

Editoriaal

‘Positieve discriminatie en de (on)wenselijkheid van een “gelijke” behandeling’

Matthias A. Decoster & Kristof Van Assche¹

Volgens Aristoteles horen gelijke gevallen gelijk behandeld te worden. Dit ethisch basisprincipe zag zich in Westerse liberale democratieën juridisch vertaald in het wettelijke gelijkheidsbeginsel. Op basis van dit beginsel is het de staat verboden om haar burgers te discrimineren op basis van bepaalde criteria, zoals raciale of etnische identiteit, geslacht of gender, geloof of overtuiging, lichamelijk of mentaal vermogen, genderidentiteit of seksuele oriëntatie. De wetgever gaat ervan uit dat deze identiteitskenmerken geen relevante criteria vormen om aan individuen een verschillende behandeling te geven. Bijgevolg overheerst in onze samenleving het idee dat gelijkheid betekent dat iedereen een behandeling moet krijgen die letterlijk gelijk is.

Vanuit verschillende kritische filosofische stromingen, zoals *critical race theory*, feministische en queer rechtstheorie, post- en dekoloniale studies, *critical disability studies* en kritische dierenrechtenstudies, wordt hierop fundamentele kritiek geuit. Een gelijke behandeling zou volgens deze critici niet in staat zijn om diepgewortelde ongelijkheid weg te werken, maar deze integendeel enkel verderzetten. Zo wordt geopperd dat werkelijke gelijkheid soms net een verschillende behandeling vergt. Al snel leidde dit inzicht tot de concepten “positieve actie” en “positieve discriminatie” of “*affirmative action*” in het Engels. Alhoewel vele mensen begrip kunnen opbrengen voor een “women only”-fitness en voor genderquota in de politiek, doet positieve discriminatie voor vrouwen in bepaalde andere domeinen, net zoals positieve discriminatie voor andere onderdrukte groepen, veel stof opwaaien. Dit is begrijpelijk, want het brengt het heersende idee van gelijkheid en gelijke behandeling in het gedrang. De thematische sectie van dit nummer van *Ethiek en Maatschappij* gaat dieper in op het onderwerp “positieve actie”. Het probeert de lezer een antwoord te bieden op de vraag waarom een gelijke behandeling niet steeds wenselijk is.

1. Matthias A. Decoster is als Aspirant FWO verbonden aan de onderzoeksgroep Persoon & Vermogen van de faculteit Rechten van de Universiteit Antwerpen. Kristof Van Assche is als hoofddocent verbonden aan dezelfde onderzoeksgroep. Contact: Kristof.VanAssche@uantwerpen.be; Matthias.Decoster@uantwerpen.be. Dit artikel is vrij beschikbaar volgens de bepalingen van de Creative Commons licentie Naamsvermelding-NietCommercieel-GeenAfgelideWerken (BY-NC-ND).

Het eerste artikel werd geschreven door Jasper Doomen en draagt als titel “De feitelijke en normatieve dimensie van gelijkheid”. Om positieve actie beter te kunnen situeren, is het aangeraden om gelijkheid eerst vanuit een filosofisch perspectief te analyseren. Doomen zoomt in op het gelijkheidsbeginsel en merkt op dat, onder dit principe, feitelijke gelijkheid de basis vormt voor normatieve gelijkheid. Vaak heerst er echter onenigheid over wie concreet gelijk is en op basis waarvan, alsook over hoe gelijke behandeling er concreet moet uitzien. In zijn artikel levert Doomen een fundamentele bijdrage aan dit debat en tracht hij hierbij de grondslag van het gelijkheidsbeginsel bloot te leggen. Op de vraag welke wezens gelijk zijn en op basis waarvan, antwoordt Doomen dat de menselijke theoretische rede het relevante kenmerk is om mensen (m.a.w. redelijke wezens) gelijk te beschouwen. Vervolgens beargumenteert hij waarom formele gelijkheid, die steunt op die feitelijke gelijkheid in de rede, het type gelijke behandeling is dat onder het gelijkheidsbeginsel moet worden toegekend aan redelijke wezens.

Na Doomens bijdrage over het gelijkheidsbeginsel en formele gelijkheid, behandelt Mattias A. Decoster kritische perspectieven op die formele gelijkheid in hun artikel “Wanneer antidiscriminatie wetten deel zijn van het probleem: over macht, gender, *affirmative action*, en het recht”. Decoster analyseert en combineert kritieken op formele gelijkheid vanuit *critical race theory* en *feminist legal theory*. Dit laat de auteur toe om aan te tonen hoe het gelijkheidsbeginsel en, in het bijzonder het principe van formele gelijkheid, bepaalde machtsstructuren in de samenleving (zoals racisme, seksisme en homo- of transfobie) en de ongelijkheden die ze met zich meebrengen, onzichtbaar maken. De rechtstheoretische inzichten verworven uit Amerikaanse literatuur worden daarna toegepast op de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie over positieve actie. Aan de hand van een kritische deconstructie van die rechtspraak laat Decoster zien hoe de huidige interpretatie van het Europese recht over positieve actie machtsstructuren legitimeert in plaats van tegenwerkt.

Het laatste artikel is van de hand van Naoual El Yattouti en heeft als titel “Vrije keuze van arts door de patiënt: ongebreidelde keuze of maatregel van positieve actie?”. In dit artikel past El Yattouti de literatuur over positieve actie toe op een specifieke rechtstak, namelijk het gezondheidsrecht, en illustreert zo concreter hoe een gelijkheid soms een verschillende behandeling vergt. De auteur vertrekt vanuit de observatie dat het recht op vrije artskeuze af en toe in conflict lijkt te komen met het recht op een gelijke behandeling. El Yattouti onderscheidt verschillende scenario's: een patiënt uit een sociale meerderheidsgroep die een zorgverlener uit een minderheidsgroep weigert en in plaats daarvan om een zorgverlener vraagt uit de eigen sociale groep, en een patiënt uit een minderheidsgroep die een zorgverlener uit een meerderheidsgroep weigert en om een zorgverlener uit de eigen groep vraagt. De auteur analyseert hoe het recht omgaat met deze verschillende verzoeken en hoe deze zich verhouden met positieve actie. Daar waar het

inwilligen van het verzoek in de eerste situatie racisme kan verderzetten, bevordert een dergelijk verzoek in het tweede geval net de gelijkheid in de gezondheidszorg. Dit precies omdat minderheidsgroepen vandaag nog steeds geconfronteerd worden met ongelijkheden in de zorgsector en het ingaan op het verzoek van bijvoorbeeld een zwarte patiënt om een zwarte zorgverlener voor deze groep een betere toegang tot de gezondheidszorg kan garanderen. Om deze stelling te verdedigen, onderzoekt ze het nut en de bestaansredenen van “concordante zorg” alsook de rechtspraak over het gelijkheidsbeginsel, het recht op vrije artskeuze en positieve actie.

De samenstellers wensen de referenten te bedanken die de artikels mee beoordeeld hebben en waardevolle feedback aan de auteurs gegeven hebben. In alfabetische volgorde zijn dat: Stijn Bruers, Pieter Cannoot, Michiel De Proost, Mariska Jung, Patrick Loobuyck, Marie Spinoy, Liesbet Stevens en Thierry Vansweevelt.