

KOMISJA PRAW CZŁOWIEKA NZ  
Podkomisja Ochrony i Promocji  
Praw Człowieka  
Pięćdziesiąta trzecia sesja  
Punkt 5 porządku obrad

**ZAPOBIEGANIE DYSKRYMINACJI**  
**Koncepcja i praktyka akcji afirmatywnej**

**Raport końcowy przedstawiony przez specjalnego sprawozdawcę**  
**p. Marca Bossuyta**  
**zgodnie z rezolucją 1998/5 Podkomisji**

*SPIS TREŚCI*

**Wstęp**

- I. KONCEPCJA AKCJI AFIRMATYWNEJ**
- II. UZASADNIENIE AKCJI AFIRMATYWNEJ**
- III. KONCEPCJA AKCJI AFIRMATYWNEJ  
W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM**
- IV. FORMY AKCJI AFIRMATYWNEJ**
- V. DZIAŁANIA W RAMACH AKCJI AFIRMATYWNEJ  
NIE PROWADZĄCE DO DYSKRYMINACJI**
- VI. WNIOSKI**

## Wstęp

1. Z uwagi na fakt, iż temat wymagał dokładnych i wyczerpujących badań, Podkomisja w rezolucji 1998/5 powołała Marca Bossuyta jako Specjalnego Sprawozdawcę, powierzając mu zadanie opracowania studium o koncepcji akcji afirmatywnej i upoważniając go do złożenia Wysokiemu Komisarzowi NZ do spraw Praw Człowieka prośby o przekazanie Rządowi i organizacjom pozarządowym kwestionariusza wzywającego do przedstawienia wszystkich istotnych dokumentów krajowych dotyczących akcji afirmatywnej.

2. Decyzją nr 199/106 Podkomisja odnowiła upoważnienie dla Specjalnego Sprawozdawcy w zakresie przekazania tej prośby. Kwestionariusz został przekazany Rządowym, organizacjom międzynarodowym i organizacjom pozarządowym.

3. Niniejszy raport jest przedkładany zgodnie z decyzją nr 2001/107 Podkomisji, w której powołuje się ona na decyzję ECOSOC nr 1999/253 stanowiącą uznanie dla Specjalnego Sprawozdawcy za wstępny raport (E/CN.4Sub.2/2000/11 i Corr.1) i raport z postępów prac (E/CN.4/Sub.2/2001/15), i zawiera prośbę do Sekretarza Generalnego o przypomnienie Rządowi, organizacjom międzynarodowym i organizacjom pozarządowym o udzielenie odpowiedzi na przekazany im kwestionariusz. Przypomnienie to zostało wystosowane 28 września 2001 r. W związku z tym Specjalny Sprawozdawca pragnie wyrazić wdzięczność Rządowi Boliwii, Kanady, Kolumbii, Cypru, Fidżi, Gruzji, Grecji, Gwatemali, Węgier, Izraela, Libanu, Libijskiej Arabskiej Dżamahiriji, Pakistanu, Paragwaju, Republiki Słowackiej, Hiszpanii, Szwajcarii, Tajlandii, Trynidadu i Tobago oraz Zjednoczonej Republice Tanzanii, jak również Departamentowi Spraw Ekonomicznych i Społecznych (Departament Integracji Społecznej), Konferencji NZ ds. Handlu i Rozwoju (UNCTAD), Uniwersytetowi Narodów Zjednoczonych, Międzynarodowemu Biuru Pracy, Światowemu Programowi Wyżywienia, Powszechnej Unii Pocztowej, Komisji Europejskiej Wspólnot Europejskich oraz Katolickiej Lidze Kobiet Australii Inc. za merytoryczną zawartość odpowiedzi w kwestionariuszu.

4. Niezależnie od wysoko ocenianego wkładu, Specjalny Sprawozdawca odnotowuje, iż wiele Rządów, w tym niektórych państw znanych z posiadania trwałych ram konstytucyjnych, prawnych lub organizacyjnych w zakresie akcji afirmatywnej nie udzieliło żadnych informacji. W tym kontekście Specjalny Sprawozdawca uważa, że raport zawiera jedynie fragmentaryczny i niekoniecznie reprezentatywny pogląd na aktualny status działań akcji afirmatywnej w dzisiejszym świecie, jeśli miałby się opierać na uzyskanych informacjach. Fragmenty uzyskanych odpowiedzi zawierające szczególnie pożyteczne elementy ilustrujące tezy niniejszego raportu zostały zawarte w aneksie.

## I. KONCEPCJA AKCJI AFIRMATYWNEJ

5. „Akcja afirmatywna” jest terminem używanym często, niestety jednak nie zawsze w tym samym znaczeniu. O ile dla niektórych w pojęciu „akcji afirmatywnej” mieści się również koncepcja „pozytywnej dyskryminacji”, o tyle jako sprawę najwyższej wagi podkreślić należy fakt, iż to ostatnie pojęcie nie ma sensu. Zgodnie z obecną ogólną praktyką stosowania pojęcia „dyskryminacja” wyłącznie w kontekście „arbitralnych”, „niesprawiedliwych” lub „nieuprawnionych decyzji”, określenie „pozytywna dyskryminacja” stanowi *contradictio in terminis* : albo pojęcie, o którym mowa jest uzasadnione i uprawnione ponieważ nie jest arbitralne i stąd nie może być używane jako „dyskryminacja”, albo też – jeśli jest nieuzasadnione i

nieuprawnione ze względu na arbitralność – nie powinno być określane jako „pozytywne”. Przeciwnie jednak, termin „akcja pozytywna” jest używany ekwiwalentnie z terminem „akcja afirmatywna”, przy czym ten pierwszy stosowany jest częściej w Zjednoczonym Królestwie. W wielu innych krajach takie działania są znane jako „polityka preferencyjna”, „rezerwacja”, „sprawiedliwość kompensacyjna lub dystrybucyjna”, „preferencyjne traktowanie”, itp.

6. W kategoriach pojęcia prawnego „akcja afirmatywna” funkcjonuje tak w prawie międzynarodowym jak i krajowym, jednakże jest ona pojęciem nie posiadającym ogólnie uznanej prawnej definicji. Jakakolwiek poważna dyskusja dotycząca tego pojęcia wymaga jednak przesłanki w postaci definicji roboczej:

„Akcja afirmatywna jest spójnym zbiorem rozciągniętych w czasie działań o charakterze tymczasowym, mających szczególnie na celu poprawę sytuacji członków grupy docelowej w zakresie jednego lub więcej aspektów ich życia społecznego, i skuteczne osiągnięcie równości szans.”

7. Polityka akcji afirmatywnej może być realizowana przez różnych aktorów sektora publicznego, takich jak rząd federalny, państwo czy władze lokalne, jak również sektora prywatnego – takie jak organizacje pracodawców czy instytucje oświatowe.

8. Akcja afirmatywna jest zawsze nakierowana na określoną grupę docelową złożoną z jednostek o wspólnej charakterystyce, na której opiera się ich członkostwo w grupie, i które znajdują się w niekorzystnej sytuacji. Mimo iż charakterystyka taka jest często z góry określona bądź nie do uniknięcia – płeć, kolor skóry, narodowość bądź przynależność do mniejszości etnicznej, religijnej czy językowej, jednakże nie musi być tak zawsze. Jako takie, programy akcji afirmatywnych w przeszłości i obecnie nacelowane są na kobiety, ciemnoskórych, imigrantów, ubogich, niepełnosprawnych, weteranów, autochtonów, inne grupy rasowe, szczególne mniejszości, itp.

9. Zasadniczym problemem wywołującym znaczne kontrowersje jest kwestia decyzji, które grupy znajdują się w sytuacji na tyle niekorzystnej, aby zasługiwać na specjalne traktowanie. Mimo iż niektóre instrumenty międzynarodowe, takie jak Międzynarodowa konwencja o eliminowaniu wszelkich form dyskryminacji rasowej i Konwencja o eliminowaniu wszelkich form dyskryminacji kobiet mają szczególne znaczenie, to jednak często ustawodawstwo krajowe określa, kto może korzystać z działania akcji afirmatywnej.

10. Punktem wyjścia polityki akcji afirmatywnej w krajowym ustawodawstwie jest zwykle określenie grupy znajdującej się w najbardziej niekorzystnej sytuacji, lecz jednak polityka ta rozciąga się również i na inne grupy. To wywołuje kwestię nadmiernej opiekuńczości, bowiem czasami członkostwo pewnej grupy definiowanej przez rasę, pochodzenie etniczne czy płeć wykorzystywane jest jako pretekst do upośledzenia. Prawdziwość relacji pomiędzy akcją afirmatywną a kompensacją za przeszłą bądź socjalną dyskryminację jest uzależniona od stopnia, w jakim rasa, pochodzenie etniczne czy płeć stanowi w istocie wyznacznik społecznego zła, którego usunięcie jest celem akcji afirmatywnej oraz stopnia, w jakim rasa, pochodzenie etniczne lub płeć mogą być uznane za uzasadnioną podstawę właściwej metody zwalczania dyskryminacji. Może zdarzyć się, że akcja afirmatywna może być korzystna dla pewnych osób, mimo że nie byli oni obiektem dyskryminacji ani w przeszłości ani też w społeczeństwie. Kwestia ta wywołała dyskusje szczególnie w USA. O ile akcja afirmatywna była tam pierwotnie stosowana wobec

Afroamerykanów, o tyle z biegiem czasu działania te rozciągnęły się również i na inne zagrożone grupy, szczególnie na imigrantów. Powstało pytanie, czy owi imigranci, którzy przybyli do USA z własnej woli zasługują na tę samą ochronę co Afroamerykanie będący ofiarami niewolnictwa. W gruncie rzeczy chronione grupy w USA stanowią zbiór osób mających odmienne podstawy prawne do ochrony: potomkowie dobrowolnych imigrantów, ludów podbitych i niewolników.

11. Innym problemem jest teoria dwóch klas, stawiająca pytanie o to, kto w naprawdę czerpie korzyści z polityki preferencyjnej. Wydaje się, że są to ci, którym udało się w największym stopniu skorzystać w działaniu akcji afirmatywnej spośród ogółu docelowych beneficjentów. Na przykład, akcja afirmatywna nakierowana na kobiety będzie bardziej korzystna dla białych kobiet z klasy średniej, aniżeli dla kobiet klasy niższej o innym pochodzeniu etnicznym. Lub też gdy z akcji afirmatywnej korzysta szeroka kategoria, jak np. Amerykanie pochodzenia latynoskiego lub azjatyckiego, to pewne grupy etniczne w ramach tych kategorii skorzystają bardziej niż inne ponieważ już posiadają wyższy status ekonomiczny, edukacyjny i zawodowy. Innymi słowy, prawdziwi beneficjanci akcji afirmatywnej to z reguły bogatsi i mniej upośledzeni członkowie danej grupy.

12. Wynikiem teorii dwóch klas może być powstanie kolejnej „upośledzonej” lub „dyskryminowanej” mniejszości w ramach większości. Prawdopodobne jest, że afirmatywne programy preferencyjne tworzą nowe grupy upośledzone. W istocie, większość członków grupy, którzy nie są w stanie skorzystać z danego dobra socjalnego oferowanego przez afirmatywny program preferencyjny najprawdopodobniej będą pochodzić z dolnego segmentu białych lub mężczyzn, natomiast będąca w mniejszości liczba osób potrafiąca skorzystać z tych programów rekrutuje się z górnego segmentu mniejszości lub spośród kobiet. Stąd też preferencje afirmatywne są w stanie spowodować przesuwanie się obciążeń socjalnych z jednej grupy do drugiej.

13. Ustalenie, czy dana jednostka należy do grupy docelowej może być raczej złożone. Na przykład, na ile ktoś musi być „czarny” aby zakwalifikować się jako „czarny” dla czerpania korzyści z programu akcji afirmatywnej. W przypadku imigrantów nie zawsze jest jasne kto w dalszym ciągu pozostaje imigrantem, jeśli jest nim w drugim, trzecim lub czwartym pokoleniu. A co z dziećmi z małżeństw mieszanych? Ponadto, istnieją już przypadki osób lub nawet całych grup dokonujących wobec siebie redefinicji w celu uzyskania statusu umożliwiającego korzystanie z działania programów akcji afirmatywnej.

14. Niektórzy są zdania, że konieczne są nowe prawa o indywidualnym statusie etnicznym i rasowym, na podstawie których określano by osoby mogące ubiegać się o świadczenia. Inni twierdzą, że czynnikiem decydującym jest samookreślenie się grupy oraz jej postrzeganie przez szerszą grupę, wśród której funkcjonuje ta pierwsza. Naturalnie postrzeganie takie zmienia się w czasie. W tym kontekście szczególnie interesujące jest Zalecenie Ogólne nr VIII Komitetu ds. Eliminacji Dyskryminacji Rasowej dotyczące interpretacji i stosowania artykułu 1 ust. 1 i 4 międzynarodowej konwencji o eliminacji wszelkich form dyskryminacji rasowej. Po rozpatrzeniu informacji zawartych w raportach państw członkowskich dotyczących metod zaliczania osób lub określonych grup rasowych czy etnicznych, Komitet orzekł że taka identyfikacja winna być oparta na samookreśleniu się zainteresowanych osób, o ile nie istnieje sprzeczne z tym uzasadnienie.

15. Jasne jest, że selekcja i definiowanie grup docelowych dla programów akcji afirmatywnej jest poważnym problemem. Ilustruje to znaczenie nieopierania akcji afirmatywnej jedynie na członkostwie grupy, lecz wzięciu również pod uwagę innych czynników, takich jak społeczno-ekonomiczne cele weryfikacji czyjejs kwalifikacji do akcji afirmatywnej. Oznacza to bardziej zindywidualizowane podejście do akcji afirmatywnej, danie jednostce możliwości wynikających z osobistych potrzeb a nie tylko z przynależności grupowej.

## **II. UZASADNIENIE AKCJI AFIRMATYWNEJ**

16. Wprowadzając politykę akcji afirmatywnej państwo stara się przedstawić opinii publicznej uzasadnienie takiego działania. Podstawy takiego uzasadnienia zależą głównie od konkretnego społecznego kontekstu w danym państwie. Poniżej przedstawione są najczęstsze rodzaje takiego uzasadnienie, jak również argumentacja im przeciwna.

### **A. Zadośćuczynienie lub przeciwdziałanie niesprawiedliwości historycznej**

17. Celem jest tu zadośćuczynienie intencjonalnej lub szczególnej dyskryminacji z przeszłości, której reperkusje wciąż mają miejsce. Przedmiotem dyskryminacji przez długi czas stały się pewne grupy, których potomkowie znaleźli się w niekorzystnej sytuacji z powodu, na przykład, niskiego poziomu wykształcenia lub przygotowania zawodowego.

18. Uzasadnienie to było i jest wykorzystywane głównie w USA na rzecz poparcia polityki mającej na celu „przewycięzenie obecnych skutków dawnej dyskryminacji rasowej” wobec Afroamerykanów. Programy akcji afirmatywnej zostały zainicjowane w USA rozporządzeniem wykonawczym 10925 Prezydenta Hojna F. Kennedy’ego z 1961 r. i rozporządzeniem wykonawczym 11426 Prezydenta Lyndona B. Johnsona z 1965 r. Komisja Praw Obywatelskich USA stwierdziła wówczas iż: „Akcja afirmatywna wyznacza każde działanie poza prostym zaniechaniem praktyk dyskryminacyjnych przyjęte dla naprawy i zadośćuczynienia za działania dyskryminacyjne w przeszłości lub obecnie, i dla zapobieżenia pojawianiu się dyskryminacji w przyszłości.” To samo uzasadnienie, na przykład, zostało wykorzystane przez Australię w polityce akcji afirmatywnej wobec australijskich Aborygenów.

### **B. Zwalczenie dyskryminacji społecznej i strukturalnej**

19. Fakt dalszego istnienia nierówności statusu edukacyjnego, społecznego i innych wskazuje, iż zapewnienie równości przed prawem dla wszystkich skutkuje jedynie równością formalną, lecz nie wystarcza na przeciwstawienie się praktykom społecznym prowadzącym do dyskryminacji strukturalnej. W skrócie, pojęcie dyskryminacji strukturalnej obejmuje wszelkie rodzaje działań, procedur, akcji i przepisów prawnych, które z pozoru są neutralne z punktu widzenia ras, płci, pochodzenia, itd., lecz które bez obiektywnych przyczyn mają nieproporcjonalnie niekorzystny wpływ na grupy upośledzone. Taka forma dyskryminacji manifestuje się dwojako: możliwe jest ukrywanie czyichś intencji za obiektywnymi kryteriami, lub możliwe jest działanie w dobrej wierze domagając się nowych kwalifikacji zawodowych. Niemniej jednak oba takie rodzaje działania skutkują pośrednią lub ukrytą dyskryminacją. Na przykład, kryterium minimalnego wzrostu – jeśli nie ma takiej racjonalnej potrzeby - może nieproporcjonalnie dyskryminować kobiety lub

Azjatów i stanowić nieuzasadnione kryterium przyjęcia do pracy, podobnie jak testy sprawnościowe lub umiejętności pisania. Taki rodzaj dyskryminacji nie zawsze możliwy jest do wykrycia na pierwszy rzut oka. Tradycyjnie pojmowana zasada nied dyskryminacji staje się neutralna, tzn. oznacza równość *de facto* i przeciwdziała jedynie wyraźną lub bezpośrednią dyskryminację.

### **C. Różnorodność lub proporcjonalna reprezentacja grup**

20. Amerykańscy krytycy teorii rasowej i inni naukowcy stworzyli obecnie inną teoretyczną podstawę akcji afirmatywnej, twierdząc że obecność rasowej i etnicznej różnorodności na uczelni lub w miejscu pracy jest koniecznym elementem sprawiedliwego społeczeństwa. Utrzymują oni w istocie, iż rasowo i etnicznie zróżnicowane środowisko jest odzwierciedleniem szerokiego społeczeństwa i działa na rzecz bardziej reprezentatywne i bogatsze odczuwanie wspólnoty. „Pozytywna różnorodność” jest przez nich uznawana za lepsze podejście do uzyskania kompensacyjnego zadośćuczynienia przez mniejszości rasowe i etniczne.

21. Pojęcie różnorodności jako uzasadnienia preferencji rasowych w kontekście szkolnictwa wyższego pojawiło się po raz pierwszy w sprawie *DeFunis v. Odegaard* (416 U.S. 312, 1974). W swojej kontrowersyjnej opinii sędzia Douglas stwierdził, że było dla niego oczywiste iż w swym orzecznictwie Sąd Najwyższy wahał się korzystać z wykorzystywania preferencji rasowych dla celów naprawczych, chyba że „uwzględnione zostały normy kulturalne społeczeństwa bardziej różnorodnego aniżeli homogenicznego”. To uzasadnienie różnorodnością zostało później wykorzystane w sprawie *Regents of the University v. Bakke* (483 U.S. 265, 1978). Sędzia Powell występując w imieniu większości był zdania, iż rasa może stanowić jeden z wielu czynników składający się na decyzje o przyjęciu na uczelnię, zgodnie z odczuciem iż akademicka autonomia obejmuje prawo selekcji studentów tak, aby poszczególni studenci mogli wnieść na campus różnorodne doświadczenia, tym samym czyniąc dla każdego bogatszym ogólne doświadczenie edukacyjne.

### **D. Argument społecznej przydatności**

22. Zwolennicy akcji afirmatywnej wskazują niejednokrotnie na wiele celów społecznych, którym służy ta polityka. Dobrze przygotowane działania w ramach akcji afirmatywnej mogą na różne sposoby polepszyć dobrobyt wielu osób.

23. Możliwym wynikiem akcji afirmatywnej są lepsze usługi dla grup upośledzonych w tym sensie, że ich rekrutujący się z nich zawodowcy posiadają lepszą wiedzę i zrozumienie problemów tychże grup. Ponadto, gdy członkowie grup upośledzonych zajmują silne i wpływowe stanowiska są oni w stanie lepiej pojmować i chronić interesy tych grup. Należyta i wyraźna reprezentacja grup upośledzonych w takich obszarach jak zatrudnienie lub edukacja może przyczynić się do podniesienia politycznej i społecznej skuteczności w tych obszarach.

24. Innym argumentem na rzecz akcji afirmatywnej jest to, iż może ona zapewnić grupom upośledzonym modele ról społecznych i tym samym dać im istotną zachętę i motywację. Ponadto, zwiększony udział członków grupy upośledzonej w różnych środowiskach społecznych prowadzi do przelamywania stereotypów i uprzedzeń, które są wciąż silnie ugruntowane w wielu społeczeństwach.

25. Jednakże istnieją też opinie, iż ten rodzaj akcji afirmatywnej może pociągać za sobą zagrożenia dla jakości. Preferowanie gorzej wykwalifikowanego personelu jedynie na podstawie jego przynależności grupowej skutkuje wzrostem zagrożenia

stereotypizacją zamiast uzyskiwania jej przeciwności ze względu na – przykładowo – niższą skuteczność w przemyśle i edukacji spowodowaną niższymi standardami kwalifikacyjnymi. Może to w gruncie rzeczy utrwalac myślenie w schematach rasowych.

### **E. Zapobieganie niepokojom społecznym**

26. Nie należy zapominać, iż programy akcji afirmatywnej w zakresie od realizowanych przez Unię Europejską specjalnych programów dla upośledzonych regionów i preferencyjnych programów dla kobiet do regionalnych programów kwotowych dla Indii i Nigerii są skutecznie wykorzystywane tak dla promocji interesów członków upośledzonych grup społecznych i zrównoważenia sił ekonomicznych i politycznych, jak i w celu zapobieżenia niepokojom społecznym.

27. W latach 60-tych społeczeństwo USA zostało skonfrontowane z różnymi rozruchami na tle rasowym, które dla wielu Amerykanów były kompletnym zaskoczeniem, nie tylko dlatego że miały one miejsce głównie w miastach Północy, ale i ponieważ zdarzyły się one już po wejściu w życie ustawy o prawach obywatelskich i ustawy o prawach wyborczych, odpowiednio w 1964 i 1965 r. W amerykańskim społeczeństwie zabroniono w końcu wszelkiego różnicowania na tle rasowym, a czarna społeczność uzyskała prawo głosu. Dla wielu czarnych przywódców było to jednak za mało. Po krwawych i gwałtownych rozruchach w Watts w 1965 r. amerykańscy politycy oceniali sytuację jako dostatecznie groźną i wymagającą podjęcia działań. Tak John F. Kennedy, jak i Lyndon B. Johnson zdawali sobie sprawę że stosunki rasowe w USA nigdy nie były tak napięte. Poza zainicjowaniem programów zwalczania ubóstwa, takich jak słynna „Wojna z biedą” Prezydenta Johnsona podjęto próbę zmniejszenia bezrobocia wśród czarnych za pomocą obszernych programów akcji afirmatywnej, takich jak kontrowersyjne limity.

Jak mówił Prezydent Johnson: „Zatrudnij tych ludzi, a nie będziesz miał rewolucji, bo zostali oni odrzuceni. Jeśli pracują, to nie będą wysadzać waszych domów i zakładów. Dajcie im zajęcie, a nie będą mieli czasu na podpalanie waszych samochodów.”

### **F. Lepsza skuteczność systemu społeczno-ekonomicznego**

28. Niektórzy ekonomiści twierdzą, że eliminacja dyskryminacji grup upośledzonych służy skuteczności i sprawiedliwości systemu społeczno – ekonomicznego. Możliwa jest też optymalizacja rynku pracy, jeśli usunięte zostaną jego aktualne niedoskonałości spowodowane irracjonalnymi przesadami.

### **G. Środek budowy narodu**

29. Nowopowstające państwa w ramach umacniania swojej suwerenności czynią wysiłki na rzecz stworzenia bardziej egalitarnego społeczeństwa. Przykłady takie dało wiele państw, które zyskały niepodległość po długim okresie kolonialnym, jednakże niektóre z nich skonfrontowane były z konfliktami etnicznymi lub stwierdziły istnienie grup upośledzonych.

### **H. Równość szans czy równość wyników**

30. Jasne jest, że głównym celem akcji afirmatywnej jest stworzenia bardziej egalitarnego. Istnieje jednak wiele konkurencyjnych i sprzecznych ideałów równości.

Równość jako taka jest w zasadzie kategorią nieokreśloną, którą politycy wypełniają różnymi treściami.

31. Dwoma ideałami równości szczególnie istotnymi dla akcji afirmatywnej są równość szans i równość wyników. Wybór jednego z nich determinuje też, które programy akcji afirmatywnej są pożądane lub preferowane, i która z wizji sprawiedliwości społecznej ma być realizowana.

32. Równość szans jest zgodna z poglądem, iż celem praw antidyskryminacyjnych jest likwidowanie dyskryminacji poprzez eliminowanie z procesów decyzyjnych nieuprawnionych poglądów opartych na rasie, płci lub etniczności mających negatywne konsekwencje dla jednostek. Nie zajmuje się wynikami, a jeśli to jedynie jako skutkami błędnego procesu. Podeście to jest również znacząco indywidualistyczne, koncentrując się na zapewnieniu rzetelności wobec jednostki. Pochodzi z liberalnej wizji społeczeństwa, odzwierciedlającej uznanie dla skuteczności, zasługi i sukcesu.

33. Taki pogląd na równość uchodzi za „podlegający zarządzaniu”, jako że jej cel może być określony ze znacznym prawdopodobieństwem. Na przykład, w kontekście zatrudnienia oznacza to, iż jednostki mogą konkurować o pracę wyłącznie na podstawie charakterystyki koniecznej do należytego wykonywania tej pracy. W założeniu rasa, płeć, pochodzenie etniczne nie mają znaczenia dla traktowania ludzi, stąd też osoby należy rekrutować bez względu na te cechy. Równość szans promuje swobodę wyboru i wolną konkurencję jednostek. Dlatego też pozwala to na społeczną mobilność - w górę i w dół - zgodnie z indywidualnymi talentami i umiejętnościami. Nie zaskakuje też, że działania akcji afirmatywnej zgodne z ideałem równości szans obejmują te nakierowane na budowanie umiejętności i podlegające procesom decyzyjnym nie uwzględniającym rasy czy płci (afirmatywne rekrutacja afirmatywna preferencja).

34. Krytycy równości szans twierdzą, że cel winien polegać na utrwalaniu wyników procesów decyzyjnych i na poprawie względnej sytuacji grup upośledzonych, a zatem zajmowaniu się względną sytuacją grup lub klas, nie zaś jednostek. Równość nie powinna zależeć od indywidualnego działania.

35. Jeśli równość szans uznaje, że talenty i umiejętności nie są równo rozdzielone w rasie ludzkiej, to równość wyników zasadniczo uważa, że talenty i umiejętności są rozdzielone równomiernie. Kobiety, mężczyźni, biali i mniejszości etniczne przeciętnie posiadają te same talenty i umiejętności. Realizacja ideału równości szans winna zatem skutkować równością wyników w tym sensie, że kobiety, mężczyźni, biali i mniejszości etniczne winni być reprezentowani na wpływowych stanowiskach proporcjonalnie do ich wpływów w społeczeństwie. Takie rozumowanie oznacza, iż znaczne różnice wyników muszą z konieczności stanowić efekt istnienia systemu lub struktury dyskryminacji będącej następstwem pewnych praktyk.

36. Ideał równości wyników jest bardziej kontrowersyjny ze względu na swoje metody, które są nie do końca przewidywalne i sterowalne, jak na przykład stosowanie limitów. Te ostatnie są często krytykowane jako służące na niekorzyść innych upośledzonych grup mających te same podstawy do roszczeń co do równości, jako przyczyniające się do wrogości i konfliktów między grupami społecznymi, i jako nie uwzględniające podstawowego elementu indywidualnego wyboru. Rezultatem jest wyeliminowanie lub odrzucenie tych, którzy w ramach tradycyjnych kryteriów otrzymaliby dane dobro społeczne.



37. Czy jednak należy oczekiwać od jednostek, aby dokonywały poświęceń na rzecz zadośćuczynienia niektórym jednostkom grupy docelowej? Jak stwierdzono wyżej, należy absolutnie unikać odwrotnej dyskryminacji. Jak podkreśla McCrudden, podejście takie niedostatecznie uwzględnia stopień, do którego nakłady na pomoc grupom upośledzonym spadają na trzecie strony, które mogą „nie ponosić winy” za przeszłe krzywdy, nie czerpały żadnych korzyści z dyskryminacji tych grup w przeszłości, i które są najmniej uprzywilejowaną częścią danej społeczności w sensie ich sytuacji ekonomicznej.

38. Można z zainteresowaniem odnotować, iż większość krajów wystartowała z programami akcji afirmatywnej opartej na ideale równości szans. Ideał ten był jednak – pod ciśnieniem motywów politycznych lub społecznych – stopniowo wypierany przez koncepcję równości wyników. Często jednak te dwa ideały są z sobą mylone, a ustawodawstwo nie jest jasne co do tego, jaki ideał równości zamierza realizować.

39. Jasne jest jednak, że problem nie polega po prostu na tym, kto jest za lub przeciw akcji afirmatywnej dla konkretnej grupy. Metoda prób poprawy sytuacji takiej grupy ma znaczenie w tym sensie, czy działanie takie spotyka się z poparciem czy z oporem innych. I ostatnia uwaga: programy akcji afirmatywnej nie zastępują programów walki z ubóstwem, ani też nie są substytutem prawodawstwa antydyskryminacyjnego, gdyż nie zapewniają korzyści mniejszościom chińskim czy żydowskim, które w wielu krajach odczuwają dyskryminację, lecz przeciętnie nie są grupami upośledzonymi.

### **III. KONCEPCJA AKCJI AFIRMATYWNEJ W PRAWIE MIĘDZYNARODOWYM**

40. Koncepcja akcji afirmatywnej generalnie występuje w prawie międzynarodowym jako „środki specjalne”. Po raz pierwszy określenie „środki specjalne” zostało użyte przez Indie na etapie projektu Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, kiedy to Indie proponowały umieszczenie w tekście artykułu 2 ustępu wyjaśniającego, stwierdzającego iż:

„W niniejszym artykule, specjalne środki dla postępu społecznie lub oświatowo zacofanych części społeczeństwa nie będą interpretowane jako wyróżnienie. Alternatywnie, Komitet może życzyć sobie zamieszczenia raportu stwierdzenia wyjaśniającego tę interpretację.”

41. Przedstawiciel Indii wskazał, iż realizacja zasad niedyskryminacji wywoływały pewne problemy w przypadku grup szczególnie zacofanych wciąż istniejących w wielu krajach nierozwiniętych. W jego kraju konstytucja i ustawodawstwo dopuszczały środki specjalne dla poprawy sytuacji socjalnej i kulturalnej takich grup. Środki tego rodzaju miały zasadnicze znaczenie dla osiągnięcia rzeczywistej równości społecznej w wysoce heterogenicznych społeczeństwach. Był on pewien, że autorzy projektu paktu nie zamierzali zakazać takich środków, które faktycznie były środkami ochronnymi, i dlatego uznał za istotne podkreślenie, iż takie środki ochronne nie powinny być interpretowane jako dyskryminujące w ramach tekstu tego ustępu. Propozycja ta, mimo wyraźnego poparcia innych przedstawicieli, została wycofana. Odczuwano jednakże, że „trudności, na jakie napotkał przedstawiciel Indii zostaną najlepiej usunięte bardziej poprzez włączenie stosownego fragmentu wyjaśniającego do protokołu Komitetu, aniżeli poprzez uwzględnienie dodatkowego ustępu do projektu paktu.”

42. Według Cravena, „Pakt...” nie jest absolutnym odwzorowaniem wyniku w znaczeniu osiągnięcia równej dystrybucji materialnych korzyści przez wszystkich członków społeczeństwa. Uznaje on jednakże proces równouprawnienia, w którym następuje redystrybucja zasobów społecznych celem zaspokojenia podstawowych praw każdego członka społeczeństwa w oparciu o ideę równości szans. W swych pierwszych Uwagach Ogólnych Komitet Praw Ekonomicznych, Społecznych i Kulturalnych stwierdza, że wstępnym krokiem do realizacji praw wynikających z Paktu jest określenie upośledzonych sektorów populacji, które winny znaleźć się w centrum pozytywnej akcji państwa w celu zapewnienia pełnej realizacji ich praw.

43. Idea równości szans została zawarta w artykułach 7(c) i 13.2(c) Paktu. W szczególności, Artykuł 7(c) wprowadza równe dla wszystkich możliwości awansu w pracy na odpowiednio wyższe stanowisko w oparciu jedynie o kryteria stażu pracy i kwalifikacji. Zdaniem Cravena, państwa są w zasadzie zobowiązane – tak *de iure* jak i *de facto* – do eliminowania wszystkich innych możliwych barier awansu. W szczególności może to wymagać podjęcia środków dla promowania szans tych grup społecznych, które są niedoreprezentowane w kategorii wyższych stanowisk menadżerskich. Artykuł 13.2(c) przewiduje, iż nauczanie uniwersyteckie będzie w równym stopniu dostępne dla wszystkich na podstawie kryterium zdolności. Pozytywne działania na rzecz pewnych grup społecznych mogą być podjęte na mocy artykułu 10.2 i 10.3 Paktu, które przewidują ochronę matek przed i po porodzie oraz dzieci, szczególnie w miejscu pracy.

44. Craven dodaje jednak, iż wydaje się, że wszystkie artykuły wykluczają możliwość stosowania limitów w zakresie awansu zawodowego i dostępu do szkolnictwa wyższego, zabraniając korzyści innych niż wynikające ze stażu pracy, kwalifikacji i zdolności.

45. Szczególnie interesujące są również Uwagi Ogólne Komitetu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych. Uwaga Ogólna nr 5 uwzględnia „niepełnosprawność” jako uzasadnienie szczególnego traktowania, mimo oczywistego braku takiego zapisu w Pakcie, prawdopodobnie wskutek braku świadomości w tym względzie. Niemniej jednak Komitet stwierdza jasno:

„Zobowiązanie państw-sygnatariuszy Paktu w zakresie promocji postępującej realizacji stosownych praw w maksymalnie dostępnym wymiarze środków w oczywisty sposób wymaga od Rządów więcej, aniżeli jedynie powstrzymywania się od działań mogących mieć negatywny wpływ na osoby niepełnosprawne. Zobowiązanie to w przypadku tak wrażliwej i upośledzonej grupy polega na podjęciu pozytywnych działań dla likwidowania strukturalnych przeszkód i prowadzeniu stosownych działań preferencyjnych wobec osób niepełnosprawnych w celu osiągnięcia pełnej partycypacji społecznej i równości wszystkich osób z niepełnosprawnościami. Oznacza to niezmiennie udostępnienie dodatkowych środków na te cele oraz opracowanie szerokiego zakresu specjalnie dostosowanych działań.”

46. W Ogólnych Uwagach nr 13 podkreśla się, że podjęcie tymczasowych środków specjalnych mających na celu faktyczne ustanowienie równości mężczyzn i kobiet oraz kierowane na grupy upośledzone nie stanowi naruszenia prawa do niedyskryminacji w zakresie edukacji o tyle, o ile środki takie nie prowadzą do wprowadzenia nierównych lub odrębnych norm dla różnych grup, i przy założeniu, że przestają one działać po osiągnięciu celów, dla których zostały wprowadzone. W pewnych okolicznościach zatem odrębne systemy lub instytucje oświatowe dla grup mogą być uznawane za nie naruszające postanowień Paktu.

47. Gdy 3-ci Komitet Zgromadzenia Ogólnego omawiał antydyskryminacyjne zapisy Międzynarodowego Pakty Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, przedstawiciel Indii ponownie przedstawił swój punkt widzenia i zasugerował, aby po artykule 2.1 Paktu następował ustęp wyjaśniający w brzmieniu: „Specjalne środki na rzecz postępu jakiegokolwiek społecznie lub kulturalnie upośledzonej warstwy społecznej w rozumieniu niniejszego artykułu nie będą interpretowane jako wyróżnienie.”

48. Stwierdził on, iż ze względu na traktowanie w przeszłości lub okoliczności historyczne pewne grupy społeczne musiały otrzymać większe przywileje i ochronę przez pewien czas w celu promocji praw tych ludzi i odbudowy ich równości i stworzenia warunków, w których nie będzie już istnieć potrzeba stosowania takich rozwiązań i wprowadzone zostaną równe szanse dla wszystkich. Jeśli Komitet nie aprobował włączenia wspomnianego ustępu w tekst projektu Paktu, fragment o podobnej treści winien być umieszczony w raporcie Komitetu. Komitet ponownie uznał pogląd przedstawiciela Indii i stwierdził, iż interpretacja, co do której nie było sprzeciwów, zostanie specjalnie wprowadzona do raportu. Ten sam pogląd został przyjęty wobec artykułu 26.

49. W swoich ogólnych uwagach do artykułu 26 Paktu będącego generalnym zapisem antydyskryminacyjnym Komitet Praw Człowieka podkreślił iż:

„zasada równości wymaga niekiedy od Państw podjęcia akcji afirmatywnej w celu zmniejszenia lub zlikwidowania okoliczności powodujących lub mogących utrwalać dyskryminację zakazaną przez Pakt. Na przykład, w państwie gdzie ogólna sytuacja pewnej części populacji nie pozwala lub utrudnia jej korzystanie z praw człowieka, państwo winno podjąć konkretne działania na rzecz poprawy tej sytuacji. Działanie takie może uwzględniać objęcie na pewien czas tej części populacji – w odróżnieniu od pozostałych grup - pewnymi preferencjami w określonym zakresie. Jednakże, czas trwania działania potrzebnego dla naprawy faktycznej dyskryminacji jest przedmiotem uzasadnienia wymaganego Paktem.”

50. Praktyka Komitetu Praw Człowieka jest potwierdzeniem jego poglądu na akcję afirmatywną. W sprawie *Stalla Costa v. Urugwaj* wnioskodawca podważył preferencyjne traktowanie w przypadku reinstalowania w służbie cywilnej byłych funkcjonariuszy cywilnych, którzy zostali uprzednio niesłusznie zwolnieni z powodów ideologicznych, politycznych lub związkowych. Wnioskodawca podnosił, iż preferencyjne traktowanie niesłusznie naruszało ich szanse na zatrudnienie w służbie cywilnej. Domniemana dyskryminacja została uznana za dopuszczalną akcję afirmatywną na rzecz ochrony grupy uprzednio pokrzywdzonej. Komitet uznał, że przepis wprowadzający preferencje był środkiem korekcyjnym wobec osób, które w przeszłości ucierpiały na skutek naruszenia artykułu 26.

51. W sprawie *Ballantyne, Davidson i McIntyre v. Kanada* Komitet uznał jednak, iż dla ochrony niekorzystnej sytuacji grupy frankofońskiej w Kanadzie nie było konieczne wprowadzanie zakazu używania języka angielskiego w reklamie komercyjnej. Ochrona taka mogła być zrealizowana na inne sposoby nie naruszające swobody wypowiedzi zgodnie z własnym wyborem osób wykonujących taką działalność. Stąd też wprowadzenie akcji afirmatywnej w tym przypadku zostało uznane za zbyt daleko idące i nieproporcjonalne do założonego celu.

52. Na podstawie dwóch Międzynarodowych Paktów można wyprowadzić następujące wnioski. W czasie prac nad projektami Międzynarodowego Pakty Praw

Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (ICESCR) oraz Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (ICCPR) przyjęto generalnie, że zakaz dyskryminacji i – odpowiednio – wyróżniania nie wyklucza podejmowania pozytywnych działań na rzecz grup upośledzonych. Uznano zgodnie, że zakaz taki dotyczy niekorzystnego wyróżniania pozbawionego obiektywnych bądź rozsądnych podstaw. Ponadto, ogólnie zaakceptowane zostało, iż równość nie oznacza identycznego traktowania, i że istnieją przypadki, gdy ma uzasadnienie przepis prawny wprowadzający rozróżnienie pomiędzy jednostkami lub grupami.

53. Dlatego też według Thornberry’ego można wnioskować, że pojęcie akcji afirmatywnej nie jest sprzeczne z postanowieniami Paktów. W tym samym sensie Vijapur uważa, że zasada niedyskryminacji w międzynarodowych prawach człowieka w jasny sposób implikuje kompensacyjne nierówne traktowanie jednostek lub grup, które nie różnią się od większości pochodzeniem, językiem lub wyznaniem, a jedynie swoim socjalnym i ekonomicznym zacofaniem. Jego stanowisko poparte jest istnieniem w instrumentach międzynarodowych przepisów o specjalnej ochronie. Należy jednak podkreślić, iż żaden z Paktów nie uznaje *explicite* jakiegokolwiek obligatoryjnej natury akcji afirmatywnej, ani też że zdefiniowana jest forma akcji afirmatywnej i sytuacja, w jakiej należy ją podjąć.

54. Międzynarodowa Organizacja Pracy (ILO) była pionierem w zakresie korzystania – w głównej mierze – z konwencji o charakterze promocyjnym do realizacji określonych celów i polityki. MOP wyznaczyła również docelowe standardy zgodne z zasadą równej płacy za równą pracę, zapisaną w Konstytucji ILO oraz z zasadą równości ludzi niezależnie od ras, wyznania czy płci, proklamowaną w Deklaracji dotyczącej celów i zadań MOP z 1944 r. przyjętej przez Międzynarodową Organizację Pracy w Filadelfii.

55. Konwencja MOP dotycząca dyskryminacji w zakresie zatrudnienia i wykonywania zawodu z 1958 r. (nr 111), która dotyczyła głównie dyskryminacji rasowej lecz miała też zastosowanie dla innych form dyskryminacji, obliguje każde państwo członkowskie do realizowania krajowej polityki promowania równych szans i równego traktowania w zakresie zatrudnienia i wykonywania zawodu poprzez eliminowanie wszelkiej dyskryminacji, odpowiednie dla tego celu prawodawstwo oraz współpracę organizacji pracodawców, pracowników i innych stosownych instytucji (art. 2 i 3). Artykuł 5 jest jednym z pierwszych zapisów w traktacie międzynarodowym zezwalającym na „specjalne środki ochrony i pomocy” określone dla realizacji potrzeb osób, które z takich powodów jak płeć, wiek, niepełnosprawność, obowiązki rodzinne lub status społeczny lub kulturowy są ogólnie uznawane za wymagające szczególnej ochrony lub pomocy. Stwierdza się też jasno, że te specjalne środki nie stanowią dyskryminacji.

56. W 1960 r. podobna konwencja dotycząca obszaru edukacji została przyjęta przez UNESCO. Konwencja UNESCO przeciw dyskryminacji w edukacji wyróżnia w artykule 1 jako akt dyskryminacji tworzenie lub funkcjonowanie odrębnych systemów oświatowych. Jednakże artykuł 2 wprowadza kwalifikację tego zakazu i zezwala na: (i) odrębne systemy oświatowe tworzone na identycznych zasadach dla uczniów odrębnej płci; (ii) systemy oświatowe wyodrębnione z powodów językowych lub religijnych oferujące wykształcenie zgodne z życzeniem rodziców lub prawnych opiekunów uczniów na zasadach opcjonalnych i pod warunkiem że systemy te spełniają pewne normy; (iii) prywatne instytucje oświatowe – jeśli ich celem nie jest wyłączenie pewnej grupy lecz zapewnienie dodatkowej edukacji w stosunku do oferty władz publicznych, i to pod pewnymi warunkami. Artykuł ten nie odnosi się do specjalnych środków lecz jedynie określa, kiedy odrębne systemy oświatowe nie

będą stanowić przypadku dyskryminacji. Ponadto, nie odnosi się on *explicite* do specjalnych szkół publicznych.

57. Artykuł 5 tej Konwencji odnosi się do praw mniejszości narodowych w zakresie własnej działalności edukacyjnej, takiej jak nauczanie własnego języka, pod warunkiem że prawo to nie jest realizowane w sposób, który nie pozwalał by członkom tych mniejszości na rozumienia kultury i języka społeczeństwa jako całości i na udział w jego działalności, czy który naruszał by narodową suwerenność. Standardy takiej edukacji nie powinny być niższe od ogólnie przyjętych, a uczęszczanie do takich szkół winno być opcjonalne. Państwa członkowskie winny podejmować wszelkie konieczne kroki dla stosowania tego prawa, co nie sugeruje jednak, iż państwo jest obowiązane do zapewniania grupie pomocy finansowej i innej. Thornberry określa ten przypadek raczej jako swobodę negatywną aniżeli pozytywną. Prace przygotowawcze (*travaux preparatoires*) wskazywały również na to, iż środki specjalne na rzecz szczególnych wymogów osób będących w specjalnych okolicznościach, takich jak dzieci w niedorozwoju, niewidomi, imigranci i analfabeci, nie stanowiły „nieuzasadnionej” preferencji lecz raczej służyły osobom upośledzonym do odzyskania prawdziwej równości.

58. Międzynarodowa konwencja w sprawie eliminacji wszelkich form dyskryminacji rasowej (ICERD) przyjęta w 1966 r. mówi w artykule 1 ust. 4 o środkach podejmowanych na rzecz pewnych jednostek lub grup rasowych czy etnicznych celem zapewnienia im równego korzystania z praw człowieka i podstawowych swobód.

„Specjalne środki podjęte wyłącznie w celu zapewnienia odpowiedniego rozwoju pewnych grup rasowych czy etnicznych lub jednostek, potrzebujących takiej ochrony, jaka może być konieczna do zapewnienia tym grupom lub jednostkom wykonywania lub korzystania na zasadach równości z praw człowieka i podstawowych wolności, nie będą uważane za dyskryminację rasową, pod warunkiem jednak, że środki te nie będą prowadziły w konsekwencji do utrzymywania odrębnych praw dla różnych grup rasowych i nie pozostaną w mocy po osiągnięciu celów, dla których zostały podjęte.”

59. Ustęp powyższy należy odnosić do artykułu 2 ust. 2 tejże Konwencji, który przewiduje, iż państwa członkowskie podejmą specjalne i konkretne środki w dziedzinie społecznej, gospodarczej, kulturalnej i innych dziedzinach dla zapewnienia odpowiedniego rozwoju i ochrony określonych grup rasowych i jednostek do nich należących w celu zagwarantowania im na zasadach równości pełnego korzystania z praw człowieka i podstawowych wolności. Środki te w żadnym wypadku nie powinny pociągać za sobą utrzymania nierównych lub odrębnych praw dla różnych grup rasowych po osiągnięciu celów, dla których zostały podjęte.

60. Oba artykuły mają swoją genezę w artykule 2 ust. 3 Deklaracji ONZ na temat eliminacji wszelkich form dyskryminacji rasowej przyjętej w 1963 r. Powodem, dla którego Konwencja dwukrotnie zajmuje się tym samym problemem jest to, że o ile artykuł 1 definiuje dyskryminację i w swoim ust. 4 odnosi się to przypadku, gdy zastosowanie odmiennego traktowanie nie jest dyskryminujące, artykuł 2 zajmuje się obowiązkami nałożonymi przez Konwencję na państwa członkowskie; oba zapisy podkreślają tymczasowy charakter środków specjalnych, co było reakcją na istniejący wówczas system apartheidu. W dyskusji dotyczącej ustępu o środkach specjalnych niektórzy przedstawiciele obawiali się, iż środki takie mogą być wykorzystane przez rządy jako narzędzie utrwalania separacji pewnych grup od

reszty populacji lub jako środek utrwalania kolonializmu. Ustalono jednak jasno, że cel nie powinien polegać na podkreślaniu rozróżnienia pomiędzy różnymi grupami rasowymi, ale raczej na zapewnieniu, iż osoby należące do takich grup mogą reintegrować się w społeczeństwie, co stanowi cel równego rozwoju wszystkich obywateli.

61. Seminarium na temat eliminacji wszelkich form rasizmu zorganizowane w 1968 r. zainicjowało ważną dyskusję na temat legitymizacji limitów i rezerwacji. Według jednego poglądów rezerwacje i limity są prawnie i faktycznie podstawowym środkiem promowania równości dla osób będących ofiarami dyskryminacji, jednakże zdaniem innych preferować należy tworzenie specjalnych instytucji dla osób upośledzonych, aby dać im szansę na konfrontację z generalną normą wartości.

62. Znaczenie Deklaracji UNESCO w sprawie rasy i uprzedzeń rasowych z 1978 r., mimo iż jest to tylko deklaracja, nie może być niedocenione, gdyż spotkało się szerokim poparciem i zostało powszechnie przyjęte przez aklamację. Uznaje się ją za część międzynarodowych praw człowieka jako zrozumiałą międzynarodowy instrument ochrony tożsamości kulturowej i grupowej i wartość z punktu widzenia różnorodności. Artykuł 1 Deklaracji stwierdza że wszystkie osoby i grupy mają prawo do odmienności, uznawania się za odmienne i bycia uznawane za takie. Prawo do odmienności nie może jednak służyć za pretekst do uprzedzeń rasowych, usprawiedliwiać praktyk dyskryminacyjnych, ani też stanowić uzasadnienia polityki apartheidu. Artykuł 9 ust. 2 przewiduje stosowanie środków specjalnych celem zapewnienia równości i godności osób i grup, gdy jest to konieczne, jednakże nie mogą one stwarzać wrażenia, iż są rasowo dyskryminujące. Artykuł ten nie zawiera pojęcia „adekwatnego postępu” jako celu środka specjalnego, co sprawia że Deklaracja jest nieco mniej paternalistyczna i wykazuje należyty szacunek dla różnych grup.

63. Artykuł stanowi dalej, że szczególna uwaga winna być zwracana na grupy rasowe czy etniczne upośledzone ekonomicznie lub socjalnie celem zapewnienia im – na tych samych zasadach i bez dyskryminacji czy ograniczeń – ochronę dostępnych praw i przepisów oraz korzyści socjalnych, szczególnie w zakresie mieszkalnictwa, zatrudnienia i zdrowia, i ułatwić ich awans społeczny i zawodowy, zwłaszcza poprzez edukację.

64. Konwencja o eliminacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z 1979 r. została poprzedzona artykułem 3 Międzynarodowych Paktów:

„Państwa-Strony niniejszego Paktu zobowiązują się zapewnić mężczyznom i kobietom równe prawo do korzystania ze wszystkich praw obywatelskich i politycznych wymienionych w niniejszym Pakcie.”

65. Wielu przedstawicieli było zdania, że artykuł ten stanowił jedynie powielenie ogólnych zapisów antydyskryminacyjnych artykułu 2 ICCPR i artykułu 26 ICESCR. Podkreślono jednak, że artykuł 3 nie tylko wskazywał na zasadę równości, ale obligował państwa członkowskie uczynienia równości rzeczywistością. W związku z tym w swoich Uwagach Generalnych nr 4 Komitet Praw Człowieka podkreślił, iż artykuł 3, podobnie jak artykuły 2.1 i 26 – dotyczące głównie zapobiegania dyskryminacji z wielu przyczyn, spośród których jedną jest płeć – wymaga nie tylko działań ochronnych, lecz również akcji afirmatywnej na rzecz pozytywnego korzystania z praw, a to nie jest wykonalne jedynie poprzez stanowienie prawa.

66. W 1975 r. MOP przyjęła Deklarację o równości szans i traktowania kobiet w miejscu pracy. Artykuł 2 ust.2 stanowi że pozytywne specjalne traktowanie w okresie przejściowym mające na celu skuteczną równość płci nie będzie uznawane za dyskryminujące. W tym samym sensie UNESCO zdecydowała w 1979 r. w kontekście upośledzenia kobiet i dziewcząt, iż do momentu osiągnięcia „pełnej równości” szans edukacyjnych i szkoleniowych istnieje potrzeba specjalnych programów dla kobiet i dziewcząt umożliwiających im zmniejszenie i całkowitą eliminację różnic.

67. W trakcie opracowywania projektu Konwencji o eliminacji wszelkich form dyskryminacji kobiet omawiana była również kwestia środków specjalnych. Podkreślano, że wprowadzenie tymczasowych warunków dla kobiet w celu ustanowienia faktycznej równości nie stanowi dyskryminacji. Artykuł 4 stwierdza jasno:

„1. Wprowadzenie przez Państwa Strony tymczasowych zarządzeń szczególnych, zmierzających do przyspieszenia faktycznej równości mężczyzn i kobiet, nie będzie uważane za akt dyskryminacji w rozumieniu niniejszej konwencji, jednakże nie może w żaden sposób pociągać za sobą utrzymania nierównych lub odrębnych norm; zarządzenia te powinny być uchylone z chwilą osiągnięcia celów w zakresie równości szans i traktowania.

2. Wprowadzenie przez Państwa Strony specjalnych zarządzeń, w tym również zarządzeń przewidzianych w niniejszej konwencji, w celu ochrony macierzyństwa nie będzie uważane za akt dyskryminacji.”

68. Kontrowersyjność tego artykułu była oczywista biorąc pod uwagę reakcje Francji i Wlk. Brytanii, które nalegały, aby Konwencja w żadnej mierze nie wymagała od rządów „odwrotnej dyskryminacji”, co oznaczał dla nich „dyskryminację na korzyść kobiet” ponieważ – z wyjątkiem kilku ściśle określonych okoliczności – oznaczałoby to permanentne odejście od równego statusu i szans, i nie byłoby w dłuższej perspektywie korzystne dla kobiet. Z drugiej strony, Konwencja powinna zezwalać, ale nie wymagać, na czasową akcję afirmatywną dla wyrównania szans kobiet w sytuacjach, gdy jest to konieczne do przewyciężenia negatywnych zaszłości historycznych. Państwa przyznały, iż mimo pozornej dyskryminacyjności konieczne jest naprawienie zła wyrządzonego w przeszłości kobietom z powodu ich płci. Podkreślono przy tym, że traktować to należy w zasadzie jako środek tymczasowy, który w dłuższym horyzoncie stanie się niepotrzebny.

69. Dla niektórych państw problematyczne były też specjalne środki ochronne dotyczące macierzyństwa. Niektóre z nich były zdania, że indywidualna konstytucja fizyczna nie jest kwestią płci i może odnosić się tak do mężczyzn jak i do kobiet. Ponadto, w czasie tworzenia projektu brak było zgody w kwestii, czy Konwencja ma zajmować się równością mężczyzn i kobiet, czy też eliminacją dyskryminacji kobiet.

70. W Zaleceniu Ogólnym nr 23 w sprawie życia politycznego i publicznego Komitet zajął następujące stanowisko wobec tymczasowych środków specjalnych:

„O ile usunięcie barier *de iure* jest konieczne, o tyleż jest ono niewystarczające. Brak sukcesu w osiągnięciu pełnego i równego udziału kobiet może być niezamierzony i stanowić efekt przestarzałych praktyk i procedur niezamierzenie promujących mężczyzn. W artykule 4 Konwencja zachęca do korzystania z tymczasowych środków specjalnych dla zapewnienia pełnej skuteczności artykułów 7 i 8. Tam, gdzie kraje rozwinęły

skuteczną tymczasową strategię w próbach osiągnięcia równej partycypacji wykorzystano szeroki zakres środków, w tym rekrutację, pomoc finansową i szkoleniową dla kandydatek, zmianę procedur wyborczych, rozwijanie kampanii na rzecz równej partycypacji, kwantyfikację celów i limitów, promowanie kobiet do obejmowania funkcji publicznych takich jak sędziowskie i inne grupy zawodowe odgrywające znaczącą rolę w codziennym życiu każdego społeczeństwa. Formalne usunięcie barier i wprowadzenie tymczasowych środków specjalnych na rzecz równej partycypacji kobiet i mężczyzn z życia publicznego ich społeczeństw stanowią podstawowy wyznacznik prawdziwej równości w życiu politycznym. Jednakże, aby przezwyciężyć wieki męskiej dominacji w sferze publicznej, kobiety dla strony wszystkich sektorów społeczeństwa, które winny wykazać państwa członkowskie Konwencji oraz partie polityczne i funkcjonariusze publiczni. Państwa mają obowiązek zapewnienia, iż tymczasowe środki specjalne są należycie skonstruowane dla potrzeb zasady równości i tym samym są zgodne z konstytucyjnymi zasadami gwarantującymi równość wszystkich obywateli.”

#### **IV. FORMY AKCJI AFIRMATYWNEJ**

71. Akcja afirmatywna jest częstokroć pojmowana jako swoisty nagłówek, tak jakby podejmowane w jej ramach działania były jednolite. Przygotowane przez MOP studium Hodgesa-Aeberharda i Raskina udowadnia, że metody realizacji tych celów są różnorodne: zgodność z ustawodawstwem akcji afirmatywnej może następować poprzez przyjęcie różnej polityki służącej konkretnemu kontekstowi. Niektóre formy akcji afirmatywnej mogą być bardziej niż inne skuteczne lub właściwsze dla promowania równości, w zależności od danego kontekstu i politycznego wyboru. Ponadto, jak podkreślono we wstępnym raporcie, działania akcji afirmatywnej muszą zawsze zgadzać się z zasadą niedyskryminacji. Tak długo jak „akcja afirmatywna” ma formę „afirmatywnej mobilizacji” lub „afirmatywnej uczciwości”, tak długo środki specjalne nie powodują kontrowersji, odmiennie niż środki mające formę „afirmatywnej preferencji”.

##### **A. Afirmatywna mobilizacja czy afirmatywna uczciwość**

72. Specjalne środki mogą nosić nazwę „afirmatywnej mobilizacji” gdy – poprzez afirmatywną rekrutację – grupy docelowe są agresywnie uczulane i zachęcane do ubiegania się o dobro społeczne takie jak miejsce pracy lub w instytucji oświatowej. Może to mieć miejsce poprzez ogłoszenia lub inne środki rekrutacji, jeśli tylko istnieje pewność że trafią one do grupy adresatów. Przykładem jest tu tworzenie programów kształcenia zawodowe dla umożliwienia przedstawicielom mniejszości uzyskanie kwalifikacji pozwalających konkurować o stanowiska pracy i awans. Uzasadnieniem jest fakt, że nie można uzyskać równości jeśli efekty dyskryminacji pozbawiły ludzi możliwości uzyskania umiejętności pozwalających na skuteczne ubieganie się o pracę. Stąd też afirmatywna rekrutacja jest w stanie – poprzez środki interwencyjne takie jak kształcenie zawodowe i uzyskiwanie kwalifikacji – umieszcza osoby dotychczas upośledzone w sferze konkurencyjności. Może to również oznaczać docieranie do osób i budzenie ich świadomości istnienia dostępnych im korzyści w dziedzinie mieszkalnictwa i innych dóbr społecznych.

73. Środki specjalne mogą też nosić nazwę środków „afirmatywnej uczciwości”, jeśli poprzedzone są dogłębnym badaniem ustalającym, czy członkowie grupy



docelowej zostali rzetelnie potraktowani w dostępie do dóbr socjalnych, takich jak wstęp do instytucji oświatowych, uzyskanie pracy lub awansu zawodowego. Innymi słowy, czy potraktowani zostali według swojej wartości, czy też rasizm lub seksizm były czynnikiem w procesie ich oceny. Może to być osiągnięte przez ustanowienie skutecznej i wiarygodnej weryfikacji rozpatrującej zarzuty dotyczące dyskryminacji, monitorowania indywidualnych zachowań i badanie praktyk egzaminacyjnych dla eliminowania mimowolnych zachowań dyskryminacyjnych. Celem tego wszystkiego jest zapewnienie, aby kryteria zatrudnienia czy awansowania związane są jedynie ze stanowiskiem pracy i nie służą jako osłona dyskryminacji rasowej bądź seksualnej. Oznacza to, iż na etapie zatrudniania lub awansowania podejmowanie decyzji nie może podlegać kolorom, a ludzie muszą być oceniani jedynie na podstawie ich indywidualnej wartości a nie ich statusie jako członków określonej grupy. Sprowadza się to do prostej konstatacji, że zatrudniony to zawsze ten najlepiej wykwalifikowany.

74. Afirmarywna mobilizacja i afirmarywna uczciwość – obie uwzględniają środki dla przewycięzania społecznych problemów grupy celowej; środki te same w sobie nie implikują dyskryminacji wobec osób nie będących członkami danej grupy, a raczej rozciągają koszty akcji afirmarywnej na całość społeczeństwa. W tym sensie środki te są odporne na kolor skóry, lecz gdy dochodzi do motywowania środków lub strategicznego planowania czy monitorowania, podejście do zagadnienia staje się zdecydowanie zorientowane rasowo. Z tego zapewne powodu, między innymi, afirmarywna rekrutacja i afirmarywna uczciwość są dobrze odbierane i akceptowane.

## **B. Afirmarywna preferencja**

75. Afirmarywna preferencja oznacza, że czyjaś płeć czy rasa zostanie uwzględniona przy udostępnieniu lub pozbawieniu dobra socjalnego. Środki afirmarywnej preferencji mogą oznaczać dwie rzeczy.

76. Po pierwsze, mogą oznaczać, że jeśli dwie identycznie wykwalifikowane osoby ubiegają się o tę samą pracę, awans, dotację, itp., preferowana jest osoba należąca do określonej grupy będącej beneficjentem środków akcji afirmarywnej.

77. Po drugie, mogą obejmować środki bardziej radykalne, takie jak zakaz ubiegania się o dane korzyści członkom grupy nie będącej adresatem, lub też możliwość ubiegania się istnieje, lecz nawet w przypadku lepszych kwalifikacji i tak preferowana będzie grupa docelowa. Członkowie grupy adresatów mogą uzyskiwać automatycznie dodatkowe punkty na egzaminach, co nazywane jest „normowaniem ras”. W stosunku do nich mogą obowiązywać niższe standardy przy ocenie aplikacji na uczelnie lub miejsca pracy. Do ustalenia socjalnych dóbr przeznaczonych dla grupy docelowej mogą też służyć nieformalne przeliczniki, wytyczne, limity lub rezerwacje.

78. Afirmarywna preferencja jest najbardziej kontrowersyjną formą akcji afirmarywnej. Zdaniem jej oponentów w konsekwencji takiego rodzaju akcji afirmarywnej następuje obniżenie się standardów zawodowych, co nawet może prowadzić do stygmatyzacji. Ponadto, uznaje ona środki zbiorowe za najlepszą drogę do poprawy sytuacji grupy docelowej. Podejście grupowe budzi szeroki sprzeciw. Dostęp do dóbr wyłącznie na podstawie przynależności grupowej ponownie podkreśla istniejący dylemat praw jednostki wobec praw grupy, szczególnie w państwach liberalno – demokratycznych.

79. Zdaniem wielu osób ten typ akcji afirmatywnej stanowi dyskryminację, ponieważ traktuje ludzi jako członków grupy lub kategorii bez odwoływania się do ich wartości. Mimo iż osoby należycie wypełniły kryteria, to jednak odmawia się tego, co w innych okolicznościach po prostu by im się należało. Dyskryminacja ma miejsce poprzez racjonowanie dóbr socjalnych, a oznacza to, że niektórzy członkowie innych grup nie będą już brani pod uwagę w dostępie do nich ze względu na ograniczoną dostępność. Powoduje to obciążenie kosztami akcji afirmatywnej określonych osób.

W zasadzie ten rodzaj akcji afirmatywnej krzywdzi członków grupy A w wyniku promowania korzyści dla członków grupy B. Powstaje też problem z punktu widzenia praw człowieka: (a) ponieważ krzywdy takie następują w takich obszarach życia, jak ochrona zdrowia, oświata, praca i polityczna partycypacja – są chronione określonymi artykułami międzynarodowych traktatów dotyczących praw człowieka, i (b) ponieważ kryteria nakładające niedogodności (podstawa klasyfikacji jako A lub B) zwykle stanowią te same powody, które są wyraźnie zakazane w ustawodawstwie antydyskryminacyjnym. Dlatego też będzie bardzo trudno pogodzić wymogi strategii prawnych dotyczących problemów grup docelowych z pozornie sprzecznymi wymogami indywidualnej sprawiedliwości.

80. W Raporcie o Światowej Sytuacji Społecznej z 1997 r. podnoszono, że rządy wprowadzają limity lub inne radykalne preferencje bez uprzedniego uzyskania społecznej akceptacji, w ten sposób powodując alienację obywateli tracących swoje prawo do konkurencji na równych warunkach. Bez akceptacji limity stają się czynnikiem wyjątkowo dzielącym. Raport zarzuca rządów wybór twardych preferencji ponieważ nie wymagają one zwiększonych podatków lub nakładów finansowych. O wiele łatwiej jest narzucić limity niż zająć się – poprzez redystrybucję dochodów - faktycznymi przyczynami nierówności pomiędzy grupami, w tym dyskryminacją, ubóstwem, słabą oświatą, niedożywieniem i geograficzną izolacją.

## **V. ŚRODKI AKCJI AFIRMATYWNEJ NIE MOGĄ PROWADZIĆ DO Dyskryminacji**

81. W ocenie środków akcji afirmatywnej szczególnie ważna jest ich relacja z zasadą niedyskryminacji, która jest odwrotnym sformułowaniem zasady równości i jednym z podstawowych – jeśli nie podstawowym – prawem człowieka. Zasada równości została uroczyście sformułowana w 1948 r. w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, która stwierdza: „Wszyscy ludzie rodzą się wolni i równi pod względem swej godności i swych praw.”, zaś artykuł 1 Karty Narodów Zjednoczonych zapewnia, że jednym z celów Organizacji jest „popierać prawa człowieka i zachęcać do poszanowania tych praw i podstawowych wolności dla wszystkich bez względu na różnice rasy, płci, języka lub wyznania.” Podobne postanowienia zawarte są we wszystkich instrumentach praw człowieka międzynarodowego systemu regionalnego, takich jak Rada Europy, Organizacja Państw Ameryki czy Organizacja Jedności Afrykańskiej.

82. Zakaz dyskryminacji w głównej mierze techniką prawną wykorzystywaną do przeciwdziałania nieuzasadnionej nierówności, opartą na założeniu, iż państwo nie ma upoważnienia do arbitralnego stawiania jednostki w niekorzystnej sytuacji. Zakaz dyskryminacji znajduje się we wszystkich instrumentach międzynarodowych.

83. Bez starannego przygotowania niedyskryminacja i akcja afirmatywna mogą wzajemnie się zderzyć. Gdy zasada niedyskryminacji eliminuje takie czynniki, jak

rasa, płeć, narodowość, itp. ze społecznego podejmowania decyzji, akcja afirmatywna dąży do zapewnienia pełnej równości poprzez uwzględnienie tych czynników. Jednakże w swoim dążeniu do osiągnięcia równości może ona czasem uciekać się do wykorzystywania ekstremalnych środków, tym samym naruszając zasadę niedyskryminacji. Dlatego też polityka akcji afirmatywnej musi być starannie kontrolowana, i nie wolno pozwalać na podważanie istoty zasady niedyskryminacji. W celu zrozumienia, kiedy akcja afirmatywna staje się dyskryminacją warto dokładniej przyjrzeć się pracom przygotowawczym do kilku międzynarodowych instrumentów zawierających zasadę niedyskryminacji.

84. W czasie przygotowywania zapisów antydyskryminacyjnych w artykule 7 Powszechnej Deklaracji przewodnicząca Komisji Praw Człowieka NZ Eleonora Roosevelt stwierdziła, że równość nie oznacza takiego samego traktowania kobiet i mężczyzn we wszystkich sprawach, ponieważ istnieją kwestie, gdzie istotne jest traktowanie odmienne. Było to jasne powtórzenie poglądu, że „równość” nie może być rozumiana jedynie w jej znaczeniu normatywnym, lecz również i w jej formalnym sensie.

85. Powodem znacznego zamieszania jest dwuznaczna terminologia antydyskryminacyjnych postanowień międzynarodowych instrumentów praw człowieka, w których określenia „rozdzielenie” i „dyskryminacja” używane są wymiennie dla tego samego pojęcia. Przykładem niech będzie niekonsekwencja w artykule 2 Międzynarodowych Paktów: Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych winien „zagwarantować wykonywanie praw wymienionych w niniejszym Pakcie bez żadnej dyskryminacji”, podczas gdy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych gwarantuje „prawa uznane w niniejszym Pakcie, bez względu na jakiegokolwiek różnicę”.

86. Angielska wersja artykułu 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka stwierdza: „Korzystanie z praw i wolności wymienionych w niniejszej konwencji powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów, jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, bądź z jakiegokolwiek innych przyczyn.” W tekście francuskim użyte jest słowo „rozdzielenie”. [distinction]

87. Ogólnie przyznaje się, że niezależnie od użytego słowa intencją projektodawców było uwzględnienie w obydwu Paktach i Europejskiej Konwencji tego samego poziomu ochrony. Oba terminy odrzucają jedynie „dyskryminację” rozumianą jako „arbitralne” lub „niesprawiedliwe” rozdzielenie.

88. Pogląd że nie wszystkie rozdzielania są nielegalne był zasadniczy w procesie formułowania projektu artykułu 2 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych; przeważająca większość popierała poprawkę zgłoszoną przez Argentynę, Włochy i Meksyk polegającą na zastąpieniu słowa „rozdzielenie” słowem „dyskryminacja”. Celem było potwierdzenie, że pewne rozdzielania mogą być uzasadnione dla promocji sytuacji niektórych zacofanych i upośledzonych sektorów społeczeństwa.

89. Podobnie, Ogólna Uwaga Komitetu Praw Człowieka dotycząca artykułu 26 uznając ogólną zasadę niedyskryminacji Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, stwierdza: „korzystanie na tych samych zasadach z praw i wolności nie oznacza jednak identycznego traktowania w każdym przypadku” i „nie każde rozdzielenie traktowania stanowi dyskryminację.”

90. W tym samym duchu Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził w sprawie Belgian Linguistics iż:

„Niezależnie od bardzo ogólnego sformułowania we francuskiej wersji („sans distinction aucune”) artykuł 14 nie zabrania każdej różnicy traktowania w wykorzystaniu uznanych praw i swobód. Wersja ta winna być rozumiana w świetle bardziej restrykcyjnego tekstu wersji angielskiej („bez dyskryminacji”).

91. Pojęcie niedyskryminacji było dalej wyjaśniane w szeregu studiów wykonanych przez specjalnych sprawozdawców Podkomisji. Współczesna doktryna prawna dochodzi do następujących wniosków:

(a) Obecnie przyjmuje się ogólnie że termin „dyskryminacja” musi być zastrzeżony dla arbitralnej i bezprawnej różnicy traktowania. Z drugiej strony, termin „rozróżnienie” jest neutralny i używany wtedy, gdy nie wiadomo jeszcze czy odmienne traktowanie ma uzasadnienie czy też nie;

(b) Konsekwentnie, nie każde odmienne traktowanie jest zabronione – jedynie te jego rodzaje, które skutkują dyskryminacją. Prowadzi to do pytania, kiedy odmienne traktowanie staje się nieakceptowalne lub kiedy jakakolwiek odmiennosc może być uzasadniona.

92. Międzynarodowe trybunały i autorzy rozpatrywali kryteria umożliwiające ustalenie, czy dane rozróżnienie traktowania jest sprzeczne - bądź nie - z zasadą niedyskryminacji.

93. W sprawach z regionu Afryki Północno-Zachodniej sędzia Tanaka utrzymywał, iż przyjmując równość jako zasadę, a odmienne traktowanie jako wyjątek, ci, którzy mówią o odmiennym traktowaniu muszą udowodnić jego *raison d’etre* i legitymizację oraz fakt, iż nie może ono być stosowane arbitralnie, a jedynie zgodnie z zasadami sprawiedliwości.

94. W sprawie Belgian Linguistics Trybunał Europejski przyjął linię praktyki prawnej wielu państw demokratycznych stwierdzając iż:

„zasada równości zostaje naruszona, gdy rozróżnienie nie ma celu i rozsądnego uzasadnienia. Istnienie takiego uzasadnienia musi być ocenione w relacji do celu i skutków rozpatrywanego środka z uwzględnieniem zasad zwykle funkcjonujących w demokratycznym społeczeństwie. Odmienne traktowanie w egzekwowaniu prawa ustanowionego Konwencją musi nie tylko zmierzać do uzasadnionego celu: Artykuł 14 jest naruszany w podobny sposób, jeśli da się jasno ustalić, że nie istnieje rozsądny związek proporcjonalności pomiędzy zastosowanym środkiem a celem, jaki zamierza się osiągnąć.”

95. Zasady te były wielokrotnie stosowane w znacznej liczbie późniejszych spraw.

96. Komitet Praw Człowieka NZ podzielił stanowisko Europejskiego Trybunału Praw Człowieka stwierdzając w Ogólnej Uwadze nr 18:

„nie każde odmienne traktowanie stanowi dyskryminację, jeśli kryteria takiej odmiennosci są uzasadnione i obiektywne, i jeśli założeniem jest, iż cel do osiągnięcia posiada legitymizację w Paktach.”

97. Różni autorzy zajmowali się również poszczególnymi konstytutywnymi elementami dyskryminacji. Jednym z takich elementów jest podstawa rozróżnienia. Enumeracja zakazanych podstaw w ogólnych instrumentach praw człowieka nie stanowi zamkniętej listy. Wynika to jasno z rozszerzenia 4 podstaw wymienionych w Karcie Narodów Zjednoczonych (rasa, język, wyznanie i płeć) do 12 w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka i obu Paktach, i do 13 podstaw w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, jak również z użycia słów „takich jak” poprzedzających listę tych podstaw.

98. Konsekwentnie, rozróżnienie oparte na innej podstawie może być arbitralne, zaś niektóre rozróżnienia oparte na wyliczonych podstawach niekoniecznie muszą być nielegitymizowane. Podstawa rozróżnienia jest Niemniej jednak istotna dla ustalenia, czy rozróżnienie takie jest arbitralne czy też nie. Jednakże to nie sama podstawa jest decydująca, lecz jej związek lub łączność między tą podstawą a prawem, wobec którego zastosowane jest rozróżnienie. Potrzebny jest „dostateczny związek” pomiędzy prawem a podstawą, lub innymi słowy podstawa musi być uznana za „istotną” dla danego prawa, wobec którego zastosowane jest rozróżnienie. Cel ogólny lub cel założony do osiągnięcia przez przepis, o którym mowa nie jest decydujący, lecz jest nią istotność konkretnej podstawy wobec konkretnego prawa. Niemniej jednak, rozróżnienie wprowadzane przez przepis prawny dla uzyskania w pełni uzasadnionego celu może być dyskryminacyjne - i jako takie powodować naruszenie prawa człowieka – jeśli podstawa rozróżnienia nie może być uznana za istotną dla danego prawa.

99. Zastąpienie określenia „nieistotny” pojęciem „arbitralny” nie jest czystą zamianą jednego słowa na inne. Różnica polega na ocenie stopnia braku legitymizacji danego rozróżnienia. Jeśli stopień ten jest ustalany w związku z ogólnym celem przepisu prawnego, to jego ocena będzie czysto polityczna i niewłaściwa dla oceny sądowej. Istota sprawy polega jednak na tym, że przepis prawny jest niekoniecznie legitymizowany nawet gdy odnosi się do legitymizowanego celu. Prawo jako technika osiągania pewnych celów winno szanować pewne wewnętrzne wymogi, z których najważniejszym jest poszanowanie zasady równości, która zabrania wprowadzania rozróżnień opartych na podstawach nieistotnych dla danego prawa czy swobody.

100. Mimo wymogu oceny wartości, na którą wpływ mogą mieć względy polityczne, ocena istotności podstawy poprzez jej związek z danym prawem czy swobodą wciąż pozostaje aktem sądowym. Upřednia identyfikacja podstawy (na której opiera się rozróżnienie) i przedmiotu (stosowania rozróżnienia) w kategoriach prawa zmniejsza do niezbędnego minimum element polityczny i gwarantuje sądowy charakter oceny. Podejście takie nie powinno być zasadniczo odmienne w przypadku oceny rozróżnień w traktowaniu wprowadzanych w ramach polityki „akcji afirmatywnej”.

## **VI. WNIOSKI**

101. Nie ulega wątpliwości że stosowana w przeszłości konsekwentna polityka dyskryminacji pewnych grup populacji może usprawiedliwiać – a w pewnych przypadkach nawet wymagać – specjalnych środków w celu przewyższenia sekwencji warunków nierówności, które wciąż są udziałem członków tych grup. „Akcja afirmatywna” lub „akcja pozytywna” to właściwe określenia obejmujące takie specjalne środki.

102. Szeroka gama środków oznaczana jest jako środki akcji afirmatywnej. Istotnie, działania prezentowane jako środki w ramach akcji afirmatywnej mogą przybierać różne formy. Nie dają one jednak podstaw do kontrowersji o tyle, o ile przybierają postać „afirmatywnej mobilizacji”, kiedy to poprzez afirmatywną rekrutację grupy docelowej są agresywnie zachęcane do ubiegania się o pracę, lub gdy poprzez „afirmatywną uczciwość” następuje ocena rzetelnego traktowania grupy docelowej w procesie uzyskiwania zatrudnienia. Sprawa jest bardziej delikatnej natury, gdy środki specjalne przybierają postać „afirmatywnej preferencji”. Lecz nawet i te środki nie mogą być kwestionowane, jeśli preferencje stosowane są jedynie wobec członków grupy docelowej, bądź gdy są oni kwalifikowani w ten sam równy sposób co inni nie należący do tej grupy.

103. W odniesieniu do praw człowieka preferencja może być uzasadniona tylko wtedy, gdy wynika ona z podstaw istotnych dla konkretnego prawa. Na przykład, w sprawach zatrudnienia i oświaty podstawowym kryterium są umiejętności. Klasycznym przykładem jest zatrudnienie skrzypka w orkiestrze. Decydującym kryterium jest umiejętność gry kandydata na skrzypcach. Nie jest konieczne uwzględnianie koloru jego skóry, płci, wiary, języka czy jego poglądów politycznych. Czynnikiem decydującym winna być jego umiejętność gry na skrzypcach. Aby uniknąć wpływu czynników nieistotnych na wybór osoby, kwalifikacje skrzypcowe mogą odbywać się nawet za kotarą. Jeśli ktoś potrzebuje zabiegu chirurgicznego ratującego życie, czynnikiem decydującym dla pacjenta jest zdolność operatora do przeprowadzenia zabiegu, a inne czynniki mają marginalne znaczenie.

104. Niemniej jednak w pewnych sprawach znaczenie mogą mieć kryteria inne niż umiejętności. Niektóre z tych kryteriów są istotne w pewnych sprawach, w innych zaś nieistotne. Szczególnie w sektorze publicznym kryteria inne niż umiejętności – takie jak proporcjonalna reprezentacja poszczególnych grup składających się na społeczeństwo – mogą zyskiwać na znaczeniu. W obszarze polityki członkowie rządu powoływani są na podstawie zaufania grup politycznych stanowiących większość parlamentarną. Czynnikiem determinującym jest tu „reprezentatywność”. W różnorodnym społeczeństwie proporcjonalna reprezentacja określonych grup może być pożądana. W niektórych przypadkach elektorat może nawet być podzielony według kryteriów uznawanych za szczególnie istotne z punktu widzenia wykonywania władzy politycznej. Kryteria takie mogą czasem mieć znaczenie dla dużych sektorów życia publicznego, w tym służby cywilnej, armii, policji czy sądownictwa.

105. Nie jest możliwe dokonanie szybkiej oceny stopnia, do jakiego kryteria te mogą być brane pod uwagę. Zależy to od konkretnych okoliczności w społeczeństwie, w którym środki te są podejmowane, a dodatkowo uwzględnić należy wielość czynników historycznych, kulturalnych, ekonomicznych, socjologicznych i innych, właściwych dla tego społeczeństwa. Rolą sądownictwa – administracyjnego, a nawet konstytucyjnego i międzynarodowego – jest weryfikowanie w każdym przypadku, czy przepis prawny lub jego zastosowanie uwzględnia zakaz dyskryminacji i zasadę równości przed prawem jako powszechnego uprawnienia.

106. W przypadku „afirmatywnej preferencji” szczególnej uwadze winna podlegać „tymczasowość” podejmowanych środków. Mimo generalnego uznawania tego wymogu trwałość większości tych środków jest „nieokreślona”, „otwarta” lub „niezdefiniowana”, a przepisy prawne nie precyzują terminu ich ekspirowania. Ponadto, nawet jeśli termin taki jest określony, to zdarza się że jest on przesuwany

bez uprzedniej weryfikacji programu „afirmatywnej preferencji”. Potrzeba zastosowania środka jest często wywoływana poprzez wykorzystanie niekontrowersyjnej formy akcji afirmatywnej („afirmatywnej mobilizacji” bądź „afirmatywnej uczciwości”), i bez zbadania proporcjonalności stosowanych środków. Ocena konieczności środka winna uwzględniać równowagę pomiędzy uzyskiwanymi korzyściami a stratami i wykazywać, że – z jednej strony – środki te spełniają oczekiwane cele, z drugiej zaś – że monitorowane są ich negatywne aspekty wpływające na inne osoby odczuwające ich skutki. Osoby, będące pod wpływem zastosowanych środków powinny mieć możliwość uczestniczenia w ich ocenie. Centralną kwestią jest, czy koszty dochodzenia do danego celu społecznego nie powinny być raczej przeniesione na inne osoby na podstawie odziedziczonej winy, aniżeli ponoszone przez całość społeczeństwa.

107. W zasadzie oczywiste jest, że żaden ze środków faworyzujących członków grup będących w przeszłości w sytuacji upośledzenia nie może być usankcjonowany samą intencją jego wprowadzenia, niezależnie od tego jak zasadna byłaby ta intencja. Każdy jest uprawniony do korzystania z podstawowych praw i swobód, i nikt nie może być dyskryminowany w korzystaniu z tych praw, niezależnie od celu wyznaczonego przez środki dyskryminujące. Efekt dyskryminacyjny uzależniony jest od środka przeznaczonego do osiągnięcia wyznaczonego celu, a nie od tego celu jako takiego.

108. Zakaz dyskryminacji byłby zasadą bez wartości normatywnej jeśli jakiegokolwiek rozróżnienie mogło być uzasadnione zakwalifikowaniem go jako środka akcji afirmatywnej. Zasada równości i niedyskryminacji, podstawowa dla praw człowieka i stosowalna do wszystkich praw, swobód i gwarancji, straciłaby znaczenie, jeśli środki w oczywisty i ewidentny sposób pozbawiające osobę jakiegokolwiek prawa, swobody i gwarancji na podstawie kryterium nieistotnego dla tegoż prawa lub swobody były uzasadniane nadaniem im etykiety środka akcji afirmatywnej. Dobre intencje lub uzasadniony cel są niewystarczające do umotywowania rozróżnienia opartego na jakiegokolwiek podstawie i w jakiegokolwiek sprawie. Nie wystarcza, że osoby preferowane przez przyjęty środek należą do grupy, której członkowie w przeszłości byli ofiarami środka dokładnie takiego samego rodzaju. niesprawiedliwość nie może być naprawiana inną niesprawiedliwością. Jeśli środek dyskryminujący przestaje być nielegalny i uzyskuje zgodność z wymogami ochrony praw człowieka i podstawowych swobód, to nie dzieje się tak dlatego, że potomkowie ofiar z przeszłości zostają zastąpieni potomkami dawnych prześladowców.

109. Przyjęcie środka akcji afirmatywnej nie daje mu legitymizacji tylko dlatego, że środek ten został zakwalifikowany właśnie jako taki przez władzę państwową. Zakaz dyskryminacji stosuje się do środków podejmowanych przez władze państwowe jako środki akcji afirmatywnej, i do nich należy znalezienie takich sposobów wprowadzenia środka akcji afirmatywnej, aby stanowił on pomoc grupie uprzednio dyskryminowanej w przezwyciężaniu trwałych skutków polityki dyskryminacyjnej w przeszłości. Generalnie, władze państwowe powinny stosować środki mogące pomóc tym osobom w zdobyciu tych samych kwalifikacji, co członkom grup w przeszłości faworyzowanych. Za pomocą środków akcji afirmatywnej należy nieść pomoc tym pierwszym w uzyskiwaniu żądanych kwalifikacji, a nie obniżać poziom tych kwalifikacji. Należy podejmować wysiłki na rzecz poprawy kwalifikacji grup docelowych, a nie tworzyć odmienne zbiory wymagań na podstawie kryteriów nieistotnych w danej sprawie.

110. W społeczeństwie, gdzie osoby należące do pewnych grup w dalszym ciągu odczuwają skutki dawnych praktyk dyskryminacyjnych, państwo winno realizować politykę akcji afirmatywnej. Nie oznacza to jednak, że jakikolwiek środek podejmowany przez państwo pod nazwą akcji afirmatywnej musi być zgodny ze zobowiązaniami wynikającymi z praw człowieka. Państwo może świadczyć pomoc osobom należącym do takich grup w przewyżczeniu ich upośledzenia, lecz musi się to dokonywać w sposób nie naruszający praw i swobód osób nie należących do takich grup.

111. Prosty fakt, iż określona kategoria populacji była ofiarą niekorzystnych warunków ekonomicznych lub społecznych nie oznacza, iż dla podniesienia ich materialnej pozycji jakiegokolwiek rozróżnienie oparte na charakterystyce tej kategorii może posiadać legitymizację, nawet jeśli podstawa ta jest niedostateczna jako źródło rozróżnienia z punktu widzenia określonego prawa. Niezasadne byłoby wypłacanie świadczeń osobom, które ich nie potrzebują, a jedynie należą do grupy poprzednio upośledzonej, i jednoczesne odmawianie tych samych świadczeń osobom potrzebującym, a należącym w przeszłości do kategorii o lepszej pozycji społecznej.

112. Centralnym punktem akcji afirmatywnej powinno być stosowanie środków spełniających potrzeby kategorii chronionej, nie zaś ograniczanie świadczeń z tych środków na podstawie elementu odróżniającego tę kategorię od innych członków populacji, nie mającego znaczenia dla określonego prawa. Jest kwestią wyboru środka, jego czasu i miejsca, że polityka może chronić docelową kategorię bez naruszania praw – w tym prawa do równej ochrony bez dyskryminacji – osób nie należących do tej kategorii. W żadnym przypadku nikt nie może być pozbawiony podstawowego prawa pod pretekstem, iż jest to pomoc grupom szczególnie upośledzonym w konsekwencji dawnej dyskryminacji.

113. Polityka akcji afirmatywnej jest akceptowalna na tyle tylko, na ile nie jest sprzeczna z zasadą niedyskryminacji. Oznacza to, że jeśli wprowadzane jest rozróżnienie, należy zwracać należytą uwagę na jego podstawę w ocenie, czy rozróżnienie to już staje się dyskryminacją, czy jeszcze nie. Nie sama podstawa jest jednak decydująca, lecz jej związek z prawem, wobec którego praktykowane jest to rozróżnienie. Musi istnieć dostateczny związek pomiędzy prawem a podstawą. Ta ostatnia musi być istotna dla konkretnego prawa, na którym opiera się rozróżnienie. Nie jest też decydujący cel będący do osiągnięcia. Sądowa ocena arbitralności rozróżnienia idzie o krok dalej niż taka ocena wykonywana na poziomie politycznym. Stąd też akcja afirmatywna dla zapewnienia pełnej równości nie zawsze posiada legitymizację. Akcja afirmatywna nie powinna być interpretowana w kategoriach uzasadniania jakiegokolwiek rozróżnienia opartego na jakichkolwiek podstawach i w kontekście jakiegokolwiek prawa jedynie dlatego, że celem rozróżnienia jest poprawa sytuacji osób lub grup upośledzonych. Akcja afirmatywna nie stanowi wyjątku od zasady niedyskryminacji, lecz raczej to właśnie zasada niedyskryminacji ustanawia granice akcji afirmatywnej.

114. Niniejszy raport nie proponuje prostego narzędzia do oceny środków akcji afirmatywnej. Sama zasada równości i niedyskryminacji jest trudną kwestią dającą pole znacznym kontrowersjom. Pojęcie akcji afirmatywnej jest jeszcze bardziej złożone, a jej praktyka nie rozwinęła się jeszcze w stopniu pozwalającym na wspólną płaszczyznę pojmowania jej ograniczeń. Dwuznaczność pojęcia, a szczególnie różnorodność środków stosowanych przez rządy w realizowaniu polityki akcji afirmatywnej ilustrują trudność problemu. Jediną ambicją niniejszego raportu jest uświadomienie złożoności problemu. Może on spełnić pożyteczne zadanie, jeśli



stanie się stymulatorem dalszych badań i rozważań w tej materii dla lepszego korzystania z praw i swobód człowieka bez jakiegokolwiek dyskryminacji.