

AFIRMATIVNA AKCIJA U ZAPOŠLJAVANJU I NAPREDOVANJU U PRAVU EVROPSKE UNIJE

Sažetak

Jedan od načina ostvarivanja suštinske jednakosti kao konstantne težnje svakog društva je i primena afirmativne akcije. U oblasti rada, afirmativnom akcijom se određenoj kategoriji radnika daje prednost prilikom zapošljavanja i napredovanja, jer se usled različitih društvenih faktora dugi niz godina nalaze u nejednakom položaju u poređenju sa ostalim stanovništvom. Autor u radu, kroz analizu prakse Evropskog suda pravde i primarnih i sekundarnih izvora komunitarnog prava, skreće pažnju na nekoliko mogućih modaliteta primene afirmativne akcije. Ovakav pristup, zajedno sa pregledom relevantnih teorijskih stanovišta o legitimnosti afirmativne akcije omogućuje nam da odredimo granicu jednakosti, granicu posle koje primena afirmativne akcije gubi početnu svrhu zbog koje se primenjuje i počinje da deluje u kontra smeru.

Ključne reči: afirmativna akcija, suštinska jednakost, zapošljavanje, antidiskriminaciono pravo Evropske unije.

* Doktor pravnih nauka, asistent sa doktoratom, Državni Univerzitet u Novom Pazaru, Novi Pazar, Srbija.
E-mail: milankostic@np.ac.rs

AFFIRMATIVE ACTION IN EMPLOYMENT AND PROMOTION IN EUROPEAN UNION LAW

Summary

One of the ways to achieve substantive equality as a constant aspiration of every society is the use of affirmative action. In the field of work, affirmative action gives priority to a certain category of workers during employment and promotion, because due to various social factors, they have been in an unequal position compared to the rest of the population for many years. In the paper, the author, through the analysis of the practice of the European Court of Justice, and primary and secondary European Union law, draws attention to several possible modalities of the use of affirmative action. This approach, together with a review of relevant theoretical viewpoints on the legitimacy of affirmative action, allows us to determine the limit of equality, the limit after which the use of affirmative action loses its initial purpose for which it is applied and begins to work in the opposite direction.

Keywords: affirmative action, substantive equality, employment, anti-discrimination law of European Union.

1. Uvod

Sklonost pojedinaca, društvenih grupa, pa i celih društava da prave razliku između ljudi, vrlo je stara i istrajna. Iako se često društvena slojevitost i heterogenost posmatrala kao formirana i čvrsta brana najraznovrsnijim oblicima neopravdanog razlikovanja, ova težnja je preživljavala. Profesor Blanpain (2011, p. 38) prepoznaje da je za multikulturalna društva diskriminacija fundamentalni problem, jer „kako društva postaju sve raznovrsnija, ostvarivanje jednakosti postaje sve komplikovanije i teže” (Blanpain, 2008, navedeno u Bisom-Rapp, 2018, p. 337). Upravo zbog toga kao jedan od načina ostvarivanja jednakosti javlja se i primena pozitivne diskriminacije. Pozitivnom diskriminacijom u oblasti rada određenoj kategoriji radnika se daje prioritet prilikom zapošljavanja i napredovanja, jer se usled različitih društvenih faktora dugi niz godina nalaze u nejednakom položaju u poređenju sa ostalim stanovništvom. U te „zapostavljene i ranjive” grupe ljudi uglavnom se ubrajaju: žene, invalidna lica, lica koja su zbog svog etničkog ili rasnog porekla bila diskriminisana itd.

Iako je prvi put korišćena u Sjedinjenim Američkim Državama (dalje: SAD), još pedesetih godina prošlog veka, kao vid mehanizma koji je za cilj imao uklanjanje rasne diskriminacije u obrazovanju (Martín, 2014, pp. 23-24), pozitivna diskriminacija i dalje ne prestaje da izaziva kontroverze. I sam termin pozitivna diskriminacija je kontradiktoran, ali možda i najbolje opisuje suštinu i karakter ovih mera. Polazeći od toga da je diskriminacija negativna društvena pojava, deluje nemoguće da ona može biti pozitivna, jer se direktno dovodi u vezu sa kršenjem fundamentalnog ljudskog prava na jednakost.¹ Jednakost,² kao kompleksan koncept, ima više različitih značenja: jednak tretman, jednake mogućnosti, formalna jednakost, stvarna/suštinska jednakost itd. (vid. više Martín, 2014, pp. 20-23). Pozitivnom diskriminacijom narušava se formalna jednakost koja je oličena u principu koji je definisao još Aristotel da: „jednake treba tretirati jednako, a nejednake nejednako”. Međutim, iako se pozitivnom diskriminacijom narušava formalna jednakost, njenom primenom se ostvaruje suštinska jednakost (vid. Fredman, 2017, p. 128; Gaibie, 2014, p. 2657). Profesori Fredman (1999, navedeno prema Barnard & Hepple, 2000, pp. 564-567) i Hepple (2001, pp. 7-11) definišu nekoliko pristupa kojima se ostvaruje suštinska jednakost: pristup jednakih ishoda, jednakih mogućnosti i pristup jednakosti ljudskog dostojanstva. Ako se primenom pozitivne diskriminacije narušava koncept formalne jednakosti kao jednog fundamentalnog prava, opravdano je postaviti pitanje da li se ona može opravdati? Odnosno, ako je krajnji cilj ostvarivanje suštinske jednakosti, da li do tog cilja treba doći uz primenu pozitivne diskriminacije i na koji način je treba primeniti?

Posebno treba istaći da ne postoji jedinstven stav ni u pogledu terminološkog određenja pozitivne diskriminacije, tako da se u teoriji i zakonodavstvu za opis ovih mera koriste još i termini: obrnuta diskriminacija, prefercijalni tretman, posebne mere, pozitivna akcija, afirmativna akcija, afirmativne mere, favorizujuća politika (Đorđević, 2018, p. 62; Jovanović, 2018, p. 3). Pored ovih uobičajenih termina, pozitivna diskriminacija opisuje se i terminima kao što su: „jednakost u zapošljavanju” u Kanadi, „pravična zastupljenost”, u Severnoj Irskoj (Hepple, 2001, p. 8). Termin „afirmativna akcija” čini se najprikladnijim.

U radu se najpre predstavlja legitimitet afirmativne akcije kroz navođenje više različitih stavova kojima se opravdava primena ovih mera. Dozvoljenost

¹ U SAD, borba protiv diskriminacije na radu počela je, bar kada je reč o osnovnim zakonskim rešenjima, davne 1963. godine, donošenjem prvog zakonskog teksta koji je bio upravljen na eliminaciju razlika između muškaraca i žena koji su obavljali iste, odnosno slične poslove kod istog poslodavca. Vid. više Reljanović, 2009, pp. 111-130.

² Jednakost kao univerzalno načelo predviđeno je i u brojnim međunarodnim aktima, tako Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima navodi: „da se sva ljudska bića rađaju slobodna i jednaka u dostojanstvu i u pravima” (čl. 1).

afirmativne akcije je samo prvi korak u suzbijanju nejednakosti.³ Da bi ovaj način suzbijanja nejednakosti bio uspешan, potrebno je predvideti i adekvatan način njene primene. Kako je na ovom polju veliki doprinos pravilnoj primeni afirmativne akcije dao Evropski sud pravde (dalje: ESP), u centralnom delu rada biće analizirane najznačajnije presude iz ove materije. Naime, „ESP se nametnuo kao 'kvazilegislativni' faktor u komunitarnom pravnom poretku, slično ulozi sudske prakse u anglosaksonskim zemljama” (Jašarević, 2006, p. 364). Zbog toga je praksa ESP-a od posebnog značaja za države članice Evropske unije (dalje: EU), ali i za države koje su u procesu pristupanja EU. Kako presude ESP-a imaju veliki uticaj na izmenu trenutnih i donošenje novih primarnih i sekundarnih izvora prava (Kovačević, 2008, p. 179), u poslednjem delu rada biće analizirane odredbe primarnih i sekundarnih izvora komunitarnog prava koje se odnose na afirmativnu akciju.

2. Legitimitet afirmativne akcije

Afirmativnom akcijom se narušava formalna jednakost, ali ovde moramo imati na umu jednu bitnu činjenicu – formalna jednakost nije isto što i pravda. Mnogo bliža shvatanju pravde jeste suštinska jednakost, koja za cilj ima i ispravljanje nejednakosti. Pravda, kao univerzalna društvena vrednost zahteva da se čini ono što je ispravno. Naravno, definisati šta je u ovom slučaju ispravno nije lak zadatak. S jedne strane imamo suzbijanje nejednakosti kojom su pogođene određene društvene grupe, a s druge strane ostajemo dosledni primeni načela formalne jednakosti „da jednake treba da tretiramo jednako, a nejednake nejednako”.

I pored toga što je prihvaćena kao način suzbijanja nejednakosti u instrumentima međunarodnog prava, prava EU, kao i u velikom broju država članica EU, afirmativna akcija i dalje pokreće brojna pitanja. Glavno pitanje koje se postavlja jeste da li je afirmativna akcija primerena, efektivna i legitimna (Lubarda, 2012, pp. 135-136; Gaibie, 2014, p. 2655; Jovanović, 2018, pp. 3-9; Martín, 2014, p. 23)? Odnosno da li je neophodna u cilju uklanjanja nejednakosti koje pogađa određene društvene grupe? Po jednom liberalnom stanovištu, da bi afirmativna akcija bila opravdana, samo je dovoljno dokazati da na radnom mestu postoji nesrazmerna zastupljenost različitih društvenih grupa (Martín, 2014, p. 24). Dosta jači argument koji se ističe jeste da se suštinska jednakost ne može ostvariti prostom zabranom diskriminacije, već zahteva i primenu afirmativne akcije (Gaibie, 2014, p. 2658). Međutim, određeni autori, tumačenjem odluka ESP-a, smatraju da ESP afirmativnu akciju ne smatra neophodnom za ostvarivanje jednakosti (Monaghan, 2011, p. 427). Takođe, moramo napomenuti da afirmativna akcija, iako bitan element u

³ Više o merama afirmativne akcije vid. Matijević & Ćorić, 2010, pp. 85-102.

ostvarivanju jednakosti, nije u stanju da sama obezbedi socijalnu jednakost, naročito kada je krajnji cilj postizanje strukturalnih promena u društvu (Fredman, 2017, p. 145). Neophodna je i primena šireg, proaktivnog pristupa suzbijanja nejednakosti koji se ne oslanja dominantno na afirmativnu akciju, već uključuje svako delovanje koje ima za cilj ostvarivanje narušene jednakosti. Tu se obično ubrajaju: promocija jednakosti, vođenje evidencija, praćenje stanja na tržištu rada, usklađivanje poslovnog i privatnog života (vid. više Kostić, 2021, pp. 30-31).

Često se kod legitimnosti afirmativne akcije ističe i njen privremeni karakter. Naime, kako je cilj afirmativne akcije ispravljanje ranije nejednakosti, samim uspostavljanjem jednakosti neće viši biti osnova za dalje sprovođenje ovih mera. Ipak, iskustva pokazuju da „privremenost” nekada može trajati jako dugo, kao što je slučaj kod rasne nejednakosti u SAD (Međunarodna organizacija rada, Smernice o radnom zakonodavstvu, 2001, p. 300). Profesor Jašarević (2010, p. 272) na osnovu analize komunitarnog prava ispravno zaključuje da je ostvarivanje pune ravnopravnosti ipak trajan proces.

Profesor Hepple (2014, p. 61) afirmativnu akciju vidi kao proporcionalnost između ciljeva mera i sredstava koja se koriste za postizanje tih ciljeva, i kao prepoznavanje da je „retroaktivna pravda proces u kome se moraju pomiriti sukobljeni interesi”. Takođe, presude Vrhovnog suda SAD,⁴ u vezi s afirmativnom akcijom, zasnivale su se u velikoj meri na distributivnoj i kompenzacionoj osnovi (Martín, 2014, p. 24). Jedno od stanovišta afirmativnu akciju vidi kao kolektivni pravni lek koji ima za cilj da kompenzuje neopravdani nejednak tretman (Martín, 2014, p. 24). Smatrati da je afirmativna akcija kolektivni pravni lek je posebno opravdano kada se ima u vidu da ona nije usmerena na ispravljanje nepravde u pojedinačnom slučaju. Tačnije, njen koncept i nije takav da mogu da je koriste samo lica koja su pretrpela diskriminaciju, već je usmerena na iskorenjivanje sistemske diskriminacije. S druge strane, ovakvo gledište je istovremeno i kritika afirmativne akcije, jer ove mere ne dopiru uvek do ljudi koji su neposredno pretrpeli diskriminaciju.

3. Afirmativna akcija u praksi Evropskog suda pravde

Suštinski posmatrano, izdvajaju se dva načina primene afirmativne akcije: kvotni sistem i sistem primene afirmativne akcije od slučaja do slučaja. Primena afirmativne akcije od slučaja do slučaja, a posebno u slučaju kada su kandidati izjednačeni po svim ostalim parametrima, jeste najzastupljeniji način primene

⁴ Iako afirmativna akcija nije izričito dozvoljena u SAD, Vrhovni sud je, tumačeći odredbe Građanskog zakona, omogućio primenu afirmativne akcije u strogo ograničenim okolnostima (Barnard, 1998, p. 367).

afirmativne akcije u radnom zakonodavstvu. Ipak, analiza sudske prakse ESP-a pokazuje da se ističu dva modaliteta ovakve primene, koja se suštinski veoma razlikuju.

Najpoznatiji slučajevi u kojima je razmatrana primena afirmativne akcije pred ESP-om su slučajevi: *Kalanke v Bremen* (Case C-450/93 - *Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen*, Judgment of the Court, 17. 10. 1995), *Abrahamsson and Anderson v Fogelqvist* (Case C-407/98 - *Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist*, Judgment of the Court (Fifth Chamber), 6. 7. 2000) i *Marschall v Land Nordrhein-Westfalen* (Case C-409/95 - *Hellmut Marschall v Land Nordrhein-Westfalen*, Judgment of the Court, 11. 11. 1997).

U slučaju *Kalanke*, razmatrana je primena odredbe Zakona o jednakom tretmanu muškaraca i žena u javnoj službi države Bremen, koja je u slučaju podjednako kvalifikovanih kandidata davala automatsku prednost ženi nad muškarcem ukoliko su žene nedovoljno zastupljene. Istim zakonom je predviđeno da nedovoljna zastupljenost postoji ako žene ne čine najmanje polovinu zaposlenih u odnosu na sveukupan broj zaposlenih u tom platnom razredu i u okviru datog odeljenja (*Kalanke v Bremen*, par. 3). Primenjujući ovu odredbu, gospođa Glessman je promovisana na radno mesto rukovodioca pogona u odeljenju za parkove. Gospodin Kalanke je tvrdio da je diskriminisan na osnovu pola u skladu sa čl. 2, st. 1 Direktive 76/207/EEZ o primeni principa jednakog tretmana muškaraca i žena u vezi s pristupom zaposlenju, stručnom osposobljavanju i napredovanju, i uslovima rada – Direktiva 76/207 (Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions).

Bitno je napomenuti da je Savezni radni sud Nemačke u ovom slučaju utvrdio da se radi o podjednako kvalifikovanim kandidatima. Takođe je utvrdio da se u ovom slučaju ne radi o sistemu strogih kvota, u kojem su određena mesta predodređena za žene, već o sistemu koji se zasniva na sposobnosti kandidata, to jest žene neće imati prednost ukoliko nemaju iste kvalifikacije kao i muškarci (*Kalanke v Bremen*, par. 7 i 8).

Direktiva 76/207 zabranjuje diskriminaciju na osnovu pola, ali dozvoljava primenu mera koje za cilj imaju promovisanje jednakih mogućnosti za žene i muškarce, naročito kada se radi o uklanjanju postojećih nejednakosti (vid. čl. 2, st. 4). Međutim, ESP je zaključio da rešenja koja predviđaju ženama apsolutni i bezuslovni prioritet prilikom zapošljavanja ili napredovanja prekoračuju primenu mera koje su predviđene Direktivom 76/207 jer su one usmerene samo na promovisanje jednakih mogućnosti (Barnard, 1998, pp. 367-368) i da ovakvo automatsko davanje prioriteta podrazumeva diskriminaciju na osnovu pola (*Kalanke v*

Bremen, para. 16). Ovakav zaključak je ispravan jer se davanjem apsolutne prednosti obezbeđuje jednaka zastupljenost žena i muškaraca, čime su se jasno prekoračili izuzeci koje predviđa Direktiva 76/207, a koji su usmereni na obezbeđenje jednakih mogućnosti. Ovde moramo imati u vidu i da ne postoji jedinstveno stanovište šta stvarna jednakost podrazumeva i šta je njen glavni cilj: jednaka zastupljenost ili samo obezbeđenje jednakih mogućnosti. Afirmativnom akcijom se mogu ostvariti i jednake mogućnosti i jednaka zastupljenost, s tim što ostvarivanje jednake zastupljenosti ipak zahteva radikalniju primenu afirmativne akcije (Bell, 2004, p. 247).

Odnos između jednakih mogućnosti i jednake zastupljenosti najbolje je rezimirao advokat Tesaurio (1995, par. 13) navodeći u svom mišljenju da: „obezbeđenje jednakih mogućnosti znači dovođenje ljudi u poziciju da budu jednako zastupljeni, odnosno podrazumeva uspostavljanje jednakosti na početnom mestu”. S obzirom na to da su oba kandidata u slučaju *Kalanke* imala iste kvalifikacije, to znači da već imaju jednake mogućnosti, jer su ravnopravni na samom početku (Barnard, 1998, p. 368). Ovo stanovište dodatno pojašnjava profesorka Fredman (2016, p. 723) ističući da se „prava jednakost ne može ostvariti ako pojedinci započinju trku s različitih polazišta”. Suština jednakih mogućnosti jeste da obezbedi da svi kandidati kreću sa istih polaznih tačaka.

Nedozvoljenost davanja automatske prednosti kod afirmativne akcije ESP je potvrdio i u slučaju *Abrahamsson and Anderson v Fogelqvist*. Ovaj slučaj je posebno zanimljiv jer su se u cilju ostvarivanja jednakosti preduzimale mere za koje je očigledno bilo da nisu srazmerne, jer kandidati za radno mesto nisu imali čak ni jednake kvalifikacije. Naime, Zakon o jednakosti Švedske je dozvoljavao afirmativnu akciju kada je usmerena na promovisanje jednakosti na radnom mestu. Međutim, Uredba o visokom obrazovanju je dozvoljavala da kandidat manje zastupljenog pola može biti izabran pre kandidata suprotnog pola pod uslovom da razlike u njihovim kvalifikacijama nisu toliko velike da bi uticale na objektivnost izbora. Legitimitet ovakve odluke branjen je time da se zahtevalo da kandidati svakako imaju dovoljno kvalifikacija za tu poziciju (*Abrahamsson and Anderson v Fogelqvist*, par. 9).

Prilikom izbora za mesto profesora hidrosfernih nauka na Univerzitetu u Geteborgu, gospodin Anderson je imao najbolje naučne kvalifikacije, što je utvrdila izborna komisija koja ga je rangirala na prvo mesto od svih kandidata. Međutim, rektor Univerziteta je za dato mesto imenovao gospođu Fogelkvist. U svojoj odluci se pozvao na Uredbu, kao i na Plan Univerziteta za ravnopravnost žena i muškaraca, obrazlažući da razlike u kvalifikacijama nisu toliko velike da krše zahtev objektivnosti prilikom imenovanja (vid. *Abrahamsson and Anderson v Fogelqvist*, para. 16-20). ESP je istakao da ovakvo rešenje kojim se automatski

daje prioritet kandidatu nedovoljno zastupljenog pola koji ima odgovarajuće ali neznatno slabije kvalifikacije od onih koje ima osoba koja bi inače bila izabrana nije u skladu sa čl. 2, st. 4, Direktive 76/207 i čl. 141 Ugovora iz Amsterdama. ESP je takođe potvrdio da je u skladu sa Direktivom 76/207 dozvoljeno davati prednost manje zastupljenom polu prilikom izbora, ali da je neophodno da kandidati imaju jednake, odnosno ekvivalentne kvalifikacije (vid. više *Abrahamsson and Anderson v Fogelqvist*, par. 56-62).

Princip davanja automatske prednosti kod primene afirmativne akcije nije u potpunosti neosnovan. Legitimitet ovog principa se crpi iz trenutnog stanja, u kome postoji nesrazmerna zastupljenost različitih društvenih grupa, a koja je posledica ranijih kršenja načela jednakosti. Ipak, mora se imati u vidu da će u ovim slučajevima, lica koja pripadaju grupama koje su zastupljenije trpeti negativne posledice zbog okolnosti na koje nisu uticali. Posledice se ogledaju u tome da je njima čak i uskraćeno pravo da imaju jednake mogućnosti. Uskraćena im je mogućnost da budu izabrani za bilo koje radno mesto za koje konkurišu i pripadnici manje zastupljene grupe, ukoliko imaju iste kvalifikacije kao i oni.⁵

Davanje prioriteta ženama u cilju promovisanja jednakih mogućnosti ESP je razmatrao i u slučaju *Marschall*. U odnosu na slučaj *Kalanke*, ESP je ovde ublažio svoj pređašnji stav o striktnom tumačenju promovisanja jednakih mogućnosti i zabrane principa automatizma.

Zakon o javnim službenicima države Severna Rajna-Vestfalija predviđao je da će u slučaju kada na višem radnom mestu postoji manja zastupljenost žena nego muškaraca, žene imati prednost prilikom napredovanja ukoliko poseduju istu stručnost, kompetencije i profesionalni učinak, ali samo pod uslovom da ne postoje specifični razlozi koji za to radno mesto favorizuju (muškog) kandidata

⁵ Težnja da se ukloni nejednakost često dovodi do odluka koje nisu srazmerne cilju koji se postiže. U jednom slučaju iz sudske prakse Južnoafričke Republike, kandidat koji pripada zastupljenijoj grupi nije unapređen na više radno mesto čak i kada je bio jedini kandidat koji ispunjava uslove, jer bi se time dodatno povećala nesrazmera između zastupljenosti različitih društvenih grupa na novom radnom mestu. Naime, policajka Barnard je dva puta odbijena za unapređenje u policijskoj stanici gde je radila, iako je oba puta bila najbolji kandidat, tako da je podnela tužbu zbog diskriminacije. Osnovni sud je utvrdio da kako nije bilo odgovarajućih kandidata koji pripadaju nedovoljno zastupljenoj kategoriji (u ovom slučaju kandidata crne boje kože), to nije razlog da se bez odgovarajućih objašnjenja odbije kandidat koji ispunjava uslove a pripada drugoj kategoriji zaposlenih, koja je većinski zastupljena na novom radnom mestu (u ovom slučaju zaposleni bele boje kože). Na osnovu svega, Osnovni sud je zaključio da je došlo do diskriminacije. Međutim, nakon žalbe koju je uložila Policijska uprava, Apelacioni sud donosi presudu u kojoj smatra da bi njeno imenovanje na novo radno mesto još više povećalo nesrazmeru između zastupljenosti različitih grupa, i da je to direktno u suprotnosti sa ustavnim načelom koje ima za cilj otklanjanje nejednakosti koja pogađa određene društvene grupe! (Vid. više Gaibie, 2014, pp. 2670 i dalje.)

(*Marschall v Land Nordrhein-Westfalen*, par. 3). Gospodin Marschall, nastavnik, konkurisao je za radno mesto koje pripada višem platnom razredu. Međutim, Okružna uprava ga je obavestila da će za tu poziciju imenovati kandidatkinju, jer na osnovu pomenute odredbe ona mora biti unapređena uzimajući u obzir da su na osnovu zvanične evidencije i kandidat i kandidatkinja podjednako kvalifikovani i da su na tom radnom mestu u trenutku prijave na konkurs žene manje zastupljene (*Marschall v Land Nordrhein-Westfalen*, par. 7 i 8).

Na prvi pogled deluje da je ovaj slučaj identičan slučaju *Kalanke* i da će ESP doneti istu odluku i odlučiti da ovakve mere nisu u saglasnosti sa komunitarnim standardima. Međutim postoji jedna bitna razlika. Za razliku od slučaja *Kalanke*, ovde nije predviđeno davanje automatske prednosti ženama ukoliko su manje zastupljene, jer postoji mogućnost da se za to radno mesto izabere muškarac ukoliko postoje specifični razlozi za to. Ipak, s druge strane postoji jak argument da ova odredba nije u skladu sa čl. 2, st. 4 Direktive 76/207 jer prevazilazi promovisanje jednakih mogućnosti i ima za cilj postizanje jednake zastupljenosti žena i muškaraca.

ESP je u ovom slučaju odlučio da je rešenje ono koje daje prednost ženi, ali ne garantuje apsolutni i bezuslovni prioritet, jer se uporedno razmatraju i drugi jednako kvalifikovani kandidati, usklađeno s čl. 2, st. 4 Direktive 76/207 (Vid. *Marschall v Land Nordrhein-Westfalen*, par. 31-33). Pojedini autori ovakve situacije gde su kandidati izjednačeni po svim kriterijumima nazivaju *tie-break* situacije (Barnard, 2001, p. 961), u kojima će žene primenom afirmativne akcije na kraju imati prednost.

Objasnujući svoju odluku ESP je naveo da „sama činjenica da su ženski i muški kandidati podjednako kvalifikovani ne znači da imaju iste šanse” jer postoji tendencija da se iako imaju podjednake kvalifikacije, muškarci znatno više unapređuju nego žene, posebno zbog predrasuda i stereotipa koji se tiču uloge žena u društvenom životu i radnom okruženju (*Marschall v Land Nordrhein-Westfalen*, par. 29 i 30). Konceptualno posmatrano ESP i dalje na afirmativnu akciju gleda kao na direktnu diskriminaciju koja je u određenim, jako uskim slučajevima opravdana, a ne kao na mere koje su svojstvene ostvarivanju suštinske jednakosti (Barnard & Hervey, 1998, p. 296).

Rešenje u slučaju *Marschall* ima dosta sličnosti s prebacivanjem tereta dokazivanja kod određenih radnih sporova (diskriminacija, zlostavljanje na radu, zaštita uzbunjivača). Ako kandidati imaju jednake kvalifikacije, na poslodavcu je da dokaže da postoje razlozi zbog čega je izabrao/unapredio kandidata zastupljenijeg pola.

4. Afirmativna akcija u primarnim i sekundarnim izvorima EU

Odredbe osnivačkih ugovora EU kao primarnih izvora uglavnom su ekonomskog karaktera. Međutim, osnivački ugovori sadrže i odredbe koje se tiču fundamentalnih prava na kojima se temelji EU. Jedno od tih prava je i pravo na jednakost žena i muškaraca. Kako je afirmativna akcija neodvojivi deo ostvarivanja jednakosti, u osnivačkim ugovorima predviđene su i odredbe koje regulišu njen domet i primenu.

Stanovište ESP-a u slučaju *Marschall* imalo je veliki uticaj na dalje regulisanje afirmativne akcije. Ugovorom iz Amsterdama (Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts), dopunjen je čl. 119 Rimskog ugovora koji je u domenu jednakosti žena i muškaraca predviđao samo obavezu jednake zarade za jednak rad. Amsterdamski ugovor u čl. 141, st. 3 najpre je predvideo da Savet EU „usvaja mere kojima se obezbeđuje primena načela jednakih mogućnosti i jednakog tretmana muškaraca i žena u pitanjima zapošljavanja i rada, uključujući i načelo jednakog plaćanja za jednak rad ili rad jednake vrednosti”. Istim članom, dozvoljeno je „svakoj državi članici da primeni mere kojima se manje zastupljenom polu daju posebne prednosti kako bi lakše obavljali profesionalnu delatnost ili sprečile ili kompenzovale nepovoljan položaj u profesionalnoj karijeri” (čl. 141, st. 4), a sve u cilju ostvarivanja potpune jednakosti žena i muškaraca. Ovakvom odredbom kodifikovana je odluka ESP-a u slučaju *Marschall* (Barnard, 2001, p. 964) i znatno unapređena mogućnost za primenu afirmativne akcije (Blanpain, 2008, p. 663). Takođe, bitno je napomenuti da se na ovaj način predvidelo obezbeđivanje i formalne jednakosti (jednako tretiranje) i suštinske jednakosti (u formi ostvarivanja jednakih mogućnosti).

Trenutno važeći Lisabonski ugovor (Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007) koji je stupio na snagu 2009, samo je neznatno izmenio čl. 141 Ugovora iz Amsterdama. Odredbe o jednakosti i afirmativnoj akciji sada su sadržane u čl. 157 i jedina suštinska izmena tiče se toga da je sada pored Saveta EU i u nadležnosti Evropskog parlamenta da donosi mere kojima se obezbeđuju jednake mogućnosti i jednak tretman žena i muškaraca (čl. 157, st. 3).

Direktive EU u oblasti zapošljavanja i rada, kao najvažniji sekundarni izvori prava, primarno su usmerene na zabranu diskriminacije. Ipak, kako dozvoljavaju primenu afirmativne akcije, i imajući u vidu njihovo tumačenje od strane ESP-a, one imaju za cilj i ostvarivanje suštinske jednakosti (Lahuerta, 2016, p. 354; Barnard, 2001, p. 959). Postoje stanovišta koja smatraju da su direktive o jednakosti i utemeljene na konceptu stvarne jednakosti (Neuvonen, 2015, p. 229).

Kao što smo videli, odredba Direktive 76/207 o primeni posebnih mera, u tumačenju ESP-a imala je veliki uticaj na razvoj i primenu afirmativne akcije. Pored nje, značajne direktive su i: Direktiva 2000/78/EZ o ustanovljavanju opštih uslova za jednak tretman u zaposlenju i zanimanju (Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation) i Direktiva 2000/43/EZ o sprovođenju načela jednakog postupanja prema osobama bez obzira na njihovo rasno ili etničko poreklo (Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin). Prilikom regulisanja afirmativne akcije, obe direktive polaze od čl. 141 Ugovora iz Amsterdama, tako da gotovo na identičan način uređuju njihovu primenu. Naime, u cilju ostvarivanja potpune jednakosti u praksi, države članice mogu da usvajaju posebne mere koje za cilj imaju sprečavanje ili kompenzovanje nepovoljnog položaja koje je povezano s verom ili uverenjem, invaliditetom, godinama i polnim opredeljenjem, kao i sa rasnim ili etničkim poreklom (vid. za prvu čl. 7, a za drugu čl. 5).

Direktivom 2006/54/EZ o sprovođenju načela jednakosti i jednakih mogućnosti muškaraca i žena u pitanjima zapošljavanja i rada – Direktiva 2006/54 (Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast)) izvršena je kodifikacija ranijih direktiva koje su regulisale jednakost žena i muškaraca. Kodifikacija je bila neophodna zbog dopune stavova ESP-a „budući da je jurisprudencija ovog suda dala dragocen značaj razvoju zaštite jednakosti muškaraca i žena” (Kovačević, 2018, p. 116).

Za primenu afirmativne akcije najznačajnija izmena je da se Direktiva 2006/54 sad poziva direktno na čl. 141. st. 4. Ugovora iz Amsterdama. U skladu sa navedenim članom Amsterdamskog ugovora države članice mogu da donose mere koje imaju za cilj ostvarivanje pune jednakosti žena i muškaraca u zapošljavanju i radu (čl. 3).

EU je posle deset godina od prvobitnog nacрта tek 2022. godine usvojila Direktivu 2022/2381/EU o poboljšanju rodne ravnoteže među članovima direktora kotiranih društava i srodnim merama – Direktiva 2022/2381 (Directive (EU) 2022/2381 of the European Parliament and of the Council of 23 November 2022 on improving the gender balance among directors of listed companies and related measures). Direktiva 2022/2381 predviđa kvotni sistem afirmativne akcije. Kvotni sistem je baziran na principu da određeni procenat radnih mesta mora biti popunjen kategorijama radnika koji su manje zastupljeni na tim radnim mestima. Ovaj sistem predstavlja suviše radikalni pristup ostvarivanju jednakosti i kao takav uglavnom je predviđen za popunjavanje viših/rukovodećih radnih mesta.

Upravo je kvotni sistem bio razlog što je nacrt direktive dugi niz godina osporavan. Najčešća primedba bila je da propisivanje obaveznih kvota nije u skladu sa načelom supsidijarnosti. Isticalo se da je preuranjeno smatrati da su mere koje preuzimaju države članice u cilju ostvarivanja uravnotežene zastupljenosti polova neefikasne i da to pitanje treba regulisati na nivou EU (Szydło, 2015, pp. 112-115). Takođe, postoji jak argument da kvotni sistem nije u skladu ni sa načelom srazmernosti, jer postojanje kvota nije neophodno za ostvarivanje rodne jednakosti prilikom izbora direktora, i da države članice treba da imaju slobodu da same izaberu pristup kojim treba da obezbede jednakost (Szydło, 2015, p. 110).

Treba istaći da je Evropska komisija kao jedan od najjačih argumenata za donošenje ove direktive navodila da uravnotežena zastupljenost žena i muškaraca utiče pozitivno na bilans kompanija i dovodi do većeg ekonomskog rasta (vid. Lahuerta & Zbyszewska, 2018, pp. 170-171; Szydło, 2015, pp. 101-104). EU se i ranije pozivala na ekonomske razloge kod donošenja mera ovog tipa. Svakako je najpoznatiji slučaj jednako nagrađivanje žena i muškaraca koje je prvobitno imalo samo težnju da spreči neloyalnu konkurenciju. Iako ove mere mogu da doprinesu ekonomskom boljitku svih subjekata, moramo pomenuti da zaštita dostojanstva i profesionalnog integriteta pojedinca ipak mora biti glavni razlog za donošenje ovih mera.

Direktivom 2022/2381 predviđeno je da do 30. juna 2026. godine države članice osiguraju da pripadnici nedovoljno zastupljenog pola zauzimaju najmanje 40% položaja članova neizvršnih direktora i najmanje 33% svih direktorskih pozicija, uključujući i izvršne i neizvršne direktore. Iz domena primene isključena su mikro, mala i srednja preduzeća, koja zapošljavaju manje od 250 lica (čl. 2-5).

Bitno je pomenuti da Direktiva u čl. 8, st. 1, predviđa sankcije za društva koja ne ispunjavaju date ciljeve. Sankcije moraju biti proporcionalne i mogu se kretati od novčanih kazni do mogućnosti da nadležni pravosudni organi ponište odluke o izboru direktora koje nisu donete u skladu sa Direktivom. Po nekim stanovištima propisivanje obaveznih kvota može da bude u skladu sa načelom srazmernosti samo ako nije obavezno, a samim tim i lišeno bilo kakve sankcije (Szydło, 2015, pp. 110-111).

5. Zaključak

Primena afirmativne akcije u zapošljavanju i napredovanju s vremenom je evoluirala. Dugo je bila usmerena samo na obezbeđenje jednakih mogućnosti, što je ispravno stanovište kada se ima u vidu da se suštinska jednakost i ne može ostvariti samo primenom afirmativne akcije već je potrebna i primena niza drugih mera.

Tumačenjem od strane ESP-a proširena je primena afirmativne akcije i na ostvarivanje jednake zastupljenosti. U ovom slučaju neophodno je odrediti granicu jednakosti, granicu posle koje primena afirmativne akcije gubi početnu svrhu zbog koje se primenjuje i počinje da deluje u kontra smeru. Ta granica je postavljena u slučaju *Marschall*. S jedne strane imamo radikalne sisteme primene, oličene u principu automatizma i formi kvota. S druge strane, afirmativnoj akciji koja ima za cilj ostvarivanje jednakih mogućnosti, može se prigovoriti da iziskuje ozbiljna sredstva za sprovođenje i vreme da bi bila delotvorna. Afirmativna akcija, kako je predviđena u slučaju *Marschall*, nalazi se između ovih dvaju modela. Svrha afirmativne akcije je ostvarena jer lica manje zastupljene grupe imaju veliku prednost prilikom zapošljavanja i napredovanja. Ovakva primena afirmativne akcije ne isključuje mogućnost i da osobe zastupljenije grupe budu izabrane, posebno imajući u vidu da razlozi zbog kojih se oni biraju ne moraju da budu usko definisani.

Primena kvotnog sistema afirmativne akcije samo deluje kao najefikasnije rešenje, ali u suštini stvara niz pratećih problema. Glavna zamerka jeste što on dovodi do „kvantitativne” jednakosti. Upitno je da li se jednakost ostvarena na taj način može smatrati stvarnom jednakošću, posebno imajući u vidu da stvarna jednakost mora biti zasnovana i na jednakosti u dostojanstvu.

Literatura

- Barnard, C. 2001. The Changing Scope of the Fundamental Principle of Equality. *McGill Law Journal*, 46(4), pp. 955-978.
- Barnard, C. 1998. The Principle of Equality in the Community Context: P. Grant, Kalanke and Marschall: Four Uneasy Bedfellows. *Cambridge Law Journal*, 57(2), pp. 352-373. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0008197398000063>
- Barnard, C. & Hepple, B. 2000. Substantive Equality. *Cambridge Law Journal*, 59(3), pp. 562-585. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0008197300000246>
- Barnard, C. & Hervej, T. 1998. Softening the Approach to Quotas: Positive Action after Marschall. *Journal of Social Welfare and Family Law*, 20(3), pp. 333-352. DOI: <https://doi.org/10.1080/09649069808410257>
- Bell, M. 2004. Equality and European Union Constitution. *Industrial Law Journal*, 33(3), pp. 242-260. DOI: <https://doi.org/10.1093/ilj/33.3.242>
- Bisom-Rapp, S. 2018. What We Know about Equal Employment Opportunity Law after Fifty Years of Trying. *Employee Rights and Employment Policy Journal*, 22(2), pp. 337-354.
- Blanpain, R. 2011. Decent Work in the European Union: Hard Goals, Soft Results. *Employee Rights and Employment Policy Journal*, 15(1), pp. 29-42.

- Blanpain, R. 2008. The European Union and Employment Law. *Indonesian Journal of International Law*, 5(4), pp. 646-680. DOI: <https://doi.org/10.17304/ijil.vol5.4.183>
- Đorđević, M. 2018. Afirmativna akcija – kvote za pripadnike manje zastupljenog pola u izbornom pravu Srbije. *Sveske za javno pravo*, 9(34), pp. 62-70.
- Fredman, S. 2017. Reimagining Power Relations: Hierarchies of Disadvantage and Affirmative Action. *Acta Juridica*, 124, pp. 124-145. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mow043>
- Fredman, S. 2016. Substantive Equality Revisited. *International Journal of Constitutional Law*, 14(3), pp. 712-738.
- Gaibie, S. 2014. Affirmative Action – Concepts and Controversies. *Industrial Law Journal (Juta)*, 35(10), pp. 2655-2677.
- Hepple, B. 2001. Equality and Empowerment for Decent Work. *International Labour Review*, 140(1), pp. 5-18. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1564-913X.2001.tb00210.x>
- Hepple, B. 2014. The Key to Greater Gender Equality. *The Equal Rights Review*, 12, pp. 59-61.
- Jašarević, S. 2010. Zaštita jednakosti zaposlenih u pravu Evropske unije. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 44(3), pp. 257-273.
- Jašarević, S. 2006. Jednakost zaposlenih prema polu u dokumentima i praksi EU. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 40(2), pp. 359-378.
- Jovanović, P. 2018. Pozitivna diskriminacija (sa osvrtom na oblast rada). *Radno i socijalno pravo*, (1), pp. 1-24.
- Kostić, M. 2021. *Jednakost žena i muškaraca u zapošljavanju*. Doktorska disertacija. Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.
- Kovačević, Lj. 2008. Jednakost i zabrana diskriminacije u radnom pravu. U: Vuković, D. & Arandarenko, M. (ur.), *Tržište rada i politika zaposlenosti*, Beograd: Fakultet političkih nauka, Univerzitet u Beogradu, pp. 173-194.
- Kovačević, Lj. 2018. Ravnopravnost muškaraca i žena kao bitan element dostojanstvenog zapošljavanja: prilog diskusiji o Nacrtu zakona o rodnoj ravnopravnosti. *Radno i socijalno pravo*, (1), pp. 97-144.
- Lahuerta, B. S. 2016. Taking EU Equality Law to the Next Level: In Search of Coherence. *European Labour Law Journal*, 7(3), pp. 348-367. DOI: <https://doi.org/10.1177/201395251600700303>
- Lahuerta, B. S. & Zbyszewska, A. 2018. EU Equality Law after a Decade of Austerity: On the Social Pillar and It's Transformative Potential. *International Journal of Discrimination and the Law*, 18(2-3), pp. 163-192. DOI: <https://doi.org/10.1177/1358229118799234>
- Lubarda, B. 2012. *Rasprava o dostojanstvu na radu i socijalnom dijalogu*. Beograd: Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu.
- Martín, N. R. 2014. Positive Action in EU Gender Equality Law: Promoting Women in Corporate Decision-Making Positions, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, 3(1), pp. 20-33.

- Matijević, M. & Ćorić, V. 2010. Mere afirmativne akcije: terminološko određenje i uvodna razmatranja o sadržini pojma, *Strani pravni život*, 54(3), pp. 85-102.
- Međunarodna organizacija rada. 2001. *Smernice o radnom zakonodavstvu*. Ženeva.
- Monaghan, K. 2011. Equality and Non-Discrimination. *Judicial Review*, 16(4), pp. 418-428. DOI: <https://doi.org/10.5235/108546811799320790>
- Neuvonen, J. P. 2015. Inequality in equality' in the European Union equality directives: A friend or a foe of more systematized relationships between the protected grounds? *International Journal of Discrimination and the Law*, 15(4), pp. 222-240. DOI: <https://doi.org/10.1177/1358229115591412>
- Reljanović, M. 2009. Diskriminacija na radu – zakonodavstvo i iskustva SAD. *Strani pravni život*, 53(1), pp. 111-130.
- Szydło, M. 2015. Gender Equality on the Boards of EU Companies: Between Economic Efficiency, Fundamental Rights and Democratic Legitimation of Economic Governance. *European Law Journal*, 21(1), pp. 97-115. DOI: <https://doi.org/10.1111/eulj.12074>

Pravni izvori

- Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, *OJ L* 39, 14.2.1976.
- Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, *OJ L* 180, 19.7.2000.
- Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, *OJ L* 303, 2.12.2000.
- Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), *OJ L* 204, 26.7.2006.
- Directive (EU) 2022/2381 of the European Parliament and of the Council of 23 November 2022 on improving the gender balance among directors of listed companies and related measures, *OJ L* 315, 7.12.2022.
- Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties establishing the European Communities and certain related acts, *OJ C* 340, 10.11.1997.
- Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, *OJ C* 306, 17.12.2007.

Sudska praksa

CJEU, Case C-450/93 - *Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen*, Judgment of the Court, 17. 10. 1995, ECLI:EU:C:1995:322.

CJEU, Case C-409/95 - *Hellmut Marschall v Land Nordrhein-Westfalen*, Judgment of the Court, 11. 11. 1997, ECLI:EU:C:1997:533.

CJEU, Case C-407/98 - *Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist*, Judgment of the Court (Fifth Chamber), 6. 7. 2000, ECLI:EU:C:2000:367.

Opinion of Advocate General Tesouro - Case C-450/93, *Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen*, 6.4.1995, ECLI:EU:C:1995:105.