

Ustavnost definiranja braka referendumskom inicijativom - primjer Kalifornije*

UDK: 347.62-055(73)

342.573(73)

Sažetak

U radu se, na primjeru Kalifornije i referendumske inicijative pod nazivom „Prijedlog 8“, obrađuje pitanje istospolnih brakova u sudskoj praksi Sjedinjenih Američkih Država. U prvom dijelu daje se pozadina konkretnog slučaja, kako činjenična tako i pravna. U drugom dijelu se kronološkim redom ukratko osvrće na presude federalnih sudova po tom pitanju - prvostupanjsku presudu *Perry v. Schwarzenegger* kojom su poništeni rezultati referenduma, presudu Prizivnoga suda, *Perry v. Brown*, kojom je odlučeno na sličan način, ali na užoj osnovi i, konačno, presudu Vrhovnog suda, *Hollingsworth v. Perry*, u kojoj su prevagnuli procesni razlozi bez ulaženja u meritum. Kroz sve tri presude jasno se očitavaju dvije konkurirajuće verzije definiranja braka - supružnička/tradicionalna koja brak rezervira za osobe suprotnoga spola i revizionistička kojom se spol izbacuje iz definicije kao nevažan iako se ne daje suprotna koherentna vizija što brak jest. Njih se obrađuje u trećem dijelu, kroz prizmu dosadašnjih stavova Vrhovnog suda i kratkim navođenjem najčešćih argumenta koji se iznose u toj suvremenoj debati.

Ključne riječi: Prijedlog 8, istospolni brak, klauzula jednake zaštite, kontrolni testovi, suspektne kategorije, animus, Hollingsworth v. Perry, priroda braka, Vrhovni sud.

Uvod

Pitanje istospolnih brakova relativna je novost u pravu Sjedinjenih Američkih Država. Kroz čitavu povijest, sve do nedavno, brak je u Sjedinjenim Američkim Državama, jednako kao i u ostatku svijeta neupitno bio shvaćen kao zajednica komplementarnih spolova. Štoviše, u Sjedinjenim Američkim Državama su, u ne tako davnoj povijesti, u brojnim državama na snazi bili zakoni o sodomiji kojima se zabranjivalo određene vrste seksualnog ponašanja, a jedan takav zakon iz Georgije je čak bio i potvrđen kao ustavan pred Vrhovnim sudom 1986. godine, u slučaju *Bowers v. Hardwick* (478 U.S. 186).

Prva država u kojoj je takva definicija braka bila dovedena u pitanje bili su Havaji. Tamo su, nakon što je to pitanje dovedeno pred Vrhovni sud Havaja, stanovnici donijeli aman-

* Ovaj rad je prepravljenoj diplomski rad. Zahvaljujem svom mentoru prof. dr. sc. Robertu Podolnjaku na njegovom mentorstvu, sugestiji da se rad objavi i recenziji, bez koje objava ne bi bila moguća.

dman na Ustav Havaja kojim su omogućili da se zakonodavnom odlukom brak ograniči na osobe različitoga spola.

Događaji na Havajima uvelike su utjecali i na donošenje *Defense of Marriage Act-a* u Kongresu 1996. godine za mandata predsjednika Clintona.

S obzirom da se od tada pa do danas na području čitavog SAD-a vodilo mnoštvo borbi, kako pred sudovima tako i pred zakonodavnim tijelima, a u konačnici i na izborima (obra- da kojih bi iziskivala nemjerljivo veći volumen rada), ovdje se ograničavam na specifični primjer sudbine Kalifornijskog uređenja institucije braka. No, kako su događaji na saveznoj razini nesumnjivo utjecali i na procese koji su se odvijali u Kaliforniji na njih se referiram u onoj mjeri kojoj smatram da je to neophodno.

1. Pozadina slučaja

1.1. Brak u Kaliforniji i odluke Vrhovnog suda Kalifornije

U studenom 2008. godine, građani Kalifornije usvojili su ustavni amandman - Prijedlog 8 (*Proposition 8*). Njime je u Ustav Kalifornije uvedena odredba kojom se brak definira kao zajednica jednoga muškarca i jedne žene.¹ Donošenje amandmana i inicijativa koja mu je prethodila predstavljaju samo jednu epizodu u seriji događaja oko (re)definiranja braka na razini te savezne države.

Prvi korak na tom polju učinjen je već 1977. godine kada je u zakonski okvir Kalifornije unesena odredba kojom se brak definira kao zajednica muškarca i žene.² S obzirom na tadašnju neospornost takve definicije, prijedlog je bez problema prošao kroz zakonodavno tijelo i bio pretočen u zakon.

Trebalo je proći preko 20 godina do ponovnog otvaranja toga pitanja. U studenom 2000. godine, glasači su s 61% glasova prihvatili Prijedlog 22 (*Proposition 22*) kojim je u Obiteljski zakon (*Family Code*) unesena odredba kojom je brak zadržan isključivo za pojedince suprotnoga spola³, čime su samo potvrdili već postojeće uređenje iz 1977.⁴

Nedugo potom, 2004. godine, homoseksualni parovi su, zajedno s gradom i općinom San Francisco, podnijeli tužbe pred državnim sudovima, tvrdeći da zakoni koji uređuju brak, a među njima i Prijedlog 22, krše Ustav Kalifornije. Te tužbe su kasnije objedinjene i o njima je kalifornijski Vrhovni sud odlučivao u predmetu *In re Marriage Cases* u kojem je takvu odredbu proglasio neustavnom⁵ i ujedno naredio svim nadležnim tijelima da u skladu s odlukom omoguće sklapanje brakova i istospolnim parovima⁶. U svom obrazloženju, Sud je ustvrdio da: „državni interes u ograničavanju oznake braka isključivo na parove različito- toga spola i isključivanje istospolnih parova na dostupnost te oznake ne može ispravno biti shvaćeno kao prevladavajući državni interes s obzirom na zahtjeve jednake zaštite pred zakonom... Nadalje, dopuštanje pristupa homoseksualnim parovima toj oznaci neće

¹ "Brak između muškarca i žene je jedini valjan i priznat u Kaliforniji" (*Only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California*); Ustav Kalifornije; čl. 1, t. 7. 5.

<http://www.leginfo.ca.gov/.const>. Prijedlogom 8 je ujedno i onemogućeno priznavanje homoseksualnih brakova "sklopljenih u drugim saveznom državama SAD-a. Ovdje je bila riječ o jednom od brojnih zakona koji su bili done- seni kao reakcija na događaje na Havajima, takozvanim „mini DOMA-ma“.

² C. MUIR, *Perry v. Schwarzenegger: A Judicial Attack on Traditional Marriage*, University of Florida Journal of Law & Public Policy 22, (2011.), str.150: cit.Cal. Civ. Code § 4100 (1977), kasnije preneseno u Family Code § 300

³ Definicija je identična kasnijem Prijedlogu 8, v.supra (bilj. 1)

⁴ MIUR, op. cit. (bilj. 2), str. 151.

⁵ *In re Marriage Cases*, 43 Cal. 4th, str. 857.

⁶ Ibid.

promijeniti materijalnu prirodu te institucije... zadržavanje tradicionalne definicije braka ne predstavlja prevladavajući državni interes po standardu stroge kontrole jednake zaštite pred zakonom...⁴⁷⁸.

Po toj presudi sud je definirao brak kao „odnos koji je središte osobnih afekcija koje oplemenjuju i obogaćuju ljudski život - odnos koji je ujedno društveno najproduktivniji i individualno najispunjavajući odnos koji netko može uživati u životu“⁹, također, ustvrdivši da „pojedinačeva istospolna orijentacija nije legitiman ustavni temelj za uskraćivanje ili ograničavanje pojedinačnih zakonskih prava“¹⁰. Sud je ujedno priznao da je takvo shvaćanje nastalo „u zadnjim desetljećima“, ali da „...povijest sama po sebi ne opravdava interpretaciju ustavnog prava.“¹¹ Odluka Vrhovnog suda je shvaćena kao manipuliranje društvenim značenjem pojma braka. Kod birača je uzrokovala „Orwellovski efekt... - efekt kod kojeg ljudi primijete da Vlada ili relativno moćna grupa pokušava manipulirati društvenim značenjem pojmova, oni energično reagiraju sa svrhom odupiranja takvoj manipulaciji.“¹²

Građani Kalifornije, suočeni s nepriznavanjem ustavnosti njihove odluke, reagirali su, promijenivši Ustav Kalifornije putem referendumske inicijative i izglasavanjem ustavnog amandmana poznatog pod nazivom Prijedlog 8. Više od 13 milijuna građana Kalifornije izašlo je na referendum. Obje strane (za i protiv prijedloga) potrošile su u veoma žustroj debati više od 83 milijuna dolara na promidžbu i uvjeravanje građana u ispravnost svojih stajališta. Konačan zbroj glasova pokazao je da je za prijedlog glasovalo 52.3% birača koji su izašli na izbore pa su time građani Kalifornije po drugi puta u nepunih 9 godina dali do znanja na koji način vide i shvaćaju instituciju braka.¹³

Vrhovni sud Kalifornije ponovno je bio pozvan odlučivati o ustavnosti, no ovoga puta pred njim je stajalo pitanje o ustavnosti Prijedloga 8. U „*Strauss v. Horton*“ sud je odlučio da je riječ o dozvoljenom amandmanu na Ustav Kalifornije, a ne o nedopuštenoj reviziji istoga.¹⁴ Nadalje je zaključeno da „Prijedlog 8 ne presuđuje već odlučeno pitanje u *In re Marriage Cases*... Mjerom se ne proglašava stanje koje je postojalo po Ustavu Kalifornije u vrijeme *Marriage Cases*, već ustanovljava novo supstantivno državno ustavno pravilo koje je stupilo na snagu usvajanjem Prijedloga 8.“¹⁵ Dakle, sud nije smatrao da se referendumom definicija braka vraća na staro, već da se mijenja postojeća.¹⁶ Posebno je naglašeno da se presudom ne ukidaju ostala postojeća prava homoseksualaca, već da se tom „uskom i ograničenom“ mjerom ograničava jedino „iako signifikantno“ pravo na naziv brak¹⁷, s time da je sud, također, zaključio da se odredbe amandmana neće primjenjivati

⁷ Ibid., str. 854., 855.

⁸ Sud se, obrazlažući odluku, uvelike vodio idejom da s obzirom na to da je zakonski položaj homoseksualnih parova u svemu izjednačen sa položajem parova suprotnoga spola njihova ustavna nejednakost glede naziva njihovih zajednica brakom predstavlja povredu prava na jednaku zaštitu. Naime, u Kaliforniji su osobe u homoseksualnoj zajednici bile izjednačene sa osobama u braku praktički u svemu (posvajanje djece, zdravstveno osiguranje, bolnički posjeti i tome slično), osim u nazivu brak. U svom izdvojenom mišljenju, sudac J.Baxter primjećuje da je time sud *de facto* priznao pravo zakonodavcu da indirektno (promjenom zakona) običnom većinom promjeni ono što ne bi istom većinom mogao napraviti ni direktno (promijeniti Ustav) nazivajući takvu logiku „pravim *jiu-jitsuom*“. Ibid., str. 861.-864.

⁹ Ibid., str. 827.

¹⁰ Ibid., str. 823.

¹¹ Ibid., str. 821.

¹² D. DUNSON, A Right to a Word? The Interplay of Equal Protection and Freedom of Thought in the Move to Gender-Blind Marriage, Albany Government Law Review 5, (2012), str. 608.

¹³ MUIR, op. cit. (bilj.2), str. 153.

¹⁴ *Strauss v. Horton*, 46 Cal. 4th, str.457., 474.

¹⁵ Ibid., str. 390.

¹⁶ Po tome bi se dalo zaključiti da su ljudi koji su se zalagali za usvajanje tradicionalne definicije braka ustvari progresivisti.

¹⁷ Ibid., str. 673.

retroaktivno. Takva odluka je dovela do toga da se istospolni brakovi¹⁸, sklopljeni u periodu između odluke donesene u „*In re Marriage Cases*” i usvajanja amandmana (njih oko 18 000), i dalje smatrali valjano sklopljenima.¹⁹ Tom presudom riješene su pravne dvojbe oko ustavnosti amandmana, ali samo na razini savezne države.

S obzirom da se u SAD-u primjenjuje decentralizirani („američki”) tip ustavne kontrole²⁰, po kojem „svaki sud u SAD-u, neovisno o njegovoj poziciji u hijerarhiji sudskog sustava i neovisno o tome radi li se o federalnom sudu ili sudu neke od saveznih država, ima pravo da u razrješenju slučaja koji je pred njim raspravlja i odlučuje o suglasnosti akta koji se treba primijeniti s Ustavom SAD-a”²¹, još uvijek je ostala mogućnost pobijanja ustavnosti pred federalnim sudovima.

Do iskorištavanja te mogućnosti došlo je već u svibnju 2009. godine. Tada su dva općinska činovnika odbila izdavanje bračnih licenci jednom lezbijskom (Kristin Perry i Sandra Steir) i jednom gej (Paul Katami i Jeffrey Zarrillo) paru, pozivajući se na izmjenu Ustava uzrokovanu Prijedlogom 8. Navedeni parovi podnijeli su tužbu pred federalnim sudom, pozivajući se na povredu njihovih Ustavom Sjedinjenih Američkih Država zajamčenih prava na jednaku zaštitu pred zakonom (*Equal Protection Clause*) i pravedni zakoniti postupak (*Due Process Clause*) proizašlih iz XIV. amandmana na Ustav SAD-a.^{22 23}

Time je postavljena pozornica za odigravanje slučaja kojim se bavim u ovome radu i koji se trenutačno vodi pred Vrhovnim Sudom Sjedinjenih Američkih Država.

Prije vraćanja na problematiku primjene doktrine proizašle iz klauzule jednake zaštite, što je stožerno pitanje ovog slučaja, smatram nužnim osvrnuti se u na pitanje što je uopće ta doktrina i koja je njena povijest primjene na slične slučajeve.

1.2. Pravna pozadina

Ustav SAD, 14. amandman, čl. 1., reč. 2. glasi : “Nijedna država neće (...) uskratiti bilo kojoj osobi pod njezinom vlasti jednaku zaštitu pred zakonom.” Navedena odredba u teoriji se naziva klauzulom jednake zaštite pred zakonom (*Equal Protection Clause*).

”Zbog dugotrajne rasne diskriminacije u povijesti SAD-a, pravno načelo jednakosti tradicionalno je shvaćeno kao “jednako postupanje”, “jednaki zakonski tretman”. Međutim, početkom 1970tih godina Vrhovni je sud sankcionirao i tzv. neizravnu diskriminaciju, tj. nedopuštene učinke naizgled neutralnih pravila koja zbog različitih socijalnih, gospodarskih i kulturnih prilika u kojima se nalaze pojedine društvene skupine dovode do *de facto* štetnih posljedica za određenu skupinu. Danas je svako razlikovanje, bilo ono izravno ili neizravno, podložno sudskoj ocjeni ustavnosti.”²⁴

¹⁸ Autor smatra „istospolne brakove“, „homoseksualne brakove“, „gej brakove“ i ostale inačice koje se koriste pogrešnim nazivljem iz razloga što se ovdje ne radi o uvođenju neke nove kategorije braka koja bi koegzistirala pored braka kako je oduvijek bio shvaćen. Točniji bi naziv bio bespolni brak jer se proširivanjem braka i na homoseksualne zajednice u biti briše spol kao njegov konstitutivni element. No, kako se sudovi služe ovim nazivljem, upotrebljava se i ovdje u svrhu vjernosti originalu.

¹⁹ *Strauss v. Horton*, op. cit. (bilj.14), str. 474.

²⁰ D. ALBRECHT; R. PODOLNJAK, Razlike između američkog i europskog modela nadzora ustavnosti i zakonitosti, *Pravnik*, 43, 1 (87), (2009), str. 30.

²¹ *Ibid.*, str. 31.

²² MUIR, op. cit. (bilj.2), str. 154.

²³ Tadašnji guverner Arnold Schwarzenegger odbio je braniti amandman pred sudom jednako kao i Jerry Brown (tadašnji državni odvjetnik i kasniji guverner) pa su na njihovo mjesto stupili predlagači inicijative. Zanimljivo je da se isto dogodilo sa vrlo bliskim pitanjem ustavnosti DOMA-e gdje su predsjednik Obama i Eric Holder također odbili braniti njegovu ustavnost pred sudovima bez obzira na izričitu obvezu Predsjednika SAD-a da brani pozitivne zakone zemlje.

²⁴ B. KOSTADINOV; S. BARIĆ, Sudski nadzor referendumskih odluka u savezним državama Sjedinjenih Američkih Država, Hrvatska javna uprava, br. 3/2006, str.72.

Pri ocjenjivanju ustavnosti, s obzirom na klauzulu jednake zaštite, Vrhovni sud koristi različite testove (stupnjeve) strogosti: 1) test racionalnosti (*rational basis test*), 2) srednje strogi test (*intermediate scrutiny*) i 3) test stroge kontrole (*strict scrutiny test*).²⁵ Sud odluku o tome koji će test primijeniti na konkretni slučaj donosi s obzirom na to radi li se o temeljnim pravima (*fundamental rights*) osoba i ovisno o tome je li riječ o skupinama osoba klasificiranima kao suspektnim²⁶, kvazi-suspektnim²⁷ ili svim ostalima (*“catch-all kategorija”*)²⁸, uzimajući u obzir njihovu podložnost diskriminaciji.

U pravilu, stupnjevi kontrole odgovaraju kategoriji koja se ispituje - stroga kontrola se primjenjuje za suspektnu kategoriju i u situaciji kada se radi o temeljnim pravima, srednji stupanj kontrole za kvazi-suspektne kategorije, dok se za sve ostale primjenjuje test racionalnosti.

1.2.1. Kontrolni testovi

A) Najniži stupanj, *test racionalnosti*, zahtijeva da različito postupanje/tretiranje pojedine skupine bude povezano sa svrhom mjere²⁹, mora postojati racionalna povezanost s legitimnim ciljem mjere.³⁰ Dakle, možemo razlikovati dva segmenta pravila: a) legitimnost mjere i b) njezinu razumnu povezanost s njenom svrhom. U praksi se tek za posve neznatan broj propisa može utvrditi nepostojanje legitimne svrhe pa već i sama primjena tog testa gotovo uvijek znači sudsku potvrdu ustavnosti.³¹ Kada zakon regulacijom ne dotiče suspektnu (ili kvazi-suspektnu) klasu niti tereti temeljno pravo, sud polazi od presumpcije da je zakon valjan.³² Dakle, kod ovoga testa teret dokaza neustavnosti je na protivniku mjere jer se mjera opravdava ako postoji bilo koje zamislivo stanje koje ju opravdava. Također, test racionalnosti „ne daje dozvolu sudovima prosuđivati mudrost, pravednost ili logiku zakonodavnog izbora“³³ koji „nije podložan sudskom utvrđivanju činjenica i može biti utemeljen na razumnoj spekulaciji koja ne mora biti podržana dokazima ili empirijskim podatcima.“³⁴

B) Srednji stupanj kontrole provjerava predstavlja li regulacija važan državni interes s kojim je ta regulacija značajno (*substantially*) povezana.

“Mjera ne može biti samo minimalno racionalno povezana s bilo kojom opravdanom svrhom (čime bi zadovoljila test racionalnosti), ali ne mora biti ni nužna za ostvarenje prevladavajuće državne svrhe (što zahtijeva strogi test). Drugim riječima, traži se čvršća veza između sredstva i cilja te veći stupanj važnosti samoga cilja od minimalnog testa, no ne toliko čvrsta veza i toliko važan cilj kao u slučaju strogog testa. Najveća vrijednost srednjeg testa sastoji se u njegovoj fleksibilnosti.”³⁵

C) Najzahtjevniji stupanj predstavlja stroga kontrola pri kojoj Vlada/donositelj mjere u tom slučaju mora pokazati da regulacija služi ispunjenju prevladavajućeg državnog interesa (*compelling state interest*) i da je upravo ta regulacija nužna za njegovo ispunjenje. U

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid., str. 73.

²⁷ DUNSON, op. cit. (bilj. 12), str. 574.

²⁸ M. STRASSER, Equal Protection, Same-Sex Marriage, and Classifying on the Basis of Sex, Pepperdine Law Review, 38 (2011), str. 1023.

²⁹ KOSTADINOV; BARIĆ, op. cit. (bilj. 24), str. 73.

³⁰ DUNSON, op. cit. (bilj. 12), str. 574.

³¹ KOSTADINOV; BARIĆ, loc. cit.

³² *Perry v. Schwarzenegger*, N.D. Cal. 2010, str. 996.

³³ *Heller v. Doe* 509 U.S. 312 (1993), str. 319.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid., str. 74.

tim uvjetima, mjera mora biti "usko skrojena"³⁶ da bi zadovoljila zahtjev ustavnosti. Za razliku od testa racionalnosti, "gotovo u svim slučajevima njegove uporabe pojedina mjera biva ukinuta."³⁷

1.2.2. Suspektne kategorije

Suspektne i/ili kvazi-suspektne skupine su fluidan pojam za čije utvrđivanje ne postoje striktni kriteriji: "za određivanje ugrožene skupine Vrhovni je sud ustanovio veći broj kriterija, a odluka je li neka skupina dovoljno ugrožena u konkretnom slučaju ovisi o kumulaciji više indicija."³⁸

Tako će se određena skupina smatrati suspektnom ili kvazi-suspektnom ako je riječ o "izdvojenoj grupi...čiji su članovi pogođeni nesposobnošću (*disability*) nad kojom nemaju kontrolu..."³⁹ tj. koja je urođena i nepromjenjiva (*immutable*). Također se spominje i "... povijest namjernog nejednakog tretiranja... stigmatizaciju od strane društva koja zbog koje se npr. ne može očekivati od te grupe osiguravanje jednake zaštite putem političkog procesa..."⁴⁰ Skupinu ujedno mora biti moguće jasno definirati i mora biti izdvojena (*insular*). Suspektnim kategorijama se po dosadašnjoj praksi smatraju rasa, vjeroispovijest, nacionalnost i u određenim situacijama državljanstvo. Kvazi-suspektnima se smatraju primjerice spol i izvanbračni status djeteta. No, iako je sud priznavao da su pojedine kategorije koje nisu klasificirane kao suspektne u nepovoljnijem položaju, pokazao je veliku suzdržanost pri proglašavanju novih suspektnih kategorija.⁴¹

1.2.3. Rigorozni test racionalnosti ili test racionalnosti „s ugrizom“

U relativno novijoj praksi Vrhovnog suda, možemo zamijetiti jedan, nikad izravno imenovani ili priznati, novi i hibridni test: rigorozni test racionalnosti (*heightened / rigorous rational basis test*), ujedno popularno nazvanim testom racionalnosti „s ugrizom“ (*rational basis „with bite“*) koji nam je izuzetno značajan za ovaj rad. Kako ga Vrhovni sud nije nikada izričito definirao, njegova se primjena uvijek razmatra s određenom dozom skepse zbog nesigurnosti osnova na kojima se temelji, no praksa ga je već uvelike prihvatila i koristila u svojim odlukama.

Prva odluka u kojoj je upotrijebljen taj test bila je *Department of Agriculture v. Moreno*⁴² u kojem je sud, izričito navevši da koristi test racionalnosti, naveo da „gola... želja da se naudi politički nepopularnoj grupi ne može predstavljati legitiman državni interes“.⁴³ Time je teret dokaza prebačen na državu koja je zakon branila. Sada je strana koja brani ustavnost zakona morala dokazati kako ima neki drugi legitiman interes, što je sasvim suprotno klasičnom testu racionalnosti gdje se taj teret nalazi na leđima onih koji traže proglašavanje neustavnosti određenoga zakona. U naknadnoj praksi pod tim testom padali su zakoni kojima su se dovodila u nepovoljniji položaj djeca nezakonitih imigranata, osobe s mentalnim poremećajima i homoseksualci.⁴⁴

³⁶ STRASSER, loc. cit.

³⁷ KOSTADINOV; BARIĆ, loc. cit.

³⁸ Ibid.

³⁹ STRASSER, op. cit. (bilj.28), str. 1024.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid., str. 1025.

⁴² *Department of Agriculture v. Moreno* 413 U.S. 528 (1973). Radilo se o tome da je Kongres pokušao uskratiti državnu pomoć u obliku bonova za hranu osobama koje su živjele s pojedincima koji im nisu bili u krvnom srodstvu niti s kojima su bile u braku. Pri tome su prvenstveno imali na umu hipije.

⁴³ Ibid., str. 534.

⁴⁴ Opširnije vidi M. O. MCGOWAN, *Lifting the Veil on Rigorous Rational Basis Scrutiny*, *Marquette Law Review* 96 (2012), str. 388. - 394.

Dva najznačajnija i najzanimljivija slučaja, s obzirom na temu rada su *Romer v. Evans*⁴⁵ (u većoj mjeri) i *Lawrence v. Texas*⁴⁶ (u manjoj mjeri).

U *Romeru* se ispitivala ustavnost Amandmana 2. Amandman 2 je bio amandman na Ustav Kolorada kojim su građani zabranili sve akte zakonodavne, izvršne ili sudske vlasti kojima bi se status posebne zaštite dodijelio osobama s obzirom na njihovu homoseksualnu orijentaciju.⁴⁷

U odluci Vrhovnog suda je navedeno da „Amandman 2 ... nameće široko i nediferencirano ograničenje pojedino imenovanoj grupi... njegova sama širina je u takvom diskontinuitetu sa za njega navedenim razlozima da se čini neobjašnjivim bilo čime osim animusom prema klasi koju pogađa; nedostaje mu razumne povezanosti s legitimnim državnim ciljem⁴⁸... on je istodobno preuzak i preširok. Identificira osobe po pojedinoj osobini i uskraćuje im zaštitu na širokoj osnovi“⁴⁹, „što dovodi do neizbježnog zaključka da je nametnuti hendikep rezultat animoziteta prema pogođenoj klasi osoba“⁵⁰ i da je kao takav, protivan klauzuli jednake zaštite, i samim time neustavan.⁵¹

Ponovno je teret dokaza prebačen na branitelje ustavnosti zakona koji su trebali uvjeriti sud u racionalnost i legitimnost mjere.⁵²

U *Lawrenceu* (iako on nije ispitivan glede klauzule jednake zaštite) je sud ustvrdio glede zakona koji su zabranjivali homoseksualnu sodomiju da „činjenica da je većina tradicionalno smatrala određenu praksu nemoralnom nije dovoljan razlog za opravdanje ustavnosti zakona koji takvu praksu zabranjuje“.⁵³

Možemo zaključiti da su dva analitička poteza karakteristična za rigorozni test racionalnosti. Prvo, sud traži od države da objasni zašto je neki cilj legitiman i da je određena mjera s njime povezana. Drugo, moralno neodobravanje određene grupe ili njenog ponašanja ne

⁴⁵ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

⁴⁶ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). U ovom slučaju se ispitivala ustavnost tekasačkog zakona koji je zabranjivao homoseksualnu sodomiju. Temeljem tog zakona bio je kažnjen tužitelj Lawrence zbog devijantnog seksualnog odnosa drugom muškarcem u kojemu ga je zatekla policija u njegovom stanu nakon zaprimljene prijave o pucnjavi (id. 558.). Rušeći zakon zbog njegove neustavnosti po *due process* klauzuli, sud (to jest sudac Kennedy kao autor većinskog mišljenja) je ustvrdio da „...kada seksualnost pronađe svoj očiti izraz u djelovanju intimne naravi s drugom osobom, to djelovanje može biti samo jedan element u trajnijoj osobnoj vezi „ (id.567.) no ujedno i da „...ovaj slučaj... ne obuhvaća pitanje mora li vlada dati formalno priznanje bilo kojoj vezi u koju homoseksualci žele ući.“(id. 578.) Sudac A. Scalia je žestoko napao takvo viđenje u svom izdvojenom mišljenju : „Na kraju svoga mišljenja, nakon što je u ruševinama ostavio temelje naše jurisprudencije razumne osnove , Sud tvrdi da ovaj slučaj ne obuhvaća pitanje mora li vlada dati formalno priznanje bilo kojoj vezi u koju homoseksualci žele ući. Ne vjerujte mu.“(id. 604.) kao i „ovaj slučaj ne obuhvaća pitanje homoseksualnog braka samo ako netko pomisli da principi i logika nemaju veze s odlukama ovoga Suda.“(id. 605.) Spomenimo da je u svom izdvojenom mišljenju (u kojem se usuglasila s odlukom suda o neustavnosti zakona ali je smatrala da je riječ o povredi klauzule jednake zaštite jer je Teksas branio samo homoseksualnu sodomiju a ne i heteroseksualnu) sutkinja O'Connor ujedno zaključila da „Teksas ovdje ne može uspostaviti legitimni interes poput nacionalne sigurnosti ili očuvanja tradicionalne institucije braka. Donošenjem ovakve presude, Vrhovni je sud izmijenio svoje stajalište izraženo u slučaju *Bowers v. Hardwick* iz 1986. godine i njome se ujedno proglasilo neustavnim sve preostale zakone o sodomiji u 14 američkih država gdje su još bili na snazi.

⁴⁷ Radilo se o antidiskriminacijskim zakonima koji su doneseni u demokratskim enklavama (Aspen, Denver) u tada pretežito republikanskoj državi . Povod je bio proširivanje zaštićenih skupina i na osobe različite seksualne . Autor većinskog mišljenja i ovdje je bio sudac Kennedy. *Romer v. Evans*, op. cit. (bilj. 45), str. 624.

⁴⁸ Ibid, str. 632.

⁴⁹ Ibid., str. 633.

⁵⁰ Ibid., str. 634.

⁵¹ STRASSER, op. cit. (bilj. 28.), str. 1028.

⁵² McGOWAN, op. cit. (bilj. 44.), str. 394. ovom slučaju - postoje drugi razlozi pored neodobravanja određene grupe za promoviranje braka.“(id. 585.)

⁵³ *Lawrence v. Texas*, op. cit. (bilj. 46.), str. 577.

može predstavljati opravdan razlog. U oba slučaja, test racionalnosti se približava srednje strogom i najstrožem testu.⁵⁴

Nadalje, Vrhovni sud nikada nije proglasio hipije, izvanbračnu djecu i homoseksualce suspektom ili kvazi-suspektom kategorijom, što bi automatski povuklo upotrebu strogog ili srednje strogog testa, već je upotrebljavao termine poput „grupe“ ili „klase“.⁵⁵ Također, nije nikada objasnio u kojim situacijama dolazi do aktivacije tog testa.

U svakom slučaju, iako nije do kraja razjašnjen, rigorozni test racionalnosti je sasvim sigurno imao nemali utjecaj na sudsku praksu generalno i, kao što ćemo naknadno vidjeti, na slučaj vezan uz Prijedlog 8, partikularno.

2 Presude federalnih sudova

2.1. *Perry v. Schwarzenegger*

Pred sudom su se u ovom slučaju nalazila dva sporna pitanja⁵⁶:

- 1) Krši li se Prijedlogom 8 pravo na dužni postupak pred zakonom?
- 2) Krši li se Prijedlogom 8 pravo na jednaku zaštitu pred zakonom?⁵⁷

U oba slučaja sud je dao potvrđan odgovor. No, prije nego što uđemo u obrazloženje te sudske odluke treba se osvrnuti na neka pitanja koja su bila sporedna samome meritornom odlučivanju, ali su posredno uvelike utjecala na konačnu odluku. Ovdje ćemo se dotaknuti pitanja objavljivanja interne komunikacije organizatora referendumске inicijative i pitanja javnog prenošenja sudske rasprave.

Tužitelji (vidi supra str.5) su zatražili od suda da tuženicima naredi objavljivanje interne dokumentacije i dopisivanja koje su vodili tijekom kampanje. Taj, do tada zahtjev bez presedana, obrazložili su time što bi se tom dokumentacijom otkrili „stvarni“ razlozi, motivi i namjere predlagatelja uspješne inicijative. Druga strana se takvom zahtjevu očekivano protivila, tvrdeći da bi se time prekršila njihova prava zajamčena I. Amandmanom na Ustav SAD-a. Sud nije prihvatio argumente tuženika i naredio je predaju navedenih materijala.⁵⁸ Tuženci su se na tu odluku žalili i njihova je žalba uvažena od strane Prizivnog suda koji je

⁵⁴ McGOWAN, op. cit. (bilj. 44.), str. 383.

⁵⁵ U pravnoj doktrini još nije razjašnjeno što bi ti termini značili. Po nekima je presudan „princip parije“ po kojemu bi se državama zabranjivalo da ostraciziraju ili stigmatiziraju pojedine grupe. No, time bi se teško objasnilo mnoge još slabije skupine u sličnim ili još gorim situacijama, poput zatvorenika ili siromašnih ljudi koji ne uživaju takav tretman. Po teoriji profesorice McGowan ovdje se radi o skupinama osoba koje su kroz povijest bile diskriminirane ili obespravljene ali su s vremenom stekle određenu političku „vidljivost“ i u nekoj se mjeri politički organizirale (njih naziva „strukturne grupe“ za razliku od „kulturalnih grupa“ koje su određene rasom, nacionalnim porijeklom i tome slično.). To znači da sama obespravljenost ili diskriminiranost bilo koje grupe sama po sebi nije dovoljna da bi bila zamijećena od strane Vrhovnog suda, već one mogu proći „ispod radara“. Traži se dakle da je grupa u specifičnom povijesnom intervalu u kojem je dovoljno jaka da bi se mogla izboriti za svoja određena prava ali se time u istom trenutku izlaže retribuciji većine stanovništva koje je iritirano njenim (makar djelomičnim) uspjesima na političkoj areni. McGowan smatra da je u takvoj situaciji najprimjereniji upravo rigorozni test racionalnosti jer traži od zakonodavca da svoje djelovanje preispita ne bi li otklonio mjere koje proizlaze isključivo iz animusa a bez da mu u potpunosti onemoguću bilo kakvo djelovanje u smjeru volje većine. Iz tih razloga smatra strogi i srednje strogi test kontraproduktivnima (daje primjer DOMA-e koja je donesena kao reakcija na presudu Vrhovnog suda Hawaja kao i Prijedlog 8 koji je uslijedio nakon *In re Marriage Cases* presude). Možemo zamijetiti da bi time Vrhovni sud igrao ulogu neke vrste inkubatora za politički nepopularne skupine dok one ne steknu dovoljni politički utjecaj, što je u najmanju ruku dvojbena s aspekta trodiobe vlasti.

⁵⁶ U ovom dijelu se ne osvrće na pitanje prava predlagatelja inicijative na obranu ustavnosti amandmana. Naime, kao i kod slučajeva na razini savezne jedinice, svi državni dužnosnici imenovani u tužbi odbili su braniti ustavnost amandmana. Isto pitanje se kasnije postavljalo pred Prizivnim sudom a razmatra je i Vrhovni sud pred kojim se u trenutku pisanja ovoga rada nalazi slučaj.

⁵⁷ *Perry v. Schwarzenegger*, op. cit. (bilj. 32.), str. 929.

⁵⁸ MUIR, op. cit. (bilj. 2.), str. 154.-155.

u svom obrazloženju odluke naveo da je takva komunikacija ustavno zaštićena i da bi provođenje odluke prvostupanjskog suda imalo „zastrašujuće efekte“ na političko udruživanje i oblikovanje političkog izražavanja.⁵⁹

Pitanje javnog prenošenja suđenja, a još i više način na koji je prvostupanjski sud postupao u toj situaciji, na još jasniji način otkrivaju da je sud u tom slučaju izašao iz svoje uloge nepristranog arbitra a opasno zašao u područje sudskoga aktivizma.

Sud je, suprotno pravilima koja su mu to izričito zabranjivala, odlučio televizijski i putem interneta prenositi raspravu. Da bi shvatili utjecaj te odluke na samo suđenje, važno je napomenuti da su tijekom i nakon kampanje oko Prijedloga 8 osobe koje su se zalagale za definiciju braka kao zajednice muškarca i žene bile izložene konstantnom omalovažavanju, medijskom linču, vandalizmu, a u određenim situacijama čak i fizičkom nasilju.^{60,61} Spomenimo samo slanje kuverti s bijelim prahom na adrese mormonskih hramova, prijjetnje smrću, cirkuliranje „crnih lista“ donatora kampanje, nebrojene krađe plakata koji su podržavali Prijedlog 8, razbijanje automobilskih prozora, crtanje svastika i grafita s uvredljivim porukama na zidove crkvi, dobivanje otkaza zbog podržavanja inicijative i tome slično.⁶²

Suočeni s takvim izljevima netolerancije, tuženici su očekivano bili krajnje nezadovoljni takvom odlukom, osobito uzevši u obzir da je to bilo protivno tada važećim pravilima suda. Sudac Walker je problemu doskočio tako što je odlučio promijeniti navedena pravila. Za svaku promjenu tih pravila sud je dužan odrediti prethodni rok za razmatranje. Rok je određen na način da je zakonski propisana obavijest poslana putem elektroničke pošte na Staru godinu. Ujedno je rok za raspravu o navedenoj promjeni trajao samo pet dana i istjecao je u petak pred početak suđenja.⁶³ Štoviše, kada je Vrhovni sud uvažio prigovor tuženika i zabranio televizijski prijenos, sudac Walker je, suprotno naredbi višega suda, odlučio snimati raspravu, u slučaju da se u budućnosti dopusti objava.⁶⁴ Takav razvoj situacije doveo je do toga da je većina svjedoka obrane odustala od davanja iskaza zbog „... iznimne zabrinutosti za osobnu sigurnost ... jer ... ne žele se pojaviti pred sudom u slučaju bilo kakvog snimanja“.⁶⁵ Konačni omjer svjedoka obrane i optužbe bio je 2 naspram 17. Na očitu diskrepanciju upozorio je i sam sud⁶⁶, pomalo licemjerno, s obzirom na vlastitu ulogu u tome. Za preostala dva svjedoka obrane, sud je zaključio da „nalazi da njegovo mišljenje nije vjerodostojno i ne pripisuje mu nikakvu težinu“ (Blankenhorn)⁶⁷ i da „... njegovu mišljenje ... pripisuje malo važnosti i to samo u onoj mjeri kojoj je opširno podržan pouzdanim dokazima“ (Miller)⁶⁸. Nakon dvanaestodnevne usmene rasprave i 80 utvrđenih činjenica⁶⁹,

⁵⁹ Ibid., str. 155.-175.

⁶⁰ To se u jednom dijelu može svakako pripisati i kalifornijskome zakonu po kojem je nužna objava određenih osobnih podataka (imena, adrese, poslodavca) za svaku donaciju od sto ili više dolara. Država Kalifornija te podatke kasnije javno objavljuje i čini dostupnima svakome putem interneta. Homoseksualni aktivisti su iskoristili objavljene podatke i kombinirali ih sa interaktivnim mapama da bi „identificirali i poduzeli akcije protiv onih koji im žele oduzeti njihova prava“, to jest neistomišljenika.

Vidi: <http://www.californiansagainsthate.com/dishonorRoll.html>

⁶¹ Vidi npr. *Palm Springs Prop 8 Rally Turns Ugly* (video), dostupno na - <http://www.youtube.com/watch?v=znXHJQ5X78o>

⁶² Za detaljnije obrađene incidente vidi: Thomas M. Messener (11. 10. 2009.), *Price of Prop 8* dostupno na - <http://www.heritage.org/research/reports/2009/10/the-price-of-prop-8>

⁶³ MUIR, op. cit. (bilj. 2), str. 176.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ *Perry v. Schwarzenegger*, op. cit. (bilj.32.), str. 944.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid., str. 950.

⁶⁸ Ibid., str. 952.

⁶⁹ Spomenimo samo kako je sud zaključak (t. 70, id.9 80) o tome da spol roditelja ne predstavlja nikakav faktor u prilagodbi djeteta temelji na iskazu čak jednoga svjedoka (Lamb), o nepotrebnosti majke i oca uzeto je u obzir dvostruko više svjedoka (Lamb i Nathanson) i internet rubrika pitanja i odgovora Američke Psihološke Orga-

nekima od kojih ćemo se detaljnije baviti kasnije, sud je zaključio da je ustavni amandman protivan, kako prema *due process* klauzuli, tako i prema *equal protection* klauzuli.

Razmatrajući ustavnost prema *due process* klauzuli, sud je polazio od toga da je pravo na brak temeljno pravo (što i nije bilo sporno) za čije je temeljne karakteristike kroz povijest naveo da su „... dvije osobe koje su slobodno dale svoj pristanak za formiranje odnosa koje je temelj izgradnje kućanstva“.⁷⁰ No, iako i sam priznaje da brak nikada u povijesti SAD-a nije bio otvoren za dvije osobe istoga spola, pretpostavlja da je došlo do evolucije po kojoj je brak prešao iz spolne u bespolnu (*gender-free*) instituciju i da „... isključivanje (osoba istog spola iz braka op.a) postoji kao ostatak vremena kada se za spolove smatralo da imaju različite uloge u društvu i braku.“⁷¹ Naime, problem se vrtio oko toga traže li tužitelji neko novo pravo ili samo traže da im se prizna njihovo temeljno pravo. Ako je riječ o novome pravu, adekvatan stupanj kontrole morao bi biti test racionalnosti. No, ukoliko je riječ o već postojećem pravu, opravdan je najstroži test.⁷² Moglo bi se reći da „u analizi suca Walkera, povijest bračnog prava u Sjedinjenim Američkim Državama je ujedno i seksistička i homofobična,⁷³ pa je on, dakle, prvo morao redefinirati brak da bi ga mogao proglašiti nečim što se zapravo oduvijek odnosilo i na homoseksualne parove. Još jedna novost koju je sud unio (a Prizivni sud nije prihvatio u naknadnoj odluci) je ne samo ta da je pitanja homoseksualnih prava ispitivao s aspekta *due process* klauzule, već i način na koji to čini - „povijesni odnos između diskriminacije temeljem spola i diskriminacije temeljem seksualne orijentacije podržava aplikaciju stroge kontrole zakona protiv homoseksualnih brakova po *due process* klauzuli. U svakoj prethodnoj presudi, po pitanju homoseksualnih brakova, i u svakom podnesku i članku o toj temi, argument seksualne diskriminacije je bio formuliran u smislu klauzule jednake zaštite - pod suspektom klasifikacijom umjesto pod temeljnim pravima. Umjesto da se služi poviješću diskriminacije temeljem spola u bračnim zakonima da pokaže kako je Prijedlog 8 diskriminira temeljem spolne klasifikacije, sud je koristio tu povijest, utvrđujući da Prijedlog 8 zadire u temeljno pravo na brak. Time je sud po mišljenju nekih autora „postavio temelje novom obećavajućem načinu ispitivanja ustavnosti zakona protiv istospolnoga braka.“^{74,75}

Dakle, kao adekvatni stupanj kontrole utvrđen je najstroži (*strict scrutiny*) test. No, on je ostao neprimijenjen jer je sud ustvrdio da navedena izmjena Ustava Kalifornije ne prolazi ni najniži test razumne osnove (*rational basis*).

nizacije (t.71., id. 981). No, još možemo pronaći zaključke o: nepromjenjivosti seksualne orijentacije (t. 46., id. 966), nepostojanju utjecaja redefiniranja braka na brak definiran onako kako je shvaćan u cjelokupnoj prethodnoj povijesti i koristi koju imaju djeca od homoseksualnog braka (t. 55. i t. 56., id. 972.), ekonomskoj korisnosti (t. 64. i t. 65., id. 977.) homoseksualnoga braka, diskriminaciji homoseksualaca kroz povijest kao i danas (t. 74., t.75., id. 981.) kao i stereotipima vezanim uz njih (t.76., id. 982, t.80. id. 990.) i o štetnosti religioznih uvjerenja (t. 77., id. 985.). Na ovakav način zaključivanja i izvođenja dokaza o filozofskim pitanjima i budućim događajima, osvrnuo se i sudac Vrhovnog suda Samuel Alito u bliskom slučaju: „u određenim slučajevima suđenje je sličilo parodiji kao kada je sudac odlučio ne uzeti u obzir mišljenje velikih mislioca iz prošlosti jer nisu bili dostupni osobno svjedočiti (*Aristotel i Platon* , op.a)... I kao da taj spektakl nije dovoljan neki profesori Ustavnog prava su ustvrdili da bi morali prihvatiti pronalazke suda - uključujući i one o filozofskim pitanjima i predviđanjima budućnosti - osim ako su „očito pogrešne“... Samo arogantna pravna kultura koja je izgubila svako poštovanje spram vlastitih granica bi mogla ozbiljno shvatiti takve sugestije.“ *United States v. Windsor*, 570 US ___ (2013), izdvojeno mišljenje Alito, str. 15. (slip. op.)

⁷⁰ *Perry v. Schwarzenegger*, op. cit. (bilj. 32.), str. 992.

⁷¹ *Ibid.*, str. 993.

⁷² R. J. CLIFFORD, *Perry v. Schwarzenegger and The Future of Same-Sex Marriage Law*, *Arizona Law Review* 53 (2011), str. 920.

⁷³ *Ibid.*, str. 941.

⁷⁴ *Ibid.*, str. 924.-925.

⁷⁵ Vidi *infra* ujedno pitanje koverture i povezanosti diskriminacije temeljem spola i seksualne orijentacije pri objašnjavanju stajališta suda kod ispitivanja jednake zaštite pred zakonom.

Povreda ustavnih prava utvrđivana je i s osnove jednake zaštite pred zakonom gdje su tužitelji tvrdili da ih se diskriminira i temeljem spola i temeljem seksualne orijentacije. Sud je ustvrdio, pozivajući se na *Lawrence v. Texas*, da je „... zahtjev tužitelja temeljen na seksualnoj orijentaciji, ali da je taj zahtjev ekvivalentan zahtjevu temeljenom na diskriminaciji glede spola“.⁷⁶ Na drugom mjestu sud pak kaže da su „... spol i seksualna orijentacija nužno isprepleteni s obzirom da je pojedinčev izbor svog intimnog ili romantičnog partnera utemeljen na spolu veliki dio onoga što se definira kao pojedinčeva seksualna orijentacija...“.⁷⁷

Obrana je, suprotno tome, ponudila prijedloge za koje je smatrala da sud treba uzeti u obzir kao dovoljno opravdan razlog za potvrđivanje ustavnosti prijedloga⁷⁸:

1) zadržavanje braka kao zajednice muškarca i žene i isključivanje svih drugih odnosa iz te definicije,

2) nužnost opreznog postupanja pri uvođenju društvene promjene,

3) promoviranje roditeljstva parova suprotnog spola,

4) zaštita sloboda onih koji se protive homoseksualnim brakovima,

5) različito tretiranje parova istog spola od parova različitoga spola,

6) bilo koji drugi razlog.⁷⁹

Zadržavanje braka kao zajednice muškarca i žene i isključivanje svakog drugog odnosa kao argument je odbačen od strane suda, polazeći od osnove da su tradicionalne bračne restrikcije vezane uz rod⁸⁰ nastale kada⁸¹ su supružnici bili zakonom primorani pridržavati se određenih rodni normi. Iz te logike sud je izvukao zaključak da se Prijedlogom 8 u Ustav Kalifornije unose odredbe koje sadržavaju rodna ograničenja koja tretiraju različito muškarce i žene jedino temeljem „zastarjelog i diskreditiranog pojma roda“. Povlačenjem paralele s povijesnim pravnim institutom koverture (*coverture*) po kojemu je pravni identitet žene sklapanjem braka bivao uvučen u pravni identitet njenoga muža⁸² i podjeli rada s obzirom na spol, kao i utvrđivanjem da taj institut kao i tradicionalna podjela rada na spolove više ne postoji, sud je izveo zaključak o nužnosti rušenja svih bračnih barijera glede spola. Pri tome je sud usporedio ovaj slučaj sa slučajem *Loving v. Virginia* u kojemu je Vrhovni sud ukinuo dotadašnju zabranu međurasnih brakova u nekim državama SAD-a.⁸³

Nužnost opreznog postupanja pri uvođenju društvene promjene je pak odbačena, možemo reći nevjerojatnim rastezanjem logike, jer su dokazi koje je sud izveo (iskaz jednog svjedoka) pokazali „izvan svake rasprave“ da homoseksualni brak ima neutralan ako ne i pozitivan efekt na instituciju braka.⁸⁴

Što se tiče promoviranja roditeljstva od strane osoba različitog spola, ono je odbačeno jer je sud, potpuno zanemarujući dugo postojeću raspravu u znanstvenim krugovima po tom pitanju, u raspravi utvrdio da je spol roditelja ustvari nebitan za razvoj djeteta.^{85,86} Da-

⁷⁶ *Perry v. Schwarzenegger*, op. cit. (bilj. 32.), str. 996.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid., str. 998.

⁷⁹ Njime su očito smjerali na primjenu testa racionalnosti u kojem sud u pravilu pretpostavlja ustavnost mjere.

⁸⁰ Sud je očito polazio od pretpostavke da su rod i spol različiti pojmovi a ne istoznačnice.

⁸¹ Unatoč nepostojanju u povijesti bilo kakvog primjera braka koji bi bio različit od muško – ženskog definiranja sud smatra da su rodne restrikcije nastale nakon određenog događaja - „... nastale kada su zakonom bili primorani pridržavati se...“ - što nužno pretpostavlja period kada takvih restrikcija nije bilo. Kako takvo stanje nikad nije postojalo argument nema nikakvog smisla.

⁸² *Perry v. Schwarzenegger* op. cit. (bilj. 32.), str. 958., t. 26, t. 27.

⁸³ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967). *Infra* objašnjavam neodrživost te analogije.

⁸⁴ *Perry v. Schwarzenegger* op.cit. (bilj. 32.), t. 55., str. 972.

⁸⁵ t. 70, vidi supra bilj. 69.

⁸⁶ Profesor Rosky, koji je inače pobornik ovakve presude, i sam upozorava na šupljinu takvog argumenta u svjetlu brojnih studija koje pokazuju sasvim suprotne efekte na seksualnost djece iz takvih zajednica. Dapače, on

pače, kako je u Kaliforniji dopušteno posvajanje djece od strane homoseksualnih parova, sud je izveo da to ustvari šteti interesima djece jer im se onemogućuje stabilnost koju pruža brak.⁸⁷

Ni zaštita sloboda onih koji se protive homoseksualnim brakovima niti različito tretiranje parova istog spola od parova različitoga spola nisu prošli ništa bolje jer je sud prvu tvrdnju odbacio polazeći od toga da su zakoni Kalifornije već branili diskriminaciju glede spolne orijentacije, a drugu time što je, sad već očekivano, utvrdio na temelju dokaza da su zajednice osoba različitoga spola potpuno jednake u kontekstu zakona Kalifornije zajednicama osoba istoga spola. Tome je još dodana dokazima „pouzdana utvrđena“ činjenica da su moralna i religiozna uvjerenja jedina osnova smatranja takvih zajednica različitimima.⁸⁸

Svi ostali razlozi na kojima bi se mogla temeljita razumna osnova su opisani kao ništa više od „straha od neartikulirane odbojnosti spram parova istoga spola“.

Možemo zaključiti da je sud, u ovom slučaju, na temelju iskaza devetnaestero svjedoka i dvanaestodnevnih rasprava, ne samo razriješio mnoga do tada sporna pitanja u znatnosti poput utjecaja roditelja istoga spola na razvoj djece i (ne)promjenjivosti seksualne orijentacije, već je i došao do nekih novih spoznaja o nepotrebnosti oca i majke, ujedno proglasivši preko sedam milijuna svojih sugrađana koji su glasovali za ustavni amandman u jednoj od država s najopširnijim pravima homoseksualaca iracionalnima, religijom i tradicijom zatupljenim homofobima koji su svoju odluku donijeli temeljem neartikuliranog straha od parova istoga spola (pritom se ne ustručavajući njihovu benevolentnost pri dodjeljivanju prava istima u njihovoj državi iskoristiti protiv njih samih pri utvrđivanju tih istih činjenica).

Također se kao indikativna može uzeti činjenica da je sud pri ispitivanju jednake zaštite pred zakonom jednako kao i kod dužnog postupka utvrdio da je standard koji se ima primijeniti onaj stroge kontrole. No, njega uopće nije niti pokušao koristiti u oba slučaja, već je veći dio obrazloženja presude pisan na način da se opravda stajalište da amandman ne može pretrpjeti ni teret najblažeg testa racionalnosti. Možemo se zapitati zašto sud, ako je uistinu bio uvjeren u svoj stav da je riječ o suspektnoj skupini i temeljnom pravu, nije jednostavno primijenio strogi standard? Jednako pitanje postavili su i pobornici ovakve presude.⁸⁹ Spomenimo još samo da je sudac Walker, nakon presude, podnio ostavku i javno objavio da je u desetogodišnjoj vezi s drugim muškarcem.⁹⁰ Kao što je i Prizivni sud u kasnijoj odluci na prigovor tuženika odlučio⁹¹, to nije bio dovoljan razlog da se sudac Walker izuzme iz slučaja, no kada se situacija sagleda u svjetlu prethodno navedenih pitanja objave interne dokumentacije, snimanja i objavljivanja rasprave i kasnije neobično velike slobode s utvrđivanjem brojnih krajnje spornih činjenica koje uvelike prelaze pitanja koja su bila postavljena sudu, te utvrđivanja primjene najstrožeg standarda kontrole, samo da bi se za svaki slučaj mjera ispitivala po najbližem standardu kao i činjenice da se zanemario prethodni presedan Vrhovnog suda, možemo ostaviti otvorenom sumnju da je sud u ovom slučaju postupao s unaprijed određenim ciljem u vidu.⁹²

smatra, primjećujući da sudac Walker nigdje taj specifičan efekt nije zanijekao i uzimajući u obzir mišljenje suda da „...Kalifornija nema nikakva interesa u smanjivanju broja homoseksualaca...“ (*Perry*, str. 967.) da se on treba objeručke prihvatiti i u budućnosti pred sudovima pozivati na njegovu nebitnost jer država po njemu nema nikakav legitiman interes utjecati na (homo)seksualnost djece. Vidi ROSKY, op. cit. (bilj.72), II.dio.

⁸⁷ *Perry v. Schwarzenegger*, op. cit. (bilj. 32.), str.1000.

⁸⁸ *Ibid.*, str. 1001.

⁸⁹ ROSKY, op. cit. (bilj. 72.), str. 935.

⁹⁰ Chris Johnson (06. 04. 2011.), *Washington Blade*, Federal judge who struck down Prop 8 comes out : report ,dostupno na - <http://www.washingtonblade.com/2011/04/06/federal-judge-who-struck-down-prop-8-comes-out/>

⁹¹ Ostavio je tu odluku unutar diskrecijskih ovlasti samoga suca. Ovdje nije bila riječ o tome da je sudac Walker homoseksualac, već da je odlučivao o stvari u kojoj bi mogao imati osobni interes.

⁹² MUIR, op. cit. (bilj. 2.), str. 176.

2.2. *Perry v. Brown*

Na donesenu su se odluku pokretači inicijativu odmah žalili nadležnom Prizivnom sudu.⁹³ Prije svega je moralo biti riješeno pitanje postojanje prava pokretača inicijative da se žale na odluku, s obzirom da takvo pravo nikada nije bilo jasno definirano od strane Vrhovnog suda.⁹⁴

2.2.1. *Većinsko mišljenje*

2.2.1.1. Pitanje jurisdikcije

Prije svega, Prizivni sud je morao ustanoviti imaju li pokretači inicijative pravo nastupanja pred sudom u skladu s čl. III Ustava SAD-a.

Za razliku od postupka pred prvostupanjskim sudom, gdje su zaštitu svojih navodno povrijeđenih prava tražili homoseksualni parovi kojima je Prijedlogom 8 bilo onemogućeno ući u brak, ovdje su pokretači inicijative morali dokazati svoj partikularni i konkretni interes za poništavanjem prvostupanjske presude. Naime, neupitno je da sama država ima pravo braniti svoje zakone koji su proglašeni neustavnima, no neobičnost ove situacije proizlazi upravo iz činjenice da su svi državni dužnosnici odbili braniti izglasani Prijedlog 8.

Sud je navedeni problem riješio na način da je pravo pokretača inicijative na nastup pred sudom izveo iz prava same države. Polazeći od toga da niti sam državni dužnosnik koji inače zastupa državu nema nužno osobni i konkretni interes pri obrani zakona tako ga ne moraju imati ni inicijatori referenduma pod uvjetom da nastupaju u ime države. Mišljenje da oni uistinu i imaju mogućnost nastupiti pred sudom pri obrani zakona umjesto države kada njeni dužnosnici to pravo ne iskoriste, Prizivni sud je izveo iz mišljenja Vrhovnog suda Kalifornije - po kojemu u situaciji kada državni dužnosnici odbiju braniti rezultate referenduma na sudu po pravu Kalifornije isti mogu biti zamijenjeni inicijatorima referenduma.

Prihvaćajući da je to odstupanje od uobičajenoga pravila kada izvršna vlast brani zakon zaključio je da „...nije na federalnome sudu da govori državi tko je može zastupati pred sudom... Tko može govoriti u ime države je nužno pitanje za samu državu.“⁹⁵

2.2.1.2. Meritorno pitanje

Nakon što je utvrdio postojanje navedenog prava⁹⁶, sud je mogao prijeći na rješavanje meritornog pitanja ustavnosti Prijedloga 8. Kao što je već objašnjeno, prvostupanjski sud ga je proglasio neustavnim po *due process* klauzuli zbog kršenja temeljnog prava i ujedno po *equal protection* klauzuli zbog toga što se, po njegovom mišljenju, njime isključivalo osobe istoga spola od mogućnosti sklapanja braka *kao takvog* dok se isto dozvoljavalo osobama različitoga spola. Prizivni sud je odlučio, u skladu s praksom sudova da ustavnost ispituju na najužoj mogućoj osnovi⁹⁷, ispitati ustavnost po dosta užoj osnovi koju su

⁹³ Ninth Circuit.

⁹⁴ *Perry v. Brown* 9th Cir. No. 10-16696, str. 1070. S obzirom da je Kalifornija ta koja bi imala pravo na obranu mjere sud je zatražio od kalifornijskog Vrhovnog suda da se očituje po tome pitanju – odgovor je bio potvrđan.

⁹⁵ Ibid., str. 1072.

⁹⁶ Ibid. 1070.

⁹⁷ Profesor Eskridge, inače jedan od najistaknutijih pobornika redefiniranja braka, navodi tri pravila kojih se savezni sudovi trebaju držati pri donošenju odluka: (1) držanje do specifičnog činjeničnog konteksta kojeg su iznijele stranke (2) poštivanje svojih vlastitih presedana i onih Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država i (3) preferiranje odlučivanja na uskim radije nego li na širim osnovama. Utoliko smatra presudu ispravnom. Vidi: W. N. ESKRIDGE Jr., *The Ninth Circuit's Perry Decision and the Constitutional Politics of Marriage Equality*, Stanford Law Review Online 63 (2012), dostupno na - <http://www.stanfordlawreview.org/online/perry-marriage-equality>

alternativno predložili prvotni tužitelji: je li Prijedlog 8 neustavan jer *oduzima* pravo na naziv brak osobama istoga spola⁹⁸?

Po toj osnovi, oslanjajući se uvelike na *Romer v. Evans*, a gotovo ignorirajući presudu suca Walkera⁹⁹, sud je većinom glasova vijeća (2:1) našao da je Prijedlog 8 neustavan. Po mišljenju suda, Prijedlog 8 je „oduzeo pravo parovima istoga spola da njihov privrženi odnos bude priznat od strane države nazivom brak, koju im je državni ustav prethodno omogućavao, ostavljajući im sva ostala prava i odgovornosti - prava i odgovornosti koja su jednaka onima oženjenih supružnika i čine sastavni dio bračnog odnosa“.¹⁰⁰ Nadalje, objašnjavajući važnost braka, tvrdi da je „brak naziv koji društvo daje najvažnijem odnosu između dvoje ljudi“.¹⁰¹ Ovdje se sud smatrao vezanim odlukom kalifornijskog Vrhovnog suda u *In re Marriage Cases* koji je takvo pravo iskonstruirao bez obzira na trajanje navedenog perioda (koji je u ovom slučaju iznosio 143 dana od presude do usvajanja prijedloga).¹⁰² Nisu uvaženi argumenti inicijatora referenduma koji su polazili od toga da je Prijedlogom 8 samo uspostavljena prethodno važeća definicija braka.¹⁰³

Kao i u postupku pred prvostupanjskim sudom, i ovdje je sud utvrđivao postoji li razumni odnos s nekom legitimnim ciljem s time da cilj mora biti legitiman s obzirom na državne interese, a ne bilo koje privatne osobe.¹⁰⁴ Dakle, sud je tražio od inicijatora da dokažu javni interes (osim moralne osude) koje opravdava degradaciju u statusu.¹⁰⁵ Možemo zaključiti da je, kao i u *Romeru*, sud ovdje upotrebljavao hibridni rigorozni test racionalnosti po kojemu je teret dokaza ustvari prebačen na pobornike ustavnosti mjere, jer je zaključio da mjera predstavlja „diskriminaciju neobičnog karaktera“ koja je usporediva s amandmanom u Coloradu.¹⁰⁶ Razlozi predloženi od strane pobornika prijedloga i prijatelja suda koje je sud ispitivao, ne bi li ustanovio prolaze li taj test su bili uvelike slični razlozima koje je ispitivao i prvostupanjski sud:

- 1) a) promicanje interesa za rađanje djece u obitelji s ocem i majkom jer to predstavlja optimalno okruženje za njihov rast i odgoj i b) odgovornom prokreacijom davanjem poticaja osobama koje ulaze u prokreativnu aktivnost (koja je biološki nemoguća osobama istoga spola) za formiranjem stabilnih obitelji,
- 2) nužnost opreznog postupanja pri uvođenju društvene promjene,
- 3) zaštita vjerskih sloboda,
- 4) sprječavanje podučavanja djece o homoseksualnim brakovima u školi.
- 5) Nakon navedenih razloga, sud je ispitivao i bilo koji drugi razlog zbog kojega su građani mogli donijeti takav amandman.

⁹⁸ *Perry v. Brown*, op. cit. (bilj. 94.), str. 1076.

⁹⁹ H. D. NAN, Animus Thick and Thin, Stanford Law Review Online 64 (2012), dostupno na : <http://www.stanfordlawreview.org/online/animus-thick-thin>

¹⁰⁰ *Perry v. Brown*, op. cit. (bilj. 94.), str. 1076.

¹⁰¹ Ibid., str. 1078. Pri objašnjavanju važnosti braka došla je do izražaja i pjesnička crta sudca Reinhardta : „A rose by any other name may smell as sweet, but to the couple desiring to enter into a committed lifelong relationship, a marriage by the name of ‘registered domestic partnership’ does not“.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Iako najvjerojatnije ispravno tumačenje jer na nije na Prizivnom sudu da tumači Ustav Kalifornije već Ustav SAD-a, može se primijetiti da je u tom ping-pongu između sudova na lokalnoj i saveznoj razini negdje nestala volja građana. Podsjetimo: građani Kalifornije su brak definirali kao zajednicu muškarca i žene već na referendumu oko Prijedloga 22, ta je odluka samo potvrđena Prijedlogom 8 nakon što ju je kalifornijski Vrhovni sud proglasio neustavnom. Prizivni sud je nadalje ustvrdio da „čak i kada ne bi bili vezani sudskim tumačenjem, bili bi obvezni razmotriti njegove efekte... akcija na promjeni nečega ukazuje na promišljeniju namjeru nego mirovanje ostavljajući ga onakvim kakvo jest.“ (*Perry v. Brown*, 1079.- 1080.) No „akcija“ o kojoj sud ovdje govori je ustvari reakcija na presudu suda kojom je brak izmijenjen od „onoga kakvim jest“.

¹⁰⁴ Ibid., str. 1082., citirajući *Romera*.

¹⁰⁵ ESKRIDGE, op. cit. (bilj. 96.)

¹⁰⁶ *Perry v. Brown*, op. cit. (bilj. 94.), str. 1082., citirajući *Romera*.

Pri analiziranju prvog argumenta pod a), sud uopće nije smatrao potrebnim ulaziti u sociološku ispravnost navedenih tvrdnji. Po kalifornijskim zakonima je osobama u istospolnim zajednicama omogućeno posvajanje djece pod jednakim uvjetima kao i osobama u braku, a ti zakoni prijedlogom nisu bili izmijenjeni. Samim time, sud je zaključio da ako je homoseksualnim zajednicama dozvoljeno posvajanje djece, država ne može imati razumni interes u privilegiranju heteroseksualnih zajednica iz razloga njihove dobrobiti.

Jednako obrazloženje je dano i za drugi dio prvog argumenta. No, ovdje je sud dodatno zaključio da, s obzirom na to da je pravo na brak već bilo dodijeljeno, pobornici prijedloga moraju dokazati da bi njegovo povlačenje imalo pozitivan efekt na odgovornu prokreaciju¹⁰⁷ osoba različitog spola. Sud tako nešto uopće nije smatrao dokazivim. Dakle, s obzirom da su posvajanje, pitanja vezana uz prokreaciju i obiteljske strukture uređene zakonima u koje se nije diralo Prijedlogom 8, zaključeno je da oduzimanje samog naziva „brak“ kao nečega što bi moglo utjecati na ta pitanja „ne nalazi uporište u realnosti“.¹⁰⁸

Slična logika je upotrijebljena i protiv argumenta da bi Kalifornija trebala s oprezom pristupiti promjeni tako temeljne institucije društva kao što je brak. Utvrdivši da se prijedlogom nije uveo moratorij na sklapanje brakova osobama istoga spola dok se efekti navedene promjene ne prouče i polazeći od činjenice da je već bilo sklopljeno 18 000 takvih brakova, sud ga nije uvažio. Naveden je još jedan razlog zbog kojega taj argument nije uvažen: usvajanjem prijedloga kojim je izmijenjen Ustav je uvedena „fundamentalna barijera“¹⁰⁹: to znači da je zakonodavni proces, putem kojega bi se nastavilo postepeno vođenje politike, u potpunosti poništen“ i da „takva zabrana ne može biti razumno povezana s interesom daljnjeg postupanja s oprezom“.¹¹⁰

Glede zaštite vjerskih sloboda, sud nije našao razloge koji bi ukazivali na to da je ona Prijedlogom 8 zaštićena ili na neki drugi način promovirana jer su već postojeći kalifornijski antidiskriminacijski zakoni (koji za razliku od mnogih drugih sličnih zakona u drugim državama ne predviđaju iznimke zbog vjerskih uvjerenja) ostali na snazi. Sud nije smatrao dovoljnim što bi njime „bila smanjena vjerojatnost da vjerske organizacije ...budu penalizirane zbog odbijanja pružanja usluga obiteljima parova istoga spola“.¹¹¹

Posljednji razlog, predložen od strane stranaka, koji bi predstavljao razumnu osnovu za donošenje prijedloga, bio je da bi se njime onemogućilo da se djecu u školama uči o homoseksualnim brakovima.¹¹² Sud je taj razlog odbacio pozivajući se na autonomiju škola pri određivanju kurikuluma. Po mišljenju suda, promjena definicije braka može utjecati samo kao „empirijska činjenica“ jer „kada se svijet promijeni i lekcije s mijenjaju“.¹¹³ Takvu logiku sud je pojačao usporedivši promjenu tisućljetne institucije s izborom novog guvernera ili pronalaskom novog kemijskog elementa.

¹⁰⁷ Neki komentatori zaključuju da je ovdje sud ostavio otvorenima vrata za onemogućavanje (za razliku od oduzimanja) proširenja braka na homoseksualne osobe utemeljenom na razlozima odgovorne prokreacije, v. N. D. HUNTER, op. cit. (bilj. 98.)

¹⁰⁸ *Perry v. Brown*, op. cit. (bilj. 94.), str. 1086. – 1089.

¹⁰⁹ Koliko je ta barijera fundamentalna, govori činjenica da se Ustav Kalifornije mijenjao referendumskim inicijativama preko 550 puta.

¹¹⁰ *Perry v. Brown*, op. cit. (bilj. 94.), str. 1090. Takva logika suda je kasnije dovedena u pitanje u raspravi pred Vrhovnim sudom.

¹¹¹ *Ibid.*, str. 1091.

¹¹² Jedan od možda presudnih događaja u cijeloj kampanji koje je prethodila donošenju prijedloga je bio školski sponzorirani izlet neposredno prije referenduma kojim su učenici u dobi od pet i šest godina odvedeni na vjenčanje svoje lezbijске učiteljice bez ikakvog obavještanja roditelja. Kasnije je slučaj navođen s jedne strane kao očit primjer indoktrinacije koja slijedi nakon uvođenja homoseksualnih brakova dok je druga strana to iznosila kao primjer animusa prema homoseksualnoj populaciji koji je utjecao na referendum.

Vidi: Tucker Jill (11. 10. 2008.) „SF Gate, Class surprises lesbian teacher on wedding day, dostupno na : <http://www.sfgate.com/news/article/Class-surprises-lesbian-teacher-on-wedding-day-3191209.php#photo-2328240>

¹¹³ *Perry v. Brown*, op. cit. (bilj. 94.), str. 1091.

Na kraju je uzeto u razmatranje i pitanje ima li ikakve razumne povezanosti između želje građana Kalifornije za vraćanjem u prethodno stanje u kojem je brak bio uređen kao zajednica muškarca i žene i Prijedloga 8. Po mišljenju suda, takve povezanosti nema jer „tradicija sama po sebi ne može predstavljati razlog za oduzimanje određenog prava *nakon što je već dano*, iako je to odobrenje bilo u suprotnosti s tradicijom“.¹¹⁴

U konačnici, sud je zaključio da se Prijedlogom 8 nameće mjera kojom se „izdvaja pojedina klasa građana za nejednaki tretman“¹¹⁵ što predstavlja „moralno neodobranje te grupe“¹¹⁶ bez ikakve druge svrhe osim nametanja većinskog stava o njima, oduzimajući im pravo na naziv brak što nije opravdano po klauzuli jednake zaštite. Ovdje je bitno naglasiti neke razlike s presudom prvostupanjskog suda.

Prvostupanjski sud je homoseksualcima dao status kao suspektne kategorije glede koje se mora primjenjivati najstroži standard provjere ustavnosti (iako je sam ispitivao po testu racionalnosti). Ujedno je pravo na brak proglasio temeljnim, prethodno izbacivši spolnu različitost supružnika kao njegov konstitutivni element. Prizivni sud je izričito naglasio da ne ulazi u ta pitanja jer je slučaj ispitivao po najužoj mogućoj osnovi - isključivo glede oduzimanja prava na naziv brak nakon što je ono već dodijeljeno (čime se ona *de facto* odnosi jedino na slučaj Kalifornije), primjenjujući test racionalnosti (iako to nigdje izričito ne kaže, radi se o rigoroznom testu racionalnosti po *Romeru*) i uzimajući homoseksualce ne kao suspektnu kategoriju, već kao „grupu“ ili „klasu“.

Takva presuda izazvala je veću raspravu na strani pobornika redefinicije braka nego na suprotnoj strani. Dok su neki usku presudu smatrali ustavno opravdanom i u skladu s praksom sudova¹¹⁷, i bitnim doprinosom u doktrini u svezi s (ne)ustavnošću animusa¹¹⁸, drugi su je proglasili „nepoštenom i glupom ...očito napisanom za suca Kennedyja“¹¹⁹ kao i „mišljenjem napisanim za publiku od jedne osobe: suca Kennedyja“.¹²⁰ Neki su posumnjali da je razlog tako uske presude želja suda da izbjegne njegovo ispitivanje od strane Vrhovnog suda¹²¹ (do čega je na kraju ipak došlo).

2.2.2. Izdvojeno mišljenje

Nakon izlaganja većinskog mišljenja (napisanog od strane suca Reinhardta), smatram potrebnim osvrnuti se i na suprotno, izdvojeno, mišljenje suca Smitha.

Prije svega, sudac Smith je podrobnije razmotrio slučaj *Baker v. Nelson*.¹²² Isti slučaj je

¹¹⁴ Ibid., str. 1093.

¹¹⁵ Ibid., str. 1094.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ ESKRIDGE, op. cit. (bilj. 97.)

¹¹⁸ H. D. NAN, op.cit. (bilj. 99.)

¹¹⁹ Jason Mazone (07. 02. 2012.), Balkinization, Marriage and Ninth Circuit: Thumbs Down, dostupno na: <http://balkin.blogspot.com/2012/02/marriage-and-ninth-circuit-thumbs-down.html>. Sudac Vrhovnog suda, A.Kennedy je sastavio većinsko mišljenje u *Romer v. Evans* i ujedno je najčešći odlučujući glas („swing vote“) u presudama Vrhovnog kada se one prelome 4-4 po stranačkim linijama između ostalih 8 sudaca.

¹²⁰ Rick Hasen (07. 02. 2012.), Election Law Blog, Initial Thoughts on 9th Circuit Prop 8 Decision, dostupno na: <http://electionlawblog.org/?p=29388>

¹²¹ S. W. POLLVOGT, Forgetting Romer, Stanford Law Review Online 65 (2013), dostupno na: <http://www.stanfordlawreview.org/online/forgetting-romer>

¹²² *Baker v. Nelson* 409 U.S. 810. (1977) je slučaj u kojem je Vrhovni sud odlučivao o veoma sličnom pitanju. Za početak je kada su dva muškaraca u okrugu Hennepin, Minnessota, zatražili izdavanje bračne dozvole od lokalnog činovnika. Činovnik je odbio njihov zahtjev zbog toga što su obojica bili muškarci. Nakon toga oni su podigli tužbu koja je naknadno došla do Vrhovnog suda Minessote. Vrhovni sud Minessote je jednoglasno odbacio tvrdnju tužitelja da je riječ o povredi *due process* i *equal protection* klauzule kao što je i odbacio njihove tvrdnje da je pravo na brak bez obzira na spol temeljno pravo i da je ograničavanje braka na osobe suprotnog spola iracionalno i diskriminatorno. Također je potvrdio da je jedinstvena supružnička („conjugal“) priroda braka duboko utemeljena

prvostupanjski sud odbacio zbog „doktrinarnih promjena“, nastalih nakon *Romera* i *Lawrencea* dok ga je Prizivni sud s druge strane „odbacio u fusnoti“.¹²³ Smith ovdje ne polazi od toga da se presedan odnosi u potpunosti i na ovaj slučaj. Svoju analizu ne temelji na doktrinarnim promjenama – jer takvih glede ovoga pitanja nema¹²⁴, već ga razlikuje u pogledu činjenice da se ne radi o preciznom pitanju koje je sud ispitivao i o njemu odlučio, već samo o pitanju koje je u njemu „sakriveno“. No, iako se slaže da *Baker* ne kontrolira ovaj slučaj u potpunosti, Smith smatra da ga ipak treba uzeti kao razlog za suzdržanost pri ispitivanju klauzule jednake zaštite pred zakonom.

Nadalje, izričito se pozivajući na činjenicu da seksualna orijentacija nikada u praksi Vrhovnog suda nije priznata kao suspektna pa čak niti kao kvazi-suspektna kategorija, zaključuje da slučaj ne treba ispitivati po najstrožem testu niti testu srednje kontrole, već po testu racionalnosti. Test racionalnosti koji Smith koristi je klasični test za razliku od hibridnog rigoroznog testa u većinskom mišljenju.

Njegovu upotrebu tj. neupotrebljavanje rigoroznoga testa racionalnosti temelji na značajnim razlikama između *Perrya* i *Romera*:

- 1) U *Romeru* se radilo o mjeri (Amandmanu 2) kojom su se uskoj skupini ljudi (homoseksualcima) oduzela prava na širokoj osnovi (*across the board*)¹²⁵, dok je kod Prijedloga 8 riječ o „usko izrezbarenoj mjeri“¹²⁶ kojom se oduzelo isključivo pravo na naziv „brak“ dok se u ostala supstancijalna prava nije diralo. Nadalje, sud u *Romeru* je upravo iz opširnosti takve mjere izveo očitost animusa pri usvajanju Amandmana 2¹²⁷, dok je većinsko mišljenje u *Perryu* animus izvelo sasvim obrnuto - iz „kirurške“¹²⁸ preciznosti izdvajanja pojedinog prava.
- 2) U *Romeru* je Amandman 2 bio proglašen neustavnim zbog toga što se *animus* prema homoseksualcima manifestirao u efektima mjere (širokom oduzimanju prava), dok je u *Perryju* sud *animus* utvrđivao u motivima osoba koje su izglasale Prijedlog 8 (uglavnom se oslanjajući na promotivni materijal pokretača referenduma).¹²⁹ Ovdje se sudac Smith pozvao na logiku koja je iznesena u samom većinskom mišljenju pri utvrđivanju prethodnog postojanja prava homoseksualaca na brak – da za efekte određene mjere na Kaliforniju treba kao relevantne uzeti presude domaćih sudova. Kao što je tada u obzir uzet *In re Marriage Cases*, sada u obzir treba uzeti *Strauss v. Horton*.
- 3) Većinsko mišljenje u *Perryju* je svu argumentaciju položilo na činjenici da je Prijedlogom 8 oduzeto pravo na brak određenoj skupini stanovništva, no u *Romeru* to uopće

u tradiciji zemlje i presedanima. Nezadovoljni takvom presudom tužitelji su došli i do Vrhovnog suda Sjedinjenih Američkih Država pred kojim su postavili tri pitanja :

- 1) predstavlja li tuženikovo odbijanje da potvrdi njihov brak povredu njihove slobode sklapanja braka i njihova vlasništva bez pravednog zakonitog postupka?
- 2) predstavlja li tuženikovo odbijanje ,temeljeno na zakonima Minessote koji uređuju brak, da potvrdi njihov brak zbog toga što su obojica muškog spola povredu njihovih prava po klauzuli jednake zaštite pred zakonom u sastavu XIV. Amandmana?
- 3) predstavlja li tuženikovo odbijanje da potvrdi njihov brak oduzimanje prava na privatnost po IX. i IV. Amandmanu?

Sud je tužbu odbacio zbog „nedostatka materijalnog pitanja“ (s obzirom na tadašnja pravila sud je slučaj meritorno ispitivao, ali je pitanje smatrao toliko beznačajnim da uopće ne otvara nikakva materijalna pitanja – po tadašnjim pravilima takva presuda ima status presedana). Opširnije vidi : MUIR op. cit. (bilj. 2) , 169-174, *Perry v. Brown* , op. cit. (bilj. 94.), str. 1097.-1100.

¹²³ *Perry v. Brown*, op. cit. (bilj.94.), str. 1082.

¹²⁴ Vidi: *Lawrence v. Texas*, op. cit. (bilj.46.), str 577.

¹²⁵ *Romer v. Evans*, op. cit. (bilj.45.), str. 633..

¹²⁶ *Strauss v. Horton*, op. cit (bilj.14.), str. 673.

¹²⁷ *Romer v. Evans*, op. cit. (bilj.45), str. 632.

¹²⁸ *Perry v. Brown*, op. cit. (bilj.94.), 1081

¹²⁹ *Ibid.*, str. 1112.

nije bio slučaj. Sud u *Romeru* nigdje nije naglasio kao bitnim postojanje antidiskriminacijskih zakona koji su ukinuti Amandmanom 2. Amandman 2 bi po *Romeru* bio neustavan čak i da takvih zakona nije bilo do njegova usvajanja.

- 4) U *Romeru* je *animus* bio jedini razlog mjere, no dok *animus* sam po sebi ne može predstavljati legitiman cilj za njeno donošenje, nigdje u praksi Vrhovnog suda nije naznačeno da bi *animus* diskvalificirao mjeru, ukoliko je ona razumno povezana s dodatnim ciljem pored *animusa*.¹³⁰

Taj dodatni razlog Smith je potražio među dva razloga koje su naveli inicijatori referenduma, a koje je on definirao kao :

4.1. Teoriju odgovorne prokreacije i

4.2. Teoriju optimalnog roditeljstva

4.1. Predlagatelji mjere polazili su od pretpostavke da definiranje braka kao zajednice muškarca i žene služi očuvanju njegove temeljne biološke i povijesne svrhe. Ukoliko bi se njegova definicija promijenila, to bi služilo kao demotivirajući faktor za osobe različitoga spola da uđu u brak. Time bi se oni u većem slučaju odlučili za kohabitaciju, što bi pak rezultiralo većim brojem djece rođene izvan stabilnih obiteljskih zajednica.

Protivnici mjere su, s druge strane, tvrdili da je takva mjera neopravdana jer homoseksualne zajednice imaju pravo posvajati djecu u Kaliforniji, i općenito su, u svemu ostalome, izjednačeni s bračnim partnerima, a na to se Prijedlog 8 uopće nije odnosio. Kao što smo vidjeli, takvo mišljenje je i prihvaćeno od strane većine. Ponovimo, po klasičnom testu racionalnosti dovoljno je da postoji makar zamislivi legitiman cilj i da između mjere i tog cilja postoji razumna osnova. Odgovorna prokreacija u svakom slučaju jest legitiman cilj, što je utvrdio i kalifornijski Vrhovni sud¹³¹, no ostaje otvorenim pitanje razumne povezanosti mjere s njime. Ovdje se Smith vodio time da su građani Kalifornije mogli misliti da bi takva mjera imala pozitivne učinke na odgovornu prokreaciju što bi sud morao uvažiti jer po testu racionalnosti, koji je najblaži od svih testova, nije na njemu da ispituje objektivnu ispravnost mjere, već samo je li moguće da je razumna. Ako utvrdi da se određene efekte moglo razumno očekivati - mora je podržati.¹³²

4.2. Glede teorije optimalnog roditeljstva, obje strane su ponudile brojne sociološke studije kojima su pokušale opravdati svoje argumente i ujedno potkopati one protivne strane o legitimnosti cilja optimalnog roditeljstva osoba različitoga spola. No, sama činjenica da je pitanje sporno po testu racionalnosti, opravdava njegovo svrstavanje u legitiman cilj. Također, iz činjenice da homoseksualne zajednice imaju pravo na posvajanje „ne proizlazi nužno da je optimalno roditeljstvo nelegitiman cilj, zato što je u neskladu s postojećim zakonima“¹³³ pa „iako je zakonodavac prethodno odbijao optimalno roditeljstvo u svojim roditeljskim zakonima, to ne sprječava građane Kalifornije da usvoje Prijedlog 8 po toj osnovi“.¹³⁴ Kao i kod odgovorne prokreacije, tako i *a fortiori* u ovom slučaju, se moglo razumno pretpostaviti da bi Prijedlogom 8 pogodovanje parova različitog spola nazivom brak moglo pozitivno odraziti na legitiman cilj (u svakom slučaju nije se moglo isključiti), a to je sasvim dovoljno da i ovaj argument prođe test racionalnosti.¹³⁵

¹³⁰ S druge strane Susannah W. Pollvogt tvrdi da unatoč tome još nema ni suprotnog slučaja da je sud utvrdio *animus* i ujedno proglasio zakon ustavnim. Zbog toga *animus* naziva „doktrinarnim srebrenim metkom“. Vidi POLLVOGT op. cit. (bilj. 121.)

¹³¹ *In re Marriage Cases* op. cit. (bilj. 5), str. 348., 432.

¹³² *Perry v. Brown*, op. cit. (bilj. 94.), str. 1006., 1010.

¹³³ *Ibid.*, str. 1008.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*, str. 1012.

Dakle, po izdvojenom mišljenju suca Smitha, Prijedlog 8 nije bio protivan Ustavu Sjedinjenih Američkih Država i treba ga ostaviti na snazi. Neki komentatori su povukli paralelu s većinskim mišljenjem i primijetili da ako je većinsko mišljenje igralo na kartu dosadašnjih stavova suca Kennedyja glede *animusa*, izdvojeno mišljenje je išlo na njegovu drugu slabu stranu – federalizam¹³⁶ i tako stavilo Kennedyja između njegove dvije velike pravne ljubavi.¹³⁷ Smith je pristao uz mišljenje većine: inicijatori referenduma imaju pravo priziva na odluku prvostupanjskog suda i da sudac Walker nije morao biti izuzet iz slučaja.

Kako je Prizivni sud o slučaju odlučio u vijeću od tri suca, prva stvar koju su branitelji inicijative pokušali ishoditi je bila ponovna rasprava pred čitavim sudom (*en banc*). Nakon što je Prizivni sud odbio taj zahtjev, upućena je žalba Vrhovnom sudu Sjedinjenih Američkih Država.

2.3. *Hollingsworth v. Perry*

Vrhovni sud je odlučio razmotriti slučaj¹³⁸, no uz pitanje koje su postavili podnositelji zahtjeva (zabranjuje li klauzula jednake zaštite Kaliforniji definiranje braka kao zajednice žene i muškarca?) Vrhovni sud je ujedno zatražio da stranke obrazlože imaju li žalitelji pravo nastupa pred sudom po članku III Ustava.

Usmena rasprava pred Vrhovnim sudom održana je 26. ožujka¹³⁹, a odluka je donesena 26. lipnja 2013. godine. Iako su se neki analitičari nadali da će upravo u ovome slučaju, s obzirom na meritum slučaja, Vrhovni sud donijeti konačnu odluku glede definiranja braka za područje čitavog SAD-a, do toga ipak nije došlo. Sud, na kraju, uopće nije ulazio u *meritum* stvari, nego je u 5-4 odluci zaključio da osobe koje su pokrenule referendumsku inicijativu nemaju prava nastupati pred sudom.

Autor odluke bio je J. Roberts kojemu su se pridružili Antonin Scalia, najutjecajniji konzervativni sudac u SAD-u, zajedno sa neupitno liberalnim Stephenom Breyerom, Ruth Bader Ginsburg i Elenom Kagan. Iako je u uvodu priznato da je „javnost trenutačno u aktivnoj političkoj debati oko pitanja treba li istospolnim parovima biti dopušteno pravo na brak“¹⁴⁰, zaključeno je da federalni sudovi imaju autoritet odgovoriti na to pitanje samo ako je to potrebno pri razrješavanju stvarnog „slučaja“ ili „kontroverze“ - što osigurava da djeluju kao sudovi, bez ulaženja u vođenje politike koju treba ostaviti izabranim zastupnicima.

Da bi stranka imala pravo nastupati pred sudom, mora pretrpjeti konkretnu i partikularnu povredu svojih prava¹⁴¹, za što Sud nije smatrao da je ovdje slučaj. Naime, dok su pred prvostupanjskim sudom postupak pokrenuli gej i lezbijski parovi, čiji konkretni i partikularni interes za eliminiranje rezultata Prijedloga 8 nije doveden u pitanje, postupak pokrenut pred Prizivnim sudom su pokrenuli inicijatori referenduma za koje je Vrhovni sud ustvrdio da nakon provedbe referenduma (bez obzira što je njegov rezultat kasnije proglašen neustavnim) njihov interes za izvršenjem same mjere može biti samo apstraktan i generaliziran.¹⁴² To u prijevodu znači da ustavnost pojedinog zakona mogu braniti samo službene

¹³⁶ Op. cit. (bilj. 119)

¹³⁷ Garret Epps (25. 03. 2013.), National Journal, Gay Rights Cases May Force Anthony Kennedy to Choose Between 2 Great Legal Loves, dostupno na: <http://www.nationaljournal.com/politics/gay-rights-cases-may-force-anthony-kennedy-to-choose-between-2-great-legal-loves-20130325>. Iako u ovom slučaju do toga nije došlo, isti dan je u Windsoru objavljena odluka u kojoj je Kennedy veliki dio posvetio federalizmu ujedno rušeći čl.3. DOMA-e zbog *animusa*. V. bilj. 162.

¹³⁸ Hoće li ili neće razmotriti pojedini slučaj je diskrecijska odluka Vrhovnoga suda.

¹³⁹ Transkript usmene rasprave pred Vrhovnim sudom u slučaju *Hollingsworth v. Perry* dostupan je na : http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_audio_detail.aspx?argument=12-144

¹⁴⁰ *Hollingsworth v. Perry* 570 U.S. (2013), str. 1 (slip. op.)

¹⁴¹ Ibid., str. 2., 5.

¹⁴² Ibid., str. 7., 8., 14.

osobe pojedine države poput guvernera ili državnog odvjetnika, a oni su, podsjetimo, odbili braniti Prijedlog 8, kako pred Vrhovnim sudom Kalifornije, tako i pred prvostupanjskim, Prizivnim i Vrhovnim sudom SAD-a.

Nadalje, Sud je, za razliku od Vrhovnog suda Kalifornije i Prizivnog suda, zaključio da inicijatori ne mogu nastupati u ime same Kalifornije i na taj način svoje pravo da nastupa-ju pred Vrhovnim sudom izvesti iz prava države jer je pitanje nastupanja pred saveznim sudovima pitanje saveznog prava, a ne prava država članica koje ne mogu jednostavno „izdati ulaznice za savezne sudove“.¹⁴³ Ovdje je Sud polazio od toga da između inicijatora i Kalifornije ne postoje glavni elementi agencijskog odnosa - pravo principala da kontrolira radnje svoga agenta i pravo agenta na naknadu troškova od strane principala. Kako su inicijatori posve samostalno donosili odluke o vođenju slučaja, između njih i Kalifornije nije postojao nikakav fiducijarni odnos. Financirali su se vlastitim sredstvima.¹⁴⁴

Da je Sud na taj način dao *de facto* pravo veta državnim dužnosnicima (protiv čije volje se referendumске inicijative u pravilu i pokreću), insistiranjem na tome da spor vode oni kojima je u interesu da ga i izgube je primijećeno i u suprotnom izdvojenom mišljenju.¹⁴⁵

Možemo primijetiti da je u ovom slučaju Vrhovni sud primijenio inkrementalni pristup – nije definirao brak na razini SAD-a, nego je svoju presudu ograničio na Kaliforniju. Nazna-ke takvog pristupa mogle su se uočiti u izjavama pojedinih sudaca prije presude.¹⁴⁶

Što se tiče sklapanja istospolnih brakova u Kaliforniji, neminovno su se otvorila brojna pitanja. Kako je odlukom Vrhovnog suda ukinuta i odluka Prizivnog suda, to je jedino važe-ća ostala presuda suca Walkera. No, presude prvostupanjskih sudova, u pravilu, nemaju efekte izvan konkretnog slučaja. To bi značilo, ovisno o tumačenjima presude, da se ona jedino odnosi na istospolne parove koji su podnijeli tužbu i/ili samo na činovnike u okrugu Alameda i Los Angeles.¹⁴⁷ Nadalje, kako je na snazi i dalje bila privremena mjera Prizivnog suda kojom se obustavila od izvršenja odluka suca Walkera, trebalo je pričekati da Prizivni sud tu odluku povuče, nakon što mu stigne službena odluka Vrhovnog suda. Iako je rok za to 25 dana, Prizivni sud je, prije nego što mu je odluka i službeno stigla, već 28. lipnja u 15 sati i 23 minute ukinuo mjeru.

Ne zamarajući se pravnim zavrslamama, Državna odvjetnica Kalifornije, koja je ne samo poput njenog prethodnika (sada guvernera Jerrya Browna), odbila braniti referen-dum izglasan od većine građana koje bi ona trebala zastupati, već je ujedno podnijela i podnesak sudu kao *amicus curiae* protiv prava incijatora da rade njen posao, je isti dan kada je presuda donesena objavila da je svaki činovnik u Kaliforniji obvezan izdavati brač-ne dozvole istospolnim parovima.¹⁴⁸ Također je, 28. lipnja u 15 sati i 35 minuta, dakle 12

¹⁴³ Ibid., str. 17.

¹⁴⁴ Ibid., str. 15., 16.

¹⁴⁵ Ibid., (izdvojeno mišljenje Kennedy), str. 7., 12. (slip. op.)

¹⁴⁶ Tako je Ruth Bader Ginsburg kritizirala presudu *Roe v. Wade* kojom je omogućen pobačaj u čitavom SAD-u. Ne zato što bi se sutkinja Ginsburg protivila toj mogućnosti, već jer smatra da je sud u tom slučaju otišao „predaleko, prebrzo“ i tako izazvao kontraefekt konsolidirajući protivnike pobačaja koji je do danas kontraverzno pitanje u SAD-u. Vidi: Justice Ginsburg, *Roe v. Wade and Same-Sex Marriage*, Huffingtonpost, 12. 05. 2013., dostupno na: http://www.huffingtonpost.com/geoffrey-r-stone/justice-ginsburg-roe-v-wa_b_3264307.html. Sudac Kennedy je, s druge strane, izjavio da „demokracija pri donošenju velikih odluka ne bi trebala ovisiti o tome što misli de-vetoro ljudi uskih pravnih pozadina“. Iako je pri tome možda ipak mislio da je bolje da ovisi o samo jednoj osobi, to jest njemu samom, s obzirom da mu nametanje odluka nije bilo strano pri rušenju čl. III Defense of Marriage Acta. Vidi: Justice Kennedy on the Politicization of the Court, National Review Online, 12. 03. 2013., dostupno na: <http://www.nationalreview.com/bench-memos/342761/justice-kennedy-politicization-court-carrie-severino>.

¹⁴⁷ M. LEDERMAN, Scots blog, The fate of same-sex marriage in California after Perry, dostupno na: <http://www.scotusblog.com/?p=166217>

¹⁴⁸ Office of the Attorney General, Press Release, Attorney General Kamala D. Harris Celebrates Marriage Equality, Asks Ninth Circuit Court of Appeals to Lift Stay, dostupno na: <http://oag.ca.gov/news/press-releases/attorney-general-kamala-d-harris-celebrates-marriage-equality-asks-ninth-circuit>

minuta nakon odluke Prizivnog suda, objavila da je na putu da sklopi brak između istospolnih parova koji su podnijeli tužbu.¹⁴⁹ Time je samo još jasnije naglašen raskorak između građana Kalifornije i njihovih izabраниh predstavnika koji se ocrtavao kroz čitav ovaj slučaj od njegova početka.

Ni pobornici Prijedloga 8 nisu mirovali pa su ubrzo podnijeli zahtjeve za onemogućavanjem izdavanja bračnih dozvola istospolnim parovima na koje se presuda ne odnosi.¹⁵⁰ Za očekivati je da će se borba oko tog pitanja nastaviti pred kalifornijskim sudovima, a kasnije i saveznim. Zanimljivo je da su navedeni problemi mogli biti spriječeni da se predsjednik suda Roberts odlučio o tome očitovati u svome mišljenju. No, kako je većina očito počivala na krhkim temeljima, možemo pretpostaviti da bi ograničavanje dosega presude na samo određene parove i/ili na samo pojedine činovnike, rezultiralo gubitkom potpore progresivnijih sudaca.

3. Priroda braka i Vrhovni sud

3.1. Suprotstavljene definicije

Iako Vrhovni sud nije odlučio konačno razriješiti debatu koja se trenutačno odvija u SAD-u oko pitanja prirode braka, može se reći da je upravo ono srž same debate. Bez obzira na to što se često u raspravama oko „prava na brak“ protivnike istospolnih brakova pokušava opisati kao neracionalne, vjerske fanatike, protivnike „jednakosti“ i ljudskih prava koji svoje stavove temelje isključivo na netoleranciji prema homoseksualnoj populaciji i/ili vjerskim uvjerenjima koje će neminovno pregaziti vrijeme, i bez obzira što na sveučilištima¹⁵¹ i u medijima u SAD-u gotovo da i ne postoji opozicija ideji da je trijumf istospolnih brakova neizbježan (a ako se takva i pojavi obično se preventivno eliminira *ad hominem* napadima ili potpunim ignoriranjem i odbacivanjem bez pretjeranog ulaženja u argumentaciju), možemo zaključiti da se iza pitanja „prava na brak“ zapravo skriva dublje pitanje biti braka¹⁵², koje ima dalekosežne posljedice. Prije nego što odredimo doseg prava na brak, trebalo bi odrediti sadržaj i opseg samoga pojma braka, s obzirom da brak nije pojmovno isprazna ljuštura. Polazimo od pretpostavke da razlikovanje pojmova nije diskriminacija.

Girgis, George i Anderson razlikuju dva suprotstavljena pogleda na brak¹⁵³:

- 1) Supružnički (*conjugal*) pogled na brak i
- 2) Revizionistički pogled na brak

Pod supružničkom definicijom, brak je trajna i isključiva zajednica žene i muškarca inherentno usmjerena prema djeci. Navode se tri glavna elementa od kojih se sastoji brak

¹⁴⁹ K. KLUKOWSKI BREITBART, Not so Fast: New Supreme Court Filing as California Jumps the Gun on Gay Marriage UPDATE: Denied, dostupno na: <http://www.breitbart.com/Big-Government/2013/06/29/Emergency-Filing-at-SCOTUS-as-California-Breaks-the-Law-on-Gay-Marriage-Again>

¹⁵⁰ L. DENISTON, Scotus blog, Marriage dispute ready for ruling (UPDATED: Stay denied), dostupno na: <http://www.scotusblog.com/?p=167398>

¹⁵¹ Izvrstan izvještaj o tipičnom humanističkom sveučilištu u SAD-u – P. WOOD; M. TOSCANO, What Does Bowdoin Teach? How a Contemporary Liberal Arts College Shapes Students - pokazuje kako kultura tolerancije očito nije dvosmjerna cesta u sveučilišnim kampusima. Ilustrativni su primjeri sustavnog onemogućavanja govornika koji izlažu „politički nekorektno“ mišljenje, između ostalog i o pitanjima homoseksualnih brakova, protestima, zviždanjem i uskraćivanjem financiranja od strane sveučilišta (id.233., Queer Outrage). Čitav izvještaj dostupan na: http://www.nas.org/projects/the_bowdoin_project

¹⁵² R. P. GEORGE; S. GIRGIS; R. T. ANDERSON, Amici Curiae Brief in Support of Hollingsworth and Bipartisan Legal Advisory Group Addressing the Merits and Supporting Reversal, str 2., 5.

¹⁵³ Njihovu podjelu preuzima i sudac Vrhovnog suda Samuel Alito u svom izdvojenom mišljenju u slučaju *United States v. Windsor* op. cit. (bilj. 69.), str. 13.-15.

po tome, donedavno¹⁵⁴, u povijesti čovječanstva neupitnom¹⁵⁵ (brak je stariji od države i pravnih sustava – oni su ga samo preuzeli), pojmu braka : 1) komprehenzivna zajednica supružnika¹⁵⁶ 2) posebna povezanost s djecom¹⁵⁷ (brak ne bi nikada niti nastao da veza žene i muškarca ne rezultira potomstvom) i 3) norme trajnosti, monogamije i isključivosti.¹⁵⁸

Revizionistički pogled podrazumijeva brak kao zajednicu dvoje ljudi (bilo istog bilo različitog spola) čiji su konstitutivni elementi romantična ljubav, međusobna briga jedno o drugome i dijeljenje prednosti i mana zajedničkoga života.

Prisjetimo li se sada definicije braka dane u *In re* kao „odnos koji je središte osobnih afekcija koje oplemenjuju i obogaćuju ljudski život - odnos koji je ujedno društveno najproduktivniji i individualno najispunjavajući odnos koji netko može uživati u životu“¹⁵⁹, u *Perry v. Schwarzenegger* kao „...dviye osobe koje su slobodno dale svoj pristanak za formiranje odnosa koje je temelj izgradnje kućanstva“¹⁶⁰ ili u *Perry v. Brown* gdje je brak „naziv koji društvo daje najvažnijem odnosu između dvoje ljudi“¹⁶¹, jasno nam je da su sudovi u prethodnim slučajevima polazili od potonje definicije.

Nadalje, iako u Vrhovni sud nije ulazio u meritum pitanja u ovom slučaju, isti dan kad i presuda u *Hollingsworthu*, donesena je i presuda u slučaju *USA v. Windsor*¹⁶² gdje je ve-

¹⁵⁴ Nizozemska je prva država koja je 2000. godine redefinirala brak da uključuje i homoseksualne parove.

¹⁵⁵ Suprotno viđenje iznosi W. ESKRIDGE Jr., *History of Same-Sex Marriage*, *Virginia Law Review* 79 (1993) koristeći neobičnu metodu po kojoj istospolne brakove (ili odnose) nalazi među najrazličitijim povijesnim ličnostima poput Gilgameša i Enkidua (id. 1439.), Ahileja i Patrokla (id. 1442.), katoličkim svecima (id. 1420.) i tome slično dok se ne dokaže suprotno. Čak i u katoličkim i pravoslavnim monaškim bratimljenima, prije polaska na misije, nalazi primjer brakova (id. 1451.). Nedostatak konkretnih dokaza za te tvrdnje pripisuje naknadno otkrivenoj homofobiji Zapada.

¹⁵⁶ Pod komprehenzivnom zajednicom Girgis, George i Anderson smatraju zajednicu umova i tijela. Muž i žena uz emocionalnu vezu postižu i jedinstvo tijela koje je homoseksualnim parovima nemoguće. Uspoređuju to s drugim organima tijela: srce zajedno s plućima i venama sudjeluje pri ostvarivanju određene biološke funkcije – prenošenju kisika i hranjivih tvari tijelom. Usta, jednjak, želudac itd., zajedno koordiniraju pri ostvarivanju biološke funkcije probave. Jedino su spolni organi nužno usmjereni na spolne organe jedinke suprotnog spola za ostvarivanje svoje biološke funkcije – oplodnje/prokreacije. Utoliko muž i žena postižu organsko jedinstvo s obzirom na biološku funkciju oplodnje koje je nemoguće postići homoseksualnim parovima. To jedinstvo ne ovisi o rasi i/ili plodnosti para, ali je neodvojivo od spola. R. P. GEORGE; S. GIRGIS ; R. T. ANDERSON , *What is Marriage?*, *Harvard Journal of law & Public Policy*, 34 (2011) str. 253.-255.

¹⁵⁷ Pod posebnom vezom s djecom ne misli se na to da bi svi brakovi nužno morali rezultirati rođenjem. Što Girgis, George i Anderson ovdje misle pod „vezom“ s djecom je „prokreativni akt“ za koji je neophodna biološka komplementarnost supružnika. Ovdje daju usporedbu sa športskim momčadima. Određena momčad je momčad zbog svoje karakteristične strukture orijentirane prema pobjeđivanju utakmica. No, momčad i dalje ostaje momčad čak i ako nikad ne dobije utakmicu, jednako kao što supružnici to i dalje ostaju čak i ako su neplodni. GEORGE; GIRGIS ; ANDERSON ,op. cit. (bilj. 156.) str. 255., 258., 266.-268. Vidi također: J. FINNIS, *The Good of Marriage and the Morality of Sexual Relations: Some Philosophical and Historical Observations*, *The American Journal of Jurisprudence*, 42 (1997), str. 126.- 134. Finnis ujedno pokazuje kako je i samo podržavanje istospolnih brakova nepomirljivo s brigom za „dobra braka“, tj. da je promašeno pitanje koje se često čuje raspravi po ovom pitanju: „kako će istospolni brak ugroziti vaš brak?“ Svaki pristanak, ma koliko on bio uvjetovan (kao u primjeru: „Ja ne bih nikada ušao u istospolni brak, ali mislim da je sasvim u redu ako to netko drugi želi.“), u svojoj biti negira dobro braka jer uništava njegovu razumljivost. Finnis to naziva „kondicionalnom voljom/voljnošću“ i uspoređuje ju sa situacijom u kojoj netko osobno ne bi nikada ubio drugu osobu, ali odobrava terorističke akcije – i jedno i drugo, istina veoma različitim intenzitetom, je usmjereno protiv „dobra života“: „Dakle, svaki tip pristanka, bez obzira koliko uvjetovan... je nerazuman, a zbog toga što je nerazuman on je i nemoralan, a stoga i protivan ljudskoj prirodi.“ (id. 125.)

¹⁵⁸ Te su norme izravno povezane s dobiti djece. Razvod dijete lišava jednog od roditelja dok nevjera dijeli njegovu pažnju i odgovornost na drugog partnera i/ili djecu. Bez prirodne orijentacije prema djeci, monogamnost ne bi imala nikakva smisla. GEORGE; GIRGIS ; ANDERSON, op. cit. (bilj. 156.), str. 259-260.

¹⁵⁹ Vidi bilj. 9. supra.

¹⁶⁰ Vidi bilj. 70. supra.

¹⁶¹ Vidi bilj. 100. supra.

¹⁶² *United States v. Windsor*, op. cit. (bilj. 69) je slučaj u kojem je Vrhovni sud proglasio neustavnom odredbu članka 3 *Defense of Marriage Acta (DOMA)* kojom je brak definiran kao zajednica muškarca i žene/muža i žene. Naime, uz mnogobrojne beneficije koje uživaju bračni parovi po pravu pojedinih federalnih jedinica SAD-a, postoje brojne

čina, to jest Anthony Kennedy kao autor većinskog mišljenja, brak spominjala u kontekstu želje istospolnih parova za „definiranjem svoje predanosti jedno drugom“¹⁶³, „potvrđivanju predanosti jedno drugome pred svojom djecom, obitelji, prijateljima i zajednicom“¹⁶⁴, ujedno nalazeći brak sredstvom za „dodjeljivanjem dostojanstva i statusa ogromne važnosti“¹⁶⁵, „davanjem zakonitog statusa zakonitom ponašanju“¹⁶⁶ i „pravnim priznanjem intimnog odnosa između dvoje ljudi“.¹⁶⁷ Ovdje je argumentacija suda polazila od toga da je DOMA-a donesena iz „gole želje da se naudi“ homoseksualnim osobama – čime je Vrhovni sud *de facto* iracionalnim homofobima proglasio sve članove Kongresa u kojemu je taj zakon izglasan ogromnom dvostranačkom većinom (85–14 u Senatu i 342–67 u Predstavničkom domu), jednako kao i predsjednika Clintona koji ga je potpisao.¹⁶⁸

Može se primijetiti da je time sud od revizionista preuzeo ne samo definiciju braka, već i defamiranje svih koji uz nju ne pristaju.

beneficije koje im dodjeljuje savezna vlast. Takvom definicijom se brak definiralo isključivo za potrebe Kongresa, saveznih agencija i drugih administrativnih tijela čitave federacije. Njime nije bilo regulirano definiranje braka u pojedinim državama jer je dugo ustaljeno pravilo da u obiteljskom pravu one imaju primat. Edith Windsor je nakon smrti svoje partnerice, s kojom je sklopila istospolni brak, tražila da je se oslobodi plaćanja saveznog poreza na nasljeđivanje, na što pravo imaju bračni partneri. S obzirom da njena zajednica za potrebe federacije nije bila priznata brakom, podigla je tužbu protiv SAD-a. Ovdje se ponavlja već viđeni scenarij iz *Perry-a* po kojemu Department of Justice odbija braniti navedeni zakon pred sudom jer ga smatra neustavnim. No, u ovom je slučaju Kongres, koji je pod kontrolom republikanaca, odlučio preuzeti obranu DOMA-e – za razliku od *Perrya* gdje su to napravili privatni građani. Odluka je donesena tijesnom 5 – 4 većinom, ovaj put u standardnoj postavi gdje su četiri liberalna suca izabrana od strane demokrata stajala nasuprot četvorici sudaca izabranih od strane republikanaca, dok je odlučujući glas dao republikanac Kennedy, ujedno i autor mišljenja. Sam članak 3. proglašen je neustavnim po *due process* klauzuli V Amandmana, barem se tako izričito navodi u samome mišljenju (id. str. 25., 26.) (slip. op.). No, u mišljenju se ujedno može naići na natruhe federalizma (id. str. 14. – 18.) (slip. op.), klauzule jednake zaštite iz XIV. Amandmana, s pozivanjem na već spomenute slučajeve *Romer* (id. str. 19.) (slip. op.) i *Moreno* (id. str. 20) (slip. op.) i korištenjem riječi poput „klasa osoba“ (id. str. 16., 18.) (slip. op.) „*animus*“ (id. str. 20.) (slip. op.) kao i *due process* klauzule XIV. Amandmana i neizbježnim slučajem *Lawrence* (id. str. 19., 23.). Takva Hимерa od mišljenja je očekivano napadnuta od strane manjine u slučaju – Roberts je proglašava očito „utemeljenom na federalizmu“ (id., izdvojeno mišljenje Roberts, str. 2.) (slip. op.) dok je Scalia ismijava: „Neki će zaključiti da bi ova štruca trebala provesti još neko vrijeme u pećnici. Ali to bi bilo pogrešno, naime već je zagorjela... *Summa* ovog čitavog neodređenog izmotavanja Suda je da je zakon neustavan (možda temeljem klauzule jednake zaštite, možda temeljem substantivnog *due processa* i možda sa mogućom ulogom neke amorfne komponente federalizma)...“ (id., izdvojeno mišljenje Scalia, str. 18.). Treba nadodati da ovom odlukom nije (još uvijek) proglašen neustavnim članak 2. DOMA-e kojim se onemogućuje prisiljavanje jedne države da prizna istospolni brak sklopljen u drugoj državi. To znači da one države koje su brak definirale kao zajednicu žene i muškarca svojim ustavima ili zakonima (npr. Teksas), nisu dužne priznati istospolne zajednice kao bračne ako su one takvima definirane u drugoj državi (npr. New Yorku).

¹⁶³ *USA v. Windsor*, većinsko mišljenje str. 14. (slip. op.).

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid.*, str. 18.

¹⁶⁶ *Ibid.*, str. 20.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ „Po mišljenju većine, svako protivljenje njenim stavovima je izvan dosega razumnog neslaganja. Dovesti u pitanje poništavanje presumptivno valjanog zakona je (većina je sigurna) jednako djelovanju s *namjerom* da se „omalovažava“, „vrijeđa“, „degradira“ i „ponižava“ druga ljudska bića, naše sugrađane koji su homoseksualci. Sve to samo zbog podržavanja zakona koji nije učinio ništa više doli kodificirao aspekt braka na način koji je neupitno bio shvaćen u našem društvu kroz većinu njegova postojanja – uistinu, koji je bio neupitan u praktički svim društvima kroz praktički svu povijest ljudskoga roda. Jedna je stvar da društvo izabere promjenu; druga je stvar da sud promjenu nametne proglašavajući one koji se s njim ne slažu *hostes humani generis*, neprijateljima ljudskoga roda.... U verziji većine, ova priča je crno-bijela: Mrzi svoga bližnjega ili se pridruži nama“ *Ibid.*, Scalia izdvojeno mišljenje, str. 21., 25. (slip. op.). „Bez nekog uvjerljivijeg dokaza da je glavni cilj zakona bilo kodificiranje zloće i da nije služio niti jednom legitimnom interesu, ne bih premazivao političke grane kistom netrpeljivosti.“ Izdvojeno mišljenje Roberts, str. 2. (slip. op.).

3.2. Argumenti za i protiv

Promotrimo sada neke argumente koji su se iznosili i bili upotrebljavani pred sudovima s obzirom na supružničko/revizionističko viđenje braka.

I prvostupanjski¹⁶⁹ i Prizivni sud¹⁷⁰ kao i Vrhovni sud¹⁷¹ su se referirali na slučaj *Loving* u kojem je Vrhovni sud ukinuo zabranu međurasnih brakova koja je do tada bila na snazi u nekim državama. No, ta analogija ne drži vodu jer je tu bilo pitanje karakteristike (rase) koja ne čini konstitutivni element braka dok to nije slučaj za različitost spolova. Međurasni brak je bio i ostao jednako moguć kao što je crncima i za vrijeme segregacije bilo moguće piti s fontana tada rezerviranih za bijelce kao i danas.¹⁷² Ovdje možemo primijetiti kako međurasni brak u *common law* zemljama nije nikada *a priori* bio zabranjen.¹⁷³ Točnije rečeno, brak kao što je prirodno bio shvaćen među prvotnim kolonistima je mogao biti sklopljen i između osoba različite rase. Tek je naknadnom intervencijom zakonodavca u zakonsku definiciju braka unesen element – rasa – kojemu tamo nije bilo mjesto. A u tom pogledu se zabrana međurasnih brakova nekada može prije usporediti sa suvremenim zakonodavnim namećanjem istospolnih brakova, nego s njihovim neprihvatanjem. Dok je nekada zakonodavac zabranjivao brakove koji su bili biološki mogući, sada se nameću oni koji to nisu. Nekada je bilo riječ o *dodavanju* rase u sadržaj definicije braka, dok je danas riječ o *oduzimanju* spolne komplementarnosti iz iste. Ako je smisao zabrane međurasnih brakova nekada bila rasna čistoća, danas je smisao namećanja istospolnih brakova seksualni egalitarizam.¹⁷⁴ U oba slučaja riječ je o direktnoj intervenciji zakonodavca u definiciju koju je naslijedio. Slično se pitanje otvorilo i za vrijeme rasprave pred Vrhovnim sudom, gdje je zastupnik protivnika prijedloga 8 pokušao povući tu paralelu.¹⁷⁵

Često se kao argument protiv supružničkog pojma braka navodi i činjenica da osobe (suprotnog spola) koje ne mogu imati djecu mogu ući u brak.¹⁷⁶ Girgis, George i Anderson ovdje polaze od toga da i neplodni parovi pružaju ispravnu sliku braka koja može imati edukativnu svrhu i ujedno oni također predstavljaju komprehenzivnu zajednicu.¹⁷⁷ No, taj argument pobornika bespolnog braka prije svega je *non sequitur* jer čak i kada bi isključivi

¹⁶⁹ *Perry v. Schwarzenegger* op. cit. (bilj. 32.) str. 958.

¹⁷⁰ *Perry v. Brown*, op. cit. (bilj. 94.), str 1093.

¹⁷¹ *USA v. Windsor*, op. cit. (bilj. 167.), str. 16. (slip. op.).

¹⁷² GEORGE; GIRGIS; ANDERSON, op. cit. (bilj. 156.) str. 249.

¹⁷³ F. J. BECKWITH, (21. 05. 2010.), Public Discourse, "Interracial Marriage and Same-sex Marriage, dostupno na: <http://www.thepublicdiscourse.com/2010/05/1324/>

¹⁷⁴ Još je jedna zanimljivost vrijedna spomena: iako je zabrana međurasnih brakova bila prvenstveno usmjerena naspram brakova između bijelaca i crnaca (s obzirom da su upravo crnci bili najbrojnija neeuropska rasa), u kasnijem razvoju tog tipa zakonodavstva vidimo da se uvode i zabrane brakova između bijelaca i mulata, bijelaca i mongoloida, bijelaca i malajca, bijelaca i američkih indijanaca itd. Tako su, npr., države sa zapada SAD-a, poput Kalifornije, koje su bile izložene većem priljevu imigranata iz Kine i drugih azijskih zemalja bile one koje su uvele u svoje zakonodavstvo zabrane brakova između bijelaca i azijata. Možemo li i mi u budućnosti nakon „gay brakova“ očekivati i nove „trans brakove“, „aseksualne brakove“, „interseks brakove“ i ostale izvedenice brakova iz vječno rastuće liste LGBTQIA samodefiniranja seksualne orijentacije preostaje nam tek za vidjeti. No, sličnost je već sada neupitna.

¹⁷⁵ Olson : „... to su bile nepoznate vode i 1967. kada je ovaj sud u slučaju *Loving* rekao da su međurasne – zabrane međurasnih brakova, koje su još postojale u 16 država, neustavne.“

Kennedy : „To je bilo već stotinama godina staro u common law zemljama. Bilo je novo u Sjedinjenim Državama.“

Olson : „ I -- ono što imamo ovdje --,

Kennedy : „ Tako – tako da to nije točno.“ Op. cit. (bilj. 139)

Nadalje, rasa nije zapreka za supružničko organsko jedinstvo - GEORGE; GIRGIS; ANDERSON, op. cit. (bilj. 156.)

¹⁷⁶ To je pitanje postavila sutkinja Breyer (op. cit. bilj. 139) (sterilni parovi, id. 23.-24.) sutkinja Kagan (što npr. s parovima preko 55 g., id. 25.- 26.) i sutkinja Ginsburg (glede zatvorenika kojima je ženidba dozvoljena iako nemaju mogućnosti prokreacije id. 27.).

¹⁷⁷ GEORGE; GIRGIS; ANDERSON, op. cit. (bilj. 156.) str. 266.-268.

razlog državne potpore heteroseksualnom braku bio u tome što ta vrsta veze u pravilu do-
vodi do rađanja djece, odatle uopće ne slijedi da bi država zbog toga nužno trebala odbiti
priznati pravo na brak u svakom pojedinačnom slučaju za koji se unaprijed zna da neće
dovesti do rađanja djece. Tako direktno povezivanje tih dviju stvari je rezultat miješanja
različitih nivoa i pogrešne pretpostavke da onaj razlog zbog kojega je neka praksa uvedena
na generalnoj razini, mora ujedno biti prisutan kao opravdanje te prakse na razini svakog
pojedinih slučajeva.¹⁷⁸ Ili, drugim riječima - heteroseksualni brak u pravilu rezultira djecom a
iznimno ne, dok homoseksualne zajednice bez iznimke ne rezultiraju djecom.¹⁷⁹

Pitanje teorije optimalnog roditeljstva (v. *infra* Smithovo mišljenje) je svakako jedno
od najznačajnijih. Prizivni sud je svoju odluku, vidjeli smo, temeljio na tome da Kalifornija
ne može imati nikakve razumne osnove uskratiti pravo na naziv brak homoseksualnim
parovima jednom kada je izjednačila u svemu ostalome homoseksualne zajednice s ože-
njenim osobama.¹⁸⁰ No, to bi značilo da država ne može napraviti razliku između optimalne
i suboptimalne okoline za odgoj djece. Ako država daje specijalne privilegije parovima u
heteroseksualnome braku zato što vjeruje da takva vrsta obitelji stvara optimalne uvjete za
dječji razvoj, zašto bi iz toga proizlazilo da bi država trebala zabraniti sve druge aranžmane
koje smatra suboptimalnima?¹⁸¹ S druge strane, s obzirom da zagovornici homoseksual-
nog braka ne bi uvodili posebnu nomenklaturu za svoje brakove, već bi jednostavno iz
postojeće definicije izbrisali spolnu komplementarnost, bespolni brak bi potpuno zatamnio
taj ideal¹⁸² i nametnuo ničim utemeljenu¹⁸³ premisu da su obje vrste zajednica jednako kori-
sne za rađanje i odgoj djece.¹⁸⁴ Državni zakoni ne služe samo kao regulator aktivnosti, već
i kao edukator. Zakon oblikuje što ljudi misle da brak jest i samim time i njihovo ponašanje
prema i u njemu.¹⁸⁵

Jedan od argumenata, iznošen od strane pobornika Prijedloga 8 se odnosio na nužnost
postupanja s oprezom pri izmjeni definicije braka. Prvostupanjski je sud taj argument, vi-
djeli smo ranije, odbio jer je „dokazao“ da uopće ne postoji nikakvih štetnih posljedica pri iz-
mjeni institucije koja „inkorporira destilirano ljudsko iskustvo akumulirano kroz stoljeća“.¹⁸⁶
Koje će sve posljedice redefiniranje braka izazvati se ne može predvidjeti.¹⁸⁷

¹⁷⁸ N. SESARDIĆ, Homoseksualni brak : pobjeda političke korektnosti i loših argumenata, Prolegomena 6 (2007), str. 13.

¹⁷⁹ Sesardić navodi primjer škole koja svoje učenike šalje na jednomjesečni posjet nekoj školi u Engleskoj u cilju da usavrše svoje znanje toga stranoga jezika. Od škole se ne treba očekivati da iz toga posjeta isključi one učenike koji možda već sada znaju perfektno engleski jer će opći cilj biti ostvaren bez obzira što par sudionika neće uopće usavršiti znanje engleskog. (id. 13., 14.)

¹⁸⁰ Ta teorija, po kojoj zakonodavac, jednom kada dodijeli sva prava (izuzev naziva brak) homoseksualnim zajednicama, više nema pravo „ne otići do kraja“ i „reći ne“ i dodjeli naziva brak (mogli bi je možda nazvati teorijom legislativnog legitimnog silovanja) je bila žestoko napadnuta na usmenoj raspravi pred Vrhovnim sudom. To bi ustvari značilo da države koje su dodijelila malo ili nimalo prava homoseksualcima imaju veća prava nego ona koja su bila šire ruke s dodjelom tih prava. Op. cit. bilj. 138., izlaganje Verillija.

¹⁸¹ SESARDIĆ, op. cit. (bilj. 178.) , str. 15.

¹⁸² GEORGE; GIRGIS ; ANDERSON, op. cit. (bilj. 152.), str. 20.

¹⁸³ U znanosti i nije sporno da djeca imaju najbolje uvjete za odrastanje u stabilnoj, spolno komplementarnoj obitelji. No, čak kada bi to i bilo sporno „onus probandi ovdje leži na revolucionarnim zastupnicima redefiniranja braka te ...su oni ti koji zapravo imaju obvezu uvjeriti javnost da ta radikalna reforma obiteljskog prava neće imati štetne posljedice za djecu. (Kao što se, na primjer, i za odobravanje novih lijekova zahtijeva da postoji razumna sigurnost da neće biti štetnih posljedica, a svakako nije dovoljno samo to da se ne može dokazati njihova štetnost.) SESARDIĆ loc. cit.

¹⁸⁴ GEORGE; GIRGIS; ANDERSON, op. cit. (bilj. 156.), str. 263.

¹⁸⁵ GEORGE; GIRGIS; ANDERSON, op. cit. (bilj. 52.), str. 25.

¹⁸⁶ SESARDIĆ, op. cit. (bilj. 178), str. 12 .

¹⁸⁷ Jedna od posljedica mogla bi biti i eksplozija surogat majčinstva kojem istospolni parovi nerijetko pribjegavaju (konstantnom pozivanju na broj neposvojene djece bez roditelja unatoč) s obzirom da im nije biološki moguće začeti svoju djecu. Pandorina kutija etičkih i moralnih problema koja se otvara istodobno s otvaranjem

Osvrnimo se i na revizionistički pojam braka. Treba naglasiti da su se do sada u svim raspravama o prirodi braka revizionisti ograničavali na napadanje „tradicionalnog“ (kojeg ovdje nazivamo supružničkim) pojma braka kao nepravednog, koristeći se sofizmima poput bračne jednakosti i argumentima *ad misericordiam*. Ukratko rečeno - iznosili su svoje mišljenje o tome što brak nije, što je u svakom slučaju mnogo jednostavnije nego pred javnošću predstaviti i braniti svoju verziju onoga što brak jest. Dakle, još uvijek smo uskraćeni za definiciju što brak po revizionistima jest ako ga odvojimo od njegove biološke i teleološke osnove.¹⁸⁸ I sudovi su u ovome slučaju išli za tim da ospore viđenje braka pobornika Prijedloga 8, bez da su dali nešto više doli krajnje apstraktnih i fluidnih definicija braka, temeljeći ih na potpuno istim razlozima koji se mogu iznijeti i za poligamni brak.¹⁸⁹ Ostaje nam nepoznanica koja bi to definicija braka uključivala osobe istoga spola, a da istodobno principijelno isključuje poligamiju. Ako iz definicije braka možemo isključiti komplementarnost spolova, zašto ne i broj? Ako „ljubav“, „osobne afekcije“, „predanost“ i slični termini upotrijebljeni od strane sudova, čine konstitutivni element braka, sigurno nitko ne može poreći da bi se i više ljudi moglo istodobno voljeti, biti predani i afektivni međusobno.¹⁹⁰ Dapače, primjeri poligamije su nemjerljivo prisutniji u povijesti ljudskih društava, a nalazimo ih i danas u nekim dijelovima svijeta. Koji bi onda uopće bio interes države na reguliranje takvoga odnosa koji je „intiman“, „najvažniji odnos između dvoje ljudi“ ili „koji je temelj izgradnje kućanstva“? Država nema interesa za reguliranjem osobnih afekcija. Revizionistička definicija bi učinila suvišnim norme monogamnosti i seksualne isključivosti¹⁹¹, a ostaje pitanje i zašto bi brak u takvom slučaju uopće morao imati seksualnu komponentu. Zajedno s gubitkom svoje forme, brak bi izgubio i smisao. Razlog zbog kojega brak ne zahtjeva samo „privrženost jedno drugome“, već i isključivost i permanentnost je taj da je on u svojoj biti oblikovan svojim dinamizmom prema, prikladnosti za i ispunjenjem u stvaranju, odgoju i edukaciji djece koja mogu imati samo dvoje (a ne dvije ili dvojicu) roditelja.¹⁹² Fundamentalna razlika između dviju definicija braka je u tome što umjetno delimitirana definicija istospolne karikature braka nema nikakve svrhe ni smisla.

Naravno, u demokratskom društvu je legitimna i takva pozicija. Ukoliko netko smatra da je brak samo afektivna veza u koju može ući bilo tko bez obzira na spol (ili broj), ima potpuno pravo pokušati u to uvjeriti svoje sugrađane. Ono na što nema pravo je svoje viđenje nametati sudskim odlukama, kamuflirajući ga kao borbu za jednakost ili borbu protiv diskriminacije.

tržišta za kupoprodaju djece i iznajmljivanje maternica se očitava u brojnim primjerima. S druge strane, to je možda znak da će debata oko bespolnih brakova ipak imati neku poveznicu sa debatom oko robovlasništva vođene za vrijeme Građanskoga rata, iako možda ne u kontekstu koji priželjkuju revizionisti. Vidi npr.: K. PARKER, Miami Herald (28. 05. 2013.), The surrogacy business exposed, dostupno na: <http://www.miamiherald.com/2013/05/28/3421176/the-surrogacy-business-exposed.html>; A. S. NEWMAN, Public Discourse (02. 08. 2013.), What Are the Rights of Donor-Conceived People?, dostupno na: <http://www.thepublicdiscourse.com/2013/08/10511/>; N. M. SCHAEFER, Huffingtonpost (20. 09. 2013.), Babies! The Natural Next Step Followin Same-Sex Marriage, dostupno na: http://www.huffingtonpost.com/nathan-m-schaefer/babies-the-natural-next-step-following-same-sex-marriage_b_3954628.html

¹⁸⁸ GEORGE; GIRGIS; ANDERSON, op. cit. (bilj. 156.), str. 247.

¹⁸⁹ Dapače, u redovima pobornika bespolnog braka se nalaze i osobe koje su za ukidanje braka kao „arhaične institucije“, „ostatka patrijarhata“ i tome slično. Vidi izjavu preko 300 sveučilišnih profesora, LGBT aktivista i pobornika u tome smjeru; „Beyond same-sex marriage“, dostupna na <http://www.beyondmarriage.org/index.html>, pitanje je izraženo i od sutkinje Sotomayor pred Vrhovnim sudom, op. cit. bilj. 138., str. 46. Vidi također: J. KONOUSE, Civil Marriage: Threat to Democracy, Michigan Journal of Gender & Law 8 (2012).

¹⁹⁰ SESARDIĆ op. cit. (bilj. 178.), str. 21., GEORGE; GIRGIS; ANDERSON, op. cit. (bilj. 156.), str. 269.

¹⁹¹ Ibid. str. 273.-274., GEORGE; GIRGIS; ANDERSON, op. cit. (bilj. 156.), str. 16.

¹⁹² FINNIS op. cit. (bilj. 157.), str. 131.

Zaključak

S obzirom na ishod u *Hollingsworth v. Perry-u*, a još više s obzirom na odluku i mišljenje koje je Vrhovni sud donio u slučaju *Windsor*, ostaje nam malo prostora za sumnju da većina sudaca pristaje uz revizionističku definiciju. Nedugo nakon donošenja navedenih odluka, već su pokrenuti novi slučajevi pred sudovima pojedinih država kojima se dovode u pitanje zakoni kojima je brak definiran u skladu sa supružničkom definicijom. Kada ti slučajevi neizbježno dođu pred Vrhovni sud, za pretpostaviti je da će se borba između dvije glavne struje na sudu, one originalista/tekstualista i progresivista¹⁹³, voditi oko toga treba li prevagnuti federalizam ili „jednakost“.

Vrhovni sud je poslovično oprezan pri donošenju odluka kojima se na razini čitavog SAD-a donose tako dalekosežne odluke, u čemu neki komentatori vide potencijalnu opasnost za revizioniste.¹⁹⁴ U svakom slučaju, smatram da bi Vrhovni sud pogriješio da u budućnosti homoseksualce proglasi suspektom ili kvazi-suspektom kategorijom. Naime, da bi neka skupina bila proglašena suspektom, moraju postojati indicije koje pokazuju da je riječ o osobama pogođenim urođenom nepromjenjivom (*immutable*) karakteristikom i/ili da je skupina politički nemoćna zaštititi se u redovnim političkim procesima (takozvani paradoks političke moći – ukoliko se skupina može izboriti u redovnim demokratskim procesima za svoje interese, prestaje potreba posebne sudske zaštite putem suspektne ili kvazi-suspektne kategorizacije).¹⁹⁵ Dok je prva indicija za homoseksualce u najmanju ruku sporna¹⁹⁶, druga neosporno ne postoji. Homoseksualne brakove podržava jedna od dvije najveće političke stranke SAD-a, aktualni predsjednik, razne vjerske zajednice, svi glavni mediji, a po nekim podacima i veći dio stanovništva SAD-a.¹⁹⁷ Nadalje, duga parada kroz institucije urodila je pored Kalifornije plodom i u Connecticutu, Delawareu, Iowa, Maineu, Massachusettsu, Minnesoti, New Hampshireu, New Yorku, Rhode Islandu, Vermontu i Washington D.C.-u, gdje je iz pojma brak eliminiran spol, bilo putem sudskih odluka, bilo putem odluka zakonodavnih tijela. Ujedno je kod svih referendumskim inicijativa po ovom pitanju (bez obzira jesu li rezultirale uspjehom ili neuspjehom)¹⁹⁸, jedina briga pobornika redefinicije braka glede financija, bila hoće li biti višestruko ili samo donekle bolje financirani od protivnika. Možda i najveći argument protiv takve kategorizacije bio bi taj da su nedavno bespolni brakovi polučili uspjeh i na biračkim mjestima, kada su prihvaćeni na referendumima u Maineu, Washingtonu i Marylandu. Istodobno je u Minnesoti (sva četiri referenduma su održana za vrijeme predsjedničkih izbora 2012. godine), na referendumu poražena inicijativa kojom bi se homoseksualni brakovi zabranili¹⁹⁹, nakon čega ih je ubrzo zakonodavno

¹⁹³ Temeljna razlika je u tome što progresivisti shvaćaju Ustav kao živući, evoluirajući dokument („*Living Constitution*“) koji se mijenja zajedno s promjenama u društvu, dok tekstualisti (ili po nekima originalisti) Ustav tumače tražeći razumno značenje riječi Ustava u onom trenutku kada je usvojen Ustav ili neka njegova izmjena. To ne znači da originalisti misle da je Ustav nemoguće promijeniti, već traže da do promjene dođe demokratskom procedurom radije nego li sudskim odlukama.

¹⁹⁴ Tom Goldstein, *The untold risks of the Supreme Court's same-sex marriage decisions*, SCOTUSBlog, dostupno na: <http://www.scotusblog.com/2013/09/the-untold-risks-of-the-supreme-courts-same-sex-marriage-decisions/>

¹⁹⁵ Y. K. LEARY lecture : *The Paradox of Political Power: Same-Sex Marriage and the Supreme Court*, Utah Law Review 2, (2012.), str. 529.

¹⁹⁶ P. McHUGH, *Amicus Curiae Brief in Support of Hollingsworth and Bipartisan Legal Advisory Group Addressing the Merits and Supporting Reversal*, str. 14.-28. Ujedno o nemogućnosti jasne definicije seksualne orijentacije vidi id. str. 4.-28.

¹⁹⁷ M. MURRAY, (11. 04. 2013.), NBC NEWS, NBC/WSJ poll: 53 percent support gay marriage, dostupno na : http://firstread.nbcnews.com/_news/2013/04/11/17708688-nbcwsj-poll-53-percent-support-gay-marriage

¹⁹⁸ Do 2012. su u preko 30 država SAD-a pobornici bespolnog braka bili poraženi.

¹⁹⁹ M. P. LEAHY, (21. 11. 2012.), Breitbart, *Same-Sex Marriage Won in All Four States That Voted on Initiatives*, dostupno na : <http://www.breitbart.com/Big-Government/2012/11/20/Gay-Marriage-Won-in-All-Four-States-That-Voted-On-Initiatives>

tijelo legaliziralo. Ukoliko bi Vrhovni sud želio proglasiti novu suspektnu kategoriju, možda bi pobornici tradicionalnog braka bili logičniji izbor.

Na kraju, ostaje otvoreno i pitanje federalizma. Jedna od najvećih prednosti SAD-a je upravo bogatstvo rješenja pojedinih pitanja koja iznalaze različite države. Mislim da bi bilo kontraproduktivno da Vrhovni sud stavi ključ u bravu „laboratorija demokracije“. Neke države će prihvatiti revizionističku definiciju, neke supružničku. Na kraju će vrijeme pokazati koja je ispravna, a koja pogrešna.²⁰⁰ Smjer koji će Vrhovni sud odabrati, u konačnici bi, s obzirom na način izbora sudaca, više mogao ovisiti o biologiji i idućim predsjedničkim izborima, nego o pravnim argumentima.

Summary

The paper addresses the issue of same-sex marriage in the jurisprudence of the United States through the example of California and the referendum initiative called Proposition 8. The first part gives the factual and the legal background of the case. In the second part, in chronological order, I briefly review the decisions of the federal courts on this issue – decisions in *Perry v. Schwarzenegger*, *Perry v. Brown* and finally the Supreme Court decision in *Hollingsworth v. Perry*. Through all three decisions we can clearly delineate the two competing versions of the nature of marriage - the conjugal/traditional version and the revisionist one. In the third part I conclude that the majority of justices side with the revisionist definition albeit some degree of judicial restraint they showed in writing the decisions. Brief summary of arguments for and against same-sex marriage is also presented.

Keywords: Proposition 8, same-sex marriage, equal protection clause, control tests, suspect categories, animus, Hollingsworth v. Perry, nature of marriage, Supreme Court

²⁰⁰ Ili kao što je sudac Alito primijetio na usmenoj raspravi: „Želite od nas da procijenimo efekte istospolnog braka, potencijalne efekte na – od istospolnih brakova, potencijalne – efekte Prijedloga 8. Ali koji je vaš odgovor na argument koji je već bio spominjan o potrebi za oprezom u svjetlu novosti – koncepta – istospolnoga braka. Jedna stvar oko koje se stranke u ovom slučaju izgleda slažu jest da je brak veoma bitan. Smatra se temeljnim kamenom društva i njegovo očuvanje je esencijalno za očuvanje društva. Tradicionalni brak je bio tu već tisućama godina. Homoseksualni brak je veoma nov. ... Tako da nema podataka o njegovim efektima. I može ispasti – dobra stvar ; može ispasti i da nije tako dobra stvar, kao što podupiratelji Prijedloga 8 očito vjeruju. Ali, vi želite od nas da donesemo odluku temeljem procjene efekata ove institucije koja je novija od mobilnih telefona ili interneta?“ op. cit. bilj. 139, str. 55.-56. Sudac Kennedy je istu stvar izrazio drugim riječima: „Problem – problem s ovim slučajem je to što vi ustvari tražite, osobito zbog socioloških istraživanja koje citirate, od nas da odemo u neistražene vode, i možete se igrati onom metaforom, ima jedna predivna destinacija, to je litica (*there's a wonderful destination, it is a cliff*); op. cit. bilj. 139., str. 47.