

GRZEGORZ MAROŃ

GŁOSA DO WYROKU SĄDU SPRAWIEDLIWOŚCI
ONTARIO W SPRAWIE R. V. WAGNER Z DNIA 12.06.2014
(R. V. WAGNER, 2015 ONCJ 66)

WSTĘP

Głosowany wyrok sądu kanadyjskiego zapadł w sprawie karnej prowadzonej przeciwko działaczce *pro-life* Mary Wagner¹. Oskarżonej postawiono zarzut wyłudzenia szkody poprzez zakłócenie korzystania z prywatnej własności, tj. kliniki aborcyjnej (*mischief interfering with private property*), oraz cztery zarzuty naruszenia dwóch sądowych nakazów nadzoru kuratorskiego (*breach of probation order*). Oba nakazy obowiązywały Wagner do nienagannego postępowania

Dr GRZEGORZ MAROŃ – adiunkt Katedry Historii Prawa i Doktryn Polityczno-Prawnych, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego, pl. Ofiar Getta 4/5, 35-002 Rzeszów; mail: grzegorzmaron@op.pl

¹ Mary Wagner (ur. 1974 r.) – Kanadyjka, aktywistka *pro-life*. Po raz pierwszy aresztowana w związku z pokojowymi protestami antyaborcyjnymi w 2000 r. Łącznie za działalność *pro-life* sprzeczną z prawem kanadyjskim aresztowano ją siedmiokrotnie. Określana jako „więzień sumienia”. W dniach 3-16 października 2014 r. przebywała w Polsce z serią wystąpień promujących ochronę życia dzieci poczętych. Po wydaniu komentowanego orzeczenia Mary Wagner została 16 kwietnia 2015 r. po raz kolejny uznana przez Sąd Sprawiedliwości Ontario winną naruszenia warunków sądowego nadzoru kuratorskiego oraz zakłócania korzystania z kliniki aborcyjnej w związku z jej zachowaniem w dniu 23 grudnia 2014 r. w klinice Bloor West Village Women’s Clinic (rozdawała ciężarnym kobietom czerwone róże i ulotki *pro life*). Wyrokiem z dnia 5 maja 2015 r. sąd wymierzył jej karę 10 miesięcy pozbawienia wolności oraz przez dwa lata zakazał zbliżyć się do klinik aborcyjnych.

zgodnego z prawem, a jeden z nich wyraźnie zakazywał jej przebywania na terenie klinik aborcyjnych w Ontario i komunikowania się tam z jakąkolwiek inną osobą. Sąd Sprawiedliwości Ontario w osobie sędziego Fergusona O'Donnella orzeczeniem z 12 czerwca 2014 r. uznał Mary Wagner winną wszystkich zarzucanych jej czynów. Wymierzono jej karę pięciu miesięcy pozbawienia wolności za wyrządzenie szkody poprzez zakłócenie korzystania z prywatnej własności oraz czterech miesięcy pozbawienia wolności za naruszenie warunków nadzoru kuratorskiego. Ponadto zobowiązano ją do nie zbliżania się na odległość mniejszą niż 100 metrów od klinik aborcyjnych przez okres dwóch lat. Przez cały czas trwania postępowania, tj. blisko dwa lata, Wagner przebywała w areszcie, mimo iż proponowano jej zwolnienie za poręczeniem. Areszt przez tak długi czas był w ocenie sądu „rezultatem jej uporów lub poświęcenia”².

Obszerne uzasadnienie wyroku liczące aż 150 punktów opublikowano 12 lutego 2015 r. W omawianym orzeczeniu podjęto szereg istotnych zagadnień stanowiących obiekt zainteresowania różnych dyscyplin jurysprudencji. Obok kwestii właściwych dla prawa karnego, prawa cywilnego czy prawa konstytucyjnego przedmiotem dociekań sądu stały się również problemy natury teoretycznej i filozoficzno-prawnej. Kontekst sprawy – tj. aborcja – przełożył się na rozważania sądu dotyczące początku ludzkiego życia, a więc materii z pogranicza biologii, filozofii i teologii.

Wyrok Sądu Sprawiedliwości Ontario jest jednym z kilkadziesiątu orzeczeń sądów kanadyjskich odnoszących się do prawnych granic antyaborcyjnych protestów. Wielość i złożoność poruszonych w nim kwestii wyróżnia go jednak na tle innych orzeczeń wydanych w sprawach publicznej aktywności *pro-life*. Komentowane orzeczenie obrazuje zagrożenie dla wolności słowa oraz wolności sumienia i religii związane z reglamentacją mowy antyaborcyjnej³. Próby sądowego ograniczania protestów *pro-life* także w Polsce⁴ czynią wyrok sądu kanadyjskiego wartościowym materiałem komparatystycznym dla rodzimej jurysprudencji.

² *R. v. Wagner* (4).

³ Por. R. ALBERT, *Protest, Proportionality, and the Politics of Privacy: Mediating the Tension Between the Right of Access to Abortion Clinics and Free Religious Expression in Canada and the United States*, „Loyola Of Los Angeles International and Comparative Law Review” 27 (2005), nr 1, s. 1-62.

⁴ Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 października 2014 r., sygn. I C 929/14.

1. KONTEKST I STAN FAKTYCZNY SPRAWY

Prawo Kanady w przedmiocie aborcji uchodzi za jedno z najbardziej liberalnych na świecie. Aborcja może być przeprowadzona w każdym stadium ciąży z jakiegokolwiek przyczyny. Kobieta do dnia porodu swobodnie decyduje o usunięciu ciąży.

Niniejszy stan prawny jest rezultatem orzeczenia Sądu Najwyższego z 28 stycznia 1988 r. w sprawie *R. v. Morgentaler*⁵, mocą którego uchylono jako niekonstytucyjny przepis art. 251 kodeksu karnego⁶, który penalizował aborcję. Osobie, która dopuściła się aborcji, groziła kara maksymalna dożywotniego pozbawienia wolności, a kobiecie ciężarnej kara do dwóch lat pozbawienia wolności. Ustawa karna umożliwiała przeprowadzenie legalnej aborcji w szpitalu za zgodą komisji trzech lekarzy, w przypadku gdy ciąża zagrażała życiu lub zdrowiu kobiety ciężarnej. W ocenie Sądu Najwyższego przepis ten naruszał konstytucyjne prawo kobiet do bezpieczeństwa zawarte w art. 7 Kanadyjskiej Karty Praw i Wolności⁷, rozumiane jako wolność od ingerencji w ich cielesną i psychoemocjonalną integralność. Co prawda zakwestionowanemu przepisowi towarzyszył uzasadniony cel w postaci troski o zdrowie i bezpieczeństwo kobiet ciężarnych oraz o interesy płodu, ale jego postać nie spełniała testu proporcjonalności⁸. Sąd Najwyższy uznał ponadto, iż w przedmiotowej sprawie nie ma potrzeby oceniania „praw płodu” jako odrębnej wartości konstytucyjnej.

Stan faktyczny omawianej sprawy, w przeciwieństwie do jego prawnej oceny, jest zasadniczo bezsporny. W dniu 15 sierpnia 2012 r. Mary Wagner naruszając warunki probacji, weszła na teren kliniki aborcyjnej w Toronto (*Womens's Care Clinic*). W poczekalni kliniki wręczała przebywającym tam kobietom zamierzającym usunąć ciążę różę oraz broszury *pro-life*⁹. W rozmowie z nimi przekonywała je do zmiany decyzji i zrezygnowania z zabiegu aborcji. Deklarowanym przez nią celem tych działań było uchronienie przed śmiercią nienarodzonych dzieci. Pracownicy kliniki wezwały ją do opuszczenia budynku. Kiedy Wagner

⁵ *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 SCR 30 [dalej: k.k].

⁶ *Criminal Code* (R.S.C., 1985, c. C-46).

⁷ The Canadian Charter of Rights and Freedoms: The Constitution Act, 1982, Schedule B to the Canada Act 1982 (UK), 1982, c 11.

⁸ Zob. *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

⁹ Zawierały one m.in. informacje o miejscach, w których kobiety ciężarne mogą znaleźć wsparcie do dnia porodu, przedstawiały rozwój płodu w poszczególnych fazach ciąży, informowały o zdrowotnych i psychologicznych następstwach aborcji.

odmówiła, została przez personel kliniki siłą wypchnięta z poczekalni do korytarza, gdzie przebywała do czasu przybycia policji, która ją aresztowała.

Jedyną okolicznością faktyczną, której sądowi nie udało się rozstrzygnąć, to zweryfikowanie tego, czy jedna z lekarek kliniki nazwała Wagner „szaloną” i zwróciła się do niej wulgarnymi słowami („go fuck yourself”). Niniejszy incydent nie miał jednak żadnego wpływu na prawną ocenę całego zdarzenia z udziałem oskarżonej.

Według sądu zachowanie Wagner zakłóciło funkcjonowanie kliniki aborcyjnej i przebieg procedur medycznych w odniesieniu do pacjentek kliniki. Zabiegi aborcji uległy opóźnieniu o około 5-10 minut ze względu na to, iż pacjentki, w tym czternastoletnie kobiety, na skutek incydentu były „smutne” i „płakały”. Sąd uznał, iż nie ma zastosowania art. 430 ust. 7 k.k. wyłączający odpowiedzialność osoby, która na dany teren wchodzi jedynie w celu „pozyskania lub zakomunikowania informacji”.

2. UZASADNIENIE PRAWNE

2. 1. Obrona innych (*defence of others*)

Pierwszą kwestią prawną, do której ustosunkował się sąd, była ocena zachowania oskarżonej pod kątem działania w obronie koniecznej, a konkretnie „w obronie innych”. Działanie w samoobronie lub w obronie innych na gruncie kanadyjskiego kodeksu karnego jest okolicznością wyłączającą odpowiedzialność za użycie siły.

W toku postępowania zmianie uległ przepis kodeksu karnego regulujący instytucję obrony koniecznej. W momencie dopuszczenia się przez Wagner zarzucanych jej czynów art. 37 k.k. stanowił: „Każdy jest usprawiedliwiony, używając siły w obronie siebie lub kogokolwiek pod swoją ochroną przed napaścią, jeśli nie używa więcej siły niż to konieczne do zapobieżenia napaści czy zapobieżenia ponowienia napaści”.

Sąd podkreślił językową nieprecyzję przywołanego przepisu oraz związane z tym rozbieżności interpretacyjne tak w orzecznictwie, jak i doktrynie prawniczej. Przyjmując wykładnię systemową (dyrektywę spójności systemu prawnego), a nie tyle językową uznał, iż termin „siła” obejmuje akty przemocy i im podobne, ale już nie użytą przez Wagner pokojową perswazję. Tym samym w jego ocenie art. 37 k.k. nie znajduje zastosowania do oskarżonej. Konkluzja taka

nie jest do końca przekonująca. Uprawnione wydaje się sięgnięcie do reguły wnioskowania prawniczego *argumentum a maiori ad minus*. Skoro użycie siły celem ochrony innego podmiotu przed napaścią jest wyłączone z odpowiedzialności, to użycie środków mniej radykalnych i mniej inwazyjnych – choć nielegalnych – również powinno korzystać z ochrony prawa.

Wniosek taki nie przesądza o spełnieniu przesłanek art. 37 k.k. i zastosowaniu tego przepisu. Sąd stanął bowiem na stanowisku, że dzieci poczęte nie były „pod ochroną” Wagner. Ustawowy zwrot „pod ochroną” jest ambiwalentny. Nie należy go jednak w ocenie sądu odnosić do każdego przypadku, w którym ktoś znajduje się w sytuacji zagrożenia, a oskarżony jest w stanie mu pomóc. Sąd przyjął, że co prawda można mówić o spełnieniu przesłanki „pod ochroną”, gdy osoba zagrożona wyraźnie wezwie inną obcą jej osobę do pomocy, niemniej jednak w przedmiotowej sprawie nie sposób założyć, że płody¹⁰ o taką pomoc do Wagner się zwróciły.

Po nowelizacji kodeksu karnego instytucję obrony koniecznej reguluje art. 34 k.k. Zgodnie z ust. 1 tego przepisu: „Osoba nie jest winna przestępstwa, jeśli

a) na podstawie racjonalnych podstaw uważa, że siła lub groźba siły jest użyta przeciwko niej lub innej osobie

b) czyn stanowiący przestępstwo jest popełniony w celu obrony lub ochrony siebie lub innej osoby przed użyciem lub groźbą użycia siły

c) czyn jest racjonalny w danych okolicznościach”.

Art. 34 ust. 2 podaje kryteria, jakie sąd uwzględnia, oceniając racjonalność zachowania sprawcy, w tym:

– „stopień, w jakim użycie siły było bezpośrednie oraz czy istniały inne dostępne środki odpowiedzi na potencjalne użycie siły” (pkt b),

– „czy popełniony czyn był odpowiedzią na użycie czy groźbę użycia siły, o którym osoba ta wiedziała, że było zgodne z prawem” (pkt h).

Sąd powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego przyjął, iż przepis w nowym brzmieniu formalnie może znaleźć retroaktywne zastosowanie do Wagner. Oskarżonej towarzyszyło racjonalne przekonanie, że płody pacjentek kliniki znajdowały się w bezpośrednim niebezpieczeństwie użycia przeciwko nim zabójczej siły (ust. 1 pkt a), a celem Wagner była ich ochrona przed uśmierceniem (ust. 1 pkt b). Sąd uznał jednak, iż nie można zachowania oskarżonej ocenić jako racjonalnego w okolicznościach sprawy (ust. 1 pkt c). Co prawda

¹⁰ Sąd zasadniczo w orzeczeniu posługuje się określeniem „płód” a nie „dziecko poczęte”, „dziecko nienarodzone” itp.

zachodziła bezpośrednia groźba użycia siły przeciwko płodom (ust. 2 pkt b), ale jednocześnie istniały inne środki odpowiedzi na tą groźbę, a ponadto oskarżona wiedziała, że użycie siły przeciwko płodom było legalne na gruncie prawa kanadyjskiego dopuszczającego aborcję (ust. 2 pkt b i h).

Nieprzekonujące jest stanowisko o niespełnieniu wymogu ust. 2 pkt b. Sąd stwierdził, iż Wagner mogła zastosować inne środki do realizacji obranego celu, tj. zakwestionować na drodze sądowej legalności aborcji w Kanadzie. W przedmiotowej sprawie „inną osobą” zagrożoną w rozumieniu art. 37 kodeksu karnego były – przy określonej wykładni zwrotu „inna osoba” – konkretne dzieci poczęte konkretnych pacjentek przebywających w klinice aborcyjnej *Womens's Care* w Toronto w dniu 15 sierpnia 2012 r., a nie generalnie dzieci poczęte. Sąd jest wprawdzie świadomy tego, że wniesienie do sądu skargi na legalność aborcji nie uchroniłoby tamtego dnia i w tamtym miejscu życia dzieci poczętych, ale niniejszą argumentację bezpodstawnie bagatelizuje, określając ją mianem „sofizmu”. Pyta się, „dlaczego zatem pani Wagner nie była w klinice dzień wcześniej czy tydzień wcześniej”¹¹, skoro dzięki temu mogłaby uratować więcej dzieci poczętych?

Rozumowanie sądu w tej kwestii stanowi rezultat błędnej interpretacji art. 37. Przepis ten jakkolwiek sam jest generalno-abstrakcyjny, to jednak jego aplikacja dotyczy okoliczności indywidualno-konkretnych. W przedmiotowej sprawie do „innej osoby” zaliczały się – jeśli przyjąć podmiotowość *nasciturusa* – dzieci poczęte pacjentek przebywających w dniu 15 sierpnia 2012 r. w klinice aborcyjnej w Toronto, do której udała się Wagner. Sugerowane przez sąd inne środki działania po stronie oskarżonej byłyby nieadekwatne i nieskuteczne wobec tych konkretnych dzieci poczętych. Nieuprawnione jest twierdzenie, że w analizowanym kazusie o niespełnieniu wymogu art. 37 ust. 2 pkt b świadczy to, iż np. dzień wcześniej oskarżona nie podjęła działań analogicznych. Idąc tym tokiem rozumowania należałoby przyjąć (*argumentum ad absurdum*), iż matka odpie-rając kolejny zamach na wolność seksualną małoletniej córki i raniąc nożem konkubenta, nie może powołać się na obronę konieczną tylko dlatego, że w analogicznych sytuacjach poprzednio nie reagowała na przypadki seksualnego wykorzystania dziecka przez swojego partnera.

Uznanie, że nie istniały inne alternatywne środki, nie przesądza bynajmniej, iż zachowanie Wagner stanowiło „obronę innych”. Taka konstatacja wymagałaby jednocześnie stwierdzenia, że dziecko poczęte jest „inną osobą”, a dopusz-

¹¹ *R. v. Wagner* (58).

czalność aborcji jest „nielegalna”. Kwestia podmiotowości *nasciturusa* oraz rozumienie legalności w świetle paradygmatu rządów prawa (*rule of law*) stanowiły przedmiot rozważań sądu w dalszej części uzasadnienia.

2.2. Stan wyższej konieczności (*defence of necessity*)

Sąd nie podzielił też argumentu obrony, iż Wagner działała w stanie wyższej konieczności, mającym umocowanie w *common law*. Bazując na prawie precedensowym, sędzia Fergus O'Donnell wyróżnił dwa typy sytuacji obejmowanych instytucją stanu wyższej konieczności:

a) sytuacja zagrożenia **usprawiedliwia** (*excuse*) niespełnienie prawnego obowiązku;

b) troska o większe dobro czy mniejsze zło **uzasadnia** (*justification*) bezprawne postępowanie.

Sąd Sprawiedliwości Ontario sięgając do precedensu Sądu Najwyższego, odrzucił dopuszczalność powoływania się na stan wyższej konieczności w drugim rozumieniu. „Żaden system prawa pozytywnego nie uznaje zasady, która uprawniałaby osobę do pogwałcenia prawa w oparciu o swoje przekonanie, że prawo to kłóci się z jakąś wyższą wartością społeczną”¹². Oznacza to zakwalifikowanie argumentu odwołującego się do obywatelskiego nieposłuszeństwa jako argumentu pozajurydycznego. Bezprawne zachowanie doznaje uzasadnienia na gruncie prawa tylko w tych okolicznościach, które wskaże sam prawodawca, np. obrona konieczna. Sąd nie bez racji zauważa, że wykroczenie poza katalog ustawowo określonych okoliczności skutkuje subiektywizacją prawa karnego, przenoszeniem na orzecznictwo kompetencji legislatury oraz grozi anarchią. W ocenie sędziego O'Donnella oskarżona nie zgadzając się z prawem i decydując się na jego nieprzestrzeganie z powodu wyższych racji, postępowała w sposób odpowiadający niniejszemu – nieznajdującemu akomodacji w kanadyjskim porządku prawnym – pojmowaniu stanu wyższej konieczności.

Orzecznictwo kanadyjskie akceptuje natomiast pierwsze powyższe rozumienie stanu wyższej konieczności, który „opiera się na realistycznej ocenie ludzkiej słabości i uznaje, że liberalne i ludzkie prawo karne nie może wymagać od ludzi ścisłego posłuszeństwa prawu w sytuacjach zagrożenia, kiedy normalne ludzkie instynkty, czy to samozachowawcze czy altruistyczne, silnie popychają do nie-

¹² *Perka v. The Queen*, [1984] 2 SCR 232.

posłuszeństwa”¹³. Dopuszczalność przyjęcia stanu wyższej konieczności zależy m.in. od tego, czy zachowanie było „nieuniknione, nieuchronne, pozbawione racjonalnej możliwości alternatywnego działania nieskutkującego naruszeniem prawa”¹⁴.

W ocenie sądu Wagner mogła wybrać racjonalną, zgodną z prawem alternatywę, tj. kwestionowanie na drodze sądowej w postępowaniu cywilnym legalności aborcji, uczestniczenie w publicznych demonstracjach za życiem dzieci nienarodzonych czy partycypowanie w innych legalnych formach przekonywania do stanowiska *pro-life*.

Podobnie jak w kontekście kwestii obrony koniecznej, sąd błędnie przyjmuje, że te alternatywne działania były właściwe do obrony życia konkretnych dzieci poczętych konkretnych kobiet zamierzających 15 sierpnia 2012 r. dokonać aborcji w *Womens's Care Clinic* w Toronto. Można odnieść wrażenie, że sąd zapomina o tym, iż rozpoznaje jednostkową sprawę. Po raz kolejny mylnie identyfikuje beneficjentów ocenianych działań Wagner. W gronie tych beneficjentów znajdowały się nie wszystkie potencjalne dzieci poczęte, ale te konkretne rozwijające się jako płody w ciałach poszczególnych kobiet, do których Wagner adresowała swój komunikat danego dnia na terenie kliniki aborcyjnej. Dystynkcji tej sąd nie zauważa, kiedy czyni następującą uwagę: „Można twierdzić, że procedura cywilna [ukierunkowana na zakwestionowanie legalności aborcji – G.M.] nie byłaby odpowiedzią na pilność uratowania płodów, które zmarły tamtego dnia, ale to jest, w kontekście debaty aborcyjnej, pozornie trafny argument. Tamten dzień nie był inny od dni przed i po nim”¹⁵. Powszechność zabiegów aborcji w Kanadzie nie uzasadnia stanowiska, że w trakcie dopuszczania się przez Wagner zarzucanego jej czynu życie konkretnych dzieci poczętych nie znajdowało się w sytuacji nagłego zagrożenia.

Sąd wolał odrzucić argument z obrony koniecznej i stanu wyższej konieczności na etapie wątpliwych rozważań o proporcjonalności środka do celu, niż na podstawie – później rzeczywiście już poczynionych w orzeczeniu – ustaleń co do kwestii bardziej zasadniczych suponujących pytania o aksjologię prawa i granice obowiązywania prawa. Zabieg ten jedynie odsunął w czasie stwierdzenie sądu, że płód nie ma podmiotowości prawnej jako osoba ludzka. Wyraźne odrzucenie argumentacji z obrony koniecznej i stanu wyższej konieczności na podstawie

¹³ Tamże.

¹⁴ Tamże.

¹⁵ *R. v. Wagner* (63).

takiej konstatacji uczyniłoby głosowane orzeczenie bardziej argumentacyjnie spójne.

2.3. Status prawny dziecka poczętego

Stosunkowo rzadko aktywiści *pro-life* uzasadniają w toku postępowania sądowego legalność protestów antyaborcyjnych, sprzecznych z literą prawa, powołując się na ochronę prawa do życia dzieci poczętych¹⁶. Najczęściej argumentują, że reglamentowanie przez ustawodawcę czy przez orzecznictwo możliwości wyrażania publicznego sprzeciwu przeciwko aborcji jest sprzeczne z konstytucyjną wolnością słowa, wolnością sumienia i religii czy wolnością zgromadzeń.

W sprawie *R. v. Wagner* głównym argumentem obrony uzasadniającym legalność zachowania oskarżonej było twierdzenie, że dziecko poczęte jest istotą ludzką w rozumieniu prawa, a tym samym czyn Wagner służył ochronie dzieci poczętych przed zabójstwem.

Sąd zdecydował się na rozważenie argumentacji dotyczącej podmiotowości dziecka poczętego, pomimo istniejącej linii orzeczniczej Sądu Najwyższego w tej materii. Jakkolwiek sądom niższych instancji nie wolno ignorować wiążących ich precedensów, to jednak zagadnienia objęte tymi precedensami można uczynić przedmiotem ponownych analiz, jeśli „podniesiono nowe kwestie prawne w związku ze znaczącymi zmianami w prawie, albo też, gdy uległy zmianie okoliczności lub dowody, które istotnie przesunęły parametry debaty”¹⁷. Takie podejście do doktryny *stare decisis* zapewnia równowagę pomiędzy potrzebą stabilności i adekwatności orzecznictwa. „*Stare decisis* nie jest kaftanem bezpieczeństwa skazującym prawo na statyczność”¹⁸.

Kwestią kontrowersyjną jest nieuwzględnienie przez sąd wniosku obrony o przesłuchanie w charakterze biegłych (*expert*) dwóch profesorów medycyny na okoliczność człowieczeństwa dziecka poczętego. Ze względów ekonomii procesowej sąd poprosił Wagner o pisemne przedłożenie argumentacji jej biegłych. Sąd Najwyższy Kanady stoi na stanowisku, że sąd może odrzucić wniosek strony o przesłuchanie w ramach postępowania dowodowego (*evidentiary hearing*), gdy strona ta „nie jest w stanie wykazać racjonalnego prawdopodobieństwa, że przesłuchanie to pozwoli na rozstrzygnięcie kwestii zawisłych przed sądem”¹⁹.

¹⁶ Zob. *R. v. Demers*, [2002] B.C.C.A. 28.

¹⁷ *Canada (Attorney General) v. Bedford*, [2013] 3 S.C.R. 1101 (42).

¹⁸ *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5 (CanLII).

¹⁹ *R. v. Pires, R. v. Lising*, [2005] 3 S.C.R. 343.

Aplikacja tej zasady w konkretnych postępowaniach jest obciążona dużą dozą sędziowskiej dyskrecjonalności. Mając to na uwadze nie sposób kategorycznie podważyć tezę sędziego O'Donnella, że dowód z przesłuchania ekspertów „nie miałby szansy wpłynąć na wynik sprawy”²⁰. Kwestią ocenną jest to, czy argumentacja uczonych, na których się powoływała Wagner, mogłaby zdeterminować rozstrzygnięcie rozpatrywanego przypadku. Sąd udzielił odpowiedzi negatywnej, przyjmując że racje oskarżonej nie były „szczególnie oryginalne”, stanowiąc przedmiot debaty od kilku dekad²¹.

W pierwszej kolejności sąd uznał, iż dowody przedłożone przez Wagner nie ujawniają nowych kwestii prawnych co do podmiotowości prawnej *nasciturusa*. Kodeks karny określa zabójstwo jako uśmiercenie „istoty ludzkiej”, choć samego zwrotu „istota ludzka” nie definiuje. Natomiast art. 223 k.k. stanowi, że „dziecko” staje się istotą ludzką w rozumieniu tego aktu w momencie, kiedy jako żywe zostanie oddzielone od ciała matki bez względu na to czy oddycha, posiada odrębny system krążenia oraz czy doszło do odcięcia pępowiny. W ocenie Wagner nieuznawanie za „istotę ludzką” dziecka poczętego czyni art. 223 niekonstytucyjny, gdyż sprzeczny z art. 7 Kanadyjskiej Karty Praw i Wolności przyznającym „każdemu” prawo do życia. Twierdzi też, że „inna osoba” z art. 34 k.k. obejmuje również dziecko poczęte.

Sąd pomimo pewnych wątpliwości zgodził się, że Wagner posiada legitymację procesową do zakwestionowania konstytucyjności art. 223 k.k. Uznał, iż legitymacja ta opiera się o interes prywatny, a nie publiczny. Przyjęte w art. 223 k.k. rozumienie istoty ludzkiej wpływa na interpretację art. 34 k.k., mówiącego o obronie koniecznej, która z kolei wykladnia oddziałuje bezpośrednio na zakres praw osoby podnoszącej zarzut niekonstytucyjności.

Nieprzekonujące są natomiast argumenty sądu na rzecz wykluczenia legitymacji procesowej opartej o interes publiczny. Weryfikacja legitymacji procesowej następuje według trzech kryteriów:

- czy zarzut dotyczy „istotnej sprawy”, tj. czy odnosi się do doniosłych zagadnień konstytucyjnych,
- czy strona ma realny interes w rozstrzygnięciu sprawy,
- czy dany zarzut jest racjonalnym i skutecznym środkiem postawienia sprawy przed sądem.

²⁰ R. v. Wagner (72).

²¹ R. v. Wagner (74).

Sąd zdecydował, iż Wagner nie spełniła trzeciego warunku, gdyż w jego ocenie mogła w inny sposób kwestionować kanadyjskie prawodawstwo aborcyjne. Sąd zdaje się, wbrew temu co twierdzi, utożsamiać zdolność procesową z merytoryczną trafnością argumentacji, którą ta zdolność umożliwia dopiero wyartykułować na forum sądu. Jeśli natomiast taki nieuprawniony redukcjonizm był udziałem sądu, to wtedy inna droga procesowa wcale nie byłaby potencjalnie bardziej skuteczna – w sensie korzystnego wyroku stwierdzającego niekonstytucyjność aborcji – niż ta obrona przez Wagner.

Sąd stwierdza, że na poziomie wykładni językowej nie sposób przesądzać, czy dziecko poczęte posiada konstytucyjnie umocowaną podmiotowość prawną, tym bardziej, że Karta operuje trzema terminami („każdy”, „każdy obywatel” i „osoba”). Zauważa jednak, że twierdzenia oskarżonej nie znajdują wsparcia w kanadyjskim orzecznictwie, w szczególności w praktyce jurysdykcyjnej Sądu Najwyższego. Rzetelnie omówiony przez sąd dorobek orzeczniczy potwierdza taką ocenę.

Sądy kanadyjskie podkreślają, że aborcja zarówno w prawie kanadyjskim, jak i w całej tradycji anglosaskiej na przestrzeni dziesięcioleci była w różnych stadiach ciąży dopuszczalna z różnych powodów²². Świadczy to ich zdaniem, iż *nasciturusa* nie postrzegano jako osoby, „pomimo pełnej naukowej wiedzy co do zdolności płodu do życia”²³.

Podmiotowości *nasciturusa* nie wolno według sądów wywodzić z okoliczności, że dziecko poczęte może dochodzić odszkodowania za szkody prenatalne czy dziedziczyć. Uprawnienia te nabywa bowiem pod warunkiem urodzenia się jako żywe. „Prawo Kanady nie uznaje nienarodzonego dziecka jako osoby w sensie prawnym czy jurydycznym. Kiedy dziecko urodzi się, żywe i zdolne do życia, prawo może uznać, że jego istnienie zaczęło się przed urodzeniem dla pewnych ograniczonych celów. Ale jedynym uznawalnym prawem jako prawo osoby urodzonej”²⁴.

²² Pomocniczo sądy powołują się na rozwiązania prawne w innych państwach *common law*, głównie USA i Wielkiej Brytanii, w których aborcja jest legalna. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Paton v. United Kingdom*; *Paton v. Trustees of BPAS*, [1978] 2 All E.R. 987 (Q.B.D.). W sprawie *Paton* sąd orzekł: „Płód nie może, w prawie angielskim, w mojej ocenie, posiadać żadnego prawa sam z siebie aż do momentu urodzenia i istnienia oddzielnie do matki”.

²³ *Borowski v. Canada (Attorney General)*, 1987 CanLII 4890 (SK CA) (22).

²⁴ *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. D.F.G.*, [1997] 3 S.C.R. 925 (11). W sprawie tej Sąd Najwyższy orzekł, iż kobietę ciężarną nie można w interesie dziecka poczętego umieścić w zamkniętym ośrodku do momentu porodu. Kobieta ta była uzależniona od wdychania kleju, na skutek czego dwoje z trójki jej wcześniejszych dzieci urodziło się nie-

Jednocześnie kanadyjska judykatura wyraźnie różnicuje człowieczeństwo *nasciturusa* na płaszczyźnie empirycznej i normatywnej. „Sąd nie jest zobligowany do podjęcia filozoficznej i teologicznej debaty odnośnie do tego, czy płód jest czy nie jest osobą, ale raczej do odpowiedzi na prawną kwestię, czy ustawodawstwo Quebec przyznało płodowi osobowość. Metafizyczne argumenty mogą być doniosłe, ale nie stanowią głównego przedmiotu naszych dociekań. Zadanie prawidłowego sklasyfikowania płodu w prawie i w nauce to dwa różne zajęcia. Przypisanie płodowi podmiotowości w prawie jest zasadniczo zadaniem normatywnym. Ono skutkuje uznaniem praw i obowiązków – kwestią, która wykracza poza uwagę naukowych klasyfikacji. W skrócie, zadanie tego Sądu jest prawnej natury. Decyzje oparte o społeczne, polityczne, moralne i ekonomiczne wybory są prawidłowo pozostawione legislatywie”²⁵.

Kanadyjskie sądy w kontekście debaty aborcyjnej przyjmują założenia normatywizmu o kategorycznej separacji sfery bytu (*Sein*) i sfery powinności (*Sollen*). Prawna ochrona życia ludzkiego jest postrzegana wyłącznie w kategoriach normatywnych. Stojąc na gruncie nonkognitywizmu, przyznają prawodawcy *prima facie* szeroką swobodę w zakresie regulacji aborcji. Racje biologiczne za człowieczeństwem *nasciturusa* są prawnie nerelevantne, skoro podmiotowość prawna zależy wyłącznie od woli ustawodawcy. A zatem: „Chociaż szybki postęp w naukach medycznych może czynić społecznie pożądanym przyznanie pewnego statusu prawnego płodom, bez względu na ich finalną zdolność do życia, to jest to prerogatywa parlamentu, a nie sądów”²⁶.

W ocenie Sądu Najwyższego podmiotowości prawnej dziecka poczętego nie można uzasadniać brakiem biologicznych różnic czy niewielkimi różnicami pomiędzy dzieckiem urodzonym i nieurodzonym, skoro „kwestia ta nie dotyczy statusu biologicznego czy duchowego, ale statusu prawnego”²⁷. Jeśli sam prawodawca w tekście aktu normatywnego nie ujawnia woli objęcia terminem „istota ludzka” dziecka poczętego, to ani ustalenia nauki, ani tym bardziej definicje ze

pełnosprawnymi. Według sądu nie można ograniczać wolności kobiety ciężarnej, gdyż dziecko poczęte nie jest osobą w rozumieniu prawa i nie posiada żadnych praw.

²⁵ *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530 (52). W sprawie tej ojciec wnosił o sądowy nakaz obligujący jego ciężarną partnerkę do powstrzymania się od aborcji. Sąd Najwyższy orzekł, iż art. 2 Karty Praw i Wolności Człowieka Quebecu przyznający każdej „istocie ludzkiej” prawo do życia nie obejmuje dziecka poczętego.

²⁶ *Borowski v. Canada (Attorney General)*, (7).

²⁷ *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. D.F.G.* (12).

słowników językowych nie mogą jego zdaniem być argumentem na rzecz zaliczenia *nasciturusa* do istoty ludzkiej na gruncie prawa²⁸.

Powyższe rozumowanie sprowadzające podmiotowość prawną *nasciturusa* do wyłącznie kwestii normatywnej (prawodawczego *fiat*), jest bardzo niebezpieczne. Całkowite uniezależnienie treści prawa od obiektywnych prawd o rzeczywistości fizycznej odkrywanych przez naukę grozi, i jak pokazuje historia – niejednokrotnie skutkuje powstaniem przepisów nie tyle niesprawiedliwych, ile wręcz zbrodniczych (np. niewolnictwo, holocaust).

Znamienne, iż Sąd Najwyższy przyznaje prawodawcy pełną swobodę w zakresie legalizacji aborcji, ale już wysoce ograniczoną, jeśli chodzi o prawną ochronę dzieci poczętych. „Do parlamentu lub legislatyw należy decyzja o ustanowieniu praw dla dzieci nienarodzonych czy innych środków ochronnych w zgodzie z ograniczeniami nałożonymi przez Konstytucję Kanady”²⁹. Cytowane zdanie jest wyrazem pewnej demagogii. Nie wola ustawodawcy czy ustrojodawcy bowiem decyduje o kształcie kanadyjskiego prawa aborcyjnego, lecz ocena samego Sądu Najwyższego. Przejawem sądowego aktywizmu było uznanie za niekonstytucyjne przepisów dopuszczających aborcję jedynie w sytuacji zagrożenia życia i zdrowia kobiety ciężarnej. Ewentualnym wyrazicielem woli Kanadyjczyków liberalizacji co do ustawodawstwa aborcyjnego powinien być parlament, a nie Sąd Najwyższy.

Wyzwolenie prawa spod wpływów empirii każe podnieść pytanie, co w zasadzie oznacza możliwość odejścia od sądowego precedensu, gdy „uległy zmianie okoliczności lub dowody, które istotnie przesunęły parametry debaty”? Nie logiczna jest argumentacja, w której prawodawca może tworzyć prawo sprzeczne z ustaleniami nauki, ale już odkrycia nauki legitymują sądy do nowej interpretacji tego samego literalnie prawa.

Sąd w sprawie Wagner najpierw doszedł do wniosku, że przedłożone na piśmie opinie dwóch profesorów medycyny nie dowodzą, jakoby od czasów wydania orzeczeń przez Sąd Najwyższy w sprawach aborcji, tj. na przestrzeni ostatnich 30 lat, doszło w nauce do istotnych odkryć co do postrzegania rozwoju płodu. Zauważyła, że argumenty i tezy formułowane przez oboje biegłych – niezależnie czy trafne czy nie – były znane też w latach osiemdziesiątych. Następnie zaś sąd podkreśla, że ustalenie nauki nie są przesądzające. „Jest tak dlatego, że prawną charakterystyka, prawny status i prawne ograniczenia są z natury norma-

²⁸ *Tremblay v. Daigle* (40, 44).

²⁹ *Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. D.F.G.* (12).

tywnymi procesami”³⁰. Skoro prawo może być kontrfaktyczne, to sąd niepotrzebnie w ogóle poddawał analizie materiały przedłożone przez prywatnych biegłych. *Ex ante* było wiadomo, że opinie ekspertów nie wpłyną na interpretację prawa przez sąd.

Sędzia O’Donnell za Sądem Najwyższym przyjmuje paradygmat Kelsenowskiego normatywizmu, że to, „co być powinno” (prawo), jest uniezależnione od tego, „co jest” (empiria). Prowadzi go to do konstatacji, że tak jak biologia nie stoi na przeszkodzie, aby na gruncie prawa kanadyjskiego owce zaliczyć do bydła, tak również ewentualne człowieczeństwo dziecka poczętego nie stanowi przeszkody dla pełnej legalności aborcji. Wątpliwa stosowność tego porównania jedynie potwierdza antycypowany przez sąd woluntaryzm prawotwórczy co do aborcji.

2.4. Rządy prawa (*Rule of Law*) i zwierzchność Boga (*Supremacy of God*) a prawna ochrona życia dziecka poczętego

W ocenie oskarżonej za przyjęciem niekonstytucyjności art. 223 k.k. wykluczającego dzieci poczęte z zakresu pojęcia „istoty ludzkiej” czy „każdy” przemawiają cztery racje:

- prawna ochrona nienarodzonego dziecka na przestrzeni wieków
- prawo międzynarodowe
- niezgodność takiego stanu rzeczy z zasadą rządów prawa
- niezgodność takiego stanu rzeczy z zasadą zwierzchności Boga

Sąd zauważył, iż bezwzględna ochrona życia dziecka poczętego nie jest i nigdy nie była udziałem anglosaskiego porządku prawnego. Bez szerszej argumentacji, jakkolwiek jednak trafnie, wskazał też, iż traktowanie życia *nasciturusa* na równi z życiem osoby urodzonej nie stanowi obowiązującej zasady prawa międzynarodowego, które w tej materii pozostawia daleko idącą swobodę poszczególnym państwom.

Szczególnie interesujące z punktu widzenia teorii i filozofii prawa są wywody odnośnie do dwóch ostatnich argumentów Wagner. Sąd ustosunkowując się do zasady rządów prawa i zasady zwierzchności Boga – dosłownie wyrażonych w preambule Karty Praw i Wolności – podejmuje się kwestii fundamentalnych dla całej jurysprudenencji. Interpretacja obu zasad determinuje ontologię i aksjologię prawa, relacje pomiędzy prawem a innymi porządkami normatywnymi (w tym

³⁰ *R. v. Wagner* (111).

przypadku pomiędzy prawem a religią i moralnością) czy kryteria legitymizacji prawa. Złożoność materii i brak konsensusu w samej myśli prawniczej co do wskazanych zagadnień po części tłumaczy poniekąd sprawozdawczy charakter wywodów sądu w tym przedmiocie.

Zasada rządów prawa zakłada istnienie niepisanych fundamentalnych norm obowiązujących nie tylko obywateli, ale i prawodawcę. Ich egzekwowanie stanowi obowiązek sądów. Sędzia O'Donnell posiłkując się wykładem Prezes Sądu Najwyższego B. McLachlin zauważa, że te niewysłowione wprost w tekście konstytucji normy to nowa postać prawa naturalnego, którego jednak źródłem jest historia, wartości i kultura danego narodu. „Ta «bogata intelektualna tradycja» prawa naturalnego dąży do nadania prawu minimalnej moralnej treści. Opiera się na rozróżnieniu pomiędzy regułami i prawem. Reguły i system reguł mogą być zarówno dobre, jak i złe. Twierdzi się, że coś więcej niż samo ich istnienie jest wymagane do żądania szacunku, w skrócie, do przekształcenia reguł w prawo. Dystynkcja pomiędzy rządami poprzez prawo (*rule by law*), które są stanem rzeczy w niektórych rozwijających się państwach, a rządami prawa (*rule of law*), które łączą się z rozwiniętymi demokracjami, zwięźle oddaje różnice pomiędzy systemem samych reguł, a właściwym systemem prawnym, który opiera się na pewnym minimum wartości”³¹.

W cytowanych słowach odszukać można tezy wpływowych anglosaskich teoretyków prawa, tj. koncepcja minimum treści prawa naturalnego w prawie pozytywnym Herberta Harta czy teza Ronalda Dworkina o dychotomicznej strukturze prawa składającego się z reguł (*rules*) i zasad (*principles*).

Sędzia O'Donnell trafnie zauważa, że sąd nie posiada swobody w identyfikacji niepisanych zasad i na ich podstawie kwestionowania poszczególnych przepisów prawa. Skutkowałoby to bowiem powstaniem oligarchii sędziowskiej, podważającej zasadę rządów demokratycznych. Zasady te wyprowadzane są w procesie prawniczego rozumowania z tradycji danego narodu, jego zobowiązań międzynarodowych czy z podstawowych spisanych aktów, zwłaszcza z konstytucji. Chroni to przed ich subiektywizacją. Sąd musi mieć na uwadze, że niektórzy posiadają „skłonność wpisywania w zasadę rządów prawa wszystkiego tego, co wspiera ich konkretny pogląd na temat tego, jakie prawo być powinno”³².

³¹ B. McLACHLIN, *Unwritten Constitutional Principles: What is Going On?*, <http://www.fact.on.ca/judiciary/NewZeal.pdf> [dostęp: 26.06.2015].

³² *Singh v. Canada (Attorney General)*, 2000 CanLII 17100 (FCA), (33).

Sąd w sprawie Wagner przyjął, że niepisane zasady konstytucyjne odgrywają mniejszą rolę w demokracjach mających formalną konstytucję, niż w państwach pozbawionych spisanej ustawy zasadniczej (np. Wielka Brytania). Takie stanowisko pozwoliło mu zakwestionować potrzebę sięgania poza Kartę Praw i Wolności w poszukiwaniu prawa naturalnego, skoro sam tekst Karty został zdeterminowany koncepcją prawa naturalnego, koncepcją praw człowieka czy demokratyczną tradycją. W swoich wywodach sąd jest nie do końca spójny. Raz mówi o tym, że niepisane zasady zostały już inkorporowane do ustawy zasadniczej, innym razem, iż rządy prawa to „konstytucyjne DNA” Kanady, których nie można utożsamiać z tekstem konstytucji i które wymiar sprawiedliwości musi twardo bronić niezależnie od presji społecznej i politycznej.

Rozważania o istocie rządów prawa mogły być bardziej rozbudowane i wieloaspektowe, uwzględniając bogaty dorobek jurysprudencki, a nie bazując głównie na akademickim odczycie Prezes Sądu Najwyższego B. McLachlin. Nie wydaje się jednak, aby bardziej wnikliwe zreferowanie doktrynalnej koncepcji rządów prawa – np. sięgnięcie do myśli Gustawa Radbrucha – ułatwiło jej aplikację do problemu prawnego podniesionego przez Wagner, czy tym bardziej wpłynęło na zmianę rozstrzygnięcia sądu.

Sędzia O’Donnell podzielił ocenę oskarżonej, że „rządy poprzez prawo”, w których niemoralne zachowania godzące w prawa podstawowe innych są legalne, stanowią oznakę totalitaryzmu i despotyzmu. Nie zgodził się z nią jednak, aby „rządy prawa” wymagały uznania, że płód to „istota ludzka”, której przysługują egzekwowalne prawa na równi z osobą urodzoną. Przekonanie, że „każda aborcja jest morderstwem, zbrodnią przeciwko ludzkości i formą ludobójstwa, bez wątplenia szczere i głębokie, nie znajduje potwierdzenia w naszej historii czy w powszechnych bądź międzynarodowych wartościach. Opowiedzenie się za interpretacją, o którą prosi, nie wymaga – jak twierdzi – sędziowskiej odwagi, lecz okropnego i ohydneho unilateralizmu, który sam byłby zaprzeczeniem rządów prawa, które pani Wagner przywołuje do pomocy”³³.

O wiele mniej konkluzywne są rozważania sądu dotyczące zasady zwierzchności Boga wysłowionej w preambule Karty. Na jej podstawie Wagner powołuje się na piąte przykazanie Boże („Nie będziesz zabijał”), którego zakresem obejmuje także dziecko poczęte.

³³ *R. v. Wagner* (121).

Sąd zwraca uwagę, iż fraza o „zwierzchnictwie Boga” nie jest przedmiotem ani szerszych, ani spójnych sądowych interpretacji³⁴. Sąd Apelacyjny Brytyjskiej Kolumbii uznał nawet, iż zwrot ten to „martwa litera”³⁵. W obronie jurystycznej relewantności tekstu preambuły o „zwierzchnictwie Boga” stanęło dwóch sędziów Sądu Apelacyjnego Alberta w zdaniu odrębnym do jednego z wyroków, twierdząc, iż sprzeczne z zasadą zwierzchności Boga jest negowanie konstytucyjności ustawy zakazującej handlu w niedziele³⁶. Z kolei Sąd Federalny Kanady uznaje, iż wprowadzenie przedmiotowej frazy do Konstytucji w 1982 r. nie oznacza przekształcenia Kanady w teokrację, a jedynie tyle, że Kanada nie może być oficjalnie państwem ateistycznym, jak Związek Radziecki. Zasada ta nie podważa świeckości Kanady³⁷.

Streszczenie kilku orzeczeń, w których podjęto kwestię „zwierzchnictwa Boga”, w zasadzie całkowicie wypełnia „ustosunkowanie się” sądu do argumentacji Wagner. Sędzia O’Donnell poprzestaje na konstatacji o trudnościach interpretacyjnych niniejszego zwrotu. Prawidłowe spostrzeżenie, że różne religie różnie zapatrują się na kwestie aborcji, a ich poglądy w tej materii ewoluują, nie prowadzi go do żadnej finalnej konkluzji, a jedynie do postawienia kilku pytań, np. „czyj Bóg?”. Rolą sądu jest usuwanie wątpliwości interpretacyjnych i subsumcja stanu faktycznego pod normę prawną, a nie formułowanie pytań i pozostawianie ich bez odpowiedzi. Potraktowanie postanowienia o „zwierzchności Boga” w zasadzie jako pozbawionego prawnej doniosłości przeczy dyrektywie interpretacyjnej zakazu wykładni prawa *per non est*.

³⁴ Zob. J. PENNEY, R. DANAY, *The Embarrassing Preamble? Understanding the “Supremacy of God” and The Charter*, „University of British Columbia Law Review” 39 (2006), nr 2, s. 287-331.

³⁵ *R. v. Sharpe*, 1999 BCCA 416 (CanLII), (zdanie polemiczne sędzi Rowles).

³⁶ *R. v. Big M. Drug Mart*, 1983 ABCA 268 (CanLII), (zdanie odrębne sędziego Belzila). Sędzia Belzil pyta się, czy kolejnym krokiem będzie usunięcie z ustaw jakichkolwiek odniesień do Bożego Narodzenia czy Wielkanocy, albo zaprzestanie używania kalendarza gregoriańskiego? Taka interpretacja grozi powstaniem „bezszafranego, pozbawionego korzeni, bezbożnego narodu” sprzecznie z preambułą Karty. Zauważa, że twórcy Karty nie zamierzali przyznać sądom zadania usuwania wszelkich śladów europejskich i zachodnich wartości i tradycji. Sąd Najwyższy w swoim orzeczeniu w tej sprawie w ogóle pominął kwestię „zwierzchnictwa Boga”. *R. v. Big M. Drug Mart*, [1985] 1 S.C.R. 295.

³⁷ *O’Sullivan v. Canada (M.N.R.)*, [1992] 1 F.C. 522 (F.C.T.D.). W sprawie tej podatnik wnioskował o zwolnienie go z obowiązku płacenia podatku dochodowego, gdyż wpływy z niego częściowo są przeznaczane na finansowanie aborcji.

2.5. Kwestia naruszenia sądowych nakazów dotyczących warunków probacji

Sąd uznał, iż niedopuszczalne jest powoływanie się na nieważność nakazu sądowego jako usprawiedliwienie jego naruszenia. Nakaz wiąże, dopóki nie zostanie przez sąd formalnie uchylony, nawet gdyby był niekonstytucyjny. Zakazane jest przy tym kwestionowanie go w innej sprawie aniżeli w tej, w której został wydany. Wagner mogła podważać legalność warunków probacyjnych – zwłaszcza zakaz wchodzenia na teren klinik aborcyjnych i komunikowania się tam z innymi osobami – wnosząc apelację do postanowienia sądu, mocą którego takie warunki ustalono. Oskarżona tymczasem najpierw naruszyła warunki probacyjne, a dopiero później kwestionowała ich legalność. Nieprzestrzeganie sądowych nakazów postrzeganych jako niekonstytucyjne groziłoby według sądu anarchią.

Niniejsze rozumowanie sądu, mocno osadzone w paradygmatach prawniczego pozytywizmu, znajduje wsparcie w kanadyjskim orzecznictwie. Niewątpliwie służy ono formalnie rozumianej wartości pewności i bezpieczeństwa prawnego. Z drugiej jednak strony bezkrytyczna wierność prawu i sądowym orzeczeniom wydanym na podstawie tego prawa może prowadzić do rażącej niesprawiedliwości. Świadomość takiego niebezpieczeństwa jest udziałem sądu, choć stoi on kategorycznie na stanowisku, iż w przedmiotowej sprawie takie ryzyko nie występuje. Sędzia O'Donnell ustosunkowuje się do dwóch hipotecznych sytuacji zdaniem obrony analogicznych do sprawy Wagner.

Pierwszy kazus dotyczy przechodnia, który wchodzi do płonącego domu i ratuje jego mieszkańców, pomimo iż obowiązywał go sądowy nakaz zbliżania się do tego domu. Sąd twierdzi, że w tym przypadku zachodził stan wyższej konieczności, a przechodzień bezinteresownie wchodząc do ogarniętego pożarem domu nie wyrządził żadnej społecznej krzywdy. Natomiast Wagner swoim zachowaniem naruszyła w ocenie sądu godne ochrony interesy pacjentów kliniki aborcyjnej, osób im towarzyszących oraz osób prowadzących klinikę.

Bohaterem drugiego kazusu jest przechodzień, który w nazistowskich Niemczech wchodzi do obozu koncentracyjnego i ratuje życie więźniów. Więźniowie ci według ówczesnego prawa niemieckiego nie byli postrzegani jako ludzie, uwięziono ich legalnie, a na przechodniu ciążył sądowy nakaz nie zbliżania się do obozu.

Sąd przyjął, iż sytuacja ta również nie jest analogiczna do sprawy Wagner. W okresie II wojny światowej tego typu praktyki nazistów były postrzegane przez

społeczność międzynarodową jako zbrodnie przeciwko ludzkości, podobnie jak nie akceptowano dehumanizacji ludzi z powodu ich religii, rasy czy orientacji seksualnej. Tymczasem status podobny do więźniów obozów koncentracyjnych nie jest udziałem płodów nie tylko w prawie i tradycji Kanady, ale także na arenie międzynarodowej.

Rozumowanie sądu uzależniające dopuszczalność pewnych praktyk i zachowań wyłącznie od nie zawsze oczywistej opinii społeczności międzynarodowej i niesprzecznego z nią prawa danego państwa, jest ryzykowne. Udziałem państw uchodzących za dojrzałe demokracje w czasach nie tak odległych, bo jeszcze w latach siedemdziesiątych ubiegłego wieku, było prawo przewidujące w ramach polityki eugenicznej przymusową sterylizację osób niepełnosprawnych, upośledzonych czy prowadzących aspołeczny tryb życia (np. Szwecja, USA). Dzisiejsze społeczne przeświadczenie o haniebności tego typu praktyk sprzed kilku dekad w Szwecji czy w USA nie stoi na przeszkodzie obojętności społeczności międzynarodowej wobec „wymuszanej” sterylizacji ubogiej ludności dokonującej się współcześnie np. w Indiach i współfinansowanej przez państwa Zachodu. Wiara sądu w niezawodność opinii międzynarodowej jako wyznacznika dopuszczalności kontestowania litery niemoralnego prawa jest wysoce naiwna.

PODSUMOWANIE

Sąd w swej argumentacji posługuje się zasadniczo klarownym językiem, co czyni orzeczenie w pełni komunikatywne, także dla osób spoza kręgu kultury *common law*. Uzasadnienie wyroku ujawnia szacunek dla osoby oskarżonej i jej aktywności *pro-life*, przy jednoczesnym zakwestionowaniu legalności ocenianego zachowania. Sąd podkreśla, że: „Głębokości i szczerości jej [Mary Wagner – G.M.] przekonań, bezinteresownego oddania tym przekonaniom i cichej godności prezentowanej przez całe postępowanie nie sposób kwestionować”³⁸. Jednocześnie dodaje, iż: „Jakkolwiek możliwie mając najczystsze intencje, inwazja pani Wagner na klinikę aborcyjną była pozbawiona równowagi i nie szanowała chronionych interesów osób w środku”³⁹.

Tego typu – *prima facie* oczywisty, bo związany z zasadą sędziowskiej bezstronności – szacunek dla oskarżonego, zwłaszcza będącego więźniem sumienia

³⁸ *R. v. Wagner* (4).

³⁹ *R. v. Wagner* (149).

(*conscientious objector*), nie jest regułą w kanadyjskim orzecznictwie. Mary Wagner w jednej z wcześniejszych swoich spraw w czasie rozprawy usłyszała od zdenerwowanego sędziego słowa: „Ty się mylisz i twój Bóg się myli!”, a jej wysiłki w obronie życia dzieci poczętych nazwano „tchórzliwymi”⁴⁰.

Głosowane, orzeczenie poza powyżej zasygnalizowanymi zastrzeżeniami, można zasadniczo ocenić jako prawidłowe, tak w sensie finalnego rozstrzygnięcia, jak i – choć przy większych obiekcjach – wykorzystanej do jego uzasadnienia argumentacji. Jest ono silnie osadzone w linii orzeczniczej sądów wyższego szczebla, zwłaszcza Sądu Najwyższego Kanady, co szczególnie ważne w systemie prawa precedensowego. Tok rozumowania sądu ujawnia ściśle formalistyczne postrzeganie prawa znamionowane rozgraniczeniem prawa i moralności oraz imperatywem przestrzegania każdego formalnie obowiązującego przepisu prawa. Uwagi sądu odnośnie do zasady rządów prawa oraz zasady zwierzchności Boga w żadnej mierze nie powinny być odczytywane jako istotne odejście od pozytywistycznego paradygmatu *Dura lex sed lex*.

Taka a nie inna postać wyroku w sprawie *R. v. Wagner* została zdeterminowana blisko ćwierć wieku przed antyaborcyjnym protestem Mary Wagner w klinice w Toronto, tj. wraz z całkowitym zalegalizowaniem aborcji przez Sąd Najwyższy Kanady w 1988 r. Przyjęcie przez Sąd Sprawiedliwości Ontario, iż oskarżona działała w obronie koniecznej czy w stanie wyższej konieczności, wymagałoby uznania, że życie *nasciturusa* jest prawnie chronione. W przedmiotowej sprawie sąd ani nie chciał, ani formalnie nie mógł zakwestionować precedensów Sądu Najwyższego, zgodnie z którymi życie człowieka w sensie prawnym zaczyna się dopiero z chwilą narodzin. Kwestia, w jakim stopniu Sąd Najwyższy w sprawie *R. v. Morgentaler* jedynie egzekwował Konstytucję, w jakim samowładnie i arbitralnie zakwestionował wolę legislatora, a przez to i wolę ówczesnych Kanadyjczyków, chronienia życia dzieci nienarodzonych, jest odrębnym zagadnieniem wykraczającym poza ramy glosy.

Mary Wagner naruszyła prawo. W majestacie prawa za rozdawanie kobietom ciężarnym na terenie kliniki aborcyjnej róż i nienaturalne oraz empatyczne przekonywanie ich do zmiany decyzji o usunięciu ciąży wymierzono jej karę 9 miesięcy pozbawienia wolności. Państwo Kanada nie po raz pierwszy zrealizowało w ten sposób swoje *ius puniendi*. Inna kanadyjska aktywistka *pro-life*,

⁴⁰ Słowa sędziego Sądu Sprawiedliwości Ontario, S. Ford Clementsa, podczas rozprawy w dniu 21 marca 2012 r. Sąd odwoławczy te i inne uwagi sędziego Clementsa ocenił jako „nierozważne i nieodpowiednie”, choć niepodważające sądowej bezstronności. *R. v. Wagner*, 2012 ONSC 5461 (CanLII).

Linda Gibbons, za pokojowe, choć sprzeczne z literą prawa, protesty anty-aborcyjne spędziła jak dotąd w więzieniu około 10 lat (sic !). Głosowany wyrok, podobnie jak i inne tego typu orzeczenia sądów kanadyjskich skazujące działaczy *pro-life*, spotkał się ze znikomym zainteresowaniem Kanadyjczyków i żadnym po stronie kanadyjskiej jurysprudencji. Zachodnie demokratyczne społeczeństwa z estymą, podziwem i współczuciem wypowiadają się o współczesnych więźniach sumienia. Międzynarodowa opinia publiczna, co zasługuje na uznanie, wzywa do uwolnienia więźniów politycznych, obrońców praw mniejszości religijnych czy seksualnych. W gronie więźniów sumienia, których pobyt w zakładzie karnym kłóci się ze społecznym poczuciem sprawiedliwości, nie ma jednak skazanej komentowanym orzeczeniem. Dla kanadyjskiego porządku prawnego Mary Wagner to recydywistka, która „postawiła się ponad prawem i zdecydowała się narzucić swoje poglądy i swoją wolę pacjentom i prowadzącym klinikę aborcyjną”⁴¹.

Komentowany wyrok, jak zaznaczono, koresponduje z wymogami formalnego państwa prawa. Należy jednak pamiętać, że rzymska jurysprudencja w swej spuściznie pozostawiła nam nie tylko paremię „twarde prawo, lecz prawo”, lecz także *summum ius summa iniuria*. Nie budzi zasadniczych wątpliwości, że orzeczenie Sądu Sprawiedliwości Ontario jest zgodne z literą prawa (*lex* a nie *ius*). Kwestią sporną pozostaje to, czy jest ono sprawiedliwe, w zależności od rozumienia sprawiedliwości. Według autora, głosowany wyrok przeczy jednak słuszności. Nie trzeba dzielić poglądów Mary Wagner co do bezwarunkowej ochrony życia dzieci poczętych, aby bronić jej prawa do publicznego wyrażania tych poglądów i kulturalnego przekonywania do nich. Posyłanie przez sąd działaczy *pro-life* do więzienia – jak w przypadku L. Gibbons na łącznie ponad 10 lat, a przypadku Mary Wagner na łącznie około 4 lat (!) – za pokojowy sprzeciw wobec aborcji przy milczącej społecznej aprobacie i niewytłumaczalnej obojętności środowiska prawniczego, jest świadectwem nie najlepszej kondycji kanadyjskiego liberalizmu, konformizmu tamtejszego społeczeństwa i apatyczności tamtejszej jurysprudencji.

⁴¹ *R. v. Wagner* (150).

BIBLIOGRAFIA

ŹRÓDŁA PRAWA

Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46).

The Canadian Charter of Rights and Freedoms: The Constitution Act, 1982, Schedule B to the Canada Act 1982 (UK), 1982, c. 11.

ORZECZNICTWO

R. v. Wagner, 2015 ONCJ 66 (CanLII).

Carter v. Canada (Attorney General), 2015 SCC 5 (CanLII).

Wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z dnia 16 października 2014 r., sygn. I C 929/14.

Canada (Attorney General) v. Bedford, [2013] 3 S.C.R. 1101.

R. v. Wagner, 2012 ONSC 5461 (CanLII).

R. v. Pires, R v. Lising, [2005] 3 S.C.R. 343.

R. v. Demers, [2002] B.C.C.A. 28.

Singh v. Canada (Attorney General), [2000] 3 F.C. 185.

R. v. Sharpe, 1999 BCCA 416 (CanLII).

Winnipeg Child and Family Services (Northwest Area) v. D.F.G., [1997] 3 S.C.R. 925.

O'Sullivan v. Canada (M.N.R.), [1992] 1 F.C. 522 (F.C.T.D.).

Tremblay v. Daigle, [1989] 2 S.C.R. 530.

R. v. Morgentaler, [1988] 1 SCR 30.

Borowski v. Canada (Attorney General), 1987 CanLII 4890 (SK CA).

R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103.

R. v. Big M. Drug Mart, [1985] 1 S.C.R. 295.

Perka v. The Queen, [1984] 2 SCR 232.

R. v. Big M. Drug Mart, 1983 ABCA 268 (CanLII).

Paton v. United Kingdom; Paton v. Trustees of BPAS, [1978] 2 All E.R. 987 (Q.B.D.).

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

LITERATURA

ALBERT Richard: Protest, Proportionality, and the Politics of Privacy: Mediating the Tension Between the Right of Access to Abortion Clinics and Free Religious Expression in Canada and the United States, „Loyola Of Los Angeles International and Comparative Law Review” 27 (2005), nr 1, s. 1-62.

MCLACHLIN Beverley: Unwritten Constitutional Principles: What is Going On?, <http://www.fact.on.ca/judiciary/NewZeal.pdf> [dostęp: 26.06.2015].

DANAY Robert, PENNEY Jonathan: The Embarrassing Preamble? Understanding the “Supremacy of God” and The Charter, „University of British Columbia Law Review” 39 (2006), nr 2, s. 287-331.

GŁOSA DO WYROKU SĄDU SPRAWIEDLIWOŚCI ONTARIO W SPRAWIE
R. V. WAGNER Z DNIA 12.06.2014 (R. V. WAGNER, 2015 ONCJ 66)

STRESZCZENIE

Niniejsze opracowanie omawia Wyrok Sądu Sprawiedliwości Ontario z dnia 12 czerwca 2014 r. w sprawie *R. v. Wagner*. Komentowane orzeczenie dotyczy prawnych ram protestów antyaborcyjnych w kanadyjskim porządku prawnym. Sąd uznał aktywistkę *pro-life* Mary Wagner winną naruszenia sądowych nakazów nadzoru kuratorskiego – które zakazywały jej przebywania na terenie klinik aborcyjnych w Ontario – oraz zakłócania korzystania z prywatnej nieruchomości. Oskarżona weszła do kliniki aborcyjnej w Toronto i próbowała przekonać znajdujące się tam pacjentki do zrezygnowania z aborcji, wręczając im róże i broszury. Sąd uznał, iż ani obrona konieczna (konkretnie „obrona innych”), ani stan wyższej konieczności nie wyłączają odpowiedzialności karnej Wagner. Odrzucił również twierdzenie, iż płód jest „istotą ludzką” na gruncie prawa. Stwierdził, iż przypisanie człowieczeństwa płodowi w prawie jest zadaniem normatywnym niezależnym od naukowych kategoryzacji. To skrajnie normatywistyczne założenie doprowadziło sąd do wniosku, że protest Wagner w klinice nie był próbą ochrony prawa „każdego” (*everyone*) do życia w myśl art. 7 Kanadyjskiej Karty Praw i Wolności. W końcu sąd przyjął, że ani zasada „rządów prawa”, ani zasada „zwierzchności Boga” wysłowione w preambule Karty nie konwalidują działań oskarżonej.

W ocenie autora komentowany wyrok jest zgodny z pozytywistycznie rozumianą literą prawa. Kwestią sporną jest to, czy pozostaje on sprawiedliwy, w zależności od przyjętej koncepcji sprawiedliwości. Głosowany wyrok przeczy jednak wymogom słuszności. Karanie więzieniem za pokojowe protesty *pro-life* jest poważnym naruszeniem kluczowych wartości państwa liberalnego i demokratycznego.

Słowa kluczowe: aborcja, prawo do życia, protesty *pro-life*, Kanada

GLOSS TO THE ONTARIO COURT OF JUSTICE JUDGMENT OF 12 JUNE 2014
IN THE CASE *R. V. WAGNER* 2015 ONCJ 66

SUMMARY

The paper deals with the judgment of the Ontario Court of Justice of 12 June 2014 in the case *R. v. Wagner* 2015 ONCJ 66. The reviewed judgment refers to legal frameworks of anti-abortion protests in the Canadian legal order. The Court found *pro-life* activist Mary Wagner guilty of breach of probation orders – which prohibited her from being on the premises of any abortion provider in Ontario – and of mischief interfering with private property. She gained entry to abortion clinic in Toronto and sought to intercede with various clinic patients by offering them roses and *pro-life* brochures in an effort to have them reconsider their interest in having an abortion. The Court held that neither law of

self-defence (exactly defence of others) nor the law of necessity could insulate Wagner's conduct from criminal liability. The Court also rejected the contention that a foetus is a "human being" under the law. It said that ascribing personhood to a foetus in law is a fundamentally normative task which falls outside the concerns of scientific classification. This strong normativism position led the Court to the conclusion that Wagner's protest in the clinic was not an attempt to protect the "everyone's" right to life under s. 7 of the Canadian Charter Of Rights And Freedoms. Finally the Court assumed that neither Principle of the "Rule of Law" nor principle of the "Supremacy of God" – both expressed in the preamble to the Charter – convalidated the defendant's acts.

In the author's view the reviewed judgment is consistent with the letter of the law in the sense of legal positivism. It is debatable whether the given judgment is righteousness, depending on which theory of justice is chosen to rely on. However the court's opinion belies the requirements of equity. Imprisonment for peaceful *pro-life* protest is serious infringement of core values of liberal and democratic state.

Key words: abortion, right to life, *pro-life* protest, Canada