

Działania pozytywne jako instrument realizacji zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w zatrudnieniu (analiza polskiego i unijnego prawa pracy)

Dr Agata Ludera-Ruszel

Uniwersytet Rzeszowski

1. Wstęp

Prawo do równego traktowania jest podstawowym prawem człowieka. Jego emanacją jest prawo do równego traktowania w zatrudnieniu zaliczane do fundamentalnych praw socjalnych. Wśród wielu aspektów tego prawa, szczególny nacisk kładzie się na kwestię równego traktowania kobiet i mężczyzn w dostępie do zatrudnienia, warunków pracy, awansu oraz dostępu do szkolenia zawodowego. Rynek pracy stanowi bowiem istotny obszar, w którym występują przypadki nierównego traktowania ze względu na płeć, pomimo zmiany, jaka na przestrzeni ostatnich lat dokonała się w świadomości społecznej na temat pozycji kobiet i mężczyzn w życiu społecznym i zawodowym¹. Traktat Amsterdamski², uznał równość kobiet i mężczyzn za jeden z głównych celów Wspólnoty (art. 2 TWE), potwierdził, że we wszystkich działaniach Wspólnota dąży do eliminowania nierówności i popierania równości między kobietami i mężczyznami (art. 3 TWE), jak również upoważnił organy Wspólnoty do podjęcia działań zwalczających dyskryminację m.in. z powodu płci³. Jednocześnie po raz pierwszy swoją podstawę w prawie pierwotnym uzyskały działania pozytywne zmierzające do wyrównania szans na rynku pracy płci niedostatecznie reprezentowanej (art. 141 ust. 4 TWE)⁴. W literaturze zwraca się uwagę na istnienie silnej zależności między przeciwdziałaniem dyskryminacji a wzmocnieniem konkurencyjności

¹ Kobiety za każdą przepracowaną godzinę nadal zarabiają średnio o 16,4% mniej od mężczyzn, przy czym zróżnicowanie wynagrodzenia ze względu na płeć waha się w państwach członkowskich od 4,4% do 27% i rozbieżność ta na poziomie UE maleje w bardzo powolnym tempie- zob. European Commission (2014), Tackling the gender pay gap in the European Union, Luxembourg, Publications Office of the European Union.

² Wszedł w życie 1 czerwca 1999 r.

³ Powołane przepisy stanowiły usankcjonowanie orzecznictwa TSUE w sprawach z zakresu równości płci, który podniósł zasadę niedyskryminacji ze względu na płeć do rangi zasady ogólnej prawa UE. Zob. orzeczenia w sprawach: 43/75 *Defrenne II* z 1976 r., [1976] ECR 00455, 4/73, *Nold*, [1974] ECR 491; 136/79, *National Panasonic*, [1980] ECR 2033 44/79, *Hauer*, [1979] ECR 3727.

⁴ Uprzednio działania pozytywne dopuszczało prawo wtórne, tj. nieobowiązująca już Dyrektywa 76/207/EWG z dnia 9 lutego 1976 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia, awansu zawodowego i warunków pracy oraz Rekomendacja Rady 84/635/EEC z dnia 13 grudnia 1984 r. w sprawie popierania pozytywnych działań na rzecz kobiet.

europejskiej gospodarki oraz poprawą życia jej obywateli⁵. Przeciwdziałanie naruszeniu zasady równości kobiet i mężczyzn w zatrudnieniu jest silnie powiązane z realizacją celów unijnej Strategii Europa 2020, wzrostu do 75% wskaźnika zatrudnienia w UE osób w wieku 20-64 lat oraz zmniejszenia o 20 mln liczby osób zagrożonych ubóstwem, które mają prowadzić do budowy konkurencyjnej, zrównoważonej i społecznej gospodarki europejskiej⁶.

W świetle powyższych uwag celem niniejszego artykułu jest przedstawienie problematyki działań pozytywnych jako instrumentu realizacji zasady równości kobiet i mężczyzn w zatrudnieniu na podstawie ustawodawstwa obowiązującego w UE i w Polsce oraz w oparciu o poglądy doktryny i orzecznictwa. Podjęte rozważania koncentrują się na ukazaniu miejsca działań pozytywnych w obszarze problematyki równości.

2. Działania pozytywne w ustawodawstwie UE oraz w świetle polskiego prawa pracy

Po raz pierwszy możliwość podejmowania działań pozytywnych została zagwarantowana w dyrektywie Rady 76/207/EWG z dnia 9 lutego 1976 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia, awansu zawodowego i warunków pracy. W świetle art. 2 ust. 4 dyrektywy celem działań pozytywnych miało być promowanie równości szans dla kobiet i mężczyzn, w szczególności poprzez usuwanie istniejących nierówności, które wpływają na szansę kobiet w zakresie dostępu do zatrudnienia, w tym awansu i kształcenia zawodowego, jak również warunków pracy. W następstwie podpisania Traktatu Amsterdamskiego działania pozytywne zyskały podstawę w unijnym prawie pierwotnym (art. 141 ust. 4 TWE). Zgodnie z art. 157 ust. 4 TFUE (dawny art. 141 ust. 4 TWE) państwa członkowskie są upoważnione do utrzymania lub przyjmowania środków przewidujących specyficzne korzyści, zmierzające do ułatwienia wykonywania działalności zawodowej przez osoby płci niedostatecznie reprezentowanej bądź zapobiegania niekorzystnym sytuacjom w karierze zawodowej i ich kompensowania. U podstaw działań pozytywnych leżał wzgląd na potrzebę zapewnienia pełnej równości między kobietami i mężczyznami w życiu zawodowym. Porównując art. 2 ust. 4 dyrektywy 76/207/WE i art. 157 ust. 4 TFUE dostrzec można, że art. 157 ust. 4 TWE posługuje się neutralnym pod względem płci sformułowaniem odnoszącym się do celu i zakresu działań pozytywnych⁷. W praktyce działania pozytywne mają z reguły dużo większe znaczenie dla pozycji kobiet niż mężczyzn na rynku pracy. Powyższe potwierdza treść deklaracji nr 28

⁵ Zob. R. Krauze (2010), *Case 54/07 Centrum v gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV*, [2008] ECR I-5187, *Common Market Law Review*, Vol. 3, s. 917-931.

⁶ *Komunikat Komisji z dnia 3 marca 2010 r. Europa 2020 Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu*, http://ec.europa.eu/eu2020/pdf/1_PL_ACT_part1_v1.pdf (dostęp: 16.08.2011 r.) - dalej jako Strategia Europa 2020.

⁷ Tak L. Mitrus, *Tendencje rozwojowe wspólnotowego prawa pracy*, Państwo i Prawo 2003, Nr 7, s. 33.

do Traktatu Amsterdamskiego, zgodnie z którą przyjmując takie środki państwa członkowskie powinny mieć na celu przede wszystkim poprawę sytuacji kobiet w życiu zawodowym⁸. Ponadto definiując cel działań pozytywnych, przesunięto punkt ciężkości z równości szans kobiet i mężczyzn na równość rezultatów, uwzględniając w tym zakresie dotychczasowe orzecznictwo TSUE, w których zwrócono uwagę na konieczność promowania faktycznej równości między kobietami i mężczyznami w życiu zawodowym⁹. Późniejsze dyrektywy w zakresie równości uwzględnią tę zmianę. Dyrektywa Rady 54/2006 w zakresie równości płci w art. 3 wskazuje na konieczność zapewnienia w praktyce pełnej równości kobiet i mężczyzn w życiu zawodowym jako podstawy utrzymywania lub przyjmowania przez państwo członkowskie środków w rozumieniu art. 141 ust. 4 Traktatu. Wspieranie równości kobiet i mężczyzn jest także celem i zadaniem UE. Na mocy art. 8 TFUE UE została zobligowana do wspierania równości mężczyzn i kobiet we wszystkich swoich działaniach. W doktrynie nie ma zgody co do charakteru obowiązku nałożonego na UE tym przepisem. Według jednego z poglądów art. 8 TFUE ma moc zasady prawnej, która nie kreuje żadnych indywidualnych uprawnień, ale wyznacza względnie skonkretyzowany obowiązek UE, którego realizacja zależy od konkretnych warunków gospodarczych i społecznych¹⁰. Także Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej nakłada na UE oraz państwa członkowskie obowiązek zapewnienia równości kobiet i mężczyzn we wszystkich dziedzinach, w tym zakresie wynagrodzenia, pracy i zatrudnienia, stanowiąc o możliwości utrzymywania lub przyjmowania środków zapewniających specyficzne korzyści dla osób płci niedostatecznie reprezentowanej (art. 23). Przyjęta przez polskiego ustawodawcę prawna konstrukcja działań pozytywnych, nawiązuje do art. 157 ust. 4 TFUE. Przepis art. 18^{3b} § 3 k.p. definiuje działania pozytywne w kontekście ich celu, jaki stanowi zmniejszenie faktycznych nierówności w zakresie dostępu do zatrudnienia, warunków zatrudnienia, awansów zawodowych, dostępu, do szkolenia w celu podnoszenia kwalifikacji zawodowych, będących udziałem wszystkich lub znacznej liczby pracowników, ze względu na przyczyny mogące być źródłem nierównego traktowania, wyróżnione w art. 18^{3a} § 1 k.p.

3. Działania pozytywne a zasada równości kobiet i mężczyzn w zakresie zatrudnienia

Z przeprowadzonych rozważań wynika, że działania pozytywne polegają na czasowym uprzywilejowaniu pewnej grupy osób w celu eliminacji faktycznych nierówności,

⁸ http://oide.sejm.gov.pl/oide/images/files/dokumenty/traktaty/Traktat_amsterdamski_PL_16.pdf (22.12.2014 r.).

⁹ Zob. orzeczenie TSUE w sprawie C-450/93 *Kalanke* z dnia 17.10.1995 r. [1995] ECR I-305 oraz w sprawie C-409/95 *Marschall* [1997] ECR I-06363. W rezultacie art. 2 ust. 4 dyrektywy 76/207/EWG uzyskał nowe brzmienie na mocy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 73/2002/WE z dnia 23 września 2002 r. Art. 2 ust. 8 w wersji przededagowanej stanowił, że państwa członkowskie mogą utrzymywać lub przyjmować środki w rozumieniu art. 141 ust. 4 Traktatu w celu zapewnienia pełnej równości między mężczyznami i kobietami w praktyce.

¹⁰ A. Wróbel, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. I, red. D. Miąsik, N. Półtorak, A. Wróbel, WKP 2012, Lex Omega. Zob. też orzeczenie TSUE w sprawie C-236/09 *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL i in. v. Conseil des ministres* [2011] ECR I-00773.

których osoby te doświadczają w zatrudnieniu ze względu na określoną cechę charakterystyczną, np. płeć¹¹.

Wskazuje się, że u podstaw działań pozytywnych leży взгляд na potrzebę „rozwiązania zakorzenionych barier napędzających głęboko niekorzystne traktowanie”¹² przedstawicieli jednej płci tzw. płci niedostatecznie reprezentowanej. Działania pozytywne mogą być rozpatrywane w kategoriach środka walki z dyskryminacją i nierównym traktowaniem, jeżeli ich celem jest przeciwdziałanie sytuacji, w której stereotypy i uprzedzenia płciowe, nie zaś rzeczywiste kwalifikacje zawodowe, stanowią jedyne i decydujące kryterium na etapie procesu rekrutacji, awansowania, dostępu do szkoleń zawodowych oraz ukształtowania warunków pracy, zwłaszcza wysokości wynagrodzenia. W praktyce częściej działania pozytywne mają na względzie poprawę sytuacji na rynku pracy przedstawicieli jednej płci, z reguły kobiet, przez wyrównanie faktycznych nierówności, jakie występują między kobietami i mężczyznami, nawet, jeżeli formalnie żadna dyskryminacja czy nierówne traktowanie nie występuje. Różnice w rzeczywistym położeniu na rynku pracy, jakie występują między płciami, dotyczą zasadniczo trzech płaszczyzn: psychofizycznej, społeczno-kulturowej i gospodarczej¹³. W takim przypadku działania pozytywne umożliwiają przedstawicielom płci znajdującej się w niekorzystnej sytuacji zawodowej, faktyczny dostęp do praw formalnie im zagwarantowanych w przepisach prawa, na tych samych zasadach co przedstawicielom płci przeciwnej. Uzasadnieniem dla działań pozytywnych jest wówczas przekonanie, że zagwarantowanie równości formalnej nie jest wystarczające do osiągnięcia rzeczywistej równości między kobietami i mężczyznami na rynku pracy.

Działania pozytywne nie należy rozważać w kategoriach wyjątku czy odstępstwa od zasady równości¹⁴. Działania pozytywne stanowią formę realizacji, od strony pozytywnej, zasady równości płci, stanowią jej konieczny element¹⁵. Powyższe znajduje potwierdzenie w treści odpowiednich przepisów prawa unijnego i polskiego, które w zakresie celu działań pozytywnych odwołują się do osiągnięcia „pełnej równości w praktyce”. W pełni istotę

¹¹ Zob. A. Śledzińska-Simon, *Zasada równości i zasada niedyskryminacji w prawie UE*, Studia BAS 2011, Nr 2(26), s. 69.

¹² M. Bell, L. Waddington, *Exploring the boundaries of positive action under EU law: A search for conceptual clarity*, Common Market Law Review 2011, Vol. 5, s. 1503.

¹³ Szerzej na temat przyczyn zróżnicowania pracowników ze względu na płeć zob. M. Rychter-Raj, *Uzasadnione zróżnicowanie pracowników ze względu na płeć*, Praca i Zabezpieczenie Społeczne 2003, Nr 8, s. 10.

¹⁴ Tak też C. Castello, G. Davies, *The Case Law of the Court of Justice in the Field of Sex Equality Since 2000*, Common Market Law Review 2006, Vol. 43, s. 1567-1616. Zob. także opinię Rzecznika Generalnego Saggio w sprawie C-158/97 *Badeck* (European Court reports 2000, I-01875, para. 26). Jedyne art. 23 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej jest niejednoznaczny, gdy chodzi o określenie działań pozytywnych. Zwrot „nie stanowi przeszkody” może sugerować, że działania pozytywne stanowią odejście od zasady równości – zob. M. Bell, L. Waddington, *Exploring...*, op. cit., p. 1503.

¹⁵ M. Bell, L. Waddington, *Exploring...*, op. cit., s. 1503.

działań pozytywnych TSUE wyraził w wyroku w sprawie C-450/93 *Kalanke* stwierdzając, że „art. 2 ust. 4 dyrektywy (76/207/WE) ma ściśle określony wyłączny cel ograniczający się do zezwolenia na środki, które chociaż pozornie mają charakter dyskryminacyjny – zmierzają w istocie do usunięcia lub zmniejszenia faktycznych przejawów nierówności mogących występować w danych realiach życia społecznego. Przepis ten dopuszcza zatem regulacje krajowe dotyczące dostępu do pracy, w tym awansu, które przyznając szczególne korzyści kobietom – mają na celu polepszenie ich zdolności do konkurencyjności na rynku pracy oraz realizacji własnej kariery na równi z mężczyznami”¹⁶. Także polski Trybunał Konstytucyjny, na długo przed formalnym przyjęciem unijnego dorobku prawnego w dziedzinie równości płci wskazał, że „przyznanie kobietom dodatkowych uprawnień w porównaniu z mężczyznami ma na celu zagwarantowanie realizacji równouprawnienia, nie przeczy zasadzie równości, ale ją realizuje”¹⁷. Takie określenie miejsca działań pozytywnych w polityce równości płci jest konsekwencją przyjęcia materialnej a nie formalnej koncepcji równości. Dużą rolę w tym zakresie odegrał TSUE, konsekwentnie prezentując materialne (pozytywne) podejście do kwestii równości płci.

Najwięcej wątpliwości wywołują w praktyce środki promowania równości płci, które polegają na preferowaniu przedstawicieli płci niedostatecznie reprezentowanej w zakresie zatrudnienia, szkolenia i awansu zawodowego. Ze względu na cienką granicę, jaka dzieli takie środki od naruszenia zasady równości i niedyskryminacji muszą być one proporcjonalne do zakładanego celu, zaś ich stosowanie nie może być automatyczne¹⁸. TSUE kilkakrotnie rozpatrywał legalność krajowych przepisów prawnych przyznających priorytet przedstawicielom jednej płci (z reguły kobietom) w dostępie do zatrudnienia. W sprawie C-450/93 *Kalanke* TSUE badał zgodność z unijnym porządkiem prawnym przepisów niemieckiego kraju związkowego Brema przyznających kobietom pierwszeństwo w dostępie do zatrudnienia w oparciu o klauzule ilościowe¹⁹. W orzeczeniu tym TSUE, aprobuje co do zasady działania pozytywne, opowiedział się przeciwko przyznaniu kobietom automatycznego, absolutnego i bezwarunkowego pierwszeństwa w zatrudnieniu lub

¹⁶ Por. orzeczenie TSUE w sprawie 312/86 *Komisja WE v. Republika Francuska* z dnia 25.10.1988 r., Lex nr 128205.

¹⁷ Orzeczenie z dnia 3 marca 1987 r., P 2/87, OTK 187/1/2.

¹⁸ Zob. C. Mik, *Wyrównywanie szans, ale nie automatyczne preferowanie*, Rzeczpospolita. Prawo na co dzień, 1998, Nr 5, s. 13.

¹⁹ Paragraf 4 Bremeńskiego prawa o równym traktowaniu kobiet i mężczyzn w sektorze usług publicznych z dnia 20 listopada 1990 r. stanowił m.in., że w sytuacji awansu kobieta, która ma takie same kwalifikacje jak mężczyzna ubiegający się o to samo stanowisko, ma pierwszeństwo w sektorach, które są niedostatecznie reprezentowane przez kobiety, przy czym niedostateczna reprezentacja kobiet ma miejsce, gdy kobiety nie stanowią co najmniej połowy zatrudnionych w jednostce organizacyjnej, w której znajduje się dane stanowisko.

awansowaniu, jako nieproporcjonalnego do celu, jaki ma być osiągnięty przez stosowanie polityki równych szans na rzecz kobiet²⁰. Interpretując powyższe orzeczenie Komisja Europejska wskazała, że sprzeczne z zasadą równości szans są tylko normy o sztywnym i bezwarunkowym charakterze, a zatem takie, które nie zawierają klauzuli wyjątku, która uzależnia ich zastosowanie przez pracodawcę od rozważenia wszystkich okoliczności konkretnej sprawy²¹. Stanowisko TSUE wyrażone w sprawie *Kalanke* uwzględniają orzeczenia wydane w kolejnych sprawach tego rodzaju rozpatrywanych przez TSUE. W sprawie C-409/95 *Marshall*²² TSUE uznał zgodność ustawodawstwa krajowego przyznającego kobietom, mającym jednakowe kwalifikacje z mężczyznami, pierwszeństwo w zakresie awansu w służbie publicznej na stanowiskach, na których kobiety są niedoreprezentowane. W rozpatrywanej sprawie TSUE zwrócił uwagę na to, że odnośne przepisy, odmiennie niż te będące przedmiotem rozpoznania w sprawie *Kalanke*, przewidują obowiązek przeprowadzenia obiektywnej, indywidualnej, oceny obu kandydatur, uwzględniającej wszystkie istotne kryteria (predyspozycje, kompetencje czy wyniki zawodowe) i zatrudnienie kandydata płci męskiej, jeżeli choć jedna szczególna okoliczność przemawia na jego korzyść, z zastrzeżeniem, że zastosowane kryteria nie mają charakteru dyskryminującego kobiety. Dużo dalej idące jest jednak kolejne orzeczenie w sprawie C-158/97 *Badeck*²³. W orzeczeniu tym TSUE jeszcze w większym stopniu odciął się od orzeczenia w sprawie *Kalanke* kwestionującego system kwotowy. Znaczenie sprawy *Badeck* dla problematyki działań pozytywnych wyraża się w tym, że w tej sprawie TSUE po raz pierwszy wypowiedział się w sprawie zgodności z dyrektywą 76/207/WE środków działań pozytywnych w postaci elastycznych i ścisłych systemów kwotowych ukierunkowanych na osiągnięcie określonych rezultatów w zakresie reprezentacji płci (*flexible quota results, strict quota results*). W tej sprawie TSUE zaaprobował elastyczny system kwotowy (*flexible quota result*) przewidujący pierwszeństwo zatrudnienia kobiet w sektorach służby publicznej, w których kobiety są niedoreprezentowane, w sytuacji, gdy kandydaci i kandydatki mają jednakowe kwalifikacje, jeżeli jest to konieczne do zapewnienia przestrzegania celów planu

²⁰ Szeroko orzeczenie to omawia M. Rychter-Raj, *Uzasadnione zróżnicowanie...*, op.cit., s. 11-13.

²¹ Ibiem, s. 12.

²² *Hellmut Marshall v. Land Nordrhein-Westfalen* z dnia 11.11.1997 r., [1997] ECR I-06363. W orzeczeniu tym TSUE ocenił zgodność art. 2 ust. 4 dyrektywy 76/207/WE ustawodawstwa landu Nadrenii-Westfalii przewidującego pierwszeństwo awansu kobiet na stanowiskach, na których reprezentacja kobiet jest mniejsza, jeżeli kobiety i mężczyźni mają jednakowe kwalifikacje, chyba, że szczególne okoliczności przemawiają na korzyść kandydata płci męskiej.

²³ *Georg Badeck i inni* z dnia 28.03.2000 r., [2000] ECR I-01875. W orzeczeniu tym TSUE ocenił zgodność z art. 2 ust. 4 dyrektywy 76/207/WE prawa landu Hesji o równym traktowaniu kobiet i mężczyzn w zakresie usług publicznych. Szerzej na ten temat zob. K. Kückhold, *Badeck – The Third German Reference on Positive Action*, *Industrial Law Journal* 2001, Vol. 30, No. 1, s. 116-120.

awansu kobiet, gdy nie sprzeciwiają się temu względy większej wagi prawnej, a kandydaci są przedmiotem obiektywnej oceny, uwzględniającej ich szczególne sytuacje osobiste. TSUE uznał także za zgodne z prawem unijnym przepisy przewidujące minimalny udział procentowy kobiet na stanowiskach czasowych w służbie akademickiej i na stanowiskach asystentów akademickich, który jest co najmniej równy udziałowi procentowemu kobiet wśród absolwentów, posiadaczy wyższych stopni naukowych i studentów w każdej dyscyplinie, jeżeli jest to konieczne dla zapewnienia realizacji wiążących celów planu awansu kobiet, a selekcja dotyczy kandydatów posiadających jednakowe kwalifikacje²⁴. Istotne znaczenie ma jednak akceptacja TSUE dla ścisłych systemów kwotowych (*strict quota result*) w dwóch przypadkach, będącym przedmiotem rozpoznania w tej sprawie. Po pierwsze przyznających co najmniej połowę miejsc na szkolenia zawodowe kobietom, w zawodach, w których kobiety nie są dostatecznie reprezentowane, chyba, że brak jest wystarczającej liczby wniosków pochodzących od kobiet. Zasadnicza równica między elastycznym a ścisłym system kwotowym w tym przypadku sprowadza się do tego, że o ile pierwszy z nich wymaga, aby kandydaci posiadali jednakowe kwalifikacje, to drugi takiego warunku nie wprowadza. Wystarczające jest tylko, aby preferowany kandydat legitymował się wymaganymi (minimalnymi) kwalifikacjami. Aprobując takie uregulowanie TSUE wskazał, że ma ono na celu wzmocnienie pozycji kobiet na rynku pracy przez umożliwienie im konkurencji na równych zasadach z mężczyznami, a ponadto zdaniem TSUE, środki takie odznaczają się pewnym stopniem elastyczności, gdyż przewidują odstępianie od parytetu w razie braku wystarczającej liczby wniosków pochodzących od kobiet. Po drugie TSUE zaaprobował przepis przyznający połowę miejsc na rozmowie kwalifikacyjnej kobietom legitymującym się takimi samymi kwalifikacjami co kandydaci płci męskiej, pod warunkiem, że gwarantuje indywidualną i obiektywną ocenę wszystkich kandydatów.

4. Zakończenie

Z przeprowadzonych rozważań wynika, że działania pozytywne stanowią formę realizacji, od strony pozytywnej, zasady równości w praktyce. Uznanie legalności działań pozytywnych jest konsekwencją przyjęcia materialnej, a nie formalnej, koncepcji zasady równości, która zakłada osiągnięcie faktycznej (rzeczywistej) równości między kobietami i mężczyznami w życiu zawodowym. Rzeczywista pozycja kobiet i mężczyzn na rynku pracy

²⁴ W tym zakresie TSUE zaaprobował interpretację §5(7) prawa landu Hesji o równym traktowaniu kobiet i mężczyzn w zakresie usług publicznych zaproponowaną przez Trybunał Konstytucyjny (Staatsgerichtshof) w orzeczeniu z dnia 16.04.1997 r. (ZBR 1997, 313, 319).

jest bowiem wypadkową szeregu czynników, w szczególności psychofizycznych, społeczno-kulturowych i gospodarczych. Różnice między kobietami i mężczyznami, determinowane tymi czynnikami, mogą być źródłem faktycznych nierówności między płciami w zakresie dostępu do zatrudnienia. W tym sensie działania pozytywne mają na celu poprawę sytuacji na rynku pracy płci niedoreprezentowanej, z reguły kobiet, przez wyrównanie tych nierówności, nawet, jeżeli formalnie żadna dyskryminacja czy nierówne traktowanie nie występuje. Istotną rolę w zakresie określenia warunków i granic stosowania działań pozytywnych odegrał TSUE, który konsekwentnie prezentuje materialne podejście do kwestii równości płci. W orzeczeniach w sprawie *Kalanke*, *Marshall* i *Badeck* TSUE dopuścił i jednocześnie dookreślił warunki stosowania systemów kwotowych, jako środków działań pozytywnych, które polegają na preferowaniu przedstawicieli płci niedostatecznie reprezentowanej, z reguły kobiet, w zakresie zatrudnienia, szkolenia i awansu zawodowego, a które wywołują najwięcej wątpliwości w kontekście zgodności z zasadą równości i niedyskryminacji ze względu na płeć.