

Sądowa instytucjonalizacja małżeństwa osób tej samej płci w Stanach Zjednoczonych



Ks. Franciszek Longchamps de Bérier

Profesor nauk prawnych, kierownik Katedry Prawa Rzymskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, członek Zespołu ekspertów ds. bioetycznych Konferencji Episkopatu Polski i prezydium Komitetu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk.

Judicial Institutionalizing of Same-Sex Marriage in the United States

The paper reviews the cohesion of argumentation of the majority in Obergefell v. Hodges and the accepting critique from outside the bench. It tends to address democracy and federal issues in deciding by the Supreme Court in a matter of public legislative debate all over the states, as under common law jurisdictions 'judges have power to say what the law is, not what it should be.' Indeed, the true questions are what constitutes marriage, and who is to decide what constitutes marriage? Who then is entitled to confer the constellation of benefits that the states have linked to marriage?

„Ich nadzieja to nie być skazanym na życie w samotności, odepchniętym od jednej z najstarszych instytucji w cywilizacji. Proszę o równą godność w obliczu prawa. Konstytucja przyznaje im to uprawnienie”. Tak Anthony Kennedy zakończył opinię Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w głośnej sprawie *Obergefell v. Hodges*¹. Postanowiono zdecydo-

wać w dwóch kwestiach. Po pierwsze, czy XIV poprawka do Konstytucji USA wymaga, aby każdy stan pozwalał na małżeństwo między dwiema osobami tej samej płci i był zmuszony rejestrować taki związek w aktach stanu cywilnego? Po drugie, czy ten sam przepis wymaga uznawania przez każdy stan małżeństwa jednopłciowego gdzie indziej zawartego? Zdaniem prezesa Sądu Najwyższego Johna Robertsa rzeczywiste pytanie było inne: „co konstytuuje »małżeństwo« albo precyzyjnie – kto decy-

1 *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584, 2593 (2015). Wspomniał o niej na łamach „Forum Prawniczego” G. Maroń, *Publiczna krytyka homoseksualizmu jako realizacja konstytucyjnej wolności słowa w świetle orzecznictwa*

sądów USA, „Forum Prawnicze” 2015, nr 6, s. 52.

duje o tym, co konstytuuje »małżeństwo«?² I rzeczywiście chodziło o kwestię ogólniejszą, cywilizacyjną, o ogromnym od lat znaczeniu politycznym w USA: czy prawo powinno jako małżeństwo instytucjonalizować związek osób tej samej płci? Za pozytywną odpowiedź opowiadano się od wielu lat z powołaniem na prawa człowieka, a sytuację sprzed wyroku opisywano nie bez emocji jako „rzeczywiste i codzienne ludzkie cierpienie wywołane *status quo*”³. Do 26 czerwca 2015 roku, kiedy wydano wyrok, odpowiadając pozytywnie na oba pytania o XIV poprawkę, 36 stanów, a także

twie sądów federalnych. Apelacyjne okręgi czwarty, siódmy, dziewiąty i dziesiąty uznały stanowe zakazy małżeństw jedнопłciowych za niezgodne z konstytucją USA. Inaczej okręg szósty, który ocenił takie same prawne rozwiązanie za konstytucyjne. W konsekwencji leżące w jego apelacji stany Ohio, Tennessee, Michigan i Kentucky nie miały obowiązku licencjonowania małżeństw osób jednej płci ani tychże uznawania, jeśli zostały zawarte w innej jurysdykcji. Sąd Najwyższy postanowił przyjąć i rozpatrzyć odwołanie dwunastu jedнопłciowych par oraz dwóch osób samotnych.



Co konstytuuje małżeństwo albo precyzyjniej – kto decyduje o tym, co konstytuuje małżeństwo?

Dystrykt Kolumbia oraz Terytorium Guamu w pełni instytucjonalizowały małżeństwa między dwiema osobami tej samej płci. Natomiast z pozostałych części składowych federacji – niektóre stany twardo zakazywały, inne dopuszczały w pewnym zakresie lub w różnych okresach. We wszystkich jurysdykcjach toczyła się poważna i gorąca debata społeczna oraz polityczna nad prawnym zrównaniem takich związków z małżeństwami.

Określenia *Obergefell v. Hodges* używamy na wyrok w czterech połączonych sprawach, ale tak nazywała się tylko pierwsza z nich – ta z Ohio. Pozostałe, skonsolidowane z nią, pochodziły z Tennessee, Michigan i Kentucky – odpowiednio: *Tanco v. Haslam*, *DeBoer v. Snyder* oraz *Bourke v. Beshear*⁴. Wymienione stany – a wszystkie leżą w okręgu szóstej apelacji – definiowały małżeństwo jako związek jednego mężczyzny i jednej kobiety. Bezpośrednim powodem zajęcia się definicją przez SN USA stał się rozdźwięk w orzecznic-

Na początku uzasadnienia wyroku sędzieja A. Kennedy zaznaczył, że Sąd jest w pełni świadom argumentacji uczestników procesu, którzy reprezentują władze stanowe i kwestionują sensowność apelacji. Ich przekonanie wynika z dotychczasowej historii jednej z najstarszych cywilizacyjnie instytucji świata. Małżeństwo to związek dwojga osób płci przeciwnych. Zdaniem Sądu historia się tu zaczyna, ale tylko w przekonaniu reprezentantów stanowych na tym się kończy. Uważają, że uderzy w ponadczasową instytucję i umniejszy ją rozszerzenie na dwie osoby tej samej płci. Małżeństwo postrzegają jako będący ze swej natury zróżnicowanym pod względem płci związek mężczyzny i kobiety.

Do tego momentu wywód pozostaje spójny i jednoznaczny. Bez zarzutu nie tylko dla tych, którzy dzielają wyłożony punkt widzenia. Dalsze wywoły A. Kennedy’ego wywołały szeroką krytykę i liczne kontrowersje. W polskiej literaturze zauważono na przykład, że „zasadnicza argumentacja sędziego Kennedy’ego jest obciążona błędem *petitio principii*. Argumentacja ta opiera się na identyfikacji przesłanek uznania małżeństwa za wartość konstytucyjną, uznania podstawowego charakteru prawa do zawarcia małżeństwa oraz na stwierdzeniu, że nie ma uzasadnienia dla wykluczenia z zakresu tej wartości czy prawa par osób jednej płci. Jej założeniem jest aprioryczne

2 *Obergefell...*, s. 2612 (Roberts, C.J., *dissenting*).

3 L.M. Seidman, *The Triumph of Gay Marriage and the Failure of Constitutional Law*, „The Supreme Court Review” 2015, nr 4, s. 145.

4 *Tanco v. Haslam*, 7 F. Supp. 3d 759 (MD Tenn. 2014); *DeBoer v. Snyder*, 772 F. 3d 388 (CA6 2014); *Bourke v. Beshear*, 996 F. Supp. 2d 542 (WD Ky. 2014).

przyjęcie, że różnica płci nupturientów jest nieistotną cechą w odniesieniu do instytucji małżeństwa⁵. Wbrew pozorom najsilniejsza krytyka uzasadnienia, które ten sędzia napisał, pojawiła się wcale nie po stronie przeciwników czerwcowego rozstrzygnięcia w *Loonie Sądu*. Ich przekonania brzmią mocno w czterech zdaniach odrębnych. Jednak niezadowolonia, wręcz rozczarowania nie ukrywają zwolennicy wyniku, jaki przyniosły głosy pięciu sędziów tworzących większość w sprawie *Obergefell*.

W tym miejscu trudno powstrzymać się przed kilkoma obserwacjami. Wynik odbił się szerokim echem w prasie, w ogóle w mediach i całej opinii społecznej. Dopuszczalność aborcji, modlitwy w szkole publicznej i właśnie instytucjonalizacji związków osób tej samej płci na równi z małżeństwem stanowiły od kilku ładnych dziesięcioleci kluczowe tematy ogólnonarodowego sporu politycznego. Należało więc się spodziewać, że wyrok z 2015 roku spotka się z przytłaczającym rozmiarami i zniechęcającą liczbą stron ciągiem artykułów naukowych w wiodących czasopismach prawniczych USA. Tymczasem powstały nieliczne prace, głównie wyrażające aprobatę, dlatego dobrze, że przynajmniej czterech sędziów solidnie umotywowowało dezaprobatę dla rozstrzygnięcia. Przy okazji warto docenić system amerykański, w którym niezachwiana pozycja mianowanego dożywotnio sędziego daje mu z jednej strony bezpieczną swobodę wyłożenia własnych racji, z drugiej zmusza do zajęcia stanowiska. Szkoda, że mimo wielu ostatnio reform nie wprowadzono w naszym Trybunale Konstytucyjnym obowiązku informowania imiennie o wyniku głosowania oraz podpisania się przez każdego sędziego pod zdaniem sądu, przyłączenia się do cudzej opinii, napisania własnego zdania zbieżnego albo odrębnego. Mamy prawo, po pierwsze, znać wykładnię w podstawowych sporach prawnych każdego z najważniejszych sędziów w kraju; po drugie, liczymy na wzbogacenie debaty prawniczej.

Zdaniem Sądu przekonanie, że małżeństwo to związek jednego mężczyzny z jedną kobietą długo podzielali racjonalnie myślący ludzie w Stanach Zjednoczonych i na całym świecie. Jednak ani dla apelujących par, ani

dla Sądu historia nie kończy się na tradycyjnym rozumieniu małżeństwa, choć nikt z nich nie deklaruje dezawuowania ani dewaluowania instytucji małżeństwa. Aspiracje wynikają raczej z docenienia jej trwałego znaczenia i doniosłej roli społecznej. „Apelujący pragną [małżeństwa] dla siebie z uwagi na szacunek – i potrzebę przywilejów, które daje, oraz odpowiedzialności, którą za sobą pociąga. A ich niezmienna natura dyktuje, że jedнопłciowe małżeństwo jest ich jedyną realną drogą tak głębokiego zaangażowania⁶”. Oczekiwania zostały wsparte przykładami konkretnych trudności, jakie napotykają zainteresowani. Osoba poślubiona w jednym stanie nie mogła figurować jako współmałżonek zmarłego – w akcie zgonu, który wystawiał stan, gdzie nie dopuszcza się małżeństwa jedнопłciowego. Każda z dwóch pielęgniarek urodziła albo adoptowała dziecko, a całą trójkę wspólnie wychowywały, choć w szkole lub w szpitalu każde z dzieci miało, formalnie rzecz biorąc, tylko jednego prawnego opiekuna. Żołnierz po powrocie z misji w Afganistanie do stanu Tennessee był uważany za obcego wobec mężczyzny, którego wcześniej poślubił w stanie Nowy Jork. Tam też pobrały się dwie panie profesor weterynarii. Po roku życia w rozłące znalazły pracę w Uniwersytecie Tennessee. Kupiły wspólnie dom w okolicy, ale nie mogły być objęte tym samym rodzinnym programem ubezpieczeniowym. Gdy zaś jedna z nich urodziła po sztucznym zapłodnieniu, dziecko pozostawało obcą osobą wobec drugiej. Podnoszono tu brak zabezpieczenia socjalnego, obawy o środowisko wychowania i strach przed stygmatyzacją dziecka jako mniej godnego niż rówieśnicy pochodzący z małżeństwa mężczyzny i kobiety⁷.

Praca każdego prawnika, a sędziego w szczególności, polega na interpretacji. W stosowaniu, ale też w tworzeniu prawa nie chodzi tylko o podnoszone argumenty. Żłudna i niepraktyczna okazuje się fascynacja podjętą decyzją jako taką, czyli korzystaniem z władzy, jej aktualizacją w danym rozstrzygnięciu. Pytanie o trwałość wypracowanych rozwiązań może być wrażliwym na historię. Dzieje prawa przynoszą aż

6 *Obergefell*..., s. 2594.

7 Trzy stany faktyczne przedstawiono w *Obergefell*..., s. 2598–2599, czwarty można poznać z wyroku pierwszej instancji, *Tanco v. Haslam*, 7 F. Supp. 3d 759 (MD Tenn. 2014).

5 P. Łącki, *Konstytucja a małżeństwo. Prawa podstawowe a demokracja*, „Przegląd Sejmowy” 2016, nr 1, s. 174.

za dużo przykładów na to, jak szybko karta potrafi się odwrócić. Prawo bowiem jest wynikiem procesu, co rzuca się w oczy w prawie rzymskim i anglosaskim, gdzie efekty rozwiązań materialnoprawnych są bezpośrednio zależne od postępowań sądowych. Jednak i w prawie kontynentalnym realizm każe stale mieć na względzie orzecznictwo oraz specyfikę i potencjalną rolę procedur.

Skoro obowiązujące prawo jest wynikiem procesu, odzwierciedleniem przekonań, skutkiem przemian czy rozwoju, oddziaływania rozmaitych czynników społecznych, politycznych lub gospodarczych, w szczególności wyrok nie stanowi tylko wyniku postępowania w danej sprawie. Lokuje się w szerokim kontekście procesu interpretacji, argumentacji oraz podejmowania decyzji. W przypadku Sądu Najwyższego są to decyzje ostateczne – przynajmniej na moment ich wydawania. Wszelako nawet dla *common law*, o czym przypomniał w zdaniu odrębnym prezes J. Roberts, podstawowym wyznacznikiem ustrojowego odróżnienia sądu od prawodawcy jest, że „pod rządami konstytucji sędziowie mają władzę powiedzenia, co jest prawem, ale nie co nim być powinno”⁸. Tak tedy spójność orzeczenia czy raczej jego uzasadnienia oraz całej linii orzecznictwa wydaje się ważnym postulatem i wskazówką interpretacyjną. Należy przyjrzeć się wyrokowi w *Obergefell* jako wynikowi szerszego procesu. A lektura całego dokumentu, który wyszedł 26 czerwca 2015 roku z Sądu Najwyższego USA, czyli orzeczenia oraz czterech zdań odrębnych sugeruje, że przygotowano dwa odmienne uzasadnienia dla dwóch dramatycznie różnych rozstrzygnięć. Jedno ze zdań odrębnych – to przygotowane przez prezesa – brzmi również jak opinia większości, tyle że nie zebrało wystarczającej liczby głosów.

Wynik głosowania zdecydował, który tekst stał się wyrokiem. Często się zdarza, że projekt innego rozstrzygnięcia staje się sążnistym zdaniem odrębnym. Stosunek głosów pięć do czterech jest oczywiście tak samo autorytatywny jak każda inna większość. Nie wiele daje ekscytowanie się spostrzeżeniem, że „zdecydował jeden sędzia”. Każdy z piątki jest tymże jednym. Tym z dziewiątki sędziów, który jako jedyny był zdolny podpisać się pod każdym z dwóch prze-

ciwnych rozstrzygnięć, wydawał się A. Kennedy – zwłaszcza wobec widocznej polaryzacji w sprawach obyczajowych między sędziami mianowanymi przez demokratycznych (tych z czerwka) albo republikańskich prezydentów. Dawno zwrócić trzeba się było przyzwyczaić, że wyroki zależą od stanowiska republikańskiej większości i ewentualnie jej wewnętrznych podziałów. Szansa na zmianę pojawiłaby się ze zwycięstwem Hillary Clinton w wyborach prezydenckich 2016 roku. Ich wynik zdecydował, że opisana sytuacja będzie się utrzymywała. Wszelako w przełomowych sprawach, które dotyczyły relacji między osobami tej samej płci, *Lawrence v. Texas*⁹ oraz *United States v. Windsor*¹⁰, a przeważał pogląd liberałów, opinię pisywał A. Kennedy. Pierwsza zapadła stosunkiem głosów 6:3, druga już tylko 5:4. Teraz jak w sprawie *Windsor*, żaden z sędziów większości nie dołączył zdania zbieżnego – pewnie dlatego, żeby nie osłabiać argumentacji wyroku. Pozostała do omówienia lub doprecyzowania przez literaturę naukową. Widoczne niespójności rozumowania pozwalają dostrzec w nim potencjał rozwoju linii orzecznictwa w stronę krytycznych, ale aprobujących głosów w komentarzach prawniczych. Zresztą zdanie pozostałej czwórki tworzącej większość wydawało się – jeszcze przed ogłoszeniem wyroku – jednoznacznie aprobujące dla ogłoszenia małżeństw stałego związku dwóch osób tej samej płci¹¹. W takich sytuacjach *plurality* jest często gotowa przystać na propozycje piątego sędziego, które nieco tępią oczekiwane przez nią ostrze wyroku, ale zapewniają większość i przekucie ich poglądów w obowiązujące prawo. Wszystko tedy każe podejrzewać, że treść orzeczenia *Obergefell* w znacznej mierze jest autorska. Problemem pozostaje klarowność i siła przekonywania w przedstawieniu przez A. Kennedy’ego wyniku

9 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

10 *United States v. Windsor*, 133 S.Ct. 2675 (2013).

11 Por. np. S. Frizell, *Here’s What 5 Supreme Court Justices Have Said About Gay Marriage*, „Time” 17.01.2015, <http://time.com/3672426/supreme-court-gay-marriage-justices/> (dostęp 10.02.2017); M. Dowd, *Presiding at Same-Sex Wedding, Ruth Bader Ginsburg Emphasizes the Word ‘Constitution’*, „New York Times” 18.05.2015, <https://www.nytimes.com/politics/first-draft/2015/05/18/presiding-at-same-sex-wedding-ruth-bader-ginsburg-emphasizes-a-key-word/> (dostęp 10.02.2017). Por. P. Łącki, *Konstytucja...*, s. 180–181.

8 *Obergefell...*, s. 2611 (Roberts, C.J., *dissenting*).

głosowania, które ustaliło krótkie odpowiedzi na dwa postawione pytania: tak – XIV poprawka wymaga, aby każdy stan pozwalał na małżeństwo między dwiema osobami tej samej płci; tak – ten przepis każe uznawać małżeństwa jedнопłciowe zawarte w innym stanie.

winy one znaleźć pełne i konsekwentne odzwierciedlenie w wyroku. Jego brzmienie winno być przekonujące i silne prawniczo. Nie wolno przeskoczyć żadnego etapu ani elementu wyводу. Cel szczytny i oczywisty, rozstrzygnięcie sprawiedliwe i pożądane



Pod rządami konstytucji sędziowie mają władzę powiedzenia, co jest prawem, ale nie co nim być powinno.

Oczekiwanie spójności uzasadnienia zawartego w wyroku zdaje się być racjonalne i wsparte praktyką Sądu Najwyższego. Dziesięć lat przed wyrokiem *Obergefell* tego samego dnia wydano dwa orzeczenia co do eksponowania Dziesięciu Przykazań na publicznym gruncie. Raz zdecydowano na tak¹², raz na nie¹³. Zawsze stosunkiem głosów 5:4, gdzie decydująca okazywała się postawa sędziego Stephen’a Breyera. Nieodżałowany Antonin Scalia pisał wówczas w zdaniu odrębnym: „Tym, co odróżnia rządy prawa od dyktatury zmieniającej się większości Sądu Najwyższego jest absolutnie konieczne wymaganie, aby opinie sędziowskie opierały się na spójnie stosowanej zasadzie. Oto co chroni sędziów przed rozstrzygnięciem dziś w ten sposób, jutro w tamten – kciuki w górę albo kciuki w dół – jak dyktują ich osobiste preferencje”¹⁴. I nie wystarczy wskazanie tej zasady albo zasad. Po-

nie mogą zostać słabo uzasadnione, choćby wszyscy sędziowie – całą dziewiątką zgadzali się ze sobą bez zastrzeżeń. I wówczas bowiem nie ma miejsca na grę słów czy precedensów. Wszystko w imię trwałości orzeczenia, które powinno mieć potencjał utrzymania się przez dziesięciolecia. Jeśli zatem wyrok zapada stosunkiem głosów pięć do czterech, tym bardziej trzeba w orzeczeniu zadbać o maksymalne osłabienie spodziewanej rzeczowej krytyki.

Ciekawy jej przykład dała Melissa Murray¹⁵, którą bardziej niż małżeństwa osób przeciwnych czy tej samej płci interesowała prawna sytuacja konkubinatu w postaci związków cywilnych lub różnych form partnerstwa domowego. Ucieszyła ją oczywiście sądowa instytucjonalizacja małżeństw jedнопłciowych, ale doszło do niej kosztem innych związków. W jej przekonaniu w wyroku *Obergefell* uprawia się kult małżeństwa w celu demokratyzacji dostępu do tej instytucji, ale w konsekwencji wyklucza się „obietnicę większej ochrony konstytucyjnej nie-małżeństwa, którą dało orzeczenie *Lawrence*”¹⁶. Jeśli bowiem Sąd Najwyższy mówi teraz, że małżeństwo jest najgłębszą, najdostojniejszą i podstawową instytucją, w jaką kiedykolwiek mogą wstąpić jednostki, czyni to, aby argumentować za równym prawem do pobrania się przez osoby, które chcą tworzyć taką instytucję z osobą tej samej płci. Tym samym jednak dochodzi do

12 *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677 (2005).

13 *McCreary County, Kentucky v. American Civil Liberties Union*, 545 U.S. 844 (2005).

14 Tamże, s. 890–891 (Scalia, J., *dissenting*). Mówił to bardzo osobiście w Warszawie: „Z pewnością oczywiste jest, że nic, czego nauczyłem się na zajęciach z prawa na Harvardzie, żadne z doświadczeń, jakie nabyłem praktykując prawo, nie kwalifikuje mnie do decydowania, czy powinno być (a zatem czy istnieje) fundamentalne prawo do aborcji czy wspomaganego samobójstwa”. A. Scalia, *Mullahs of the West: Judges as Moral Arbiters* – Mullowie Zachodu: Sędziowie jako arbitrzy moralni, przeł. A. Legutko-Dybowska, Warszawa 2009, s. 34, <https://www.rpo.gov.pl/pliki/12537879280.pdf> (dostęp 9.02.2017).

15 M. Murray, *Obergefell v. Hodges and Nonmarriage Inequality*, „California Law Review” 2016, nr 104, s. 1207–1258.

16 Tamże, s. 1212.

oceny życia poza małżeństwem „jako pozbawionego dostojności, mniej głębokiego i mniej wartościowego. Uzasadnienie równości małżeńskiej opiera się – bodaj ironicznie – na fundamentalnej nierówności innych relacji i form powiązań rodzinnych”¹⁷. Zbytnie wychwalanie małżeństwa w konsekwencji odrzuca życie poza małżeństwem jako gorszej klasy i mniej wartościowe.

Powróćmy do wskazówek interpretacyjnych. W uzasadnieniu jednomyślnej decyzji *Washington v. Glucksberg* z 1997 roku¹⁸ prezes William Rehnquist poczynił uwagi natury ogólnej. Z powołaniem całej linii orzecznictwa wskazał, po pierwsze, że klauzula prawidłowego wymiaru sprawiedliwości (*due process of law*) z XIV poprawki chroni te podstawowe prawa i wolności, które są obiektywnie głęboko zakorzenione w narodowej historii i tradycji oraz obecne w sposób dorozumiany w koncepcji danej wolności. Po drugie, w sprawach dotyczących sprawiedliwego procesu, to jest prawidłowego wymiaru sprawiedliwości w aspekcie materialnym (*substantive due process*), Sąd Najwyższy wymaga dokładnej charakterystyki interesów danej podstawowej wolności. „Historia naszego Narodu, tradycje prawne i praktyka dostarczają zatem kluczowych wskazań dla odpowiedzialnego podejmowania decyzji”¹⁹. W istocie najwyższy organ sądowy USA wielokrotnie wskazywał w XX wieku, a można powiedzieć, że nawet odkrywał prawa, których istnienia dotąd nie uznawano. Podstawę prawną daje tu IX poprawka: „Wymienienie w konstytucji określonych praw nie oznacza zniesienia lub ograniczenia innych praw przysługujących ludowi”²⁰. Tak tedy na podstawie klauzuli prawidłowego wymiaru sprawiedliwości XIV poprawki wyinterpretowano prawo do wychowania dzieci i kierowania ich edukacją²¹, prawo do zachowania integralności cielesnej²², prawo

do aborcji²³ czy prawo do intymności seksualnej²⁴. Na podstawie klauzuli równej ochrony (*equal protection*) z XIV poprawki wskazano prawo do prokreacji²⁵, zaś na podstawie obu klauzul prawo do antykoncepcji²⁶ oraz prawo do małżeństwa²⁷. Ładnie ujął to Kenji Yoshino: „doszukiwanie się nowych wolności zawsze było i zawsze pozostanie raczej sztuką niż nauką. Po *Obergefell* to jest po prostu znacznie bardziej sztuką”²⁸. Zaraz też dodał dla skomentowania przyjętej przez większość metody: „Wyrok *Obergefell* wycofał się z wielu ograniczeń analizy opartej na klauzuli prawidłowego wymiaru sprawiedliwości, ożywiając analizę przeprowadzoną przez sędziego Harlana w zdaniu odrębnym do wyroku *Poe*”²⁹. W *Obergefell* znalazło się ogólne stwierdzenie, że „identyfikacja i ochrona praw podstawowych jest trwałą częścią sędziowskiego obowiązku interpretowania Konstytucji”³⁰, po czym od razu nastąpił cytat, że ta odpowiedzialność „nie ogranicza się do żadnej formuły”³¹. Wydaje się mieć rację K. Yoshino, że zdaniem odrębnym, które napisał w 1961 roku sędzia John Marshall Harlan II, Sąd Najwyższy zechciał teraz zastąpić zacytowane wyżej wytyczne jednomyślne orzeczenia w sprawie *Glucksberg* z 1997 roku³². To osobliwi, żeby nie powiedzieć wątpliwy zabieg, nawet jeśli przyjąć, że już w 1992 roku nadano zdaniu odrębnemu J. Harlana moc precedensu poprzez przyjęcie go jako wiążącego przez większość składu³³. Proporcja dotychczasowej roli przeciwstawionych przekonań co do prowadzenia interpretacji konstytucyjnej rodzi obawy o podważenie autorytetu Sądu i stawia pod znakiem zapytanie legitymację do

17 Tamże, s. 1210, por. *Obergefell*..., s. 2639, przyp. 8 (Thomas, J., *dissenting*).

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

19 Tamże, s. 721.

20 Przekład za: *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki*, przeł. A. Pułho, Warszawa 2002, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html> (dostęp 9.02.2017).

21 *Pierce v. Society of the Sisters of the Holy names Jesus and Mary*, 268 U.S. 510, 534–35 (1925); *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 400 (1923).

22 *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 172–73 (1952).

23 *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833, 845–46 (1992); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 153 (1973).

24 *Lawrence*..., s. 578.

25 *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535, 541 (1942).

26 *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 443 (1972); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 485–86 (1965).

27 *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967).

28 K. Yoshino, *A New Birth of Freedom?: Obergefell v. Hodges*, „Harvard Law Review” 2015, nr 129, s. 179.

29 Tamże.

30 *Obergefell*..., s. 2598.

31 *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497, 542 (1961) (Harlan, J., *dissenting*).

32 K. Yoshino, *A New Birth*..., s. 149, 176.

33 *Planned Parenthood*..., s. 848–849.

odkrywania w konstytucji kolejnych praw i wolności. Na potrzeby samej sprawy *Obergefell* zabieg dowodzi zdecydowanej woli większości, aby na oba pytania dać jednoznacznie pozytywną odpowiedź.

Trzy są zasadnicze elementy uzasadnienia dla *Obergefell* wyniku głosowania pięć do czterech w Iłonie Sądu Najwyższego: połączenie dwóch klauzul XIV poprawki, wskazanie na godność oraz wyprowadzenie prawa do wstąpienia w związek małżeński z trzech spraw uznanych tu przez większość za precedensowe. Przypomnijmy, że w zakończeniu pierwszego paragrafu XIV poprawki znajdują się dwie klauzule, służące sądom do oceny wyników już to legislacji, już to praktyki prawnej: „Nie może też żaden stan pozbawić kogoś życia, wolności lub mienia bez prawidłowego wymiaru sprawiedliwości ani odmówić komukolwiek na swoim obszarze równej ochrony prawa”³⁴. Na podstawie klauzuli prawidłowego wymiaru sprawiedliwości wskazywano istnienie praw i wolności oraz dokonywano ich wykładni. Klauzula równej ochrony (*equal protection of the laws*) pozwalała starać się o zapewnienie równego traktowania obywateli, będąc zawsze w napięciu z poprzednią. Wiadomo wszak, że wolność i równość „pozostają z sobą w nieustannym zwarciu, bo im więcej wolności, tym mniej równości; a im więcej równości, tym mniej wolności”³⁵. Nie dziwi zatem, że sądy posługiwały się każdą z klauzul XIV poprawki z osobna. Natomiast sędzia A. Kennedy postulował „synergię między dwiema ochronami”³⁶. Autorytatywnie stwierdził w imieniu większości orzekających w sprawie *Obergefell*, że „prawo par jednopłciowych do wstępowania w związek małżeński, które jest częścią wolności obiecaną przez XIV poprawkę, jest wywodzone z gwarancji równej ochrony prawa”³⁷. Jak to możliwe? Wyrok zaraz spieszysz z odpowiedzią: „Klauzula prawidłowego wymiaru

sprawiedliwości i klauzula równej ochrony są połączone w głęboki sposób, choć wyprowadza się z nich niezależne zasady”³⁸. Właśnie złączenie stało się innowacją, która doprowadziła do wyprowadzenia owego prawa do wstąpienia w związek małżeński niezależnie od tego, z kogo ten związek dwóch osób miałby się składać. „Rdzeniem, wokół którego sędzia Kennedy ciasno zwinął helisę równej ochrony i prawidłowego wymiaru sprawiedliwości, i rubryką, na której podstawie prawa podstawowe winny być prospektywnie ewaluowane, jest to, co będę nazywał doktryną równej godności”³⁹. I powołanie się na godność posłużyło sądomi, aby przyznać osobom tej samej płci wzajemne prawo do wstąpienia w związek małżeński⁴⁰. W istocie prawo do wstąpienia w związek małżeński zawsze im przysługiwało. Nie było tylko mowy, aby związek ten był z osobą tej samej płci. Język polski dobrze to oddaje w wyrażeniach „wyjść za mąż” albo „ożenić się” – w zależności od tego, kogo dotyczy: kobiety czy mężczyzny i z kim mielibyśmy się pobrać. Uniwersalne „wstąpić w związek małżeński” brzmi urzędowo i sztucznie. To z natury ożenku wynika ewentualne „prawo do” jego zawarcia. Nie istnieje zaś abstrakcyjnie, bezosobowe uprawnienie podmiotu. Wstępuje się w związek zawsze z kimś konkretnym i w powszechnie rozpoznawanym celu, czyli utworzenia, mówiąc pogańskim jeszcze prawem rzymskim, *consortium omnis vitae* – wspólnoty całości życia⁴¹.

Zdaniem Sądu równa godność w oczach prawa wynika z tego, że „jest godność w więzi między dwoma mężczyznami lub dwiema kobietami, którzy dążą do wstąpienia w związek małżeński i w ich autonomii w dokonywaniu tak głębokich wyborów”⁴². Chodzi zatem nie tylko o godność związku osób jednej płci, ale o godność dążenia takiego związku do uznania

38 Tamże, s. 2602–2603.

39 L.H. Tribe, *Equal Dignity: Speaking its Name*, „Harvard Law Review Forum” 2015, nr 127, s. 20.

40 Por. prawnoporównawczo A.J. Wróbel, *Małżeństwo osób tej samej płci – sprawa Obergefell v. Hodges i inni* (w:) M. Jabłoński (red.), *Identyfikacja granic wolności i praw jednostki. Prawnoporównawcza analiza tożsamego przypadku pod kątem praktyki stosowania prawa amerykańskiego i polskiego*, Wrocław 2016, s. 125–141.

41 Modestyn w ks. 1 „Regul” – D. 23,2,1.

42 *Obergefell*..., s. 2599.

34 Por. przyp. 19.

35 F. Longchamps de Bérier, *Podmiot prawa: między Rzymem a Jerozolimą* (w:) F. Longchamps de Bérier, R. Sarkowicz, M. Szpunar (red.), *Consul est iuris et patriae defensor. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Kremerowi*, Warszawa 2012, s. 119.

36 *Obergefell*..., s. 2603, ale też por. tamże, s. 2623 (Roberts, C.J., *dissenting*).

37 Tamże, s. 2602–2603, ale też tamże, s. 2632, przyp. 1.

za małżeństwo. W tym miejscu zdaje się tkwić jądro cywilizacyjnej kontrowersji, gdyż albo przyznaje się rację zacytowanemu stwierdzeniu, albo uważa się je za pomyłkę i nadużycie słowa „godność”. A przecież z uznania tej godności jako równej⁴³ wynika oderwanie

klauzuli prawidłowego wymiaru sprawiedliwości jest to prawo podstawowe. Następnie zadeklarowano, że mogą z tego prawa korzystać pary jednej płci⁴⁹.

W kontekście prawnoporównawczym podobne wnioski wydają się dalece skrócone. W prawie



Chodzi nie tylko o godność związku osób jednej płci, ale o godność dążenia takiego związku do uznania za małżeństwo. W tym miejscu zdaje się tkwić jądro cywilizacyjnej kontrowersji.

prawa do wstąpienia w związek małżeński od natury samego małżeństwa. Podobnie abstrakcyjne prawo podmiotu miałyby wynikać z trzech precedensów: *Loving v. Virginia*⁴⁴, *Zablocki v. Redhail*⁴⁵ oraz *Turner v. Safley*⁴⁶. W pierwszym jednomyślnie unieważniono zakaz małżeństw między osobami różnych ras. Drugi uznał za niekonstytucyjną regulację stanową, która wymagała uzyskania uprzedniej zgody sądu na zawarcie małżeństwa przez rodzica, który nie sprawował opieki nad małoletnim dzieckiem, a był zobowiązany łożyć na jego utrzymanie; celem zastrzeżenia wymogu owej zgody było zbadanie, czy dziecko nie pozostałoby na utrzymaniu państwa. Trzecie z orzeczeń odrzuciło wymóg uzyskania przez więźnia zgody władz penitencjarnych na małżeństwo, którą mógł uzyskać tylko z prawdziwie „ważnych powodów”. W pierwszych dwóch podstawą stała się klauzula równej ochrony z XIV poprawki. Trzech precedensów użył Sąd Najwyższy dla pokazania „relacji między wolnością a równością”⁴⁷ oraz do potwierdzenia, że istnieje prawo do wstąpienia w związek małżeński. Korzystając z okazji, zaznaczono⁴⁸, że w rozumieniu

kanonicznym wypracowano koncepcję przeszkody małżeńskiej, a wskazane w precedensach ograniczenia w dostępie do małżeństwa miały najwyraźniej naturę *impedimentum*. Sąd Najwyższy wielokrotnie powoływał sprawę *Lawrence*, ale zakwestionowanie konstytucyjne czy zniesienie zakazu relacji seksualnych między osobami tej samej płci nie wiedzie ku stworzeniu na podstawie takich relacji małżeństwa. Także zniesienie przeszkody do małżeństwa czy przyznanie – jak w prawie rzymskim *conubium* – prawa do zawarcia małżeństwa osobom różnego pochodzenia, to co innego niż konstruowanie abstrakcyjnego prawa podmiotowego do wstąpienia w związek małżeński (*right to marry*). Zniesienie przeszkody pozostawia małżeństwo nietkniętym w swej istocie, a rezygnacja z penalizacji pewnych zachowań seksualnych to jeszcze nie wypowiedź na temat ich godności.

W orzeczeniu *Obergefell* z prawa do zawierania małżeństwa położono nagle akcent na samo małżeństwo. Nikt, jako się rzekło, i niezależnie od orientacji, nie był pozbawiony prawa do zawierania, ale związku osób jednej płci nigdy nie postrzegano jako małżeństwo. Podjęto więc próbę zmiany znaczenia słów i prawo par jedнопłciowych do zawierania małżeństwa „odnaleziono” w XIV poprawce. Małżeństwo stało się związkiem też osób tej samej płci. W istocie główną konsekwencją wyroku w sprawie *Obergefell* jest, że

43 Tamże, s. 2593.

44 Por. przyp. 27.

45 *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978).

46 *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987).

47 *Obergefell*..., s. 2604.

48 Tamże, s. 2598.

49 Tamże, s. 2599.

nie ma sensu mówić o małżeństwie jedнопłciowym. Małżeństwo pozostaje jedno, a tylko stanowiąc je mogą dwie osoby przeciwnej albo tej samej płci.

Zastrzeżenia komparatystyczne słabną, jeśli wykazać, jaki cel ma wskazana właśnie konstrukcja. Sąd wyjaśnił, że chce, aby trwałym i zadeklarowanym związkom osób jednej płci przysługiwały te same przywileje, którymi cieszą się małżeństwa. Sędzia A. Kennedy wymienił tu korzyści w opodatkowaniu, w zakresie dziedziczenia testamentowego, beztestamentowego

w znacznej – jeśli nie decydującej – mierze na korzyść społeczeństwa. Raz tylko większość zająknęła się co do prokreacji, aby odeprzeć krytykę wyroku. Uznała, że oparty na niej argument „sprowadza się do nieintuicyjnego przekonania, jak wygląda proces podejmowania decyzji par przeciwnych płci co do pobrania się i macierzyństwa. Decyzje, czy zawrzeć małżeństwo i mieć dzieci, wynikają z wielu osobistych, romantycznych i praktycznych przesłanek, i jest nierealistycznym wnioskować, że para osób płci przeciwnych zdecydo-



Konsekwencją wyroku w sprawie *Obergefell* jest, że małżeństwo pozostaje jedno, a tylko stanowiąc je mogą dwie osoby przeciwnej albo tej samej płci. Nie ma więc małżeństw jedнопłciowych!

i praw rzeczowych, przywilejów małżeńskich co do ewidencji ludności, dostępu szpitalnego i podejmowania decyzji medycznych, praw adopcyjnych, praw i korzyści w razie śmierci drugiej strony, zaświadczeń urodzenia i śmierci, reguł etyki zawodowej, ograniczeń finansowania kampanii, ubezpieczenia pracowniczego czy zdrowotnego⁵⁰. A dotąd pary jedнопłciowe były pozbawione „konstelacji dobrodziejstw, jakie stany wiążą z małżeństwem”⁵¹. Sąd tedy wyraził wolę przyznania tych korzyści i użył w tym celu swej władzy. Nie analizował powodów dotychczasowej dyskryminacji pozytywnej, czyli przyznania lepszej pozycji osobom żyjącym w małżeństwie. Co prawda, pięknie ogłosił, że jest ono fundamentem: „małżeństwo jest kamieniem węgielnym naszego porządku społecznego”⁵². Nie brał natomiast pod uwagę podstawowego społecznego znaczenia małżeństwa, jakie wynika z naturalnej prokreacji i odpowiedzialności za powołane do istnienia życie⁵³; wiąże się to przecież z niemalym poświęceniem

wałaby nie wstępować w związek małżeński po prostu dlatego, że pary jedнопłciowe mogą weń wstąpić”⁵⁴. Ten tok myślowy daje się zrozumieć, co nie oznacza, że powszechnie zostanie zaakceptowany. Jednak Sąd najwyraźniej za swój przyjął pogląd, że „równość w prawie do wstępowania w związki małżeńskie odpycha biologiczną prokreację i zróżnicowanie płciowe kosztem skupienia się na rodzicielstwie intencjonalnym i funkcjonalnym”⁵⁵. Wobec słabości argumentacji, prowadzonej właściwie obok centralnych rozważań, powraca problem legislacji z ławy sędziowskiej. Uwaga o pozbawieniu konstelacji przywilejów nie prowadzi do pozytywnej odpowiedzi na pytanie, czy to właśnie Sąd ma prawo je przyznawać. Ma on wszelako władzę, aby po takie prawo dla siebie sięgnąć. I tu tkwi podstawowa różnica między wymową zdania większości napisanego przez A. Kennedy’ego a głównym zdaniem odrębnym autorstwa prezesa J. Roberts’a.

Przynajmniej niektórzy sędziowie wyraźnie chcieli zmiany prawa i instytucjonalizacji małżeństw jed-

50 Tamże, s. 2601.

51 Tamże.

52 Tamże.

53 Tamże, s. 2641 (Alito, J., *dissenting*).

54 *Obergefell*..., s. 2606–2607.

55 D. NeJaime, *Marriage Equality and the New Parenthood*, „Harvard Law Review” 2016, nr 129, s. 1231.

noślących. Wyglądali na przeświadczonych, że do zmiany dojść powinno – czas dojrzał i nie należy opóźniać zmian, które i tak nadchodzą. Nie wszystkie stany zdecydowały się na dopuszczalność małżeństw jednopłciowych, ale liczba akceptujących rosła. Ustawa z 1996 roku w skrócie nazywana DOMA⁵⁶ była ostatnią poważną i bezskuteczną próbą Kongresu, aby ten proces ograniczyć lub zatrzymać. Czy rzeczywiście był nieunikniony? Oświeceniowa wizja postępu przekonuje o nieuchronności osiągnięcia lepszych etapów rozwoju. Sędziom zmiany co do rozumienia małżeństwa mogły się wydawać nieuchronnym procesem dziejowym, który doprowadzi do jedyne racjonalnego i chciamego przez społeczeństwo efektu, tj. do pełnego zrównania⁵⁷. W jakim zakresie wolno ten proces akurat Sądowi przyspieszać? W sprawie *Obergefell* sędziowie dali odpowiedź, głosując za zmianą – wszak wyrok nie był deklaracją niekwestionowanego osiągnięcia nowego etapu. Proces postępu wciąż trwał, ale sąd zdecydował się narzucić unormowanie stanom, które opierały się przed instytucjonalizacją związku osób jednej płci i nie kwapiły się, by związek taki uznać za instytucję małżeństwa.

Rozważanie, czy sięgnięcie po władzę i legislacja przez Sąd Najwyższy są konstytucyjne, czy też nie, zdaje się wtórne. Oczywiście groźniej brzmi: Sąd Najwyższy postąpił niezgodnie z Konstytucją. Albo że dokonana zmiana ma wątpliwe podstawy w tekście Konstytucji. Jej XIV poprawka jest potężna i nieraz stawiała się wręcz wytrychem, choć nawet zwolennicy aktywizmu sędziowskiego⁵⁸ starają się nim posługiwać z ostrożnością i wyczuciem. Sąd Najwyższy poważnie ryzykuje, poruszając się po obrzeżach, boć *apices iuris non sunt iura* – „rozwiązania skrajne w prawie nie są prawami”⁵⁹. Wszelako w pytaniu o konstytucyjność zmiany frapuje nie tyle jej dokonanie, co rozumienie

niekonstytucyjności. W końcu sędziowie wynikiem głosowania aktualizują swą władzę i nikt nie kwestionuje, że wydają wiążące orzeczenie. „Praktyka ta, jak i jej akceptacja jest szeroko rozpowszechniona w kulturze prawnej”⁶⁰. Wszystko podlega interpretacji – z pojęciem niekonstytucyjności łącznie. W praktyce decyduje ostateczność wyroku. Decyduje dziś, ale wydany teraz wyrok wpisuje się w linię orzecznictwa i w dzieje prawa. Zatem najpoważniejszy zarzut wobec rozstrzygnięcia większości sędziów w sprawie *Obergefell* wydaje się nieść cytowana wyżej uwaga prezesa J. Roberts: „pod rządami konstytucji sędziowie mają władzę powiedzenia, co jest prawem, ale nie co nim być powinno”⁶¹. Prawotwórstwo Sądu Najwyższego rodzi bowiem konstytucyjne zastrzeżenia, gdy pytać o proces demokratyczny. Nikt na poważnie nie kwestionuje podejmowania przez Sąd Najwyższy decyzji dlatego, że nie jest demokratyczną reprezentacją. Demokratyczny konsensus konstytucyjny doprowadził do ustanowienia swoistego ciała eksperckiego. Generalny problem stanowi używanie wykładni orzeczeń sądowych dla promocji zmian w prawie. Ocena staje się krytyczna, jeśli dochodzi do przecięcia dyskusji, która na pełnym biegu trwa w wielu stanach. Przecież Sąd dał wyraz świadomości, że na temat małżeństw jednopłciowych organizowano referenda, debaty ustawodawcze, kampanie obywatelskie; wszczęto procesy w sądach stanowych i federalnych, przeprowadzono nieprzeliczone badania i studia, napisano sterty artykułów, książek, prac popularyzatorskich i dydaktycznych⁶². Czy godzi się w to bezceremonialnie wkroczyć? Nawet gdy odpowiemy pozytywnie, bo czasem trzeba dla ochrony indywidualnych praw i konkretnych obywateli, pozostaje kwestia federalna. Czy wolno wprowadzić do zrównanie odgórnie? Fakt, że zraniony napastnik umiera, nie upoważnia, aby go dobić, gdyż dysponuje się urzędzeniem do posprzątania jego ciała. Prawo większości stanów już opowiedziało się za „równością małżeńską”.

Dwie opinie wydrukowano 26 czerwca 2015 roku: Sądu Najwyższego i alternatywną prezesa – ta druga była również przygotowana „pod piątkę”, ale zebra-

56 *The Defense of Marriage Act*, 110 Stat. 2419 (1996).

57 Por. A. Bryk, *Orzecznictwo Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych jako autonomiczne źródło tworzenia norm konstytucyjnych*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, t. 25, nr 3, s. 131–132.

58 W. Dajczak, F. Longchamps de Brier, *Wątpliwości co do oceny czasopisma prawniczego a spór o istotę prawa*, „Forum Prawnicze” 2016, nr 3, s. 9–13.

59 Por. Ulpian w ks. 7 „Dysputacji” – D. 17,1,29,4.

60 P. Łacki, *Konstytucja...*, s. 183.

61 Por. przyp. 8.

62 *Obergefell...*, s. 2605.

szy cztery głosy, stała się zdaniem odrębnym. Trzy pozostałe zdania odrębne zajmują się poszczególnymi aspektami krytyki wyroku. Złożyli je sędziowie Antonin Scalia, Clarence Thomas i Samuel Alito. Wiele z wątków, jakie poruszyli, już wyżej się pojawiło. Wypada dodać, że A. Scalia widział w wyroku zagrożenie dla amerykańskiej demokracji, gdyż nie da się uzasadnić użycia XIV poprawki w celu zakazania któremukolwiek ze stanów, aby definiował małżeństwo jako związek jednego mężczyzny i jednej kobiety. Jego zdaniem wyrok to „naga sędziowska usurpacja prawotwórstwa, a w istocie władzy superlegislatora”⁶³. I nie były to najmocniejsze słowa, jakie padły. Najstarszy z sędziów oskarżył koleżanki i kolegów tworzących większość orzekającą w sprawie *Obergefell* o sędziowski pucz⁶⁴. Również S. Alito zajął się fundamentami ustrojowymi, choć bardziej kwestią federalną niż zasadą demokratyczną: „Konstytucja pozostawia to pytanie do decyzji obywateli każdego stanu”⁶⁵. Przedstawił szereg uwag dotyczących rozumienia słowa „wolność”, skoro jest aż tak wieloznaczne, a przy okazji nie storniał od oskarżeń: „dla dzisiejszej większości ma ono wyraźnie postmodernistyczne znaczenie”⁶⁶. Obawiał się zatem odklejania słów, a w konsekwencji prawa, od rzeczywistości. Prawnym rozumieniem wolności szczegółowo zajął się również C. Thomas. W jego przekonaniu, nawet jeśli oryginalnie nie sprowadza się ona tylko do wolności od fizycznego ograniczenia, nie może w żadnym razie obejmować tego, co przypisuje pojęciu *liberty* większość sędziów w sprawie *Obergefell*. I całe zdanie odrębne napisał, aby pokazać, że ich wyrok wypacza Konstytucję, bo „nie tylko ignoruje jej tekst, lecz wyraca stosunek między jednostką i państwem w naszej Republice”⁶⁷. W ustawie zasadniczej mowa przecież o „wolności od”, a nie o „wolności do”, więc brak powodów do przyznawania innym związkom dwojga osób przywilejów i dobrodziejstw, jakie przewiduje się dla małżeństwa kobiety i mężczyzny.

Dodatkowym wątkiem, jaki się pojawił, było zagrożenie ze strony wyroku dla wolności religijnej: „w naszym społeczeństwie małżeństwo nie jest zwyczajnie instytucją respektowaną przez państwo, ale na równi instytucją religijną”⁶⁸.

Wracając na moment do tradycyjnej wizji małżeństwa całkowicie świecko uzasadnionej, nie wolno przeoczyć jeszcze jednego wątku krytyki w sprawie *Obergefell*. Chodzi o konsekwencje orzeczenia – po oderwaniu się na chwilę od subiektywistycznej perspektywy prawa do wstąpienia w związek małżeństwa. Czy zmiana koncepcji małżeństwa, której dokonano, przełamując tradycyjne jego rozumienie, zatrzyma się tylko na dopuszczeniu do związków *dwóch* osób tej samej płci? Podczas rozprawy w Sądzie Najwyższym S. Alito zadał pytanie, które odbiło się szerokim echem: „Założmy, że orzekniemy na tak w tej sprawie, po czym grupa dwóch mężczyzn i dwóch kobiet wystąpi o zezwolenie na zawarcie małżeństwa. Czy byłaby wtedy jakakolwiek podstawa, aby odmówić im zezwolenia?”⁶⁹. Sędzia nie nawiązał do kwestii w swym zdaniu odrębnym. Wyręczył go prezes, do którego zdania odrębnego akurat S. Alito – jako jedyny z czwórki – się nie przyłączył. Prezes J. Roberts napisał: „Chociaż większość przypadkowo dodaje liczebnik »dwa« w różnych miejscach, nie proponuje żadnego uzasadnienia, dlaczego dwuosobowy element rdzenia definicji małżeństwa miały przetrwać, gdy element mężczyzna–kobieta nie. W istocie, z punktu widzenia historii i tradycji, skok od małżeństwa osób płci przeciwnej do małżeństwa jedнопłciowego jest znacznie większy niż ze związku dwóch osób do liczniejszego związku, który ma głębokie korzenie w niektórych kulturach na świecie”⁷⁰.

Pytanie o skutki wyroku *Obergefell* dla związków poligamicznych nie brzmi abstrakcyjnie w Stanach Zjednoczonych, zwłaszcza w Utah i stanach sąsiednich, które zamieszkują członkowie Kościoła Jezusa

63 Tamże, s. 2629 (Scalia, J., *dissenting*).

64 Tamże. Por. P. Laidler, *Prawno-polityczny spór wokół wyboru sędziego Sądu Najwyższego USA po śmierci Antonina Scalii*, „Przegląd Sejmowy” 2016, nr 3, s. 29.

65 Tamże, s. 2640 (Alito, J., *dissenting*).

66 Tamże.

67 Tamże, s. 2631 (Thomas, J., *dissenting*).

68 Tamże, s. 2638 (Thomas, J., *dissenting*), por. tamże, s. 2625 (Roberts, C.J., *dissenting*).

69 *Obergefell v. Hodges* – Argument Transcript 14-556-Question-1 (28.04.2015), s. 17, https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2014/14-556q1_15gm.pdf (dostęp 10.02.2017).

70 *Obergefell*..., s. 2621 (Roberts, C.J., *dissenting*).

Chrystusa Świętych w Dniach Ostatnich, zwani mormonami. Do kamieni węgielnych amerykańskiego porządku konstytucyjnego należy wyrok w sprawie *Reynolds v. United States*⁷¹ z 1878 roku. Dziś zwłaszcza fundamentalistyczni mormoni kwestionują i w praktyce kontestują stanowy zakaz ożenku z więcej niż jedną kobietą w tym samym czasie⁷². Kody Brown

certiorari w 2016 roku, a więc nie należy spodziewać się kontynuacji debaty o poligamii w orzecznictwie Sądu Najwyższego. Niesłabnące spekulacje nie wydają się wątkiem rozwojowym. Przynajmniej na razie.

Skoro rozpoczęliśmy cytatem z podsumowania przez A. Kennedy'ego opinii większości, zakończmy ostatnimi słowami głównego zdania odrębnego.



Uwaga o pozbawieniu konstelacji przywilejów nie prowadzi do pozytywnej odpowiedzi na pytanie, czy to właśnie Sąd Najwyższy ma prawo je przyznawać? Ma on wszelako władzę, aby po takie prawo dla siebie sięgnąć.

z „czterema żonami” zyskał sławę dzięki udziałowi w *reality show* pod znamiennym tytułem *Sister Wives*. Występy telewizyjne z początkiem 2011 roku zaczęły wzbudzać zastrzeżenia prawne, co skończyło się wyrokiem w sprawie *Brown v. Buhman*: sąd federalny I instancji ograniczył w części stanowy zakaz poligamii w Utah, uznając za niekonstytucyjną karalność życia z kilkoma osobami w związku przedstawianym przez nie jako małżeństwo⁷³. „Małżonkowie” próbowali podważyć zakaz z uwagi na wolność religijną i prawo do prywatności. Sąd apelacyjny zdecydowanie odrzucił całość orzeczenia, uznając na wstępie, że powódnie nie mieli legitymacji procesowej⁷⁴. Nie groziła im żadna kara, bo prokuratorzy z Utah od dawna nie ścigali za łamanie zakazu poligamii. Sprawa *Brown v. Buhman* nie wzbudziła zainteresowania czterech sędziów SN, a przynajmniej tyłu potrzeba, aby przyjął ją do rozpatrzenia⁷⁵. Odmówiono *writ of*

Prezes J. Roberts wystąpił na koniec z przesłaniem do wszystkich Amerykanów. „Jeśli należycie do tych licznych Amerykanów – jakiegokolwiek orientacji seksualnej – którzy opowiadają się za rozprzestrzenieniem małżeństw jednopłciowych, oczywiście świętujcie dzisiejszą decyzję. Świętujcie osiągnięcie upragnionego celu. Świętujcie szansę nowego sposobu wyrazu złączenia z partnerem. Świętujcie dostępność nowych przywilejów. Ale nie świętujcie Konstytucji. To nie ma z nią nic wspólnego”⁷⁶.

Bibliografia

- Bryk A., *Orzecznictwo Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych jako autonomiczne źródło tworzenia norm konstytucyjnych*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, t. 25, nr 3, s. 119–137.
- Dajczak W., Longchamps de Bériér F., *Wątpliwości co do oceny czasopisma prawniczego a spór o istotę prawa*, „Forum Prawnicze” 2016, nr 3, s. 3–22.
- Laidler P., *Prawno-polityczny spór wokół wyboru sędziego Sądu Najwyższego USA po śmierci Antonina Scalia*, „Przegląd Sejmowy” 2016, nr 3, s. 21–44.
- supremecourt.gov/orders/courtorders/012317zor_qol1.pdf (dostęp 10.02.2017).
- 76 *Obergefell...*, s. 2626 (Roberts, C.J., *dissenting*).

71 *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1878).

72 Utah Code Annotated § 76–7–101.

73 *Brown v. Buhman*, 947 F. Supp.2d 1170 (D. Utah 2013).

74 *Brown v. Buhman*, 822 F.3d 1151 (10th Cir. 2016).

75 O odmowie *certiorari* wiadomo z wydanych 23.01.2017 *Orders in Pending Cases*, s. 2, poz. 16–333, <https://www.>

Longchamps de Brier F., *Podmiot prawa: między Rzymem a Jerozolimą* (w:) F. Longchamps de Brier, R. Sarkowicz, M. Szpunar (red.), *Consul est iuris et patriae defensor. Księga pamiątkowa dedykowana doktorowi Andrzejowi Kremerowi*, Warszawa 2012, s. 115–130.

Łącki P., *Konstytucja a małżeństwo. Prawa podstawowe a demokracja*, „Przegląd Sejmowy” 2016, nr 1, s. 169–183.

Maroń G., *Publiczna krytyka homoseksualizmu jako realizacja konstytucyjnej wolności słowa w świetle orzecznictwa sądów USA*, „Forum Prawnicze” 2015, nr 6, s. 51–69.

Murray M., *Obergefell v. Hodges and Nonmarriage Inequality*, „California Law Review” 2016, nr 104, s. 1207–1258.

NeJaime D., *Marriage Equality and the New Parenthood*, „Harvard Law Review Forum” 2016, nr 129, s. 1185–1266.

Scalia A., *Mullahs of the West: Judges as Moral Arbiters – Mułlowie Zachodu: Sędziowie jako arbitrzy moralni*, przeł. A. Legutko-Dybowska, Warszawa 2009.

Seidman L.M., *The Triumph of Gay Marriage and the Failure of Constitutional Law*, „The Supreme Court Review” 2015, nr 4, s. 115–146.

Tribe L.H., *Equal Dignity: Speaking its Name*, „Harvard Law Review” 2015, nr 127, s. 16–32.

Wróbel A.J., *Małżeństwo osób tej samej płci – sprawa Obergefell v. Hodges i inni* (w:) M. Jabłoński (red.), *Identyfikacja granic wolności i praw jednostki. Prawnoporównawcza analiza tożsamesego przypadku pod kątem praktyki stosowania prawa amerykańskiego i polskiego*, Wrocław 2016, s. 125–141.

Yoshino K., *A New Birth of Freedom?: Obergefell v. Hodges*, „Harvard Law Review” 2015, nr 129, s. 147–179.

Orzecznictwo

Bourke v. Beshear, 996 F. Supp. 2d 542 (WD Ky. 2014).

Brown v. Buhman, 947 F. Supp.2d 1170 (D. Utah 2013).

Brown v. Buhman, 822 F.3d 1151 (10th Cir. 2016).

DeBoer v. Snyder, 772 F. 3d 388 (CA6 2014).

Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972).

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

Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).

Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).

McCreary County, Kentucky v. American Civil Liberties Union, 545 U.S. 844 (2005).

Meyer v. Nebraska, 262 U.S. 390 (1923).

Obergefell v. Hodges, 135 S.Ct. 2584 (2015).

Pierce v. Society of the Sisters of the Holy names Jesus and Mary, 268 U.S. 510 (1925).

Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833 (1992).

Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961).

Reynolds v. United States, 98 U.S. 145 (1878).

Rochin v. California, 342 U.S. 165 (1952).

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

Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson, 316 U.S. 535 (1942).

Tanco v. Haslam, 7 F. Supp. 3d 759 (MD Tenn. 2014).

Turner v. Safley, 482 U.S. 78 (1987).

United States v. Windsor 133 S.Ct. 2675 (2013).

Van Orden v. Perry, 545 U.S. 677 (2005).

Zablocki v. Redhail, 434 U.S. 374 (1978).