

Liviu ANDREESCU\*

## Despre discriminare în America: servicii expresive pentru căsătoriile gay și măsuri pozitive pentru universitățile în două decizii recente ale Curții Supreme a SUA

Vara trecută, Curtea Supremă a Statelor Unite ale Americii a emis o serie de hotărâri primite cu multă satisfacție de mișcarea conservatoare de peste Atlantic.<sup>1</sup> Acestea au privit chestiuni precum dreptul constituțional la întreruperea de sarcină,<sup>2</sup> libertatea de manifestare a credinței și separația dintre religie și stat,<sup>3</sup> ori intervenția agențiilor federale în politicile de mediu statale. A trecut exact un an și câteva decizii care s-au succedat rapid par să dea câștig de cauză aceleiași viziuni conservatoare juridic și, pesemne, social, despre orânduirea societății americane. Dintre ele, comentez aici hotărârea privind refuzul unor servicii cu conținut pro-LGBT și, ulterior, pe cea referitoare la măsurile pozitive la admitere („acțiunea afirmativă”) din universitățile americane.

La suprafață, ambele hotărâri se referă la fapte ce țin de domeniul discriminării. În prima, instanța supremă a fost chemată să se pronunțe cu privire la constituționalitatea aplicării legii antidiscriminare din Statul Colorado unui serviciu comercial deschis publicului larg. Presa internațională a clasificat cazul drept unul de discriminare împotriva cuplurilor homosexuale, iar argumentația instanței a fost redusă în mod tipic la „Curtea limitează protecțiile acordate comunității LGBTQ...”<sup>4</sup> În hotărârea referitoare la învățământul superior, s-a aflat în chestiune constituționalitatea (în raport cu clauza privind protecția egală din Amendamentul XIV la Constituție) și legalitatea (în raport cu Secțiunea VI din Legea Drepturilor Civile (*Civil Rights Act*) din 1964) folosirii criteriului rasial în concursurile de admitere la două universități de top, una privată (Harvard), cealaltă

\* Profesor la Facultatea de Administrație și Afaceri a Universității din București  
Email: liviu.andreescu@faa.unibuc.ro  
Manuscris primit la 25 iunie 2023.

- 1 Articolul de față combină două prezentări apărute pe platforma *Contributors*, disponibile la [bit.ly/3D0ifhG](https://bit.ly/3D0ifhG), respectiv [bit.ly/3O8QYA2](https://bit.ly/3O8QYA2) (referințe introduse în timpul tehnoredactării manuscrisului). Conținutul lor a fost unificat, modificat și ușor extins cu clarificări mai tehnice. Am prescurtat adresele online ale tuturor surselor citate, cu excepția celor de pe site-ul oficial actual al Curții Supreme și de pe platforma *Justitia* (pentru deciziile ceva mai vechi). Toate citările din cele două hotărâri analizate provin din documentul oficial corespunzător disponibil pe site-ul oficial. Am citat numărul de pagină între paranteze. Numărul se referă la fiecare opinie separată (cu indicarea explicită a opiniei) din documentul oficial, în care toate opiniile – rezumatul, motivarea, opiniile convergente și opiniile divergente – sunt adunate și numerotate fiecare începând cu cifra 1.
- 2 Decizia din cauza *Dobbs c. Jackson* este disponibilă la [www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392\\_6j37.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf).
- 3 Liviu Andreescu, „Schimbarea la față a libertății religioase în Statele Unite: pe marginea a două hotărâri recente ale Curții Supreme a SUA”, *Noua Revistă de Drepturile Omului* 18.3, 2022, disponibil la [bit.ly/3D9S5sM](https://bit.ly/3D9S5sM).
- 4 Ariane de Vogue și Devan Cole, „Supreme Court limits LGBTQ protections with ruling in favor of Christian web designer”, *CNN*, 1 iulie 2023, disponibil la [bit.ly/3rmXcU3](https://bit.ly/3rmXcU3).

publică (University of North Carolina (UNC)).<sup>5</sup> Curtea a declarat neconstituționalitatea acțiunii afirmative.

La prima vedere, așadar, instanța supremă americană ar fi acceptat drept legală o formă de discriminare într-una dintre decizii, anulând în cealaltă ca neconstituțională o practică discriminatorie, dar împământenită. Afinitatea ideologică a deciziilor cu viziunea conservatoare nu este greu de reperat. În ambele cauze, Curtea a fost împărțită 6-la-3 pe falia ideologică anticipată de observatori. Ca atare, presa și societatea civilă internațională au interpretat deciziile în mod predictibil – tocmai pe linia ideologică amintită. Voi argumenta în continuare că această lectură a deciziei privind serviciile pentru nunțile homosexuale este irelevantă; și, în a doua secțiune, cea despre acțiunea afirmativă, că grila de interpretare ideologică simplifică substanțial realitatea.

Adaug un detaliu de context. Astăzi, o majoritate clară (aproximativ 60%) a americanilor se declară nu doar în favoarea relațiilor de cuplu între persoane homosexuale, ci în favoarea căsătoriei între persoane de același sex. În rândul simpatizanților Partidului Republican, peste 40% împărtășesc această poziție; printre simpatizanții care se definesc drept conservatori, cifra este de o treime.<sup>6</sup> Și din acest motiv, dar, așa cum voi arăta, și prin natura raționamentului constituțional, prima decizie analizată nu amenință nici dreptul cuplurilor de același sex de a se căsători, nici – în interpretarea mea – accesul la servicii comerciale pentru comunitatea gay.

În ceea ce privește utilizarea criteriului rasial în admiterea la universitate, doar o treime dintre americani susțin practica, în timp ce jumătate o dezaprobă și 16% nu au o opinie clar formată.<sup>7</sup> De data aceasta, decizia restrânge în mod evident dreptul de utilizare a rasei ca un criteriu de acces la educație. Anticipez, totuși, că limitarea va însemna în practică mai puțin decât pare să anunțe în acest moment.

## **1. Servicii expresive privind căsătoriile dintre persoane de același sex: 303 Creative c. Elenis**

Hotărârea *303 Creative c. Elenis* privește disputa unei creatoare de pagini de internet cu statul Colorado.<sup>8</sup> Conflictul juridic a demarat atunci când cea dintâi a lansat un proces cu scopul de a obține o interdicție preventivă (*injunction*) împotriva autorităților statului amintit, astfel încât cele din urmă să nu o poată obliga să creeze, conform planului de a își extinde afacerea, portaluri online pentru căsătorii între persoane de același sex. Asemenea

5 Amendamentul XIV se aplică doar statului federal și statelor SUA și, prin extensie, instituțiilor publice, nu organizațiilor private. Formal, procesul împotriva Harvard a vizat încălcarea Secțiunii VI din Legea Drepturilor Civile din 1964 (nediscriminarea în programele cu asistență federală), iar cel împotriva UNC – o organizație publică – încălcarea Amendamentului XIV. Cu toate acestea, cele două cauze au fost reunite și judecate în raport cu prevederea constituțională amintită și, doar în subsidiar, cu legea federală. În opinia sa convergentă (vezi mai jos), Judecătorul Gorsuch discută în detaliu relația dintre cele două norme și își exprimă rezervele cu privire la insistența aproape exclusivă a instanței supreme – care, în SUA, este și cea mai înaltă instanță de recurs – asupra Amendamentului XIV. În analiza deciziei de mai jos voi marginaliza deliberat astfel de detalii.

6 Conform unui sondaj Pew Research Center din 2022, disponibil la [bit.ly/46Ds56R](https://bit.ly/46Ds56R).

7 Conform unui sondaj Pew Research Center din 2023, disponibil la [bit.ly/3NQA0Fs](https://bit.ly/3NQA0Fs).

8 Fragmentele citate mai jos, între ghilimele, provin din documentul disponibil pe site-ul Curții Supreme, disponibil la [www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-476\\_c185.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/21-476_c185.pdf).

creații ar exprima un punct de vedere contrar credințelor religioase ale antreprenoarei, pe nume Lorie Smith.

Ațiunea preventivă a dnei. Smith sugerează unui proces strategic. Reclamanta nu fusese, de fapt, deranjată vreodată de autorități. Intervenția lor era, la data inițierii acțiunii, doar ipotetică. Mai mult, obiectul de activitate vizat de firmă nu se concretizase, cel puțin nu încă: activitatea de creare de portaluri web pentru nunți se afla doar în strategia de afaceri. Ca atare, se poate intui cu ușurință un litigiu strategic, de tipul celor care ținesc schimbări normative importante prin intermediul înaltelor instanțe. De altminteri, detalii suplimentare, scoase la iveală de jurnaliști imediat înainte de anunțarea hotărârii, sugerează același lucru.<sup>9</sup> În același timp, intervențiile autorităților din Statul Colorado în cazuri asemănătoare, unele dintre ele tranșate recent la Curtea Supremă (menționate mai jos), sugerează că îngrijorarea antreprenoarei nu era pur teoretică. Chestiunea calității procesuale a petentei nu a intrat, prin urmare, în discuție. În plus, practica acțiunilor preventive este relativ comună în Statele Unite în cercurile activiste.

În litigiu s-a aflat, concret, constituționalitatea aplicării unei legi din Statul Colorado care interzice serviciilor comerciale destinate publicului larg (*public accommodations* sau *public-facing services*) să excludă persoane în funcție de, printre altele, orientarea lor sexuală. Dna. Smith a susținut însă că serviciile „creative” pe care firma sa intenționa să le ofere excludeau nu persoane, ci mesaje care „contravin adevărului biblic” (p. 4). Antreprenoarea a pierdut procesul la curtea federală de primă instanță și, ulterior, la curtea federală de apel. Cu alte cuvinte, nu a obținut interdicția împotriva autorităților statului Colorado.

Curtea Supremă a decis speța din perspectiva clauzei privind libertatea de exprimare a Amendamentului I la Constituția SUA. A preferat această abordare celei dintr-o altă cauză recentă, tot din Colorado. Cea din urmă se concentrase pe încălcarea de autorități a obligațiilor de neutralitate religioasă impuse de clauzele privind religia ale aceluiași Amendament. Întrucât decizia din 2018, *Masterpiece Cakeshop c. Comisiei pentru Drepturile Civile din Colorado*,<sup>10</sup> fusese mai degrabă limitată la particularitățile litigiului și se abținuse de la generalizări ale principiilor constituționale, interesul față de cauza discutată aici a fost substanțial. În esență, în *303 Creative c. Elenis* curtea constituțională a avut ocazia – pe care a și folosit-o – să se exprime mai clar în privința unor conflicte de tipul celor examinate, punându-le sub umbrela principiului mai general al libertății de exprimare.

Punctul de vedere al instanței constituționale este bine scos în evidență prin contrast cu hotărârea curții de apel federale, combătută direct în motivarea scrisă de Judecătorul Gorsuch.<sup>11</sup> Anume, curtea de apel considerase că, deși legile antidiscriminare Statului

9 Melissa Gira Grant, „The Mysterious Case of the Fake Gay Marriage Website, the Real Straight Man, and the Supreme Court”, *The New Republic*, 29 iunie 2023, disponibil la [bit.ly/43aRIZU](https://bit.ly/43aRIZU).

10 Hotărârea este disponibilă la [www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111\\_j4el.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-111_j4el.pdf).

11 Autorul motivării este relevant în dinamica ideologică a Curții. Deși recunoscut drept un conservator, juridic și social deopotrivă, Judecătorul Gorsuch este autorul deciziei faimoase în cauza *Bostock c. Comitatului Clayton* (2020). Aici, Curtea a concluzionat că Secțiunea VII din Legea Drepturilor Civile (*Civil Rights Act*) din 1964 ocrotește angajații gay și transgen de discriminarea „pe bază de sex”. Decizia reprezintă un caz interesant în care adeziunea la o filozofie de interpretare constituțională, cunoscută drept *textualism*, învinge (presupusele)

Colorado impuneau o constrângere asupra liberei exprimări a antreprenoarei, limitarea dreptului ar fi fost acceptabilă în virtutea faptului că firma presta un serviciu comercial deschis publicului larg. Un astfel de serviciu trebuie să fie accesibil tuturor cetățenilor, indiferent de criterii precum orientarea sexuală, a cărei ocrotire reprezintă un interes legitim al statului. Dar, observă autorii motivării, această perspectivă presupune că unii furnizori de servicii sunt obligați să se exprime „așa cum le-o cere Statul, sau să accepte sancțiuni pentru exprimarea propriilor credințe” (p. 11).

Natura serviciului oferit de dna. Smith joacă rolul esențial în raționamentul Curții Supreme. Serviciul nu presupune accesul la un bun neutru ideologic, cum ar fi un loc la restaurant sau de cazare, ci, dimpotrivă, la un produs creativ sau expresiv cu încărcătură ideologică ori de conștiință. A obliga pe cineva, chiar și o persoană juridică cu obiective comerciale, să se exprime într-un anumit mod („exprimare forțată”, *compelled speech*)<sup>12</sup> duce la situații care ne repugnă ca cetățeni. Aceasta reiese mai limpede dacă modificăm ușor, în scop ilustrativ, detaliile cauzei. Ne putem imagina un web designer care refuză să creeze portaluri pentru un cuplu de membri ai unui partid neonazist (legal în SUA) care doresc să se căsătorească sub semnul zvasticii. Sau ne putem închipui un designer web palestinian care refuză să creeze portaluri turistice ce glorifică Israelul și binefacerile sale. Urmând aceeași logică, autorii motivării oferă ei înșiși exemplul unui designer căsătorit cu o persoană de același sex căruia i se solicită site-uri pentru organizații ce militează împotriva acestei relații (p. 12). Poziția opiniei majoritare pare să fie că, în asemenea situații (la care voi reveni), puțini americani ar considera refuzul serviciului drept sancționabil de autorități ca o formă de discriminare.

Curtea insistă, în subsidiar, și asupra unui alt fapt: serviciul refuzat de firma de web design nu este greu accesibil în Colorado. Faptul că presupusele creații ale dnei. Smith sunt „originale” și „individualizate” în funcție de dorințele clientului nu le face „unice” (pp. 14-5), deci inaccesibile pe alte căi, așa cum reținuse curtea de apel federală. Eventualii clienți ar putea accesa servicii echivalente – deși nu, în sens strict, identice la nivelul rezultatului – în altă parte și cu ușurință. Astfel, instanța supremă distinge speța de situații de tipul serviciilor monopoliste (p. 13), precum transportul de călători (care, desigur, nu reprezintă un serviciu creativ). În astfel de situații, accesul limitat la un singur furnizor ar putea schimba echilibrul dintre interesul public și dreptul la libera exprimare.

Confluența de factori descrisă mai sus – *natura expresivă* a serviciului furnizat și *accesibilitatea* sa pe căi alternative – fac din cazul dnei. Smith, privit în lumina jurisprudenței constituționale americane a libertății de exprimare, unul destul de simplu de rezolvat sub doctrina *exprimării forțate* (*compelled speech*). Totuși, presa a tradus cauza prin interpretări care depășesc motivarea Curții. *The New York Times* intuiește nu mai puțin decât o posibilă amenințare la adresa căsătoriei între persoane de același sex.<sup>13</sup> *The Guardian* anticipează „destrămarea întregii matrice a antidiscriminării în privința

convingeri ideologice ale judecătorului. Hotărârea *Bostock* este disponibilă la [www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/17-1618\\_hfci.pdf](http://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/17-1618_hfci.pdf).

12 Vezi, de exemplu, Ashutosh Bhagwat, „Producing Speech”, *William & Mary Law Review* 56, 2015; și Steven Shiffrin, „What is Wrong with Compelled Speech?”, *Journal of Law & Politics* 29, 2013-14.

13 Abbie VanSickle și Adam Liptak, „Gay Rights vs. Free Speech: Supreme Court Backs Web Designer Opposed to Same-Sex Marriage”, *New York Times*, 30 iunie 2023, disponibil la [bit.ly/3D4Gift](http://bit.ly/3D4Gift).

serviciilor pentru public”;<sup>14</sup> și, altundeva, „o lovitură la adresa drepturilor LGBTQ+”.<sup>15</sup> În *LA Times*, o profesoară de drept de la o mare universitate texană întreazărește cabinete juridice care nu vor mai oferi servicii juridice persoanelor gay.<sup>16</sup> Administrația Biden s-a exprimat în termeni apropiați: „decizia de astăzi slăbește legi deja consacrate care protejează toți americanii de discriminarea în serviciile pentru publicul larg – inclusiv persoanele de culoare, pe cele cu dizabilități, pe credincioși și pe femei.”<sup>17</sup>

O parte din vina acestor interpretări revine opiniei divergente, redactată sub penița acerbă a Judecătoarei Sonia Sotomayor și semnată de celelalte două judecătoare neconservatoare.<sup>18</sup> În loc să ajute la o încadrare temperată a interpretării motivării, opinia se deschide cu o lectură exagerată a deciziei: „Astăzi, pentru prima dată în istoria sa, Curtea oferă unei firme care lucrează cu publicul larg dreptul constituțional de a refuza să furnizeze servicii membrilor unei categorii protejate” (p. 1). Fraza ignoră distincția centrală din motivarea Curții: antreprenoarea declarase explicit că își oferă serviciile oricărei persoane, indiferent de orientarea sa sexuală, dar nu indiferent de conținutul serviciului care i se solicită. Altfel spus, ar accepta să presteze serviciul unei persoane homosexuale căsătorite care ar solicita altceva decât un portal pentru o nuntă gay; și ar refuza o persoană heterosexuală care ar dori un site pentru o căsătorie între persoane de același sex.

Interpretarea excesivă din opinia divergentă este, ulterior, urmărită cu perseverență până la implicațiile sale ultime. Printre ele se numără ideea că refuzul de a crea un website de tipul celui din speță echivalează cu: afișarea într-un spațiu comercial public a anunțului „No Blacks, No Muslims, No Gays” (p. 4) sau „No dogs or Jews allowed” (p. 5); refuzul de a înmormânta o persoană cu un partener de același sex (pp. 5-6); excluderea istorică a femeilor din restaurante, baruri, organizații profesionale, instituții financiare și din sport (p. 12); și – enunț ascuns într-o notă de subsol – cu notoria practică rasistă „separat dar egal” (*separate but equal*) (p. 32n13), rezervată pe viitor comunității gay. Sensul acestor echivalări, pe care opinia minoritară nu le interpretează analitic, ci se mulțumește să le invoce retoric în segmente diverse ale textului, nu este lămurit. Înseamnă oare că decizia majorității Curții conduce, *in mod logic*, la astfel de situații de discriminare? Sau, poate, doar că semnatarele opiniei divergente nu au încredere că, în spețe viitoare, Curtea se va reține să suprainterpreteze în direcțiile amintite decizia din *303 Creative*? Sau că pe viitor Curtea se poate aștepta să fie inundată de cazuri de tipul celor menționate? Instanța nu oferă un răspuns clar.

Exagerările opiniei divergente, care pune semnul (aproximativ) egal între refuzul

14 Moira Donegan, „Homophobic businesses in the US have a powerful ally: the US supreme court”, *The Guardian*, 30 iunie 2023, disponibil la [bit.ly/44f07gc](https://bit.ly/44f07gc).

15 Adam Gabbatt, Ed Pilkington și Chris Stein, „US supreme court strikes blow against LGBTQ+ rights with Colorado ruling”, *The Guardian*, 30 iunie 2023, disponibil la [bit.ly/3NQA4vk](https://bit.ly/3NQA4vk).

16 Elizabeth Sepper, „With its 303 Creative decision, the Supreme Court opens the door to discrimination”, *Los Angeles Times*, 30 iunie 2023, disponibil la [bit.ly/3JPD8Ad](https://bit.ly/3JPD8Ad).

17 Robert Barnes și Ann Marimow, „Supreme Court protects web designer who won't do gay wedding websites”, *Washington Post*, 30 iunie 2023, disponibil la [bit.ly/44C27Pq](https://bit.ly/44C27Pq).

18 Merită pusă în evidență semnătura Judecătoarei Kagan, cunoscută susținătoare a unei interpretări extinse a libertății de exprimare. Ea este, printre altele, autoarea motivării dintr-un caz recent relevant, *Counterman c. Colorado* (2022), disponibilă la [www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/22-138\\_43j7.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/22-138_43j7.pdf).

de a crea un website în condițiile precizate și suita de acte de discriminare gravă culese din istoria Americii, oferă un bun prilej pentru a reveni la scenariile imaginate anterior. Semnatarele opiniei minoritare, alături de mai toate comentariile critice din presă, ignoră asemenea situații analoge, preferându-le comparații mult mai puțin riguroase. Cele dintâi sunt totuși intuitive, ușor de construit, încurajate de decizia majoritară și – dat fiind conținutul opiniei divergente – nu par să fie respinse datorită unei lipse de apetit pentru raționamentul analogic. Numeroase exemple edificatoare de acest tip pot fi regăsite în spețe din instanțele federale care compun jurisprudența exprimării forțate.<sup>19</sup> Analogiile imaginate reprezintă cazuri limită, utile în definirea granițelor libertății de exprimare, respectiv ale antidiscriminării. Ar trebui statul să oblige o firmă care imprimă mesaje pe tricouri și bannere, deținută de o persoană gay, să dea curs oricărei comenzi, oricât de reprobabile din perspectiva antreprenorului ar fi mesajele solicitate? Cum diferă spețele imaginate de litigiul de la Curtea Supremă? Opinia divergentă preferă să ignore complet acest tip de analiză.

## **2. Utilizarea criteriului rasial în admiterea la universitate: *Students for Fair Admissions c. Harvard***

A doua decizie analizată a făcut deja substanțial mai multă vâlvă și, probabil, va avea un impact mai serios în societatea americană: instanța constituțională americană a pus sfârșit acțiunii afirmative („măsurilor pozitive” de privilegiere a membrilor anumitor grupuri rasiale) în admiterea la învățământul superior.

Precum în cauza prezentată anterior, nu știm deocamdată care va fi evoluția deciziei. Dar ne putem aștepta la o efervescență de activitate în justiție menită să testeze posibilitățile, clarificând suplimentar categoriile juridice din hotărâre și contextele lor de aplicare. Și, tot ca în speța anterioară, incertitudinea nu a oprit presa și comentatorii de la imaginarea celor mai negre scenarii. Adesea, grilele de lectură s-au dovedit predictibile ideologic. S-a mers – chiar în cercurile culturale bune – până la sugestia că hotărârea privind acțiunea afirmativă, alături de alte decizii recente, face parte din „atacul ... conservator extremist asupra tinerilor americani, mai progresiști, mai deschiși, mai diverși etnic și rasial”, planificat strategic astfel încât să șubrezească pe viitor bazinul electoral al Democraților.<sup>20</sup>

Încep prezentarea hotărârii de interes, *Students for Fair Admissions (SFFA) c. Harvard*, cu trei chestiuni de context. Ultima dintre ele ne apropie de substanța deciziei.<sup>21</sup>

În SUA, o foarte mare parte dintre colegii și universități – voi folosi termenii intersanjabil în continuare – nu fac o triere substanțială la admitere, acceptând peste jumătate dintre candidați și deseori aproape pe toți.<sup>22</sup> Excepția o constituie mica minoritate a universităților de elită și superelită, precum cele din așa-numita Ivy League. Acolo, rata

19 Pentru un rezumat al diversității cazurilor de exprimare forțată și o discuție a provocărilor analitice pe care le ridică, a se vedea Eugene Volokh, „The Law of Compelled Speech”, *Texas Law Review* 97, 2019.

20 Ronald Brownstein, „Curtailling Affirmative Action Is a Blow Against a Rising Generation”, *The Atlantic*, 29 iunie 2023, disponibil la [bit.ly/3O4uSP1](https://bit.ly/3O4uSP1).

21 Decizia este disponibilă la [https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/20-1199\\_hgdj.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/20-1199_hgdj.pdf).

22 Jeffrey Selingo, „The College-Admissions Process Is Completely Broken”, *The Atlantic*, 23 martie 2022, disponibil la [bit.ly/3JQX8SK](https://bit.ly/3JQX8SK).

de respingere atinge 90-95%.<sup>23</sup> Dar, la nivelul sistemului ca întreg, selectivitatea scăzută se menține în ciuda faptului că, în ultimele două decenii, numărul de dosare de admitere a crescut cu 50% fără ca populația de absolvenți de liceu să fi sporit semnificativ.

Cu alte cuvinte, tinerii americani care doresc să studieze la universitate o pot face, teoretic, fără mari dificultăți – cu condiția să fi absolvit liceul și să se poată susține financiar. (Pentru condiția din urmă există fonduri federale și statale destinate candidaților din familii sărace; și credite de studiu destul de generoase în privința schemei de rambursare.) Totuși, competiția la admitere pare acerbă, judecând după imaginea prezentată de mass media și de alte organe culturale. Printre sursele acestei impresii se numără obsesia colectivă americană în privința blazonului universității absolvite. Bătălia pentru colegiile de top e mare. Obsesia a dus la o „cursă a înarmării” între candidați – investiții masive în meditații, activități de voluntariat, performanțe sportive, redactarea de eseuri motivaționale ș.a.m.d. – și, deopotrivă, între universități. În ultimele decenii, condițiile de studiu și de viață studențească din multe colegii americane au devenit excepționale, iar prețul taxelor de studiu a explodat în consecință, alături de costul de trai din numeroase orașe universitare.

Pe scurt: discriminarea istorică împotriva negrilor americani și a altor grupuri minoritare nu reprezintă astăzi un handicap substanțial în admiterea la universitate, *odată îndeplinite* criteriile de bază educaționale (absolvirea liceului) și financiare. Desigur, discriminarea istorică duce încă la rate comparativ scăzute de realizare a acestor condiții. Dar pentru a crește rata de îndeplinire a criteriilor enumerate nu e nevoie de măsuri pozitive *la admitere*. Dezavantajarea istorică a unor grupuri se reflectă, pe de altă parte, în șansele scăzute de intrare la universitățile de elită. Altfel spus, acțiunea afirmativă discutată aici reprezintă, astăzi, în principal *o problemă a elitelor* societății americane.

Al doilea punct se referă la o trăsătură des invocată a procesului de admitere. El nu este și nu a fost vreodată strict meritocratic, dacă prin aceasta înțelegem că s-ar baza exclusiv pe performanțele scolastice de la testele folosite de obicei (SAT), ori pe mediile din liceu. Las la o parte faptul că taxa de studii piperată reprezintă, în sine, un criteriu nemeritocratic de triaj (deși multe colegii mari au programe generoase de reduceri sau scutiri). În schimb, universitățile înmatriculează preferențial sportivi („atletismul colegial” reprezintă o altă fixație americană), *legacies* (fii și fiice de alumni), copii de donatori. La universitățile de elită, administratorul șef se bucură chiar de latitudine în a decide admiterea de (copii de) VIP-uri.

Societatea americană, ca ansamblu, a considerat întotdeauna astfel de strategii de susținere a finanțelor și loialității organizaționale drept legitime. Ele au fost contestate ocazional, mai ales de experți și activiști, fără să fi fost serios puse în chestiune acolo unde se aplică, în ciuda caracterului lor neplăcut. La Harvard, conform opiniei convergente a Judecătorului Gorsuch în speța de față (p. 15), cam o treime dintre studenții la primul ciclu (licență) s-ar fi bucurat de asemenea considerente preferențiale.<sup>24</sup>

Acestea fiind spuse, există o diferență esențială între criteriile precum finanțele sau

23 Alia Wong, „Why the Ivy League Needs to Admit More Students”, *The Atlantic*, 28 septembrie 2018, disponibil la [bit.ly/3D4lgtF](https://bit.ly/3D4lgtF).

24 Economiiștii au calculat un procent de 43% pentru tinerii albi admiși – vezi Peter Arcidiacono, Josh Kinsler și Tyler Ransom, „Legacy and Athlete Preferences at Harvard”, *Journal of Labor Economics* 40.1, 2022.

abilitățile sportive ale candidaților și rasa. Cea din urmă, nu cele dintâi, reprezintă o categorie protejată răspicat de constituție, prin Amendamentul XIV, și de legi federale precum Legea Drepturilor Civile din 1964.<sup>25</sup> În general, deși cu excepții semnificative, considerăm capacitatea de a plăti tarifele pentru un serviciu public sau comercial drept un criteriu legitim de acces; nu și rasa, sexul, religia, asocierea politică, sau orientarea sexuală. Nu toate categoriile enumerate sunt ocrotite în SUA prin constituție ori prin legile federale, sau nu în toate ipostazele sociale (anumite protecții legale se referă doar la angajați, spre exemplu, sau doar la organizațiile publice). Dar rasa are un statut protejat *in mod special*, în urma unui război civil, a revizuirilor constituționale generate de el și a reformelor legislative ample adoptate un secol mai târziu.<sup>26</sup>

Rezumând al doilea punct: utilizarea rasei sau etniei drept criteriu de preferință în sine, nu rabatul de la vreo meritocrație pură, explică natura sensibilă a acțiunii afirmative în educație. Simplul fapt că anumite practici nemeritocratice sunt comune în admiterea la colegiile americane nu înseamnă în mod automat că rasa candidaților ar trebui sau ar putea să se numere printre ele.

A treia temă de fundal, care ne apropie de subiectul hotărârii, privește modul în care utilizarea criteriului rasial a fost considerată constituțională de Curtea Supremă printr-o hotărâre din 1978, *Regents of the University of California c. Bakke*.<sup>27</sup> Anume, numai dacă este folosită drept criteriu preferențial – și pur voluntar, hotărât de universitate – parte a unui set amplu, „holist”, de considerente. Instanța supremă a justificat compatibilitatea dintre această utilizare limitată a rasei și clauza protecției egale din Amendamentul XIV invocând „interesul imperios” (*compelling*) al instituțiilor educaționale și al statului de a crea un mediu educațional divers.

Pe scurt, rasa poate fi avută în vedere doar ca un criteriu printre multe altele și numai în scopul sporirii diversității din universități. De aceea, Curtea a respins în trecut drept neconstituționale politici de acțiune afirmativă în care rasa reprezenta criteriul decisiv, cum se întâmplă cu sistemele bazate pe cote de reprezentare sau prin care se acordă un număr fix de puncte suplimentare tuturor candidaților din anumite grupuri etnorasiale. În cauza *Bakke* și într-una dintre cele două cauze importante care au succedat-o în 2003, *Gratz c. Bollinger*,<sup>28</sup> alături de alte spețe, Curtea a invalidat sistematic măsurile pozitive din universitățile implicate în litigiu din rațiunile citate mai sus.

Adoptând o astfel de interpretare a măsurilor pozitive, instanța constituțională a înlocuit un obiectiv clar dar controversat – rectificarea nedreptăților rasiale istorice – printr-unul mai palatabil la vremea respectivă: diversitatea mediului educațional. Soluția s-a dovedit convenabilă pentru universități. Ele și-au văzut în continuare de măsurile pozitive într-o formă cosmetizată, cum reiese din cauza de la Harvard discutată în continuare, și totodată ușor de comunicat publicului larg sub forma numerică a proporțiilor unor categorii de studenți minoritari.

De fiecare dată când a apărut viziunea concentrată pe diversitate, Curtea Supremă

25 Vezi nota 6, *supra*.

26 Eric Foner, *The Second Founding: How the Civil War and Reconstruction Remade the Constitution*, New York, W.W. Norton, 2019.

27 Disponibilă la [supreme.justia.com/cases/federal/us/438/265/](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/438/265/).

28 Disponibilă la [supreme.justia.com/cases/federal/us/539/244/case.pdf](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/244/case.pdf).



a argumentat în termeni care trădau un disconfort implicit în privința folosirii rasei la admitere. A rămas celebră fraza Judecătoarei Sandra Day O'Connor din hotărârea *Grutter c. Bollinger* (2003): „Ne așteptăm ca, în 25 de ani, utilizarea preferențială a rasei să nu mai fie necesară pentru a ocroti interesul pe care îl recunoaștem aici drept legitim.”<sup>29</sup> Curtea nu a oferit totuși niciodată instrumentele pentru a stabili, la un moment anume, „(ne) necesitatea” criteriului rasial.

După 20 de ani, instanța constituțională americană s-a pronunțat din nou privind acțiunea afirmativă, modificând un precedent vechi de aproape jumătate de secol. În litigiu au fost practicile de admitere din două universități de superelită: Harvard, cea mai veche universitate privată din SUA, și University of North Carolina, a doua universitate publică ca vechime. Adică simbolul Ivy League și una dintre cele zece așa-numite Public Ivies. Ambele cauze au fost montate de Students for Fair Admissions (SFFA), organizație a unei rețele cu vederi conservatoare și cu numeroase litigii strategice la activ.<sup>30</sup>

În motivarea redactată de Judecătorul Șef Roberts, Curtea a argumentat că implementarea acțiunii afirmative de la Harvard, UNC și, pesemne, din alte colegii, se concentrează pe atingerea diversității în educație într-un mod deliberat opac și discriminatoriu. Statisticile compilate de reclamantă de-a lungul drumului său prin curțile federale demonstraseră deja că, deși diversitatea etnorasială este reală, ea include preponderent tineri din familii relativ înstărite, luând forma unei „aristocrații rasiale”.<sup>31</sup> În mai puțin de un deceniu (2012-2020), Harvard a crescut proporția tinerilor negri proaspăt admiși de la 6% la 15%, adică până la nivelul de paritate cu demografia națiunii. Covârșitoarea parte dintre ei provin însă din pătura superioară a clasei de mijloc ori din clasele de sus; o mare minoritate sunt copiii de imigranți de prima sau a doua generație.<sup>32</sup>

Motivarea nu se mulțumește cu teza că acțiunea afirmativă a fost greșit implementată la Harvard și UNC. Ci – și aceasta este noutatea importantă în raport cu vechiul canon jurisprudențial –, susține că un sistem educațional divers reprezintă un interes legitim al universităților și al statului, însă nu unul „imperios” (*compelling*). Adică nu atât de puternic încât să bată dreptul la non-discriminare.

*Interesul imperios* și *proiectarea strictă* (*narrow tailoring*) sunt cele două standarde gemene ale Curții Supreme în judecarea limitării exercițiului drepturilor constituționale.<sup>33</sup> Teoretic, pentru a declara acțiunea afirmativă drept neconstituțională era suficient, pentru Curte, să demonteze oricare dintre acești doi piloni. Instanța îi surpă pe amândoi.

Rațiunea pentru care diversitatea nu poate reprezenta un interes imperios ar fi de găsit în defectele de conceptualizare. Curtea deplânge caracterul „eluziv”, „nестandardizabil”, „inevitabil imponderabil” al acestui deziderat, așa cum îl definesc universitățile. De exemplu, Harvard pretinde că urmărește diversitatea pentru educarea viitorilor lideri

29 Disponibilă la [supreme.justia.com/cases/federal/us/539/306/case.pdf](https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/306/case.pdf), p. 310.

30 Andrew Gumbel, „Man behind gutting of Voting Rights Act: ‚I agonise’ over decision’s impact”, *The Guardian*, 5 ianuarie 2016, [bit.ly/4482qS5](https://www.theguardian.com/us-news/2016/jan/05/voting-rights-act).

31 Richard Kahlenberg, „The Affirmative Action That Colleges Really Need”, *The Atlantic*, 26 octombrie 2022, disponibil la [bit.ly/44gLBWU](https://www.theatlantic.com/education/archive/2022/10/affirmative-action-colleges/67111/).

32 Bertrand Cooper, „The Failure of Affirmative Action”, *The Atlantic*, 19 iunie 2023, disponibil la [bit.ly/3rhr2JA](https://www.theatlantic.com/education/archive/2023/06/affirmative-action-failure/67711/).

33 Stephen Siegel, „The Origin of the Compelling State Interest Test and Strict Scrutiny”, *The American Journal of Legal History* 48, 2006.

în sectorul public și privat; pregătirea studenților pentru o societate tot mai pluralistă; creșterea calității instruirii prin diversitate; și generarea de cunoaștere nouă dintr-o pluralitate de perspective. „Cum poate o curte să determine când astfel de obiective au fost atinse” (p. 23) – se întreabă instanța – pentru a elimina preferința rasială în punctul în care a devenit neneesară?<sup>34</sup> Dacă o instanță nu are cum să evalueze când anume un interes legitim este atât de puternic încât să poată tolera o formă de discriminare, ar trebui să se bizuie doar pe pretenția autorităților că interesul respectiv este imperios. Or, într-o asemenea logică rolul de arbitru al curților ar deveni inutil. Motivarea pune în contrast asigurarea diversității educaționale cu alte obiective ale autorităților, mai concrete, care în jurisprudența la zi trec testul imperiozității în raport cu utilizarea criteriului rasial (p. 24).

Opinia majoritară își îndreaptă apoi atenția către natura intenționat discriminatorie a admiterii. Față de argumentul că, în configurația actuală a evaluării candidaților, rasa nu este folosită drept criteriu negativ, ci doar ca un considerent pozitiv, motivarea observă că admiterea este un proces competitiv, deci „cu sumă zero” (p. 27). Prin urmare, câștigul unuia înseamnă inevitabil pierderea altuia; pretenția folosirii rasei doar ca factor pozitiv reprezintă o ficțiune.

Mai mult, la Harvard proporția de proaspăt-admiși negri, hispanici și asiatici variază bizar de puțin de la an la an (p. 31). Cotele informale ar reprezenta, așadar, un criteriu de admitere deliberat și rigid („ca un ceasornic”, p. 32n7).<sup>35</sup> În al treilea rând, probele administrate în procesele din curțile inferioare au scos la iveală destule informații rușinoase despre modul reduționist – de fapt, pur rasist – în care birocrăția admiterilor i-a tratat sistematic pe candidații asiatici-americani.<sup>36</sup> Ei au fost evaluați *formal* prin stereotipuri demne de vremurile în care America îi considera o rasă stranie, cu care nu trebuia să se amestece: individualitatea scăzută, absența personalității, lipsa calităților de lider, imaturitatea ș.a.m.d.<sup>37</sup>

Odată ce a stabilit că discriminarea pe bază de rasă are o dimensiune intenționată, Curtea se întreabă dacă utilizarea rasei în admiteri este „strict proiectată” (*narrowly tailored*) – adică cea mai puțin constrângătoare soluție pentru a satisface interesul diversității. Răspunsul instanței este că, pentru a stabili că o măsură este strict necesară, ea ar trebui să fie evaluabilă în astfel de termeni. Or, așa ceva ar fi practic imposibil în cazul acțiunii afirmative din pricina categoriilor etnorasiale utilizate (asiatic-american, nativ hawaiian

34 Pentru a ilustra concluzia că „diversitatea” nu este conceptualizată în mod clar, Judecătorul Gorsuch citează în opinia sa convergentă (p. 22) un administrator al admiterilor de la una dintre universitățile din litigiu care încearcă să definească conceptul drept atingerea unei „mase critice” de studenți din grupuri etnorasiale diferite: „Din câte înțeleg eu, termenul de *masă critică* se referă la o... Încerc să îmi dau seama dacă este o analogie sau o metaforă. Cred că este o analogie. Nu sunt sigur că știm ce este de fapt...”

35 Vezi și pp. 11-12 din opinia convergentă a Judecătorului Gorsuch.

36 A se vedea seria de articole din *The New Yorker* care urmăresc cauzele din instanțele federale de diferite niveluri, serie semnată între 2017-2023 de profesoara de drept de la Harvard Jeannie Suk Gersen. Setul este disponibil la [www.newyorker.com/contribuors/jeannie-suk](http://www.newyorker.com/contribuors/jeannie-suk).

37 Tot pentru atingerea diversității, Harvard are și o politică de invitare de candidaturi din statele americane cu candidați puțini (mai ales cele din Midwest). În afară de criteriul geografic, criteriul pentru transmiterea invitației este scorul la testele scolastice. Harvard, s-a demonstrat prin probatoriul din curțile federale, folosește un prag prestabilit mai ridicat pentru invitarea asiatic-americanilor decât pentru atragerea albilor. Vezi Jeannie Suk Gersen, „At trial Harvard’s Asian problem and a preference for white students from Sparse Country”, *The New Yorker*, 23 octombrie 2018, disponibil la [bit.ly/3rcyDce](http://bit.ly/3rcyDce).

sau din Insulele Pacificului, hispanic, alb, african-american și nativ-american). Ideea de rasă folosită de birocrății admitterilor s-ar dovedi „imprecisă”, „opacă”, „stereotipizantă”; când prea elastică, când prea rigidă.

Ca urmare a opacității conceptuale, relația dintre categoriile etnorasiale și obiectivele diversității devine confuză: „Concentrându-se asupra subreprezentării, partea reclamată pare să prefere o promoție cu 15% studenți din Mexic uneia cu 10% studenți din diverse state din America Latină, pur și simplu fiindcă cea dintâi conține mai mulți studenți hispanici decât cea din urmă.” Reprezintă o atare utilizare a preferinței rasiale, în care categoria „hispanic” este folosită nediferențiat și omogenizator, drumul cel mai bun către mai multă diversitate? Și, mai exact, ce fel de diversitate? Greu de spus: „nepotrivirea dintre mijloacele folosite ... și scopuri...” face practicile de admitere dificil de evaluat de instanțe sub aspectul proiectării stricte (p. 25).

Întrucât diversitatea nu reprezintă un interes imperios și măsurile pozitive nu par să fie cel mai puțin constrângător mod de a îl atinge, motivarea conchide că utilizarea rasei drept criteriu de admitere este neconstituțională. Totuși, Judecătorul Șef adaugă, pe final, o frază ulterior invocată repetat de comentatori: „Această motivare nu trebuie interpretată ca interzicând universităților să ia în calcul discutarea, în dosarul de admitere al unui candidat, modului în care rasa i-a afectat viața, fie prin discriminare, fie ca o sursă de inspirație, ori în alt mod.” S-a spus despre fragmentul anterior, coroborat cu faptul că motivarea nu a stipulat explicit abrogarea precedentului din 2003 (*Grutter*),<sup>38</sup> că ar putea reprezenta o porțiță prin care se păstrează în practică admitterile care țin cont de rasă.

Mi se pare că interpretarea din urmă trădează neîncredere mai puțin față de Curtea Supremă și, mai curând, față de sistemul universitar american descris la începutul secțiunii. Statul California a interzis utilizarea rasei în admitteri acum un sfert de secol, dar uriașul său sistem universitar public a găsit destul de rapid soluții de diversificare. Administrația admitterilor a făcut mai multă muncă de teren, a investit mai mult într-o recrutare activă, a schimbat standardele de admitere (în mod controversat, eliminând testele de aptitudine scolastică în 2020). Presa americană a titrat perseverent zilele trecute că experiența Californiei indică o scădere a numărului de studenți minoritari după renunțarea la acțiunea afirmativă.<sup>39</sup> Totuși, în statul amintit tinerii negri și hispanici au reprezentat 43% din contingentul de nou-admiși în 2022 – față de numai 20% acum 27 de ani.<sup>40</sup> Procesul prin care s-a ajuns la asemenea cifre a fost costisitor, dar universitățile de elită, singurele unde acțiunea afirmativă are cu adevărat un impact considerabil la admitere, nu duc defel lipsă de fonduri. Nu pare greu de intuit că, în curând, lucrurile vor sta întocmai la Harvard,

38 Dacă decizia din cauza de față abrogă sau nu precedentul din *Grutter* (2003) rămâne un subiect netranșat explicit în motivarea Judecătorului Șef Roberts. Motivarea nu afirmă abrogarea, deși o implică – cu excepția frazei citate din secțiunea finală. În opinia sa convergentă, Judecătorul Kavanaugh susține că decizia „este compatibilă cu și decurge din ... precedentele privind acțiunea afirmativă bazată pe rasă din învățământul superior” (p. 1). De cealaltă parte, Judecătorul Thomas, tot într-o opinie convergentă, susține explicit că abrogarea este practic indiscutabilă (pp. 2, 58). Judecătorul Gorsuch pare să aibă aceeași părere, deși mai curând implicit (pp. 22, 24).

39 De exemplu, Emma Bowman, „Here’s what happened when affirmative action ended at California public colleges”, *NPR*, 30 iunie 2023, disponibil la [bit.ly/3XMdTEG](https://www.npr.com/2023/06/30/1181111111); Edwin Rios, „A cautionary tale: colleges in states with affirmative action bans report racial disparities”, *The Guardian*, 30 iunie 2023, disponibil la [bit.ly/3XliabX](https://www.theguardian.com/us-news/2023/jun/30/affirmative-action-racial-disparities).

40 Teresa Watanabe, Harold Blume, „A lot of what you’ve heard about affirmative action is wrong”, *Los Angeles Times*, 29 iunie 2023, disponibil la [bit.ly/3D4zOND](https://www.latimes.com/california/story/2023-06-29/affirmative-action-is-wrong).

UNC și la alte colegii de aceeași talie.

## Concluzii

Hotărârea Curții în *SFFA c. Harvard* nu oferă o analiză a impactului unei jumătăți de secol de acțiune afirmativă asupra societății americane în ansamblul său. Nu ar fi fost deloc lipsită de interes. Nu putem tăgădui că societatea americană este astăzi cu mult mai diversă și mai integrată „etnorasial” în privința reprezentării în viața politică și în administrație, ori în profesiile bine plătite și în cele doar bine văzute. Cât de mult sau de puțin au contribuit măsurile pozitive din învățământul superior la această stare de fapt nu este ușor de spus, așa că motivarea evită explicit chestiunea, observând: „Câți lideri nu ar mai educa Harvard în absența preferințelor rasiale, sau cât ar scădea calitatea educației, sunt întrebări cărora nici o instanță nu le poate răspunde.” (p. 23) Înseamnă aceasta că nici nu ar trebui să caute aceste răspunsuri acolo unde există? Literatura de specialitate nu oferă răspunsuri absolut clare, dar răspunsuri există.<sup>41</sup>

De fapt, hotărârea se luptă cu două concepții, una formală și una fantomatică, despre acțiunea afirmativă și scopurile sale. Prima, cea a diversității, are avantajul că se demonstrează public cu ușurință (proporții etnorasiale); și dezavantajul – de care organizațiile universitare au profitat – că rămâne opacă și ușor de manipulat. Cea de-a doua concepție, a rectificării adâncilor nedreptăți istorice ale sclaviei și discriminării ulterioare, beneficiază de o justificare clară și relativ ușor de reconciliat cu o viziune liberal-egalitară despre societate. Dar suferă de pe urma dificultăților de implementare, care ar presupune identificarea cât de cât precisă a celor îndreptățiți la reparații. Motivarea majorității a putut ignora a doua concepție, cea convingătoare moral dar greu de rezolvat pragmatic, fiindcă acțiunea-afirmativă-ca-reparație a fost deja declarată neconstituțională acum 45 de ani. Limitând discuția la acțiunea-afirmativă-ca-diversitate, versiunea considerată constituțională în tot acest răstimp, instanța a marginalizat – poate inevitabil, dar oricum convenabil – esența reparativă a dezbaterii.

Opiniile divergente, semnate de Judecătoarele Jackson și Sotomayor, au recuperat cumva această dimensiune pierdută, prin referirile lor abundente la istoria rasială a Statelor Unite și la efectele sale de până astăzi. În același timp, turul lor de forță istoric rămâne, în bună măsură, în afara discuției constituționale, susținând mai degrabă o viziune politică despre remedierea consecințelor rasismului istoric. Tot într-un paragraf final, opinia divergentă a Judecătoarei Sotomayor admite acest lucru implicit: „În ciuda acțiunilor acestei Curți, progresul societății către egalitate nu poate fi oprit. Diversitatea este acum o valoare americană fundamentală în comunitatea noastră diversă și multiculturală care continuă să se extindă”. (p. 69) Cu alte cuvinte, soluții pentru problema rasei în America există, iar dispariția acțiunii afirmative nu are cum să înfrâneze avansul către echitatea interrasială. Cred că Judecătorul Șef Roberts și ceilalți cosemnatari ai motivării sale ar fi

41 Lucrarea clasică, cu analize statistice ample, semnată de doi lideri din Ivy League găsește efecte pozitive – dar argumentul rămâne limitat la universitățile de elită (Derek Bok și William Bowen, *The Shape of the River: Long-Term Consequences of Considering Race in College and University Admissions*, Princeton, Princeton University Press, 1998).

perfect de acord: acțiunea afirmativă nu (mai?) este strict necesară pentru dreptate.

Denunțurile stridente, adesea catastrofiste, la adresa deciziei din *SFFA c. Harvard* ascund miza ambiguă a acțiunii afirmative astăzi – folositoare ideologic, discutabilă pragmatic și incomodă etic. Probabil că semnul cel mai bun al sublimării disconfortului moral îl reprezintă disonanța cognitivă prin care trec mulți critici autointitulați antirasisti: experiențele tinerilor asiatici-americani, victima directă a deplorabilului rasism birocratic din departamentele de admitere ale unor universități de top, au rămas absolut marginale pe radarul comentariatului.<sup>42</sup>

Cât despre hotărârea *303 Creative*, nu este greu de înțeles de ce a fost denunțată, de o mare parte a comunității LGBT și a aliaților săi, drept o lovitură serioasă. În ordine simbolică, ideologia mișcării sociale opuse – conservatorismul religios – a avut câștig de cauză, din nou, într-o confruntare desfășurată la Curtea Supremă. În ordinea războiului cultural din SUA, politicienii republicani din multe state, alături de mulți dintre suporterii lor conservatori, au arătat că principii precum *small government* și *free speech* nu se aplică și reglementării „teoriei de gen” (sau a „teoriei critice a rasei”) prin legi restrictive și confuze. În ordine strategică, invocarea unui atac radical la adresa comunității LGBT se arată, și ea, de înțeles ca strategie de mobilizare (donații sporite, creșterea numărului de membri activi, declarații de sprijin de la politicieni ș.a.m.d.).

Totuși, în ordinea bunei guvernări liberale, decizia Curții Supreme este de salutat. Ceea ce nu înseamnă că o anumită circumspecție, dictată – printre altele – de hotărârile recente în privința separației dintre religie și stat,<sup>43</sup> nu este recomandabilă. Evoluția ulterioară a deciziei *303 Creative c. Elenis* se cere monitorizată atent. Curtea a preferat să nu exploreze în detaliu mai multe teme ce se pot dovedi cruciale pentru viitorul antidiscriminării. Printre acestea se numără chiar limitele conceptului de „serviciu comercial expresiv”. Orice activitate comercială poate avea, până la urmă, și o dimensiune simbolică. America oferă multe exemple istorice regretabile, precum cele citate în opinia divergentă: excluderea negrilor, a evreilor, a irlandezilor și, desigur, a persoanelor gay de la servicii de tot felul din pricina unor prejudecăți larg răspândite local sau național. Prejudecățile din urmă antrenează, fără doar și poate, considerente de conștiință.

Vor exista, ca aproape întotdeauna, zone gri între serviciile comerciale expresive și cele neexpresive. Ne putem aștepta ca mișcările sociale conservatoare să preseze – prin noi litigii, unele dintre ele planificate strategic – în direcția extinderii definiției acestor servicii, de la acte de exprimare evidentă (ca în cauza *303 Creative*) către acte mai greu de calificat drept expresive. Totuși, dinamica politică a chestiunii nu afectează, în sine, judiciozitatea deciziei de față, care se referă la un caz ușor de încadrat.

Prin urmare, se poate afirma că *303 Creative c. Elenis* se înscrie într-o lungă tradiție de respect pentru libertatea de exprimare. O tradiție care a permis americanilor să-și ardă steagul național atunci când el simbolizează utilizarea de napalm și Agent Orange; să stea de-o parte la rostirea de jurămintele patriotarde la școală; să facă parte din Partidul Comunist păstrându-și slujbele de funcționari publici; să mășăluiască, în pofida unei

42 Jay Caspian Kang, „Why the Champions of Affirmative Action Had to Leave Asian Americans Behind”, *The Atlantic*, 30 iunie 2023, disponibil la [bit.ly/3JK5POY](https://bit.ly/3JK5POY).

43 Liviu Andreescu, nota 4, *supra*.

populații covârșitor ostile, pentru drepturile civile ale persoanelor homosexuale, inclusiv acela de a se căsători cu partenerii pe care și-i doresc; și, într-o ipostază imaginară, însă deloc implauzibilă, să refuze să ofere servicii expresive unor clienți cu solicitări bigote.

Din nefericire, suprainterpretarea ideologizată a jurisprudenței recente a Curții Supreme a Statelor Unite, care vede în aceasta o unealtă docilă în mână unor forțe politice extremiste, nu face decât să polarizeze și mai tare publicul american în privința activității instanței constituționale. Lăsând la o parte câteva (foarte puține) decizii cu adevărat radicale, palmaresul Curții Supreme din ultimii ani, o vreme cu schimbări importante de compoziție ideologică, s-a dovedit, cel puțin relativ la perioadele anterioare, unul destul de echilibrat – inclusiv ideologic.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> Vezi, de exemplu, David French, „The Supreme Court Finally Strikes the Right Balance on Voting Rights”, *New York Times*, 18 iunie 2023, disponibil la [bit.ly/3pEtTf5](https://bit.ly/3pEtTf5); și „The Supreme Court Just Helped Save American Democracy From Trumpism”, *New York Times*, 27 iunie 2023, disponibil la [bit.ly/44f5Jaj](https://bit.ly/44f5Jaj).