



Revus

Journal for Constitutional Theory and Philosophy of
Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

2 | 2004

Varstvo družbenih manjšin

Ameriška ustavnosodna praksa v zvezi z »družinskimi« in »zakonskimi« vprašanji ter massachusettski primer *Goodridge*

Prokreacija in heteroseksualnost nista nujna elementa zakonske zveze

*American Judicial Review on "Family" and "Marriage" Relations and the
Goodridge case: Procreation and Heterosexuality are not Necessities of
Marriage*

Andraž Teršek



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revus/1539>

DOI: 10.4000/revus.1539

ISSN: 1855-7112

Publisher

Klub Revus

Printed version

Date of publication: 1 janvier 2004

Number of pages: 44-67

ISSN: 1581-7652

Electronic reference

Andraž Teršek, « Ameriška ustavnosodna praksa v zvezi z »družinskimi« in »zakonskimi« vprašanji ter massachusettski primer *Goodridge* », *Revus* [Spletna izdaja], 2 | 2004, Datum spletne objave: 21 juin 2013, ogled: 15 septembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revus/1539>

All rights reserved

AMERIŠKA USTAVNOSODNA PRAKSA V
ZVEZI Z »DRUŽINSKIMI« IN »ZAKONSKIMI«
VPRAŠANJI TER MASSACHUSETSKI PRIMER
GOODRIDGE: PROKREACIJA IN HETERO-
SEKSUALNOST NISTA NUJNA ELEMENTA
ZAKONSKE ZVEZE

ANDRAŽ TERŠEK

*Dne 18. novembra 2003 je tako rekoč nepretrgan niz televizijskih oddaj v zvezi z »iraškim problemom« na ameriški tv postaji CNN pretrgala vest o odločbi Vrhovnega sodišča ameriške zvezne države Massachusetts v primeru *Hillary Goodridge & Others vs. Department of Public Health & Another* (SJC-08860), s katero je to sodišče massachusettski zakon, ki istospolnim partnerjem ne dovoljuje, da bi bili deležni zagotovil, ugodnosti in obveznosti, ki izhajajo iz zakonske zveze, razglasil za neskladnega z massachusettsko ustavo. V odločbi, ki jo je sodišče sprejelo s štirimi glasovi proti trem¹, je zakonodajalcu te zvezne države naloženo, da v 180 dneh sprejme potrebne ukrepe, ki bodo v skladu z odločitvijo sodišča.*

¹ Za protiustavnost zakona so glasovali predsednica vrhovnega sodišča Margaret Marshall in sodniki John Greaney, Roderick Ireland in Judith Cavin. Proti so glasovali sodnica Martha Sosman ter sodnika Francis Spina in Robert Cordy.

1. Zgodovinski oris soočanja Vrhovnega sodišča ZDA z vprašanji, ki zadevajo zakonsko zvezo²

Vrhovno sodišče ZDA (v nadaljevanju VS in sodišče) je leta 1942 v obrazložitvi sodbe, sprejete v primeru *Skinner v. Oklahoma*³, med drugim zapisalo, da sta »zakonska zveza in prokreacija bistvenega pomena za obstoj in preživetje rase«. Šlo je za primer, v katerem je VS razveljavilo zakon zvezne države Oklahoma, ki je določal sterilizacijo kot eno izmed kazni za večkratne prestopnike.⁴ Leta 1965 je VS odločalo v znamenitem precedenčnem primeru *Griswold v. Connecticut*⁵ in se soočilo z vprašanjem ustavnosti zakonodajalčeve prepovedi kontracepcije. Razveljavilo je zakon omenjene zvezne države in pri tem postavilo ustavnosodni okvir varstva pravice do zasebnosti (t. i. »penumbra of privacy« ali »zone of privacy«).⁶ V ta okvir je uvrstilo tudi partnerska razmerja med zakonci. In vendarle VS posamezniku v zvezi s seksualnimi razmerji ni priznalo splošne pravice do zasebnosti, saj ta pravica po prepričanju sodišča ni vključevala prešuštva, homoseksualnosti in incesta.⁷ Dejstvo, da je VS zakonski zvezi priznalo poseben pomen, je med drugim razvidno tudi iz besedila sodbe, ki v obravnavanem kontekstu govori zgolj o »marriage« in »married couples«.⁸ Medtem ko se je odločitev VS v tem primeru v tistem času sprva zdela sporna, predvsem z vidika ustavnosodnega aktivizma, je VS v nekaterih primerih, ki so sledili *Griswoldu*, še dodatno razširilo njegov precedenčni doseg in se

² Za prikaz odločbe Zveznega ustavnega sodišča Nemčije – BverfGE 1 z dne 17. 7. 2002, – ki obravnava vprašanje porok in življenjskih skupnosti istospolnih partnerjev z vidika nemškega temeljnega zakona (Grundgesetz), bralc(k)e napotujem na nazoren prikaz in komentar te odločbe, ki jo je v Pravni praksi št. 31/2003 (priloga) objavila Evelin Pristavec Tratar.

³ *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942).

⁴ Več o tem primeru v Nowak J. E., Rotunda R. D., *Constitutional Law*, 5th Ed., West Publishing Co., 1995, 14. poglavje.

⁵ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). Več o tem primeru v komentarju Nowaka in Rotunde, navedeno delo, 14. poglavje.

⁶ Kot je znano je VS v tem primeru ustavnosodno priznalo posamezniku tudi tisti del pravice do zasebnosti, ki ni eksplicitno zagotovljen z besedilom določb ameriške ustave oziroma Listine pravic. Takšnemu pristopu (da torej v *Listini pravic* eksplicitno navedene pravice ne izčrpajo pojma temeljnih pravic) sta v ločenih mnenjih nasprotovala sodnika Black in Stewart. Za analizo tega ustavnopravnega vprašanja glej, ob navedenem delu Nowaka in Rotunde, npr. Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, 2nd Ed., The Foundation Press, 1988; Milton R. Konvitz, *Fundamental Rights. History of a Constitutional Doctrine*, Transaction Publishers/Rutgers University, 2001.

⁷ S tem v zvezi prim. Andrej Kristan, *Lawrence v. Texas. Zgodovinski marš Svobode pod taktirko ameriškega vrhovnega sodišča*, REVUS, št. 1, str. 62.

⁸ V njegovem ločenem mnenju je sodnik White med drugim zapisal, da je šel zakon zvezne države predaleč in da država ni izkazala potrebe, da s takšnim ukrepom doseže – domneven – cilj, tj. preprečiti »promiscuity and illicit sex«. Ameriška ustavnopravna teorija domneva, da bi sodnik White pritrdil podobnemu ukrepu države (prepoved uporabe kontracepcije), ki bi zadeval neporočene pare.

postavilo na stališče, da nobenemu posamezniku ne glede na to, ali je poročen ali ne, ni dovoljeno prepovedati uporabe kontracepcije ali ga kako drugače čezmerno omejevati pri sprejemanju odločitev v zvezi s prokreacijo. V primeru *Eisenstadt v. Baird* je VS razveljavilo zakon, ki je dovoljeval razdeljevanje kontracepcijskih sredstev le poročenim osebam.⁹ »Če ima pravica do zasebnosti sploh kakšen pomen, potem je to pravica posameznika, poročenega ali samskega, da je zavarovan pred neupravičenimi posegi države v vse tiste zadeve, ki tako močno zadevajo posameznika, kot to velja za odločitve o imetju otrok,« je menilo VS.¹⁰ Leta 1973 je VS v znamenitem primeru *Roe v. Wade* s pravico do zasebnosti (najverjetneje bi bil primernejši izraz »avtonomija odločanja« ali »pravica do svobodne izbire«) utemeljilo tudi pravico ženske do umetne prekinitve nosečnosti. Odločitev VS v primeru *Roe* naj bi med drugim pomenila tudi potrditev teze, da je svobodno odločanje v zadevah zakonskega in družinskega življenja ena izmed svoboščin, ki jo zagotavlja klavzula »dolžnega pravnega ravnanja« (»*due process of law*«) iz XIV. amandmaja k Ustavi ZDA. »*Pravica do svobodne izbire*« v temeljnih življenjskih odločitvah, ki se nanašajo na sklenitev zakonske zveze, razvezo zakonske zveze, prokreacijo, kontracepcijo ter vzgojo in izobraževanje otrok, po mnenju VS sodi v sklop pravic in svoboščin, ki jih zagotavlja XIV. amandma. Ta pravica do svobodne izbire je lahko predmet državne zakonske regulacije samo, ko za to obstaja upravičen oziroma prisiljujoč državni interes (»*compelling state interest*«) (doseg tega primera je VS v kasnejšem primeru *Planned Parenthood v. Casey* nekoliko zožilo)¹¹. Sodišče je štiri leta po odločitvi v primeru *Roe* v primeru *Carey v. Population Services Int.*¹² pojasnilo, da ameriška ustava varuje posameznikove odločitve v zvezi s starševstvom pred neupravičenimi posegi države in da posameznikov ni dopustno prisiliti, da bi imeli otroke. Sodišče je hkrati posebej poudarilo, da ta pravica ni vezana na prostor (npr. domača spalnica kot kraj pričakovane zasebnosti ali zdravstvena ordinacija), temveč na ustavno zavarovano »*intimno razmerje*«.

⁹ *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

¹⁰ Tribe v tem kontekstu govori o »reprodukcijski avtonomiji«: »... the effect of the *Eisenstadt v. Baird* was to single out as decisive in *Griswold* the element of reproductive autonomy, something that court made clear 1977, when it extended *Griswold* and *Baird* to invalidate state ban on commercial distribution of nonmedical contraceptives to *Carey v. Population Service International*.« Navedeno delo, str. 1339.

¹¹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) in *Planned Parenthood v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992). Za nazorno predstavitev tega primera in zadevne problematike glej Andraž Teršek (ur.), *Dignitas* št. 10 – Tematska številka o pravnih vprašanjih začetka in konca življenja; poglavje Teršek A., *Primerjava pravnih ureditev abortusa ...*, str. 78 in nasl.

¹² *Carey v. Population Services Int.*, 431 U.S. 678 (1977).

Poudarjam, da omenjena ustavnosodna praksa VS ZDA izrecno zadeva zgolj heteroseksualne zakonske pare. Zakonska zveza in odločitve, ki jih v njenem okviru sprejemata heteroseksualna partnerja, so v ustavnosodni praksi VS deležne prav posebne zaščite. Odločitvam posameznika o tem, kako si bo uredil svoje družinsko življenje v heteroseksualni življenjski skupnosti, VS namenja značaj temeljne pravice (»foundamental right«). Najpogosteje je meja ustavne sprejemljivosti poseganja države v izpolnjevanje te pravice določena z merilom *nujnosti* restriktivnega posega države v odločanje posameznika o načinu družinskega življenja, da bi se dosegel *prisiljujoči javni interes* (»compelling public interest«).¹³

Kar zadeva *življenje v skupnem gospodinjstvu*, je VS v primeru *Belle Terre v. Borass* leta 1974¹⁴ odobrilo ukrep države, ki je večini sorodstveno nepovezanih ljudi onemogočal skupno življenje. Večina vrhovnih sodnikov je menila, da posamezniki, ki niso v sorodu, nimajo nikakršne »temeljne pravice« do skupnega življenja. V primeru *Moore v. East Cleveland*¹⁵ iz leta 1977 je VS razveljavilo odlok, ki je pojem »družina« določal restriktivno, in pritožnici prepovedalo živeti z njenima vnukoma, bratrancema v prvem kolenu. Z glasom večine je VS odločilo, da je pravica družinskih članov, četudi ne gre za nuklearno družino, t. i. »liberty interest«, zato je treba restriktivno poseganje države v ta interes vselej skrbno ovrednotiti (»heightened scrutiny«). Večina sodnikov je menila, da mora sodišče ob restriktivnem posegu države v posameznikovo odločitev v zvezi z družinskimi razmerji previdno oceniti pomen interesa države in obseg, v katerem želi država doseči ta interes s presojanim ukrepom.¹⁶ Štirje sodniki, ki so glasovali proti takšni odločitvi, so menili, da pravica živeti v »razširjeni družini« ni temeljna pravica in da bi bilo zato treba zadevni ukrep države pre-sojati z uporabo blažjega »testa razumnosti«. Sodnik White je v mnenju manjšine sodnikov kritiziral odločitev večine na temelju nesprejemljivega ustavnosodnega aktivizma. Četverica nasprotnikov se je pri utemeljevanju svojih stališč sklicevala tudi na »tradicionalne vrednote«.¹⁷ VS se je, nasprotno, postavilo na

¹³ Nowak in Rotunda, navedeno delo, str. 801. Bis nota: Evropsko sodišče za človekove pravice je povzelo ta standard VS ZDA kot kriterij nujnosti ukrepa v demokratični družbi (obstoj prisiljujočih družbenih razlogov - »pressing social need«), da bi se dosegel legitimni cilj. Glej Macdonald R. St. J., Matscher F., Petzold H. (Ur.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

¹⁴ *Belle Terre v. Borass*, 416 U.S. 1 (1974).

¹⁵ *Moore v. East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977).

¹⁶ Barronu in Dienesu se zdi, da pri tem standardu ne gre za strogo presojo (»strict scrutiny«), marveč bolj za vmesni standard presoje (»intermediate standard of review«). Barron J. A., Dienes C. T., *Constitutional Law*, 4th Ed., West Group, 1999, str. 214.

¹⁷ Sodnik White je bil tudi prepričan, da je iskanje odgovora na vprašanje, kaj je tisto, kar je globoko zakoreninjeno v tradiciji naroda, stvar razprave, iskanje odgovora na vprašanje, katere izmed teh v tradiciji naroda

stališče, da temeljna pravica ni odločitev posameznika, s kom bo živel, marveč so temeljna pravica »družinska razmerja« (»family relations«). Sodnik Powell v mnenju večine sodnikov pri utemeljevanju odločitve ni poudaril pravice do zasebnosti, ampak je ustavno varstvo družinskih pravic utemeljil s t. i. pristopom »substantive due process«. Tudi Powell je posebej opozoril na pomen temeljnih družbenih vrednot, a je v nasprotju z mnenjem manjšine sodnikov menil, da odločitev sodišča v tem primeru potrjuje pomen ustave kot varuha svetosti družine, in sicer iz razloga, ker je družina kot institucija globoko zakoreninjena v zgodovini in tradiciji ameriškega naroda. Po njegovem mnenju posameznik prav z življenjem v okviru družine utrjuje in izraža številne izmed najdragocenejših moralnih in kulturnih vrednot. Tudi zato po njegovem mnenju pojem družine ne vključuje le nuklearne družine, saj ima tudi t. i. razširjena družina enako občutljive zgodovinske korenine in je zato upravičena do enakega ustavnega priznanja.¹⁸

In pravica do sklenitve zakonske zveze? Kalifornijsko vrhovno sodišče je bilo prvo zvezno vrhovno sodišče v ZDA, ki je prepoved medrasnega sklepanja zakonskih zvez razglasilo za protiustavno. To se je zgodilo leta 1948 v primeru *Perez v. Lippold*.¹⁹ VS ZDA je šele leta 1967 v primeru *Loving v. Virginia*²⁰ razveljavilo zakon zvezne države, ki je prepovedoval sklenitev zakonske zveze med pripadnikom bele rase in pripadnikom nebele rase. Sodišče je v tem primeru zavrnilo argument, da taka prepoved ne krši načela enakosti pred zakonom (»equal protection«), ker se enako (»equal application«) uporablja tako za pripadnike bele kakor tudi za pripadnike nebele rase. Prepoved ni prestala strogega ustavnosodnega testa, saj je VS menilo, da je namen prepovedi ohranjati rasno integriteto oziroma čistost bele rase, zaradi česar ima prepoved individualni in diskriminatorni namen. Sodišče je posameznikom priznalo pravico poročiti se z osebo po lastni izbiri in pri tem poudarilo, da pravica do svobodne sklenitve zakonske zveze pripada vsem Američanom. Zakonsko zvezo je sodišče opredelilo kot eno izmed bistvenih osebnih pravic (»vital personal rights«), tudi kot eno izmed temeljnih civilnih pravic posameznika (»one of the basic civil rights of man«), ki je temeljnega pomena za doseganje sreče

globoko zakoreninjenih stvari zaslužijo varstvo dolžnega pravnega postopanja iz XIV. amandmaja, pa je še toliko bolj sporno. Podobno je menil sodnik Stewart, ki je nasprotoval enačenju interesa za življenje v okviru družine z osebo po lastni izbiri z odločitvijo o sklenitvi zakonske zveze in z odločitvijo o spočetju in vzgoji otrok. Po njegovem mnenju gre pri odločitvi večine za razširjen doseg XIV. amandmaja prek dovoljenih meja.

¹⁸ Za pravno definicijo pojma »family« v ameriškem pravnem sistemu glej *Black's Law Dictionary*, West Group, 1990, str. 604-605.

¹⁹ *Perez v. Lippold*, 32 Cal.2d 711 (1948).

²⁰ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

svobodnih ljudi (»essential to the orderly pursuit of happiness by a free people«) oziroma temeljnega pomena za obstoj in preživetje ljudi (»fundamental to our very existence and survival«). Tako pomembne pravice pač ni mogoče kršiti z zakonom, katerega namen je doseči individualno rasno diskriminacijo. Pravica do sklenitve zakonske zveze je bila torej od strani VS sprejeta kot sestavina zagotovila dolžnega pravnega postopanja (»due process«) v povezavi z načelom enakosti pred zakonom (»equal protection«).

VS to pravico vrednoti kot temeljno pravico, kar pomeni, da država restriktivnega posega v to pravico ne more upravičiti zgolj z zatrjevanjem oziroma dokazovanjem njegove »razumnosti«, ampak je vsebinsko (in neposredno) omejevanje te pravice izpostavljeno »strogi ustavnosodni presoji«. »To sodišče je že pred dolgo časa ugotovilo, da je svoboda posameznikove izbire v zadevah zakonske zveze in družinskega življenja ena izmed svoboščin, ki jih varuje določba o dolžnem pravnem postopanju iz XIV. amandmaja,« je posebej poudarilo VS že leta 1974 v primeru *Cleveland Board of Education v. LaFleur*.²¹ Na tem temelju je VS odločalo tudi v primeru *Zablocki v. Redhail*²², v katerem je razveljavilo zakon zvezne države Wisconsin, ker je dovoljeval ločenemu moškemu, ki plačuje preživnino za otroka, s katerim ne živi, sklenitev nove zakonske zveze le, če je poravnal vse sodno naložene materialne (preživninske) obveznosti in če ni verjetno, da bi otrok lahko postal breme socialne pomoči. Sodišče je zakonski zvezi priznalo njen »temeljni pomen za slehernega posameznika« in jo opredelilo kot »eno izmed temeljnih človekovih civilnih pravic«, tudi kot »najpomembnejše razmerje v življenju posameznika«. Sodišče je tudi poudarilo, da je »pravica do sklenitve zakonske zveze del temeljne pravice do zasebnosti«.²³

Upoštevaajoč predstavljeno ustavnosodno prakso VS ZDA je mogoče izpeljati sklep, da ameriški ustavnosodni sistem družinskim razmerjem priznava naravo temeljne pravice, hkrati pa take narave ne priznava na splošno pravici do življenja v skupnem gospodinjstvu z določeno osebo po lastni izbiri, tudi ne v smislu družinskega življenja. Pojem »družina« je po obsegu in naravi možnega števila subjektov v ZDA ustavnosodno omejen. Ameriška ustavnosodna praksa je celotno 20. stoletje homoseksualnost izvzemala izpod varovalnega plašča

²¹ *Cleveland Board of Education v. LaFleur*, 414 U.U. 632 (1974).

²² *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978). Sodnik Marshall je v pritrdilnem ločenem mnenju menil, da ukrep države v tem primeru ni neposredno posegal v pravico do sklenitve zakonske zveze, zato bi bilo treba uporabiti test razumnosti. Sodnik Rehnquist je iz istega razloga menil, da v tem primeru ne gre za protiuustavnost.

²³ V pritrdilnem ločenem mnenju je sodnik Stewart zapisal, da uporaba doktrine enakega varstva (»equal protection«) ni nič drugega kot drugačno ime za »substantive due process«.

pravice do zasebnosti. Sodišče sporazumnemu spolnemu občevaranju odraslih oseb ni namenilo splošnega varstva.²⁴ O tem govori tudi odločitev VS v primeru *Bowers v. Hardwich*²⁵ leta 1986. Šlo je za zakon zvezne države Georgia, ki je kot kaznivo dejanje določal spolno občevaranje, ki vključuje spolne organe ene osebe in usta ali anus druge osebe. Zakon ni izrecno razlikoval med heteroseksualnimi in homoseksualnimi spolnimi aktivnostmi, pritožnik je bil homoseksualec, predvidena kazen pa je bila do 20 let zapor. S tesno večino petih glasov proti štirim je VS potrdilo ustavnost zadevnega georgijskega zakona, ustavnosodno oceno pa je opredelilo kot iskanje odgovora na vprašanje, ali ustava ZDA homoseksualcem daje temeljno pravico do sodomije (»sodomy« – razumljena je kot »nenaravno spolno občevaranje«). Večina sodnikov je izrecno zavrnil možnost, da bi ustavno varstvo, ki je sicer namenjeno zadevam družine, zakonske zveze in rekreacije, vključevalo tudi pravico homoseksualcev do sodomije. Večina sodnikov je tudi menila, da je treba kot »temeljne« razumeti le tiste pravice, ki so bodisi implicitno vsebovane v konceptu ustavnih pravic in svoboščin bodisi globoko zakoreninjene v zgodovini in tradiciji naroda. Po njihovem mnenju homoseksualnost ne izpolnjuje teh meril. Večina je tudi poudarila, da je do leta 1961 vseh 50 držav prepovedovalo sodomijo in da jo v tistem času še vedno prepoveduje 24 držav. Argumenta, da gre pri tem za pravico do zasebnosti, ki je je posameznik deležen v okviru svojega doma in ki jo je VS potrdilo v primeru *Stanley v. Georgia* (pravica do posedovanja in prebiranja obscenega materiala na domu), je večina sodnikov zavrnila, kot argument pa navedla prepričanje, da primera nista enaka, ker je šlo v primeru *Stanley* za pravico iz I. amandmaja, tu pa gre za problem XIV. amandmaja. Dodatni argument petih sodnikov je bila bojazen, da bi s priznanjem pravice do homoseksualnega spolnega občevaranja v domu nekoga in v smislu pravice do zasebnosti odprli vrata za priznanje pravice do prešuštva, incesta in drugih spolnih deliktov. Večina sodnikov ni želela (ustavnosodno pravotvorno) priznati »nove temeljne pravice«, ki je besedilo ustave ZDA izrecno ne omenja.²⁶

Manjšina štirih sodnikov je menila, da v primeru *Bowers* sploh ne gre za vprašanje temeljne pravice do homoseksualne sodomije, marveč za vprašanje pravice, da te država pusti pri miru (»right to be left alone«, posebno v zavetju doma). Zakon namreč ni prepovedoval zgolj homoseksualne sodomije. V ločenem mnenju, ki ga je v imenu četverice pripravil sodnik Blackmun, je posebej

²⁴ Za strnjen pregled precedensov VS ZDA v zvezi s tem vprašanjem prim. Andrej Kristan, navedeni članek v REVUS-u št. 1.

²⁵ *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986).

²⁶ Glej Craig R. Ducat, *Constitutional Interpretation*, 6th Ed., West Publishing Co., 1996, str. 891–892.

poudarjeno, da ne dolžina časa, v katerem večina ljudi v državi nasprotuje homoseksulani sodomiji, in ne to, da veliko verskih skupin obsoja takšno početje, ni pomembno za presojo, ali lahko država prepove takšno ravnanje. Po njihovem mnenju večina sodnikov ni navedla nikakršne konkretne nevarnosti, ki bi izhajala iz zadevnega in z georgijskim zakonom prepovedanega spolnega ravnanja. Po mnenju sodnika Stevensa bi morala država bodisi dokazati, zakaj je zakon veljaven ob njegovi aplikaciji na vse vrste prepovedanih ravnanj, bodisi dokazati, zakaj njegova selektivna uporaba zgolj zoper homoseksualce ne pomeni protiustavne diskriminacije. Zakon bi bil po njegovem mnenju neustaven, če bi veljal tudi za poročene pare, upoštevajoč pravico do zasebnosti v okviru zakonske zveze, ki jo je VS potrdilo v primeru *Griswold*. V drugem primeru bi moral biti po njegovem mnenju zakon utemeljen z nevtralnimi in legitimnim interesom države, ki bi moral presegati zgolj »nevšečnost iz navade« (»habitual dislike«) ali ignoranco določene skupine ljudi.

Stališče večine sodnikov v primeru *Bowers* je bilo nedvoumno: država lahko prepove homoseksualno sodomijo. Večina se je izrecno izognila odgovoru na vprašanje, ali bi v tem primeru lahko prišlo do kršitve enakosti pred zakonom (»equal protection clause«), če prepoved ne bi veljala za heteroskualne pare, oziroma ali bi lahko prišlo do kršitve VIII. amandmaja in »krutega in neobičajnega kaznovanja«, če bi bila osebi izrečena zaporna kazen zaradi homoseksualne sodomije.²⁷

Leta 1987 je VS v primeru *Turner v. Safley*²⁸ odločalo o pravici zapornikov, da med prestajanjem kazni sklenejo zakonsko zvezo. Sodišče je zapornikom to pravico priznalo, pri tem je opozorilo na štiri temeljne sestavine zakonske zveze: izraz medsebojne čustvene podpore in javno izražene predanosti; duhovni pomen zakonske zveze, ki za nekatere ljudi pomeni tudi uresničevanje verskega prepričanja; pričakovanje večine ljudi, da bodo s sklenitvijo zakonske zveze dosegli življenjsko izpopolnitev (dovršenost); formalno priznanje določenih materialnih ugodnosti, skupaj z nekaterimi državnimi ugodnostmi in lastninskimi pravicami.

Na tem mestu je treba poudariti, da je leta 1989 v primeru *Michael H. & Victoria D. v. Gerald H.*²⁹, v katerem je sodnik Scalia v mnenju večine sodnikov poudaril, da zgodovinska tradicija ameriške družbe nikdar ni štela moškega in njegove poročene ljubice za družino, ki bi bila deležna ustavnega varstva.

²⁷ Temu stališču je pritrdil sodnik Powell, ki je bil sicer na strani večine petih sodnikov.

²⁸ *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78, 94 (1987).

²⁹ *Michael H v. Gerald D.*, 491 U.S. 110 (1989).

Sodišče je kot ustavnega potrdilo zakon zvezne države Kalifornija, ki je določal, da je zakonski otrok samo tisti otrok, rojen v zakonski zvezi moškega in ženske, ki živita skupaj.³⁰ Sodnik Scalia, ki se mu je izrecno pridružil samo sodnik Rehnquist, je predlagal novi, skrajno restriktivni test za potrebe t. i. analize »substantive due process«, po katerem je mogoče kot temeljno pravico priznati samo pravico, ki jo je kot temeljno mogoče opredeliti, upoštevajoč zgodovinsko tradicijo ameriške družbe.³¹ Scalia je bil temu prepričanju, ki na sodišču ni bilo splošno sprejeto, in omenjenemu testu zavezan tudi v primerih *Romer* in *Lawrence* (v nadaljevanju).

Napoved, da bo najverjetneje prišlo do odstopa VS od odločitve večine vrhovnih sodnikov v primeru *Bowers*, je potem, ko je tedanji predsednik ZDA Bill Clinton za sodnika vrhovnega sodišča ZDA imenoval sodnika Ginsburga in Breyerja, VS dalo v primeru *Romer v. Evans* leta 1996³². Sodišče je v tem primeru razveljavilo ustavni amandma zvezne države Colorado, ki je oblastem prepovedoval, da bi gejem, lezbijkam in biseksualcem namenile posebno varstvo pred diskriminacijo. VS v ukrepu države ni prepoznalo ne legitimnega interesa in nerazumne povezave ukrepa z možnim in od strani države zatrjevanim interesom. Odločitev je bila sprejeta s šestimi glasovi proti trem, v mnenju večine, ki ga je pripravil sodnik Kennedy, pa je bila izpostavljena ugotovitev, da razveljavljeni amandma ne prepoveduje državi postavljanja homoseksualcev v privilegiran položaj, pač pa postavlja homoseksualce v slabši položaj v primerjavi s preostalimi pripadniki družbe. Po mnenju večine šestih sodnikov je namreč amandma samo homoseksualcem odvzel možnost uveljavljanja določene pravne zaščite za škodo, ki bi jo v javni ali v zasebni sferi pretrpeli zaradi diskriminacije. Po njihovem mnenju je ustavno nesprejemljiv »animus«, torej namen, s katerim je utemeljen razveljavljeni amandma in ki se kaže v želji

³⁰ Iz ločenega mnenja sodnika Cordya v primeru *Goodridge II.* (predstavljenem v nadaljevanju): »If a married man impregnates a woman who is not his wife, the law contains no presumption that overrides the biological mother's status and presumes the child to be that of the biological father's wife. By comparison, if a married woman becomes impregnated by a man who is not her husband, the presumption makes her husband the legal father of the child, depriving the biological father of what would otherwise be his parental rights. See *Michael H. v. Gerald D.*, 491 U. S. 110 (1989); *Matter of Walter*, 408 Mass. 584 (1990).«

³¹ Scalia je prepričan, da so z vidika »substantive due process« kot temeljne pravice pomembne samo tiste pravice, ki jih je kot take mogoče opredeliti kot rezultat poglobitve »to the most specific level at which a relevant tradition protecting, or denying protection to, the asserted right can be identified«. Gre torej za t. i. »most specific level approach«. Scalia je to prepričanje dopolnil v primeru *Reno v. Flores* iz leta 1993, ko je kot temeljne pravice opredelil tiste pravice, ki so »so rooted in the traditions and conscience of our people as to be ranked as fundamental«. Teorija pojasnjuje, da je Scalia v teh primerih poskušal prepričati sodnike, da bi določili strožji standard v okviru »substantive due process«, ki bi onemogočal priznavanje novih pravic kot temeljnih pravic. O vprašanju temeljnih pravic v tem in njemu podobnem kontekstu glej Nowak in Rotunda, navedeno delo, str. 527–532; Barron J. A., Dienes C. T., navedeno delo, str. 218.

³² *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

škodovati določeni politično nezaželeni skupini ljudi, kot takšen pa ne more pomeniti legitimnega interesa države. Mnenje večine je kot eno izmed svojih osrednjih sporočil izpostavilo prepričanje, da je v središču ustavnega varstva enakosti načelo, po katerem mora država ostati odprta in nepristranska do vseh tistih ljudi, ki zahtevajo njeno zaščito.³³ Omenjeno implicitno napoved VS, dano z mnenjem večine šestih sodnikov v tem primeru, da utegne kmalu priti do odstopa od precedenčne odločitve v primeru *Bowers*, potrjuje tudi odklonilno ločeno mnenje sodnika Scalia: »If it is constitutionally permissible for State to make homosexual conduct criminal, surely it is constitutionally permissible for a State to enact other laws merely disfavoring homosexual conduct ...«³⁴ Četudi v mnenju večine sodnikov primer *Bowers* ni bil izrecno omenjen, se je zdelo ustavnosodnim komentatorjem nedvoumno, za kakšno napoved VS gre.

In imeli so prav. VS ZDA je lani poleti (junija 2003) z odločitvijo v primeru *Lawrence v. Texas*³⁵ odstopilo od precedensa *Bowers*. Sodišče je med drugim odločilo, da tudi homoseksualcem pripadata *ustavna pravica do zasebnosti* in *ustavno varovana svoboda izbire*. Pri tem se je VS ZDA sklicevalo na sodno prakso Evropskega sodišča za človekove pravice (primer *Dudgeon proti Združenemu kraljestvu*³⁶) in je med drugim tudi menilo, da večinska morala oziroma morala vladajoče večine, tudi tradicionalna prepričanja večine državljanov, ni zadostno merilo za priznanje legitimnosti državnega interesa³⁷. Tako je večina istih šestih sodnikov pritrdila mnenju manjšine štirih sodnikov, ki ga je v primeru *Bowers* pripravil sodnik Blackmun.

³³ Mnenju večine so nasprotovali sodniki Scalia, Rehnquist in Thomas. Scalia je odločitvi večine očital političnost pri sprejemu odločitve in uveljavljanje svojih lastnih kulturno-vrednostnih preferenc.

³⁴ Scalia je tudi menil, da je šlo v tem primeru za legitimen interes države zavarovati prevladujočo spolno moralo večine prebivalcev zvezne države Colorado s prepovedjo t. i. »preferenčne obravnave« homoseksualcev.

³⁵ Za predstavitev in komentar tega primera glej Andrej Kristan, omenjeni članek.

³⁶ ESČP je v tem primeru odločilo, da je posameznikovo spolno življenje bistvena sestavina njegovega zasebnega življenja. Sodišče je tudi odločilo, da je kazenska prepoved sporazumnega homoseksualnega spolnega občevarja med dvema odraslima osebama v zasebnem okolju v nasprotju z 8. členom EKČP. Odločitev je sodišče potrdilo tudi v primerih *Norris proti Irski*, *Modinos proti Cipru* in *Sutherland proti Združenemu kraljestvu*. Glej Gordon R., Ward T., Eicke T., *The Strasbourg Case Law. Leading Cases from the European Human Rights Report*, Sweet & Maxwell, 2001, str. 915–922; Alastair Mowbray, *Cases and Materials on the European Convention on Human Rights*, Butterworths, 2001, str. 347–350. Nenazadnje je tudi EU sprejela *resolucijo o enakih pravicah homoseksualcev in lezbijk v EU* (OJ No. C 61/40, 28. 2. 1994). Resolucija si prizadeva za odpravo preiganja homoseksualnosti kot nečesa, kar vznemirja oziroma moti javnost in kar je sprejeto kot velika nespodobnost. Hkrati si resolucija prizadeva za odpravo ovir, ki homoseksualnim parom onemogočajo sklenitev zakonske zveze ali druge pravno enakovredne življenjske skupnosti, tudi za odpravo omejitev, s katerimi se homoseksualni pari srečujejo v zvezi s starševstvom, posvojitelstvom in rejništvom ...

³⁷ Takemu stališču je v odklonilnem ločenem mnenju ostro nasprotoval sodnik Scalia in pri tem postavil retorično vprašanje, ali imajo prevladujoča moralna prepričanja ljudi sploh še mesto v pravu.

Na tem mestu je treba poudariti, da četudi VS ZDA do odločitve v primeru *Lawrence* ni razveljavilo nobenega zakona, ki je prepovedoval sporazumno homoseksualno sodomijo med odraslimi osebami, so se za nasprotni ustavno-pravni pristop na temelju ustavnih ureditev posameznih zveznih držav odločila ne le nekatera zvezna vrhovna sodišča, temveč tudi zakonodajni organi nekaterih zveznih držav.³⁸

In nenazadnje, sedanja ameriška federalna zakonodaja vendarle prepoveduje priznanje veljavnosti zakonskih zvez istospolnih partnerjev, uzakonjenih v zveznih državah, na federalni ravni in hkrati dovoljuje drugim zveznim državam, da ne priznajo veljavnosti takšnih zakonskih zvez v okviru svoje jurisdikcije³⁹. Z drugimi besedami, »Defense of Marriage Act« (DOMA), ki sta ga leta 1996 potrdila tako ameriški kongres kakor tudi senat, podpisal pa ga je tudi tedanji predsednik Clinton, sam po sebi ne prepoveduje homoseksualnih zakonskih zvez, vendar pa za primer, če bi posamezne zvezne države uzakonile takšno pravico za homoseksualne partnerje, prepoveduje njihovo priznavanje na federalni ravni. Upoštevajoč federalno ureditev t. i. dvojne suverenosti oziroma avtonomije zveznih držav⁴⁰ in to, da tudi Ustava ZDA in prav tako njen tudi XIV. amandma zagotavljata minimalno raven varstva človekovih pravic in svoboščin⁴¹, sleherni zvezna država ostaja svobodna pri nadaljnjem, z minimalnimi standardi federalne ustave skladnim urejanju težavnih vprašanj v zvezi s svobodo in pravicami posameznikov, seveda upoštevajoč določbe ustave sleherne zvezne države.⁴² To načelo je postavljeno v središče ustavnosodnega utemelje-

³⁸ Gre za 24 zveznih držav, ki so dekriminalizirale sporazumno homoseksualno sodomijo med odraslimi osebami. Takšno zakonodajo so kot protiustavno razveljavila vrhovna sodišča zveznih držav Kentucky, New York in Pennsylvania. Craig R. Ducat, navedeno delo, str. 900.

³⁹ 1 U.S.C. § 7 (2000): »In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word 'marriage' means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word 'spouse' refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife«.

⁴⁰ Prim. Laurence Tribe, navedeno delo, str. 156–173 idr.

⁴¹ Povzeto po odločbi VS Massachusetts v primeru *Goodridge*: »... We would do a grave disservice to every Massachusetts resident, and to our constitutional duty to interpret the law, to conclude that the strong protection of individual rights guaranteed by the Massachusetts Constitution should not be available to their fullest extent in the Commonwealth because those rights may not be acknowledged elsewhere. We do not resolve, nor would we attempt to, the consequences of our holding in other jurisdictions. ... Under our Federal system of dual sovereignty, and subject to the *minimum requirements* of the Fourteenth Amendment to the United States Constitution, »each State is free to address difficult issues of individual liberty in the manner its own Constitution demands«.

⁴² V nekaterih člankih sem posebej opozoril na to, da sta takšen minimum v evropskem prostoru Evropska konvencija o človekovih pravicah in sodna praksa Evropskega sodišča za človekove pravice; Andraž Teršek, *Med Strasbourgom in Ljubljano*, Pravna praksa, št. 6-7/2003, str. 45; *Ustavnopravna analiza razmerja med 35. in 37/2 členom Ustave RS ...*, Pravna praksa, št. 10-11/2003, priloga; *ZDIJZ-nad konvencijo in proti ustavi*, Pravna praksa, št. 3-4/2004, str. 53; *Ustava ne prenese črkobralskega formalizma*, Pravna praksa, št. 8-9/2004, str. 35.

vanya razlogov tistih ameriških zveznih sodnikov, ki prikrajšanost homoseksualcev za pravico do sklenitve zakonske zveze vrednotijo kot protiustavno diskriminacijo.

2. Homoseksualno partnerstvo v praksi vrhovnih sodišč nekaterih ameriških zveznih držav

Primer *Baker v. Neslon* iz leta 1971 je prvi ustavnosodni primer v zvezi z zatrjevanjem pravice homoseksualcev do sklenitve zakonske zveze. VS zvezne države Minnesota je v tem primeru pritožniku odgovorilo, da za njegove argumente o kršenju ustavnih pravic do dolžnega pravnega ravnanja (»due process«) in enakosti pred zakonom (»equal protection«) z nepriznanjem pravice homoseksualcev do sklenitve zakonske zveze »sodišče ne najde podpore v nobeni odločitvi Vrhovnega sodišča ZDA.« V primeru *Jones v. Hallahan* iz leta 1973 je kentuckyjsko vrhovno sodišče zavrnilo argumente lezbičnega para, da neodobritev njuni prošnji za izdajo poročnega dovoljenja krši njune temeljne pravice do sklenitve zakonske zveze, združevanja in svobodnega izražanja verskega prepričanja. Sodišče se ni želelo soočiti s tem ustavnopravnim vprašanjem in je pritožbo zavrnilo z argumentom, da tega, kar lezbični par zahteva od oblasti, ni mogoče opredeliti kot zakonsko zvezo. Leta 1974 v zadevi *Singer v. Hara* VS zvezne države Washington ni pritrdilo trditvam gejevskega para, da se jima z nedovolitvijo sklenitve zakonske zveze krši ustavna pravica do enakega varstva pravic. Po mnenju sodišča je bil namen enakega varstva pravic preprečiti pravno diskriminacijo med moškimi in ženskami na temelju spola.

Leta 1975 je VS zvezne države Kolorado v primeru *Adams v. Howerton* sprejelo radikalno odločitev v zvezi s pravico homoseksualnega para do priznanja

Posebej kritičen sem do tega, da Ustavno sodišče RS, predvsem po izteku mandata nekdanjemu predsedniku tega sodišča Francu Testenu, tega dejstva, pravzaprav ustavnopravnega načela in pomembne ustavnosodne logike ne želi ali noče eksplicitno priznati oziroma potrditi, utrditi. Slovensko ustavno sodišče se prepogosto sklicuje na EKČP takrat, ko bi se moralo sklicevati na Ustavo RS in na njeno raven varstva določenih pravic ali ko bi moralo ostati zavezano uveljavljeni slovenski ustavnosodni praksi, ki presega konvencijsko varstvo. V zadnjem času to sodišče celo zmanjšuje z našo ustavo zagotovljeno in v slovenski ustavnosodni praksi že doseženo raven varstva človekovih pravic, posebno na področju kazenskega procesnega prava kot na *de facto* najboljčutljivešem pravnem področju. To dejstvo ocenjujem kot skrajno skrb zbujajoče. S tem v zvezi glej Ciril Ribičič, *Tisoč štirinajst*, Pravna praksa, št. 7 / 2004, uvodnik; Andraž Teršek, *Čemu ustavnosodno zniževanje kazensko-procesnih pravic*, Pravna praksa, št. 12 / 2004, str. 29. In nenazadnje, posebej zaskrbljen sem tudi zaradi tega, ker slovensko ustavno sodišče v zadnjem obdobju radikalno oži kriterije za priznavanje pravnega interesa pri vlaganju ustavnih pritožb.

V tej številki Revusa na »minimalistično« logiko varstva temeljnih pravic in svoboščin v okviru ameriške federacije (Listina pravic in amandmaji k Ustavi ZDA kot minimum varstva pravic v ZDA) v svoji razpravi opozarja prof. Boštjan M. Župancič.

zakonske zveze. Ameriški in avstralski državljani sta se kot par pritožila zaradi nepriznanja njune zakonske zveze, sklenjene z namenom, da bi avstralski državljani kot zakonci ameriškega državljana pridobili pravico do bivanja v ZDA. Par je poročil neki koloradski duhovnik, poročno dovoljenje pa so jima izdale oblasti mesteca v tej zvezni državi. VS je odločilo, da beseda »zakonec« običajno pomeni osebo, ki je nasprotnega spola, in da zakon o imigracijah iz leta 1965 izrecno prepoveduje osebam s »spolno deviantnostjo« oziroma homoseksualcem vstop v ZDA.

Istega leta je VS zvezne države Ohio v primeru *Thorton v. Timmers* zavrnilo zahtevo lezbičnega para po izdaji dovoljenja za sklenitev zakonske zveze in odločitev utemeljilo s prepričanjem, da je izrecna volja zakonodajalca omogočiti sklenitev zakonske zveze samo osebam nasprotnega spola. Devet let kasneje je VS zvezne države Pensilvanija v primeru *De Santo v. Barnsley* zavrnilo zahtevo homoseksualnega para po razvezi zakonske zveze. Par se je skliceval na institut »common-law zakonske zveze«, ki je sprejet v nekaterih zveznih državah in kot zakonca priznava osebi, ki živita skupaj, imata namen skleniti zakonsko zvezo in se v javnosti kažeta kot zakonca, na da bi bila tudi formalno sklenila zakonsko zvezo. VS se je postavilo na stališče, da mora odločitev o tem, ali omenjeni institut velja tudi za homoseksualne partnerje, sprejeti zakonodajalec. Leta 1990 je VS zvezne države New York v zadevi *Matter of Estate of Cooper* zavrnilo zahtevke za dedovanje homoseksualnega ljubimca po umrlem in pri tem odločilo, da homoseksualni partnerji nimajo ustavne pravice do sklenitve zakonske zveze. Leta 1995 je pritožbeno sodišče zvezne države Washington v primeru *Dean v. District of Columbia* odločilo, da obstoječa zakonodaja dovoljuje okrožjem zavrniti prošnje za sklenitev zakonske zveze med homoseksualnimi partnerji.

Decembra leta 1999 je havajsko VS končalo več let trajajoči postopek v primeru *Baehr v. Muke*. Pritožnik je v tem primeru zatrjeval diskriminatornost havajske pravne ureditve postopka pridobitve dovoljenja za sklenitev zakonske zveze. Prišlo je do odmevne javne razprave v zvezi z vprašanjem, ali naj federalna zakonodaja vendarle omogoči priznanje homoseksualnih zakonskih zvez, sklenjenih v določeni zvezni državi, od strani druge zvezne države. VS je postopek ustavilo z utemeljitvijo, da je zakonodajalec že sprejel odločitev o tem vprašanju, še preden bi VS lahko meritorno odločilo o primeru.

Enajst dni kasneje je vermontsko vrhovno sodišče z odločitvijo v primeru *Baker v. State* naložilo zakonodajalcu vzpostavitev takega pravnega sistema, ki bo homoseksualnim partnerjem omogočal ugodnosti in varstvo, tradicionalno zagotovljene heteroseksualnim zakoncem. Upoštevajoč sodbo VS je bil leta

2000 sprejet zakon o življenjskih skupnostih istospolnih partnerjev, ki sicer izključuje možnost sklenitve zakonske zveze, določa pa številne ugodnosti, ki so jih deležni zakonci.⁴³

Leta 2002 je ontarijsko višje sodišče naložilo zakonodajalcu razširitev definicije zakonske zveze z vključitvijo homoseksualnega partnerstva. Po mnenju senata treh sodnikov je prepoved homoseksualnih zakonskih zvez v nasprotju s kanadsko listino pravic. Tudi sodišča Britanske Kolumbije in Quebeca so sprejela odločbe v prid homoseksualnim zakonskim zvezam. Oblasti v Ottawi so sredi leta 2003 napovedale sprejetje zakonodaje, ki bo dovoljevala homoseksualne zakonske zveze, hkrati pa bo cerkvi in verskim skupinam dovoljevala, da urejajo to vprašanje v skladu s svojim prepričanjem. Kanadsko vrhovno sodišče se še ni izreklo do vprašanja o pravici homoseksualnih parov do sklepanja zakonskih zvez, je pa že odločilo, da homoseksualnim partnerjem ni dovoljeno zanikati ugodnosti, ki sicer gredo zakoncem.

3. *Goodridge*: štirje glasovi za

Zdi se, da so na odločitev Vrhovnega sodišča zvezne države Massachusetts (v nadaljevanju VSM) v primeru *Goodridge* znatno vplivale ne le poprejšnje odločitve vrhovnih sodišč nekaterih zveznih držav v podobnih primerih, temveč tudi ali predvsem odločitev VS ZDA v primeru *Lawrence*. V mnenju večine štirih vrhovnih sodnikov (v nadaljevanju tudi sodišča), ki ga je napisala predsednica sodišča M. H. Marshall, je zapisano, da je zakonska zveza vitalna družbena institucija, ki pomeni ekskluzivno predanost dveh posameznikov drug drugemu v smislu ljubezni in medsebojne pomoči. Tako zakonska zveza pripomore k družbeni stabilnosti. Po mnenju sodišča zakonska zveza po eni strani ustvarja za zakonske partnerje in njihove otroke pravne, ekonomske in socialne ugodnosti, po drugi strani pa zanje ustvarja tudi številne obveznosti. Sodišče je s tem v zvezi odločilo, da država ne more zanikati teh zagotovil, ugodnosti in obveznosti istospolnim partnerjem, ki želijo skleniti zakonsko zvezo, saj massachusettska ustava vsem posameznikom zagotavlja enakost in varstvo njihovega dostojanstva ter tako prepoveduje ustvarjanje t. i. drugorazrednih državljanov.

⁴³ Zakon homoseksualnim partnerjem omogoča: »Use of family laws such as annulment, divorce, child custody, child support, alimony, domestic violence, adoption and property division; the right to sue for wrongful death, loss of consortium and any other tort or law related to spousal relationships; medical rights such as hospital visitation, notification and durable power of attorney; family leave benefits; joint state tax filing; property inheritance without a will.«

Sodišče je ustavnosodno presojo eksplicitno utemeljilo s »testom razumnosti«.⁴⁴

Mnenje večine sodnikov sicer priznava, da je odločanje o družbenih (»social«) in političnih (v smislu »policy«) vprašanih naloga zakonodajalca, vendarle pa se za zakone, ki jih zakonodajalec sprejema, vselej lahko naloži sodna presoja glede ustavnosti. Sodišče zato ugotavlja, da zakonodajalčeva prepoved sklepanja zakonske zveze med istospolnimi partnerji ustvarja globoko in strah zbujajočo stisko za družine istospolnih partnerjev, in sicer brez *razumne podlage*. Tako je po mnenju sodišča otrokom istospolnih partnerjev odvzeta možnost uživanja neizmerljivih ugodnosti, ki izhajajo iz zagotovil stabilne strukture družine in v katerih potekajo vzgoja, izobraževanje in socializacija otrok. Tako kaznovanje otrok, v smislu odvzema možnosti za uživanje državnih ugodnosti zaradi spolne usmerjenosti njihovih staršev po mnenju večine štirih sodnikov ni razumno. Večina sodnikov je hkrati zavrnila trditev države, da je primarni namen zakonske zveze spočetje otrok oziroma prokreacija, in je nasprotno menila, da je *sine qua non* zakonske zveze trajna predanost zakonskih partnerjev drug drugemu. Večina massachusettskih vrhovnih sodnikov je prepričana, da njihova odločitev ne posega v temeljno družbeno vrednost zakonske zveze, saj so istospolni partnerji pripravljeni prevzeti obveznosti, ki izhajajo iz zakonske zveze, kar še dodatno utrjuje pomen, ki ga ima zakonska zveza v veljavnem pravnem redu in človeškem duhu (»human spirit«). Primer *Goodridge* je tako sodna reformulacija definicije zakonske zveze, kot se je razvila v okviru sistema *common-law* in ki jo odločba massachusettskega vrhovnega sodišča opredeljuje kot prostovoljno skupnost dveh oseb kot zakoncev ob izključenosti vseh drugih. Odločitev sodišča je hkrati v nasprotju z že omenjenim federalnim zakonom, ki zakonsko zvezo opredeljuje kot skupnost heteroseksualnih partnerjev. Po mnenju sodišča pravica do sklenitve zakonske zveze ne pomeni veliko, če ne vključuje pravice do sklenitve zakonske zveze z določeno osebo po lastni izbiri.

V pritrdilnem ločenem mnenju je sodnik Greaney menil, da bi bilo primer treba rešiti z uporabo tradicionalne analize enakega varstva pravic (»equal pro-

⁴⁴ *Test razumnosti* pomeni ustavnosodno iskanje odgovora na vprašanje, ali je ukrep države, ki restriktivno posega v pravice oziroma položaj določenih posameznikov ali skupine ljudi, v razumni povezavi s ciljem, ki ga država želi po tej poti doseči. V obravnavanem primeru gre tako za vprašanje, ali razlikovanje med heteroseksualnimi in homoseksualnimi partnerji, ki zadeva vprašanje sklepanja zakonskih zvez, temelji na »conceivable rational basis« oziroma na razumni osnovi.

tection») in z uporabo ustavnosodnega standarda stroge presoje (»strict scrutiny«). Po njegovem mnenju prepoved sklepanja zakonske zveze istospolnih partnerjev pomeni kategorično omejitev temeljne pravice (»fundamental right«). Ustavnopravno najzanimivejši je sodnikov argument, da se je v tem primeru treba sklicevati na izvirni 1. člen massachusettske deklaracije pravic, in ne na leta 1976 amandmirani 1. člen te deklaracije, ki je tudi po njegovem mnenju odraz volje volivcev, da se ne dovoli sklepanje zakonskih zvez med istospolnimi partnerji. Sodnik Greaney se je torej skliceval na uveljavljeno in utrjeno načelo enakega varstva pravic, ki hkrati zgodovinsko predhodi amandmaju iz leta 1976, in ga postavil nad kasneje izraženo večinsko voljo ljudi.

4. Trije glasovi proti

Po mnenju treh sodnikov, ki so dali odklonilna ločena mnenja, zakon o zakonski zvezi, ki je bila (tudi na federalni ravni) zgodovinsko interpretirana kot skupnost moškega in ženske, ni v nasprotju z massachusettsko ustavo, saj po njihovem mnenju lahko zakonodajalec razumno sklepa, da tako razumljena in uzakonjena zakonska zveza pomeni uresničevanje legitimnega interesa države za zagotavljanje, promoviranje in podpiranje optimalne družbene strukture, ki je potrebna za varstvo in vzgojo otrok. Sodniki mnenju večine očitajo *sodni aktivizem*, saj gre po njihovem mnenju v tem primeru za vprašanje t. i. občutka za pravo politiko (»notion of correct policy«) oziroma za problem, za katerega reševanje je pristojen s pomočjo mehanizma volitev konstituiran zakonodajni organ. Odklonilna ločena mnenja so tudi odsev prepričanja treh sodnikov, da v tem primeru ne gre za problem poseganja države v osebno svobodo posameznikov, temveč za vprašanje, ali mora država prenesti in podpreti (»endorse and support«) odločitve istospolnih partnerjev s spremembo institucije zakonske zveze, da bi jim tako omogočila uživanje zadevnih ugodnosti, obveznosti in odgovornosti. Po njihovem mnenju gre na eni strani za vprašanje, ki je globoko zasidrano v socialni politiki, na drugi strani pa, kot npr. pojasnjuje sodnik Spina, za vprašanje moči zakonodajalca, da uveljavi družbene spremembe brez vmešavanja sodišč. Po mnenju sodnice Sosman je v središču problem, ali je razumno, da je odločitev o tem, ali je v danih družbenih okoliščinah mogoče spremeniti definicijo zakonske zveze brez povzročitve škodljivih posledic za zakonsko zvezo in brez negativnega vplivanja na kritično vlogo, ki jo ima zakonska zveza v družbi, pridržana zakonodajalcu. Po njenem mnenju je treba

pri snovanju odgovora na vprašanje istospolnih zakonskih zvez upoštevati dejstva, da v družbi ni konsenza o tem vprašanju⁴⁵, da tudi med znanstveniki, ki se ukvarjajo s tem problemom, ni soglasja in da hkrati ni mogoče govoriti o rezultatih opazovanja strukture družine istospolnih partnerjev, ker takšno opazovanje do tega trenutka še ni bilo mogoče. Upoštevajoč našeto se zdi sodnici razumno, če zakonodajalec odloži sleherno redefinicijo zakonske zveze, ki bi vključevala istospolne partnerje, dokler ne bo mogoče z gotovostjo trditi, da takšna redefinicija ne bo imela nenameranih in neželenih družbenih posledic. O tem vprašanju bi po mnenju trojice sodnikov torej vselej moral odločati zakonodajalec, ki je zanje edini legitimni nosilec moči pravnega urejanja zakonske zveze.

5. Massachusettsko vrhovno sodišče potrdi predhodno odločitev

a) Odločnost četverice

Z vidika pravnih posledic mnenja večine sodnikov v primeru *Goodridge* odločitev sodišča zahteva sprejetje zakona, ki bo dovoljeval civilno poroko med istospolnimi partnerji, in sicer v obdobju naslednjega pol leta oziroma 180 dni. Odločitev sodišča kot takšna de facto in de iure ne dovoljuje zakonodajalcu, da bi z zakonom omogočil zgolj sklepanje življenjskih skupnosti med istospolnimi partnerji (npr. po vermontskem zgledu) in tako določil pravice in obveznosti, ki bi bile bistveno podobne tistim, ki opredeljujejo zakonsko zvezo, le da se življenjska skupnost homoseksualnih partnerjev ne bi imenovala zakonska zveza. Massachusettski guverner Romney, ki je pohitel s kritiko odločbe sodišča, je napovedal možnost amandmiranja ustave te zvezne države in opredelitev zakonske zveze kot skupnosti moškega in ženske. A takšnega ukrepa najverjetneje ni mogoče izvesti prej kot v treh do štirih letih. Hkrati bi lahko guverner vložil veto na sprejem zakona, ki naj bi izvršil odločitev Vrhovnega sodišča. Z ustavnopravnega vidika je bilo pričakovati nezavidljiv zaplet, pravzaprav »spopad« med massachusettskim zakonodajalcem in VS. Po drugi strani se je nekaterim ustavnosodnim komentatorjem zdelo, da bi bilo do določene mere pravzaprav presenetljivo, če bi VS res razveljavilo zakon, ki bi šestih mesecev

⁴⁵ V Massachusettsu naj bi 50 % ljudi pritrjevalo pravici homoseksualcev do sklenitve zakonske zveze, 44 % prebivalcev te ameriške zvezne države pa naj bi temu nasprotovalo. Pravno institucionalizacijo homoseksualnih življenjskih skupnosti (»civil unions«) naj bi podpiralo 58 % prebivalcev Massachusettsa, 35 % pa naj bi jih bilo proti (*Boston Globe on Internet*, 4. 8. 2003).

uzakonil zgolj možnost sklepanja življenjskih skupnosti med istospolnimi partnerji, saj bi se tako prvotni namen sodišča – varstvo pravic homoseksualcev – lahko izvotlil, z drugimi besedami, družbeni položaj homoseksualcev bi se lahko, celo dolgoročno, še poslabšal.

Massachusettski senat je pohitel s sprejetjem zakonskega predloga št. 2175, ki prepoveduje sklepanje zakonskih zvez med homoseksualnimi partnerji, hkrati pa jim dovoljuje sklepanje življenjskih skupnosti (»civil unions«) ter jim omogoča vse ugodnosti, varstvo, pravice in odgovornosti, ki pripadajo heteroseksualnim zakoncem. Vrhovno sodišče se je soočilo z vprašanjem, ali bi bil predlagani zakon v nasprotju z odločitvijo sodišča v primeru *Goodridge* oziroma ali je predlagana dopolnitev zakonodaje v skladu z načeli »equal protection« in »due process«, zapisanimi v massachusettski ustavi, in ali je v skladu s 1., 6., 7., 10., 12. in 16. členom massachusettske deklaracije pravic.

Odgovor sodišča, ki ga je sprejela ista »goodridgejeva« večina štirih sodnikov, je bil odločen in jedrnat: »Ne.« Sodniki, ki so tej odločitvi nasprotovali, so svoje nestrinjanje pisno pojasnili. Zaradi ustavnopravne zanimivosti in večše argumentiranih stališč v nadaljevanju posebno pozornost namenjam prikazu »odklonilnih ločenih mnenj« sodnice Marthe Sosman, ki se ji je pridružil sodnik Spina, in sodnika Cordyja. Iz teh mnenj je posredno razviden tudi način ustavnopravne utemeljitve razlogov preostale četverice sodnikov.

b) Nestrinjanje Sosmanove in Cordyja z odločitvijo četverice

Pogled sodnice Sosmanove na vprašanje, ali bi bil zakon, ki bi homoseksualnim parom omogočal življenjsko skupnost z vsemi pravno priznanimi ugodnostmi, varovali, pravicami in odgovornostmi, ki sicer gredo heteroseksualnim zakoncem, le da bi se njihova zveza drugače imenovala (»civil union« namesto »civil marriage«), v nasprotju z massachusettsko ustavo, je drugačen od mnenja omenjene četverice. Sodnica je poudarila, da gre v tem primeru za povsem drugo vprašanje kot pri prvem odločanju v zadevi *Goodridge*. Takrat je namreč šlo za zakon, ki je homoseksualnim parom v celoti odrekal te ugodnosti, pravice itd. in je VS ugotovilo protiustavnost takšnega zakona, odločitev pa utemeljilo s »testom razumnosti«. Tokrat gre po njenem prepričanju zgolj za vprašanje pravne opredelitve oziroma imena homoseksualnih partnerstev.

Sosmanova meni, da bi bilo povsem logično, če bi zakonodajalec dve pravni ureditvi drugače poimenoval, kadar bi bila med ureditvama določena vsebinska razlika in bi bilo zato takšno »imensko« razlikovanje »razumno«. Sodnica pri tem pojasni, da je z ustavnopravnega vidika v primerih uporabe testa razum-

nosti (»concievable, rational basis«) irelevantno, če je razlog (»reason«), s katerim zakonodajalec utemeljuje zakonsko klasifikacijo, tudi v resnici razlog, ki je zakonodajalca motiviral za sprejem takšne zakonske klasifikacije.⁴⁶ Uporaba testa razumnosti torej dopušča, da je dejanski namen zakonodajalca drugačen od zatrjevanega namena. Pri uporabi testa razumnosti zakonodajalcu ni treba razkriti dejanskega namena in tudi ni treba, da bi bil takšen dejanski namen zakonodajalca v ustavnopravnem smislu nesporen. Na tistih, ki zatrjujejo neustavnost zakona ob uporabi testa razumnosti, leži breme dokazovanja neobstoja razumne podlage za razlikovanje med homoseksualnimi in heteroseksualnimi partnerskimi skupnostmi.⁴⁷

Sodnica je prepričana, da med zakonskima ureditvama samo na prvi pogled (»at first blush«) ni vsebinske razlike: »Onkraj zmožnosti zakonodajalca in celo tega sodišča, da za homoseksualne pare določi enake ugodnosti in obveznosti kot za heteroseksualne zakonce.« Pomembne razlike so po njenem mnenju naslednje: niti federalna zakonodaja niti zakonodaja drugih zveznih držav ne bo pripoznala homoseksualnih parov kot »zakonskih parov zgolj zato, ker jim je država Massachusetts izdala potrdilo o sklenjeni »zakonski zvezi«⁴⁸. Homoseksualni pari, poročeni v Massachusettsu, zato ne bodo prikrajšani le za priznanje zakonske zveze in njenih ugodnosti, temveč tudi za obveznosti, ki izhajajo iz zakonske zveze ter za možnost sprožitve sodnega postopka za njeno razvezo.⁴⁹ Razlike bodo torej očitne, vsebinske, tudi povsem praktične (»difference in terminology reflects the reality«) in zatorej znatne. Drugačno poimenovanje homoseksualnih in heteroseksualnih zvez je zato po njenem mnenju »razumno«: »(U)nder the rational basis test, the sole question is whether a different name for the license being issued is a rational method of identifying those persons who would be eligible for constitutionally permissible differing treatment in future. It clearly is.«

⁴⁶ Sosmanova izpostavi primer *FCC v. Beach Communications Inc.*, 508 U.S.307, 315 (1993).

⁴⁷ Oziroma v originalnem besedilu: »It is of no consequence that the actual purpose that has motivated the proposed bill may be different from that just articulated. See *Prudential Ins. Co. v. Commissioner of Revenue*, 429 Mass. 560, 568 (1999), citing *FCC v. Beach Communications, Inc.*, 508 U.S. 307, 315 (1993). The criticism that my articulated rationale "is but a post hoc, imaginative theory created ... to justify different treatment," and not the actual rationale of the bill's proponents, ante at, is therefore beside the point. The rational basis test asks whether there is any conceivable basis for the distinction at issue. The test does not require that the Legislature disclose its actual motives or that those motives be pure. Nor does the test even place the burden on the Commonwealth to demonstrate the existence of a rational basis—rather, it is on those seeking to challenge the legislation to demonstrate the absence of any conceivable basis.«

⁴⁸ Sklicevanje na že omenjeni federalni zakon 1 U.S.C. § 7 (2000) in 28 U.S.C § 1738C (2000): »States not required to recognize relationship between same-sex couples as marriage even if another State treats that relationship as marriage«; P. Greenberg, *State Laws Affecting Lesbians and Gays*, National Conference of State Legislatures Legisbriefs at 1 (April/May 2001) (reporting that, as of May, 2001, thirty-six States had enacted "defense of marriage" statutes).

⁴⁹ *Rosengarten v. Downes*, 71 Conn. App. 372 (2002).

Da bi bila zakonodaja za obe vrsti partnerskih zvez v resnici identična, bi po njenem mnenju massachusettska zakonodaja morala za homoseksualne pare določati več, kot določa zdaj in kot naj bi določala s predlagano spremembo zakonodaje: davčna zakonodaja bi na državni ravni morala nadomestiti izgubo, do katere bi prišlo zaradi nepriznavanja davčnih ugodnosti na federalni ravni; enako velja za primer starševstva, tudi za socialno in zdravstveno zavarovanje; hkrati bi morala zakonodaja omogočati homoseksualnim parom, ki živijo v drugi državi, poročeni pa so v Massachusettsu, da pred massachusettskimi sodišči začnejo postopek za razvezo (zakonodaja kot pogoj za začetek razveznega postopka določa bivalno merilo). Tudi sicer je Sosmanova prepričana, da tako velikega zakonodajnega zakonodaja, kot je »popolno izenačenje« (»goal of complete equality« ali »'civil unions' that are to be complete functional equivalent of 'marriage'«) homoseksualnih in heteroseksualnih partnerskih zvez, ni mogoče izpolniti v 180 dneh, kot je to zahtevalo VS.

Sodnica Sosman v nadaljevanju ponovno pojasni, da je Sodišče že pri prvem odločanju o zadevi *Goodridge* uporabilo ustavnosodni test razumnosti, za katerega zadoščata presoja zatrtjevanega namena zakonodajalca in razumna povezava med ciljem zakonodajalca in presojanim ukrepom. Presoja zakonodajalčevega dejanskega namena, ki je lahko drugačen od zatrtjevanega, pride v poštev pri testu stroge ustavnosodne presoje (»strict scrutiny«), kadar so v središču presoje temeljne pravice (»fundamental rights«) ali suspektna klasifikacija (»suspect classification«). Sosmanova je v tem smislu kritična do določitve večine, ki je po njenem mnenju po eni strani izpostavila test razumnosti kot merilo ustavnosodne presoje v tem primeru, dejansko pa odločala, kakor da bi šlo za uporabo testa stroge presoje. Večina sodnikov je po njenem prepričanju štela homoseksualno spolno usmerjenost za vprašanje temeljne pravice in diskriminacijo na tem temelju za suspektno klasifikacijo v smislu ustavnega načela enakega varstva pravic (»equal protection«). Po njenem mnenju je to v nasprotju z massachusettsko ustavo. Sosmanova pojasnjuje, da je sodišče sprejelo takšen sklep s pretirano razširjeno interpretacijo splošne določbe massachusettske ustave o prepovedi diskriminacije na temelju spola, rase, barve kože, veroizpovedi ali nacionalnega izvora⁵⁰: »Today's answer to the Senate's question discards the fig leaf of the rational basis test and, relying exclusively on the rhetoric rather than the purported reasoning of *Goodridge*,

⁵⁰ Prvi člen *massachusettske deklaracije pravic*, amandmiran s 106. členom Amandmajev k massachusettski ustavi, določa: »All people are born free and equal and have certain natural, essential and unalienable rights; among which may be reckoned the right of enjoying and defending their lives and liberties; that of acquiring, possessing and protecting property; in fine, that of seeking and obtaining their safety and happiness. Equality under the law shall not be denied or abridged because of sex, race, color, creed or national origin.«

assumes that discrimination on the basis of sexual orientation is prohibited by our Constitution as if sexual orientation were indeed a suspect classification.«

Sosmanova je prepričana, da bi morala večina v tem primeru odločitev utemeljiti z novim testom, ki so ga sodniki očitno uporabili, ko so spolno usmerjenost opredelili kot suspektno klasifikacijo. Ne prvotna odločitev v primeru *Goodridge* ne tokratna odločitev večine ne pojasnjujeta, zakaj bi morala biti spolna usmerjenost vrednotena kot suspektna klasifikacija. Sodnica pojasni, da je samo sodnik Greaney utemeljeval svoje pritrjevanje mnenju večine z utemeljitvijo spolne usmerjenosti kot temeljne pravice in z uporabo testa stroge presoje, konča pa s prepričanjem, da ob uporabi testa razumnosti predlagane spremembe zakonodaje in drugačnega poimenovanja obeh zadevnih življenjskih skupnosti ni mogoče opredeliti kot protiustavne.

Sodnik Cordy je v odklonilnem mnenju naštel enake in podobne argumente kot sodnica Sosman, prav posebej tiste v zvezi z uporabo testa razumnosti in domnevo večine sodnikov o spolni usmeritvi kot suspektni klasifikaciji. Sodnik opozori na primer *Brown v. Board of Education* in pojasni, da je šlo v tem primeru za diskriminacijo, utemeljeno na rasi, kar Ustava ZDA izrecno prepoveduje, zato je bila rasa kot osebna okoliščina od nekdaj razumljena kot suspektna klasifikacija, ki z vidika XIV. amandmaja zahteva uporabo strogega testa presoje:⁵¹ »Central purpose of the Fourteenth Amendment was to eliminate racial discrimination emanating from the official sources in the States.« Cordy je prepričan, da se, upoštevajoč massachusettsko ustavo in ustavnosodno prakso, samo za zelo redke klasifikacije uporablja strogi test presoje. Problem, do katerega bi po njegovem mnenju pri homoseksualnih zakonskih zvezah prišlo v zvezi z vprašanjem starševstva, je utemeljil s sklicevanjem na odločitev VS ZDA v že omenjenem primeru *Michael H. v. Gerald D.* Po njegovem mnenju je vztrajanje večine pri stališču, da je predlagana sprememba zakonodaje protiustavna zgolj zaradi uporabe drugačnega imena življenjske skupnosti pri obeh vrstah partnerstva, nerazumno, tako kot je nerazumno nasprotovanje drugačnemu pojmovanju dveh ureditev, ki sta vsebinsko očitno drugačni in bi tudi morali biti drugačni, če naj se doseže resnična enakost obeh vrst partnerstva (v smislu argumentov Sosmanove). Cordy je razumel odločitev večine kot stališče, da imata obe vrsti partnerstva ustavno pravico do poimenovanja svoje zveze kot »zakonske zveze«, iz česar je sklepal, da bi večina kot protiustavno opredelila tudi poimenovanje heteroseksualnih partnerstev kot »civil unions«, to pa se mu zdi z ustavnopravnega vidika absurdno.

⁵¹ *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497, 499 (1954); *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216 (1944).

6. O morebitnih Goodridgeevih nadaljnjih (ustavno)pravnih, političnih in socialnih posledicah

Politične razsežnosti odločitve massachusettskega vrhovnega sodišča so bile pričakovane. Vprašanje porok istospolnih partnerjev je postalo pomemben del predsedniške kampanje. Ob tem, ko so se v številnih ameriških zveznih državah okrepili poskusi za sprejem ustavnih amandmajev, ki bi v zveznih ustavah zakonsko zvezo opredelil kot skupnost moškega in ženske, je predsednik Bush napovedal začetek postopka za sprejetje takega ustavnega amandmaja k federalni ustavi. Mnogi ameriški izobraženci, tudi pravni strokovnjaki, menijo, da utegne biti s političnega vidika (v smislu »policy«) odločitev massachusettskega vrhovnega sodišča prenačljiva, kar bi pomenilo, da gre v resnici za taktično napako sodstva pri zagotavljanju pravic homoseksualcev kot deprivilegirane družbene manjšine, posledica te napake pa bi lahko bila oslabitev gibanja za pravice gejev in lezbijk, morda celo popolna izguba bitke za njihovo enakopravnost pri priznavanju in uresničevanju pravic in svoboščin oziroma izguba bitke za bistveno izboljšanje njihovega družbenega položaja. Številne pravnike je že »zmedel« vnos lastnih političnih preferenc štirih vrhovnih sodnikov v massachusettsko ustavo. Z radikalnim sodnim aktivizmom in s prevzemanjem politične vloge zakonodajalca se sodne odločitve lahko srečajo z deficitom legitimnosti. V podobnih primerih se vselej sorazmerno na široko odprejo vrata ustavni krizi, posebno še, če zakonodajalec ne upošteva odločbe VS, sodišče pa v svoji odločenosti, da brani večinsko izglasovano stališče, ne popusti. In massachusettsko vrhovno sodišče ni popustilo. Medtem ko ameriški politični analitiki napovedujejo splošno republikansko podporo sprejetju omenjenega ustavnega amandmaja, po drugi strani demokratom pripisujejo delno distanciranje od vprašanja o sklepanju zakonskih zvez med istospolnimi partnerji in zavzemanje za kompromisno rešitev v smislu zakonske ureditve možnosti sklepanja določene oblike življenjske skupnosti med osebami istega spola. Ameriški novinar Stanley Kurtz (NRO, Hoover Institution) npr. meni, da družbene elite s tem, ko reformo zakonske zveze vsiljujejo nasprotnim prepričanjem večine javnosti, hipokritsko ustvarjajo tveganje za javno razpravo na temo, za katero še sami dobro ne vedo, da sploh obstaja.

Socialni vidik odločbe VS Massachusettsa in njene zakonske uresničitve vključuje napoved o prihodu velikega števila gejev in lezbijk v to zvezno državo, z namenom sklenitve zakonske zveze. Odločitev sodišča v primeru *Goodridge* je opogumila oblasti v nekaterih ameriških mestih, da so začele izdajati dovoljenja homoseksualnim partnerjem za sklenitev zakonske zveze. Ob tem, ko

utegne odločitev massachusettskega VS sprožiti tudi plaz sodnega aktivizma v drugih zveznih državah, tudi ni zanemarljiva bojazen, da se utegne poglobiti in zaostriti družbena polarizacija oziroma razdeliti mnenje javnosti v zvezi s tem vprašanjem. Medtem ko je bilo do tega trenutka za ameriško družbo in za ameriške medije, ki jim ameriški analitiki pripisujejo očitno pristranskost v zvezi s problemom družbenega položaja homoseksualcev, značilno, da so se izogibali temam v zvezi s pravicami homoseksualcev in razpravam na temo ureditve pravnega statusa njihovih partnerstev, se zdi, da bodo tovrstna vprašanja silovito prodrli na površje javnega življenja. Bojazen, da se bo to zgodilo na škodo homoseksualcev, je upravičena, saj zanesljiva večina ameriških državljanov nasprotuje možnosti sklepanja zakonskih zvez med istospolnimi partnerji, po drugi strani pa si kar tri četrtine zveznih držav prizadeva za sprejetje ustavnih amandmajev, ki bi zakonsko zvezo opredelili kot skupnost moškega in ženske. Ob povezavi socialnega, političnega in pravnega vidika obravnavane odločbe sodišča se napoveduje morebiten resen, v zgodovinskem smislu neprecedenčni konflikt med zveznimi zakonodajalci in javnostjo na eni strani ter sodno vejo oblasti in gibanji za pravice homoseksualcev na drugi strani. Čutiti je torej bojazen, da se bo dobronamernost sodstva in zagovornikov pravic homoseksualcev izjalovila in da bo izgubljena priložnost za postopno izboljšanje družbenega položaja gejev in lezbijk na srednji časovni rok.

Zagovorniki pravice homoseksualcev do sklenitve zakonske zveze problematizirajo predvsem odrekanje te pravice homoseksualcem s sklicevanjem na vero, ob tem pa so prepričani, da tako početje ni v skladu z načelom nevmešavanja države v verske zadeve in da ustave ni dopustno uporabiti za doseg religioznih ciljev. Jedro tega problema razumejo preprosto: »The case for allowing gays to marry begins with equality, pure and simple.«⁵² Zgodba o soočenju prevladujočega mnenja javnosti in sodnega aktivizma (kot poseganja v socialno politiko) se glede na pravice homoseksualcev do sklenitve zakonske zveze, s federalnega ustavnopravnega vidika pravzaprav šele začinja. Pričakovati je namreč, da bo v doglednem času, tudi kot posledica odločbe massachusettskega VS in odgovora nanjo v drugih zveznih državah, prišlo do sprožitve obravnavanega problema pred Vrhovnim sodiščem ZDA. Četudi lahko VS odločanje o tem vprašanju zavrne, kaže vnovič poudariti, da je to sodišče junija lani odločilo v že omenjenem in precedenčno nadvsem pomembnem primeru *Lawrence v. Texas*, kjer je večina šestih sodnikov v obrazložitvi sodbe med drugim menila, da tudi homoseksualcem pripadata ustavna pravica do zasebnosti in ustavno

⁵²The case for gay marriage, *The Economist*, 28. februar 2004, str. 9.

varovana »svoboda do izbire«. Pri tem se je VS ZDA sklicevalo na sodno prakso ESČP (precedenčni primer *Dudgeon v. United Kingdom*) in je med drugim menilo, da večinska morala, morala vladajoče večine, torej tudi tradicionalna prepričanja večine državljanov, *per se* še ne utemljujejo legitimnosti državnega interesa. Po mnenju šestih sodnikov VS ima v tem kontekstu prednost načelo enake svobode za vsakogar: »... *the Court's obligation is to define the liberty of all, not to mandate it's own moral code.*«

Pri urejanju vprašanj in zadev, ki niso pridržane za oblast, so ameriške zvezne države avtonomne. V skladu z doktrino »*full faith and credit*« si zvezne države mesebojno priznavajo svoje oblastne odločitve (javni akti, dokumenti) in sodne odločbe.⁵³ Če se bo VS ZDA spoprijelo z vprašanjem pravice homoseksualnih partnerjev do sklenitve zakonske zveze, bodo vrhovni sodniki najverjetneje morali izbirati med tremi osrednjimi alternativami odločanja: morali bodo vzpostaviti ustavnopravno razmerje med doktrino »*full faith and credit*«, zakonom o zaščiti zakonske zveze (»*Defense of Marriage Act*«) in načelnimi stališči posameznih zveznih držav o tem, da bi bile morebitne homoseksualne zakonske zveze v nasprotju z njihovo javno politiko. Med ustavnopravnimi teoretiki prevladuje prepričanje, da bi VS ZDA v vsakem drugem primeru dalo prednost doktrini »*full faith and credit*«. To naj bi posebej veljalo za konservativne vrhovne sodnike – Rehnquista, Scalia in Thomasa – ki so po eni strani zavezani konsistentnosti pri ustavnosodni interpretaciji, po drugi strani pa le malokdo resnično verjame, da bi glasovali v prid homoseksualnim zakonskim zvezam.

⁵³ »Section 1 of Article IV provides for »*full faith and credit*« in each state of the public acts, records, and judicial proceedings of every other state. This clause, which gives Congress the authority to legislate in order to promote comity, is normally considered in texts on Conflicts of Law or Choice of Law ...« Nowak in Rotunda, navedeno delo, str. 327; Tako kot so zvezna sodišča zavezana s to doktrino v svojem medsebojnem razmerju in v razmerju do federalnih sodišč, so tudi federalna sodišča zavezana s to doktrino v razmerju do zveznih sodišč. Oziroma tako kot morajo zvezna sodišča šteti odločitve federalnih sodišč za res judicata, morajo tudi federalna sodišča obravnavati zvezna sodišča kot enakovredna. Glej Tribe, navedeno delo, str. 298–299. VS ZDA je v preteklosti npr. že odločilo, da morajo zvezne države v skladu s to doktrino medsebojno priznavati razvezo zakonske zveze. Glej tudi *Black's Law Dictionary*, West Group Publishing, 1990, str. 672: »The clause of the US Constitution...which provides that the various states must recognize legislative acts, public records and judicial decisions of the other state within the United States. There are exceptions to this, a major one being that a state need not recognize a divorce decree of a state where neither spouse was a legal resident. Doctrine means that a state must accord the judgment of a court of another state the same credit that is entitled to in the courts of that state (Mophet v. Mophet...). A judgment or record shall have the same faith, credit, conclusive law or usage in the state from whence taken (Pennsylvania Fire Ins. Co. of Philadelphia v. Gold Issue Min. & Mill. Co...)«