

**Łukasz Machaj**

Uniwersytet Wrocławski, Polska

lukasz.machaj@uwr.edu.pl

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7247-0138>

## Dobbs v. Jackson Women's Health Organization – epitafium dla Roe v. Wade

### Dobbs v. Jackson Women's Health Organization: The Epitaph for Roe v. Wade

**Abstract:** Since the Roe v. Wade decision was announced (1973), the question of abortion has constituted an important element of American constitutional discourse. This article analyses the most recent decision of the United States Supreme Court on this matter, i.e. Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, which rejected the thesis that the Constitution establishes the right to terminate pregnancy. It is possible to identify three fundamental points of the Court's opinion. First, the Court allowed lawmakers to accept an ontological assumption that a foetus is a human being. Second, the decision was rooted in the doctrine of moderate originalism and in the concept of substantive due process, limited by historical factors. Third, the Supreme Court adopted a liberal interpretation of the *stare decisis* principle, consenting to the overturning of precedents even if they introduced new civil rights. The author contends that it is highly unlikely that the decision will constitute the last word of American jurisprudence on the question of abortion.

**Keywords:** abortion, Dobbs v. Jackson Women's Health Organization, Roe v. Wade, United States Constitution,

United States Supreme Court

**Słowa kluczowe:** aborcja, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, *Roe v. Wade*, Konstytucja USA, Sąd Najwyższy USA

## Wprowadzenie

Od momentu ogłoszenia przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych rozstrzygnięcia w sprawie *Roe v. Wade*<sup>1</sup> zagadnienie prawnych (na poziomie konstytucyjnym,

---

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

czyli federalnym, oraz na poziomie stanowym), praktycznych oraz moralnych aspektów zjawiska przerywania ciąży zaczęło odgrywać bardzo istotną rolę w amerykańskim dyskursie publicznym, a w szczególności w sporach natury politycznej. Trudno nie zgodzić się z tezą, że kwestia aborcji stała się jednym z narzędzi wojny kulturowej, „polem bitwy pomiędzy rywalizującymi elitami, z których każda dysponuje batalionami aktywistów, organizacji i zwolenników (...) materie dzielące tradycjonalistów i postępowców są doniosłe i decydujące dla przyszłości republiki. Ostatecznie bowiem dotyczą one konfliktu na tle samej ludzkiej natury i przeznaczenia; jako takie, nie mogą zostać zamiecione pod dywan<sup>2</sup>. Obie strony tego sporu prezentowały diametralnie rozbieżne poglądy na temat rozstrzygnięcia, zarówno z punktu widzenia prawa konstytucyjnego, jak i z perspektywy aksjologicznej. Dla zwolenników zasad w nim zawartych wyrok gwarantował pozostawienie intymnych decyzji reprodukcyjnych w obrębie prawnie chronionej sfery prywatności, zabezpieczał autonomię jednostek oraz rodzin, uniemożliwiał zewnętrznym autorytetom ideologicznie motywowane ingerencje w indywidualne wybory, odrzucał monizm doktrynalny oraz zapewniał poszanowanie pluralizmu decyzyjnego opartego na uwzględnianiu rozmaitych politycznych, ekonomicznych, społecznych czy kulturowych czynników, stanowił manifestację respektu dla podmiotowości kobiet i traktowania ich jako „w pełni świadomych istot, jednostek posiadających jednoznaczną tożsamość”<sup>3</sup>. Przeciwnicy rozstrzygnięcia uznawali je za ufundowane na niezwykle wątpliwej, tak naprawdę nieistniejącej, podstawie konstytucyjnej, zarzucali mu podważanie świętości ludzkiego życia i negację moralnego obowiązku objęcia go ochroną prawną, przypisywali mu ściśle polityczny charakter, traktowali jedynie jako instrument urzeczywistniania radykalnych ideologicznych planów rewolucyjnej, zsekularyzowanej lewicy zmierzającej do unicestwienia chrześcijańskiej Ameryki (będącej efektem – zgodnie z Pierwszą Poprawką do ustawy zasadniczej – spontanicznych procesów społecznych, a nie sojuszu ołtarza z tronem)<sup>4</sup>. Emocjonalny ton oraz używana w tych przykładowych wypowiedziach frazeologia dość jednoznacznie potwierdzają, że wojny kulturowe w Stanach Zjednoczonych, prowadzone między społecznym liberalizmem i socjalnym konserwatyzmem, doprowadziły do drastycznej polaryzacji amerykańskiej wspólnoty politycznej<sup>5</sup>. Wyrok Sądu Najwyższego w sprawie *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization*<sup>6</sup> oraz będąca jego bezpośrednią konsekwencją debata publiczna okazały się kolejną manifestacją wskazanego fenomenu i najprawdopo-

2 O. Guinness, *The Case for Civility and Why Our Future Depends on It*, New York 2008, s. 15.

3 Por. W. Viney, *William James’ Pluralism: an Antidote for Contemporary Extremism and Absolutism*, New York 2022, s. 38–40.

4 D. Horowitz, *Dark Agenda: The War to Destroy Christian America*, West Palm Beach 2018, s. 57, 59.

5 Por. P. Norris, R. Inglehart, *Cultural Backlash: Trump, Brexit, and Authoritarian Populism*, New York 2019, s. 450.

6 597 U.S. (2022).

dobniej tylko prolegomenami do dalszych sporów, bez perspektywy ich kompromisowego rozwiązania.

## 1. Prawne i faktyczne tło sprawy

Sąd Najwyższy w orzeczeniu w sprawie *Roe v. Wade* po raz pierwszy skonał, że ustawa zasadnicza zawiera uprawnienie jednostki do przerywania ciąży (oczywiście, jak każde konstytucyjne prawo, podlegające określonym ograniczeniom). Z tego powodu rozstrzygnięcie uzyskało symboliczny status, a sędzia Harry Blackmun, autor uzasadnienia wyroku mianowany przez republikańskiego Prezydenta Richarda Nixona, niespodziewanie stał się „ikoną” walki o równości płci i emancypację kobiet<sup>7</sup>. Nie oznacza to bynajmniej, że rozumowanie, na którym oparta była wskazana decyzja, nie budziło poważnych kontrowersji, także pośród osób w pełni akceptujących konkluzję orzeczenia<sup>8</sup>. Blackmun wyprowadził konstytucyjne uprawnienie do przerywania ciąży z nieobecnego *expressis verbis* w ustawie zasadniczej, będącego wytworem judykatury SN, prawa do prywatności. Z kolei zakres i treść swobody decyzyjnej jednostki był uzależniony od rygorystycznego schematu trymestralnego. W pewnym uproszczeniu możemy stwierdzić, że w okresie pierwszych trzech miesięcy ciąży prawo matki do jej przerywania miało nie podlegać właściwie żadnym ograniczeniom; w odniesieniu do kolejnego trymestru państwo mogło wprowadzić rozsądne regulacje procedury aborcyjnej związane z koniecznością ochrony zdrowia matki; dopiero w ostatnim okresie ciąży – mniej więcej po uzyskaniu przez nasciturusa zdolności do przeżycia poza organizmem matki – Konstytucja USA dopuszczać miała podjęcie przez władze publiczne działań zmierzających do ochrony płodu, łącznie z zakazem bądź kryminalizacją zabiegu przerywania ciąży<sup>9</sup>. Fundacyjna rola prawa do prywatności i zasadnicze znaczenie konstrukcji trymestralnej, stanowiące kluczowy komponent konstytucyjnej analizy Sądu Najwyższego w przedmiotowym orzeczeniu, zostały zanegowane przezeń w 1992 r. w wyroku w sprawie *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, wedle którego SN nie mylił się w 1973 r., formułując podstawową tezę o niekonstytucyjności unor-

7 Zob. L. Greenhouse, *Becoming Justice Blackmun: Harry Blackmun's Supreme Court Journey*, New York 2005, s. 207–227 i *passim*.

8 Warto w tym kontekście przywołać choćby krytyczny pogląd na wyrok wyrażony przez Ruth Bader Ginsburg, czołową postać feministycznej jurysprudencji, której zdaniem rozstrzygnięcie było ufundowane na niewłaściwych fundamentach konstytucyjnych, ekstrawaganckie, polaryzujące oraz rewolucyjne; zob. np. N. Strossen, *Justice Ginsburg's Legacy: Promoting All Fundamental Freedoms for All People Through Strategic Alliances and Incremental Reform*, „New York Law School Law Review” 2021/22, vol. 66, s. 58–65. Gwoli ścisłości zauważyć trzeba, że stanowisko Ginsburg w tej kwestii podlegało istotnym modyfikacjom.

9 *Roe...*, 154–156, 162–166.

mowań nadmiernie limitujących wolność przerywania ciąży, ale zarazem nietrafnie zidentyfikował jej legalną podstawę i błędnie zarysował jej temporalne kontury<sup>10</sup>.

Zgodnie z nową logiką prawo kobiety do dokonywania aborcji zostało zakorzenione w Czternastej Poprawce do Konstytucji, a konkretnie w klauzuli zakazującej pozbawiania jednostki wolności bez poszanowania zasad *due process*. Sąd Najwyższy przyjął tym samym substancjalną, a nie jedynie formalnoprawną, wykładnię wskazanego postanowienia. Schemat trymestralny został natomiast zastąpiony przez kryterium *viability*, tj. zdolności płodu do samodzielnej egzystencji. Moment uzyskania przez nasciturusa takiego „statusu” wyznaczał linię demarkacyjną, po przekroczeniu której państwo miało uzasadniony konstytucyjnie interes w ochronie jego życia, realizowalny między innymi poprzez penalizację aborcji (aczkolwiek z uwzględnieniem wymogów ochrony życia i zdrowia matki). W stosunku do płodów we wcześniejszej fazie egzystencji kobieta miała dysponować swobodą decyzyjną, a państwo nie mogło wprowadzać „nadmiernych ciężarów” tę wolność ograniczających. Orzeczenie niewątpliwie stanowiło istotną rewizję pierwotnej doktryny przez wprowadzenie nowego testu konstytucyjności relewantnych przepisów<sup>11</sup>.

Będący przedmiotem wyroku głosowanego w tym artykule akt legislacyjny stanu Mississippi stanowił bezpośrednie wyzwanie dla rzeczonoego standardu, zakazując przerywania ciąży po osiągnięciu przez płód 15 tygodnia życia (przepisy zawierały dwa wyjątki pozwalające na późniejszą aborcję: medyczną konieczność lub obciążenie płodu poważnymi nieprawidłowościami). Sąd Najwyższy odmówił – stosunkiem głosów 6 do 3 – kwalifikacji unormowania jako niezgodnego z ustawą zasadniczą, a większościowe uzasadnienie ustanawiające oficjalną doktrynę racjonalizującą rozstrzygnięcie sporządził Samuel Alito, wsparty przez czterech innych sędziów (Prezes SN John Roberts był zwolennikiem oparcia wyroku na odmiennych podstawach). Trzech sędziów zgłosiło zaś zdanie odrębne do sentencji orzeczenia. Przedmiotem dalszej analizy będą przede wszystkim enuncjacje natury konstytucyjnej zawarte w uzasadnieniu sformułowanym przez Alito.

10 *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

11 E. Lazarus, *Closed Chambers: The Rise, Fall and Future of the Modern Supreme Court*, New York 1999, s. 477. Całościową analizę orzecznictwa SN w sprawie aborcji praktycznie do momentu wydania omawianego w niniejszym artykule wyroku, obejmującą również rozstrzygnięcia odnoszące się do regulacji wprowadzających różnego rodzaju formalne ograniczenia swobody przerywania ciąży (np. zakazujących opłacania rzeczonych zabiegów ze środków publicznych, ustanawiających obowiązkowe okresy refleksji (*waiting periods*), przyznających określone uprawnienia rodzicom nieletnich kobiet będących w ciąży, zabraniających niektórych metod dokonywania zabiegów aborcji itp.), można znaleźć w książce M. Ziegler, *Abortion and the law in America: Roe v. Wade to the Present*, New York 2020. W polskiej literaturze pisał na ten temat np. M. Urbańczyk, *Fight Against Discrimination. Human Dignity in American Legal Tradition*, Poznań 2022, s. 131–138.

## 2. Ontyczny status płodu

Rozumowanie Sądu Najwyższego w tej materii było wielce nieprecyzyjne, a chwilami wręcz wewnętrznie sprzeczne. Rozważając ontyczny status nasciturusa, Alito pisał wymiennie o „potencjalnym życiu” oraz o „życiu w fazie płodowej”; wskazywał, że SN nie rozstrzyga w przedmiotowej sprawie, kiedy państwo winno objąć płód ochroną prawną, a zarazem dowodził, iż problem aborcji posiada szczególny wymiar moralny, dystynktywnie odmienny od etycznych kontrowersji dotyczących np. małżeństw osób tej samej płci bądź korzystania z antykoncepcji; aprobatywnie waloryzował posłużenie się przez legislaturę Mississippi zwrotem „nienarodzony człowiek” oraz przywoływane przez twórców regulacji argumenty biologiczne przemawiające za ludzkim statusem płodu, a jednocześnie przyznawał większości uprawnienie do normowania kwestii aborcji w drodze praktycznie nieskrępowanego zasadami Konstytucji demokratycznego głosowania<sup>12</sup>. Można odnieść wrażenie, że Alito był w analizowanym tu zakresie intelektualnie nieszczerzy, odmawiając zadeklarowania *expressis verbis*, że – w jego ocenie – płód jest człowiekiem w fazie prenatalnej i – jako taki – zasługuje na określone, być może ujmowane dynamicznie, a być może przysługujące w takiej samej postaci przez cały okres ciąży, gwarancje ochrony prawnej. Jednoznaczna eksplikacja takowego poglądu bez wątpienia uczyniłaby orzeczenie bardziej koherentnym, znacząco ułatwiając racjonalną dyskusję nad nim. Wstrzemięźliwość Sądu jest tym bardziej niezrozumiała, że znalezienie usprawiedliwienia dla takiego stanowiska nie nastęrcza większych trudności. Z czysto biologicznego punktu widzenia już w stadium embrionalnym mamy niewątpliwie do czynienia z bytem żywym (i odrębnym od bytu matki) – zbudowanym z komórek zdolnych do replikacji, posiadającym unikalny oraz dziedziczony zasób genetyczny, czerpiącym energię oraz informacje ze środowiska zewnętrznego, jak również podlegającym procesom ewolucyjnym<sup>13</sup>. Natomiast przynajmniej z perspektywy tradycyjnej linneuszowskiej taksonomii nie sposób zaklasyfikować nasciturusa inaczej niż do gatunku *homo sapiens*<sup>14</sup>. W tym miejscu należy stanowczo podkreślić, że z taką ontyczną diagnozą zgadza się bardzo wielu orędowników dekryminalizacji aborcji. Przykładowo jeden z najwybitniejszych liberalnych – w rozumieniu amerykańskim – filozofów prawa Ronald Dworkin konstatował, że choć płód nie posiada moralnego czy konstytucyjnego roszczenia do objęcia jego życia rządową ochroną, to niezaprzeczalne biologiczne fakty potwierdzają, iż jest on – najprawdopodobniej od momentu implantacji w macicy – odrębną identyfikowalną istotą ludzką, której egzystencję na-

12 *Dobbs...*, 3, 5–7, 29, 31.

13 Por. S. Freeman, K. Quillin, L. Allison, M. Black, G. Podgorski, E. Taylor, J. Carmichael, *Biological Science*, Harlow 2017, s. 46 i n.

14 Zob. F. Ferrando, *Philosophical Posthumanism*, London 2019, s. 93 i n.

leży ocenić jako immanentnie wartościową<sup>15</sup>. Z kolei Peter Singer, zwolennik dopuszczalności tzw. aborcji postnatalnej (do ok. czterech tygodni po urodzeniu), analizując różnorakie koncepcje usiłujące zdefiniować moment nabycia przez organizm statusu człowieka (pojawienie się odczuwalnych ruchów, wystąpienie aktywności mózgowej, zyskanie zdolności do przeżycia poza organizmem matki, narodziny) i puentując je jako fundamentalnie wadliwe z konsekwencjalistycznego albo logicznego punktu widzenia, umieszcza wskazaną chwilę na czas mniej więcej dwóch tygodni po zapłodnieniu, gdy ustaje możliwość podziału zarodka na odrębne byty (co oczywiście, jego zdaniem, nie oznacza, że pozbawienie płodu czy też noworodka życia jest koniecznie moralnie złe – o klasyfikacji etycznej takiego postępkę decydować powinna użyteczna kalkulacja)<sup>16</sup>.

Oczywiście błędne byłoby stwierdzenie, iż ontyczne poglądy wyrażone przez Dworkina i Singera są podzielane przez wszystkich zwolenników prawnej dopuszczalności przerywania ciąży. Wśród rzeczników tego stanowiska nie brakuje osób przekonanych, że identyfikowanie zapłodnienia/implantacji jako momentu powstania nowego organizmu ludzkiego jest faktycznie niepoprawne, pozbawione naukowego uzasadnienia oraz możliwe do usprawiedliwienia tylko przez odwoływanie się do czysto religijnych dogmatów<sup>17</sup>. Wydaje się, że to właśnie obecność w dyskursie publicznym takich koncepcji skłoniła Sąd Najwyższy do przyjęcia powściągliwej postawy i rezygnacji z – przynajmniej otwartej – afirmacji określonego ujęcia ontologicznego. Inaczej mówiąc, SN usiłował zachować w omawianej kwestii pozycję neutralną ideologicznie czy światopoglądowo. Optyka taka może być instytucjonalnie i politycznie uzasadniona, jeżeli uznać, że eksponowane przez protagonistów debaty idee są wyłącznie wyrazem ich osobistych idiosynkrazji i preferencji, a intersubiektywnie satysfakcjonujące rozstrzygnięcie sporu jest po prostu niemożliwe. Jak przekonują np. Allan Rosenfeld oraz Sandra Iden, „niezależnie od ilości informacji na temat ciąży, rozwoju płodu bądź też aborcji, jakich może nam dostarczyć analiza biomedyczna, nie uzyskamy od niej określenia, kiedy zaczyna się życie ludzkie. Odpowiedź na to pytanie – dotyczące moralnego statusu płodu – może być znaleziona jedynie wskutek procesu intelektualnego, w którym przeplatają się medyczne fakty, osobiste doświadczenia, wartości, religijne wierzenia, filozoficzne stanowiska, postrzegania sensu życia czy argumenty moralne. Proces ten wykracza poza merytoryczne granice nauk medycznych”<sup>18</sup>. Jeśli pogląd ten uznamy za trafny, to rzeczywiście zdaje się on implikować wymóg powstrzymania się przez państwo – w odniesieniu do okresu

15 R. Dworkin, *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York 1993, s. 11, 21–22.

16 P. Singer, *Rethinking Life and Death: The Collapse of our Traditional Ethics*, New York 1995, s. 100–105.

17 Zob. J. Glover, *Causing Death and Saving Lives*, London 1990, s. 89–91.

18 A. Rosenfeld, S. Iden, *Abortion*, (w:) S.G. Post (red.), *Encyclopedia of Bioethics*, vol. 1, New York 2004, s. 1.



prenatalnego – od narzucania jednej z naukowo nieuzasadnionych i w tym sensie arbitralnych odpowiedzi na wskazane pytanie całej społeczności. Wydaje się jednak, że tak rozumiana neutralność jest tylko pozorna. Jak trafnie zauważa Michael J. Sandel, „niektórzy wierzą, iż aborcja winna być zakazana, ponieważ wiąże się z eliminacją niewinnego ludzkiego życia. Inni odrzucają tę tezę i podnoszą, że prawo nie powinno opowiadać się za jedną ze stron moralnej i teologicznej kontrowersji dotyczącej początku ludzkiego życia (...) państwo winno pozostać w tej kwestii neutralne i pozwolić kobietom na samodzielne podejmowanie decyzji o przerwaniu ciąży. To drugie stanowisko odzwierciedla popularny liberalny argument na rzecz prawa do aborcji. Rzekomo rozwiązuje on tę kontrowersję w oparciu o zasady neutralności oraz wolności wyboru (...) Argument ten nie wytrzymuje krytyki. Jeśli bowiem rozwijający się płód jest moralnie ekwiwalentny już urodzonemu dziecku, to przerwanie ciąży jest wtedy moralnie ekwiwalentne dzieciobójstwu. A przecież mało kto opowiedziałby się za poglądem, że państwo powinno pozwolić rodzicom na samodzielne podejmowanie decyzji, czy zabić swoje dzieci. A zatem pozycja *pro choice* w debacie aborcyjnej nie jest tak naprawdę neutralna (...)”, *implicite* refutując pogląd, że nasciturus jest człowiekiem, któremu winny przysługiwać wszystkie prawa należne ludziom już urodzonym<sup>19</sup>. Bezstronność państwa w tej kwestii jest przeto niemożliwa, a milczenie porządku prawnego nie oznacza powstrzymania się władzy od zajęcia stanowiska.

Jednocześnie warto ponownie podkreślić, że uznanie nasciturusa za byt należący do gatunku istot ludzkich nie musi wcale stanowić przesądającego argumentu na temat konstytucyjnych bądź moralnych aspektów przerywania ciąży. Intelktualnie koherentne jest bowiem przyjęcie stanowiska, iż określone atrybuty czy właściwości płodu, relewantne przez cały okres ciąży lub wyłącznie w pewnych fazach jego rozwoju – jak chociażby brak zdolności do odczuwania bólu, niewykształcenie określonych organów, brak funkcji mózgowych, brak samoświadomości, prespołeczny charakter egzystencji, szczególny stosunek życiowej zależności zachodzący między płodem a organizmem matki, ewentualne pochodzenie z czynu zabronionego lub też obciążenie określonymi wadami (zwłaszcza letalnymi) – rzutują na zakres jego moralnych i prawnych roszczeń. Jak pisze Francis J. Beckwith, wyrażna większość orędowników przyznania kobiecie prawa wyboru w odniesieniu do przerywania ciąży akceptuje założenie, że nasciturus należy do gatunku *homo sapiens*, ale zarazem nie godzi się na rozpoznanie go jako podmiotu obdarzonego równym statusem moralnym co osoba urodzona (względnie płód na późniejszym etapie swego rozwoju). Przyjęcie takiej optyki oznacza w konsekwencji, że ludzie mogą być kategoryzowani oraz hierarchizowani pod kątem ich moralnych i legalnych uprawnień<sup>20</sup>. Podstawą dokonania takowych rozróżnień zdaje się odmowa ekwiwalentnego waloryzowa-

19 M.J. Sandel, *Justice: What's the Right Thing to Do?*, New York 2010, s. 131.

20 F.J. Beckwith, *Defending Life: A Moral and Legal Case Against Abortion Choice*, New York 2007, s. 130.

nia bytów wykazujących pewne, traktowane jako powierzchowne, podobieństwo, a zarazem radykalnie odmiennych<sup>21</sup>. Stąd też jedna z najbardziej prominentnych przedstawicielek doktryny feminizmu Judith Butler wprowadza dystynkcję między „minimalną biologiczną formą egzystencji” i „życiem wartym życia” (*livable life*)<sup>22</sup>, a liberalny konstytucjonalista Jed Rubinfeld odmawia automatycznego uznania płodu w każdym stadium egzystencji za osobę – tj. podmiot obdarzony moralnymi oraz konstytucyjnymi uprawnieniami – i przekonuje, że status ten nie jest pochodną biologicznych faktów czy właściwości, ale raczej funkcją normatywnych rozumowań, których rezultat stanowi takie właśnie zakwalifikowanie istoty ludzkiej na określonym etapie jej rozwoju<sup>23</sup>. W każdym razie, niezależnie od tego, które stanowisko w zrelacjonowanej wyżej dyskusji jest nam bliższe, jestem przekonany, że afirmowana przez Alito fikcja, jakoby możliwa była rzeczowa dyskusja o wykładni obowiązującej w Stanach Zjednoczonych ustawy zasadniczej odnośnie do kwestii aborcji bez rozważenia zagadnienia ontologii płodu, nie sprzyja jakości publicznej debaty.

### 3. Oryginalizm jako doktrynalna podstawa rozstrzygnięcia

Z czysto jurydycznej perspektywy merytoryczny spór między zwolennikami uchylecia precedensów fundujących konstytucyjne prawo do aborcji a orędownikami pozostawienia stanu poprzedniego musiał ogniskować się wokół interpretacji relewantnej klauzuli zawartej w XIV Poprawce do ustawy zasadniczej USA, która – przypomnijmy – zakazuje pozbawiania jednostki wolności bez poszanowania zasad odpowiedniego postępowania prawnego. Teorię wykładni, na której oparł swoje rozumowanie Sąd Najwyższy, możemy określić mianem umiarkowanego oryginalizmu. Aczkolwiek oryginalizm jest autonomiczną koncepcją interpretacji prawniczej, to pozostaje nierozdzielnie spleciony z teorią „żywej konstytucji” (którą naturalnie odrzuca na poziomie najzupełniej fundamentalnym), opartej na założeniu, iż ustawa zasadnicza „ewoluuje, zmienia się w czasie i dostosowuje do nowych okoliczności bez konieczności bycia formalnie zmodyfikowaną”<sup>24</sup>. Warto zwrócić uwagę, że zdaniem zwolenników tego paradygmatu zmianie ulega nie tyle wykładnia konkretnych postanowień Konstytucji, co ta ostatnia. Dla oryginalisty konstatacja taka jest, z perspektywy teoretycznoprawnej, właściwie *crimen laesae maiestatis*, destrukcją absolutnie kluczowej linii demarkacyjnej pomiędzy stanowieniem oraz stosowaniem

21 Trudno nie zgodzić się z Dworkinem, że *de facto* także większość zwolenników kryminalizacji aborcji – wbrew używanej retoryce – nie aprobuje tak definiowanej tezy o moralnej ekwiwalencji; R. Dworkin, *Life's...*, *op. cit.*, s. 11–15.

22 J. Butler, *Undoing Gender*, New York 2004, s. 226.

23 J. Rubinfeld, *On the Legal Status of the Proposition That „Life Begins at Conception”*, „Stanford Law Review” 1991, vol. 43, s. 601.

24 D.A. Strauss, *The Living Constitution*, New York 2010, s. 1.



przepisów. Oryginalizm zakłada bowiem, że treść normy prawnej zostaje defini tywnie ustalona w momencie wprowadzenia do porządku prawnego i nie podlega późniejszym modyfikacjom bez interwencji ustawodawcy (norma może być stosowana do fenomenów nieznanymi w chwili jej powstania, np. na zasadzie analogii). Omawiana koncepcja determinuje tę treść już to przez odwołanie się do rozumienia znaczenia normy przez jej twórców (tzw. oryginalizm intencji)<sup>25</sup>; już to przez zdefiniowanie pierwotnego znaczenia wyrazów, którymi prawodawca posłużył się przy werbalizowaniu normy (tzw. oryginalizm semantyczny)<sup>26</sup>; już to przez mniej lub bardziej sprecyzowaną kombinację obydwu wymienionych czynników<sup>27</sup>. Opisy powyższe odnoszą się naturalnie do chemicznie czystych, kanonicznych ujęć oryginalizmu. Natomiast dominujący w dyskursie publicznym i w praktyce orzeczniczej umiarkowany wariant doktryny pragmatycznie godzi się, w sposób mniej lub bardziej

- 25 R. Berger, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Indianapolis 1977, *passim*. Jego zdaniem oryginalizm intencji odwołuje się do tradycyjnych reguł wykładni czynności prawnych, która powinna zmierzać do odkrycia znaczenia nadanego im przez podmiot ich dokonujący. Koncepcja „żywej Konstytucji” daje natomiast sądom prawo do pisania ustawy zasadniczej od nowa, czyniąc z niej tylko papierową gwarancję uprawnień obywatelskich. Wczytywanie przez sędziów do Konstytucji innych znaczeń niż te przyjęte przez jej twórców przypomina model komunikacyjny, w którym jeden z interlokutorów rości sobie prawo do ostatecznego definiowania znaczenia słów drugiego z nich wbrew jego woli, co jest bezpodstawną uzurpacją, przekształcającą judykatywę w permanentną konwencję konstytucyjną, *de facto* zwalnającą sądy z wymogu przestrzegania ustawy zasadniczej oraz naruszającą zasady trójpodziału władzy, *ibidem*, s. 402–409, 458.
- 26 A. Scalia, *Common-law Courts in a Civil Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting Constitution and Laws*, (w:) A. Gutmann (red.), *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton 1997, s. 3–47. W ocenie Scalii tekst prawny powstały w realiach politycznych, społecznych, ekonomicznych itd., diametralnie różnych w stosunku do rzeczywistości, w której funkcjonuje interpretator, może być odczytywany zgodnie z jego pierwotnym albo współczesnym rozumieniem. Próba odkodowania pierwszego z nich to wykładnia prawa; próba zdefiniowania drugiego to jego tworzenie. Refutacja oryginalizmu to zamazywanie różnicy między bytem a powinnością, między tym, czym Konstytucja jest, a tym, czym, w ocenie danego interpretatora, być powinna. Ta labilność, zakładająca zmienność znaczeniową ustawy zasadniczej w czasie, skutkuje radykalną polityzacją sądownictwa, tak w wymiarze instytucjonalnym, jak i personalnym, *ibidem*, s. 38–39, 46–47.
- 27 R.H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York 1990, *passim*. Jego zdaniem, sędzia „jest związany przez jedyną rzecz, którą można nazwać prawem, czyli przez pryncypia tekstu (...) tak jak był on generalnie rozumiany w chwili jego uchwalenia”. Oryginalizm gwarantuje neutralność światopoglądową orzecznictwa, czyniąc z procesu odkrywania, definiowania oraz stosowania konstytucyjnych pryncypiów proces o zobiektywizowanym charakterze. Przeciwstawne doń teorie aktywistyczne czynią natomiast z sądów organy „nagiej władzy”, instrumentalizowane przez mniejszościową elitę usiłującą narzucić większości swoje moralne preferencje, które nie zwyciężyłyby w demokratycznej rywalizacji. Jedynie oryginalistyczna interpretacja ustawy zasadniczej, zwłaszcza w dłuższym horyzoncie czasowym, jest przeto w stanie „zachować Konstytucję, podział władzy oraz wolności obywatelskie”, *ibidem*, s. 5, 16–17, 145–153, 159.

zawołowany, na określone ideowe czy też intelektualne kompromisy i akceptuje częściowo dynamiczny charakter norm prawnych (konstytucyjnych), nie odwołując się w sposób absolutnie rygorystyczny wyłącznie do historycznego i statycznego rozumienia danego tekstu prawnego. Jak obrazowo podsumował Antonin Scalia, najbardziej znany reprezentant omawianego stanowiska: „Jestem oryginałistą, ale nie jestem szaleńcem”<sup>28</sup>.

W jaki zatem sposób Alito przeprowadził aplikację pryncypiów umiarkowanej wersji oryginalizmu w analizowanej sprawie? W pierwszej kolejności warto zauważyć, że stosowna klauzula XIV (i V) Poprawki z językowej perspektywy mówi wyłącznie o procesowych, a nie materialnych gwarancjach poszanowania uprawnień jednostki – i taką też wykładnię przepisu przyjmował początkowo Sąd Najwyższy<sup>29</sup>. Ograniczenie *imperium* państwa dotyczyłoby więc jedynie metody, a nie treści działania rządzących, gwarantując tylko „istnienie sprawiedliwej procedury decyzyjnej, zanim władza publiczna podejmie działanie bezpośrednio wpływające na życie, wolność lub własność jednostki. Ten aspekt *due process* nie zabrania wprowadzenia arbitralnych reguł prawnych jako podstawy do wszczęcia tej procedury (...) Materialnoprawna norma, która podlega egzekwowaniu, nie musi być uczciwa czy sprawiedliwa”<sup>30</sup>. Podkreślić w tym miejscu trzeba, że czysto proceduralny wariant interpretacyjny nie utrzymał się zbyt długo w amerykańskiej jurysprudencji. Dla przykładu w latach 1887–1937 analizowana klauzula była wykorzystywana przez konserwatywno-libertariańskie skrzydło SN do unieważniania legislacji socjalnej (regulującej czas pracy, płacę minimalną, uprawnienia związków zawodowych itp.)<sup>31</sup>; z kolei od lat 60. XX stulecia liberalna frakcja w Sądzie Najwyższym posługiwała się tą zasadą przy rozstrzyganiu spraw natury „obyczajowej” (np. dotyczących aborcji, wolności seksualnej, małżeństw osób tej samej płci)<sup>32</sup>. Jak łatwo odgadnąć, we wskazanych wyżej kwestiach użycie przez SN klauzuli *due process* budziło gorące protesty doktrynalnych adwersarzy. Wydaje się jednakowoż, że wskazana „metodologiczna wspólnota” zaowocowała szeroką w amerykańskiej doktrynie prawnej akceptacją koncepcji substancjalnej interpretacji tego postanowienia ustawy zasadniczej, zgodnie z którą klauzula zawiera dwojakiego rodzaju materialnoprawne gwarancje indy-

28 Cyt. za V.D. Amar, *Morse, School Speech, and Originalism*, „UC Davis Law Review” 2009, vol. 42, s. 646.

29 L. Epstein, T.G. Walker, *Constitutional Law for a Changing America: Rights, Liberties, and Justice*, Washington 1992, s. 19–22. Klauzula *due process* zawarta w Piątej i w Czternastej Poprawce posiada identyczną treść, z tym że pierwsza z nich ogranicza rząd federalny, a druga odnosi się do działań władz stanowych i lokalnych.

30 J.E. Nowak, R.D. Rotunda, J. Nelson Young, *Constitutional Law*, St. Paul 1983, s. 417.

31 Zob. np. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905); *Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915); *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923).

32 Zob. np. *Planned Parenthood...; Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).

widualnych uprawnień. Po pierwsze, na mocy tzw. doktryny inkorporacji SN uznał, że XIV Poprawka w interesującym nas zakresie obejmuje gwarancje zawarte w *Bill of Rights* (który odnosi się do rządu federalnego)<sup>33</sup>. Po drugie, według Sądu Najwyższego klauzula *due process* chroni indywidualne wolności, które są „obiektywnie oraz głęboko zakorzenione w narodowej historii i tradycji”<sup>34</sup>. Umiarkowany oryginalizm Alito polegał na afirmacji materialnoprawnego odczytania relewantnego postanowienia Konstytucji, ale z pieczołowitym uwzględnieniem kluczowych dla doktryny czynników historycznych.

Dokonany przez Alito wybór pragmatycznego wariantu oryginalizmu jako doktrynalnej podstawy orzeczenia nie oznaczał bynajmniej osłabienia jednoznaczności konkluzji wyroku. W ocenie sędziego odnajdywanie w ustawie zasadniczej prawa do dokonywania aborcji jest pozbawione jakiegokolwiek fundamentu, ignoruje historyczne realia i zasady demokracji, jest próbą brutalnego wykorzystania przez judykaturę jej ustrojowej pozycji<sup>35</sup>. Jako uzasadnienie tych stanowczych sformułowań Alito przedstawił kwestię kryminalizacji przerywania ciąży w amerykańskim systemie prawnym w ujęciu chronologicznym, który to zabieg zademonstrować miał brak historycznego – a w konsekwencji także konstytucyjnego – umocowania uprawnienia zidentyfikowanego przez sąd po raz pierwszy w *Roe v. Wade*. Sędzia ewidentnie powielił tu charakterystyczne dla konserwatywnych komentatorów przeświadczenie, że kwestionowanie kompetencji prawodawcy do penalizacji aborcji usprawiedliwiane argumentacją historyczną w gruncie rzeczy neguje oczywiste fakty i tym samym bezpodstawnie rewiduje rodzimą tradycję prawną<sup>36</sup>. W pierwszej kolejności Alito odwołał się do pryncypiów brytyjskiego *common law*, przytaczając komentarze Cokę’a, Hale’a bądź Blackstone’a, które wskazywały, że przerwanie ciąży – przynajmniej po wystąpieniu odczuwalnych ruchów płodu – kwalifikowane było jako poważne przestępstwo oraz że nasciturus był traktowany – również we wcześniejszym okresie życia – jako istota otaczana pewną ochroną prawną. Zasady owe, w przeświadczeniu sędziego, zostały przeszczepione na kontynent amerykański. W drugiej połowie XIX stulecia – w okresie ustanowienia XIV Poprawki – regulacje antyaborcyjne uległy postępującemu upowszechnieniu oraz zaostrzeniu (zdecydowana większość stanów spenalizowała przerwanie ciąży na każdym jej etapie). Aczkolwiek w drugiej połowie XX w. pojawiły się w części stanów tendencje do złagodzenia przepisów, to wyrok w sprawie *Roe v. Wade* unieważnił antyaborcyjne przepisy w niemal każdym z nich. Alito odnotował również, że motywacją do wprowadzenia regulacji tego rodzaju była

33 L.W. Levy, *Seasoned Judgments: The American Constitution, Rights, and History*, New Brunswick 1995, s. 119.

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

35 *Dobbs...*, 35–37.

36 Por. np. S.P. Perry, T. Jipping, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization: An Opportunity to Correct a Grave Error*, Washington 2021, s. 3–5.

w przeważającej części chęć ochrony życia płodu; że nawet historyczny brak penalizacji określonej praktyki nie czyni z możliwości angażowania się w nią konstytucyjnego uprawnienia; że rozstrzygnięcie sędziego Blackmuna radykalnie naruszyło konsens społeczny dotyczący kwestii przerwania ciąży<sup>37</sup>. Wydaje się, że o ile sądowe *decorum* powstrzymało Alito przed użyciem ostrych sformułowań, to jednak z substancjalnego punktu widzenia sędzia bez wątpienia kwalifikował próbę konstytucyjnego zakorzenienia prawa do aborcji w historyczno-jurydycznej tradycji USA jako „faktycznie bezwartościową”<sup>38</sup> i „pozbawioną jakiegokolwiek uzasadnienia”<sup>39</sup>. Jeśli zaakceptować wewnętrzną logikę teorii umiarkowanego oryginalizmu, to taka intelektualna delegitymizacja wydaje się logicznie koherentna i merytorycznie trafna.

Powyższa ocena nie oznacza naturalnie, że zwolennicy tezy o istnieniu konstytucyjnego prawa do aborcji nie polemizują, mniej czy bardziej przekonująco, ze wskazaną interpretacją i wykorzystaniem historii w analizowanej debacie. W tym zakresie formułowane są zwykle trzy typy argumentacji. Po pierwsze, podważana jest trafność przedstawionego opisu aborcyjnych regulacji w amerykańskiej tradycji, już to poprzez odmienną wykładnię postanowień *common law*, już to eksponowanie znaczenia pewnych tendencji liberalizacyjnych dostrzeganych w toku dziejów, już to celowościową wykładnię relewantnych unormowań jako ukierunkowanych na ochronę życia i zdrowia kobiet, który to cel, w związku z postępem medycyny, nie jest obecnie aktualny<sup>40</sup>. Sądzę, że narracja taka jest generalnie mniej przekonująca niż oryginalistyczna wersja historii. Po drugie, krytykowana jest, z pobudek aksjologicznych, sama idea polegania na czynnikach historycznych przy ocenie zgodności kryminalizacji aborcji z ustawą zasadniczą (będąca niekiedy refleksem kompleksowej refutacji oryginalizmu). Jak dowodzi Zita Lazzarini, historia, na której polegają oryginaliści, to w większej części okres, podczas którego „kobiety nie posiadały niezależnej od swoich mężów tożsamości prawnej. Oczekiwano od nich zarówno podległości, jak i produktywności (w kontekście posiadania dzieci, pracy domowej oraz innych działań wspierających rodzinę). Przez cały ten czas kobiety nie mogły głosować, pełnić funkcji przysięgłych oraz, co oczywiste, ustanawiać praw”<sup>41</sup>. Jądro tej argumentacji stanowi przekonanie, że oryginalizm wymusza uwzględnianie w procesie wykładni ustawy zasadniczej okoliczności tak silnie anachronicznych, iż nie zasługują na respekt we współczesnym społeczeństwie. Wydaje się, że o ile poten-

37 *Dobbs...*, 16–25.

38 Por. F.J. Beckwith, *The Supreme Court, Roe v. Wade, and Abortion Law*, „Liberty University Law Review” 2006, vol. 1, s. 44–45.

39 Por. C.D. Forsythe, *A Draft Opinion Overruling Roe v. Wade*, „The Georgetown Journal of Law & Public Policy” 2018, vol. 16, s. 460–461, 464.

40 Zob. np. K.N. Peachman, *The Need to Codify Roe v. Wade: A Case for National Abortion Legislation*, „Journal of Legislation” 2019, vol. 45, s. 274–275.

41 Z. Lazzarini, *The End of Roe v. Wade – States’ Power Over Health and Well-Being*, „New England Journal of Medicine” 2022, vol. 387, s. 390.

cjał perswazyjny tego stanowiska jest znaczący, o tyle jego uznanie wymagałoby nie tylko całościowego odrzucenia doktryny oryginalistycznej, ale też radykalnej rewizji orzecznictwa Sądu Najwyższego na tle XIV Poprawki (a zapewne także innych klauzul konstytucyjnych). W mojej ocenie – w średniookresowej perspektywie – prawdopodobieństwo zaistnienia tak rewolucyjnych zmian jest minimalne. Jako najbardziej obiecujący – z perspektywy oponentów rozumowania Alito – jawi się chyba trzeci rodzaj krytyki, ufundowany na założeniu, że sędzia nietrafnie zidentyfikował poziom abstrakcji, na którym należy prowadzić rozważania o zakresie konstytucyjnie chronionej wolności jednostki. Zgodnie z tym paradygmatem ustawa zasadnicza – w szczególności XIV Poprawka – obejmuje ochroną szeroki zakres jednostkowej swobody, nieograniczony jedynie do konkretnych uprawnień, ale kreujący sferę indywidualnej niezależności od arbitralnych ograniczeń narzucanych przez państwo, konceptualizowaną jako *continuum* nieredukowalne do praw wprost wymienionych w Konstytucji i gwarantujące każdej osobie możliwość autonomicznego podejmowania decyzji w osobistych sprawach<sup>42</sup>. Według zwolenników omawianej koncepcji w ten sposób definiowana wolność jest „obiektownie oraz głęboko zakorzeniona w narodowej historii i tradycji”, a prawo do przerywania ciąży stanowi jedynie jedną ze skonkretyzowanych manifestacji owej generalnej swobody<sup>43</sup>. Inaczej mówiąc, bardzo abstrakcyjny język klauzuli *due process* jest na tyle pojemny, aby racjonalnie uzasadnić pomieszczenie w niej generalnego prawa jednostki do integralności cielesnej, do kształtowania swojego życia rodzinnego oraz do samodzielnego decydowania w kwestiach reprodukcyjnych, z których to uprawnień bez trudu można już wyprowadzić konstytucyjne umocowanie wolności przerywania ciąży<sup>44</sup>. W kontekście orzecznictwa SN propozycja ta stanowi odzwierciedlenie i kontynuację poglądów zwerbalizowanych w rozstrzygnięciu w sprawie *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey*, zgodnie z którym ustawa zasadnicza za jądro indywidualnej wolności uznaje „prawo do definiowania własnej koncepcji istnienia, sensu, wszechświata oraz tajemnicy ludzkiego życia”, wyrażające się m.in. w swobodzie podejmowania decyzji o aborcji przez ciężarną kobietę<sup>45</sup>. Adherenci wskazanej optyki nie postrzegają jako problematycznego faktu, że opisane *iunctim* między klauzulą *due process* oraz prawem do przerywania ciąży było niemal niedostrzegalne w prawodawstwie, orzecznictwie i dyskursie publicznym przez dekady od uchwalenia XIV Poprawki. Należy w tym miejscu zresztą zauważyć, że nie byłby to jedyny przypadek fundamentalnej reorientacji wykładni ustawy zasadniczej w dziejach amerykańskiej

42 Por. *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497, 541–545 (1961).

43 N.C. Marcus, Yes, Alito, There Is a Right to Privacy: Why the Leaked *Dobbs* Opinion Is Doctrinally Unsound, „ConLawNOW” 2022, vol. 13, s. 104–111.

44 D.H. Gans, Reproductive Originalism: Why the Fourteenth Amendment's Original Meaning Protects the Right to Abortion, „SMU Law Review Forum” February 2022, s. 6–13.

45 *Planned...*, 851 i n.

jurysprudencji<sup>46</sup>. W każdym razie formułowana z tej perspektywy krytyka stanowiska Alito jest wewnętrznie spójna, a spór doktrynalny ogniskuje się przede wszystkim wokół instytucjonalnej pozycji SN jako organu mniej lub bardziej aktywnego w procesie wykładni konstytucyjnej.

#### 4. Zasada *stare decisis* i jej granice

Maksyma *stare decisis et non quieta movere* (szanować precedensy i nie wzruszać raz ustalonych kwestii<sup>47</sup>) definiuje jedno z kluczowych pryncypiów systemu *common law*. Zasada ta w założeniu promować ma cele substancjalne (jak np. sprawiedliwość, równość, stabilność, przewidywalność systemu prawnego) oraz instytucjonalne (np. ekonomię postępowania czy też efektywność sądowych deliberacji i procesu decyzyjnego)<sup>48</sup>. W odniesieniu do jurysprudencji na poziomie konstytucyjnym kluczowa wydaje się przede wszystkim legitymizacyjna funkcja tej reguły w kontekście przekonania wspólnoty politycznej / opinii publicznej, że orzecznictwo dotyczące interpretacji z natury często niejednoznacznych postanowień ustawy zasadniczej nie jest pochodną osobistych ideowych preferencji lub idiosynkrazji sędziów (a więc w ostatecznej instancji politycznych rozstrzygnięć w kwestii personalnej kompozycji danego trybunału), ale rezultatem zobiektywizowanego procesu egzegetycznego, którego wynik należy traktować jako słuszny raczej z uwagi na sposób dojścia doń niż ze względu na jego konkretną treść<sup>49</sup>. Zasada *stare decisis* nie posiada naturalnie charakteru bezwzględnego, a w dziejach Sądu Najwyższego USA zdarzały się zaiste spektakularne „wzruszenia” uprzedniej linii orzeczniczej<sup>50</sup>. Jak trafnie zauważa Michael J. Gerhardt, „najlepiej rozumieć konstytucyjny wariant doktryny *stare decisis* jako diagnozowanie przez sędziów prawdopodobnych rezultatów podtrzymania lub uchylecia precedensów. Konsekwencjalistyczna analiza to prawomocne wykorzystywanie sędziowskiej władzy; sędziowie po prostu oceniają, jak ich rozstrzygnięcia wpasowują się w konstytucyjną strukturę”<sup>51</sup>.

46 Wystarczy wspomnieć o fundamentalnej transformacji orzecznictwa SN odnośnie do klauzuli równej opieki prawnej (również zawartej w XIV Poprawce), por. np. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896) z *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). Inną egzemplifikacją tego zjawiska jest radykalne poszerzenie (w stosunku do pierwotnego rozumienia relewantnego przepisu) przez Sąd Najwyższy zakresu konstytucyjnie – na mocy Pierwszej Poprawki – chronionej ekspresji.

47 H. Campbell Black, *The Principle of Stare Decisis*, „The American Law Register” December 1886, s. 745.

48 R.H. Fallon, Jr., *Implementing the Constitution*, Cambridge 2001, s. 103.

49 Por. L. Epstein, J. Knight, *The Choices Justices Make*, Washington 1998, s. 164–165.

50 Zob. np. Ł. Machaj, *The United States Supreme Court Reverses Itself: Sense of Injustice or Public Pressure?*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2015, vol. C/I, s. 751–768.

51 M.J. Gerhardt, *The Power of Precedent*, New York 2011, s. 62.



Z uwagi na nadzwyczaj emocjonalny i nośny społecznie charakter sprawy Alito musiał szczególnie przekonująco usprawiedliwić odejście od dotychczasowej jurysprudencji – i odebranie jednostkom konstytucyjnego uprawnienia – w kontekście przedmiotowej zasady. Argumentacja Alito opierała się na kilku zasadniczych filarach. Po pierwsze, orzecznictwo SN było przejawem antydemokratycznej usurpacji kompetencji przez judykaturę, ufundowanej na zupełnie nieprzekonującym rozumowaniu (całkowicie oderwanym od konstytucyjnego „tekstu, historii i precedensów”<sup>52</sup>), będącej emanacją instytucjonalnej arbitralności. Po drugie, uchylane wyroki były tak naprawdę aktami stanowienia, a nie stosowania prawa, poprzez które sędziowie – działając niczym ustawodawca – narzucali swoje ideologiczne preferencje społeczności. Po trzecie, sformułowana przez SN doktryna konstytucyjna była niejednoznaczna, nieprzejrzysta i wewnętrznie sprzeczna. Po czwarte, przedmiotowe precedensy – zorientowane na osiągnięcie określonych rezultatów kosztem spójności i logicznej konsekwencji – wywierały destrukcyjny wpływ na prawo konstytucyjne pojmowane jako całość. Po piąte, uchylenie wyroków nie godzi w zasadę przewidywalności systemu prawnego, albowiem – z uwagi na specyfikę normowanej materii – nie spowoduje naruszenia uzasadnionych ekspektatyw. W ocenie sędziego powyższe czynniki dowodzą, że odstępianie od uprzedniej linii orzeczniczej jest usprawiedliwione i nie wynika z politycznych motywacji, ale z jej immanentnych defektów<sup>53</sup>. Wydaje się, że katalog przesłanek zaproponowany przez Alito nie jest kontrowersyjny na poziomie generalistów – jako taki przekonująco uzasadnia odejście od zasady *stare decisis* w oczach ideowych sojuszników sędziego. Jednak jego aplikacja w tym konkretnym przypadku nie była perswazyjnie skuteczna w stosunku do zwolenników tezy o istnieniu konstytucyjnego uprawnienia do przerwania ciąży, dla których reprezentatywne wydaje się stanowisko, że rozstrzygnięcie jest wyłącznie efektem zmian w personalnej kompozycji SN<sup>54</sup> (powołania trzech nowych sędziów przez prezydenta Donalda Trumpa) i będzie miało dramatyczne skutki dla społecznej legitymacji tej instytucji<sup>55</sup>.

## Wnioski

Analizowane w artykule orzeczenie bez wątpienia zajmie poczesne miejsce w annałach amerykańskiej jurysprudencji, choćby tylko ze względu na jego polityczną i aksjologiczną rolę. Jego recepcja odzwierciedla polaryzację społeczeństwa Stanów Zjednoczonych w odniesieniu do moralnej oceny zjawiska aborcji

52 *Dobbs...*, 46.

53 *Ibidem*, 66–69.

54 T. Day, D. Weatherby, *The Dobbs Effect: Abortion Rights in the Rear-View Mirror and the Civil Rights Crisis that Lies Ahead*, „William & Mary Law Review Online 2022, vol. 64, s. 12.

55 G.J. Simson, R.S. Simson, *Rescuing Roe*, „Legislation and Public Policy” 2022, vol. 24, s. 318.

i w kontekście oczekiwanego *modus operandi* judykatury. Naturalny entuzjazm przeciwników poglądu o istnieniu konstytucyjnego prawa do przerywania ciąży i zwolenników sędziowskiej powściągliwości *a’propos* rozstrzygnięcia kontrowersji natury politycznej silnie kontrastuje z niezwykle ostrą krytyką formułowaną z przeciwległych pozycji doktrynalnych. Reprezentatywnym przykładem w tym zakresie może być wypowiedź dziekana Wydziału Prawa Uniwersytetu w Berkeley Erwina Chemerinsky’ego, którego zdaniem wyrok jest wyłącznie wyrazem „konserwatywnego pragnienia położenia kresu prawom aborcyjnym i nie ma nic wspólnego z konstytucyjnymi zasadami czy też sędziowską metodologią (...) *Roe v. Wade* nie został uchylony z uwagi na zawarte w nim błędy w rozumowaniu bądź w metodzie interpretacji prawa, ale dlatego, że Donald Trump zdobył w 2016 r. prezydenturę i mianował trzech sędziów SN (...) Konserwatywni sędziowie są gotowi uchylić każdy precedens, którego nie aprobują. Są motywowani jedynie chęcią wprowadzenia w życie programu Republikanów, a nie jakąkolwiek filozofią orzekania czy doktryną wykładni (...) *Dobbs* nie jest niczym innym, jak tylko nieskrępowanym użyciem władzy w celu ograniczenia wolności i równości, zwłaszcza w stosunku do kobiet”<sup>56</sup>. Zdecydowanie nie podzielam tak radykalnej diagnozy, formułowanej – jak się wydaje – przede wszystkim z uwagi na negatywną ewaluację rozstrzygnięcia z pobudek aksjologicznych. W moim przekonaniu orzeczenie – przy wszystkich wskazanych wcześniej zastrzeżeniach – stanowi koherentną całość, jest zakorzonione w prawomocnych koncepcjach interpretacji amerykańskiej ustawy zasadniczej (umiarkowany oryginalizm; substancjalne, ale zarazem statyczne rozumienie klauzuli *due process*; ostrożność sądownictwa w odniesieniu do wyłączania kontrowersyjnych kwestii politycznych poza obszar demokratycznej deliberacji) i ufundowane na rozsądnym pojmowaniu zasady *stare decisis*. Równocześnie jednak warto nadmienić, że nie nastrocza większych trudności wyobrażenie sobie równie spójnego wyroku o całkowicie przeciwnej sentencji, opierającego się na alternatywnych propozycjach wykładni konstytucyjnej (refutacja oryginalizmu; dynamiczna interpretacja ustawy zasadniczej, łącznie z klauzulą *due process*; postrzeganie roli władzy sądowniczej w kategoriach aktywistycznych) i zakładającego silną deferencję wobec – przynajmniej niektórych – precedensów. Ostatecznie zatem ewaluacja wyroku jest refleksem ogólniejszych przekonań komentatora, mieszczących się raczej w sferze filozofii politycznej aniżeli w obszarze eksperckiej wiedzy prawniczej. Stąd też można spodziewać się, że kwestia „aborcja a Konstytucja” jeszcze długo pozostawać będzie jednym z kluczowych tematów amerykańskiego dyskursu publicznego, a orzeczenie nie uzyska w przewidywalnej przyszłości – a być może nigdy – statusu „ostatniego słowa” Sądu Najwyższego w przedmiotowej materii.

56 E. Chemerinsky, *Ending Roe is a Pure Exercise of Republican Power, Wielded to Reduce Women’s Freedom and Equality*, „Los Angeles Times” 24.06.2022.

BIBLIOGRAFIA

- Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 (1923).
- Amar V. D., *Morse*, School Speech, and Originalism, „UC Davis Law Review” 2009, vol. 42.
- Beckwith F.J., *Defending Life: A Moral and Legal Case Against Abortion Choice*, New York 2007.
- Beckwith F.J., The Supreme Court, *Roe v. Wade*, and Abortion Law, „Liberty University Law Review” 2006, vol. 1.
- Berger R., *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Indianapolis 1977.
- Black H. Campbell, The Principle of Stare Decisis, „The American Law Register” December 1886.
- Bork R.H., *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York 1990.
- Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).
- Butler J., *Undoing Gender*, New York 2004.
- Chemerinsky E., Ending *Roe* is a Pure Exercise of Republican Power, Wielded to Reduce Women's Freedom and Equality, „Los Angeles Times” 24.06.2022.
- Coppage v. Kansas*, 236 U.S. 1 (1915).
- Day T., Weatherby D., The *Dobbs* Effect: Abortion Rights in the Rear-View Mirror and the Civil Rights Crisis that Lies Ahead, „William & Mary Law Review Online” 2022, vol. 64.
- Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. (2022).
- Dworkin R., *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York 1993.
- Epstein L., Knight J., *The Choices Justices Make*, Washington 1998.
- Epstein L., Walker T.G., *Constitutional Law for a Changing America: Rights, Liberties, and Justice*, Washington 1992.
- Fallon R.H., Jr., *Implementing the Constitution*, Cambridge 2001.
- Ferrando F., *Philosophical Posthumanism*, London 2019.
- Forsythe C.D., A Draft Opinion Overruling *Roe v. Wade*, „The Georgetown Journal of Law & Public Policy” 2018, vol. 16.
- Freeman S., Quillin K., Allison L., Black M., Podgorski G., Taylor E., Carmichael J., *Biological Science*, Harlow 2017.
- Gans D.H., Reproductive Originalism: Why the Fourteenth Amendment's Original Meaning Protects the Right to Abortion, „SMU Law Review Forum” February 2022.
- Gerhardt M.J., *The Power of Precedent*, New York 2011.
- Glover J., *Causing Death and Saving Lives*, London 1990.
- Greenhouse L., *Becoming Justice Blackmun: Harry Blackmun's Supreme Court Journey*, New York 2005.
- Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).
- Guinness O., *The Case for Civility and Why Our Future Depends on It*, New York 2008.

- Horowitz D., *Dark Agenda: The War to Destroy Christian America*, West Palm Beach 2018.
- Lazarus E., *Closed Chambers: The Rise, Fall and Future of the Modern Supreme Court*, New York 1999.
- Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).
- Lazzarini Z., *The End of Roe v. Wade – States’ Power Over Health and Well-Being*, „New England Journal of Medicine” 2022, vol. 387.
- Levy L.W., *Seasoned Judgments: The American Constitution, Rights, and History*, New Brunswick 1995.
- Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).
- Machaj Ł., *The United States Supreme Court Reverses Itself: Sense of Injustice or Public Pressure?*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2015, vol. C/I.
- Marcus N.C., *Yes, Alito, There Is a Right to Privacy: Why the Leaked Dobbs Opinion Is Doctrinally Unsound*, „ConLawNOW” 2022, vol. 13.
- Nowak J.E., Rotunda R.D., Nelson Young J., *Constitutional Law*, St. Paul 1983.
- Norris P., Inglehart R., *Cultural Backlash: Trump, Brexit, and Authoritarian Populism*, New York 2019.
- Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015).
- Peachman K.N., *The Need to Codify Roe v. Wade: A Case for National Abortion Legislation*, „Journal of Legislation” 2019, vol. 45.
- Perry S.P., Jipping T., *Dobbs v. Jackson Women’s Health Organization: An Opportunity to Correct a Grave Error*, Washington 2021.
- Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).
- Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).
- Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961).
- Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).
- Rosenfeld A., Iden S., *Abortion*, (w:) S.G. Post (red.), *Encyclopedia of Bioethics*, vol. 1, New York 2004.
- Rubinfeld J., *On the Legal Status of the Proposition That „Life Begins at Conception”*, „Stanford Law Review” 1991, vol. 43.
- Sandel M.J., *Justice: What’s the Right Thing to Do?*, New York 2010.
- Scalia A., *Common-law Courts in a Civil Law System: the Role of United States Federal Courts in Interpreting Constitution and Laws*, (w:) A. Gutmann (red.), *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton 1997.
- Simson G.J., Simson R.S., *Rescuing Roe*, „Legislation and Public Policy” 2022, vol. 24.
- Singer P., *Rethinking Life and Death: The Collapse of our Traditional Ethics*, New York 1995.
- Strauss D.A., *The Living Constitution*, New York 2010.
- Strossen N., *Justice Ginsburg’s Legacy: Promoting All Fundamental Freedoms for All People Through Strategic Alliances and Incremental Reform*, „New York Law School Law Review” 2021/22, vol. 66.
- Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

Urbańczyk M., Fight Against Discrimination. Human Dignity in American Legal Tradition, Poznań 2022.

Viney W., William James' Pluralism: an Antidote for Contemporary Extremism and Absolutism, New York 2022.

Ziegler M., Abortion and the law in America: *Roe v. Wade* to the Present, New York 2020.