

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

ПОЗИТИВНА АКЦИЈА У МЕЂУНАРОДНОМ И
ЕВРОПСКОМ ПРАВУ: КОНЦЕПТУАЛНИ ОКВИР И
ИЗАЗОВИСанда Гверо, ма¹*Правни факултет Универзитета у Бањој Луци*

Апстракт: *Једнакост представља једну од основних вриједности савременог друштва, али њено остваривање често захтијева дјеловање изван формалног концепта. У овом раду се истражује концептуални оквир позитивне акције у међународном праву, са посебним фокусом на потешкоће и изазове у дефинисању овог концепта. Анализом међународних и европских правних инструмената, у раду се идентификују битне одреднице позитивне акције, укључујући њен привремени карактер, циљеве (остваривање пуне једнакости) и облике, од промоције једнаких могућности до преференцијалног третмана, уз истицање изазова у одређивању садржаја и обима тих елемената услед различитих правних, културних и друштвених контекста, као и могуће будуће правце развоја овог концепта.*

Кључне ријечи: *једнакост, позитивна акција, међународно право, привремене мјере, забрана дискриминације, једнаке могућности.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Једнакост представља једну од основних вриједности савременог друштва. Овај принцип је проткан кроз све области правног, политичког, друштвеног и економског живота. Људи интуитивно знају шта значи појам једнакости, међутим у покушају прецизне дефиниције, око чијег садржаја би постојао општи консензус, можемо наићи на потешкоће. Запањујуће је да, упркос широко распрострањеној привржености идеалу једнакости, постоји тако мало сагласности о његовом значењу и циљевима.² У теорији, када се говори о једнакости, наилазимо на различите концепте. У најширој дискусији наилазимо на концепте формалне и суштинске једнакости.

¹ Виши асистент, е-пошта: sanda.gvero@pf.unibl.org² Sandra Fredman, *Discrimination Law*, Clarendon law series (Oxford University Press, 2011), 3.

Концепт формалне једнакости се обично схвата као право да се исти или слични случајеви третирају на исти или сличан начин, док концепт суштинске једнакости сеже даље и укључује други дио који се тиче различитог третмана случајева због њихове инхерентне различитости.³ Различите одредбе о једнакости настоје уважити неки од приступа овом питању, као што су: једнакост као досљедан третман, једнакост могућности, једнакост исхода и трансформативна једнакост. Ови приступи су флуидни, те обухватају карактеристике једног или оба концепта (формалне и суштинске једнакости)⁴. При том, потребно је разликовати једнакост као апстрактни, теоријски принцип и једнакост као конкретну правну норму.⁵ У потоњем случају, једнакост се углавном прихвата као формална.

Формална једнакост подразумијева да се исти или слични случајеви третирају на исти или сличан начин. На самом почетку уочава се и најизраженији проблем: формална једнакост претпоставља једнако поступање било оно једнако добро или једнако лоше.⁶ Једнако поступање према свима (и према „неједнакима“) може довести до учвршћивања неједнакости. Овај и други недостаци формалног концепта довели су до стварања концепта суштинске једнакости, јер је постало јасно да формална једнакост није довољна да обезбиједи свима једнаке могућности.

Са друге стране, конститутивни елемент принципа једнакости је забрана дискриминације, јер управо кроз дискриминацију се нарушавају једнакост и равноправност грађана у остваривању њихових права.⁷ У настојању да се постигне суштинска једнакост, прихваћени концепт забране дискриминације није довољан да се постигне постављени циљ, јер су постојале и даље постоје друштвене групе које трпе посљедице и/или су изложене непосредној и посредној дискриминацији или се просто налазе у неповољ-

³ Klaartje Wentholt, „Formal and substantive equal treatment: International Conference on Comparative Non-Discrimination Law“, ур. Т. Loenen и P.R. Rodrigues, *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, 1999., 53.

⁴ Jarlath Clifford, „Equality“, у *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, ур. Dinah Shelton (Oxford University Press, 2013), 427.

⁵ Wentholt, „Formal and substantive equal treatment“, 53.

⁶ Sandra Fredman, „Substantive equality revisited“, *International Journal of Constitutional Law* 14, изд. 3 (01. јули 2016.): 717. Илустрације ради, шездесетих година двадесетог вијека градске власти града Џексона у држави Мисисипи су одлучиле да затворе све јавне базене као одговор на пресуду којом се издвојени рекреативни објекти проглашавају неуставним, као резултат расне сегрегације. Такву одлуку правдали су изјавом да се десегрегираним јавним базенима не би могло управљати на безбједан начин и да то изискује многе трошкове. Врховни суд је потврдио уставност ове одлуке истичући да одлука градских власти испуњава тест клаузуле једнаке заштите када одлучи да не понуди ту врсту рекреативног објекта никоме од својих грађана. Више о томе: Randall Kennedy, „Reconsidering *Palmer v Thompson*“, *The Supreme Court Review* 2018 (Мај 2019.): 179–212.

⁷ Предраг Јовановић, „Начело једнакости у радном праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 52, изд. 1 (2018.): 21.

ном положају из различитих социо-економских разлога. Тако се развила идеја о корективним мјерама којима се тежи постизање *de facto* једнакости и равноправности. Те мјере су усмјерене не само ка искорјењивању непосредне дискриминације, већ и ка брисању посљедица посредне дискриминације. Оно око чега постоји слагање је неопходност тих мјера, као допуне и коректива принципу забране дискриминације, међутим, одмах након тога настају неслагања у погледу усмјерености тих мјера (ка прошлости или према унапријед), сврхе (компензација или постизање различитости), граница (тзв. „soft“ или/и „hard measures“) и других конститутивних елемената овог концепта. Посљедично, постоји неслагање и о избору термина за означавање оваквих мјера, будући да, неријетко, опредјељивање за одређени термин значи и прихватање његовог специфичног садржаја.⁸ Тако, у различитим националним и међународним оквирима у примјени су термини: „посебне мјере“, „позитивна акција“, „афирмативна акција“, „позитивна дискриминација“, „посебне привремене мјере“, „позитивне мјере“, „преференцијални третман“, „обрнута дискриминација“, и др. Термин „афирмативна акција“ („афирмативне мјере“) је настао и развијао се у Сједињеним Америчким Државама (САД); на европском тлу је најзаступљенији израз „позитивна акција“, али и „позитивна дискриминација“ иако се потоњи напушта као *contradictio in terminis* или се користи да би се означило (незаконито) поступање које прелази границе допуштене акције (на примјер у Великој Британији); термин „посебне мјере“ односно „посебне привремене мјере“ је заступљен у међународним правним инструментима, али и у појединим националним правима који су прихватили тај концепт. Идеја о афирмативним/позитивним мјерама је настала и развијала се, најприје, у националним оквирима и то у оним системима у којима је била најзаступљенија расна или етничка дискриминација и када је постало јасно да се само уз активно учешће државе може унаприједити положај припадника одређених категорија становништва изложених дискриминацији и израженом неповољном положају. Тако, у Индији почетком XX вијека, афирмативне мјере усмјерене ка заштити тзв. недодирљивих, енг. „*untouchables*“; у Јапану, средином XX вијека, одређене мјере за унапријеђење положаја припадника друштвене групе назване буракумини; у САД предвиђање афирмативне акције за унапријеђење положаја афроамер-

⁸ О различитим концептима, као и аргументима *pro et contra* види: Санда Гверо, „Остваривање равноправности путем посебних мјера у радном праву - домаће и упоредно право“, *Зборник радова са Међународног научног скупа „Изазови и перспективе развоја правних система у XXI вијеку“* Том 1, изд. 4 (2024.): 441–42.

риканаца и, касније, припадника других расних и националних мањина.⁹ Та идеја је касније развијана и на међународном нивоу.

За потребе овог рада алтернативно ћемо користити изразе позитивна/афирмативна акција и посебне (привремене) мјере, сходно датом контексту, са претежном употребом термина „позитивна акција“, имајући у виду позитивне обавезе држава да обезбјеђују остваривање начела једнакости заузимајући проактиван став према пракси дискриминације. У том смислу, под позитивном акцијом би подразумијевали корективне мјере усмјерене ка постизању *de facto* једнакости и обезбјеђивању једнаких могућности, које обухватају давање предности припадницима одређених друштвених група који су у неповољнијем положају било због укоријењене дискриминације или усљед социјално-економских разлога, а које су привременог карактера, односно које се примјењују док се не постигне постављени циљ.

Позитивну акцију је, са друге стране, потребно разликовати од других мјера које имају исти или сличан циљ (борбу против дискриминације и постизање једнакости) као на примјер, дужност разумног прилагођавања, као и оних мјера које имају сличне појавне облике (различито поступање) попут посебне заштите радника са породичним обавезама, заштите малолетних радника итд., јер су им сврха и облик у битном другачији. У правилу, ове мјере су трајног карактера, за разлику од позитивне акције која је привременог карактера.

Предмет овог рада је одређивање концептуалног оквира позитивне акције кроз анализу међународних докумената и аката, уз уважавање тумачења и одређивања граница тих мјера од стране различитих органа и тијела надлежних за контролу примјене и надзор над примјеном тих аката. Будући да се мјере позитивне акције могу примјењивати у различитим областима, попут запошљавања, образовања, социјалне и здравствене заштите, фокус је на примјени мјера позитивне акције у области запошљавања и рада.

2. ПОСЕБНЕ МЈЕРЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВНОМ ОКВИРУ

2.1. Инструменти универзалног карактера

Поједине осјетљиве категорије лица, неријетко, наилазе на значајне препреке приликом остваривања и уживања формално признатих права и основних слобода (укључујући и економска и социјална права која се остварују приликом запошљавања) и поред тога што су њихова права инкор-

⁹ Више о изворишту и развоју концепта у националним оквирима види: *Ibidem*, 437-41.

порисана у „општа” људска права зајемчена уставима савремених држава и међународним конвенцијама о људским правима. У области запошљавања, ризик дискриминације нарочито је изражен у погледу припадника етничких мањина и испољава се превасходно у високој стопи незапослености, у дискриминацији у погледу приступа запослењу и у лошим условима рада радника одређене расе или етничког порекла.¹⁰ Стога се као важан извор права од значаја за заштиту од дискриминације, (и то не само као обавезе уздржавања од таквог поступања, већ и истакнуте потребе активног дјеловања у сврху пуног остваривања људских права и основних слобода) појављује Међународна конвенција о укидању свих облика расне дискриминације (*ICERD*).¹¹

На самом почетку, налазимо оквир за утврђивање обавезе држава чланица да предузму посебне (и конкретне) мјере, као једну од компоненти у укупној стратегији у примјени *ICERD* посвећеној циљу елиминисања расне дискриминације и за чије успјешно постизање ће бити потребна вјерна примјена свих њених одредби. У првом члану се даје однос концепта забране дискриминације наспрам посебних мјера, а у другом члану обавеза држава чланица да те мјере предузму, ако околности то захтијевају, под условом да „не могу ни у ком случају имати за резултат одржање неједнаких или различитих права за разне расне групе“ те да престаје њихова примјена „кад се постигну циљеви због којих су ове мјере биле предузете“. У првом члану се одређује да се „неће сматрати расном дискриминацијом“ мјере које су неке државе предузеле да исправе неправде учињене у прошлости одређеном дијелу народа, предвиђајући посебне мјере за обезбјеђење уживања и остварења права човјека и основних слобода под једнаким условима, а у другом се предвиђа обавеза за државе чланице које нису показале исту добру вољу да такве мјере предузму, уз остављање извјесног степена слободe кроз одређивање услова „када околности то изискују“. ¹² У дебати о параграфу о посебним мјерама, неки представници су били забринуте да би специјалне мјере могле да буду искоришћене као оружје од стране влада које желе да продуже одвајање одређених група од остатка становништва, или да оправдају колонијализам, међутим, јасно је стављено до знања да циљ не треба да буде наглашавање разлика између

¹⁰ Љубинка Ковачевић, *Заснивање радног односа* (Правни факултет Универзитета у Београду, 2021), 993–94.

¹¹ International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, General Assembly resolution 2106 (XX) of 21 December 1965. Босна и Херцеговина је преко Анекса I Устава, уградила у свој уставноправни систем.

¹² Више о изради текста Конвенције: Patrick Thornberry, *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: a commentary*, First edition, Oxford commentaries on international law (Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2016), 215–16.

различитих расних група, већ њихова интеграција у друштво како би се постигао циљ једнаког развоја за све грађане.¹³ Комитет за укидање расне дискриминације, даље, појашњава да се под појмом „посебне мјере“ могу подразумевати и мјере које се у различитим државама називају „афирмативна акција“, „афирмативне мјере“ или „позитивна акција“ (о различитој терминологији види *infra*) када оне одговарају принципима садржаним у Конвенцији, а да израз “позитивна дискриминација“, (иако се том термину у неким земљама даје исти садржај-прим. аутора) представља *contradictio in terminis* те да га стога треба избјегавати.¹⁴

Слично рјешење можемо пронаћи у Конвенцији о елиминисању свих облика дискриминације жена (CEDAW)¹⁵ у којој се уводи у сам текст појам „посебне мјере“, означавајући, притом, двије врсте мјера: *посебне привремене мјере* које имају за циљ постизање *de facto* једнакости и *посебне мјере*, које су трајног карактера, а које подразумевају различит третман између жена и мушкараца имајући у виду биолошке разлике. Привремене посебне мјере, притом, не треба посматрати као изузетак од принципа забране дискриминације, већ као дио неопходне стратегије држава чланица усмјерене ка постизању суштинске равноправности жена у остваривању људских права и слобода.¹⁶

Прелаз са *могућности* усвајања позитивних мјера које се не сматрају дискриминаторним на *обавезу* да се такве мјере донесу ради постизања суштинске једнакости подстакнут је карактеристикама саме Конвенције. Као прво, CEDAW не утврђује општу забрану дискриминације на основу пола, она је усмјерена на заштиту жена. Друго, члан 24 намеће државама потписницама да „усвоје *све неопходне мјере* на националном нивоу у циљу постизања пуног остваривања права признатих у овој Конвенцији”. И треће, у већем броју чланова се државе чланице позивају да предузму „све одговарајуће мјере“ у циљу испуњења загарантованих права. На основу ових аргумената и „динамичког“ тумачења Конвенције, Комитет за елиминацију дискриминације жена закључује, у Општој препоруци коју је

¹³ Marc Bossuyt, Special Rapporteur, „Prevention of Discrimination: The Concept and Practice of Affirmative Action“, E/CN.4/Sub.2/2002/21., final report, in accordance with UN Sub-Commission Resolution 1998/5, 17. Јуни 2002., 14.

¹⁴ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *General recommendation No. 32, The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of All Forms Racial Discrimination*, CERD/C/GC/32, 2009, ст. 11 и 12

¹⁵ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), General Assembly resolution 34/180 of 18 December 1979. Босна и Херцеговина је преко Анекса I Устава, уградила у свој уставноправни систем.

¹⁶ Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *General recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures*, 2004. ст. 15, 16 и 18.

усвојио 2004. године о члану 4. став 1. Конвенције, да се у оквиру тог инструмента може *захтијевати* усвајање одређених мјера позитивне акције.¹⁷ И раније, Комитет је апострофирао став да државе стране и више користе посебне мјере као што су позитивна акција, преференцијални третман или квоте, којима би се унаприједила интеграција жена у образовању, економији, политици и запошљавању.¹⁸

Међународни пакт о грађанским и политичким правима (*ICCPR*) и Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима (*ICESCR*) утврђују забрану дискриминације и обавезу држава чланица на предузимање мјера како би се обезбиједило *пуно* остваривање права предвиђених пактом под једнаким условима.¹⁹ Будући да Пакт обавезује државе уговорнице да “гарантују” вршење Пактом зајемчених права без било ког облика дискриминације, у државама дискриминација мора бити укинута, како формално, тако и суштински, те одредбе Пакта треба разумјети управо на начин да забрањује формалну и стварну дискриминацију.²⁰

Иако није експлицитно утврђено право на предузимање афирмативне акције или посебних привремених мјера (као што је случај код *CEDAW*), Комитет за људска права и Комитет за економска, социјална и културна права су у општим коментарима заузели став да принцип једнакости, односно забране дискриминације, сами по себи, нису увијек довољни да гарантују истинску једнакост, те да утврђивање неког облика преференцијалног третмана је могућ све док је таква акција потребна за исправљање дискриминације и док су такве мјере привремене, тј. које се укидају онда када се постигне *de facto* једнакост. Потреба за афирмативном акцијом (посебним мјерама) је потврђена, а привремени карактер апострофиран и у Лимбершким принципима о провођењу *ICESCR*²¹. Заправо, принцип једнакости

¹⁷ Olivier De Schutter, „Positive Action“, у *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, ур. Lisa Waddington, Dagmar Schiek, и Mark Bell, Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe (Oxford: Hart Publishing, 2007), 757–85.

¹⁸ Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *General Recommendation No. 5: Temporary Special Measures*, 1988.

¹⁹ *International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights*, интегрални текст доступан на: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>; *International Covenant on Civil and Political Rights*, интегрални текст доступан на: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>, оба пакта Босна и Херцеговина је преко Анекса I Устава, уградила у свој уставно-правни систем.

²⁰ Љубинка Ковачевић, „Члан 2: Природа обавеза, забрана дискриминације и положај странаца“, у *Приручник за примену Међународног пакта о економским, социјалним и другим правима*, ур. Марио Рељановић и et al. (Београд: Министарство за људска и мањинска права и друштвени дијалог, 2023), 20.

²¹ Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights *U.N. Doc. E/CN.4/1987/17*, ст. 39.

понекад *захтијева* од држава чланица да предузму афирмативну акцију како би умањиле или елиминисале услове који изазивају или помажу у одржавању дискриминације забрањене Пактом.²²

У погледу увођења посебних мјера, у посебним конвенцијама (*ICERD* и *CEDAW*) се утврђује обавеза, док се у општим даје могућност. То је, негдје, и логично, из разлога што су у посебним конвенцијама већ издвојене групе лица која су жртве дискриминације и која трпе посљедице дискриминације кроз дужи временски период, те које представљају подзаступљене групе у области запошљавања, образовања, политичкој и другим областима живота.

2.2. Улога Међународне организације рада

И под окриљем МОР развија се концепт афирмативне акције, иако не експлицитно већ радом тијела надлежних за примјену и контролу примјене конвенција и препорука МОР-а. Конвенција бр. 111²³ предвиђа поступање које се неће сматрати дискриминацијом и то разликујући: *мјере заштите или помоћи* предвиђене другим конвенцијама или препорукама које је усвојила Међународна конференција рада и *остале посебне мјере* које су намијењене да се води рачуна о посебним потребама лица за које је заштита или нека посебна помоћ уопште призната као потребна из разлога као што су пол, године, инвалидност, породичне обавезе или социјални или културни ниво.

Премда би се дословним тумачењем ове одредбе могло закључити да је ријеч о посебним мјерама заштите, према Комитету експерата, под изразом посебне мјере се има сматрати широк спектар мјера које се односе на различите категорије радника и које укључују и афирмативну акцију.²⁴ Такође, у Глобалном извјештају Генералног директора, наводи се да се неће сматрати дискриминацијом усвајање посебних мјера чији је циљ осигурање једнаког третмана и шанси лицима или групама који су у неповољном положају као посљедица претходне или садашње дискриминације на тржишту рада, разликујући, притом, посебне мјере заштите и помоћи и

²² Human Rights Committee, *General Comment No. 4: Article 3 (Equal Right of Men and Women to the Enjoyment of All Civil and Political Rights)*, 30 July 1981, ст. 2; Human Rights Committee, *General Comment No. 18: Non-discrimination*, 10 November 1989, ст. 10.; Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 16: The Equal Right of Men and Women to the Enjoyment of All Economic, Social and Cultural Rights (Art. 3 of the Covenant)*, 11 August 2005, ст. 15.

²³ Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111), члан 5.

²⁴ ILO, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Achieving gender equality at work, ILC111/III(B), 2023, стр. 37. Исти став је изражен и у ILO, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Giving globalization a human face, ILC.101/III/1B, 2012. ст. 837.

мјере афирмативне акције. Да би се избегла нежељена реакција и стигматизација одређених група, важно је добити њихову претходну сагласност и укључити се у консултације са свим заинтересованим странама²⁵ („након консултација са репрезентативним удружењима послодаваца и радника“). Анализирајући резултате примјене различитих мјера афирмативне акције у појединим државама, у извјештају се закључује и да су мјере афирмативне акције неопходне да се сви ставе у једнак положај, посебно када су социо-економске неједнакости између група дубоке и произлазе из историје угњетавања и социјалне искључености једне групе од стране друге.²⁶

Поред ове конвенције, под окриљем МОР-а су усвојене и посебне конвенције (*ratione personae*) које на сличан начин, кроз негативну формулацију одређују које поступање се неће сматрати дискриминацијом.

3. ПОЗИТИВНА АКЦИЈА У ЕВРОПСКОМ ПРАВУ

3.1. Савјет Европе

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода²⁷ не предвиђа експлицитно могућност примјене позитивне акције већ само забрану дискриминације у уживању права и слобода из Конвенције. Европски суд за људска права је у више пресуда истакао да државе уживају извјесну „слободу процјене“ да ли и у којој мјери разлике у иначе сличним ситуацијама оправдавају различит третман.²⁸ Настојећи да се прошири примјена члана 14 Конвенције потписан је Протокол бр. 12, гдје се у преамбули „поново потврђује да принцип забране дискриминације не спрјечава државе чланице да предузму мјере у циљу промовисања *пуне и дјелотворне једнакости*, под условом да постоји разумно и објективно оправдање за те мјере“²⁹, а у Образложењу уз Протокол бр. 12 се наводи да „чињеница да постоје одређене групе или категорије лица која су у неповољном положају, или постојање *de facto* неједнакости, може представљати оправдање за доношење мјера које предвиђају конкретне пред-

²⁵ International Labour Conference, *Time for equality at work*, 91th session, Report I (Part B) (Geneva: Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 2003), 22.

²⁶ *Ibid.*, стр. 68.

²⁷ European Convention on Human Rights, 4.11.1950, European Treaty Series, No. 5. Према Уставу БиХ, Европска конвенција има директну примјену и предност у односу на законе (члан II).

²⁸ Види на примјер: Пресуда у предмету Rasmussen против Данске, од 28. новембра 1984. године (представка број 8777/79), ст. 40.

²⁹ Protocol 12 to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, 4.11.2000. European Treaty Series, No. 177, Преамбула.

ности у циљу промовисања једнакости, под условом да се поштује принцип пропорционалности“.³⁰

Европска социјална повеља (*ESC*) из 1961. не садржи експлицитну одредбу о једнаком третману или забрани дискриминације, већ посебна права појединих категорија радника (право на једнаку зараду за исти рад, заштиту жена у вези са материнством, заштиту лица (радника) са инвалидитетом, итд.). Усвајањем Додатног протокола уз *ESC* из 1988. године, признаје се право на једнаке могућности и једнак третман у питањима запошљавања и занимања без дискриминације на основу пола. У Протоколу се одређује да се, у циљу обезбјеђивања дјелотворног остваривања права на једнаке могућности и једнак третман у области запошљавања и занимања без дискриминације на основу пола, стране обавезују да признају то право и да предузму одговарајуће мјере да обезбиједи или унаприједи његову примјену, што не спрјечава доношење посебних мјера у циљу отклањања *de facto* неједнакости.³¹ Према тумачењу Европског комитета за социјална права, „закони уговорних страна не могу бити уоквирени тако да искључују мјере позитивне акције у корист једног пола ако то захтијева преовлађујућа ситуација. Комитет, штавише, подсјећа да државе имају обавезу да дефинишу активне политике и да предузму мјере за њихово спровођење...“³² У Ревидираној европској социјалној повељи (*RESC*), члан 20 одговара члану 1 Додатног протокола, а став 3 поменутог протокола је у Додатку на *RESC*, односно додатку уз члан 20.³³

И у Европској повељи о регионалним или мањинским језицима, као и у Конвенцији о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, су изражене одредбе о позитивној акцији односно „позитивним мјерама“³⁴; уређује се могућност усвајања посебних мјера у циљу промовисања равноправности, односно посебних мјера које су „неопходне за спречавање и заштиту жена од родно заснованог насиља“³⁵

Поред наведених постоје и акти *ratione personae*, који се односе на заштиту појединих категорија, утврђујући и могућност увођења посебних мјера у циљу постизања *de facto* једнакости. Тако, на примјер, у Оквирној

³⁰ Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4.11.2000. European Treaty Series, No. 177, ст. 16 и 18.

³¹ Additional Protocol to the European Social Charter, 5.V.1988. European Treaty Series, No. 128, члан 1, ст. 3.

³² European Committee of Social Rights, *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights* (Strasbourg: Council of Europe, 2008), 221.

³³ European Social Charter (Revised), Appendix, 3.V.1996, European Treaty Series - No. 163.

³⁴ European Charter for Regional or Minority Languages *ECRML*, European Treaty Series - No. 148, члан 7, став 2

³⁵ Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, European Treaty Series - No. 211, члан 4, став. 5.

конвенцији о заштити националних мањина се предвиђа обавеза држава страна да усвоје *адекватне мјере* у циљу остваривања пуне и ефективне једнакости припадника националних мањина у односу на припаднике већине³⁶, под условом да се тиме не угрожавају права других односно не врши (обрнута) дискриминација.³⁷

3.2. Европска унија

Правни режим позитивне акције у праву Европске уније (ЕУ) се најприје развио у контексту једнаког третмана мушкараца и жена у запошљавању. У оснивачким уговорима, Уговор из Рима (1957), у члану 119. се одређује да ће свака држава чланица обезбиједити примјену принципа једнаке плате за мушке и женске раднике за једнак рад или рад једнаке вриједности. У Споразуму о социјалној политици уз Уговор из Мастрихта (1992) јасно је наглашено да принцип једнаке плате за једнак рад „неће спречити ниједну државу чланицу да задржи или усвоји мјере које предвиђају специфичне предности како би се женама олакшало да остваре професионалне активности или да спријече или надокнаде недостатке у њиховој професионалној каријери.“³⁸ Касније је овај став прилагођен и унесен у сам Уговор (Уговор из Амстердама, 1997. год.), када члан 119 постаје члан 141, допуњен са два става који га проширују на родну равноправност у радном животу (која између осталог укључује и једнаку зараду за једнак рад), те утврђује могућност држава чланица да задрже или усвоје *мјере које предвиђају посебне предности* како би олакшале *недовољно заступљеним полу* да се баве професионалном активношћу или спријечиле или надокнадиле неповољан положај у њиховој професионалној каријери, а у циљу осигуравања *пуне једнакости у пракси* између мушкараца и жена у радном животу (став 4).³⁹

Што се тиче секундарних извора, Директива 76/207/ЕЕЗ представља полазну тачку, јер предвиђа позитивну акцију, односно одређује да се „не доводе у питање мјере за промовисање једнаких могућности за мушкарце и жене, посебно уклањање постојећих неједнакости које утичу на могућности жена у погледу приступа запошљавању, укључујући напредовање,

³⁶ Framework Convention for the Protection of National Minorities, 1.II.1995, European Treaty Series - No. 157., члан 4.

³⁷ Explanatory Report to the Framework Convention for the Protection of National Minorities, European Treaty 1.II.1995, Series - No. 157: 6.

³⁸ Agreement on social policy concluded between the Member States of the European Community with the exception of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Official Journal C 191 , 29/07/1992, члан 6.

³⁹ Сада члан 157. Уговора о функционисању Европске уније.

стручној обуци и у погледу услова рада.“⁴⁰ Ова одредба илуструје инхерентну напетост између забране дискриминације у ЕУ и ставова држава чланица о томе како најбоље постићи једнак третман у пракси. На самом почетку, прво питање које се поставило је питање компатибилности националних иницијатива које укључују позитивну акцију са принципом једнаког третмана у ЕУ.⁴¹

У приједлогу ове директиве, у самој дефиницији принципа једнаког поступања стајало је да једнако поступање подразумијева и „предузимање одговарајућих мјера како би се женама пружице једнаке могућности у запошљавању, стручном оспособљавању и напредовању и условима рада.“⁴² Након расправе израз „одговарајуће мјере“ је изостављен, као нејасан и непрецизан. Тиме је уклоњено свако охрабрење за позитивну акцију, а тек накнадно је унесен став који дозвољава такве мјере. Међутим, као компензација, у дефиницију је уведен концепт посредне дискриминације, иако у прилично двосмисленој форми.⁴³

Упркос измјенама у Уговорима (прелазак са принципа једнаког плаћања на равноправност полова у сфери рада; са усмјерења претежно на жене на усмјерење ка недовољно заступљеном полу те постављања циља постизања пуне једнакости у пракси), Директива је остала непромијењена све до 2002. године, када је члан којим се уређује једнако поступање допуњен, између осталог, са одредбом која се директно позива на члан 141 Уговора. Такав концепт је задржан и у Директиви 2006/54/ЕЗ.⁴⁴

⁴⁰ 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, Official Journal of the European Union, L039, Члан 2 (4)

⁴¹ Elise Muir, *EU equality law: the first fundamental rights policy of the EU*, First edition, Oxford studies in European law (Oxford: Oxford University Press, 2018), 91.; Савјет ЕЗ је усвојио прво Резолуцију па потом и Препоруку о позитивној акцији, гдје позива државе чланице на предузимање мјера позитивне акције, али дајући оквир у коме се требају кретати. Анализирајући поменуте инструменте, може се констатовати да не предвиђају преференцијални третман. Онако како је изражена, Препорука одређује позитивну акцију као допринос спровођењу принципа једнаког поступања између мушкараца и жена.

⁴² Commission of the European Communities, Communication of the Commission to the Council, *Access to employment, to vocational training, to promotion, and as regards working conditions*, COM(75)36 final.

⁴³ Catherine Hoskyns, *Integrating Gender: Women, Law and Politics in the European Union*, (London: Verso, 1996), 104.

⁴⁴ 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), Official Journal of the European Union, L 204/23, став 22 Преамбуле и члан 3. Ова директива је објединила предмет регулисања више директива и исте ставила ван снаге (Директиве 75/117/ЕЕЗ, 76/207/ЕЕЗ, 2002/73/ЕЗ, 86/378/ЕЕЗ, 96/97/ЕЗ, 97/80/ЕЗ и 98/52/ЕЗ).

Поред наведеног и Повеља Европске уније о основним правима⁴⁵ дозвољава усвајање мјера којима се обезбјеђују одређене предности у корист мање заступљеног пола.⁴⁶

Анализирајући правне изворе ЕУ, може се извести закључак да су државе чланице слободне да утврде мјере позитивне акције, јер их ни један извор не обавезује на то, као и да самостално утврде врсту и обим мјера које би се уклопиле у, иначе доста уопштену, дефиницију позитивне акције. Одређени стандарди (промовисање једнаких могућности, уклањање постојећих неједнакости, посљедице претходне дискриминације, специфичне предности) могу послужити као узор гдје су границе између законитог и незаконитог различитог поступања (позитивна акција наспрам дискриминације). Пред Судом правде ЕУ је да кроз судску праксу попуни постојеће празнине, иако се чини да није досљедан став у погледу тога које мјере се могу сматрати допуштеним у контексту позитивне акције у зависности од заштићених основа.

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Идеја о позитивној акцији настала је као реакција на дубоко укоријењене облике дискриминације и као потреба да се обезбиједи *de facto* једнакост за друштвене групе у неповољном положају. Иако је концепт нашироко прихваћен на међународном нивоу, његова универзална примјена отежана је због недовољно прецизне дефиниције и различитих интерпретација у правним, културним и социо-економским контекстима.

Анализом релевантних међународних аката може се извести закључак да позитивна акција представља важан коректив принципу забране дискриминације, али је њена примјена често ограничена опрезним приступом држава у креирању позитивних мјера, управо као посљедица недовољно прецизног одређивања концепта. Наиме, на међународном нивоу, приликом уређивања позитивне акције тежиште је на циљу (постизање *de facto* једнакости; остваривање пуне једнакости; пуно остваривање права) и одређивању привременог карактера тих мјера (док се не оствари циљ), без одређивања облика тих мјера (промоција, охрабривање, давање предности

⁴⁵ Charter of Fundamental Rights of the European Union, *Official Journal of the European Communities* 2000/C 364/01, члан 23, став 2.

⁴⁶ Осим наведених извора, постоје и инструменти *ratione personae* и *ratione materiae* којима се на сличан начин предвиђа могућност усвајања мјера позитивне акције, међутим нису предмет овог рада из разлога што се не везују за рад и запошљавање. Тако на примјер, Директива 2004/113/ЕЗ о примјени принципа једнаког третмана између мушкараца и жена у приступу и набавци робе и услуга, члан 6; Директива 2000/43 о примјени принципа једнаког поступања према лицима без обзира на њихово расно или етничко поријекло, члан 5 и друге.

или преференцијални третман припадницима недовољно заступљене групе). Са друге стране, нешто конкретнији приступ је примјетан у европском праву, гдје се концепт позитивне акције развијао у контексту једнакости полова, а потом и у односу на друге друштвене групе које су у неповољном положају (етничке мањине или лица са инвалидитетом). Тако, у дефинисању позитивне акције се уводи и манифестациони облик позитивних мјера: *давање предности*.

У самом почетку је као основни разлог и аргумент за предузимање позитивне акције била дубоко укоријењена дискриминација одређених друштвених група и посљедице (претходне) дискриминације. То је утицало и на одређивање круга корисника⁴⁷ позитивних мјера, на примјер афроамериканца у САД. Међутим, круг бенефицијара је проширен и на припаднике, на примјер, етничких мањина који су били у неповољнијем положају у односу на већину, због припадности тим друштвеним групама. Чињеница је да се и та лица налазе у неповољнијем положају и да су изложени дискриминационој пракси, те је прихваћен стандард да није потребно доказивати „историјску” дискриминацију да би се потврдио програм посебних мјера већ да акценат треба ставити на исправљање постојећих диспаритета и на спрјечавање настанка даљих неравнотежа.⁴⁸

Мјере позитивне/афирмативне акције је потребно разликовати од других мјера које у основи, такође, имају одређено различито поступање (обавеза разумног прилагођавања или посебна жена у вези са материнством). Разлика се, између осталог, огледа у привременом карактеру мјера позитивне акције, за разлику од других које су, у правилу, трајне природе. Тако, одредница привремености се и посебно истиче у међународним актима; посебне (привремене) мјере се могу предузимати само док се не постигне циљ због којег су и предузете. За разлику од тога, у европском праву привремени карактер мјера позитивне акције се претпоставља али се не истиче. Штавише, како се наводи, неки облици искључености и недостатака су толико укоријењени да само дугорочне позитивне акционе шеме могу помоћи да се исправе дате посљедице.⁴⁹ Кроз судску праксу се као

⁴⁷ Бенефицијари мјера позитивне акције су традиционално припадници расних и етничких мањина, жене и лица са инвалидитетом, али је за очекивати проширивање круга корисника и на друге друштвене групе које су изложене савременим облицима дискриминације или структурних неповољности. С тим у вези погледати резолуције усвојене под окриљем УН, а које су донијели Савјет за људска права и Генерална скупштина и које се експлицитно односе на сексуалну оријентацију, родни идентитет и полне карактеристике, A/HRC/RES/55/14; A/HRC/RES/50/10; A/HRC/RES/41/18 и друге.

⁴⁸ Види на примјер: Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *General recommendation No. 32, The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of All Forms Racial Discrimination*, CERD/C/GC/32, 2009, 6.

⁴⁹ Mark Bell, Lisa Waddington, „Exploring the Boundaries of Positive Action under EU Law: A Search for Conceptual Clarity“, *Common Market Law Review* 48, изд. 5 (01. Октобар 2011.): 1511.

критеријум за оцјену допуштености искристалисао принцип пропорционалности, као примарни, а који подразумијева захтјев да мјере којима се дају одређене предности морају остати у границама онога што је прикладно и неопходно да би се постигао циљ који се има у виду.

Мјере позитивне акције у својој основи имају различито поступање предузето у циљу изједначавања могућности лица која су у неповољном положају. Та одредница позитивне акције изазива, заправо, највише контроверзи. Тако су се издвојиле различите врсте мјера које се могу (или не могу) подвести под тај заједнички именитељ: промоција једнаких могућности, охрабривање припадника одређених друштвених група да учествују у расподјели друштвених добара, организовање посебних програма обуке и усавршавања како би били конкурентни на тржишту рада, уважавања одређених специфичних околности при одређивању услова за остваривање одређених права, давање предности и преференцијални третман и, најригиднији облик, одређивање квота. Управо, због уопштене дефиниције позитивне акције, били су различити покушаји држава да креирају различите мјере позитивне акције како би испуниле дате захтјеве. Конкретне мјере су биле предмет оцјене допуштености од стране различитих органа и тијела надлежних за контролу примјене и надзор над примјеном тих докумената и аката, што је утицало на слабљење (позитивне) аргументације позитивне акције. Томе говори у прилог да, од првобитно смјелих рјешења у националним оквирима одређивањем преференцијалног третмана или увођењем квота, државе чланице усмјеравају своје активности на том пољу ка тзв. „soft measures“, избјегавајући или свodeћи на најмању мјеру мјере које укључују преференцијални третман. Кроз праксу Европског суда правде (Суда правде ЕУ) одређене су границе позитивне акције: циљ мјера бити транспарентан и легитиман; усвојене мјере треба да буду у довољној мјери повезане са постизањем тих циљева и да се циљеви не могу постићи усвајањем других метода које биле мање значајан изазов принципу забране дискриминације; давање предности може бити оправдано само ако није у питању давање апсолутне и безусловне предности.⁵⁰ У супротном, мјере позитивне акције воде ка другој дискриминацији – дискриминацији већине у односу на мањину.

На основу свега изложеног, можемо закључити да позитивна акција представља скуп привремених корективних мјера које државе предузимају у циљу постизања *de facto* једнакости за друштвене групе које су у непо-

⁵⁰ Види пресуде у предметима: C-450/93, *Eckhard Kalanke* против *Freie Hansestadt Bremen*, ECLI:EU:C:1995:322, C-409/95, *Hellmut Marschall* против *Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:1997:533, C-407/98, *Katarina Abrahamsson and Leif Anderson* против *Elisabet Fogelqvist*, ECLI:EU:C:2000:367 и друге.

вољном положају због историјске или текуће дискриминације, или због других социјално-економских разлога. Ове мјере укључују промоцију једнаких могућности, охрабривање учешћа мањинских група, организовање посебних програма, као и давање предности или преференцијални третман, при чему се посебно води рачуна о пропорционалности, адекватности и привремености тих мјера.

Будућа истраживања могла би се усмјерити на емпиријску анализу ефеката различитих облика позитивне акције, укључујући упоредне студије међу државама, као и на испитивање дугорочних резултата примјене тзв. „soft measures“ у односу на ригидније облике, као што су квоте. Истовремено, треба тежити бољем разумијевању друштвених, културних и економских фактора који утичу на примјену и ефикасност овог концепта у различитим срединама.

У закључку, позитивна акција, иако сложен и контроверзан концепт, остаје неопходан инструмент за постизање стварне једнакости. Њена будућност зависи од способности држава и међународних институција да балансирају између потребе за праведним приступом и ризика од нових облика дискриминације.

ЛИТЕРАТУРА

1. Additional Protocol to the European Social Charter, 5.V.1988. European Treaty Series, No. 128
2. Agreement on social policy concluded between the Member States of the European Community with the exception of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Official Journal C 191 , 29/07/1992
3. Bell, Mark, Lisa Waddington. „Exploring the Boundaries of Positive Action under EU Law: A Search for Conceptual Clarity“. *Common Market Law Review* 48, изд. 5 (01. Октобар 2011.): 1503–26.
4. Bossuyt, Special Rapporteur, Marc. „Prevention of Discrimination: The Concept and Practice of Affirmative Action“. E/CN.4/Sub.2/2002/21. final report, in accordance with UN Sub-Commission Resolution 1998/5, 17. Јуни 2002.
5. Charter of Fundamental Rights of the European Union, *Official Journal of the European Communities* 2000/C 364/01
6. Clifford, Jarlath. „Equality“. У *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, уредио Dinah Shelton, 420–45. Oxford University Press, 2013.
7. Commission of the European Communities, Communication of the Commission to the Council, *Access to employment , to vocational training , to promotion , and as regards working conditions*, COM(75)36 final

8. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 16: The Equal Right of Men and Women to the Enjoyment of All Economic, Social and Cultural Rights (Art. 3 of the Covenant)*, 11 August 2005.
9. Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, *General Recommendation No. 5: Temporary Special Measures*, 1988.
10. Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *General recommendation No. 32, The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of All Forms Racial Discrimination*, CERD/C/GC/32, 2009
11. Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, European Treaty Series - No. 211
12. De Schutter, Olivier. „Positive Action“. у *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, уредио Lisa Waddington, Dagmar Schiek, и Mark Bell, 757–870. Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe. Oxford: Hart Publishing, 2007.
13. 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), Official Journal of the European Union, L 204/23
14. 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, Official Journal of the European Union, L039.
15. Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111)
16. European Charter for Regional or Minority Languages *ECRML*, European Treaty Series - No. 148,
17. European Committee of Social Rights. *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights*. Strasbourg: Council of Europe, 2008.
18. European Convention on Human Rights, 4.11.1950, European Treaty Series, No. 5.
19. European Social Charter (Revised), Appendix, 3.V.1996, European Treaty Series - No. 163.
20. Explanatory Report to the Framework Convention for the Protection of National Minorities, European Treaty 1.II.1995, Series - No. 157:
21. Explanatory Report to the Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4.11.2000. European Treaty Series, No. 177,
22. Framework Convention for the Protection of National Minorities, 1.II.1995, European Treaty Series - No. 157
23. Fredman, S. *Discrimination Law*. Clarendon law series. Oxford University Press, 2011.
24. Fredman, Sandra. „Substantive equality revisited“. *International Journal of Constitutional Law* 14, изд. 3 (01. Јули 2016.): 712–38.

25. Гверо, Санда. „Остваривање равноправности путем посебних мјера у радном праву - домаће и упоредно право“. *Зборник радова са Међународног научног скупа „Изазови и перспективе развоја правних система у XXI вијеку”* 1, изд. 4 (2024.): 433–59.
26. Hoskyns, Catherine. *Integrating Gender: Women, Law and Politics in the European Union*. 1. publ. London: Verso, 1996.
27. Human Rights Committee, *General Comment No. 18: Non-discrimination*, 10 November 1989.
28. Human Rights Committee, *General Comment No. 4: Article 3 (Equal Right of Men and Women to the Enjoyment of All Civil and Political Rights)*, 30 July 1981.
29. ILO, Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Achieving gender equality at work, ILC111/III(B), 2023
30. *International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights*,
31. *International Covenant on Civil and Political Rights*,
32. International Labour Conference. *Time for equality at work*. 91th session, Report I (Part B). Geneva: Global Report under the Follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, 2003.
33. Јовановић, Предраг. „Начело једнакости у радном праву“. *Зборник радова Правног Факултета у Новом Саду* 52, изд. 1 (2018.): 17–39.
34. Kennedy, Randall. „Reconsidering *Palmer v Thompson*“. *The Supreme Court Review* 2018 (Мај 2019.): 179–212.
35. Ковачевић, Љубинка. „Члан 2: Природа обавеза, забрана дискриминације и положај странаца“. у *Приручник за примену Међународног пакта о економским, социјалним и другим правима*, уредио Марио Рељановић, et al. Београд: Министарство за људска и мањинска права и друштвени дијалог, 2023.
36. Ковачевић, Љубинка. *Заснивање радног односа*. Правни факултет Универзитета у Београду, 2021.
37. Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights *U.N. Doc. E/CN.4/1987/17*
38. Muir, Elise. *EU equality law: the first fundamental rights policy of the EU*. First edition. Oxford studies in European law. Oxford: Oxford University Press, 2018.
39. Protocol 12 to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, 4.11.2000. European Treaty Series, No. 177
40. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Giving globalization a human face, ILC.101/III/1B, 2012
41. Thornberry, Patrick. *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: a commentary*. First edition. Oxford commentaries on international law. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2016.
42. Wentholt, Klaartje. „Formal and substantive equal treatment: International Conference on Comparative Non-Discrimination Law“. Уредио Т. Loenen и P.R. Rodrigues. *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, 1999., 53–64.

POSITIVE ACTION IN INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW: CONCEPTUAL FRAMEWORK AND CHALLENGES

Sanda Gvero, MA⁵¹

Faculty of Law, University of Banja Luka

Abstract: *Equality is one of the fundamental values of contemporary society, but its realization often requires action beyond the formal concept. This paper explores the conceptual framework of positive action in international law, with a particular focus on the difficulties and challenges in defining this concept. By analyzing international and European legal instruments, the paper identifies the essential determinants of positive action, including its temporary character, objectives (achieving full equality) and forms, from the promotion of equal opportunities to preferential treatment, while highlighting the challenges in determining the content and scope of these elements due to different legal, cultural and social contexts, as well as possible future directions for the development of this concept.*

Key words: *equality, positive action, international law, interim measures, prohibition of discrimination, equal opportunities.*

⁵¹ Senior Assistant, e-mail: sanda.gvero@pf.unibl.org