

Łukasz Machaj
ORCID: 0000-0002-7247-0138
Uniwersytet Wrocławski

DOI: 10.19195/1733-5779.28.27

Między sankcjonowaniem kryminalizacji aktów homoseksualnych a konstytucjonalizacją małżeństw osób tej samej płci — przyczynek do rozważań o roli Sądu Najwyższego w Stanach Zjednoczonych

JEL Classification: K10, K14

Słowa kluczowe: Sąd Najwyższy, *Bowers v. Hardwick*, *Lawrence v. Texas*, *Obergefell v. Hodges*, małżeństwo osób tej samej płci, prawo, moralność

Keywords: Supreme Court, *Bowers v. Hardwick*, *Lawrence v. Texas*, *Obergefell v. Hodges*, same-sex marriage, law, morality

Abstrakt: Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych odgrywa fundamentalną rolę w amerykańskim porządku ustrojowym, a formułowane przezeń rozstrzygnięcia wywierają ogromny wpływ na prawne, polityczne, społeczne i ekonomiczne oblicze USA. Jednym z najważniejszych punktów spornych w dyskursie aksjologiczno-prawnym w Stanach Zjednoczonych w ciągu ostatnich dekad była kwestia konstytucyjnego prawa/roszczenia osób o orientacji homoseksualnej do równego traktowania. Artykuł analizuje w tym kontekście trzy orzeczenia SN, to jest *Bowers vs. Hardwick* (uprawomocnienie penalizacji konsensualnej aktywności seksualnej), *Lawrence vs. Texas* (refutacja poprzedniego rozstrzygnięcia) oraz *Obergefell vs. Hodges* (konstytucjonalizacja prawa osób tej samej płci do zawierania związków małżeńskich). Autor formułuje zarazem — na podstawie powyższej analizy — generalne hipotezy dotyczące związku pomiędzy rzeczywistością społeczną czy też polityczną a interpretacjami ustaw zasadniczych werbalizowanymi przez sądy konstytucyjne.

Between criminalization of homosexual activity and constitutionalization of same-sex marriage — some remarks on the role of the Supreme Court in the United States

Abstract: The Supreme Court of the United States plays a fundamental role in the American political system; its decisions exert a crucial influence on the legal, political, social and economic reality in the United States. One of the most important and contentious points in the legal and

axiological discourse in the United States for the past three decades has been the question of the constitutional right/claim of homosexuals to equal treatment and equal protection of laws. The article analyzes in this context three landmark cases, i.e. *Bowers v. Hardwick* (the legitimization of the penalization of consensual sexual activity with respect to homosexuals), *Lawrence v. Texas* (the abolition of the previous decision) and *Obergefell v. Hodges* (the constitutionalization of the right to same-sex marriages). The article formulates — on the basis of this analysis — certain general hypotheses regarding the relations between the social and political reality and interpretations of constitutional issues by constitutional courts.

Alexander Hamilton, jeden z ojców założycieli Stanów Zjednoczonych, wypowiedział w *Esejach politycznych federalistów* słynną tezę, jakoby władza sądownicza była wyraźnie najsłabszym elementem struktury instytucjonalnej państwa sugerowanej przez Monteskiusza, albowiem

nie kontroluje ona ani miecza, ani sakiewki, nie wywiera wpływu ani na siłę, ani na zamożność społeczności i nie może podejmować jakichkolwiek aktywnych działań. Można doprawdy stwierdzić, iż władza sądownicza nie posiada ni siły, ni woli, ale wyłącznie osąd¹.

O ile jestem pełen podziwu dla amerykańskiej myśli politycznej drugiej połowy XVIII wieku (zarówno jako badacz filozofii polityczno-prawnej, jak i sympatyk klasycznej wersji liberalizmu), o tyle nie mogę zaprzeczyć, że ta konstatacja drastycznie rozminęła się z amerykańską rzeczywistością. Już w XIX wieku Alexis de Tocqueville zauważył, że w Stanach Zjednoczonych

sędzia jest [...] w takiej samej sytuacji jak sędziowie w innych krajach. A jednak posiada ogromną władzę polityczną. Jak to się dzieje? Jego czynności mają ten sam zasięg i dostępne mu są te same środki działania co gdzie indziej. Skąd więc ma władzę, której nie posiadają sędziowie w innych krajach? Jediną przyczyną tego jest fakt, że Amerykanie dali sędziemu prawo opierania orzeczeń raczej na konstytucji niż na ustawach. Innymi słowy, pozwolili sędziemu nie stosować ustaw, które wydają mu się sprzeczne z konstytucją².

Pamiętając o kolejnym trafnym spostrzeżeniu francuskiego filozofa, w którego przeświadczeniu w USA „prawie nie ma kwestii politycznej, która wcześniej czy później nie przekształciłaby się w problem sądowy”³, fundamentalna rola odgrywana przez judykaturę w Stanach Zjednoczonych w kontekście społeczno-politycznym stanowi niezaprzeczalny fakt. Jak orzekł w precedensowej sprawie *Marbury v. Madison* (1803) prezes Sądu Najwyższego John Marshall, obowiązkiem i kompetencją władzy sądowniczej jest definiowanie „co jest prawem” oraz odmawianie takiego statusu unormowaniom sprzecznym z najwyższym aktem w obowiązującej w USA hierarchii źródeł prawa, jakim jest — przynajmniej

¹ A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers*, red. C. Rossiter, New York 1961, s. 465. Wszystkie tłumaczenia — Ł.M.

² A. de Tocqueville, *O demokracji w Ameryce*, t. 1, przeł. B. Janicka, M. Król, Kraków 1996, s. 100–101.

³ *Ibidem*, s. 275.

w jego ocenie — ustawa zasadnicza⁴. Niezależnie od tego, czy uznajemy takowe rozumowanie za prawomocne z konstytucyjnej perspektywy, jego współczesna akceptacja jest właściwie powszechna.

W obrębie judykatury najbardziej prominentną rolę odgrywa naturalnie federalny Sąd Najwyższy. Z punktu widzenia tematyki niniejszego artykułu szczególnie istotny jest fakt, że SN jest kluczowym kreatorem „polityki publicznej — autorytatywnych zasad, poprzez które instytucje państwowe starają się wpływać na funkcjonowanie władzy oraz usiłują kształtować społeczeństwo jako całość”⁵. Rozpoznanie tego aspektu funkcjonowania Sądu Najwyższego jest wstępnym i niezbędnym warunkiem, bez którego spełnienia wszelkie

próby zrozumienia działania Sądu będą skazane na niepowodzenie. Pośród ciał sędziowskich na całym świecie, tak w przeszłości, jak i współcześnie, Sąd wyróżnia się jako wyjątkowo potężna instytucja o charakterze politycznym. Żaden inny sąd nigdy nie był tak nieprzerwanie, tak nieustannie, tak blisko związany z procesem politycznym [...]. Jego polityczna władza przypomina tę, którą sprawuje legislatura czy aparat biurokratyczny⁶.

Edward Lazarus trafnie zauważa:

Just co najwyżej lekką przesadą powiedzieć, że regulacje prawne oraz postępowania sądowe stały się świecką religią Amerykanów i że, jeśli mamy jeden wspólny święty tekst, to jest nim ustawa zasadnicza. Niezależnie, czy problem dotyczy aborcji, dyskryminacji rasowej, molestowania seksualnego, ochrony środowiska naturalnego, zasad sprawiedliwego postępowania karnego, swobody religijnej, wolności słowa czy praktycznie każdego innego aspektu tego, jak żyjemy, a nawet jak umieramy, Amerykanie niemal rutynowo oczekują od sądów, a w szczególności od Sądu Najwyższego, zajęcia stanowiska we wszystkich społecznie pilnych kwestiach oraz pomocy w rozwiązywaniu podstawowych narodowych problemów⁷.

⁴ Por. J.E. Nowak, R.D. Rotunda, J. Nelson Young, *Constitutional Law*, St. Paul 1983, s. 2–11. W kwestii alternatywnej koncepcji pojmowania znaczenia konstytucji amerykańskiej (jako zbioru poważnie niewiążących zaleceń, które nie mogą być przeciwstawiane „zwykłym” regulacjom federalnym, stanowym i lokalnym) zob. Ch.S. Hyneman, *The Supreme Court on Trial*, New York 1963, s. 97–111.

⁵ L. Baum, *The Supreme Court*, Washington 1989, s. 3.

⁶ R. Funston, *A Vital National Seminar: The Supreme Court in American Political Life*, Palo Alto 1978, s. 1.

⁷ E. Lazarus, *Closed Chambers: The Rise, Fall, and Future of the Modern Supreme Court*, New York 1999, s. 5. Nie znaczy to oczywiście, że konkretne odpowiedzi udzielane przez Sąd Najwyższy w rozmaitych politycznie kontrowersyjnych sprawach spotykają się z powszechną aprobatą czy nawet z generalnym, acz niechętnym uznaniem ich merytorycznej poprawności. Zarówno dysputy naukowe, jak i szeroko rozumiana debata publiczna są w Stanach Zjednoczonych pełne ostrych krytyki i polemik z aktualnym stanowiskiem judykatury. Niemniej jednak niezależnie od oceny konkretnych rozstrzygnięć właściwie wszyscy protagoniści dyskursu społecznego respektują instytucjonalną rolę SN jako posiadacza ostatniego słowa w kwestiach konstytucyjnych i — *nolens volens* — spodziewają się, że Sąd Najwyższy będzie wykorzystywał tę kompetencję w szerokim zakresie.

W ciągu ostatnich trzydziestu trzech lat jedną z najdonioślejszych polityczno-prawnych kontrowersji, którą *de facto* musiał zająć się SN, było zagadnienie konstytucyjności różnych unormowań (chętnie przyjmowanych zwłaszcza przez stany) odnoszących się do osób o orientacji homoseksualnej. Z uwagi na ograniczoną objętość niniejszego artykułu omówię tylko trzy kluczowe wyroki Sądu Najwyższego, podejmujące tę problematykę⁸. Ich analiza nie tylko jest interesująca poznawczo, ale pozwoli również postawić na zakończenie artykułu trzy tezy — jeśli nie uniwersalne, to przynajmniej uniwersalizujące — dotyczące prawnospołecznego aspektu działania sądów konstytucyjnych.

Bowers v. Hardwick⁹

Przedmiotowa sprawa ogniskowała się wokół ustawy obowiązującej w stanie Georgia, która kryminalizowała konsensualne akty „sodomii” (określonej jako seks oralny lub analny). Regulacja dotyczyła wprawdzie zarówno homoseksualistów, jak i heteroseksualistów, ale z oczywistych powodów jej egzekwowanie było niezwykle selektywne. Respondent Michael Hardwick dopuścił się penalizowanego czynu we własnym domu, za co został aresztowany. Prokurator ostatecznie zdecydował się nie wnosić aktu oskarżenia, co nie przeszkodziło (i co zostało później zaakceptowane przez sądy w kontekście legitymacji procesowej) niedoszłemu oskarżonemu złożyć pozew o uznanie sprzeczności rzeczonego przepisu z ustawą zasadniczą poprzez naruszanie jego konstytucyjnie chronionego prawa do prywatności. Po wyczerpaniu toku instancji (i zwycięstwie Hardwicka przed

⁸ Inne istotne wyroki dotyczące wskazanej materii to *One, Inc v. Olesen*, 355 U.S. 371 (1958) (uznanie, że artykuły zamieszczone w czasopiśmie „One: The Homosexual Magazine” nie spełniają kryterium obsceniczności i są objęte konstytucyjnymi gwarancjami swobody wypowiedzi); *Mishkin v. New York*, 383 U.S. 502 (1966) (uznanie, że pornograficzne materiały o tematyce homoseksualnej mogą być traktowane jako obsceniczne i wyjęte spod ochrony konstytucyjnej, mimo że nie wzbudzają podniecenia seksualnego u przeciętnego członka populacji); *Hurley v. Irish American Gay, Lesbian, & Bisexual Group of Boston*, 515 U.S. 557 (1995) (uznanie, że prywatny organizator parady — usankcjonowanej i zabezpieczanej przez władze publiczne — jest uprawniony do wykluczenia z niej nieaprobowanego przekazu, dotyczącego w tej konkretnej sprawie propagowania treści nawiązujących do homoseksualnej orientacji potencjalnych mówców); *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996) (uznanie za niekonstytucyjny blankietowego i apriorycznego zakazu powoływania się przez osoby o orientacji homoseksualnej na przepisy zabraniające dyskryminacji we wszelkich prawnych kontekstach); *Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U.S. 640 (2000) (uznanie, że organizacja społeczna ma prawo nie przyjmować w swoje szeregi homoseksualistów, jeśli składnikiem ideologii czy aksjologii tej zbiorowości jest opozycja wobec homoseksualizmu); *United States v. Windsor*, 570 U.S. _ (2013) (uznanie za niekonstytucyjną próbę wprowadzenia federalnej definicji małżeństwa wyłącznie jako związku między kobietą a mężczyzną); *Hollingsworth v. Perry*, 570 U.S. _ (2013) (uznanie, że przeciwnicy prawnego uznania małżeństw homoseksualnych nie posiadają legitymacji czynnej do wnoszenia powództw w przedmiotowej sprawie przed sądem federalnym).

⁹ 478 U.S. 186 (1986).

federalnym sądem apelacyjnym) ostatecznie sprawa zawisła przed obliczem Sądu Najwyższego USA, który — stosunkiem głosów pięć do czterech — odmówił zakwalifikowania przedmiotowej regulacji jako niekonstytucyjnej. Zanim jednak przeanalizujemy rozumowanie Sądu w tejże sprawie, kilka uwag musimy poświęcić kwestii statusu prawa do prywatności. Ustawa zasadnicza nie zawiera żadnego postanowienia, które *expressis verbis* deklarowałoby obowiązek państwa dotyczący poszanowania takowego jednostkowego uprawnienia. Prawo do ochrony prywatności stanowi ściśle jurydyczny twór¹⁰, wprowadzony do porządku prawnego po raz pierwszy orzeczeniem SN w sprawie *Griswold v. Connecticut*¹¹, zgodnie z którym przepis zakazujący stosowania środków antykoncepcyjnych w ramach relacji małżeńskiej narusza porządek konstytucyjny¹². Rozstrzygnięcie to opierało się przede wszystkim na aksjologicznym założeniu, że prawo do prywatności (teoretycznie w związku małżeńskim, ale logika rozumowania zaaprobowanego przez SN wręcz wymuszała poszerzenie zakresu oddziaływania tego precedensu na kolejne sfery życia) ma charakter fundamentalny i po prostu zasługuje na ochronę konstytucyjną¹³. Sędziowie nie mogli jednak dojść do konsensusu w zakresie *ratio decidendi*. Sędzia William O. Douglas w niesłychanie kontrowersyjnym uzasadnieniu popartym przez większość składu orzekającego¹⁴ stwierdził, że prawo do prywatności rezyduje w „półcieniach rzucanych przez” i „emanacjach płynących z” Trzeciej (zakaz przymusowego kwatowania żołnierzy w domach prywatnych w okresie pokoju), Czwartej (wykluczenie nieuzasadnionych przeszukań czy rewizji), Piątej (prawo do odmowy zeznań, gdy mogą one narazić daną osobę na odpowiedzialność karną), Dziewiątej (wskazanie, że konstytucyjny katalog praw i wolności nie ma charakteru wyczerpującego), a nawet Pierwszej (swoboda stowarzyszeń) Poprawki do ustawy zasadniczej¹⁵. Sędzia Arthur Goldberg uznał z kolei prawo do prywatności — na podstawie Dziewiątej Poprawki — za jedno z niewspomnianych wprost w tekście Konstytucji, ale chronionych przez nią, niewymienionych uprawnień¹⁶. Natomiast sędzia John Harlan skonstatował, że przedmiotowa regulacja narusza klauzulę *due process* zawartą w Czternastej

¹⁰ Nie chodzi mi w tym momencie o merytoryczne podważanie zasadności tezy o istnieniu takiego prawa w ustawie zasadniczej USA, ale tylko o podkreślenie, że to sądy nadały konstytucyjny status uprawnieniu jednostki, które nie jest choćby wspomniane w żadnej części wskazanego aktu prawnego. Por. R.C. Cortner, *The Supreme Court and Civil Liberties Policy*, Palo Alto 1975, s. 31.

¹¹ 381 U.S. 479 (1965).

¹² Regulacja zawierała generalny zakaz takich zachowań, penalizując także podżeganie i pomocnictwo.

¹³ Por. L.A. Powe, *The Warren Court and American Politics*, Cambridge 2000, s. 373–374.

¹⁴ Krytycy przyjęli je z mieszaniną niedowierzania, pogardy i rozbawienia. Por. S. Stern, S. Wermiel, *Justice Brennan: Liberal Champion*, Boston 2010, s. 285.

¹⁵ *Griswold*..., 484.

¹⁶ *Ibidem*, 492–493.

Poprawce¹⁷, ponieważ odbiera jednostkom bez żadnego uzasadnionego powodu określone prawa o charakterze fundamentalnym dla samej idei „uporządkowanej wolności”, stanowiącej podstawę czy rdzeń porządku konstytucyjnego w Stanach Zjednoczonych¹⁸. *Summa summarum* wyrok zdaje się stanowić paradygmatyczny wręcz przykład jurysprudencki zorientowanej na rezultat¹⁹. Sędziowie wiedzieli, jaki cel chcą osiągnąć, nie mogli jednak porozumieć się co do prowadzącej doń drogi. Prawo jednostek do prywatności zostało jednakowoż efektywnie skonstytucjonalizowane i dosyć szybko poczęło być stosowane jako — posługując się językiem dworkinowskim²⁰ — karta atutowa w kolejnych dysputach przed Sądem Najwyższym²¹ (najczęściej z harlanowskim usprawiedliwieniem).

Kluczową kwestią do rozstrzygnięcia w sprawie *Bowers v. Hardwick* pozostawał tedy problem, czy unormowanie penalizujące konsensualną aktywność homoseksualną konstytuuje naruszenie prawa do prywatności. Argument taki został wręcz totalnie spostonowany przez SN, aczkolwiek przy ostrym sprzeciwie sędziów pozostających w mniejszości. Wydaje się, że stanowisko Sądu Najwyższego miało dwa podstawowe źródła doktrynalne. Pierwsze z nich odwoływało się do argumentacji instytucjonalnej i wiązało się z określonym postrzeganiem statusu judykatury w amerykańskiej architekturze konstytucyjnej oraz niechęcią w stosunku do przesadnie aktywistycznej roli władzy sądowniczej. Wyrazistym objawem takowej optyki była konceptualizacja przez SN przedmiotowego sporu jako dotyczącego wyłącznie wąskiego zagadnienia rzekomego istnienia fundamentalnego uprawnienia jednostki do angażowania się w homoseksualne praktyki o wskazanym charakterze²². Owo dążenie do redukcji znaczenia precedensu poprzez odniesienie konkluzji prawnych do jak najwęższej formułowanej podstawy faktycznej, odrzucenie maksymalizmu polegającego na przyjęciu szeroko zakrojonych czy też wręcz całościowych interpretacji zawartych w Konstytucji pojęć niedookreślonych i klauzul generalnych oraz akceptacja perspektywy gradualistycznej zakładającej ewolucyjny charakter zmian stanu prawnego sta-

¹⁷ Przepis ten zakazuje władzom stanowym i lokalnym pozbawiania kogokolwiek życia, wolności lub własności bez odpowiedniego postępowania prawnego.

¹⁸ Griswold, 500–501. Podobną argumentację przyjął także sędzia Byron White.

¹⁹ Por. A.S. Miller, *The Supreme Court: Myth and Reality*, Westport 1978, s. 122–124.

²⁰ Por. np. *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) i wszystkie kolejne sprawy dotyczące problematyki przerywania ciąży. Por. też *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967); *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557, 564–565 (1969). O ile dwa ostatnie orzeczenia, uznające za niekonstytucyjny zakaz zawierania małżeństw mieszanych rasowo oraz dekryminalizujące sam fakt prywatnego posiadania materiałów o charakterze obscenicznym, nie powoływały się wprost na prawo do prywatności, o tyle ich „tematyczny” i aksjologiczny związek ze sprawą *Griswold v. Connecticut* nie budzi żadnych wątpliwości.

²¹ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 10.

²² Bowers..., 190.

nowią typowe znamiona postawy sędziowskiej powściągliwości²³. Uzasadnienie zwracało również uwagę na historyczne korzenie regulacji penalizujących akty homoseksualne, tradycyjnie podlegające kryminalizacji w systemie brytyjskim. Co więcej, w latach dziewięćdziesiątych XVIII wieku czyny takie były przestępstwem we wszystkich trzynastu stanach, w roku 1868 (ratyfikacja Czternastej Poprawki) w trzydziestu dwóch (z trzydziestu siedmiu), w latach sześćdziesiątych XX wieku we wszystkich pięćdziesięciu, a w chwili rozstrzygnięcia sprawy przez SN w dwudziestu czterech. W obliczu tak istotnej politycznej woli represjonowania wskazanych zachowań większość składu orzekającego wyraziła wyraźny sceptycyzm wobec zasadności „ogłaszania nowych uprawnień, trudnych do znalezienia w tekście ustawy zasadniczej”, które nie stanowiłyby po prostu manifestacji chęci „narzucenia przez sędziów swych własnych ocen moralnych” i wymuszenia respektowania takich osobistych preferencji przez rząd federalny czy władze stanowe²⁴. Przypominając słynny spór z lat trzydziestych XX wieku pomiędzy prezydentem Franklinem Delano Rooseveltem a Sądem Najwyższym na tle zgodności z Konstytucją części aktów prawnych składających się na program New Deal²⁵, który bardzo poważnie zachwiał społeczną legitymacją SN do kontroli konstytucyjności prawa, uzasadnienie przestrzegało, że wykroczenie przez Sąd w przedmiotowej sprawie poza rolę interpretatora ustawy zasadniczej i wykreowanie nowego indywidualnego uprawnienia pozbawionego „korzeni w tekście oraz w systemie konstytucyjnym”²⁶ może znacząco osłabić autorytet władzy sądowniczej, a nawet zagrozić jej delegitymizacją. Jak konkluduje Donald E. Lively, wyrok był zatem wyrazem niechęci większości sędziów do transformowania indywidualnych przekonań przedstawicieli judykatury w konstytucyjne wartości w celu przewyciężenia decyzji politycznych²⁷.

²³ Por. E.A. Young, *Judicial Activism and Conservative Politics*, „Colorado Law Review” 2002, nr 73, s. 1151.

²⁴ Bowers..., 192.

²⁵ Zob. np. K.E. Whittington, *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*, Princeton 2007, s. 28–58. Osią sporu było przekonanie większości sędziów SN (w latach 1905–1937), jakoby ustawa zasadnicza — między innymi w klauzuli *due proces* — konstytucjonalizowała zasady daleko posuniętego liberalizmu ekonomicznego. W konsekwencji SN potrafił na przykład klasyfikować przepisy ustalające maksymalny wymiar czasu pracy w określonych gałęziach gospodarki jako naruszające chronioną przez Czternastą Poprawkę zasadę swobodę umów, odnoszącą się także do relacji między pracodawcą a pracownikiem, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Kontrowersje na tle takiej linii orzecniczej zaostrzyły się w okresie prezydentury Roosevelta i zakończyły się niemal całkowitym porzuceniem przez Sąd Najwyższy aspiracji do kontroli konstytucyjności ustawodawstwa gospodarczego.

²⁶ Bowers..., 194–195.

²⁷ D.E. Lively, *Foreshadows of the Law: Supreme Court Dissents and Constitutional Development*, Westport 1992, s. 83.

Wspomniana koncepcja umocowania i aktywności Sądu Najwyższego jest oczywiście logiczna i spójna²⁸. Warto jednak zauważyć, że jej afirmacja była koniecznym, ale niewystarczającym warunkiem wydania rozstrzygnięcia o takiej, a nie innej treści. Problem tworzyło naturalnie wcześniejsze rozpoznanie konstytucyjnego prawa do prywatności. Jeśli bowiem zaakceptować konstytucyjny status tego ostatniego, to przynajmniej *prima facie* czyn Michaela Hardwicka zdawał się mieścić w jego granicach. Aby usprawiedliwić delegalizację aktów homoseksualnych, zachowując jednocześnie prawo do prywatności²⁹, SN musiał przeto poczynić rozróżnienia w sferze politycznej moralności. Zdaniem Howarda Balla orzeczenie jest ufundowane na tradycyjnym rozumieniu „małżeństwa, rodziny, domostwa, prywatności i wolności”³⁰. Trudno zarazem nie stwierdzić, że wyrok nie opiera się w znacznym stopniu na potępieniu — etycznym bądź przynajmniej estetycznym — samych praktyk homoseksualnych³¹. Sędzia White — autor uzasadnienia — skonstatował jednoznacznie, że domniemane przekonanie większości elektoratu w Georgii o niemoralności czy nieakceptowalności homoseksualnych praktyk stanowi całkowicie wystarczającą racjonalizację oraz usprawiedliwienie relewantnej regulacji, albowiem prawo

nieustannie bazuje na wyobrażeniach moralnych, i jeśli wszystkie przepisy odzwierciedlające zasadniczo moralne wybory będą mogły być zakwestionowane w oparciu o argument z klauzuli *due process*, to sądy będą doprawdy bardzo zajęte³².

Jeszcze bardziej kontrowersyjny fragment wyroku porównywał prywatne praktyki homoseksualistów do prywatnego posiadania nielegalnych narkotyków, broni czy przedmiotów pochodzących z kradzieży, a nawet do takich praktyk seksualnych, jak cudzołóstwo bądź kazirodztwo. W ostatecznym rozrachunku White stwierdził, że prywatny charakter penalizowanych przez Georgię zachowań nie immunizuje ich spod konstytucyjnie legitymowanej ingerencji państwa oraz że domaganie się dla nich protekcji ustawy zasadniczej na podstawie ich fundamentalnej roli dla idei „uporządkowanej wolności” czy zakorzenienia w amerykań-

²⁸ Kwestia, czy, kiedy i w jakim stopniu konsekwentnie SN faktycznie samopojmował się w ten sposób w toku swojej ponad dwusetletniej aktywności, jest fascynującym, ale i kontrowersyjnym zagadnieniem.

²⁹ Oczywiście alternatywną i wewnętrznie spójną możliwością było odejście od linii precedensów zapoczątkowanych wyrokiem w sprawie *Griswold v. Connecticut* (por. N. Vieira, L. Gross, *Supreme Court Appointments: Judge Bork and the Politicization of Senate Confirmations*, Carbondale 1998, s. 73–74). SN jednak zdecydowanie odrzucił to rozwiązanie.

³⁰ H. Ball, *The Supreme Court in the Intimate Lives of Americans: Birth, Sex, Marriage, Childrearing, and Death*, New York 2002, s. 10.

³¹ Por. J. Murdoch, D. Price, *Courting Justice: Gay Men and Lesbians v. the Supreme Court*, New York 2001, s. 316–318.

³² Bowers..., 196.

skiej tradycji budzi po prostu rozbawienie. W obliczu takich wypowiedzi trudno dziwić się, że wyrok — niezależnie od jego konkluzji — spotkał się z ostrą polemiką liberalnie zorientowanych komentatorów³³.

Lawrence v. Texas³⁴

Rozstrzygnięcie w sprawie *Bowers v. Hardwick* stanowiło swoistą ideową aberrację w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA, który już od lat trzydziestych XX wieku deklarował wolę objęcia szczególną ochroną różnego rodzaju grup mniejszościowych (na przykład religijnych czy politycznych)³⁵, bardzo szeroko delimituje znaczenie oraz granice konstytucyjnie chronionej swobody ekspresji³⁶, akceptuje tak zwaną akcję afirmatywną³⁷, wyprowadza z postanowień ustawy zasadniczej fundamentalne prawo kobiety do przerywania ciąży³⁸ i przyjmuje rygorystyczny wariant rozdziału instytucji religijnych od państwa³⁹. Orzeczenie od początku wydawało się podatne na rychłe uchYLENIE. Rzeczywiście, siedemnaście lat później przedmiotowy precedens został usunięty z porządku prawnego wyrokiem w sprawie *Lawrence v. Texas*. Kontrowersja dotyczyła teksańskiego kodeksu karnego, który penalizował „dewianckie stosunki seksualne”, definiowane jako akty homoseksualnej (jedynie homoseksualnej) „sodomii”, precyzując czyn zabroniony w niezwykle kazuistyczny sposób. Za stanowiskiem o niekonstytucyjności takiej kryminalizacji opowiedziało się sześć członków składu orzekającego. Aczkolwiek słuszny wydaje się pogląd, zgodnie z którym wyrok — w najogólniejszym sensie — był próbą możliwie jednoznacznego wykluczenia

³³ Tytułem przykładu Cass R. Sunstein uznał rozstrzygnięcie za egzemplifikację upokarzających decyzji SN, podobnie jak wyrok w sprawie *Plessy v. Ferguson* (usankcjonowanie segregacji rasowej) upokorzył czarnoskórych, a orzeczenie w sprawie *Bradwell v. Illinois* (uprawomocnienie odmowy kobietom dostępu do zawodu adwokata) — kobiety; C.R. Sunstein, *One Case at a Time: The Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge 2001, s. 158–159. Z kolei Michael J. Perry stwierdził, że rozstrzygnięcie udzieliło jurydycznej aprobaty dyskryminacji homoseksualistów ufundowanej na nieracjonalnym strachu, nienawiści i uprzedzeniach wobec przedstawicieli tej grupy społecznej („raczej za to, kim są, niż za to, co czynią”), gwałcąc tym samym zasadę równej opieki prawnej zawartą w Czternastej Poprawce. Orzeczenie w mniemaniu Perry’ego odmówiło homoseksualistom uznania „pełni ich człowieczeństwa” oraz potraktowało ich jako zbiorowość z założenia obciążoną defektami i wadami moralnymi, których posiadanie pozbawia jej członków prawa do pełnej ochrony konstytucyjnej; M.J. Perry, *We the People: The Fourteenth Amendment and the Supreme Court*, New York 1999, s. 137–138. W mojej ocenie tak ostra krytyka nie jest tylko pochodną sentencji orzeczenia, ale jest również spowodowana lekceważącym i pejoratywnym tępem uzasadnienia.

³⁴ 539 U.S. 558 (2003).

³⁵ Por. *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (przypis 4).

³⁶ Zob. np. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

³⁷ Zob. np. *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

³⁸ *Roe...*

³⁹ Zob. np. *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).

dopuszczalności dyskryminacji homoseksualistów⁴⁰, to jednak główne uzasadnienie, sporządzone przez Anthony’ego Kennedy’ego i poparte przez czterech innych sędziów, nie odwoływało się do zasady równości, ale zostało oparte na substancjalnie zinterpretowanej klauzuli *due process*, nakazującej państwu — wedle przyjętej w orzeczeniu wykładni — respektować fundamentalną wolność osobistą oraz wynikające z niej jednostkowe prawo do prywatności⁴¹. Jak deklarował Kennedy na początku uzasadnienia,

wolność chroni osobę przed nieusprawiedliwionym wkraczaniem państwa na teren jej domostwa i do innych prywatnych miejsc. W naszej tradycji państwo nie jest wszechobecne [...] Istnieją także inne sfery naszego życia i egzystencji, poza domem, gdzie państwo nie powinno mieć dominującej pozycji. Wolność przekracza bariery przestrzenne [...] implikuje osobistą autonomię, która zawiera w sobie swobodę myśli, wiary, ekspresji i angażowania się w określone zachowania o charakterze intymnym. Przedmiotowa sprawa dotyczy jednostkowej wolności zarówno w jej przestrzennym, jak i bardziej transcendentnym wymiarze⁴².

Po takim określeniu problemu sądowi pozostało tak naprawdę tylko zdecydowanie, czy homoseksualiści mają konstytucyjne prawo do cieszenia się wskazaną wolnością w takim samym stopniu jak inni obywatele.

Pierwszym krokiem wiodącym do tego celu z natury rzeczy musiało być podważenie rozumowania sędziego White’a ze sprawy *Bowers v. Hardwick*. Odstępując od zasady *stare decisis*, Sąd Najwyższy zazwyczaj nie krytykuje bezpośrednio i w rozbudowany sposób swych uprzednich decyzji, ale raczej przedstawia zmodyfikowane rozumowanie oraz składa zwięzłą deklarację o nieprzystawalności do niego jego dotychczasowych rozstrzygnięć. Tym razem jednak sytuacja wyglądała zdecydowanie inaczej, co daje asumpt do wnioskowania o wyjątkowo doniosłym społecznie charakterze sprawy. Kennedy zakwestionował wszystkie doktrynalne usprawiedliwienia czy racjonalizacje zaaprobowane przez White’a. Pierwszym zarzutem było nierozpoznanie przez tego ostatniego istoty problemu. W ocenie Kennedy’ego sprowadzanie relewantnego zagadnienia wyłącznie do uproszczonego lub sprymitywizowanego pytania, czy angażowanie się jednostek w konsensualne „sodomiczne” praktyki (w tym homoseksualne) mieści się w ramach wolności chronionej Czternastą Poprawką⁴³, zapoznaje kluczowy aspekt sprawy

⁴⁰ E.M. Calhoun, *Losing Twice; Harms of Indifference in the Supreme Court*, New York 2011, s. 39.

⁴¹ Sędzia Sandra Day O’Connor (która siedemnaście lat wcześniej głosowała ramię w ramię z sędzią White’em) także uznała regulację teksańską za sprzeczną z ustawą zasadniczą, powołując się wszelako na klauzulę równej opieki prawnej (co mogło oznaczać, że w jej mniemaniu penalizowanie wszystkich aktów „sodomicznych” — homo- i heteroseksualnych — było nadal konstytucyjnie dopuszczalne), por. Ch.L. Eisgruber, *The Next Justice: Repairing the Supreme Court Appointments Process*, Princeton 2007, s. 118.

⁴² Lawrence..., 562.

⁴³ Por. T.E. Yarbrough, *David Hackett Souter: Traditional Republican on the Rehnquist Court*, New York 2005, s. 241–242.

poprzez niedoceniecie znaczenia ograniczenia przyjętego przez Teksas (a wcześniej Georgię) dla swobody indywidualnej. Uzasadnienie stwierdziło nawet, że taki redukcjonizm upokorza osoby homoseksualne, podobnie jak upokarzałoby heteroseksualne osoby sprowadzanie małżeństwa jedynie do seksu. W rzeczywistości podobne unormowania, „dotykające najbardziej intymnych zachowań”, konstytuują przejaw drastycznej ingerencji w osobiste relacje międzyludzkie⁴⁴. Larry Yackle słusznie zatem konstatuje, że podstawowym punktem różnicującym stanowiska White’a i Kennedy’ego było umiejscowienie roszczeń czy też żądań osób dopuszczających się skryminalizowanych czynów na odpowiednim poziomie abstrakcyjności; o ile w poprzedniej sprawie SN maksymalnie konkretyzował problem, o tyle w aktualnie rozważanym procesie starał się dostrzec szersze implikacje aktywności władzy⁴⁵. Jak pisał Kennedy, sprawa *de facto* dotyczy godności homoseksualistów jako wolnych osób, ponieważ „jeżeli seksualność odnajduje swój zewnętrzny wyraz w intymnych czynnościach podejmowanych z inną osobą, to zachowania te są jednym z elementów osobistej więzi, która ma trwalszy wymiar”⁴⁶. W ocenie sędziego homoseksualna aktywność erotyczna zasługiwała na konstytucyjną protekcję właśnie z uwagi na jej konsekwencje „intymnych związków i trwałych więzi”, którymi mają prawo cieszyć się również mniejszości seksualne⁴⁷ (bez obawy, że wybory w tym obszarze spowodują poddanie ich represjom karnym).

Kennedy zakwestionował także trafność usprawiedliwiania kryminalizacji stosunków homoseksualnych przez odwoływanie się do historii (która to metoda jest silnie zakorzeniona w anglosaskim modelu orzeczniczym). Po pierwsze, sędzia wskazał, że prawna tradycja USA nie zna przypadków selektywnej penalizacji aktów „sodomii” dokonywanej w zależności od preferencji seksualnych osób zaangażowanych w taką aktywność. Brak takowej dyferencjacji dowodzi, że celem uprzednich regulacji represjonujących „sodomie” nie było prześladowanie bądź też dyskryminowanie homoseksualistów; stanowiły one raczej manifestację moralnego potępienia praktyk seksualnych z natury wykluczających możliwość prokreacji⁴⁸. Po drugie, unormowania takie pozostawały często martwą literą, już to z uwagi na niechęć odpowiednich organów do egzekwowania rzeczonych przepisów, już to ze względu na szczególne reguły o charakterze proceduralnym (zakaz wykorzystywania w celach procesowych zeznań drugiej ze stron rozważanej

⁴⁴ Lawrence..., 567.

⁴⁵ L. Yackle, *Regulatory Rights: Supreme Court Activism, the Public Interest, and the Making of Constitutional Law*, Chicago 2007, s. 151.

⁴⁶ Lawrence..., 567.

⁴⁷ M. Stein, *Sexual Injustice: Supreme Court Decisions from Griswold to Roe*, Chapel Hill 2010, s. 301.

⁴⁸ Jak wynika z dalszej części uzasadnienia, dzisiaj taka motywacja potencjalnej całościowej penalizacji praktyk „sodomicznych” byłaby oczywiście — w obliczu prawa do prywatności — konstytucyjnie niedopuszczalna.

konsensualnej relacji, traktowanej jako współsprawca czynu przestępczego). Po trzecie, zdaniem Kennedy’ego dla oceny konstytucyjnej dopuszczalności karania czynów homoseksualnych istotniejszym czynnikiem od zamierzchłych regulacji, stanowiących często martwą literę, jest występujący w ostatnich pięciu dekadach trend depenalizacyjny, w którego wyniku unormowania takie zostały w wielu stanach formalnie bądź też faktycznie usunięte z porządku prawnego⁴⁹. Co więcej, sędzia powołał się w tym zakresie także na głosy ekspertów oraz na ogólnostanowe tendencje ku dekryminalizacji (między innymi na orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka). To ostatni manewr heurystyczny wzbudził szczególne oburzenie wśród konserwatywnie usposobionej części amerykańskiej opinii publicznej, dla której takie odniesienia do zagranicznych źródeł powinny być objęte anatamą⁵⁰. Środowiska te zazwyczaj opowiadają się bowiem za jakimś wariantem oryginalistycznej (statycznej) teorii interpretacji ustawy zasadniczej, zgodnie z którym znaczenie tej ostatniej zostało definitywnie ustalone w momencie jej uchwalenia. Tymczasem Kennedy przyjął w swym rozstrzygnięciu dynamiczny model wykładni przynajmniej części terminów zawartych w Konstytucji, zgodnie z którym amerykańskie rozumienie ogólnoludzkich wartości (jak wolność czy też prywatność) powinno odwoływać się do możliwie szerokiego spektrum ludzkich doświadczeń, a nie wyłącznie do partykularnych lokalnych tradycji. Ostatecznie, jak trafnie pisze Patrick M. Garry, generalna ewolucja wartości społecznych dotyczących postrzegania homoseksualizmu stanowiła istotny argument dla Kennedy’ego, przemawiając za odstępniem od rygorystycznego traktowania zasady *stare decisis* i za koniecznością uchylenia wcześniejszej decyzji Sądu Najwyższego⁵¹.

⁴⁹ Jak trafnie zauważa Jeffrey Rosen, takie powołanie się na współczesne amerykańskie standardy odnośnie do dekryminalizacji praktyk homoseksualnych było jednak mocno kontrowersyjne, albowiem wskazane tendencje depenalizacyjne częściej były wynikiem aktywności stanowych władz sądowniczych (orzekających o niezgodności rzeczonych przepisów z lokalnymi ustawami zasadniczymi) niż działań podejmowanych przez organy wybierane w drodze demokratycznych wyborów, J. Rosen, *The Most Democratic Branch: How the Courts Serve America*, New York 2006, s. 108.

⁵⁰ F.S. Lane, *The Court and the Cross: The Religious Right’s Crusade to Reshape the Supreme Court*, Boston 2008, s. 247–248. Dyskusja wywołana tym konkretnym przypadkiem czerpania w procesie wykładni ustawy zasadniczej z zagranicznych źródeł stanowiła egzemplifikację ogólniejszej polemiki, która pod koniec XX wieku zaczęła stanowić ważny punkt amerykańskiego dyskursu konstytucyjnego. O ile zwolennicy internacjonalizacji (w tym niektórzy sędziowie SN) zdecydowanie akcentowali potrzebę uwzględniania w krajowym orzecznictwie międzynarodowych doświadczeń i nawoływali do porzucenia „wyspiarskiej mentalności samotnego szeryfa), o tyle ich oponenci (w tym inni sędziowie Sądu Najwyższego) bardzo krytycznie — wręcz pogardliwie — wyrażali się o implementacji obcych nowinek, płynących najczęściej ze zdegenerowanej Europy. M.D. Goldhaber, *A People’s History of the European Court of Human Rights*, New Brunswick 2007, s. 183–184.

⁵¹ P.M. Garry, *Limited Government and the Bill of Rights*, Columbia 2012, s. 52.

Odrzucenie uprzednich precedensów często wymaga ponownej konceptualizacji danej kontrowersji konstytucyjnej. W przekonaniu sędziego istotę przedmiotowego sporu tworzy pytanie, czy demokratyczna większość ma prawo przyoblekać swoją antypatię wobec aktów czy osób homoseksualnych w szaty prawa karnego oraz narzucać mniejszości własny kodeks moralnego postępowania? Warto podkreślić, że Kennedy nie trywializował i nie traktował z wyniosłością bądź z pogardą wielowiekowej tradycji etycznego potępienia homoseksualizmu. Jak uznał sędzia, krytycyzm ten jest często wyrazem głębokich i rozbudowanych przekonań aksjologicznych, które zasługują na stosowny szacunek⁵². Jednak w jego ocenie amerykańska ustawa zasadnicza chroni prawo jednostki do podejmowania osobistych decyzji w odniesieniu do „małżeństwa, prokreacji, antykoncepcji, związków rodzinnych, wychowywania potomstwa i edukacji”⁵³ również w sytuacji, w której dokonany przez określoną osobę wybór uznawany jest przez większość społeczeństwa za moralnie niewłaściwy. Dysponowanie wolnością we wskazanych obszarach jest centralnym komponentem osobistej godności; stosowanie w takich sferach przymusu państwowego konstytuuje pogwałcenie indywidualnej autonomii⁵⁴. Kennedy wskazywał także, iż konstytucyjnie niedopuszczalne jest przyjmowanie unormowań motywowanych wyłącznie animozjami wobec określonej grupy społecznej, stygmatyzujących jej przedstawicieli jako przestępców i pozbawionych racjonalnego związku z uzasadnionymi zadaniami państwa. Konstatacje te doprowadziły sędziego do wniosku, że chroniona przez Czternastą Poprawkę wolność obejmuje prawo do podejmowania decyzji dotyczących spraw tak intymnych, jak praktyki seksualne (również te o nieprokreacyjnym charakterze), a istnienie długotrwałej tradycji moralnego sprzeciwu wobec określonego postępowania nie jest wystarczającą przesłanką usprawiedliwiająca rozwiązania penalizacyjne. Uzasadnienie jasno konkludowało:

Przedmiotowa sprawa nie dotyczy osób nieletnich. Nie dotyczy osób, które mogłyby zostać skrzywdzone, zmuszone lub które pozostają w relacjach, gdzie trudno byłoby odmówić zgody na określone praktyki. Nie dotyczy publicznego zachowania czy prostytucji. Nie dotyczy kwestii formalnego uznania przez państwo związków homoseksualnych. Sprawa dotyczy dwóch dorosłych osób, które — za pełnym obopólnym przyzwoleniem — angażowały się w praktykę erotyczną typową dla homoseksualnego stylu życia. Wnioskodawcy zasługują na poszanowanie ich prywatności. Państwo nie może ich poniżyć bądź kontrolować ich losu poprzez kryminalizację ich prywatnych aktów seksualnych. Ich prawo do wolności zawarte w klauzuli *due process* gwarantuje im pełną możliwość podejmowania takowych czynów bez ingerencji państwa⁵⁵.

⁵² Por. M.A. Bailey, F. Maltzman, *The Constrained Court: Law, Politics, and the Decisions Justices Make*, Princeton 2011, s. 47.

⁵³ Lawrence..., 574.

⁵⁴ Z oczywistych względów Kennedy *implicite* nie nadawał takiej wolności wymiaru absolutnego.

⁵⁵ Lawrence..., 578.

W ciągu siedemnastu lat Sąd Najwyższy zmienił swe stanowisko o sto osiemdziesiąt stopni i przyznał osobom o orientacji homoseksualnej prawo do cieszenia się prywatnością w sferze erotyki w takim stopniu, jaki przysługuje heteroseksualistom. Jak jednak podkreślił Kennedy, orzeczenie nie dotyczyło ewentualnych roszczeń do pozytywnego usankcjonowania homoseksualizmu przez państwo. Nawiązując do tradycyjnego rozróżnienia w filozofii politycznej, wyrok chronił tylko wolność negatywną mniejszości seksualnych⁵⁶.

*Obergefell v. Hodges*⁵⁷

Jednym z najpopularniejszych zabiegów perswazyjnych w amerykańskim dyskursie konstytucyjnym jest odwołanie się do argumentu z „równi pochyłej”. Konserwatywna część opinii publicznej była przekonana, że objęcie praktyk homoseksualnych ochroną wynikającą z Czternastej Poprawki stanowi jedynie pierwszy krok na drodze do uznania kolejnych roszczeń środowisk homoseksualnych⁵⁸. W szczególnie ewidentny sposób ich prognozy ziściły się już dwanaście lat później, kiedy to Sąd Najwyższy rozstrzygnął zagadnienie, czy zdefiniowanie małżeństwa jako związku osób odmiennej płci jest zgodne z konstytucją. W przeświadczeniu większości sędziów Czternasta Poprawka przesądzała, że takie zawężenie desygnatu pojęcia „małżeństwo” naruszało ustawę zasadniczą. Argumentacja autora orzeczenia, którym okazał się ponownie Anthony Kennedy, odwoływała się zarówno do zasady poszanowania wolności jednostki, jak i do nakazu egalitaryzmu wymagającego równego traktowania obywateli, jeżeli rozwiązania przeciwnego nie legitymizują silne racje moralne lub praktyczne. O konieczności usankcjonowania przez państwo małżeństw osób tej samej płci przesądzały ostatecznie, w przeświadczeniu Kennedy’ego, cztery podstawowe przesłanki natury aksjologicznej:

1. Prawo do swobodnego zawierania związku małżeńskiego konstituuje jeden z kluczowych aspektów wolności indywidualnej. Szczególnie intymny charakter wspomnianej tu decyzji, jej silny związek z prawem do prywatności oraz wpływ na całokształt egzystencji nupturienta są, w ocenie Sądu Najwyższego, dowodem, że poszanowanie wyboru jednostek w tej delikatnej sferze jest konieczną manifestacją respektowania ich godności osobistej. Łatwo można zatem dostrzec, że w przeciwieństwie do orzeczenia w sprawie *Lawrence v. Texas* przedmiotowe rozstrzygnięcie ufundowane było także na pozytywnym rozumieniu wolności indywidualnej, polegającej — wedle Kennedy’ego — nie tylko na rezygnacji państwa ze stosowania przymusu w określonym obszarze (zniesienie kryminalizacji

⁵⁶ Por. I. Berlin, *Dwie koncepcje wolności*, [w:] *idem, Cztery eseje o wolności*, Poznań 2000, s. 183–239.

⁵⁷ 576 U. S. _ (2015) (dalej cytowane za stroną internetową www.findlaw.com (dostęp: 3.03.2017)).

⁵⁸ Por. D.M. O’Brien, *Storm Center: The Supreme Court in American Politics*, New York 2000, s. 244.

stosunków homoseksualnych), lecz także na podejmowaniu przez władze publiczne określonej aktywności, polegającej na czynnym i aprobatywnym rozpoznaniu roszczenia osób homoseksualnych o (heglowskie) uznanie⁵⁹.

2. Małżeństwo stanowi wyjątkową instytucję społeczną, umożliwiającą koegzystencję dwojga ludzi⁶⁰. Wiąż małżeńska odgrywa fundamentalną rolę w życiu zaangażowanych w nią osób, stanowi kluczowy element autodefiniowania się przez jednostki, promuje wzajemną lojalność oraz pozwala na uśmierzenie egzystencjalnego lęku przed samotnością. Trafna zdaje się więc diagnoza Clare Huntington (zapewnie brzmiąca paradoksalnie dla konserwatystów), zgodnie z którą orzeczenie zakorzenione jest w tradycjonalistycznym paradygmacie oglądu społecznej roli małżeństwa i rodziny⁶¹. Przełomowy wymiar rozstrzygnięcia dotyczy bowiem wyłącznie podmiotowej, a nie przedmiotowej strony związku małżeńskiego. Jak konkludował Kennedy, nie istnieją dostatecznie dobre powody, aby odmówić osobom homoseksualnym możliwości korzystania z dobrodziejstw czy korzyści wynikających z analizowanej instytucji. Co więcej, w przekonaniu sędziego, oprócz wypełniania absolutnie kluczowej funkcji w życiu jednostek, małżeństwo stanowi także fundament całego porządku społeczno-politycznego. Zbiorowości ludzkie, rozpoznając ten kolektywny i socjalny aspekt małżeństwa, konsekwentnie obdarzały tę instytucję szczególnym szacunkiem i nadawały osobom w niej partycypującym różnorakie przywileje bądź dodatkowe uprawnienia, nieprzysługujące osobom samotnym w rozumieniu prawa (choćby kohabującym ze sobą). Celem implementacji takich rozwiązań było między innymi przyczynienie się do stabilności związków małżeńskich. Pozbawienie osób orientacji homoseksualnej możliwości partycypowania w centralnej dla amerykańskiego społeczeństwa instytucji nie tylko prowadzi do/jest oznaką ich stygmatyzacji i moralnego wykluczenia, ale nakłada na nie wiele nieusprawiedliwionych brzemion bądź trudności natury praktycznej, co w rezultacie zwiększa obecny w ich życiu stopień niepewności oraz poczucie niestabilności.

3. Legalizacja małżeństw homoseksualnych poprawi prawną oraz faktyczną sytuację dzieci, które są wychowywane w ramach związków osób tej samej płci. Stwierdzając konsekwentny wzrost liczby takich przypadków we współczesnym społeczeństwie, Kennedy podkreślał, że chodzi tu zarówno o określone materialnoprawne profity przysługujące wyłącznie potomstwu z prawego łoża, jak i o wiele korzyści natury psychologicznej. W przeświadczeniu sędziego odmowa rozpoznawania przez państwo małżeństw homoseksualnych obarcza dzieci kosz-

⁵⁹ Zob. K. Yoshino, *A New Birth of Freedom? Obergefell v. Hodges*, „Harvard Law Review” 2016, nr 129, s. 167–168.

⁶⁰ Leonore Carpenter i David S. Cohen trafnie określili wyrok mianem „peanu” na rzecz instytucji małżeństwa, por. L. Carpenter, D.S. Cohen, *A Union Unlike Any Other: Obergefell and the Doctrine of Marital Superiority*, „Georgetown Law Journal” 2016, nr 104, s. 125.

⁶¹ C. Huntington, *Obergefell’s Conservatism: Reifying Familiar Fronts*, „Fordham Law Review” 2016, nr 84, s. 23–51.

tami mniejszej stabilności takowych związków, stygmatyzuje wychowującą się w nich progeniturę oraz powoduje namacalne psychologiczne koszty (na przykład trudności z samoakceptacją)⁶².

4. Wykluczenie możliwości zawierania małżeństwa przez osoby tej samej płci narusza także konstytucyjną klauzulę równej opieki prawnej. O ile rzeczona regulacja nie wymusza oczywiście absolutnie identycznego traktowania wszystkich osób bez względu na ich zróżnicowany status społeczny, ekonomiczny, polityczny itp., o tyle ewentualne różnicowanie musi mieć silne i konstytucyjnie usprawiedliwione uzasadnienie. Moralne potępienie określonego zachowania przez część zbiorowości — przy nieobecności innych argumentów — nie konstytuuje samo w sobie dostatecznej podstawy do wprowadzania dyskryminacji jednostek angażujących się w te działania. Należy zgodzić się z Edwardem Steinem, że niewypowiedzianym *expressis verbis* założeniem wyroku jest uznawanie orientacji seksualnej za niezmienny aspekt indywidualnej tożsamości i osobowości, co w przekonaniu Sądu upodabnia klasyfikowanie ludzi w zakresie ich praw i obowiązków na podstawie tego czynnika do dyskryminacji ze względu na płeć, rasę czy też pochodzenie etniczne⁶³. Ostatecznie tedy zakwestionowany przez Sąd Najwyższy zakaz ma arbitralny charakter i stanowi wyraz nieuzasadnionego konstytucyjnie upokarzania, odmowy równego traktowania i braku szacunku państwa wobec określonej grupy obywateli.

Niezależnie od konkretnych argumentów przywołanych przez SN w orzeczeniu oraz ich ściśle prawnej oceny warto w konkluzji zauważyć, że wyrok pełni równocześnie doniosłą funkcję ekspresyjną, oktrojując generalny obowiązek poszanowania przez państwo wolności indywidualnej osób o orientacji homoseksualnej oraz wymóg ich równego traktowania⁶⁴.

Zakończenie

Orzecznictwo Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w analizowanych kwestiach daje interesujący asumpt do sformułowania pewnych generalnych konkluzji. Po pierwsze, zdecydowanie falsyfikuje pozytywistyczny paradygmat

⁶² Za zdecydowanie przesadzone uważam stanowisko Catherine Smith, której zdaniem analizowany wyrok jest emanacją ściśle paternalistycznej logiki, sprowadzającej dzieci wychowywane przez związki osób tej samej płci do roli przedmiotu ochrony prawnej, a nie podmiotu odrębnego roszczenia do równego traktowania w zestawieniu z dziećmi wychowywanymi w ramach małżeństw heteroseksualnych, por. C. Smith, *Obergefell's Missed Opportunity*, „Law and Contemporary Problems” 2016, nr 79, s. 227. Podkreślenie konieczności ochrony „słabszych” członków społeczności, jakimi bez wątpienia są osoby niepełnoletnie, nie może być, przynajmniej w moim przekonaniu, w prosty sposób utożsamiane z przedmiotowym ich traktowaniem.

⁶³ E. Stein, P. Marriage, *Group Marriage and Immutability in Obergefell v. Hodges and Beyond*, „University of Missouri at Kansas City Law Review” 2016, nr 84, s. 887 n.

⁶⁴ K.C. Velte, *Obergefell's Expressive Promise*, „Harvard Law Review: Off the Record” 2016, nr 6, s. 158–161.

pojmowania procesu wykładni prawa, zgodnie z którym aktywność ta jest zalgorytmizowanym zespołem działań interpretacyjnych, prowadzących — przy zachowaniu formalnej poprawności — do jednej i obiektywnie słusznej konkluzji. Wykładnia staje się tedy w tym ujęciu czynnością stricte poznawczą, polegającą na zdekodowaniu „znaczenia interpretowanego tekstu na podstawie ścisłych, uporządkowanych reguł”⁶⁵. O ile wśród teoretyków prawa raczej powszechnie wydaje się dzisiaj przekonanie o daleko idącej naiwności pozytywistycznych poglądów w kwestii wykładni, o tyle w szerszych kręgach prawniczych przekonanie o technicznym i eksperckim charakterze owego procesu — także na poziomie konstytucyjnym — ciągle cieszy się pewną popularnością. Tymczasem jak pokazuje radykalna transformacja judykatury SN USA w przedmiotowej materii, aktywność sądów konstytucyjnych często ma charakter polityczny (w arystotelesowskim rozumieniu pojęcia), czego nie należy oczywiście mylić z zaangażowaniem sądów w bieżącą rywalizację pomiędzy stronnictwami politycznymi ani traktować jako wystarczającego usprawiedliwienia do ograniczania ustrojowej pozycji takich trybunałów. Po drugie, dokonana analiza wyroków SN wydaje się wyraźnie pokazywać, że orzecznictwo sądów konstytucyjnych jest w istotnym stopniu warunkowane nie tylko formalnodogmatycznymi rozumowaniami, ale też układem sił społecznych, stanowiskiem opinii publicznej, przekonaniem kulturowymi itp. W moim przekonaniu wydanie przez Sąd Najwyższy rozstrzygnięcia konstytucjonalizującego małżeństwa osób tej samej płci było niemożliwe w latach osiemdziesiątych XX wieku, analogicznie jednak niemożliwe było udzielenia przez SN zgody na kryminalizację aktywności homoseksualnej w drugiej dekadzie XXI wieku. Takie hipotetyczne rozstrzygnięcia rozmijałyby się w sposób zbyt drastyczny z dominującymi wówczas nastrojami społecznymi. Inaczej mówiąc, ewolucja orzecznicza przebiegała tutaj paralelnie ze zmianami społecznymi (być może wyprzedzając je o kilka kroków). Generalne klauzule konstytucyjne pozwalają zatem na inkluzję do porządku normatywnego kryteriów pozaprawnych, wyraźnie zwiększając „jednocześnie stopień odbicia rzeczywistości społeczno-gospodarczej w ramach obowiązującego prawa”⁶⁶. Po trzecie, warto przywołać słynne słowa niemieckiego filozofa prawa Rudolfa von Iheringa, którego zdaniem celem prawa jest pokój. Środkiem służącym osiągnięciu tego celu jest wojna. Tak długo, jak prawo będzie zmuszone pozostawać w gotowości do toczenia zmagania z bezprawiem — a będzie do tego zmuszone do końca świata — nie będzie mogło zrezygnować z wojny. Życiem prawa jest walka — zmaganie się narodów, zmaganie się państw, zmaganie się klas, zmaganie się jednostek. Wszystkie prawa tego świata powstały w rezultacie konfliktu. Każda realnie istniejąca zasada prawa musiała być najpierw wydobyta siłą od tych, którzy się jej przeciwstawiali, a każde uprawnienie podmiotowe — prawa całych narodów, jak również i prawa indywidualne — zakłada nieustanną gotowość do jego egzekwowania i obrony. Prawo nie jest tylko teorią, ale żywotną siłą [...]

⁶⁵ S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997, s. 51–52.

⁶⁶ P. Borsowski, *Określenia nieostre i klauzule generalne w prawie podatkowym*, Warszawa 2017, s. 72.

Prawo to permanentny wysiłek nie tylko po stronie władzy państwowej, ale także całego ludu. Całe życie prawa [...] wciąż przedstawia nam ten sam spektakl ciągłych dążeń i pracy całego narodu⁶⁷.

Decyzje orzecznicze Sądu Najwyższego USA w analizowanych w artykule kwestiach jednoznacznie potwierdzają aktualność refleksji Iheringa. Walka o pożądaną kształt regulacji prawnych lub też o legalne uznanie określonych jednostkowych bądź grupowych uprawnień/roszczeń nie toczy się wyłącznie (i nie przede wszystkim) na płaszczyźnie raczej ezoterycznej argumentacji jurydycznej, ale odbywa się przede wszystkim na poziomie kultury, polityki czy moralności społecznej. Triumf na tym ostatnim obszarze stanowi zwykle gwarancję sukcesu w pozornie czysto prawnych sporach.

Between criminalization of homosexual activity and constitutionalization of same-sex marriage — some remarks on the role of the Supreme Court in the United States

Summary

The Supreme Court of the United States performs a crucial function in the American political system; its jurisprudence significantly impacts the legal, political, social and economic reality in the United States. One of the most important and contentious points in the legal and axiological discourse in the United States for the past three decades has been the question of the constitutional right/claim of homosexuals to equal treatment and equal protection of laws. The three landmark cases regarding this issue, i.e. *Bowers v. Hardwick* (the legitimization of the penalization of consensual sexual activity with respect to homosexuals), *Lawrence v. Texas* (the abolition of the previous decision) and *Obergefell v. Hodges* (the constitutionalization of the right to same-sex marriages), allow us to formulate three general conclusions with respect to constitutional jurisprudence, not just in the United States but likely in all Western democracies. One, the paradigm of legal positivism is completely irrelevant in constitutional adjudication. Two, decisions of constitutional courts are tangibly influenced by (or to some extent even reflect) social, cultural, political factors and are not made in a lawyerly ivory tower. Three, Rudolf von Ihering was correct: every law is a result of struggle

Bibliografia

- Bailey M.A., Maltzman F., *The Constrained Court: Law, Politics, and the Decisions Justices Make*, Princeton 2011.
- Ball H., *The Supreme Court in the Intimate Lives of Americans: Birth, Sex, Marriage, Childrearing, and Death*, Nowy Jork 2002.
- Baum L., *The Supreme Court*, Waszyngton 1989.
- Berlin I., *Dwie koncepcje wolności*, [w:] *idem, Cztery eseje o wolności*, Poznań 2000.
- Borszowski P., *Określenia nieostre i klauzule generalne w prawie podatkowym*, Warszawa 2017.

⁶⁷ R. von. Ihering, *The Struggle for Law*, Chicago 1915, s. 1–2.

- Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986).
- Boy Scouts of America v. Dale*, 530 U. S. 640 (2000).
- Brandenburg v. Ohio*, 395 U. S. 444 (1969).
- Calhoun E.M., *Losing Twice; Harms of Indifference in the Supreme Court*, Nowy Jork 2011.
- Carpenter L., Cohen D.S., *A Union Unlike Any Other: Obergefell and the Doctrine of Marital Superiority*, „Georgetown Law Journal” 104, 2016.
- Cortner R.C., *The Supreme Court and Civil Liberties Policy*, Palo Alto 1975.
- Dworkin R., *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998.
- Eisenstadt v. Baird*, 405 U. S. 438 (1972).
- Eisgruber Ch.L., *The Next Justice: Repairing the Supreme Court Appointments Process*, Princeton 2007.
- Everson v. Board of Education*, 330 U. S. 1 (1947).
- Funston R., *A Vital National Seminar: The Supreme Court in American Political Life*, Palo Alto 1978.
- Garry P. M., *Limited Government and the Bill of Rights*, Columbia 2012.
- Goldhaber M.D., *A People's History of the European Court of Human Rights*, Nowy Brunzwik 2007.
- Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965).
- Hamilton A., Madison J., Jay J., *The Federalist Papers*, ed. by C. Rossiter, Nowy Jork 1961.
- Hollingsworth v. Perry*, 570 U. S. _ (2013).
- Huntington C., *Obergefell's Conservatism: Reifying Familiar Fronts*, „Fordham Law Review” 84, 2016.
- Hyneman Ch.S., *The Supreme Court on Trial*, Nowy Jork 1963.
- Hurley v. Irish American Gay, Lesbian, & Bisexual Group of Boston*, 515 U. S. 557 (1995).
- Ihering R. von, *The Struggle for Law*, Chicago 1915.
- Lane F.S., *The Court and the Cross: The Religious Right's Crusade to Reshape the Supreme Court*, Boston 2008.
- Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558 (2003).
- Lazarus E., *Closed Chambers: The Rise, Fall, and Future of the Modern Supreme Court*, Nowy Jork 1999.
- Lively D.E., *Foreshadows of the Law: Supreme Court Dissents and Constitutional Development*, Westport 1992.
- Lochner v. New York*, 198 U. S. 45 (1905).
- Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1 (1967).
- Miller A.S., *The Supreme Court: Myth and Reality*, Westport 1978.
- Mishkin v. New York*, 383 U. S. 502 (1966).
- Murdoch J., Price D., *Courting Justice: Gay Men and Lesbians v. the Supreme Court*, Nowy Jork 2001.
- Nowak J.E., Rotunda R. D., Nelson Young J., *Constitutional Law*, St. Paul 1983.
- Obergefell v. Hodges*, 576 U. S. _ (2015).
- O' Brien D.M., *Storm Center: The Supreme Court in American Politics*, Nowy Jork 2000.
- One, Inc v. Olesen*, 355 U. S. 371 (1958).
- Perry M.J., *We The People: The Fourteenth Amendment and the Supreme Court*, Nowy Jork 1999.
- Powe L.A. Jr., *The Warren Court and American Politics*, Cambridge 2000.
- Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U. S. 265 (1978).
- Rosen J., *The Most Democratic Branch: How the Courts Serve America*, Nowy Jork 2006.
- Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973).
- Romer v. Evans*, 517 U. S. 620 (1996).
- Smith C., *Obergefell's Missed Opportunity*, „Law and Contemporary Problems” 79, 2016.

- Stanley v. Georgia*, 394 U. S. 557 (1969).
- Stein E., *Plural Marriage, Group Marriage and Immutability in Obergefell v. Hodges and Beyond*, „University of Missouri at Kansas City Law Review” 84, 2016.
- Stein M., *Sexual Injustice: Supreme Court Decisions from Griswold to Roe*, Chapel Hill 2010.
- Stern S., Wermiel S., *Justice Brennan: Liberal Champion*, Boston 2010.
- Sunstein C.R., *One Case at a Time: The Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge 2001.
- Tocqueville A. de, *O demokracji w Ameryce*, t. 1, Kraków 1996.
- United States v. Carolene Products Co.*, 304 U. S. 144 (1938).
- United States v. Windsor*, 570 U. S. _ (2013).
- Whittington K.E., *Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U. S. History*, Princeton 2007.
- Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii prawa*, Poznań 1997.
- Velte K. C., *Obergefell’s Expressive Promise*, „Harvard Law Review: Off the Record” 6, 2016.
- Vieira N., Gross L., *Supreme Court Appointments: Judge Bork and the Politicization of Senate Confirmations*, Carbondale 1998.
- Yackle L., *Regulatory Rights: Supreme Court Activism, the Public Interest, and the Making of Constitutional Law*, Chicago 2007.
- Yarbrough T.E., *David Hackett Souter: Traditional Republican on the Rehnquist Court*, Nowy Jork 2005.
- Yoshino K., *A New Birth of Freedom? Obergefell v. Hodges*, „Harvard Law Review” 129, 2016.
- Young E.A., *Judicial Activism and Conservative Politics*, „Colorado Law Review” 73, 2002.