



Marcin Michał Wiszowaty

Uniwersytet Gdański

**SPRAWIEDLIWOŚĆ ŚLEPA CZY WRAŻLIWA NA KOLORY?
AKCJA AFIRMATYWNA A ZASADA RÓWNOŚCI
W NAJNOWSZYM ORZECZNICTWIE SĄDU NAJWYŻSZEGO
STANÓW ZJEDNOCZONYCH DOTYCZĄCYM PREFERENCJI
RASOWYCH PRZY UBIEGANIU SIĘ
O PRZYJĘCIE NA STUDIA**

1. Instytucja „akcji afirmatywnej” (*affirmative action*) w Stanach Zjednoczonych jest od kilkudziesięciu lat jednym z ważnych, wzbudzających liczne kontrowersje tematów zarówno debaty publicznej jak i refleksji naukowej. Bogaty i stale rosnący dorobek naukowy na jej temat obejmuje opracowania z wielu dziedzin – od socjologii i politologii przez ekonomię po nauki prawne. Akcja afirmatywna ma swoich zadeklarowanych zwolenników i przeciwników, czego efektem są ruchy społeczne wspierające lub zwalczające jej przejawy. Badania naukowe przynoszą interesujące wyniki dotyczące powodów tak zróżnicowanych poglądów na temat akcji. Socjologowie dowiedli, że istnieje ścisły związek pomiędzy stosunkiem jednostki do akcji afirmatywnej, a jej poczuciem sprawiedliwości. Im większa wiara w naturalną sprawiedliwość otaczającego świata – tym mniejsze poparcie dla stosowania preferencji i środków pomocowych dla wybranych grup. Zależność ta występuje również w odwrotnej relacji¹. Nauki ekonomiczne zajmują się społecznymi kosztami i zyskami płynącymi ze stosowania systemu preferencji i wyrównywania szans, a także jego wpływu na gospodarkę, rynek pracy, sektor edukacyjny, poziom i jakość wykształcenia.

Badania z zakresu nauki prawa dotyczą głównie problemu zgodności akcji afirmatywnej z konstytucją (przede wszystkim z zasadą równości i zakazem dyskryminacji wyrażonymi w XIV poprawce do Konstytucji Stanów Zjednoczonych²). Ocena tej zgodności ma fundamentalne znaczenie dla rozstrzygnięć

¹ Nie bez znaczenia dla poglądu na temat akcji afirmatywnej jest także pochodzenie społeczne i status danej osoby, a także jej światopogląd. Zob. V.M. Wilkins, J.B. Wenger, *Belief in a Just World and Attitudes Toward Affirmative Action*, „The Policy Studies Journal” 2014, vol. 42, no. 3, s. 337–340.

² Zdanie 2 sekcji 1 XIV poprawki do Konstytucji USA przyjętej w 1869 r. brzmi: „Żaden stan nie

w indywidualnych sprawach, w których sędziowie sądów niższych instancji rozstrzygają legalność konkretnych regulacji z zakresu np. prawa pracy czy prawa edukacyjnego, takich jak procedury rekrutacyjne (na studia, na określone stanowisko w firmie³). Dla amerykańskiej jurysprudencji istotne znaczenie w tym względzie ma przede wszystkim orzecznictwo sądów, w tym szczególnie wypowiedzi federalnego Sądu Najwyższego (*Supreme Court of the United States* – SCOTUS), które wywierają wpływ na całe orzecznictwo. Dorobek judykatury w omawianej dziedzinie można określić jako stosunkowo bogaty. Istotne znaczenie ma jednak tylko kilka orzeczeń, w większości wydanych przez SCOTUS.

Pierwsze orzeczenie uznające segregację rasową w szkolnictwie za niezgodną z konstytucją zapadło dopiero w 1954 r.⁴ Sama instytucja „akcji afirmatywnej” powstała dopiero w latach 60. XX w. Minęła kolejna dekada zanim w latach 70. XX w. wydano pierwsze, precedensowe orzeczenia sądowe na ten temat. Od tej pory sądy, na czele ze SCOTUS doprecyzowują cele, dopuszczalne przejawy i zakres akcji afirmatywnej. Poglądy sędziów z czasem ewoluowały, a także podlegały uściśleniu. Oprócz odpowiedzi na fundamentalne pytanie o zgodność z konstytucją samej akcji afirmatywnej, sądy musiały ustosunkować się do nieznanych wcześniej zjawisk stanowiących rezultat *affirmative action*. Wśród nich dominuje problem tzw. dyskryminacji łagodnej lub odwróconej (*benign / reverse discrimination*), która dotyczy jednostki należącej do grup większościowych, bez ich winy, w efekcie wdrażania środków sprzyjających grupom dotąd upośledzonym. Z kolei „dyskryminacja wtórna” polega na pogłębianiu się negatywnych efektów pierwotnej dyskryminacji w rezultacie wcielania mechanizmów akcji afirmatywnej, wbrew intencjom twórców (utrwalanie się negatywnych stereotypów dotyczących grup upośledzonych, w tym przekonania, że bez pomocy państwa ich członkowie nie są w stanie osiągnąć awansu społecznego)⁵.

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 prawnej” (*Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki*, przekł. i wstęp A. Pułło, Warszawa 2002, s. 59).

³ Badania dotyczące sposobu orzekania sędziów w sprawach z zakresu akcji afirmatywnej dotyczących preferencji rasowych i płciowych dowiodły interesujących prawidłowości stanowiących nie tylko odkrycie naukowe, ale także źródło cennych wskazówek dla pracowników działów personalnych (HR) w firmach prywatnych. Okazało się, że sędziowie dzielą się na tych, którzy wyważają słuszość i sprawiedliwość zastosowanych środków stawiając zadośćuczynienie grupom upośledzonym ponad bezwzględną ochronę równości albo preferują walkę z każdą dyskryminacją, również grup większościowych. Wśród uniwersalnych zasad poprawnego stosowania akcji afirmatywnej badacze wskazują jej indywidualny charakter (wobec stanowiska, a nie w całej firmie), krótkoterminowość (z regularną oceną zastosowanych środków pod kątem obranego celu) oraz ścisły związek między decyzją o zastosowaniu preferencji, a statystycznymi dowodami na istnienie powodów (np. dotychczas panującej dyskryminacji); zob. J. L. Thompson, S. B. Morris, *What Factors Influence Judges' Rulings About the Legality of Affirmative Action Plans?*, „Journal of Business & Psychology” 2013, vol. 28, s. 421–424.

⁴ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

⁵ P. Domagała, *Akcja afirmatywna w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych*, [w:] *Z proble-*

Treść najnowszych wypowiedzi SCOTUS dowodzi istnienia charakterystycznej, nowej tendencji do stopniowej eliminacji akcji afirmatywnej z ustroju społecznego, gospodarczego i politycznego Stanów Zjednoczonych. Jest to efektem uznania jej za dopuszczalną jedynie w okresie przejściowym. Coraz częściej podkreśla się w orzecznictwie oraz w doktrynie, że okres ten dobiega końca.

Niniejszy artykuł stanowi omówienie kluczowych spraw z najnowszego orzecznictwa SCOTUS dotyczącego omawianego tematu na tle dotychczasowych poglądów oraz najnowszych wypowiedzi doktryny. Celem artykułu jest prezentacja aktualnego stanowiska judykatury i doktryny dotyczącego akcji afirmatywnej – jej dopuszczalnych celów, przejawów i granic. Analizę ograniczono do jednego z obszarów, na który oddziałują mechanizmy akcji afirmatywnej, tj. zasad rekrutacji na studia. Wykształcenie, szczególnie na poziomie studiów uniwersyteckich, ma istotne znaczenie dla kariery zawodowej i pozycji społecznej jednostki.

O ile w polskim piśmiennictwie naukowym z dziedziny prawa sporo uwagi poświęcono zasadzie równości i zakazowi dyskryminacji, jak również mechanizmom wyrównawczym (przede wszystkim: kwotom na listach wyborczych), o tyle tytułowa problematyka niniejszego artykułu jest w nim prawie nieobecna. Wśród najnowszych opracowań poświęconych temu zagadnieniu można wymienić zaledwie dwie pozycje odwołujące się bezpośrednio do akcji afirmatywnej w USA⁶, przy tym autorką jednej z nich jest czeska badaczka⁷. Niewielkie wzmianki odnaleźć można w opracowaniach z dziedziny doktryn polityczno-prawnych traktujących o ogólniejszych kwestiach, jak polityka multikulturalna⁸ czy myśl polityczna J.F. Kennedy'ego⁹. Potrzeba wypełnienia luki w polskim piśmiennictwie na omawiany temat nie ulega więc wątpliwości. Ramy objętościowe artykułu pozwalają na zasygnalizowanie tylko głównych poglądów doktryny i wyłożenie podstawowych tez z orzecznictwa.

2. Początki akcji afirmatywnej w USA zdaniem większości autorów¹⁰ przypadają na prezydenturę Johna F. Kennedy'ego. W 1961 r. wydał on zarządzenie

mów bezpieczeństwa. Prawa człowieka, red. T. Jasudowicz, J. Gierszewski, P. Zientkowski, Chojnice 2012, s. 58–60.

⁶ Przede wszystkim przywołane wyżej opracowanie P. Domagały z 2012 r.

⁷ T. Skarková, *Affirmative action in the United States versus positive action in the European Union – comparative analysis*, „Studia Prawnoustrojowe” 2012, t. 16.

⁸ R. Tokarczyk, *Wielokulturalizm jako doktryna polityczno-prawna*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2012, t. 27.

⁹ K. Wojciechowski, *Z badań nad myślą polityczno-prawną Johna F. Kennedy'ego: zasada równości w prawie publicznym*, „Studia Prawnicze i Administracyjne” 2014, nr 2.

¹⁰ R.O. Parry, T. Gillespie Finney dowodzą, że przepisy dotyczące desegregacji są o wiele starsze, ale samo pojęcie „akcji afirmatywnej” w dzisiejszym rozumieniu pojawia się w czasach prezydentury R. Nixona. Podają także liczne przykłady wcześniejszych regulacji i orzeczeń na ten temat. R.O. Parry, T. Gillespie Finney *Affirmative Action: A Schizophrenic History*, „Southern Law Journal” 2014, vol. 24, s. 237 i n.

(*executive order*) nr 10925 o utworzeniu Prezydenckiej Komisji do Spraw Równych Szans w Zatrudnieniu (*The President's Committee On Equal Employment Opportunity*) zawierające nakaz, aby przy zawieraniu umów o zamówienia publiczne nie dochodziło do dyskryminacji ze względu na rasę, wyznanie, kolor skóry czy pochodzenie etniczne. W 1965 r. w zarządzeniu nr 11246 prezydent Lyndon Johnson rozszerzył wspomniany nakaz na federalnych kontraktorów i zlecenia powyżej 50 tys. USD. Celem było zwiększenie zatrudnienia pracowników szeregujących się z mniejszości przy realizacji kontraktów rządowych. W 1967 r. doszło do kolejnego poszerzenia grupy beneficjentów o kobiety¹¹.

Akcja afirmatywna była konsekwencją nowego podejścia władz amerykańskich do problemu dyskryminacji, jakie nastąpiło w latach 70. XX w. Uznano wówczas, że samo zniesienie prawnych barier czy czynników dyskryminujących nie prowadzi jeszcze do pełnej realizacji zasady równości¹². Teoretyczne założenia procesu wdrażania idei równości akcentowały jej stronę formalną. Zmierzały do likwidacji dyskryminacji jednostek poprzez jej zakaz i w efekcie traktowanie każdego tak samo. Okazało się, że może to prowadzić do niepożądanego zjawiska dyskryminacji pośredniej – równe traktowanie każdego bez względu na jego cechy i pochodzenie prowadzi do nierównej konkurencji i w efekcie do pogorszenia sytuacji niektórych grup. Nierówności społeczne ulegną w ten sposób pogłębieniu. Nowa koncepcja wdrażania zasady równości odwołuje się do jej strony materialnej. Obejmuje nie tylko zakaz dyskryminacji bezpośredniej, ale także stosowanie mechanizmów wyrównawczych zapewniających równą reprezentację różnych grup społecznych w dostępie do dóbr, sfery publicznej itp.

Akcję afirmatywną można zdefiniować jako „szczególny typ polityki antydyskryminacyjnej, który przewiduje preferencyjne traktowanie osób należących do grup upośledzonych m.in. w zakresie zatrudnienia (szczególnie kobiet), udzielania zamówień publicznych lub przyjmowania kandydatów na studia”¹³. Z czasem akcję afirmatywną zaczęto przedstawiać jako zespół środków wspierających zróżnicowaną i proporcjonalną reprezentację różnych grup społecznych w podziale dóbr i życiu publicznym.

Od początku akcja miała swoich krytyków, którzy dowodzili, że nie można, powołując się na konstytucję i zasadę równości, promować rozwiązań, które są z tą równością sprzeczne. Od promowania równości szans (*equality of chance, equality of opportunities*), uznawanej przez krytyków akcji afirmatywnej za słuszny cel działań, należało ich zdaniem odróżnić inżynierię społeczną zmierzającą do uprzywilejowania określonych grup kosztem innych, nawet jeżeli miałyby dojść do odwrócenia dotychczasowych ról. Jak ujął to lapidarnie M.B. Abram, prawo

¹¹ T. Skarková, *Affirmative action...*, s. 215–216.

¹² P. Domagała, *Akcja afirmatywna...*, s. 57.

¹³ J. Ringelheim, *Diversity and Equality: An Ambiguous Relationship. Reflections on the US Case Law on Affirmative Action in Higher Education*, „European Diversity and Autonomy Papers (EDAP)” 2006, nr 4, http://aei.pitt.edu/7042/1/2006_edap04.pdf, s. 2.

nie może być jednocześnie ślepe na kolory (*color-blind*) i zorientowane na kolor (*color-aware*), bowiem oba podejścia wzajemnie się wykluczają. Abram przywołał również jeden z najstarszych komentarzy do akcji afirmatywnej będącej wówczas jeszcze tylko ideą. Frederick Douglas, były niewolnik i wpływowy lider ruchów czarnoskórych Amerykanów z XIX w., odpowiadając na postulaty ustanowienia reguły obsadzania stanowisk rządowych i przyznawania kontraktów publicznych w oparciu o liczebność grup społecznych, stwierdził z dezaprobatą: „równość liczb nie ma nic wspólnego z równością zasług”¹⁴.

Nowy nurt poglądów na temat akcji afirmatywnej opiera się na jej krytyce jako błędnego środka do osiągnięcia słuszych celów, które przyświecały jej wprowadzeniu, a więc eliminacji negatywnych konsekwencji wieloletniej dyskryminacji grup rasowych i etnicznych w USA. Jedną z najnowszych propozycji zgłoszonych przez R. Rothsteina została przez niego określona jako „progresywna polityka ekonomiczna”. Autor krytykuje błędną praktykę zrzucania ciężaru rozwiązywania problemów społecznych i ekonomicznych na instytucje edukacyjne. Tymczasem, jego zdaniem, powinno się przede wszystkim stawić na wszechstronne polityki władz zmierzające do zmniejszania rażących nierówności i aktywizowania grup społecznych, a więc likwidować przyczyny nierówności społecznych, a nie rekompensować ich efekty¹⁵.

Bardziej umiarkowani badacze krytykują stosowanie kryteriów rasowych i etnicznych czy ekonomicznych jako podstaw preferencji, uznając jednak potrzebę i słuszość samej akcji afirmatywnej. Proponują alternatywne kryteria, jak „sąsiedztwo”, z którego pochodzi kandydat na studia¹⁶, czy bardziej kompleksowe, jak kryterium klasy społecznej kandydata¹⁷.

¹⁴ Zob. M.B. Abram, *Affirmative Action: Fair Shakers and Social Engineers*, „Harvard Law Review” 1986, vol. 99, no. 6, s. 1322 i n.

¹⁵ Autor wskazuje przykładowe mechanizmy i środki realizacji progresywnej polityki ekonomicznej służącej redukcji negatywnych konsekwencji dyskryminacji rasowej: bardziej redystrybucyjny system podatkowy, podwyższenie płacy minimalnej, redukcja kosztów szkolnictwa wyższego, reforma rynku pracy. R. Rothstein, *Should Race-Based Affirmative Action be Replaced by Race-Neutral Preferences for Low-Income Students? The Discussion Continues*, Economic Policy Institute: Working Economy Blogs, 4.8.2014, <http://www.epi.org/blog/race-based-affirmative-action-replaced-race/> [dostęp: 20.8.2015].

¹⁶ Miejsce zamieszkania i otoczenie (sąsiedztwo) jest istotnym elementem oceny kandydata, ale także jest ważnym czynnikiem wpływającym na decyzje dotyczące poziomu wykształcenia jednostki i jej kariery. Zamieszkiwanie w tzw. dobrej dzielnicy może pomóc w dostaniu się na studia. Zastąpienie kryterium rasowego geograficzno-ekonomicznym może ponadto, zdaniem jego proponentki, wpłynąć na osłabienie resentymentów białej większości, S. Cashin, *Place, Not Race: Affirmative Action And The Geography Of Educational Opportunity*, „University of Michigan Journal of Law Reform” 2014, vol. 47, issue 4, s. 951 i n.

¹⁷ Tytułem przykładu R. Kahlenberg wymienił 7 czynników, które powinno się brać pod uwagę: wykształcenie, dochody, powiązania społeczne i zawody rodziców, status społeczny sąsiadów, wiek, w którym matka urodziła kandydata, czy pozycję szkoły średniej, do której uczęszczał; M. Schwarzschild *A Class Act? Social Class Affirmative Action and Higher Education*, „San Diego Law Review” 2013, vol. 50, s. 460–461.

Wśród badaczy nie brakuje także takich, którzy nie tylko popierają akcję afirmatywną w obecnym kształcie, ale także postulują jej poszerzenie. Wyrażają przekonanie, że celem akcji nie powinno być (tylko) przeciwdziałanie negatywnym konsekwencjom dawnej dyskryminacji rasowej, ale także zwalczanie współczesnych przejawów rasizmu i segregacji rasowej, które nadal występują w USA. Zwolennicy tego poglądu uważają, że szukanie bardziej uniwersalnych kryteriów akcji afirmatywnej i zastępowanie nimi kryteriów rasowych jest błędem. Wynika z mylnego założenia, że problem rasizmu ma charakter wyłącznie historyczny, a więc celem akcji afirmatywnej jest zwalczanie negatywnych konsekwencji dawnego rasizmu. Tymczasem, ich zdaniem, dotyczy ona w takim samym stopniu przejawów współczesnego rasizmu (postrasizmu)¹⁸.

W wypowiedziach przedstawicieli doktryny można odnaleźć także takie oryginalne propozycje jak ta, aby do akcji afirmatywnej jako praktyki o charakterze redystrybucyjnym zmierzającej do osiągnięcia zróżnicowania rasowo-etnicznego studentów stosować reguły podobne do instytucji wyłączenia za odszkodowaniem (regulowanej na poziomie konstytucyjnym w V poprawce). Takie podejście prowadziłoby do znaczącej redukcji zjawiska odwrotnej dyskryminacji, pozbawiając krytyków akcji afirmatywnej głównego argumentu, a jednocześnie czyniłoby zadość elementarnemu poczuciu sprawiedliwości i zasadzie poszanowania praw konstytucyjnych¹⁹.

Wobec skrajnie odmiennych opinii dotyczących akcji afirmatywnej zgłaszanych od samego początku jej istnienia, poddanie jej konstytucyjnych podstaw ocenie Sądu Najwyższego było tylko kwestią czasu. Pierwsze orzeczenia SCOTUS na ten temat zapadły w latach 70. XX w. Już na przełomie lat 80 i 90., przy okazji rozpatrywania dwóch spraw: *City of Richmond przeciwko J. A. Croson Company* oraz *Adarand Constructors, Inc. przeciwko Peña*²⁰, Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że we wszystkich przypadkach badania potencjalnej dyskryminacji (zarówno bezpośredniej jak i łagodnej/odwrotnej), jeżeli nastąpiła w oparciu o kryteria rasowe, powinno się stosować najwyższą kategorię kontroli, tzw. *strict scrutiny*²¹. Polega ona na ocenie, czy zastosowane przez państwo środki są absolutnie konieczne (*narrowly tailored*) dla osiągnięcia celu, a cel ten jest związany z realizacją interesu publicznego o charakterze fundamentalnym.

¹⁸ A.A. Aja, D. Bustillo, *Judicial Histories and Racial Disparities: Affirmative Action and the Myth of the „Post Racial”*, „Journal of Public Law & Policy” 2015, vol. 36, issue 1, s. 26–28, 50–53.

¹⁹ Autor proponuje np., aby osoba należąca do grupy większościowej, uprawniona do przyjęcia na studia na danej uczelni mogła podjąć dobrowolnie decyzję o rezygnacji na rzecz członka grupy mniejszościowej w zamian za „odszkodowanie” w formie np. redukcji opłaty (czesnego) za studia na innej uczelni (innym kierunku). Zob. T. Wang, *Protecting Diversity in the Ivory Tower with Liability Rules*, „Pace Law Review”, vol. 35 issue 2, s. 718 i n.

²⁰ *City of Richmond v. J.A. Croson Co.*, 488 U.S. 469 (1989); *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995).

²¹ P. Domagała, *Akcja afirmatywna...*, s. 56–57, 62–63.

3. Pierwsze orzeczenie dotyczące akcji afirmatywnej przy przyjmowaniu na studia wydano w 1978 r. w sprawie *Regents of the University of California przeciwko Bakemu*²². SCOTUS stwierdził w nim niezgodność z konstytucją praktyki ustalania stałej (sztywnej) kwoty miejsc na studiach przeznaczonych dla studentów należących do grup „upośledzonych”. Przy przyjmowaniu na studia lekarskie na Uniwersytecie Kalifornijskim zarezerwowano 16 ze 100 miejsc wyłącznie dla studentów grup mniejszościowych – Czarnych, Latynosów, Indian i Azjatów. Białoemu studentowi Allanowi Bakemu dwukrotnie odmówiono przyjęcia na studia na miejsce z puli specjalnej. Bakke miał lepsze wyniki od studentów kolorowych, którymi obsadzono wspomniane 16 miejsc²³. SCOTUS potwierdził prawo szkół wyższych do ustalania zasad rekrutacji na studia promujących określone grupy mniejszościowe, ale pod warunkiem wskazania konkretnego celu takich praktyk. Celem tym może być zróżnicowanie społeczne (*diversity*) ogółu studentów służące wzbogaceniu dialogu akademickiego o poglądy różnych grup i środowisk społecznych (obecnie uznaje się, że jest to jedyny dopuszczalny cel stosowania akcji afirmatywnej opartej na kryterium rasowo-etnicznym przy rekrutacji na studia²⁴). Celem akcji afirmatywnej nie może być natomiast sam fakt osiągnięcia ściśle określonego odsetka studentów z grup „upośledzonych”. Osiągnięcie sztywnej kwoty takich studentów nie może być także uznane za środek konieczny do osiągnięcia wskazanego wyżej jako dopuszczalnego celu w postaci zróżnicowania przekroju społecznego studentów. Badania dowodzą, że w przypadku niektórych zawodów takie zróżnicowanie społeczne ma dodatkowy pozytywny wpływ w skali mikro (późniejsza kariera zawodowa absolwenta) oraz makro (efektywność danego sektora zawodowego) na jego wykonywanie. Dobrym przykładem jest zawód lekarza²⁵. Warunkiem dopuszczalności zastosowania określonych środków (np. preferencji dla przedstawicieli określonych środowisk) jest jednak dowiedzenie, że są one konieczne do osiągnięcia wskazanego celu. Etniczność czy rasa nie mogą być jedynymi kryteriami zróżnicowania społecznego ogółu studentów danej uczelni. Jako przykład wzorcowy przywołano w orzeczeniu ówczesne zasady rekrutacji obowiązujące na Uniwersytecie Harvarda, gdzie rasa była jednym z wielu kryteriów oceny indywidualnej każdego kandy-

²² *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

²³ P. Domagała, *Akcja afirmatywna...*, s. 58–59.

²⁴ W swoich wypowiedziach SCOTUS odrzucił inne proponowane cele, jak np. zadośćuczynienie za przeszłą dyskryminację niektórych grup społecznych. Dopuszczalne cele akcji afirmatywnej w innych obszarach społecznych, np. przy zawieraniu kontraktów rządowych, nie jest już tak jasno określone i podlega zawsze indywidualnej ocenie (zob. T. Skarková, *Affirmative action...*, s. 219, 223).

²⁵ Z jednej strony lekarz w USA ma stały kontakt z osobami innej rasy, z drugiej – część przedstawicieli danej rasy jako pacjenci preferuje kontakt z lekarzem pochodzącym z własnej grupy. Władze powinny im to ułatwić poprzez zapewnienie odpowiedniej różnorodności etniczno-rasowej w środowisku lekarskim. Akcje afirmatywne i ich zakazy wpływają znacząco na odsetek absolwentów studiów medycznych z grup mniejszościowych; zob. L.M. Garces, D. Mickey-Pabello, *Racial Diversity in the Medical Profession: The Impact of Affirmative Action Bans on Underrepresented Student of Color Matriculation in Medical Schools*, s. 264–266, 287–290.

data. SCOTUS uzależnił pozytywny rezultat akcji afirmatywnej ściśle od tego, czy zastosowano właściwe środki dla jego osiągnięcia. W przeciwnym razie akcja przyniesie jedynie szkody, nawet jeżeli inicjatorami kierowały dobre intencje. Wśród takich negatywnych konsekwencji wymieniono „odwroconą dyskryminację” grup większościowych, która jest niesprawiedliwa, ponieważ negatywne konsekwencje wdrażanych środków ponoszą niewinne osoby. Inną konsekwencją jest utrwalenie negatywnych stereotypów na temat grup mniejszościowych, których członkowie są postrzegani jako w pełni uzależnieni od pomocy państwa ułatwiającego im osiągnięcie określonych rezultatów (korzyści, awansu społecznego, dostępu do dóbr) kosztem innych jednostek. Stąd wniosek o konieczności stosowania tych samych kryteriów oceny dopuszczalności określonych środków afirmatywnych zarówno wobec rezultatów, jakie przynoszą w gronie grup mniejszościowych, jak i większościowych²⁶.

W 1996 r. zapadło orzeczenie, które znacząco wpłynęło na kwestie zakresu i dopuszczalności stosowania akcji afirmatywnej. Co ciekawe, nie był to wyrok SCOTUS, ale sądu apelacyjnego, który podważył obowiązującą wykładnię orzeczenia w sprawie *Bakke*. Podstawą sprawy *Hopwood przeciwko stanowi Texas*²⁷ była odmowa przyjęcia na Uniwersytet Tekszański kilku kandydatów na studia prawnicze w 1992 r., wśród nich Cheryl J. Hopwood, która podtrzymywała swoje powództwo do końca postępowania (druga z powodów Stephanie C. Haynes wycofała się, a w jej miejsce doszło trzech nowych powodów Douglas Carvell, Kenneth Elliott i David Rogers). Wszyscy powodowie byli białymi absolwentami szkoły średniej, którzy pomimo dobrych wyników w nauce nie dostali się na wybrany kierunek studiów. Co istotne – wszyscy legitymowali się lepszymi wynikami w nauce niż zdecydowana większość przyjętych na studia przedstawicieli mniejszości rasowych – Czarnych i Latynosów. Hopwood i jej koledzy padli ofiarą „dyskryminacji odwroconej” (*reverse discrimination*)²⁸. Te negatywne konsekwencje stosowania akcji afirmatywnej stały się podstawą do podważenia jej zgodności z konstytucją.

W pierwszej instancji powództwo zostało oddalone. Sąd stwierdził, że akcja afirmatywna jest „niestety” wciąż konieczna w społeczeństwie amerykańskim. W wyniku wniesionej apelacji sprawa trafiła do sądu apelacyjnego w piątym okręgu (*The Fifth Circuit Court of Appeal*). Sąd stwierdził tym razem, że Uniwersytet Tekszański nie ma prawa posługiwać się kryterium rasowym przy selekcji kandydatów na studia: ani w celu przeciwdziałania niesprzyjającym mniejszościom rasowych warunkom panującym na wydziałach prawa (*Law School*), ani aby złagodzić słabą reputację takich wydziałów w środowiskach mniejszościowych, ani

²⁶ P. Domagała, *Akcja afirmatywna...*, s. 58–60.

²⁷ *Hopwood v. Texas*, 78 E.3d 932 (5th Cir. 1996).

²⁸ P. Burka, *Law. Cheryl Hopwood. She fought affirmative action at the University of Texas – and won*, „Texas Monthly”, wrzesień 1996, <http://www.texasmonthly.com/content/law-%E2%80%A2-cheryl-hopwood/> [dostęp: 18.8.2015].

w celu eliminacji jakichkolwiek współczesnych efektów dawnej dyskryminacji stosowanej przez podmioty inne niż wydziały prawa.

Uniwersytet odwołał się do SCOTUS, ale sprawa nie została przyjęta do rozpatrzenia. *Attorney General* stanu Texas uznał, że orzeczenie w sprawie Hopwood należy interpretować jako zakaz stosowania preferencji rasowych przy przyjmowaniu na studia. Podobną decyzję podjęły władze pozostałych stanów znajdujących się w obrębie właściwości miejscowej 5. Sądu Apelacyjnego, a więc w stanie Louisiana i Missisipi. Wyrok w sprawie *Hopwood* wyznaczył praktykę postępowania na następne lata, poczynając od 1997 r. Preferencje rasowe zostały usunięte z reguł rekrutacyjnych na studia²⁹. Zmianę w tej dziedzinie przyniosło dopiero orzeczenie SCOTUS z 2003 r. w sprawie *Grutter*. W tym samym roku SCOTUS wydał jeszcze jedno orzeczenie dotyczące akcji afirmatywnej przy przyjmowaniu na studia. Oba dotyczyły zasad rekrutacji na Uniwersytet Michigan i oba zasługują na omówienie, ponieważ wpłynęły znacząco na praktykę rekrutacyjną.

W sprawie *Grutter przeciwko Bollingerowi*, Barbara Grutter, ubiegająca się o przyjęcie na studia prawnicze, zaskarżyła zasady rekrutacji obejmujące również kryteria rasowe. Dowodziła przed sądem pierwszej instancji (*district court*), że naruszają one konstytucyjną zasadę równości. Sąd Apelacyjny (*The Sixth Circuit Court of Appeal*) uchylił decyzję sądu pierwszej instancji, która przyznawała rację powódce. SCOTUS podtrzymał decyzję sądu apelacyjnego. W uzasadnieniu stwierdzono, że sam fakt stosowania kryteriów rasowych w postępowaniu rekrutacyjnym na studia nie narusza konstytucyjnej zasady równości (równej ochrony). W przeciwieństwie do sytuacji stanowiących podstawę powództw w sprawach *Bakke* i *Gratz* (*vide infra*), tym razem nie było mowy o sztywnym systemie kwotowym, ani „dyskryminacji odwrotnej”. System stosowany przez Wydział Prawa Uniwersytetu Michigan przypominał reguły obowiązujące w rekrutacji na Uniwersytet Harvarda (indywidualna i wieloaspektowa ocena kandydatów), które SCOTUS przywołał w sprawie *Bakke* jako pozytywny wzór. W orzeczeniu znalazły się dwa ważne twierdzenia, które znajdują zastosowanie w przyszłości. Po pierwsze – pojęcie „masy krytycznej” jako nowego celu stosowania preferencji dla grup mniejszościowych. Osiągnięcie „masy krytycznej” studentów z danej niedostatecznie reprezentowanej grupy etnicznej ma umożliwić każdemu z nich swobodny udział w akademickiej wymianie myśli i opinii jako zwykłemu studentowi, a nie reprezentantowi danej mniejszości. Część sędziów SCOTUS, w tym sędzia Thomas, skrytykowali to określenie, zarzucając mu nieścisłość i niemożność precyzyjnego ustalenia momentu osiągnięcia „masy krytycznej”. Sędzia określił je z tego powodu jako bardziej „chmurę krytyczną” (*critical cloud*) niż „masę krytyczną”. Drugie twierdzenie, które wygłosiła w formie opinii sędzia S.D. O'Connor znalazło się w treści orzeczenia i jest odtąd często przywo-

²⁹ M.C. Long, *Is There a „Workable” Race-Neutral Alternative to Affirmative Action in College Admissions?* „Journal of Policy Analysis and Management” 2014, vol. 34, no. 1, s. 162–163.

ływane w literaturze. Sędzia stwierdziła, iż spodziewa się, że 25 lat po wydaniu orzeczenia dojdzie do ostatecznego zakończenia akcji afirmatywnej jako środka o charakterze wyjątkowym, dopuszczalnego jedynie w okresie przejściowym. Powództwo zostało ostatecznie oddalone. Stosowanie kryterium rasowego w zasadach rekrutacji na Wydział Prawa Uniwersytetu Michigan uznano za zgodne z konstytucyjną zasadą równości³⁰.

W sprawie *Gratz przeciwko Bollingerowi*³¹ dwoje kandydatów na studia w *College of Literature, Science, and the Arts* (LSA), Jennifer Gratz (1995 r.) i Patrick Hamacher (1997 r.) nie zostało przyjętych z powodu nieuzyskania wystarczającej liczby punktów. Na łączną liczbę 150 możliwych do uzyskania punktów, osiągnięcie poziomu 100 wystarczyło, aby zostać przyjętym, przy czym za uzyskanie maksymalnego wyniku z egzaminu wstępnego (SAT) można było uzyskać 12 punktów, a za sam fakt przynależności do jednej z mniejszościowych, niedostatecznie reprezentowanych grup etnicznych – aż 20 punktów. Powodowie zakwestionowali zasady rekrutacji zawierające mechanizmy z zakresu akcji afirmatywnej w formie naruszającej klauzulę równej ochrony wyrażoną w IV poprawce do konstytucji USA oraz ustawę *Civil Rights Act* z 1964 r. SCOTUS, powołując się m.in. na orzeczenie w sprawie *Bakke*, przyznał rację powodom. W uzasadnieniu sąd stwierdził m.in., że jakkolwiek uczelnia ma prawo stosować środki zmierzające do zróżnicowania przekroju społecznego swoich studentów, to ustalenie sztywnego poziomu 20 punktów za sam fakt przynależności do określonej grupy mniejszościowej nie jest środkiem niezbędnym do osiągnięcia tego celu. Zwrócono uwagę przede wszystkim na fakt, że przy przyznawaniu 20 punktów (aż 20% wyniku gwarantującego przyjęcie) nie bierze się pod uwagę żadnych indywidualnych cech kandydata czy faktu rzeczywistego występowania po jego stronie utrudnień w uzyskaniu miejsca na studiach, a jedynie fakt przynależności do określonej grupy mniejszościowej. Jednocześnie każdy członek grupy większościowej jest pozbawiony takiej możliwości znacznego zwiększenia liczby punktów (mógł uzyskać 20 punktów wyłącznie wtedy, gdy wykazał się dodatkowymi cechami lub osiągnięciami jak: uzdolnienia sportowe, gorsza pozycja socjoekonomiczna wynikająca z pochodzenia społecznego lub ukończenie gorszej szkoły średniej – podobnie jak członkowie grup mniejszościowych). Stanowi to zbyt mechaniczną formę wyrównywania różnic w reprezentatywności określonych grup etnicznych, a jednocześnie stawia członków grupy większościowej w znacząco gorszej sytuacji³². W orzeczeniu *Gratz* znalazło się jeszcze jedno ważne stwierdzenie: kryteria rasowe nie powinny być jedynym środkiem osiągnięcia celu w po-

³⁰ *Grutter et al. v. Bollinger et al.* (2003), nr 02-241 (FindLaw's United States Supreme Court case and opinions), <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/539/306.html> [dostęp: 15.8.2015].

³¹ *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003).

³² *J. Gratz, et al v. L. Bollinger, et al. Plaintiffs' Memorandum of Law in Support of Motion for Partial Summary Judgment on Liability*, s. 17–36, <http://diversity.umich.edu/admissions/legal/gratz/gratsumj.html> [dostęp: 14.8.2015]; *Gratz et al. v. Bollinger et al.* (2003), nr 02-516 (FindLaw's United States Supreme Court case and opinions), <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/539/244.html> [dostęp: 14.8.2015].

staci zróżnicowanego środowiska akademickiego. Cel ten powinno się próbować osiągnąć na różne sposoby, przy czym stosowanie kryteriów rasowych powinno być dopiero efektem uznania, że inne, alternatywne sposoby mające charakter neutralny rasowo nie przynoszą pożądanych rezultatów.

4. Na najnowsze orzecznictwo SCOTUS dotyczące stosowania akcji afirmatywnej przy przyjmowaniu na studia składają się dwa wyroki. Oba poddano w amerykańskiej doktrynie szczegółowej analizie. Oba stały się obiektem surowej krytyki ze strony części przedstawicieli amerykańskiej nauki prawa konstytucyjnego³³.

Pierwszy z wyroków, który uważa się za konsekwencję fundamentalnego orzeczenia *Grutter* i który wpłynął z jednej strony na nowe spojrzenie na dotychczasowe orzecznictwo, a z drugiej – zmobilizował zwolenników akcji afirmatywnej, zapadł w sprawie *Fisher przeciwko Uniwersytetowi Tekszańskiemu*³⁴. Biała Abigail Fisher nie została przyjęta na studia na Uniwersytecie Tekszańskim w Annapolis. Zgodnie z przepisami stanowymi każdy kandydat na studia, który należy do 10% najlepszych absolwentów college'u na terytorium Texasu ma zapewnione miejsce na uniwersytecie. W ten sposób obsadza się ok. 75% miejsc na studiach. Pozostałe 25% zostaje rozdzielonych w postępowaniu rekrutacyjnym, w którym uwzględnia się ustalone przez uczelnię kryteria, wśród nich – rasę. A. Fisher, pomimo wysokiej średniej ocen i wyniku egzaminu końcowego SAT, który plasował ją w grupie 13% najlepszych absolwentów college'u, nie została przyjęta. Jej zdaniem powodem była jej niepremiowana przynależność rasowa. Wśród przyjętych znaleźli się Murzyni i Latynosi z gorszymi od niej wynikami w nauce. Fisher odwołała się od decyzji Uniwersytetu do sądów kolejnych instancji, a ostatecznie do Sądu Najwyższego³⁵.

Już sam fakt, że SCOTUS przyjął sprawę do rozpatrzenia pomimo faktu, że do tego czasu Fisher została przyjęta na inną uczelnię i ukończyła studia oraz pomimo brzmienia XI poprawki do konstytucji USA (która wyklucza właściwość sądów federalnych do orzekania w sprawach pozwów przeciwko władzom stanowym o odszkodowanie za naruszenie przez nich konstytucji w ramach wykonywania obowiązków służbowych), wzbudził krytyczną reakcję części przedstawicieli doktryny³⁶.

³³ W sprawie orzeczenia *Schuetz* zob. A. McNeal, *Schuetz V. Coalition To Defend Affirmative Action: The Majority's Tyranny Toward Unequal Educational Opportunity*, „Saint Louis University Law Journal” 2015, vol. 49. W sprawie orzeczenia *Fisher*: zob. M. L. Barnes, E. Chemerinsky, Angela Onwuachi-Willig, *Judging Opportunity Lost: Assessing the Viability of Race-Based Affirmative Action After Fisher v. University of Texas*, „UCLA Law Review” 2015, vol. 62.

³⁴ *Fisher v. University of Texas*, 570 US __ (2013).

³⁵ M. Sherman, *Supreme Court will again hear challenge to affirmative action at University of Texas*, „Star Tribune”, 29.6.2015, <http://www.startribune.com/supreme-court-will-re-hear-texas-affirmative-action/310655791/> [dostęp: 13.8.2015].

³⁶ M. L. Barnes, E. Chemerinsky, Angela Onwuachi-Willig, *Judging Opportunity...*, s. 286–288.

Większą część rozprawy przed SCOTUS zajęła kwestia ustalenia znaczenia „masy krytycznej” – jak się ją mierzy, lub kiedy zostaje osiągnięta. To pojęcie fundamentalne dla orzeczenia *Grutter*³⁷. Masa krytyczna to pojęcie z fizyki. Oznacza ilość substancji wymaganej do rozpoczęcia reakcji łańcuchowej. Na gruncie problematyki zróżnicowania społecznego (rasowego, etnicznego) studentów szkół wyższych terminem tym określa się liczbę (odsetek) studentów danej rasy, której osiągnięcie umożliwia rezygnację ze stosowania akcji afirmatywnej, ponieważ dochodzi do utrwalenia się stanu „różnorodności” społecznej (zróżnicowania studiującej młodzieży) uznanego za mającą korzystny wpływ na proces edukacyjny.

W czasie sprawy *Fisher* odwołano się do tego pojęcia. Przywołano szkieletową definicję testu masy krytycznej z orzeczenia w sprawie *Grutter*. Stwierdzono w nim, że masa krytyczna zachodzi wtedy, gdy dotąd izolowana mniejszość uzyskuje możliwość, aby jej głos był słyszalny (*to speak out*). Na pytanie sądu o metody ustalenia poziomu masy krytycznej studentów pochodzących z grup mniejszościowych, reprezentant Uniwersytetu nie był w stanie udzielić precyzyjnej odpowiedzi. Stwierdził, że nie da się ustalić ściśle tego poziomu, ale że jest on ustalany w każdym roku akademickim przez władze uczelni³⁸. Zastrzegł, że nie jest ściśle związany z demografią i prostymi proporcjami procentowymi liczby studentów reprezentujących daną mniejszość do jej ogólnej liczebności w danym stanie. Nie istnieje także jednoznacznie sprecyzowany cel, którego osiągnięcie można by uznać za efekt realizacji „masy krytycznej”. Pytany zdawał sobie sprawę, że w obu przypadkach odpowiedź pozytywna groziłaby uznaniem, że Uniwersytet Teksański (UT) ustalił sztywną kwotę studentów jako faktyczny cel stosowanej akcji afirmatywnej. Taki stan rzeczy byłby niezgodny z ustaleniami poczynionymi w orzeczeniu *Grutter*. Naruszałby konstytucyjną zasadę równości i zakazu dyskryminacji, grożąc dyskryminacją odwróconą, uderzającą po pierwsze w niewspierane mniejszości, po drugie – w większość.

W czerwcu 2013 r. SCOTUS postanowił o odesłaniu sprawy do ponownego rozpatrzenia przez Sąd Apelacyjny 5. Okręgu uznając, że poprzednio nie przeprowadził on należycie szczegółowej kontroli zasad rekrutacji na studia odbywającej się z uwzględnieniem kryterium rasowego. W ten sposób nie udało się ustalić w sposób jednoznaczny, czy władze uczelni stosują praktyki zakazane na gruncie konstytucji i reguł oznaczonych w orzeczeniu *Grutter*, czyli ustalają sztywne kwotowe cele procedury rekrutacyjnej. Sąd w Nowym Orleanie uznał, że ciężar dowodu spoczywał w tej sprawie na A. Fisher i to ona powinna była wykazać, że UT działał w złej wierze. SCOTUS uznał na gruncie wcześniejszego orzecznictwa, że to UT musi wykazać, że jego reguły rekrutacyjne są ściśle sprecyzowane, a nie uznaniowe, a ponadto, że są stosowane w dobrej wierze, a przy tym mają na celu dozwolony cel uzyskania różnorodności społecznej ogółu stu-

³⁷ Zob. http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/11-345.pdf, s. 10–14.

³⁸ Zob. http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/11-345.pdf, s. 16–18.

dentów, a nie zakazany, np. osiągnięcie określonego z góry odsetka Czarnych czy Latynosów na studiach³⁹. Ponadto, stosowane kryteria rekrutacyjne muszą spełniać przesłankę niezbędności (*narrowly tailored*), a więc ich stosowanie musi być niezbędne dla osiągnięcia wskazanego wyżej, dozwolonego celu.

W lipcu 2014 r. Sąd Apelacyjny 5. Okręgu ponownie orzekł na korzyść Uniwersytetu Teksańskiego. A. Fisher po raz kolejny odwołała się do SCOTUS, który – ku zaskoczeniu wielu komentatorów – przyjął sprawę do rozpatrzenia i wyznaczył rozprawę na jesień 2015 r.⁴⁰ Prawnicy A. Fisher prowadzą jeszcze dwie podobne sprawy przed sądami niższych instancji (dotyczące Uniwersytetu Harvarda i Uniwersytetu Kalifornijskiego) i wnieśli o ich zawieszenie do czasu rozstrzygnięcia przez SCOTUS sprawy *Fisher II*⁴¹.

Druga z najnowszych spraw odnoszących się do akcji afirmatywnej i rozstrzyganych przez SCOTUS jest szczególnie interesująca. Dotyczyła kilku kwestii, wśród nich przede wszystkim zgodności z federalną ustawą zasadniczą decyzji podjętej w referendum konstytucyjnym zorganizowanym w stanie Michigan. W głosowaniu powszechnym w 2006 r. obywatele wprowadzili do konstytucji stanowej absolutny zakaz stosowania na terenie stanu preferencji rasowych (*preferential treatment*) przy przyjmowaniu do szkół i na uniwersytety (tzw. *Proposal 2*). Uważa się, że zmiana ta była reakcją na orzeczenie SCOTUS z 2003 r. w sprawie *Grutter* uznające stosowanie akcji afirmatywnej opartej na kryterium rasowym przy selekcji kandydatów na wydział prawa Uniwersytetu Michigan za zgodne z konstytucją. Sprawę *Schuetz przeciwko Koalicji Obrony Akcji Afirmatywnej*⁴² uważa się za lustrzane odbicie sprawy *Fisher*. O ile w tej drugiej oceniano ponownie zgodność z konstytucją akcji afirmatywnej, o tyle w pierwszej poddano ocenie konstytucyjność zakazu prowadzenia takiej akcji⁴³.

Wydanie rozstrzygnięcia wymagało ustosunkowania się przez SCOTUS do kilku istotnych kwestii, również niezwiązanych ściśle z zagadnieniem preferencji rasowych. Testowi konstytucyjności poddano zgodność przepisów stanowej ustawy zasadniczej z konstytucją federalną. Fakt, że zmiana konstytucji stanowej odbyła się z woli obywateli wyrażonej w referendum, dodatkowo podkreśla duże znaczenie polityczne i ustrojowe sprawy oraz wydanego na jej podstawie orzeczenia⁴⁴.

³⁹ Zob. http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/11-345_l5gm.pdf, s. 11–13.

⁴⁰ M. Sherman, *Supreme Court...*

⁴¹ L. Denniston, *The mystery of Fisher II review*, SCOTUSblog (21.7.2015), <http://www.scotusblog.com/2015/07/the-mystery-of-fisher-ii-review/> [dostęp: 15.8.2015].

⁴² *Schuetz v. Coalition to Defend Affirmative Action*, 572 U.S. ____ (2014).

⁴³ L. Denniston, *The mystery...*

⁴⁴ Na marginesie można wspomnieć, że z orzekania w obu sprawach, którymi SCOTUS zajmował się w tym samym czasie, z powodów formalnych wyłączyła się sędzia E. Kagan. W sytuacji, w której 9-osobowy skład SCOTUS był bardzo podzielony w opiniach, odejście jednego z sędziów mogło prowadzić do sytuacji patowej w czasie orzekania.

Sąd Apelacyjny 6. Okręgu uznał nowelizację ustawy zasadniczej za niekonstytucyjną. Swoją decyzję uzasadnił, odwołując się do tzw. teorii procesu politycznego, w myśl której obywatele nie ingerują bezpośrednio w treść polityk władz publicznych. Zasada ta dotyczy szczególnie przypadków, w których obywatele zamierzają zablokować wprowadzanie rozwiązań przewidujących ochronę mniejszości rasowych przed dyskryminacją. W 1982 r. SCOTUS wydał głośne orzeczenie dotyczące polityki „*desegregation busing*” służącej stopniowej eliminacji segregacji rasowej w szkołach publicznych⁴⁵. Grupa rodziców, obywateli stanu Washington, opierając się na przewidzianym w konstytucji stanowej prawie do inicjowania i przyjmowania zmian w ustawodawstwie⁴⁶, zorganizowała się w ruch pod nazwą „Initiative 350”. Ruch doprowadził do ustanowienia w drodze głosowania powszechnego zakazu stosowania na terenie stanu praktyki „*busing*”. SCOTUS uznał ten zakaz za niekonstytucyjny na gruncie zasady równej ochrony wyrażonej w XIV poprawce do konstytucji USA⁴⁷.

W trakcie dyskusji na temat konstytucyjności decyzji referendalnej, zakazującej stosowania środków z zakresu akcji afirmatywnej, pojawił się także argument wprost odwołujący się do konstytucyjnej zasady równej ochrony. Ustanowiony zakaz stawia w nierównej sytuacji zwolenników preferencji opartych na kryteriach rasowych i zwolenników innych kryteriów (jak osiągnięcia sportowe czy pochodzenie społeczne). O ile ci drudzy mają nadal możliwość wywarcia skutecznego wpływu (lobbingu) na władze stanu lub uczelni w celu wprowadzenia wymienionych kryteriów preferencyjnych w regulacji ustawowej lub uczelnianej, o tyle ci pierwsi muszą najpierw doprowadzić do zmiany konstytucji⁴⁸.

Ostatecznie w sprawie Schuette przeciwko Koalicji Obrony Akcji Afirmatywnej stosunkiem głosów 6 do 2 SCOTUS uznał konstytucyjny zakaz stosowania akcji afirmatywnej w stanie Michigan za zgodny z konstytucją federalną, otwierając drogę do podobnych głosowań w innych stanach amerykańskich (prawne zakazy akcji afirmatywnej obowiązują obecnie w 8 stanach⁴⁹).

Chociaż w swojej opinii stanowiącej osnovę powyższego orzeczenia sędzia A. M. Kennedy stwierdził, że SCOTUS nie powiedział w nim nic nowego w kwe-

⁴⁵ Praktyka ta polegała na odejściu od systemu rejonizacji przy przyjmowaniu dzieci i młodzieży do szkół publicznych, który prowadził do utrwalania się segregacji rasowej i funkcjonowania szkół dla „czarnych”, „białych” itd. Nowy system oparty był na ustalonych ogólnie zasadach mających na celu desegregację. W ten sposób dochodziło do wymieszania w szkołach dzieci z dzielnic z przewagą ludności czarnej, białej, latynoskiej itd. Elementem tej praktyki było również zapewnienie odpowiedniego transportu dowożącego dzieci z różnych części rejonu szkolnego w postaci autobusów szkolnych, od których wzięła się nazwa akcji.

⁴⁶ Article 2, section 1, *Washington State Constitution* 1889, <http://leg.wa.gov/LawsAndAgencyRules/Pages/constitution.aspx> [dostęp: 17.8.2015].

⁴⁷ WASHINGTON, et al., *Appellants v. SEATTLE SCHOOL DISTRICT NO. 1, et al.* | US Law | LII/ Legal Information Institute, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/458/457> [dostęp: 17.8.2015].

⁴⁸ O.R. James, *Diversity, Democracy and White Racial Identity: Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action*, „National Lawyers Guild Review” 2014, vol. 71, no. 1, s. 2.

⁴⁹ S. Cashin, *Place, Not Race...*, s. 936.

stii polityk publicznych (*public policies*), to w rzeczywistości doszło do zupełnej zmiany dotychczasowego stanowiska sądu i umożliwienia tym samym wpływu na politykę władz przez obywateli bezpośrednio na politykę władz.

Sędzia Kennedy dowodził, że ani Konstytucja USA, ani ustanowione w orzecznictwie sądowym precedensy nie stanowią podstawy dla uchylecia przez SCOTUS jako organ władzy sądowniczej przepisów ustanowionych przez obywateli stanu Michigan z ich woli. Sędzia zwrócił uwagę na jeszcze jeden aspekt sprawy, pozornie nie mający pierwszorzędного znaczenia dla jej rozstrzygnięcia. Jego zdaniem można mówić o tendencji do postrzegania wszystkich przedstawicieli danej rasy jako posiadających takie same zapatrywania czy poglądy na określone sprawy. Nie znajduje to uzasadnienia w faktach, prowadzi natomiast do umacniania się negatywnych stereotypów, a także wzmacniania antagonizmów rasowych. Prawo decydowania w sprawie stosowania ewentualnych preferencji rasowych należy oddać obywatelom, którzy posiadają wolność i prawo do debaty i decyzji we wszystkich dotyczących ich sprawach. Omawiając stanowiska sędziów, warto przywołać przeciwną opinię sędzi S. Sotomayor, która uznała decyzję SCOTUS za przejaw dyskryminacji, który znacząco utrudni w przyszłości obronę programów wdrażanych w ramach akcji afirmatywnej, przyczyniając się do pogorszenia sytuacji mniejszości rasowych. Sędzia S.G. Breyer, popierając stanowisko większości zastrzegł, że jego zdaniem zakaz ustanowiony wolą obywateli Michigan zakazuje jedynie praktyk afirmacyjnych opartych wyłącznie na kryterium rasowym, nie wykluczając możliwości stosowania takich preferencji w ogóle (obok innych kryteriów preferencyjnych⁵⁰). W doktrynie amerykańskiej można także odnaleźć pogląd, że potwierdzony przez SCOTUS fakt niezgodności z konstytucją praktyk określonych jako „preferencyjne traktowanie” (*preferential treatment*) bez doprecyzowania znaczenia tego terminu nie ma charakteru absolutnego. Fakt, że stosowanie kryterium rasowego jako przesądzającego o przyjęciu na studia zostało w stanie Michigan zakazane nie oznacza *per se*, że rasa nie może pozostać jednym z kryteriów oceny kandydatów⁵¹. Przywołana, odmienna od powszechnej interpretacja orzeczenia w sprawie *Schuetten* może zapowiadać kolejne próby osłabienia jego wpływu na kształt akcji afirmatywnej.

⁵⁰ *Schuetten v. Coalition to Defend Affirmative Action*, 572 U.S. ____ (2014) http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-682_8759.pdf, s. 12, 15, 18; L. Denniston, *Opinion analysis: Affirmative action — up to the voters*, SCOTUSblog (Apr. 22, 2014, 3:45 PM), <http://www.scotusblog.com/2014/04/opinion-analysis-affirmative-action-up-to-the-voters/> [dostęp: 15.8.2015].

⁵¹ Autor przytacza przykład analogiczny. Zakaz preferencji dla sportowców oznaczałby, że sam fakt pełnienia funkcji kapitana szkolnej drużyny sportowej nie mógłby stanowić przesłanki, której spełnienie wystarczałoby do przyjęcia na studia. Premiowanie u kandydatów takich przymiotów jak cechy przywódcze, inicjatywa, konsekwencja itp. wpływałoby na dozwolone (legalne) preferowanie kapitanów drużyn sportowych jako posiadaczy takich cech (zob. A. Akhavan, *A Preferable Way to Treat Preferential Treatment*, „UCLA Law Review” 2015, vol. 62, s. 1016, 1054).

5. Problem zgodności akcji afirmatywnej z konstytucją wzbudza nadal duże emocje i kontrowersje. Chociaż wypowiedź SCOTUS o jej oczekiwanym zakończeniu w przeciągu najbliższych lat jest dla wielu źródłem nadziei na zakończenie licznych sporów, to wielu komentatorów jest zdania, że problem ten jest ze swojej istoty nierozwiązywalny. Stosowanie akcji afirmatywnej miało być przejawem sprawiedliwości społecznej, zadośćuczynienia dla pokrzywdzonych i dyskryminowanych. Tymczasem przynosi również negatywne konsekwencje, jak odwrócona dyskryminacja niewinnych przedstawicieli grup większościowych, wzmacnianie postaw roszczeniowych w środowiskach mniejszościowych, utrwalanie podziałów społecznych i rasowych, czy stygmatyzacja beneficjentów akcji afirmatywnej (ofiara tego zjawiska padł niegdyś sędzia Clarence Thomas, jedyny czarnoskóry sędzia SCOTUS, prywatnie przeciwnik akcji afirmatywnej⁵²). Wiele badań dowodzi, że pomimo wdrożenia mechanizmów akcji afirmatywnej nie udało się znacząco poprawić poziomu wykształcenia grup mniejszościowych i ich dostępu do najlepszych uczelni i kierunków studiów. Z wyjątkiem przedstawicieli wywodzących się z mniejszościowych grup etnicznych i rasowych należących do klasy średniej (głównie czarnoskórych), którzy są największymi beneficjentami akcji (ale także obiektem wspomnianej stygmatyzacji), nie odnotowano znaczącego wzrostu poziomu edukacji w najliczniejszej, najgorzej sytuowanej części wspomnianych grup. Wzrost ten miał być kołem zamachowym awansu społecznego ludności kolorowej po latach podlegania dyskryminacji⁵³. Skutki ostatniego kryzysu ekonomicznego dotkliwie odczuła także większość uczelni. Szkolnictwo przechodzi obecnie poważny kryzys, z wielu powodów (niesprzyjające warunki demograficzne; zniechęcające do studiowania wysokie opłaty za czesne zmuszające młodzież do zaciągania kredytów edukacyjnych utrudniających usamodzielnienie się po studiach; zbyt duża liczba szkół, wpływająca na obniżenie poziomu nauczania i deprecjację wartości dyplomu; wysokie bezrobocie wśród młodzieży, również absolwentów studiów wyższych). W tych warunkach pojawiają się opinie, że akcja afirmatywna dodatkowo pogłębia trudną sytuację wielu uczelni. Fakt ten czyni ją szczególnie podatną na czynniki o charakterze ekonomicznym i sprzyja decyzjom o ograniczeniu lub zawieszeniu jej stosowania. Co ciekawe, badania dowodzą, że tak jak kolejne wersje akcji afirmatywnej nie wpływają obecnie znacząco na wzrost odsetka studentów z grup mniejszościowych, tak jej późniejszy zakaz nie wpłynął na odczuwalny spadek tej liczby⁵⁴. Wraz ze zmianą modelu akcji afirmatywnej (rasowo neutralnego lub zorientowanego) zmianie podlega grono kandydatów podlegające odwróconej

⁵² R. Turner, *Disparate Treatment: Justice Clarence Thomas's Conspicuously Nonoriginalist Affirmative Action Jurisprudence*, „Texas Journal on Civil Liberties & Civil Rights”, vol. 19, issue 2, s. 280 i n.

⁵³ A.L. Allen, *Was I Entitled or Should I Apologize? Affirmative Action Going Forward*, „Journal of Ethics” 2011, vol. 15 s. 253–254, 261–263.

⁵⁴ B. Backes *Do Affirmative Action Bans Lower Minority College Enrollment and Attainment? Evidence from Statewide Bans*, „The Journal Of Human Resources”, vol. 47, issue 2, s. 445.

dyskryminacji⁵⁵. Wpływ akcji afirmatywnej na zwiększenie odsetka studiujących przedstawiciele grup mniejszościowych, chociaż nie tak duży jak oczekiwano, jest jednak faktem. Pomimo licznych prób nie udało się dotąd wdrożyć alternatywnego, rasowo-neutralnego systemu preferencyjnego, którego rezultaty w osiągnięciu zróżnicowania rasowo-etnicznego ogółu studentów byłyby porównywalne z systemem „rasowym”⁵⁶. Ponadto, co warto zastrzec, pomimo wielu sukcesów i znaczącej poprawy w tej dziedzinie, po pierwsze – problem dyskryminacji rasowej, czy wprost: rasizmu – jest w wielu miejscach Stanów Zjednoczonych nadal faktem, po drugie – poziom i dostęp do wyższego wykształcenia osób pochodzących z grup mniejszościowych są ogólnie gorsze od tych, którymi dysponuje biała większość, co ma istotny, niekorzystny wpływ na ogólną kondycję społeczną mniejszości rasowych przede wszystkim czarnej i latynoskiej.

Badacze i komentatorzy oczekują drugiego orzeczenia SCOTUS w sprawie Abigail Fisher. W komentarzach wspomina się przede wszystkim o konieczności ściślejszego zdefiniowania pojęcia „masy krytycznej” i sposobów jej osiągnięcia, o ile SCOTUS nadal będzie stał na stanowisku, że pojęcie to nie jest w rzeczywistości ukrytą formą regulacji kwotowej. Zwraca się również uwagę na „zasadę 10%”. Poziom zróżnicowania rasowego czy etnicznego studentów należałoby oceniać w skali pełnej, a więc obejmując zakresem oceny również młodzież przyjętą na podstawie zasady 10%. Fakt istniejącej nadal segregacji rasowej panującej w ramach dzielnic i szkół średnich wpływa na wyniki akcji 10% mającej na celu premiowanie najlepszych uczniów. W sytuacji, w której regułę tę stosuje się w skali szkoły, a nie całego stanu, ze szkół z dominującym, bliskim 100% odsetkiem czarnoskórych uczniów, to oni masowo dostają się na studia. Stosowanie reguły 10% bez względu na wyniki w nauce stawia pod znakiem zapytania zasadność uznawania tej reguły za neutralną rasowo (*color-blind*), a co za tym idzie, skłania do objęcia regułami zróżnicowania rasowego ogółu uczniów, a nie tylko mniejszości ok. 25%, którzy dostają się na studia spoza puli (rzekomo) najlepszych. Odrębna kwestia dotyczy negatywnego wpływu stosowania reguły 10% zarówno na poziom nauczania i wyniki końcowe absolwentów oraz na utrwalanie się segregacji rasowej na poziomie szkół średnich, wspieranej przez środowiska zdające sobie sprawę z konsekwencji stosowania reguły 10% w przypadku szkół zróżnicowanych rasowo już na poziomie college’ów⁵⁷. Dostrzega się już

⁵⁵ Badania dowodzą, że wynikające z nakazów SCOTUS poszukiwanie alternatywy dla rasowych kryteriów akcji afirmatywnej przy utrzymaniu jej samej skłonił wiele uczelni do wprowadzenia kryteriów ekonomicznych. Preferencje dla najgorzej sytuowanych kandydatów wymagały osłabienia wagi kryterium naukowego (wyników egzaminów wstępnych), odbijając się negatywnie na grupie studentów z najlepszymi wynikami. Prowadzi to do pytania o wpływ takich praktyk na ogólny poziom nauczania, zob. K. Antonovics, B. Backes, *The Effect of Banning Affirmative Action on College Admissions Policies and Student Quality*, „The Journal of Human Resources” 2014, vol. 49, issue 2, s. 295–296, 321–322.

⁵⁶ R.J. Andrews, O.H. Swinton, *The Persistent Myths of „Acting White” and Race Neutral Alternatives to Affirmative Action in Admissions*, „Review of Black Political Economy” 2014, vol. 41, s. 364–370.

⁵⁷ L. Denniston, *The mystery...*

zjawisko świadomego wyboru gorszych szkół średnich przez lepszych uczniów tylko po to, aby zapewnić sobie przyjęcie na studia⁵⁸.

W orzeczeniach w sprawach *Grutter* i *Fisher I* – SCOTUS stwierdził, że stosowanie rasowych kryteriów oceny kandydatów jest dopuszczalne w celu osiągnięcia zróżnicowania społecznego ogółu studentów, ale tylko pod warunkiem, że inne metody, rasowo-neutralne, okażą się nieskuteczne dla osiągnięcia wskazanego celu. Rezultatem przeprowadzonych badań statystycznych, a także symulacji dotyczących zastępczych metod rekrutacji selektywnej, było stwierdzenie, że po pierwsze mogą one mieć negatywny wpływ na poziom nauczania akademickiego (niższe osiągnięcia studentów, gorsze wyniki końcowe), a ponadto wcale nie są neutralne rasowo, zmierzając do tego samego celu, jakim jest odpowiednie nasylenie środowiska akademickiego członkami grup mniejszościowych⁵⁹. Poza tym odmienne kryteria selekcji przynoszą w efekcie ten sam problem, którego efektem było ich wprowadzenie – dyskryminację części kandydatów, z innej niż dotąd grupy. Jako przykład warto wskazać propozycję wprowadzenia rasowo-neutralnego kryterium statusu majątkowego rodziny kandydata. Z symulacji skutków stosowania tego kryterium wynika, że jego efektem byłaby dyskryminacja czarnych Amerykanów należących do klasy średniej. Beneficjentami takiej metody byłiby natomiast nie tylko kandydaci na studia szeregujący się z grup mniejszościowych, ale także biali, których nie brakuje wśród najniższej sytuowanych warstw społeczeństwa. Badacze po raz kolejny zwrócili uwagę na niewłaściwość określenia „rasowo-neutralny”, skoro celem akcji afirmatywnej (oraz wszystkich alternatywnych metod służących *de facto* obejściu zakazów stosowania rozwiązań kwotowych) jest właśnie rasowo-zorientowana inżynieria społeczna⁶⁰. „Zróżnicowanie społeczne” studentów nie może być postrzegane jako cel sam w sobie. Jest to raczej środek do osiągnięcia celu w postaci pełnej egalitaryzacji studiów – pod względem rasy, ale także innych wyznaczników statusu społecznego studentów, motywowanej zarówno negatywnymi konsekwencjami dawnej dyskryminacji, segregacji i wykluczeń (w oparciu o rasę, ale także czynniki ekonomiczne i inne), jak i przeciwdziałaniem jej kontynuowaniu współcześnie⁶¹. Usilne starania, aby akcję afirmatywną ukrywać pod etykietą „dążenia do różnorodności społecznej” i określać jako rasowo-neutralną prowadzi, zdaniem części komentatorów, do zrozumiałej reakcji grup większościowych w postaci domagania się uszanowania zasady równości i przeciwdziałania dyskryminacji

⁵⁸ R.J. Andrews, O.H. Swinton, *The Persistent Myths...*, s. 367–368.

⁵⁹ Po orzeczeniu *Hopwood v. Texas* władze Texasu przygotowały wykaz 18 socjoekonomicznych kryteriów, które miały być brane pod uwagę przy selekcji kandydatów na studia. Żadne nie nawiązywały wprost do rasy czy pochodzenia etnicznego, ale chociaż nazywano je z tego powodu „rasowo-neutralnymi” ich celem nadal było osiągnięcie zróżnicowania etniczno-rasowego. Miały więc ściśle rasowy charakter. Zob. M.C. Long, *Is There a „Workable”...*, s. 165. Por. K. Antonovics, B. Backes, *The Effect...*, s. 321–322.

⁶⁰ R. Rothstein, *Should Race-Based...*

⁶¹ J. Ringelheim, *Diversity and Equality...*, s. 13–14.

odwrotnej. W efekcie mamy do czynienia z postępującym spadkiem poparcia dla akcji afirmatywnej, a także z podejmowaniem decyzji takich jak w referendum michigańskim, podtrzymanej następnie jako zgodnej z konstytucją w wyroku SCOTUS w sprawie *Schuette*⁶².

Tymczasem, zdaniem znacznej części amerykańskiej doktryny prawa konstytucyjnego, z którą nie sposób się nie zgodzić, kryterium rasowego nie można zrównywać z innymi, ponieważ rasa (jak prawie żadna inna cecha) stwarza cały kontekst funkcjonowania jednostki. Jej przyrównywanie do takich kryteriów jak średnia ocen, czy uzdolnienia krasomówcze dowodzi niezrozumienia ogromnego znaczenia, jakie rasa nadal odgrywa w życiu społecznym USA i wpływu na życie jednostek. Sytuacja nie zmieni się dopóki formalne podejście do konstytucyjnej zasady równości jako prostego zakazu dyskryminacji nie zostanie zastąpione jej rozumieniem jako nakazu zapewnienia przez władze równości szans wszystkim obywatelom⁶³.

Próbując przewidzieć przyszłość akcji afirmatywnej w USA, warto odwołać się do opinii publicznej. Jak wynika z badań przeprowadzonych w 2013 r., o ile większość Amerykanów popiera akcję afirmatywną, tyle samo w innym badaniu było przeciwnych stosowaniu w tym celu kryterium rasowego. Amerykanie, oceniając akcję afirmatywną, mają problem z pogodzeniem woli zadośćuczynienia grupom dyskryminowanym i polepszenia statusu ich członków z przekonaniem o słuszności odmierzania korzyści, jakie uzyskuje jednostka miarą jej zasług, a nie pochodzenia (również rasowego). Temu samemu problemowi muszą stawić czoła sędziowie sądów niższych instancji, którzy orzekają coraz częściej w sprawach dotyczących stosowania preferencji rasowych w procesie rekrutacji na studia⁶⁴.

Z konstytucyjnego punktu widzenia zarówno dla badacza ustroju amerykańskiego, jak i szerzej – praw człowieka, kazu akcji afirmatywnej w USA jest ciekawym, ale także złożonym problemem badawczym. Ilustruje ogromną trudność w precyzyjnym ustaleniu granic dopuszczalnego ograniczania praw człowieka w zgodzie z zasadą proporcjonalności, a także kolizję tych praw na płaszczyźnie relacji między jednostkami (w tym wypadku należącymi do grup mniejszościowych i większościowych) i wobec obowiązywania konstytucyjnej zasady równości wobec prawa. Jest to także ciekawa lekcja dla polskiego ustawodawcy płynąca z praktyki stosowania środków z arsenału akcji afirmatywnej – kwot wyrównawczych, czy klauzul preferencyjnych opartych na określonym kryterium, służących eliminacji negatywnych konsekwencji różnych przejawów dawnej i obecnej dyskryminacji. Trudności w osiągnięciu pożądanego celu, na jakie realizacja tej akcji napotyka w USA nieomal od początku jej wdrażania, skłaniają do głębszej refleksji nad jej zasadnością. O ile model kwotowo-wyrównawczy czy

⁶² O.R. James, *Diversity, Democracy and White...*, s. 4–5.

⁶³ M.L. Barnes, E. Chemerinsky, Angela Onwuachi-Willig, *Judging Opportunity Lost...*, s. 288 i n.

⁶⁴ A. Rostron, *Affirmative Action, Justice Kennedy, And The Virtues Of The Middle Ground*, „Northwestern University Law Review” 2013, vol. 107, issue 2, s. 1042–1044.

rekompensacyjny został już w USA jednoznacznie wyeliminowany, w Europie nadal jest popularny. Tymczasem, pomimo wspomnianej eliminacji, efekty akcji afirmatywnej są w USA nadal dalekie od pożądanych.

Marcin Michał Wiszowaty

BLIND JUSTICE OR SENSITIVE TO COLORS? AN AFFIRMATIVE ACTION AND THE PRINCIPLE OF EQUALITY IN THE RECENT CASE LAW OF THE SUPREME COURT OF THE UNITED STATES OF AMERICA CONCERNING RACIAL PREFERENCES IN UNIVERSITY ADMISSIONS

The article discusses key issues of recent jurisprudence of the Supreme Court of the United States of America (SCOTUS) concerning racial preferences in university admissions known as affirmative actions. The aim of the article was to present the current position of the judiciary and the doctrine on the so called affirmative actions – its acceptable purposes, manifestations and borders.

The decisions in cases of *Fisher v. University of Texas* (2013) and *Schuette v. Coalition to Defend Affirmative Action* (2014) attracted particularly wide critical response of the American doctrine of constitutional law. Race is still an important indicator of the social position of a person in the USA and often is a source of discrimination. Affirmative actions conceived as mechanisms for the elimination of racial discrimination not only have not brought the desired results but also resulted in phenomena such as the so-called secondary discrimination (mainly the stigmatization of the members of minority groups and the consolidation of negative stereotypes) or reverse discrimination (affecting the members of majority groups) thus deepening racial division. Despite the announcement of the imminent abolition of affirmative actions or even the introduction of relevant prohibitions in state constitutions and law, it should be noted that anti-discrimination mechanisms are still needed in the USA. Because of the fact that the alternative mechanism of anti-discrimination has not been established yet, it is expected that affirmative action will be still applied (perhaps in a different form), and its manifestations and objectives will be an object of the analysis of the doctrine of law, as well as an object of SCOTUS rulings, especially in the context of the constitutional principle of equality (equal protection).