



Piotr Michalik

Czy Sąd Najwyższy USA zalegalizuje małżeństwa homoseksualne?

Hollingsworth v. Perry i *United States v. Windsor*



Piotr Michalik

Doktor nauk prawnych i magister historii Uniwersytetu Jagiellońskiego, adiunkt w Katedrze Doktryn Politycznych i Prawnych Uniwersytetu Papieskiego Jana Pawła II w Krakowie. Specjalizuje się w historii państwa i prawa anglosaskiego oraz orzecznictwie Sądu Najwyższego USA w zakresie Bill of Rights. Autor monografii „Stosunki polityczno-wyznaniowe w XVII-wiecznym Marylandzie na tle kształtowania się ustroju tej kolonii”.

Will the United States Supreme Court legalize same-sex marriage? Hollingsworth v. Perry and United States v. Windsor

This spring the US Supreme Court will make its decision in two well-known cases: *Hollingsworth v. Perry* and *United States v. Windsor*. In both the Court must resolve the nationwide dispute over the constitutionality of federal and state laws which defined marriage as a union between a man and a woman. The Ninth and the Second Circuits found (in *Perry* and *Windsor* respectively) that such laws violate both *Due Process* and *Equal Protection* Clauses of the Constitution. The aim of this paper is to analyze the former Supreme Court's decisions in this field in order to propose the most probable rationale of the expected judgements. Taking into account the Supreme Court's milestone rulings in *Griswold v. Connecticut* from 1965, *Loving v. Virginia* from 1967, *Romer v. Evans* from 1996 and *Lawrence and Garner v. Texas* from 2003, it seems fairly possible that the Court will uphold the constitutionality of same-sex marriage. Most likely, it will be done on the ground of the Second Circuit decision in *Windsor* which is the best opportunity to gather the sufficient five-member majority round this solution.

Dnia 7 grudnia 2012 r. Sąd Najwyższy USA (SN) wydał *writ of certiorari*¹ w sprawach *Holling-*

prawa konstytucyjnego), Warszawa 1969; L. Garlicki, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych. Konstytucja – polityka – prawa obywatelskie*, Wrocław – Warszawa 1982; A.M. Ludwikowska, R.R. Ludwikowski, *Sądy w Stanach Zjednoczonych. Struktura i jurysdykcja*,

¹ Na temat SN oraz sądownictwa w USA patrz między innymi (opracowania polskie): W. Szyszkowski, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych (studium*



sworth v. Perry oraz *United States v. Windsor*², wyznaczając termin rozpraw odpowiednio na 26 i 27 marca 2013 r.³ Oznacza to, iż najprawdopodobniej sprawy te zostaną rozstrzygnięte jeszcze wiosną bieżącego roku. Obie już zyskały miano przełomowych i precedensovych (*milestone, leading case*), gdyż rozstrzygając je SN ma zająć stanowisko w jednej z kluczowych dla debaty publicznej w USA kwestii – legalności małżeństw homoseksualnych (*same-sex marriage*). Ze względu na uniwersalny charakter tej problematyki rozstrzygnięcie SN jest także oczekiwane w innych państwach zachodnich, także w Polsce. Dlatego też przedmiotem poniższego artykułu jest przedstawienie obu spraw na tle relewantnego orzecznictwa SN oraz – będąca jedynie propozycją – antycypacja oczekiwanego rozstrzygnięcia.

Hollingsworth v. Perry

Sprawa *Hollingsworth v. Perry* dotyczy zgodności z konstytucją federalną słynnej poprawki do konstytucji stanu Kalifornia – Propozycji 8 (*Proposition 8*). Wprowadzona w listopadzie 2008 r., w drodze referendum stanowego, *expressis verbis* zdefiniowała małżeństwo jako związek mężczyzny i kobiety⁴. Zdelegalizowała tym samym te małżeństwa homoseksualne, które zawarte zostały w Kalifornii od maja 2008 r., kiedy to Sąd Najwyższy Kalifornii (*California Supreme Court*) w sprawie *In re Marriage Cases* uznał analogiczne definicje ustawowe za sprzeczne z konstytucją stanową⁵. Konstytucyjność Propozycji 8 została zaskarżona tak w sądach stanowych, jak i federalnych. W tym pierwszym przypadku w maju 2009 r. w sprawie *Strauss v. Horton* Sąd Najwyższy Kalifornii uznał konstytucyjność poprawki, zastrzegając jednak ważność małżeństw

homoseksualnych zawartych przed jej wejściem w życie⁶. W drugim przypadku kluczową stała się sprawa *Perry v. Schwarzenegger*, która obecnie jako *Hollingsworth v. Perry* znajduje się na wokandzie SN.

Przedmiotowa sprawa wniesiona została przeciwko władzom Kalifornii w maju 2009 r. przez Amerykańską Fundację na rzecz Równych Praw (*American Foundation for Equal Rights, AFER*) w imieniu dwu par homoseksualnych: lesbijek Kristin Perry i Sandry Stier oraz gejów Paula Katami i Jeffrey'a Zarrillo, którym odmówiono zawarcia związku małżeńskiego⁷. Wyrok federalnego Sądu Dystryktowego dla Dystryktu Północnej Kalifornii zapadł w sierpniu 2010 r. Sędzia Vaughn Walker uznał w nim, iż Propozycja 8 narusza klauzulę sprawiedliwego (właściwego) procesu (*Due Process Clause*) i równej ochrony prawnej (*Equal Protection Clause*) XIV Poprawki⁸ do konstytucji federalnej⁹. W postępowaniu apelacyjnym (jako *Perry v. Brown*), wyrokiem z lutego 2012 r. stanowisko I instancji podtrzymał podzielony (2 do 1) federalny Sąd Apelacyjny dla Dziewiątego Okręgu (*Ninth Circuit*)¹⁰.

6 *Strauss v. Horton*, 46 Cal.4th 364 (2009).

7 *Plaintiffs' Filled Complaint*, <http://www.afer.org/legal-filings/plaintiffs-filed-complaint/> (dostęp: 17 stycznia 2013). Pełnomocnikami powodów byli Theodore Olsen i David Boies, od czasu sprawy *Bush v. Gore* jedni z najstynniejszych prawników amerykańskich.

8 „Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws” – cyt. za: K. Michałek (red.), *Konstytucja oraz inne podstawowe dokumenty i symbole amerykańskiej kultury patriotycznej*, Warszawa 2005.

9 *Perry v. Schwarzenegger*, 704 F.Supp.2d 921 (N.D.Cal. 2010). Na temat klauzul XIV Poprawki i zasady równości wobec prawa w prawie amerykańskim patrz P. Michalik, *Równość i wolność religijna w orzeczeniu Sądu Najwyższego USA w sprawie Christian Legal Society v. Martinez* (w:) W. Zuziak, J. Mysona Byrska (red.), *Równość w życiu publicznym*, Kraków 2012, s. 145–148.

10 *Perry v. Brown*, 671 F.3d 1052 (9th Cir., 2012). W skład panelu orzekającego wchodzili sędziowie: Stephen Reinhardt, Michael Hawkins i autor zdania odrębnego Norman Randy Smith.

Toruń 2008; P. Laidler, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki: od prawa do polityki*, Kraków 2011.

2 *Grant Order, December 7, 2012* (w:) *Filings in the Defense of Marriage Act and California's Proposition 8 cases* (dalej: *Filings*), <http://www.supremecourt.gov/docket/DOMP8.aspx>, (dostęp: 7 stycznia 2013).

3 http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_calendars/MonthlyArgumentViewer.aspx?Filename=MonthyArgumentCalMar2013.html (dostęp: 14 stycznia 2013).

4 Art. 1 § 7.5: „Only marriage between man and woman is valid or recognized in California”.

5 *In re Marriage Cases*, 43 Cal.4th 757 (2008).

W czerwcu tegoż roku sąd ten odmówił ponownego rozpatrzenia sprawy w pełnym składzie (*rehearing en banc*), a w lipcu w imieniu strony apelującej Dennis Hollingsworth¹¹ złożył do SN wniosek o wydanie *writ of certiorari* (jako *Hollingsworth v. Perry*).

United States v. Windsor

Sprawa *United States v. Windsor* jest jedną z wielu dotyczących zgodności z konstytucją federalną nie mniej słynnej ustawy o obronie małżeństwa (*Defense of Marriage Act*, DOMA), uchwalonej przez Kongres i podpisanej przez prezydenta Clintona w 1996 r.¹². W § 3 definiuje ona małżeństwo w prawie federalnym jako „prawny związek między jednym mężczyzną a jedną kobietą, jako mężem i żoną”¹³. Przepis ten został dotychczas uznany za sprzeczny z konstytucją aż przez 8 sądów federalnych, w tym w 2012 r. przez sądy apelacyjne dla Pierwszego i Drugiego Okręgu¹⁴. Przedmiotowa sprawa wniesiona została w listopadzie

2010 r. przeciwko Stanom Zjednoczonym przez korporację prawniczą Paul, Weiss, Rifkind, Wharton & Garrison LLP oraz Amerykańską Unię na rzecz Wolności Obywatelskich (*American Civil Liberties Union*, ACLU) w imieniu lesbijki Edith Windsor. Podstawą powództwa był obowiązek zapłaty przez powódkę federalnego podatku od spadku po zmarłej Thei Spyer, z którą Windsor zawarła w 2007 r. w Kanadzie homoseksualny związek małżeński. Ten ostatni uznawany przez prawo ich rodzimego stanu Nowy Jork na mocy DOMA nie został uznany przez prawo federalne, co pozwoliło organom podatkowym naliczyć powódce podatek w wysokości ponad 363 000 dolarów¹⁵.

W czerwcu 2012 r. wyrokiem federalnego Sądu Dystryktowego dla Dystryktu Południowego Nowego Jorku sędzia Barbara S. Jones uznała, iż § 3 DOMA narusza klauzulę sprawiedliwego procesu Piątej Poprawki¹⁶ do konstytucji federalnej i nakazała organom podatkowym zwrot powódce zapłaconego podatku¹⁷. Pomimo iż Departament Sprawiedliwości prezydenta Obamy już w I instancji wycofał się z merytorycznej obrony DOMA, jego formalny udział w postępowaniu umożliwił prowadzenie obrony i wniesienie apelacji przez występującą z ramienia Izby Reprezentantów *Bipartisan Legal Advisory Group* (BLAG). W październiku 2012 r. federalny Sąd Apelacyjny dla Drugiego Okręgu oddalił apelację i podtrzymał wyrok I instancji¹⁸. W tych okolicznościach SN pozytywnie rozpa-

11 Władze Kalifornii, najpierw w osobie gubernatora Arnolda Schwarzeneggera, a następnie gubernatora Jerrego Browna, konsekwentnie odmawiały obrony Propozycji 8. Już w I instancji ich miejsce zajęła organizacja *ProtectMarriage.com*, jeden z inicjatorów wprowadzenia przedmiotowej poprawki. Jej legitymacja procesowa jako interwenienta po stronie pozwanej, a następnie strony apelującej, została uznana przez sądy I i II instancji. SN pomimo wydania *writ of certiorari* nie rozstrzygnął jeszcze ostatecznie tej kwestii – *Grant Order, December 7, 2012*, dz. cyt.

12 Pub. L. 104–199, 110 Stat. 2419.

13 1 U.S.C. § 7: „Definition of ‘marriage’ and ‘spouse’. In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word ‘marriage’ means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word ‘spouse’ refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife”; 28 U.S.C. § 1783c: „Certain acts, records, and proceedings and the effect thereof. No State, territory, or possession of the United States, or Indian tribe, shall be required to give effect to any public act, record, or judicial proceeding of any other State, territory, possession, or tribe respecting a relationship between persons of the same sex that is treated as a marriage under the laws of such other State, territory, possession, or tribe, or a right or claim arising from such relationship”.

14 W połączonych sprawach *Gill et al. v. Office of Personnel Management* i *Massachusetts v. United States Department of Health*

and Human Services, 682 F.3d 1 (1st Cir. 2012) oraz w sprawie *Windsor*.

15 *Windsor v. United States – Complaint*, <http://www.aclu.org/lgbt-rights/windsor-v-united-states-complaint> (dostęp: 17 stycznia 2013).

16 „No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation” – cyt. za: *Konstytucja oraz inne podstawowe dokumenty...*, dz. cyt.

17 *Windsor v. United States*, 833 F. Supp.2d 394 (S.D.N.Y. 2012).

18 *Windsor v. United States*, Docket No. 12-2335-cv(L), slip op (2d Cir. 2012). Przewodniczącym panelu orzekającego był prezes Drugiego Okręgu Dennis Jacobs. Do jego opinii przyłączył się sędzia

trzył wniesiony już we wrześniu wniosek Departamentu Sprawiedliwości o wydanie *writ of certiorari*, zaznaczając jednak, iż nierozstrzygnięta pozostaje kwestia legitymacji procesowej BLAG w przedmiotowej sprawie¹⁹.

Status prawny małżeństwa w orzecznictwie SN²⁰

Pierwszym orzeczeniem, w którym SN bezpośrednio wypowiedział się w kwestii statusu małżeństwa był wyrok z 1879 r. w słynnej sprawie poligamii mormońskiej – *Reynolds v. United States*²¹. Jednomyślny sąd

daje państwu legitymację do kształtowania tej instytucji przez prawo. Dlatego też Kongres, mając na uwadze „zgubne (*evil*) konsekwencje mogące wyniknąć z wielożeństwa”, jest władny ustalić monogamiczny model małżeństwa²⁴. Swoje stanowisko z *Reynolds* SN potwierdził i rozszerzył w orzeczeniu *Maynard v. Hill* z 1888 r., rozstrzygając o ważności rozwodu w formie aktu legislatywy Terytorium Oregonu²⁵. Sąd podkreślił, iż małżeństwo jako „najważniejsza relacja w życiu” jest instytucją społeczną (*institution of society*), której nie można sprowadzić do statusu zwykłej

W jednomyślnej opinii sądu prezes Earl Warren uznał małżeństwo za podstawowe prawo obywatelskie człowieka (*basic civil right of man*), a wolność do zawarcia małżeństwa (*freedom to marry*) za wolność fundamentalną.

uznał w nim za konstytucyjny federalny zakaz bigamii, wprowadzony przez Kongres ustawą z 1862 r. (tzw. Morrill Anty-Bigamy Act)²². Autor orzeczenia prezes Morrison R. Waite podkreślił w nim, iż „małżeństwo będąc z samej swojej natury świętym zobowiązaniem (*sacred obligation*), w większości cywilizowanych narodów pozostaje także umową cywilną (*civil contract*), z reguły normowaną przez prawo”²³. Fakt ten, a także fundamentalne znaczenie małżeństwa dla formowania stosunków społecznych, zdaniem sądu

Chester J. Straub. Sędzia Christopher F. Droney sporządził częściowo zbieżną, a częściowo odrębną opinię.

¹⁹ *Grant Order, December 7, 2012...*, dz. cyt.

²⁰ W zakresie bezpośrednio objętym tematyką artykułu.

²¹ *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1879).

²² *An Act to punish and prevent the Practice of Polygamy in the Territories of the United States*, 12 Stat. 501. Tekst dostępny w: *A Century of Lawmaking for a New Nation: U.S. Congressional Documents and Debates, 1774–1875, Statutes at Large, 1789–1875*, <http://memory.loc.gov/ammem/amlaw/lwslink.html> (dostęp: 21 stycznia 2013).

²³ *Reynolds v. United States*, s. 165.

umowy (*mere contract*). Instytucja małżeństwa jest „najbardziej ze wszystkich powiązana z moralnością i cywilizacją” i jako taka podlega nie tyle woli stron, co normom prawa państwowego²⁶.

Powyższe stanowisko SN poddał częściowej rewizji niecałe osiemdziesiąt lat później – w 1967 r. – w przełomowej sprawie *Loving v. Wirginia*²⁷. Orzekając o niekonstytucyjności ustawodawstwa Wirginii zakazującego i penalizującego małżeństwa międzyrasowe (*inter-racial marriages*) – obowiązującego wówczas także w innych 15 stanach²⁸ – SN po raz pierwszy tak obszernie wypowiedział się w kwestii statusu małżeństwa. W jednomyślnej opinii sądu prezes Earl Warren uznał małżeństwo za podstawowe prawo obywatelskie człowieka (*basic civil right of man*), a wolność do zawarcia małżeństwa (*freedom to marry*) za wolność

²⁴ Tamże, s. 165–166 i 168.

²⁵ *Maynard v. Hill*, 125 U.S. 190 (1888).

²⁶ Tamże, s. 191 i 205.

²⁷ *Loving v. Wirginia*, 388 U.S. 1 (1967).

²⁸ Tamże, s. 6.

fundamentalną²⁹. Na uwagę zasługuje fakt, iż w swojej argumentacji prezes Warren w pierwszej kolejności powołał się na precedens z orzeczenia *Skinner v. Oklahoma* z 1942 r.³⁰ Jakkolwiek dotyczyło ono przymusowej sterylizacji „nałogowych przestępców”, sędzia William Douglas – autor opinii jednomyślnego sądu – wpadkowo wypowiedział się także w nim w kwestii prawa do małżeństwa. Podkreślając, iż sterylizacja nieodwracalnie pozbawia zdolności prokreacyjnych, powiązał tę ostatnią z instytucją małżeństwa, określając obie „podstawą istnienia i przetrwania rasy (ludzkiej)”³¹. Z tej właśnie przyczyny prawo do prokreacji – *per analogiam* prawo do małżeństwa – należy do podstawowych wolności (*basic liberty*) i powinno podlegać szczególnej ochronie³². Tę ostatnią zapewnia dopiero najwyższy stopień kontroli konstytucyjności ograniczeń przedmiotowego prawa – tzw. ścisłe badanie (*strict scrutiny*)³³.

W sprawie *Loving* konieczność zastosowania ścisłego badania, i to w formie hiperbolicznego „najdocięklivszego badania” (*most rigid scrutiny*), wynikała już z wprowadzenia w kontrolowanym prawodawstwie kryterium rasowego. Jednoznacznie zostało ono uznane za sprzeczne z *Equal Protection Clause* XIV Poprawki. Sąd Najwyższy, odrzucając ostatecznie niesławną teorię równego stosowania (*equal application theory*) – przyjętą między innymi w orzeczeniu *Pace v. Alabama* z 1883 r.³⁴ – orzekł, iż „nie ma wątpliwości, że ograniczanie wolności zawarcia małżeństwa wyłącznie na podstawie kryterium rasowego narusza

29 Tamże, s. 12.

30 *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942).

31 Tamże, s. 541.

32 Tamże. Pomimo tak jednoznacznej kwalifikacji przymusowej sterylizacji wyrok ten nie przełamał jednak niesławnego eugenicznego precedensu ze sprawy *Buck v. Bell* z 1927 r. (274 U.S. 200), który nadal formalnie obowiązuje – patrz P. Michalik, *The attempts to introduce eugenic legislation in the Second Polish Republic as viewed from the perspective of the solutions adopted in the United States of America*, „Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa” 2011, t. 4, s. 109–116.

33 *Skinner v. Oklahoma*, s. 541.

34 *Pace v. Alabama*, 106 U.S. 583 (1883). W sprawie tej SN uznał, iż surowsze sankcje za cudzołóstwo międzyrasowe są zgodne z klauzulą równej ochrony XIV Poprawki, gdyż stosowane są równo względem wszystkich ras.

istotę klauzuli równej ochrony”³⁵. Co więcej, SN uznał, iż przedmiotowe prawodawstwo narusza także *Due Process Clause* XIV Poprawki, gdyż państwo, ograniczając w ten sposób prawo do zawarcia małżeństwa, pozbawia obywatela jego podstawowej wolności bez gwarancji sprawiedliwego procesu. Zdaniem SN tak daleko idąca ingerencja jest niedopuszczalna, gdyż „zgodnie z naszą Konstytucją, wolność zawarcia małżeństwa albo jego niezawierania z osobą innej rasy należy do jednostki (*resides with the individual*) i nie może być naruszana przez państwo”³⁶.

W stosunku do precedensów XIX-wiecznych wyrok z *Loving* oznaczał znaczącą prywatyzację instytucji małżeństwa. Było to szczególnie widoczne w kontekście nie mniej przełomowego (z dzisiejszego punktu widzenia) orzeczenia w sprawie *Griswold v. Connecticut* z 1965 r.³⁷ Nieznacznie podzielony SN (7 do 2) uznał w nim, iż prawo stanu Connecticut zakazujące stosowania antykoncepcji także małżonkom, jest w tym zakresie sprzeczne z konstytucją federalną. Zgodnie z opinią sędziego Douglasa przedmiotowa kwestia należy bowiem do „świętej przestrzeni (*sacred precinct*) małżeńskiej sypialni” i jako taka chroniona jest przez konstytucyjne prawo do prywatności małżeńskiej (*right of marital privacy*)³⁸. Samo prawo do prywatności (*right to privacy*), nawet pośrednio nie wymienione w *Bill of Rights*, Douglas wywiódł z samej istoty Pierwszej, Trzeciej, Czwartej i Dziewiątej Poprawki³⁹. Tym samym stworzył podstawę do kontestowania ingerencji państwa w sfery objęte prawem do prywatności, wtedy gdy interes państwa nie jest tak istotny, aby „zdać” test ścisłego badania⁴⁰. W *Griswold*

35 *Loving v. Wirginia*, s. 10–12.

36 Tamże, s. 12.

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

38 Tamże, s. 485–486.

39 Tamże, s. 484.

40 Jakkolwiek rozstrzygnięcie Douglasa zostało poparte przez zdecydowaną większość sędziów, jego koncepcja co do podstaw prawa do prywatności nie przyjęła się w późniejszym orzecznictwie SN. Jej miejsce zajęła koncepcja sędziego Johna Marshalla Harlana – autora słynnego *votum separatum* z *Poe v. Ullman* z 1961 r. (367 U.S. 497) i opartej na nim opinii zbieżnej w *Griswold* – który wywiódł prawo do prywatności bezpośrednio z *Due Process Clause* XIV Poprawki. Podstawą tej ostatniej koncepcji jest jedna z najważniejszych doktryn w amerykańskim

do przedmiotowej sfery SN zakwalifikował decyzję o stosowaniu antykoncepcji małżeńskiej; w sprawie *Eisenstadt v. Baird* z 1972 r. – decyzję w kwestii podjęcia rodzicielstwa (*whether to bear or beget a child*)⁴¹; w sprawach *Roe v. Wade* i *Doe v. Bolton* z 1973 r. – decyzję matki co do poddania się aborcji (*right of personal privacy includes the abortion decision*)⁴², a w sprawie *Lawrence and Garner v. Texas* – decyzję w kwestii podjęcia współżycia homoseksualnego⁴³.

nak, iż SN gotowy był uznać każdą ingerencję państwa w przysługujące jednostce prawo do małżeństwa za niekonstytucyjną⁴⁵. W 1972 r. w precedensowej dla tematu niniejszego artykułu sprawie *Baker v. Nelson* SN odrzucił apelację od wyroku Sądu Najwyższego stanu Minnesota definiującego małżeństwo jako związek heteroseksualny⁴⁶. W przedmiotowej sprawie gejowska para Richard Baker i James M. McConnell wniosła powództwo przeciwko urzędnikowi Geraldowi Nelsono-

Prawo do prywatności (*right to privacy*), nawet pośrednio nie wymienione w *Bill of Rights*, sędzia William Douglas wywiódł z samej istoty Pierwszej, Trzeciej, Czwartej i Dziewiątej Poprawki

Status małżeństwa określony w *Griswold* i *Loving*, zwłaszcza w kwestii fundamentalności prawa do jego zawarcia, potwierdzony został ostatecznie w orzeczeniu *Zablocki v. Redhail* z 1978 r.⁴⁴ Nie oznaczało to jed-

wi, który – zgonie z prawem stanowym – odmówił im zawarcia związku małżeńskiego. Warto podkreślić, iż podstawą odmowy było nie literalne brzmienie przepisu – gdyż ten nie określał płci nupturientów⁴⁷ – ale jego wykładnia oparta o znaczenie terminu „małżeństwo”, które z samej istoty nie może być związkiem homoseksualnym. Stanowisko Nelsona podtrzymały sądy stanowe, a SN odmówił rozpatrzenia apelacji ze względu na brak „istotnego pytania federalnego”⁴⁸. Tym samym, ze względu na fakt, iż apelacja nie była wnoszona w trybie *certiorari*, przedmiotowy wyrok Sądu Najwyższego Minnesoty uzyskał moc precedensu SN, formalnie wiążącego wszystkie sądy federalne i stanowe⁴⁹.

judicial review – doktryna materialnego sprawiedliwego procesu/ doktryna materialnej właściwości prawa (*substantive due process of law*). Zakłada ona, iż *Due Process Clause* V i XIV Poprawki ogranicza ingerencję państwa w życie, wolność i własność jednostki także od strony materialnej, tzn. niezależnie od zachowania gwarancji procesowych. Szerzej patrz T. Sandefur, *In Defence of Substantive Due Process, or the Promise of Lawful Rule*, „Harvard Journal of Law & Public Policy” 2012, vol. 35, nr 1, s. 283–350.

41 *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 453 (1972). Sprawa dotyczyła przepisów stanu Massachusetts ograniczających dostęp do antykoncepcji wyłącznie do małżeństw. SN (sędzia William Brennan), uznając ich niekonstytucyjność w świetle *Equal Protection Clause* XIV Poprawki, wypowiedział się także w kwestii prawa do prywatności.

42 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 154 (1973); *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973). Prawo to zostało częściowo ograniczone, ale co do zasady podtrzymane w orzeczeniach *Planned Parenthood v. Casey* z 1992 r. i *Gonzales v. Carhart* z 2007 r.

43 *Lawrence and Garner v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

44 *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 384–386 (1978). Sprawa dotyczyła przepisów stanu Wisconsin – uznanych przez SN za niekonstytucyjne – uzależniających możliwość zawarcia małżeństwa

przez rodzica zobowiązanego do płacenia alimentów od zgody sądu.

45 Tamże, s. 386.

46 *Baker v. Nelson*, 291 Minn. 310 (Minn. 1971); *Baker v. Nelson*, 409 U.S. 810 (1972).

47 Pierwszym stanem, który wprowadził ustawową definicję małżeństwa jako związku mężczyzny i kobiety, był w 1973 r. Maryland.

48 *Baker v. Nelson*, s. 810.

49 Precedens taki nie ma jednak „mocy” równej wyrokowi wydanemu po merytorycznym rozpatrzeniu sprawy przez SN. Zob. *Developments in the Law. The Constitution and the Family*, „Harvard Law Review” 1980, vol. 93, nr 6, s. 1283–1284.

Status prawny homoseksualizmu w orzecznictwie SN

Rozstrzygnięcie w sprawie *Baker* wyrażało zakaz od czasów kolonialnych, tak w prawie federalnym, jak i stanowym, jednoznacznie negatywną ocenę współżycia homoseksualnego⁵⁰. Dlatego też, pomimo niewątpliwych zmian w społecznym statusie homoseksualizmu – zapoczątkowanych przełomową decyzją Amerykańskiego Towarzystwa Psychiatrycznego z 1973 r.⁵¹ – precedens ten przez ćwierć wieku pozostawał niewzruszony. Jeszcze w 1986 r. podzie-

Kennedy stwierdził, iż poprawka do konstytucji stanu Kolorado zakazująca szczególnej ochrony prawnej ze względu na orientację homo- i biseksualną jest sprzeczna z *Equal Protection Clause* XIV Poprawki⁵⁵. Tym samym SN uznał konstytucyjność zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Z drugiej jednak strony w 2000 r. – zgodnie z precedensem ze sprawy *Hurley v. American GLIB Association* z 1995 r.⁵⁶ – w orzeczeniu *Boy Scouts of America v. Dale* nieznacznie większością (5 do 4) odmówił mu charakteru absolutnego⁵⁷.

Wyrok z *Romer*, choć *de iure* nie przełamał precedensu z *Bowers*, otworzył drogę do przededefiniowania statusu homoseksualizmu w prawie amerykańskim.

loni SN (5 do 4) w sprawie *Bowers v. Hardwick* uznał konstytucyjność przepisów stanu Georgia, penalizujących prywatny stosunek homoseksualny⁵². Sygnałem, iż stanowisko SN względem homoseksualizmu uległo zmianie, było podjęte dziesięć lat później rozstrzygnięcie w sprawie *Romer v. Evans*⁵³. Podzielony SN (6 do 3) wypowiedział się w nim w kwestii dyskryminacji ze względu na orientację seksualną, dzielącej społeczeństwo i legislatury amerykańskie od lat siedemdziesiątych XX wieku⁵⁴. W opinii większości sędziego Anthony

Wyrok z *Romer*, choć *de iure* nie przełamał precedensu z *Bowers*, otworzył drogę do przededefiniowania statusu homoseksualizmu w prawie amerykańskim. Nastąpiło to w 2003 r. w sprawie *Lawrence and Garner v. Texas*, rozstrzygniętej w tym samym składzie i tą samą większością co *Romer*⁵⁸. Stan faktyczny w *Lawrence* w znacznym stopniu odpowiadał temu z *Bowers*. W 1998 r. dwu dorosłych mężczyzn John Lawrence i Tyron Garner zostało aresztowanych, a następnie skazanych na karę grzywny za prywatne współżycie homoseksualne penalizowane przez kodeks karny

50 Przykładowo w *Poe v. Ullman* sędzia Harlan przedstawia prawną regulację małżeństwa i penalizację praktyk homoseksualnych jako pozytywny i negatywny aspekty koniecznej i pożądanej aktywności państwa, wpisanej w istotę funkcjonowania społeczeństwa amerykańskiego – *Poe v. Ullman*, s. 546.

51 Zob. J. Kochanowski, *Od teorii dewiacji do teorii queer. Lesbijki i geje w polilogu akademickim* (w:) K. Slany, B. Kowalska, M. Śmietana (red.), *Homoseksualizm. Perspektywa interdyscyplinarna*, Kraków 2005, s. 104–106.

52 *Bowers v. Hardwick* 478 U.S. 186 (1986). W 1986 r. przestępstwo homoseksualnej sodomii (*homosexual sodomy*) przewidywało prawo 24 stanów i Dystryktu Kolumbii.

53 *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

54 Szerzej patrz P. Michalik, *Równość i wolność...*, dz. cyt., s. 148–152.

55 *Romer v. Evans*, s. 635.

56 *Hurley v. American GLIB Association*, 515 U.S. 557 (1995). W przedmiotowym wyroku jednomyślny sąd uznał prawo prywatnego organizatora parady z okazji dnia św. Patryka do niedopuszczenia do niej stowarzyszenia promującego homoseksualizm.

57 *Boy Scouts v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000). W sprawie tej SN – w oparciu o konstytucyjną wolność do stowarzyszania się w celu wyrażania wspólnych poglądów (*freedom of expressive association*) – uznał prawo skautów amerykańskich do wykluczenia ze swojej organizacji aktywnego homoseksualisty. Patrz P. Michalik, *Równość i wolność...*, dz. cyt., s. 159–160.

58 *Lawrence and Garner v. Texas*, s. 561.

stanu Teksas⁵⁹. Po trwającym 3 lata postępowaniu apelacyjnym stanowy sąd II instancji podtrzymał wyrok skazujący, powołując się na precedens z *Bowers*, a w 2002 r. SN zgodził się wydać *writ of certiorari*⁶⁰. W opinii większości, którą stanowili sędziowie: John Paul Stevens, Sandra Day O'Connor, Anthony Kennedy, David H. Souter, Ruth Bader Ginsburg i Stephen G. Breyer, sędzia Kennedy poddał teksańskie przestępstwo badaniu konstytucyjnemu w trzech uzupeł-

zdecydował się orzec o niekonstytucyjności teksańskiej regulacji jako naruszającej prawo do wolności gwarantowane przez *Due Process Clause*, która daje także homoseksualistom „pełne prawo wchodzenia we właściwe im relacje (seksualne) bez ingerencji państwa”⁶³.

O szczególnej doniosłości wyroku z *Lawrence* dla statusu homoseksualizmu w prawie federalnym zdecydowało nie tyle samo uznanie niekonstytucyjności teksańskich przepisów, co forma tego uznania.

SN zdecydował się orzec w *Lawrence*, że *Due Process Clause* daje homoseksualistom „pełne prawo wchodzenia we właściwe im relacje (seksualne) bez ingerencji państwa”.

niających się aspektach, wszystkich opartych na *Due Process Clause* i *Equal Protection Clause* XIV Poprawki.

W pierwszej kolejności SN w oparciu o precedensy z *Grissold* i *Eisenstadt* uznał, iż także współżycie homoseksualne – jako należące do „najbardziej prywatnej ludzkiej aktywności” – jest chronione przez prawo do prywatności⁶¹. Następnie SN przyznał, iż zgodnie z precedensem z *Romer* penalizacja współżycia homoseksualnego przy jednoczesnym braku penalizacji analogicznego współżycia heteroseksualnego jest naruszeniem zasady równości. Jednocześnie jednak sędziowie podkreślili, iż istota niekonstytucyjności penalizacji zachowań homoseksualnych (*homosexual conduct*) leży nie w naruszeniu klauzuli równej ochrony, ale w naruszeniu wolności jednostki gwarantowanej przez klauzulę sprawiedliwego procesu. Zdaniem sędziego Kennedy'ego jedynie jednoznaczne przełamanie precedensu z *Bowers* – jako stygmatyzującego tak współżycie, jak i same osoby homoseksualne – gwarantuje osiągnięcie antydyskryminacyjnego rezultatu przewidzianego w *Romer*⁶². Dlatego też ostatecznie SN

Sędzia Antonin Scalia – autor zdania odrębnego, do którego przyłączyli się prezes William H. Rehnquist i sędzia Clarence Thomas – podkreślił, iż mimo obalenia precedensu z *Bowers* SN nie wywiódł z konstytucji fundamentalnego prawa do współżycia homoseksualnego (*stricte* homoseksualnej sodomii), które byłoby podstawą poddania teksańskich przepisów pod rygory *strict scrutiny*⁶⁴. Jednak w opinii większości Teksas nie wykazał nawet uzasadnionego interesu publicznego (*legitimate state interest*), niezbędnego przy podstawowym badaniu racjonalności kwestionowanego ustawodawstwa (*rational basis review*). W szczególności takim uzasadnieniem nie jest zdaniem sądu – przyjęta w *Bowers* – niemoralność i brak akceptacji społecznej określonego postępowania⁶⁵. Bowiem, jak zauważyła w swoim zdaniu zbieżnym sędzia O'Connor, potępienie i penalizacja określonych zachowań – właściwych danej grupie społecznej – prowadzi do dyskryminacji jej członków, mimo iż formalnie penalizacja nie jest uzależniona od statusu osobowego sprawcy⁶⁶. Przyjęcie powyższej argumentacji jednoznacznie wskazywa-

59 Oraz innych 12 stanów.

60 *Lawrence and Garner v. Texas*, s. 562–564.

61 Tamże, s. 564–567.

62 Tamże, s. 574–575.

63 Tamże, s. 578.

64 Tamże (Scalia J., dissenting), s. 586.

65 Tamże, s. 599.

66 Tamże (O'Connor J., concurring), s. 581.

ło, iż SN podtrzymuje swoje stanowisko z *Romer* i nie dopuszcza wątpliwości co do równoprawnego statusu osób homo- i heteroseksualnych.

Pomimo sprzeciwu mniejszości sędziów, a zgodnie z jej przewidywaniami, wyrok z *Lawrence* pośrednio otworzył drogę do legalizacji małżeństw homoseksualnych w poszczególnych stanach USA. Już pięć miesięcy później, w listopadzie 2003 r. podzielony (4 do 3) Sąd Najwyższy (*Supreme Judicial Court*) stanu Massachusetts wyrokiem w sprawie *Goodridge v. Department of Public Health* uznał prawo do małżeństwa par homoseksualnych⁶⁷. Analogiczne rozstrzygnięcia najwyższych sądów stanowych oraz ustawodawstwo odpowiednich legislatur doprowadziły do 2012 r. do trwałej legalizacji *same-sex marriages* w ośmiu kolejnych stanach: Connecticut, Iowa, Vermont, New Hampshire, Nowym Jorku, Main, Marylandzie i Waszyngtonie oraz w Dystrykcie Kolumbii⁶⁸. W tym czasie żadna z licznych spraw rozstrzyganych przez sądy stanowe i federalne nie „dotarła” do SN, którego skład z *Lawrence* uległ znacznej zmianie. Miejsce sędziów Rehnquista, O'Connor i Soutera zajęli prezes John G. Roberts oraz sędziowie Samuel A. Alito i Sonia Sotomayor. W 2010 r.

67 *Goodridge v. Dept. of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003). Na mocy wyroku w 2004 r. Massachusetts jako pierwszy stan USA zalegalizowało małżeństwa homoseksualne. Pierwszym najwyższym sądem stanowym, który uznał zakaz małżeństw homoseksualnych za sprzeczny z konstytucją stanową był w 1993 r. Sąd Najwyższy Hawajów w sprawie *Baehr v. Lewin* (852 P.2d. 44). Jednak wyrok ten nie kończył postępowania, a na skutek zmiany konstytucji stanowej w 1998 r. Hawaje nie zalegalizowały małżeństw homoseksualnych. Wyrok z *Baehr v. Lewin* był jedną z głównych przyczyn uchwalenia DOMA oraz analogicznych ustaw w 38 stanach (do 2003 r.) – W.C. Duncan, *DOMA and Marriage*, „Regent University Law Review” 2004–2005, vol. 17, nr 2, s. 204–206.

68 W pierwszej dekadzie XXI w. proces ten spotkał się ze sprzeciwem większości Amerykanów, którzy do 2012 r. w drodze referendum stanowych wprowadzili konstytucyjny zakaz małżeństw homoseksualnych w 30 stanach. Jednak w Main, Marylandzie i Waszyngtonie bezpośrednią podstawą legalizacji były referenda stanowe przeprowadzone jednocześnie 6 listopada 2012 r. – pierwsze w historii USA, które przyniosły zwycięstwo zwolennikom małżeństw homoseksualnych – patrz A. Bailey, *Redefining Mariag: How the Institution of Marriage has changed to make Room for Same-Sex Couples*, „Wisconsin Journal of Law, Gender & Society” 2012, vol. 27, nr 3, s. 305–333.

w powyższym składzie podzielony (5 do 4) SN rozstrzygnął sprawę *Christian Legal Society v. Martinez*⁶⁹. Uznał w niej konstytucyjność polityki uczelni warunkującej pełnoprawny udział chrześcijańskiej organizacji studenckiej w forum akademickim od dopuszczenia wszystkich – także homoseksualnych – członków.

Rozstrzygnięcie SN – sędziowie

Jakkolwiek celem niniejszego artykułu jest analiza prawna, nie może to przysłonić faktu, iż Sąd Najwyższy USA jest także – a jak twierdzą niektórzy przede wszystkim – instytucją polityczną⁷⁰. Już pobieżna analiza orzecznictwa SN pozwala zauważyć, iż zwłaszcza w sprawach o istotnym znaczeniu społecznym poszczególni sędziowie podporządkowują argumentację prawną swoim przekonaniom i powiązanim z nimi interesom politycznym. Zjawisko to jest ugruntowane w praktyce SN i prowadzi między innymi do klasyfikowania sędziów według probierza szeroko pojętej ideologii⁷¹. Niezależnie od istnienia innych klasyfikacji – także tych opartych na kryteriach ściśle prawnych – to właśnie podział sędziów SN na liberalnych i konserwatywnych, względnie centrowych, jest najczęstszym i najskuteczniejszym środkiem do antycypacji rozstrzygnięć w sprawach ideologicznie spornych. Ponieważ nie ma wątpliwości, iż do tej ostatniej kategorii należą *Perry* i *Windsor*, zasadne wydaje się być przybliżenie „politycznego” aspektu oczekiwanych rozstrzygnięć przed rozważaniami *stricte* normatywnymi.

Od nominacji Clarence’a Thomasa w 1991 r. SN posiada jednoznacznie konserwatywne skrzydło w osobach prezesa Rehnquista (od 2005 r. zastąpił go Roberts) oraz sędziów Scalii (nominowanego w 1986 r.) i Thomasa, do których w 2006 r. dołączył sędzia Alito. Wymienieni sędziowie głosowali razem we wszystkich sprawach dotyczących homoseksualizmu, a w obecnym składzie sądu (2010–2012) kwartet ten zgadzał się co do rozstrzygnięcia w 82,4% wszystkich wyroków SN⁷². Skrzydło liberalne, dominujące za preze-

69 *Christian Legal Society v. Martinez*, 561 U.S. _ (2010).

70 Szerzej patrz P. Laidler, *Sąd Najwyższy Stanów...*, dz. cyt.

71 Analiza tego zagadnienia wykracza poza ramy niniejszego artykułu.

72 *The Supreme Court, 2010 Term – The Statistics*, „Harvard Law Review” 2011, vol. 125, nr 1, s. 364; *The Supreme Court, 2011*

sury Warrena E. Burgera (do 1986 r.), stopniało do 1991 r. – na skutek nominacji prezydentów Reagana i Busha – do dwóch sędziów: Harry’ego A. Blackmuna (od 1994 r. zastąpił go Breyer) i Stevensa. Jego „odrodzenie” nastąpiło wraz z nominacją sędzi Ginsburg w 1993 r. Obecnie zalicza się do niego także najmłodszych sędziów SN – nominowanych w 2009 i 2010 r. przez prezydenta Obamę – Sotomayor i Elenę Kagan. Także w przypadku liberałów głosowania dotyczące homoseksualizmu były jednomyślne, a w ostatnich latach (2010–2012) kwartet liberalny może się poszczycić zgodnością w 81,1% wszystkich rozstrzygnięć SN⁷³.

Jak wynika z prostego rachunku matematycznego, z silnego na przełomie wieków centrum SN pozostał jedynie – nominowany jeszcze w 1987 r. przez Reagana – sędzia Kennedy, który z racji swoich umiarkowanych poglądów pełni rolę głosu rozstrzygającego (*swing vote*) w sprawach światopoglądowych. O znaczeniu stanowiska Kennedy’ego w przypadku opozycji konserwatystów i liberałów świadczą dane statystyczne. Na 157 wyroków SN wydanych w latach sądowych 2010 i 2011⁷⁴ – 30 rozstrzygnięto większością 5 do 4. Z powyższej liczby aż w 23 przypadkach (77%) kwartety głosowały przeciwko sobie, a głos Kennedy’ego był decydujący. Przy czym *swing voter* 14 razy głosował z konserwatystami, a 9 razy z liberałami⁷⁵. Jednak ewentualne wnioski z tego ostatniego faktu należy skorygować, przypominając, iż Kennedy był autorem opinii większości – w obu kluczowych dla *Perry* i *Windsor* precedensach: *Romer* i *Lawrence*. Ponadto przyłączył się do opinii Ginsburg w *Martinez*, a z konserwatystami głosował jedynie w *Boy Scouts* i *Hurley*, przy czym to ostatnie rozstrzygnięcie było jednomyślne. Mając powyższe na uwadze – nie dezawuuując argumentacji prawnej – można przyjąć, iż ze względu na skład SN decydujące dla losów *Perry* i *Windsor* będzie stanowisko Kennedy’ego.

Term – *The Statistics*, „Harvard Law Review” 2012, vol. 126, nr 1, s. 390.

73 Tamże.

74 Rok sądowy SN (*Supreme Court Term*) trwa od 1 października danego roku do 30 września roku następnego.

75 *The Supreme Court, 2010 Term – The Statistics...*, s. 368; *The Supreme Court, 2011 Term – The Statistics...*, s. 394. Dla porównania w tym samym okresie sędzia konserwatywny przyłączył się do liberałów 2 razy (7%), a liberał do konserwatystów tylko raz (3,5%).

Rozstrzygnięcie SN – rational basis review, intermediate or strict scrutiny

Zgodnie z żądaniem stron zarówno w *Hollingsworth v. Perry*, jak i w *United States v. Windsor* Sąd Najwyższy ma odpowiedzieć na pytanie, czy definiując małżeństwo jako związek heteroseksualny Kalifornia i USA naruszyły prawa osób homoseksualnych gwarantowane przez *Due Process Clause* V i XIV oraz *Equal Protection Clause* XIV Poprawki⁷⁶. Oznacza to, iż SN musi zdecydować, czy wprowadzając Propozycję 8 oraz DOMA państwo miało ku temu stosowną legitymację konstytucyjną. Zgodnie z ustalonymi przez siebie zasadami *judicial review*⁷⁷, aby tego dokonać, w pierwszej kolejności SN zdecyduje o właściwym poziomie badania przedmiotowej legitymacji: podstawowym – opartym na przesłance racjonalności prawodawcy (*rational basis review*), podwyższonym – uwzględniającym konieczność szczególnej ochrony prawnej określonej grupy społecznej (*intermediate/heightened scrutiny*) albo najwyższym – wymagającym wykazania tzw. żywotnego interesu państwa (*compelling state interest*) w ograniczeniu fundamentalnych praw jednostki (*strict scrutiny*)⁷⁸.

W *Perry v. Brown* Sąd Apelacyjny dla Dziewiątego Okręgu uznał niekonstytucyjność Propozycji 8 w oparciu o badanie podstawowe. Uzasadniając swoją decyzję, sąd wskazał, iż zarówno przed jak i po wprowadzeniu przedmiotowej poprawki prawo kalifornijskie przyznawało związkom homoseksualnym tożsame uprawnienia co małżeństwom, z prawem do wychowania i adopcji dzieci włącznie. Tym samym wprowadzenie Propozycji 8 miało na celu wyłącznie pozbawienie par homoseksualnych prawa do określenia ich związków mianem małżeństwa. Zdaniem sądu przedmiotowy cel nie znajduje żadnego uzasadnienia poza

76 *Hollingsworth v. Perry*, *Brief of Petitioners*, s. i, *Hollingsworth v. Perry*, *Brief in Opposition*, s. i, *United States v. Windsor*, *Petition for the writ of certiorari before judgment*, s. i, *United States v. Windsor*, *Brief for the Merits for Respondent*, s. i (w:) *Filings...*

77 Na temat *judicial review* patrz m.in. (opracowania polskie): A. Bryk, *The origins of constitutional government. Higher law and the sources of judicial review*, Kraków 1999; G. Górski, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych do 1930 roku*, Lublin 2006, s. 68–110; P. Mikuli, *Zdekoncentrowana sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Stany Zjednoczone i państwa europejskie*, Kraków 2007. 78 Szerzej patrz O.O. Varol, *Strict in Theory, But Accommodating in Fact*, „Missouri Law Review” 2010, vol. 75, nr 4, s. 1243–1295.

dążeniem do „pogorszenia statusu i godności” homoseksualistów i nie może być uznany za cel racjonalnego prawodawcy. Jednocześnie jednak sąd podkreślił, iż przedmiotowe rozstrzygnięcie i uzasadnienie dotyczy ściśle kalifornijskiego systemu prawnego i nie ma charakteru uniwersalnego⁷⁹, którego – od orzeczenia SN – oczekują tak zwolennicy, jak przeciwnicy legalizacji małżeństw homoseksualnych.

W *United States v. Windsor* Sąd Apelacyjny dla Drugiego Okręgu poddał paragraf 3 DOMA podwyższonemu badaniu. Podstawą takiego rozstrzygnięcia było z jednej strony – wbrew stanowisku Sądu Dystryktowego – uznanie racjonalności ustawy, z drugiej jednak zakwalifikowanie homoseksualistów do kategorii „quasi-podejrzanej” grupy społecznej (*quasi-suspect class*), która wymaga szczególnej ochrony prawnej. Zdaniem sądu, pomimo ogromnych zmian prawnych i społecznych w tym zakresie, homoseksualiści nadal pozostają zagrożeni w swoich prawach, co uzasadniało poddanie DOMA pod rygor *intermediate scrutiny*. Te ostatnie wymagają wykazania przez państwo, iż badana regulacja jest „co do istoty powiązana” z realizacją ważnego interesu publicznego (*substantially related to an important government interest*). Sąd nie dopatrył się jednak przedmiotowego powiązania w żadnym z wskazanych przez BLAG interesów publicznych i tym samym DOMA nie przeszła testu podwyższonego badania⁸⁰.

W świetle dotychczasowego orzecznictwa jest mało prawdopodobne, aby SN uznał Propozycję 8 oraz DOMA za niekonstytucyjne w toku badania podstawowego. Prawne i społeczne znaczenie instytucji małżeństwa, którego heteroseksualnej tożsamości – aż do przełomu XX i XXI wieku – nie można zanegować, jest wystarczającą przesłanką do uznania racjonalności przedmiotowych regulacji⁸¹. *Expressis verbis* stwier-

79 *Perry v. Brown*, cyt. wyż.

80 *Windsor v. United States*, cyt. wyż. Ze względu na tematykę i rozmiary artykułu nie przedstawiam w nim pozaprawnej argumentacji stron, która wymaga odrębnej analizy. Zob. M.N. Stewart, *Marriage Facts*, „Harvard Journal of Law & Public Policy” 2008, vol. 31, nr 1, s. 313–369.

81 Zob. Ch. Muir, *Perry v. Schwarzenegger: A Judicial Attack on Traditional Marriage*, „University of Florida Journal of Law and Public Policy” 2011, vol. 22, nr 2, s. 149 i 172–173.

dziła to sędzia O’Connor w swoim zdaniu zbieżnym w *Lawrence*, uznając „zachowanie tradycyjnej instytucji małżeństwa” za uzasadniony interes publiczny⁸². Co więcej, heteroseksualna istota małżeństwa wynika bezpośrednio z wiążących precedensów SN, z *Baker* na czele. Przekonanie – potwierdzone w wyrokach Dziewiątego i Drugiego Okręgu⁸³ – iż zwłaszcza ten ostatni precedens utracił moc wiążącą ze względu na wyroki z *Romer* i *Lawrence*, nie zmienia faktu, iż SN będzie musiał ustosunkować się do swojej decyzji z 1972 r. Czyniąc to, będzie mógł oprzeć się na precedensie z *Lawrence*, ale z drugiej strony może także powołać się na rozstrzygnięcie ze sprawy *Washington v. Glucksberg* z 1997 r. W przedmiotowym wyroku jednomyślny SN⁸⁴ – w toku *rational basis review* – uznał, iż regulacje stanu Waszyngton penalizujące eutanatyczne udzielenie przez lekarza pomocy w samobójstwie są zgodne z *Due Process Clause* XIV Poprawki⁸⁵.

Mając na uwadze fakt, że zarówno w *Romer* jak i w *Lawrence* zastosowano *rational basis review*, można przyjąć, iż na precedens z *Glucksberg* powoła się skrzydło konserwatywne SN, gotowe uznać konstytucyjność Propozycji 8 i DOMA w badaniu podstawowym. W sprawie *Glucksberg* wszyscy sędziowie zgodzili się bowiem, że tylko prawa i wolności fundamentalne „głęboko zakorzenione w historii i tradycji narodu” podlegają ochronie podwyższonego standardu badania⁸⁶. *A contrario* – jak podniósł już w *Lawrence* sędzia Scalia – prawa niemające takiego charakteru

82 *Lawrence and Garner v. Texas* (O’Connor J., concurring), 585:

„That this law as applied to private, consensual conduct is unconstitutional under the Equal Protection Clause does not mean that other laws distinguishing between heterosexuals and homosexuals would similarly fail under rational basis review. Texas cannot assert any legitimate state interest here, such as national security or preserving the traditional institution of marriage. Unlike the moral disapproval of same-sex relations—the asserted state interest in this case other reasons exist to promote the institution of marriage beyond mere moral disapproval of an excluded group”.

83 *Perry v. Brown*, cyt. wyż.; *Windsor v. United States*, cyt. wyż.

Pierwszy z tych wyroków całkowicie pomija precedens z *Baker*.

84 W składzie: Rehnquist, Stevens, O’Connor, Scalia, Kennedy, Souter, Thomas, Ginsburg, Breyer.

85 *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702.

86 Tamże, s. 720–721.

nie zasługują na podwyższoną ochronę. Zgodnie z tą argumentacją, aby poddać Propozycję 8 i DOMA wyższemu standardowi badań, należałoby najpierw wykazać istnienie fundamentalnego prawa do małżeństwa homoseksualnego. Odpowiedzią liberałów na to skrajnie trudne zadanie będzie z dużą dozą prawdopodobieństwa powołanie się na precedens z *Loving*, w świetle wyroków z *Romer* i *Lawrence*. Pozwalają one na przyjęcie argumentacji, iż fundamentalne prawo do małżeństwa obejmuje także homoseksualistów,

tów trwalszej osobistej więzi”, a osoby homoseksualne mają konstytucyjne „prawo dokonania takiego wyboru”⁹⁰. Jakkolwiek treść powyższego *dictum* nie jest jednoznaczna, można ją powiązać ze związkiem małżeńskim i gwarantowanym konstytucyjnie prawem do decydowania, czy i z kim zawrze się ten związek. Zgodnie z *Loving* i *Zablocki* przedmiotowe prawa podlegają szczególnej ochronie, a ich ograniczenie podlega rygorom *strict scrutiny* i musi być poparte żywotnym interesem państwa.

Obalając precedens z *Bowers*, SN włączył współżycie homoseksualne do gwarantowanej konstytucyjnie sfery osobistych decyzji jednostki, w której to sferze – od czasu *Griswold* – znajdowało się już małżeństwo.

którym przysługuje konstytucyjna wolność wyboru współmałżonka zgodnie ze swoją orientacją seksualną.

Przesłanki dla powyższego rozumowania znajdujemy w opinii większości z *Lawrence*, a wskazał je – w celu uzasadnienia swojego zdania odrębnego – sędzia Scalia. Zauważył on, iż jakkolwiek sędzia Kennedy podkreślił, że sporządzone przez niego rozstrzygnięcie nie dotyczy prawnych regulacji związków homoseksualnych⁸⁷, w rzeczywistości otwiera ono drogę do ich legalizacji, w tym w formie małżeństwa⁸⁸. Obalając precedens z *Bowers*, SN włączył bowiem współżycie homoseksualne do gwarantowanej konstytucyjnie sfery osobistych decyzji jednostki, w której to sferze – od czasu *Griswold* – znajdowało się już małżeństwo⁸⁹. Co więcej, Kennedy zauważył w *Lawrence*, iż współżycie seksualne może być „jednym z elemen-

Gotowość liberałów do poddania Propozycji 8 i DOMA najwyższemu standardowi badania pośrednio potwierdza także wyrok z *Christian Legal Society v. Martinez*. Formalnie w sprawie tej przedmiotem badania przeprowadzonego przez sędzię Ginsburg, autora opinii większości, do której przyłączyli się pozostali sędziowie liberalni i Kennedy, nie był status homoseksualizmu. Jednak tak w wyroku sądu – w sposób dorozumiany – jak i w zdaniu zbieżnym sędziego Stevensa – *expressis verbis* – status ten został przyrównany do statusu dwu innych grup społecznych: kobiet i czarnoskórych⁹¹. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem SN obie powyższe grupy – jako pod-

for these purposes, just as heterosexual persons do”. Zob. także *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833, 851(1992).

⁹⁰ *Lawrence and Garner v. Texas*, s. 567: „When sexuality finds overt expression in intimate conduct with another person, the conduct can be but one element in a personal bond that is more enduring. The liberty protected by the Constitution allows homosexual persons the right to make this choice”.

⁹¹ *Christian Legal Society v. Martinez*, s. 22; (Stevens J., concurring), s. 6.

⁸⁷ *Lawrence and Garner v. Texas*, s. 578.

⁸⁸ Tamże (Scalia J., dissenting), s. 604–605.

⁸⁹ Tamże, s. 573–574: „our laws and tradition afford constitutional protection to personal decisions relating to marriage, procreation, contraception, family relationships, child rearing, and education (...) Persons in a homosexual relationship may seek autonomy

dane długotrwałej i wszechstronnej dyskryminacji – podlegają szczególnej ochronie konstytucyjnej, której realizacja sama w sobie leży w żywotnym interesie państwa⁹². Zastosowanie powyższej analogii w *Perry* i *Windsor* oznaczałoby nie tylko akceptację stanowiska Drugiego Okręgu co do uznania homoseksualistów za „quasi-podejrzaną” grupę społeczną, lecz także „podniesienie poprzeczki” badania konstytucyjności do poziomu, którego Propozycja 8 i DOMA w żaden sposób nie byłyby w stanie „przeskoczyć”.

Przyjęcie przedmiotowej argumentacji przez SN wydaje się jednak mało prawdopodobne. Uznanie ochrony homoseksualizmu przed wszelkimi formami dyskryminacji za żywotny interes państwa oznaczałoby w pierwszej kolejności przełamanie precedensów z *Hurley* i *Boy Scouts*. Po drugie, ze względu na jednoznacznie negatywną ocenę zachowań homoseksu-

neutralność polityki uczelni, która domagała się dostępu dla wszystkich studentów, a nie szczególnie dla studentów homoseksualnych⁹⁴. Z drugiej jednak strony, w świetle powołanego orzecznictwa nie ma poważniejszych przeszkód, aby przypisać Kennedy’emu zgodę na uznanie homoseksualistów za *quasi-suspect class*, której prawa poparł jednoznacznie – w toku badania podstawowego – w *Lawrence*.

Podsumowanie

Zgodnie z wstępnymi założeniami podstawowym celem powyższych rozważań było w pierwszej kolejności zarysowanie problematyki legalizacji małżeństw homoseksualnych przez Sąd Najwyższy USA. Analiza relewantnego orzecznictwa SN wyraźnie wskazuje, iż ukształtowanie „sprzyjających warunków” do redefinicji instytucji małżeństwa w prawie amerykańskim

Ukształtowanie „sprzyjających warunków” do redefinicji instytucji małżeństwa w prawie amerykańskim następowało ewolucyjnie od lat sześćdziesiątych XX wieku.

alnych w doktrynach głównych wyznań religijnych w USA, musiałyby to prowadzić do bezpośredniej kolizji z prawami gwarantowanymi w klauzulach religijnych Pierwszej Poprawki: *Establishment Clause* i *Free Exercise Clause*⁹³. Po trzecie, trudno znaleźć przesłanki dla zaakceptowania przedmiotowej kwalifikacji przez Kennedy’ego. *Swing voter* poparł konserwatystów w *Boy Scouts*, a przyłączając się do liberałów w *Martinez* sporządził zdanie zbieżne, w którym podkreślił, iż podstawą jego decyzji była formalna

⁹² Szerzej patrz P. Michalik, *Równość i wolność...*, dz. cyt., s. 152–166.

⁹³ Rozważania nad tym zagadnieniem, sygnalizowanym przeze mnie w artykule *Zwolnienia podatkowe dla związków wyznaniowych w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2012, nr 15, s. 5–28, mam nadzieję zaprezentować po wyrokach w sprawie *Perry* i *Windsor*.

następowało ewolucyjnie od lat sześćdziesiątych XX wieku. Za kluczowy element tego procesu uznać należy powiązanie prawa do małżeństwa – uznanego w *Loving* prawem fundamentalnym – z „odkrytym” w *Griswold* prawem do prywatności. Stopniowe rozszerzanie tego ostatniego, mimo początkowego sprzeciwu SN w *Baker* i *Bowers*, w pełni przyczyniło się do równouprawnienia homoseksualizmu na mocy *Romer* i *Lawrence*. W tym stanie prawnym – jak stwierdził to w *Perry* Sąd Apelacyjny dla Dziewiątego Okręgu – heteroseksualna definicja małżeństwa z Propozycji 8 i DOMA jawi się może jako „relikt minionego porządku”, w którym heteroseksualna większość dyskryminowała homoseksualną mniejszość.

⁹⁴ *Christian Legal Society v. Martinez*, (Kennedy J., concurring), s. 2.

Z drugiej jednak strony nie można nie zauważyć niebagatelne go faktu, iż w zdecydowanej większości stanów w sposób demokratyczny potwierdzono heteroseksualną definicję małżeństwa i to na szczeblu konstytucyjnym. Co więcej – jak przyznał w *Windsor* Sąd Apelacyjny dla Drugiego Okręgu – trudno odmówić słuszności niektórym argumentom obrońców „starego porządku”, zwłaszcza tym podnoszącym kwestie nieznanych skutków redefinicji fundamentalnej instytucji społecznej. Zasadne więc wydaje się powołanie się na *dictum* prezesa Rehnquista z *Glucksberg* i „pozwolenie na kontynuowanie tej debaty w ramach społeczeństwa demokratycznego”⁹⁵. W świetle przedstawionych powyżej argumentów sądzę jednak,

95 *Washington v. Glucksberg*, s. 735: „Throughout the Nation, Americans are engaged in an earnest and profound debate about the morality, legality, and practicality of physician-assisted suicide.

iż decyzja SN w *Perry* i *Windsor* zapadnie w oparciu o argumentację przyjętą w wyroku Drugiego Okręgu. Stanowi ona bowiem bazę dla zbudowania niezbędnej większości, do której liberalne skrzydło SN potrzebuje głosu Kennedy’ego. Trudno bowiem nie zgodzić się z *dictum* Scalii z *Lawrence*, w którym „przepowiedział” legalizację małżeństw homoseksualnych przez SN⁹⁶ na kilka miesięcy przed tym, nim nastąpiła ona w Massachusetts i na dekadę przed tym, jak nastąpi w Stanach Zjednoczonych.

Our holding permits this debate to continue, as it should in a democratic society”.

96 *Lawrence and Garner v. Texas* (Scalia J., dissenting), s. 604: „Today’s opinion dismantles the structure of constitutional law that has permitted a distinction to be made between heterosexual and homosexual unions, insofar as formal recognition in marriage is concerned”.