

**Mr Milica V. Matijević**

Istraživač pripravnik

**Mr Vesna Erić**

Istraživač saradnik, Institut za uporedno pravo

Beograd

Originalni naučni rad

UDK: 340.5

**MERE AFIRMATIVNE AKCIJE:  
TERMINOLOŠKO ODREĐENJE I UVODNA  
RAZMATRANJA  
O SADRŽINI POJMA**

*Mere afirmativne akcije jedan su od najsloženijih koncepata savremenog prava i još uvek ne postoji teorijska saglasnost oko toga šta sve ulazi u sadržinsko polje ovog pojma. Nastojanja da se dođe do opšte definicije mera afirmativne akcije dodatno otežava terminološka neujednačenost. Iako su u Srbiji afirmativne mere omogućene već samim Ustavom a državni organi ih već godinama unose u svoje strategije i akcione planove, teorijska osnova za njihovu primenu skoro i da ne postoji. Cilj ovog rada je da olakša buduća istraživanja na ovom polju i pruži početno teoretsko uporište za primenu mera afirmativne akcije kroz njihovo terminološko određenje te analizu nekih od opštih definicija afirmativnih mera i njihovih konstitutivnih elemenata.*

**Ključne reči:** mere afirmativne akcije, efektivna jednakost, terminološko određenje, opšta definicija, uporednopravna iskustva.

**UVOD**

Savremena pravna teorija ne poznaje verovatno ni jedan pravni pojam koji je sa toliko strasti zagovaran i osporavan a čije su pojmovne granice uprkos tome ostale tako nejasno iscrtane. Iako prvi uporednopravni primeri mera afirmativne akcije datiraju još s početka prošlog veka a danas ih srećemo na svim kontinentima, u društvima veoma različitih socijalnih miljea, još uvek ne postoji nedvosmisleno opredeljenje šta sve ulazi u sadržinsko polje ovog pojma i koji su njegovi konstitutivni elementi.

Srbija u ovom pogledu ne čini izuzetak. Iako je od nedavno u grupi onih zemalja čiji zakonodavni okvir eksplicitno dozvoljava primenu afirmativnih mera<sup>1</sup> a državna uprava već nekoliko godina preduzima skromne korake ka njihovom uvođenju,<sup>2</sup> opšte javno mnjenje o afirmativnim merama skoro i da ne postoji<sup>3</sup> a stručna javnost im i dalje pridaje veoma malo pažnje.

U nameri da doprinesu boljem razumevanju koncepta afirmativnih mera, kao i da podstaknu njihovu temeljniju teoretsku obradu kako bi praksa primene afirmativnih mera dobila i svoje teoretsko uporište, autorke će se u narednim redovima baviti terminološkim određenjem mera afirmativne akcije te analizirati postojeće definicije ovog pojma.

U prvom delu rada bavićemo se terminološkim neujednačenostima koje prate koncept afirmativnih mera i predložiti način na koji one mogu biti prevaziđene u Srbiji. Potom ćemo u grubim crtama analizirati neke od definicija ovog pojma te kroz tu analizu nastojati da mapiramo njegove konstitutivne elemente.

---

<sup>1</sup> Srbija ja među retkim zemljama koje afirmativne mere uređuju već na nivou Ustava. Mogućnost uvođenja mera afirmativne akcije kao dopune anti-diskriminacionom zakonodavstvu sadržana je u članu 21 Ustava Republike Srbije iz 2006. godine u čijem poslednjem stavu stoji: “[n]e smatraju se diskriminacijom posebne mere koje Republika Srbija može uvesti radi postizanja pune ravnopravnosti lica ili grupe lica koja su suštinski u nejednakom položaju sa ostalim građanima”. Skoro identično sročena, ova odredba nedavno se našla i u članu 14 opšteg Zakona o zabrani diskriminacije od 30. marta 2009. (Sl. glasnik RS, 22/2009): “[n]e smatraju se diskriminacijom posebne mere uvedene radi postizanja pune ravnopravnosti, zaštite i napretka lica, odnosno grupe lica koja se nalaze u nejednakom položaju.”

<sup>2</sup> Videti, na primer, dokumente iz oblasti obrazovanja: Strategija Ministarstva prosvete i sporta Republike Srbije za period 2005 -2010. godine, Beograd, 2005; ”Kriterijumi za upis učenika romske nacionalnosti u srednje škole za 2005/2006”, akt Ministarstva prosvete i sporta broj 6-00-3/2005-01/59 od 22.06.2005; Jedinstveni akcioni plan za unapređivanje obrazovanja Roma u Srbiji (Strategija za unapređivanje položaja Roma u Republici Srbiji, usvojena na sednici Vlade Republike Srbije, održanoj 9. aprila 2009. godine (Sl. glasnik RS 27/09)).

<sup>3</sup> Stratedžik marekting, ”Javno mnjenje o diskriminaciji i nejednakosti u Srbiji” – istraživanje sprovedeno za potrebe Projekta ”Podrška sprovođenju anti-diskriminacionog zakonodavstva i medijacije u Srbiji”, realizovanog u saradnji Ministarstva rada i socijalne politike i Programa Ujedinjenih nacija za razvoj, uz finansijsku podršku Evropske unije, februar 2009.

### TERMINOLOŠKA NEODREĐENOST

Nastojanje da se utvrdi pojam afirmativnih mera uvek je i iznova svojevrsna istraživačka avantura puna naizgled nerešivih nedoumica, iznenadnih obrta i zbunjujućih misaonih raskrsnica. Izvorišna tačka svih nedoumica oko određenja pojma mera afirmativne akcije nalazi se u sučeljavanju ovog koncepta sa konceptom ravnopravnosti onako kako se ovaj odražava u opštoj društvenoj predstavi o značenju ravnopravnosti<sup>4</sup>, a iznenadne obrte donosi šarolikost uporednopravnih primera u ovom domenu kao i neprestani dinamizam razvoja njegovih pojavnih oblika. Istraživanje se pretvara u avanturu već na samom svom početku, u momentu kada istraživač odluči da potraži termin podesan da posluži kao zajednički imenitelj svega onoga što se pod konceptom afirmativnih mera može pronaći u različitim pravnim sistemima.

Uporednopravna analiza nam otkriva da se afirmativne mere mogu kriti pod raznovrsnim mnoštvom naziva. U literaturi koja nam dolazi iz Sjedinjenih Država u najširoj je upotrebi termin "afirmativna akcija". U kontekstu prava i prakse Evropske unije rasprostranjen je termin "pozitivna akcija" i "pozitivne mere" a u glavnim međunarodnopravnim dokumentima uglavnom se nailazi na termin "posebne mere" koji koristi i naš zakonodavac. U mnogim pravnim priručnicima afirmativne mere definisane su pod odrednicom "pozitivna diskriminacija" a u upotrebi je i termin "obrnuta diskriminacija". Neretko se, takođe, dešava da se za afirmativne mere uopšte koriste nazivi nekih od posebnih tipova afirmativnih mera, kao što su "kvote", "rezervacije" ili "preferencijalni tretman".

Od svih gore navedenih termina, sa sigurnošću se može reći da je američki termin "afirmativna akcija" najrasprostranjeniji naziv za set mera kojima se bavimo u ovom radu. Ovo je zbog toga što su u Sjedinjenim Državama afirmativne mere u primeni već dugi niz decenija,<sup>5</sup> te zato što je primena afirmativnih mera u SAD bila a i dalje je predmet intenzivnih javnih i stručnih debata koje su za sobom

---

<sup>4</sup> Zanimljiva promišljanja na tu temu, iako plod posmatranja američke prakse primene afirmativnih mera, mogu se naći u: Robert C. Post (ed.), *Prejudicial Appearances – The Logic of American Anti-discrimination Law*, Duke University Press, Durham and London, 2001.

<sup>5</sup> Nakon Indije, SAD su zemlja sa najdužom praksom primene mera afirmativne akcije čiji se počeci vezuju za Izvršnu naredbu broj 11246, koju je 1965. izdao tadašnji Predsednik SAD Lindon B. Džonson.

ostavile obilje stručne literature. Najveći broj publikacija o merama afirmativne akcije i danas stiže sa američkog govornog područja i time vrši snažan uticaj na autore sa drugih prostora. Termin "afirmativna akcija" konstruisan je tako da označava množinu afirmativnih mera, paket mera usmerenih na otklanjanje posledica strukturalne diskriminacije. Tako se naglasak stavlja na neophodnost sinergetskog delovanja u više različitih sfera društvenog života da bi se sistemska diskriminacija iskorenila. Još jedan kvalitet ovog termina je što on, upotrebom reči "akcija", ukazuje na bitnu odliku afirmativnih mera a to je njihov privremeni karakter odnosno okolnost da bi one trebale biti koncipirane kao vremenski ograničena aktivnost čija primena prestaje kada budu ostvareni ciljevi zbog kojih su donete.<sup>6</sup> U američkoj stručnoj literaturi u upotrebi je i termin "afirmativne mere" koji služi kao sinonim za termin "afirmativna akcija".

Termini kao što su "pozitivna akcija" i "pozitivne mere" na koje nailazimo u *acquis communautaire* nastali su mnogo kasnije od američkog termina "afirmativna akcija", jer su u pravo Evropske unije a time i u pravne sisteme mnogih država članica afirmativne mere ušle tek osamdesetih godina prošlog veka. Ovi su nazivi izraz nastojanja da se napravi otklon od načina na koji se afirmativne mere primenjuju u SAD, odnosno kontroverzi koje ih prate, i praktično su neka vrsta "obezličenog" jezičkog pandana za termine "afirmativna akcija" ("pozitivna akcija") i "afirmativne mere" ("pozitivne mere").<sup>7</sup> U primeni su i u onim zemljama koje su imale neke rudimentarne forme afirmativnih mera i pre njihovog usvajanja na nivou EU, kao što je to recimo Velika Britanija. Još jedan vid upotrebe ova dva naziva je za označavanje ne mera afirmativne akcije *en general*, već samo određenih njihovih tipova. Tako se termin "pozitivna akcija" često koristi da bi se označile samo takozvane "meke afirmativne mere", u koje spadaju posebne tehnike oglašavanja radnih mesta, obuke namenjene grupama u nepovoljnom položaju kako bi njihovi pripadnici bili konkurentniji na tržištu rada, itd.

---

<sup>6</sup> O ovoj njihovoj karakteristici više u narednom poglavlju.

<sup>7</sup> Odlična komparativna analiza primene mera afirmativne akcije u SAD i Evropskoj uniji data u: Ivana Krstić, *Affirmative Action in the United States and the European Union: Comparison and Analysis*, «Facta Universitatis (Series: Law and Politics)», Vol. 1, No. 7, 2003.

Još veći stepen neodređenosti prati termin “posebne mere” (“special measures”). Srećemo ga u najbitnijim međunarodnim konvencijama koje sadrže anti-diskriminacione odredbe, kao što je to Međunarodna konvencija o zabrani rasne diskriminacije<sup>8</sup>, Konvencija o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena<sup>9</sup>, Konvencija br. 111 Međunarodne organizacije rada koja se odnosi na diskriminaciju u pogledu zaposlenja i zanimanja<sup>10</sup>, i druge. Po uzoru na njih tako je afirmativne mere nazvao i naš zakonodavac<sup>11</sup>. Termin “posebne mere” je u toj meri opšti da se do saznanja da date odredbe propisuju primenu afirmativnih mera može doći tek analizom pravne norme. On je, dakako, s obzirom na terminološku neujednačenost koja postoji u uporednom pravu, prihvatljiv za međunarodnopravne akte ovog ranga čija terminologija mora biti dovoljno opšta da obuhvati raznoliki spektar nacionalnih pravnih sistema.

Što se termina “pozitivna diskriminacija” i “obrnuta diskriminacija” tiče, i jedan i drugi u toj mere ne odgovaraju suštini mera afirmativne akcije da bi njihovu primenu bilo najuputnije u potpunosti izbeći. Prvi je, zapravo, jedan veoma ukorenjeni pravni nonsens sastavljen od dve reči koje su jedna drugoj kontradiktorne. Naime, diskriminacija je opšti pojam kojim se imenuje neravnopravno postupanje koje je uvek nezakonito pa time ni pod kojim uslovima ne može biti pozitivno.<sup>12</sup> Naziv “obrnuta diskriminacija” nije kao prethodni *contradictio in terminis*, ali je zapravo još bizarniji jer se ovde upotrebom jednog u celosti negativnog termina nastoji imenovati razlikovanje koje je pravno dozvoljeno i legitimno.

Naravno, o sasvim se drugačijoj situaciji radi kada pojedini autori u svojim tekstovima ciljano koriste termin “obrnuta diskriminacija” kako bi već na terminološkom nivou opovrgli legitimnost afirmativnih mera. Ovde je, naravno, reč o onim autorima

---

<sup>8</sup> Član 1, stav 4 Međunarodne konvencija o zabrani rasne diskriminacije, (Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 6, 1967.).

<sup>9</sup> Član 4, stav 1 Konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena (Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 11, 1981.).

<sup>10</sup> Član 5, stav 1 Konvencija br. 111 Međunarodne organizacije rada koja se odnosi na diskriminaciju u pogledu zaposlenja i zanimanja (Službeni list FNRJ, broj 3, 1961).

<sup>11</sup> Videti fusnotu br. 1.

<sup>12</sup> Ovo mišljenje sadržano i u: *Prevention of Discrimination: The Concept and Practice of Affirmative Action*, final report submitted by Mr Marc Bossuyt, Special Rapporteur, in accordance with UN Sub-Commission Resolution 1998/5, dated 17 June 2002, E/CN.4/Sub.2/2002/21.

koji su protivnici uvođenja i primene afirmativnih mera i koji ovaj ili slične pojmove koriste u pežorativnom smislu. Slično se dešava i sa terminima kao što su “kvote” i “preferencijalni tretman”. Naime, s obzirom da su “kvote” i “preferencijalni tretman” posebne vrste afirmativnih mera koje su i najosporavanije u praksi, protivnici afirmativnih mera ih često koriste u svojstvu opšteg naziva za afirmativne mere kako bi njihovi stavovi bili pojačani negativnim imidžom koje takve vrste afirmativnih mera imaju u javnom mnjenju.

Ukoliko bismo analizirali stručnu literaturu, primetili bismo, bez obzira na govorno područje iz koga autor dolazi, dva dominantna trenda. Prvi je da najveći broj autora najčešće uporedo koristi više različitih naziva. Drugi, takođe veoma izražen je da u tekstovima velikog broja autora dominiraju oni termini koji imaju ili pozitivno ili pežorativno značenje u datom društvu, u zavisnosti od toga da li su autori zagovornici ili protivnici mera afirmativne akcije. Ovo je naročito primetno u tekstovima koji dolaze iz Sjedinjenih Država jer je tamo, kao što smo već primetili, društvena polemika oko opravdanosti i efikasnosti afirmativnih mera veoma živa a stavovi javnog mnjenja veoma polarizovani.<sup>13</sup>

### **Nazivi u upotrebi kod nas i predlog za buduću terminološku ujednačenost**

Kako se u srpskoj javnosti još uvek veoma malo govori o afirmativnim merama a u stručnoj literaturi može pronaći tek nekoliko naslova posvećenih ovoj temi<sup>14</sup>, kod nas ne postoji jasna terminološka nit koju bi istraživač mogao da prati. U novinskim tekstovima uglavnom prevladavaju termini “afirmativne mere” ili “mere afirmativne akcije”, ili se one posebno ne imenuju već se iz opisa

---

<sup>13</sup> Kao naročito zgodan primer za ilustriranje upotrebe termina “kvote” i “rezervacije”, kao termina koji u SAD imaju izrazito negativno značenje, kako bi se merama afirmativne akcije oduzeo legitimitet već na semantičkom nivou čak i u radovima koji pretenduju da budu neutralne analize, videti: Thomas Sowell, *Affirmative Action Around the World: An Empirical Study*, Yale University Press, New Haven and London, 2004.

<sup>14</sup> Videti: Vladimir Đurić, *Afirmativna akcija – ustavnopravni i međunarodnopravni aspekti*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2007; Zorica Mršević, *Kontroverze afirmativne akcije*, «Arhiv za pravne i društvene nauke», Vol. 1-3, 1996; Vojin Dimitrijević, Milan Paunović, *Ljudska prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 1997.

može zaključiti da se radi o ovom konceptu.<sup>15</sup> Dva ključna nacionalna strateška dokumenta kojim se predviđa uvođenje afirmativnih mera, Nacionalna strategija za smanjenje siromaštva<sup>16</sup> i Nacionalna strategija za unapređenje položaja Roma<sup>17</sup>, ih nazivaju “afirmativnom akcijom” odnosno “merama afirmativne akcije”. Nevladine organizacije uglavnom podjednako koriste i termin “afirmativne mere” i termin “afirmativna akcija”. U stručnoj literaturi, pod uticajem američke pravne teorije i prakse, uglavnom preovlađuje termin “afirmativna akcija” iako, sledeći opšti trend, većina naših autora uporedo koristi više gore obrađenih termina.

Sledeći činjenicu da se termin “afirmativna akcija” odnosno “mere afirmativne akcije” već delimično odomaćio u domaćoj literaturi i praksi i da dominira u odnosu na ostale termine, autorke se zalažu za njegovu uniformisaniju upotrebu u ovoj oblasti. U prilog upotrebe ovog termina ide i niz njegovih komparativnih prednosti u odnosu na ostale nazive, kao što je izloženo u prethodnim redovima. Autorke takođe predlažu da termin “afirmativne mere” služi kao zamena za termin “mere afirmativne akcije” ali uz jasnu upotrebu prvog termina kao osnovnog. Ono od čega autorke polaze je da bi za označavanje afirmativnih mera trebalo odabrati jedan naziv jer bi to umnogome pojednostavilo praćenje promena na ovom polju.

### TEŠKOĆE DEFINISANJA MERA AFIRMATIVNE AKCIJE

Teškoće oko nalaženja termina pod čiji bi se krov mogle smestiti mere afirmativne akcije u svoj njihovoj raznorodnosti postaju zanemarljivo male kada se zakorači u sadržinske dubine ovog pojma. Koncept afirmativnih mera jedan je od najkompleksnijih pojmova savremenog prava i nekoliko je razloga koji ga takvim čine.

Prvo, njegov je odnos prema principu jednakosti iz koga proizilazi a koji leži u temelju savremenih pravnih sistema obeležen

---

<sup>15</sup> Videti, na primer: “Rečnik rodne ravnopravnosti – afirmativne mere”, Vesna Jarić, Dnevni list “Danas” od 18.03.2009; “U Srbiji oko 600 romskih naselja”, B.M.M, Dnevni list “Politika” od 16.04.2009; “Posao za osobe sa invaliditetom”, Internet vesti B92 od 19.07.2009.

<sup>16</sup> Strategija za smanjenje siromaštva u Republici Srbiji, usvojena na sednici Vlade Republike Srbije održanoj 16. oktobra 2003. godine.

<sup>17</sup> Strategija za unapređivanje položaja Roma u Republici Srbiji, usvojena na sednici Vlade Republike Srbije, održanoj 9. aprila 2009. godine (Sl. glasnik RS 27/09).

uvek prisutnom tenzijom, jednom suptilnom igrom svetlosti i senke gde ono što u prvom momentu deluje kao suprotno načelu jednakosti u sledećem već biva ovenčano njegovom slavom.<sup>18</sup> Zato su granice ovog pojma, merene aršinima principa jednakosti, toliko porozne i u mnogim slučajevima ih je toliko teško odrediti da se ovaj proces neretko završava pred sudom. S obzirom na dinamizam koji prati razvitak i primenu afirmativnih mera, odluke najviših sudskih instanci, koje su obično plod dugih i komplikovanih postupaka ispitivanja ustavnosti, bivaju kratkog veka pa granice pojma ostaju skoro isto toliko nedefinisane kao što su bile i pre sudske odluke. Nadalje, sadržina pojma toliko zavisi od društvenog konteksta zemlje u kojoj se primenjuju da je i uporednopravna analiza obično od male pomoći pri nastojanju da se ona utvrdi. Socijalna struktura na ovaj pravni koncept, čini se, utiče više nego na bilo koji drugi, na način koji dovodi do enormno različitih vidova njihove primene od države do države.<sup>19</sup> Teškoće pri definisanju nastaju i zbog toga što afirmativne mere nigde nisu regulisane jednim pravnim aktom ili programskim dokumentom već su odredbe kojima se uređuju obično razbacane u različitim zakonskim i programskim tekstovima. Na posletku, proučavanje prakse veoma je često otežano i okolnošću da afirmativne mere neretko bivaju rabljene od strane političkih elita na način koji protivreči njihovoj biti i svrsi.

U narednim redovima biće analizirani neki od pokušaja određenja pojma afirmativnih mera, počev od definicija koje se sreću u pravnim priručnicima, rečnicima i enciklopedijama, preko retkih definicija utkanih u zakonske tekstove, pa do onih koje je iznedrila naučna literatura. Iako, kao što će se u nastavku videti, ni jedna od

---

<sup>18</sup> Upravo zbog ovog nategnutog odnosa između afirmativnih mera i principa ravnopravnosti, njihova primena je uvek snažno obeležena principom proporcionalnosti. U pravu SAD ovaj princip je poznat pod nazivom princip "strogog ispitivanja" ("strict scrutiny").

<sup>19</sup> Videti, na primer: Thomas Boston, Usha Nair-Reichert, *Affirmative Action: Perspectives from the United States, India and Brazil*, «The Western Journal of Black Studies», Vol. 27, No. 1, 2003; Jill Cottrell, Yash Ghai, *Constitutionalising Affirmative Action in the Fiji Islands*, «The International Journal of Human Rights», Vol. 11, Nos. 1–2 (227–257), 2007; Omano Edigheji, *Affirmative Action and State Capacity in a Democratic South Africa*, Centre for Policy Studies, «Policy: issues & actors», Vol. 20, No. 4, 2007.



ovih definicija ne ispunjava uslove da bude okarakterisana kao opšta definicija pojma, svaka od njih korisna je utoliko što ukazuje na bar neki od njegovih konstitutivnih elemenata istovremeno demonstrirajući divergentnost teorije afirmativnih mera. Tragovi koje ćemo slediti tokom ove analize najčešće će se odnositi na cilj, korisnike, vidove ispoljavanja, oblast primene, donosiocice i trajanje mera afirmativne akcije. Drugim rečima, odgovarajući na pitanje šta je cilj mera afirmativne akcije, ko su direktni korisnici ovih mera, na koji se način one ispoljavaju, u kojim se oblastima primenjuju, ko su njihovi donosioci i da li su vremenski ograničene, na koncu ćemo skupiti bar deo građe za generičku definiciju ovog pojma. Čitalac ipak ne sme izgubiti iz vida da je prevashodni cilj a time i ograničenje analize koja sledi prikaz različitih pokušaja definisanja afirmativnih mera kao uvod za buduća teorijska razmatranja konstitutivnih elemenata ovog pojma.

### **Definicije sadržane u pravnim rečnicima i priručnicima**

Teškoće oko određivanja sadržine pojma afirmativnih mera uočljive su već iz raznorodnosti onoga što u svetskim pravnim enciklopedijama, pravnim rečnicima i priručnicima stoji pod odrednicom “afirmativne mere”, “afirmativna akcija”, “pozitivna akcija”, itd.

Tako ih, recimo, peto izdanje Okfordskog rečnika prava iz 2003. godine, pod odrednicom “pozitivna diskriminacija”, definiše kao “aktivno favorizovanje jednog pola ili neke kategorije osoba u odnosu na drugu zbog toga što se smatra da je u nepovoljnom položaju.”<sup>20</sup> Kolinsonov pravni rečnik iz 2004. daje još šturiju definiciju afirmativnih mera navodeći pod odrednicom “afirmativna akcija” da taj termin upućuje na politiku pozitivnog diskriminisanja da bi se pomoglo onim grupama koje su u nepovoljnom položaju.<sup>21</sup>

Iako ova dva određenja pojma afirmativne akcije daju veoma malo elemenata za njihovo razumevanje, korisna su zbog toga što na veoma širok način određuju korisnika afirmativnih akcija. Naime, većina definicija afirmativnih mera kao njihove korisnike određuje

---

<sup>20</sup> Elizabeth A. Martin (ed.), *Oxford Dictionary of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, str. 371.

<sup>21</sup> Peter H. Collin, *Dictionary of Law (Fourth Edition)*, Bloomsbury Publishing, London, 2004, str. 10.

manjinske grupe što je, uporednopravno gledano, samo delimično tačno. Ispravno je reći da su manjinske grupe segment populacije koji se najčešće nalazi u nepovoljnom položaju ali, kako to uporedna praksa pokazuje, to mogu biti i grupe koje su po broju članova većina u datom društvu.<sup>22</sup> Tako je, primera radi, u Južnoafričkoj Republici korisnik mera afirmativne akcije pre svega crnačka populacija iako je u većini u odnosu na populaciju belaca koja je zahvaljujući višedecenijskom aparthejdu stekla nesrazmerno velik udeo u društvenom bogatstvu.<sup>23</sup> Slično se primećuje i u nekim od federalnih država Indije gde korisnici afirmativnih mera brojčano premašuju one segmente populacije u odnosu na koju se utvrđuje njihov nepovoljniji položaj.<sup>24</sup>

U prilog ovako širokom određenju beneficijara afirmativnih mera idu i situacije u kojima se afirmativne mere primenjuju na samo jednom delu teritorije gde je grupa u čiju su korist uspostavljene afirmativne mere manjina ali zato čini apsolutnu većinu kada se posmatra čitava teritorija države. Još očigledniji primer manjkavosti definicija koje kao beneficijare afirmativnih mera određuju manjinske grupe je okolnost da su u većini društava u kojima ove mere postoje njihovi korisnici žene koje izvesno ne spadaju među manjinsku populaciju.

Među rečničkim definicijama poslužiti nam može i ona iz Websterovog rečnika prava gde je "afirmativna akcija" određena kao "svaka radnja nekog privatnopravnog ili javnopravnog lica usmerena na eliminisanje diskriminacije, ispravljanje ili obeštećenje za posledice diskriminacije u prošlosti, ili na sprečavanje diskriminacije

---

<sup>22</sup> Naravno, relativno posmatrano ove grupe jesu manjina čak i kada brojčano čine većinu u datom društvu ukoliko se meri njihovo učešće u raspodeli društvenog bogatstva, ali je bojazan autorki da ni jedna od navedenih definicija ne polazi od tako suptilnih razgraničenja.

<sup>23</sup> Na primer, Zakon o jednakosti na radu Južnoafričke Republike iz 1998. godine za jednu od korisničkih grupa mera afirmativne akcije određuje "crne Afrikance", kategoriju "nasleđenu" iz perioda aparthejda koja je zapravo obuhvatala crnce, tzv. obojene (osobe mešanog, afričkog i evropskog porekla) i Indijce (Južnoafrikance indijskog porekla).

<sup>24</sup> Videti, na primer: Thomas Boston, Usha Nair-Reichert, *Affirmative Action: Perspectives from the United States, India and Brazil*, «The Western Journal of Black Studies», Vol. 27, No. 1, 2003, str. 7 – 11; Iako snažno vrednosno obojena, korisne podatke u ovom smislu donosi i Thomas Sowell, *Affirmative Action Around the World: An Empirical Study*, Yale University Press, New Haven and London, 2004, str. 23 – 55.

u budućnosti, a koja je obično zasnovana na rasi, polu, nacionalnom poreklu ili invaliditetu osobe koja je diskriminisana.”<sup>25</sup> Značajna odlika ove definicije je što kao retko koja druga ukazuje na to da afirmativne mere jesu mere koje preduzimaju i mogu preduzeti ne samo državne i javne institucije već i pojedini subjekti privatnog prava.

Za razliku od nje, sužavanje pojma afirmativnih mera na akte javne vlasti i to samo nekih njenih segmenata, nedostatak je od koga boluje definicija data u Okfordovom vodiču kroz pravo Vrhovnog suda SAD. Njom se one određuju kao “opšti termin koji upućuje na mere *vlade* kojima se pojedincima na osnovu njihovog članstva u određenoj zaštićenoj grupi direktno ili indirektno dodeljuju poslovi, prijem na univerzitetu ili profesionalne škole, kao i druga društvena dobra i resursi, kako bi te grupe bile obeštećene za prošlu diskriminaciju koja je bila praktikovana od strane cele društvene zajednice [italik dodat].”<sup>26</sup> Ne samo da ova definicija gubi iz vida da u SAD, kao i u mnogim drugim državama u kojima su afirmativne mere u primeni, preduzeća često samoinicijativno primenjuju programe afirmativnih akcija<sup>27</sup>, već ona propušta da prepozna da i kada su u pitanju afirmativne mere koje primenjuje javna vlast, vlada nije jedina koja ih uvodi. U samim Sjedinjenim Državama i sudovi mogu biti ti koji će izreći obavezu primene programa afirmativnih mera kako bi se ispravile posledice dugotrajne diskriminatorne prakse, naročito u oblasti zapošljavanja.<sup>28</sup>

Što se tiče tekstova koji se na temeljniji način bave fenomenom primene afirmativnih mera, iako veoma svedenu, opštu definiciju pojma afirmativnih mera sadrži i Interrajtsov priručnik o zabrani diskriminacije u međunarodnom pravu. U njemu su one određene na

---

<sup>25</sup> Susan Ellis Wild (ed.), *Webster's New World's Law Dictionary*, Wiley, Hoboken, 2006, str. 18.

<sup>26</sup> Kermit L. Hall (ed.), *The Oxford Guide to the Supreme Court*, The Oxford University Press, New York, 1995, str. 21.

<sup>27</sup> S tim u vezi valjalo bi istaći da mere afirmativne akcije mogu biti kako prinudnog tako i dobrovoljnog karaktera.

<sup>28</sup> U sekciji 706 (g) federalnog Zakona o građanskim pravima SAD iz 1964. godine stoji: "Ukoliko sud nađe da je tuženi s namerom da diskriminiše imao udela u aktu nezakonitog postupanja u oblasti radnih odnosa na koji se tužilac žali, sud može zabraniti tuženome takvo postupanje i narediti primenu odgovarajućih mera afirmativne akcije." Više o zabrani diskriminacije propisane Glavom VII Zakona o građanskim pravima SAD iz 1964. u: Milica V. Matijević, *O nekim aspektima Glave VII federalnog Zakona o građanskim pravima iz 1964. u: "Uvod u pravo SAD"*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2008.

način koji ističe komplementaran karakter afirmativnih mera u odnosu na princip zabrane diskriminacije kao njihovu bitnu odliku: “pozitivna akcija se odnosi na one mere koje se ne zadržavaju na zabrani diskriminacije već nastoje da isprave [nečiji] nepovoljan položaj”.<sup>29</sup> Naime, mere afirmativne akcije donose se kako bi se ispravila nejednakost nastala usled delovanja sistemske diskriminacije koja je postojala u prošlosti ili i dalje postoji i posledice su shvatanja da anti-diskriminaciono zakonodavstvo i formalno shvaćena jednakost na kojoj ono uglavnom počiva ne mogu dovesti do ozbiljnijeg poboljšanja položaja relevantnih grupa.

I često citirana definicija Komisije za građanska prava Sjedinjenih Država stavlja akcenat na ovu odliku afirmativnih mera kada ih određuje kao “svaku meru *preko prostog okončanja diskriminatorne prakse*, koja dozvoljava uzimanje u obzir rase, nacionalnog porekla, pola ili invalidnosti, zajedno sa drugim kriterijumima, i koja je usvojena kako bi se pružile mogućnosti klasi kvalifikovanih pojedinaca kojima su kroz istoriju ili u današnje vreme uskraćivane te mogućnosti i/ili da bi se sprečila ponovna pojava diskriminacije u budućnosti.”<sup>30</sup> Nedostatak ove definicije, ako bi je razmatrali sa stanovišta univerzalne primenljivost, očito je taj što se oslanja isključivo na američku praksu primene afirmativnih mera.

### Pozitivnopravne definicije

Zakonodavci, kao što je i za očekivati, retko definišu mere afirmativne akcije kada ih propisuju, već ih najčešće određuju kao izuzetak od principa formalne jednakosti. Kanadska povelja o pravima i slobodama koja čini deo Ustava Kanade, izuzetak je koji potvrđuje pravilo. U njoj su afirmativne mere definisane kao:

“[...] propis, program ili aktivnost koji za cilj imaju poboljšanje prilika za pojedince ili grupe koji su u nepovoljnom položaju, uključujući one koji su u nepovoljnom položaju zbog svoje rase, nacionalnosti ili etničkog porekla, boje, religijskog uverenja, pola, uzrasta, mentalnog ili fizičkog invaliditeta.”<sup>31</sup>

Indirektno ih, kao most između formalne i efektivne jednakosti,

<sup>29</sup> Kevin Kitching, *Non-Discrimination in International Law - A Handbook for Practitioners*, Interrights, London, 2005, str. 96.

<sup>30</sup> The United States Commission on Civil Rights, *Statement on Affirmative Action*, Clearinghouse Publication 54, Washington, 1977, str. 2.

<sup>31</sup> Član 15, stav 2 Kanadske povelje o pravima i slobodama, usvojene 29.03.1982.

definiše i Ustav Južnoafričke Republike:

“Da bi se unapredilo postizanje jednakosti, mogu biti preduzete zakonske i druge mere osmišljene radi zaštite ili poboljšanja položaja lica ili kategorija lica čiji je nepovoljan položaj posledica diskriminacije.”<sup>32</sup>

Iako je njen domašaj ograničen na postizanje pune ravnopravnosti među rasnim i etničkim grupama, instruktivna za našu potragu za opštom definicijom afirmativnih mera može biti i odredba sadržana u članu 1, stavu 4 Međunarodne konvencija za eliminaciju svih oblika rasne diskriminacije:

“Posebne mere, donete jedino radi obezbeđivanja odgovarajućeg napretka izvesnih rasnih ili etničkih grupa ili lica kojima je neophodna zaštita koja može da bude potrebna radi garantovanja, uživanja i ostvarivanja ljudskih prava i osnovnih sloboda pod jednakim uslovima, ne smatraju se diskriminatornim, pod uslovom da nemaju za rezultat održavanje različitih prava za različite rasne grupe i da se ne održavaju na snazi kad se postignu ciljevi zbog kojih su ove mere bile preduzete”.<sup>33</sup>

Sa ovom je odredbom kompatibilna i često navođena definicija koju je dao Specijalni izvestilac Ujedinjenih nacija Bosui (Bosuout).<sup>34</sup> Shodno njegovom poimanju “afirmativna akcija je paket mera privremenog karaktera kojima se nastoji ispraviti pozicija članova ciljne grupe u jednom ili više vidova njihovog društvenog života, kako bi se postigla efektivna jednakost”.<sup>35</sup> Iako Bosui svoju definiciju

---

<sup>32</sup> Član 9, stav 2 Ustava Republike Južne Afrike, usvojen 4.12.1996, stupio na snagu 4.02.1997.

<sup>33</sup> Međunarodna konvencija za eliminaciju svih oblika rasne diskriminacije (Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 6, 1967.).

<sup>34</sup> Podkomisija za promociju i zaštitu ljudskih prava uspostavljena u okviru UN Komisije za ljudska prava je 1998. godine imenovala Specijalnog izvestioca sa zadatkom da pripremi studiju o konceptu afirmativne akcije. Izveštaj pod nazivom “Sprečavanje diskriminacije: koncept i praksa afirmativne akcije” podnet je Ekonomskom i socijalnom savetu Ujedinjenih nacija 17. juna 2002. Iako ovaj izveštaj nema snagu pravnog akta, Bosuievu definiciju analiziramo u ovom poglavlju zbog njene povezanosti sa prethodno navedenom odredbom Međunarodne konvencija za eliminaciju svih oblika rasne diskriminacije kao i kasnijim preporukama koje su donosila relevantna tela Ujedinjenih nacija.

<sup>35</sup> Prevention of Discrimination: The Concept and Practice of Affirmative Action, final report submitted by Mr Marc Bossuyt, Special Rapporteur, in accordance with UN Sub-Commission Resolution 1998/5, dated 17 June 2002, E/CN.4/Sub.2/2002/21, § 6.

naziva radnom definicijom i naglašava da je, usled kompleksnosti pojma i njegovih raznorodnih pojavnih oblika, zajedničko razumevanje granica pojma afirmativnih mera još uvek nemoguće, definicija koju daje dovoljno je opšta da bude primenjiva na sve poznate pravne sisteme u kojima se afirmativne mere javljaju.<sup>36</sup> Ona ukazuje i na jednu bitnu odliku afirmativnih mera koja je u prethodnim definicijama manjkala, a to je da su one mere privremenog karaktera. Naime, ono što je zajedničko afirmativnim merama u primeni na različitim kontinentima je to što one po pravilu imaju ograničeno vremensko trajanje. Njihova vremenska dimenzija se određuje ili putem preciznih vremenskih odrednica, kao što je to recimo slučaj u Indiji, ili se pak na manje precizan način kaže da će ove mere biti u primeni sve dok ne budu postignuti ciljevi radi kojih su donete.<sup>37</sup> Privremenost mera afirmativne akcije njihovo je suštinsko a ne formalno obeležje i proističe iz principa proporcionalnosti na koji će sud naročito obratiti pažnju prilikom razmatranja zakonitosti ovih mera. Sledeći kvalitet Bosuiove definicije je što ukazuje na to da afirmativne mere mogu biti usmerene na različite oblasti društvenog života od značaja za proces raspodele društvenog bogatstva. Afirmativne mere su, kako to nalazimo u uporednoj praksi, najčešće u sferi zapošljavanja i obrazovanja ali se javljaju i oblasti pružanja zdravstvenih usluga, stambene politike, itd.

### Definicije sadržane u naučnim tekstovima

Generičke definicije afirmativnih mera prava su retkost čak i u akademskoj literaturi. Izgleda da se u buci javne debate koja prati primenu afirmativnih mera u mnogim zemljama, često u drugi plan potiskuje potreba da se one analitički obrade i razumeju. Zato je daleko najveći broj tekstova u ovoj oblasti polemičkog karaktera a definicije afirmativnih mera, kada ih autori uopšte i daju, su najčešće obojene njihovim vrednosnim stavovima o tome da li su afirmativne

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, § 6 i § 114.

<sup>37</sup> Još jedna zajednička karakteristika afirmativnih mera bez obzira na to odakle dolaze je ta što njihovo trajanje, čak i kada je precizno određeno, obično biva produžavano. Interesantna je u tom smislu presuda Vrhovnog suda SAD u nadaleko čuvenom slučaju Gruter protiv Bolinger (Grutter v. Bollinger) iz 2003. godine, odnosno mišljenje sudije Sandre Dej O'Konor (Sandra Day O'Connor) čiji je glas u ovom slučaju presudio.

mere prihvatljive ili ne u datom društvenom kontekstu.<sup>38</sup> Neki pak autori odbacuju mogućnost definisanja mera afirmativne akcije. Tako, na primer, Mkharg (McHarg) i Nikolson (Nicolson) smatraju da ne postoji suštinsko značenje koje bi se moglo pripisati ovom terminu i da je “ono što mi vidimo kao uključeno ili isključeno iz polja afirmativne akcije više stvar perspektive”.<sup>39</sup> I oni autori koji u svojim tekstovima definišu pojam afirmativnih mera često to čine na veoma uopšten način bez preciziranja njegovih konstitutivnih elemenata. Središnji element ovakvih definicija najčešće je cilj afirmativne akcije a kao ilustracija može poslužiti definicija koju daje Daman (Damman), prema kojoj su “afirmativne mere [...] mere preduzete kako bi se ispravila neravnoteža prouzrokovana praksom iz prošlosti i kako bi se promovisala efektivna jednakost”.<sup>40</sup>

Od domaćih autora, konceptom afirmativne akcije najopsežnije se bavio V. Đurić ali se i on usteže od davanja opšte definicije.<sup>41</sup> Ukazujući s pravom na terminološku i pojmovnu neodređenost koja prati ovaj pojam u domaćoj literaturi, ovaj autor rađe daje jednu opisnu definiciju kojom se ukazuje na vrste afirmativnih mera a ne na konstitutivne elemente ovog pojma.

Iako ne pružaju kompaktnu definiciju afirmativnih mera, V. Dimitrijević i M. Paunović, s druge strane, daju jedno prilično temeljno određenje afirmativne akcije prema kome nju čine pozitivne mere na čije su preduzimanje države ovlašćene, “koje se ispoljavaju kao privremeno favorizovanje grupa za koje se zna, ili se veruje da su sistemski zapostavljane u prošlosti”, a čiji je cilj da se “ispravi istorijska nepravda i da se svi ljudi dovedu u stanje stvarne jednakosti”.<sup>42</sup> Vrednost ovakvog određenja pojma afirmativnih mera u odnosu na gore razmatrane je što podseća na to da je shodno normama savremenog međunarodnog poretka, država neposredno

---

<sup>38</sup> Ovo, kao što smo uočili u prethodnom poglavlju, postaje primetno već kod odabira termina kojima se imenuju afirmativne mere.

<sup>39</sup> Aileen Mcharg, Donald Nicolson, *Justifying Affirmative Action: Perception and Reality*, «Journal of Law and Society», Vol. 33, No. 1, 2006, str. 19.

<sup>40</sup> Siri Damman, *The Right to Food of Indigenous People*, y: Wenche Barth Eide, Uwe Kracht (eds.), *Food and human rights in development: Evolving issues and emerging applications*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2005, str. 292.

<sup>41</sup> Vladimir Đurić, *Afirmativna akcija – ustavnopravni i međunarodnopravni aspekti*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2007, str. 5-10.

<sup>42</sup> Vojin Dimitrijević, Milan Paunović, *Ljudska prava*, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 1997, str. 191-192.

ovlašćena da uvede ovakve mere<sup>43</sup>. Dobra strana ove definicije je i ta što skreće pažnju na to da je diskriminacija koja je dovela do nepovoljnog položaja korisničkih grupa odnosno do neophodnosti uvođenja afirmativnih mera, bila sistemskog tipa odnosno da se nije radilo o tek sporadičnoj diskriminaciji. Njena je pak manjkavost, između ostalog, u tome što nepovoljan položaj korisničkih grupa povezuje sa diskriminacijom u prošlosti dok se potreba za uvođenjem afirmativnih mera može roditi i iz diskriminacije koja je prisutna i u sadašnjosti te da bi se predupredila diskriminacija u budućnosti. Tako je, na primer, u SAD korisnička grupa mera afirmativne akcije proširena i na pripadnike izvesnih imigrantskih grupa koje, za razliku od Afro-amerikanaca radi kojih su ove mere prvobitno uvedene, nisu bile izložene diskriminaciji u prošlosti ali su danas na meti institucionalne diskriminacije.

### ZAKLJUČAK

Ošta definicija mera afirmativne akcije je, kao što smo iz prethodne analize videli, i dalje skrivena u magli teorijskih nedoumica koje prate ovaj koncept od njegovog nastanka. U mirna vremena, dok ih vlade širom sveta primenjuju u tišini birokratskog delanja, naziru se samo njihovi obrisi, a na površinu u svoj svojoj složenosti izranjaju obično tek kada javna polemika dospe u terminalnu fazu nerazumevanja ovog naprednog ali zahtevnog koncepta savremenog prava.

U Srbiji se mere afirmativne akcije već godinama tiho provlače kroz razne strategije i akcione planove na način koji niti dovodi do ozbiljnih rezultata niti do zahuktalih javnih polemika. Tu su veoma često tek zato da bi se u izveštajima reklo da postoje, bez statičkih podataka i socioloških istraživanja koja bi im morala prethoditi. Ono malo postojećih statističkih podataka i sprovedenih istraživanja ukazuje na to da su mere afirmativne akcije u Srbiji neophodne ako se

---

<sup>43</sup> I ne samo da je ovlašćena nego je u nekim slučajevima i pozvana od strane relevantnih tela da uvede mere afirmativne akcije. Tako, na primer, Komitet za ukidanje rasne diskriminacije u svojim Generalnim preporukama br. 27 poziva države da "preduzmu posebne mere radi promovisanja zapošljavanja Roma u javnoj administraciji i javnim institucijama, kao i u privatnim preduzećima". Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), General Recommendation 27: Discrimination against Roma, dated 16 August 12000, § 28.



želi krenuti putem efektivne jednakosti za sve. Naše društvo boluje od previše mnogo boljki izazvanih destrukcijom iz proteklih decenija da bi se jednakost mogla postići primenom tradicionalnog anti-diskriminacionog zakonodavstva.

Mere afirmativne akcije će, kako to iskustva onih zemalja koje ih već godinama primenjuju, uvek i nužno biti u tenziji sa formalno shvaćenim principom jednakosti na kome su utemeljeni savremeni pravni sistemi. Potresi koje ova tenzija može izazvati u javnom mnjenju, koje kada se radi o raspodeli društvenih resursa najčešće pokazuje manjak racionalnosti, ne mogu se izbeći. Ali ono što ozbiljno teorijsko posvećivanje pojmu afirmativnih mera ovde može učiniti je da pruži okvir skrojen po merama društvenog i pravnog sistema u kome se primenjuju, kako bi praksa bila usmerenija a negativni sentiment javnog mnjenja svedeni na minimum. Zato je, za početak, nužno obezbediti terminološku ujednačenost i odrediti sadržinsko polje pojma afirmativnih mera na način koji će uzeti u obzir kako društvenu zbilju tako i pozitivnopravne propise i ograničenja koja oni nameću.

**Milica V. Matijević, M.A.**

Institute for Comparative Law, Belgrade

**Vesna Erić, LL.M**

Institute of Comparative Law, Belgrade

## **THE AFFIRMATIVE ACTION MEASURES: THE TERMINOLOGICAL DETERMINATION AND INTRODUCTORY CONSIDERATION OF THE CONTENT OF THE NOTION**

*The affirmative action is one of the most complex concepts of the contemporary law and there is still no a unique understanding of the content of this notion. The attempts aimed at constructing a general definition of the affirmative action are weakened by the lack of a terminological consistency in the field. Although the affirmative action measures are endorsed by the very Constitution of Serbia and are contained in the action plans of the state institutions for a number of years already, the theoretical basis for their application is almost completely missing in Serbia. The objective of this article is to encourage future research in this field and to serve as a theoretical starting point for the application of the affirmative action measures in practice through their terminological determination and an analysis of some of the existing general definitions of the affirmative action measures and their constitutive elements.*

**Key words:** *affirmative action measures, effective equality, terminological determination, general definition, comparative legal experiences.*