

# Struktura práva na potrat. Úvahy ve světle judikatury Nejvyššího soudu USA

Jakub Kríž\*

**Abstrakt:** V diskusí o lidských právech se nezdá setkáváme se zjednodušujícím pohledem: určité právo buď příznáno je, anebo není. Analýza subjektivního práva W. N. Hohfelda poukazuje na rozdílnost modalit různých subjektivních práv: jedním výrazem se označují odlišné právní (a mezilidské) vztahy. Text přenáší tento obecný poznatek do kontextu diskusí o střetu mezi právem nenarozeného dítěte na život a svobodou ženy nakládat se svým těhotenstvím podle své volby. Ukazuje, že ani v jurisdikci, v níž bylo právo na umělý potrat povýšeno na úroveň ústavního práva, nepanuje shoda o tom, v čem toto právo spočívá. Autor představuje nejdůležitější rozhodnutí Nejvyššího soudu USA týkající se otázky přístupu k umělým potratům.

**Klíčová slova:** umělý potrat, Nejvyšší soud USA, Wesley Newcomb Hohfeld, Roe v. Wade

## Vymezení problému

Existuje něco jako právo<sup>1</sup> na umělý potrat?<sup>2</sup>

Zdá se, že ano. Souběžně s ústavní maximou prohlašující lidský život za hodný ochrany již před narozením,<sup>3</sup> platí v České republice ustanovení § 4 odst. 1 zákona č. 66/1986 Sb., o umělém přerušení těhotenství, podle něž se ženě „*uměle přerušit těhotenství, jestliže o to písemně požádá, nepřesahuje-li těhotenství dvanáct týdnů a nebrání-li tomu její zdravotní důvody*“. Toto ustanovení nelze číst jinak, než že žena, která o to písemně požádá – a splní další podmínky stanovené jinými ustanoveními zákona, jež však nemají substantiální povahu – má právo na umělý potrat.

Ve Spojených státech amerických se pak běžně uvádí, že právo na bezpečný potrat je základním lidským právem zaručeným Ústavou USA, jak je interpretována ustálenou judikaturou Nejvyššího soudu.

S umělým potratem jako právem ženy zacházejí také různé mezinárodní *soft law* dokumenty; v právně závazné mezinárodní smlouvě však dosud deklarováno nebylo.

Nejen český právní řád zná zásadu *legální licence*, podle níž je osobám v právu (nikoliv veřejné moci) právně dovoleno konat vše, co zákon nezakazuje.<sup>4</sup> Zákony vyspělých i nevyspělých zemí zpravidla zakazují úmyslné usmrcení jiné osoby či výslovně dítěte v mateřském lůně (které bez pochyby osobou v právním slova smyslu je dnes i bylo dříve).<sup>5</sup>

\* JUDr. Jakub Kríž, Ph.D., advokát, Katolická teologická fakulta Univerzity Karlovy a Právnická fakulta UK. E-mail: kriz@lexius.cz, <https://orcid.org/0000-0003-1374-6488>. Text vznikl rozšířením a přepracováním příspěvku proneseného na konferenci *Nejmenší z nás* v roce 2018.

1 Výraz právo – ať již subjektivní či objektivní – v tomto textu vztahujeme k pozitivnímu právnímu řádu, jak je sociálně uplatňován ve státech či v mezinárodním společenství. Abstrahujeme tedy od jeho mravního rozměru a záměrně opouštíme od otázky, zda nespravedlivé právo (tj. morálně nepřijatelné) může být rozumně vůbec jako právo označováno.

2 Český legální termín *umělé přerušit těhotenství* či mezinárodní *interrupce* nahrazujeme výrazem *umělý potrat* pro jeho větší přesnost.

3 Srov. čl. 6 odst. 1 usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky (dále jen „Listina základních práv a svobod“).

4 Srov. čl. 2 odst. 4 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky.

5 K právní osobnosti *nascitura* (nenarozeného dítěte) srov. KRÍŽ, J. *Nasciturus jako neosoba? Právní rádce*. 2007, roč. 15,

K zakotvení práva matky usmrtit či nechat usmrtit své nenarozené dítě dochází formou výjimky z obecné trestněprávní normy jinak takové jednání zakazující.<sup>6</sup> Výjimka může být přitom tak široká, že trestného činu je velmi obtížné se dopustit.

Jsou však jurisdikce, které jdou ještě dále, v nichž je umělý potrat povýšen na ústavní právo (tj. ústavou zaručené subjektivní právo). Příkladem jsou Spojené státy americké, v jejichž ústavě sice o těhotenství či potratech není žádná zmínka, avšak v důsledku interpretační evoluce dospěl Nejvyšší soud k závěru, že i přes to je právo ženy na umělý potrat garantováno na ústavní úrovni.

Co však znamená, řekneme-li, že žena má právo na umělý potrat? Jaký je konkrétní obsah takového práva? Říkáme vůbec něco konkrétního? Znamená pouze svobodu (tedy beztrestnost) umělý potrat podstoupit? Anebo oprávnění přinutit někoho pod hrozbou právní sankce k jeho výkonu?

## 1. Subjektivní práva obecně a lidská práva zvlášť

Používáme-li pojem „mít na něco právo“, odkazujeme k existenci určitého subjektivního práva. Klasická česká jurisprudence se o něm vyjadřuje takto: „*Subjektivní právo je možnost chovat se způsobem objektivním právem nezakázaným [...]. Těto možnosti chování odpovídají právní povinnosti jiných právních subjektů. Vymahatelné právo se označuje jako právní nárok.*“<sup>7</sup>

V případě některých právních vztahů je určení obsahu subjektivního práva na první pohled nekomplikované, např. u civilní obligace tvořené dvojicí *dluh – pohledávka*. Tak například nájemce má právo na to, aby mu pronajímatel přenechal věc k dočasnému užívání. Zapůjčitel má právo, aby mu vydlužitel vrátil peněžitou zápůjčku ve sjednané lhůtě.

V rovině lidských práv – jež jsou také formou subjektivních práv<sup>8</sup> – se již vymezení obsahu subjektivního práva stává komplexnějším. Nekomplikovaný příklad může poskytnout čl. 12 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, který stanoví: „*Obydlí je nedotknutelné. Není dovoleno do něj vstoupit bez souhlasu toho, kdo v něm bydlí.*“

Subjekt práva je v tomto případě jednoduše určitelný: je jím každý, kdo bydlí (tedy má určité obydlí). Obsahem práva je (mimo další) schopnost vyloučit svým projevem vůle kohokoliv z možnosti do obydlí vstoupit. Subjektem odpovídající povinnosti je pak kdokoliv (v tomto smyslu hovoříme o právu *absolutním*, tj. působícím vůči všem).<sup>9</sup>

č. 5, s. 62–63. Srov. také VALC, J. Právní status nascitura v kontextu divergence soukromoprávní a veřejnoprávní metody regulace. In: STODOLA, J. – KRATOCHVÍL, M. (eds). *Nejmenší z nás 2017*. Moravská Ostrava: Bios – společnost pro bioetiku, 2018, s. 54–55.

<sup>6</sup> Český trestní zákoník (zák. č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů) rozeznává následující trestné činy: *nedovolené přerušení těhotenství bez souhlasu těhotné ženy* (§ 159), *nedovolené přerušení těhotenství se souhlasem těhotné ženy* (§ 160), *pomoc těhotné ženě k umělému přerušení těhotenství* (§ 161) a *svádění těhotné ženy k umělému přerušení těhotenství* (§ 162). Podrobněji VALC, J. Ochrana embrya a plodu v trestním a občanském právu. *Časopis zdravotnického práva a bioetiky* [online]. 2021, Vol. 11, No. 1 [cit. 2021-05-07]. Dostupné z: <<https://bit.ly/3ttBF7k>>.

<sup>7</sup> GERLOCH, A. Subjektivní právo. In: HENDRYCH, D. a kol. *Právnícký slovník*. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009 [online]. [cit. 2019-09-09]. Dostupné z: <<https://www.beck-online.cz/bo/document-view.seam?documentId=nnptembqhf64zrguxhg5lcnjsw5djozxsx3qojxm3y#>>>.

<sup>8</sup> Analýze tvrzení, že lidská práva jsou subjektivními právy, se podrobně věnuje ŠEJVLA, M. *Lidská práva jako subjektivní práva. Teoretické a historické aspekty*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2017.

<sup>9</sup> Příklad lze jistě komplikovat uváděním možnosti vstupu do obydlí bez souhlasu toho, kdo v něm bydlí, typicky například v důsledku nuceného výkonu práva.

Právní řád ovšem také přiznává subjektivní práva, u nichž není bez další právní specifikace zřejmé, ani komu je uložena odpovídající povinnost, ani jaký je jeho obsah. Typickým příkladem jsou práva a svobody, o nichž čl. 41 odst. 1 Listiny základních práv a svobod stanoví, že je možno se ho domáhat pouze v mezích zákonů, které tato ustanovení provádějí.

Existují tedy právní vztahy, u nichž dokážeme identifikovat, že subjekt je nositelem určitého subjektivního práva; určit jeho skutečný obsah je ovšem značně složité. Příkladem mohou být hospodářská, sociální a kulturní práva. Za mnohé uveďme např. čl. 33 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, který stanoví: „Každý má právo na vzdělání.“

Co to znamená? Mám například právo na dostudování vysoké školy a udělení titulu, který chci? Má veřejná moc povinnost zřizovat školy všech stupňů a druhů, abych mohl svoji touhu po vzdělání realizovat? Anebo je úkolem státu pouze vymezit svobodný prostor, v němž různé instituce nabízejí své vzdělávací služby? Má stát na vzdělání monopol? Je jeho úkolem stanovovat „správnou“ úroveň vzdělání? Má být maturitní zkouška organizována centrálně, anebo je věcí každé školy, jaké bude mít na maturanty požadavky? Musí všechny vzdělávací aktivity mít nějaký druh úředního uznání, anebo mohou působit také instituce mimo oficiální systém? Má stát finančně podporovat soukromé školy, aby tak nediskriminoval jejich žáky, když by jinak za vzdělání platili dvakrát (jednou formou školného, podruhé daněmi)? Je možné vystoupit ze systému a vyučovat děti doma? Za jakých podmínek?

Kdo má vůči mně jako nositeli oprávnění jemu odpovídající povinnosti – a jaké? Odpověď na tuto otázku není tak přímá jako v případě práva na nedotknutelnost obydlí. A příklady různých právních systémů nám ukazují, že v různých zemích jsou tyto otázky zodpovídaný různě.

V českém právním prostředí je tradičně pojem subjektivního práva a povinnosti zkoumán perspektivou aletické koncepce práv jako „*právní možnost (resp. míra možnosti) subjektu chovat se určitým způsobem, tj. možnost vyjádřená a zaručená objektivním právem, a tedy chráněná zvláštním způsobem stanoveným v právních normách*“.<sup>10</sup> Jak ukazuje M. Šejvl, taková analýza subjektivního práva nakonec pouze odhaluje, „že subjektivní právo je normativní možnost jednání, které je dovolené nějakým normativním systémem, a povinnost je normativní nutnost jednání, které je přikázané nějakým normativním systémem“ a „nijak nepočítá se vztahy mezi různými nositeli práv a povinností“,<sup>11</sup> přičemž právě regulace vztahů mezi subjekty je hlavním účelem normativních systémů.

Komplexnější analýze podrobil pojem subjektivního práva americký právní teoretik přelomu 19. a 20. století Wesley Newcomb Hohfeld.<sup>12</sup> Dospěl k závěru, že všechna tvrzení o právech lze redukovat na několik základních modalit, které označil jako nárok (nárokové právo), volnost, vliv a uzavření (imunitu).<sup>13</sup>

<sup>10</sup> BOGUSZAK, J. – ČAPEK, J. – GERLOCH, A. *Teorie práva*. 2. přepracované vydání. Praha: ASPI, 2004, s. 115.

<sup>11</sup> ŠEJVL, M. *Lidská práva jako subjektivní práva*, s. 36.

<sup>12</sup> HOHFEL, W. N. Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. *Yale Law Journal*. 1913, Vol. 23, No. 16, s. 28–59.

<sup>13</sup> Anglicky *claim, privilege (liberty), power a immunity*. Převod terminologie do češtiny není dosud ustálen. Rozhodl jsem se zvolit variantu preferovanou T. Sobkem a M. Šejvlem, srov. ŠEJVL, M. *Lidská práva jako subjektivní práva*, s. 38. V jiných textech jsem užíval více mechanický převod pojmů: nárokové právo, privilegium (svoboda), pravomoc (právní možnost) a imunita (srov. KRÍŽ, J. *Obsahové napětí mezi právem přirozeným a pozitivním a přístupy k jeho řešení*. Disertační práce. Univerzita Karlova, Právnická fakulta, Katedra teorie práva a právních učení. Vedoucí práce Pavel Holländer. 2012. Dostupné z: <<http://hdl.handle.net/20.500.11956/45167>>).

To lze rozvést tak, že 1) A má nárokové právo, aby B učinil  $\varphi$ , jestliže B má vůči A povinnost vykonat  $\varphi$ . 2) B má volnost učinit  $\varphi$  vůči A, jestliže A nemá vůči B nárokové právo, aby se zdržel  $\varphi$ . A naopak: B má volnost neučinit  $\varphi$  vůči A, jestliže A nemá nárokové právo, aby B učinil  $\varphi$ . 3) A se nachází v pozici vlivu vůči B, pokud jde o jednání  $\varphi$ , jestliže B má povinnost změnit svoji právní pozici v závislosti na uskutečnění  $\varphi$  ze strany A. 4) B je v pozici uzavření (imunity) ve vztahu k  $\varphi$  učiněnému ze strany A, jestliže A není v pozici vlivu změnit právní pozici B tím, že uskuteční  $\varphi$ .<sup>14</sup>

Vrátíme-li se k výše uvedenému příkladu práva na vzdělání, to se jeví ve světle Hohfeldovy analýzy jako souhrn většího množství dílčích „hohfeldovských“ práv. Jednou z jeho komponent je jistě volnost vzdělávat se, jejímž korelátem je absence nárokového práva ostatních požadovat po jiném zdržet se vzdělávání. Do rozsahu práva na vzdělání současně spadá také nárokové právo přístupu ke vzdělání, jemuž koreluje povinnost (za určitých právních stanovených okolností) státu (či někoho jiného) vzdělání poskytnout.

Jestliže je pojem (subjektivního, lidského) práva tak široký, že zahrnuje řadu zcela odlišných vztahů, můžeme vůbec hovořit o (subjektivním, lidském) právu obecně? Či jak se táže Finnis: „*Existuje nějaké obecné vysvětlení toho, co je to mít právo?*“<sup>15</sup>

John Finnis poukazuje na různé možnosti vysvětlení.<sup>16</sup> Podle prvního představují práva (ve všech „hohfeldovských“ formách) prospěch poskytovaný právními normami osobám ve vztahu k jiným. Můžeme hovořit o teorii prospěchu či zájmu. Vůči ní lze namítnout, že pouze zrcadlí povinnosti vyplývající z právních norem. Alternativu nabízí teorie volby. Ústředním bodem a jednotící charakteristikou právních norem garantujících určitá práva je podle ní specifické uznání osobní volby a respekt vůči ní. Tohoto uznání se může dostat buď v negativní podobě, tj. zákazem zásahů do provedené volby (což je případ svobod a imunit), anebo v pozitivní podobě poskytnutím právního nebo mravního důsledku volby (v případě nárokového práva a pravomoci). V tomto druhém pojetí subjektivní práva nejsou pouhým odrazem právních povinností, ale představují možnost využití autonomního prostoru svobody. Tím se nepopírá, že každému právu odpovídá povinnost jiného; zdůrazňuje se však, že její existence je do určité míry v dispozici toho, kdo vykonává subjektivní právo. V tomto smyslu proto označoval H. L. A. Hart nositele subjektivního práva za dočasného či malého suveréna ve vztahu k osobě, které může výběrem svého práva uložit povinnost.<sup>17</sup>

John Finnis dilema mezi teorií prospěchu a teorií volby neřeší. Nabízí vlastní uchopení pojmu subjektivního práva: „*[O subjektivním právu lze bezpečně hovořit], kdekoli základní princip nebo požadavek praktické rozumnosti nebo pravidlo z nich odvozené poskytuje A, a každému a všem členům třídy, k níž A náleží, prospěch spočívající (i) v pozitivním nebo negativním požadavku (závazku) uloženému B (mj. včetně jakéhokoliv požadavku nezasahovat do aktivit A nebo do užívání některých jiných forem dobra ze strany A) nebo (ii) ve schopnosti vyvolat podřízení B takovému požadavku nebo (iii) ve vynětí (uzavření, imunity) z toho, aby sám byl podřízen ze strany B takovému požadavku.*“<sup>18</sup>

<sup>14</sup> Srov. FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1980, s. 199.

<sup>15</sup> *Ibidem*, s. 203.

<sup>16</sup> Srov. *ibidem*, s. 205.

<sup>17</sup> HART, H. L. A. Are There Any Natural Rights? *The Philosophical Review*. 1955, Vol. 64, No. 2, s. 175–191.

<sup>18</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, s. 205.

Hohfeldova analýza a její Finnisovo rozšíření jsou užitečné zejména proto, že dokážou odkrýt strukturu subjektivního práva v jeho podobě mezilidského vztahu. Při uvažování o lidských právech lze často sklouznout k povrchnímu uvažování o subjektivním právu jako dvouprvkovém vztahu – vztahu mezi osobou a objektem práva. Takové uvažování se vyznačuje přemírou výroků typu „mám právo na...“, proti kterým zpravidla není korektní vznášet námitky. Vždyť kdo by chtěl riskovat nařčení ze zpochybňování lidských práv?

Je-li naší ambicí rozumně uchopit obsah jakéhokoliv ústavou garantovaného lidského práva, nezbyvá nám nic jiného než ho přeložit do logických trojčlenných relací. Nemá-li být tvrzení „A má právo na  $\varphi$ “ pouhou obecnou proklamací, ale skutečnou výpovědí o právním vztahu, je třeba přesně specifikovat obsah právního vztahu, který je lidským právem založen. Tato specifikace vyžaduje podle Finnisse určit, 1) kdo jsou osoby B (B1, B2, B3 ... Bn), jejichž povinností je respektovat právo A, 2) v čem tato povinnost osob B přesně spočívá, 3) které osoby A (A1, A2, A3 ... An) jsou oprávněny splnění povinnosti ze strany B vyžadovat, 4) za jakých podmínek oprávněná osoba A svého práva pozbývá či zda a za jakých podmínek se ho může vzdát, 5) jaká oprávnění k vynucení konání či nekonání ze strany povinné osoby B má oprávněná osoba A a jakými prostředky může toto oprávnění realizovat, a především 6) jaký prostor svobody má oprávněná osoba A pro realizaci svého práva, zejména jak je tato svoboda omezena povinnostmi oprávněné osoby A především s ohledem na to, aby se nedostala do konfliktu s právy jiných osob.<sup>19</sup>

Jak vidíme, bod 6) omezuje právo A právem jiné osoby, přičemž i toto právo jiné osoby C musí být specifikováno podle bodů 1) až 6), včetně toho, že je opět omezeno právem jiné osoby D, které si také vyžaduje specifikaci a které je také omezeno právem další osoby E, což lze řetězit až do n, které se rovná počtu subjektů práv. Jednoduchá proklamace *A má [subjektivní/ lidské/ ústavou zaručené] právo na  $\varphi$*  se tak v důsledku podrobné analýzy rozpadá na složitý mechanismus vzájemně provázaných právních vztahů.

Vidíme také, že různá právním řádem zaručená práva se omezují navzájem a mohou stát ve vzájemné kolizi: právě nalézání spravedlivé rovnováhy v případech vůči sobě stojících základních práv je jednou z nejobtížnějších soudních disciplín. Jak provést specifikaci ve smyslu bodu 6), která určí, kde převáží zájem na realizaci jiného práva? Moderní konstitucionalistika v této situaci aplikuje princip proporcionality.<sup>20</sup> Ten bývá chápán jako neutrální ústavní princip, tj. takový princip, který neupřednostňuje určitou hodnotovou koncepci.

Je však možné provést poměrování dvou v kolizi stojících práv hodnotově „neutrálně“, tj. nezávisle na jakékoliv koncepci lidského dobra? Stojí-li v konkrétním případě v kolizi tvrzené právo nenarozeného dítěte na život a tvrzené právo ženy na ochranu soukromí, může být v konkrétní věci výsledkem poměrování převážení pouze jednoho z práv. Aby mohla být obě práva poměřována a aby mohlo být rozhodnuto, musí do hry vstoupit úvahy o tom, co je lidský život, jaká je jeho hodnota, komu náleží právo na život, zda je jeho obsah různý v závislosti na vnějších okolnostech, co je soukromí, jaký je jeho obsah, jakou má hodnotu apod. Všechny tyto úvahy musí být pojmově založeny na určité hodnotové

<sup>19</sup> FINNIS, J. M. Menschenrechte und die letzte Begründung des Rechts. In: SUAREZ, A. – FINNIS, J. M. – GRITSCHNEDER, O. *Recht auf Gerechtigkeit*. Köln: Lindenthal-Institut, 1978, s. 70–73.

<sup>20</sup> HOLLÄNDER, P. *Ústavněprávní argumentace. Ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003, s. 21.

koncepti.<sup>21</sup> Způsob řešení v kolizi stojících práv je tudíž projevem konkrétního hodnotového systému zastávaného tím, kdo volbu provádí.

Jinak řečeno, pro potřebu jakékoliv specifikace lidských práv se vyžaduje „určitá představa o lidském dobru, o individuálním rozkvětu ve formě (nebo více formách) soužití, které tento rozkvět podporují“.<sup>22</sup>

Příliš horlivá rétorika „mám právo na...“, která nezohledňuje pojetí lidského práva jako tříprvkového vztahu, přehlíží nutnost jeho detailní specifikace a nepohlíží na lidská práva v kontextu obecného dobra, může až příliš jednoduše přiřadit určitým právům status, který jim nenáleží, například jejich absolutizací. Takové prosazování určitých lidských práv se v konečném důsledku může stát nástrojem porušování lidských práv jako celku, tedy nástrojem nespravedlnosti.

## 2. Právo na potrat v judikatuře Nejvyššího soudu USA

### 2.1 Zjevení práva

Základním milníkem současné právní regulace umělých potratů v USA je rozsudek ve věci *Roe v. Wade* z roku 1973.<sup>23</sup>

Jeho význam nespočívá pouze v rovině ochrany nenarozeného života, ale také v rovině centralizace moci: lze ho vnímat také v kontextu dlouhodobé tenze mezi federací a členskými státy. Až do vynesení rozsudku nebyla otázka umělých potratů na federální úrovni upravena; každý z členských států ji měl vyřešenou po svém. Orgány federace – Kongres, prezident a jeho administrativa a federální soudy – mohou jednat pouze v mezích pravomocí, které jim Ústava svěřuje. A protože ta umělé potraty nezmiňuje ani na jediném místě, mělo se až do roku 1973 za to, že jejich právní úprava spadá do výlučné pravomoci členských států.

Současně platí čtrnáctý dodatek Ústavy z roku 1868 zakazující státům vydat nebo provádět zákon omezující privilegia nebo imunity občanů Spojených států, zbavit někoho života, svobody nebo majetku bez řádného soudního procesu nebo upírat někomu rovnou ochranu práva. V jeho důsledku došlo k prozáření práv a svobod zaručených na federální úrovni také na úroveň jednotlivých států; současně umožnil Nejvyššímu soudu tu a tam překročit tenkou hranici mezi výkladem práva a normotvorbou.<sup>24</sup>

Ve věci *Roe v. Wade* se paní Norma McCorvey ze státu Texas – vystupující pod v justici obvykle užívaným pseudonymem *Roe* – domáhala provedení umělého ukončení svého třetího těhotenství. Umělý potrat byl v Texasu umožněn pouze v případě ohrožení života ženy. Texas nebyl v tomto ohledu nijak výjimečným státem. V různé míře restriktivní úprava přístupu k umělým potratům existovala ve 37 státech USA; zbývající státy aplikovaly

<sup>21</sup> To lze ostatně dobře ilustrovat na rozhodování soudů ve vztahu k umělému potratu. Časté řešení je takové, že v prvních fázích života lidského plodu převažuje zájem matky na ochraně soukromí, zatímco v pozdějších fázích již nikoliv. Toto řešení je úzce spjato s pojetím lidského plodu coby potenciální lidské bytosti, která se teprve postupně stává osobou. Srov. LEE, P. – GEORGE, R. P. *Body-Self Dualism in Contemporary Ethics and Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 119 an.

<sup>22</sup> FINNIS, J. M. *Menschenrechte und die letzte Begründung des Rechts*, s. 80.

<sup>23</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu USA ve věci *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973).

<sup>24</sup> K podrobnostem srov. DOSTÁL, M. *Dějiny Nejvyššího soudu Spojených států*. Praha: Ústav státu a práva AV ČR, 2020, s. 62.

buď o něco liberálnější tzv. ALI model<sup>25</sup> a umožňovalo potraty v případě ohrožení života, zdraví (fyzického či mentálního) ženy, v případě, kdy plod by byl narozen s vážnými fyzickými nebo mentálními defekty nebo jestliže k těhotenství došlo v důsledku incestu či znásilnění, a čtyři státy přístup k potratům neomezovaly. Nejliberálnějším z nich byl New York, který nepožadoval ani podmínku trvalého pobytu ženy ve státě, takže byl centrem potratové turistiky v USA.<sup>26</sup>

Nejvyšší soud byl postaven před otázku, zda Ústava USA zaručuje právo ženy ukončit těhotenství umělým potratem. Jedině v případě kladné odpovědi totiž může federální moc suspendovat životu příznivé zákonodárství jednotlivých států.

Rozhodování o této otázce se nedělo ve vzduchoprázdnu. V roce 1965 Nejvyšší soud artikuloval ústavní právo na soukromí: stalo se tak v rozsudku ve věci *Griswold v. Connecticut*, v němž dospěl k závěru, že státy nemohou omezovat přístup manželských párů k poradenství ve věcech antikoncepce a v přístupu k ní.<sup>27</sup> Na něj navazovalo rozhodnutí ve věci *Eisenstadt v. Baird*, které na základě požadavku na rovný přístup zaručilo tatáž práva nesezdaným párům.<sup>28</sup> Přímou umělých potratů se pak týkalo rozhodnutí ve věci *United States v. Vuitch*, v němž Nejvyšší soud shledal, že zákaz umělých potratů s výjimkou situací, v nichž jde o zachování matčina života nebo zdraví, není protiústavně neurčitý.<sup>29</sup>

Soudní mocí dovozené právo na soukromí připravilo půdu pro argumentaci paní *Roe*. Mělo do něj být zasaženo více způsoby. V případě lékaře se jevil jako problematické, že legálnost výkonu umělého potratu je závislá na ohrožení života ženy, což je vágní situace, a právo státu Texas tak lékaři neposkytovalo jistotu, kdy potrat vykonává legálně a kdy již nikoliv. V případě ženy pak těhotenství mělo představovat narušení běhu jejího života, když v jeho důsledku mohla přijít o práci a ohrozit také své materiální zajištění.<sup>30</sup>

Právně se advokátka paní *Roe* opírala o devátý dodatek Ústavy (stanovící, že výčet práv v Ústavě nesmí být vykládán jako popření nebo zlehčení ostatních práv náležejících lidu)<sup>31</sup> a klauzuli spravedlivého procesu (*Due Process of Law*) a rovného přístupu k právům podle čtrnáctého dodatku.

Východiskem úvah Nejvyššího soudu se stalo konstatování, že zákony zakazující výkon umělého potratu s výjimkou ohrožení života ženy nemají svůj původ ani v antickém, ani v *common law* právu, ale spíše odrážejí zákonný vývoj druhé poloviny 19. století.<sup>32</sup>

<sup>25</sup> Nazvaný podle iniciál organizace *American Law Institute*, která ho navrhla.

<sup>26</sup> *Roe v. Wade*. In: *Body Politic. The Supreme Court and Abortion Law* [online]. [cit. 2019-09-13]. Dostupné z: <<https://projects.oyez.org/body-politic/>>. Není proto velkým překvapením, že v roce 2019 stát New York přijal v den 46. výročí *Roe v. Wade* zákon o reprodukčním zdraví (*Reproductive Health Act*), kterým odstranil zbývající dílčí restrikce umělého potratu ve třetím trimestru až do samého okamžiku porodu a zcela odstranil umělý potrat z trestního zákoníku (bez ohledu na to, kým je vykonán a zda není projevem násilí na ženě).

<sup>27</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu USA ve věci *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965).

<sup>28</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu USA ve věci *Eisenstadt v. Baird*, 405 US 438 (1972).

<sup>29</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu USA ve věci *United States v. Vuitch*, 402 US 62 (1971). Specifikem případu bylo, že se týkal právní úpravy ve Washingtonu, D.C., který není součástí žádného z členských států USA a je přímo spravován federálními orgány. Předmětem řízení přitom nebyla snaha matky domoci se umělého potratu, ale posouzení ústavnosti trestního stíhání lékaře protiprávně provádějícího umělý potrat.

<sup>30</sup> *Roe v. Wade. Body Politic. The Supreme Court and Abortion Law* [online]. [cit. 2019-09-13]. Dostupné z: <<https://projects.oyez.org/body-politic/>>.

<sup>31</sup> Jak poznamenává M. Dostál, obsah dodatku je spíše zahalen tajemstvím a patrně reflektuje přesvědčení, že Ústavě je nadřazeno přirozené právo. DOSTÁL, M. *Dějiny Nejvyššího soudu Spojených států*, s. 63.

<sup>32</sup> *Roe v. Wade*, 129.

Toto tvrzení, jež soud podepřel historickou analýzou trestního práva, bylo později zpochybňováno jako reduktivní.<sup>33</sup>

Nejvyšší soud spíše než na právo ženy na potrat zaměřil svoji pozornost na práva lékaře. Dospěl k závěru, že státy nemohou právně regulovat umělý potrat v prvním trimestru, neboť se jedná o soukromé medicínské rozhodnutí mezi ženou a lékařem.<sup>34</sup> V prvním trimestru převládá právo ženy na soukromí a žena tak má naprostou autonomii rozhodovat o svém těhotenství.

Pokud jde o další fáze těhotenství, mohou státy přístup k umělým potratům regulovat nebo zakázat, aby ochránily to, čemu Nejvyšší soud říká *potenciální život*. Přestože „*právo na soukromí zahrnuje rozhodnutí o potratu*“, nemůže být chápáno jako neomezené a „*v určitých chvílích těhotenství*“ mohou převážit „*dostatečně přesvědčivé*“ důvody pro právní regulaci těhotenství.<sup>35</sup> Tyto důvody se objevují v závislosti na životaschopnosti plodu. Soud připouští, že jestliže „*má stát zájem na ochraně plodu po jeho životaschopnosti, může jít až k zákazu potratů v tomto období [těhotenství], s výjimkou případů nezbytnosti k záchraně života nebo zdraví matky*“.<sup>36</sup>

Nejvyšší soud tak do právního řádu USA uvedl tzv. trimestrální analýzu. Možnost státu chránit život plodu se odvíjí od příslušného stádia těhotenství (trimestru). Čím je plod více životaschopný, tím více může být chráněn; v prvním trimestru je jakákoliv ochrana vyloučena. Povinnost chránit plod ovšem státy nemají v žádné fázi těhotenství.

Přestože byl *Roe v. Wade* přijat přesvědčivou většinou 7:2, nebyli o kvalitě jeho argumentace přesvědčeni ani příznivci práva ženy na potrat. Kritizován byl například také pozdější soudkyně – a oddanou zastánkyní práva na potrat – R. B. Ginsburg, a to dokonce tak silně, že její nominace na soudkyni Nejvyššího soudu prezidentem Clintonem vyvolala pochybnosti některých feministických skupin.<sup>37</sup>

Spíše konzervativní předseda soudu Burger hlasoval s většinou – patrně snad z důvodu, že jeho nesouhlas by stanovisko soudu nezměnil, ovšem jako součást většiny mohl využít právo přidělit sepsání odůvodnění soudci Blackmunovi s nadějí, že jim sepsané rozhodnutí nebude tak radikální jako v případě jiných soudců.<sup>38</sup> Sám Burger sepsal *concurring opinion*, v němž zastával stanovisko, že rozhodnutí neumožňuje potrat na žádost.

Oba soudci hlasující proti rozhodnutí připojili svá odlišná stanoviska.

Disentující soudce White namítal, že potrat není v Ústavě zmíněn a uvedl, že „*soud si zjevně cení pohodlí těhotné ženy výše než nepřetržitě existence a rozvoje života nebo potenciálního života, který nosí*“.<sup>39</sup>

<sup>33</sup> Např. podle J. Finnise byli autoři čtrnáctého dodatku velmi dobře seznámeni s Blackstonovými komentáři. Blackstone mezi absolutními individuálními právy uvádí „právo na osobní bezpečnost“, které zahrnuje také právo na osobní integritu (nerušené užívání života, údů, těla, zdraví a dobrého jména), jehož nositelem je již dítě v lůně mateřském; přičemž toto právo jako *přirozené* nebylo státem vytvořeno, toliko uznáno. Srov. FINNIS, J. Abortion is Unconstitutional. *First Things*. April 2021 (Kindle Edition).

<sup>34</sup> „Up to those points, the abortion decision in all its aspects is inherently, and primarily, a medical decision, and basic responsibility for it must rest with the physician.“ Rozsudek Nejvyššího soudu USA ve věci *Roe v. Wade*, 410 US 166 (1973).

<sup>35</sup> *Roe v. Wade*, 154.

<sup>36</sup> *Roe v. Wade*, 163.

<sup>37</sup> Srov. GUPTA, A. H. Why Ruth Bader Ginsburg Wasn't All That Fond of *Roe v. Wade*. *The New York Times* [online]. 21. 9. 2020 [cit. 2021-03-29]. Dostupné z: <<https://www.nytimes.com/2020/09/21/us/ruth-bader-ginsburg-roe-v-wade.html>>.

<sup>38</sup> DOSTÁL, M. *Dějiny Nejvyššího soudu Spojených států*, s. 547.

<sup>39</sup> *Roe v. Wade. Body Politic. The Supreme Court and Abortion Law* [online]. [cit. 2019-09-13]. Dostupné z: <<https://projects.oyez.org/body-politic/>>.



Obdobně soudce Rehnquist uváděl, že otázka povolení umělého potratu není v kompetenci federace, ale jednotlivých států. Vymezoval se také vůči většinovému pojetí práva na soukromí a namítal, že Ústava právo na potrat nezná: „*Skutečnost, že většina států – což především odráží většinové mínění v těchto státech – má již nejméně sto let restrikce potratů, je podle mého názoru silným indikátorem, že tvrzené právo na potrat není, tak zakořeněno v tradici a svědomí našeho lidu, aby mohlo být hodnoceno jako základní. [...]* Aby soud mohl dospět k svému závěru, musel nezbytně zahrnout do rozsahu čtrnáctého dodatku právo, které bylo autorům dodatku naprosto neznámé.“<sup>40</sup>

Rozsudek ve věci *Roe v. Wade* je pravděpodobně globálně nejvíce diskutovaným rozhodnutím Nejvyššího soudu USA a pronikl i do českých učebnic jako typický příklad soudcovské tvorby práva.<sup>41</sup> Je také příkladem toho, jak soudní moc v klíčové otázce aktivisticky<sup>42</sup> zcela změnila právní úpravu, a přitom se obešla bez rozhodnutí zákonodárné moci. Nejvyšší soud fakticky vnutil svůj pohled na potraty 46 státům USA, které musely svoji legislativu změnit,<sup>43</sup> a přisoudil federaci novou kompetenci. O více než 40 let později bylo obdobným mechanismem v USA „legalizováno“ manželství osob stejného pohlaví.<sup>44</sup>

Důsledky rozsudku byly z hlediska ochrany nenarozeného života rozsáhlé. Ze dne na den padla v celých Spojených státech jakákoliv právní ochrana nenarozených dětí v rané fázi těhotenství. Právně se vytvořila zjevná disbalance: ženy získaly ústavní právo na federální úrovni na umělý potrat v prvním trimestru, nenarozené děti o právo na život přišly až do okamžiku porodu.

Jakkoliv je rozsudek ve věci *Roe v. Wade* pro ustavení „práva na potrat“ v USA klíčový, o jeho obsahu říká velmi málo a mnohé otázky ponechává neřešené. Soud pouze „zjevil“, že v prvním trimestru nelze umělý potrat ze žádného důvodu zakázat; současně naznačil důvody, které ho k tomu vedly a které se do budoucna staly vodítky pro posuzování dílčích národních úprav. To otevřelo dveře značné variabilitě právních úprav jednotlivých států – od maximálně restriktivní (nakolik to jde, aby nebyla Nejvyšším soudem zrušena) po „liberální“ umožňující umělý potrat ještě v průběhu porodu. A samozřejmě dalším soudním sporům.

## 2.2 Neúměrné břemeno

Rozsudek ve věci *Roe v. Wade* představoval startovní výstřel závodu ve změnách právní úpravy nenarozeného života. Zatímco liberální státy své zákonodárství více otevřely možnostem provádění umělých potratů, konzervativní hledaly způsoby, jak alespoň omezeně uvést do souladu přesvědčení o právu nenarozených lidí na život s judikatorně dovozeným právem ženy na umělý potrat. Přijímaly tak různé dílčí restrikce, které sice

<sup>40</sup> *Roe v. Wade. Body Politic. The Supreme Court and Abortion Law* [online]. [cit. 2019-09-13]. Dostupné z: <<https://projects.oyez.org/body-politic/>>.

<sup>41</sup> Srov. např. VARVAŘOVSKÝ, P. *Základy práva. O právu, státě a moci*. Praha: Wolters Kluwer, 2015, s. 28.

<sup>42</sup> Stopy aktivismu nese již samotné procesní uchopení věci: v době rozhodování již bylo dítě paní *Roe* narozeno a předáno k adopci „a procesně se nabízelo věc odmítnout z důvodu odpadnutí důvodu sporu [mootnes]“. DOSTÁL, M. *Dějiny Nejvyššího soudu Spojených států*, s. 546.

<sup>43</sup> Současně je poctivé přiznat, že v mnoha státech v té době probíhaly posuny společenských nálad, které se odrážely také v legislativních změnách. Přinejmenším v některých státech by k legalizaci potratů došlo jistě i bez zásahu Nejvyššího soudu cestou rozhodnutí zákonodárné moci.

<sup>44</sup> Stalo se tak rozsudkem ve věci *Obergefell v. Hodges*, 576 US \_\_ (2015).

nevyklučovaly právo ženy na provedení umělého potratu, ale zohledňovaly zájmy nena-  
rozeného života. Tyto restriktivní úpravy byly pravidelně potratovými organizacemi na-  
padány u soudů.

V průběhu první dekády po *Roe v. Wade* shledal Nejvyšší soud protiústavním ustanov-  
ení zákona státu Missouri zakazující některé formy umělého potratu a vyžadující k po-  
tratu souhlas manžela, případně rodičů,<sup>45</sup> anebo zákon státu Ohio vyžadující extenzivně  
pojatý informovaný souhlas žadatelky o potrat a čtyřiaadvacetihodinovou čekací lhůtu;<sup>46</sup>  
naopak aproboval zákazy či restrikce, pokud jde o příspěvky na provádění umělých potra-  
tů z veřejných prostředků.<sup>47</sup>

V osmdesátých a devadesátých letech 20. století mnohé nasvědčovalo možné proměně  
přístupu Nejvyššího soudu. Ten byl především doplněn o tři soudce jmenované preziden-  
tem Reaganem a později o dva jmenované prezidentem Bushem starším, a tak se zdálo,  
že překonání *Roe* (tzv. *overruling*) je na dosah. V roce 1989 soud shledal ústavně konform-  
ním zákon státu Missouri, který zakazoval provádět umělé potraty v zařízeních finan-  
covaných z veřejných prostředků a interrupci v době od dvacátého týdne podmiňoval  
lékařským testem životaschopnosti plodu.<sup>48</sup> O dva roky později Nejvyšší soud aproboval  
zákaz poskytování poradenství v oblasti umělých potratů klinikám pobírajícím federální  
příspěvky.<sup>49</sup>

Obě tato rozhodnutí byla přijata těsnou většinou 5:4 a k pokusu o překonání *Roe v. Wade*  
v nich nedošlo. Nepřispěla ani k vytvoření národního konsenzu o kompromisní úpravě:  
zastánci *pro-life* usilovali i nadále o zrušení *Roe*, jejich oponenti se naopak nechtěli smířit  
s žádnými významnými omezeními v přístupu k umělým potratům.

Nejvíce nadějí upírala *pro-life* veřejnost k rozhodování věci *Planned Parenthood of South-  
eastern Pennsylvania v. Casey*.<sup>50</sup> Marně, rozsudek představoval z jejího pohledu fiasko.  
O co ve věci šlo?

Stát Pensylvánie v roce 1982 přijal *Pennsylvania Abortion Control Act* (Pensylvánský  
zákon o kontrole potratů), v němž zavedl pravidla, kterým se musela podrobit žena usi-  
lující o umělý potrat. Vdané ženy musely svůj úmysl sdělit manželovi, u žen pod 18 let se  
vyžadoval souhlas rodičů, kteří se museli spolu s dcerou zúčastnit alespoň jedné konzul-  
tace s lékařem, mezi úvodní konzultací a vlastní procedurou muselo uběhnout nejméně  
24 hodin a od zdravotnických zařízení se vyžadovalo vykazování počtů provedených po-  
tratů.<sup>51</sup>

Je zjevné, že ti, kteří v duchu *Roe v. Wade* vnímali umělý potrat jako soukromé roz-  
hodnutí mezi ženou a jejím lékařem, nebyli s takovou právní úpravou spokojeni. V infor-  
mování manžela viděli příležitost pro psychické i tělesné násilí, povinný souhlas rodičů  
představoval zdržování a povinná čtyřiaadvacetihodinová prodleva měla nutit ženy k dvo-  
jí návštěvě potratové kliniky, což je obtížné až nemožné v případě žen z venkovských  
oblastí.

<sup>45</sup> Rozsudek ve věci *Planned Parenthood v. Danforth*, 428 US 52 (1976).

<sup>46</sup> Rozsudek ve věci *Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 US 416 (1983).

<sup>47</sup> Rozsudky ve věci *Mather v. Roe*, 432 US 464 (1977) a *Harris v. McRae*, 488 US 297 (1980).

<sup>48</sup> Rozsudek ve věci *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 US 490 (1989).

<sup>49</sup> Rozsudek ve věci *Rust v. Sullivan*, 500 US 173 (1991).

<sup>50</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu USA ve věci *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 US 833 (1992).

<sup>51</sup> *Roe v. Wade. Body Politic. The Supreme Court and Abortion Law* [online]. [cit. 2019-09-13]. Dostupné z: <<https://projects.oyez.org/body-politic/>>.

Případ vyvolal na soudu podstatně větší kontroverze než *Roe v. Wade*. Soud byl již personálně obměněný – všechny soudce od *Roe* jmenovali prezidenti Regan a Bush starší – a existovala reálná šance, že rozsudek *Roe v. Wade* bude překonán. Významná část soudců se vyslovovala pro potvrzení ústavnosti pensylvánského zákona na základě překonání precedentu. Nakonec zvítězil „kompromis“: rozsudek *Roe v. Wade* překonán nebyl a současně byl pensylvánský zákon ve většině potvrzen – došlo „pouze“ ke zrušení povinnosti informovat manžela. Rozsudek byl přijat nejtěšnější možnou většinou, poměrem hlasů 5:4.

Rozhodnutí se poněkud alibisticky dovolává známé teze „osobně jsem proti potratům, ale...“; činí tak s odvoláním na zásadu *stare decidis*, která podle většiny působí jako silný argument pro potvrzení jádra rozsudku ve věci *Roe v. Wade*, bez ohledu na stupeň souhlasu či nesouhlasu s ním, neboť v *Roe* konstruované ústavní právo na potrat se stalo součástí právních pravidel akceptovaných většinou Američanů (*rule of law*).

Inovaci oproti předchozímu rozsudku, která umožnila „kompromisní řešení“,<sup>52</sup> bylo zavedení standardu „neúměrného břemena“, jímž se má nadále poměřovat právní úprava umělých potratů: „*Neúměrné břemeno [undue burden] je zkratkou pro závěr, že státní regulace má účel nebo účinek spočívající v uložení podstatné překážky do cesty ženě usilující o potrat neživotného plodu. Právní předpis s takovým účelem je neplatný, protože prostředky zvolené státem k podpoře potenciálního života musí být zaměřeny k informování svobodné vůle ženy, nikoliv k jejímu popření. Právní předpis, jenž směřuje k podpoře potenciálního života nebo k jinému oprávněnému státnímu zájmu a má za účinek uložení podstatné překážky na cestě k ženě volbě, nemůže být považován za přípustný prostředek dosažení legitimního cíle.*“<sup>53</sup>

Testem neúměrné zátěže prošla všechna opatření pensylvánského zákonodárství s výjimkou povinnosti informovat manžela. Zde se soud odvolal na skutečnost domácího násilí: „*V dobře fungujících manželstvích spolu manželé diskutují důležitá intimní rozhodnutí, jako zda přivést na svět dítě. Ale v této zemi existují miliony žen, které jsou oběťmi pravidelného fyzického nebo psychologického zneužívání ze strany svých manželů. Když takové ženy otehotní, mohou mít velmi dobré důvody nepřát si informovat svého manžela o rozhodnutí podstoupit potrat.*“<sup>54</sup>

Soud v *Planned Parenthood* nahradil trimestrální přístup z *Roe v. Wade* přístupem „životaschopnosti“, jehož autory jsou soudci Kennedy, O'Connorová a Souter. Podle této metody jsou státy oprávněny poskytnout ochranu plodu, jestliže dosáhl životaschopnosti, tj. okamžiku, po němž je plod schopen přežít mimo dělohu: „*Linie životaschopnosti obsahuje také, v praktickém ohledu, prvek férovosti. V určitém širším smyslu může být řečeno, že žena, která nekonala před okamžikem životaschopnosti, souhlasila se zásahem státu jako zástupce rozvíjejícího se dítěte. Právo ženy ukončit těhotenství před životaschopností je ústředním principem *Roe v. Wade*. Jde o prvek vlády práva a svobody, kterého se nemůžeme zříci.*“<sup>55</sup>

<sup>52</sup> Umožnila ho proto, že jej jeho autorka – soudkyně O'Connorová – vytvořila pro potřeby svého *concurring opinion* ve věci *Websetr v. Reproductive Health Service*. Použití testu umožnilo soudkyni připojit se k většině. K podrobnostem srov. DOSTÁL, M. *Dějiny Nejvyššího soudu Spojených států*, s. 646.

<sup>53</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 877.

<sup>54</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 893.

<sup>55</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 870–871.

Nahrazení trimestrálního přístupu konceptem životaschopnosti plodu a zákaz neúměrného břemena představovaly nový precedent pro právní úpravu umělých potratů: konkretizovaly neurčité zmínky v *Roe v. Wade* o tom, že od určitého okamžiku může stát upřednostnit právo počatého člověka na život před právem ženy na potrat. Jistá obecnost pojmu neúměrného břemena (nebylo např. vymezeno, zda se jedná o neúměrnost kvalitativní, tj. ohledně dopadu na jednu ženu, či kvantitativní, podle toho, na kolik žen dopadá; je zátěží přímá regulace přístupu žen k potratům, anebo také omezení činnosti potratových klinik atd.) ponechala prostor pro tvořivost *pro-life* států. Ta byla omezeně rozsudkem potvrzena, neboť se ukázalo, že většina omezení pensylvánského práva byla chápána jako ústavně konformní.

Rozsudek můžeme chápat jako příklad aplikace relativistické morálky na právní téma. Za klíčovou právně-politickou, respektive morální úvahu soudu, od níž se odvíjí zbytek argumentace, můžeme označit pasáž snad rétoricky líbivou až poetickou, ale argumentačně bezobsažnou a eticky emotivistickou: „*Tyto záležitosti [manželství, plození, anti-koncepce, rodinné vztahy, výchova a vzdělání dětí, pozn. aut.] zahrnující nejvíce intimní a osobní volby, které osoba může za svého života učinit, volby ústřední pro osobní odpovědnost a autonomii, jsou ústředními pro svobodu chráněnou čtrnáctým dodatkem. V samotném srdci svobody se nachází právo rozhodnout se pro své vlastní pojetí existence, smyslu, univerza a tajemství lidského života.*“<sup>56</sup> Přesvědčení o těchto záležitostech nemohou být podle soudu formována pod státním donucením.<sup>57</sup>

Pro konzervativní soudce představoval *Planned Parenthood* promarněnou příležitost. Nicméně, jedná se také o první případ, kdy se čtyři soudci vyslovili pro překonání *Roe*. Předseda Nejvyššího soudu Rehnquist uvedl, že Ústava právo na potrat nezná, že *Roe v. Wade* byl rozhodnut špatně a měl být nyní překonán. Ostře kritizoval dosažený „kompromis“: „*Dospíváme nicméně k závěru, že takový výsledek je neospravedlivitelný ústavní kompromis, který ponechá soud v pozici důkladně přezkoumávat všechny druhy právní regulace potratů navzdory faktu, že k tomu podle Ústavy postrádá pravomoc.*“<sup>58</sup> Řešení problému mělo být podle Rhenquista ponecháno na zákonodárné moci.

Také soudce Scalia připojil vlastní dissent, v němž upozorňoval, že v případě umělého potratu se nemůže jednat o ústavní právo, protože jednak z Ústavy nijak nevyplývá a současně existuje dlouhá historie států chránících nenarozený život. Federace nemá pravomoc chránit právo ženy na potrat, a tedy ani federální soudní moc do této otázky nemá zasahovat: „*Téma projednávané v této věci je docela jednoduché: není jím, zda schopnost ženy potratit své nenarozené dítě je „svobodou“ v jejím absolutním smyslu, ani zda jde o svobodu významnou pro mnoho žen. Samozřejmě, že platí obojí. Projednávané téma spočívá v tom, zda jde o svobodu chráněnou Ústavou Spojených států amerických. Jsem si jist, že nikoliv.*“<sup>59</sup> Také Scalia se vyslovil pro *overruling* rozsudku ve věci *Roe*.

<sup>56</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 851.

<sup>57</sup> Tato část rozsudku byla později označena jako „*Mystery Passage*“. Někteří autoři ji chápou jako bod obratu moderního konstitucionalismu. Obratu směrem k emotivismu, subjektivismu a voluntarismu. Právo na individuální sebeurčení (*self-determination*) bylo překonáno právem na sebevymezení, sebedefinování (*self-definition*), které není limitováno ničím objektivním – kromě svévole soudní moci. K tomu srov. např. DUKE, G. – GEORGE, R. P. *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, s. 410–413.

<sup>58</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, Chief Justice Rehnquist, concurring in the judgment in part and dissenting in part.

<sup>59</sup> *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, Justice Scalia, concurring in the judgment in part and dissenting in part.

### 2.3 Potrat částečným porodem

Ani po *Planned Parenthood* nebyl obsah „práva na potrat“ dostatečně konkretizován a Nejvyšší soud USA se proto k tématu musel opakovaně vracet. Do složení soudu zasáhl prezident Clinton a šance na překonání *Roe* se na dlouhou dobu rozplynuly.

Na počátku tisíciletí bylo třeba, aby se soud vyrovnal s otázkou mimořádně problematického způsobu provádění umělých potratů, tzv. extrakcí. Jedná se o metodu pozdní interrupce a její obsah nejlépe charakterizuje české označení *potrat částečným porodem*. Zákrok spočívá v částečném vyvolání porodu, v jehož průběhu dojde k usmrcení plodu rozdrčením lebky a vysátím mozku, aby následně mohl být plod vyjmut děložním hrdlem již jako mrtvý (a tak nebyla naplněna definice narození).

Nejvyšší soud v roce 2000 posuzoval právní úpravu státu Nebraska, která potrat částečným porodem zakazovala bez ohledu na okolnosti, tj. také v případě ohrožení života matky. Většina soudců dospěla k závěru, že takový zákaz představuje neúměrné břemeno v přístupu žen k potratům, a proto ho těsnou většinou 5:4 zrušila.<sup>60</sup> Disentující soudce Scalia uvedl své odlišné stanovisko takto: „*Jsem dostatečně optimistický, abych věřil, že jednou bude Stenberg v. Carhart přiděleno jeho pravé místo v historii tohoto soudu po boku Korematsu a Dred Scott.*“<sup>61</sup> *Metoda zabití lidského dítěte – dokonce ani nelze přesně říci nenarozeného lidského dítěte – zakázaná tímto zákonem je tak strašlivá, že její prostý klinický popis vyvolává záchvěvy hnusu. [...] Myšlenka, že Ústava Spojených států [...] zakazuje státům zakázat takto zjevně brutální prostředek eliminace našich napůl narozených potomků, je jednoduše absurdní.*“<sup>62</sup>

Když tentýž soud – mírně personálně obměněný – posuzoval o několik let později ve věci *Gonzales v. Carhart* federální zákaz potratů v situaci, kdy se již celá hlava nebo jakákoliv část trupu dítěte nachází mimo tělo matky, rozhodl jinak a takový zákaz aproboval.<sup>63</sup> Federální zákon sice neobsahoval žádnou klauzuli pro případ ochrany života ženy, to ale soudu nyní nevadilo. O neúměrnou zátěž se podle něj nejednalo, protože v takovém případě existují alternativní postupy ochrany ženina zdraví a potrat částečným porodem není nikdy nezbytný.

Posledním velkým případem strukturujícím obsah práva na umělý potrat, který Nejvyšší soud Spojených států projednával, je případ *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*. V něm posuzoval zákon státu Texas, který stanovil, že potratové kliniky musí splňovat standardy platné pro chirurgická pracoviště a že potraty mohou vykonávat pouze lékaři mající tzv. *admitting privilege* (tj. lékař je zařazen mezi lékaře určité nemocnice a má právo přijímat pacienty pro nemocnici). Texas tvrdil, že právní úprava je přijata na ochranu žen podstupujících umělý potrat. Nejvyšší soud shledal právní úpravu protiústavní. Jak požadavek na speciální kvalifikaci lékaře, tak standardy stanovené pro zařízení vykonávající umělý potrat podle soudu nepřinášejí zdravotní přínos, ale představují nepřiměřené břemeno pro ženy usilující o umělý potrat neživotného plodu.<sup>64</sup> Dokladem nepřiměřenosti břemena byla také redukce počtu potratových klinik v Texasu.

<sup>60</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu USA ve věci *Stenberg v. Carhart*, 530 US 914 (2000).

<sup>61</sup> V případě *Dredd Scott* (1856) Nejvyšší soud USA dospěl k závěru, že otrok nemá právo dovolávat se Ústavou a svobodný černoch nemá nárok na občanství Spojených států. Ve věci *Korematsu* (1944) aproboval plošnou násilnou internaci osob japonského původu.

<sup>62</sup> *Stenberg v. Carhart, Justice Scalia, dissenting.*

<sup>63</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu USA ve věci *Gonzales v. Carhart*, 550 US 124 (2007).

<sup>64</sup> Rozsudek Nejvyššího soudu USA ve věci *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US \_\_ (2016).

Výsledek tohoto sporu mimo jiné ukázal na prohlubující se příkopy mezi oběma tábory. Soudkyně Ginsburgová sice podpořila výsledek sporu, ale připojila vlastní odůvodnění (*concurring opinion*), v němž mimo jiné zastává tezi, že v současné době je výkon umělých potratů natolik bezpečný, že žádný zákon, který omezuje přístup k potratům s odvoláním na bezpečnost procedury, nemůže projít testem ústavnosti.<sup>65</sup>

Naopak soudce Thomas v disentu namítal, že soud – aby mohl dojít k závěru o protiústavnosti zákona – zaměnil standard neúměrného břemene za nový spočívající ve vyvažování přínosů a břemen, což by mělo být vyhrazeno zákonodárné moci. Soud se podle něj odchýlil od *Planned Parenthood v. Casey*.<sup>66</sup> Disentující soudce Alito (s podporou ostatních přehlasovaných soudců) zmínil procedurální nesrovnalosti (prekluzi žalobních tvrzení v důsledku postupu žalobce), absenci prokázání příčinné souvislosti mezi poklesem množství potratových klinik v Texasu a novou legislativou a absenci prokázání zhoršení přístupu k umělým potratům.<sup>67</sup>

Aktuální situace Spojených států amerických je tady dána precedentem *Planned Parenthood v. Casey*: do doby životaschopnosti plodu zaručuje Ústava právo ženě na umělý potrat a toto právo nelze omezovat požadavky majícími povahu neúměrného břemene.

## 2.4 Výhled

Rozsudky *Roe* a *Planned Parenthood* i nadále rozdělují americkou společnost. Propotratová strana hledá způsoby zajištění jejich nezměnitelnosti. Například prezident Biden se spolu s viceprezidentkou Harrisovou v den 48. výročí *Roe* veřejně zavázali „kodifikovat *Roe v. Wade* a jmenovat soudce, kteří respektují základní precedenty jako je *Roe*“.<sup>68</sup> Naopak strana pro život hledá aktivně cesty ke změně, zejména pokud jde o závěr ve věci *Roe*, že Ústava USA zaručuje právo ukončit těhotenství umělým potratem. Činí tak nejen teoreticky,<sup>69</sup> ale zejména strategickou litigací, v níž jí pomáhají některé převážně republikánské státy, které záměrně přijímají legislativu „na hraně“, aby mohla být soudní cestou přezkoumána. Naposledy například stát Arkansas přijal 9. března 2021 zákon o ochraně nenarozeného dítěte, přičemž guvernér státu Asa Hutchinson veřejně deklaroval, že zákon podepsal, protože představuje přímé zpochybnění *Roe*.<sup>70</sup>

Při každé nominaci soudců Nejvyššího soudu je jednou z nejvíce veřejně diskutovaných otázek postoj nominantů k rozsudku *Roe v. Wade*. Viděno touto optikou se může zdát, že konzervativní strana má v současné době navrch. Republikánský prezident Donald Trump měl jedinečnou možnost – ve srovnání s jinými prezidenty sloužícími jediné funkční období téměř výjimečnou – nominovat tři soudce Nejvyššího soudu.

<sup>65</sup> *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, Justice Ginsburg, concurring.

<sup>66</sup> *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, Justice Thomas, dissenting.

<sup>67</sup> *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, Justice Alito, dissenting.

<sup>68</sup> Srov. tiskovou zprávu Bílého domu: *Statement from President Biden and Vice President Harris on the 48th Anniversary of Roe v. Wade*. 22. 1. 2021 [cit. 2021-05-06]. Dostupné z: <<https://bit.ly/3b3MyXg>>. Výrazem soudce přitom nemají na mysli soudce Nejvyššího soudu, ale jakékoliv federální soudce; v americkém systému všeobecného ústavního soudnictví difúzního charakteru může kterýkoliv federální soud realizovat *judicial review*, kam spadá také soudní kontrola ústavnosti.

<sup>69</sup> Příkladem může být veřejná publikace návrhu odůvodnění rozsudku: FORSYTHE, C. D. A Draft Opinion Overruling *Roe v. Wade*. *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*. 2018. Vol. 16, s. 445–493.

<sup>70</sup> Srov. např. COLE, D. Arkansas governor says he signed near-total abortion ban so Supreme Court can decide if it's a direct challenge to *Roe*. In: *CNN* [online]. 21. 3. 2021 [cit. 2021-05-06]. Dostupné z: <<https://cnn.it/33hTjK0>>.

Profesor z *Notre Dame* Gerard V. Bradley ukazuje, že šest z devíti současných soudců Nejvyššího soudu USA zastává názor, že případ *Roe* byl rozhodnut špatně a že jeho dědictví v nějaké míře do dnešních dnů poznamenává legitimitu soudu; to však ještě neznamená, že šest soudců je názorově *pro-life* nebo že je ochotno hlasovat pro *overruling*.<sup>71</sup>

Zdá se, že Nejvyšší soud prochází obdobím intenzivní diskuse o dalším osudu *Roe*. V červnu 2020 podal stát Mississippi žádost o udělení *writ of certiorari* ve věci *Dobbs v. Jackson Women's Health* s úmyslem napadnout rozhodnutí apelačního soudu (*Fifth Circuit Court of Appeals*), který vyslovil neplatnost zákona státu s drobnými výjimkami zakazujícího umělé potraty po pátém týdnu těhotenství. Žadatel předkládá soudu k posouzení následující otázky: 1) zda všechny zákazy umělých potratů na žádost (tedy bez zdravotní indikace) v období před dosažením životaschopnosti plodu jsou protiústavní, 2) zda platnost zákona poskytujícího v období před dosažením životaschopnosti plodu ochranu zdraví ženy, důstojnosti nenarozených dětí a integrity lékařského povolání i společnost (tj. mravnosti), má být posuzována podle standardu neúměrného břemena (*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*), anebo rovnováhy mezi přínosy a břemeny (*Whole Woman's Health v. Hellerstedt*), a 3) zda poskytovatelé umělých potratů mají postavení třetí strany umožňující navrhnout zneplatnění zákonů chránících zdraví ženy před nebezpečím pozdních potratů.<sup>72</sup>

Přestože k udělení *certiorari* se vyžaduje hlas čtyř soudců, dlouhou dobu k němu nedošlo, což řady odpůrců *Roe* znejistilo a posílilo jejich skepsi ohledně možnosti *overruling*. V pondělí 17. května 2021 však soud *certiorari* ve vztahu k první otázce udělil a na konci července došel soudu výslovný požadavek státu Mississippi na překonání dosavadní judikatury. Ve věci bylo do konce července zasláno soudu na sedm desítek podání *amicus curiae brief*, což svědčí o mimořádném zájmu veřejnosti o případ.<sup>73</sup>

## Závěrem

Ačkoliv Nejvyšší soud USA dospěl k závěru, že žena má Ústavou garantované právo na umělý potrat, debatu o ochraně nenarozeného života tím ukončit nemohl. Mnoho aspektů právní úpravy zůstalo jeho rozhodnutím nedotčeno. Ani navazující judikatura je nedokázala příliš konkretizovat a nutně ponechala prostor státům pro vlastní právní úpravu.

Proto také v USA mohou vedle sebe existovat státy jako Alabama, které jdou až „na dřeň“ a vykládají si právo na potrat velmi restriktivně (nakolik jim to zásahy federální moci umožní), nebo New York, který naopak umožňuje potrat ještě v průběhu porodu dítěte.

Jaký závěr nám tato geograficky vzdálená lekce nabízí? Například, že spor mezi *pro-life* a *pro-choice* hnutím se v současné době odehrává mimo binární paradigma zákazu – dovolení umělých potratů. Jakkoliv je společenský konsensus Západu zjevně příznivě nakloněn „právu na potrat“, není vůbec sjednocen, pokud jde o samotný jeho obsah. Vývoj

<sup>71</sup> BRADLEY, G. V. An opportunity to overturn *Roe*. In: *First Things* [online]. 2021 [cit. 2021-05-06]. Dostupné z: <<https://bit.ly/3uqzQJI>>.

<sup>72</sup> Podrobnosti k případu – včetně podání stran a osob v postavení *amicus curiae* – zveřejnil Nejvyšší soud USA na svém blogu: *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*. In: *SCOTUSblog* [online]. [cit. 2021-05-07] Dostupné z <<https://bit.ly/3eYphqQ>>.

<sup>73</sup> K podrobnostem ohledně udělení *certiorari* v případech, kdy není dostatek hlasů pro meritorní vyhovění návrhu, srov. podrobný výklad v DOSTÁL, M. *Dějiny Nejvyššího soudu Spojených států*, s. 95 an.

judikatury Nejvyššího soudu USA přitom ukazuje, že bez bližší specifikace je „právo na potrat“ neurčitou obecnou proklamací.

V České republice – která ústavní právo na potrat nezná – se otázka právní regulace interrupcí znovu oživila v souvislosti s rozhodnutím polského ústavního soudu, jež některé podmínky přístupu k interrupci shledal protiústavními.

Proč takto rozsáhlý text o zjevně banalitě, že podmínky přístupu k interrupcím jsou v různých jurisdikcích odlišné? Abychom zdůraznili, že pokud někdo argumentuje, že v některém právním řádu existuje *právo ženy na umělý potrat*, jde o obecnou proklamací, která snad pouze umožňuje dojít k závěru, že v dané jurisdikci je za určitých okolností možný výkon umělého potratu. Jaké však tyto okolnosti jsou, jaký je reálný obsah takového *práva*, kdo je jeho subjektem, kdy, za jakých podmínek, kdo a kdy je subjektem odpovídajících povinností, a jakých atd. – to vše je předmětem bližší specifikace.



## **The Structure of the Right to Abortion. Considerations in the Light of the Case Law of the US Supreme Court**

Jakub Kříž (<https://orcid.org/0000-0003-1374-6488>)

**Abstract:** In discussions about human rights, we often face a simplistic view: a certain right is either granted or not. W. N. Hohfeld's analysis of subjective law shows that there are differences in the modalities of diverse "rights": one term refers to completely different legal (and interpersonal) relationships. The text transfers this general knowledge into the context of debates on the conflict between the unborn child's right to life and the woman's freedom to manage her pregnancy according to her choice. It shows that even in a jurisdiction in which the right to abortion has been raised to the level of constitutional law, there is no consensus on what this right consists in. The author presents the most important decision of the US Supreme Court on the issue of abortions.

**Keywords:** abortion, US Supreme Court, Wesley Newcomb Hohfeld, Roe v. Wade