

Decriminalization of Homosexuality and Its Effects on Family Rights: A German-US-American Comparison

■ KARIN LINHART

Dr. Karin Linhart — LL.M. (Duke), junior member of research staff, chair of German, European and International Private law at the University of Würzburg.

Editorial Preface

The article of the German author Karin Linhart opens a series of articles on the acute issues of legalising phenomena attendant on the whole history of humankind, though still remaining highly contentious (such as legalising abortions, same-sex marriages, euthanasia, prostitution, pornography, the ban on capital punishment, the problem area of humanising penitentiary systems etc.). The goal pursued is by no means to foster our values. Along with the people of liberal outlook, there are those among the stuff of our Journal who support conservative values. Nevertheless, we believe that the situation when an alternative viewpoint on such phenomena is nowhere to find, while television, radio, state-owned press, educational system etc. impose a single vision of the abovementioned problems, an alternative way of resolving them is in high demand. It is exactly the demonstration of legal mechanism of regulating same-sex relations that the first article deals with. The author presents two different models with respect to the issue: that utilized in Germany and the American one. There was no “positive-negative” scale of assessing homosexual relations in ancient times, neither in the Western, nor in the Eastern societies. The first to taboo the issue was Jewish-Christian tradition. It is possible to view the ban on homosexuality in several different ways, but one cannot overlook the fact that it has been crippling both people's fortunes and their psyche for a long time. Moreover, the ban has often maimed or taken away the lives of immense number of people, whose share in the society has always been relatively stable.

A. Introduction

Socrates, Oscar Wilde, Klaus Mann and many other men in history had one thing in common: they loved me¹. Some of them were lucky and could live a peaceful life regardless, since they either had the respective social standing or lived in societies where homosexuality was at least tolerated. Most others in history, however, were in a rather unfortunate position. To be gay was to be criminal. A conviction for homosexual conduct resulted in years in prison or worse: even today the death penalty can be imposed upon homosexuals in countries where the Shari'a, the Islamic Criminal Code, is interpreted and applied in a strict and conservative way².

Penalization, however, is only the tip of the iceberg. Underlying are millennia of social discrimination and harassment. As far as historians are able to trace, homosexuals, in particular gay men, seem to have been continuously discriminated against³. Homosexuality was considered contrary to human nature, abnormal, and at best pathological. The penalization of homosexuality on the one hand reflects the respective society's attitude. On the other hand it constitutes the barrier for an overdue change in the minds of individuals and thus a change in society. Such a change would give way for civil rights that every heterosexual enjoys without doubt or further thought. Who would question the right of a (heterosexual) individual to marry the person he or she loves and to raise children? And who would

1 For a historical perspective on homosexuality see Dover, Greek homosexuality (1989) and Müller. Aber in meinem Herzen sprach eine Stimme so laut. Homosexuelle Autobiographien und medizinische Pathographien im 19. Jahrhundert (1991).

2 See e.g. Arts. 108 ff. of the Iranian Islamic Penal Law Against Homosexuals (1991), available at <http://www.irvl.net/homosexuality.htm>; but see Seema Saifee, Penumbra, Privacy, and the Death of Morals-Based Legislation: Comparing U.S. Constitutional Law with the Inherent Right of Privacy in Islamic Jurisprudence, 27 Fordham Int'l L.J. 370 (2003).

3 For non-legal German perspectives on homosexuality see Giese, Der homosexuelle Mann in der Welt (1958); Hohmann, Homosexualität und Subkultur (1976); Klimmer, Die Homosexualität als biologisch-soziologische Zeitfrage (1965); Hutter, Die gesellschaftliche Kontrolle des homosexuellen Begehrens (1992); Köllner, Homosexualität als anthropologische Herausforderung: Konzeption einer homosexuellen Anthropologie (2001).

Легалізацыя аднапольных шлюбаў: амэрыканская й нямецкая мадэлі

■ КАРЫН ЛІНХАРТ

Др. Карын Лінхарт — магістарка права, малодшы навуковы супрацоўнік катэдры Нямецкага, Эўрапейскага і Міжнароднага прыватнага права на ўніверсітэце Бюргбургу.

Прадмова рэдакцыі

Перакладам артыкула гэтага нямецкага аўтара рэдакцыя часопіса распачынае сэрыю артыкулаў, прысьвечаных актуальнym пытаныям легалізацыі зъявай, што спадарожнічаюць чала-вецтву на працягу ўсёй ягонай гісторыі, але да гэтага часу маюць скрайне дыскусійны характар (легалізацыя абортыяў, аднапольных шлюбаў, эўтаназіі, прастытуцыі, парнаграфіі, забарона сымяротнага пакаранья, проблематыка гуманізацыі пэніціярнай систэмы і д.п.). Мы ня ставім сваёй задачай навязваныне пэўных каштоўнасцяў. Не зважаючы на тое, што бальшыня стваральнікаў праекту прытрымліваецца ліберальных поглядаў, сярод нас таксама ёсьць людзі, адданыя кансерватыўным каштоўнасцям. Але мы лічым, што ў сітуацыі, калі грамадзкаму погляду краіны паказваеца (=навязваеца) толькі адзін пункт гледжаньня на шэраг падобнага кшталту праблемаў (тэлевізія, радыё, дзяржаўныя газэты, систэма адукациі і г.д.), запатрабаванай ёсьць перадусім дэманстрацыя альтэрнатыўных шляхоў развязаньня гэткіх праблемаў. Менавіта **дэмансстрацыі праўнага мэханізму** рэгламэнтациі аднапольных стасункаў прысьвечаны першы артыкул у гэтай сэкцыі. Ягоны аўтар дэмансструе дзіве мадэлі ў дачыненіі да гэтага пытання: нямецкую й амэрыканскую. Старожытныя грамадзтвы (як усходнія, так і антычныя) не разглядалі гетэрасексуальныя й гомасексуальныя дачыненіі ў систэме каардынат “станоўчадмоўна”. Фактычна ўпершыню табу на гэтую тему наклаў юдэйска-хрысьціянскі канон. Можна па-разнаму ставіцца да яго, але нельга заплюшчыць вочы на той факт, што цягам доўгага часу ён разбураў ня толькі лёсы й псыхіку, але часцяком забіраў альбо калечыў жыцьці вялізарнай колькасці людзей, адсotкавы памер каторых быў заўжды прыкладна аднолькавым.

A. Уводзіны

Сакрат, Оскар Ўайлд, Кляўс Манн і шмат якія іншыя выбітныя мужчыны мелі агульную рысу: яны любілі мужчынаў¹. Некаторым зь іх, тым ня менш, пашэнціла спакойна пражыць жыцьцё, бо яны мелі высокі сацыяльны статус або ў іх грамадзтвах гомасексуальнасць, саме малое, не перас্লедавалася. Большаясьць, аднак, напаткаў сумнейшы лёс. Быць гэям значыла быць злачынцам. Прыйманыне мужчыны гомасексуалам азначала для яго гады зьняволеньня ці што горшае: нават сёньня сымяротны прысуд можа быць вынесены па абвінавачаныні ў гомасексуалізме ў тых краінах, дзе строга прытрымліваюцца і кансерватыўным чынам вытлумачваюць Шарыят, Ісламскі Крымінальны Кодэкс².

Пэналізацыя, аднак, — толькі вяршыня айсбэргу. Нябачнымі застаюцца тысячагодзьдзі сацыяльны дыскрымінацыі і прыніжэннія. Наколькі сягае погляд гісторыкаў — цягам чалавечай гісторыі гомасексуалы, у прыватнасці мужчыны, дыскрымінаваліся³. Гомасексуальнасць

1 Пра гісторию гомасексуалізму гл.: Dover. Greek homosexuality (1989) і Müller. Aber in meinem Herzen sprach eine Stimme so laut. Homosexuelle Autobiographien und medizinische Pathosgraphien im 19. Jahrhundert (1991).

2 Гл. напр., Артыкул 108 і далей Іранскага Крымінальнага Закону Супраць Гомасексуалісту (1991), даступны на сایце <http://www.irvl.net/homosexuality.htm>; but see Seema Saifee, Penumbras, Privacy, and the Death of Morals-Based Legislation: Comparing U.S. Constitutional Law with the Inherent Right of Privacy in Islamic Jurisprudence, 27 Fordham Int'l L. J. 370 (2003).

3 Датычна няпраўных праекцыяў жыцьця гомасексуалаў гл.: Giese. Der homosexuelle Mann in der Welt (1958); Hohmann. Homosexualität und Subkultur (1976); Klimmer. Die Homosexualität als biologisch-soziologische Zeitfrage (1965); Hutter. Die gesellschaftliche Kontrolle des homosexuellen Begehrens (1992); Köllner. Homosexualität als anthropologische Herausforderung: Konzeption einer homosexuellen Anthropologie (2001).

question that (heterosexual) couples, who cannot have children of their own, should have the right to adopt? All over the world — with few exceptions — such basic civil rights do not apply to same-sex couples.

This constitutes a Catch 22: how can gays and lesbians ever get out of the margins of society if they are deprived of a “normal” life, if they have no chance to show how “normal” their sexuality actually is (if what the majority does can be considered as “normal”)? Why is it that for so long societies all over the world have seemed to cultivate the status of social outsider for homosexuals by holding on to the penalization of homosexuality? Is there a fear that after breaking this barrier there would be no convincing argument left to still deprive homosexuals of basic civil rights? As a final consequence society would have no further basis for its prejudices, when it is revealed that homosexuals can and in fact do live a life like any heterosexual, as soon as they are given the legal (and social) opportunity to do so. The criminalization of homosexuality only leads to unjustified misery for and humiliation of homosexuals⁴.

Development in the US and in Germany has been quite different in this regard. In Germany we see a slow evolution, with precursors in the Weimar republic, after the Second World War. The situation of homosexual partnerships is today relatively uncontroversial. In the United States, on the other hand, we see a somewhat erratic pendulum swing, and at present the status of same-sex couples is one of the most controversial topics. This article will first briefly describe the former legal basis and reasoning for the penalization of homosexuality in the United States and in Germany and assess how the reasoning and the underlying situation have changed in both countries, changes which sooner or later led to the decriminalization of homosexuality (B). It will then further discuss the basic civil rights for same-sex couples that already exist *de lege lata* in Germany and the United States and the arguments for and against these rights (C). Finally, the influence the decriminalization of homosexuality has on the right for homosexuals to marry and adopt children will be discussed (D).

B. History of Penalization of Homosexuality and its Decriminalization

The history of the penalization of homosexuality in Europe dates back to the ancient laws of German tribes, the Greeks, and the Romans⁵. Just as the perception of homosexuality changed during the centuries, also its penalization differed⁶.

I. Germany

In Medieval times homosexuality was connected with witchcraft and for that reason homosexuals were burned⁷. The first written Criminal Code applicable in all German territories, the *Constitutio Criminis Carolina* (CCC) of 1532, also known as *Peinliche Hals- und Gerichtsordnung* of Charles V, abolished several of the practises of past dark centuries, but in its art. 116 CCC changed neither penalization nor punishment for homosexual conduct. With the decline of the Emperor's power, German territories started drafting their own Criminal Codes abolishing the death penalty for homosexual conduct. In the age of enlightenment, all German states have abolished death penalty for homosexual conduct among adults after the French revolution, and only Saxony, Thuringia, Hesse, Baden, Oldenburg and Hamburg did not decriminalize it entirely⁸. Remarkably, the first state entirely decriminalizing simple homosexual conduct was Bavaria in 1813⁹.

The development of the Prussian Criminal Code (Preußisches Strafgesetzbuch) of 1851 (PrStGB) took several decades. In the beginning, the discussion about the appropriate attitude toward simple

4 For Germany see Hanack, *Brennpunkte einer Reform des Sexualstrafrecht*, in: Giese, 37 (1968).

5 Sommer, Die Strafbarkeit der Homosexualität von der Kaiserzeit bis zum Nationalsozialismus, 31(1998), with further reference.

6 For the view of the Catholic Church on homosexuality and its penalization see Böckle, Sittengesetz und Strafgesetz aus katholischer Sicht, in 43 Beiträge zur Sexualforschung 5 (Bürger-Prinz and Giese, eds.1968); Ellison, Same-sex marriage?: a Christian ethical analysis (2004); Laun, Homosexualität aus katholischer Sicht (2001). See also Hartlieb, Kann denn Liebe Sünden sein? Zur sexuellen Obsession christlicher Sündenlehre, Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften in Sozialetischer Perspektive: Beiträge zur rechtlichen Regelung pluraler Lebensformen 99 (KeilandHaspel, eds., 2000).

7 Sommer, Die Strafbarkeit der Homosexualität von der Kaiserzeit bis zum Nationalsozialismus 31 (1998).

8 Sommer, Die Strafbarkeit der Homosexualität von der Kaiserzeit bis zum Nationalsozialismus 31 (1998).

9 Art. 186 et seq. Strafgesetzbuch des Königreich Bayern of 1813 (Criminal Code of the Kingdom of Bavaria), cited after Sommer, Die Strafbarkeit der Homosexualität von der Kaiserzeit bis zum Nationalsozialismus 32 (1998).

лічылася супраціўнай чалавечай натуры, успрымалася як ненармальнасць і, у лепшым выпадку, паталёгія. Пэналізацыя гомасексуальнасці, з аднаго боку, адлюстроўвае адпаведны грамадзкі настрой. Зь іншага — перашкаджае залішне радыкальной зъмене поглядаў індывідаў і грамадзтва агулам. Такая зъмена саступае месца пэўным грамадзянскім правам, якімі вольны карыстцаца кожны гетэррасексуал. Ці будзе хто-небудзь аспрэчваць права (гетэррасексуала) брацца шлюбам з каханым чалавекам і гадаваць дзяцей? І хто сумняеца, што (гетэррасексуальныя) пары, няздольныя мець сваіх дзяцей, маюць права стаць прыёмнымі бацькамі? Ва ўсім съвеце — за невялікім выняткам — гэтыя базавыя права не распаўсюджваюцца на аднаполыя пары.

Паўстае Падпраўка-22 (Catch-22): як геям і лесьбійкам пазбыцца сваёй маргінальнасці, калі яны пазбаўленыя “нормальнага” жыцьця, калі ў іх няма шанцу паказаць, наколькі “нормальная” іх сексуальнасць (калі тое, што лічыць большасць, можна ўважаць за “норму”)? Чаму краіны съвету гэтак доўга падтрымлівалі статус геяў як ізгояў грамадзтва, захоўваючы пэналізацыю гомасексуалізму? Можа, нехта бацца, што пасъля зънікнення заканадаўчага бар'ера не застанецца пераканаўчых аргумэнтаў за тое, каб і надалей адмаўляць гомасексуалістам у іх базавых правах? У выніку грамадзтва пазбавіцца цяжару сваіх прымхаў, калі стане вядома, што гомасексуаліст можа жыць, як кожны гетэррасексуал (і ўжо гэта робіць), калі права і соцыюм яму тое дазволяць. Крыміналізацыя гомасексуальнасці толькі прыніжает годнасць геяў і нясе ім незаслужаныя пакуты⁴.

Працэс дэкрыміналізацыі гомасексуалізму праходзіў у ЗША і Нямеччыне па-разнаму. У апошні ён павольна ішоў пасля другой сусветнай вайны, а вытокі дэкрыміналізацыі мы знаходзім яшчэ ў Ваймарскай рэспубліцы. Сённяня статус гомасексуальных параў практична не выклікае дыскусіяў. У ЗША, наадварот, стаўленыне да геяў зъмянілася зънянацку, і сённяня статус аднаполых параў — адно з найбольш спрэчных пытанняў. На пачатку гэтага артыкула прэзэнтуеца съцісле апісаныне былога праўнай базы пэналізацыі гомасексуальнасці ў ЗША і Нямеччыне і ацэнка таго, як у абедзівуюх краінах зъмяніліся аргумэнтацыя і агульнае стаўленыне да праблемы, што рана ці позна прывялі да дэкрыміналізацыі гомасексуалізму (B). Далей будуць абмеркаваныя тыя базавыя права аднаполых параў, якія ўжо *de lege lata* існуюць у Нямеччыне і ЗША, і аргумэнты на карысць і супраць гэтых правоў (C). Напрыканцы артыкула абмеркаваны ўплыў дэкрыміналізацыі гомасексуальнасці на права гомасексуалаў брацца шлюбам і ўсынаўляць дзяцей (D).

В. Гісторыя пэналізацыі гомасексуальнасці і яе дэкрыміналізацыя

Гісторыя пэналізацыі гомасексуальнасці ў Эўропе пачынаеца з ранніх законуў германскіх плямёнаў, грэкаў і рымлян⁵. Разам з тым, як цягам стагодзьдзяў зъмянялася стаўленыне да гомасексуальнасці, іншай становілася і яе пэналізацыя⁶.

I. Нямеччына

У Сярэднявеччы гомасексуалізм уважаўся звязаным зь вядзьмарствам, і гомасексуалаў спальвалі⁷. Першы абавязковы для ўсіх нямецкіх земляў пісьмовы Крымінальны Кодэкс, *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC) 1532 г., вядомы таксама як *Peinliche Hals- und Gerichtsordnung* Карла Пятага, скасаваў некаторыя практыкі мінулых цёмных стагодзьдзяў, але не зъмяніў ані пэналізацыю, ані самое пакараныне за сексуальны звязак з прадстаўніком свайго полу, прадугледжанае артыкулам 116 CCC. З заняпадам імперскай улады германскія тэрыторыі пачалі

4 Для Нямеччыны гл.: Hanack. Brennpunkte einer Reform des Sexualstrafrecht. Giese. 37 (1968).

5 Sommer. Die Strafbarkeit der Homosexualität von der Kaiserzeit bis zum Nationalsozialismus. 31(1998). Са съпісам літаратуры.

6 Пра стаўленыне Каталіцкай Царквы да гомасексуалізму і яго пэналізацыі гл.: Böckle. Sittengesetz und Strafgesetz aus katholischer Sicht, in 43 Beiträge zur Sexualforschung 5 (Bürger-Prinz and Giese, eds.1968); Ellison. Same-sex marriage?: a Christian ethical analysis (2004); Laun. Homosexualität aus katholischer Sicht (2001). Гл. таксама Hartlieb. Kann denn Liebe Sünde sein? Zur sexuellen Obsession christlicher Sündenlehre, Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften in Sozialethischer Perspektive: Beiträge zur rechtlichen Regelung pluraler Lebensformen 99 (KeilandHaspel, eds., 2000).

7 Sommer. Die Strafbarkeit... 31 (1998).

homosexual conduct was influenced by the Bavarian example. The following eight of the ten draft proposals, however, declared it a crime. At the end, § 143 PrStGB prohibited “unnatural sexual relations” (“widernatürliche Unzucht”) among men. Sexual relations among women have been excluded from § 143 PrStGB.

Due to Prussia’s power within the North German Federation (*Norddeutscher Bund*), the predecessor of the Second German Reich, § 143 PrStGB was adopted as § 175 of the new Imperial Criminal Code (*Reichsstrafgesetzbuch* — RStGB) after the unification of Germany in 1871¹⁰. § 175 RStGB stated: “Die widernatürliche Unzucht, welche zwischen Personen männlichen Geschlechts, oder von Menschen mit Thieren verübt wird, ist mit Gefängnis bis zu zwei Jahren zu bestrafen; [...].” (“Sexual conduct contrary to human nature between male persons or between persons and animals shall be punished by up to two years of imprisonment; [...]”.)

In the years of the Weimar Republic (1918-1933) and its libertarian movements, prejudices against homosexuals seemed to diminish significantly. Among others, Magnus Hirschfeld has done extensive research in the field of homosexuality and tried to lead the discussion away from prejudices and ignorance toward scientific argumentation¹¹. Several gay organizations emerged¹². In 1922, the famous German criminal lawyer and legal philosopher Gustav Radbruch directed a petition to the government that contained the abolition of § 175 RStGB¹³. Due to the rapid change of the political and social climate within 1929 and 1933, however, the project could not be realized.

In the course of the following years, the wind changed dramatically and the persecution of homosexuals reached its sad point of culmination when the National Socialists and Adolf Hitler took power in 1933¹⁴. Homosexuality was seen as a threat to the German “people, state and race” (“Volk, Staat und Rasse”)¹⁵. In 1935 § 175 StGB was made harsher. Also the persecution of homosexuals was increased and the punishments became harder. Many homosexuals were taken to labor or concentration camps.

After the Second World War, in West Germany the language of § 175 StGB was not changed, even though bills for an amendment were introduced¹⁶. In 1957, the question of the constitutionality of § 175 StGB was brought before the Federal Constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*). The Court found that homosexual conduct violated the moral code (*Sittengesetz*) and even simple homosexual conduct needed to be considered a crime¹⁷. The court’s reasoning, however, is relatively striking, using allegations and plain statements rather than developing founded and convincing arguments¹⁸. It offers

10 Sommer, Die Strafbarkeit der Homosexualität von der Kaiserzeit bis zum Nationalsozialismus 35 (1998). See also Sievert, Das abnormale Bestrafen 14 (1984). See further about this era Löwenfeld, Homosexualität und Strafgesetz. Nach einem in der kriminalistischen Sektion des akademisch-juristischen Vereins zu München am 17. Dezember 1907 gehaltenen Vortrage (1908); Michaelis, Die Homosexualität in Sitte und Recht (1907) and Müller, Aber in meinem Herzen sprach eine Stimme so laut. *Homosexuelle Autobiographien und medizinische Pathosgraphien* im 19. Jahrhundert (1991).

11 Hirschfeld, Die Homosexualität des Mannes und des Weibes (1914). See also Karsch-Haack, Das gleichgeschlechtliche Leben der Naturvölker (1911).

12 See Sievert, Das abnormale Bestrafen 24 (1984).

13 Gustav Radbruchs Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches [1922], Tübingen 1952. See Sievert, Das abnormale Bestrafen 52 (1984). See also des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches “Unzucht zwischen Männern”. Paragraph 267, (Magnus Hirschfeld, ed.). Eine Denkschrift, gerichtet an das Reichsjustizministerium von 1925, 1925, available at http://www.schwulencity.de/Sexus_Paragraph_267.html (last visited April 29, 2005).

14 See in this context Homosexualität in der NS-Zeit: Dokumente einer Diskriminierung und Verfolgung (Grau ed., 1993) and Mann and Tucholski, Homosexualität und Faschismus (1981).

15 Klare, Homosexualität und Strafrecht 11 (1937).

16 See Deutsche Bundesregierung, Begründung zum Entwurf E-1962 am 04. Oktober 1962, in dem eine Reform des § 175 StGB nicht vorgesehen ist, in: 100 Jahre schwul. Eine Revue (Kraushaar ed.) 118 (1997).

17 Bundesverfassungsgericht, decision of May 10, 1957, BVerfGE 6, 389, also at Neue Juristische Wochenschrift 865 (1957), also at <<http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv006389.html>> (last visited November 16, 2004). See also Biederich, Gutachten zur Frage der Vereinbarkeit der §§ 175, 175a StGB mit Art. 1, 2 Abs. 1-3 und 25 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland. Für eine beim Verfassungsgericht abhängige Verfassungsbeschwerde (1952).

18 E.g. at the beginning of section III.1.b the court states that homosexual conduct “clearly” violates the moral code. To underlay this allegation the court cites the legislative history of the Criminal Code of the North German Federation (*Norddeutscher Bund*) of 1869 as well as the legislative history from 1925. It does not make any effort to assess if the moral sense of the public has changed during the following three decades. It simply rejects anything that was put forth to show that moral understanding has changed, by declaring that anything else is not convincing and does not change what the court has found.

ўкладаць свае Крымінальныя Кодэксы, дзе гомасэксаулізм ужо не караўся съмерцю. За часамі Асьветніцтва, пасля Францускай рэвалюцыі, усе германскія дзяржавы скасавалі съмяротнае пакаранье за гомасэксаульны звяз паміж дарослымі людзьмі, і толькі Саксонія, Турынгія, Гессэн, Бадэн, Ольдэнбург і Гамбург не дэкрыміналізавалі яго цалкам⁸. Цікава, што першай, у 1813 г., дэкрыміналізавала простыя гомасэксаульныя стасункі Баварыя⁹.

Распрацоўка Крымінальнага Кодэксу Прусіі (*Preußisches Strafgesetzbuch*) 1851 г. (PrStGB) заняла некалькі дзесяцігодзьдзяў. Спачатку распрацоўнікі Кодэксу схіляліся да баварскага варыянту ў рэгуляванні простых гомасэксаульных стасункаў. Тым ня менш, у восьмі зь дзесяці распрацаваных праектаў гомасэксаульнасць абвяшчалася злачынствам. У выніку, § 143 PrStGB забараняў “ненатуральныя сексуальныя стасункі” (“widernatürliche Unzucht”) паміж мужчынамі. § 143 PrStGB не рэгулюваў сексуальных стасункаў паміж жанчынамі.

Дзякуючы ўплыву Прусіі ў Паўночнаймецкай Фэдэрацыі (*Norddeutscher Bund*), папярэдніцы Другога Нямецкага Райху, § 143 PrStGB ператварыўся ў § 175 новага Імпэрскага Крымінальнага Кодэксу (*Reichsstrafgesetzbuch* — RStGB) пасля аб'ядання Нямеччыны ў 1871¹⁰. § 175 RStGB гучай наступным чынам: “Die widernatürliche Unzucht, welche zwischen Personen männlichen Geschlechts, oder von Menschen mit Thieren verübt wird, ist mit Gefängnis bis zu zwei Jahren zu bestrafen; [...]”. (“Супраціўныя чалавечай натуры сексуальныя дачыненьні паміж мужчынамі або людзьмі і жывёламі караюцца турэмным зняволеннем да двух гадоў; [...]”.)

У гады існаванья Ваймарскай рэспублікі (1918—1933) зь яе ідэаламі свабоды волі і самавяйлення прымхі супраць гомасэксаулаў значна паслаблі. Навукоўцы, сярод іх Магнус Хіршфельд, сур'ёзна дасыледавалі гомасэксаульнасць і спрабавалі ўзыняць яе абмеркаваньне ад простых забабонаў на ўзровень навуковай дыскусіі¹¹. Пачалі паўставаць арганізацыі гомасэксаулістаў¹². У 1922 г. слынны нямецкі крыміналіст і філёзаф права Густаў Радбрух падаў ва ўрад хадайніцтва аб скасаваньні § 175 RStGB¹³. Яго задума не была рэалізаваная праз хуткую зьмену палітычнага і сацыяльнага клімату ў пэрыяд з 1929 па 1933 г.

Цягам наступных гадоў грамадзкае становішча кардынальным чынам зьмянілася, і перасьлед гомасэксаулістаў дасягнуў сваёй кульмінацыі, калі да ўлады ў 1933 г. прыйшлі нацыянал-сацыялісты на чале з Адольфам Гітлерам¹⁴. Гомасэксаульнасць разглядалася як пагроза нямецкім “народу, дзяржаве і расе” (“Volk, Staat und Rasse”)¹⁵. У 1935 г. § 175 StGB стаў больш жорсткім. Перасьлед гомасэксаулістаў узмацніўся, а пакаранье стала цяжэйшым. Шмат гомасэксаулістаў забралі ў працуўныя і канцэнтрацыйныя лягеры.

Пасля другой сусветнай вайны ў Заходнія Нямеччыне фармулёўка § 175 StGB засталася нязменнай, нягледзячы на тое, што ў Бундэстаг уносіліся законапраекты з папраўкамі да яе¹⁶. У 1957 Фэдэральны Канстытуцыйны Суд (*Bundesverfassungsgericht*) разглядаў пытаныне адпаведнасці § 175 StGB Канстытуцыі. Суд вырашыў, што гомасэксаульныя паводзіны парушаюць маральны кодэкс (*Sittengesetz*) і нават простыя гомасэксаульныя стасункі трэба разглядаць як

8 Sommer. Die Strafbarkeit... 31 (1998).

9 Арт. 186 і далей *Strafgesetzbuch des Königreich Bayern of 1813* (Крымінальны Кодэкс Каралеўства Баварыя), цыт. па Sommer. Die Strafbarkeit... 32 (1998).

10 Sommer. Die Strafbarkeit... 35 (1998). Гл. таксама: Sievert. Das abnormale Bestrafen. 14 (1984). Больш пра гэту эпоху: Löwenfeld. Homosexualität und Strafgesetz. Nach einem in der kriminalistischen Sektion des akademisch-juristischen Vereins zu München am 17. Dezember 1907 gehaltenen Vortrage (1908); Michaelis. Die Homosexualität in Sitte und Recht (1907) i Müller. Aber in meinem Herzen sprach eine Stimme so laut. Homosexuelle Autobiographien und medizinische Pathosgraphien im 19. Jahrhundert (1991).

11 Hirschfeld. Die Homosexualität des Mannes und des Weibes (1914). Гл. таксама: Karsch-Haack. Das gleichgeschlechtliche Leben der Naturvölker (1911).

12 Гл.: Sievert. Das abnormale Bestrafen 24 (1984).

13 Gustav Radbruchs Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922), Tübingen 1952. Гл. Sievert. Das abnormale Bestrafen 52 (1984). Гл. таксама Des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches “Unzucht zwischen Männern”. Paragraph 267, (Magnus Hirschfeld, ed.). Eine Denkschrift, gerichtet an das Reichsjustizministerium von 1925, 1925.

14 Гл. у гэтым кантэксце Homosexualität in der NS-Zeit: Dokumente einer Diskriminierung und Verfolgung (Grau ed., 1993) and Mann and Tucholski, Homosexualität und Faschismus (1981).

15 Klare. Homosexualität und Strafrecht. 11 (1937).

16 Гл. Deutsche Bundesregierung. Begründung zum Entwurf E-1962 am 04. Oktober 1962, in dem eine Reform des § 175 StGB nicht vorgesehen ist, y: 100 Jahre schwul. Eine Revue (Kraushaar ed.) 118 (1997).

arguments that have no logical connection to the conclusion drawn¹⁹ and it violates the principle of proportionality²⁰.

After an increase in criminal persecution of homosexuals in the 1950s and almost two decades of discussion, the turning point in Germany appeared in the late 1960s²¹. In the years of the so-called sexual revolution, sexuality was no taboo any more in wide parts of society. In the German Democratic Republic, the simple form of homosexuality was legalized already in 1968²². In the Federal Republic of Germany it was decriminalized in 1969, before the European Court for Human Rights in 1984 declared the penalization of homosexuality contrary to human rights²³.

The protective age in Germany, however, was still the general age of consent – 21 years. Finally, in 1994 the Federal legislator amended § 175 StGB, which still persecuted homosexual conduct with a person under the age of consent (which in the meantime had been lowered to 18) and lowered the protective age to 16.

II. United States

In the United States Criminal Law coexists on both federal and state level. For this reason until June 2003 the legal situation as to the criminalization of homosexuality differed in the various states.

When the Bill of Rights was ratified in 1791, sodomy in all 13 States was either a criminal offense at common law, or prohibited outright via anti-sodomy legislation²⁴. By 1986, 24 states had anti-sodomy laws on the books, all of them except Rhode Island and Texas prohibiting not only anal, but also oral sexual intercourse between persons of the same sex²⁵. § 16-6-2 of the Georgia Code (1984) for example provided: “(a) A person commits the offense of sodomy when he performs or submits to any sexual act involving the sex organs of one person and the mouth or anus of another. [...] (b) A person convicted of the offense of sodomy shall be punished by imprisonment for not less than one nor more than 20 years. [...]. On first view, most of the state laws, like the Georgia law, do not distinguish between homosexual and heterosexual couples, instead forbidding certain kinds of sexual conduct. This restriction, however, left no room for the ordinary sexual conduct of homosexual couples and that way declared homosexuality a crime.

In 1986, the U.S. Supreme Court, in *Bowers v. Hardwick*²⁶, overturned the decision of the U.S. Court of Appeal of the 11th Circuit, that had declared the anti-sodomy law of Georgia (O.G.C.A. § 16-6-2) unconstitutional insofar as it regulated consensual sodomy conducted in private. According to the Court of

19 E.g. in section II.2.b. it finds that the principle of equality between man and woman does not apply to the legislative distinction between female and male homosexuality. In the following the court gives examples for differences between men and women (e.g.: “The physical growth of male and female genitals already indicate their forging and demanding function for men as opposed to a rather accepting and devoted function for women” — “Schon die körperliche Bildung der Geschlechtsorgane weist für den Mann auf eine mehr drängende und fordernde, für die Frau auf eine mehr hinnehmende und zur Hingabe bereite Funktion hin.”), but does not show how those differences relate to the criminalization of male homosexuality alone.

20 E.g. at the end of section III.1.b. the court explains that even as far as homosexual conduct between adults is concerned, the protection of minors plays an evident role, since the decriminalization of homosexuality would lead to an increase of homosexual activities among adults in general which would lead to a higher risk of younger men being seduced. So, — the court states — there is no total lack of public interest that would lead to the conclusion that the legislator goes beyond its constitutional boundaries by upholding § 175 StGB. The court hereby overlooks that this reasoning goes the wrong way around and for that reason violates the principle of proportionality. In order to determine that a certain behavior must be considered a crime the interest at risk on the one side must be proportional to the loss of freedom on the other side. It is not sufficient to assess “some” public interest in order to criminalize a certain behavior.

21 Throughout the decades, much more decisive than the actual language of the Criminal Code was the question of how strictly or leniently it was interpreted, applied, and enforced.

22 Kowalski, Homosexualität in der DDR: ein historischer Abriß 35 (1987).

23 Dudgeon v. United Kingdom, 45 Eur. Ct. H. R. 52 (1981), <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=2511054&skin=hudoc-en&action=request> (last visited April 29, 2005).

24 For further reference see *Bowers v. Hardwick* (Fn. 25) at 192.

25 See Apasu-Gbotsu, Survey on the Constitutional Right to Privacy in the context of Homosexual Activity, 40 U. Miami L. Rev., 521 at 525 (1986). Alabama, Arizona, Arkansas, Florida, Georgia, Idaho, Kansas, Kentucky, Louisiana, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nevada, North Carolina, Oklahoma, Rhode Island, South Carolina, Tennessee, Texas, Utah, Virginia.

26 478 U.S. 186; 106 S. Ct. 2841; 92 L. Ed. 2d 140.; see also *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557

злачынства¹⁷. Абрунтаўаньне Суда стаецца неверагодным, бо рашэньне вынесенае зыходзячы з забабонаў і нічым не падмацаваных цверджаньняў, а не з грунтоўных пераканаўчых доказаў¹⁸. Пррапанаваныя аргумэнты ня маюць лягічнага звязку з высновамі¹⁹, суд парушае прынцып прапарцыйнасці²⁰.

Пасля новай хвалі крыміналнага перасьледу гомасексуалаў у 1950-х гадах і амаль дваццаці год дыскусіяў у Нямеччыне наступіў пералом напрыканцы 1960-х г.²¹ У гады так званай сэксуальнай рэвалюцыі тэма сэксу перастала быць табу для значнай часткі грамадзтва. У НДР простая форма гомасексуалізму была легалізаваная яшчэ ў 1968 г.²² У ФРН гэта здарылася ў 1969-м, да таго, як Эўрапейскі Суд па правах чалавека абвесьціў пэналізацыю гомасексуальнасці супяречнай правам чалавека²³.

Узроставы цэнз у Нямеччыне, аднак, заставаўся роўным 21 году — то бок роўным агульнаму ўзросту паўнагодзьдзя. У 1994 Бундэстаг зъмяніў § 175 StGB, які ўсё яшчэ захоўваў крыміналны перасьлед за гомасексуальныя стасункі з асобай, не дасягнуўшай паўнагодзьдзя (на той час ужо складала 18 гадоў). Цэнз быў зыніканы да 16 гадоў.

II. Злучаныя Штаты

У ЗША сучаснуюць Крыміналныя кодэксы двух узроўняў — фэдэральнага і штатавага. З гэтай прычыны да чэрвеня 2003 г. падыход да крыміналізацыі гомасексуальнасці розніўся ў залежнасці ад штату.

Калі ў 1791 г. быў ратыфікованы Біль аб правох, садаміява ўсіх 13 штатах была або крыміналным злачынствам, або наўпрост забароненая адмысловым заканадаўчым актам²⁴. Да 1984 г. 24 штаты мелі падобныя законы, прычым усе яны, за выняткам Род Айлэнду і Тэхасу, забаранялі ня

17 Bundesverfassungsgericht, рашэньне ад 10 траўня, 1957, BVerfGE 6, 389, таксама Neue Juristische Wochenschrift 865 (1957), таксама па <<http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv006389.html>> (апошняе наведванье 16 лістапада 2004 году). Гл. таксама Biederich. Gutachten zur Frage der Vereinbarkeit der §§ 175, 175a StGB mit Art. 1, 2 Abs. 1-3 und 25 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland. Für eine beim Verfassungsgericht abhängige Verfassungsbeschwerde (1952).

18 Напрыклад, напачатку сэкцыі III.1.b суд пастановіў, што гомасексуальныя паводзіны “відавочна” парушаюць маралёвы кодэкс. У якасці доказу суд цытуе праўную гісторыю Крыміналнага кодэкса Паўночнагерманскай Фэдэрациі (Norddeutscher Bund) ад 1869 году і праўную гісторыю 1925 году. Ніякіх спробаў ацаніць, ці зъмяніліся за гэтыя тры дзесяцігодзіні грамадзкія погляды на мараль, зроблена не было. Суд папросту адмовіўся прымаць да ўвагі ўсё, што яму пррапанавалася ў якасці доказу таго, што ўспрыняцьце маралі ў грамадзтве зъмянілася, абвесьціўшы, што іншыя факты непераканаўчыя і не ўплываюць на існуючу інфармацыю.

19 Напрыклад, у сэкцыі II.2.b. суд пастулюе, што прынцып роўнасці паміж мужчынам і жанчынай непрыкладальны пры праўным падзеле мужчынскай і жаночай гомасексуальнасці. Вось як суд ілюструе розніцу паміж мужчынам і жанчынай (напр.: “Фізычныя асаблівасці мужчынскіх і жаночых геніталіяў ужо самі па сабе ўказуюць на актыўны і патрабавальны характар мужчынскага органу і пасіўны, прымалыны характар жаночага” — “Schon die körperliche Bildung der Geschlechtsorgane weist für den Mann auf eine mehr drängende undfordernde, für die Frau auf eine mehr hinnehmende und zur Hingabe bereite Funktion hin.”), але якім чынам гэтыя адрозненіні апраўдаюць крыміналізацыю толькі мужчынскай гомасексуальнасці, патлумачана не было.

20 Напрыклад, напрыканцы сэкцыі III.1.b. суд даводзіць, што нават датычна гомасексуальных стасункаў паміж дарослымі абарона няпоўнагадовых грае значную ролю. Дэкриміналізацыя гомасексуальнасці прывядзе да павелічэння гомасексуальных стасункаў сярод дарослых, што падвысіць рыхлы спакушэння маладых хлапцоў. Такім чынам — съцвярджае суд — у грамадзтве ёсьць пэўны інтарэс, што вядзе нас да вынёўкі пра неканстытуцыйнасць дзесяцігодзіннага заканадаўцаў, якія выйшлі за межы сваёй кампетэнцыі, калі ўхвалілі § 175 StGB. Суд не заўважыў, што аргументаваньне пайшло загадным шляхам, у выніку чаго быў парушаны прынцып прапарцыйнасці. Дзеля таго, каб выявіць, што пэўныя паводзіны стаюцца злачыннымі, неабходна вызначыць карысць аднаго боку, якая мусіць быць прапарцыйная згубе іншага. Недастаткова ацаніць “некаторы” грамадзкі інтарэс для таго, каб крыміналізаваць пэўныя паводзіны.

21 Цягам дзесяцігодзідзяў пытаньнем, важнейшым за непасрэдны тэкст Крыміналнага кодэксу было наколькі ён жорстка або мякка інтэрпрэтаваўся, ужываяўся і ўводзіўся.

22 Kowalski Homosexualität in der DDR: ein historischer Abriß 35 (1987).

23 Dudgeon v. United Kingdom, 45 Eur. Ct. H. R. 52 (1981), <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=2511054&skin=hudoc-en&action=request> (апошняе наведванье 29 красавіка 2005 году).

24 Далей гл.: Bowers v. Hardwick (Fn. 25) at 192.

Appeal the 14th Amendment of the U.S. Constitution establishes a fundamental right of privacy beyond the reach of the state. The U.S. Supreme Court, however, argued that the fact that consensual sodomy, especially when conducted in private, has no 'identifiable' victim, does not necessarily mean that it bears no criminal potential. It feared that opening the doors to homosexual conduct could pave the way for other sexual crimes also conducted in the home, like adultery or incest²⁷. Also, according to the Court the notion of due process of the 14th Amendment must not be stretched too far, lest the U.S. Supreme Court infringe on the powers actually conferred to the government or the legislator²⁸.

The fact that four of the nine Justices in *Bowers* dissented from the majority's decision suggested that a change in this long tradition of criminalizing sodomy was comparatively close. In the course of the 1990s, lower and intermediate state courts issued decisions in favor of granting equal protection to homosexuals and declared anti-sodomy laws contrary to state constitutions that grant further rights to individuals or demand for a justification for any kind of discrimination. In 1992, the Kentucky Supreme Court found in *Commonwealth of Kentucky v. Wasson*²⁹ that there was no rational basis for the discrimination against homosexuals and for this reason charges against the defendant on the basis of the Kentucky anti-sodomy law had to be dismissed. In 1996, the Court of Appeals of Tennessee ruled in *Campbell v. Don Sundquist*³⁰ that the Constitution of Tennessee granted its citizens a right to privacy ("the right to be let alone"), which also included engagement into consensual private homosexual conduct³¹.

Finally, on June 26, 2003, the turning point in the United States concerning the penalization of homosexuality came in the form of the U.S. Supreme Court's decision in *Lawrence v. Texas*³². In this case the Court found compelling reasons to overrule *Bowers v. Hardwick*. According to a plurality of the Court the Texas anti-sodomy law (Tex. Penal Code § 21.06[a][2003]) and with it all other anti-sodomy laws violated the Due Process Clause of the 14th Amendment of the U.S. Constitution and for this reason were held invalid.

III. Comparison of the Reasoning for Decriminalization

Thus, since 1969 in Germany, and most recently since June 2003 in the United States, homosexuality was no longer considered a disease, a sin or a threat to public order. A variety of factors, both in Germany and the US, led to the decriminalization of homosexuality. In the following a closer look shall be given to the reasons for the decriminalization of sodomy in both countries.

1. The value of privacy and the home

In *Lawrence v. Texas* the U.S. Supreme Court expressly found that it had failed to recognize in *Bowers* the extent to which liberty was violated by the anti-sodomy law. The effects of those laws reached far beyond punishment for a particular sexual act, "touching upon the most private human conduct, sexual behavior, and in the most private of places, the home"³³. The Court thus highlighted the importance of privacy with respect to personal liberty and the significance of the home as a place of safety from the omnipresence of the state³⁴. The right to privacy is not expressly protected by the U.S. Constitution, but inferred from it. In Germany, the right to privacy and the dignity of the human being are part of the basic rights of the *Grundgesetz*, the German Constitution (art. 2 sec. 1 and art. 1 sec. 1). Those provisions existed long before the time of the decriminalization of homosexuality. That means that the written legal framework did not change. What has changed was the perspective from which the law was interpreted and thus with it the interpretation of the respective Constitutional provisions.

2. Moral Code (Sittengesetz) v. Protection of minorities in a democracy

To understand the change in constitutional interpretation, it is important to understand the change in moral thinking that took place within society. In the past centuries-and to a certain degree still today--

27 *Bowers v. Hardwick* (see Fn. 26), at 195/196.

28 *Bowers v. Hardwick* (see Fn. 26), at 194/195.

29 Supreme Court of Kentucky, 842 S.W.2d 487.

30 Tennessee Court of Appeals, 926 S.W.2d 250.

31 *Campbell v. Don Sundquist* (see Fn. 30), at 266.

32 123 S. Ct. 2472; 156 L. Ed. 2d 508 (2003).

33 *Lawrence v. Texas* (see Fn. 32), at 2478.

34 *Lawrence v. Texas* (see Fn. 32), at 2478.

толькі анальныя, але і аральныя полавыя дачыненъні паміж прадстаўнікамі аднаго полу²⁵. § 16-6-2 Кодэксу Джорджыі (1984), напрыклад, зъмяшчаў наступнае: “(а) Асоба ўчыняе злачынства садамії, калі ладзіць або пагаджаецца ўдзельнічаць у полавым акце, у які ўцягнутыя полавыя органы аднаго чалавека і рот або анус іншага. [...] (б) Асоба, абвінавачаная ў садамії, павінна несьці адказнасцьцу ў выглядзе турэмнага зняволенънія ад 1 да 20 гадоў [...].” На першы погляд, большасць законаў штатаў, сярод іх і закон штату Джорджыя, не разъмяжоўвае гомасексуальныя і гетэрасексуальныя пары, а толькі забараняе пэўныя формы сексуальных паводзінаў. Гэтае аблежаваньне, тым ня менш, аўтаматычна забараняе магчымыя формы сексуальных паводзінаў гомасексуальных параў і тым самым абвяшчае гомасексуальнасць злачынствам.

У 1986 годзе Вярховны Суд ЗША сваім вэрдыктам па справе *Боўэрс супраць Хардўіка*²⁶ скасаваў рашэнне 11-ай выязной сэсіі Апэляцыйнага Суда ЗША, які абвесціў анты-садамовы закон Джорджыі (O.G.C.A. § 16-6-2) неадпаведным Канстытуцыі, дакуль той забараняў прыватны акт садамії па ўзаемнай згодзе. Апэляцыйны Суд кіраваўся пры гэтым 14-й папраўкай да Канстытуцыі ЗША, якая замацоўвае фундамэнтальнае права кожнага грамадзяніна на недатыкальнасцьці яго прыватнага жыцця з боку дзяржавы. Тым ня менш, Вышэйшы Суд ЗША сцвердзіў: нягледзячы на тое, што садамія па ўзаемнай згодзе, асабліва ў прыватных акалічнасцях, ня мае “бачнай” ахвяры, яна не абавязкова пазбаўленая крымінальнага патэнцыялу. Чальцы суда баяліся, што дазволучыніць сексуальныя злачынствы домапацягнезасабой іншыя сексуальныя злачынствы — адультэр або інцест²⁷. Да таго ж, згодна з судовым рашэннем, нельга вельмі шырока тлумачыць 14-ю Папраўку, каб Вышэйшы Суд не замахваўся на паўнамоцтвы заканадаўчай або выкананічай улады.²⁸

Той факт, што чатыры зь дзевяці Судзьдзяў не пагадзіліся з рашэннем большасці, сьведчыў пра тое, што працяглай традыцыя крыміналізацыі садамії хутка перарвецца. Цягам 1990-х гадоў суды ніжэйшай і прамежкавай інстанцыі выносілі рашэнні на карысць наданыня аднолькавых праву гомасексуалістам і прызнавалі антысадамовыя законы неадпаведнымі канстытуцыям штатаў, што патрабавалі забясьпечыць права грамадзянай або апраўдаць якую-кольків форму дыскрымінацыі. У 1992 годзе Вышэйшы Суд штату Кентукі ў справе *Штат Кентукі супраць Ўосана*²⁹ прыйшоў да высновы, што ніякіх рацыянальных падставаў для дыскрымінацыі гомасексуалаў няма, таму абвінавачаныні згодна з анты-садамовым законам штату Кентукі, высунутыя супраць адказніка, мусіць быць зъняттыя. У 1996 г. Апэляцыйны Суд штату Тэнесі замацаваў у справе *Кэмблэл супраць Дон Сундквіста*³⁰, што Канстытуцыя Тэнесі гарантует грамадзянам права на прыватнае жыццё (“права быць пакінутымі сам насам з сабой”), куды ўваходзіць і дазвол на гомасексуальныя стасункі па ўзаемнай згодзе ў прыватных акалічнасцях³¹.

26 чэрвеня 2003 г. сталася паваротнай кропкай у пэналізацыі гомасексуальных стасункаў у ЗША. У той дзень Вышэйшы Суд ЗША вынес вэрдыкт па справе *Лёўэрэнс супраць штату Тэхас*³². Суд знайшоў неаспрэчныя аргумэнты для таго, каб прыняць рашэнне, супрацьлеглае таму, якое было прынятае па справе *Баўэрс супраць Хардўіка*. Большасцю галасоў Суд прыйшоў да высновы, што антысадамовы закон штату Тэхас (Крымінальны Кодэкс штату Тэхас § 21.06[a][2003]), роўна як і ўсе іншыя антысадамовыя законы, парушаюць пункт пра належную праўную працэдуру 14-й папраўкі ў Канстытуцыю ЗША і таму прызнаюцца пазбаўленымі моцы.

III. Параўнаньне аргумэнтаў на карысць дэкрыміналізацыі.

Такім чынам, з 1969 г. ў Нямеччыне і зь нядайняга часу (чэрвеня 2003 г.) у ЗША гомасексуальнасць больш не разглядаецца як захворванье, грэх або пагроза грамадзкай бяспечы. Да дэкрыміналізацыі гомасексуальнасці як у Нямеччыне, так і ў ЗША спрычыніўся

25 Гл. Apasu-Gbotsu. Survey on the Constitutional Right to Privacy in the context of Homosexual Activity, 40 U. Miami L. Rev., 521 at 525 (1986). Алабама, Арызона, Арканзас, Флёрыда, Джорджыя, Айдаха, Канзас, Кентукі, Луізіяна, Масачусэцтс, Мічыган, Мінэсота, Місисипі, Місурі, Мантана, Нявада, Паўднёвая Караліна, Аклахома, Род Айлэнд, Паўночная Караліна, Тэнесі, Тэхас, Юта, Вірджынія.

26 478 U.S. 186; 106 S. Ct. 2841; 92 L. Ed. 2d 140.; гл. таксама *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557

27 *Bowers v. Hardwick* (see Fn. 26), at 195/196.

28 *Bowers v. Hardwick* (see Fn. 26), at 194/195.

29 Supreme Court of Kentucky, 842 S.W.2d 487.

30 Tennessee Court of Appeals, 926 S.W.2d 250.

31 *Campbell v. Don Sundquist* (see Fn. 30), at 266.

32 123 S. Ct. 2472; 156 L. Ed. 2d 508 (2003).

sexuality as a whole was a strict taboo. In addition, in the Judeo-Christian tradition, homosexuality was considered highly immoral. Many of the factors that shape moral thinking have changed in the past decades, both in Germany and in the United States. Sexuality is much less a taboo. As a result people talk about it more openly and more rationally, opening the way for information to be communicated and therefore for prejudices to be overcome. Because of rather quiet times, as far as social conditions are concerned, and a rather stable democratic system in both countries, people feel less need to categorize sexuality so stringently. In the United States, however, the new common enemy that approaches from outside seems to worsen the position of homosexuals, since many people in the face of terrorism turn to traditional, conservative ideas again. In Germany, unlike in the United States, the church has significantly lost its influence. Even people who believe and practise their religion tend to question more, instead of simply following what religious leaders claim to be the rule. Homosexuality might still be "different", but it is no longer seen as immoral, even by most religious people³⁵.

Thus, arguably, the German legislation follows a trend in general societal development, while courts in the United States follow only a partial trend, and fight a backlash from conservatives. Against this background, the U.S. Supreme Court in *Lawrence v. Texas* has found that the question of criminalization is not about morals in the first place, but instead whether the majority can force its views upon everyone else and in particular by the means of criminal law³⁶. In contrast to the decision in *Bowers*, this time the answer was, no³⁷.

3. Public order v. Individual Human Rights

During the Third Reich (1933-1945), the prevailing view in Germany was that homosexuality can be transferred, that it was contagious and for this reason the public must be protected against it. Punishment, for that reason, had to be draconic in order to prevent an epidemic³⁸. In the course of time more research has been undertaken and sexual orientation is now widely seen as something that cannot be changed and cannot be transferred. This has led to two conclusions: First, since sexual orientation cannot be transferred, there is no threat of an epidemic conversion from homosexual to, heterosexual and therefore there is no need to "protect" heterosexuals. Second, since homosexuals cannot change their orientation even if they wanted to, the persecution and stigmatization violates modern understanding of human rights.

4. Protection of minors

The protection of minors was for a long time one of the leading arguments to hold on to the penalization of homosexual conduct as a whole, both in Germany and in the United States. As can be seen from the decision of the German *Bundesverfassungsgericht* of 1957³⁹ the question of the criminalization of homosexual conduct between adults was not clearly separated from the issue of the protection of minors.

Only when it was understood that homosexuality was not transmissible, that (heterosexual) minors can not become homosexual by way of seduction, the two issues were clearly divided and the discussion became more focused on the decisive question: until what age should children and juveniles be protected by the means of criminal law? This question is not limited to homosexual offenses, but is pertinent to all sexual crimes.

C. Same-Sex Couples and Family Rights

The decriminalization of homosexuality is the necessary first step toward the granting of further rights to homosexual couples that are regularly given to heterosexuals. Starting in the area of family law, those rights reach into almost every other area of law, in particular, law of succession, pension and social

35 For views of the German Protestant and Catholic churches on the recognition of same-sex couples see Heinz, Zu gesetzlichen Regelungen gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften, Forschungsbericht über die Haltung der katholischen Kirche, in: Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften 277 (Basedow/Hopt/Kötz/Dopffel,eds. 2000) Keil, Zur rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften aus der Perspektive evangelischer Theologie und Kirche in Europa, ibid, 309.

36 *Lawrence v. Texas* (see Fn. 32), at 2480.

37 This was actually already held in *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, at 850; 120 L.Ed. 2d 674; 112 S. Ct. 2791 (1992).

38 Till Bastian, *Homosexuelle im Dritten Reich* (2000).

39 Supra (note 15).

цэлы шэраг фактараў. Ніжэй падаецца сысцілы аналіз чыннікаў, што паспрыялі дэкрыміналізацыі гомасексуальнасці ў абедзьвюх краінах.

1. Недатыкальнасць прыватнага жыцця і жытла

Свамі рашэннем па справе *Лёўрэнс супраць штату Тэхас* Вышэйшы Суд ЗША дакладна выявіў тое, што прыняў пад увагу ў працэсе *Баўэрса*, а менавіта парушэнне антысадамовым законамі свабоды чалавека. Уплыў таго закону сягаў далёка за межы пакарання за асобныя полавыя акты, ён “закранаў самыя прыватныя — сексуальныя — чалавечыя паводзіны і ў самым прыватным месцы — доме чалавека”³³. Тым самым Суд падкрэсліў важнасць недатыкальнасці прыватнага жыцця для чалавечай свабоды і значнасць дому як месца, дзе грамадзянін можа адчуць сябе свабодным ад усюдыснай дзяржавы³⁴. Права на прыватнае жыццё не прапісаны ў амэрыканскай Канстытуцыі, але непасрэдна вынікае зь яе. У Нямеччыне, наадварот, права на прыватнае жыццё і асабістую годнасць чалавека ёсьць часткай падставовага закона *Grundgesetz*, нямецкай Канстытуцыі (арт. 2 сэк. 1 і арт. 1 сэк. 1). Азначаныя палажэнні існавалі задоўгана да скасавання адказнасці за гомасексуальныя паводзіны. А гэта значыць, што праўная база засталася нязменнай. Зъмяніліся толькі падыход да тлумачэння законаў і, адпаведна, іх інтэрпрэтацыя.

2. Маральны Кодэкс (*Sittengesetz*) супраць Абароны правоў мяншыні ў дэмакратычным грамадзтве

Для таго, каб зразумець харктар зъмены ў інтэрпрэтацыі падставовага закона, неабходна ўсьвядоміць тыя зрухі ў сфэры маралі, што маюць месца ў грамадзтве. На працягу апошніх стагодзьдзяў — і да некаторай ступені і сённяня — на сексуальнасць як такую было накладзенае найстражэйшае табу. Да таго ж, у юдэйска-хрысьціянскай традыцыі гомасексуальнасць робіцца ў найвышэйшай ступені амаральнай зъявай. Але за апошнія дзесяцігодзьдзі шмат якія чыннікі, што раней упłyвалі на фармаваньне грамадзкай маралі Нямеччыны і ЗША, відаўмніліся. Сексуальнасць ня лічыцца больш “закрытай” тэмай. У выніку гэтага людзі кажуць пра сэкс больш адкрыта і рацыянальна, што робіць магчымым большую цыркуляцыю інфармацыі і тым самым пераадоленне рознага кшталту прымхаў. Людзі не адчуваюць патрэбы жорстка абмяжоўваць сексуальнасць яшчэ і таму, што жывуць у часы адсутнасці грамадзкіх зрухай у досыць дэмакратычных дзяржавах. Аднак у ЗША становішча гомасексуалаў пагаршаецца праз зъяўленне вонкавага ворагу ў выглядзе тэрарызму, бо ўсё большая колькасць людзей зноў наўвяртаецца на традыцыйныя, кансерватыўныя погляды. У Нямеччыне, у адрозненьні ад ЗША, Царква значна згубіла свой уплыў. Нават палымяныя вернікі больш ня схільныя прымаць на веру тое, што ім кажуць рэлігійныя лідэры. Можна меркаваць, што гомасексуальнасць — гэта пэўная “адрознасць”, але яна не разглядаецца як “амаральнаянасць” нават найбольш зачтывімі вернікамі³⁵.

Такім чынам, нямецкае заканадаўства адказвае на патрэбы грамадзкага разьвіцця, у той час як амэрыканскія суды съследуюць азначанай тэндэнцыі толькі часткова і мусіць пераадольваць супраціў кансерватараў. У гэтым ракурсе Вышэйшы Суд ЗША пастановіў у справе *Лёўрэнс супраць штату Тэхас*, што крыміналізацыя гомасексуальнасці ня мае дачыненія да пытаньняў маралі, але ёсьць інструментам, пры дапамозе якога большасць навязвае свае погляды праз крымінальны пераслед нязгодных³⁶. У адрозненьні ад справы *Баўэрса*, гэтым разам Суд сказаў дыскрымінацыі “не”³⁷.

33 *Lawrence v. Texas* (see Fn. 32), at 2478.

34 Таксама.

35 Датычна поглядаў нямецкай Пратэстанцкай і Каталіцкай Цэрквой што да аднаполых шлюбаў гл. Heinz. Zu gesetzlichen Regelungen gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften, Forschungsbericht über die Haltung der katholischen Kirche, у: Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften 277 (Basedow/Hopt/Kötz/Dopffel,eds. 2000) Keil. Zur rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften aus der Perspektive evangelischer Theologie und Kirche in Europa, тамсама, 309.

36 *Lawrence v. Texas* (see Fn. 32), at 2480.

37 Гэта было агучана яшчэ ў справе *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, at 850; 120 L.Ed. 2d 674; 112 S. Ct. 2791 (1992).

security law, asylum law, common property rights, immunity in criminal proceedings, or tax law⁴⁰. What is the connection between the decriminalization of homosexuality and the quality and quantity of further rights granted to homosexual couples? To answer this question this article now focuses on two aspects of family law, the right to marry and the right to adopt children.

I. The right to get married

There are very few countries in the world that enable homosexuals to get married and grant this marriage the same rights as a heterosexual marriage. The right to marry was first granted to homosexual couples in the Netherlands in April 2001⁴¹. According to one Member of the Dutch Parliament, registered partnerships⁴² were not enough, a registered partnership for same-sex couples according to him was "*margarine. It's not real butter*"⁴³. Belgium followed the Dutch example in February 28, 2003⁴⁴. Since 1999, Canadian same-sex couples can enter into common-law marriage in several provinces; federal legislation is under preparation⁴⁵. In Spain, the lower house of parliament passed a bill introducing same sex marriage in April 2005.

There are numerous countries that allow same-sex couples to register their partnership. The rights that arise out of these registered partnerships vary. In the Netherlands⁴⁶ as well as in Belgium⁴⁷, in addition to the right to get married, same-sex couples can also only register their partnership. Other countries⁴⁸ providing for registration include Denmark⁴⁹, Finland⁵⁰, France⁵¹, Norway⁵², parts of

40 For an even more elaborated list see Puls, Familienrechtliche Aspekte der Gleichstellung homosexueller Partnerschaften, in: Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften in Sozialetischer Perspektive: Beiträge zur rechtlichen Regelung pluraler Lebensformen 28, 36 (Keil & Haspel, eds., 2000).

41 See Maxwell, Opening Civil Marriage to Same-Gender Couples: A Netherlands-United States Comparison, vol. 4.3 Electronic Journal of Comparative Law, (November 2000), at <<http://www.ejcl.org/43/art43-1.html>> (last visited: November 16, 2004).

42 See as to registered partnership in the Netherlands Heida, Gids geregistreerd partnerschap (2000).

43 Cited after Merin, Equality for same-sex couples: the legal recognition of gay partnerships in Europe and the United States 124 (2002).

44 Wet tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek of February 28, 2003 Belgium official gazette (Belgische Staatsblad) over <http://www.ejustice.just.fgov.be/doc/rech_n.htm> (last visited November 16, 2004).

45 For further reference see Grossman, The Canadian Supreme Court's Same-Sex Marriage Decision at <http://writ.news.findlaw.com/grossman/20041214.html> (last visited April 29, 2005) and Merin, Equality for Same-Sex Couples — The Legal Recognition of Gay Partnerships in Europe and the United States 160 (2002).

46 Title 5a (art. 80a-80e) Dutch Civil Code (Burgerlijk Wetboek), introduced by Wet tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met opneming daarin van bepalingen voor geregistreerd partnerschap, Staatsblad 324 (1997).

47 Titre Vbis (art. 1475-1479) Belgian Code civil, introduced by Loi sur la cohabitation l'égale of November 23, 1998. See Becker, Das Gesetz über die gesetzliche Lebensgemeinschaft in Belgien, Mitteilungen der Rheinischen Notar-Kammer, 155 (2000); Senaeve, Geregistreerd partnerschap: pleidooi voor de institutionalisering van de homoseksuele tweerelatie (1998).

48 See also for a general overview Boswell, Same-sex unions in premodern Europe (1994) and Calt, Le convivenze registrate in Europa: verso un secondo regime patrimoniale della famiglia (2000); Legalrecognition of same-sexcouples in Europe (Boele-Woelki & Angelika Fuchs, eds., 2003). For the legislative draft in Luxembourg see Projet de loi relative aux effet l'égaux de certains partenariats, dossier parlementaire No. 4946 of May 23, 2002.

49 The Danish Registered Partnership Act (Lov om registered partnerskab No. 372) of June 7, 1989 was the first of its kind worldwide. See Merin, Equality for same-sex couples: the legal recognition of gay partnerships in Europe and the United States 61 (2002); Scherpe, Zehn Jahre registrierte Partnerschaft in Dänemark, DEuFamR 32 (2000).

50 Laki rekisteröidystä parisuhuesta No. 950/2001 of November 9, 2001. See Merin, Equality for same-sex couples: the legal recognition of gay partnerships in Europe and the United States 107 (2002).

51 Titre XII (art. 515-1 till art. 515-8) French Code civil, introduced by Loi No. 99-944 sur le pacte civil de solidarité of November 15, 1999. See Boutin, Le «marriage» des homosexuels?: CUCS, PIC, PACS et autres projets l'égislatifs (1998) and Fernandez, Le loup et le chien: un nouveau contrat social (1999).

52 Barne- og familiedepartementet, The Norwegian Act on Registered Partnerships for Homosexual Couples (1993); Lvdrup, Registered Partnerships in Norway, in: The International Survey of Family Law 1994, 387 (Bainham ed., 1996); Merin, Equality for same-sex couples: the legal recognition of gay partnerships in Europe and the United States 80 (2002).

3. Грамадзкі парадак супраць Правоў асобнага грамадзяніна

За часамі Трэцяга Райху (1933—1945) у Нямеччыне пераважала гледзішча, што гомасексуальнасць перадаецца, што яна заразная, а з гэтай прычыны грамадзтва мусіла быць ад яе абароненае. Эпідэмію можна было прадухіліць толькі драконаўскімі пакараньнямі³⁸. Цягам доўгага часу ладзілася шмат дасьледаваньняў, якія шторазу паказвалі, што гомасексуальнасць нельга зъмяніць або перадаць як хваробу іншаму чалавеку. Адсюль можна зрабіць дзівье высновы. Па-першае, калі сексуальная арыентацыя не “заразная” і пагрозы навяртаньня гетэрасексуалаў у гомасексуалы не існуе, няма й патрэбы “абараніць” першых. Па-другое, зыходзячы з таго, што гомасексуалісты ня вольныя зъмяніць сваю арыентацыю нават пры вялікім на тое жаданьні, іх перасьлед і дыскрымінацыя парушае права чалавека ў сучасным іх разуменіні.

4. Абарона правоў дзяцей

Неабходнасць абараніць права дзяцей цягам доўгага часу была адным з цэнтральных аргумэнтаў на карысць пэналізацыі гомасексуальных паводзінай як такіх, прычым і ў Нямеччыне, і ў ЗША. Як бачна з рашэння нямецкага *Bundesverfassungsgericht* ад 1957 г.³⁹, пытаныне крыміналізацыі гомасексуальных стасункаў паміж мужчынамі не адасаблялася ад праблемы абароны правоў дзяцей.

Толькі пасьля таго, як было даведзена, што гомасексуальнасць не перадаецца, што дзяцей (гетэрасексуалаў) нельга зрабіць гомасексуаламі праз полавы акт, пытаныне дзяцей і дарослых пачало разглядацца асобна і дыскусія набыла больш канкрэтныя характеристы. Было ўзынятае наступнае пытаныне: да якога году дзеци мусіць мець крымінальную абарону ад сексуальных заходаў? Прычым закранала яно ня толькі гомасексуальную сферу, але ўвесі масіў сексуальных злачынстваў.

С. Аднаполыя сем'і і права бацькоў

Дэкрыміналізацыя гомасексуальнасці ёсьць першым неабходным крокам для наданьня гомасексуальным парам усіх правоў, якімі валодаюць гетэрасексуальныя сем'і. Пачынаючы з сямейнага, гэтыя права датычаць амаль усіх іншых галінаў права, а менавіта спадчыннага права, права на пэнсіі і сацыяльныя гарантыві, на абарону старасці, права на агульную маёмысць, імунітэт падчас крымінальных працэсаў або права па падаткововым заканадаўстві⁴⁰. Дзе палігае звязак паміж дэкрыміналізацыяй гомасексуальнасці ды якасцю і аб'ёмам дадатковых правоў, гарантаваных гомасексуальным парам? Каб адказаць на гэтае пытаныне, звернемся да двух аспектаў сямейнага права: права на шлюб і ўсыноўленыне дзяцей.

I. Права на шлюб.

Гомасексуалам дазволена брацца шлюбам з атрыманьнем роўных з гетэрасексуальнымі парамі правоў у асобных краінах сьвету. Упершыню права на шлюб было нададзенае гомасексуальнай пары ў Нідэрляндах у красавіку 2001 г.⁴¹ На погляд аднаго з дэпутатаў галяндзкага парламэнту, праста зарэгістраваць аднаполы шлюб⁴² было недастаткова. Рэгістрацыя, па яго словам, “толькі маргарын. Гэта яшчэ не сапраўдане масла”⁴³. Бэльгія зрабіла аналягичны крок 28 лютага 2003 г.⁴⁴ З 1999 г. у некаторых канадzkіх правінцыях гомасексуальным парам дазволена брацца шлюб.

38 Till Bastian. Homosexuelle im Dritten Reich (2000).

39 Гл. вышэй (спасылка 15).

40 Для пайнейшага сьпісу гл. Puls. Familienrechtliche Aspekte der Gleichstellung homosexueller Partnerschaften, у: Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften in Sozialethischer Perspektive: Beiträge zur rechtlichen Regelung pluraler Lebensformen 28, 36 (Keil & Haspel, eds., 2000).

41 Гл. Maxwell. Opening Civil Marriage to Same-Gender Couples: A Netherlands-United States Comparison, vol. 4.3 Electronic Journal of Comparative Law, (November 2000), па адрэсе <<http://www.ejcl.org/43/art43-1.html>> (апошняе наведваньне 16 лістапада 2004).

42 Гл. партнэрства, зарэгістраваныя ў Нідэрляндах — Heida,Gids geregistreerd partnerschap (2000).

43 Цыт. па Merin. Equality for same-sex couples: the legal recognition of gay partnerships in Europe and the United States 124 (2002).

44 Wet tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek. 28 лютага 2003 Бэльгійская Афіцыйная Газета (Belgische Staatsblad) па адрэсе <http://www.ejustice.just.fgov.be/doc/rech_n.htm> (апошняе наведваньне 16 лістапада 2004 г.).

Spain⁵³, Sweden⁵⁴, Switzerland⁵⁵, and — to be examined further — Germany.

1. Germany

In some ways similar to the years of the spirit of the Weimar Republic, the 90s in Germany were guided by change and social liberalism. The family image of father–mother–child has made room for other forms of family. A high percentage of children are raised by single parents who either divorced or never married. There is less harassment and stigmatization for families that are “unconventional”. Things have become “normal” that would have been considered “outrageous” only two or three decades before.

As far as marriage is concerned, the German Constitution creates an obstacle for gays and lesbians that is difficult to overcome. Art. 6 sec. 1 *Grundgesetz* (Basic Law, the German Constitution) sets forth the principle that marriage shall enjoy the special protection of the state. Marriage is protected as an institution (*Institutsgarantie*). In 1979 the *Bundesverfassungsgericht* defined marriage in this sense as “the union of a man and a woman”⁵⁶. Unless there is concrete evidence of a fundamental change in society as to the point that marriage requires a couple of different sex or unless the Constitution will be amended, this provision bars the introduction of same-sex marriages, because that would violate the “special” protection ordained by the Basic Law⁵⁷.

The legislator, however, is not entirely restricted by this decision. He is still free to grant same-sex couples some kind of legal recognition within the limits art. 6 sec. 1 GG sets forth⁵⁸. Thus, in 2001 the Federal legislator passed the Act on the Termination of the Discrimination of Same-Sex Partnerships (LPartDisBG)⁵⁹. It entered into force in August 1, 2001. Embedded in art. 1 LPartDisBG is the Act on Same-Sex Partnerships (LPartG)⁶⁰. It was modelled after the former Marriage Act (*Ehegesetz*) that is now incorporated into the German Civil Code (BGB). According to the new law two persons of the same sex can enter into a partnership (§ 1 LPartG). Same-sex partners owe care and support to each other (§ 2 LPartG), they are free to chose a common name (§ 3 LPartG) and are bound to also financially support each other (§ 5 LPartG)⁶¹. The partners can amend the statutory matrimonial property regime (§ 6 LPartG) by entering into a life-partnership contract (§ 7 LPartG). According to § 10 LPartG one partner becomes the intestate heir of the deceased partner. The fact that one partner becomes a relative of the other partner (§ 11 LPartG) leads to further rights in other areas of law such as criminal procedure, civil procedure, and tax law. The partnership can be terminated upon application of one or both partners (§ 15 LPartG). Even after the termination of the partnership a partner — under certain conditions — is entitled to alimony (§ 16 LPartG).

Proceedings initiated by the governments of Bavaria and Saxony before the *Bundesverfassungsgericht* to have the Act declared unconstitutional failed⁶², and in fact achieved the opposite result. The plaintiff *Länder* had argued that allowing same-sex partnerships would damage the legal fundaments

53 See for further reference Dethloff, Registrierte Partnerschaften in Europa, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 59, 61/62 (2004).

54 Merin, Equality for same-sex couples: the legal recognition of gay partnerships in Europe and the United States 94 (2002).

55 See Federal Act on registered partnerships of same-sex couples (Bundesgesetzes über die registrierte Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare) at <<http://www.ofj.admin.ch/themen/glipaare/bot-d.pdf>> (last visited November 16, 2004).

56 Bundesverfassungsgericht, decision of February 28, 1980, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 53 at 245.

57 Pauly, Sperrwirkung des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs, *Neue Juristische Wochenschrift* 1955 (1997).

58 Bundesverfassungsgericht, decision of April 3, 1990, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 82, 15.

59 Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften (LPartDisBG), BGBl. 2001 I 266. As to the amendments and cancelled provision compared to the initial bill see BT-Drucks. 14/3751 and BT-Drucks 14/4545. In the English language see Levitt, New Legislation in Germany Concerning Same-Sex Unions, 7 ILSAJICL 469 (2001).

60 Gesetz über Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz — LPartG).

61 For more information see Dethloff, Die Eingetragene Lebenspartnerschaft — Ein neues familienrechtliches Institut, *Neue Juristische Wochenschrift* 2598, at 2600 et seq. (2001).

62 See Bundesverfassungsgericht, decision of July 17, 2002, *Neue Juristische Wochenschrift* 2543 (2002). For a discussion of this decision see Braun, Das Lebenspartnerschaftsgesetz auf dem Prüfstand — BVerfG, NJW 2002, 2543, *Neue Juristische Wochenschrift* 21 (2003). As to the delayed enactment of implementing laws in Bavaria see Bundesverfassungsgericht, *Neue Juristische Wochenschrift* 3323 (2001).

бам у межах агульнага права, рыхтуеца заканадаўчая база для прыніцьця такога рашэння на дзяржаўным узроўні⁴⁵. У Гішпаніі ў красавіку 2005 г. ніжняя палата парлямэнту ўхваліла законапраект, што дазваляе аднаполыя шлюбы.

У шэрагу краінаў аднаполыя пары могуць зарэгістраваць партнэрства. Пры гэтым права, якія атрымліваюць, залежаць ад канкрэтнай дзяржавы. У Нідэрляндах⁴⁶, як і ў Бэльгіі⁴⁷, акрамя шлюбу, можна зарэгістраваць і партнэрства. Сярод іншых краінаў⁴⁸, дзе гомасексуальныя пары могуць зарэгістраваць свае стасункі, Данія⁴⁹, Фінляндыя⁵⁰, Францыя⁵¹, Нарвэгія⁵², частка Гішпаніі⁵³, Швэцыя⁵⁴, Швайцарыя⁵⁵ і — пра што будзе весьціся асобна — Нямеччына.

1. Нямеччына

90-я гады ў Нямеччыне — час зъменаў і сацыяльнага лібералізму — нагадвалі па духу эпоху Ваймарскай Рэспублікі. Бачаныне сям'і як стэрэатыпу бацька-маці-дзіця адышло ў мінулае. Значная колькасць дзяцей была гадаваная адным з бацькоў, у выніку разлукі або па-за шлюбам. “Нестандартныя” сем'і адчулі пэўную палёгку. Тоэ, што яшчэ два-тры дзесяцігодзьдзі таму падалося б “абуральным”, успрымалася як “норма”.

Што да сітуацыі са шлюбамі, у канстытуцыі Нямеччыны закладзеная цяжкапераадольная перашкода для геяў і лесбіек. Артыкул 6 сэк. 1 падставовага закону замацоўвае прынцып асаблівай апекі шлюбу з боку дзяржавы. Дзяржава забараняе шлюб як асаблівы інстытут (*Institutsgarantie*). У 1979 г. *Bundesverfassungsgericht* вызначыў шлюб як “звяз мужчыны і жанчыны”⁵⁶. Толькі ў выпадку, калі будзе існаваць неаспрэчнае сьведчаныне карэннай зъмены грамадзкіх настроў на карысць гледзішча, што шлюб мае распаўсюджвацца й на людзей аднаго полу, або калі будзе зъмененая Канстытуцыя⁵⁷, можна будзе скасаваць палажэнье, якое забараняе аднаполыя шлюбы.

45 Далей гл.: Grossman. The Canadian Supreme Court's Same-Sex Marriage Decision at <http://writ.news.findlaw.com/grossman/20041214.html> (апошняе наведванье 29 красавіка 2005 г.) і Merin. Equality for Same-Sex Couples — The Legal Recognition of Gay Partnerships in Europe and the United States 160 (2002).

46 Частка 5а (арт. 80а-80е) Грамадзянскі Кодэкс Галіянды (Burgerlijk Wetboek), прадстаўлены *Wet tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met opneming daarin van bepalingen voor geregistreerd partnerschap*, Staatsblad 324 (1997).

47 Частка Vbis (арт. 1475-1479) Грамадзянскі Кодэкс Бэльгii, прадстаўлены *Loi sur la cohabitation légale* ад 23 лістапада 1998 году. Гл. Becker. Das Gesetz über die gesetzliche Lebensgemeinschaft in Belgien, Mitteilungen der Rheinischen Notar-Kammer, 155 (2000); Senaeve. Geregistreerd partnerschap: pleidooi voor de institutionalisering van de homoseksuele tweerelatie (1998).

48 Для агульнага азнямлення гл.: Boswell. Same-sex unions in premodern Europe (1994) and Calt. Le convivenze registrate in Europa: verso un secondo regime patrimoniale della famiglia (2000); Legal recognition of same-sex couples in Europe (Boele-Woelki & Angelika Fuchs, eds., 2003). Што да законапраекту ў Люксэмбургу, гл. *Projet de loi relative aux effets légaux de certains partenariats*, dossier parlementaire No. 4946 of May 23, 2002.

49 Дацкі Зарэгістраваны Акт Партнэрства (Lov om registered partnerskab No. 372) ад 7 чэрвеня 1989 году быў першым у сьвеце. Гл. Merin. Equality for same-sex couples: the legal recognition of gay partnerships in Europe and the United States 61 (2002); Scherpe. Zehn Jahre registrierte Partnerschaft in Dänemark, DEuFamR 32 (2000).

50 Laki rekisterüdystä parisuheteesta No. 950/2001 ад 9 лістапада 2001 году. Гл.: Merin. Equality for same-sex couples: the legal recognition of gay partnerships in Europe and the United States 107 (2002).

51 Частка XII (арт. 515-1 до арт. 515-8) Грамадзянскі кодэкс Францыі, прадстаўлены *Loi No. 99-944 sur le pacte civil de solidarité* ад 15 лістапада 1999 году. Гл. Boutin. Le “marriage” des homosexuels?: CUCS, PIC, PACS et autres projets législatifs (1998) and Fernandez, Le loup et le chien: un nouveau contrat social (1999).

52 Barne- og familiedepartementet. Нарвэскі Акт аб Рэгістрацыі партнэрстваў для гомасексуальных параў (1993); Laudrup. Registered Partnerships in Norway, у: The International Survey of Family Law 1994, 387 (Bainham ed., 1996); Merin. Equality for same-sex couples: the legal recognition of gay partnerships in Europe and the United States 80 (2002).

53 Далей гл.: Dethloff. Registrierte Partnerschaften in Europa, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 59, 61/62 (2004).

54 Merin. Equality for same-sex couples: the legal recognition of gay partnerships in Europe and the United States 94 (2002).

55 Гл.: Фэдэральны Акт аб Рэгістраваных Партнэрствах Аднаполых Параў (Bundesgesetzes über die registrierte Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare) па адрэсе <http://www.ofj.admin.ch/themen/glgpaare/bot-d.pdf> (апошняе наведванье 16 лістапада 2004 году).

56 Bundesverfassungsgericht, рашэнье ад 28 лютага 1980 году, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 53 at 245.

57 Pauly. Sperrwirkung des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs. Neue Juristische Wochenschrift 1955 (1997).

of marriage. The court, however, did not see any disadvantages for the institution of marriage since its legal foundation is not changed by the new law⁶³. As a consequence, the legislature felt free to abolish some of the remaining distinctions between partnership and marriage. In June 2004 a draft for the amendment of the LPartG was introduced into the lower house of the German parliament (*Bundestag*) by the government in order to further improve the situation for homosexual registered partnerships⁶⁴. The new law entered into force on January 1, 2005⁶⁵. The situation of same-sex partnerships is now adapted to the law that exists for heterosexual couples in many important areas, such as marital property, alimony, the conditions for "divorce" (separation), pension rights adjustment and even step-child adoption.

2. United States

The change in the United States' legal landscape regarding the penalization of homosexuality is still young, which makes it difficult to draw conclusions as to its impact on the civil rights of gay couples. There is one decision, however, that can be at this early date considered a milestone. In November 2003, the Supreme Court of Massachusetts has decided in *Goodridge v. Department of Public Health*⁶⁶ that the ban for homosexual couples to marry violated the Massachusetts constitution.

There had been other states in the US before that granted rights to homosexual couples. For example, "civil unions" between partners of the same sex have been permissible in Vermont since 1999. The decision in *Baker v. State* of the Supreme Court of Vermont paved the way for the first civil union statute in the United States⁶⁷. The Vermont Court ruled that the Vermont Constitution demands the same rights for all its civilians. That meant that the Vermont legislature had to take adequate measures to confer the benefits of marriage to same-sex couples⁶⁸. Since the judgment was based on the state Constitution, it was not subject to revision by the U.S. Supreme Court⁶⁹. In *Baehr v. Lewin*, the Hawaii Supreme Court held that banning same-sex marriages violated the equal protection guarantee of the Hawaii Constitution⁷⁰. Later, however, the state legislature amended the Constitution in a way that extended the right to marriage to heterosexual couples only. In the decision *Hernandez v. Robles*⁷¹ a New York trial court in February 2005 interpreted the New York constitution to permit same-sex marriage. And also in 2005 the General Assembly of Connecticut introduced the institution of Civil Unions, the first state in the United States to do so without pressure from a court decision⁷².

The opponents of same-sex marriage, however, did not sit and wait either. Already in 1996 Congress passed the Defense of Marriage Act (DOMA)⁷³ setting limits to the full faith and credit clause by stating that no State shall be required to recognize any public act respecting a relationship between persons of the same sex that is treated as a marriage under the laws of such other State. In addition in July 2004 the Marriage Protection Bill passed the House of Representatives. It intends to bar federal courts from forcing a state to recognize same-sex marriages from another state. President Bush has already moved for an amendment of the U.S. Constitution stating that marriage in the United States shall consist only of the union of a man and a woman. The amendment was proposed in the House of

63 Bundesverfassungsgericht, decision of July 18, 2001, Neue Juristische Wochenschrift 2457 (2001).

64 BT-Drucks. 15/3445. See Dethloff, Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare, Zeitschrift für Rechtspolitik 195 (2004).

65 See as to the new law Wellenhofer, Das neue Recht für eingetragene Lebenspartnerschaften, Neue Juristische Wochenschrift 705 (2005).

66 440 Mass. 309, 798 N.E.2d 941.

67 170 Vt. 194; 744 A.2d 864 (1999), available at <<http://www.sec.state.vt.us/otherprg/civilunions/civilunionlaw.htm>> (last visited May 25, 2005).

68 See Strasser, On same-sex marriage, civil union, and the rule of law: constitutional interpretation at the crossroads 1 (2000).

69 Strasser, On same-sex marriage, civil union, and the rule of law: constitutional interpretation at the crossroads 2 (2000).

70 74 Haw. 530; 852 P.2d 44 (1993).

71 See at http://www.courts.state.ny.us/reporter/3dseries/2005/2005_25057.htm (last visited April 29, 2005).

72 An Act Concerning Civil Unions, available at <<http://www.cga.ct.gov/2005/fc/2005SB-00963-R000379-FC.htm>> (last visited May 25, 2005). The statute will be effective October 1, 2005. For a general overview of developments in the US one year after Goodridge see Joanna Grossman, The One-Year Anniversary of Same-Sex Marriage in the United States, <<http://writ.news.findlaw.com/grossman/20050517.html>> (last visited May 25, 2005).

73 28 U.S.C. § 1738C.

Заканадаўца, тым ня менш, ня цалкам абмежаваны дадзенай забаронай. Ён можа гарантаваць аднаполым парам нешта кшталту кампэнсацыі і застацца пры гэтым у межах артыкула 6 сэк. 1 Канстытуцыі⁵⁸. У такі спосаб, у 2001 г. Бундэстаг ухваліў Акт пра Спыненьне Дыскрымінацыі Аднаполых Парктнераў (Act on the Termination of the Discrimination of Same-Sex Partnerships — Lpart-DisBG)⁵⁹. Моц ён набыў 1 жніўня 2001 г. Часткай LpartDisBG (артыкул 1) стаецца Акт пра Аднаполыя Парктнэрства (Act on Same-Sex Partnerships — LPartG)⁶⁰. LPartG пабудаваны па прынцыпе былога Кодэксу аб Шлюбе (*Ehegesetz*), які сёньня ёсьць часткай Цывільнага кодэксу Нямеччыны (German Civil Code -BGB). Згодна з новым законам, дзіве асобы аднаго полу маюць права ўступаць у партнэрства (§ 1 LPartG). Аднаполыя партнёры мусяць падтрымліваць і клапаціцца адзін пра аднаго (§ 2 LPartG), яны маюць права абраць агульнае імя (§ 3 LPartG) і забавязаны фінансава падтрымліваць адзін аднаго (§ 5 LPartG)⁶¹. Парктнёры маюць права зъмяніць шлюбны рэжым датычна агульнай маёмасці (§ 6 LPartG) пры падпісаныні пажыцьцёвага кантракту-партнэрства (§ 7 LPartG). Згодна з § 10 LPartG, кожны з партнераў робіцца спадкаемцам маёмасці іншага ў выпадку яго съмерці пры адсутнасці тэстамэнту. Факт таго, што партнёры робяцца сваякамі (§ 11 LPartG), выклікае наданыне ім іншых правоў, напрыклад, правоў у сфэры крымінальнага перасыледу, грамадзянскіх судовых працэсаў, падатковага заканадаўства. Парктнэрства можа быць спыненае па заяве аднаго або абодвух партнераў (§ 15 LPartG). Нават пасля прыпынення партнэрства партнэр можа — пры пэўных абставінах — прэтэндаваць на алімэнты (§ 16 LPartG).

Працэс, які інцыявалі ў *Bundesverfassungsgericht* урады Баварыі і Саксоніі з мэтай прызнаць Акт пра Аднаполыя Парктнэрства неадпаведным Канстытуцыі, праваліўся⁶², ён нават меў адваротны вынік. *Länder*-пазыўнікі съцвярджалі, што дазвол на аднаполыя шлюбы зашкодзіць праўным падмуркам шлюбу. Суд, аднак, не пагадзіўся зь меркаваньнямі пазыўнікоў, бо новы закон не закранае праўнага падмурку шлюбу. Вынікам сталася тое, што заканадаўчыя органы фармальна скасавалі апошнія адрозненіні паміж партнэрствам і шлюбам. У ліпені 2004 г. нямецкі ўрад унёс на разгляд ніжнія палаты парламэнту законапраект, які прадугледжвае ўнясеніне зъменаў у LPartG для таго, каб зарэгістраваныя гомасексуальныя партнэрства атрымалі больш правоў⁶³. Новы закон набыў моц 1 студзеня 2005 г.⁶⁴ У шмат якіх сферах аднаполыя партнэрства зараз набываюць статус, аналагічны статусу гетэррасексуальных параў. Гэта адбываецца, напрыклад, у сферах агульнай маёмасці, аліментаў, умоваў “разводу” (адасабленія), правоў на атрыманыне пэнсіі і нават на ўсыноўленыне дзяцей.

2. Злучаныя Штаты Амэрыкі

Зъмены ў стаўленыні амэрыканскіх судоў што да пэналізацыі гомасексуальнасці адбыліся нядайна, таму і цяжка пакуль рабіць пэўныя высновы наконт іх уплыву на грамадзянскае становішча аднаполых параў. Тым ня менш, ужо на гэтым этапе адно рашэнье амэрыканскага суда ўжо можна лічыць сымбалічным. У лістападзе 2003 г. Вышэйшы Суд штату Масачусэцтс вынес вэрдыкт па справе *Гудрыдж супраць Міністэрства Аховы Здароў’я*⁶⁵, згодна зь якім забарона на аднаполыя шлюбы не адпавядае канстытуцыі штату.

58 Bundesverfassungsgericht, рашэнье ад 3 сакавіка 1990 году, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 82, 15.

59 Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften (LPart-DisBG), BGBl. 2001 I 266. Што да зъменаў і няўключаных у дакумэнт частак гл. BT-Drucks. 14/3751 і BT-Drucks 14/4545. На ангельскай мове гл. Levitt. New Legislation in Germany Concerning Same-Sex Unions, 7 ILSAJCL 469 (2001).

60 Gesetz über Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz — LPartG).

61 Далей гл.: Dethloff. Die Eingetragene Lebenspartnerschaft — Ein neues familienrechtliches Institut, Neue Juristische Wochenschrift 2598, at 2600 і далей. (2001).

62 Гл. Bundesverfassungsgericht, рашэнье ад 17 ліпеня 2002 году, Neue Juristische Wochenschrift 2543 (2002). Для аблеркаваньня гэтага рашэння гл. Braun. Das Lebenspartnerschaftsgesetz auf dem Prüfstand — BVerfG, NJW 2002, 2543, Neue Juristische Wochenschrift 21 (2003). Што да позніга выкананьня законаў у Баварыі гл. Bundesverfassungsgericht, Neue Juristische Wochenschrift 3323 (2001).

63 BT-Drucks. 15/3445. Гл. Dethloff. Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare, Zeitschrift für Rechtspolitik 195 (2004).

64 Гл. наконт новага закона Wellenhofer. Das neue Recht für eingetragene Lebenspartnerschaften, Neue Juristische Wochenschrift 705 (2005).

65 440 Mass. 309, 798 N.E.2d 941.

Representatives on September 23, 2004⁷⁴. Similarly, attempts are underway in Massachusetts for a constitutional amendment banning same-sex marriages.

II. The right to adopt children

Often closely linked to the desire to marry is the desire to raise children. The capability of homosexual partners to raise children has frequently been raised as an issue, and even if so, if being raised by two fathers or two mothers would nonetheless cause harm to the child's development. It seems noteworthy that it is rarely discussed whether it is in the best interest of the child to be raised by heterosexual parents, if the girl or boy realizes at an early age that she or he is homosexual and lives in fear of his or her parents' reaction.

By far, more research on the first question is done in the United States than in Germany. Often voices in the legal discussion in Germany refer to US-American studies in support of their argumentation⁷⁵. Studies demonstrate that being raised by homosexual parents is by no means negative for the child's development⁷⁶. There were no indications that children raised by same-sex partners are later confronted with problems within their social and in particular intimate relationships. The only problems that emerged were related to the discrimination gays and lesbians still face, but surprisingly studies showed that even though children suffered to a certain degree under the discrimination their parents have to endure as soon as they are out, children suffer more in situations where the parents keep their homosexuality a secret⁷⁷.

There has been much debate about how a perfect environment for a child should look. The conclusion drawn by Basile already in 1974 was: "The best interests of the child lie with a loving parent, not with a heterosexual parent or a homosexual parent"⁷⁸".

1. Germany

Even though the LPartG confers many of rights to same-sex partners that are also granted to married couples, it does not as yet allow the joint adoption of children. According to § 1741 subsec. 2 BGB (German Civil Code) this right is reserved to married couples. One partner of a same-sex partnership could adopt a child on his own, but his or her partner in such a case would not be entitled to adopt his or her stepchild⁷⁹. The situation is different for biological children of one of the partners. To meet the practical needs that arise out of raising children in the same household, the LPartG created in § 9 a so called "small custody" for the other partner, parallel to § 1687b BGB in a case of a new spouse⁸⁰. This solution has been criticized in legal doctrine as contrary to the best interest of the child, since even though the child and the other partner build up a factual parent-child relationship, the child would

74 108th Congress, 2d Session, H.J. RES. 106.

75 So did Dethloff, Die Eingetragene Lebenspartnerschaft — Ein neues familienrechtliches Institut, Neue Juristische Wochenschrift 2598, at 2602 (2001).

76 Compare Cooper, Gay and Lesbian Families in the 21st Century, 42 Fam. Ct. Rev. 178, at 184 et seq. (2004); Sielert, Zwei-Väter- und Zwei-Mütter-Familien: Sorgerecht, Adoption, und artifizielle Insemination bei gleichgeschlechtlichen Elternteilen, in: 51 Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften in Sozialemischer Perspektive: Beiträge zur rechtlichen Regelung pluraler Lebensformen (Keil & Haspel, eds., 2000). For further reference see also Dethloff, Die Eingetragene Lebenspartnerschaft — Ein neues familienrechtliches Institut, Neue Juristische Wochenschrift 2598, at 2602/2603 (2001).

77 Sielert, Zwei-Väter- und Zwei-Mütter-Familien: Sorgerecht, Adoption, und artifizielle Insemination bei gleichgeschlechtlichen Elternteilen, in: 45 Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften in Sozialemischer Perspektive: Beiträge zur rechtlichen Regelung pluraler Lebensformen (Keil & Haspel, eds., 2000). For a more recent overview of psychological research with essentially the same result see author Charlotte J. Patterson, Lesbian and Gay Parenting (1995), available at <http://www.apa.org/pi/parent.html> (last visited May 25, 2005).

78 R.A. Basile, Lesbian Mothers I, 2 Women's Rights Law Reporter (2, 18; cf. Sielert, Zwei-Väter- und Zwei-Mütter-Familien: Sorgerecht, Adoption, und artifizielle Insemination bei gleichgeschlechtlichen Elternteilen, in: 45 Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften in Sozialemischer Perspektive: Beiträge zur rechtlichen Regelung pluraler Lebensformen (Keil & Haspel, eds., 2000)).

79 Criticized by Dethloff, Die Eingetragene Lebenspartnerschaft — Ein neues familienrechtliches Institut, Neue Juristische Wochenschrift 2602 (2001).

80 Dethloff, Die Eingetragene Lebenspartnerschaft — Ein neues familienrechtliches Institut, Neue Juristische Wochenschrift 2602 (2001).

У ЗША ўжо былі прэцэдэнты, калі асобныя штаты надавалі права гомасексуальным парам. Напрыклад, “грамадзянскі звяз” паміж партнёрамі аднаго полу дазволены ў штаце Вэрмант з 1999 г. Рашэнъне па справе *Бэйкер супраць Штату*, вынесенае Вышэйшим Судом Вэрманту, праклада шлях першаму закону ЗША аб грамадзянскім шлюбе⁶⁶. Вэрманцкі Суд пастановіў, што канстытуцыя штату патрабуе, каб усе яго жыхары мелі аднолькавыя права. Такім чынам, заканадаўчая ўлада штату Вэрмант мусіла прыняць неабходныя заходы, каб выгоды шлюбу адчулі на сабе і аднаполья пары⁶⁷. Вышэйши Суд ЗША ня меў права перагледзець дадзеную рашэнъне, бо вэрдыкт быў угрунтаваны на Канстытуцыі штату⁶⁸. У справе *Баер супраць Левіна Гавайскі* Вышэйши Суд пастановіў, што забарона аднапольных шлюбах парушае права на роўныя гарантыв ўсім жыхарам штату, закладзенныя ў яго Канстытуцыі⁶⁹. Пазыней, аднак, заканадаўчы орган штату ўнёс зьмяненныні ў Канстытуцыю такім чынам, што пашырыліся толькі права гетэрасексуальных параў. У 2005 г. у рашэнъне па справе Эрнандэс *супраць Роблеса*⁷⁰ суд першай інстанцыі штату Нью-Ёрк пастановіў, што Канстытуцыя штату дазваляе аднаполья шлюбы. Таксама ў 2005 г. Генэральная Асамблея штату Канэктыкут ухваліла стварэнъне інстытуту грамадзянскага шлюбу. У такі способ, Канэктыкут стаў першым штатам у ЗША, дзе гэты інстытут уведзены без адмысловага ціску з боку суда⁷¹.

Аднак і апанэнты аднапольных шлюбах не сядзелі склаўшы руکі. Яшчэ ў 1996 г. Кангрэс ЗША ухваліў Акт аб Абароне Шлюбу (*Defence of Marriage Act — DOMA*)⁷². У ім закладзены пункт пра тое, што аніводзін штат ня мае права прыняць закону, згодна зь якім у заканадаўстве штату стасункі паміж людзьмі аднаго полу былі б прыроўненыя да шлюбу. Больш за тое, у ліпені 2004 г. Палата Прадстаўнікоў прыняла Закон аб абароне шлюбу. Ён скіраваны на тое, каб забараніць фэдэральным судам прымушаць пэўны штат вызнаваць аднапольны шлюб, заключаны ў іншым штаце. Прэзыдэнт Буш мае намер правесці папраўку ў Канстытуцыю ЗША, дзе было б замацавана, што шлюбам можа лічыцца толькі звяз мужчыны і жанчыны. Папраўка была пакладзена на разгляд у Палату Прадстаўнікоў 23 верасьня 2004 г.⁷³ Аналягічныя заходы прымаюць улады штату Масачусэц — там таксама робяцца спробы канстытуцыйна забараніць аднаполья шлюбы.

II. Права на ўсыноўленъне дзяцей

Вельмі блізкае да прагі пабрацца шлюбам робіцца жаданъне гадаваць дзяцей. Часцяком скептыкі аспрэчваюць здольнасць гомасексуальных параў гадаваць дзяцей — съцвярджаеца, нібы малы, гадаваны двумя бацькамі або дзівюма маці, непазбежна будзе непаўнавартасным. Трэба згадаць, што ніхто не клагоўцца пра інтарэсы дзіцяці ў выпадках, калі хлопец або дзяўчынка ўжо змалку пачынаюць ўсьведамляць сваю гомасексуальнасць і жывуць у заўсёдным страху бацькоўскай рэакцыі на гэта.

У ЗША па першай праблеме навуковых досьледаў у разы больш, чым у Нямеччыне. Часцяком удзельнікі праўных дэбатаў па гэтым пытаныні ў Нямеччыне згадваюць у якасці аргумэнтаў факты, здабытыя амэрыканскімі дасьледнікамі⁷⁴. Вынікі досьледаў съведчаць пра тое, што факт гадавання бацькамі аднаго полу ніякім шкодным чынам не ўплывае на разьвіцьцё дзіцяці⁷⁵. Не

66 170 Vt. 194; 744 A.2d 864 (1999), даступна па адрэсе <<http://www.sec.state.vt.us/otherprg/civilunions/civilunionlaw.html>> (апошняе наведванье 25 траўня 2005 году).

67 Гл.: Strasser. On same-sex marriage, civil union, and the rule of law: constitutional interpretation at the crossroads 1 (2000).

68 Таксама. 2 (2000).

69 74 Haw. 530; 852 P.2d 44 (1993).

70 Гл. http://www.courts.state.ny.us/reporter/3dseries/2005/2005_25057.htm (апошняе наведванье 29 красавіка 2005 году).

71 Акт пра Грамадзянскія Хаўрусы даступны па <<http://www.cga.ct.gov/2005/fc/2005SB-00963-R000379-FC.htm>> (апошняе наведванье 25 траўня 2005 году). Статут набірае моц з 1 кастрычніка. Для агульнага агляду падзеяў у ЗША за наступны пасля справы Гудрыдж год гл. Joanna Grossman, The One-Year Anniversary of Same-Sex Marriage in the United States, <<http://writ.news.findlaw.com/grossman/20050517.html>> (апошняе наведванье 25 траўня 2005 году).

72 28 U.S.C. § 1738C.

73 108th Congress, 2d Session, H.J. RES. 106.

74 Як і Dethloff. Die Eingetragene Lebenspartnerschaft — Ein neues familienrechtliches Institut, Neue Juristische Wochenschrift 2598, at 2602 (2001).

75 Параўнайце Cooper, Gay and Lesbian Families in the 21st Century, 42 Fam. Ct. Rev. 178, at 184 і далей. (2004); Sielert. Zwei-Väter- und Zwei-Mütter-Familien: Sorgerecht, Adoption, und artifizielle Insemination bei gleichgeschlechtlichen Elternteilen, у: 51 Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften in Soziolethischer Perspektive: Beiträge zur rechtlichen Regelung pluraler Lebensformen (Keil & Haspel, eds., 2000). Далей гл. Dethloff. Die Eingetragene Lebenspartnerschaft — Ein neues familienrechtliches Institut, Neue Juristische Wochenschrift 2598, at 2602/2603 (2001).

neither be entitled to child support nor be an intestate heir of his or her stepfather or stepmother⁸¹. The new law now provides for step-child adoption in its new Art. 9 para. 7.

2. United States

Questions of adoption as a part of family law are regulated by the states. Here the situation on this issue is quite diverse. Some states, like Florida, entirely deny homosexuals the right to adopt, be it as a single person or as a couple⁸². The Florida Supreme Court upheld the respective statute in the decision *Lofton v. Kearney*, where the plaintiff had raised three children as a foster father for years, but was denied adoption only on the ground that he was gay, even though he had taken such good care of the children that he won the "Outstanding Foster Parent Award"⁸³. Other states are more liberal and give homosexuals the right to adopt. This is the situation in New Jersey, New York, California, Connecticut, the District of Columbia, Illinois, Massachusetts, New Hampshire, Ohio, Rhode Island, Vermont and Washington⁸⁴. In *re Jacob* a New York court approved the adoption by one partner of a same-sex couple of a biological child of the other partner⁸⁵. A similar precedent was set by a New Jersey court in 1995⁸⁶.

III. Comparison of the Reasoning regarding Family Rights for Same-Sex Couples

1. The traditional notion of marriage

As mentioned before, in 1979 the German *Bundesverfassungsgericht* (Federal Constitutional Court) defined marriage as "*the union of a man and a woman*"⁸⁷. This restriction was based on the traditional assumption that only marriage could be the foundation of a family⁸⁸. However, in a decision in 1993 the *Bundesverfassungsgericht* has also expressed that the constitutional notion of marriage can be subject to change, although such a change could not yet be found in society at this time⁸⁹. Scholars also point out that the significance of marriage has increasingly diminished since the second half of the 20th century, so it would even be strengthened if more people (gays and lesbians) were able to join⁹⁰.

2. Procreation and the role of children living with same-sex partners

Another argument against gay marriage holds that procreation is one of the purposes of marriage and that this purpose could not be reached by gay relationships. The *Bundesverfassungsgericht* did not further elaborate whether in its opinion marriage can be the only foundation of either conception or of raising children, or both. In *Goodridge*, the Massachusetts Supreme Court expressly rejected the idea that the primary purpose of marriage was procreation. The "sine qua non" for a marriage is rather mutual exclusive and permanent commitment of the marriage partners⁹¹. This, however, is exactly what most homosexual couples have in mind when they decide they want to marry. Also, many same-sex couples have children from former heterosexual relationships or, at least in some states in the US, were able to adopt children. As far as lesbian couples are concerned, they can even get pregnant by means of artificial insemination.

What both courts did not mention, although it also speaks against the idea that procreation should be considered the primary purpose of marriage, is the argument that in such a case only couples that

81 See Dethloff, Die Eingetragene Lebenspartnerschaft — Ein neues familienrechtliches Institut, Neue Juristische Wochenschrift 2602 (2001).

82 See Cooper, Gay and Lesbian Families in the 21st Century, 42 Fam. Ct. Rev. 178 (2004) with reference to Fla. Stat. ch. 63.042 (2002).

83 157 F. Supp. 2d 1372 (S.D. Fla. 2001).

84 See Cooper, Gay and Lesbian Families in the 21st Century, 42 Fam. Ct. Rev. 178, at 182 (2004).

85 86 N.Y.2d 651 (1995).

86 In re: Matter of Adoption of Two Children by H.N.R., 666 A.2d 535 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1995).

87 BVerfGE 10, 59 (at 66); 49, 286 (at 300); 53, 224 (at 245); 62, 323 (at 330).

88 Pauly, Sperrwirkung des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs, Neue Juristische Wochenschrift 1955 (1997).

89 Bundesverfassungsgericht, decision of October 4, 1993, Neue Juristische Wochenschrift 3058 (1993).

90 Hark, Vor dem Gesetz, in: Bubeck 60 (2000).

91 Goodridge (see Fn. 66).

было здабыта съведчаньняў на карысцьца таго, што дзеци ў бацькоў аднаго полу мелі праблемы ў сацыяльнай камунікацыі і, у прыватнасці, у асабістым жыцці. Адзіная праблема заключалася ў дыскрымінацыі, якую геі і лесьбійкі адчуваюць дагэтуль. Але, хаця тое і можа падацца дзіўным, досьлед паказаў, што дзеци пакутуюць больш, калі іх бацькі хаваюць сваю гомасексуальнасць, чым калі тыя адкрыта прызнаюць свае стасункі⁷⁶.

Наконт таго, якім мусіць быць ідэальнае атачэнне для выхаванья дзіцяці, спрачаюцца дайно і шмат. Яшчэ ў 1974 г. Бэйзіл прыйшоў да наступнай высновы: “У інтарэсах дзіцяці мець тых бацькоў, якія яго любяць, а не бацькоў-гетэрасексуалаў ці бацькоў-гомасексуалаў”⁷⁷.

1. Нямеччына

Нягледзячы на тое, што LPartG надае гомасексуальным парам шмат якія права аднапольных сям'яў, у ім пакуль не пропісана іх права на ўсыноўленне дзяцей. Згодна з § 1741 падраздзел 2 BGB (Цывільнага кодэксу Нямеччыны), гэта выключнае права параў, што пабраліся шлюбам. Адзін з партнераў у гомасексуальнай пары можа ўсынавіць дзіця незалежна ад іншага, але ў такім разу другі ня мае права зрабіць тое ж самае⁷⁸. Іншая сітуацыя зь біялягічнымі дзецьмі аднаго з партнераў. Для таго, каб падвесыці юрыдычны грунт пад неабходнасць сумеснага гадаванья дзяцей, у § 9 LPartG другому партнёру прадугледжана так званае “малое апякунства”, аналягічнае § 1687b BGB, які рэгулюе падобныя выпадкі другога шлюбу⁷⁹. Гэтую дактрыну моцна крытыкавалі як неадпаведную інтарэсам дзіцяці, бо хаця дзіця і другі партнёр фармальна маюць статус дзіцяці і аднаго з бацькоў, апошні ня мае ані права на атрыманьне дзяржаўнай дапамогі на дзіця, ані дзіця ня будзе спадкаемцам свайго прыёмнага бацькі або маці ў выпадку адсутнасці тэстамэнту⁸⁰. Новы закон прадугледжвае ўсыноўленне дзяцей у арт. 9, параграфе 7.

2. Злучаныя Штаты Амерыкі

Пытаньні, звязаныя з усыноўленнем дзяцей, як частка сямейнага права, рэгулююцца на ўзору іншых штатаў. Тут мы маем далёка не аднародную сістэму. У некаторых штатах, напрыклад у Флёрыйде, гомасексуальным парам наагул забаронена ўсынаўляць дзяцей, будзь тое ў якасці пары або паасобку⁸¹. Вышэйшы Суд штату Флёрыйда ўхваліў адпаведны статут у сваім рашэнні па справе *Лёфтан супраць Кірні*. Пазыўнік шмат год гадаваў трох дзяцей у статусе прыёмнага бацькі, але суд адмовіў яму ў праве стаць паўнапраўным бацькам толькі з прычыны таго, што ён гей. Пад увагу ня быў прыняты нават той факт, што яму была нададзеная “Ўзнагарода выбітнаму прыёмнаму бацьку” за выдатнае гадаванье дзяцей⁸². Заканадаўства іншых штатаў больш ліберальнае, і яны дазваляюць аднапольным парам усынаўляць дзяцей. Тое спрэядліва для штатаў Нью-Джэрзі, Нью-Ёрк, Каліфорнія, Канектыкут, Акругі Калюмбія, Ілінойс, Масачусетс, Нью-Гэмпшыр, Агаё, Род Айлэнд, Вэрмонт і Вашынгтон⁸³. У справе Якаба Нью-Ёрскі Суд дазволіў

76 Sielert. Zwei-Väter- und Zwei-Mütter-Familien: Sorgerecht, Adoption, und artifizielle Insemination bei gleichgeschlechtlichen Elternteilen, у: 45 Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften in Sozialethischer Perspektive: Beiträge zur rechtlichen Regelung pluraler Lebensformen (Keil & Haspel, eds., 2000). Для пазынейшага агляду псыхалогічнага досьледу з тым жа вынікам гл. Patterson Charlotte J. . Lesbian and Gay Parenting (1995), даступны па адрэсе <http://www.apa.org/pi/parent.html> (апошняе наведванье 25 траўня 2005 году).

77 Basile R.A. Lesbian Mothers I, 2 Women's Rights Law Reporter (2, 18; cf. Sielert. Zwei-Väter- und Zwei-Mütter-Familien: Sorgerecht, Adoption, und artifizielle Insemination bei gleichgeschlechtlichen Elternteilen, у: 45 Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften in Sozialethischer Perspektive: Beiträge zur rechtlichen Regelung pluraler Lebensformen (Keil & Haspel, eds., 2000)).

78 Крытыка ў Dethloff. Die Eingetragene Lebenspartnerschaft — Ein neues familienrechtliches Institut, Neue Juristische Wochenschrift 2602 (2001).

79 Dethloff. Die Eingetragene Lebenspartnerschaft — Ein neues familienrechtliches Institut, Neue Juristische Wochenschrift 2602 (2001).

80 Гл.: Dethloff. Die Eingetragene Lebenspartnerschaft — Ein neues familienrechtliches Institut, Neue Juristische Wochenschrift 2602 (2001).

81 Гл.: Cooper. Gay and Lesbian Families in the 21st Century, 42 Fam. Ct. Rev. 178 (2004) with reference to Fla. Stat. ch. 63.042 (2002).

82 157 F. Supp. 2d 1372 (S.D. Fla. 2001).

83 Гл.: Cooper. Gay and Lesbian Families in the 21st Century, 42 Fam. Ct. Rev. 178, at 182 (2004).

could at least potentially have children were allowed to marry. This would also bar marriages of heterosexual couples in a later stage of life, when the woman has already gone through menopause. Also, the increasing number of children being born outside of marriages, both in Germany and the US, on the one hand shows that marriage is no conditio sine qua non for procreation. The increasing number of marriages that deliberately remain childless indicates that procreation is indeed not necessarily the first and primary purpose of a marriage. That means that already since the 1980s, marriage and procreation have become disconnected. At some point, the argument could be made that marriage served to protect children born out of wedlock from illegitimacy; such a protection would not be necessary for homosexual couples. Yet since such children are no longer treated differently, this argument for distinguishing no longer holds.

Also, there is no causal connection between granting the right to marriage to same-sex couples and the decrease of the number of births, which especially in Germany is posing a severe problem to the social system⁹². There is no doubt that an increase of population would be very desirable, but this situation cannot be improved by denying same-sex couples the right to marry. It seems quite unlikely that a homosexual man or woman will procreate heterosexually because he or she has been denied the right to marry their same-sex partner.

III. Comparison with other discriminated groups

In *Goodridge* the Supreme Court of Massachusetts refers to the decisions of the California Supreme Court⁹³ in 1949 and the U.S. Supreme Court⁹⁴ in 1967 that declared the bar of interracial marriages unconstitutional. It stresses that the right to marry does not mean much if it does not include the right to marry the person of one's choice. The court points out that what is unconstitutional in the light of the discrimination of race cannot be constitutional in the light of sexual orientation. The only difference is that the understanding of the "invidious quality of the discrimination" has been further developed as to racial discrimination than as to sexual discrimination⁹⁵. Interestingly, a similar argument based on Nazi ban on marriages between Jews and non-Jews and its abolition would have been possible in Germany but does not seem to have had much traction, or, put the other way round, was not necessary.

3. Comparative observations

The Massachusetts court takes a much more active role in the discussion than the German court. Where the German Constitutional Court⁹⁶ declares the pro-same-sex registered partnership bills constitutional the Massachusetts court declares the lack of pro-same-sex marriage legislation unconstitutional and instructs the legislator to take adequate measures to enable same-sex couples to marry.

Is American, or rather the Massachusetts society, more open to a change of same-sex rights than German society, which would explain the more progressive role of the Massachusetts court? Polls in Germany in the past few years showed that a significant majority of the German population consider that heterosexual and homosexual partnerships should be granted the exact same rights⁹⁷. Polls undertaken in the United States by CNN, USA Today and Gallup, however, show that a majority of 61% said that gay marriages should not be recognized as valid by the law⁹⁸.

Maybe the answer can rather be found in the different role courts play in civil law legal orders like Germany and in common law countries like the United States. In Germany it is seen as undesirable if courts take on the role of the legislature, since in civil law systems courts generally only apply and interpret the law rather than create it. For this reason the view of courts in Germany is turned to the past rather than foreseeing the will of society in the near future and preparing the path⁹⁹. In the United States, on the other hand, courts have traditionally been at the forefront of legal development.

92 As to the demographic situation and the role of art. 6 GG in this light see Di Fabio, *Der Schutz von Ehe und Familie: Verfassungsentscheidung für eine vitale Gesellschaft*, Neue Juristische Wochenschrift 993 (2003).

93 *Perez v. Sharp*, 32 Cal.2d 711 (1949).

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

95 *Goodridge* (see Fn. 66).

96 See *supra* (Fn. 58).

97 Beck, *Die verfassungsrechtliche Begründung der Eingetragenen Lebenspartnerschaften*, Neue Juristische Wochenschrift 1894 (2001).

98 See <<http://www.cnn.com/2003/LAW/11/18/samesex.marriage.ruling/index.html>> (last visited November 16, 2004).

99 Similar Zuck, *Die schwule Braut*, Neue Juristische Wochenschrift 176 (1995).

аднаму з партнэраў усынавіць роднае дзіця іншага⁸⁴. Падобны прэцэдэнт быў у судзе Нью-Джэрзі ў 1995 г.⁸⁵

III. Параўнаньне аргумэнтацыі датычна наданьня сямейных правоў аднаполым парам

1. Традыцыйнае разуменъне сям'і

Як ужо было згадана раней, у 1979 г. нямецкі *Bundesverfassungsgericht* вызначыў шлюб як "звяз мужчыны і жанчыны"⁸⁶. Гэтае абмежаванье ўгрунтаванае на традыцыйным уяўленыі пра шлюб як падмурак сям'і⁸⁷. Аднак у сваім рашэнні 1993 г. *Bundesverfassungsgericht* дапусьціў, што канстытуцыйнае азначэнье шлюбу можа быць зьмененае, хоць для такой зьмены пакуль няма дастатковых падставаў⁸⁸. Навукоўцы таксама зазначаюць, што шлюб цягам ХХ-га стагодзьдзя ўсё больш і больш губляў сваю важнасць, таму дазвол на заключэнне шлюбаў паміж людзьмі аднаго полу толькі падмацуе гэты інстытут.⁸⁹

2. Нараджэнъне дзяцей і іх роля ў аднаполых сем'ях

Яшчэ адным аргумэнтам супраць аднаполых шлюбаў стаецца тое, што яны не адпавядаюць адной з мэтаў шлюбу як такога: гомасексуальная пара ня можа нараджаць дзяцей. *Bundesverfassungsgericht* не ўдакладніў, ці мусіць шлюб быць неабходнай умовай зачынанья, гадаванья дзяцей або і першага, і другога. У вырaku па справе *Гудрыдж Вышэйшы Суд штату Масачусэцтва* адназначна абвергнуў ідэю пра тое, што нараджэнне дзяцей — першасная мэта шлюбу. "Sine qua non" шлюбу — сталая ўзаемная прыхільнасць партнэраў⁹⁰. А гэта менавіта тое, з-за чаго вырашае аформіць свае стасункі большасць гомасексуалістаў. Да таго ж, у шмат якіх аднаполых сем'ях ёсьць дзеци ад мінімуму гетэрасексуальных стасункаў, ці (як мінімум у некаторых штатух ЗША) гомасексуальная пары атрымалі дазвол на ўсыноўленыне дзяцей. Што датычыць лесьбійскіх параў, дык яны нават маюць магчымасць нарадзіць дзіця праз штучнае апладненьне.

Суд не прыняў да ўвагі яшчэ адзін аргумэнт супраць таго, каб лічыць нараджэнне дзяцей асноўнай мэтай шлюбу. У такім выпадку брацца шлюбам будзе дазволена толькі тым парам, што хаця б патэнцыйна здолінья мець дзяцей. Нельга будзе афіцыйна аформіць стасункі і сталым гетэрасексуальным парам, дзе жанчына ўжо перажыла пэрыяд мэнапаўзы. Колькасць народжаных па-за шлюбам дзяцей, што ўвесе час расьцеце як у Нямеччыне, так і ЗША, сьведчыць — шлюб ня ёсьць *conditio sine qua non* для нараджэння дзяцей. Усё больш і больш сямей вырашаюць ня мець дзяцей, і гэта яшчэ раз даказвае, што нараджэнне дзяцей — ня першая і галоўная мэта стварэння сям'і. Такім чынам, ужо недзе з 1980-х гадоў сям'я і нараджэнне дзяцей фактычна разъяднаныя. Можна было б даводзіць, што шлюб часам стаецца проста шырмай, каб скаваць незаконннароджаных дзяцей, а ў выпадку з гомасексуальнымі парамі ў падобнай шырме патрэбы ня будзе. Аднак з-за таго, што дзяцей, народжаных па-за шлюбам, у наш час больш не дыскрымінуюць, гэты аргумэнт не трывае.

Да таго ж, няма ніякай прычыннай сувязі паміж дазволам на аднаполыя шлюбы і памяншэннем нараджальнасці, што, асабліва ў Нямеччыне, стварае сур'ёзную пагрозу сацыяльнай сыштэме⁹¹. Безумоўна, падвышэнне нараджальнасці было б вельмі пажаданым, але наўрад ці гэтага можна дасягнуць праз забарону на аднаполыя шлюбы. Падаецца вельмі сумнёўным, што гей або лесьбійка пажадаюць нарадзіць дзіця ў пары з прадстаўніком іншага полу толькі таму, што ім забаранілі брацца шлюбам з чалавекам аднаго полу с сабой.

84 86 N.Y.2d 651 (1995).

85 Па справе: *Matter of Adoption of Two Children by H.N.R.*, 666 A.2d 535 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1995).

86 BVerfGE 10, 59 (at 66); 49, 286 (at 300); 53, 224 (at 245); 62, 323 (at 330).

87 Pauly. Sperrwirkung des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs, Neue Juristische Wochenschrift 1955 (1997).

88 Bundesverfassungsgericht, рашэнніе ад 4 кастрычніка 1993 году, Neue Juristische Wochenschrift 3058 (1993).

89 Hark. Vor dem Gesetz, y: Bubeck 60 (2000).

90 Goodridge (гл. зн. 66).

91 Што да дэмографічнай сывятацыі і ролі арт. 6 GG у гэтым звязку гл.: Di Fabio. Der Schutz von Ehe und Familie: Verfassungsentscheidung für eine vitale Gesellschaft, Neue Juristische Wochenschrift 993 (2003).

D. Conclusion

As far as the decriminalization of homosexuality is concerned there is no difference between Germany and the United States. Simple homosexual conduct is no offense any more in all states of the US as well as all of Germany. The situation is different, however, in regard to family rights. On the one hand in Germany, because of federal statutory law, citizens enjoy the same rights regardless of geography, but the rights that have been granted are not as far-reaching as the rights conferred by the Massachusetts court decision. On the other hand in the US, since family law falls into the power of the states, family rights for homosexuals can only be found in a few states. So here it is all or nothing. Either homosexual couples live in the boundaries of Massachusetts and have more rights than they would in Germany (right to enter into a registered partnership), or they live in other parts of the US and get nothing.

It also seems that in the United States, societal perspectives on these subjects are more polarized than in Germany: On the one hand, groups opposed to same-sex marriage seem to argue in a much more aggressive way than in Germany; on the other hand a court in the United States granted a blank check to gays and lesbians by declaring the bar for same-sex marriage unconstitutional.

What seems to be true for both Germany and the United States is that decriminalization alone is not enough to prepare for a change of society's attitude towards basic family rights for same-sex couples or, as Pauly puts it: "*Decriminalization does not necessarily lead to privileges*"¹⁰⁰. As far as the relationship between the decriminalization of homosexuality and the granting of family rights to homosexuals is concerned, it is striking that both are apparently less connected than it might seem — although the majority in *Lawrence v. Texas* emphatically denied the connection¹⁰¹. The court decisions and academic writing on family rights in Germany as well as in the United States make only little reference to the reasoning that led to the decriminalization of homosexuality. Since the circumstances and the argumentation for the decriminalization of homosexuality differed significantly from the ones for or against granting family rights to homosexuals, it is not possible to draw any conclusions from one to the other. Decriminalization is the point of departure, if not the *conditio sine qua non* for the right to marry and to adopt children, but as can be seen quite well in Germany, it can take a long time for family rights to follow decriminalization. The fact that in the US *Goodridge* was decided only five months after *Lawrence v. Texas* could be, in this regard, a mere coincidence — *Lawrence v. Texas* concerned a conservative, *Goodridge* a liberal state. At the same time, the court in *Goodridge* cites to *Lawrence* frequently enough to make Scalia's fears, and the hopes of civil rights advocates, of a natural development from decriminalization to equal treatment probable.

As to the United States, since criminal law as well as family law is predominantly state law, as far as family law is concerned even exclusively, some states could decide to allow same-sex marriage, whereas others before *Lawrence* could put homosexual intercourse under punishment. This was the situation in 1999, when Vermont had already established the civil union for same-sex couples whereas several other states still enforced their anti-sodomy laws.

As far as the stability of the legal situation is concerned, the freedom for homosexuals gained by the two US-American decisions *Lawrence* and *Goodridge* can be considered less stable than the situation in Germany. In the latter rights are granted by (federal) statutes: the legal ground is confirmed by democratic means. In the United States, however, the situation is weaker in two respects: First, the right to marry is territorially restricted to only one state, Massachusetts, and secondly, the decision is made by a court that can be overruled by either an amendment to the Massachusetts Constitution, or the U.S. Constitution. Indeed, the Governor of Massachusetts has already announced that he is working on a constitutional amendment to overturn *Goodridge*¹⁰². This, however, would have to be confirmed by the citizens of Massachusetts and according to the Massachusetts Congressman Barney Frank the vote on the amendment will not take place before 2006. One cannot overlook, however, that opposition to same-sex marriage and partnership in society and political leadership is much more aggressive and active in the US than it is in Germany. The results, achieved for same-sex couples in a few US states are in danger of being negated by the strongest constitutional means, an amendment of the U.S. Constitution, if two-thirds of both houses of Congress vote for their Constitu-

100 Pauly, Sperrwirkung des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs, Neue Juristische Wochenschrift 1955 (1997).

101 *Lawrence v. Texas*, supra n. 32, 578 (J. Kennedy), 585-6 (J. O'Connor), but see *ibid.* 604-5 (J. Scalia, diss.).

102 See <<http://www.cnn.com/2003/LAW/11/18/samesex.marriage.ruling/index.html>> (last visited November 16, 2004).

III. Параўнаньне зь іншымі дыскрымінаванымі групамі

У справе *Гудрыдж Вышэйшы Суд штату Масачусэтс спасылаўся на рашэньні Вышэйшага Суда штату Каліфорнія⁹² 1949 г. і Вышэйшага Суда ЗША⁹³ 1967 г., згодна зь якім забарона на міжрасавыя шлюбы абвяшчалася неадпаведнай Канстытуцыі. Асабліва падкрэслівалася, што права на шлюб фактычна нічога ня значыць, калі нельга выкарыстаць яго з чалавекам па сваім выбары. Суд зазначыў, што тое, што стаецца неканстытуцыйным з-за расавай дыскрымінацыі, ня можа застацца ў межах Канстытуцыі датычна сексуальнай арыентацыі⁹⁴. Адзіная розніца ў тым, што пад “абуральную формай дыскрымінацыі” гэтым разам разумелася ня расавая, а сексуальная дыскрымінацыя. Цікава, што падобны аргумент, пабудаваны на ўведзенай нацыстамі забароне на шлюбы паміж габрэмі і негабрэмі і яе скасаваньні, можна было б высунуць і ў Нямеччыне, але ён не атрымаў шырокага распаўсюду, ці, іншымі словамі, стаўся непатрэбным.*

3. Параўнальныя заўвагі

Масачусэтскі суд займае пазыцыю, значна актыўнейшую за ту, што займае суд нямецкі. Канстытуцыйны Суд Нямеччыны⁹⁵ абвяшчае заканадаўчы акт, што дазваляе регістрація аднаполых партнэрстваў канстытуцыйным парадкам. А суд штату Масачусэтс прыйшоў да высновы, што Канстытуцыю парушае самая адсутнасць заканадаўчага акту, які б дазваляў аднаполыя шлюбы і даручаў заканадаўцам прыняць неабходныя меры, каб гомасексуальныя пары былі здольныя пабрацца шлюбам.

Няўжо амэрыканцы ці, хутчэй, жыхары штату Масачусэтс, больш прыхільна ставяцца да зъмянення стану аднаполых параў, чым насельнікі Нямеччыны, што й адлюстравалася ў больш прагрэсіўнай ролі Масачусэтскага суда? Апытаўні апошніх гадоў у Нямеччыне паказваюць, што значная большасць немцаў упэўненая — гэтэра- і гомасексуальныя пары мусяць мець цалкам аднолькавыя права⁹⁶. Між іншым, аналігічнае апытаўніне ў ЗША, якое ладзілі CNN, USA Today ды Gallup, выявіла, што 61% рэспандэнтаў — супраць легалізацыі гомасексуальных шлюбаў⁹⁷.

Адказ на пытаньне можа заключацца ў рознай ролі, што суды граюць у праўных систэмах такіх краінаў цывільнага права, як Нямеччына, і краінаў агульнага права кшталту ЗША. У Нямеччыне не вітаецца законатворчая дзеянасць судоў, бо ў межах цывільнага права суды звычайна ўжываюць і вытлумачаюць законы, а не ствараюць іх. Менавіта таму нямецкія суды хутчэй дбаюць пра мінулы досьвед, чым намагаюцца прадбачыць волю грамадзтва ў бліжэйшай будучыні і расчысьціць шлях новаму⁹⁸. У ЗША, наадварот, суды традыцыйна былі ў авангардзе праўнага прагрэсу.

Г. Падсумаваньне

У сфэры дэкрыміналізацыі гомасексуальнасці сітуацыя ў ЗША і Нямеччыне аднолькавая. Простыя гомасексуальныя стасункі больш ня лічацца злачынствам ані ў водным штаце ЗША, роўна як і ў Нямеччыне. Аднак адрозненіні што да сямейных правоў існуюць. З аднаго боку, дзякуючы фэдэральному статутаваному заканадаўству, усе жыхары Нямеччыны маюць аднолькавыя права незалежна ад месца іх жыхарства, але нададзеныя ім права вузейшыя за тыя, што надае Масачусэтскі суд. Зь іншага боку, па прычыне таго, што сямейнае права падпадае ў ЗША пад юрысдыкцыю штатаў, толькі некаторыя зь іх вырашылі надаць такія права гомасексуальным парам. Так паўстает дылема “усё або нічога”. Або гомасексуальная пара жыве ў Масачусэтсе і мае больш правоў, чым у Нямеччыне (права ўступаць у зарэгістраванае партнэрства), або пераяжджае ў іншыя штаты ЗША — і ня мае нічога.

Падаецца таксама, што ў ЗША грамадзтва больш палярызавана што да магчымага развіцця сітуацыі, чым у Нямеччыне. З аднаго боку, апанэнты аднаполых шлюбаў паводзяць сябе значна

92 Perez v. Sharp, 32 Cal.2d 711 (1949).

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

94 Goodridge (гл. зн. 66).

95 Гл. вышэй (зн. 58).

96 Beck. Die verfassungsrechtliche Begründung der Eingetragenen Lebenspartnerschaften, Neue Juristische Wochenschrift 1894 (2001).

97 Гл. <<http://www.cnn.com/2003/LAW/11/18/samesex.marriage.ruling/index.html>> (апошняе наведваньне 16 лістапада 2004 году).

98 Similar Zuck. Die schwule Braut, Neue Juristische Wochenschrift 176 (1995).

tion restricting freedom and thereby frustrating the inherent purpose of a Constitution: to ensure and extend basic rights to the people against intrusion and interference by their government. In Germany, on the other hand, homosexual partnership is now hardly a matter for controversy in society anymore. The gradual development and the creation of a “separate but equal” status have led to a stable situation with relatively wide-reaching rights for same-sex partners, though without full equality.

KAMUNIKAT.ORG

больш агрэсіўна, чым у Нямеччыне; зь іншага — амэрыканскі суд запаліў перад геямі і лесьбійкамі зялёнае съвято, абвесціўшы забарону на аднаполыя шлюбы неадпаведнай Канстытуцыі.

І для Нямеччыны, і для ЗША характэрна, што адной дэкрыміналізацыі недастаткова, каб зъяніць стаўленьне грамадзства да наданьня гомасексуальным парам базавых сямейных правоў ці, па словах Пойлі: “Дэкрыміналізацыя не абавязкова цягне за сабой прывілеі”⁹⁹. Што датычыць стасункаў паміж дэкрыміналізацыяй гомасексуальнасці і наданьнем сямейных правоў гомасексуальным парам, сувязь гэтых дзьвигоў зъяваў апынаеца відавочна слабейшай, чым тое падавалася, нягледзячы на тое, што ў справе *Лёўрэнс супраць Тэхасу* большасцю галасоў была съцверджана адсутнасць усялякай сувязі¹⁰⁰. У судовых рашэньях і навуковых досьледах па сямейным праве і ў Нямеччыне, і ў ЗША вытлумачэнню прычынаў, што прывялі да дэкрыміналізацыі гомасексуальнасці, надаеца вельмі мала ўвагі. Умовы і аргументацыя што да дэкрыміналізацыі гомасексуальнасці значна адрозніваліся ад умоваў і аргументаў за або супраць наданьня гомасексуалам сямейных правоў, таму праводзіць нейкія паралелі ў гэтым выпадку немагчыма. Дэкрыміналізацыя — толькі першы крок, калі не *conditio sine qua non* для права на шлюб і ўсыноўленыне дзяяцей. Але, як мы бачылі на прыкладзе Нямеччыны, паміж дэкрыміналізацыяй і наданьнем сямейных правоў можа мінуць даволі шмат часу. Той факт, что ў ЗША справа *Гудрыдж* даставала ад *Лёўрэнс супраць Тэхасу* ўсяго на пяць месяцаў, можна разглядыць як чыстае супадзеныне, бо першую разглядаў суд лібэральнага штату, другую — кансерватыўнага. У той самы час суд па справе *Гудрыдж* дастаткова часта спасылаўся на справу *Лёўрэнс супраць Тэхасу*, каб зрабіць верагодным тое, чаго гэтак баяўся Скалія і на што спадзяваліся абаронцы грамадзянскіх правоў, а менавіта зъдзейсніць натуральны пераход дэкрыміналізацыі ў роўнасць.

Што да ЗША, дык праз тое, што крымінальнае права знаходзіцца з большага ў кампетэнцыі штатаў (пры tym, што сямейнае права — цалкам іх сфера), некаторыя штаты маглі дазволіць аднаполыя шлюбы, пры tym, што іншыя, да справы *Лёўрэнса*, мелі магчымасць увесыці пакаранье за гомасексуальныя стасункі. Так было ў 1999 г., калі ў Вэрманце ўжо ўхвалілі стварэнье грамадзянскіх звязаў аднаполых партнераў, а некаторыя штаты яшчэ працягвалі насаджаць свае антысадамовыя законы.

Датычна трываласці прайнага стану, свабоду, набытую амэрыканскім гомасексуалістамі пасля справаў *Лёўрэнс* і *Гудрыдж* можна лічыць менш трывалай за нямецкую. У Нямеччыне права гарантованыя фэдэральнымі статутамі, то бок прайнага падмурк замацаваны дэмакратычнымі сродкамі. Сытуацыя ў ЗША слабейшая ў двух аспектах. Па-першае, права на шлюб тэрытарыяльна абмежаванае адным штатам. Па-другое, рашэньне, што прыняў суд, можа быць скасаванае папраўкай да Канстытуцыі Масачусэцсу ці Канстытуцыі ЗША. Насамрэч, губэрнатар штату Масачусэцс ужо заявіў, што вядзецца распрацоўка папраўкі ў Канстытуцыю, скіраванай супраць наступстваў справы *Гудрыдж*¹⁰¹. Папраўка, аднак, мусіць быць ухваленая жыхарамі Масачусэцсу, а галасаваньне, па словах кангрэсмена ад штату Масачусэцс Барні Франка, адбудзеца не раней за 2006 г. Ня трэба забывацца на той факт, што ў ЗША апазыцыя аднаполым шлюбам і партнэрствам з боку грамадзства і палітычнай эліты значна больш актыўная і жорсткая, чым у Нямеччыне. Правы, гарантованыя аднаполым парам у некаторых амэрыканскіх штатах, знаходзяцца пад пагрозай скасаваньня мацнейшым канстытуцыйным сродкам — папраўкай у Канстытуцыю ЗША. Абедзве Палаты Кангрэсу ЗША дэзвюма трацінамі галасоў могуць унесці ў Канстытуцыю папраўкі, што абмежавалі б свабоду і парушылі б першапачатковую мэту Канстытуцыі: абараняць і пашыраць базавыя права людзей ад пасягальніцтваў з боку ўраду. У Нямеччыне, наадварот, пытаньне гомасексуальных партнэрстваў сёньня больш не стаеца спрэчным.

■ 3 АНГЕЛЬСКАЕ ПЕРАКЛАЎ АЛЯКСАНДАР МАРТЫНАЎ

99 Pauly. Sperrwirkung des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs, Neue Juristische Wochenschrift 1955 (1997).

100 Lawrence v. Texas, вышэй спасылка 32, 578 (J. Kennedy), 585-6 (J. O'Connor), але гл. тамсама. 604-5 (J. Scalia, diss.).

101 Гл. <<http://www.cnn.com/2003/LAW/11/18/samesex.marriage.ruling/index.html>> (апошняе наведваньне 16 лістапада 2004 году).