

Grzegorz Maroń

**GŁOSA DO WYROKU FEDERALNEGO SĄDU APELACYJNEGO
DLA 4. OKRĘGU Z 25 MAJA 2017 ROKU
W SPRAWIE *INTERNATIONAL REFUGEE ASSISTANCE PROJECT
V. TRUMP*, 857 F. 3D 554 (4TH CIR. 2017)**

Wprowadzenie

Stanowiącym przedmiot glosy orzeczeniem¹ Sąd Apelacyjny dla 4. Okręgu utrzymał w mocy postanowienie federalnego Sądu Okręgowego (tzw. nakaz wstępny – *preliminary injunction*)² wstrzymujące na terenie całych Stanów Zjednoczonych wejście w życie art. 2(c) rozporządzenia nr 13780 prezydenta USA Donalda Trumpa z 6 marca 2017 r.³ Uznał, że wskazany przepis, czasowo ograniczający obywatelom sześciu państw zamieszkanych głównie przez ludność muzułmańską możliwość uzyskania wizy wjazdowej do USA, jest prawdopodobnie⁴ niekonstytucyjny jako naruszający konstytucyjną zasadę „nieustana-

¹ W przypisach glosowane orzeczenie oznaczam jako: *I.R.A.P. v Trump*. Po złożeniu artykułu do druku Sąd Najwyższy USA 26 czerwca 2017 r. zgodził się rozpoznać sprawę oraz częściowo wstrzymał wykonanie nakazu wstępnego do czasu jego ostatecznej merytorycznej oceny, planowanej na jesień 2017 r. W międzyczasie prezydent Trump 24 września 2017 r. wydał nowe rozporządzenie regulujące politykę migracyjną państwa, które zastąpiło rozporządzenie z marca 2017 r. W konsekwencji Sąd Najwyższy 10 października umorzył postępowanie jako bezprzedmiotowe (*moot*) i unieważnił (*vacate*) zaskarżony wyrok. Zob. *I.R.A.P. v Trump*, 582 U.S. (2017).

² *International Refugee Assistance Project v. Trump*, No. 17-361, 2017 WL 1018235 (D. Md. Mar. 16, 2017).

³ Exec. Order No. 13780, “Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry Into the United States”, 82 Fed. Reg. 13209 (Mar. 6, 2017).

⁴ Sądy, wstrzymując wejście w życie czy zawieszając moc obowiązującą przepisów prawnych bądź decyzji prawnych w procedurze *temporary restraining order* lub *preliminary injunction*, nie przesądzają niekonstytucyjności czy nielegalności kontrolowanych aktów. Wystarczy uprawdopodobnienie ich niekonstytucyjności (nielegalności). Rzadko jednak zdarza się, aby właściwe orzeczenie *ad meritum* zmieniło poprzednią ocenę konstytucyjności kontrolowanego aktu. Dla większej czytelności glosy będą stanowisko przywoływanych sądów o prawdopodobnej niekonsty-

wiania religii” wyrażoną w pierwszej poprawce do ustawy zasadniczej (*Establishment Clause*)⁵. W ocenie sądu odwoławczego rozporządzenie nie miało na celu ochrony bezpieczeństwa narodowego, ale było motywowane religijną niechęcią do muzułmanów. Wyrok zapadł stosunkiem głosów 10 do 3. Orzeczenie wraz z zdaniami polemicznymi (*concurrency*) i odrębnymi (*dissent*) liczy ponad 200 stron⁶.

I

27 stycznia 2017 r. prezydent USA Donald Trump – zaledwie tydzień po objęciu urzędu – wydał rozporządzenie nr 13769⁷ (*Executive Order*) zawieszające na okres 90 dni wjazd do USA obywatele siedmiu państw zamieszkiwanych w większości przez wyznawców islamu (Irak, Iran, Libia, Somalia, Sudan, Syria, Jemen)⁸. Celem aktu była ochrona Amerykanów przed atakami terrorystycznymi ze strony cudzoziemców z wymienionych krajów. Ponadto przewidywał on m.in. ograniczenie liczby przyjmowanych uchodźców w roku 2017, zakaz przyjmowania uchodźców z Syrii oraz preferencyjne traktowanie wniosków wizowych ze strony osób doświadczających religijnego prześladowania i stanowiących religijną mniejszość w swojej ojczyźnie. Federalny Sąd Okręgowy dla Zachodniego Dystryktu Waszyngtonu postanowieniem z 3 lutego 2017 r. czasowo wstrzymał wejście niektórych postanowień aktu w życie na całym terytorium USA⁹. Prezydent wniósł apelację od postanowienia i jednocześnie wniosek o odroczenie jego mocy wiążącej (*stay*) do czasu rozpoznania środka odwoławczego. Sąd Apelacyjny dla 9. Okręgu orzeczeniem z 9 lutego 2017 r. wniosku nie uwzględnił, przyjmując, że Sąd Okręgowy prawidłowo przyjął prawdopodobieństwo sukcesu procesowego powodów (*in concreto* stan Waszyngton i stan Minnesota). Rozporządzenie uznano za pogwałcające prawa umocowane w konstytucyjnej zasadzie rzetelnego procesu (*Due Process Clause*) i ewentualnie też naruszające *Establishment Clause*¹⁰.

tucyjności rozporządzenia prezydenta Trumpa przedstawiał w kategoriach „niekonstytucyjności”, a nie „wskazań za niekonstytucyjnością”.

⁵ *Establishment Clause* zasadniczo stanowi odpowiednik art. 25 Konstytucji RP, czyli wyraża zasadę rozdziału Kościoła od państwa i religijnej neutralności państwa.

⁶ Tekst orzeczenia dostępny na stronie internetowej sądu: <http://coop.ca4.uscourts.gov/171351.P.pdf>

⁷ Akt ten nazywam „rozporządzeniem”, a nie „zarządzeniem”, gdyż na gruncie polskiego systemu źródeł prawa stanowiłby on akt normatywny powszechnie obowiązujący.

⁸ Executive Order 13769, „Protecting the Nation From Foreign Terrorist Entry Into the United States” 82 Fed. Reg. 8977 (Jan. 27, 2017).

⁹ *Washington v. Trump*, No. C17-0141JLR, 2017 WL 462040 (W.D. Wash. Feb. 3, 2017).

¹⁰ *Washington v. Trump*, 847 F.3d 1151 (9th Cir. 9 February 2017). Sąd Apelacyjny 17 marca odmówił ponownego rozpoznania w pełnym składzie wniosku o zawieszenie postanowienia Sądu Okręgowego.

Dwa inne federalne sądy okręgowe również rozpoznawały wnioski o wstępny nakaz zawieszający wejście rozporządzenia w życie. 3 lutego 2017 r. Sąd Okręgowy dla Massachusetts odmówił wstępnego nakazu, nie uznając aktu prezydenta za sprzeczny z zasadą równego traktowania (*Equal Protection Clause*), zasadą rzetelnego procesu i *Establishment Clause*¹¹. Z kolei Sąd Okręgowy dla Wschodniego Dystryktu Wirginii 13 lutego 2017 r. przyznał wstępny nakaz – uznając rozporządzenie za niezgodne z *Establishment Clause* – ale objął nim tylko obszar stanu Wirginia¹².

Prezydent Trump, nie czekając na pełną i finalną sądową ocenę konstytucyjności rozporządzenia, 6 marca 2017 r. wydał drugie rozporządzenie (*Executive Order 13780*), którym uchylił i zastąpił to z 27 stycznia. Nowe rozporządzenie wprowadzało dla obywateli tych samych co poprzednio 6 państw (wyłączono Irak) zakaz wjazdu do USA przez okres 90 dni. Zakaz uzasadniano względami bezpieczeństwa państwowego. Czas 90 dni miał posłużyć władzy wykonawczej na modyfikację dotychczasowych procedur kontroli i weryfikacji osób starających się o wizę wjazdową na teren Stanów Zjednoczonych pod kątem sprawdzenia, czy osoby te nie stanowią zagrożenia terrorystycznego. Prezydent w oparciu o raport Sekretarza Bezpieczeństwa Wewnętrznego przygotowany po konsultacjach z Sekretarzem Stanu i Dyrektorem Wywiadu Narodowego miał podjąć dalsze działania w zakresie polityki imigracyjnej.

Potrzebę lepszej kontroli obywateli wymienionych państw starających się o wjazd do USA uzasadniono w akcie sytuacją panującą w ich ojczyznach. „Każde z tych państw jest sponsorem terroryzmu, w znacznym stopniu jest infiltrowane przez organizacje terrorystyczne albo na części jego obszarów toczą się konflikty. Każda z tych okoliczności ogranicza gotowość lub zdolność obcych władz do przekazywania albo weryfikowania ważnych informacji odnośnie do osób chcących udać się do Stanów Zjednoczonych. Ponadto znacząca obecność w każdym z tych państw organizacji terrorystycznych, ich członków i innych osób podatnych na [oddziaływanie] tych organizacji zwiększa ryzyko, że warunki te będą wykorzystywane do umożliwienia aktywistom czy sympatykom tych organizacji podróży do Stanów Zjednoczonych”¹³. Za państwa sponsorujące terroryzm uznano Iran, Sudan i Syrię. W przypadku Syrii i Iranu wskazano też, że tamtejsze władze nie współpracują z USA w zwalczaniu terroryzmu. Jemen, Libię i Syrię przedstawiono jako państwa, na których terytoriach toczą się konflikty zbrojne. Ponadto zwrócono uwagę, iż władze Libii, Somalii i Syrii są w praktyce niezdolne do skutecznego przeciwdziałania terroryzmowi. W świetle tych okoliczności uznano, że zachodzi ryzyko, iż przy aktualnych procedurach

¹¹ *Louhghalam v. Trump*, No. 17-10154-NMG, 2017 WL 479779 (D. Mass. Feb. 3, 2017).

¹² *Aziz v. Trump*, No. 1:17-cv-116 (LMB/TCB), 2017 WL 580855 (E.D. Va. Feb. 13, 2017).

¹³ *I.R.A.P. v Trump*.

wizowych prawo wjazdu do USA mogą uzyskać osoby zamierzające przeprowadzić zamachy terrorystyczne lub w inny sposób naruszyć bezpieczeństwo narodowe Stanów Zjednoczonych.

Nowe rozporządzenie nie przewidywało całkowitego zakazu przyjmowania uchodźców z Syrii ani też nie uprzywilejowywało członków religijnych mniejszości. W ogóle nie odnosiło się ono *expressis verbis* do kwestii religijnych.

Podstawę prawną wydania rozporządzenia stanowił 8 U.S.C. §§ 1182(f) oraz 8 U.S.C. § 1185(a)(1). Zgodnie z pierwszym z przepisów „[g]dy Prezydent uzna, że wjazd jakichkolwiek cudzoziemców lub klasy cudzoziemców do Stanów Zjednoczonych byłby szkodliwy dla interesów Stanów Zjednoczonych, może zawiesić – na okres jaki uzna za konieczny – wjazd wszystkich cudzoziemców czy jakiegokolwiek klasy cudzoziemców jako imigrantów czy nieimigrantów, lub nałożyć ograniczenia wjazdu cudzoziemców, jakie uzna za właściwe”.

II

Pozew przeciwko rozporządzeniu prezydenta z 6 marca wniosło do Federalnego Sądu Okręgowego dla Dystryktu Maryland sześć osób fizycznych (obywatele Stanów Zjednoczonych lub uprawnieni do stałego pobytu na terytorium Stanów Zjednoczonych) posiadający przebywających w wymienionych państwach członków rodziny starających się o wjazd do USA oraz trzy organizacje (dwie zapewniające pomoc prawną i opiekę uchodźcom, a jedna skupiająca uczonych i studentów orientalistyki).

Sąd Okręgowy 16 marca 2017 r. wydał wstępny nakaz wstrzymujący wejście aktu w życie na terenie całych Stanów Zjednoczonych¹⁴. W ocenie sądu rozporządzenie, jakkolwiek „pozornie religijnie neutralne”, było jednak skierowane przeciwko muzułmanom z powodu ich religii, a w związku z tym naruszało *Establishment Clause*. U podstaw takiej interpretacji kontrolowanego aktu stały w głównej mierze wypowiedzi Trumpa z okresu kampanii wyborczej. Sąd wskazał też, że mniejsza jest szansa powodów na zakwestionowanie legalności rozporządzenia jako niezgodnego z § 1152(a)(1)(A), zakazującego dys-

¹⁴ *International Refugee Assistance Project v. Trump*, No. 17-361, 2017 WL 1018235 (D. Md. Mar. 16, 2017). Dzień wcześniej federalny Sąd Okręgowy dla Dystryktu Hawajów wydał *temporary restraining order* wstrzymujący wejście rozporządzenia w życie na całym terytorium USA. *Hawaii v. Trump*, No 1:17-cv-00050-DKW-KSC (D. Haw., Mar. 15, 2017). Następnie sąd okręgowy 29 marca zmienił *temporary restraining order* na *preliminary injunction*. Z kolei Sąd Okręgowy dla Wschodniego Dystryktu Wirginii orzeczeniem z 24 marca 2017 r. oddalił wniosek o wydanie wstępnego nakazu wobec rozporządzenia prezydenta. *Sarsour v. Trump*, 2017 Westlaw 1113305 (E.D.Va. Mar. 24, 2017).

kryminacji ze względu na narodowość przy przyznawaniu wiz imigracyjnych. Orzeczenie Sądu Okręgowego utrzymał w mocy Sąd Apelacyjny dla 4. Okręgu. Wyrok sądu odwoławczego z 25 maja 2017 r. stanowi przedmiot niniejszej glosy.

Sąd Apelacyjny ograniczył przedmiot rozpoznania wyłącznie do zgodności rozporządzenia z konstytucyjną zasadą nieustanawiania religii, wyłączając poza zakres rozważań zgodność aktu z przepisami ustawowymi. W pierwszej kolejności rozstrzygnął dwie kwestie proceduralne, potwierdzając legitymację procesową powodów (*standing*) w myśl art. 3 Konstytucji¹⁵ oraz uznając, że przedmiot sprawy podlega kontroli sądowej, nie stanowiąc przykładu tzw. *consular non-reviewability*.

Następnie w zasadniczej części swoich rozważań poddał ocenie spełnienie czterech przesłanek warunkujących możliwość wydania wstępnego nakazu sądowego. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego do wydania *preliminary injunction* jako „drastycznego i ekstraordynaryjnego środka”¹⁶ konieczne jest, aby powód wykazał prawdopodobieństwo korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia sprawy co do meritum, poniesienia nieodwracalnej szkody w przypadku braku nakazu, że rachunek konkurencyjnych racji („słuszności”) obu stron przechyla się na jego korzyść oraz iż nakaz jest w interesie publicznym¹⁷. Zwykle, tak jak i w przedmiotowej sprawie, głównym przedmiotem sporu jest spełnienie przez powodów pierwszego z wymogów.

Sąd odwoławczy wskazał, że precedensem stanowiącym sądowy wzorzec kontrolny w odniesieniu do działań władzy wykonawczej w sprawach polityki imigracyjnej jest, nieuwzględniony przez Sąd Okręgowy, wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Kleindienst v. Mandel*¹⁸. Sąd Najwyższy uznał wówczas, iż nieprzyznanie belgijskiemu marksście Ernestowi Mandelowi wizy umożliwiającej mu wjazd do USA celem wygłoszenia kilku wykładów nie naruszało umocowanego w pierwszej poprawce do Konstytucji prawa do informacji grupy amerykańskich profesorów będących powodami w sprawie. W orzeczeniu tym wyraźnie podkreślono, że kompetencją legislatywy i egzekutywy jest określanie

¹⁵ Za Sądem Okręgowym przyjął, że co najmniej troje z osób wnoszących pozew ma legitymację procesową czynną do kwestionowania konstytucyjności rozporządzenia na gruncie *Establishment Clause*. Sędzia Steven Agge w zdaniu odrębnym przedstawił argumenty przemawiające jego zdaniem przeciwko uznaniu legitymacji procesowej po stronie powodów. *I.R.A.P. v Trump* (Agge, J., dissent).

¹⁶ *Monsanto Co. v. Geertson Seed Farms*, 561 U.S. 139, 165 (2010).

¹⁷ *Winter v. Nat. Res. Defense Council, Inc.*, 555 U.S. 7, 20 (2008).

¹⁸ 408 U.S. 753 (1972). Zwraca uwagę, że taki sam rażący błąd popełnił Sąd Apelacyjny dla 9. Okręgu w sprawie *Washington v. Trump*, uznając, iż precedens *Mandel* dotyczy wyłącznie indywidualnych decyzji wizowych, a nie aktów normatywnych egzekutywy w sprawach imigracji. Wykładnia taka jawnie kłóci się zarówno z orzecznictwem Sądu Najwyższego, jak i z dotychczasowym – sprzeczny z prezydenturą Trumpa – orzecznictwem federalnych sądów apelacyjnych, w tym Sądu Apelacyjnego dla 9. Okręgu.

polityki imigracyjnej państwa. Władza wykonawcza, reglamentując prawo wjazdu do USA wobec cudzoziemców, w granicach delegacji udzielonej przez Kongres, nie narusza Konstytucji, jeśli tylko działała „na podstawie *prima facie* legitymowanego i w dobrej wierze argumentu” (*facially legitimate and bona fide reason*). W takim przypadku sądom nie wolno „spoglądać poza realizację tej uznaniowej decyzji ani kontrolować jej poprzez wyważanie jej uzasadnienia z interesami [powodów] z Pierwszej Poprawki”¹⁹.

Sąd Najwyższy, a za nim pozostałe sądy, wielokrotnie konsekwentnie stosowały standard „*prima facie* uzasadnionego i w dobrej wierze argumentu” w sprawach odmowy przyznania wizy cudzoziemcom czy szerzej konstytucyjności postanowień prawa imigracyjnego²⁰. W dotychczasowym *case law* cytowane sformułowanie interpretowano w ten sposób, że wykazanie, iż kwestionowane działanie władzy (akt normatywny, indywidualna decyzja) jest „*prima facie* legitymowane” – czyli *expressis verbis* uzasadnione ważnymi racjami – kończyło sądowe rozumowanie i skutkowało wydaniem orzeczenia na korzyść władzy (pozwanych). Jakkolwiek w orzecznictwie co prawda wskazywano, że legislatura i egzekutywa nie mają dowolności w kwestii prawa imigracyjnego²¹, to jednak w praktyce przywołanie powszechnie uznawanych racji za tym prawem (np. względy bezpieczeństwa) przesądzało o jego konstytucyjności.

Sąd odwoławczy odszedł jednak od utrwalonej wykładni precedensu *Mandel*. Posiłkując się wybiórczo i wyrwanymi z kontekstu cytatami z orzeczenia Sądu Najwyższego w sprawie *Kerry v. Din* przyjął, że jeśli powód zademonstruje rzekomą złą wiarę pozwanej władzy w sposób wystarczająco szczegółowy, to sąd może w swych rozważaniach wyjść poza samo kontestowane działanie władzy, oceniając jeszcze raz i bardziej wnikliwie jego „*prima facie* legitymowane” racje. Innymi słowy, podanie w wątpliwość dobrej wiary pozwanej władzy uprawnia sąd do analizowania celu kontestowanego aktu normatywnego (ewentualnie indywidualnej decyzji) nie tylko w oparciu o jego brzmienie. Sąd ma wówczas możliwość „wyjścia poza” (*looking behind*) tekst aktu i sięgnięcie np.

¹⁹ *Mandel*, 408 U.S. 770.

²⁰ *Kerry v. Din*, 576 U.S. ___, 135 S. Ct. 2128, 2131 (2015). Sąd uznał, że nie naruszono praw powódki – amerykańskiej obywatelki – umocowanych w *Due Process Clause* poprzez odmówienie jej afgańskiemu mężowi wizy bez odpowiedniego wyjaśnienia tej decyzji. Według Sądu Najwyższego władza nie musiała ujawnić faktów stojących u podstaw decyzji. Zob. też *Fiallo v. Bell*, 430 U.S. 787 (1977). Sąd nie zakwestionował przepisów ustawowych przyznających inny status na gruncie prawa imigracyjnego dziecku pozamałżeńskiemu w zależności od tego, czy obywatelem lub osobą z prawem stałego pobytu był ojciec, czy matka dziecka. Pomimo dwóch wątpliwych kryteriów – płci i statusu związku, w którym dziecko przyszło na świat – sąd uznał, iż to nie do judykatury należy weryfikowanie polityki imigracyjnej państwa, ale do Kongresu. Nie podzielił stanowiska powoda, że preferowanie biologicznych matek nieślubnych dzieci narusza prawa z zasady rzetelnego procesu.

²¹ *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678, 695 (2001); *I.N.S. v. Chadha*, 462 U.S. 919, 941 (1983).

do jego historii legislacyjnej i implementacji, kontekstu historycznego, sekwencji działań prowadzących do jego przyjęcia. Sąd Apelacyjny co prawda stwierdził, że zwykle powodom będzie trudno w sposób wiarygodny i szczegółowy wykazać złą wiarę pozwanego, ale *in concreto* uznał, iż ma to miejsce.

W jego ocenie powodowie wiarygodnie i szczegółowo wykazali, że władza w złej wierze posłużyła się deklarowanym – i na pierwszy rzut oka legitymowanym – celem rozporządzenia w postaci „ochrony Narodu przed działalnością terrorystyczną cudzoziemców wpuszczonych do Stanów Zjednoczonych”. Skoro według sądu racjonalnie uprawdopodobniono, że u podstaw wydania rozporządzenia nie stały względy bezpieczeństwa państwa, lecz było ono motywowane religijnie, to jego konstytucyjność zależy od zgodności z *Establishment Clause*.

Do oceny rozporządzenia pod kątem niesprzeczności z zasadą nieustanawiania religii zastosowano tzw. trzelementowy test Lema. Celem zaliczenia testu władza musi wykazać, że jej kontestowane działanie ma świecki cel, jego głównym skutkiem nie jest ani sprzyjanie, ani przeszkadzanie religii oraz nie prowadzi ono do nadmiernego powiązania władzy z religią²². Świecki cel musi być przy tym „prawdziwy, a nie udawany, i „nie jedynie drugorzędny wobec celu religijnego”²³.

Sąd Apelacyjny przyjął, że prezydent Trump, wydając rozporządzenie, kierował się w pierwszej kolejności niechęcią wobec grupy religijnej, jaką stanowią muzułmanie. W ten sposób prezydent chciał zdaniem sądu wypełnić obietnicę wyborczą o zakazaniu wpuszczania wyznawców islamu do USA, ukrywając awersję wobec nich pod zakazem adresowanym do państw muzułmańskich. Deklarowany cel aktu w postaci względów bezpieczeństwa narodowego uznano za zmyślony dla potrzeb wymogów prawnych i w ramach strategii procesowej w obliczu przewidywanych możliwych procesów sądowych. Wnioski takie sąd oparł głównie na wypowiedziach Trumpa i jego współpracowników, z których większość padła w okresie kampanii wyborczej i przed zaprzysiężeniem. Uznając te wypowiedzi za prawnie relewantne do oceny późniejszych działań Trumpa jako prezydenta USA, sąd jednocześnie zbagatelizował negatywne konsekwencje takiego stanowiska dla wolności słowa. W moralizatorskim tonie ogłosił, że w „zakresie, w jakim nasze rozumowanie zniechęca do kampanijnych obietnic potępiania i wykluczania całych religijnych grup, to uważamy, że jest to mile widziane ograniczenie”²⁴.

Za pozornością, względnie drugorzędnością, świeckiego celu rozporządzenia przemawia zdaniem sądu odwoławczego także kilka innych okoliczno-

²² *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602, 612-13 (1971).

²³ *McCreary Cty., Ky. v. Am. Civil Liberties Union of Ky.*, 545 U.S. 844, 864 (2005).

²⁴ *I.R.A.P. v Trump* (p. 68).

ści. Sąd wskazał w tej kwestii na podobieństwa pomiędzy rozporządzeniami z 27 stycznia i 6 marca 2017 r. Podniósł, że pierwsze rozporządzenie wydano bez opinii Agencji ds. Bezpieczeństwa. Przywołał okoliczność, iż prezydent Trump polecił Sekretarzowi ds. Bezpieczeństwa Wewnętrznego, aby zbierał dane o honorowych zabójstwach (*honor killings*) popełnianych w USA przez cudzoziemców. Nadmieniał, że raport Departamentu Bezpieczeństwa Wewnętrznego ujawniony po 6 marca wskazuje na to, iż rozporządzenie będzie nieskuteczne, gdyż większość urodzonych za granicą ekstremistów radykalizuje się kilkanaście lat po przyjeździe do USA. Zatem nowa procedura weryfikacji osób starających się o wizę nie zmniejszy istotnie zagrożenia terrorystycznego. Odwołał się do opinii byłych funkcjonariuszy bezpieczeństwa narodowego, zdaniem których rozporządzenie nie służy bezpieczeństwu narodowemu, skoro żaden Amerykanin nie został na terytorium USA zamordowany przez obywatela któregoś z sześciu państw objętych aktem w ostatnich 40 latach. Wytknął, że w samym tekście rozporządzenia podano przykłady tylko dwóch Irakijczyków – czyli państwa nieobjętego drugim rozporządzeniem – i Somalijczyka, którzy dopuścili się aktów terroru w USA.

W świetle powyższego sąd skonkludował, że „[r]ozporządzenie na poziomie swego tekstu operuje ogólnymi słowami o narodowym bezpieczeństwie, ale wzięte kontekstualnie ocieka religijną nietolerancją, niechęcią i dyskryminacją”²⁵. Zachodzą zatem w ocenie sądu podstawy do uznania aktu prezydenta za sprzeczny z *Establishment Clause*.

Łatwiej Sądowi Apelacyjnemu przyszło ustalić spełnienie trzech pozostałych warunków wydania wstępnego nakazu. Bazując na *case law*, przyjął, że wykazanie prawdopodobieństwa naruszenia rozporządzeniem praw z pierwszej poprawki do Konstytucji przesądza o ryzyku poniesienia przez powodów nieodwracalnej szkody na skutek wejścia w życie aktu. W końcu sąd odwoławczy uznał, iż wyważenie konkurencyjnych interesów, tj. ochrona konstytucyjnych praw powodów oraz ochrona interesu publicznego w postaci bezpieczeństwa państwa, przemawia na korzyść tych pierwszych. Konkluzję taką sąd powtórnie oparł na zakwestionowaniu związku pomiędzy rozporządzeniem a bezpieczeństwem narodowym. W jego ocenie bezpieczeństwo narodowe „wydaje się być *post hoc* drugorzędnym uzasadnieniem działania władzy wykonawczej zakorzenionej w religijnej niechęci i obliczonym na odgrodzeniu muzułmanów od tego państwa. Pozostajemy nieprzekonani o tym, że art. 2 (c) ma więcej wspólnego z narodowym bezpieczeństwem niż wykonanie obietnicy prezydenta odnośnie do zakazania muzułmanom wjazdu do USA”²⁶. Wręcz przeciwnie, zdaniem sądu

²⁵ *I.R.A.P. v Trump* (p. 12). Podobnie w zdaniu polemicznym sędzieja James Wynn rozporządzenie określił „jawną krywdzącą dyskryminacją przeciwko muzułmanom” (p. 94).

²⁶ *Ibidem* (p. 75).

to właśnie utrzymanie w mocy wstępnego nakazu służy interesowi publicznemu, jakim jest ochrona konstytucyjnych praw. W alarmującym tonie sąd stwierdził, że w sytuacji, gdy „władza zajmuje stronę w kwestiach religijnych, to nieuchronnym tego rezultatem jest nienawiść, brak szacunku, a nawet pogarda wobec tych po złej stronie barykady. Niewłaściwie zaangażowanie się władzy w religię prowadzi do zniszczenia władzy i degradacji religii, zachęca do prześladowania mniejszości religijnych i niewierzących, sprzyja wrogości i podziałom w naszym pluralistycznym społeczeństwie. Ryzyko tych szkód jest szczególnie wyraźne w tej sprawie, gdzie najwyższy wybieralny urzędnik w państwie wydał rozporządzenie nasączone niechęcią i skierowane przeciwko pojedynczej grupie religijnej”²⁷.

Finalnie Sąd Apelacyjny potwierdził zasadność objęcia zakresem nakazu całego terytorium USA. Zauważył, że powodowie pochodzą z różnych stanów, prawo imigracyjne ze swej natury ma charakter uniwersalny i powinno obowiązywać lub nie obowiązywać jednakowo na całym obszarze Stanów Zjednoczonych, a zawężenie nakazu tylko do powodów nie zapobiegnie szkodom z tytułu obowiązywania rozporządzenia sprzecznego z *Establishment Clause*. Sąd odwoławczy skorygował natomiast wstępny nakaz w ten sposób, że z zakresu jego mocy wiążącej wyłączył osobiście prezydenta, czym uczynił zadość klarownemu stanowisku w tej materii wyrażonemu w orzecznictwie Sądu Najwyższego.

III

Orzeczenie Sądu Apelacyjnego oraz towarzyszące mu rozumowanie należy ocenić krytycznie. Reglamentuje ono kompetencje władzy wykonawczej w zakresie polityki imigracyjnej w sposób dotychczas nieznanym amerykańskiej praktyce orzeczniczej, a co ważniejsze, niemający umocowania w wiążących precedensach Sądu Najwyższego.

Na przestrzeni ostatnich 65 lat Sąd Najwyższy konsekwentnie reprezentował postawę „uszanowania” (*deference*) wyłącznej kompetencji legislatywy i – działającej w ramach ustawodawstwa Kongresu – władzy wykonawczej w zakresie polityki zagranicznej, w tym imigracyjnej. Oznaczało to, że administracji rządowej przysługiwał bardzo szeroki zakres swobody i uznaniowości w sprawach imigracyjnych. Politykę imigracyjną traktowano za „podstawowy atrybut suwerenności”²⁸, „powierzoną wyłącznie politycznym gałęziom władzy, szeroko wyjętą spod sądowej kontroli i ingerencji”²⁹, zarazem stanowiącą „nieodłączną

²⁷ *Ibidem* (p. 76).

²⁸ *Shaughnessy v. U.S. ex rel. Mezei*, 345 U.S. 206, 210 (1953). Podobnie *Mandel*, 408 U.S. 765.

²⁹ *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580, 589 (1952). Podobnie *Mathews v. Diaz*, 426 U.S. 67, 81 (1976).

część władzy wykonawczej suwerena”³⁰. Jak podkreślał Sąd Najwyższy: „Nic w strukturze naszej władzy czy w tekście naszej Konstytucji nie upoważnia nas do sądowej kontroli za pomocą standardów, które wymagałyby od nas zrównania naszego politycznego osądu z tym będącym udziałem Kongresu”³¹. O ile sądy do pewnego stopnia uznawały pewne prawa cudzoziemców przebywających już, choćby nielegalnie, na terytorium USA, o tyle cudzoziemcy znajdujący się poza granicami USA nie mogli liczyć na przychylną judykaturę³².

Doktryna sędziowskiego szacunku (*judicial deference*) dotyczyła zwłaszcza tych przypadków, gdy egzekutywa u podstaw swoich decyzji (zarówno tworzenia, jak i stosowania prawa) wskazywała względy bezpieczeństwa państwa. Dla Sądu Najwyższego „jest oczywiste i bezdyskusyjne, że żaden interes władzy nie jest bardziej nieodparty niż bezpieczeństwo Narodu”³³. Szczególnie po zamachach 11 września 2001 r. Sąd Najwyższy przypominał doniosłość „interesu władzy w zapobieżeniu wjazdu [do USA] niepożądanych osób”³⁴, a „interes władzy w zwalczaniu terroryzmu” określał mianem „pilnego celu najwyższej rangi”³⁵.

Zakwestionowanie przez Sąd Apelacyjny bezpieczeństwa narodowego jako celu stojącego u podstaw rozporządzenia prezydenta jest rezultatem wybiórczej i jednostronnej interpretacji faktów.

Działania prawne ograniczające możliwość wjazdu do USA obywateli Iraku, Syrii, Libii, Jemenu i Somalii podejmowała w latach 2015–2016 administracja prezydenta Baracka Obamy, swoją politykę imigracyjną uzasadniając również względami bezpieczeństwa państwa³⁶. Na zagrożenia terrorystyczne związane z wymienionymi państwami wskazał Departament Stanu, Departament Bezpieczeństwa Wewnętrznego i inne służby odpowiedzialne za bezpieczeństwo także przed 20 stycznia 2017 r., czyli datą zaprzysiężenia Trumpa. Sąd odwoławczy podkreślając, że rozporządzenie z 27 stycznia wydano bez opinii Agencji ds. Bezpieczeństwa – co nie było prawnym wymogiem – zdaje się zapomnieć, iż ocenia rozporządzenie z 6 marca, którego wydanie poprzedzono już takim zaopiniowaniem. Sąd dał też wiarę ocenom odnośnie do narodowego bezpieczeństwa

³⁰ *U.S. ex rel. Knauff v. Shaughnessy*, 338 U.S. 537, 542-43 (1950).

³¹ *Harisiades*, 342 U.S. 590.

³² *Leng May Ma v. Barber*, 357 U.S. 185, 187 (1958); *Landon v. Plasencia*, 459 U.S. 21, 32 (1982).

³³ *Haig v. Agee*, 453 U.S. 280, 307 (1981).

³⁴ *U.S. v. Flores-Montano*, 541 U.S. 149, 152 (2004).

³⁵ *Holder v. Humanitarian Law Project*, 561 U.S. 1, 28 (2010).

³⁶ Zob. U.S. Department of State, *Country Reports on Terrorism 2015*, <https://www.state.gov/documents/organization/258249.pdf>; Department of Homeland Security, *United States Begins Implementation of Changes to the Visa Waiver Program*, <https://pre-view.dhs.gov/news/2016/01/21/united-states-begins-implementation-changes-visa-waiver-program>; *DHS Announces Further Travel Restrictions for the Visa Waiver Program*, <https://preview.dhs.gov/news/2016/02/18/dhs-announces-further-travel-restrictions-visa-waiver-program>.

autorstwa funkcjonariuszy administracji poprzedniego prezydenta, spośród których wielu otwarcie sprzeciwia się prezydentowi Trumpowi. Zignorował natomiast, a co najmniej sceptycznie odniósł się do oceny bezpieczeństwa narodowego przedstawionej przez urzędujących Prokuratora Generalnego i Sekretarza Bezpieczeństwa Wewnętrznego. Sąd bez dostępu do informacji służb wywiadowczych skrytykował prezydenta za to, że ten nie wskazał w rozporządzeniu przykładów osób pochodzących z wymienionych państw, które zaangażowały się w działalność terrorystyczną w USA. Uznał, iż prezydent nie wykazał, aby rozporządzenie było niezbędne do zachowania bezpieczeństwa narodowego. Tyle tylko, że prezydent nie miał obowiązku wyjaśniania, dlaczego rozporządzenie stanowi konieczną reakcję na istniejące niebezpieczeństwa. Sąd Najwyższy stoi na stanowisku, iż prezydent nie jest zobligowany do ujawnienia powodów „uznania obywateli konkretnego państwa za szczególne zagrożenie”, a nawet gdyby głowa państwa powody te ujawniła, to „sąd jest źle wyposażony do ustalenia ich prawdziwości i całkowicie niezdolny do oceny ich adekwatności”³⁷. W sprawach wizowych „nie jest rolą sądu badanie i weryfikowanie uzasadnień decyzji prawodawczej”³⁸.

Żadnym faktem dotyczącym bezpieczeństwa wprost podanym w rozporządzeniu nie zaprzeczono. Powodowie podczas procesu przyznali, że gdyby inny kandydat wygrał prezydenckie wybory w 2016 r. i wydał takie samo rozporządzenie to, nie kwestionowałiby go. Pełnomocnik powodów stwierdził nawet, iż jego zdaniem takie rozporządzenie byłoby wówczas konstytucyjne (!).

Sąd odwoławczy niedostatecznie zwrócił uwagę na to, że zakres zastosowania weryfikowanego rozporządzenia był istotnie węższy od tego z 27 stycznia 2017 r. Nie odnosił się on do obywateli wymienionych państw, którzy w dniu wyznaczonego wejścia aktu życie (16 marca 2017 r.) już przebywali na terytorium USA lub mieli ważną wizę. Nie obejmował też osób z prawem stałego pobytu na terytorium USA lub dysponujących innymi niż wiza ważnymi dokumentami uprawniającymi do wjazdu do Stanów Zjednoczonych, posiadających podwójne obywatelstwo i podróżujących na paszporcie innego niż wymienione państwo czy legitymujących się wizą dyplomatyczną. Rozporządzenie nie dotyczyło też cudzoziemców którym przyznano azyl, uchodźców, których już przyjęto do USA, oraz osób objętych ochroną w myśl Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur. Ponadto rozporządzenie upoważniało urzędników konsularnych oraz Komisarza do Spraw Ceł i Ochrony Granic do przyznania wizy czy prawa wjazdu w indywidualnych przypadkach. Zasadniczo zatem rozporządzenie dotyczyło jedynie tych obywateli wymienionych państw, którzy nie posiadali wizy, lecz liczyli na jej uzyskanie w okresie 90 dni obowiązywania aktu.

Sąd zignorował argument pozwanych, że rozporządzenie dotyczy zaledwie ułamka państw muzułmańskich, a w podanych sześciu państwach muzułmań-

³⁷ *Reno v. American-Arab Anti-Discrimination Comm.*, 525 U.S. 471, 491 (1999).

³⁸ *Fiallo*, 430 U.S. 799.

skich obejmuje także wyznawców innych niż islam religii oraz ateistów i agnostyków. Uznał to tłumaczenie administracji prezydenta za bezprzedmiotowe w ocenie celu rozporządzenia. Stwierdził, iż w przeciwnym wypadku „złapałibyśmy się w pętlę analitycznej, gdzie rozporządzenie zawsze pozytywnie przeszłoby kontrolę [konstytucyjności]”. Rozumowanie to budzi poważne obiekcje. Racjonalna argumentacja pozwanych – zgodnie z którą fakt, że rozporządzenie odnosi się do kilku i wcale nie największych pod względem populacji muzułmańskich państw – podważająca rzekomo religijne motywy wydania zaskarżonego aktu, została odrzucona przez sąd, gdyż jej uwzględnienie najprawdopodobniej doprowadziłoby do korzystnego dla pozwanych orzeczenia. Retoryka ta może robić wrażenie, iż sąd, przystępując do rozpoznania sprawy, już *a priori* przyjął za preferowane rozstrzygnięcie przeciwne, które następnie *de facto* zapadło.

Dokonana przez sąd odwoławczy wykładnia precedensu *Mandel* nie przekonuje. W dotychczasowej praktyce orzeczniczej „*prima facie* neutralne rozporządzenia pozytywnie przechodziły sadową weryfikację”³⁹. Tymczasem Sąd Apelacyjny w oparciu o wybiórczo cytowany fragment orzeczenia w sprawie *Kerry v. Din*⁴⁰ przyjął, że precedens *Mandel* formułuje wymóg „dobrej wiary” a nie „*prima facie* dobrej wiary” w odniesieniu do działań władzy w zakresie polityki imigracyjnej. Gdyby rzeczywiście interpretacja sądu odwoławczego była prawidłowa, to we wszystkich trzech analogicznych sprawach rozpoznawanych przez Sąd Najwyższy (*Mandel*, *Fiallo* i *Din*) powinny zapaść inne orzeczenia, niż te wydane. Powodowie w wymienionych sprawach również bowiem podnosili złą wiarę pozwanego, przywołując szczegółowo okoliczności stanu faktycznego za tym przemawiające. W sprawie *Mandel* zastrzeżenia co do dobrej wiary pozwanych były tego typu, że sędzia Marshall w zdaniu odrębnym do wyroku przywołane przez Prokuratora Generalnego racje za odmową przyznania wizy Ernestowi Mandelowi nazwał „fikcją” („lipą”, „ściemą”, ang. *sham*)⁴¹. W dotychczasowym orzecznictwie Sądu Najwyższego zakładano, iż brak dobrej wiary po stronie władzy musi być już na pierwszy rzut oka (*facially*), a nie wywodzony z czegoś innego niż kontrolowane zachowanie władzy. Trzy wskazane precedensy Sądu Najwyższego zakazywały poszukiwania przez sądy dowodów złej wiary poza samym tekstem decyzji wizowej konsula czy urzędnika konsularnego lub tekstem aktu normatywnego⁴².

³⁹ *I.R.A.P. v Trump* (Niemeyer, J., dissent, p. 165).

⁴⁰ Według Sądu Najwyższego władza spełniła wymóg „*prima facie* legitymowanego i w dobrej wierze argumentu za swoim działaniem, gdy poinformowała, że jej (powódki) mąż nie otrzymał zgody na wjazd do kraju na podstawie § 1182(a)(3)(B). Wymagając od władzy czegoś więcej, Sąd Apelacyjny popełnił błąd”. *Din*, 135 S. Ct. 2140–41 (Kennedy, J., concurring in judgment).

⁴¹ *Mandel*, 408 U.S. 778 (Marshall, J., dissenting).

⁴² Zob. też *Mueller v. Allen*, 463 U.S. 388, 394–95 (1983). Sąd wskazał na „niechęć do przypisywania niekonstytucyjnych motywów stanom, zwłaszcza wówczas, gdy wiarygodny świecki cel za stanowym programem może być wyprowadzony wprost z ustawy”.

Umocowania w orzecznictwie Sądu Najwyższego, jak i też innych sądów nie znajduje również stanowisko sądu odwoławczego, zgodnie z którym wypowiedzi udzielone przez daną osobę podczas kampanii wyborczej mogą posłużyć do oceny konstytucyjności późniejszego aktu prawnego wydanego przez tę samą osobę już jako organu władzy publicznej. „Naiwne byłoby niedostrzeganie tego, że obietnice z okresu kampanii wyborczej są – zgodnie z długą demokratyczną tradycją – najmniej wiążącą formą ludzkich zobowiązań”⁴³.

Niebezpiecznym precedensem jest kwestionowanie treściowo jednoznacznego i tekstowo religijnie neutralnego rozporządzenia prezydenta na podstawie tego, co powiedział jako kandydat do urzędu prezydenckiego. Podejście takie przyznaje sądom możliwość uznaniowego stwierdzenia niekonstytucyjności wielu aktów normatywnych czy indywidualnych decyzji władzy, z którymi się nie zgadzają. Zachodzi obawa, że sądy będą dobierały te wypowiedzi z kampanii, które są im potrzebne dla pożądanego przez siebie rozstrzygnięcia partykularnej sprawy. Realna staje się też groźba równi pochyłej. Nic nie stałoby wówczas na przeszkodzie, aby sądy sięgały do jeszcze wcześniejszych wypowiedzi osób, które następnie objęły urząd publiczny, np. z okresu działalności zawodowej czy aktywności uczelnianej (*regressus ad infinitum*). Do zakwestionowania konkretnego działania funkcjonariusza publicznego wystarczy im, że znajdą jedną jego wypowiedź z czasów, gdy występował jako osoba prywatna, przeczącą oficjalnym racjom stojącym u podstaw tego działania. Formalne racje zostaną wtedy nazwane pretekstem. Prawnicy zaczną drobiazgowo przeglądać fakty z życia osób pełniących funkcje publiczne „w poszukiwaniu dowodu – fobii czy –izmu, gdzie prefiks zależy od tego, co jest przedmiotem konstytucyjnej kontroli danego dnia”⁴⁴.

Ocena wpływu tych wcześniejszych wypowiedzi i zachowań na późniejsze działania funkcjonariusza jest „sędziowską psychoanalizą głębi serc”, przed którą przestrzega Sąd Najwyższy⁴⁵. Oceniając legalność działań władzy wykonawczej, sądy nie mogą uciekać się do „komentarzy czynionych przez funkcjonariuszy dla mediów”⁴⁶.

Rozumowanie Sądu Apelacyjnego doprowadziłoby do decyzyjnego ubezwłasnowolnienia prezydenta Trumpa w zakresie polityki imigracyjnej czy szerszej polityki zagranicznej w odniesieniu do państw muzułmańskich. Sędzia Alex Kozinski z Sądu Apelacyjnego dla 9. Okręgu w zdaniu odrębnym do orzeczenia *Washington v Trump* trafnie i przenikliwie zauważył, że „[n]awet jeśli dawne

⁴³ *Republican Party of Minn. v. White*, 536 U.S. 765, 780 (2002).

⁴⁴ *Washington v. Trump*, No. 17-35105 (9th Cir. March 17, 2017) (Kozinski, J., dissenting from the denial of reconsideration en banc).

⁴⁵ *McCreary*, 545 U.S. 862.

⁴⁶ *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557, 623–24 n.52 (2006).

wypowiedzi polityka byłyby całkowicie jasne i spójne, to wykorzystywanie ich do stwierdzenia konkretnego naruszenia Konstytucji doprowadzi do absurdalnego rezultatu, mianowicie, iż działania polityczne wybranego funkcjonariusza będą na zawsze zakładnikiem nierozważnych deklaracji kandydata. Jeśli sąd uzna, że kampanijne kościołotrupy zabraniają funkcjonariuszowi realizowania innym razem konstytucyjnych, politycznych działań, to co może on uczynić, aby naprawić ten błąd? Ma stanąć i wyrzec się wszystkiego («tylko żartowałem») i spróbować ponownie. A może potrzebujemy również, aby sąd stał na straży szczerości tej *mea culpa* – przebijając się do «głębi serca» funkcjonariusza publicznego, aby odgadnąć, czy rzeczywiście zmienił swoje zdanie?»⁴⁷.

Glosowane orzeczenie osłabia wolność słowa, tłumiąc swobodę mowy politycznej w okresie kampanii wyborczej. Tymczasem przedmiotowa wolność znajduje „pełne i najbardziej pilne zastosowanie w kampanii do politycznych urzędów”⁴⁸.

Niespotykane dotychczas w amerykańskim orzecznictwie było stosowanie zasady nieustanawiania religii do kwestii polityki zagranicznej i imigracyjnej. Przywołane przez Sąd Apelacyjny orzeczenia Sądu Najwyższego, w których stwierdzono niekonstytucyjność działań władzy ze względu na ich religijny cel dotyczyły innych kategorii spraw. Sąd Najwyższy sięgał przy tym w swych rozważaniach do zewnętrznych – wobec kontrolowanego działania władzy – źródeł nie w poszukiwaniu religijnego celu, ale dla jego potwierdzenia, podejrzanego na podstawie bezpośrednio samego kontestowanego działania, jak: prezentacja Dekalogu w budynku sądów⁴⁹, odmawianie modlitwy przez uczniów szkoły publicznej z udziałem trenera przed meczem szkolnej drużyny⁵⁰, wymóg nauczania w szkole ewolucjonizmu razem z teorią kreacjonizmu⁵¹, rozpoczynanie każdego dnia nauki w szkołach publicznych od minuty medytacji lub modlitwy⁵².

Jeżeli można szukać prawnie relewantnej analogii pomiędzy sprawą, w kontekście której zapadło glosowane orzeczenie, a sprawami rozpoznawanymi przez Sąd Najwyższy z zastosowaniem *Establishment Clause* – i przywołanymi przez sąd odwoławczy – to jest nią sprawa *Board of Education of Kiryas Joel Village School District v. Grumet*⁵³. Sąd Najwyższy stwierdził wówczas niekonstytucyjność prawa stanowego, które wyodrębniło okręg szkolny obejmujący obszar religijnej enklawy zamieszkiwanej przez ortodoksyjnych żydów. Uznał, że prawodawca, określając granice okręgu szkolnego, kierował się celami i kryteriami

⁴⁷ *Washington v. Trump*, No. 17-35105 (9th Cir. March 17, 2017) (Kozinski, J., dissenting).

⁴⁸ *McCutcheon v. Fed. Election Comm'n*, 134 S. Ct. 1434, 1441 (2014).

⁴⁹ *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005).

⁵⁰ *Santa Fe Independent School Dist. v. Doe*, 530 U.S. 290 (2000).

⁵¹ *Edwards v. Aguillard*, 482 U.S. 578 (1987).

⁵² *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38 (1985).

⁵³ 512 U.S. 687 (1994).

religijnymi. Co jednak istotne, sędzia Kennedy na gruncie tej sprawy wskazał, iż religijnie determinowane kształtowanie terytorium okręgu szkolnego było „wyraźne” (*explicit*)⁵⁴. Tymczasem rozporządzenie prezydenta Trumpa *prima facie* jest religijnie neutralne.

Jakkolwiek zasadnie Sąd Apelacyjny twierdzi, że świecki cel ma być pierwszorzędny, to zarazem myli się, sugerując, iż religijna motywacja nie może odgrywać jakiegokolwiek roli w działalności władzy publicznej. Cel świecki nie musi być „wyłączny”⁵⁵. Prawnie relewantny jest cel aktu normatywnego, „a nie możliwe religijne motywy” tych, którzy ten akt wydali czy uchwalili⁵⁶. Zarzucanie przez sąd odwoławczy, że prezydent, wydając drugie rozporządzenie, kierował się pragmatyką procesową, nie przemawia przeciwko niemu. Zmiana polityki „w celu uniknięcia pozwu jest akceptowanym celem”⁵⁷.

Zastosowanie *Establishment Clause* do spraw polityki zagranicznej mogłoby istotnie wpłynąć na dwustronne kontakty USA z różnymi państwami wyznaniowymi na świecie, reglamentując dotychczasową szeroką swobodę prezydenta w tej materii⁵⁸.

Sąd Apelacyjny całkowicie przemilczał wprowadzony przez Prokuratora Generalnego we wrześniu 2002 r. – po zamachach terrorystycznych z 11 września roku poprzedniego – program narodowego bezpieczeństwa (*National Security Entry-Exit Registration System* – NSEERS⁵⁹), pomiędzy którym a rozpatrywaną sprawą zachodzą istotne podobieństwa. Program wymagał, aby mężczyźni cudzoziemcy powyżej 16. roku życia niebędący imigrantami pochodzący z 25 konkretnych państw stawili się do rejestracji i oddania odcisków palców. Wśród 25 wspomnianych państw aż 24 było państwami muzułmańskimi. Listę państw zamieszkiwanych przez głównie wyznawców islamu uzupełniała Korea Północna. Cudzoziemcy wnieśli liczne pozwy do sądów federalnych, twierdząc, że NSEERS jest niekonstytucyjny, dyskryminując ich ze względu na ich religię, etniczność, gender i rasę. Podnosili też, iż program był motywowany niechęcią wobec muzułmanów. Sąd Apelacyjny dla 2. Okręgu, sięgając do precedensów *Fiallo* i *Mandel*, oddalił powództwa. Nie podzielił zarzutu, że u podstaw programu stała antymuzułmańska niechęć. Wskazał, iż NSEERS nie odnosi się do muzułmanów z niewymienionych państw, zarazem obejmuje też niemuzułmanów z danych państw. Zgodnie z prawdą zauważył, że „główne zagrożenie ata-

⁵⁴ *Grumet*, 512 U.S. 729.

⁵⁵ *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668, 680-81 & n.6 (1984); *Bowen v. Kendrick*, 487 U.S. 589, 602 (1988).

⁵⁶ *Bd. of Educ. v. Mergens*, 496 U.S. 226, 249 (1990).

⁵⁷ *ACLU of Ky. v. Rowan County*, 513 F. Supp. 2d 889, 904 (E.D.Ky. 2007).

⁵⁸ *American Insurance Association v. Garamendi*, 539 U.S. 396, 414 (2003).

⁵⁹ Program został zakończony 23 grudnia 2016 r. przez prezydenta Obamę w ostatnich dniach jego urzędowania.

kami terrorystycznymi pochodzi od radykalnych grup islamistycznych⁶⁰. Ataki z 11 września zostały ułatwione poprzez naruszenie przepisów imigracyjnych przez cudzoziemców głównie z krajów muzułmańskich⁶¹. Sąd odmówił też oceny NSEERS pod kątem jego „skuteczności i mądrości”, gdyż „nie ma sposobu ustalenia, czy program wzmacniający monitorowanie cudzoziemców przeważał albo zmniejszył ataki”⁶².

Nawet jeśli uwzględnić wypowiedzi Trumpa z okresu kampanii wyborczej i przed zaprzysiężeniem, to wynika z nich, że zamierzeniem późniejszego prezydenta było zwiększenie względów bezpieczeństwa, a nie dyskryminowanie muzułmanów z powodu *per se* ich religii. Fakt, iż sześć państw objętych rozporządzeniem zamieszkuje głównie ludność muzułmańska nie jest dowodem, że akt prezydenta był motywowany religijnie. Jak zauważono w jednym z *amicus brief* przedłożonym w sprawie, konsekwentnie stosowane rozumowanie sądu musiałoby doprowadzić do uznania, iż przywileje będące udziałem weteranów też są wątpliwe konstytucyjne, rzekomo faworyzując mężczyzn, skoro 85% weteranów jest płci męskiej (*argumentum ad absurdum*)⁶³.

Krytyczna ocena głosowanego orzeczenia bynajmniej nie jest równoznaczna z pozytywną merytoryczną oceną samego rozporządzenia prezydenta Trumpa⁶⁴. Na gruncie omawianej sprawy prawnie relewantne nie było jednak to, czy rozporządzenie stanowiło jedyny ani nawet najlepszy sposób ochrony bezpieczeństwa narodowego⁶⁵. Prezydent, podejmując działania w zakresie bezpieczeństwa narodowego, nie musi stosować środków najmniej restrykcyjnych⁶⁶. „Mądrość politycznych wyborów” dokonywanych przez prezydenta nie powinna być przedmiotem rozważań sądu⁶⁷, ale poddawana ocenie obywateli w akcie wybor-

⁶⁰ Według niektórych szacunków od zamachów 11 września 2001 r. ponad 150 Amerykanów zostało zamordowanych w 52 aktach islamskiego terroru lub motywowanych islamem zabójstw honorowych w USA, <https://www.thereligionofpeace.com/attacks/american-attacks.aspx>. Zob. też: <https://www.facebook.com/notes/anna-tomerlin/islamic-jihadist-muslim-terrorist-attacks-on-us-1801-2017/135450889824819/>.

⁶¹ *Rajah v. Mukasey*, 544 F.3d 427, 439 (2d Cir. 2008). Podobnie: *Kandamar v. Gonzales*, 464 F.3d 65 (1st Cir. 2006); *Ali v. Gonzales*, 440 F.3d 678 (5th Cir. 2006); *Ahmed v. Gonzales*, 447 F.3d 433 (5th Cir. 2006); *Zafar v. U.S. Att'y Gen.*, 461 F.3d 1357 (11th Cir. 2006); *Shaybob v. Att'y Gen.*, 189 Fed. Appx. 127, 129-30 (3d Cir. 2006); *Hadayat v. Gonzales*, 458 F.3d 659 (7th Cir. 2006); *Malik v. Gonzales*, 213 Fed.Appx. 173 (4th Cir. 2007); *Adenwala v. Holder*, 341 F. App'x 307 (9th Cir. 2009).

⁶² *Mukasey*, 544 F.3d 439.

⁶³ <https://www.ca4.uscourts.gov/docs/pdfs/17-1351/17-1351-amicusbrief-faclj.pdf?sfvrsn=4>.

⁶⁴ Zob. A. Corinthios, *How Many Terrorist Attacks in the U.S. Have Been Carried Out by Immigrants from the 7 Banned Muslim Countries?*, <http://people.com/politics/donald-trump-refugee-muslim-ban-terrorist-attack-us-statistics/>.

⁶⁵ *I.R.A.P. v. Trump* (Shedd, J., dissent, p. 187).

⁶⁶ *Padilla v. Hanft*, 423 F.3d 386, 395 (4th Cir. 2005).

⁶⁷ *Sale v. Haitian Ctrs. Council, Inc.*, 509 U.S. 155, 165 (1993).

czym. Niebezpieczne jest wyrażone przez sędziego Dennisa Shedda w zdaniu odrębnym do wyroku przekonanie, że sąd oparł rozstrzygnięcie na „swojej własnej ocenie mądrości rozporządzenia”, a nie jego konstytucyjności⁶⁸. Równie niebezpieczny jest poważniejszy zarzut sformułowany – podobnie w zdaniu odrębnym – przez sędziego Paula Niemeyera, iż sąd kierował się chęcią uzyskania „politycznie pożądanego rezultatu”⁶⁹. Znamienny i wymowny pozostaje fakt, że w gronie 10 sędziów głosujących za orzeczeniem 6 było nominowanych przez prezydenta Obamę, 4 przez prezydenta Clintona, z kolei 3 sędziów, którzy złożyli zdanie odrębne, pochodziło z nominacji prezydenta Busha. Nie po raz pierwszy i zapewne nie ostatni sąd z pozycji strażnika Konstytucji wszedł w rolę recenzenta i cenzora działalności politycznej.

Bibliografia

- Corinthios A., *How Many Terrorist Attacks in the U.S. Have Been Carried Out by Immigrants from the 7 Banned Muslim Countries?*, <http://people.com/politics/donald-trump-refugee-muslim-ban-terrorist-attack-us-statistics> (1.08.2017).
- Department of Homeland Security, *United States Begins Implementation of Changes to the Visa Waiver Program*,
- Department of State, *Country Reports on Terrorism 2015*, <https://www.state.gov/documents/organization/258249.pdf> (1.08.2017).
- DHS Announces Further Travel Restrictions for the Visa Waiver Program*.
- Exec. Order No. 13780, “Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry Into the United States,” 82 Fed. Reg. 13209 (Mar. 6, 2017).
- <https://preview.dhs.gov/news/2016/01/21/united-states-begins-implementation-changes-visa-waiver-program> (1.08.2017).
- <https://preview.dhs.gov/news/2016/02/18/dhs-announces-further-travel-restrictions-visa-waiver-program> (1.08.2017).
- <https://www.ca4.uscourts.gov/docs/pdfs/17-1351/17-1351-amicusbrief-acjl.pdf?sfvrsn=4> (1.08.2017).
- <https://www.facebook.com/notes/anna-tomerlin/islamic-jihadist-muslim-terrorist-attacks-on-us-1801-2017/135450889824819/U.S.> (1.08.2017).
- <https://www.thereligionofpeace.com/attacks/american-attacks.aspx> (1.08.2017).
- International Refugee Assistance Project v. Trump*, No. 17-361, 2017 WL 1018235 (D. Md. Mar. 16, 2017).

Streszczenie

Omawiany wyrok odnosi się do konstytucyjności rozporządzenia prezydenta Donalda Trumpana nr 13780 częściowo i czasowo ograniczającego obywatelom sześciu krajów, w większości

⁶⁸ *I.R.A.P. v Trump* (Shedd, J., dissent, p. 181).

⁶⁹ *I.R.A.P. v Trump* (Niemeyer, J., dissent, p. 165).

muzułmańskich, możliwość wjazdu do USA. Federalny Sąd Apelacyjny dla 4. Okręgu orzekł, że rozporządzenie, jakkolwiek uzasadniane względami bezpieczeństwa narodowego, narusza pierwszą poprawkę do ustawy zasadniczej, gdyż skutkuje religijną nietolerancją i dyskryminacją muzułmanów. Stanowisko sądu jest nieprzekonujące. Po pierwsze, sąd niewłaściwie zinterpretował orzecznictwo Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawach polityki imigracyjnej. Po drugie, w sposób nieuprawniony wziął pod uwagę wypowiedzi Donalda Trumpa z okresu kampanii wyborczej, aby na ich podstawie stwierdzić, że literalnie jednoznaczne i religijnie neutralne rozporządzenie było motywowane niechęcią do wyznawców islamu. Po trzecie, sąd błędnie zastosował w danej sprawie precedensy dotyczące konstytucyjnej zasady nieustanawiania religii (*Establishment Clause*). Zdaniem autora federalny Sąd Apelacyjny zamiast działać jako strażnik Konstytucji postawił się na stanowisku recenzenta i cenzora działalności politycznej.

Słowa kluczowe: prawo imigracyjne, terroryzm, islamofobia, orzecznictwo, Donald Trump, USA

GLOSS TO THE JUDGMENT OF THE FEDERAL COURT OF APPEALS FOR THE FOURTH CIRCUIT OF 25 MAY 2017 IN THE CASE INTERNATIONAL REFUGEE ASSISTANCE PROJECT V. TRUMP

Summary

The reviewed judgment refers to constitutionality of President Donald Trump's Executive Order No. 13780, "Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry Into the United States". The given legal act places temporary limits on travel to the U.S. from six predominantly Muslim countries, while the screening and vetting procedures would be reviewed. Federal Court of Appeals for the Fourth Circuit ruled that Executive Order, although "in text speaks with vague words of national security", actually "in context drips with religious intolerance, animus, and discrimination", thus violates the Establishment Clause of the First Amendment. The Court's opinion is unconvincing. Firstly, the Court wrongly applied U.S. Supreme Court case law on immigrant policy. Secondly, the Court unduly considered statements made by Donald Trump during the presidential campaign to conclude that an unambiguous and religiously neutral Order was motivated by anti-islam animus. Thirdly, the Court misapplied the Establishment Clause jurisprudence to the given case. In the Author's view, federal Court of Appeal instead of acting as a guardian of the Constitution, put itself in the position of a reviewer and censor of political activity.

Keywords: immigration law, terrorism, islamophobia, case law, Donald Trump, USA