

ОДНОСТАТЕВИЙ ШЛЮБ ТА ПРАВО НА ПРИВАТНІСТЬ¹



М. СТРАССЕР
*професор права Школи права
(Кенітал університет, США)*

У Сполучених Штатах Америки одностатеві шлюби є досить спірним питанням. У той час як деякі штати просто не визнають такий тип подружнього союзу, інші роблять це з огляду на законодавчі акти або конституційні гарантії. Уваги потребує щонайменше одне питання, яке полягає в тому, чи користуються захистом такі шлюбні союзи відповідно до Конституції США.

У рамках будь-якої дискусії щодо того, чи заборона одностатевих шлюбів порушує федеральні конституційні гарантії, слід враховувати право на приватність в цілому, а також право на шлюб зокрема. Верховний суд США визнав, що певні права, пов'язані з сімейними справами, є надзвичайно важливими і не можуть бути обмежені штатом, якщо бракує переконливих доказів того, що інтереси штату знаходяться під загрозою. Предмет суперечок вимагає застосування тесту, який використовується Судом для визначення того, які саме права заслуговують підвищеного захисту, а також як саме має визначатися обсяг цих прав.

У цій статті розглядається основна судова практика, пов'язана із правом на приватність, як це передбачено Конституцією Сполучених Штатів; обговорюються права, що визначаються як такі, що потребують захисту; а також з'ясовується, чому існуюча федеральна судова практика не може відкрито тлумачитися як така, що не надає одностатевим шлюбом конституційного захисту. У цій статті робиться висновок, що право на шлюб одностатевих партнерів має захищатися в рамках федеральної гарантії щодо належної правової процедури.

А. Конституція США та право на приватність

Верховний суд США визнав, що ряд пов'язаних із сім'єю прав включено до права на приватність. Таким правам надається значний конституційний захист.

¹ Деякі ідеї цієї статті були вперше опубліковані в статті *Same-sex Marriage and the Right to Privacy* // *Journal of Law and Family Studies*. — 2011. — Vol. 13. — № 1. — P. 117–150.

Викликає суперечки питання, які права повинні включатись до права на приватність і наскільки вузько ці права повинні бути визначені. Існують керівні принципи та офіційні нормативи з даного питання. Сучасна судова практика наводить на думку, що не варто використовувати звичайний підхід для визначення того, які саме права мають основоположне значення. Варто переосмислити традиційну практику визначення пріоритетів у рамках права на приватність, аби одностатеві шлюби не визнавалися як такі, що охороняються правом на приватність.

Верховний суд США визнав, що певні права входять у право на приватність, включаючи право на шлюб, дітонародження, контрацепцію, сімейні стосунки, а також виховання та освіту дітей. Це положення є важливим, оскільки законодавчі акти, що обмежують право на приватність, будуть скасовані як неконституційні. Відповідно до рішення більшості у справі *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, «Суд постановив, що обмеження права на приватність є допустимим, лише якщо таке обмеження “витримало” сувору конституційну перевірку. Це означає, що державний орган, який накладає це обмеження, повинен довести, що таке обмеження є необхідним для задоволення важливого державного інтересу»¹. З іншого боку, якщо інтерес не включається до права на приватність і є просто інтересом свободи, то законодавчий акт, який обмежує такий інтерес, буде чинним до тих пір, поки цей законодавчий акт є пов'язаним із законним інтересом штату.

Зважаючи на важливість того, як саме характеризуються права, можна очікувати, що існує прозорий тест для визначення того, які саме права є основоположними, а які ні. У справі *Washington v. Glucksberg* Суд постановив, що «положення Конституції про належну правову процедуру особливим чином захищає ті основоположні права та свободи, які, об'єктивно кажучи, “глибоко вкорінені в історію та традиції цієї нації”... і “походять із концепції впорядкованої свободи” так, що “ні свобода, ні справедливість не будуть існувати, якщо вони були принесені в жертву”»². У той час як це твердження є точним настільки, наскільки воно описує деякі із захищених законом прав, окреме питання полягає в тому, чи Положення про належну правову процедуру гарантує надійний захист лише тим правам, що підпадають під визначення, запропоноване Судом у справі *Glucksberg*.

Тест за справою *Glucksberg*, на який часто посилаються в подальших аналізах, коли припускають, що конкретне право не заслуговує на посилений захист, є чітким та дуже вимогливим. Небагато прав, які було розглянуто за цим критерієм, визначені як основоположні. Такий результат не дивує: якщо основоположні права можна обмежити лише у випадку захисту важливого державного інтересу, то визнання багатьох прав у якості основоположних буде ускладнювати законодавчий процес, направлений на регулювання повсякденних справ.

Погляди розходяться у питанні наданні штатам тієї чи іншої міри свободи. Ті, що побоюються, що законодавці обмежені в діях, пропонують надавати більшу

¹ *Casey*, 505 U.S. 833, 929 (1992).

² *Glucksberg*, 521 U.S. 702, 720–21 (1997) (цит. *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U.S. 494, 503 (1977); *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, 325, 326 (1937)).

свободу дій. Ті, що вважають, що законодавці зневажають важливими правами, пропонують надавати меншу свободу. Проте, незалежно від такої точки зору, окремою думкою є те, що будь-який тест на виявлення основоположних прав повинен враховувати як права, що були визнані основоположними, так і ті права, які не були визнані такими. Проблема із тестом за справою *Glucksberg* полягає в тому, що його контролююча функція виконується занадто добре: багато прав, які на даний момент часу визнані такими, що підпадають під право на приватність, не можуть бути визначені ні як такі, що глибоко вкорінені в історію та традиції цієї нації, ні як такі, що походять із концепції впорядкованої свободи, таким чином, що ні свобода, ні справедливість не існували б, якби ці права не були визнані.

Розглянемо, наприклад, право на доступ до контрацепції. Законодавчі акти, які встановлювали кримінальну відповідальність за контрацепцію, діяли протягом 86 років на момент винесення Судом рішення про те, що право подружніх пар на контрацепцію має бути захищене Конституцією США. Такі акти існували навіть протягом тривалішого періоду часу на той момент, коли Суд визнав за неодруженими людьми право на контрацепцію як конституційно захищене. Проте навряд чи можна сказати, що практика, яка допускала кримінальну відповідальність протягом кількох десятиліть, глибоко сягає корінням в історію та традиції нації або впливає із концепції впорядкованої свободи таким чином, що ні свобода, ні справедливість не існували б, якби це право не було визнане. Незважаючи на історичні обмеження, законодавчі акти, які забороняли доступ до протизаплідних засобів для неодружених осіб, були скасовані як неконституційні, а в даний час право на доступ до контрацепції вважається одним із основних, що входять у право на приватність.

Такої самої думки можна дійти і щодо права на аборт, за який (протягом більше ніж століття) передбачалась кримінальна відповідальність, поки не було визнано, що воно є складовою права на приватність. І в цьому випадку також передувала тривала практика криміналізації абортів. Суд у справі *Roe* припустив, що «лише особисті права, які можуть вважатися “основоположними” або “такими, що включені в поняття впорядкованої свободи”, включаються до права на приватність»¹. Використанням «або» замість «і» справа *Roe* наводить на думку, що є помилковим вважати, наче «основоположні права» визначаються в рамках поняття впорядкованої свободи. Замість цього, право, яке включається до поняття приватності, буде мати основоположне значення (якщо цей термін визначено самостійно) або буде входити у поняття впорядкованої свободи.

Можна запропонувати ще один доказ того, що тест за справою *Glucksberg* просто не відповідає меті визначення, чи є право основоположним. Розглянемо право одружитися із представником іншої раси або національності. Законодавчі акти щодо заборони шлюбів між представниками різних рас існували ще до заснування держави, тому навряд чи можна припустити, що таке право було захищене історією та традиціями нації. Визнаючи, що право на шлюб із пред-

¹ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 152 (1973) (без міжнародного посилання).

ставником іншої раси було захищене правом на приватність, Суд не говорив про відсутність свободи та справедливості в тих штатах, де заборонялися міжрасові союзи.

Можливо, причина, через яку право одружитися із представником іншої раси чи національності захищається, полягає в тому, що проаналізоване Судом право не було деталізовано. Загальне право на шлюб глибоко вкорінене в історії та традиції цієї нації, навіть якщо право на шлюб із представником іншої раси чи національності не має таких коренів. Однак тієї ж думки можна дійти і щодо права одружитися із представником тієї ж статі: загальне право на шлюб глибоко вкорінене в історію та традиції цієї нації, навіть якщо право одружитися із представником тієї ж статі не має таких коренів. У будь-якому випадку Суд у справі *Loving* відмовився деталізувати основоположний інтерес, приймаючи рішення про те, що право на шлюб із представником іншої раси чи національності знаходиться під захистом. Лише після того як Суд вже визнав певні права, включаючи право на контрацепцію, аборт, а також право на шлюб із представником іншої раси чи національності, Суд у справі *Glucksberg* дійшов думки, що треба робити «детальний опис основоположного інтересу» кожен раз, коли стверджується, що певне право є основоположним. Якби право на шлюб із представником іншої раси чи національності було детально описане, воно б не пройшло тест за справою *Glucksberg*.

Дещо іронічним видається твердження Суду у справі *Glucksberg* щодо того, що треба детально описати істотний інтерес. Розглянемо справу *Moore v. City of East Cleveland*, у якій робиться припущення, що основоположні права повинні бути глибоко вкорінені в історії та традиції цієї нації¹. У справі *Moore* питання полягало в тому, чи порушувало м. Східний Клівленд конституційні гарантії, даючи визначення поняття «сім'я» з метою зонування міста. Відповідно до схеми зонування міста одній бабусі було заборонено жити із сином та двома онуками, які були двоюрідними братом і сестрою.

Звичайно, що Суд у справі *Glucksberg* не був винен у неправильному цитуванні: відносно більшістю голосів у справі *Moore* було фактично запропоновано, що «інститут сім'ї глибоко вкорінений в історію та традиції цієї нації»². Тим не менш, члени спільноти лесбіянок, геїв, бісексуалів і транссексуалів (далі — ЛГБТ) можуть використовувати позицію суду у справі *Moore* щодо значення сім'ї, у якості підстави для визнання ЛГБТ сім'єю, незважаючи на те, чи такі сім'ї матимуть дітей. Використовуючи позицію Суду у справі *Glucksberg* щодо «детального опису», можна сказати, що в той час як інститут сім'ї може бути глибоко вкоріненим в історію та традиції нації, інститут сімей ЛГБТ — таких коренів немає. Проте, якби у справі *Moore* був детальний описовий тест (той самий випадок, на який схвально посилалися у справі *Glucksberg*), Суд швидше за все досяг би протилежного результату. Як суддя Вайт заявив у своєму окремому висновку по справі *Moore*: «У наших справах Положення про належну правову процедуру пропонує захист для різних аспектів сімейного життя, проте не ви-

¹ *Glucksberg*, 521 U.S. 702, 720–21 (1997) (цит. *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U.S. 494, 503 (1977)).

² Див. *Moore*, 431 U.S. 523.

магається, щоб... зацікавленість жити із більше ніж однією групою онуків була такою, що потребує певного підвищеного захисту відповідно до Положення про належну правову процедуру»¹. Таким чином, один із випадків, наведених у Суді у справі *Glucksberg* для встановлення відповідного тесту, імовірніше за все був би вирішеним по-іншому, якби Суд фактично використав той тест, який наче передбачається справою *Moore*.

Тест за справою *Glucksberg* (особливо коли вимагається «детальний опис» спірного інтересу) є надзвичайно ефективним захистом від того, що суди визнають численні інтереси основоположними. Слід зазначити, що тест, який «походить із поняття впорядкованої свободи», бере свій початок у справі *Palko v. Connecticut*². У справі *Palko* Суд запропонував перелік прав у кримінальному контексті, які не будуть кваліфікуватися відповідно до застосовного тесту як основоположні, в тому числі право на суд присяжних, право на свободу від примусу свідчити проти себе, а також право не нести кримінальну відповідальність за один і той же злочин. Усі ці права в даний час розглядаються як основоположні.

Б. Право на шлюб, що охороняється на федеральному рівні

Право на приватність захищає право на шлюб, і було б корисно розглянути справи, які сформували таку судову практику. Спочатку Суд визнав у справі *Loving v. Virginia*, що право на шлюб захищається Конституцією США. Законодавчий акт штату Вірджинія проти змішаних шлюбів був визнаний таким, що порушує положення про рівний захист та положення про належну правову процедуру.

У цій справі аналіз належної правової процедури був на диво неповним. Суд зазначив, що «свобода вступати до шлюбу вже давно визнана як одне з найважливіших особистих прав, що є істотними в прагненні вільних людей бути щасливими»³. Таку свободу можна надати особі незалежно від сексуальної орієнтації. Суд зазначив, що шлюб «є одним із “основоположних громадянських прав людини”, основним для нашого існування і виживання», а потім пояснив, що «відмова у цій основній свободі на таких неприйнятних підставах, як расова сегрегація, втілена в цих законодавчих актах... безумовно позбавить всіх громадян свободи за відсутності належної правової процедури»⁴. Суд дійшов висновку, що «особі належить свобода одружуватися або не одружуватися із представником іншої раси чи національності, і така свобода не може обмежуватися державою або штатом»⁵.

Зміст такого аналізу варто розкрити. Наприклад, Суд не може пояснити, чому шлюб є основою нашого існування і виживання. Можливо, шлюб надає пільги та переваги тим, хто перебуває у відповідних стосунках; право дітей на виховання в сімейному середовищі, де їх навчають соціальним цінностям; ефект звикання «диких» та безвідповідальних холостяків до сімейного господарства.

¹ Там само.— С. 549 (White, J., окрема думка).

² 302 U.S. 319 (1937).

³ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967).

⁴ Там само.

⁵ Там само.

Заява Суду про те, що шлюб має основоположне значення для існування і виживання людства, була зроблена, щоб запевнити, що майбутнє покоління існуватиме. Суд у справі *Loving* прямо не згадує дітей у судовому рішенні, а лише непрямо згадує їх в обговоренні виправдання штатом своїх законодавчих актів проти змішаних шлюбів. Суд зазначив, що у справі *Naim v. Naim* Верховний суд штату Вірджинія проголосив «законною мету штату “зберегти расову цілісність своїх громадян”, а також запобігти “кровозмішенню”, “появі нечистокровних громадян” та “знищенню расової гордості”»¹. Не бажаючи мати «нечистокровних громадян», штат Вірджинія апелював до одного з аргументів, який вже давно було наведено щодо питання, чому не варто дозволяти міжрасові шлюби, а саме, що діти від таких шлюбів нібито поступаються дітям, народженим у пари представників однієї раси. Верховний суд США відхилив такі цілі, як очевидне «ствердження доктрини переваги білої раси»². Проте Суд не мав жодного наміру обговорювати роль (якщо така є), яку діти відіграють у тому, аби визнати право на шлюб основоположним, можливо, тому, що Суд хотів відійти від твердження штату Вірджинія про те, що законодавчі акти проти змішання повинні бути підтримані на захист інтересів дітей.

Суд був набагато менш стриманим щодо питання дітей, коли у справі *Zablocki v. Redhail* знову обговорювалося право на шлюб. На розгляд було винесено законодавчий акт штату Вісконсін, який ускладнював процес одруження для батьків, що проживають окремо, якщо вони були не здатні фінансово підтримувати дітей від попереднього шлюбу. Штат вважав, що якщо малозабезпечені батьки, що проживають окремо від дітей, позбавлені можливості одружитися, то у таких батьків буде народжуватися менше дітей, і відповідно буде з'являтися менше дітей, які потребуватимуть соціальної допомоги.

Суд у справі *Zablocki* пояснив, що в той час як Суд у справі *Loving* говорив про важливість права на шлюб в контексті оспорювання законодавчого акту, який забороняє міжрасові шлюби, «право на шлюб має основоположне значення для всіх людей»³. Цього разу Суд пояснив, чому саме право на шлюб має таке значення: «Не дивно, що рішення вступити до шлюбу було настільки ж важливим, як і рішення щодо дітонародження, виховання дітей та сімейних відносин. Як можуть проілюструвати факти у цій справі, було б зовсім нелогічно визнати право на приватність по відношенню до інших питань сімейного життя, а не стосовно рішення вступити у відносини, які є основою сім'ї в нашому суспільстві»⁴.

Рішення у справі *Zablocki* надає деякі рекомендації щодо того, які саме фактори є важливими при аналізі того, які види сімей можуть і повинні отримувати конституційний захист. По-перше, Суд не обмежує захист для традиційних нуклеарних сімей. Вочевидь Суд зрозумів, що діти народжуються не лише у зареєстрованих шлюбах. Роджер Редхейл став батьком позашлюбної дитини іще під час навчання у середній школі, а пізніше від нього завагітніла інша жінка, з

¹ *Loving*, 388 U.S. 7 (цит. *Naim v. Naim*, 87 S.E.2d 749, 756 (Va. 1955))

² Там само.

³ *Zablocki*, 434 U.S. 374, 384 (1978).

⁴ Там само. — С. 386.

якою він хотів одружитися. Незалежно від свого сімейного стану він був батьком однієї дитини і скоро мав стати батьком іншої. Відмова штату дозволити йому одружитися зі своєю вагітною нареченою не призвела б до скорочення кількості майбутніх дітей, але замість цього просто збільшила б кількість дітей, які не мають справжньої повної родини.

Також не можна вважати, що Суд стверджує, наче юридичне, на відміну від біологічного, батьківство повинно мати місце в контексті шлюбу. Цей підхід вже було відхилено у справі *Stanley v. Illinois*, у якій Суд визнав, що неодружені батьки мають конституційно захищені права¹.

Суд в справі *Zablocki* припустив, що рішення, пов'язані з: 1) народженням дітей; 2) пологами; 3) вихованням дітей та 4) сімейними відносинами, мають однаковий ступінь важливості, і кожне з них включає в себе конституційно захищений основоположний інтерес. Крім того, Суд піддає критиці невинуватені зусилля штату щодо створення певних перешкод для появи юридично визнаної сім'ї.

Визнаючи шлюб як основу сім'ї, Суд мав на увазі щонайменше два типи стосунків: відносини між дорослими та відносини між батьком (батьками) і дитиною. Суд зазначив, що лише у шлюбі існують законні підстави для сексуальних відносин, посилаючись на один із важливих аспектів стосунків між дорослими. (На той час було допустимо, аби штат встановив кримінальну відповідальність за позашлюбні стосунки, а у штаті Вісконсін існував закон, відповідно до якого сексуальні відносини за взаємною згодою між неодруженими особами вважалися караним проступком).

Шлюб також є важливим для дорослих, оскільки він включає в себе вираження «емоційної підтримки та публічного зобов'язання»², а також може мати релігійне значення для партнерів. Крім того, він є необхідною умовою для отримання різних пільг від штату та федеральних пільг. Одним словом, шлюб передбачає різноманітність інтересів дорослих у їх відносинах, навіть якщо вони не мають жодної можливості або бажання мати дітей.

Шлюб також є важливим для тих, хто має або планує мати дітей. Суд у справі *Zablocki* вказав на те, що не логічно визнавати основоположний характер стосунків між батьками та їхніми дітьми, одночасно не дозволяючи батькам одружитися. Тим не менш, представники ЛГБТ-спільноти мають та виховують дітей, а саме такі відносини і повинні мати конституційний захист і основоположне значення. Штатам вже не доцільно відмовляти одностатевим парам у праві на шлюб, у той час як такі пари мають дітей, на кшталт випадку, коли було відмовлено у праві на шлюб Редхейлу.

Суд у справі *Zablocki* був обережним у висновку, що «певні розумні норми права, які суттєво не втручаються в рішення вступити в шлюб, можуть бути законно встановлені»³. Таким чином, суд не перешкоджає штатам приймати правила та законодавчі акти, які стосуються шлюбу. У випадку, якщо «законодавче регулю-

¹ *Stanley*, 405 U.S. 645, 651-52 (1972).

² *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78, 95-96 (1987).

³ *Zablocki*, 434 U.S. 386.

вання істотно впливає на реалізацію основоположного права, таке регулювання не буде підтримано судом. Єдиний виняток можливий у випадку, якщо це регулювання захищає важливий інтерес штату»¹. Проте будь-який законодавчий акт, який перешкоджає окремим особам вступати у шлюб із одностатевим партнером, значно втручається у можливість цієї особи вступати в такі відносини. Окреме питання полягає в тому, чи штат має важливі причини на виправдання такої заборони. Проте заборона одностатевих шлюбів є суттєвою перепоною для представників ЛГБТ спільноти, які хочуть одружитися із одностатевим партнером.

Розглянемо, як суди аналізують заяву про те, що полігамні шлюби захищаються Конституцією. Замість того, щоб сказати, що Суд при визнанні конституційного захисту основоположного права на шлюб не мав на увазі полігамний шлюб, суди аналізують, чи може штат виправдати цю заборону.

Суд у справі *Zablocki* прямо не згадував членів ЛГБТ-спільноти, коли відміняв спірний закон штату Вісконсін. Проте суддя Пауелл зазначив у своєму висновку, що аналіз Суду може також мати певні наслідки для одностатевих стосунків і зв'язків².

Аналіз Судом основоположного права на шлюб наводить на думку, що шлюб ставить цілий ряд питань перед дорослими, у тому числі питання їх відносини один з одним (сексуальні та інші), їх здатності зробити публічну заяву про свої стосунки, виконувати релігійні обряди, а також можливості отримувати різні урядові пільги. Тим не менш, обговорення взаємин дорослих не повинно приховувати важливість шлюбу як для дітей, що виховуються цими дорослими, так і для самих дорослих, що виховують цих дітей. Незважаючи на те, що всі ці інтереси пов'язані із родиною, незалежно від того, чи батьки однієї або різної статі, деякі суди та коментатори дійшли висновку, що штати мають право заборонити одностатеві шлюби.

В. Регулювання сексуального життя

Одним із усвідомлюваних перепон для визнання одностатевих шлюбів було те, що до 2003 р., коли Верховний суд скасував рішення у справі *Bowers v. Hardwick*³, штатам було дозволено встановлювати кримінальну відповідальність за одностатеві сексуальні відносини. У справі *Bowers* Суд залишив в силі законодавчий акт штату Джорджія, який забороняв гомосексуалізм, вважаючи, що не існує жодного зв'язку між сім'єю, шлюбом або дітонародженням з одного боку, та одностатевими сексуальними стосунками з іншого.

Проте нездатність Суду у справі *Bowers* побачити цей зв'язок не можна залишити поза увагою. Не існувало жодного зв'язку між шлюбом та одностатевими стосунками, тому що жодний штат не дозволяв одностатевим парам вступати у шлюб. Не існувало жодного зв'язку між одностатевими відносинами та сім'єю, оскільки в очах Суду дві особи однієї статі, які не були пов'язані кровною спорід-

¹ Там само. — С. 388.

² Див. там само. — С. 399 (Powell, J., concurring).

³ *Bowers*, 478 U.S. 186 (1986), скасоване рішенням *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

неністю або усиновленням, не можуть бути членами однієї сім'ї. Хоча вірно, що акти неприродних статевих зносин, чи то між особами однієї або різних статей, безпосередньо не пов'язані з дітонародженням. Навряд чи такі статеві зносини можуть бути криміналізовані.

Аналіз у справі *Bowers* був невтішним у багатьох відношеннях, оскільки більша частина аргументів могла б бути використана для обґрунтування законодавчих актів, які забороняють сексуальні відносини між представниками різних рас. До справи *Loving v. Virginia* різні штати забороняли міжрасові шлюби, тому не можна стверджувати, що існував зв'язок між міжрасовими парами та шлюбом у цих штатах. Крім того, оскільки шлюби були заборонені, сім'ї не визнавалися: і насправді, будь-які діти, народжені у таких пар, вважалися незаконнонародженими, в результаті чого такі діти в різних ситуаціях потрапляли у скрутне становище. І нарешті, навіть дітородний аспект таких союзів буде використано аби виправдати цю заборону. Так само як штат Вірджинія стверджував, що заборону міжрасових шлюбів варто підтримати, аби уникнути народження нібито гірших, «дворасових» дітей, штат, який забороняє міжрасові статеві відносини, буде намагатися виправдати свою заборону, апелюючи до тієї ж теорії.

У 2003 р. Верховний суд Сполучених Штатів Америки у справі *Lawrence v. Texas* скасував рішення у справі *Bowers*, вдаючись до цього незвичного кроку через припущення, що не лише рішення у справі *Bowers* вже не є хорошим законодавчим актом, але й саме рішення у цій справі на той час також було винесене несправедливо¹. Справа *Lawrence* варта уваги з кількох причин. Відмовляючись розглядати питання про те, чи одностатевий шлюб потребує конституційного захисту, Суд доклав усіх зусиль аби пояснити, що «інтимні стосунки з іншою людиною є лише одним з елементів особистого зв'язку, який є більш тривалим та стабільним»². У цьому випадку Суд припустив, що цінність та значення самих стосунків не залежить від сексуальних стосунків.

Суддя Скаліа у своєму висновку у справі *Lawrence* зазначає, що Суд заклав основу для федерального конституційного права на одностатевий шлюб. Він цілком може бути правим, проте не тому, що справа *Lawrence* якимось чином надає конституційного захисту порушенню подружньої вірності та зоофілії, а тому, що Суд зняв бар'єр, який помилково вважався таким, що запобігав визнанню права на шлюб із одностатевим партнером. Відповідно до справи *Lawrence* одностатеві сексуальні стосунки за взаємною згодою не можуть бути криміналізовані, хоча Суд вже прояснив у справі *Zablocki*, що штат має право криміналізувати сексуальні стосунки поза шлюбом, захищаючи таким чином подружні стосунки.

Традиційно Конституція надавала пріоритет шлюбним відносинам над сексуальними стосунками: шлюбні відносини було визнано захищеними Конституцією в 1964 р., а сам шлюб було проголошено одним із основних прав у 1967 р. у справі *Loving*. Однак право вступати в статеві відносини поза шлюбом не було визнане до 2003 р. (справа *Lawrence*).

¹ Див. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 578 (2003).

² Там само. — С. 567.

Майже 50 років тому суддя Харлан стверджував, що «шлюбні закони, які передбачають, коли може виникати право на інтимні стосунки, а також правовий та соціальний контекст, за якого народжуються і виростають діти, а також закони, що забороняють перелюбство, розпусту і гомосексуалізм, що виражають усе негативне, обмежуючи сексуальність рамками законного шлюбу, утворюють шаблон, глибоко вкорінений у нашому суспільному житті. Будь-яка Конституційна доктрина в цій галузі повинна ґрунтуватися на цій основі»¹.

Суддя Харлан описав світ, у якому одностатеві відносини відбуваються лише поза контекстом сім'ї, а діти, як правило, народжуються і виховуються у контексті сім'ї. Так чи інакше, та картина була досить точною, коли її запропонували, хоча тепер вона безумовно такою не є. Одностатеві пари живуть разом однією сім'єю, іноді з дітьми, а іноді й без них. Неправда, що одностатеві відносини повинні розглядатися як такі, що суперечать шлюбу і сім'ї.

Як би там не було, суддя Харлан помітив щось важливе, припустивши, що сім'я є підґрунтям, на який спирається судова практика в цій галузі. Це розуміння слугувало основою для справи *Zablocki*. Тим не менш, можна побудувати щось і на цьому фундаменті. Починаючи з сім'ї судова практика не може вийти за її межі. Сексуальні стосунки дорослих за взаємною згодою, навіть позашлюбні, є важливими для самовизначення. Вони не повинні бути предметом державного контролю за відсутності переконливого обґрунтування.

Справа *Lawrence* захищає неодружених осіб, які за взаємною згодою перебувають у сексуальних стосунках, незважаючи на те, чи стосунки таких осіб є постійними. Якщо суддя Харлан має рацію щодо того, що шлюб і сім'я є основою судової практики, то можна було б очікувати, що якщо сексуальні відносини між особами, які прагнуть пригоди на одну ніч, захищаються Конституцією, то добровільні статеві стосунки між особами, які знаходяться в постійних відносинах, є також конституційно захищеними. Крім того, відповідно до справи *Zablocki*, одностатеві стосунки самі по собі мають отримати конституційний захист, особливо якщо такі особи виховують дітей.

Справа полягає не в тому, що держава повинна визнати одностатеві шлюби та ЛГБТ-сім'ї за рахунок руйнування важливих інтересів штату. Швидше за все відмова штату надавати таке визнання ЛГБТ-сім'ям має визначати, які саме істотні або нагальні інтереси обґрунтовують ту відмову, а також надавати аналіз того, як саме ці інтереси могли б постраждати, якби ЛГБТ-сім'ї отримали юридичне визнання. Досі жодний суд, який серйозно сприймав таку ситуацію, не зміг надати необхідне обґрунтування.

Право на шлюб вже визнано як таке, що включається до права на приватність. Єдиним питанням, яке постає перед судами, що розглядають спори про конституційність одностатевих шлюбів, є те, чи право на шлюб включає в себе право на шлюб одностатевих партнерів. Судові аналізи спорів часто надзвичайно невтішні. Суд ніколи не стверджував, що подружні права так чи інакше пов'язані зі здатністю і готовністю мати дітей шляхом створення союзу.

¹ Див. *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497, 546 (1961) (Harlan, J., окрема думка).

Будь-який суд обстоюватиме такий зв'язок з метою заборони одностатевих шлюбів.

Право на шлюб мало традиційно більше захисту, аніж право на позашлюбні стосунки дорослих за взаємною згодою. Право на шлюб асоціюється із різноманітним сімейним функціям, включаючи народження та виховання дітей, навіть незважаючи на те, що позашлюбні стосунки також можуть призвести до появи дітей. Однак, якщо позашлюбні (у тому числі одностатеві) стосунки захищаються Конституцією, важко зрозуміти, чому одностатевий шлюб не повинен захищатись. Надання штатам дозволу на регулювання позашлюбних відносин більше сприятиме шлюбу, аніж обмеження доступу до шлюбу для різностатевих пар.

Якщо б можна було показати, що дозвіл шлюбу для одностатевих пар буде накладати значні витрати на різностатеві пари, то мав би бути виконаний більш складний аналіз витрат і результатів, який би містив обґрунтування для введення навантаження на одну групу на користь іншої. Проте підтримка таких обмежень, коли вони не на користь нікому, а навпаки шкодять і тим, кому перешкоджають вступати до шлюбу, і суспільству в цілому, є просто нечесною. Суди, підтримуючі таку заборону, є винними в нехтуванні власною відповідальністю за справедливе та чесне застосування закону.

Страссер М. Одностатевий шлюб та право на приватність

Анотація. Конституція Сполучених Штатів Америки захищає певні права, що стосуються сімейних справ. Ці права можуть бути обмежені державою, тільки якщо при цьому порушуються важливі державні інтереси. У статті розглядаються права, що були визнані захищеними, і те, чому найбільш прийнятне законодавство забезпечує право на одруження з одностатевим партнером на підставі принципу належної правової процедури.

Ключові слова: шлюб, одностатевий, сім'я, належна правова процедура, приватне життя, права.

Страссер М. Однополый брак и право на приватность

Аннотация. Конституция Соединенных Штатов Америки защищает определенные права, касающиеся семейных дел. Эти права могут быть ограничены государством, только если при этом нарушаются важные государственные интересы. В статье рассматриваются права, признанные защищенными, и то, почему наиболее приемлемое законодательство обеспечивает право на брак с однополым партнером на основании принципа надлежащей правовой процедуры.

Ключевые слова: брак, однополый, семья, надлежащая правовая процедура, частная жизнь, права.

Strasser M. Same-Sex Marriage and The Right to Privacy

Annotation. The United States Constitution protects certain rights related to family matters. Those rights cannot be abridged by the state absent a showing that compelling state

interests would be undermined unless those rights were overridden. This Article examines those rights that have been designated as protected and why the most plausible construction of the relevant jurisprudence entails that the right to marry a same-sex partner should be found protected as a matter of federal due process guarantees.

Key words: marriage, same-sex, family, due process, privacy, rights.