

Paweł Laidler

Republikanie i demokraci wobec procesu judykalizacji amerykańskiej polityki Analiza z perspektywy problemu legalizacji małżeństw osób tej samej płci

Abstract: Republicans and Democrats on the process of judicialization of American politics. Analysis from the perspective of legalization of same-sex marriages

In June 2015 the Supreme Court issued a decision legalizing same-sex marriages in the United States. The problem of LGBT rights has become one of the major ideological clashes between the Republicans and Democrats, who present opposite approaches towards the scope of the constitutional right to privacy. The *Obergefell v. Hodges* precedent raises again the question of judicialization of American politics, the process which can be observed since the 1950s, and which becomes an apparent result of American courts' impact on important social and political relations. The article analyzes the arguments raised in political discussion over the issue of judicialization of politics from the perspective of the evolution of LGBT rights in the United States.

Key words: legalization of same-sex marriages, LGBT rights, American courts' impact, judicialization of American politics

Wprowadzenie

Zjawisko upolitycznienia amerykańskiego sądownictwa zostało szeroko opisane w wielu opracowaniach, w których autorzy zwracali uwagę na specyfikę strukturalno-kompetencyjną federalnej judykatury wynikającą z funkcjonowania w systemie *common law* oraz ze skutecznego podejmo-

wania przez sądy procesu kontroli konstytucyjności prawa¹. Wpływ trzeciej władzy na zagadnienia natury politycznej wydaje się dziś nieodłącznym elementem systemu kontroli i równowagi oraz jedną z najważniejszych cech współczesnej demokracji amerykańskiej. Sędziowie, dokonując interpretacji i redefinicji poszczególnych klauzul konstytucyjnych, determinują charakter relacji społecznych, gospodarczych i politycznych, stając się ważnym podmiotem w procesie ustalania granic kompetencji instytucji rządowych w myśl zasady ograniczonej władzy (*limited government*)² oraz określania zakresu obowiązywania praw i wolności obywatelskich, zwłaszcza z perspektywy ich fundamentalnego charakteru dla ochrony amerykańskich ideałów wolności (*scheme of ordered liberty*)³. W ten sposób, pomimo formalnych ograniczeń⁴, a także nałożonego przez Sąd Najwyższy zakazu rozstrzygania spraw natury politycznej (*political question*)⁵, judykatura wykorzystuje nadany prawem potencjał do ingerowania w zagadnienia związane z kierunkami polityki państwowej oraz sferą praw i wolności obywatelskich, stanowiących istotny problem również z punktu widzenia politycznego i ideologicznego.

Na wskazaną kwestię można spojrzeć z odwrotnej perspektywy — proces upolitycznienia władzy sądowniczej, determinujący współczesny ustrój Stanów Zjednoczonych Ameryki, jest tylko jednym z elementów kształtujących relacje pomiędzy egzekutywą, legislatywą i judykaturą. Tak, jak widoczna jest postępująca polityzacja sądownictwa, tak samo coraz większe znaczenie ma proces judykacji amerykańskiej polityki, czyli wpływu sędziów na

¹ Zob. m.in. R.J. MacKeever: *The U.S. Supreme Court: A Political and Legal Analysis*. Manchester 1997; C. Fried: *Saying What the Law Is: The Constitution in the Supreme Court*. New York 2004; J. Segal, H.J. Spaeth, S. Benesh: *The Supreme Court in American Legal System*. New York 2005. W polskiej literaturze zob. m.in. P. Laidler: *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki: od prawa do polityki*. Kraków 2011; D. Lis-Staranowicz: *Legitymizacja sądowej kontroli konstytucyjności prawa w Stanach Zjednoczonych Ameryki*. Olsztyn 2012.

² Idea ograniczonej władzy była jednym z głównych odniesień Ojców Założycieli podczas obrad konwencji konstytucyjnej. Szerzej na ten temat zob. R.M. Małajny: *Trzy teorie podzielonej władzy*. Katowice 2003.

³ Amerykańskie ideały wolności to cytat pochodzący z opinii sędziego Benjamina Cardoza w sprawie *Palko v. Connecticut*, stanowiący podstawę uznania danego prawa obywatelskiego za fundamentalne i rozszerzenia go na stany. Por. 302 U.S. 319 (1937).

⁴ Do najważniejszych formalnych ograniczeń nałożonych na sądy w procesie rozstrzygania sporów należą konieczność posiadania legitymacji procesowej przez strony (*standing*), wymóg istnienia stron o przeciwstawnych interesach aż do zakończenia procesu (*mootness*) oraz brak hipotetycznego charakteru sprawy, czy inaczej konieczność jej „dojrzałości” (*ripeness*). Szerzej zob. A.M. Ludwikowska: *System prawa amerykańskiego*. Toruń 2000, s. 218–222.

⁵ Doktryna ta została potwierdzona przez Sąd Najwyższy orzeczeniem *Baker v. Carr* 369 U.S. 186 (1962).

debate publiczną i polityczne procesy decyzyjne⁶. Wszegobecność sądów w politycznym, gospodarczym i — przede wszystkim — społecznym wymiarze funkcjonowania państwa, zwłaszcza poprzez tworzenie wiążących unormowań o charakterze generalnym, mających zastosowanie w sprawach podobnych, powoduje, iż dla polityków, instytucji realizujących cele polityczne oraz dla organizacji społecznych sposób redefiniowania przez sądy znaczenia konstytucji staje się koniecznym odniesieniem w ich codziennej działalności. Jeżeli analizowana kwestia odwołuje się do istotnych zagadnień stanowiących sedno sporu politycznego lub konfliktu ideologicznego co do wartości społecznych, to dyskurs publiczny na temat konkretnego orzeczenia sądu determinuje sposób reakcji podmiotów politycznych, związanych formalnie sądową interpretacją konstytucji, lecz nierzadko podnoszących argumenty krytykujące pozycję judykatury w systemie władzy⁷.

We wspomniany dyskurs polityczny wpisują się przede wszystkim debaty między przedstawicielami dwóch głównych partii politycznych, demokratami i republikanami, prowadzone podczas kampanii wyborczych na najwyższe urzędy państwowe oraz podczas procesów realizowania celów politycznych w wymiarze legislacyjnym i wykonawczym szczebla federalnego i stanowego. Debaty te stymulują podjęcie działań o dwojakim charakterze. Po pierwsze, reakcja na redefinicję kwestii społeczno-politycznych nabiera wymiaru symbolicznego, dzięki któremu dana partia (czy też jej przedstawiciel) zachwala lub krytykuje skutki orzeczenia sądowego, wskazując na wynikające z niego szanse lub zagrożenia. W ten sposób politycy utożsamiają się z danym kierunkiem rozstrzygnięć prawnych, potwierdzają swoje przywiązanie do zagadnień ideologicznych, a także, w sensie praktycznym, wskazują swoim wyborcom, jakie kwestie są dla nich ważne, co może mieć znaczenie w późniejszym gromadzeniu funduszy podczas kampanii wyborczej. Tego typu działania o charakterze symbolicznym charakteryzowały zwłaszcza prezydentów, którzy z przyczyn politycznych jednoznacznie odnośli się do konkretnych precedensów Sądu Najwyższego ustalających zakres obowiązywania praw i wolności obywatelskich⁸. Po drugie, dla wielu polity-

⁶ Por. D. Skrzypiński: *Odpowiedzialność sędziów w świetle zjawiska judykalizacji polityki*. „Wrocławskie Studia Politologiczne” 2014, nr 17, s. 54.

⁷ Krytyka dotyczy najczęściej kwestii ideologicznych, takich jak kara śmierci, prawo do noszenia broni, prawa mniejszości, zakres wolności słowa i wolności religijnej czy też relacje między federacją a stanami. Szerzej na temat krytycznej analizy *judicial review* zob. m.in. T. Wiecech: *Anglosaska formuła politycznego konstytucjonalizmu*. Kraków 2015; M. Tushnet: *Taking the Constitution Away from the Courts*. New York 2000.

⁸ Ronald Reagan bardzo często krytykował Sąd Najwyższy za zbyt liberalne podejście do interpretacji konstytucji. Dobry przykład stanowi również Barack Obama, który wielokrotnie chwalił Sąd za liberalne precedensy i ganił za bardziej konserwatywne orzecznictwo.

ków decyzja sędziów mająca wpływ na interpretację konstytucji jest testem, czy też próbą sił w kontekście funkcjonowania zasady podziału władzy oraz systemu kontroli i równowagi. Zwłaszcza ci politycy, którzy krytykują treść danego orzeczenia i zmiany w prawie, jakie ono wprowadza, kwestionują możliwość wydawania ostatecznych rozstrzygnięć przez judykaturę, często sugerując zastosowanie szerokiej gamy instrumentów ograniczających znaczenie danego precedensu, od możliwości bezpośredniego lub pośredniego niezastosowania się do skutków orzeczenia, poprzez wskazanie braku kompetencji sądów do egzekwowania własnych wyroków, aż do oficjalnego unieważnienia precedensu sądowego⁹.

Judykalizacja polityki amerykańskiej z perspektywy historycznej

Z historycznego punktu widzenia polityczny wymiar funkcjonowania judykatury dostrzegalny był już w wieku XIX, kiedy Sąd Najwyższy nadał wszystkim amerykańskim sądom prawo do stosowania kontroli konstytucyjności prawa (*judicial review*)¹⁰. Choć w tamtym czasie uprawnienie to było rzadko wykorzystywane, to jednak potencjał do redefiniowania znaczenia ustawy zasadniczej miał okazać się kluczowy dla wzrostu politycznego wymiaru amerykańskiego sądownictwa. Jeszcze w wieku XIX sędziowie mieli mieć wpływ na wiele istotnych kwestii związanych ze statusem społecznym ludności kolorowej, co z jednej strony doprowadziło do wybuchu najpoważniejszego wewnętrznego konfliktu zbrojnego w historii USA¹¹, z drugiej zaś usankcjonowało na wiele dekad doktrynę segregacji rasowej wpisującą się w amerykańskie dziedzictwo społeczne, którego skutki są widoczne do dziś¹². Dopiero jednak w XX wieku judykalizacja polityki amerykańskiej nabrała szczególnego wymiaru, a punktem zwrotnym okazało się orzeczenie *Brown v. Board of Education*, które zapoczątkowało ograniczanie segre-

⁹ W amerykańskiej literaturze pojawiają się opracowania, których autorzy argumentują, że precedensy sądowe nie są ostateczne, a Kongres, prezydenci czy stanowe legislatury mają moc ograniczania lub modyfikowania skutków tych precedensów. Autor artykułu nie zgadza się z tą opinią. Por. P. Laidler: *Sąd Najwyższy...*, s. 71–134.

¹⁰ *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803).

¹¹ Mowa tu o katastrofalnych skutkach orzeczenia *Dred Scott v. Sandford* 60 U.S. 393 (1857), których bezpośrednim skutkiem była wojna secesyjna 1861–1865.

¹² Chodzi o doktrynę „równi, ale oddzieleni” (*separate-but-equal*), usankcjonowaną precedensem *Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537 (1896).

gacji rasowej w szkolnictwie¹³. Właśnie na skutek orzeczenia z 1954 roku zaobserwować można pierwszy na taką skalę dyskurs publiczny na temat wpływu judykatury na codzienne życie Amerykanów, a także pierwszy zorganizowany opór polityczny wobec skutków orzeczenia, widoczny zwłaszcza w stanach południowych¹⁴. Choć z ideologicznego punktu widzenia trudno jest jednoznacznie dokonać podziału na podmioty wspierające i krytykujące precedens *Brown* wedle klucza politycznego ze względu na geograficzny charakter konfliktu, którego dotyczyła kwestia segregacji rasowej, jednak można stwierdzić, że większość polityków partii demokratycznej popierała proces desegregacji zainicjowany przez Sąd Najwyższy, podczas gdy przedstawiciele partii republikańskiej krytycznie wypowiadali się na temat roli judykatury w procesie interpretacji klauzuli równości wobec prawa zapisanej w XIV poprawce do konstytucji. Reakcje polityków skutkowały z jednej strony jedynie symbolicznym sprzeciwem wobec implementacji orzeczenia Sądu (szczelbel federalny), z drugiej zaś przerodziły się w otwarty opór wobec wprowadzenia desegregacji w szkolnictwie (szczelbel stanowy)¹⁵. W samym centrum napięć politycznych znaleźli się sędziowie Sądu Najwyższego, którzy zdecydowali się w sposób jednoznaczny potwierdzić swoje prawo do interpretowania konstytucji i — co za tym idzie — do bezpośredniego wpływania na kierunek rozwoju stosunków społeczno-politycznych w państwie¹⁶. Proces judykalizacji polityki rozpoczął się na dobre.

Od czasów sporu wokół znaczenia precedensu *Brown* sędziowie amerykańscy, zwłaszcza ci skupieni w najwyższej instancji sądowniczej, zaczęli odgrywać coraz większe role polityczne, co przekładało się na zainteresowanie polityków, partii politycznych i organizacji społecznych na proces wyboru sędziów, stanowiący ważny element w realizacji celów politycznych danej administracji prezydenckiej oraz zorientowanych ideologicznie Senatorów¹⁷. Aktywność i wpływ podmiotów zewnętrznych na funkcjonowanie władzy sądowniczej przejawiały się również we wzmożonym korzystaniu przez instytucje polityczne, organizacje i grupy interesu z procedury *amicus curiae*, pozwalającej na argumentowanie sposobu rozstrzygnięcia danego sporu jako strona trzecia, zainteresowana konkretną interpretacją

¹³ 347 U.S. 483 (1954).

¹⁴ Szerzej na ten temat zob. m.in. A.M. Bickel: *The Least Dangerous Branch. Supreme Court At the Bar of Politics*. Indianapolis 1962.

¹⁵ Por. T.A. Freyer: *Little Rock on Trial: Cooper v. Aaron and School Desegregation*. Lanham 2007; W. Doyle: *An American Insurrection: James Meredith and the Battle of Oxford, Mississippi, 1962*. New York 2003.

¹⁶ *Cooper v. Aaron* 358 U.S. 1 (1958).

¹⁷ Na temat procesu wyboru sędziów federalnych zob. m.in. H.J. Abraham: *Justices, Presidents, Senators, Revised: The History of U.S. Supreme Court Appointments from Washington to Bush II*. Lanham 2007; J. Stookey, G. Watson: *Shaping America: The Politics of Supreme Court Appointments*. New York 1995.

prawa przez sąd¹⁸. Oczywistą przyczyną takiego stanu rzeczy był fakt, że zjawisko judykalizacji polityki w krótkim czasie doprowadziło do zdeterminowania przez amerykańskie sądy najistotniejszych kwestii związanych ze znaczeniem społecznie i politycznie ważnych klauzul konstytucyjnych¹⁹. Właściwym, a wręcz naturalnym zjawiskiem stało się odniesienie w procesie tworzenia i egzekwowania prawa do pytań o ewentualną reakcję władzy sądowniczej na proponowane zmiany w prawie. Poprzez aktywną kontrolę konstytucyjności sędziowie stali się kolejnym organem władzy legitymizowanym do kształtowania kierunku polityki państwowej, nadając kwestiom prawnym charakteru wyraźnie politycznego.

Kwintesencją politycznej aktywności judykatury miał być wpływ Sądu na rozstrzygnięcie wyborów prezydenckich w roku 2000, który, co zrozumiałe, wzbudził skrajne reakcje polityczne odnoszące się do roli, jaką sędziowie powinni odgrywać w amerykańskiej demokracji²⁰. Orzeczenie *Bush v. Gore* stanowiło przejaw najbardziej politycznego wymiaru *judicial review* w historii, co zostało skrytykowane przez demokratów i demokratycznie zorientowanych publicystów, wskazujących na brak podstaw prawnych do wpływania przez sądy na wyniki wyborów prezydenckich. Tymczasem republikanie, choć również ostrożni w analizie formalnych aspektów rozstrzygnięcia, podkreślali jednak ważną rolę judykatury w ochronie integralności państwa i w ratowaniu systemu, który okazał się niedoskonały²¹. Przykład precedensu z roku 2000 potwierdza jedynie regułę, że sposób reakcji na orzeczenie sądowe o wymiarze konstytucyjnym zależy od korzyści politycznych oraz ideologii wyznawanej przez podmioty podejmujące głos w dyskusji. Ostatnie rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego w kwestii zakresu konstytucyjnie chronionych praw mniejszości seksualnych wpisują się jednoznacznie w postawioną tezę, stanowiąc niezwykle ciekawy i politycznie istotny przedmiot analizy procesu judykalizacji polityki w Stanach Zjednoczonych.

¹⁸ Szerzej na temat procedury *amicus curiae* w Sądzie Najwyższym zob. m.in. P. Collins: *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*. New York 2008.

¹⁹ Dominującymi klauzulami rozszerzającymi znaczenie konstytucji były w tamtym czasie: klauzula właściwości prawa i klauzula równości wobec prawa (XIV poprawka), klauzula wolności słowa i wolności religijnej (I poprawka), klauzula zakazująca bezpodstawnych przeszukań (IV poprawka) oraz klauzula handlowa (artykuł I, sekcja 8, kl. 3).

²⁰ *Bush v. Gore* 531 U.S. 98 (2000).

²¹ Na temat ideologicznej analizy decyzji Sąd z roku 2000 zob. *Bush v. Gore: Question of Legitimacy*. Ed. B. Ackerman. New York 2002.

Problem mniejszości seksualnych w USA

Choć z ideologicznej perspektywy można współcześnie zaobserwować rywalizację różnych frakcji w ramach obydwu dominujących partii politycznych²², analiza wypowiedzi liderów tych partii oraz badanie przebiegu kampanii wyborczych na najwyższe urzędy państwowe pozwala na pewną generalizację poglądów przedstawicieli tych partii. Republikanie i demokraci różnią się programem politycznym w dwóch zasadniczych wymiarach. Po pierwsze, w kwestiach gospodarczych mają odmienny pomysł na rolę państwa i stopień interwencjonizmu w zagadnienia związane z ekonomicznym rozwojem państwa i sposobem osiągnięcia pożądanego dobrobytu (*general welfare*). Republikanie zakładają jak najmniejszy wpływ instytucji publicznych w wolny rynek, natomiast demokraci widzą w interwencjonizmie państwowym środek do skutecznej kontroli procesów gospodarczych. Należy podkreślić, że oprócz ideologicznych różnic co do stopnia wpływu państwa w gospodarkę, obydwie partie różni podejście do zasady federalizmu, ponieważ zwolennicy partii demokratycznej opowiadają się za silniejszym rządem centralnym, podczas gdy republikanie wspierają rządy stanowe, dając im swobodę w kształtowaniu własnej polityki, bez znaczącej ingerencji władzy federalnej. I tu docieramy do drugiej fundamentalnej różnicy w programach politycznych obydwu partii, która dotyczy kwestii światopoglądowych i zakresu ochrony poszczególnych gwarancji i praw obywatelskich. Mający liberalne nastawienie demokraci przyznają szerokie uprawnienia mniejszościom walczącym o konstytucyjną ochronę równości wobec prawa, co przekłada się współcześnie między innymi na poparcie dla programów akcji afirmatywnej, szeroko pojętego prawa do prywatności, w tym praw mniejszości seksualnych. Konserwatywni społecznie republikanie wspierają przede wszystkim indywidualne prawa jednostek, jak prawo do wolności osobistej, prawo własności oraz prawo do bezpieczeństwa, co przekłada się między innymi na promowanie prawa do posiadania i noszenia broni, doktryny *castle* czy wolności słowa w kontekście nieograniczonego finansowania kampanii wyborczych. Prawdziwa przyczyna większości wspomnianych różnic, w wymiarze zarówno gospodarczym, jak i społecznym, leży w stopniu kontroli omawianych zagadnień przez państwo: demokraci wierzą, że ingerencja federacji w życie społeczno-gospodarcze jest wskazana i że istnieją pewne sfery życia codziennego, które powinny być kontrolowane

²² Ciekawą analizę tego problemu przeprowadzają Nelson Polsby oraz William Mayer. Por. N.W. Polsby, W.G. Mayer: *Ideological Cohesion in the American Two-Party System*. In: *On Parties. Essays Honoring Austin Ranney*. Eds. N.W. Polsby, R.E. Wolfinger. Berkeley 1999, s. 219—254.

przez państwo. Tymczasem konserwatyści amerykańscy, a na pewno większość zwolenników partii republikańskiej, uważają, że kontrola rządu centralnego jest zbędna i jeśli którykolwiek z ośrodków władzy powinien mieć prawo do decydowania na tematy społeczno-gospodarcze, to przede wszystkim rządy stanowe, które funkcjonują „bliżej” ludzi²³. Znając podstawowe różnice między obydwoma partiami, łatwiej jest przejść do analizy problematyki praw mniejszości seksualnych, która obydwie partie zawsze dzieliła, a wspólnie dzieli najbardziej.

Choć problem relacji prywatnych oraz instytucjonalnego uznania związków mniejszości seksualnych nie stanowił tematu dyskursu publicznego w Stanach Zjednoczonych aż do końca lat siedemdziesiątych XX wieku²⁴, to już w latach pięćdziesiątych pojawiały się pierwsze zorganizowane grupy społeczne walczące o prawa homoseksualistów lub lesbijek, określane później jako LGBT²⁵. To właśnie w tamtym czasie rozstrzygnięto pierwsze spory poruszające kwestie pośrednio związane ze statusem mniejszości seksualnych, a niewątpliwym czynnikiem zachęcającym mniejszości seksualne do działania były sukcesy ruchów na rzecz praw obywatelskich walczących o równouprawnienie Afroamerykanów²⁶. Spory te dotyczyły zakresu konstytucyjnej ochrony wolności słowa w związku z treściami o charakterze homoseksualnym umieszczanymi na łamach gazet i czasopism wydawanych w poszczególnych stanach. I tak w sprawie *One, Inc. v. Olesen* Sąd Najwyższy odniósł się do artykułów i opowiadań, w których opisywano życie prywatne homoseksualistów, uznając że rzeczono treści nie mają charakteru obscenicznego, zatem są chronione wynikającą z I poprawki wolnością słowa i prasy²⁷. Podobne fakty znamionowały kolejny spór, *Manual Enterprises v. Day*, gdzie kwestionowano możliwość umieszczania w magazynach dla homoseksualistów roznegliżowanych zdjęć innych mężczyzn. Sędziowie potwierdzili, że zdjęcia powinny być chronione I poprawką do konstytucji, ponieważ nie wpływają w negatywny sposób na opinię publiczną i nie łamią podstawowych standardów przyzwoitości²⁸. Sygnalizowane orzeczenia nie

²³ Szerzej na temat ewolucji poglądów wśród przedstawicieli partii demokratycznej i republikańskiej zob. S.M. Milkis: *Political Parties and Constitutional Government. Remaking American Democracy*. Baltimore 1999.

²⁴ Co więcej, środowiska LGBT wcale nie opowiadały się w tamtym czasie za koniecznością przyznania im prawa do zawierania małżeństw. Por. M.J. Klarman: *From the Closet to the Altar. Courts, Backlash, and the Struggle for Same-Sex Marriage*. New York 2013, s. 22.

²⁵ Skrót oznacza lesbijki (L), gejów (G), biseksualistów (B) i osoby bez ustalonej orientacji seksualnej (T).

²⁶ Na wspomniany okres przypada aktywizacja ruchów LGBT i tworzenie pierwszych organizacji walczących o równouprawnienie mniejszości seksualnych. Powoli zmieniło się również nastawienie społeczne. Por. M.J. Klarman: *From the Closet...*, s. 8–15.

²⁷ 355 U.S. 371 (1958).

²⁸ 370 U.S. 478 (1962).

odnosiły się, jak widać, do zagadnienia prawa do prywatności, skoro jeszcze w tym okresie ochroną takim prawem nie objęto żadnej innej grupy społecznej w Stanach Zjednoczonych, jednak wskazywały na możliwość realizowania za pomocą sądów tych celów, których nie dało się osiągnąć na drodze zwykłej legislacji. Kolejny głośny spór nie przyniósł jednak pożądanego przez mniejszości seksualne zwycięstwa, gdyż w sprawie *Boutilier v. Immigration and Naturalization Service* Sąd podtrzymał prawo federalne uznające homoseksualistów za osoby psychopatyczne, perwersyjne i za dewiantów, potwierdzając zasadność deportacji Kanadyjczyka, który otwarcie przyznał się do przynależności do orientacji homoseksualnej²⁹.

Sprawa *Boutilier* nie wzbudziła jednak większego odzewu ze strony polityków i grup interesu, gdyż na początku lat sześćdziesiątych problemy ruchów LGBT były wciąż tematem tabu, który nie dominował wśród sporów społecznych i politycznych toczonych między republikanami a demokratami. Nawet jeśli dążenia mniejszości seksualnych do uzyskania jakiegokolwiek ochrony prawnej były popierane przez liberalne organizacje i instytucje społeczne, to jednak z punktu widzenia debaty publicznej i agendy sądowej problematyka ta była traktowana marginalnie. Wydawało się, że bez przyznania konstytucyjnego prawa do prywatności jakiegokolwiek innej grupie społecznej, ruchy LGBT nie mogą liczyć na specjalne traktowanie, choć wśród zwolenników walki o równouprawnienie Afroamerykanów pojawiały się głosy, że w ślad za szeroką ochroną praw ludności kolorowej powinny nastąpić kolejne orzeczenia wspierające wszelkie dążenia reprezentantów innych mniejszości³⁰.

Sąd Najwyższy i prawo do prywatności

W roku 1965, po kilku latach debaty publicznej, Sąd Najwyższy „odkrył” konstytucyjne prawo do prywatności. Poprzez działania, które nazywane są w historii inkorporacją Karty Praw na stany czy też nacjonalizacją Karty Praw³¹, sędziowie doprowadzili do uznania większości praw i wolności oby-

²⁹ 387 U.S. 118 (1967).

³⁰ Szerzej na ten temat zob. D.H. Miller: *Freedom to Differ. The Shaping of the Gay and Lesbian Struggle for Civil Rights*. New York 1998, s. 1–38.

³¹ Pojęcie nacjonalizacji Karty Praw oznaczało w rzeczywistości podjęcie przez Sąd Najwyższy licznych decyzji, które, rozszerzając poszczególne wolności chronione w pierwszych dziesięciu poprawkach, ograniczały kompetencje amerykańskich stanów. Uznanie danej gwarancji za fundamentalną oznaczało, że wszystkie stany muszą ujednolicić swoje ustawodawstwo tak, aby respektować tę gwarancję w swojej jurysdykcji. W sporze między

watelskich zapisanych w pierwszych dziesięciu poprawkach do konstytucji za fundamentalne i tym samym wiążące dla władz stanowych. Źródłem tej specyficznej formy interpretacji ustawy zasadniczej była klauzula właściwości prawa (*due process of law*) z XIV poprawki, której adresatem były stany i która od lat dwudziestych stanowiła najczęstsze odniesienie sędziów w argumentacji spraw dotyczących ochrony praw i wolności jednostek. I właśnie w roku 1965, w sprawie *Griswold v. Connecticut* poświęconej prawu do stosowania środków antykoncepcyjnych przez małżeństwa, większość sędziów dostrzegła, że konstytucja chroni nie tylko te uprawnienia, które są w niej wprost wyliczone, ale również te, które wynikają z ochrony tych wyliczonych praw. Nawiązano przy tym do idei prywatności znajdującej się w sercu I poprawki, a więc z wolności słowa i wolności stowarzyszania się, do IV poprawki i ochrony wynikającej z zakazu stosowania przez państwo bezpodstawnych przeszukań i konfiskat, do zapisanego w III poprawce zakazu kwaterowania żołnierzy czy gwarancji procesowych znajdujących się w V poprawce. Kluczowe okazało się również odwołanie do uregulowań IX poprawki, przyznającej obywatelom prawo do ochrony tych wolności, które nie zostały w konstytucji wprost wyliczone³². W ten sposób do katalogu chronionych konstytucyjnie gwarancji wprowadzono prawo do prywatności, które jednak w tamtym czasie przyznano wyłącznie małżeństwom heteroseksualnym.

Samo orzeczenie Sądu Najwyższego wzbudziło jednak wiele kontrowersji, zwłaszcza, że konserwatywnie nastawiona część społeczeństwa amerykańskiego widziała w nim zagrożenie dla ochrony przyrodzonych wartości człowieka, jak choćby prawo do życia. Obawiano się, że w ślad za uznaniem konstytucyjnego prawa do prywatności, liberalne grupy nacisku rozpoczną walkę o ochronę prawa do aborcji, co dla wyborców republikanów stanowiłoby uzurpację władzy przez judykaturę. I rzeczywiście, osiem lat po orzeczeniu w sprawie *Griswold* Sąd Najwyższy dokonał interpretacji konstytucji, w myśl której przyznał kobietom prawo do aborcji w ramach przysługującego im prawa do prywatności³³. Precedens *Roe v. Wade* miał stanowić źródło najpoważniejszego sporu ideologicznego między demokratami a republikanami, związanego z decyzją trzeciej władzy wpływającą na życie społeczne Amerykanów. Przy okazji sporu wokół prawa do aborcji politycy, grupy interesu oraz zwykli obywatele zostali zaprzęgnięci do dyskursu publicznego na

republikanami a demokratami nie chodziło zatem jedynie o ideologiczne podejście do zakresu ochrony daną gwarancją, ale o stopień ograniczania stanów przez wiele orzeczeń federalnego Sądu Najwyższego. Zob. również D. Fellman: *The Nationalization of American Civil Liberties*. In: *Essays on the Constitution of the United States*. Eds. H.J. Abraham, M.J. Harmon. New York 1978, s. 49–60.

³² 381 U.S. 479 (1965).

³³ 410 U.S. 113 (1973).

temat roli judykatury i znaczenia precedensów Sądu Najwyższego. Krytyka przez konserwatystów orzeczenia z 1973 roku stała się poważnym orężem politycznym podczas kampanii wyborczych na najwyższe urzędy państwowe, co szczególnie widoczne było w kampanii prezydenckiej Ronalda Reagana z roku 1980³⁴.

W tym samym czasie, niejako w cieniu tych wydarzeń, Sąd Najwyższy podjął jeszcze jedną istotną decyzję związaną z ochroną prawa do prywatności. W 1967 roku sędziowie wydali orzeczenie w sprawie *Loving v. Virginia*, odnoszącej się do prawa do zawierania związków małżeńskich przez osoby pochodzące z różnych ras. W sporze chodziło o zbadanie konstytucyjności prawa stanu Wirginia zakazującego małżeństw międzyrasowych, przez co związek małżeński białego Amerykanina i Afroamerykanki nie tylko był nieważny, ale rodził dla nich skutki kryminalne³⁵. Większość sędziów opowiedziało się przeciwko prawu stanowemu, uznając je za niezgodne z klauzulą równości wobec prawa chronionej XIV poprawką, przez co unieważniono podobne unormowania obowiązujące wówczas w Wirginii i piętnastu innych jurysdykcjach stanowych³⁶. Choć precedens *Loving* nie wzbudził tylu kontrowersji co *Griswold* czy *Roe*, to jednak przyczynił się do wykładni konstytucji, która miała w dalszym rozrachunku stanowić argumentację popierającą małżeństwa mniejszości seksualnych, czemu wyraźnie mieli się sprzeciwiać republikanie.

Warto podkreślić, że rozumowanie wynikające z argumentacji Sądu we wszystkich trzech wspomnianych sporach nawiązywało do prawa do prywatności, głęboko zakorzonego w wartościach wyznawanych przez Amerykanów. Dla ojców założycieli takie wartości, jak własność, wolność kontraktowa czy doktryna *castle* odnosząca się do prawa do ochrony własnego domu przed obcymi, stanowiły kluczowe elementy systemu praw i wolności, które wyznawali. Choć nie wprowadzono prawa do prywatności wprost do treści konstytucji, nie ma wątpliwości, że można je było wydobyć z wielu innych gwarancji znajdujących się w Karcie Praw. Paradoks polega na tym, że z analizowanej perspektywy prawo do prywatności nie jest prawem bliższym liberalnie nastawionym demokratom, ale sięga do wartości wyznawanych przez konserwatywnych republikanów. To dla nich zawsze ważna była kwestia wyposażenia organów dochodzeniowo-śledczych w szersze kompetencje w celu ochrony bezpieczeństwa obywateli. To oni częściej odwoływali

³⁴ Na temat samego orzeczenia *Roe v. Wade* oraz jego politycznych skutków zob. m.in. *Abortion* oraz *Roe v. Wade*. In: *The Supreme Court A to Z*. Ed. K. Jost. Washington D.C. 1998, s. 1–3, 386–387; K. Longley, J.D. Mayer, M. Schaller, J.W. Sloan: *Deconstructing Reagan. Conservative Mythology and America's Fortieth President*. New York 2007, s. 97–103.

³⁵ Ustawa stanu Wirginia karała za zawarcie związków małżeńskich między osobami różnych ras. Por. *Racial Integrity Act* SB 219 (1924).

³⁶ 388 U.S. 1 (1967).

się do konieczności zezwolenia na stosowanie obrony koniecznej, zwłaszcza w kontekście indywidualnego prawa do noszenia broni. Tymczasem dla demokratów prawdziwy wymiar prawa do prywatności rozpoczął się wraz z wydaniem przez Sąd Najwyższy orzeczeń *Griswold, Loving* i *Roe*³⁷.

Znamienne jednak jest, że żadna z przytoczonych decyzji, ani jakakolwiek inna podjęta w tamtym czasie przez sądy federalne, nie nawiązywała do prawa do prywatności związków jednopłciowych. Wiele stanów wprost zakazywało jakichkolwiek relacji seksualnych między homoseksualistami czy lesbijkami, w czym dominowały stany południowe, w których wielokrotnie definiowano akt seksualny między osobami tej samej płci jako sodomię³⁸. Choć nikt w przestrzeni publicznej nie podjął politycznej walki o równouprawnienie grup LGBT³⁹, przedstawiciele ruchu dostrzegali szansę na uzyskanie większej ochrony konstytucyjnej w rozszerzającym znaczeniu orzeczeń Sądu Najwyższego na temat prawa do prywatności, a zwłaszcza w precedensie *Griswold* definiującym prawo do prywatności oraz precedensie *Loving* przyznającym prawo do małżeństw mieszanych, jeszcze kilka lat wcześniej zakazanych na znacznym terytorium państwa. Po raz kolejny, na temat zakresu prawa do prywatności miały się wypowiedzieć amerykańskie sądy, stanowiące w tamtym czasie źródło nadziei liberalnie nastawionej części społeczeństwa, sprzeciwiające się „heteronormatywnej supremacji”⁴⁰ dominującej w ówczesnej jurysprudencji. Jeśliby bowiem patrzeć na skład Sądu Najwyższego oraz kierunek jego orzecznictwa, okazałoby się, że choć liberalni sędziowie opowiadający się za interpretacją konstytucji na rzecz ochrony praw mniejszości przeważali, to jednak dostrzegali oni granicę między ochroną praw związków heteroseksualnych od związków homoseksualnych.

Zanim Sąd Najwyższy rozstrzygnął pierwszą sprawę wprost odnoszącą się do homoseksualnego prawa do prywatności, grupom LGBT trzykrotnie odmó-

³⁷ Ken Kersch rozpisuje się na temat wielopłaszczyznowego wymiaru prawa do prywatności w historii Stanów Zjednoczonych, wskazując na odmienne podejście demokratów i republikanów do charakteru tego prawa. Por. K.I. Kerch: *The Right to Privacy*. In: *The Bill of Rights in Modern America. Revised and Expanded*. Eds. D.J. Bodenhamer, J.W. Ely, jr. Bloomington 2008, s. 215—240.

³⁸ Były to tzw. prawa sodomiczne (*sodomy laws*) obowiązujące wówczas w większości amerykańskich stanów, często skierowane właśnie przeciwko mniejszościom seksualnym. Szerzej zob. W. Eskridge: *Dishonorable Passions: Sodomy Laws in America, 1861—2003*. New York 2008.

³⁹ Pierwszym prezydentem, który głośno mówił o konieczności równouprawnienia mniejszości seksualnych był demokrat Jimmy Carter, który zresztą mianował gejów i lesbijki na stanowiska w komisjach federalnych, niemniej jednak działania te nie zyskały szerszego wsparcia ówczesnego establishmentu politycznego. Por. M.J. Klarman: *From the Closet...*, s. 24.

⁴⁰ Pojęcie użyte w monografii: M. Stein: *Sexual Injustice: Supreme Court Decisions from Griswold to Roe*. Chapel Hill 2005, s. 21.

wiono legitymacji procesowej do badania konstytucyjności praw sodomicznych. Stało się to w sporach *Buchanan v. Bachelor*, *Doe v. Commonwealth's Attorney for City of Richmond* oraz *Baker v. Wade*⁴¹. W końcu, w roku 1986, z odwołania ze stanu Georgia, do Sądu Najwyższego trafił spór *Bowers v. Hardwick*, w którym sędziowie mieli orzec, czy akt seksualny między dwoma mężczyznami jest w jakikolwiek sposób chroniony konstytucyjnym prawem do prywatności. W decyzji podjętej minimalną większością głosów, według klucza ideologicznego, Sąd podtrzymał obowiązujące stanowych praw sodomicznych, negując możliwość przyznania mniejszościom seksualnym prawa do prywatności⁴². W opinii większościowej sędziowie stwierdzili, że prawo do angażowania się przez osoby tej samej płci w akty o charakterze seksualnym nie stanowi uprawnienia fundamentalnego z punktu widzenia chronionych konstytucyjnie wartości, dlatego pozostawiono stanom możliwość kształtowania tych zagadnień w sposób dowolny. Precedens *Bowers* wzbudził wiele kontrowersji wśród liberalnej Ameryki, a politycy Partii Demokratycznej próbowali zainicjować proces legislacyjny, który unieważniłby skutki obowiązywania tego orzeczenia. Tymczasem republikanie wychwalali Sąd za odważną i słuszną decyzję, która nie tylko nie ograniczała praw Amerykanów, ale je chroniła przeciwko mniejszościom zagrażającym systemowi amerykańskich wartości i tradycji. Religijni konserwatyści odwoływali się również do zagrożeń płynących ze strony mniejszości seksualnych w związku z rozwojem AIDS⁴³. Przedstawiciele LGBT musieli poczekać jeszcze wiele lat, zanim judykatura zdecydowała się rozszerzyć zakres prawa do prywatności, choć fakt, że pod opinią większościową w sprawie *Bowers* podpisało się jedynie pięciu sędziów, mógł świadczyć o tym, jak bardzo Sąd, ale i cała Ameryka są podzieleni w tej kwestii.

Orzeczenie w sprawie *Lawrence*: początek nowej ery?

Nie ma wątpliwości, że najpoważniejsze zmiany w statusie prawnym grup LGBT nastąpiły na początku XXI wieku, choć nie można zapominać o tym, że w 1996 roku wydano ważne orzeczenie ograniczające próby dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Spór *Romer v. Evans* jest o tyle istotny,

⁴¹ Odpowiednio: 405 U.S. 930 (1972), 425 U.S. 901 (1976) i 478 U.S. 1022 (1986).

⁴² 478 U.S. 186 (1986).

⁴³ Szerzej na temat polityki lat 80. wobec mniejszości seksualnych i problemu AIDS zob. R.M. Collins: *Transforming America. Politics and Culture in the Reagan Years*. New York 2007, s. 133—145; D. Rossinow: *The Reagan Era. A History of the 1980s*. New York 2015, s. 129—134.

że obrazuje napięcia między konserwatystami a liberałami w zakresie stopnia ochrony praw mniejszości, w tym mniejszości seksualnych. Stan Kolorado wprowadził poprawkę do konstytucji stanowej, na mocy której wyłączono spod specjalnej ochrony prawnej przedstawicieli mniejszości seksualnych. Z pozoru logiczne uregulowanie, wspierane przez republikanów, miało na celu zakończenie preferencyjnego traktowania innych osób ze względu na ich orientację seksualną, co zresztą zostało poparte w ogólnostanowym referendum przyjmującym tę poprawkę. Grupy LGBT wniosły pozew do sądu, sprzeciwiając się obowiązywaniu prawa, które, w ich mniemaniu, promowało dyskryminację ze względu na orientację seksualną. Sąd Najwyższy, interpretując klauzulę równości wobec prawa, poparł głosami liberalnych sędziów argumentację LGBT, uznając poprawkę za niekonstytucyjną⁴⁴. Problemem nie był sam cel legislacji, ale skutek, jaki wprowadzała dla prawnego statusu mniejszości seksualnych. Poprawka bowiem nie tylko wyłączała spod specjalnej ochrony prawnej grupy LGBT, unieważniając wszystkie unormowania stanowe nakładające ochronę mniejszości seksualnych, ale przede wszystkim dokonywała klasyfikacji grup społecznych, jedne wyłączając spod ochrony, pozostawiając taką ochronę zapewniając. Błędem legislacji było zatem ograniczenie się tylko do jednej grupy społecznej, podczas gdy inne mniejszości funkcjonujące na terenie stanu Kolorado miały cieszyć się preferencyjnym traktowaniem. Analiza orzeczenia *Romer* skłania do refleksji, że w taki sam sposób, jak próbowano ograniczyć prawa mniejszości seksualnych w Kolorado, wielokrotnie działano względem innych grup społecznych, przedstawicielom konkretnych zawodów czy mniejszościom, wybierając poszczególne z nich i ograniczając ich prawa względem pozostałych⁴⁵. Precedens z 1996 roku wzbudził na nowo spory wokół prawa sądów do definiowania konstytucji w taki sposób, aby ograniczać kompetencje stanów. Republikanie podnosili, że uregulowania przyjęte jako część ustawy zasadniczej stanu i to w referendum, a więc w najbardziej demokratyczny z dostępnych sposobów, nie powinny być ograniczane przez Sąd Najwyższy, którego „demokratyczny” charakter pozostawiał wiele do życzenia. Tymczasem demokraci zachwalili powrót Sądu do właściwej interpretacji klauzuli równości wobec prawa, wskazując na ewolucję, jaką Ameryka przeszła od precedensu *Bowers* do precedensu *Romer*⁴⁶.

⁴⁴ 517 U.S. 620 (1996).

⁴⁵ Doskonałym przykładem jest sprawa *Lochner v. New York*, w której stan próbował unormować czas pracy w zawodzie piekarza, ograniczając w ten sposób wolność jednostek do zawierania umów. W opinii większościowej Sąd unieważnił prawo stanowe m.in. dlatego, że dokonywało klasyfikacji jednej grupy, pozostawiając inne bez podobnych uregulowań, co zdaniem sędziów było nierozsądne i niekonstytucyjne. Zob. 198 U.S. 45 (1905).

⁴⁶ Taką argumentację przedstawia m.in. Andrew Jacobs w artykule *Romer Wasn't Built in a Day: The Subtle Transformation in Judicial Argument Over Gay Rights*. “Wisconsin Law Review” 1996, s. 893–969.

Kamieniem milowym na drodze mniejszości seksualnych w ich walce o równouprawnienie stało się orzeczenie Sądu Najwyższego w sprawie *Lawrence and Garner v. Texas*. Problematyka sporu była niemal identyczna z faktami sprawy *Bowers*, chodziło bowiem o prawa sodomiczne stanu Teksas, który, podobnie jak Georgia kilkanaście lat wcześniej, uniemożliwiał mniejszościom seksualnym swobodne kształtowanie relacji prywatnych. W opinii większościowej reprezentującej sześcioro sędziów, Anthony Kennedy odniósł się do konieczności konstytucyjnej ochrony prawa do prywatności grup LGBT, uznając prawo stanu Teksas i pozostałych stanów posiadających podobne uregulowania za sprzeczne z klauzulą właściwości prawa z XIV poprawki⁴⁷. Znamienne jest, że sędziowie podczas swojej argumentacji przywołali decyzję Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z roku 1981, *Dudgeon v. United Kingdom*, uznającą, że zachodnia cywilizacja nie potępia homoseksualizmu⁴⁸. Tymczasem w opiniach przeciwnych, sędziowie Antonin Scalia i Clarence Thomas skrytykowali rozumowanie Sądu, który, ich zdaniem, bezpodstawnie wyinterpretował z konstytucji prawo do prywatności mniejszości seksualnych, uporczywie promując „homoseksualną agendę”⁴⁹.

Spory między sędziami reprezentującymi liberalne lub konserwatywne podejście do interpretacji ustawy zasadniczej przeniosły się na szerszą płaszczyznę społeczno-polityczną, gdzie przeciwnicy ideologiczni wyrażali skrajnie przeciwne opinie na temat ewentualnego dziedzictwa precedensu *Lawrence*. Należy podkreślić, że na etapie przygotowywania rozstrzygnięcia przez Sąd Najwyższy otrzymał on 31 dokumentów *amicus curiae*, w których organizacje społeczne, grupy interesu i politycznie zorientowane instytucje próbowały wpływać na ostateczną decyzję w sporze⁵⁰. Wielu analityków i obserwatorów amerykańskiej sceny politycznej podkreślało historyczny wymiar precedensu *Lawrence*, wskazując na zwycięstwo nad homofobią. Przykładowo, Erwin Chemerinsky stwierdził, że „federalni sędziowie przestali wyrażać pogląd, że moralne potępienie homoseksualizmu usprawiedliwia dyskryminację ze strony władzy”⁵¹. Natomiast inny liberalny konstytucjonalista, Laurence Tribe, porównał znaczenie precedensu *Lawrence* do orzeczenia Sądu w sprawie *Brown*, będącego kamieniem milowym dla Afroamerykanów na drodze ich równouprawnienia⁵². Bez wątpienia nastro-

⁴⁷ 539 U.S. 558 (2003).

⁴⁸ European Court of Human Rights, Series A, No. 45, 23 września 1981.

⁴⁹ 539 U.S. 558 (2003), Scalia, dissenting.

⁵⁰ W sumie wniesiono 17 dokumentów *amicus curiae* po stronie powodów i 14 po stronie stanu Teksas. Por. D. Carpenter: *Flagrant Conduct. The Story of Lawrence v. Texas. How a Bedroom Arrest Decriminalized Gay Americans*. New York 2012, s. 198–200.

⁵¹ E. Chemerinsky: *Federal Judges Embrace LGBT Equality*. “Contemporary Society” 2010, Vol. 44, s. 11.

⁵² L. Tribe: *Lawrence v. Texas: The Fundamental Right that Dare Not Speak its Name*. “Harvard Law Review” 2004, Vol. 117, s. 1893.

je społeczne były przede wszystkim wynikiem decyzji Sądu, który popierając prawo do prywatności mniejszości seksualnych, stał się najważniejszym ośrodkiem władzy, chroniącym prawa mniejszości, a na pewno bardziej skutecznym niż Kongres, którego reprezentanci odmawiali do tej pory rozwiązania rzeczonych problemów na drodze zwykłej legislacji.

Orzeczenie w sprawie *Windsor*: szansa czy zagrożenie?

Pomimo uzyskania satysfakcjonującego orzeczenia mniejszości LGBT miały świadomość, że walka o równouprawnienie nie została zakończona, a kolejnym etapem na drodze do pełniejszej ochrony prawnej miało być uzyskanie prawa do zawierania małżeństw. Prawo do prywatności „odkryte” przez Sąd Najwyższy w latach sześćdziesiątych dotyczyło małżeństw, ale heteroseksualnych. Skoro jednak przyznano mniejszościom seksualnym prawo do prywatności, wydawało się, że następnym krokiem będzie orzeczenie o konstytucyjności homoseksualnych małżeństw. Zanim jednak Sąd Najwyższy wypowiedział się na ten temat, poszczególne stany zaczęły przyznawać mniejszościom seksualnym prawo do zawierania związków małżeńskich, a niektóre, bez przyznawania takiego prawa, zdecydowały się na uznanie skutków takich małżeństw zawartych w innych stanach⁵³.

Każdorazowa decyzja amerykańskiego stanu rozszerzająca zakres podmiotowy prawa do zawierania związków małżeńskich na mniejszości LGBT wzbudzała dyskusje na temat statusu konstytucyjnego prawa do prywatności. Dyskusja ta, prowadzona na szczeblu stanowym i federalnym, nie odnosiła się bynajmniej do uzurpacji władzy przez amerykańskie sądy, gdyż instytucjami odpowiedzialnymi za wprowadzenie nowych uregulowań były legislatury stanowe, często sięgające do wyników demokracji bezpośredniej, czyli referendum. W związku z tym w debacie publicznej, toczącej się wokół takich zagadnień, jak wolność słowa, wolność religijna, czy szeroko rozumiana wolność sumienia, poruszano kwestie ideologiczne, a linia demarkacyjna pomiędzy poglądami demokratów i republikanów była jasno postawiona — pierwsi popierali prawo do małżeństw osób tej samej płci, drudzy twierdzili, że prawo to ogranicza konstytucyjnie chronione swobody religijne obywateli

⁵³ Pierwszym stanem przyznającym homoseksualistom prawo do zawierania małżeństw było Massachusetts, w roku 2003. Co istotne, stało się to na podstawie decyzji sądu najwyższego stanu, który uznał, że zakaz małżeństw osób tej samej płci narusza konstytucję stanową. Por. C.A. Ball: *From the Closet to the Court: Five LGBT Rights Lawsuits That Have Changed Our Nation*. Boston 2010, s. 193–194.

amerykańskich. Mimo wszystko republikanie nie mogli być nieusatsfakcjonowani przynajmniej z takiego faktu, że to stany mogły same decydować o przyszłości związków małżeńskich na ich terytorium, a na szczeblu centralnym obowiązywały unormowania ustawy z końca lat dziewięćdziesiątych definiującej małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny⁵⁴. Uregulowanie to stanowiło najpoważniejszą przeszkodę na drodze do nadania grupom LGBT prawa do zawierania małżeństw na całym terytorium Stanów Zjednoczonych, czego domagali się demokraci. Wydawało się jednak niemożliwe, aby Sąd Najwyższy po raz kolejny naraził się konserwatywnej części Ameryki i wprowadził obowiązek uznawania małżeństw osób tej samej płci przez stany głębokiego południa, ideologicznie przeciwne postulatam ruchu LGBT. Tymczasem coraz więcej sporów dotyczących małżeństw homoseksualistów było rozstrzyganych na szczeblu stanowym i zadawano sobie pytanie, który z tych sporów z odwołania trafi przed oblicze Sądu. Kluczową sprawą miał jednak okazać się spór toczony przed sądami federalnymi.

W 2013 roku do Sądu Najwyższego trafiła sprawa *United States v. Windsor*, która podnosiła problem konstytucyjności uregulowań *Defense of Marriage Act* (DOMA) definiujących małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny. Zarówno w pierwszej, jak i drugiej instancji sędziowie uznali, że uregulowania ustawy są niezgodne z klauzulą równości wobec prawa chronionej przez V poprawkę, co z jednej strony było mocno wspierane przez administrację Baracka Obamy, z drugiej zaś — krytykowane przez grupy posłów Izby Reprezentantów broniących legislacji⁵⁵. Powódka, Edith Windsor, domagała się podtrzymania wyroków sądów niższych instancji, ponieważ jako wdowa nie mogła odziedziczyć majątku po swojej partnerce bez zapłacenia wysokiego podatku federalnego, co wynikało z niemożności zastosowania tych samych przepisów co do związków heteroseksualnych. Sąd Najwyższy, tradycyjnie głosami czwórki liberalnych sędziów oraz Anthony’ego Kennedy’ego, orzekł na temat niekonstytucyjności uregulowań DOMA, które uniemożliwiały związkom osób tej samej płci korzystanie z zasiłków wynikających z pozostawania w takich formalnych relacjach⁵⁶. Choć decyzja nie oznaczała przyznania prawa do zawierania małżeństw przez geje i lesbijki na terenie całych Stanów Zjednoczonych, a jedynie zmieniała status związków jednopłciowych z punktu widzenia prawa federalnego, to jednak przybliżyła ruchy

⁵⁴ Chodzi o ustawę *Defense of Marriage Act* z roku 1996. Publ. L. 104—199, 1996.

⁵⁵ Obama jeszcze podczas prawyborów w partii demokratycznej w roku 2008 podkreślał, że będzie chciał walczyć o równouprawnienie mniejszości seksualnych i o rewizję unormowań DOMA. Na ten temat zob. P.T. Semm, C. Sanchez-Weston: *Waiting for Change: Obama and the LGBT Community*. In: *Grading 44th President. A Report Card on Barack Obama's First Term as a Progressive Leader*. Eds. L. Esposito, L.L. Finley. Santa Barbara 2012, s. 203—217.

⁵⁶ 570 U.S. 12-307 (2013).

LGBT do celu, jakim było zrównanie znaczenia związków homo- i heteroseksualnych. Świadomość tego mieli konserwatywni sędziowie, którzy napisali krytyczne opinie przeciwne do wyroku większościowego, wskazując albo na brak formalnych kompetencji po stronie Sądu Najwyższego do rozstrzygnięcia sporu, albo odwołując się do amerykańskich tradycji i braku fundamentalnego charakteru małżeństw osób tej samej płci⁵⁷.

Warto podkreślić, że orzeczenie *Windsor* zbiegło się z decyzją Sądu w innej sprawie dotyczącej małżeństw homoseksualnych, *Hollingsworth v. Perry*, która, jednak nie zakończyła się wydaniem wiążącej opinii⁵⁸. Niemniej jednak, brak odpowiedzi na pytanie: Czy stan Kalifornia mógł w swoim prawie zdefiniować małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny? — został poczytany jako porażka konserwatystów, zwłaszcza że prawo stanowe zostało implementowane na podstawie tzw. Propozycji 8 będącej rezultatem ogólnostanowego referendum⁵⁹. Obydwie decyzje, rozpatrywane wspólnie, dowiodły, że liberalnie nastawiony do kwestii społecznych Sąd jest coraz bliższy uznania prawa mniejszości LGBT do zawierania formalnych związków małżeńskich.

Unieważnienie fragmentów ustawy stanowiącej od lat dziewięćdziesiątych najważniejsze ograniczenie dla ewolucji statusu związków jedнопłciowych było szokiem dla wielu środowisk konserwatywnych. Ich gniew i krytyka skupiły się przede wszystkim na władzy sądowniczej, która — ich zdaniem — uzurpowała sobie prawo do decydowania za stany oraz miliony Amerykanów co do kwestii, która bezpośrednio dotyczyła ich światopoglądu, systemu wartości czy swobód religijnych. W specjalnym wystąpieniu przedstawiciele większości republikańskiej w Izbie Reprezentantów nazwali orzeczenie *Windsor* „niebezpiecznym precedensem odbierającym Kongresowi uprawnienie do kształtowania narodowych kierunków polityki wobec małżeństw”, natomiast orzeczenie *Hollingsworth* „wielką porażką demokracji bezpośredniej”, odnosząc się do braku wsparcia władz stanowych dla wyrażonego wolą większości mieszkańców Kalifornii sprzeciwu wobec małżeństw jedнопłciowych⁶⁰.

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ 570 U.S. 12-144 (2013).

⁵⁹ W głosowaniu odbywającym się przy okazji listopadowych wyborów roku 2008 ponad 52% mieszkańców Kalifornii opowiedziało się za zdefiniowaniem małżeństwa jako związku kobiety i mężczyzny. Sąd Najwyższy nie rozstrzygając kwestii konstytucyjności Propozycji 8, potwierdził wyrok sądu niższej instancji, który nałożył zakaz implementowania tego prawa w Kalifornii. Por. *Prop. 8 and DOMA: the Road to Gay Marriage*. “Los Angeles Times”, 21.04.2014 [<http://www.latimes.com/local/la-me-gay-marriage-sg-storygallery.html>] (dostęp: 3.07.2015)].

⁶⁰ *House Republican Reaction to Supreme Court Ruling on Same-Sex Marriage*. C-SPAN, 27 czerwca 2013 [<http://www.c-span.org/video/?313596-1/house-republican-reaction-supreme-court-ruling-samesex-marriage>] (dostęp: 3.07.2015)].

Po drugiej stronie barykady stali politycy partii demokratycznej, którzy od lat wspierali dążenia mniejszości seksualnych o zalegalizowanie ich formalnych związków, odwołując się do idei równości wobec prawa oraz konieczności sprostania wymaganiom przemian społecznych, co, według nich, w XXI wieku było nieuniknione. W niektórych bardziej liberalnych stanach już od kilku lat wprowadzono prawa homoseksualistów do zawierania związków małżeńskich. W innych, demokratyczni prokuratorzy generalni coraz częściej ogłaszali, że nie będą bronić prawodawstwa stanowego zakazującego małżeństw jedнопłciowych, co w praktyce oznaczało prostą drogę dla grup LGBT do jego unieważnienia na drodze sądowej⁶¹. Wierzone, że czas, kiedy judykatura ostatecznie przyzna mniejszościom seksualnym prawo do zawierania małżeństw, jest kwestią miesięcy, a nie lat.

W ten sposób, w praktyce, dyskusja toczyła się wokół roli amerykańskich sądów w procesie ustalania znaczenia konstytucji oraz samego zakresu ochrony praw tą konstytucją nadanych. Konserwatyści wskazywali na konieczność interpretowania ustawy zasadniczej w sposób ograniczony, wynikający z zamiarów jej twórców, a więc na podstawie sztywnego stosowania doktryny *stare decisis*. Natomiast liberałowie odrzucali tradycyjną wykładnię dokumentu, podnosząc konieczność adaptacji unormowań konstytucyjnych do zmieniających się okoliczności społeczno-politycznych, co wynikało zresztą ze sposobu interpretacji ustawy zasadniczej przez Sąd Najwyższy od lat sześćdziesiątych. Należy bowiem podkreślić, że zagadnienie związków małżeńskich osób tej samej płci wpisuje się w szerszą gamę praw promowanych przez liberalnych sędziów od wielu dekad, takich jak między innymi akcja afirmatywna czy prawa oskarżonych w procesach karnych. Wspierając wiele orzeczeń skutkujących rozszerzającą wykładnię konstytucji, liberalni politycy promują rozszerzanie katalogu podmiotów objętych ochroną konstytucyjną, podczas gdy republikanie, z równą konsekwencją, od wielu lat potwierdzają swoje przywiązanie do konserwatywnych wartości. Problem mniejszości seksualnych idealnie wpisuje się w podziały społeczne targające Ameryką, a decydemtem kierunku rozwiązań tych problemów, tradycyjnie już, jest amerykańska judykatura.

⁶¹ Por. N. Chokshi: *Seven Attorneys-General Won't Defend Their Own State's Gay-Marriage Bans*. „Washington Post”, 20.02.2014 [<http://www.washingtonpost.com/blogs/gov-beat/wp/2014/02/20/six-attorneys-general-wont-defend-their-own-states-gay-marriage-bans/> (dostęp: 3.07.2015)].

Rewolucja na miarę sprawy *Brown*?

To, co zostało zapoczątkowane precedensem *Windsor*, zwieńczono w czerwcu 2015 roku orzeczeniem w sprawie *Obergefell v. Hodges*. O ile konserwatywna Ameryka z trudem pogodziła się z przyznaniem prawa do prywatności mniejszościom LGBT, o tyle fakt uznania jednopłciowych związków małżeńskich za konstytucyjne jest ogromnym ciosem dla wielu stanów, w których obowiązywanie takich unormowań wydaje się niemożliwe z perspektywy zarówno społecznej, jak i politycznej.

Sprawa *Obergefell* w rzeczywistości składa się z kilku sporów wniesionych do sądu federalnego w celu zbadania konstytucyjności uregulowań stanowych sprzeciwiających się nadawaniu małżeństw osobom tej samej płci lub nieuznających małżeństw homoseksualnych zawieranych w innych częściach Stanów Zjednoczonych⁶². W każdym z tych sporów grupy powodów podnosiły niekonstytucyjność praw stanowych na podstawie XIV poprawki i zawartych w niej klauzuli równości wobec prawa oraz klauzuli materialnej właściwości prawa, która chroniła obywateli stanów przed tworzeniem przez władze praw bezpodstawnie ograniczających ich wolności obywatelskie. Po przyjęciu sporów do rozstrzygnięcia, późną wiosną roku 2015 Sąd wysłuchał argumentów stron, a na początku lata, pięciu sędziów wydało orzeczenie wspierające argumentację mniejszości seksualnych. Głosy sędziów rozłożyły się dokładnie tak samo, jak w poprzedniej decyzji, na rzecz ruchów LGBT, a opinię większościową ponownie napisał Anthony Kennedy.

Sąd stwierdził, że nie widzi różnicy między ochroną konstytucyjną związków heteroseksualnych i związków homoseksualnych, jeżeli celem obydwu relacji jest zawarcie małżeństwa, które od wielu lat stanowi fundamentalne prawo Amerykanów. Odnosi się ono do indywidualnego uprawnienia obywateli, którzy mogą decydować co do swojego stanu cywilnego, dlatego powinni również mieć możliwość decydowania, z kim dany związek małżeński pragną zawrzeć. W opinii większościowej sędziowie odnieśli się do obaw osób indywidualnych i organizacji, uznających związki homoseksualne za sprzeczne, podkreślając, że orzeczenie nie wpływa na ich poglądy religijne, ale nakłada stosowne ograniczenia na władze stanowe, które nie tylko muszą uznawać jednopłciowe związki małżeńskie, ale również nie mogą odmówić ich zawarcia na terenie podlegającym ich jurysdykcji⁶³. Nie ma wątpliwości, że taki sposób interpretacji ustawy zasadniczej musiał spotkać się z ostrym oporem środowisk konserwatywnych, a przedmiotem najżagorzalszej kryty-

⁶² Były to, oprócz sporu *Obergefell v. Hodges*, sprawy *Bourke v. Beshear*, *DeBoer v. Snyder*, *Tanco v. Haslam* oraz *Love v. Beshear*.

⁶³ 576 U.S. 14-556 (2015).

ki stał się Sąd Najwyższy. Co może wydawać się zaskakujące, najbardziej krytyczne słowa w stosunku do władzy sądowniczej pojawiły się ze strony pozostałych członków Sądu, czyli czterech konserwatywnych sędziów sprzeciwiających się legalizacji związków jedнопłciowych.

Argumenty sędziów Johna Robertsa jr., Samuela Alito, Clarence'a Thomasa i przede wszystkim Antnina Scalii, odnoszą się głównie do dwóch kwestii. Po pierwsze, nie widzą oni bezpośredniego związku między treścią ustawy zasadniczej, w tym między katalogiem wyliczonych w Karcie Praw gwarancji obywatelskich, a ochroną małżeństw osób tej samej płci. Zatem interpretacja konstytucji zakładająca „odkrywanie” w jej treści praw mniejszości, które nie istnieją, stanowi pogwałcenie elementarnych zasad wykładni oraz sprzeniewierzenie się wartościom wyznawanym przez wielu Amerykanów. Konserwatywni sędziowie, dostrzegają przy tym rzeczywiste, ich zdaniem, skutki orzeczenia, które nie tyle nadają ochronę pewnym grupom społecznym, ile ograniczają swobody pozostałych, dla których związki małżeńskie LGBT stanowią przeszkodę w praktykowaniu takich konstytucyjnie chronionych gwarancji, jak wolność słowa, wolność sumienia czy wolność religijna⁶⁴. Po drugie, niektórzy autorzy opinii przeciwnych wprost odnieśli się do roli, jaką powinna odgrywać amerykańska judykatura, z Sądem Najwyższym na czele. Znamienna krytyka pojawiła ze strony sędziego Scalii, który wskazał, że władza sądownicza powinna zajmować się rozstrzyganiem sporów prawnych, a nie działać jako „superlegislatura”, uzurpując sobie kompetencje przynależne innemu segmentowi władzy. Scalia zauważył, że Sąd przejął nie tylko uprawnienia Kongresu, ale przede wszystkim legislatur stanowych, które stanowią naturalny podmiot decydujący o kierunku rozwoju prawa stanowego, w tym o problemie małżeństw. Wskazał przy tym na kluczową, jego zdaniem, różnicę między sądami a władzą ustawodawczą, której członkowie pochodzą nie z procesu mianowania, ale z wyborów powszechnych, czyli procesu demokratycznego⁶⁵. Kontynuując ten sposób rozumowania, sędzia Thomas skrytykował „proces ustawodawczy”, jakiego podjęli się sędziowie, ograniczając w ten sposób nie tylko prawa stanów, ale przede wszystkim wolność religijną Amerykanów⁶⁶. Natomiast dla sędziego Alito opinia większościowa jest przykładem uzurpacji władzy przez judykaturę, w niebezpieczny sposób zagrażając procesom demokratycznym⁶⁷.

Podważanie kompetencji Sądu Najwyższego przez jego członków może wydawać się czymś zaskakującym, ale nie w wymiarze amerykańskim, zwłaszcza gdy chodzi o kwestie natury ideologicznej. Wielokrotnie można

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Ibidem, Scalia dissenting.

⁶⁶ Ibidem, Thomas dissenting.

⁶⁷ Ibidem, Alito dissenting.

wyczytać z indywidualnych opinii sędziów wiele krytycznych uwag na temat pracy judykatury, co zawsze ma bezpośredni związek z problematyką sporu. Jak wykazały badania, nastawienie ideologiczne sędziów jest głównym czynnikiem determinującym sposób ich orzekania, a jeśli kwestie rozstrzygane przez sąd dotyczą zakresu praw i wolności obywatelskich, wówczas wśród sędziów sprzeciwiających się rozszerzeniu ochrony danej gwarancji konstytucyjnej pojawiają się argumenty krytykujące władzę sądowniczą za bezpodstawne nadużywanie swoich uprawnień i zbyt aktywne podchodzenie do procesu interpretacji konstytucji⁶⁸. Znamienne jednak jest to, że takie krytyczne głosy pojawiają się ze strony obydwu dominujących ideologii w Sądzie, konserwatystów i liberałów — podczas gdy ci pierwsi sprzeciwiają się wydobywaniu z Karty Praw gwarancji w niej niezapisanych, drudzy podważają zakres konstytucyjnej ochrony indywidualnego prawa do noszenia broni. Wskazane nastawienie może być również związane z doktrynalnym podejściem sędziów do stosowania *judicial review*, ponieważ w historii można wyróżnić zarówno zwolenników powstrzymywania się od kontroli konstytucyjności prawa, jak i zwolenników aktywnej interpretacji konstytucji. Jednak i tutaj badania wykazały, że głównym czynnikiem wpływającym na nastawienie sędziego jest charakter sprawy i zakres prawa, co do których sąd podejmuje kontrolę konstytucyjności⁶⁹.

Wracając do precedensu *Obergefell*, w ślad za krytyką wystosowaną przez konserwatywnych sędziów, natychmiast pojawiły się głosy polityków związanych z partią republikańską, na temat niekonstytucyjności precedensu. Najgłośniej protestują reprezentanci stanów południowych, zwłaszcza ci, na których spoczywać będzie obowiązek implementacji postanowień Sądu. Przykładowo, prokurator generalny stanu Teksas, Ken Paxton, określił orzeczenie *Obergefell* jako „niemający umocowania prawnego sądowy edykt”, obiecując swoim wyborcom, że zrobi wszystko, co leży w jego kompetencjach, aby chronić uczucia religijne mieszkańców stanu sprzeciwiających się małżeństwom homoseksualnym⁷⁰. Jeszcze dalej w swoich oskarżeniach poszedł prezes sądu najwyższego Alabamy, Roy Moore, który zarzucił dwójce sędziów konflikt interesów, na którego podstawie powinni nie orzekać w sprawie *Obergefell*, opowiadając się, niczym za czasów desegregacji rasowej, za niestosowaniem się przez sądy stanu do skutków precedensu

⁶⁸ Tak zwany model ideologicznego nastawienia sędziów (*attitudinal model*) został przede wszystkim przebadany przez Harolda Spaetha i Jeffreya Segala, a wyniki badań przedstawiono m.in. w monografii *The Supreme Court and the Attitudinal Model*. New York 1993.

⁶⁹ Por. P. Laidler: *Sąd Najwyższy...*

⁷⁰ Por. E.C. McLoughlin: *Most States to Abide By Supreme Court's Same-Sex Marriage, But...*, CNN.com, 30 czerwca 2015 [http://edition.cnn.com/2015/06/29/us/same-sex-marriage-state-by-state/ (dostęp: 3.07.2015)].

Sądu Najwyższego⁷¹. Oczywiście jest, że w większości z trzynastu stanów, które przed wydaniem przez Sąd Najwyższy orzeczenia definiowały małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, gubernatorzy, prokuratorzy generalni, ale i sami sędziowie będą, przynajmniej w wymiarze symbolicznym, protestować przeciwko egzekwowaniu niekorzystnego dla nich wyroku.

Szczególnie interesujące wydają się również wypowiedzi potencjalnych kandydatów partii republikańskiej w wyborach prezydenckich roku 2016, z których większość jednoznacznie skrytykowała orzeczenie *Obergefell*. Senator Ted Cruz uznał precedens za bezprawny przejaw aktywizmu sędziowskiego, nazywając czas podjęcia decyzji przez Sąd Najwyższy, za „najczarniejszy moment w historii narodu” amerykańskiego⁷². Inny (były) senator, Rick Santorum, podkreślił, że decyzję podjęło zaledwie pięciu nieobieralnych sędziów, redefiniując znaczenie fundamentalnej dla Amerykanów instytucji bez jakiegokolwiek debaty publicznej. Porównał przy tym orzeczenie *Obergefell* do jednej z najbardziej kontrowersyjnych decyzji Sądu w historii, *Dred Scott v. Sandford*, sankcjonującej niewolnictwo⁷³. Równie krytyczny okazał się były gubernator Arkansas, Mike Huckabee, porównując „imperialny Sąd” do despotycznego rządu Korony brytyjskiej, stanowiący ucieleśnienie zła dla amerykańskich ojców założycieli⁷⁴. Generalnie, większość konserwatywnych polityków wyraziła jednak nadzieję, że uda się zainicjować i przeprowadzić proces nowelizacji konstytucji, który byłby jedynym skutecznym narzędziem walki ze skutkami orzeczenia Sądu Najwyższego.

Republikanie i demokraci a judykalizacja polityki

Judykalizacja polityki amerykańskiej jest dziś niepodważalnym faktem. To oczywiście proces, który w ewoluującym systemie podziału władzy oraz kontroli i równowagi miewa różny wymiar i różne znaczenie, ale od czasów orzeczenia *Brown* stanowi jedną z cech amerykańskiej demokracji. Skoro

⁷¹ Ibidem.

⁷² Cruz odniósł się nie tylko do decyzji na temat małżeństw jedнопłciowych, ale również do orzeczenia podtrzymującego konstytucyjność reformy służby zdrowia, czyli *King v. Burwell* 576 U.S. 14-114 (2015). Zob. wywiad radiowy Teda Cruza z Seanem Hannitym z dnia 26 czerwca 2015 r. [<https://soundcloud.com/buzzfeedandrew/cruz-on-hannity> (dostęp: 3.07.2015)].

⁷³ Wypowiedź z dnia 26 czerwca 2015 [<http://talkingpointsmemo.com/livewire/rick-santorum-statement-gay-marriage> (dostęp: 3.07.2015)].

⁷⁴ Wypowiedź z dnia 26 czerwca 2015 [<http://theweek.com/speedreads/563138/mike-huckabee-gay-marriage-ruling-not-acquiesce-imperial-court> (dostęp: 3.07.2015)].

inną, równie ważną cechą tej demokracji jest występowanie systemu dwupartyjnego i największa spośród współczesnych państw liczba wyborów różnego szczebla, w jakich udział biorą Amerykanie⁷⁵, logiczne wydaje się, że jednym z elementów debaty publicznej są skutki wspomnianej judykalizacji polityki. Z perspektywy praw mniejszości seksualnych, w tym szczególnie ostatnio orzeczonego obowiązku wszystkich stanów do uznawania i nadawania związków małżeńskich osób tej samej płci, zaobserwować można czynniki stanowiące esencję tej debaty o charakterze politycznym.

Analiza programów partii politycznych nie przybliżyła nas do odpowiedzi na pytanie, jaki stosunek partie te mają wobec postępującego wpływu sądownictwa w sfery polityczne, tradycyjnie zarezerwowane dla innych segmentów władzy. Wśród postulatów demokratów i republikanów można co prawda dostrzec pośrednie odniesienia do roli sądów, gdyż opowiadają się oni za orzecznictwem opartym na poszanowaniu zasady rządów prawa, choć ci drudzy częściej podkreślają przywiązanie do podstawowej doktryny *common law* — *stare decisis*. Kwestia ta wydaje się szczególnie interesująca, gdyż dotyczy sposobu rozstrzygania sporów przez judykaturę, jednak głównie w wymiarze formalnym, a nie materialnym. Doktryna *stare decisis*, jedna z nielicznych teoretycznych podstaw funkcjonowania sądów w systemie *common law*, zakłada podtrzymywanie już istniejących reguł precedensowych ze względu na konieczność zapewnienia systemowi prawnemu przewidywalności, jasności i przejrzystości⁷⁶. Tymczasem badania empiryczne stosowania doktryny wskazują, że nawet wśród konserwatywnych sędziów nie ma jednoznacznych opinii potwierdzających konieczność przywiązania do raz stworzonych precedensów, zwłaszcza, gdy wymiar ideologiczny sporu wskazuje na potrzebę zmiany istniejącego prawa⁷⁷. Z tej perspektywy należy się odnieść do republikańskiego i demokratycznego stosunku wobec pozycji władzy sądowniczej w państwie. Dyskusja na temat judykalizacji polityki przybiera na sile wówczas, gdy, ignorując doktrynę *stare decisis* i nastawienie zakładające konieczność powściągliwości sędziów, tworzą oni nowe reguły prawne wpływające bezpośrednio na relacje społeczno-polityczne. Skoro potencjał sądów, w tym szczególnie Sądu Najwyższego, do ingerowania w systemy wartości i kwestie ideologiczne jest ogromny, logicznym następstwem tego stanu rzeczy jest obserwowany w ostatnim czasie wzmożony dyskurs publiczny na temat roli judykatury w Stanach Zjednoczonych.

⁷⁵ O problemie tym pisał m.in. M. Schudson: *America's Ignorant Voters*. In: *Principles and Practice of American Politics. Classic and Contemporary Readings*. Eds. S. Kernell, S.S. Smith. Washington D.C. 2007, s. 614—620.

⁷⁶ S. Freedman: *Continuity and Change: A Task of Reconciliation*. "University of British Columbia Law Review" 1973, Vol. 8, s. 209—210.

⁷⁷ Por. T.G. Hansford, J.F. Spriggs: *The Politics of Precedent on the United States Supreme Court*. Princeton 2006, s. 22.

Argumentacja występująca w opiniach większościowych i mniejszościowych w sprawach związanych ze statusem mniejszości seksualnych jednoznacznie wskazuje na czynnik ideologiczny jako podstawową determinantę odniesień sędziów, ale i polityków oraz poszczególnych organizacji społecznych i grup interesu wobec decyzji Sądu. Począwszy od orzeczenia *Bowers* zaobserwować można polaryzację poglądów sędziów, będącą nie tylko rezultatem ich własnych ideologii, ale również odzwierciedleniem nastrojów i oczekiwań społecznych. Podczas gdy liberałowie starali się wspierać dążenia grup LGBT do uzyskania większej ochrony konstytucyjnej, konserwatyści opowiadali się za potrzebą ochrony innych wartości, stojących według nich w sprzeczności z ideologią mniejszości seksualnych. Należy w tym miejscu zadać pytanie o to, który z segmentów władzy powinien być rzeczywiście odpowiedzialny za determinowanie charakteru unormowań dotyczących prawa do prywatności czy małżeństw osób tej samej płci. Dla demokratów nie ma nic niewłaściwego w realizacji przez amerykańską judykaturę kompetencji do kontrolowania zgodności z konstytucją aktów prawnych niższego rzędu, pod warunkiem, oczywiście, że taka kontrola prowadzi do usankcjonowania „rozsądnego” prawa. Tymczasem republikanie podnoszą alarm, wskazując, że działania sądów ograniczają uprawnienia tych podmiotów, które konstytucyjnie są odpowiedzialne za kształtowanie rzeczonych relacji społecznych. Po raz kolejny zatem, spór dotyczy tego, który szczebel władzy powinien przejąć kontrolę nad konkretnym zjawiskiem, stanowiącym ważne odniesienie społeczne i polityczne, jakim niewątpliwie są jednopłciowe małżeństwa. Kontrola federacji jest korzystna dla demokratów, którzy widzą w rządzie centralnym szansę na ujednoczenie praw stanowych, zwłaszcza w tym wymiarze, który jest ideologicznie zgodny z poglądami wyrażanymi przez ich wyborców. Ta sama kontrola, jeśli w ogóle, powinna być, zdaniem republikanów, realizowana na płaszczyźnie stanowej, co zapewni większy wpływ obywateli tych stanów na proces legislacyjny, a także uniemożliwi narzucanie własnej ideologii przez sędziów czy rząd federalny tym terytorium, w których wartości konserwatywne skutecznie opierają się zagrożeniom płynącym ze zbyt liberalnej interpretacji ustawy zasadniczej. To spór o władzę, ale i spór o „rozsądne” prawo, czyli najbardziej względne pojęcie w całym systemie amerykańskiego prawa konstytucyjnego.

Biorąc wskazane kwestie pod uwagę, nie należy dziwić się zaciekłości, z jaką przedstawiciele poszczególnych partii politycznych odnoszą się do problemu małżeństw osób tej samej płci, walka idzie bowiem nie tylko o „zwycięstwo ideologii”, ale przede wszystkim o bardziej prozaiczną sprawę, jaką są wybory, zarówno federalne, jak i stanowe. Do końca roku 2016 odbędą się wybory na urząd prezydenta, do Izby Reprezentantów i Senatu (wymiana 1/3 składu izby), a na poziomie stanowym wybory na urząd gubernatora, do legislatur stanowych, na stanowisko prokuratorów generalnych oraz —

w przypadku niektórych stanów — wybory sędziowskie. To ogromna liczba miejsc do obsadzenia i ogromne nakłady finansowe na kampanie wyborcze, generujące łącznie kwoty o wartości wielu miliardów dolarów⁷⁸. Aby wygrać poszczególne kampanie, należy podnieść te zagadnienia, które z jednej strony będą odwoływać się w wyraźny sposób do ideologii wyborców, z drugiej zaś stanowić będą rzeczywisty wyróżnik między kandydatami obu dominujących partii politycznych. Nie sądzę, żeby problem homoseksualnych małżeństw stanowił główne zainteresowanie wyborców kandydatów na urząd prezydenta, gdyż wpływ egzekutywy federalnej na implementację skutków orzeczenia *Obergefell* wydaje się bardziej symboliczny niż rzeczywisty, czego wyrazem zresztą są obecne wypowiedzi prezydenta Obamy. Kwestia ta może raczej wzbudzić zainteresowanie podczas kampanii przed wyborami do Kongresu, a na pewno stanowić będzie centrum debaty politycznej w kampaniach przed wyborami na urzędy stanowe, zwłaszcza w tych stanach, dla których większości mieszkańców małżeństwa LGBT są spełnieniem najczarniejszego snu. Mowa tu w szczególności o takich stanach jak Alabama, Arkansas, Georgia, Luizjana czy Teksas.

Problem wydaje się jednak sięgać głębiej niż tylko do rezultatów najbliższych kampanii wyborczych. W dyskusji na temat judykacji polityki stawia się pytania nie tylko o przyszłość małżeństw jednopłciowych, ale o zakres innych praw i wolności obywatelskich, w tym akcji afirmatywnej, wolności religijnej, praw imigrantów, a także prawa do noszenia broni czy do finansowania kampanii wyborczych. Pytania te odnoszą się również do zakresu polityki stosowania prawa, kwestii gospodarczych, rozkładu kompetencji między federacją a rządy stanowe, zakresu uprawnień poszczególnych organów władzy państwowej czy nawet do możliwości wpływu prawa międzynarodowego na prawo amerykańskie. Różnorodność i rozpiętość problematyki analizowanej i rozstrzyganej przez amerykańskie sądy wskazuje na brak rzeczywistych ograniczeń aktywizmu sędziowskiego, za każdym razem pada jedynie pytanie o to, czy sądy są aktywne liberalnie, czy konserwatywnie. Pozostaje jeszcze oczywiście kwestia skuteczności decyzji sądowych, ale badania wskazują na niewielkie możliwości innych organów władzy do sprzeciwu wobec konstytucyjnego orzeczenia Sądu Najwyższego⁷⁹. Opór

⁷⁸ Na temat problemu finansowania kampanii wyborczych różnych szczebli w Stanach Zjednoczonych zob. m.in. M.M. Smith, L. Powell: *Dark Money, Super PACs, and the 2012 Election*. Lexington 2013; J. Samples: *The Fallacy of Campaign Finance Reform*. Chicago 2006.

⁷⁹ Jedyną w 100% skuteczną metodą zniesienia precedensu konstytucyjnego Sądu Najwyższego jest zmiana ustawy zasadniczej, a to dzieje się bardzo rzadko ze względu na długi i skomplikowany proces przyjmowania poprawek. W historii zdarzyło się to jedynie cztery razy. Por. L. Fisher: *The Supreme Court and Congress. Rival Interpretations*. Washington D.C. 2008, s. 287—295.

wobec implementacji skutków precedensu *Brown* był co do długości i efektywności wyjątkowy. Dzisiejszy opór wobec precedensu *Obergefell*, choć dopiero się uwidacznia, nie jest już tak zorganizowany i powszechny, jak podjęta sześćdziesiąt lat wcześniej próba unieważnienia procesów desegregacyjnych w instytucjach publicznych. Pozostaje pytanie, jak bardzo zdeterminowani są politycy stanów południowych, żeby wydłużyć wprowadzanie w życie uregulowań zezwalających na małżeństwa LGBT, ponieważ jedyne, co mogą na tę chwilę zrobić, to grać na zwłokę. Czy realnie wydają się bowiem uregulowania stanowe, które zezwalają urzędnikom publicznym na odmowę parom homoseksualnym zawarcia małżeństwa ze względu na przekonania religijne?⁸⁰ Jeżeli nawet inne stany zdecydują się spróbować ograniczyć efektywność orzeczenia *Obergefell*, czy nie jest kwestią czasu, kiedy Sąd Najwyższy uzna te ograniczenia za niekonstytucyjne?

Można oczywiście upatrywać całego zła, jak to sugerują niektórzy republikanie, w sędzim Anthonym Kennedym, który począwszy od precedensu *Lawrence* zawsze opowiadał się po stronie liberałów, będąc również autorem wszystkich najważniejszych opinii na temat statusu LGBT w XXI wieku. Choć może zaskakiwać, że tego typu poglądy są wyrażane przez sędziego nominowanego do Sądu przez prezydenta Reagana, to jednak okoliczności, w jakich objął on stanowisko, wiele tłumaczy. Idąc tym tokiem rozumowania, należy przyznać rację tym, którzy w porażce kandydatury Roberta Borka w 1986 roku upatrują jednego z największych sukcesów Senatu, a właściwie liberalnych grup interesu i polityków partii demokratycznej lobbujących przeciwko ultrakonserwatywnemu sędziemu⁸¹. Uważna analiza większości orzeczeń Sądu Najwyższego w sprawach zakresu wolności obywatelskich wskazuje na niebagatelny wpływ Kennedy'ego na sposób i rangę spraw rozstrzyganych przez najwyższą instancję sądowniczą w państwie. Już kilka lat temu wskazywałem na fakt, że obecny Sąd nie jest ani konserwatywny, ani liberalny, tylko funkcjonuje w ramach schematu 4 + 4 + 1, gdzie języczkiem u wagi jest właśnie Kennedy⁸². Nie można jednak zakładać, że postępująca judykalizacja polityki jest rezultatem aktywizmu jednego sędziego. Raczej właściwa jest teoria, iż ten jeden sędzia po prostu wykorzystuje narzędzia nadane mu przez prawo, które są wynikiem kilkudziesięciu lat ewolucji amerykańskich sądów ze świata prawa do świata polityki. Dlatego republikanie i demokraci nie mają wyjścia i muszą aktywnie uczestniczyć w dyskursie

⁸⁰ *Chcą walczyć ze ślubami homoseksualnymi. Karolina Północna znalazła już sposób*. TVN24.pl, 2 lipca 2015 [http://www.tvn24.pl/wiadomosci-ze-swiate,2/malzenstwa-homoseksualne-w-usa-poludnie-chce-z-nimi-walczyć,556525.html (dostęp: 3.07.2015)].

⁸¹ H. Schwartz: *Packing the Courts. The Conservative Campaign to Rewrite the Constitution*. New York 1988, s. 122—143.

⁸² Na temat struktury i profiliów ideologicznych współczesnych sędziów zob. P. Laidler: *Sąd Najwyższy...*, s. 322—334.

publicznym na temat pozycji władzy sądowniczej w amerykańskim systemie prawno-politycznym. Wszak mowa jest o instytucji, która nie tylko nadała szeroką ochronę konstytucyjną grupom LGBT, ale również ma na swoim koncie przyznanie prawa korporacjom do uczestnictwa w procesach finansowania kampanii wyborczych, a także wybór prezydenta Stanów Zjednoczonych w roku 2000⁸³.

Jaka przyszłość?

W pewnym sensie Amerykę czeka powtórka z lat pięćdziesiątych, gdy konserwatywne południe postawiło opór procesom desegregacyjnym, starając się umniejszyć wartość precedensu Sądu Najwyższego. Oczywiście, nie ma możliwości, aby forma i długość tego oporu była choćby zbliżona do reminiscencji orzeczenia *Brown*, zwłaszcza że Stany Zjednoczone są dziś o wiele bardziej liberalne niż wówczas, gdy po raz pierwszy w historii sędziowie uznali segregację rasową za zło. Co więcej, trudno wyobrazić sobie, aby poza pojedynczymi wypowiedziami przedstawicieli władz stanowych i środowisk anty-LGBT mogło dojść do skutecznego zablokowania egzekucji wyroku Sądu Najwyższego, choć i takie głosy się obecnie pojawiają, nawiązując do słynnego już zdania prezydenta Andrew Jacksona odnoszącego się do precedensu Sądu pod przewodnictwem Johna Marshalla, *Cherokee Nation v. Georgia*, ograniczającego prawa stanów do kontrolowania relacji z Indianami: „John Marshall podjął swoją decyzję, niech ją teraz wyegzekwuje”⁸⁴. Obecna sytuacja jest o tyle inna, że urzędujący prezydent od zawsze był zwolennikiem przyznania prawa do zawierania małżeństw homoseksualistom, dlatego uznaje on orzeczenie *Obergefell* za zwycięstwo amerykańskiej demokracji⁸⁵.

Trudno wyobrazić sobie, aby po orzeczeniu Sądu możliwe było podjęcie trwałych inicjatyw ustawodawczych lub sięgnięcie do narzędzi demokracji bezpośredniej, które, co prawda, często okazywały się w historii skutecznym

⁸³ Mowa tu o orzeczeniach *Citizens United v. Federal Election Commission* 558 U.S. 310 (2010) oraz *Bush v. Gore* 531 U.S. 98 (2000).

⁸⁴ Cyt. za: C.F. Hobson: *The Marshall Court, 1801—1835: Law, Politics, and the Emergence of the Federal Judiciary*. In: *The United States Supreme Court: The Pursuit of Justice*. Ed. Ch. Tomlins. Boston 2005 s. 63.

⁸⁵ *Remarks by the President on the Supreme Court Decision on Marriage Equality*. 26 czerwca 2015 [<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/06/26/remarks-president-supreme-court-decision-marriage-equality> (dostęp: 3.07.2015)].

remedium na postulaty ruchów LGBT⁸⁶, ale wobec wiążącego precedensu sądowego, nawet znaczący sprzeciw społeczny w stanach południowych nie zawróci biegu rzeki. Można spróbować odmówić zastosowania się do orzeczenia, co z pewnością doprowadzi do kolejnych procesów, w których na szali z jednej strony postawione zostaną kwestie prawa do prywatności i równości, z drugiej zaś wolność religijna, ale wątpliwe jest, aby Sąd w obecnym kształcie zamierzał odstąpić od swojej argumentacji na rzecz ochrony swobody sumienia, co do której interpretacji podziały są nawet głębsze niż w przypadku praw mniejszości seksualnych.

Nie wyobrażam sobie jednak, żeby proces nadawania małżeństw przedstawicielom LGBT w takich stanach, jak Alabama, Georgia czy Teksas miał nastąpić automatycznie. Problem ten będzie na pewno tematem dalszych dyskusji w Kongresie, w legislaturach stanowych i przede wszystkim podczas przyszłorocznych kampanii wyborczych pomiędzy demokratycznymi i republikańskimi kandydatami. Niemniej jednak, podobnie jak w przypadku desegregacji rasowej, najważniejsze postanowienie zapadło. Ameryka stała się bardziej liberalna i bardziej otwarta na promowanie praw mniejszości jeszcze niedawno uznawanych za sprzeczne z ideałami amerykańskiej demokracji. To znak czasów, w których zapadają takie decyzje, jak ta w sprawie *Obergefell* — Stany Zjednoczone są osiemnastym⁸⁷ państwem uznającym prawo do nadawania związków małżeńskich osobom tej samej płci. Jedna rzecz pozostaje jednak niezmienna: judykalizacji polityki amerykańskiej. Jeśli ktoś miał wątpliwości, czy jest ona znacząca, warto dokonać analizy orzeczeń sądowych odnoszących się do małżeństw osób tej samej płci.

⁸⁶ Okazuje się, że konserwatyści w wielu stanach ograniczali prawa mniejszości seksualnych właśnie za pomocą referendum ogólnostanowych. Por. A.L. Stone: *Gay Rights at the Ballot Box*. Minneapolis 2012, s. 4—5.

⁸⁷ Inne kraje uznające prawo homoseksualistów do zawierania związków małżeńskich, to: Argentyna, Belgia, Brazylia, Dania, Francja, Hiszpania, Holandia, Islandia, Kanada, Luksemburg, Norwegia, Nowa Zelandia, Portugalia, Republika Południowej Afryki, Szwecja, Urugwaj i Wielka Brytania (dane na dzień 3 lipca 2015 r.).