкама, гарантовати посебну радноправну заштиту у односу на мушкарце, имајући у виду потребу за равноправношћу полова и обруч који поставља начело забране дискриминације. Ово из разлога што је Уставом Републике Србије, поред посебне заштите женама, у оквиру гаранције права на рад прописано да се женама, заједно са омладином и инвалидима, гарантује посебна заштита на раду.² Питање које се јавља довођењем у везу наведене две уставне одредбе јесте да ли посебна заштита жена гарантована уставним одредбама у оквиру члана под називом „Право на рад“ подупире тврдње да постоји потреба за заштитом свих жена на раду, без навођења специфичности да је реч о трудницама, дојиљама или младим мајкама. Овим се додатно ствара потреба да законодавство ограничи у којој мери је оправдано посредством

1 Уставом Републике Србије прописано је да се породици, мајкама, самохраним родитељима и деци гарантује посебна заштита, у складу са законом, и потом додаје да се мајци пружа посебна подршка и заштита пре и после порођаја. Чл. 66 Устава Републике Србије, Службени гласник РС, 98/2006,

2 Чл. 60, ст. 5 Устава Републике Србије, Службени гласник РС, 98/2006.

посебних мера, тзв. мера позитивне дискриминације³ (Јовановић, 2018: 5) и фактички изједначити положај запослених жена са положајем запослених мушкараца на тржишту рада.

Најважнији акти Међународне организације рада који обавезују Републику Србију у области посебне заштите материнства јесу Конвенција број 183 о заштити материнства,⁴ којом је ревидирана истоимена Конвенција број 103.⁵ Конвенција број 183 примењује се на све запослене, укључујући и оне ангазоване за обављање атипичних облика зависног рада.

Ревидирана европска социјална повеља, усвојена 1996. године⁶, наглашава потребу дужег трајања одсуства због трудноће у времену пре и након рођења детета, уређујући да уместо 12 недеља, колико је било прописано Европском социјалном повељом из 1961. године, жена има право да користи одсуство са рада пре и после рођења детета у укупном трајању од 14 недеља, успостављајући стандард у погледу дужине одсуства са рада жена поводом трудноће.

Закон о раду Републике Србије настоји да примени одредбе ратификованих међународних инструмената и уреди заштиту материнства у обиму у којем је то могуће, имајући у виду процес транзиције кроз који Република Србија још увек пролази и талас светске техничке индустријализације. Усвојене измене и допуне Закона о раду из 2014. године за један од својих циљева имале су оснаживање положаја жена на радном месту и успостављање равнотеже између породичних обавеза и професионалних задатака запослених мајки. Измене законских одредби које иду у прилог заштити материнства јесу првенствено оне које настоје да се посебна заштита жена обезбеди са аспекта безбедности и здравља на раду. Одредбама о заштити материнства заштита је проширена на запослену која доји дете (Ивошевић, Ивошевић, 2016: 223). Тиме се у оквиру права на заштиту материнства на раду гарантује и право на дојење детета током радног времена,

3 Позитивна дискриминација се одређује као скуп привремених посебних мера које имају за циљ да унапреде и заштите положај лица која се налазе у неједнаком положају са осталим грађанима. Устав Републике Србије уводи нови термин – посебне мере, у смислу позитивне дискриминације.

4 Конвенција број 183 о заштити материнства, Службени гласник РС – Међународни уговори, 1/2010.

5 Конвенција број 103 о заштити материнства, Службени лист ФНРЈ, 9/55.

6 Ревидирана европска социјална повеља, Службени гласник РС – Међународни уговори, 42/09.

као изузетно важна гаранција младим мајкама у циљу успостављања равнотеже између породичних и професионалних обавеза.⁷

У домаћој литератури се оправдано указује да двоструко радно ангажовање жена, које поред запослења код послодавца, у смислу заснивања радног односа, подразумева и неплаћени рад код куће, у домаћинству, представља изазов не само за раднице већ и за послодавце, и потцењује вредност коју рад жена и мајки има за подизање деце (Ковачевић, 2018: 99). Са друге стране, резултати истраживања о ставовима грађана према родној равноправности показују да су стереотипи о родним улогама присутни подједнако и код жена и код мушкараца. Родној неједнакости жена у образовном систему и на тржишту рада доприносе традиционално утемељени стереотипи о улози жене да своје време у већини посвети неплаћеном раду у домаћинству и подизању деце. Додатно, наведени стереотип може се сматрати и кључним за оправдавање мале заступљености жена у политици и на местима одлучивања (Људска права у Србији 2014, 2014: 53).

3. Трудноћа као основ дискриминације запослених

Сврха законске гаранције права на посебну заштиту материнства подразумева да би жена, с обзиром на специфичност свог психофизичког стања у времену током трудноће и одређеног времена након рођења детета, морала бити поштеђена професионалних обавеза. Међутим, послодавци често законске мере заштите материнства сматрају отежавајућим околностима (нпр. запошљавање нових запослених у периоду одласка запослене на породилско одсуство и одсуство ради неге детета, прилагођавање жене која је тек постала мајка на кумулативно испуњавање новонасталих породичних и професионалних обавеза, посебне мере заштите материнства у виду немогућности да жена ради на пословима штетним по њено и здравље детета или раду ноћним сменама и прековремени рад) и настоје да, када је то могуће, избегну запошљавање жене уколико би на истом радном месту могао да ради мушкарац. У том смислу, трудноћа запослене за послодавце представља препреку приликом запошљавања (ILO, 2012: 14) и води дискриминацији жена. Примера ради, дискриминација жена у вези са материнством представља кажњавање или узнемиравање трудница или запослених које доје децу услед одласка у тоалет, конзумирања воде чешће од других или тражења медицинске помоћи или пажње када је то услед трудноће потребно (Paul, 2004: 89). Имајући овакву тенденцију на уму, значајно је истаћи да стандарди Међународне организације рада

7 Чл. 93а, Закон о раду, Службени гласник РС, 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 и 113/2017.

утврђују да је првенствени циљ заштите материнства у области рада обезбеђивање сигурности запослења жене током породилског одсуства, одсуства ради неге детета и одређеног времена након повратка на рад и спречавање да материнство буде основ дискриминације жена на раду и у вези са радом (*Maternity and paternity at work*, 2012: 73).

Како наше законодавство, као и већина меродавних прописа у европским државама, тежи равноправној заступљености полова на тржишту рада, у циљу поштовања начела родне равноправности, то је потребно утврдити које мере у циљу заштите жена се оправдано предузимају, а које од њих уместо заштите заправо доприносе дискриминаторном поступању послодаваца према женама по основу њихове репродуктивне функције и улоге мајке у друштву. У том смислу су и мишљења да ће „заштитно законодавство само појачати већ присутну неједнакост у друштву која постоји између мушкараца и жена, а нарочито ће лоше утицати на аутономију жена и на остваривање њиховог права на рад, односно на предвиђену могућност да саме изаберу да ли ће приступити плаћеном раду и коју врсту послова ће обављати код послодавца“ (Fredman, 1997: 68). Супротно наведеном, Ревидирана европска социјална повеља је свој првобитни наслов, „Право запослених жена на заштиту“, променила у назив „Право запослених жена на заштиту материнства“ и тиме значајно допринела разликовању опште заштите жена од заштите материнства (Kollonay-Lehoczky 2017: 14). О томе да прешироко гарантована заштита жена заправо води њиховој дискриминацији сведоче и мишљења да одредбе Конвенција Међународне организације рада број 89 о ноћном раду жена у индустрији, којима се свим женама, без сужавања заштите на труднице и дојиље, забрањује ноћни рад у индустрији (рудницима, каменоломима и слично),⁸ воде непосредној дискриминацији жена, јер их спречава да обављају послове који подразумевају ноћно радно време и тиме их лишава права на повећани износ зараде за ноћни рад или отежане услове рада (Grgurev, 2014: 138). Сужавање забране ноћног рада само на труднице представља пример потребног разграничења права на посебну заштиту материнства у оквиру права на заштиту жена у околностима и условима рада који, осим када је жена у другом стању, једнако погађају и мушкарце и жене. Због тога се ограничавање забране ноћног рада само у односу на жене не може сматрати допуштеним изузетком од забране дискриминације, већ повредом овог начела (Ковачевић, 2016: 501).

Такође, пракса Европског суда правде, односно Суда правде Европске уније, може бити од значаја на путу утврђивања критеријума по

⁸ Конвенција број 89 о ноћном раду жена, Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори, 12/56.

основу којих се може закључити да је реч о дискриминацији жена на раду у вези са материнством а не само по основу пола. У предмету *Bilka*⁹ Европски суд правде односно, Суд правде Европске уније, закључио је да дискриминација постоји кад се одређеним мерама погађа знатно већи број жена него мушкараца. У ситуацијама у којима се приликом коришћења неплаћеног одсуства (боловање, специјално одсуство или допунско породилско одсуство) право на годишњи одмор умањује за део неплаћеног одсуства, иако правило – које је наводно родно неутрално – представља посредну дискриминацију жена, будући да знатно већи број жена него мушкараца узима период неплаћеног одсуства због тога што узимају додатно породилско одсуство.¹⁰ Наведени принцип, примењан на конкретан случај сходно нашим законским решењима, подразумевао би, примера ради, да послодавац који условљава унапређење на више и боље плаћено радно место неизостајањем са рада у периоду дужем од три месеца у години – поступа дискриминаторно према женама у вези са њиховим правом на одсуство ради неге детета. Позитивне примере из упоредног законодавства када је реч о заштити материнства можемо пронаћи у данском законодавству, које предвиђа укупно 52 недеље родитељског одсуства, у оквиру којег је отац обавезан да искористи две недеље одсуства са рада због рођења детета (енг. *paternity leave*). Слично решење постоји и у Финској, где се гарантује право родитељима на 47.5 недеља одсуства након рођења детета, од којих посебно отац детета има право на одсуство у трајању од 4 недеље. Знатно мање времена одсуства са рада оцу гарантује француски законодавац – 11 дана, наспрам 16 недеља породилског одсуства колико је закон омогућио мајкама (Ray, 2009: 9–10).

Да је дискриминација жена у вези са трудноћом посебан вид дискриминације жена указао је Европски суд правде односно, Суд правде Европске уније, наводећи да у случају дискриминације жене због трудноће, послодавац се не може ослањати на изузетке предвиђене националним законима којима је предвиђено да није потребно правити поређење са третманом мушкараца у истој или упоређујуће истој ситуацији (Szyszczak, 2000: 92). Овакав став је потпуно оправдан, имајући у виду да с обзиром на случајеве непосредне дискриминације по основу урођених или стечених својстава у којима постоји упоредник или упоредна група – тј. лица која се налазе у истој или сличној ситуацији, при чему је једина разлика између

9 Case 170/84, *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz*, ECR [1986] 1607, ¶31.

10 Case-411/96 *Margaret Boyle and Others v Equal Opportunities Commission* [1998] ECR I-6401, ¶73. Истичемо да се управо у наведеном случају дискриминишу искључиво жене с обзиром на њихово право на породилско одсуство, односно одсуство ради неге детета, а не све запослене жене.

дискриминисаног лица и групе и упоредника или упоредне групе у томе што дискриминисано лице или група имају неко лично својство које друго лице, односно припадници друге групе немају – труднице у области рада и запошљавања немају упоредника, јер мушкарац не може бити у другом стању. Зато је основана тврдња да се штета коју запослена или кандидаткиња за запослење претрпи због трудноће сматра непосредном дискриминацијом на основу пола, и у том случају нема потребе за упоредником, односно упоредном групом.

4. Посебна заштита трудница и породиља од отказа уговора о раду

Осим поштовања начела недискриминације, основни циљ заштите материнства према стандардима Међународне организације рада подразумева и право жене да јој не може бити отказан уговор о раду током трудноће и породиљског одсуства¹¹ и времена након повратка на рад, који би требало да буде уређен националним законодавством. Међутим, истраживања су показала да је заштита породиља од отказа након повратка са породиљског одсуства ретко гарантована националним законодавствима (*Maternity at work: a review of national legislation, 2010: 65*). У домаћој стручној литератури истичу се два важна аспекта забране отказа због трудноће и порођаја. Први се односи на забрану послодавцу да отпусти запослену због трудноће и коришћења породиљског одсуства и одсуства са рада ради неге детета, док други аспект обухвата привремену суспензију права послодавца да откаже уговор о раду запосленој за време трудноће и остваривања права на одсуство са рада (Ковачевић, 2016: 499). Овде је потребно указати на пропуст домаћег законодавца који има негативан ефекат на заштиту материнства у домаћем праву. Наиме, наш законодавац не проширује заштиту материнства у смислу забране од отказа и на одређено време након што се запослена врати на рад. Тиме се ускраћује могућност женама да током одгајања одојчета, и при томе мотивисане да се врате на рад, имају сигурне приходе. Овим се додатно ствара могућност да нарушено психофизичко стање запослене, које редовно прати губитак запослења, умањи ниво потребне пажње усмерене на одгајање детета.

Још један важан елемент права на заштиту материнства у смислу забране од отказа због трудноће и породиљског одсуства предвиђа и Европска социјална повеља, којом се, осим забране послодавцима да откажу уговор о

11 Европски комитет за социјална права истакао је да током породиљског одсуства жена мора имати обезбеђену финансијску подршку довољну да се избегне потреба да ради и да заиста може да се одмара. *Conclusions XV-2, Belgium, Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*, p. 250, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168049159f>, приступ: 18. септембар 2019.

раду запосленој током породилског одсуства, суспендује и право на отказ у случају када би отказни рок истекао за време док запослена користи право на ово одсуство. О значају сигурности забране отказа сведоче и упозорења Европског комитета за заштиту социјалних права, услед чега је у Ревидираној европској социјалној повељи временски период заштите од отказа проширен на период од момента када је послодавац обавештен о другом стању запослене до истека периода породилског одсуства (Ковачевић, 2016: 216). У циљу отклањања потенцијалних дискриминаторских разлога, Конвенција број 183 предвидела је релативну забрану од отказа запосленима у вези са материнством у смислу да се исти третман, када постоје објективни разлози за отказ, примењује и на запослене у другом стању, као и на запослене које се налазе на породилском одсуству или одсуству ради неге детета.¹² На тај начин, омогућава се објективно једнако поступање према мушкарцима и женама на раду и настоје се спречити послодавци да ређе запошљавају жене услед поштеђеног третмана у вези са материнством.

Наведено схватање потребе за заштитом жена може се повезати са уздржаношћу и несигурношћу послодаваца приликом одлучивања о запошљавању жена, односно мушкараца. Неопходно је, стога, законске одредбе свести на одговарајући ниво заштите у складу са начелом заштите материнства јер преширока заштита жена, осим што може довести до дискриминације жена на тржишту рада, обесмишљава сврху права на посебну заштиту материнства.

5. Посредни послодавчеви трошкови везани за коришћење права запослене на одсуство са рада због трудноће и порођаја

Осим забране отпуштања, право на заштиту материнства обухвата и право жене да се након повратка са породилског одсуства врати на исто радно место на којем је радила пре одласка на породилско одсуство и да буде једнако плаћена као и раније. Један од разлога гаранције враћања на исто или еквивалентно радно место јесте онемогућавање да жена буде санкционисана због чињенице да реализује своју репродуктивну функцију (Мисаиловић, 2019: 716). У пракси се наилазило на случајеве да су женама након повратка са породилског одсуства зараде биле смањене по основу „губитка капацитета за рад“ који би задржале и прошириле да нису биле одсутне са рада. На овакву праксу је у 2014. години, у допису Међународној организацији рада указао Савез независних синдиката Србије, наводећи

¹² Чл. 8, ст. 1 Конвенције број 183 о заштити материнства, Службени гласник РС – Међународни уговори, 1/2010.

да је клаузула у којој је женама након повратка са породилског одсуства смањена плата по наведеном основу – присутна у уговорима, чиме се директно крше одредбе Конвенције број 183 (Maternity and paternity at work, 2012: 81).

Заштита запослења младим мајкама, у смислу права на повратак на исто радно место након истека породилског одсуства, додатно је оправдано ако се узме у обзир и чињеница да политика запошљавања жена¹³ указује на мањи проценат заступљености жена на тржишту рада у односу на мушкарце. То значи да, осим потребе да се успостави равноправна укљученост мушкараца и жена на тржишту рада, неопходно је успоставити и равнотежу између опште и посебне заштите жена, односно материнства у области рада. Овако постављено, могло би се закључити да се жене суочавају са двоструком препреком на путу ка изједначавању са мушкарцима на тржишту рада. Не само да је неопходно да се напусте стереотипи о мушким и женским пословима како би жене уопште могле да буду у почетно једнаком положају као и мушкарци, већ се неоправдано, и штавише, противзаконито, жене суочавају са могућим последицама које материнство може, а никако не би требало да има, по њихов радноправни положај.¹⁴ У том смислу, потребно је учинити предлог *de lege ferenda*, којим би се обавезали послодавци да докажу постојање објективно негативних

13 Потребно је указати да Национални акциони план запошљавања за 2018. годину сврстава жене у теже запошљава лица из категорије посебно осетљивих незапослених, не одређујући никакве критеријуме по основу којих би жене оправдано биле сврстане у категорију теже запошљивих лица заједно са избеглим и расељеним лицима, повратницима према споразуму о реадмисији, самохраним родитељима, супружницима из породице у којој су оба супружника незапослена, родитељима деце са сметњама у развоју, бившим извршиоцима кривичних дела. Одељак 9 Националног акционог плана запошљавања за 2018. годину, Службени гласник РС, 120/2017.

14 Један од примера из праксе који показује незаштићеност жена током трудноће јесте случај грађанки којима је током трудноће било онемогућено да овере здравствену књижицу јер им послодавац није уплаћивао доприносе за обавезно социјално осигурање. Немараност послодаваца проузрокује значајне нелагодности запосленима којима су лекарски прегледи током трудноће неопходни. Тим поводом, повереница за заштиту равноправности указала је на то да је „право на здравствено осигурање женама током планирања породице, трудницама и породиљама до 12 месеци након порођаја, гарантовано Уставом Републике Србије и чл. 22. ст. 1. тч. 2, Закона о здравственом осигурању, Службени гласник РС, 107/2005, 109/2005, 57/2011, 110/2012, 119/2012, 99/2014, 123/2014, 126/2014, 106/2015 и 10/2016, али да се у пракси ове одредбе тумаче на начин који *дискриминише* и изазива озбиљне последице за жене које не могу да остваре право на здравствено осигурање зато што обвезник не испуњава обавезу плаћања доприноса за здравствено осигурање“. Препорука Републичком фонду за здравствено осигурање за предузимање мера за остваривање равноправности жена које планирају породицу, трудница и породиља (дел. бр. 1050 од 23. 07. 2012.),

ефеката на пословање услед одласка запослене на породилско одсуство или одсуство ради неге детета. Јер једино у том случају разлика у поступању према женама по повратку на рад након породилског одсуства (умањење зараде, ниже радно место или отказ), у односу на поступање према мушкарцима након одсуства са рада, може бити оправдана.

Наиме, негативни ефекти одласка на породилско одсуство запослене који погађају послодавца дефинишу се као *посредни трошкови породилског одсуства* који обухватају умањење хуманог капитала запослене (Haveman, Bershadker, Schwabish, 2003: 61)¹⁵ и потребу поновног оспособљавања запослене за обављање професионалних задатака након повратка са породилског одсуства (Alewell, Pull, 2000–2001: 299).

Када је реч о умањењу хуманог капитала, губитак се мери пропорционално дужини трајања породилског одсуства. Наведена претпоставка води закључку да уколико запослена након порођаја не искористи своје право на одсуство ради неге детета (дакле, овде се подразумева необавезни, али правом гарантовани период одсуства са рада након рођења детета) у потпуности, већ се у прихватљивом, у очима послодавца, временском периоду након рођења детета врати на рад, послодавац би сматрао да њен хумани капитал није умањен (Barnard, 2012: 406). Сличан став заузео је и Европски суд правде, односно Суд правде Европске уније, одлучујући да дискриминација на основу пола не може бити оправдана услед трошкова послодавца поводом одсуства запослене са рада због трудноће или неге детета након порођаја.¹⁶

Са друге стране, применом аналогije, закључак је да дужи останак на породилском одсуству, односно одсуству ради неге детета, води већем губитку хуманог капитала и да би послодавац сматрао да је запосленој потребно једнако обуке као и лицу са радним искуством које би се по први пут запослило на истом радном месту. Додатно, у разматрање се мора узети и чињеница да наш закон дозвољава запосленима, осим права на породилско одсуство у трајању од три месеца, и право на одсуство ради неге детета до навршених 365 дана од дана отпочињања породилског одсуства. Закључак да дуже одсуство са рада доводи до губитка хуманог капитала запослене – ствара тенденцију радијег одлучивања послодавца да запосле лице које је у континуитету радило него да снесе трошкове

у: *Зборник мишљења, препорука и упозорења Повереника за заштиту равноправности*, (ур.) Н. Петрушић, стр. 129–132.

15 Хумани капитал може се дефинисати као укупна вредност способности, знања и радног искуства индивидуе. Термин „умањење хуманог капитала“ слободан је превод аутора са енглеског језика â „*human capital depreciation*“.

16 Case C-320/01 *Bush v. Klinkum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG* [2003] ECR I-2041, ¶44.

оспособљавања запослене која се вратила са одсуства након рођења детета (Alewell, Pull, 2000–2001: 300). Међутим, овакво резонување послодавца могло би се сматрати оправданим уколико би се приликом повратка са одсуства приступило провери губитка хуманог капитала запослене, применом једначине за израчунавање вредности хуманог капитала индивидуе (Haveman, *et all.*, 2003: 62).¹⁷ Уколико би се применом проверених метода доказало да се хумани капитал запослене смањује у мери већој од прихватљиве, при чему се за прихватљив стандард може узети, на пример, просечан губитак хуманог капитала након 14 недеља одсуства у складу са Конвенцијом број 183, могло би бити речи о негативним ефектима породилског одсуства запослене на успешност пословања.

Посредни трошкови коришћења права на породилско одсуство и одсуство са рада ради неге детета за послодавца подразумевају и трошкове реорганизације рада и радних места. Наиме, у зависности од обима пословних задатака и дужине трајања породилског одсуства запослене, послодавац се може одлучити или да неизвршене задатке одсутне запослене делегира осталим запосленима или да запосли ново лице, (Alewell, Pull, 2000–2001: 300), што свакако не представља пожељну активност на страни послодавца, с обзиром да она подразумева исплату додатне зараде и трошкове оспособљавања новог запосленог. Свакако да би временски фактор одсуства запослене требало сматрати пресудним чиниоцем приликом доношења одлуке послодавца. Тако, потребно је утврдити да ли би законско уређивање обавезе оца да у одређеном времену након рођења детета користи право на одсуство са рада (енг. *paternity leave*), помирило потребе послодавца и ослободило мајке са малим дететом притиска да се што раније врате на рад. Овакав предлог никако не сме нарушити начело заштите материнства у смислу коришћења права на породилско одсуства или одсуство са рада ради неге детета, али би, наиме, био у складу са препоруком Европског суда правде којом се налаже да обим права које уживају мајке не би требало да буде различит од обима права који уживају очеви (Hießl, 2012: 109).

17 Фундаменталну једначину за мерење вредности које чини људски капитал поставио је Гери Бекер (енг. Gary S. Becker) у раду Људски капитал: Теоријска и емпиријска анализа, са посебним нагласком на обрзовању (енг. *Human capital: A Theoretical and Empirical Analysis with Special Reference to Education*, Third edition, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1993): $HC = E = X + \sum_{j=1}^m (r_j \times C_j) + u$, где је E постојећа вредност очекиване будуће зараде појединца, X је постојећа вредност тока повраћаја основних способности појединца, C_j је количина утрошеног времена од стране појединца на j инвестиције у људском капиталу (од свих m инвестиција), r_j је постојећа вредност годишњег повраћаја на ту инвестицију док је u постојећа вредност за ток "среће" и друге факторе.

Дакле, негативне последице које послодавац трпи у случају одласка запослене на породилско одсуство могу се разумети у контексту оспособљавања запослене за рад у случају дужег одсуства са рада и трошкова запослења новог лица или реорганизације рада. Прва група последица може бити отклоњена уколико би се домаћим законодавством предвидело *обавезно* одсуство са рада и мушкараца – оца у одређеном времену након истека породилског одсуства мајке, док се друга група последица може отклонити утврђивањем стандарда по којем се објективно може закључити да ли, и у којој мери, запослена по повратку на рад након истека породилског одсуства или одсуства ради неге детета губи свој хумани капитал који послодавцу ствара објективну штету, већу од оне коју би сносио у случају одсуства било ког другог запосленог у истом временском периоду.

6. Закључак

Право на посебну заштиту материнства мора бити јасно уоквирено унутар права на заштиту жена. Језгро права на заштиту материнства требало би да чине најбољи интереси не само мајке, већ и детета. У складу са таквом полазном основом, равноправна могућност коришћења права на родитељско одсуство и жена и мушкараца након истека породилског одсуства помирила би захтеве тржишта рада и потребе породичног живота младих мајки. Јер, једино у случају укључивања и очеве у равноправну бригу о деци, може бити речи о зачецима једнаког третмана мушкараца и жена од стране послодаваца у случају трудноће, односно бриге о детету, и тиме упостављања равноправности полова на тржишту рада.

Додатно, неоправдано је сматрати да су послодавци највећим делом „заслужни“ за дискриминаторно поступање према трудницама или младим мајкама. Наиме, законодавства значајно доприносе томе, пропуштањем да потврде обавезно одсуство мушкараца са рада након рођења детета. Наведеним предлогом, *de lege ferenda*, не само да би се мушкарци и жене изједначили када је реч о обиму права на одсуство са рада ради неге детета, већ би се жене ослободиле стереотипа о подели мушких и женских послова и отворила би се врата истинској равноправности мушкараца и жена на раду и у вези са радом.

Осим тога, чињеница је да се послодавци, услед одсуства са рада жена због породилског или одсуства ради неге детета, суочавају са трошковима које им запослени мушкарци не узрокују. Стога, оправдано је захтевати да се такав, објективно негативан ефекат коришћења породилског одсуства на пословни успех утврди и на тај начин омогући послодавцима да, у намери да заштите своје професионалне интересе и постигну циљеве, не примењују дискриминаторне мере. Предлози који би се у будућности могли

учинити када је реч о могућим изменама и допунама Закона о раду ишли би у правцу разматрања и схватања посебне заштите материнства и у пракси Европског суда правде, односно Суда правде Европске уније, са циљем праћења нивоа и начина остваривања права на заштиту материнства у европским државама.

Литература/References

Alewell, D., Pull, K., (2000-2001), An International Comparison and Assessment of Maternity Leave Legislation: *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 22, Issues 2 and 3.

Barnard, C., (2012). *EU Employment Law*, Oxford: Oxford University Press.

Fredman, S., (1997). *Women and the Law*, Oxford: Clarendon Press.

Grgurev, I., (2014). Diskriminacija trudnih radnica: kako uspešno pomiriti trudnoću sa zahtevima tržišta. In Potočnjak, Ž., Grgurev, I., Grgić, A., (yp.), *Perspektive antidiskriminacijskog prava*, (pp. 133-152). Zagreb: Sveučilište u Zagrebu Pravni fakultet.

Haveman, R., Bershadker, A., Schwabish, J., (2003). *Human Capital in the United States from 1975 to 2000: Pattern of Growth and Utilization*, Michigan: W.E. Upjohn Institute for Employment Research, Kalamazoo.

Hießl, C., (2012). *Basic on European Social Law*, Vienna: Linde Verlag.

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

Јовановић, П., (2018). Позитивна дискриминација (с освртом на област рада): Радно и социјално право. 1–24.

Kollonay-Lehoczy, C., (2017). Article 20 – The right to equal opportunities and equal treatment in matters of employment and occupation without discrimination on the ground of sex. In Bruun, N., Lörcher, K., Schömann, I., Clauwaert, S., (eds.), *The European Social Charter and the employment relation* (pp.358–380), Oregon: Hart Publishing Oxford/Portland.

Ковачевић, Љ., (2016). Ваљани разлози за отказ уговора о раду, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Ковачевић, Љ., (2018). Равноправност мушкарца и жена као битан елемент равноправног запошљавања: прилог дискусији о нацрту Закона о родној равноправности: Радно и социјално право, 97–145.

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

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

Мисаиловић, Ј., (2019). Заштита жена од отказа уговора о раду, у: Мирковић Д., (ур.), Зборник радова Право у функцији развоја друштва (стр. 705–720), Косовска Митровица: Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици.

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

Пантовић, Ј., Брадаш, С., Петовар, К., (2017). Положај жена на тржишту рада, Београд: Fredrich Ebert Stiftung.

Ray, R., (2009). A detailed look at parental leave policies in 21 OECD countries, Washington D.C.: Center for Economic and Policy Research.

Szyszczak, E., (2000). EC labour law, Harlow: Pearson Education Limited.

Коментари закона

Ивошевић З. М., Ивошевић М. З., (2016). Коментар Закона о раду – треће измењено и допуњено издање, Београд: Службени гласник.

Извори права

Устав Републике Србије, Службени гласник РС, 98/2006.

Конвенција број 89 о ноћном раду жена, Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори, 12/56.

Конвенција број 103 о заштити материнства – Конвенција број 103, Службени лист ФНРЈ, 9/55.

Конвенција број 183 о заштити материнства – Конвенција број 183, Службени гласник РС – Међународни уговори, 1/2010.

Ревидирана европска социјална повеља, Службени гласник РС – Међународни уговори, 42/09.

Закон о раду, Службени гласник РС, 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 и 113/2017.

Закон о здравственом осигурању, Службени гласник РС, 107/2005, 109/2005, 57/2011, 110/2012, 119/2012, 99/2014, 123/2014, 126/2014, 106/2015 и 10/2016.

Национални акциони план запошљавања за 2018. годину, Службени гласник РС, 120/2017.

Пракса Европског суда правде, односно Суда правде Европске уније

Case 170/84 *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz*, ECR [1986] 1607.

Case-411/96 *Margaret Boyle and Others v Equal Opportunities Commission* [1998] ECR I- 6401.

Case C-320/01 *Bush v. Klinkum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG* [2003] ECR I-2041.

Интернет извори

Conclusions XV-2, Belgium, *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*, приступ 20. 08. 2019. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168049159f>.

Некатегорисана коришћена литература

Људска права у Србији 2014, (2014). Београд: Београдски центар за људска права.

Препорука Републичком фонду за здравствено осигурање за предузимање мера за остваривање равноправности жена које планирају породицу, трудница и породилца (дел. бр. 1050 од 23. 07. 2012.), У: Н. Петрушић, (ур.) Зборник мишљења, препорука и упозорења Повереника за заштиту равноправности, Београд 2013.

Jovana Misailović, LL.M.,

Junior Researcher, Comparative Law Institute, Belgrade

PhD Student at the Faculty of Law, University of Belgrade,

MATERNITY PROTECTION IN EMPLOYMENT LAW

Summary

In the past decades, a lot of effort has been exerted worldwide to establish an equal treatment of women and men on the labour market. In that context, the ILO Maternity Protection Convention (No. 183, 2000) and the Revised European Social Charter have set valuable standards which serve as a guidance to countries on their way to support gender equality and prevent discrimination against women in employment relations. Accordingly, this paper considers two most important elements of maternity protection in employment law: a) protection against dismissal, including the guaranteed right to return to work for young mothers, and b) non-discrimination in employment in relation to maternity.

In the first part of this analysis, the author argues that the subjective element (such as the employer's knowledge of employee's pregnancy) should not be considered as a decisive factor when the court determines if the dismissal on the grounds of pregnancy is unlawful. Furthermore, given the fact that women who return to work after maternity leave encounter a reduction in their wages on the grounds that they have lost the capacity to work that they would have retained and augmented if they had not been absent, it constitutes true discrimination on the ground of sex (gender). The author endeavours to offer suggestions de lege ferenda as to how this practice can be eradicated. In the second part of the analysis, in order to point to the need for effective protection of women in maternity, the paper aims to prove that certain indirect costs of the employer due to maternity leave or child care are one of the major causes of discrimination against women at work. Lastly, the paper supports the view that the drawbacks in legislations worldwide, which do not envisage equal rights to maternity and paternity leave for women and men after childbirth, also contribute to an unequal treatment of women and men at work.

Keywords: *maternity, discrimination, women protection, gender equality.*