

GAY MARRIAGE IS ABOUT TO WIN!

Koen Bovend'Eerd & Ruben de Graaff

'Gay marriage already won', kopt *TIME* begin april 2013, met als ondertitel: 'The Supreme Court hasn't made up its mind – but America has'. Diezelfde zomer oordeelt het Amerikaanse Hooggerechtshof in *United States v. Windsor* dat homostellen die legaal in het huwelijk zijn getreden niet mogen worden achtergesteld door middel van de federale *Defense of Marriage Act*, die het huwelijk definieert als een 'unie' tussen man en vrouw. Daardoor kunnen ook homostellen inmiddels profiteren van federale regelingen op het gebied van onder meer belastingen, sociale zekerheid en gezondheidszorg. Het Hooggerechtshof geeft echter geen inhoudelijk oordeel over de verenigbaarheid van een verbod op het homohuwelijk met het recht op gelijke behandeling uit de Amerikaanse Grondwet.

Lagere federale rechters zijn minder terughoudend. Sinds *United States v. Windsor* hebben drie *federal appeals courts* geoordeeld dat het verbod in vijf staten in strijd is met de Amerikaanse Grondwet. Daarop riepen voor- en tegenstanders het Hooggerechtshof op duidelijkheid te verschaffen. Begin oktober 2014 besloot het Hooggerechtshof de zeven zaken over het homohuwelijk niet in behandeling te nemen – tot verbazing van beide kampen.

Toch is het niet verwonderlijk dat het Hooggerechtshof deze verzoeken heeft afgewezen. Slechts in honderd van de ongeveer tienduizend jaarlijkse verzoeken aan het Hooggerechtshof volgt een inhoudelijk oordeel. Het betreft dus een kwestie van rechterlijk beleid: waar is rechtsvormend optreden volgens de rechters noodzakelijk of gewenst? Optreden is noodzakelijk als *federal appeals courts* verschillend beslissen. Dat was begin oktober nog niet het geval.

Deze beslissing om *niet* te beslissen kan ook strategisch zijn geweest. Het Hooggerechtshof hoeft de vingers niet te branden, maar laat de uitspraken van de *federal appeals courts* intussen wel in stand. Ook de andere staten die binnen de jurisdictie van deze *federal appeals courts* vallen, zullen zich eraan moeten houden. Het homohuwelijk is zo al binnen het bereik van burgers in vijfendertig staten gekomen.

Sommige lagere rechters zijn echter niet van plan met het Hooggerechtshof mee te werken. De *federal appeals court of the sixth circuit*, waar de staten Kentucky, Ohio, Michigan en Tennessee onder vallen, besliste begin november jl. met een 2-1 meerderheid dat het verbod op het homohuwelijk in deze staten niet in strijd is met de Amerikaanse Grondwet. Rechter Sutton, die de *majority opinion* schreef, staat een marginale toets voor en beroept zich daarbij op *Baker v. Nelson*. In dit arrest uit 1972 geeft het Hooggerechtshof in slechts één overweging aan dat het homohuwelijk geen 'substantial federal question' is, maar een kwestie die op staatsniveau moet worden beslist. Bovendien is Sutton van mening dat de keuze om het homohuwelijk al dan niet te verbieden niet door een rechter kan worden gemaakt: 'the people, gay and straight alike, [should] become the heroes of their own stories by meeting each other not as adversaries in a court system but as fellow citizens seeking to resolve a new social issue in a fair-minded way'.

Ironisch genoeg zorgen juist Sutton c.s. ervoor dat dit conflict in de hoogste juridische arena zal worden beslecht. Nu de *federal appeals courts* verdeeld zijn, kan het Hooggerechtshof zich niet langer afzijdig houden. De eerste zaken zijn al aanhangig gemaakt, een inhoudelijk oordeel kan wellicht al voor de zomer worden verwacht. Zal het Hooggerechtshof *Baker v. Nelson* herzien en oordelen dat het verbod op het homohuwelijk in strijd is met de Amerikaanse Grondwet?

De voortekenen zijn gunstig. Sinds *Baker v. Nelson* is het nodige gebeurd. Het Hooggerechtshof heeft enkele belangrijke keuzes gemaakt, zoals in *United States v. Windsor*, en heeft lagere federale rechters geen strobreed in de weg gelegd toen zij een stap verder gingen. Verzoeken om met de tenuitvoerlegging van deze lagere vonnissen te wachten tot er een uitspraak van het Hooggerechtshof ligt, worden stelselmatig door het Hooggerechtshof zelf afgewezen. In een meerderheid van de staten is het homohuwelijk inmiddels legaal, terwijl een meerderheid van de Amerikaanse bevolking voorstander is. Het is ondenkbaar dat de hoogste federale rechter deze ontwikkeling nu alsnog een halt toeroept. De terughoudendheid lijkt eerder strategisch te zijn geweest, en heeft het homohuwelijk juist dichterbij gebracht. Gay marriage is about to win!