

УТВЪРДИТЕЛНИ ДЕЙСТВИЯ В ПОЛЗА НА ЖЕНИТЕ В СФЕРАТА НА ТРУДОВАТА ЗАЕТОСТ: ВРЕМЕ ЛИ Е ЗА ПРИРАВНЯВАНЕ КЪМ ЕВРОПА?*

Норийн Бъроуз и Мюриел Робосън

Предмет на тази статия са някои от начините за концептуализиране на мерките при утвърдителните действия във връзка с половата дискриминация в контекста на правото на Европейската общност (ЕО) и на Великобритания.¹ Разглеждат се съществуващите клаузи и се прави опит за концептуализация и предложения за разширяване на британското законодателство, така че то да се приравни към европейските достижения. Тези две правни процедури са неразделно свързани, тъй като британското законодателство не може да излиза от границите на позволеното от гледна точка на законодателството на ЕО. В същото време Обединеното кралство като държава членка на Европейския съюз е задължено да въведе европейското законодателство и наскоро е издало закон за въвеждането на утвърдителни действия и мерки в областта на религията, вероизповеданията и сексуалната ориентация.²

Водят се спорове относно това, дали подходът на законодателството на ЕО, засягащо половата дискриминация в областта на заетостта и свързаните с това въпроси, е толкова строго симетричен, колкото клаузите на Закона против половата дискри-

* *Гледищата, изразени в тази статия, принадлежат на авторите. Те не представят позицията на Комисията за равни възможности.*

¹ Поради значителните разлики не разглеждаме дискриминационното право така, както то се прилага в Северна Ирландия.

² Правила за равенство в областта на заетостта (религия и вяръвания), S.I. 2003 No. 1660; Правила за равенство в областта на заетостта (сексуална ориентация), S.I. 2003 No. 1661.

минация (ЗПД).³ Симетричен или формален подход е този, който цели да премахне дискриминацията срещу жените и се определя в правната терминология като равноправно третиране на мъжете и жените.⁴ С ограничен брой изключения ЗПД има за цел да премахне дискриминацията както по отношение на жените, така и по отношение на мъжете, въпреки че широко разпространено е схващането, че, що се отнася до пазара на труда, жените са много по-ощетени от мъжете. За разлика от това, Директивата за равнопоставено отношение (ДРО), приемайки главното значение на принципа за равнопоставено отношение, признава нуждата от мерки, които да постигнат реална равнопоставеност.⁵ По-новото европейско законодателство, под формата на изменената договорна клауза в член 141(4)ДЕО и генерална рамкова директива, се приближава още повече към реална и трайна равнопоставеност и е по-снизходително по отношение на даваната на държавите членки свобода да използват утвърдителни действия и мерки.⁶ По този начин към настоящия момент съществува едно разминаване в британското законодателство както между британските и европейските подходи към утвърдителните действия, така и между клаузите на ЗПД (а и на Закона за расови отношения (ЗРО)) и наскоро представените Разпоредби относно сексуалната ориентация и религиите и вярванията, които отразяват в по-голяма степен европейския подход към момента. Опитваме се да докажем, че преразглеждането на Закона против дискриминаци-

³ Макколган, А. *Закон за дискриминацията; Текст, казуси и материали*. 2005.

⁴ И двата термина носят смисъл на равенство пред закона, независимо от контекста, в който действа Законът против дискриминацията.

⁵ Директива 76/207/ЕС от 9 февруари 1976 г. за приложението на принципа за равнопоставено отношение към мъжете и жените относно достъпа до трудовия пазар, професионалното обучение и насърчаване и условията на труд, OJ/9 February 1976/L39/40.

⁶ Член 141(4) ДЕО и Директива 2000/78 от 27 ноември 2000 г., установяваща генерална рамка за равнопоставено отношение в трудовата заетост, OJ/27 ноември 2000/L303/16. Според член 7 от Директивата „с оглед на осигуряването на действителна равнопоставеност, принципът на равнопоставено отношение не следва да пречи на която и да е страна членка да поддържа или приема особени мерки за предотвратяване или компенсация за всички вреди, свързани с някое от становищата”, засегнати в Директивата.

ята, предприето от правителството, за създаването на по-ясна и сполучливо интегрирана законодателна рамка, дава възможност за преосмисляне на тази област от закона и за последователност на подхода.⁷ В частност ние привеждаме доводи в доказателство на това, че законодателството на ЕО осигурява вникването в евентуална законодателна реформа.

Поради факта, че съвсем доскоро европейското право в областта на половата дискриминация беше фокусирано изключително върху въпроси на заетостта, акцентът на тази статия ще бъде поставен на трудовото право. Концентрираме се и върху „твърдите“ законови мерки. Стремим се да покажем, че британското законодателство би могло да бъде изменено радикално и все пак да остане в съответствие с правото на ЕО и че това е за предпочитане.

ПОНЯТИЯ ЗА РАВЕНСТВО И УТВЪРДИТЕЛНИ ДЕЙСТВИЯ

Подобни промени най-вероятно ще са спорни и следователно е важно да има ясно определени основни принципи, за да могат да бъдат обяснени евентуалните законодателни промени. Ясните ръководни принципи също така правят по-лесно за работодателите да разберат собствената си свобода на действие, а съдилищата – да вземат решения при трудни дела.

В съответствие с анализа на Маккрудън на видовете утвърдителни действия ние разграничаваме три вида мерки, които могат да бъдат използвани в контекста на преработване на трудовото законодателство.⁸ Първият тип, т.нар. „целенасочено събирателни политики“, са онези, които очевидно са неутрални, но които биха облагодетелствали жените повече отколкото мъжете и които биха могли да бъдат тълкувани като непряка дискриминация срещу мъжете, ако не съществуваше фактът, че те са насочени срещу неизгодно положение и следователно са основателни. Пример за това би могла да бъде клаузата за родителския отпуск. Вторият вид са мерки, насочени към

⁷ Виж <<http://www.e-government.cabinet-office.gov.uk/about/>>.

⁸ С. McCrudden, цитиран в McColgen, op. cit., n. 3, p. 131.

нуждаещите се и включващи насърчаване за кандидатстване за определени работни места или специално обучение за въвеждане на по-слабо представения пол в определен сектор или категория на трудовата заетост.⁹ Третата категория е привилегировано отношение, което може да покрива широка гама гъвкави и твърди квоти, цели, тайбрек-правила или други форми на привилегии в зависимост от принадлежността към единия пол. Правото на ЕО предвижда възможността за широки привилегировани мерки при положение, че ЗПД третира като противозаконни повечето форми на привилегировано отношение. Това се получава поради факта, че европейското и британското право се основават на различни понятия за равенство.

Три концепции за равенство се предлагат като възможни рамки на Закон против половата дискриминация. Първият модел се базира на принципа за равноправно отношение, според който не трябва да съществува никаква дискриминация въз основа на половия признак. Както заявява Фредман, принципът за равноправно отношение е израз на формално равенство, основан на предположението, че законът следва да бъде полово неутрален. Той се базира на индивидуалистично понятие, което пренебрегва кумулативните недостатъци на групата, в която се намира индивидът.¹⁰ Заради симетричната природа на принципа на равноправното отношение, мерки като привилегированото отношение в полза извън групата се считат за пряка дискриминация и следователно се изключват.

Вторият модел се основава на принципа на равните възможности, който достига отвъд принципа на равноправното отношение, но все още остава в рамките на официалната парадигма за равенството:

Равенството на възможностите признава неизгодното положение на жените в исторически и в структурен план, що се отнася до сферата на заетостта, и цели да доведе до равен старт.¹¹

⁹ Виж по-нататък.

¹⁰ Fredman, S. *Закон против дискриминацията*. 2002. с. 126.

¹¹ Hervey, T. *Законодателството на ЕО по отношение на оправданията за полова дискриминация в професионалния живот*. – В: *Collective Bargaining, Discrimination, Social Security and European Integration*, [ed. R. Blanpian], 2003, p. 104.

Мерки, които иначе биха нарушили принципа за равноправно отношение, могат да бъдат одобрени при положение, че те са създадени да премахват бариери „които съответно са в ущърб на външната група“.¹² Това е равенство на възможностите в индивидуален смисъл. Тази концепция приема, че мерките, които премахват бариери срещу участието, не са насочени срещу принципа на равенство, тъй като такива бариери са присъща пречка за жените, а не за мъжете, които участват на пазара на труда. Такива мерки, насочени към нуждаещите се, които поставят жените и мъжете на еднаква изходна позиция при селекцията за назначаване на работа, повишаване, образование или други ползи, не се приемат като нарушаващи принципа на равнопоставеност. За такива не се приемат и мерки, които насърчават жените да кандидатстват за длъжности или повишения в условията на един полово разделен пазар, тъй като те не оказват влияние върху шансовете на кандидатите от мъжки пол. По подобен начин на полово неутралните, но „целенасочено събирателни политики“ се гледа като на основателни и законни.¹³ И все пак принципът на равноправните възможности може да има само един ограничен успех при постигането на равенство. Както твърди Фредман, премахването на бариерите за участие не означава гарантиран задължителен напредък на отделните индивиди. Тя цитира примера за премахване на устните назначения (полово неутрална, но целенасочено събирателна мярка за много високи професионални длъжности) за отваряне на възможности и се стреми да докаже следното:

Това обаче не гарантира, че повече членове от групата в неизгодно положение всъщност ще бъдат в положение да се възползват от тези възможности. Те могат да не притежават съответната квалификация или да бъдат възпрепятствани от други социални фактори като например задължения, свързани с гледането на деца.¹⁴

¹² Fredman, S. *Бъдещето на равенството във Великобритания*. 2002, б.

¹³ Терминът е на Маккрудън, *op. cit.*, п. 9.

¹⁴ Fredman, S. *Op. cit.*, п. 13, с. 6.

Третият модел се основава на концепцията за по-скоро действително, отколкото формално равенство. Реалното равенство изисква от закона да се насочи към положенията в ущърб на жените. Следователно се припокрива с равенство на резултатите/последичите. Реалното равенство се обръща към закона, който да осигури пълна равнопоставеност на практика и да се погрижи за ощетените групи повече, отколкото за облагодетелстваните. Равенството на резултатите се фокусира върху неблагоприятното положение, срещу което се изправят членове на външните групи, и след това се опитва да изправи нередностите. Това може да е чрез налагане на неблагоприятно положение на индивиди с предимства, като например изключване от списъка за публикуване, или като се облагодетелстват индивиди в неблагоприятно положение в отговор на минала дискриминация срещу тях. Всички форми на утвърдителни мерки, включително и преференциални мерки, са допустими, ако недостатъците, срещу които се изправя една външна група, са достатъчно сериозни. Законовите положения, които дават предимства на жените на трудовия пазар, няма да бъдат считани за нарушаващи принципа на равенство, ако те имат за цел да послужат като компенсация за дискриминационните предимства в полза на мъжете. Мерките могат също да компенсират за минали неблагоприятни положения и недостатъци. Този подход лежи в основата на това, което Фредман описва като предназначение на законите за равенство, което да отстрани слабостите и грешките, и произтича от положителното задължение да се постигне равенство. За да обясни тази позиция, тя цитира канадския Върховен съд, който заявява:

Принципът на равенството не се счита за нарушен, когато дадена мярка има амелиоративно предназначение, дори ако изключва повече облагодетелствани лица, в случай, че изключването съответства на по-голяма нужда или различни обстоятелства за групата в неизгодно положение, която се цели от закона.¹⁵

Положителното задължение да бъде постигнато равенство докарва мерките за отстраняване на слабости и грешки извън

¹⁵ Ibid., p. 12.

обсега на принципа за равнопранно отношение. Изправителните мерки не са дискриминационни, защото индивидите не са разположени по подобен начин. Следователно утвърдителните действия като мерки, които имат за цел да постигнат равенство на резултатите, не бива да бъдат разглеждани като изключения от принципа за равнопранно отношение, а като алтернативен механизъм за постигане на принципа на равенство. При положение, че такива мерки са насочени срещу недостатъци и слабости и са разработени по подходящ начин, то те са в услуга на принципа за равенство. В този случай без съмнение, колкото по-крайни са мерките за утвърдителни действия, толкова по-важно е да бъдат обосновани. Мерки, които могат да изглеждат като пряка дискриминация, не следва да бъдат анализирани от гледна точка на принципа за равнопранно отношение, а в по-широк смисъл от гледна точка на принципа на равенството. Следователно няма съмнение за обосноваването на дадена клауза или постановление, които изглеждат като явна пряка дискриминация.¹⁶

В следващия раздел ние се опитваме да докажем, че правото на ЕО разработва едно по-обхватно тълкувание на принципа на равенство в неговото приложение при половата дискриминация. Не отиваме толкова далеч, че да се съгласим със Саргент относно това, че член 141(4) „сега включва принципа на положителната дискриминация“,¹⁷ но твърдим, че той включва различен подход към утвърдителните действия, който е разработен като средство за справяне с неизгодното положение и позволяване по-широката употреба на мерки, които са с изправителен характер.

УТВЪРДИТЕЛНИ ДЕЙСТВИЯ В ЗАКОНОДАТЕЛСТВОТО НА ЕС

1. Директива за равнопранно отношение

Директивата за равнопранно отношение (ДРО) е класически пример на законодателство, обхванато в рамката на принципа за равнопранно отношение, което признава съществуването на

¹⁶ За разлика например от изборните кандидатури: виж McHarg, A. *Квоти за жените! Половата дискриминация (изборни кандидати) Закон 2002.*

¹⁷ Sargeant, M. (ed.), *Закон за дискриминацията*. 2004, с. 39.

бариири за участието на жените на пазара на труда и нуждата от мерки, които да премахнат тези бариири. Според член 1(1), целта на директивата е да приведе в действие принципа на равнопратно отношение към мъжете и жените, и се балансира от член 2(4), според който директивата „следва да бъде без разлика относно мерките за насърчаване и популяризиране на равни възможности за мъжете и жените, в частност чрез премахване на съществуващите неравенства, които оказват влияние върху възможностите на жените“.

Европейският съд тълкува този баланс между член 1(1) и член 2(4) шест пъти през последното десетилетие.¹⁸ Първоначално се оказва, че съдът в *Каланке* е склонен да тълкува член 2(4) единствено в ограничителен смисъл. Съдът приема член 2(4) по-скоро като изключение от принципа за равнопратно отношение. По този начин Съдът подчертава, че член 2(4) не може да узакони утвърдителни действия като мерки, водещи до равенство на резултатите, тъй като този член е разработен специално, за да „позволи мерки, които, въпреки че изглеждат дискриминационни, всъщност имат за цел да премахнат или намалят действителните примери за неравенство, които съществуват в реалния обществен живот“.¹⁹ Такова правило, което дава абсолютно и безспорно предимство на жените, според Съда отива отвъд насърчаването и популяризирането на равните възможности и „заменя равенството на възможностите с равенство на резултатите“. Все пак в *Маршал* Съдът счита, че член 2(4) узаконява и позволява „национални мерки, които дават особено предимство на жените с оглед на подобряване на тяхната способност да се конкурират на пазара на труда и преследват кариера наравно с мъжете“. Съдът признава, че

¹⁸ Дело С-450/93, *Каланке срещу Фрайе Хансецадт Бремен* [1995] ECR I-3051; Дело С-409/95, *Маршал срещу Ланд Нордрайн-Вестфален* [1997] ECR I-6363; Дело С-158/97, *Бадек срещу Хесихер Министерпрезидент* [2000] ECR I-1875; Дело С-407/98, *Ейбрахамсън и Андерсън срещу Фогелквист* [2000] ECR I-5539; Дело С-476/99, *Ломерс срещу Министър ван Ландбоув, Натурбеер ен Фисери* [2002] ECR I-2891; Дело С-319/03, *Брие срещу Министър на вътрешните работи, Министър на образованието и Министър на правосъдието*, все още е докладвано в ECR.

¹⁹ *Каланке*, *Ibid.*, para. 18.

има тенденция мъжете да получават повишение по-често, отколкото жените, и че това може да бъде резултат от предрасъдъци и стереотипи. Съдът поддържа позицията, че „самият факт, че кандидат от мъжки и кандидат от женски пол са с равна квалификация не означава, че те имат еднакви шансове”. Такова правило, което дава привилегии на жените, би могло да попадне в рамките на член 2(4). И все пак, поради това, че член 2(4) е накърняване на основно право, такова правило не може да даде безусловно и абсолютно предимство на жените. В последващите дела Съдът показва склонност да търси подходящия баланс между членове 1 и 2 от директивата.

Като използваме типологията на мерките за утвърдителни действия, предложена от Маккрудън, имаме възможността да анализираме съдебната практика, за да датираме и определим с известна степен на сигурност набора от мерки, които понастоящем са разрешени от законодателството на ЕО.

(а) Целенасочено събирателни политики:

(i) Изискване при избора и повишаването за вземане предвид на опита в гледането на деца и придаване на по-малко значение на трудовия стаж, възрастта и датата на последното повишение, освен ако те не са били важни за оценка на степента на съответствие, способностите и качествата на кандидата (*Бадек*);

(ii) Изискване за придаване на по-малко значение на семейното положение или доход на партньора при вземането на решения за избор (*Бадек*);

(iii) Клауза, забраняваща работа на непълен работен ден или отлагане или забавяне на завършването на обучение поради домашни задължения, които имат отрицателно влияние при оценката на работата (*Бадек*);

(iv) Схема, по която отпуснатите щатни места за детски учители са запазени за служителите от женски пол, а в изключителни случаи и за мъже (*Ломерс*).

(б) Мерки, насочени към нуждаещите се:

(i) Изискване към обществените служби да предоставят двугодишен план за развитие, който задава задължителни пла-

нирани резултати относно квотата на жените при назначенията и повишенията в случаите, когато жените са по-слабо представени. При несъответствие с планираните резултати – забрана за назначение и повишения на представители от мъжки пол без одобрение (*Бадек*);

(ii) Пропорционална квота, осигуряваща минимален процент на жените, заемащи академични длъжности, който е най-малкото равен на процента жени, завършващи университети, притежателите на образователно-квалификационни степени и студенти във всяка дисциплина (*Бадек*);

(iii) Препоръка за това половината места в представителните органи на служителите, както и в административните и помощните органи да бъдат запазени за жени (*Бадек*);

(в) *Привилегировано отношение:*

(i) Тайбрек правило, даващо предимство на жените в случаите, когато мъжете и жените са с равна квалификация, като съществува положение, при което един мъж със същата квалификация има възможността да покаже, че дадена причина, която е особена за неговия случай, може да наклони везните в негова полза (*Маршал*);

(ii) Запазване на места за обучение на жени в публичния сектор в случаите, когато те са по-слабо представени в определени класове, за които е предназначено обучението, при положение, че на мъжете е осигурен достъп до алтернативни форми на обучение, например в публичния сектор (*Бадек*);

(iii) Изискване да се интервюират колкото мъже, толкова и жени или всичките кандидати от женски пол за позиция или клас, в които жените са по-слабо представени (*Бадек*);

(iv) Процес на избиране, който дава предимство на жените в случаите, когато мъжете и жените са с равна квалифицирана, но който гарантира, че всичките кандидати са обективно оценявани, като се вземат предвид техното специфично лично положение (*Бадек*).

От друга страна са забранени следните форми на привилегировано отношение:

(i) Тайбрек правило, което дава автоматично предимство на жените в случаите, когато те са по-слабо представени в определен клас (*Каланке*);

(ii) Система на повишения на места за една година на жени на професорски длъжности в случаите, когато те имат достатъчна квалификация, но са по-слабо квалифицирани от мъж, дотолкова, доколкото разликата в квалификациите не е толкова голяма, че да доведе до нарушаване на принципа на обективността (*Ейбрахамсън*);

(iii) Схема, която позволява вдигането на възрастовата граница от 45 години за кандидати за граждански служби, в случаи на вдовици, които не са омъжени повторно и са задължени да работят, но не позволява да бъде вдигана за вдовци в същото положение (*Бриехе*).

От изложеното дотук е видно, че Съдът се противопоставя на схеми за назначения и повишения, които осигуряват автоматичното предпочитане на жените пред мъжете и следователно в случаите, когато изборът се основава изцяло на половата принадлежност и не съществува възможност за оценка на качествата и достойнствата на кандидатите от мъжки пол. В тези случаи съдът се фокусира върху отделната личност, която е засегната от въпросното правило, без да се занимава с неизгодното положение и недостатъци на външната група. Все пак, предвид факта, че в *Каланке* съдът заявява, че член 2(4), като изключение от принципа за равноправно отношение, трябва да бъде тълкуван в тесен смисъл, в *Бриехе*, съдът, като приема тълкуването на мерките за утвърдителни действия в *Ломерс*, представя тест за пропорционалност за определяне обхвата на всяко накръняване на принципа за равноправно отношение. Принципът за пропорционалност изисква следното:

Такива случаи на накръняване не трябва да останат в рамките на допустимото и необходимото, за да се постигне предвидената цел, а принципът на равноправното отношение да бъде

съгласуван във възможно най-голяма степен с изискванията и нужното за постигането на преследваната цел.²⁰

Такива мерки, които дават особени преимущества на жените в съревнованието на пазара на труда и преследването на кариера при равна изходна позиция с мъжете и които са пропорционални на тези цели, са съвместими с член 2(4).

Обратно на това, случаите, в които съдът е одобрил мерки, представени от страните членки, са тези, при които не се дават автоматични привилегии на жените. В *Маршал* например, е спестено едно тайбрек правило, почти идентично с това в *Каланке*, заради положението, което позволява оценяването на индивидуалните данни на кандидат за повишение от мъжки пол. В *Бадек* е създадена всестранна и изчерпателна схема за развитие и напредък на жените. Съдът одобрява целостта на мерките, които определя като „квота на гъвкавите резултати”, за случаите, когато при всяко отделно решение полът на лицето не определя изхода и резултата от процеса на вземане на решения. Съдът е на позицията, че системата възнамерява да доведе не толкова до формално, а до действително равенство. Дори и пропорционалната квота, която запазва определени академични длъжности за жени пропорционално на броя на завършилите жени студенти по тази специалност, е одобрена от съда на базата на това, че не е сложен абсолютен таван и за определяне на квотата е използван количествен критерий. Мъжете могат да имат достъп до длъжности пропорционално на нивото, на което са представени сред завършилите студенти. По подобен начин мъжете не са изключени от обученията, само защото някои места са запазени за жени. В *Ломерс* съдът подхожда към въпроса за ограничаване на достъпа до работни места за възпитатели, като към мярка за създаване на възможност за равенство, предназначена да позволи на жените да постигат собствена кариера на равна основа с мъжете.

2. Утвърдителни действия и равно заплащане

Директивата за равнопрано отношение не покрива въпроси на заетостта, доколкото те са свързани със заплащане.

²⁰ Бриехе, *op. cit.*, n. 19, para. 24.

Вместо това, член 141(4)ДЕО урежда мерките за утвърдителни действия в случаите на равно заплащане. Досега съдът е тълкувал тази клауза само два пъти. В *Абдулайе*²¹ работодателят плаща определена сума на работниците от женски пол в отпуск по майчинство, като тази сума има за цел да ги компенсира за неизгодно положение, каквото е тяхната невъзможност да получат повишение или да се възползват от възможности за обучение през времето, когато са в отпуск по майчинство. В *Грийсмар* френското правителство дава допълнителни пенсионни кредити на държавни служители от женски пол с деца.²² И в двата случая съдът заявява, че принципът за равно заплащане предполага, що се отнася до определено заплащане, че работниците от мъжки и от женски пол са в равностойно положение. В случаите, когато не са в равностойно положение, не противоречи на принципа за равно заплащане осигуряването на предимство за определени представители от един пол, при положение, че това предимство е предназначено да компенсира определено неизгодно положение в професионален план. В *Абдулайе* съдът приема, че има няколко професионални недостатъци, характерни за вземането на отпуск по майчинство. Членовете на групата с предимства не са имали нужда от амелиоративните ефекти на заплащането и следователно да им се откаже заплащането не е нарушение на принципа за равенство. За разлика от този случай, в *Грийсмар* съдът отхвърля аргумента на френското правителство, че заплащането има за цел да компенсира професионалните недостатъци за жените, които отглеждат деца, защото тези жени се изправят срещу генерализирани недостатъци и неблагоприятни положения по време на своята кариера и заплащането не е предназначено да обезщети определени неизгодни положения и липса на привилегии. Съдът е особено заинтересован и обръща внимание на факта, че мъжете с отговорност за отглеждане на деца, които

²¹ Дело C-218/98, *Абдулайе срещу Regie Nationale des Usines Renault SA* [1999] ECR I-5723.

²² Дело C-366/99, *Грийсмар срещу Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie* [2001] ECR I-9383.

са в подобно положение, не получават достъп до допълнителните пенсионни кредити.

3. Бъдещето на утвърдителните действия в законодателството на ЕО.

Дискусията до този момент навежда на мисълта, че Европейският съд все още е в процес на усъвършенстване на подхода си към концепцията за утвърдителни действия. При тълкуването на член 2(4) от ДРО е установено, че могат да бъдат предприети редица мерки за утвърдителни действия при положение, че отговарят на теста за пропорционалност. Те трябва да си поставят за цел да подобрят способността на жените да се състезават на пазара на труда и да постигат кариера наравно с мъжете. Те също така трябва да бъдат уместни и необходими, за да се постигне поставената цел. В допълнение към това мерките трябва да бъдат съгласувани във възможно по-голяма степен с принципа на равноправното отношение.

Все пак от приемането на ДРО през 1976 г. в закона е имало две съществени подобрения във връзка с принципа за равноправно отношение. Първото е изменението в Договора през 1997 г., което въвежда член 141(4) ЕО, а второто е приемането на директива за изменение на ДРО (ДИДРО).²³ Ефектът от двете е потвърждаване на степента на ангажираност и заинтересованост на страните членки от предприемане на мерки, които да осигурят пълна практическа равнопоставеност между мъже и жени.

Член 141(4) е добавен с Договора от Амстердам. Преди него не съществува договорна клауза, която да е посветена на утвърдителните действия. Самото съществуване на такава в Договора демонстрира загрижеността на страните членки, че те могат да бъдат ограничени в собствените си политики на

²³ Директива 2002/73/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 23 септември 2002 г. за изменение на Директива 76/207/ЕЕС за изпълнението на принципа за равноправно отношение за мъжете и жените относно достъпа до трудова заетост, професионално обучение и популяризиране и условия на работа, OJ/5 декември 2002/L 269/15.

утвърдителни действия от съдебната практика на Съда. Член 141(4) постановява, че:

С оглед осигуряването на пълна практическа равнопоставеност между мъже и жени в сферата на трудовия живот, принципът за равноправно отношение не следва да пречи на която и да е от страните членки да поддържа или приема мерки, които да дават определени предимства, за да бъде улеснен по-слабо представеният пол да осъществява професионална дейност или да предотврати, или да послужи за компенсация на неизгодни положения и недостатъци, що се отнася до професионална кариера.

Както става ясно от *Бриехе* обаче, член 141(4) не дава карт-бланш на страните членки да приемат каквито и да е мерки, които те сметнат за подходящи. Тези мерки трябва да бъдат пропорционални на преследваните цели и следователно държавите членки трябва да са в състояние да обосноват евентуално законодателство за утвърдителни действия.

ДИДРО възплащава договорната клауза. Според нея:

Страните членки могат да поддържат или да приемат мерки в рамките на смисъла на член 141(4) от Договора с оглед осигуряването на пълна практическа равнопоставеност между мъжете и жените.

ДИДРО влиза в сила през октомври 2002 г. и страните членки трябва да въведат нейните клаузи до октомври 2005 г. Член 2(4) разрешава само мерки за популяризиране на равни възможности между мъжете и жените: оттук следва и нежеланието на Съда да одобри мерки, предназначени да постигнат равенство на резултатите. В ДИДРО отношението към равните възможности е заменено с формулировката на „мерки, осигуряващи особени предимства“. Разбира се, нито член 141(4), нито ДИДРО изискват от страните членки да предприемат изобщо никакви мерки, но преобразуването на законовата рамка на Общността им дава доста по-широка подкрепа в сферата на утвърдителните действия, при положение, че във всеки случай евентуалните мерки отговарят на теста за пропорционалност. В този контекст оценката за това, дали мерките са пропорционални, или не са, ще включва и доказателство за степента, в която жените продължават да бъдат ошетени, например в оп-

ределен сектор, на определено ниво на организацията или що се отнася до отговорностите, свързани с гледането на деца.

НАСТОЯЩА ПОЗИЦИЯ НА ВЕЛИКОБРИТАНИЯ

Великобритания има закони, позволяващи инициативи за утвърдителни мерки за борба с историческите недостатъци в ущърб на жените на работното място от средата на 70-те години. Такива се съдържат в параграфи 47 и 48 от ЗПД,²⁴ които съставляват изключение от обичайния симетричен подход към равенството.²⁵ Тези клаузи разрешават на работодателите и учителите да осигуряват еднополово обучение или особено насърчаване на единия пол да се стреми към назначение или повишение в отрасли, в които този пол е по-слабо представен и следователно е и в по-неизгодна позиция. Те следователно позволяват мерки, насочени към нуждаещите се за осигуряване на равенство на възможностите, като се изравнява изходната позиция, когато става въпрос за избор на кандидати за дадена длъжност. Също така има и особена клауза за лица, които се връщат на работа след освобождаване от домашни задължения, която може да бъде категоризирана като целенасочено събирателна мярка.

1. Утвърдителни мерки – насърчаване

Параграфи 47(1)(б) и 48(1)(б) съответно упълномощават учителите и работодателите да предприемат стъпки срещу непропорционалността като „поощряват“ жените само да се възползват от тези възможности. „Насърчаването“ като утвърдителна мярка може да приеме формата на насочване на инициативи за назначаване към сфери, където жените са по-слабо представени, като оповестява обособяването за свободни мес-

²⁴ Еквивалентните клаузи на ЗРО са п. 37 и 38.

²⁵ Единствените други изключения са п. 49, който се отнася за избираемите тела на професионалните съюзи и последните промени, извършени от Закона против полова дискриминация (изборни кандидати): виж Макхарг, *op. cit.* п. 17.

та и поощрени длъжности, които специално насърчават кандидатурите на жени, като осигуряват „пробни“ дни за жени.²⁶

Подобни мерки, насочени към нуждаещите се, ще бъдат разрешени само за случаи, когато инициативите се отнасят за „конкретна работа“, където жените са по-слабо представени. Обучителите или работодателите трябва да преценят дали е „основателно“, че няма жени, които да работят тази работа или цифрите са „сравнително малки“. Този израз не е формулиран и не е имало дела във връзка с тези клаузи, които могат да послужат като насока, що се отнася до обхвата на по-слабото представителство. ЗПД си проправя път в парламента, предполагайки, че „неговото предназначение е да покрие пропорция, която може да бъде незначителна, но такава, на която се пада много по-малко от половината“.²⁷ В допълнение към това всяка една статистика, която е предназначена да оправдае въвеждането на мерки, насочени към нуждаещите се, следва да показва, че това е позицията в рамките на предшестващия дванадесетмесечен период, за Великобритания като цяло или да се обърне внимание на липсата на умения „за определена област от Великобритания“²⁸.

Тези клаузи имат предвид, че подходът за равенство на възможностите може да има много ограничен обхват: те признават, че в области, където жените са доста по-слабо представени, могат да имат нужда от конкретно насърчаване, за да кандидатстват за определени длъжности, но не изключват и мъжете от възможността за кандидатстване. Те също така не признават, че жените могат да не са в състояние, поради липсата на умения и опит, да се конкурират за тези места при еднакви условия, и следователно не са предназначени за тези жени, които не са в позиция, поради минало неизгодно положение и недостатъци, да се възползват от тези възможности.

²⁶ Виж http://eoc.org.uk/EOCeng/EOCcs/Advice/managing_successful_positive_action.asp.

²⁷ Законопроект за сексуалната дискриминация, бележки по клаузи, клауза 41, Постоянен комитет, шесто заседание, 8 май 1975 г.

²⁸ п. 47(2)(б) и 48(2)(б).

2. Утвърдителни мерки – обучение

Все пак ЗПД взема предвид равенството на възможностите в един по-реален смисъл, като признава, че причината за това жените да не могат да се конкурират наравно с мъжете, е, че на тях им липсват умения в резултат на минало неизгодно положение. За да получат жените необходимите умения, за да могат да се борят за длъжности, доминирани от мъже, на учителите и работодателите се позволява да водят квалификационни курсове, ограничени само за един пол.²⁹ Квалификационният курс трябва да се отнася за „конкретна работа”, при която жените са в значителна степен по-слабо представени. Отново учителят трябва да прецени доколко жените са по-слабо представени в определен сектор. Определение на „конкретна работа” не е дадено, но това се отнася само за работа, която изисква определена квалификация, а също и за длъжностни функции, включващи контролни и управленски умения. Все пак съдържанието на който и да е квалификационен курс трябва да има връзка с конкретната работа, за която става въпрос. Например един курс за основно ниво на компютърни умения не би могъл да бъде ограничен само до един пол, тъй като не е свързан с конкретна работа, дори и при положение, че жените могат да бъдат по-слабо представени в сферата на информационните технологии в по-общ план, докато от друга страна обучението по компютърно програмиране може и да отговори на изискването. Други допустими инициативи могат да включват анализ и изпробване на длъжности, работен опит, „пробни” дни или работна закрила.

По този начин тези клаузи се стремят да позволят на жените да придобият уменията, необходими, за да могат да се състезават наравно с мъжете за работни места в области, които са доминирани от мъже. Методът на равенство на възможностите дава на жените същите възможности като на мъжете да се борят за длъжностите като увеличат уменията си до нивото на техните конкуренти от мъжки пол. Тези мерки, насочени към нуждаещите се, са позволени от подхода на равните възмож-

²⁹ п. 47(2)(б) и 48(2)(б).

ности, защото тяхното предназначение е да премахнат бариерите, които в несъразмерно по-голяма степен поставят жените в неизгодно положение. Това е действителният смисъл на равенството на възможностите, което, въпреки че изключва мъжете от квалификационните курсове, признава, че мъжете са облагодетелстваната група, която чрез обучение и непосредствен опит на работното място е била в положение да придобие необходимите умения и квалификация за работа. Обхватът на такива утвърдителни действия обаче е много ограничен, като се фокусира върху тези области, в които няма никакви жени, работещи на конкретни длъжности, или области, в които техният брой е много сериозно ограничен. В действителност само един тесен диапазон от курсове и инициативи ще попадне в рамките на тази дефиниция.

*3. Утвърдителни действия за тези,
които са имали домашни отговорности*

ЗПД също така приема, че един от начините, по които жените биват ощетени на пазара на труда, е клузата за отглеждане на деца. Така параграф 47(3) позволява обучението за хора, които не са били на работа на пълен работен ден поради изпълнението на домашни отговорности, като обучението цели да помогне за адаптирането им към работата в по-общ план. Тук няма нужда да се показва, че единият пол е по-слабо представен.³⁰ Единственото изискване е изпратените на такъв курс да имат „особена нужда“ от обучение, защото са били извън пазара на труда поради задължения, свързани с гледането на деца.

По отношение на параграф 47(3) клаузата за обучение само на лица, възстановени отново на работа (отворена към двата пола), би могла да бъде противозаконна форма на непряка дискриминация, изключваща повече мъжете, за които е по-малко вероятно да вземат отпуск по майчинство или да прекъснат кариерата си в сравнение с жените, и изисква да бъде обоснована. Въпреки това са изказани опасения относно това, дали

³⁰ п. 47(3).

тази разпоредба ще позволи ограничение на обучението по-скоро за възстановени отново на работа жени, отколкото за възстановени на работа представители и от двата пола, тъй като, нетипично за ЗПД, параграф 47(3) споменава „лица“ вместо „жени“ или „мъже“. Параграф 47(3) посочва също, че дискриминацията, за която става дума, може да бъде резултат *както* от ограничаването на обучението за тези, които са изпълнявали домашни отговорности, *така* и от начина, по които хората са избирани за обучение, *или* и от двете. Това трябва да означава, че въпросната дискриминация е повече от просто поставяне на условие за това лицето да е изпълнявало домашни задължения, защото в противен случай не би имало нужда от този допълнителен параграф. Следователно, курсовете могат да бъдат ограничени за жени, само ако обучителите имат основание да смятат, че жените имат особена нужда от такова обучение. Тази гледна точка е подкрепена от парламентарни дебати, на които Лорд Жак говори за тази клауза, като принципно облагодетелстваща жените³¹.

Параграф 47(3) очевидно не позволява изборът да бъде правен въз основа на пола, тъй като се пораждат съмнения, че всички жени, независимо от други критерии, имат особена нужда от обучение поради това, че са изпълнявали домашни или семейни отговорности. Очевидно трябва да бъде приложен и някакъв друг критерий освен половият признак. Например параграф 47(3) може да позволи дискриминация като ограничи достъпа до обучение за жени над определена възрастова граница, ако осигуряващият обучението има основания да смята, че членовете на тази група най-вероятно ще имат особена нужда от такова поради тяхната възраст и продължителността на тяхното отсъствие от пазара на труда.

Така параграф 47(3) планира целенасочено събирателни мерки, които отиват по-далеч от по-тесните обстоятелства, при които работодатели и обучители могат да допринесат за насърчаването и обучението на по-слабо представения пол, но

³¹ Лорд Жак, 362 Н. L. Debs., гр. 1214 (15 юли 1975 г.).

това е също така и недостатъчно прилагана клауза, което може да бъде обяснено с нейната сложност и липса на яснота.³²

4. Границите на подхода, свързан с равенство на възможностите

Докато тези клаузи позволяват на работодателите посредством обучение и други методи да помагат на жените да развият умения или знания, а може би и увереност, от които имат нужда, за да могат да се конкурират с други кандидати, те отказват да приемат момента на назначаване. Оттук следва, че не може да бъде дадено предимство на по-слабо представения пол във фазата на назначаване и подбор,³³ както и не може да бъде дадено такова във връзка с повишението. В *Джоунс срещу Началника на полицията в Нортхемптъншир*³⁴ трудовият трибунал е на позиция, че член 48 не осигурява защита срещу иск за полова дискриминация от служител мъж, чиято кандидатура е отказана в опит да се обърне внимание на по-слабото представяне на жените в определения отрасъл. В допълнение към това, служебният апелативен трибунал при делото *ACAS срещу Тейлър*³⁵ поддържа становището, че работодателите са следвали политика на противозаконна положителна дискриминация в полза на жените, при която група от експерти избира всичките кандидати от женски пол и само няколко от кандидатите мъже от определена категория за по-нататъшна оценка и повишение. От това следва, че докато работодателите могат да поставят „цели“, за да назначат повече жени на определени длъжности, да ги насърчават да кандидатстват за тези длъжности и да им помагат да са по-конкурентоспособни при кандидатстване, те няма да имат възможност да задават „квоти“,

³² Комисия за равни възможности, *Напредък на жените на работното място: Статистически анализ, работна студия 12 и Напредък на жените на работното място: Изучаване на казуси, работна студия 13* (и двете 2004 г.).

³³ Комисия за равни възможности, *Напредък на жените на работното място: Статистически анализ, работна студия 12 и Напредък на жените на работното място: Изучаване на казуси, работна студия 13* (и двете 2004 г.).

³⁴ п. 47(4).

³⁵ ЕТ дело no. 1201171/98 (EOR DCLD 41).

посредством които представител на по-слабо представен пол би могъл да бъде предпочетен пред кандидат, който очевидно има по-добра квалификация за длъжността или да въведат тайбрек правило, което отдава предпочитание на жените в случаите, когато кандидатите са с еднаква квалификация.

5. Ползата от клаузите на утвърдителните мерки

Тези клаузи на ЗПД не са популярни. Въпросът за утвърдителните мерки е противоречив като цяло и се оказва, че организациите по-скоро предпочитат да заобиколят дебатите, отколкото да се опитат да обосноват законовите инициативи за утвърдителни действия. Фактът, че клаузите са тясно формулирани и сложни със сигурност действа като спиращ фактор за работодателите и обучителите, които се стремят да не попаднат под ударите на закона.

В случаите, когато работодателите и обучителите, включително колежи и университети, водят квалификационни курсове под формата на утвърдителни действия, това обикновено се дължи на съществуващото финансиране чрез програмите на Европейския социален фонд (ЕСФ). Тези, които получават достъп до финансиране са склонни да приемат, че в случаите, когато е отпуснато финансиране, това им дава гаранция за законност. Въпреки това се оказва, че има липса на разбиране относно това, курсовете да издържат не само изпитанието за ползване на европейско финансиране, а също и да попаднат в изключенията за утвърдителни действия на ЗПД. Счита се, че отпускането на сума от ЕСФ трябва да бъде в съответствие с европейското право и ако курсът премине европейския тест, тогава се смята, че преминава и британския, без да има нужда това да бъде доказвано, тъй като европейското право се ползва с върховенство пред британското. Все пак, поради това, че в тази област европейското законодателство е само дискреционно, фактът, че дадена мярка за утвърдителни действия е съвместима с европейското право няма да осигури защита за работодател или обучител, ако техните действия нарушават вътрешното право.

Организаторите на програмите по ЕСФ сега са особено внимателни и поставят изискване на кандидатстващите за финансиране да „удостоверят сами”, че определен курс отговаря на изискванията, заложен в ЗПД (или ЗРО еквивалент), преди да одобрят кандидатурата. Най-често срещаният проблем с тези кандидатури се появява, когато някой жалбоподател, обикновено мъж, заяви, че е бил изключен от даден курс заради половата си принадлежност. При разследване става ясно, че организаторите на курса не са приложили правилно тестовете, зададени от ЗПД, и че въпросът за по-слабото представителство въобще не е ясно определен. В редица случаи обучителите провеждат курсове по предмети, подготвящи обучаващите се за работа на длъжности, които са явно доминирани от жени, каквито например са курсовете в областта на базовите финансови услуги и базовите информационни технологии.³⁶

За тези сектори, в които има действително желание за коригиране на половия дисбаланс при трудещите се, както и на по-високите нива в йерархията, съществуват опасения, че ЗПД не им позволява да отидат достатъчно далеч в своите усилия да назначават и ангажират лица от женски пол. Очевидно за тези работодатели, които действително са ангажирани с проблема за по-слабото представителство и които приемат, че това положение е резултат от минало неизгодно положение, е необходимо едно по-либерално изключение като утвърдително действие, което се стреми към постигане на равенство на резултатите.

РЕФОРМИРАНЕ НА КЛАУЗИТЕ ЗА УТВЪРДИТЕЛНИ ДЕЙСТВИЯ

Ясно е, че различните подходи за равноправно отношение и равни възможности не осигуряват равенство за жените на пазара на труда.³⁷ Необходимо е да фокусираме вниманието си върху

³⁶ Самюъл Харди срещу Джеймс Уат Колидж, ЕТ дело по. S/101550/98.

³⁷ СОМ(2005) 44, заключителен доклад на Комисията за Съвета, Европейския парламент, Европейския икономически и социален комитет и Регионалния комитет за равенство между мъжете и жените. DTI, Част жени и равенство, Ключови показатели за положението на жените във Великобритания (2002).

равенството на резултатите и да бъдат въведени мерки, които предвиждат привилегировано отношение в случай, че бъдат направени по-нататъшни опити за хармонизиране. Това включва концептуална рамка, различна от настоящия подход на ЗПД. Всяко изменение в британското законодателство, естествено, трябва да бъде съвместимо с европейското законодателство. И все пак при положение, че тези мерки са пропорционални, европейското право дава висока оценка на страни членки, които имат желание да използват мерки за утвърдителни действия за осигуряване на специфични предимства за жените с оглед тяхното подпомагане в осъществяването на професионална дейност или предотвратяването или компенсирането на неизгодното им положение, що се отнася до професионалната им кариера. Дори с предишната си формулировка, ограничена до мерки, предназначени да постигнат равенство на възможностите, европейското законодателство нямаше да предотврати изменението на ЗПД за повече свобода за работодателите да въвеждат мерки за подобряване на положението на жените на работното място. От изменението на Договора и приемането на ДИДРО спектърът от допустими мерки се е разширил до степен, в която вече могат да бъдат приети мерки за постигане на равенство на резултатите.

Един от възможните модели за реформа би бил да се пресъздадат клаузите за утвърдителни действия в разпоредбите, които се отнасят до дискриминацията въз основа на религия, вяра или сексуална ориентация, които се базират на клаузите за утвърдителни действия, заложен в Рамковата директива. Все пак тези разпоредби са ограничени за обучение или други насърчителни мерки:

В случаите, когато [обучителят] има основния да смята, че предотвратява или компенсира неизгодни положения и вреди, свързани със сексуалната ориентация/религия или вяра в ущърб на лица с тази сексуална ориентация/религия или вяра, които работят тази работа или е вероятно да започнат тази работа.³⁸

Тези клаузи за утвърдителни действия явно не са толкова ограничителни като клаузите по ЗПД, които включват посочване на статистически данни, за да покажат, че има много

³⁸ Виж п. 2 отгоре.

малък брой жени, ангажирани на „особени длъжности“. От друга страна според разпоредбите изобщо няма изискване за акцентирание на цифри и съотношения, а просто за приемливо гледище относно това, дали обучението и насърчаването ще „предотврати или компенсира неизгодни положения“, или не. ЗПД би могъл да бъде изменен, като даде по-голяма свобода на учителите във връзка с курсовете само за един пол, които те провеждат, тъй като така ще има по-малка нужда от фокусиране върху статистики. Клаузата би била със сигурност достатъчно широка, за да обхване както квалификационните курсове за възстановени на работа жени на базата на това, че така те ще бъдат „компенсирани“ за неизгодното положение и вредите, претърпени в резултат на прекъсването на участието им на пазара на труда, така и гарантирани места за жени на квалификационни курсове, които са свързани с области, където те са по-слабо представени, но без да е задължително това да стане в степенята, изисквана от настоящата дефиниция.

Въпреки това допълнителното обучение няма да бъде насочено към структурните неравенства, срещу които са изправени жените на пазара на труда. Вторият модел е такъв, който изисква от работодателите или ги упълномощава да залагат цели и графици за постигане на равнопоставеност при представянето на жените сред работната сила и при обявените длъжности като част от положителното задължение да допринесат за осъществяването на равенството.³⁹ Този подход е подобен на приетия в *Бадек*, въпреки че там системата е ограничена до обществения сектор. Част от тази система, а именно гарантирането на интервюта за всички жени, които отговарят на условията за дадена длъжност, където те са по-слабо представени, вече е характерна черта на „системата на двойния знак (дабъл тик)“, която е използвана от много работодатели във Великобритания, ангажирани в подобряването на темповете на назначаване на хора с увреждания.⁴⁰

³⁹ Обсъдено в Макколган, *op. cit.*, п. 3, pp. 151-7.

⁴⁰ Символът за инвалидност, двоен знак за зачеркване, е разработен от Jobcentre Plus. Виж <http://www.jobcentreplus.gov.uk/cms.asp?Page=/Home/Customers/HelpForDisabledPeople/DisabilitySymbol>.

Трети модел би бил да се позволи на работодателите да изработят специфични системи, предназначени да позволят на родителите да съчетаят несъвместимите приоритети – работа и семейство. Докато такива системи носят риска от засилване на половите стереотипи, те въпреки това се целят в един добре документиран проблем, пред който се изправят много жени. Примерите могат да включват: клауза за субсидирани възпитателски места; правото на работници, занимаващи се с отглеждане на деца, да работят на половин работен ден в решаващи моменти за тяхната кариера;⁴¹ уменията, придобити в семейна среда, да се считат като част от процедурите по повишение, където умения като водене на преговори и изпълнение на много задачи едновременно съответстват на длъжността.

Авторите поддържат мнението, че едно просто изменение на ЗПД няма да е достатъчно, за да се постигне сериозно ревизия на подхода, приет от актовете за равенство на Великобритания. Структурата на законодателството и основните му понятия имат нужда от преработка. Докато се приема, че законът не следва да дава предимство на единия пол над другия, ние се опитваме да докажем, че действащото право пренебрегва съществени неизгодни положения, пред които са изправени жените на пазара на труда. Приемайки винаги, че законът е само един инструмент, даже ограничен такъв, за постигане на равенство на работното място, законът трябва да бъде изменен, за да признае, че мъжете и жените са в равнопоставено положение и че утвърдителните мерки трябва да бъдат приложени, за да поправят минали пропуски и настояща дискриминация.

⁴¹ Такъв е случаят понастоящем в Германия: Преглед на равните възможности. Април 2001 г.