

Franciszek Longchamps de Bérier

Antydyskryminacyjna dyskryminacja?

Granice polityki rasowej zakreslane przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych



Franciszek Longchamps de Bérier

Ur. w 1969 r. ksiądz katolicki, profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego, LL.M. (Georgetown University), kierownik Zakładu Prawa Rzymskiego Wydziału Prawa i Administracji UJ, wykładowca na Uniwersytecie Warszawskim; członek Komitetu Nauk o Kulturze Antycznej PAN, Komitetu Nauk Prawnych PAN, Zespołu Ekspertów Konferencji Episkopatu Polski ds. Bioetycznych; stypendysta Fundacji na rzecz Nauki Polskiej.

Discriminatory Antidiscrimination?

Anti-discriminatory discrimination? Limits of Race Remedial Actions and Policy according to the U.S. Supreme Court

Two recent cases of the United States Supreme Court seem to diverge from the line of precedent commenced with *Brown v. Board of Education* (1955). The 5 to 4 decisions deplore discriminatory effects of the antidiscrimination policy. Justices are aware of the tension between eliminating segregation and discrimination on the one hand and doing away with all governmentally imposed discrimination based on race on the other. Affirmative action is still constitutional, but the heart of *Brown* is to achieve a system of determining admission to public schools on a non-racial basis. Remedial actions and regulations have to be narrowly tailored: race might be a component and only one of the factors. If not, the system threatens to defeat its own ends. Therefore, decisions of local authorities can neither use African-American children as tools of desegregation compliance, nor lead to adverse effect on white firefighters. Judicial activism or judicial restraint analysis is political and improper to evaluate the new Court's opinions. But consciousness that every judicial nomination is essential should grow not only in the United States but in the Polish society as well.

Sędzia wobec aktywizmu i powściągliwości?

Każda nominacja sędziego Sądu Najwyższego na nowo otwiera w Stanach Zjednoczonych dyskusję wokół aktywizmu sędziowskiego (*judicial activism*). Nie

inaczej było w lipcu 2009 r., kiedy prezydent USA mianował pierwszą latynoamerykańską kobietę – Sonię M. Sotomayor. Zarówno w wypowiedziach przedstawicieli Białego Domu, jak i wokół oraz podczas przesłuchań przed

Senacką Komisją Sądownictwa (Senate Judiciary Committee), które poprzedzają głosowanie Senatu Stanów Zjednoczonych nad zatwierdzeniem nominacji, podkreślano, że od kandydatki oczekuje się poprawnej prawniczej interpretacji żywego dokumentu, jakim jest konstytucja, bez tworzenia prawa z ławy najwyższego organu sądowego federacji. Sędzię zaś uważa się za aktywistę nie tyle wtedy, gdy tworzy prawo, lecz kiedy dąży do realizacji własnych politycznych, ideologicznych lub moralnych celów¹.

Czyżby przeciwstawiana aktywizmowi powściągliwość sędziowska (*judicial restraint*) stanowiła właściwą drogę trzeciej władzy? Po pierwsze, zapewnienia, że sędzia nie będzie tworzył prawa, lecz je stosował, co najwyżej dokonując jego interpretacji – jakby w ogóle możliwe było stosowanie bez interpretacji – formułowane są zwłaszcza pod adresem elektoratu konserwatywnych republikań-

ską debatę publiczną. I nie pojawiają się wyłącznie na użytek procedury, na której podstawie organ władzy ustawodawczej dożywno powierza jednej osobie najistotniejszy udział we władzy sądowniczej.

W historii Stanów Zjednoczonych nie wolno aktywizmu sędziowskiego nie doceniać. Dał się wyraźnie zauważyć w działalności Sądu Najwyższego, któremu prezesował Earl Warren. Można by nawet uznać, że okazał się koniecznym początkiem procesu przemian społeczeństwa amerykańskiego XX wieku. W całym zaś orzecznictwie sądu za czasów E. Warrena szczególnie miejsce zajmuje sprawa *Brown v. Board of Education*³ z 1954 r. Rozstrzygnięcie tej sprawy wniosło obowiązującą po wojnie secesyjnej od czasu wydania orzeczenia w sprawie *Plessy v. Ferguson*⁴ z 1896 r. doktrynę „oddzieleni, lecz równi” (*separate but equal*), dającą najdotkliwiej odczuwalne w szkolnictwie podstawy do systemowej dyskryminacji rasowej.

Na skutek dziesięcioleci antydyskryminacyjnych zmian doszło w Ameryce do gruntownych przeobrażeń.

skich senatorów. Po drugie, przenoszenie dyskusji z płaszczyzny aktywizmu na wykładnię wcale nie oznacza wyrzeczenia się go. Po trzecie, określenia „sędziowski aktywizm” używa się najczęściej do wyrażenia własnego niezadowolenia z rozstrzygnięcia danej sprawy już to z własnej ideologicznej perspektywy, już to na podstawie subiektywnych poglądów w kwestii interpretacji jakiegoś niejednoznacznego postanowienia konstytucji. Po czwarte, zarysowana dwubiegunowość aktywizm – powściągliwość wcale nie jest oczywista². Pewne jest natomiast, że liczne głosy przedkładające powściągliwość nad ewidentnie prawotwórczą działalność sądów, a zwłaszcza Sądu Najwyższego USA, charakteryzują amerykań-

Skład sądzący, któremu przewodniczył E. Warren, jednomyślnie uznał, że przyjmowanie do publicznych szkół na podstawie kryterium segregacji rasowej jest niekonstytucyjne. Doktryna „oddzieleni, lecz równi” odmawia równej ochrony prawnej (*equal protection of the laws*), gwarantowanej XIV poprawką. Taka wykładnia konstytucji musiała skierować Stany Zjednoczone na tory wielkich zmian społecznych, na jakie kraj ten najwyraźniej nie dawały się wprowadzić inaczej. Od wydania orzeczenia w sprawie *Brown v. Board of Education* minęło ponad pół wieku. Na skutek dziesięcioleci antydyskryminacyjnych zmian doszło w Ameryce do gruntownych przeobrażeń w porównaniu z czasami, w których kolor skóry miał zasadnicze znaczenie dla prawnej sytuacji danego człowieka.

1 Por. S. Lindquist, F. Cross, *Measuring Judicial Activism*, Oxford 2009.

2 Por. L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2000, s. 286.

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

4 *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537 (1896).

Na prezydenta USA wybrano właśnie Amerykanina afrykańskiego pochodzenia, a oto ostatni wyrok w sekcji 2008 r. Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych dotyczy dyskryminacji rasowej.

Miasto w nożycach przepisów antydyskryminacyjnych

Orzeczenie w sprawie *Ricci v. DeStefano*⁵ wydano 29 czerwca 2009 r. Kontrowersja, którą w nim rozstrzygnięto, powstała w związku z procedurą naboru na wolne etaty oficerskie w straży pożarnej miasta New Haven, znanego na świecie głównie dzięki tamtejszemu Yale University. W 2003 r. wakowało osiem etatów porucznika i siedem etatów kapitana. Awans na jedno ze stanowisk wiązał się dla każdego strażaka ze wzrostem wynagrodzenia i zwiększeniem świadczeń. Promocja musiała oczywiście zostać oparta na kryterium najlepszych kwalifikacji zawodowych. Dlatego kandydatów zasługujących na nią władze lokalne zdecydowały się ustalić – jak w wielu innych miastach – w drodze obiektywnego egzaminu kompetencyjnego. W 60% składał się z części pisemnej, w 40% – z ustnej. Do przygotowania go zatrudniono za 100 tysięcy dolarów wyspecjalizowaną spółkę, która starannie opracowała merytoryczny test, składający się ze 100 pytań wielokrotnego wyboru. Do części ustnej, odbywającej się zawsze przed trzyposobową komisją, zatrudniła wyższych stopniem strażaków z innych stanów. Przeszkoliła ich w stosowaniu kryteriów oceny i tak dobrała, aby w każdym składzie zasiadał Amerykanin pochodzenia afrykańskiego, latynoskiego oraz biały. Na 118 strażaków, którzy przystąpili do egzaminu, zakwalifikowano kandydatów, wśród których prócz białych znalazł się tylko jeden Latynoamerykanin. Wyniki otworzyły zakrojoną na szeroką skalę społeczną dyskusję: zaczęto je kwestionować, gdyż oceniano, że wykazują rasową dysproporcję. Rezultat miał rzucać cień na cały proces kwalifikacji, stąd wezwania, aby władze lokalne odrzuciły wyniki dyskryminacyjnego egzaminu. Niektórzy strażacy zagrozili, że w razie dokonania na jego podstawie promocji wniosą przeciw miastu sprawę na podstawie tytułu VII ustawy o prawach obywatelskich z 1964 r. (*Civil Rights*

Act of 1964)⁶. Natomiast strażacy, którzy uważali egzamin za neutralny i przeprowadzony uczciwie, ostrzegli, że nie pozostaną obojętni w razie odmowy jego wynikom mocy wiążącej. Powoływali się na ten sam tytuł *Civil Rights Act*. Władze New Haven stanęły przed trudną decyzją, której podjęcie należało do lokalnej Rady Służby Cywilnej (*Civil Service Board*). Ponieważ jeden z jej członków wyłączył się z uwagi na osobisty związek z kandydatem, głosowanie 2:2 oznaczało odmowę uznania rezultatów egzaminu kompetencyjnego.

Decyzja Rady Służby Cywilnej stała się podstawą procesu wytoczonego burmistrzowi Johnowi DeStefano przez 18 strażaków, którym odmówiono awansu, mimo że zdali egzamin: 17 białych i jeden Latynoamerykanin. Stracili poważną szansę, gdyż – jak podkreślali – egzaminy promocyjne w New Haven odbywają się rzadko, a ich wyniki decydują o zmianach kadrowych na najbliższe dwa lata. Od początku zdawali sobie sprawę, że stawka jest wysoka, dlatego wiele miesięcy poświęcili na przygotowania. Sporo zapłacili za lektury, wskazane jako materiał, na którego podstawie ułożono test. Frank Ricci jako dyslektyk musiał ponadto zatrudnić osoby trzecie do sporządzenia z nich nagrań, co w sumie pochłonęło wydatki przekraczające 1000 dolarów. Sąd federalny I instancji – działający jednoosobowo sąd dystryktowy, opowiedział się po stronie pozwanego miasta. Podtrzymał to orzeczenie sąd apelacyjny – trzyposobowy skład federalnego sądu okręgowego, przyznając rację New Haven. Gdy już o zasiadających w tej sprawie sędziach mowa, warto pamiętać nie to, że z całej czwórki mężczyzn był tylko jeden z sędziów apelacyjnych, lecz że wraz z nim w składzie wyrokowała S. Sotomayor. Następnie strażakom odmówiono stosunkiem głosów 7:6 ponownego rozpatrzenia *en banc*, czyli przez sąd okręgowy w pełnym składzie. Natomiast przez udzielenie *writ of certiorari* zgodził się przyjąć sprawę Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych.

Spór dotyczył w istocie wzajemnej relacji między dwoma przepisami tego samego tytułu VII ustawy o prawach obywatelskich z 1964 r. Nie powstały one równocześnie. W roku pozostawionym w nazwie

5 *Ricci v. DeStefano*, 129 S.Ct. 2658 (2009).

6 42 U.S.C. §2000e et seq.

aktu prawnego przyjęto antydyskryminacyjny przepis, za bezprawne uznający postępowanie pracodawcy, w którym nie udało się zatrudnić lub odmówiono zatrudnienia, lub zwolniono kogokolwiek, czy w inny sposób dyskryminowano pod względem wynagrodzenia, świadczeń, czasu, warunków pracy ze względu na rasę, kolor skóry, religię, płeć lub pochodzenie narodowe⁷. Sąd Najwyższy USA przypomniał, że to najbardziej ewidentny typ dyskryminacji⁸. Występuje bowiem wtedy, gdy pracodawca zachowuje się wobec danej osoby mniej przychylnie, niż wobec innych, ze względu na cechę, która właśnie podlega ochronie. Uważający się za niejednakowo traktowanego musi jednak ustalić, że druga strona ma intencję dyskryminacji lub motywów po temu⁹. Zakazano więc w 1964 r. świadomej dyskryminacji w zatrudnieniu nazywanej niejednakowym traktowaniem (*disparate treatment*). W 1971 r. sąd w sprawie *Griggs v. Duke Power Co.* interpretował ten przepis również jako zakaz w pewnych okolicznościach praktyk wyglądających na neutralne, lecz dyskryminacyjnych w zastosowaniu. Za probierz uznał brak konieczności, wynikającej z działalności prowadzonej przez zakład pracy (*business necessity*)¹⁰. Na tej podstawie dochodzi do nowelizacji ustawy o prawach obywatelskich – co prawda dopiero po 20 latach, bo w 1991 r. – przez dodanie postanowienia o zakazie dyskryminacji polegającej na niejednakowym wpływie (*disparate impact*). Pod jej rządami wystarczy ustalić, że określone praktyki w związku z zatrudnieniem stanowią przyczynę dysproporcji, czyli nierównego wpływu, wykazywanego przy uwzględnieniu kryterium rasy, koloru skóry, religii, płci lub pochodzenia narodowego. Pracodawca może się wszelako bronić przed odpowiedzialnością za złamanie tego przepisu tytułu VII, wykazując, że kwestionowane praktyki są związane z danym stanowiskiem pracy i konieczne w działalności, jaką prowadzi dany zakład pracy. Jednak nawet wobec udowodnienia tego przez pracodawcę ponad wszelką wątpliwość powód wygra, jeśli przedstawi, że pracodawca odmawia zastosowania

dostępnej, alternatywnej praktyki o mniej niejednakowym wpływie, która służy zgodnym z prawem potrzebom pracodawcy¹¹. Wobec gróźb dwóch grup strażaków władze New Haven uświadomiły sobie, że cokolwiek zrobią, nie unikną procesu na podstawie tytułu VII ustawy o prawach obywatelskich z 1964 r. Wskazujący na statystyczną rasową dysproporcję powołają się na niejednakowy wpływ (*disparate impact*) w razie uznania wyników egzaminu. Jeśliby jednak postąpiono zgodnie z ich żądaniami, oskarżenie oprze się na niejednakowym traktowaniu (*disparate treatment*). Niezależnie od przyjętego przez miasto rozwiązania, sąd federalny i tak będzie musiał decyzję ocenić, bo jest to w istocie pytanie o wzajemne relacje obu przepisów tytułu VII. Okazało się, że poprzez odrzucenie wyników egzaminu kompetencyjnego władze lokalne chciały sobie sprawę doraźnie ułatwić. Natomiast Sąd Najwyższy otrzymał ciekawiej sformułowane pytanie: czy dla uniknięcia efektu, określanego jako *disparate impact*, wolno zdecydować się na niejednakowe traktowanie.

Oczywiście na początek należało zbadać, czy wybór miasta stanowił *disparate treatment*. Sąd Najwyższy ocenił, że fakty w toku postępowania już się udało szczegółowo ustalić¹². Cały materiał dowodowy jednoznacznie wskazuje, iż władze odrzuciły wyniki testu, gdyż najwyższe noty otrzymali biali kandydaci¹³. Bez wątplenia tedy decyzję oparto na kryterium rasowym, którym posługiwanie się bez innego uzasadnienia jest zakazane. Co jednak mogłoby stanowić takie uzasadnienie? W Stanach Zjednoczonych nie ma wątpliwości, że przeciwdziałanie wcześniejszej dyskryminacji rasowej. Tak skierowane działanie musiało zaś siłą rzeczy być oparte na kryterium rasowym i prowadzić do nierównego traktowania mniejszości w porównaniu z białymi obywatelami. Działania takie stanowiła po *Brown v. Board of Education* zwłaszcza akcja afirmacyjna (*affirmative action*), podejmowana dla wsparcia grup dyskryminowanych. Sąd Najwyższy uznał, że tylko silna podstawa dowodowa stanowi decydujące kryterium dla uznania, że działanie naprawcze jest konieczne.

7 42 U. S. C. §2000e-2(a)(1).

8 *Teamsters v. United States*, 431 U. S. 324, 335, przyp. 15 (1977).

9 *Watson v. Fort Worth Bank & Trust*, 487 U. S. 977, 985–986 (1988).

10 *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U. S. 424, 431–432 (1971).

11 42 U. S. C. §2000e-2(A)(i-ii).

12 *Ricci v. DeStefano*, 129 S.Ct. 2665.

13 *Id.*, at 2673.

Przywołał tu swe wcześniejsze orzeczenie w sprawie *Wygant v. Jackson Bd. of Ed.*, gdzie zwrócono ponadto uwagę na napięcie, jakie istnieje między z jednej strony eliminacją segregacji i dyskryminacji, a z drugiej – likwidacją wszelkiej administracyjnie narzuconej dyskryminacji, opartej na kryterium rasowym. Natomiast szczególną rolę podstawy dowodowej można dostrzec zwłaszcza wtedy, kiedy działanie naprawcze jest kwestionowane przez pracowników, którzy nie należą do mniejszości¹⁴. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku w omawianej sprawie *Ricci v. DeStefano* wskazał na analogię między wspomnianym napięciem a wzajemną zależnością postanowień tytułu VII o niejednakowym traktowaniu i o niejednakowym wpływie. Zdecydował się „silną podstawą dowodową” stosować jako standard, który pozwala na naruszenie – i to tylko w wąsko zakrojonych okolicznościach – jednego z postanowień, aby pozostać w zgodzie z drugim¹⁵.

nego, równie dobrego egzaminu, za to działającego mniej dyskryminacyjnie¹⁶. Taki wyrok Sądu Najwyższego rozstrzyga przede wszystkim kontrowersję dotyczącą wzajemnych relacji między postanowieniami o *disparate impact* oraz o *disparate treatment* tytułu VII ustawy o prawach obywatelskich z 1964 r. W razie oskarżenia o niejednakowy wpływ skuteczną obronę stanowić będzie silna podstawa dowodowa, że inne postępowanie prowadziłoby do odpowiedzialności z powodu niejednakowego traktowania. W omawianym przypadku należałoby więc mieć solidne dowody, że przygotowane i przeprowadzone testy były merytorycznie nieadekwatne.

Decyzja New Haven okazała się błędna: należało uznać moc wiążącą wyników i nie obawiać się procesu opartego tylko na fakcie liczbowej dysproporcji rasowej. W imię walki z dyskryminacją nie wolno było dyskryminować strażaków, którzy się wyżej uplasowali w egzaminie kompetencyjnym na stano-

Wyobraźnia potrzebuje odwagi w myśleniu nawet o trudnych, ale zgodnych z prawem skutkach, nie zaś uproszczeń lub ideologizacji skupionych na politycznej poprawności.

Ustanowiwszy standard ustawowej oceny, Sąd Najwyższy stwierdził, że nie został on przez miasto spełniony. Po pierwsze bowiem, w razie uznania wyników egzaminu kompetencyjnego trudno byłoby udowodnić oskarżenie o statystyczną rasową dysproporcję. Miasto odpowiadałoby prawnie tylko wówczas, gdyby test nie miał odniesień do oferowanych stanowisk pracy oraz potrzeb zakładu pracy. Po drugie, brakuje dowodów i uzasadnienia dla twierdzeń, że uznanie wyników przeprowadzonego egzaminu powoduje z konieczności odrzucenie alternatyw-

wisko porucznika i kapitana. Zostali niewłaściwie potraktowani odmową awansu, gdyż okazali się w zdecydowanej większości osobami, których się nie uważa za członków mniejszości. Tak tedy sama obawa o wywołanie dyskryminacyjnego efektu nie powinna determinować działań organów administracji. Wyobraźnia potrzebuje odwagi w myśleniu nawet o trudnych, ale zgodnych z prawem skutkach, nie zaś uproszczeń lub ideologizacji skupionych na politycznej poprawności.

Wyrok zapadł różnicą tylko jednego głosu – 5:4. Nieco obszerniejsze od decyzji Sądu zdanie odrębne przedstawiła, wykładając racje całej czwórki, sędzia

¹⁴ *Wygant v. Jackson Bd. of Ed.*, 476 U. S. 267, 277 (1986); *Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U. S. 469, 500 (1989).

¹⁵ *Ricci v. DeStefano*, 129 S.Ct. 2675–2676.

¹⁶ *Id.*, at 2678–2681.

Ruth B. Ginsburg. Wyrażając sprzeciw wobec opinii większości, obrała dwa kierunki rozumowania. Przedstawiła przejmującą historię dyskryminacji mniejszości, zwłaszcza w straży pożarnej, oraz efekty trwających całe dziesięciolecia wysiłków na rzecz udostępnienia tam miejsc pracy członkom mniejszości. W latach siedemdziesiątych ubiegłego wieku w New Haven, gdzie stanowili oni 30% populacji, tylko 3,6% strażaków było Afroamerykanami lub Latinoamerykanami. Na początku obecnego stulecia, gdy populacja mniejszości rasowych w tym mieście to 60 (40+20)%, wśród strażaków jest tylko 30% Afroamerykanów i 16% Latinoamerykanów¹⁷. Pokazując relacje procentowe w korpusie oficerskim, R. Ginsburg wyraziła opinię, że zbyt mało się jeszcze zmieniło i pewne schematy rasowej nierówności niestety nadal pokutują. Drugi kierunek to argumentacja na rzecz tezy, że miasto miało „dobre powody”, aby odrzucić wyniki egzaminu kompetencyjnego. Sędzia wskazała, że alternatywnego, równie dobrego testu, który dałby mniej dyskryminacyjne rezultaty, należałoby poszukiwać na przykład po odrzuceniu przyjmowanego tradycyjnie podziału: 60% – egzamin pisemny, 40% – ustny.

Lektura zdania odrębnego: oba, właściwie poboczne wątki oraz polemika ze zdaniem zbieżnym sędziego Samuela A. Alito, każe uznać, że R. Ginsburg właściwie chciała uniknąć konfrontacji z głównymi tezami orzeczenia. Natomiast w świetle obowiązującego prawa większość – z kogokolwiek by się składała – najwyraźniej nie mogła wydać innego orzeczenia. W tej sytuacji mniejszość zyskała okazję zmanifestowania innego poglądu i zdystansowania się do wyników procesu, aby zapewnić o swej wrażliwości na problem dyskryminacji rasowej i – co bardzo ważne – wskazać na wartość historycznej perspektywy dyskutowanych kwestii prawnych.

Przemilczenia zdania odrębnego skłoniły sędziego S. Alito do uzupełnień, jakie zawarł w swym zdaniu zbieżnym z orzeczeniem, za którym głosował. Podkreślił, że sąd podzieliła ocena aspektu obiektywnego, jakim jest legalność konkretnej decyzji pracodawcy, odmawiającego promocji pracownikowi. Sąd odpowiedział inaczej niż mniejszość czworga

na pytanie, czy zasadne było powołanie się na tytuł VII *Civil Rights Act of 1964* jako podstawę odrzucenia wyników testu. Zdaniem S. Alito należy baczyć i na aspekt subiektywny, a więc intencje pracodawcy. Nawet mniejszość musi, w jego przekonaniu, przyznać, że przedstawiane przez miasto wyjaśnienia stanowiły tylko pretekst do dyskryminacji strażaków nienależących do mniejszości rasowej. W ocenie adekwatności egzaminu miasto oparło się na zdaniu – jako eksperta – głównego konkurenta prezesa spółki, którą wynajęto do przygotowania i przeprowadzenia kwalifikacji pracowników. Faktem były niewybredne naciski wpływowego w New Haven afroamerykańskiego pastora na burmistrza, który pełniąc swój urząd siódmą kadencją od pewnego czasu cieszył się jego szczerym poparciem. Udowodniono, że jeden z poruczników, starających się o etat kapitański, a przy tym blisko związany z pastorem, dowiedziawszy się, że wynik egzaminu kompetencyjnego nie kwalifikuje go do promocji, umówił się z główną naczelnik administracji miasta na spotkanie w jej biurze, aby przekonywać, że strażacy ściągali na teście. Naczelnik przekazała tę informację Radzie Służby Cywilnej bez weryfikacji. Wreszcie nie ma wątpliwości, że burmistrz J. DeStefano postanowił – korzystając ze swej najwyższej władzy w procesie decyzyjnym – uchylić decyzję Rady, gdyby ta przegłosowała za twierdzenie wyników egzaminu kompetencyjnego. Wszystko tedy wskazywało, że prawdziwe powody odrzucenia go były bezprawne. Zdaniem S. Alito „chciano udobruchać politycznie ważny elektorat rasowy”¹⁸, kandydaci na stanowisko porucznika i kapitana straży pożarnej zostali przez New Haven po prostu niesprawiedliwie potraktowani.

Strażacy z F. Ricci na czele wnosili swą sprawę nie tylko na podstawie tytułu VII ustawy o prawach obywatelskich z 1964 r. Powoływali się również na klauzulę równej ochrony prawnej z XIV poprawki. Sąd Najwyższy nie zajął się jednak konstytucyjnością, skoro były inne, ustawowe podstawy dla podjęcia decyzji, na jaką liczył skarżący wyrok sądu okręgowego¹⁹. Sędzia Antonin G. Scalia, zgadzając się z orzeczeniem

¹⁸ *Id.*, at 2684 (Alito, J., concurring).

¹⁹ *Ricci v. DeStefano*, 557 U.S. 2672; por. *Atkins v. Parker*, 472 U.S. 115, 123 (1985); *Escambia County v. McMillan*, 466 U.S. 48, 51 (1984).

¹⁷ *Id.*, at 2–3 (Ginsburg, J., dissenting).

Sądu, postanowił dołączyć swe zdanie zbieżne tylko dlatego, aby zauważyć, że nieuchronnie przyjdzie jednak odpowiedzieć na pytanie, czy i w jakim zakresie klauzula *disparate impact* tytułu VII jest zgodna z konstytucyjną gwarancją *equal protection*. Do starcia między nimi dojść musi i lepiej byłoby znaleźć wcześniej sposób ich pogodzenia. Po wydaniu orzeczenia w sprawie *Ricci v. DeStefano* trudność, jego zdaniem, nadal polega na tym, że niezależnie, czy klauzula zakazująca niejednakowego traktowania nie pozwala na działania naprawcze (*remedial*) oparte na kryterium rasowym, gdy i tak nie doszłoby do złamania klauzuli zakazującej dyskryminacji, która polega na niejednakowym wpływie – co do czego sąd właśnie zdecydował – tytuł VII bez wątpienia nie tylko pozwala, lecz pozytywnie wymaga takich działań, gdy naruszenie zakazu niejednakowego wpływu inaczej by powstało. Należy brać pod uwagę wszystkie okoliczności pamiętając nadto, że państwo musi traktować swych

view” w 2007 r.²¹ poświęcono dyskusji nad treścią i konsekwencjami tego orzeczenia. Sprawa, o której mowa – *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No 1*²², za przedmiot również miała dyskryminacyjny efekt antydyskryminacyjnych działań, choć nie dotyczył on tylko obywateli zaliczanych do mniejszości. Głosy sędziów Sądu Najwyższego ułożyły się pod względem składu personalnego identycznie, jak w *Ricci v. DeStefano* – większość pięciu i mniejszość czworga.

Przedmiotem oceny Sądu stały się dwa przypadki z odległych krańców USA: z Seattle w stanie Washington i z Louisville w stanie Kentucky. Kuratoria obu miast z własnej inicjatywy przyjęły dla szkół publicznych plany skierowań uczniów, oparte na kryterium przynależności rasowej każdego z nich. Celem alokacji było zapewnienie równowagi rasowej, zakładanej w ramach danego okręgu szkolnego. W Louisville, największym mieście stanu, dokładnie

Państwo musi traktować swych obywateli jako konkretne jednostki, a nie tylko część rasowej, religijnej, seksualnej lub narodowej grupy.

obywateli jako konkretne jednostki, a nie tylko część rasowej, religijnej, seksualnej lub narodowej grupy²⁰.

Antydyskryminacyjna inicjatywa kuratoriów

W tym kontekście warto przypomnieć, że kwestionując antydyskryminacyjne praktyki władz lokalnych, na klauzuli *equal protection* skutecznie oparli swą apelację rodzice w sprawie, w której wyrok ogłoszono dwa lata i jeden dzień wcześniej niż w *Ricci v. DeStefano*. Wywołał spore zaskoczenie i falę poważnych sporów, które przetoczyły się przez Stany Zjednoczone, o czym niech świadczy fakt, że cały pierwszy, powakacyjny numer „Harvard Law Re-

to określono, wyznaczając liczbę przyjęć czarnych uczniów: minimalnie 15%, maksymalnie 50%. Klasyfikacja rasowa polegała tu bowiem na różnicowaniu „czarni” i „inni”, w Seattle zaś według kryterium „biali” i „nie-biali”. W stanie Washington sprzeciw rodziców wywołały skierowania uczniów dziewiątej klasy, czyli starających się o przyjęcie do szkół średnich, w stanie Kentucky – dzieci idących do zerówki. W Seattle młodzież wybierała dowolną szkołę, wskazując dla siebie ranking następnych. Przyjęcia odbywały się według decyzji uczniów, ale w razie zapełnienia miejsc prowadzono „dogrywkę” w oparciu o trzy, stosowane kolejno kryteria. Pierwszym była

21 121 Harv. L. Rev. 4–183 (2007).

22 *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No 1*, 551 U. S. 701 (2007).

20 *Miller v. Johnson*, 515 U. S. 900, 911 (1995).

szkoła, do której już uczęszczało rodzeństwo; drugim klasyfikacja rasowa, a dopiero trzecim bliskość miejsca zamieszkania. Chłopca z ADHD i dysleksją zakwalifikowano już do zalecanej mu wcześniej ze względu na osobiste predyspozycje szkoły, gdzie jednak nie został przyjęty na skutek reguł „dogrywki”. Był biały, a więc *integration positive*, i skierowano go gdzie indziej. W Louisville matka próbowała zapisać sześciolatka do najbliższej szkoły, położonej w odległości mili. Ponieważ miejsce się nie znalazło, kuratorium wskazało inną, tyle że odległą aż o 10 mil. Matka dowiedziała się o wolnych miejscach w innej zerówce milę od domu. Tam jednak odmówiono przyjęcia, gdyż czarny chłopiec potrzebny był właśnie w odległej placówce, aby zapewnić równowagę rasową. Rzekomo „przeniesienie miałoby niepożądany skutek dla zgodności z prowadzoną desegregacją”²³.

W hrabstwie Jefferson, na którego terenie leży Louisville, prowadzono w przeszłości akcję afirmacyjną. W 1973 r. sąd federalny ocenił, że utrzymywany tam system szkolny był oparty na segregacji rasowej, dlatego w 1975 r. wszedł w życie sądowy dekret desegregacyjny. W 2000 r. dystryktowy sąd federalny zakończył jego obowiązywanie w konsekwencji stwierdzenia, że osiągnięto jednolitość przez eliminację – na ile to w praktyce możliwe – pozostałości dawnej polityki segregacji. W Seattle natomiast szkoły nigdy nie działały w oparciu o kryterium rasowe ani też nie wydano żadnych nakazów desegregacji. W Stanach Zjednoczonych przez dziesięciolecie akcję afirmacyjną prowadziły sądy i administracja. Dyskutowane w *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No 1* plany desegregacyjne kuratoriów zostały wdrożone dobrowolnie, jako wyraz społecznej wrażliwości na zagrożenie dla obywateli konsekwencjami dysproporcji rasowej. Widać jednak, że w jednym nigdy, w drugiej zaś już nie było uzasadnienia dla podejmowania akcji afirmacyjnej w przyjęciach do szkół. Toteż w wytoczonych sprawach zakwestionowano dobrowolnie przyjętą przez kuratoria klasyfikację rasową, a w szczególności podważano konstytucyjność skutków starań o zapewnienie rasowej równowagi.

²³ *Id.*, at 717.

Podstawą skarg stało się twierdzenie, że oparcie rozmieszczenia uczniów tylko na tym jednym kryterium przynależności narusza zasadę równej ochrony prawnej, gwarantowaną przez XIV poprawkę.

W obu przypadkach apelacyjne sądy okręgowe przyznały rację kuratoriom. Uznano, że – jak wymaga tego wysoki standard badania zgodności z konstytucją (*strict scrutiny*) – władzom oświatowym udało się udowodnić, iż regulacja leży w istotnym interesie państwa (*compelling state interest*) oraz została „skrojona na miarę”, tzn. bardzo dokładnie ją przygotowano, aby służyła temu interesowi i pozwalała osiągnąć w zasadzie tylko pożądaną cel. Podtrzymując wyrok sądu dystryktowego w Zachodnim Dystrykcie Kentucky, sąd Szóstego Okręgu uznał nawet, że pisemne uzasadnienie „nie służyłoby żadnemu użytecznemu celowi”²⁴. Wszystkich tych przekonań nie podzielił Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych.

W sprawie *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No 1* Sąd Najwyższy zauważył, że tak ekstremalne środki, jak przyjęte przez kuratoria, wymagają solidnego wykazania, iż wyłącznie przy ich zastosowaniu daje się osiągnąć pożądaną cel, który leży w istotnym interesie państwa. Po pierwsze jednak, rasa nie stanowiła jednego z kryteriów ważenia i oceny, prowadzących do podjęcia decyzji, lecz jedyne kryterium. Stąd i zamierzona różnorodność mogła być jednowymiarowa, a klasyfikacje „biali” – „nie-biali” oraz „czarni” – „inni” stanowiły grube uproszczenie. Po drugie, przeciw kuratoriom przemawiała odpowiedź na pytanie o alternatywne plany skierowań. W Seattle rozważano kilka innych, w których akurat nie proponowano wyraźnej klasyfikacji rasowej, ale wszystkie odrzucono, nie rozpatrując ich zbyt wnikliwie. Co zaś się tyczy hrabstwa Jefferson – w materiale dowodowym nie ma śladu rozważań na temat alternatywnych rozwiązań. W konsekwencji większość pięciu sędziów w łonie Sądu Najwyższego USA połączyła oceną, że władzom oświatowym nie udało się satysfakcjonująco uzasadnić swego postępowania.

Czterech sędziów spośród większości zdecydowało się nawet uznać, że oceniane plany skierowań są nie-

²⁴ *Id.*, at 718.

konstytucyjne. W ich opinii, dbałość jedynie o równowagę rasową jest bezprawna, gdyż służy demografii rasowej, a nie realizacji jakiegokolwiek pedagogicznej koncepcji poziomów różnorodności, potrzebnych do osiągnięcia oczekiwanych przez kuratoria korzyści edukacyjnych. Zresztą akceptacja, że dążenie do równowagi rasowej stanowi istotny interes państwa, może następnie uzasadniać wprowadzanie proporcjonalności rasowej w całym społeczeństwie amerykańskim. Pisząc w imieniu tej względnej większości (*plurality*), prezes John G. Roberts dokonał także reinterpretacji dziedzictwa *Brown v. Board of Education*. Prezentując właściwie nowe rozumienie orzeczenia z 1954 r., stwierdził, że jego rdzeniem jest zakaz klasyfikacji, a w konsekwencji odmiennego traktowania na podstawie kryterium rasowego²⁵. Krytyka takiej wykładni pochodziła już od kolegów z ławy Sądu Najwyższego. Sędzia Stephen G. Breyer w zdaniu odrębnym, do którego przyłączyła się trójka sędziów, głoszących za utrzymaniem wyroków sądów apelacyjnych, nie szczędził ostrych słów, sugerując, że większość odeszła od dorobku „długiej historii i moralnej wizji”²⁶ XIV poprawki, co staje się zagrożeniem dla „nadziei i obietnicy ze strony orzeczenia w sprawie *Brown*”²⁷. Jednak wydaje się, że zdaniem prezesa – po przeszło 50 latach i wielu zmianach, do jakich już doszło – czas na inne, dojrzsze spojrzenie na orzeczenie z 1954 r. Po jego wydaniu należało podjąć starania o przeciwdziałanie segregacji. Dziś, gdy kontekst społeczny uległ istotnym przemianom²⁸, należy się raczej strzec, aby stosowane środki nie stawały się źródłem segregacji. Segregacja odwrotna, a więc skierowana przeciw tym, którzy nie należą do mniejszości, jeśli w ogóle jest dopuszczalna, stanowi wyjątek, a nie regułę. Jej zasadność obarczona jest bardzo trudnym dowodem i podlega wysokiemu standardowi oceny

25 *Id.*, at 743. Por. np. A. Ancheta, *A Constitutional Analysis of Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No 1 and Voluntary School Integration Policies*, s. 11, przygotowana we wrześniu 2007 r. dla Charles Hamilton Houston Institute for Race and Justice, Harvard Law School, dostępna: <http://www.charleshamiltonhouston.org/assets/documents/publications/Ancheta%20-%20Constitution%20Analysis%20of%20PICS.pdf>.

26 *Id.*, at 866 (Breyer, J., dissenting).

27 *Id.*, at 867.

28 Por. *Grutter v. Bollinger*, 539 U. S. 306, 343 (2003).

konstytucyjności. I gdy czyta się oba wyroki, powstaje wrażenie, że jej czas właściwie już minął. Nie tylko dlatego, że inny jest teraz skład Sądu Najwyższego. Sędzia John P. Stevens kończy swe zdanie odrębne dramatycznym wyznaniem: „jest moim głębokim przekonaniem, że żaden z członków Sądu, do którego dołączyłem w 1975 r., nie zgodziłby się z dzisiejszą decyzją”²⁹. Skład może podlegać zmianom jeszcze w wielu kierunkach. Przede wszystkim jednak inne są okoliczności, w których przychodzi stosować konstytucję.

Sędzia Anthony M. Kennedy wydaje się ostrożniejszy niż reszta kolegów z grupy tworzącej większość w orzeczeniu w sprawie *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No 1*. Podziela ich przekonanie, że plany skierowań stwarzają zagrożenie, gdyż nie zostały „skrojone na miarę”, aby realizować istotny interes państwa. Toteż mogą prowadzić do efektów przeciwnych niż słusznie zamierzone. Nie jest również w stanie zrozumieć, jak tępy dwójpodział: „biali” – „nie-biali” oraz „czarni” i „inni” miałyby przybliżać realizację jakichkolwiek celów oświatowych. Nie może natomiast ulec nieugiętym dążeniom – zarzuca je kolegom z grupy, stanowiącej większość – aby uznać, iż rasa nie może stanowić kryterium tam, gdzie w istocie mogłyby być brana pod uwagę. Jeśli bowiem władze oświatowe obawiają się, że rasowy skład szkół grozi nierównością w dostępie do edukacji, mogą podejmować działania, kierując się między innymi kryterium rasowym. Tak np. przy wyborze miejsca do założenia nowej szkoły czy przy rejonizacji szkolnej ze świadomością lokalnego układu demograficznego, przy rozdysponowaniu środków na programy specjalne, przy rekrutacji uczniów i nauczycieli, przy prowadzeniu statystyk. Czynniki rasowy może być bowiem, zgodnie z prawem, brany pod uwagę jako jeden z argumentów przy podejmowaniu decyzji³⁰. Podobnie obok środków rasowo neutralnych pod względem treści, które służą osiągnięciu celów edukacyjnych, uważa za dopuszczalną

29 *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No 1*, 551 U.S. 803 (Stevens, J., dissenting), choć sam opowiedział się za neutralnością rasową w swym zdaniu odrębnym do sprawy *Fullilove v. Klutznick*, 448 U. S. 448, 532 (1980) (Stevens, J., dissenting).

30 *Id.*, at 788–789 (Kennedy, J., concurring).

– jeśli to konieczne – bardziej subtelną, indywidualną ocenę potrzeb szkoły oraz cech studentów, która mogłaby zawierać rasę jako komponent³¹. W istocie więc głos A. Kennedy’ego oznacza, że stworzył z czwórką, stanowiącą mniejszość i podpisaną pod dwoma zdaniem odrębnymi, większość, która podziela zdanie sądów niższych instancji, że unikanie rasowej izolacji oraz promowanie różnorodności leży w istotnym interesie państwa. I nie narusza klauzuli *equal protection* posługiwanie się w polityce edukacyjnej kryteriami, które biorą pod uwagę przynależność rasową.

Niepraktyczne rozróżnienie?

Sędzia A. Kennedy oddał w sprawie *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No 1* głos decydujący. Trzymał się nieco z boku konserwatywnej czwórki, choć zapewnił jej sukces³². W sprawie *Ricci v. DeStefano* to on napisał wyrok i zgodził

orzeczenia *Lawrence v. Teras*³³. Pisał tam w imieniu sądu wyrok w sprawie dobrowolnej sodomii dokonanej w miejscu prywatnym. Samemu A. Kennedy’emu wydaje się odpowiadać rola personifikacji umiarkowania. I trzeba przyznać, że służy amerykańskiemu porządkowi prawnemu. Co więc oznacza jego uwaga w zdaniu zbieżnym *Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No 1* o nieugiętym, nieustępliwym dążeniu względnej większości, żeby uznać, iż rasa nie może stanowić kryterium oceny? Czyżby to ostrzeżenie przed aktywizmem sędziowskim? Uwaga ta, jak i wszystkie dość zachowawcze głosowania, to przynajmniej wyraz niechęci wobec pomysłów przeprowadzania – przez każdą z czwórek – własnych projektów moralnych, ideologicznych lub politycznych.

Na okoliczność własnych sędziowskich wizji przesłuchiwała strażaków Senacka Komisja Sądow-

Unikanie rasowej izolacji oraz promowanie różnorodności leży w istotnym interesie państwa.

się być liderem grupy. Jak zaznaczono, trudno jednak było spodziewać się innego orzeczenia. Tak tedy chyba nie doszło do istotnej zmiany w stanowisku A. Kennedy’ego. W obu sprawach zaznacza się jego konsekwentny sprzeciw wobec odwrotnej dyskryminacji. Czasem się mówi, że bardzo mu odpowiada rola jęczyczka u wagi. Odgrywa ją z jeszcze większym powodzeniem po przejściu na emeryturę Sandry D. O’Connor, dotąd najbliższej mu pod względem zapatrywań. Podobno nie ignoruje uwagi mediów, a nawet lubi, gdy o nim głośno – złośliwości płyną z obu stron. Liberałowie mają mu za złe głosowanie ze skrzydłem konserwatywnym, konserwatyści nie darzą zaufaniem, nie mogą zapomnieć zwłaszcza

nictwa. W procedurze zatwierdzania nominacji S. Sotomayor zeznawali F. Ricci oraz Ben Vargas – jedyny latynoamerykański kandydat, zakwalifikowany na podstawie egzaminu kompetencyjnego. Ostro krytykowali zdawkowe orzeczenie sądu apelacyjnego dla Drugiego Okręgu, w którego składzie orzekała. Sprawa mogła dostarczyć Senatowi dowodów polityki rasowej, uprawianej przez sądy. Wiele bowiem wskazywało, że konsekwencją wyroku, wydanego przez skład z udziałem S. Sotomayor, będzie przyzwolenie pracodawcom na stosowanie preferencji i kwot rasowych na szeroką skalę. Sędzia federalnego sądu apelacyjnego, mianowana dożywotnio³⁴, mogła nie spodziewać się szczegółowych

³¹ *Id.*, at 790.

³² J. Harvie Wilkinson III, *The Seattle and Louisville School Cases: There is no Other Way*, 121 Harv. L. Rev. 158, 171 (2007), widzi istotne podobieństwo z postawą sędziego Lewisa F. Powella w sprawie *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U. S. 265 (1978).

³³ *Lawrence v. Teras*, 539 U. S. 558 (2003). Por. M. Tushnet, *A Court Divided. The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, New York – London 2005, s. 156–179.

³⁴ Art. III Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Por. np. A. Ludwikowska, R. Ludwikowski, *Sądy w Stanach Zjednoczonych. Struktura i jurysdykcja*, Toruń 2008, s. 37–39.

badan jej zachowań, wyborów, a przede wszystkim motywacji. Nową nominację otrzymała na miesiąc przed wyrokiem Sądu Najwyższego *Ricci v. DeStefano*. Jego brzmienie uczyniło ze strażaków ważnych świadków w sprawie jej domniemanego aktywizmu.

Gdy śledzi się kolejne przesłuchania przed Senacką Komisją Sądownictwa – od nominacji w 1987 r., następnie niezatwierdzonego, sędziego Roberta Borka – widać, że kolejni kandydaci starają się odpowiadać jak najgrzeczniej i unikają wyczerpujących wypowiedzi. Zresztą Senat wyraźnie im na to pozwala. Czy jednak dla poznania poglądów trzeba ich dopiero dopuścić dożywotnio do sądenia? O Davidzie H. Souterze, którego miejsce zajęła S. Sotomayor, niewiele wiadomo. Z drugiej strony proces polityczny ma swoje uwarunkowania. Prezydent mianuje sędziów w nadziei, że większość, jaką ma jego partia w Senacie, gwarantuje potwierdzenie decyzji. Senatorowie nie są wszelako

Patrząc na nią z perspektywy angielskiego *common law*, Herbert L.A. Hart posłużył się metaforami koszar i szlachetnego snu. Społeczeństwu się zdaje, że sędzia stosuje prawo, ale go nie tworzy. W rzeczywistości w toku wykładni przyjmuje rozwiązania, co do których nie ma gwarancji, że nie zostały zdecydowane w oparciu o kryteria polityczne. Z drugiej strony powstaje wrażenie, że sądy – nawet zmieniając swe wcześniejsze rozstrzygnięcia – zawsze szukają prawa i mówią, jakie ono jest, ale go w tym procesie nie tworzą³⁵. Podzielił zdanie Alexisa de Tocqueville, że w Stanach Zjednoczonych „nie ma właściwie wydarzeń politycznych, w których władza sędziowska nie odgrywałaby jakiejś roli”³⁶. Ocena francuskiego myśliciela jest nawet bardziej trafna dziś niż wtedy, gdy ją formułował. W procesie zatwierdzenia mianowanego sędziego opinia publiczna pyta przede wszystkim o stosunek do najbardziej wrażliwych społecznie i politycznie kwestii: aborcję,

Nic nie jest w prawie Stanów Zjednoczonych oczywiste poza konstytucją.

funkcjonariuszami organizacji, lecz sojusznikami i partnerami lidera – dość niezależnymi. To ułatwia jawne wypracowywanie lepszych dla kraju rozwiązań na wypadek, gdyby prezydent się pomylił, jak George W. Bush mianując w październiku 2005 r. inną kobietę – Harriet E. Miers. Z uwagi na brak doświadczenia na stanowisku sędziowskim i obawy o zbyt liberalizm odmówili jej poparcia niektórzy członkowie republikańskiej większości w Senacie.

Przesłuchania mogłyby się stać okazją do przybliżania, wyjaśniania roli sędziego, który jest także nauczycielem prawa. Dlaczego takim nauczycielem nie mógłby być nominat, tłumaczący przed Senatem całemu Narodowi, że niełatwo uchwycić różnicę między tworzeniem a stosowaniem prawa przez sędziego, który w konkretnym stanie faktycznym dokonuje wykładni żywego dokumentu, jakim jest konstytucja? Rozróżnienie *judicial activism* – *judicial restraint* celnie opisuje dwa aspekty jego działalności w amerykańskim wymiarze sprawiedliwości.

związki osób tej samej płci, modlitwę w szkole publicznej. O ile jednak rozróżnienie *judicial activism* – *judicial restraint* świetnie służy opisowi, o tyle nie musi się sprawdzać w samym procesie podejmowania sędziowskiej decyzji. Sędzia musi ogłosić obowiązujące prawo w konkretnej sytuacji na podstawie nie tylko norm, ale i zasad oraz wartości – także konstytucyjnych. Rola tych ostatnich jest szczególnie ważna, a przy tym eksponowana, podczas wyrokowania przez sąd najwyższy lub konstytucyjny. Wynik pracy sędziego czy wypadkowa pracy sędziów, którzy na podstawie przedstawionych w materiale dowodowym faktów mają szukać prawa, może czasem budzić zdziwienie. Raczej nie zaskakuje prawnika, że możliwe jest zastosowanie przez judykaturę różnych metod wykładni, uzasadnionych względami na daną

35 H.L.A. Hart, *Essays In Jurisprudence and Philosophy*, Oxford 1983, s. 123–144.

36 A. de Tocqueville, *O demokracji w Ameryce*, przeł. M. Król, Warszawa 1976, s. 93.

sytuację. Zwykła praktyka prawnicza nie wyznacza granic stosowania prawa. Wydanie wyroku przynosi ostatecznie to jedno rozwiązanie, w przypadku wyższych instancji sądowych – niewzruszalne. Dlatego może służyć rozwojowi prawa czy raczej lepszemu rozumieniu go w danych czasach, okolicznościach i określonym miejscu.

Nic nie jest w prawie Stanów Zjednoczonych oczywiste poza konstytucją. Niczego jednak nie można uznać za ostatecznie ustalone, gdyż nawet ona podlega interpretacji. Jeśli więc szukać stałego punktu odniesienia, pozostaje sędzia, na którego ustach spoczywa wzrok całego kraju. Czasem to jeden sędzia, który z mniejszości czterech czyni większość pięciu.

Nie chce on tworzyć prawa³⁷, chociaż tworzy nowe reguły w określonych sytuacjach i jest również po to, aby nie uznać określonych rozwiązań za podyktowane obowiązującym prawem. Wydaje się stać znacznie bliżej dylematów społecznych i politycznych obywateli, dlatego może być przez nich postrzegany jako ważniejszy od uczestnika procesu legislacyjnego. Nauczylismy się już, że w demokratycznych wyborach liczy się każdy głos. Warto, by społeczeństwo oswajało się z myślą, że i w Polsce nie mniej ważna jest każda sędziowska nominacja.

³⁷ L. Morawski, *Wykładnia w orzecznictwie sądów*, Toruń 2002, s. 16–17.