

Rafał Prostać*

Rozum sądu czy wola ludu? Swoboda jednostki czy upowszechniony ideał wolności? Interpretacja sprawy *Dobbs*

The Reason of the Court or the Will of the People?
Individual Liberty or the Common Ideal of Freedom?
Interpretation of the *Dobbs* Case

STUDIA I ANALIZY

Słowa kluczowe: *sprawa Dobbs, bezstronność sądu, konstytucja, wolność*

Key words: *Dobbs case, impartiality of court, constitution, freedom*

Abstrakt: Artykuł jest próbą spojrzenia na sprawę *Dobbs* z perspektywy sporu o rozumienie wolności osobistej. W tym celu wykorzystano propozycję Isaiaha Berlina, rozróżnienia wolności w aspekcie negatywnym od wolności w aspekcie pozytywnym. Autor utrzymuje, że *ratio decidendi* w sprawie *Roe* i w późniejszych orzeczeniach opartych na tym *precedensie*, można dostrzec w tym, że są one zakotwiczone w koncepcji wolności negatywnej, uwalniającej płodność kobiety od zewnętrznych ograniczeń: presji otoczenia społecznego, w tym władzy publicznej.

W sprawie *Dobbs* sędziowie Sądu Najwyższego postawili pytanie, czy prawo do przerwania ciąży jest częścią amerykańskiej tradycji rozumienia wolności, czy też jest przykładem „uporządkowanej wolności”, w której wolność jednostki zyskuje kontekst społeczny. Ponieważ większość w sprawie *Dobbs* zaprzecza, że Sąd Najwyższy jest w stanie odpowiedzieć na takie pytanie, postanowiono skierować tę kwestię do ustawodawców stanowych i mieszkańców poszczególnych stanów. W sprawie *Dobbs* *ratio decidendi* można odczytywać jako przyjęcie perspektywy właściwej dla wolności w jej pozytywnym aspekcie.

Abstract: The article is an attempt to look at the *Dobbs* case from the perspective of the dispute over the understanding of personal freedom, using Isaiah Berlin's proposal, distinguishing freedom in the negative aspect from that in the positive one. The author

* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4772-4597>; dr hab., Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie. E-mail: prostakr@uek.krakow.pl.

maintains that in the ratio decided in the Roe case and in subsequent decisions based on this precedent, it is perceptible that they are anchored in the concept of negative freedom, freeing woman's fertility from external constraints: the pressure of the social environment, including public authority.

In the Dobbs case, on the other hand, the Justices of the Supreme Court ask themselves whether the right to terminate a pregnancy is part of the American tradition of understanding freedom, or whether it is an example of "ordered liberty", in which individual freedom gains a social context. Since the majority in Dobbs denies that the Supreme Court is able to answer such a question, it was decided to refer the issue to state legislatures and residents of individual states. The ratio decidendi in the Dobbs case can be read as adopting a perspective appropriate for freedom in its positive aspect.

Uwagi wstępne

Bezstronność sądu jest fundamentem praworządności, warunkiem prawidłowego funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Kontrola sądowa konstytucyjności stanowionego prawa (ang. *judicial review*), wkomponowana w system kontroli i równowagi (ang. *checks and balances*), zabezpieczyć ma nienaruszalność podstawowych praw podmiotowych przed tyranią woli przygodnej (przejściowej) większości w ciałach ustawodawczych oraz nadużyciami władzy wykonawczej. Każda legislacja limitująca możliwość korzystania z konstytucyjnie gwarantowanych praw podmiotowych (ang. *coercive law*), czyli niezbywalnych wolności prawnie chronionych (ang. *basic liberties*) obywateli Stanów Zjednoczonych [„*the privileges or immunities of citizens of the United States*” (jak rzecz ujęto w XIV Poprawce)], winna cechować się rozumnością prakseologiczną oraz aksjologiczną, przez co będzie mogła się spotkać z akceptacją rozumnych osób. Na podmiocie ograniczającym spoczywa obowiązek dostarczenia przekonującego (rozumnego) uzasadnienia (ang. *public justification*) dla prawnej ingerencji w wolność podmiotu prawa. Choć „rozumność” (ang. *reasonableness*) cechować ma funkcjonowanie każdego uczestnika systemu rządzenia wyposażonego w prerogatywy władcze, to, jak przekonuje John Rawls, zobowiązanie to w szczególności odnosi się do działań federalnego Sądu Najwyższego (dalej: SN), który w sporach o zakres i warunki ochrony praw podmiotowych wskazuje racje (łac. *ratio decidendi*) dla ustalonego wzorca interpretacji tekstu konstytucyjnego w rozstrzyganej sprawie. Rozumność linii argumentacyjnej SN będzie wyjątkowa, jako że jego rozum stanowić ma, zdaniem Rawlsa, „wzorec rozumu publicznego”. Wolność od bieżących sporów politycznych oraz potrzeby zabiegania o sympatię elektoratu sprawiać ma, że rozum SN, jak się tutaj zakłada, pozostaje bezstronny względem rywalizujących stanowisk światopoglądowych (promujących określoną postać perfekcjonizmu

moralnego), które Rawls nazywa „rozległymi doktrynami” (org. *comprehensive doctrines*), a które to mogą być religijne, filozoficzne lub moralne¹.

Twierdzenia powyżej sformułowane oddają, ogólnie, naturę amerykańskiego konstytucjonalizmu, w zgodzie z dominującą narracją na temat roli SN, jako strażnika praworządności, w promocji niezbywalnych praw podmiotowych.

W wielu społeczeństwach zachodnich dostrzegamy rozbieżność ocen moralnych w przedmiocie aborcji. Stąd też kwestia opisu prawnego warunków dopuszczalności przerywania ciąży dzieli społeczeństwo obywatelskie, często-kroć wyznaczając istotną oś rywalizacji politycznej (ang. *cleavage*). Twierdzenie to znajduje potwierdzenie w realiach amerykańskiej polityki. Ogłoszenie w 1973 roku wyroków SN w sprawach *Roe v. Wade* oraz *Doe v. Bolton*² – w których uznano ustawy regulujące dostęp do aborcji, odpowiednio Teksasu oraz Georgii, za niezgodne z klauzulą właściwego procesu (*due process clause*) – znacząco wpłynęło na spór ideologiczny Partii Demokratycznej z Partią Republikańską. Nie był to jednak wpływ automatyczny. Mówić tu powinniśmy raczej o wieloletnim procesie akomodacji klasy politycznej do podziału społecznego w przedmiocie prawnych warunków dopuszczalności przerywania ciąży. Niewątpliwym przełomem było pojawienie się w 1979 roku na amerykańskiej scenie politycznej organizacji społecznej o silnym potencjale mobilizacji konserwatywnego elektoratu, jakim była Moralna Większość (*The Moral Majority*), założona przez baptystycznego pastora Jerry’ego Falwella Sr. Powstanie Moralnej Większości wyznacza początek ruchu społeczno-politycznego, który przez kolejne dekady będzie istotnie wpływać na linię programową Republikanów, czyli Nowej Religijnej Prawicy (*New Religious Right*). Jednym z pierwszoplanowych postulatów tego ruchu był powrót do stanu prawnego sprzed orzeczeń w sprawach *Roe* oraz *Doe*, czyli przywrócenie kontroli legislatur stanowych nad prawnym opisem warunków dopuszczalności przerywania ciąży, w zamyśle radykalnie ograniczając dostępność aborcji, postrzeganej jako ewidentne zło, naruszające zarówno prawo Boże, jak i tradycję narodu amerykańskiego. Znamienne, że zapowiedzią osiągnięcia tego stanu rzeczy była decyzja SN z 2022 roku w sprawie *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*³, która przełamała precedensowe orzeczenia z 1973 roku. Tym samym, po niemal

¹ Zob.: J. Rawls, *Liberalizm polityczny*, tłum. A. Romaniuk, Warszawa, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998, s. 316–328 (Wykład VI, § 6: Sąd Najwyższy jako wzorzec publicznego rozumu). Porównaj z: S. Macedo, *The Politics of Justification*, «Political Theory» 1990, vol. 18, nr 2; K. Greenawalt, *Private Consciences and Public Reasons*, Oxford University Press, Nowy Jork 1995, s. 141–150.

² *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973).

³ *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022).

pięciu dekadach od potwierdzenia przez SN, że federalna ustawa zasadnicza, jako „pierwsze prawo” (*the supreme law of the land*, jak głosi jej Artykuł VI), gwarantuje kobiecie swobodę decydowania o ewentualnej terminacji ciąży w pierwszym trymestrze życia płodowego, sąd ten stwierdza, iż nie odnajduje w federalnej Konstytucji (klauszula *due process*) tego rodzaju gwarancji.

Celem niniejszego artykułu nie jest prześledzenie historii podziału społecznego o politycznej doniosłości w społeczeństwie amerykańskim, jakim jest spór wokół aborcji. Nie jest nim również prezentacja stanowisk i form działania głównych aktorów społecznych oraz podmiotów politycznie zorganizowanego społeczeństwa obywatelskiego, występujących przeciwko lub za szerokim dostępem do aborcji⁴. I wreszcie, nie jest nim analiza zmienności poparcia społecznego dla swobody kobiety w decydowaniu o terminacji ciąży. Celem artykułu jest próba umieszczenia *ratio decidendi* w sprawie *Dobbs* w szerszym kontekście, który wyznacza rola judykatury w ustalaniu standardu prawnego w głęboko dzielących społeczeństwo amerykańskie kwestiach, a które wspólnie częstokroć łączone są z prawem do prywatności, takimi jak: szeroko pojęta kontrola urodzeń, małżeństwa jednopłciowe, adopcja dzieci przez pary

⁴ Wystarczy przypomnieć, że jedynym liczącym się, konsekwentnym i nieprzejednanym rzecznikiem ograniczenia dostępności do aborcji w USA przed i po wyrokach SN w 1973 roku był amerykański Kościół rzymskokatolicki. Największa denominacja protestancka we współczesnych Stanach Zjednoczonych, czyli Południowa Konwencja Baptystów (Southern Baptist Convention, SBC), na dwa lata przed orzeczeniami w sprawie *Roe* oraz *Doe*, przyjęła *Rezolucję na temat aborcji (Resolution on Abortion)*, w której czytamy: „(...) wzywamy Południowych Baptystów do działań na rzecz ustawodawstwa, które pozwoli na możliwość aborcji w takich przypadkach, jak gwałt, kazirodztwo, wyraźne dowody poważnej deformacji płodu i dokładnie potwierdzone dowody prawdopodobieństwa uszkodzenia układu emocjonalnego, zdrowia psychicznego i fizycznego matki (...)” (<https://www.sbc.net/resource-library/resolutions/resolution-on-abortion-2/>) (30.01.2025). Radykalny zwrot SBC w sprawie aborcji zbiegł się w czasie z powstaniem Moralnej Większości, ale i innych organizacji kojarzonych z ruchem Nowej Religijnej Prawicy, programowo walczącymi z szerokim dostępem do aborcji, takimi jak: Focus on the Family (powstała w 1977 roku); Christian Voice (powstała w 1978 roku); Family Research Council (powstała w 1981 roku); Family Policy Council (powstała w 2001 roku). W 1977 roku w rezolucji o tym samym tytule, co ta przyjęta w 1971 roku, czytamy, że „(...) aborcja jest bardzo poważnym problemem moralnym i duchowym, który w dalszym ciągu niepokoi naród amerykański (...) praktyka aborcji z egoistycznych, nieterapeutycznych powodów bezmyślnie niszczy życie płodu, przytępia wrażliwość moralną naszego społeczeństwa i prowadzi do dewaluacji wszelkiego ludzkiego życia (...) wzywamy Południowych Baptystów i wszystkich obywateli kraju do podjęcia działań mających na celu zmianę tych postaw i warunków, które zachęcają wiele osób do uciekania się do aborcji jako środka kontroli urodzeń (...)” (<https://www.sbc.net/resource-library/resolutions/resolution-on-abortion-4/>) (30.01.2025). Współcześnie, obok SBC, również inne ewangelikalne Kościoły amerykańskie, konserwatywni protestanci głównego nurtu, ortodoksyjni Żydzi oraz mormoni towarzyszą Kościołowi rzymskokatolickiemu w kampanii antyaborcyjnej.

jednopłciowe. Kwestie te angażują zakres przedmiotowy prawa do prywatności jako prawa podstawowego, wpisującego się w istotę, jak przekonuje SN w sprawie *Casey*, samostanowienia (ang. *self-determination*) człowieka: bytu, które należy do siebie, a nie do innej istoty ludzkiej, tudzież społeczeństwa⁵, co wyłożył Charles Fried w tekście cytowanym przez sędziego Johna P. Stevensa w zdaniu zbieżnym w sprawie *Thornburgh* i co przypomniał w zdaniu zbieżnym sędzia Lewis F. Powell Jr. w głośnej sprawie *Bowers v. Hardwick*⁶. Stąd też, w istocie, sprawa *Dobbs* dotyczy sposobu, w jaki rozumiemy wolność: czy jest to sfera swobodnego działania, przestrzeń, w której jednostka bez udziału osób trzecich (a przede wszystkim władzy publicznej) podejmuje decyzje w życiowo najistotniejszych dla niej sprawach; czy też jest to podstawowa wartość, której rozumienie, obejmujące również sposoby oraz warunki codziennej realizacji, wynika z doświadczeń konkretnego społeczeństwa (wspólny politycznej)? Pierwsza część alternatywy właściwa jest dla optyki liberalnej; w drugiej dostrzec można podejście komunitarystyczne.

Właściwość prawa (*due process of law*) a prawo do prywatności

Przekład klauzuli, a przez to poprawek do Konstytucji, w których termin *due process of law* się znajduje, nie jest prostym zadaniem. Polscy badacze niejednokrotnie popełniają tutaj błąd, sprowadzając ją do „właściwego wymiaru sprawiedliwości” lub „właściwego przewodu sądowego”, co nie oddaje dwuaspektowości tejże, czyli jej proceduralnego i materialnego oblicza (tj. *procedural due process* oraz *substantive due process*), na co trafnie zwraca uwagę Paweł Laidler⁷. Aspekt materialny tej klauzuli nieustannie budzi kontrowersje, jako że

⁵ *Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 851 (1992).

⁶ *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986); *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). Jak zauważył Fried: „prawo do prywatności w ogólnej strukturze instytucji społecznych (...) wyraża fakt moralny, że człowiek należy do siebie, a nie do innych, tudzież do społeczeństwa jako całości” (Ch. Fried, dział *Correspondence*, «Philosophy & Public Affairs» 1977, vol. 6, nr 3, s. 288). Myśl tę, w rozwiniętej postaci, znajdziemy w tegoż klasycznym dziele *Right and Wrong*, gdzie czytamy: „Czym jest osoba, czego chce, określenie jej życiowego planu, jej koncepcji dobra, to najintymniejsze wyrazy samostanowienia (org. *self-determination*), a potwierdzając odpowiedzialność osoby za skutki tego samostanowienia, nadajemy treść idei wolności” (Ch. Fried, *Right and Wrong*, Harvard University Press, Cambridge 1978, s. 146–147).

⁷ Zobacz w: P. Laidler, *Proceduralna i materialna właściwość prawa: XIV poprawka i jej rola w rozwój amerykańskiego konstytucjonalizmu*, [w:] A. Zięba (red.), *Konstytucjonalizm w państwach anglosaskich*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2013, s. 411–430. Przychylając się do translatorskiego wyboru Laidlera, na potrzeby niniejszego tekstu przyjmuję jego wyimki z poprawek V i XIV: „nikt nie będzie pozbawiony życia,

jego ustalenie (odkrycie, tudzież domniemanie) było działaniem własnym SN, przejawem sędziowskiego aktywizmu (ang. *judicial activism*)⁸, wyznaczającym oś sporu doktrynalnego, w który niezmiennie uwikłany jest federalny Sąd Najwyższy, co znajduje potwierdzenie również w argumentacji w sprawie *Dobbs*.

Klauzula *due process*, w swym podstawowym przesłaniu, interpretowana w perspektywie konstytucyjnej klauzuli praw i wolności (org. *privileges and immunities*), zobowiązuje organ władczy do podejmowania działań wyłącznie w oparciu o prawo uprzednio ustanowione (*lex retro non agit*), nie naruszając przy tym podstawowych praw podmiotowych, tj. konstytucyjnie chronionych wolności, tak, aby „nikt nie został pozbawiony życia, wolności i mienia inaczej niż w drodze właściwej prawnie”. Oznacza to wymóg przeprowadzenia sprawiedliwego procesu, w którym uznany winnym popełnienia czynu zabronionego będzie pozbawiony życia, wolności lub mienia (*procedural due process*). Jednak, jak wynika z orzecznictwa SN, właściwość prawa nie sprowadza się jedynie do jego stosowania, czyli procedury sądowej, ale i jego tworzenia, czyli ustalenie jego treści (materii: stąd *substantive due process*) w procesie prawodawczym, w którym istnienie praw podmiotowych konstytucyjnie chronionych nie może zostać zakwestionowane⁹. Problem pojawia wraz z próbą ustalenia, co kryje się za Locke’wską triadą praw podstawowych (do życia, do wolności,

wolności lub mienia inaczej niż w drodze właściwej prawnie” oraz „żaden stan nie może pozbawić nikogo życia, wolności lub mienia inaczej niż w drodze właściwej prawnie” (tamże, s. 413).

⁸ Zdaniem Michała Bernaczyka, aktywizm sędziowski „polega na przejściu przez sąd konstytucyjny prawa do poszukiwania uzasadnienia, przesłanek dla stanowionej regulacji. Im większa preferencja i wzgląd na swobodę ocen ustawodawcy (powściągliwość sędziowska), tym mniejsze ryzyko, że sąd konstytucyjny zostanie uznany za ‘aktywny’. Drugim biegunem tego zjawiska będzie sytuacja, w której sąd konstytucyjny ‘modeluje’ prawodawstwo w pożądanym przez siebie kierunku, a nawet interpretuje normę konstytucyjną z takim skutkiem, że na władze publiczne zostają nałożone ‘pozytywne obowiązki’”. (B. Banaszak, M. Bernaczyk, *Aktywizm sędziowski we współczesnym państwie demokratycznym*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2012, s. 41).

⁹ Interesujące powiązanie obu aspektów, proceduralnego (formalnego) oraz materialnego (substancjalnego), właściwości prawa przedstawia nam Timothy Sandefur: „Tak jak forma nie może istnieć inaczej, jak tylko wtedy, gdy odnajdujemy w niej materię (org. *substance*), a materia nie może istnieć inaczej jak w jakiejś formie, tak aktywność rządu kwalifikuje się jako prawo tylko wtedy, gdy spełnia oba, formalne i materialne, warunki, by uznać je za prawo. Kiedy aktywność rządu nie spełnia tego standardu, jego aktywność nie będzie ‘prawem’. Stąd też, narzucanie takiego prawa, pozbawiającego jednostki prawa do życia, wolności lub własności, byłoby z definicji pozbawianiem ich prawa bez właściwości prawa (org. *without due process of law*)” (T. Sandefur, *Privileges, Immunities, and Substantive Due Process*, «New York University Journal of Law & Liberty» 2009, vol. 5, nr 1, s. 148. Tak więc działanie władcze z pogwałceniem któregośkolwiek z aspektów *due process of law* nie może zostać uznane za prawo spełniające standard konstytucyjny.

do własności), którą wkomponowano w treść poprawek V i XIV. I tak, co kluczowe w perspektywie naszej analizy, istoty wolności nie sposób zrozumieć, jak wynika z orzeczenia SN w sprawie *Griswold*¹⁰, nie dostrzegając w niej prawa do prywatności, które choć nie zostało wyartykułowane w tekście konstytucyjnym, to daje się wyprowadzić z gwarancji zawartych w Poprawkach I, II oraz IV. Dodatkowo, jak podkreślił autor orzeczenia w sprawie *Griswold*, William O. Douglas, IX Poprawka stanowi, że wolności prawnie chronione, wymienione w ośmiu poprzednich, nie są zamkniętym katalogiem¹¹. W ostatnim punkcie orzeczenia czytamy, że: „Mamy tu do czynienia z prawem do prywatności starszym niż Karta Praw; starszym nawet niż partie polityczne lub system oświatowy”¹². Z kolei w zdaniu zbieżnym sędziego Arthura Goldberga czytamy: „Jak wie każdy studiujący orzeczenia tego Sądu, ten Sąd orzekał, często jednomyślnie, że V i XIV Poprawka chronią pewne podstawowe wolności osobiste przed naruszaniem ich (org. *abridgement*) przez rząd federalny lub Stany”. Dodatkowo, sędzia ten miał zauważyć, że: „IX Poprawka wskazuje wprost intencję autorów Konstytucji, że nie należy odmawiać innym podstawowym prawom osobistym takiej ochrony, tudzież jakkolwiek je dyskredytować tylko dlatego, że nie są one precyzyjnie wymienione w pierwszych ośmiu poprawkach do Konstytucji. Nie widzę, w jaki sposób poszerzałoby to władzę Sądu; służy to raczej wsparciu działań Sądu w zakresie ochrony praw podstawowych”¹³. Traktując wspólnie powyższe uwagi Douglasa i Goldberga przychodzi nam stwierdzić, że brak w tekście konstytucyjnym wyrażonej *expressis verbis* gwarancji prawa do prywatności nie dyskwalifikuje go jako *basic liberty* amerykańskiego konstytucjonalizmu. Co więcej, IX Poprawka wręcz nakłada na władzę sądowniczą zobowiązanie identyfikacji podstawowych praw podmiotowych, które wpisują się w koncept autonomii jednostki (jej wolności osobistej), nawet jeśli nie znajdujemy ich w tekście konstytucyjnym. I nie jest to, jak się okazuje, uzurpacja władzy przynależnej Stanom, tudzież legislaturze federalnej, reprezentującej lud Stanów Zjednoczonych. Tak uczyniono w przypadku prawa do prywatności w latach 60. XX wieku w sprawie *Griswold*. Dekadę później prawem wpisującym się w autonomię jednostki stanie się prawo do aborcji. W orzeczeniu autorstwa sędziego Harry’ego Blackmuna czytamy, że: „Prawo do prywatności, bez względu na to, czy będzie odnalezione w koncepcji wolności osobistej oraz ograniczeniach nakładanych na działania państwa, zawarte w XIV Poprawce, czy – jak my czujemy [org. *we feel*], tudzież jak ustalił sąd dystryktowy – obecne są w zasadzie zachowania praw ludu z IX Poprawki,

¹⁰ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

¹¹ Orzeczenie *Griswold*, punkt 14.

¹² Tamże, punkt 18.

¹³ Tamże, punkt 35.

jest ono wystarczająco pojemne, by objąć decyzję kobiety o tym, czy chce przerwać swą ciążę¹⁴. Nawet jeśli tekst konstytucyjny nie dostarcza bezpośrednio dowodu na intencje jego autorów (ang. *original intent*) co do prawa do prywatności, tudzież jego zakresu przedmiotowego, to zastrzeżenie poczynione w IX Poprawce wystarcza, aby sędziowie SN mogli poczuć (frazą „*we feel*”), że gwarancje prawa do prywatności, w tym prawo kobiety do aborcji, są oczywiste¹⁵, skoro wolność osobista ma stanowić pierwszą wartość ame-

¹⁴ Orzeczenie *Roe*, punkt 77.

¹⁵ Bezkrytyczne wkomponowanie konceptu prywatności w ideę wolności jest kontrowersyjne, grozi bowiem ostatecznym zespoleniem tych pojęć. Czyniąc to, ograniczamy nasze rozumienie wolności do jej negatywnego aspektu – jeśli posłużyć się tu propozycją terminologiczną Isaiaha Berlina – kiedy to wolność oznacza dla nas zdolność dokonywania wyboru bez ingerencji zewnętrznej, czyli wolność od udziału innych w procesie decyzyjnym. Przyjmując tę perspektywę koncentrujemy się na decyzji (na przedmiocie wolności). W istocie, jest to wyłącznie kwestia semantyczna. Miałbym mówić, że dana decyzja należy wyłącznie do mnie, że samodzielnie (autonomicznie) ją podejmuję, mogę powiedzieć, że jest moją „prywatną sprawą”, co zdecyduję w danej sprawie. Tego rodzaju zespolenie stało się udziałem chociażby Timothy Sandefura, który komentując orzecznictwo SN w zakresie prawa do prywatności stwierdza: „Konstytucja wyraźnie chroni wszystkie prawa w najbardziej ogólnym ujęciu: to znaczy chroni ‘wolność’ – nieodróżniony zakres działań, które jednostki mogą swobodnie wybierać, bez niepożądanego ingerencji rządu. Jest to po prostu ogólne prawo do prywatności. *Wszelkie prawa są prawami do prywatności*. Powiedzieć, że ktoś ma prawo dokonać wybór w jakimś obszarze działania, to stwierdzić, że może działać *prywatnie* – że jego wybór nie jest sprawą *publiczną* i władze *publiczne* nie mogą go unieważnić. Wolność religijna oznacza na przykład prawo do podejmowania prywatnie decyzji co do religii, bez ingerencji społeczeństwa. Wolność (która jest przedstawiona jako prawo podmiotowe) nie występuje jako *discrete quanta*; z definicji jest to ‘ogólne prawo do prywatności’ przed ingerencją rządu. IX Poprawka wzmacnia ten fakt, podkreślając, że prawa wymienione w Karcie Praw nie są prawami jedynymi. Zatem nawet pomijając kwestię czy prawo do wolności lub prywatności należy rozumieć jako obejmujące swobodę robienia jakiegokolwiek konkretnej rzeczy, np. uprawiania seksu homoseksualnego lub aborcji, Konstytucja z pewnością chroni «ogólne» prawo do prywatności, pozostawiając jednocześnie ustawodawcy ograniczoną zdolność wyznaczania granic tego prawa” (T. Sanderfur, *Privileges...*, s. 171). W takim ujęciu wszelkie prawa podmiotowe, chronione konstytucyjnie, w porządkach krajowych, lub traktatowo, w systemach międzynarodowej ochrony praw człowieka, to nic innego jak emanacje prawa do prywatności. Zresztą, wszelki przejaw prawnie dopuszczalnej decyzji podjętej przez jednostkę bez udziału osób trzecich staje się egzemplifikacją tego prawa. „Wolność od” staje się tu synonimem prawa do prywatności. Jednak wolność, w modelu Berlina, przyjmuje również pozytywny aspekt. Nie jest li tylko „momentem decyzyjnym autonomicznie funkcjonującej jednostki”, lecz również pożądanym stanem, do którego jednostka zmierza. Nie jest punktem wyjścia (rzeczywistością zastaną), lecz celem podróży; jest Arystotelesowskim *telos*, do którego dotarcie jawi się jednostce jako jej faktyczne oswobodzenie; jednostce, która pragnie finalnie stać się wolną. Tak rozumiana wolność nie wyklucza, o ile wręcz nie zakłada, jakiejś formy perfekcjonizmu moralnego, którego perspektywa jest programowo odrzucona przez SN w jego rozumieniu wolności – przyjmującego stanowisko jednoznacznie deontologiczne, wiążące wolność z formalistycznie pojętą słusnością, w oderwaniu

rykańskiego konstytucjonalizmu. I takie uzasadnienie musi wystarczyć dla rygorystycznego ograniczenia zdolności stanowienia prawa w zakresie praw reprodukcyjnych kobiety przez organ wyłoniony w demokratycznym procesie (przez większość parlamentarną w legislaturach stanowych). Z kolei w sprawie *Thornburgh*, w opinii SN, ponownie przygotowanej przez sędziego Blackmuna, znajdujemy następujące stwierdzenie: „Rozpoznawane przez nas sprawy od dawna wykazują, że Konstytucja zawiera obietnicę, że pewna prywatna sfera wolności jednostki będzie utrzymywana w dużej mierze poza zasięgiem rządu (...) Obietnica ta dotyczy zarówno kobiet, jak i mężczyzn. Niewiele decyzji ma charakter bardziej osobisty i intymny, bardziej w swej istocie prywatny lub bardziej podstawowy dla indywidualnej godności oraz autonomii, niż decyzja kobiety – prowadzonej przez lekarza i w granicach określonych w *Roe* – o ewentualnym zakończeniu ciąży. Prawo kobiety do swobodnego dokonania tego wyboru jest fundamentalne. Naszym zdaniem, każde inne rozstrzygnięcie nie chroniłoby odpowiednio centralnej części sfery wolności, którą nasze prawo gwarantuje wszystkim w równym stopniu”¹⁶. Innymi słowy, prawo kobiety do decydowania o kontynuowaniu ciąży lub jej przerwaniu znajduje się w centrum wolności, którą amerykańska ustawa zasadnicza gwarantuje każdemu bez wyjątku. W kolejnej precedensowej sprawie, potwierdzającej prawo kobiety do aborcji, czyli w *Casey*, w orzeczeniu przygotowanym przez sędzię Sandrę O’Connor, przy współudziale sędziego Kennedy’ego, Soutera, Stevensa i Blackmuna, SN miał stwierdzić, że: „Nasze prawo zapewnia konstytucyjną ochronę osobistym decyzjom dotyczącym małżeństwa, prokreacji, antykoncepcji, stosunków rodzinnych, wychowywania dzieci i edukacji (...) Sprawy te obejmują najbardziej intymne i osobiste wybory (org. *intimate and personal choices*), jakich człowiek może dokonać w ciągu życia, wybory kluczowe dla godności osobistej i autonomii, mające kluczowe znaczenie dla wolności chronionej przez XIV Poprawkę. U podstaw wolności leży prawo do zdefiniowania własnej koncepcji istnienia, znaczenia, wszechświata i tajemnicy ludzkiego życia. Przekonania na te tematy nie mogłyby definiować atrybutów osobowości, gdyby ukształtowały się pod przymusem państwa”¹⁷. W stanowisku tym brakuje wkomponowania prawa do aborcji w prawo do prywatności,

od powszechnie podzielanej koncepcji dobra – sprowadzając ją do niezależności od ingerencji władzy publicznej w swobodny (prywatny) wybór jednostki. Nie jest więc zaskoczeniem, że osoby i organizacje społeczne odwołujące się do etyki chrześcijańskiej nie znajdują zrozumienia dla linii orzeczniczej podążającej za precedensowymi decyzjami w sprawach *Roe* oraz *Doe*. Jeśli zdolność dokonywania wyboru waży więcej, niż to, co ewentualnie zostanie wybrane, to nie ma już miejsca na ocenę moralną działania podejmowanego przez podmiot wolności.

¹⁶ Orzeczenie *Thornburgh*, punkt 50.

¹⁷ Orzeczenie *Casey*, punkt 55.

które znamy ze spraw *Roe* i *Doe*. Choć akcentuje się tu potrzebę zabezpieczenia „intymnego” wyboru, to wolność decyzji o kontynuacji ciąży powiązano z godnością osobistą i autonomią kobiety. Prawa reprodukcyjne kobiet to oczywisty wynik ich osobistej wolności jako istot ludzkich.

Co istotne, dostrzeżenie w prawie do prywatności (i powiązanie z nim prawa do aborcji) emanacji wolności, z przywołaniem materialnie wyrażonej właściwości prawa, od początku wzbudzało kontrowersje i dzieliło sędziów SN. Dobitnie na temat tego przejawu aktywizmu sędziowskiego wypowiedział się sędzia Byron R. White, w zdaniu odrębnym w sprawie *Doe*: „Nie znajduję niczego w języku lub historii Konstytucji, co stanowiłoby wsparcie dla decyzji Sądu Najwyższego. Sąd po prostu modeluje i ogłasza nowe konstytucyjne prawo ciężarnej matki, nie przedstawiając istotnego powodu dla swego działania. A czyniąc to, wyposaża to prawo w wystarczającą treść, by uchylić większość istniejących stanowych regulacji odnoszących się do aborcji. W następstwie tego obywatele i legislatura 50 stanów tracą konstytucyjny tytuł do ważenia ważności interesów trwania i rozwoju płodu, z jednej strony, i spektrum możliwych konsekwencji dla matki, z drugiej strony. Surowo korzystając ze swej władzy, Sąd prawdopodobnie ma możliwość uczynić to, co zrobił dzisiaj; lecz w mojej opinii orzeczenie to jest improwizacją i ekstrawagancją korzystania z władzy kontroli sądowej (org. *the power of judicial review*), którą Konstytucja nadaje temu Sądowi”¹⁸.

Rozum sądu a moralność publiczna

Prawo do prywatności, a przez to również prawo do aborcji, nie mają charakteru absolutnego. Władza publiczna, działając na rzecz ważnego (przemożnego) interesu publicznego (ang. *compelling state interest*), zachowuje możliwość limitującej ingerencji ustawowej w to prawo, o ile będzie to działanie rozumne *aksjologicznie* (nienaruszające istoty tegoż prawa oraz podjęte w interesie wolności innych członków wspólnoty politycznej lub podmiotu ograniczanego z intencją efektywnej ochrony wolności tegoż w przyszłości, jako że równość w wolności jest pierwszą wartością liberalnego konstytucjonalizmu¹⁹);

¹⁸ Orzeczenie *Doe*, punkt 134.

¹⁹ Czemu wyraz daje John Rawls w pierwszej z dwóch zasad sprawiedliwości jako bezstronności, której ostatnią postać znajdujemy w J. Rawls (red. J. Kelly), *Justice as Fairness. A Restatement*, The Belknap Press, Cambridge 2001: „Każda osoba ma to samo niezaprzeczalne prawo do w pełni odpowiedniego systemu równych podstawowych wolności, który to system jest zgodny z tym samym systemem wolności dla wszystkich” (s. 42).

oraz *prakseologicznie* (cel ustawowy jest możliwy do osiągnięcia; ograniczenie nakładane na podmiot prawa jest niezbędne dla realizacji zamierzonego celu ustawowego). Ograniczający jest zobowiązany działać w sposób rozumny, czyli być zdolny do przedstawienia uzasadnienia wystarczająco przekonującego, by rozumny człowiek był skłonny przystać na takie uzasadnienie. Rozumność jest tu cechą bezstronnego prawodawcy (w warunkach anglosaskiego *case law* będzie nim również judykatura), który w procesie stanowienia prawa nie odwołuje się do wyznawanego przez siebie stanowiska światopoglądowego – rozległej doktryny (filozoficznej, moralnej lub religijnej), jak rzecz nazwał John Rawls – w które wkomponowany jest konkretny perfekcjonizm moralny. Na taką rozumność powołał się SN w sprawie *Casey*, stwierdziwszy: „Mężczyźni i kobiety, działający w dobrej wierze, mogą się nie zgadzać – i przypuszczamy, że niektórzy zawsze będą się z tym nie zgadzać – co do głębokich moralnych i duchowych konsekwencji przerwania ciąży, nawet na jej najwcześniejszym etapie. Niekórzy z nas, jako jednostki, uważają aborcję za obraźliwą dla naszych najbardziej podstawowych zasad moralności, ale nie ma to wpływu na naszą decyzję. Naszym obowiązkiem jest zdefiniowanie wolności wszystkich, a nie narzucanie własnego kodeksu moralnego. Zasadniczą kwestią konstytucyjną jest to, czy władze stanowe (org. *the State*) mogą ostatecznie rozwiązać te filozoficzne kwestie w taki sposób, że kobieta nie ma tu żadnego wyboru, być może z wyjątkiem rzadkich przypadków, w których ciąża sama w sobie stanowi zagrożenie dla jej życia lub zdrowia, lub jest wynikiem gwałtu lub kazirodztwa”²⁰. Zdaniem SN, władze stanowe nie są zdolne „ostatecznie rozwiązać tych filozoficznych kwestii”, jako że ocena moralna aborcji głęboko dzieliła, dzieli i dzielić będzie społeczeństwo (wyborców). Ciało reprezentujące lud (legislatura stanowa) zmuszone jest kierować się preferencjami aktualnej większości, definiującej historycznie zmienną treść moralności publicznej. Jeśli punktem referencyjnym legislacji nie jest wolność wszystkich (Rawlsowska „równość w wolności”), lecz określony perfekcjonizm moralny przygodnej większości, który, siłą rzeczy, nie będzie akceptowalny dla wszystkich, nakaz bezstronności legislacji (jej publicznej rozumności, jak rzecz by ujął Rawls) nie zostanie dochowany. Stąd też, w efekcie kontroli sądowej, SN ustala zakres prawa do aborcji, afirmując wolność kobiety w tym względzie, a czyni to, jak deklaruje, bezstronnie, bez narzucania kodeksu moralnego ustalającego²¹. Skoro oceny

²⁰ Orzeczenie *Casey*, punkt 53.

²¹ Stanowisko przyjęte przez SN w przywołanych sprawach wypełnia kryteria Rawlsowskiego rozumu publicznego. W *Liberalizmie politycznym* czytamy: „(...) jakkolwiek rozległa doktryna, która prowadzi do wyważenia wartości politycznych wykluczających to prawo (prawo do aborcji – uwaga: R. P.) w pierwszych trzech miesiącach, jest w tej mierze nierozumna; a w zależności od jej sformułowania, może być też okrutna i opre-

moralne aborcji są niekompatybilne, należało odwołać się do niepodważalnej wartości, bliskiej każdej rozumnej jednostce, która, co jest tutaj kluczowe, znajduje afirmację w amerykańskiej ustawie zasadniczej, a jest nią osobista wolność. Sąd Najwyższy, w trosce o zabezpieczenie tej wolności, kontynuację życia płodowego pozostawił do osobistej („prywatnej”, jak przyjął w sprawie *Roe*) decyzji kobiety, ograniczając tę decyzję wymogami formalnymi, które uznał za rozumne, jako że nienaruszające istoty wolności kobiety w tym względzie. Nie sposób uwolnić się od wrażenia, jakoby sędziowie SN, w przywołanych powyżej sprawach, nie umieścili siebie w pozycji idealnie „rozumnego” kuratora amerykańskiego konstytucjonalizmu²², niczym platońscy „mędrcy”, niezadowolający się „cieniem” (perfekcjonizmem moralnym określonych stanowisk światopoglądowych, promujących partykularny kodeks etyczny), stanęli w „świecie” (konstytucyjny wzorzec indywidualnej wolności), której to zdolności nie posiadają, uparcie pozostający w „jaskini” zwyczajni obywatele, jak również ich reprezentanci w legislaturach stanowych, których osąd w tych sprawach został uznany przez większość sędziów w składzie orzekającym SN za niekonstytucyjny, a przez to „publicznie nierozumny” (by znów posłużyć się Rawslowską terminologią), co wzbudziło sprzeciw sędziego White’a, formułującego zdanie odrębne w sprawie *Doe*. Dysponując szczególnym, rozumnym wglądem w głęboko dzielące społeczeństwo spory, sędziowie podejmują decyzję, która łączyć ma to, co podzielone²³.

sywna: na przykład, jeśli odmawia tego prawa całkowicie, z wyjątkiem przypadków gwałtu i kazirodztwa. Tak więc przyjmując, że ta kwestia jest albo elementem konstytucji, albo sprawiedliwości podstawowej, postąpilibyśmy wbrew ideałowi publicznego rozumu, gdybyśmy głosowali według rozległej doktryny odmawiającej tego prawa” (s. 332–333, przypis 32).

²² Warto w tym miejscu zaznaczyć, że dla Roberta A. Dahla, kuratela jest zaprzeczeniem rządów demokratycznych, pozostawia nas bowiem z pytaniem o to, kto sprawuje kontrolę (kuratela) nad ewentualnym kuratorem. Jest to centralne pytanie w rozważaniach na temat konceptu suwerenności ludu. Zobacz: R. A. Dahl, *Demokracja i jej krytycy*, tłum. S. Amsterdamski, Wydawnictwo Żnak, Kraków 1995, s. 77–116 oraz 265–273.

²³ Jak głosi znany aforyzm sędziego Roberta H. Jacksona, który znajdujemy w orzeczeniu *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443 (1953): „Ostateczny głos nie należy do nas dlatego, że jesteśmy nieomylni, lecz dlatego jesteśmy nieomylni, że do nas należy ostateczny głos”. Co warte odnotowania, bez trudu wskażemy amerykańskich filozofów polityki, którzy choć identyfikowani jako liberałowie, nie dostrzegają w rozumie Sądu Najwyższego ideału rozumu publicznego, jak czyni to John Rawls. Dla przykładu Steven Macedo podkreśla, że: „W liberalnej wspólnotie interpretatorów nie ma suwerena, któremu przysługiwałby bezwzględny autorytet; żadna instytucja sądownicza, ustawodawcza, wykonawcza czy nawet instytucja demokracji bezpośredniej nie ma ostatecznego słowa w kwestii tego, co jest konstytucyjnie dopuszczalne. Decyzje trzeba podejmować, lecz polityczna dyskusja nigdy nie jest zamknięta. Każde urzędowe rozstrzygnięcie czy decyzję można zakwestionować i uchylić na podstawie lepszej interpretacji zasad politycznej moralności powszechnie uważanych za nadrzędne: nieprzekraczalnych zasad kierowniczych

Sprawa *Dobbs*

Ideologiczny profil Sądu Najwyższego w czasie rozpoznawania sprawy *Dobbs* znacząco się różni od tego, z którym mieliśmy do czynienia w trzech ostatnich dekadach XX w. Nominacje sędziowskie republikańskich prezydentów przesunęły punkt ciężkości w stronę konserwatywną. W 2022 roku w składzie orzekającym zasiadało sześciu sędziów wskazanych przez republikańskich prezydentów: Clarence Thomas (G. W. H. Bush); Prezes SN John Roberts, Samuel Alito (G. W. Bush); Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh, Amy Coney Barrett (D. Trump). Jedynie troje sędziów to nominaci prezydentów z Partii Demokratycznej: Stephen Breyer (B. Clinton); Sonia Sotomayor, Elena Kagan (B. Obama).

Sprawa *Dobbs* dotyczyła zgodności z federalną Konstytucją legislacji stanowej stanu Missisipi, przyjętej w 2018 roku, która radykalnie ograniczała dostęp do aborcji po 15. tygodniu trwania ciąży. W odpowiedzi, Jackson Women's Health Organization – jedyna klinika aborcyjna w stanie Missisipi – pozwała w marcu 2018 roku Thomasa E. Dobbsa, stanowego urzędnika ds. zdrowia w Departamencie Zdrowia Stanu Missisipi. Sądy niższej instancji, opierając się na precedensie *Casey*, który pozbawił władze stanowe możliwości stowienia prawa odbierającego kobiecie prawa do aborcji przed osiągnięciem przez płód zdolności do życia poza organizmem matki (czyli przed 24. tygodniem życia płodowego), uznały regulację stanową Missisipi za niekonstytucyjną (naruszenie klauzuli właściwości prawa).

Orzeczenie przyjęto większością 6:3, odpowiadającej linii podziału ideologicznego w SN. Stanowisko większości przedstawił sędzia Alito. Nie rekonstruując wszystkich argumentów podważających zasadność wyroków w sprawie

liberalnej sprawiedliwości. Liberalne prawo, właściwie rozumiane, sprzyja wspólnocie interpretatorów: społeczeństwu ludzi samokrytycznych i posługujących się argumentami" (S. Macedo, *Cnoty liberalne*, tłum. G. Łuczkiwicz, Znak, Kraków 1995, s. 104). Z kolei Roland Dworkin zauważa: „Nasza kultura prawna wymaga, aby sędziowie – a na końcu Konstytucji. Ponieważ wielkie klauzule nakazują po prostu, aby rząd wykazywał równą troskę i szacunek dla podstawowych wolności – bez określania szczegółowo, co to oznacza i czego wymaga – to sędziowie muszą orzec, czego naprawdę wymaga równa troska i jakie są podstawowe wolności. Ale to oznacza, że sędziowie muszą odpowiadać na trudne, kontrowersyjne i głębokie pytania moralności politycznej, nad którymi filozofowie, mężowie stanu i obywatele debatowali przez wiele stuleci, bez perspektywy porozumienia. Oznacza to, że my wszyscy musimy zaakceptować wypowiedzi większości sędziów, których wgląd w te wielkie kwestie nie jest spektakularnie szczególny. Wydaje się to niesprawiedliwe, a nawet przerażające. Wielu ludzi uważa, że sędziowie z taką władzą narzucają liberalne przekonania mniej liberalnym większościom. Ale równie prawdopodobne jest, że narzucają konserwatywne przekonania mniej konserwatywnej większości (...)” (R. Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Macmillan, Nowy Jork 1990, s. 74).

Roe, Doe oraz Casey, warto skoncentrować uwagę na *ratio decidendi*, w którym Alito odnosi się wprost do katalogu wolności konstytucyjnie chronionych. A jest nim stwierdzenie, że Konstytucja federalna nie zawiera gwarancji prawa do aborcji; jednocześnie, Alito nie przesądza o tym, że brak artikulacji określonego prawa podmiotowego w tekście konstytucyjnym dyskwalifikuje go jako wolność konstytucyjnie chronioną. Jednak każdorazowo kwalifikatorem winna być pozytywna odpowiedź na pytanie, czy to prawo podmiotowe jest „głęboko zakorzenione w historii i tradycji narodu amerykańskiego” (org. *deeply rooted in this Nation's history and tradition*) oraz „wynika z koncepcji uporządkowanej wolności” (org. *implicit in the concept of ordered liberty*)²⁴. Zdaniem Alito, tak przedstawia się właściwy standard kontroli sądowej w sprawach, w których powołano się na prawo podmiotowe niewskazane w tekście konstytucyjnym, w oparciu o klauzulę materialnej właściwości prawa. Frazy te znajdujemy odpowiednio w sprawach *Moore* oraz *Palko*, które zostały użyte łącznie przez Prezesa SN W. Rehnquista w sprawie *Glucksberg*²⁵, stąd też ten standard kontroli sądowej nazywany jest „testem Glucksberga”. Pierwsze sformułowanie nie rodzi problemów interpretatorskich. Organ kontrolujący poszukuje tu odpowiedzi na pytanie, czy dane prawo podmiotowe mieści się w powszechnie akceptowanym rozumieniu wolności, utrwalonym w doświadczeniu społeczeństwa amerykańskiego (w historii i tradycji amerykańskiej). W przypadku drugiego elementu, sprawa jest bardziej złożona. Możliwe są tu bowiem dwa ujęcia: wąskie i szerokie. Wąskie, wykorzystane przez sędziego Rehnquista w sprawie *Glucksberg*, nakazuje spojrzeć na wolność w perspektywie potrzeby zachowania spójności zastanego porządku społeczno-politycznego, na który składają się również utrwalone wzorce moralne [stąd zespolenie terminologiczne porządku i wolności: *ordered liberty* (uporządkowana wolność)²⁶]. Szersze ujęcie zakłada nieustanne poszukiwanie punktu równowagi pomiędzy oczekiwaniem jednostki dążącej do poszerzenia sfery działania według własnego uznania (co przywodzi na myśl koncept wolności negatywnej I. Berlina) a żywotnym inte-

²⁴ *Dobbs, Opinion of the Court*, s. 5.

²⁵ *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977); *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 721 (1997).

²⁶ Sam termin „*ordered liberty*” jawić się nam może jako typowy oksymoron. W amerykańskim dyskursie akademickim niezmiennie, czy przedmiotem studiów będzie historia myśli politycznej i społecznej, czy też historia doktryny chrześcijańskiej, zwykło się analizować badane fenomeny jako emanacje niekończącej się rywalizacji dwóch żywiołów cywilizacji zachodniej: wezwania do wolności (ang. *freedom*; *liberty*) vs. wezwania do porządku (ang. *order*). Tymczasem, mamy tu swoisty, dialektyczny konstrukt, syntezę tego, co wyznacza historyczną, nieprzewidywalną opozycję. Zabieg ten skłania do poszukiwaniu analogii z Hegłowską *Sittlichkeit*, przełamującą napięcie między autonomią *Moralität* a heteronomią abstrakcyjnego prawa pochodzącego od władzy stanowiącej prawo.

resem publicznym. Jako że oczekiwania jednostki są zmienne w czasie, interes publiczny w swej treści również będzie ewaluował. Węższe ujęcie skłania się ku „statycznemu” podejściu do katalogu wolności osobistych konstytucyjnie chronionych, a szersze ku „dynamicznemu”²⁷. W rezultacie użycia „testu Glucksberga” (z wąskim rozumieniem „uporządkowanej wolności”), Alito stwierdził, że prawo kobiety do aborcji nie jest „głęboko zakorzenione w historii i tradycji narodu amerykańskiego” i nie jest przykładem „uporządkowanej wolności”, przez co decyzje SN w sprawie *Roe* i *Casey* były błędne. W konkluzji stanowiska Sądu Najwyższego w sprawie *Dobbs* czytamy: „Kwestia aborcji rodzi poważne pytania moralne. Konstytucja nie zabrania obywatelom każdego stanu regulowania lub zakazywania aborcji. *Roe* i *Casey* rościły sobie prawo do tej władzy. Teraz unieważniamy te rozstrzygnięcia i zwracamy tę władzę obywatelom i ich wybranym przedstawicielom”²⁸. Dyskwalifikacja prawa do aborcji jako prawa podmiotowego konstytucyjnie chronionego (wolności konstytucyjnie gwarantowanej), z uwagi na brak przeświadczenia o jego zakorzenieniu w historii i tradycji amerykańskiej, przenosi akcent z negatywnego aspektu wolności ku pozytywnemu. Stąd też przyjęto, że indywidualne oczekiwanie uznania decyzji o ewentualnej terminacji ciąży za pozostające w sferze działań wolnych od ingerencji władzy publicznej nie jest emanacją historycznie utrwalonego ideału wolności społeczeństwa amerykańskiego.

Zdanie odrębne, przygotowane wspólnie przez Breyera, Sotomayor oraz Kagan, otwiera jednoznaczna afirmacja roli SN jako podmiotu sprawującego kontrolę nad działaniami rządu opartymi na „regule większości”, w trosce o efektywne zabezpieczenie praw podstawowych: „Decyzje w sprawach *Roe* i *Casey* od początku były, a obecnie są jeszcze bardziej, osadzone na centralnych, konstytucyjnych koncepcjach wolności jednostki i równych praw obywateli do decydowania o kształcie swojego życia. Można nawet stwierdzić, że te koncepcje prawne pozwoliły pełniej zdefiniować co to znaczy być Amerykaninem. Ten Naród nie wierzy, że rząd kontrolujący wszystkie prywatne wybory jest do pogodzenia z ideą wolnego ludu. Zatem nie umieszczamy wszystkiego (za czym opowiada się dziś większość SN) «w zasięgu większości oraz urzędników państwowych» (...) Wierzimy w Konstytucję, która wyłącza pewne kwestie z zakresu rządów większości (org. *majority rule*). Nawet w obliczu sprzeciwu opinii publicznej podtrzymujemy prawo jednostek – tak, w tym kobiet – do dokonywania własnych wyborów i planowania własnej przyszłości. A przy-

²⁷ Szerzej o dwojakim podejściu do „uporządkowanej wolności” czytaj w: M. Grothouse, *Implicit in The Concept of Ordered Liberty: How Obergefell v. Hodges Illuminates the Modern Substantive Due Process Debate*, «J. Marshall Law Review» 2016, vol. 49, nr 1.

²⁸ *Dobbs, Opinion of the Court...*, s. 79.

najmniej, póki co, tak czyniliśmy”²⁹. Kwestie, o których tu mowa, to decyzje składające się na prywatność, jak ją przedstawiono w sprawach *Roe* i *Casey*. W zdaniu przeciwnym znajdujemy również inny fragment, przemawiający za poprawnością wcześniejszej linii orzeczniczej: „(...) *Roe* i *Casey* doskonale wpisują się w długi ciąg decyzji chroniących przed ingerencją rządu w wiele prywatnych wyborów dotyczących spraw rodzinnych, wychowywania dzieci, związków intymnych i prokreacji (...) Sprawy te zabezpieczają możliwość decydowania o tym, kogo poślubić; z kim uprawiać seks; z jakimi członkami rodziny mieszkać; jak wychowywać dzieci i, co najważniejsze, czy i kiedy je mieć. W różnych sprawach Sąd wyjaśniał, że te wybory – «najbardziej intymne i osobiste» spośród tych, jakie może dokonać dana osoba – odzwierciedlają podstawowe aspekty tożsamości osobistej; definiują w istocie «atrybuty podmiotowości» (...) I nieuchronnie kształtują charakter i przyszły bieg życia osoby (a często życia jej najbliższych). Dlatego też Sąd orzekał, że te wybory należą do jednostki, a nie do rządu. Oto istota tego, czego domaga się wolność”³⁰. Analiza powyższych wyimków ze zdania odrębnego w sprawie *Dobbs* potwierdza, że aktualna mniejszość w SN, to osoby, dla których wolność w istocie oznacza przestrzeń podejmowania decyzji bez udziału osób trzecich, a szczególnie bez ingerencji władzy publicznej. Więcej, dla trójki sędziów, tak rozumiana wolność to kwintesencja amerykańskości, zaś dostrzeżenie tej przestrzeni, a być może również jej poszerzenie, pozwala „pełniej zdefiniować co to znaczy być Amerykaninem”.

Efektem sprawy *Dobbs* jest przeniesienie zdolności decyzyjnej w przedmiocie ustalenia prawnych warunków przerywania ciąży na poziom stanowy. Inicjatywa została przekazana społeczeństwom poszczególnych stanów oraz ich organom przedstawicielskim. Obecnie, styczeń 2025 roku, w dwunastu amerykańskich stanach³¹ funkcjonują legislacje zabraniające usuwania ciąży, również powstałej w efekcie czynu zabronionego. W kolejnych siedmiu zakaz aborcji pojawia się między 6. a 18. tygodniem życia płodowego. W 22 stanach prawo stanowe wprowadza ograniczenia w dostępie do aborcji po 18. tygodniu. W dziewięciu stanach oraz w Dystrykcie Kolumbii (pozostającym pod bezpośrednią władzą Kongresu USA) decyzję o ewentualnej terminacji ciąży pozostawiono do swobodnej decyzji kobiety przez cały okres życia płodowego. We wszystkich stanach przewidujących ograniczenia w dostępie do lub zakaz aborcji przewidziano jej dopuszczalność w przypadku, gdy kontynuacja ciąży zagraża życiu kobiety (w stanie Indiana możliwość ta wygasa po 20. tygodniu od zapłodnienia); w 13. gdy zagrożone jest zdrowie kobiety, ogólnie pojęte, a w 22. gdy zagrożone

²⁹ Dobbs, Breyer, Sotomayor, and Kagan, JJ., *dissenting...*, s. 6–7.

³⁰ Tamże, s. 22.

³¹ Wszystkie leżą w tak zwanym „pasie biblijnym” (ang. *Bible belt*).

jest zdrowie fizyczne (w stanie Indiana możliwość ta wygasa po 20. tygodniu od zapłodnienia)³². W obliczu tych danych dostrzegamy niejednorodność opisu prawnego warunków dopuszczalności przerywania ciąży w USA, który to stan rzeczy przewidział federalny Sąd Najwyższy, oddając obywatelom poszczególnych stanów zdolność decydowania w tym obszarze prawodawstwa.

Uwagi końcowe

Co oczywiste, sprawa *Dobbs* wzbudza duże zainteresowanie. Zwykle jest analizowana jako znaczący efekt zmagających się w amerykańskiej „wojnie kulturowej” lub jako dowód na zdominowanie federalnego Sądu Najwyższego przez konserwatystów (głównie na skutek nominacji sędziowskich Donalda Trumpa). Samą sprawę poddaje się również drobiazgowej analizie prawnej, prognozując rozwój orzecznictwa w najbliższych latach w innych kwestiach głęboko dzielących społeczeństwo amerykańskie. Sprawa ta może również zyskać zainteresowanie badacza współczesnej myśli politycznej. Niniejszy artykuł jest tego przykładem. Nie tylko analiza orzeczenia *Dobbs*, ale i wcześniej zapadających wyroków w przedmiocie praw reprodukcyjnych, jak również praw osób homoseksualnych, w tym do instytucji małżeństwa na zasadach równości, pozwala ustalić wyraźną linię podziału między sędziami tego organu. I nie jest to jedynie podział na zwolenników „aktywizmu sędziowskiego” (ang. *judicial activism*) oraz „sędziowskiej powściągliwości” (ang. *judicial restraint*); tudzież na rzeczników „żywej Konstytucji” (ang. *the living Constitution*) oraz „oryginalistów” (ang. *originalism*; *original intent*). Jest to bowiem jednocześnie fundamentalny podział w sposobie rozumienia wolności osobistej.

Z jednej strony mamy sędziów, którzy wolność osobistą rozumieją jako prawo do samostanowienia, jako obszar swobodnego działania bez ingerencji zewnętrznej (Berlinowska „wolność od”), a zwłaszcza władzy publicznej; dla których wolność osobista to bariera ochronna jednostki przed opresyjnym wpływem otoczenia społecznego; którzy są gotowi pozytywnie reagować na roszczenia, wcześniej pozostające bez odpowiedzi lub nieartykułowane wystarczająco głośno, poszerzenia obszaru autonomii jednostki; którzy w wolności osobistej dostrzegają wartość niezależną od wszelkich stanowisk światopoglądowych, promujących określoną formę perfekcjonizmu moralnego, czynią z niej wartość bazową porządku politycznego; dla których rozumna decyzja władcza, to decyzja bezstronna (wolna od wszelkich preferencji światopogląd-

³² Źródło: <https://www.guttmacher.org/state-policy/explore/state-policies-abortion-bans> (30.01.2025).

dowych). Skojarzenia z projektem liberalizmu politycznego Johna Rawlsa są tu oczywiste.

Po drugiej stronie znajdziemy sędziów, którzy w wolności osobistej widzą produkt kulturowy amerykańskiego republikanizmu (myśli i praktyki politycznej Ojców Założycieli oraz kolejnych pokoleń Amerykanów); którzy w poszukiwaniu zakresu i warunków realizacji wolności osobistej nie są gotowi abstrahować od dominujących, historycznie utrwalonych poglądów społecznych (moralności publicznej); dla których wolność osobista jest dobrem jednostkowym, lecz jej habitatem jest politycznie zorganizowane społeczeństwo; którzy nie zakładają, że ich rozum pozwala wznieść się ponad partykularyzmy rywalizujących ze sobą stanowisk światopoglądowych; którzy nie utrzymują, iż upowszechniony osąd (ustalony w procesie demokratycznego wyboru) w przedmiocie tego, co dobre (właściwe, pożądane, moralnie wartościowe), winien być radykalnie oderwany od definicji tego, co słuszne (zgodne z prawem, z wzorcem konstytucyjnym), by finalnie być mu poddanym. Skojarzenia z komunitarystyczną krytyką proceduralnego liberalizmu są tu oczywiste.

Aktualnie w składzie Sądu Najwyższego USA wyraźną przewagę mają sędziowie drugiego typu.

Bibliografia

- Banaszak B., Bernaczyk M., *Aktywizm sędziowski we współczesnym państwie demokratycznym*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2012.
- Dahl R. A., *Demokracja i jej krytycy*, tłum. S. Amsterdamski, Wydawnictwo Znak, Kraków 1995.
- Dworkin R., *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Macmillan, Nowy Jork 1990.
- Fried Ch., dział *Correspondence*, «Philosophy & Public Affairs» 1977, vol. 6, nr 3.
- Fried Ch., *Right and Wrong*, Harvard University Press, Cambridge 1978.
- Greenawalt K., *Private Consciences and Public Reasons*, Oxford University Press, Nowy Jork 1995.
- Grothouse M., *Implicit in The Concept of Ordered Liberty: How Obergefell v. Hodges Illuminates the Modern Substantive Due Process Debate*, «J. Marshall Law Review» 2016, vol. 49, nr 1.
- Laidler P., *Proceduralna i materialna właściwość prawa: XIV poprawka i jej rola w rozwój amerykańskiego konstytucjonalizmu*, [w:] A. Zięba (red.), *Konstytucjonalizm w państwach anglosaskich*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2013.
- Macedo S., *Cnoty liberalne*, tłum. G. Łuczkiwicz, Znak, Kraków 1995.
- Macedo S., *The Politics of Justification*, «Political Theory» 1990, vol. 18, nr 2.
- Rawls J. (red. J. Kelly), *Justice as Fairness. A Restatement*, The Belknap Press, Cambridge 2001.
- Rawls J., *Liberalizm polityczny*, tłum. A. Romaniuk, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1998.
- Sandefur T., *Privileges, Immunities, and Substantive Due Process*, «New York University Journal of Law & Liberty» 2009, vol. 5, nr 1.

Orzecznictwo

Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).

Brown v. Allen, 344 U.S. 443 (1953).

Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, 597 U.S. 215 (2022).

Doe v. Bolton, 410 U.S. 179 (1973).

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

Moore v. City of East Cleveland, 431 U.S. 494 (1977).

Palko v. Connecticut, 302 U.S. 319 (1937).

Planned Parenthood of Se. Pa. v. Casey, 505 U.S. 833, 851 (1992).

Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973).

Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists, 476 U.S. 747 (1986).

Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702, 721 (1997).