

Katarzyna Eliaz

Uniwersytet Jagielloński, Polska

e-mail: katarzyna.eliaz@uj.edu.pl

ORCID: 0000-0002-0575-0455

KONTROWERSJE WOKÓŁ POZYTYWNEJ DYSKRYMINACJI

CONTROVERSIES OVER REVERSE DISCRIMINATION

Abstract

The concept of reverse discrimination refers to a variety of strategies that entail giving strong preferential treatment in employment or education to the groups in a society that have been institutionally discriminated against. “Giving strong preferential treatment” means that candidates with lower qualifications are given priority over better qualified members of the groups that have not been discriminated against in the past. Reverse discrimination can be justified with reference to two strategies: backward-looking and forward-looking. On the backward-looking justification, reverse discrimination is a means of compensating victims of past discrimination, while on the forward-looking justification, reverse discrimination is a means of creating more diverse and egalitarian society. The aim of this paper is to challenge both justifications. First, against backward-looking justification, I shall claim that reverse discrimination is not a proper method of compensating for past wrongs of discrimination. Second, I shall challenge the forward-looking argument by pointing at the risks inherent in perceiving reverse discrimination as the means of creating more egalitarian society. Importantly, the objections presented in this paper refer only to reverse discrimination, and they do not undermine other methods used within the affirmative action (including tie-breaker provisions).

KEYWORDS

affirmative action, equality, compensatory justice, discrimination, distributive justice, reverse discrimination

SŁOWA KLUCZOWE

akcja afirmatywna, dyskryminacja, pozytywna dyskryminacja, równość, sprawiedliwość naprawcza, sprawiedliwość rozdzielcza

1. WPROWADZENIE

Pojęcie pozytywnej dyskryminacji odnosi się do strategii stosowanych przy alokacji miejsc w systemie edukacji i na rynku pracy, które polegają na silnym preferencyjnym traktowaniu osób należących do grup demograficznych poddanych w przeszłości instytucjonalnej dyskryminacji¹. Stosowanie silnego preferencyjnego traktowania oznacza, że członkowie dyskryminowanych grup społecznych ubiegający się o dane stanowisko traktowani są bardziej przychylnie niż lepiej wykwalifikowani członkowie grup, które nie były poddane dyskryminacji w przeszłości (co w praktyce przejawia się wprowadzeniem limitów kwotowych lub przyznawaniem dodatkowych punktów podczas oceny kandydata na dane stanowisko)². Natomiast instytucjonalna (strukturalna) dyskryminacja to organizacja relacji społecznych w sposób, który prowadzi do ograniczenia dostępu członków niektórych grup demograficznych do określonych dóbr (w tym stanowisk w systemie edukacji i na rynku pracy) ze względu na cechy (jak rasa lub płeć), które przy rozdziale tych dóbr nie powinny mieć znaczenia. Tak rozumiana dyskryminacja instytucjonalna może przybrać formę dyskryminacji prawnej, kiedy to dyskryminujące praktyki są sankcjonowane przez obowiązujące reguły prawne (np. prawa Jima Crowa wymierzone w afroamerykańskich obywateli południa Stanów Zjednoczonych), lub dyskryminacji zwyczajowej, kiedy to dyskryminujące praktyki nie są sankcjonowane przez prawo, ale podtrzymywane

¹ Niekiedy pozytywną dyskryminację definiuje się szerzej, tj. jako strategię mającą na celu zwiększenie demograficznej różnorodności w systemie edukacji i na rynku pracy, niezależnie od tego, czy źródłem braku różnorodności jest miniona dyskryminacja, czy inne czynniki.

² D. A. Harrison, D. A. Kravitz, D. M. Mayer, L. M. Leslie, D. Lev-Arey, *Understanding Attitudes Toward Affirmative Action Programs in Employment: Summary and Meta-Analysis of 35 Years of Research*, "Journal of Applied Psychology" 2006, Vol. 91, No 5, s. 1014.

przez społeczną praktykę (np. dyskryminacja kobiet w dziedzinach STEM³). Zwyczajowa dyskryminacja instytucjonalna może być stosowana świadomie lub nieświadomie, stanowiąc uzewnętrznienie skrywanych uprzedzeń.

Uzasadniając pozytywną dyskryminację, można powoływać się na dwie strategie: prospektywną (*forward-looking reverse discrimination*) i retrospektywną (*backward-looking reverse discrimination*)⁴. Na gruncie strategii prospektywnej pozytywna dyskryminacja uzasadniana jest jako jedna z metod służących stworzeniu bardziej egalitarnego społeczeństwa (przez niwelowanie nierówności w dostępie do edukacji i rynku pracy)⁵. Strategia retrospektywna zakłada natomiast, że pozytywna dyskryminacja jest jedną z instytucji sprawiedliwości naprawczej, a więc sposobem na zrekomensowanie szkód wynikających z odmówienia niektórym grupom społecznym dostępu do stanowisk (niekiedy określa się ten rodzaj pozytywnej dyskryminacji mianem dyskryminacji kompensacyjnej)⁶.

Wobec obu strategii można jednak sformułować kilka zarzutów. Przeciwno uzasadnieniom retrospektywnym można argumentować, że pozytywna dyskryminacja nie jest właściwą rekompensatą za krzywdy minionej dyskryminacji (pkt 2 tego artykułu). Przeciwno uzasadnieniom prospektywnym można wskazywać, że strategia ta stanowi naruszenie zasady równości, nie jej wzmocnienie (pkt 3 tego artykułu), odbierana jest jako pogwałcenie zasady sprawiedliwej dystrybucji dóbr (pkt 4 tego artykułu), i wreszcie, może prowadzić do stygmatyzowania beneficjentów pozytywnej dyskryminacji (pkt 5 tego artykułu), którzy w efekcie nie są postrzegani jako równi na rynku pracy i w systemie edukacji.

Powyższe wątpliwości odnoszą się jednak w pełni jedynie do pozytywnej dyskryminacji, nie do wszystkich mechanizmów stosowanych w ramach akcji afirmatywnej. Akcja afirmatywna (akcja pozytywna) jest szerokim pojęciem używanym do opisanego „pozytywnych kroków podejmowanych w celu zwiększenia udziału kobiet i mniejszości w dziedzinach zatrudnienia, edukacji i kultury, z których były historycznie wykluczone”⁷. Nie wszystkie rodzaje akcji

³ Zob. np. B. Bloodhart, M. M. Balgopal, A. M. A. Casper, L. B. Sample McMeeking, E. V. Fischer, *Outperforming yet undervalued: Undergraduate women in STEM*, „PLOS ONE” 2020, Vol. 15, No 6, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7316242/> (dostęp: 26.10.2021 r.). Zob również E. Makarova, B. Aeschlimann, W. Herzog, *The Gender Gap in STEM Fields: The Impact of the Gender Stereotype of Math and Science on Secondary Students' Career Aspirations*, „Frontiers in Education” 2019, Vol. 4, No 60, <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/educ.2019.00060/full> (dostęp: 18.10.2021 r.).

⁴ Zob. np. J. P. Day, *Compensatory Discrimination*, „Philosophy” 1981, Vol. 56, No 21, s. 55; G. Sher, *Reverse Discrimination, the Future, and the Past*, „Ethics” 1979, Vol. 90, No 1, s. 81–87.

⁵ Tak np. R. Dworkin, *The Rights of Allan Bakke*, (w:) H. LaFollette (ed.), *Ethics in Practice*, Malden, MA 2002, s. 441–447.

⁶ Zob. np. J. P. Day, *Compensatory Discrimination...*, s. 55; G. Sher, *Reverse Discrimination...*, s. 81.

⁷ R. Fullinwider, *Affirmative Action*, (w:) E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018, <https://plato.stanford.edu/entries/affirmative-action/> (dostęp: 8.10.2021 r.).

afirmatywnej mają więc charakter pozytywnej dyskryminacji w ścisłym sensie (tj. strategii zakładającej silne preferencyjne traktowanie osób tradycyjnie dyskryminowanych). Można wskazać jej trzy mniej radykalne warianty⁸. Po pierwsze, akcja afirmatywna może polegać na wdrażaniu rozwiązań pozwalających kandydatom poprawić kompetencje przed przystąpieniem do rywalizacji o dane stanowisko, przede wszystkim za pomocą kursów i szkoleń (*opportunity enhancement*). Druga strategia skierowana jest do decydentów i zakłada zrównywanie szans w edukacji i zatrudnieniu przez minimalizowanie ryzyka wystąpienia świadomej lub nieświadomej dyskryminacji (*equal opportunity*). Przykładem takiego rozwiązania jest wprowadzanie na uczelniach szkoleń antydyskryminacyjnych. Wreszcie, akcja afirmatywna może przybrać formę słabego preferencyjnego traktowania osób należących do dyskryminowanych grup demograficznych (*weak preferential treatment, tie-breaker*), co oznacza, że osoby te mają pierwszeństwo w procesie ubiegania się o stanowisko tylko, jeśli ich kwalifikacje są równe kwalifikacjom kandydatów, którzy nie należą do dyskryminowanych grup. Chociaż słabszych mechanizmów akcji afirmatywnej nie można bronić z perspektywy retrospektywnej (jako rozwiązania służącego sprawiedliwości naprawczej), to można argumentować na ich rzecz z perspektywy prospektywnej, podczas gdy pozytywna dyskryminacja jest trudna do obrony na gruncie obu strategii (pkt 6 tego artykułu).

2. POZYTYWNA DISKRYMINACJA A ZASADY SPRAWIEDLIWOŚCI NAPRAWCZEJ

Realizacja sprawiedliwości naprawczej (rekompensaty za doznaną szkodę lub krzywdę) wymaga łącznego spełnienia następujących warunków⁹:

- 1) dowiedzenia wystąpienia szkody lub krzywdy;
- 2) wskazania pokrzywdzonego (uprawnionego do otrzymania rekompensaty);
- 3) ustalenia kosztu szkody lub krzywdy;
- 4) wskazania podmiotu zobowiązanego do udzielenia rekompensaty;
- 5) ustalenia, czy rekompensata jest możliwa, i wskazania jej rodzaju (odpowiadającego wysokości wyrządzonej szkody lub krzywdy).

W przypadku, gdy rekompensata ma polegać na stosowaniu strategii opartych na preferencyjnym traktowaniu osób instytucjonalnie dyskryminowanych, pojawiają się wątpliwości odnośnie do: 1) możliwości jednoznacznej identyfikacji uprawnionych do otrzymania rekompensaty, 2) możliwości jednoznacznej

⁸ Omawiam za: D. A. Harrison, D. A. Kravitz, D. M. Mayer, L. M. Leslie, D. Lev-Arey, *Understanding Attitudes...*, s. 1014.

⁹ Omawiam za: M. Levin, *Affirmative Action*, (w:) H. LaFollette (ed.), *Ethics in Practice*, Malden, MA 2002, s. 435.

identyfikacji podmiotu zobowiązanego do udzielenia rekompensaty i wreszcie 3) wskazania właściwego sposobu rekompensowania za doznaną krzywdę.

Ad 1. Pozytywna dyskryminacja na gruncie uzasadnienia retrospektywnego jest, jak wskazaliśmy, mechanizmem rekompensowania za ograniczenia w dostępie do stanowisk, który skierowany jest do grup demograficznych poddanych w przeszłości instytucjonalnej dyskryminacji. Zwolennicy tej strategii mogą uzasadniać przyznanie rekompensaty grupie demograficznej jako całości (niezależnie od tego, czy jej poszczególni członkowie doznali szkody lub krzywdy), wskazując, że w efekcie instytucjonalnej dyskryminacji cała grupa stała się kolektywnym celem niesprawiedliwych praktyk¹⁰. Wobec tego sposobu rozumowania można jednak sformułować dwa zastrzeżenia. Po pierwsze, przyznanie rekompensaty całej grupie demograficznej będzie oznaczało, że osoby należące do tej grupy, które z jakichkolwiek powodów nie doświadczyły szkody lub krzywdy wynikającej z instytucjonalnej dyskryminacji, otrzymają taką samą korzyść jak osoby, które ucierpiały w wyniku dyskryminujących praktyk¹¹. Po drugie, jak zauważa Alan Goldman, rekompensata może przysługiwać grupie, o ile jest grupą rozumianą socjologicznie, to jest taką, której członkowie pozostają ze sobą w relacji faktycznej współzależności (tak, że możliwość działania poszczególnych członków zależy od możliwości działania innych)¹². Grupą w tym sensie może być więc drużyna sportowa czy zespół muzyczny, ale nie grupa wyróżniona ze względu na określone cechy demograficzne. W przypadku grup, w których przynależność opiera się na podzielanych cechach demograficznych (nie faktycznej współzależności), uniemożliwienie działania jednemu członkowi grupy nie podważa możliwości działania grupy jako całości. Nawet jeśli każdy członek grupy wyróżnionej w oparciu o kryterium demograficzne został poddany dyskryminacji w edukacji lub na rynku pracy, to rekompensata powinna przysługiwać każdej osobie pokrzywdzonej jako jednostce, a nie grupie jako całości¹³.

Ad 2. Nie jest również w pełni jasne, które podmioty powinny odpowiadać za krzywdy wyrządzone przez instytucjonalną dyskryminację¹⁴. Niekiedy wskazuje się, że zobowiązane do rekompensaty powinno być społeczeństwo jako całość¹⁵. Jednak przeniesienie odpowiedzialności na społeczeństwo zwalnia z niej te instytucje, które faktycznie dopuszczały się dyskryminujących działań. Innym rozwiązaniem byłoby więc zobowiązanie do rekompensaty zarówno społeczeństwa, jak i poszczególnych instytucji stosujących dyskryminacyjne praktyki. Przyjęcie tego

¹⁰ Zob. np. P. W. Taylor, *Reverse Discrimination and Compensatory Justice*, "Analysis" 1973, Vol. 33, No 6, s. 181.

¹¹ Zob. np. W. J. Nickel, *Preferential Policies in Hiring and Admissions: A Jurisprudential Approach*, "Columbia Law Review" 1975, Vol. 75, s. 538.

¹² Zob. A. Goldman, *Limits to the Justification of Reverse Discrimination*, "Social Theory and Practice" 1975, Vol. 3, No 3, s. 292–293.

¹³ *Ibidem*, s. 293.

¹⁴ Omawiam za A. Goldmanem: *ibidem*, s. 293–295.

¹⁵ Tak np. P. W. Taylor, *Reverse Discrimination...*, s. 178, 180–182.

rozwiązania oznaczałoby jednak, że niektóre osoby byłyby uprawnione do uzyskania rekompensaty dwa razy. Jedynym przekonującym rozwiązaniem jest więc zobowiązanie do rekompensaty tylko tych instytucji, które dopuściły się faktycznej dyskryminacji. Za zawężeniem kręgu zobowiązanych podmiotów przemawia jeszcze jeden argument. W efekcie pozytywnej dyskryminacji faktyczny ciężar rekompensaty nie spoczywa na instytucjach, a na kandydatach, którzy pomimo odpowiednich kwalifikacji nie zdobyli stanowisk, o które się ubiegali.

Ad 3. Można się również zastanawiać, czy silne preferencyjne traktowanie jest właściwym (tj. odpowiadającym rodzajowi krzywdy) sposobem rekompensowania za efekty instytucjonalnej dyskryminacji. Można bowiem wątpić, czy właściwą formą zadośćuczynienia dla grup demograficznych, które ze względu na niesprawiedliwe urządzenie relacji społecznych nie zdobyły wystarczających kompetencji na dane stanowisko, jest przyznanie członkom tych grup priorytetu w procesie kwalifikacyjnym. W tym przypadku rekompensatą w większym stopniu odpowiadającą rodzajowi wyrządzonej krzywdy wydaje się być zapewnienie członkom dyskryminowanych grup dodatkowych możliwości doskonalenia kompetencji przed ubieganiem się o dane stanowisko.

Podsumujmy: rekompensata za krzywdy wynikające z dyskryminacji: po pierwsze, powinna być skierowana do osób, które faktycznie jej doświadczyły, a do grup tylko w wypadku, gdy ich członkowie pozostają ze sobą w relacji faktycznej współzależności; po drugie, powinna być udzielona przez te instytucje, które dopuściły się dyskryminacji; po trzecie, powinna odpowiadać rodzajowi wyrządzonej krzywdy. Programy opierające się na pozytywnej dyskryminacji nie spełniają pierwszego i trzeciego wymogu, chociaż mogą spełniać drugi wymóg. Z tego powodu nie należy pozytywnej dyskryminacji uzasadniać w kategoriach rekompensaty za krzywdy wynikłe z instytucjonalnej dyskryminacji.

3. POZYTYWNA DYSKRYMINACJA A ZASADA RÓWNOŚCI

Argumentując na rzecz pozytywnej dyskryminacji, można przyjąć drugą strategię i bronić jej (z perspektywy prospektywnej) jako sposobu niwelowania nierówności powstałych w efekcie instytucjonalnej dyskryminacji, a w konsekwencji, jako jednej z metod stworzenia bardziej egalitarnego społeczeństwa w przyszłości. Przeciwnicy tej strategii argumentują jednak, że nie skutkuje ona faktycznym zniesieniem nierówności, a jedynie prowadzi do ich przeorganizowania (tak, że ofiarami nierównego traktowania stają się osoby należące do grup społecznych niepoddanych instytucjonalnej dyskryminacji)¹⁶. Czy ta linia

¹⁶ Zob. np. G. Sher, *Reverse Discrimination...*, s. 85; zob. również: L. H. Newton, *Reverse Discrimination as Unjustified*, "Ethics" 1973, Vol. 83, No 4, s. 310.

argumentacji jest przekonująca? Próbuując odeprzeć ten zarzut, można: 1) argumentować, że pozytywna dyskryminacja nie stanowi naruszenia zasady równości w aksjologicznie istotnym sensie, lub 2) wskazywać, że chociaż pozytywna dyskryminacja stanowi naruszenie zasady równości, to jest to naruszenie moralnie akceptowalne.

Ad 1. Zwolennikiem pierwszego podejścia jest Ronald Dworkin, który swój argument przedstawił w kontekście analizy sprawy *DeFunis v. Odegaard*. W 1971 r. Marco DeFunis aplikował do programu prawa na Uniwersytecie Waszyngtońskim, jednak jego kandydatura została odrzucona. Kwalifikacje DeFunisa były jednak na tyle wysokie, że zostałby przyjęty, gdyby należał do jednej z chronionych mniejszości etnicznych. Broniąc swej sprawy przed Sądem Najwyższym, DeFunis argumentował, że prowadzona na Uniwersytecie Waszyngtona akcja afirmatywna narusza jego prawa gwarantowane przez Czternastą Poprawkę do Konstytucji Stanów Zjednoczonych¹⁷, a w praktyce oznacza, że polityka uczelni, w imię wprowadzenia większej równości dostępu do edukacji, narusza jego prawo do równego traktowania. W odpowiedzi na argumentację DeFunisa, Dworkin przeanalizował pojęcie „prawa do równego traktowania”, wyróżniając jego dwa warianty: po pierwsze, prawo do równego traktowania w sensie ścisłym (formalna zasada równości), czyli prawo do równej dystrybucji dóbr, obciążeń i możliwości; po drugie, prawo do bycia traktowanym jak równy (substancjalna zasada równości), czyli do bycia traktowanym z równą troską i szacunkiem, jak inni¹⁸. W interpretacji Dworkina, DeFunis nie ma prawa do równego traktowania w kontekście dystrybucji miejsc na uniwersytetach, tj. nie ma takiego prawa, które wynikałoby z faktu, że inni otrzymali takie miejsce (prawo do studiowania nie jest więc analogiczne np. do bardziej elementarnej prawa do edukacji szkolnej)¹⁹. DeFunis ma natomiast prawo do bycia traktowanym jak równy, co oznacza, że uczelnia, rozważając zasadność stosowania pozytywnej dyskryminacji, musi wziąć pod uwagę nie tylko potencjalną korzyść dla wspólnoty, lecz także stratę, której doznają osoby pozbawione w jej efekcie dostępu do stanowisk²⁰. Argumentacja Dworkina wskazuje więc, że wprowadzanie kryterium rasy przy ocenie kandydatów co prawda narusza formalną zasadę

¹⁷ „Sekcja 1. Wszystkie osoby urodzone lub naturalizowane w Stanach Zjednoczonych i podległe ich jurysdykcji są obywatelami Stanów Zjednoczonych oraz stanu, w którym zamieszkują. Żaden stan nie będzie stanowił lub wprowadzał w życie jakiegokolwiek prawa, które ograniczałoby przywileje i swobody obywateli Stanów Zjednoczonych, ani pozbawiał kogokolwiek życia, wolności lub własności bez prawidłowego wymiaru sprawiedliwości, ani też odmawiał komukolwiek na obszarze swojej jurysdykcji równej ochrony pranej”. *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki* (tłum. M. Pułło), Warszawa 2002, s. 59.

¹⁸ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA 1978, s. 227.

¹⁹ Dworkin zdaje się jednak zniekształcać argument DeFunisa. DeFunis nie powoływał się na uniwersalne prawo do studiowania dla każdego, ale na prawo, aby jego kompetencje były oceniane tak samo, jak kompetencje innych kandydatów.

²⁰ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously...*, s. 227.

równości, ale nie stanowi pogwałcenia aksjologicznie istotniejszej substancjalnej zasady równości. Przeciwno rozumowaniu Dworkina można jednak argumentować, że pozytywna dyskryminacja może skutkować naruszeniem prawa osób niepoddanych w przeszłości instytucjonalnej dyskryminacji do bycia traktowanym z równą troską i szacunkiem. Można wątpić, czy osoba, która nie miała możliwości uzyskania rzetelnego wykształcenia ze względu, na przykład, na sytuację społeczną czy finansową, która dodatkowo z powodu mechanizmów pozytywnej dyskryminacji nie otrzymała miejsca na uczelni lub pozycji na rynku pracy, traktowana jest z równą troską i szacunkiem jak osoba, która poddana została instytucjonalnej dyskryminacji, ale jej szkoda została zrekompensowana dzięki mechanizmom pozytywnej dyskryminacji.

Ad 2. Można jednak argumentować, że chociaż pozytywna dyskryminacja stanowi naruszenie zasady równego traktowania, to odejście od niej jest moralnie akceptowalne. Zwolennicy tej linii rozumowania wskazują, że ponieważ nierówności, których przyczyny leżą w rasie lub płci są szczególnym rodzajem zła, to uzasadnione jest stosowanie radykalnych środków w celu ich eliminacji. Nierówne traktowanie ze względu na rasę lub płeć jest szczególnym rodzajem zła, gdyż nie tylko wpływa negatywnie na samoocenę dyskryminowanych osób, lecz także prowadzi do dalszych nierówności (zwłaszcza ekonomicznych)²¹. Pozytywna dyskryminacja, będąc najbardziej radykalnym sposobem walki z nierównościami, jest więc uzasadnioną strategią. Taki utylitarny argument (rozwijany m.in. przez Dworkina²²) jest jednak argumentem obosiecznym. Jak trafnie wskazuje George Sher, jeśli uznamy, że użyteczne jest naruszanie prawa większości do równego traktowania, o ile służy poprawie sytuacji mniejszości, to musimy również uznać, że w niektórych okolicznościach użyteczne może być naruszanie prawa mniejszości do równego traktowania, o ile jest korzystne dla większości²³. Przykładem niech będzie polityka forsowana na Harvardzie przez Abbotta Lawrence'a Lowella w latach 20. XX w., mająca na celu wprowadzenie limitów kwotowych dla studentów pochodzenia żydowskiego. Argument władz uczelni był *stricte* utylitarny: studenci żydowscy osiągnęli lepsze wyniki w nauce, przez co liczba studentów należących do tej mniejszości była nadreprezentowana w stosunku do reszty populacji. Równocześnie studenci pochodzenia żydowskiego, skupieni na pracy intelektualnej, nie byli oczywistymi kandydatami na politycznych liderów. Jeśli więc Harvard miał być uczelnią kształcąca przyszłą klasę polityczną, to, zdaniem władz uczelni, zasadne było wprowadzenie limitów kwotowych ograniczających liczbę miejsc dostępnych dla Żydów²⁴. Podatność

²¹ G. Sher, *Reverse Discrimination...*, s. 86.

²² R. Dworkin, *The Rights of Allan Bakke*, (w:) H. LaFollette (ed.), *Ethics...*, s. 444.

²³ G. Sher, *Reverse Discrimination...*, s. 83.

²⁴ Przykład ten omawia m.in. Dworkin. Zob. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously...*, s. 231; zob. również O. B. Pollak, *Antisemitism, the Harvard Plan, and Roots of Reverse Discrimination*, "Jewish Social Studies" 1983, Vol. 45, No 2, s. 113–122.

na wykorzystanie w celu uzasadnienia dyskryminacji mniejszości nie jest jednak jedyną wadą argumentacji użytecznej. Nie jest bowiem jasne, czy za słuszne należy uznać założenie, będące elementem tego argumentu, że pozytywna dyskryminacja jest potencjalnie najbardziej efektywnym narzędziem niwelowania nierówności; taka konkluzja wymagałaby porównania efektów silnego preferencyjnego traktowania z innymi, mniej radykalnymi mechanizmami wykorzystywanymi w ramach akcji afirmatywnej.

Podsumowując, chociaż pozytywna dyskryminacja bywa uzasadniana perspektywnie, jako sposób na stworzenie bardziej egalitarnego społeczeństwa, to zakłada naruszenie formalnej zasady równości, a w praktyce może skutkować pogwałceniem materialnej zasady równości. Równocześnie próba uzasadnienia potencjalnych naruszeń zasady równości wymaga przyjęcia podatnej na nadużycia użytecznej argumentacji i często opiera się na przekonaniu, że pozytywna dyskryminacja jest najlepszym sposobem niwelowania nierówności, co jest hipotezą wymagającą empirycznego potwierdzenia.

4. POZYTYWNA DYSKRYMINACJA A ZASADY SPRAWIEDLIWOŚCI ROZDZIELCZEJ

Inny zarzut, który można sformułować wobec pozytywnej dyskryminacji głosi, że jest to strategia naruszająca akceptowalne standardy sprawiedliwości dystrybucyjnej, czyli dystrybucję dóbr w oparciu o merytoryczną ocenę kandydatów. Zarzut ten można kwestionować, 1) odwołując się do argumentacji empirycznej i wskazując, że kompetencje przedstawicieli grup tradycyjnie dyskryminowanych nie są brane pod uwagę, a kryterium merytoryczne okazuje się w praktyce fikcją. Można również 2) sformułować argument normatywny i bronić tezy, że kryterium merytoryczne (uzyskane na studiach oceny czy wiedza) nie powinno być kryterium naczelnym przy ocenie przydatności kandydata do wykonywania danego zawodu²⁵. Przyjrzyjmy się obu argumentom.

Ad 1. Liczne badania poświęcone analizie kryteriów uwzględnianych przy ocenie kandydatów na uczelniach i w miejscach pracy wskazują, że decyzje o przyjęciu na dane stanowisko często podejmowane są w oparciu o nieświadome uprzedzenia (które w języku angielskim określa się trudnym do zgrabnego przetłumaczenia terminem *implicit bias*, a który odnosi się do przypisywania

²⁵ Warianty obu argumentów rozwijają m.in. Harris i Narayan. Zob. L. C. Harris, U. Narayan, *Affirmative Action as Equalizing Opportunity: Challenging the Myth of 'Preferential Treatment'*, (w:) H. LaFollette (ed.), *Ethics in Practice*, Malden, MA 2002, s. 448–459.

określonych cech przedstawicielom niektórych grup społecznych²⁶), nie faktyczne kwalifikacje. Na przykład Anna Kaatz i współpracownicy wskazują, że zgodnie ze stereotypem zakorzenionym w wielu kulturach, kobiety postrzegane są jako bardziej uległe i zorientowane na wartości wspólnotowe, co sprawia, że ich kwalifikacje zawodowe na niektóre stanowiska są oceniane jako gorsze niż kwalifikacje mężczyzn, którzy postrzegani są jako bardziej zadaniowi i logicznie myślący²⁷. Badania prowadzone w szwedzkim środowisku naukowym potwierdziły, że tego typu stereotypy realnie wpływają na ocenę kandydatek na stanowiska akademickie; kobiety chcące rywalizować z mężczyznami musiały bowiem wykazać się ponad dwukrotnie obszerniejszym dorobkiem naukowym niż kandydaci płci męskiej²⁸. Liczne eksperymenty potwierdziły również występowanie nieświadomych uprzedzeń rasowych. Na przykład eksperyment przeprowadzony na Uniwersytecie w Princeton wskazał, że rozmowy kwalifikacyjne z białymi kandydatami na studia przebiegały w znacznie bardziej przyjaznej atmosferze niż rozmowy z czarnymi kandydatami²⁹. Co więcej, to samo badanie wskazało, że biali kandydaci potraktowani tak jak wcześniej czarni kandydaci, wypadali na rozmowie kwalifikacyjnej znacznie gorzej niż biali kandydaci, z którymi rozmawiano w życzliwy sposób.

Zauważmy jednak, że sam fakt występowania odstępstw od kryterium merytorycznego nie może być użyty w argumentacji na rzecz pozytywnej dyskryminacji. Po pierwsze, pozytywna dyskryminacja nie stanowi rozwiązania problemu występowania uprzedzeń, a jest jedynie sposobem na obejście ich negatywnych konsekwencji. Po drugie, jak wskażemy w dalszej części tego tekstu, silne preferencyjne traktowanie może prowadzić do utrwalenia tych uprzedzeń. Po trzecie, posługiwanie się argumentem empirycznym w argumentacji na rzecz pozytywnej dyskryminacji oznaczałoby przyjęcie strategii wet za wet i uznanie, że skoro zasady merytorycznej oceny są często naruszane w stosunku do mniejszości, to dopuszczalne jest naruszanie ich w stosunku do większości.

Ad 2. Zgodnie z argumentem normatywnym, ponieważ wąsko rozumiane kryterium merytoryczne (ocenie kandydatów np. przez pryzmat wyników egzaminów), nie jest gwarancją posiadania kwalifikacji do wykonywania danego zawodu, to naruszenia kryterium merytorycznego nie powinny być oceniane jako naganne. Jak wskazują Luke C. Harris i Uma Narayan, w procesie rekrutacji studentów i pracowników powinna być brana pod uwagę szeroko rozumiana

²⁶ M. Bendick, A. P. Nunes, *Developing the Research Basis for Controlling Bias in Hiring*, "Journal of Social Sciences" 2012, Vol. 68, No 2, s. 240.

²⁷ A. Kaatz, B. Gutierrez, M. Carnes, *Threats to Objectivity in Peer Review: the Case of Gender*, "Trends in Pharmacological Sciences" 2014, Vol. 35, No 8, s. 371–373.

²⁸ C. Wenneras, A. Wold, *Nepotism and Sexism in Peer Review*, "Nature" 1997, Vol. 387, s. 341–343.

²⁹ Omawiam za: L. C. Harris, U. Narayan, *Affirmative Action as Equalizing Opportunity: Challenging the Myth of 'Preferential Treatment'*, (w:) H. LaFollette (ed.), *Ethics...*, s. 452–453.

przydatność kandydata; przydatność ta jednak nie zawsze zależy od obiektywnych umiejętności³⁰. Niekiedy w interesie publicznym może być dopuszczenie do niektórych zawodów większej liczby osób należących do danej mniejszości, nawet jeśli ich umiejętności oceniane są jako niższe niż umiejętności kandydatów należących do większości. Zauważmy, że i w tym przypadku mamy jednak do czynienia z argumentem utylitarnym, który może być wykorzystany w argumentacji na rzecz praktyk dyskryminujących mniejszości. Powróćmy do przykładu procedury przyjmowania kandydatów na Harvardzie. Odpowiedzią na jawnie dyskryminującą politykę Lowella (która, przypomnijmy, zakładała wprowadzenie limitów kwotowych ograniczających liczbę żydowskich studentów) była, z pozoru mniej kontrowersyjna, polityka rozluźnienia procesu oceny kandydatów, który opierał się już nie tylko na wynikach egzaminów, ale również ocenie osobowości czy pochodzenia (kandydaci musieli podać informacje odnośnie do wyznawanej religii, rasy czy pochodzenia rodziców)³¹. Jak zwraca uwagę Jacob Moscona-Skolnik, wprowadzenie większej różnorodności wśród studentów było jednak jedynie fasadą służącą za kamuflaż dla antyżydowskich sentymentów i sposobem na ograniczenie liczby Żydów na Harvardzie³².

Podsumowując, odejście od zasad merytorycznej oceny kandydatów może prowadzić do przeorganizowania nierówności, nie do ich eliminacji; ponadto, rozluźnianie zasad oceny merytorycznej może być wykorzystywane również na niekorzyść dyskryminowanych mniejszości.

5. POZYTYWNA DYSKRYMINACJA JAKO ŹRÓDŁO STYGMATYZACJI

Pozytywna dyskryminacja, wbrew intencjom jej zwolenników, może prowadzić do utrwalania nierówności społecznych. Jak zauważają David Harrison i współpracownicy, chociaż celem pozytywnej dyskryminacji jest „ograniczenie historycznych form dyskryminacji opartej na rozróżnieniach demograficznych wśród pracowników, to metody te równocześnie wprowadzają społeczne kategoryzacje w oparciu o te same rozróżnienia”³³. Innymi słowy, pozytywna dyskryminacja może być odbierana jako strategia jedynie reorganizująca nierówności

³⁰ *Ibidem*, s. 454. Zob. również R. Dworkin, *The Rights of Allan Bakke*, (w:) H. LaFollette (ed.), *Ethics...*, s. 445.

³¹ J. Moscona-Skolnik, *Cloack of Meritocracy: Harvard's "New Plan" of Admissions and the "Jewish Problem"*, "Exposé Magazine" 2013, <https://projects.iq.harvard.edu/expose/book/cloak-meritocracy-harvard's-new-plan-admissions-and-jewish-problem> (dostęp: 17.10.2021 r.).

³² J. Moscona-Skolnik, *Cloack of Meritocracy...*, *passim*.

³³ D. A. Harrison, D. A. Kravitz, D. M. Mayer, L. M. Leslie, D. Lev-Arey, *Understanding Attitudes...*, s. 1013 (tłum. K.E.).

i skazująca inne kategorie osób na niesprawiedliwe traktowanie. Harrison i współpracownicy wskazują, że takie ryzyko jest tym większe, im bardziej radykalne formy przyjmuje akcja afirmatywna. Metody takie, jak miękkie preferencyjne traktowanie czy wyrównywanie szans będą więc postrzegane jako bardziej akceptowalne niż silne preferencyjne traktowanie i nie będą prowadziły do tak negatywnych efektów społeczno-psychologicznych jak mechanizmy pozytywnej dyskryminacji³⁴. Silne preferencyjne traktowanie może mieć dwojakie negatywne konsekwencje. Po pierwsze, może skutkować stygmatyzowaniem jego potencjalnych beneficjentów, tj. postrzeganiem wszystkich przedstawicieli grupy demograficznej jako niezdolnych do zdobycia autentycznych kwalifikacji koniecznych do zajmowania danego stanowiska³⁵ (co jest szczególnie krzywdzące wobec osób, które swoją pozycję osiągnęły niezależnie od mechanizmów pozytywnej dyskryminacji). Po drugie, może negatywnie wpływać na samoocenę potencjalnych beneficjentów, prowadząc do (często mylnego) przekonania, że nie zasłużyli na zajmowaną pozycję. W ostatnim przypadku poczucie niekompetencji, które może towarzyszyć korzystaniu z mechanizmów pozytywnej dyskryminacji, może prowadzić do obiektywnie gorszych wyników w pracy czy nauce³⁶.

Czy jednak te negatywne efekty pozytywnej dyskryminacji są nieuniknione? Zdaniem Harrisa i Narayan, ryzyko stygmatyzacji byłoby mniejsze, gdyby opinia publiczna właściwie rozumiała istotę akcji afirmatywnej; jak zwracają uwagę, jej właściwym celem jest wyrównywanie szans, a nie obdarzanie określonych grup społecznych specjalnymi przywilejami³⁷. Ten argument jest przekonujący, jednak jedynie w odniesieniu do mechanizmów akcji afirmatywnej, które nie zakładają silnego preferencyjnego traktowania. Trudno bowiem argumentować, że zapewnianie dostępu do edukacji i zatrudnienia osobom o niższych kwalifikacjach kosztem osób o wyższych kwalifikacjach nie stanowi preferencyjnego traktowania, nawet jeśli uznamy takie traktowanie za uzasadnione. Innym sposobem złagodzenia stygmatu pozytywnej dyskryminacji może być podważenie opinii jakoby silne preferencyjne traktowanie grup o chronionych cechach było przejawem dyskryminacji wymierzonej w białych mężczyzn. Argument z „dyskryminacji białych mężczyzn” nie bierze jednak pod uwagę, że w wyniku wdrażania mechanizmów pozytywnej dyskryminacji biali mężczyźni nie są pozbawiani dostępu do edukacji czy awansu zawodowego ze względu na uprzedzenia czy

³⁴ *Ibidem*, s. 1027–1028.

³⁵ W interesującej analizie Leslie i współpracownicy zwracają uwagę, że stygmatyzacja potencjalnych beneficjentów pozytywnej dyskryminacji nie wynika tylko z przekonania o ich niższych kwalifikacjach. Negatywną reakcją wobec tych osób wzmacnia fakt, że zaczynają być postrzegani jako realna konkurencja na rynku pracy. L. M. Leslie, D. M. Mayer, D. A. Kravitz, *The Stigma of Affirmative Action: A Stereotyping-Based Theory and Meta-Analytic Test of the Consequences for Performance*, „Academy of Management Journal” 2014, Vol. 57, No 4, s. 964–989.

³⁶ *Ibidem*, s. 965.

³⁷ L. C. Harris, U. Narayan, *Affirmative Action as Equalizing Opportunity: Challenging the Myth of 'Preferential Treatment'*, (w:) H. LaFollette (ed.), *Ethics...*, s. 451.

pogardę wobec ich rasy lub płci. Co więcej, jak zauważa Thomas Nagel: „pozytywna samoocena białych jako grupy nie jest zagrożona przez taką praktykę [pozytywnej dyskryminacji], a wynika raczej z ich ogólnej społecznej dominacji”³⁸. Argument ten należy więc traktować jako retoryczne nadużycie.

6. DOPUSZCZALNOŚĆ SŁABEGO PREFERENCYJNEGO TRAKTOWANIA

Celem tego tekstu było wskazanie, że pozytywna dyskryminacja, a więc najbardziej radykalny mechanizm akcji afirmatywnej, jest trudna do obrony zarówno z perspektywy retrospektywnej, jak i prospektywnej (tj. nie daje się obronić ani jako mechanizm rekompensaty za minione krzywdy, ani jako sposób na stworzenie bardziej egalitarnego społeczeństwa). Analogicznej konkluzji nie można jednak sformułować w stosunku do pozostałych metod stosowanych w ramach akcji afirmatywnej. Inne mechanizmy akcji afirmatywnej, w tym słabe preferencyjne traktowanie, nie dają się co prawda obronić z perspektywy retrospektywnej, ale można je uzasadniać z perspektywy prospektywnej. Zwróćmy uwagę, że wątpliwości, które sformułowaliśmy w stosunku do traktowania pozytywnej dyskryminacji jako formy rekompensaty za minione krzywdy, odnoszą się do innych rodzajów akcji afirmatywnej; grupa rozumiana demograficznie nie może być bowiem właściwym podmiotem rekompensaty za minione krzywdy, niezależnie od tego jaką konkretnie formę owa rekompensata przyjmuje. Z perspektywy argumentacji prospektywnej niekontrowersyjne są rozwiązania pozwalające członkom dyskryminowanych grup społecznych zdobyć lub pogłębić kompetencje konieczne do ubiegania się o dane stanowisko czy mechanizmy minimalizujące ryzyko dyskryminacji. Jednak wydaje się, że również słabe preferencyjne traktowanie (a więc, przypomnijmy, preferencyjne traktowanie członków chronionych grup mniejszościowych w sytuacji, gdy ich kwalifikacje na dane stanowisko są równe kwalifikacjom członków grup niepodzielających chronionych cech), jest dopuszczalne z perspektywy prospektywnej. Słabe preferencyjne traktowanie może bowiem sprzyjać egalitaryzmowi i demograficznej różnorodności na rynku pracy i w systemie edukacji bez naruszania zasady formalnej równości, bez rezygnowania z dystrybucji korzyści w oparciu o kryterium kompetencji i z wyraźnie mniejszym ryzykiem stygmatyzacji jego beneficjentów. Słabe preferencyjne traktowanie nie skutkuje naruszeniem formalnej zasady równości i zasady dystrybucji w oparciu o kompetencje, gdyż jest mechanizmem stosowanym w jednostkowych przypadkach, kiedy to kandydaci na jedno stanowisko

³⁸ T. Nagel, *Equal Treatment and Compensatory Discrimination*, “Philosophy & Public Affairs” 1973, Vol. 2, No 4, s. 361 (tłum. K.E.).

oceniani są jako równie wykwalifikowani. W takim przypadku chroniona cecha kandydata (jak rasa lub płeć) stanowi argument rozstrzygający, a nie ostateczny (nie ma więc pierwszeństwa nad innymi względami). Jeśli kryteria rozstrzygające w takich przypadkach są jednoznaczne, znane wszystkim zainteresowanym, a ich stosowanie ma przynieść społeczną korzyść, to nie powinny być przedmiotem kontrowersji.

REFERENCES

- Bendick M., Nunes A. P., *Developing the Research Basis for Controlling Bias in Hiring*, "Journal of Social Sciences" 2012, Vol. 68, No 2
- Bloodhart B., Balgopal M. M., Casper A. M. A., Sample McMeeking L. B., Fischer E. V., *Outperforming yet undervalued: Undergraduate women in STEM*, "PLOS ONE" 2020, Vol. 15, No 6, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7316242/> (dostęp: 26.10.2021 r.).
- Day J. P., *Compensatory Discrimination*, "Philosophy" 1981, Vol. 56, No 21
- Dworkin R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA 1978
- Dworkin R., *The Rights of Allan Bakke*, (w:) H. LaFollette (ed.), *Ethics in Practice*, Malden, MA 2002
- Fetzer P. L., *'Reverse Discrimination': The Political Use of Language*, "National Black Law Journal" 1993, Vol. 12, No 3
- Fullinwider R., *Affirmative Action*, (w:) E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018, <https://plato.stanford.edu/entries/affirmative-action/> (dostęp: 8.10.2021 r.).
- Goldman A., *Limits to the Justification of Reverse Discrimination*, "Social Theory and Practice" 1975, Vol. 3, No 3
- Harris L. C., Narayan U., *Affirmative Action as Equalizing Opportunity: Challenging the Myth of 'Preferential Treatment'*, (w:) H. LaFollette (ed.), *Ethics in Practice*, Malden, MA 2002
- Harrison D. A., Kravitz D. A., Mayer D. M., Leslie L. M., Lev-Arey D., *Understanding Attitudes Toward Affirmative Action Programs in Employment: Summary and Meta-Analysis of 35 Years of Research*, "Journal of Applied Psychology" 2006, Vol. 91, No 5
- Kaatz A., Gutierrez B., Carnes M., *Threats to Objectivity in Peer Review: the Case of Gender*, "Trends in Pharmacological Sciences" 2014, Vol. 35, No 8
- Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki* (tłum. M. Pułło), Warszawa 2002
- Leslie L. M., Mayer D. M., Kravitz D. A., *The Stigma of Affirmative Action: A Stereotyping-Based Theory and Meta-Analytic Test of the Consequences for Performance*, "Academy of Management Journal" 2014, Vol. 57, No 4
- Levin M., *Affirmative Action*, (w:) H. LaFollette (ed.), *Ethics in Practice*, Malden, MA 2002
- Makarova E., Aeschlimann B., Herzog W., *The Gender Gap in STEM Fields: The Impact of the Gender Stereotype of Math and Science on Secondary Students' Career*

- Aspirations*, "Frontiers in Education" 2019, Vol. 4, No 60, <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/feduc.2019.00060/full> (dostęp: 18.10.2021 r.)
- Moscona-Skolnik J., *Cloack of Meritocracy: Harvard's "New Plan" of Admissions and the "Jewish Problem"*, "Exposé Magazine" 2013, [https://projects.iq.harvard.edu/expose/book/cloak-meritocracy-harvard's-"new-plan"-admissions-and-"jewish-problem](https://projects.iq.harvard.edu/expose/book/cloak-meritocracy-harvard's-) (dostęp: 17.10.2021 r.)
- Nagel T., *Equal Treatment and Compensatory Discrimination*, "Philosophy & Public Affairs" 1973, Vol. 2, No 4
- Newton L. H., *Reverse Discrimination as Unjustified*, "Ethics" 1973, Vol. 83, No 4
- Nickel W. J., *Preferential Policies in Hiring and Admissions: A Jurisprudential Approach*, "Columbia Law Review" 1975, Vol. 75
- Pollak O. B., *Antisemitism, the Harvard Plan, and Roots of Reverse Discrimination*, "Jewish Social Studies" 1983, Vol. 45, No 2
- Sher G., *Reverse Discrimination, the Future, and the Past*, "Ethics" 1979, Vol. 90, No 1
- Taylor P. W., *Reverse Discrimination and Compensatory Justice*, "Analysis" 1973, Vol. 33, No 6
- Wenneras C., Wold A., *Nepotism and Sexism in Peer Review*, "Nature" 1997, Vol. 387