

KRZYSZTOF MOTYKA*

O NOWEJ TEORII PRAWA NATURALNEGO,
MAŁŻEŃSTWIE I WOLNOŚCI RELIGII
W ZWIĄZKU Z KSIĄŻKĄ SHERIFA GIRGISA, RYANA THOMASA
ANDERSONA I ROBERTA PETERA GEORGE'A CZYM JEST MAŁŻEŃSTWO?

On the New Natural Law theory, marriage and freedom of religion.

In reference to the book by Sherif Girgis, Ryan Thomas Anderson and Robert Peter George:
What Is Marriage?

Streszczenie: Niniejszy artykuł napisany został w związku z polskim wydaniem książki *Czym jest małżeństwo? W obronie związku mężczyzny i kobiety* autorstwa trzech amerykańskich przedstawicieli Nowej teorii/szkoły prawa naturalnego: Sherifa Girgisa, Ryana T. Andersona i Roberta P. George'a. Przedstawia się w nim najpierw autorów książki, samą szkołę i jej stanowisko na temat małżeństwa jako dobra podstawowego. W dalszej kolejności omawia się orzecznictwo Sądu Najwyższego USA odnoszące się do małżeństw osób tej samej płci, w tym rolę, jaka w tym zakresie przypisywana jest prawu do prywatności. Szczególna uwaga poświęcona została wyrokowi tego sądu w sprawie *Obergefell v. Hodges*, a zwłaszcza jej aspektom odnoszącym się do wolności religii, które w polskiej literaturze przedmiotu nie były dotychczas zbyt mocno eksponowane. W końcowej części odniesiono się do kilku decyzji Sądu Najwyższego USA, dotyczących wolności religii w kontekście małżeństw osób tej samej płci, w tym do wydanego ostatnio wyroku w sprawie *Fulton v. Philadelphia*.

Słowa kluczowe: nowa teoria prawa naturalnego; małżeństwo; wolność religii; *Obergefell v. Hodges*

* Dr hab., prof. KUL, Katedra Socjologii Struktur, Procesów Społecznych i Pracy Socjalnej, Instytut Nauk Socjologicznych, Wydział Nauk Społecznych, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II, Al. Raclawickie 14, 20-950 Lublin, e-mail: kmotyka@kul.pl.
ORCID 0000-0002-8805-7495.

Abstract: This article has been written in connection with the Polish edition of the book *What Is Marriage? Man and Woman: A Defense* by three American representatives of the New Natural Law theory/school: Sherif Girgis, Ryan T. Anderson, and Robert P. George. In the first part, the article introduces the authors of the book as well as their theory/school and its position on marriage as a basic good. Then it discusses the case law of the US Supreme Court relating to same-sex marriage, including the role of the right to privacy in this regard. Particular attention has been paid to the decision of this court in the case of *Obergefell v. Hodges*, and especially its aspects relating to the freedom of religion that have previously received little attention in Polish literature on the subject. The article ends with a brief overview of several post-*Obergefell* cases related to same-sex marriage and freedom of religion, including the very recent case of *Fulton v. Philadelphia*.

Key words: New Natural Law theory; marriage; freedom of religion; *Obergefell v. Hodges*

1. WPROWADZENIE

Zarówno zagadnienie prawa naturalnego, jak i małżeństwa oraz wolności religii stanowią przedmiot zainteresowań badaczy prawa wyznaniowego. Były one poruszane również przez śp. Księdza Profesora Henryka Misztala¹, bliskiego mi także z uwagi na fakt, że z wdzięcznością wspominał moją Mistrzynię, Profesor Hannę Waśkiewicz (1919–1993), znawcę problematyki prawa naturalnego i praw człowieka, wieloletnią Kierowniczkę Katedry Filozofii Prawa, której poświęcił osobny artykuł². To za sprawą Hanny Waśkiewicz od roku akad. 1971/72 prowadził On zajęcia w ramach ówczesnej Specjalizacji Filozoficzno-Społecznej na Wydziale Filozofii Chrześcijańskiej KUL, a następnie – do 1985 r. – na będącej jej kontynuacją Sekcji Społecznej reaktywowanego w 1981 r. Wydziału Nauk Społecznych naszego Uniwersytetu³.

¹ Zob. np. Misztal, 1993, 1999.

² Zob. Misztal 2006, 292–293.

³ Por. tamże; Archiwum Uniwersyteckie KUL (AUKUL). Referat Personalny, Akta osobowe pracowników, Misztal Henryk, ks., sygn. A-1007; AUKUL. Wydział Filozofii, Plany i programy studiów, filozofia praktyczna, 1962/63–1971/72, sygn. brak; AUKUL. Wydział Filozofii, Plany i programy studiów, filozofia praktyczna, 1972/73–1980/81, sygn. brak. Ks. H. Misztal prowadził tam wykład kursoryczny *Ustrój i prawo PRL* (3 godz./tyg.).

2. KSIĄŻKA I JEJ AUTORZY

Punktem wyjścia i punktem odniesienia niniejszych uwag, które dedykuję pamięci Księdza Profesora, jest wymieniona w ich podtytule książka, opublikowana w 2012 r.⁴, a w wersji polskiej na przełomie 2019 i 2020 r.⁵, będąca jednym z najważniejszych głosów w trwającej od dekad w Stanach Zjednoczonych, ale też i poza nimi, wojnie kulturowej w odniesieniu do małżeństwa i rodziny⁶. Książka ta powstała na bazie artykułu opublikowanego przez Sherifa Girgisa, Ryana T. Andersona i Roberta P. George’a w „Harvard Journal of Law and Public Policy” (2010), który spotkał się od razu z wielkim zainteresowaniem i w kolejnych kilkunastu miesiącach był na czele rankingu tekstów najczęściej pobieranych z internetowych baz naukowych⁷. Jej dwaj pierwsi autorzy – studenci tego trzeciego – choćby z racji wieku są raczej nieznanymi w Polsce, nawet w środowisku akademickim, choć ich artykuł i książka były u nas cytowane, zarówno w literaturze naukowej, jak i w prasie codziennej czy publikacjach internetowych⁸. Sherif Girgis ukończył filozofię w Princeton i Oksfordzie, a potem – w trakcie studiów doktoranckich z filozofii w Princeton – prawo w Yale. Obecnie jest *research scholar* w założonym m.in. przez Roberta P. George’a konserwatywnym Witherspoon Institute w Princeton. Ryan T. Anderson również ukończył filozofię w Princeton, a następnie doktoryzował się w zakresie filozofii politycznej w Notre Dame, przez kilka lat był *senior research fellow* w waszyngtońskiej Heritage Foundation, a obecnie jest prezydentem tamtejszego Ethics and Public Policy Center oraz twór-

⁴ Tytuł oryginalny: *What Is Marriage? Man and Woman: A Defense* (New York: Encounter 2012).

⁵ Tytuł polskiego tłumaczenia: *Czym jest małżeństwo? W obronie związku mężczyzny i kobiety*, tłum. M. Filipczuk (Warszawa: Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości 2019, ss. 167). Książkę poprzedzają kompetentnie napisane, z krótkimi ogólnymi odniesieniami do debat w Polsce, uwagi wprowadzające Agaty Czarneckiej pt. *Małżeństwo jako problem prawny i przedmiot rozmowy* (s. 7–19).

⁶ Zob. np. Petry Mroczkowska 1999; Wardle 2007.

⁷ Przed ukazaniem się książki ze strony SSRN (Social Science Research Network) pobrano go 75 tys. razy (do sierpnia 2021 r. – 82 tys.). Zob. Czarnecka 2016b, 221 i Czarnecka 2014a, 257.

⁸ Np. Pawliczak 2014, 319; Krawiec 2015, 203, 207; Kędzierski 2013.

cą i redaktorem czasopisma internetowego „Public Discourse” wydawanego przez Witherspoon Institute. Oprócz *Czym jest małżeństwo?* Girgis i Anderson opublikowali kilka obszernych artykułów w renomowanych czasopismach naukowych⁹, dziesiątki tekstów publicystycznych i książkę współautorską w Oxford University Press¹⁰. Anderson dołożył do tego kolejne dwie pozycje książkowe, które – podobnie jak większość ich dorobku – dotyczą problematyki małżeństwa we współczesnej Ameryce¹¹.

Trzeci z autorów, Robert P. George, filozof prawa i filozof polityki, katolicki intelektualista, jest profesorem prawa w Princeton, związanym także z Witherspoon Institute, którego jest współzałożycielem, i Notre Dame Center for Ethics and Culture. W „New York Times”, na którego łamach także publikował¹², określono go jako jednego z najwybitniejszych¹³ czy wręcz najwybitniejszego i najbardziej wpływowego¹⁴ amerykańskiego chrześcijańskiego konserwatystę¹⁵. Studiował m.in. prawo i teologię w Harvardzie oraz filozofię prawa w Oxfordzie pod kierunkiem Johna Finnis’a i Josepha Raza, znanych polskim filozofom prawa, filozofom polityki i etykom. W 2010 r. George odwiedził Polskę, gdzie na Uniwersytecie Warszawskim – jak Finnis kilka lat wcześniej¹⁶ – wygłosił wykład im. Leona Petrażyckiego¹⁷. Bogaty dorobek publikacyjny R. P. George’a w znacznej mierze dotyczy problematyki prawnonaturalnej, w tym tzw. Nowej teorii prawa naturalnego oraz jej aplikacji do dyskusji ze współczesnym liberalizmem i do obrony katolickiego stanowiska w takich kwestiach, jak ochrona życia od poczęcia do naturalnej śmierci, wolność religijna czy małżeństwo¹⁸.

⁹ Girgis 2013; 2014a; 2014b; 2014c; 2016; Anderson 2015a; 2016; 2017; 2018a; 2018b.

¹⁰ Corvino, Anderson, Girgis 2017.

¹¹ Anderson 2015; 2018c.

¹² Np. George, Girgis 2017.

¹³ Hymowitz 2013.

¹⁴ Brooks 2015; Kirkpatrick 2009. Por. Anderson 2009.

¹⁵ Scaer 2015, 351.

¹⁶ Finnis 2005b. Ryszard Legutko [2004] właśnie Finnis’a i George’a wymieniał wśród ośmiu współczesnych autorów politycznych, których warto czytać w pierwszym rzędzie.

¹⁷ George 2010.

¹⁸ Zob. w szczególności: George 1993; 1999; 2001 (wyd. polskie 2019); 2013. Oprócz wielu artykułów naukowych George opublikował grubo ponad setkę mniejszych tekstów, głównie na łamach „First Things” i „Public Discourse”. Podobnie jak Girgis i Anderson,

3. NOWA TEORIA/SZKOŁA PRAWA NATURALNEGO I WIZJA MAŁŻEŃSTWA

Nowa teoria/szkoła prawa naturalnego¹⁹ to nurt we współczesnej filozofii, filozofii prawa, etyce i teologii, zapoczątkowany przez filozofa Germaina Griseza jego komentarzem do pierwszej zasady rozumu praktycznego, znanej także jako pierwsza zasada prawa naturalnego, sformułowanej w *Sumie teologicznej* św. Tomasza²⁰, a następnie rozwijany przez Griseza i Johna Finnis'a oraz m.in. Williama Maya, Josepha Boyle'a, Russela Shawa, Olafa P. Tollefsena, Patricka Lee, Gerarda V. Bradleya, Christophera Tollefsena i – *last not least* – Roberta P. George'a. Jak to ujął Santiago Legarre, zmarły w 2018 r. Grisez²¹ był twórcą i architektem Nowej teorii/szkoły prawa naturalnego, Finnis jej głównym budowniczym, zaś George jej młodszym i najbardziej żywiołowym głosem²². W szkole Griseza-Finnisa, bo tak też bywa określana²³, można wyróżnić autorów szeroko podejmujących kwestie teologiczne, jak i tych, którzy zajmują się przede wszystkim teoretycznymi i praktycznymi zagadnieniami prawa²⁴. Do tych drugich zaliczają się Finnis, Bradley, George, a także Girgis i Anderson. *Opus magnum* tworzonego przez nich jurydycznego nurtu szkoły stanowi książka Finnis'a pt. *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*, która została opublikowana w 1980 r. przez Oxford University Press w redagowanej przez H. L. A. Harta, którego Finnis był uczniem, Clarendon Law Series. Adresowana była zatem w pierwszym rzędzie do akademickich prawników²⁵. Dziełem tym Finnis, od 1966 r. związany z Uniwersytetem w Oksfordzie, a od 1995 r. z amerykańskim Uniwersytetem Notre Dame, wprowadził problematykę prawa naturalnego do dyskusji w ramach jursprudencki analitycznej, a podejście i kategorie tej ostatniej – do refleksji prawnonaturalnej. Opowiedział się

wyłosił szereg publicznych wykładów dotyczących tych kwestii, z których część dostępna jest w Internecie. Na temat działalności publicznej George'a zob. Czarnecka 2016a.

¹⁹ Zob. np. Hittinger 1987; Massini Correas 1999; Lee 2019, 73–91; Łabieniec 2004 (rozdz. I); Miętek 2008.

²⁰ Grisez 1965.

²¹ Finnis 2018.

²² Legarre 2018, 787.

²³ Biggar, Black (red.) 2000.

²⁴ Czarnecka 2014b, 34 i n.

²⁵ Finnis 1980. Wyd. polskie: Finnis 2001.

on, a za nim jego współpracownicy, za poglądem Hume'a, że z sądów opisowych nie można logicznie wywodzić sądów normatywnych, a zarazem starał się wykazać, że św. Tomasz nie popełniał tego błędu. Przedstawiając zaś swoją własną teorię prawa naturalnego (rozumności praktycznej)²⁶ Finnis nie odwoływał się do natury ludzkiej, co stało się powodem krytyki, zwłaszcza ze strony przedstawicieli tradycyjnego tomizmu, według których bez przyjęcia określonej metafizyki oraz określonej wizji tej natury nie można zbudować teorii prawa naturalnego²⁷. Z dyskusją i krytyką spotkała się też zaprezentowana przez Johna Finnisa koncepcja dóbr podstawowych rozumianych przezeń jako pewne aspekty ludzkiego rozkwitu czy spełnienia, poznawane zdroworoządkowo, oczywiste i nieredukowalne do żadnych innych dóbr ani do któregośkolwiek spośród siebie, a przy tym niepodlegające hierarchizacji. Lista tych dóbr przedstawiona przez Finnisa obejmowała pierwotnie życie, wiedzę, zabawę, przeżycia estetyczne, życie w społeczności (w tym jego najdoskonalszą postać – przyjaźń), rozumność praktyczną oraz szeroko pojętą religię. Wszystkie inne formy dobra dadzą się, zdaniem Finnisa, sprowadzić do wymienionych dóbr podstawowych, stanowiąc ich uszczegółowienie czy kombinację²⁸.

Na podkreślenie zasługuje fakt, że ani na tej, ani na następnej liście dóbr podstawowych przedstawionej przez Finnisa²⁹ nie ma małżeństwa³⁰. Pojawi się ono w pracach przedstawicieli nowej teorii prawa naturalnego jako dobro podstawowe kilkanaście lat później³¹, także w pracach Finnisa³², który przyzna potem, że w jego słynnej książce „małżeństwo nie zostało odpowiednio zidentyfikowane”³³. W artykule poświęconym małżeństwu

²⁶ Zob. Motyka 2001 i Motyka 2002 oraz cytowana tam literatura. Ponadto: Kozłowski 1997, a z późniejszych prac polskich zwłaszcza: Łabieniec 2004; Miętek 2007; Oniszcuk 2008, 342–351; Blicharz, Pietrzyk 2014.

²⁷ Zob. Motyka 2001, XVII i cyt. tam literatura. Na zarzuty te odpowiadał George, m.in. w George 1992. Argumenty George'a były zdaniem części krytyki przekonujące, co podkreśla Contreras 2013, XIII.

²⁸ Finnis 2001, 97 i n. Uwagi powyższe na temat Finnisa przedstawiam za: Motyka 2001 i Motyka 2002.

²⁹ Finnis, Grisez, Boyle 1987, 107–108.

³⁰ Zwraca na to uwagę Czarnecka 2014b, 205.

³¹ Grisez 1993, 556.

³² Finnis 1997, 2008. Por. Finnis 1994, 1066.

³³ Finnis 2005a, 124; Finnis 2008, 403, przyp. 3.

w kontekście etyki seksualnej Finnis pisał, że jest ono jednym z dóbr podstawowych, do którego ludzki wybór i działanie są kierowane przez pierwszą zasadę rozumu praktycznego³⁴. Włączenie małżeństwa do listy dóbr podstawowych było rezultatem studiów nad stanowiskiem św. Tomasza³⁵, ale też – jak zauważa Agata Czarnecka – dyskusji w ramach Nowej szkoły prawa naturalnego³⁶.

Małżeństwu, także w kontekście prawnym, dużo uwagi poświęcił zwłaszcza Robert P. George, który prawie od samego początku zaliczał je do dóbr podstawowych i ujmował jako „komunię dwóch osób połączonych w jedno ciało, która jest konsumowana i aktualizowana przez akty seksualne typu reprodukcyjnego”³⁷, nawet jeśli małżonkowie nie są, np. z uwagi na bezpłodność, zdolni do poczęcia dziecka. Tylko takie akty seksualne, zdaniem przedstawicieli Nowej teorii prawa naturalnego – mają wartość same w sobie, wartość nieinstrumentalną i zasługują na nazwę aktów małżeńskich. Nie mają takiej wewnętrznej wartości i godzą w małżeństwo jako dobro podstawowe inne, niemajątkowe akty seksualne, w tym homoseksualne czy niegenitalne albo w inny sposób (np. za pomocą antykoncepcji) nieotwarte na prokreację akty seksualne małżonków³⁸. Dodajmy, że George, w odróżnieniu do Finnisa, zapewne w konsekwencji swojej wizji wychowawczej, perfekcjonizującej roli prawa³⁹, uważał, że ustawodawca może zakazywać pewnych niemoralnych i uderzających w instytucję małżeństwa zachowań, takich jak stosunki seksualne osób niebędących w związku małżeńskim (*fornication*), zdrada małżeńska (*adultery*) czy

³⁴ Finnis 1997, 97.

³⁵ Mpora 2001, 92.

³⁶ Czarnecka 214b, 206. Krytykę immanentną uznawania małżeństwa za dobro podstawowe przez przedstawicieli Nowej teorii prawa naturalnego przeprowadził Jeremy R. Garrett. Jego zdaniem, w przeciwieństwie do pozostałych siedmiu dóbr uważanych za podstawowe przez Finnisa, dobro małżeństwa jest redukowalne do jednego lub większej liczby dóbr rzeczywiście podstawowych, a zatem nie może być w świetle przesłanek Nowej teorii uznane za takie dobro (Garrett 2008, 612). Zob. też Goldstein 2011.

³⁷ George, Bradley 1995, 301–302. George i Bradley podkreślają, że „małżeństwo, «akty typu reprodukcyjnego» i «małżonkowie» są zatem tak definicyjnie powiązane, że [...] małżeństwo jest z istoty heteroseksualne i małżonką mężczyzny jest z konieczności kobieta (i odwrotnie)” (302).

³⁸ Tamże.

³⁹ George 1993; Czarnecka 2017.

akty sodomii⁴⁰, które – dodajmy – na początku lat 1960. były przestępstwem we wszystkich stanach USA⁴¹.

4. OD PRAWA DO PRYWATNOŚCI DO MAŁŻEŃSTW HOMOSEKSUALNYCH

W ogromnej większości amerykańskich stanów na początku minionej dekady, kiedy powstawała książka Girgisa, Andersona i George'a, w dalszym ciągu prawo uznawało tradycyjną wizję małżeństwa jako związku mężczyzny i kobiety. Na wielu frontach była ona jednak kwestionowana, w tym przez zdecydowaną większość elity artystycznej i intelektualnej, z akademicką włącznie, do której coraz wyraźniej dołączały wielkie korporacje. Początku procesu, który doprowadził do zakwestionowania heteroseksualnego charakteru małżeństwa i – szerzej – do kryzysu małżeństwa jako instytucji, należy upatrywać w połowie lat 1960., w rewolucji seksualnej będącej rezultatem m.in. upowszechnienia się tabletki antykoncepcyjnej i widocznej do dziś obsesji Amerykanów na punkcie seksu oraz – głównie w tym kontekście – prawa do prywatności. Coraz większy rynek środków antykoncepcyjnych z jednej strony, z drugiej zaś obowiązywanie w dużej części USA, nawet jeśli sporadycznie egzekwowanych, przepisów zakazujących ich stosowania, sprawiły, że przepisy te stały się przedmiotem postępowań sądowych, których finałem była decyzja Sądu Najwyższego w sprawie *Griswold v. Connecticut*⁴². W orzeczeniu tym Sąd uznał, że stanowe przepisy zakazujące stosowania środków antykoncepcyjnych, jak również udzielania porad lekarskich tego dotyczących, są w odniesieniu do małżonków sprzeczne z Konstytucją, gdyż naruszają zawarte w niej *implicite*, niewyrażone wprost, prawo do prywatności. Nie mogąc oprzeć się na żadnym przepisie konstytucyjnym, który mógłby być podstawą takiego rozstrzygnięcia, autor opinii, William O. Douglas, wywiódł omawiane uprawnienie z gwarancji zawartych w kilku poprawkach do Konstytucji wziętych łącznie, a dokładniej – z „półcieni utworzonych przez ema-

⁴⁰ George 2000, 31.

⁴¹ Zob. Sweeny 2014, 129–130.

⁴² *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). Zob. Motyka 2006, 88–94. Poniższa prezentacja ekspansji konstytucyjnego prawa do prywatności w USA oparta jest na tej pracy.

nacje tych gwarancji”⁴³. Sędzia Arthur J. Goldberg uznał w opinii zbieżnej, że „prawo do prywatności w stosunkach małżeńskich jest fundamentalnym i podstawowym prawem [...] w rozumieniu Dziewiątej Poprawki”⁴⁴. Z kolei sędzia John M. Harlan stwierdził, że zakwestionowane przepisy Connecticut naruszają zawartą w Czternastej Poprawce zasadę praworządnego postępowania (*due process of law*), ponieważ są „sprzeczne z podstawowymi wartościami zawartymi w pojęciu uporządkowanej wolności”⁴⁵. Tą samą zasadą uzasadniał decyzję Sądu sędzia Byron White. Sędziowie Hugo Black i Potter Stewart zgłosili zdania odrębne. Szczególnie trafne okazały się uwagi tego pierwszego, który krytykował stanowisko większości nie tylko za odczytywanie z Konstytucji (a w istocie wpisywanie do niej, wobec braku odpowiedniego oparcia w jej tekście) nowego uprawnienia, ale także – w jeszcze większym stopniu – za ogólność, abstrakcyjność pojęcia *privacy*. Zdaniem Blacka czyni to nowe uprawnienie niebezpiecznym dla zasady trójpodziału władzy, gdyż umożliwia sądom, zwłaszcza Sądowi Najwyższemu, jego bardzo szerokie interpretowanie, a tym samym stwierdzanie niekonstytucyjności różnych działań władzy ustawodawczej i wykonawczej⁴⁶.

Wkrótce obawy Blacka znalazły potwierdzenie w praktyce orzeczniczej sądów amerykańskich, w tym Sądu Najwyższego, w drodze której nastąpiła ekspansja konstytucyjnego prawa do prywatności. To, co ważne z perspektywy omawianej książki, to fakt, że w *Griswold* mowa była przede wszystkim o prywatności w kontekście małżeństwa⁴⁷, określonego przez

⁴³ *Griswold v. Connecticut*, 484.

⁴⁴ Zgodnie z tą poprawką „[w]ymienienie w Konstytucji określonych praw nie oznacza zniesienia lub ograniczenia innych praw przysługujących ludowi”. Cyt. za: Motyka 2004b, 118. Warto dodać, że sędzia Goldberg wyraził opinię, iż konstytucyjność obowiązujących w Connecticut ustaw zakazujących zdrady małżeńskiej i pozamałżeńskich stosunków seksualnych nie budzi wątpliwości (498), powołując się przy tym na zdanie odrębne Harlana do dotyczącej tych samych przepisów decyzji Sądu Najwyższego w sprawie *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961), w którym pisał, że przepisy penalizujące pozamałżeńskie stosunki seksualne, w tym homoseksualne, „tworzą wzór tak głęboko wrośnięty w treść naszego życia społecznego, że każda doktryna konstytucyjna w tym obszarze musi być oparta o tę podstawę” (546).

⁴⁵ *Griswold v. Connecticut*, 500.

⁴⁶ Tamże, 509.

⁴⁷ „Ustawa Connecticut zabraniająca stosowania środków antykoncepcyjnych narusza prawo do prywatności małżeńskiej”. Tamże, 479.

Duglasa jako „dwoje ludzi, którzy [...] prowadzą wspólne życie tak dalece intymne, że wręcz święte”⁴⁸, i „świętego obszaru sypialni małżeńskiej”⁴⁹. Ale dość szybko prawo do prywatności zostało pozbawione owego powiązania z małżeństwem, rodziną, domem i świętością⁵⁰.

W wydanym cztery lata później orzeczeniu w sprawie *Stanley v. Georgia*⁵¹ Sąd Najwyższy stwierdził, powołując się m.in. na prawo do prywatności, że Konstytucja zapewnia ochronę posiadania w domu materiałów obscenicznych, a w *Eisenstadt v. Baird*⁵², na podstawie zasady równej ochrony prawnej, uznał za niekonstytucyjne przepisy stanu Massachusetts zakazujące udostępniania środków antykoncepcyjnych osobom stanu wolnego. Wprawdzie – jak czytamy w opinii większości autorstwa sędziego Brennana – „w myśl *Griswold* rozważane prawo do prywatności przysługuje związkowi małżeńskiemu”, jednakże jest ono „prawem *jednostki*, zamężnej, żonatej czy wolnej, by władze nie ingerowały w sprawy odnoszące się do niej w sposób tak zasadniczy, jak decyzja o urodzeniu czy spłodzeniu dziecka”⁵³.

W 1973 r., w jednym z najgłośniejszych i do dziś najbardziej krytykowanych orzeczeń – *Roe v. Wade* – SN większością 7:2 uznał, że prawo do prywatności „jest dostatecznie szerokie, by objąć decyzję kobiety o przerwaniu lub utrzymaniu ciąży”⁵⁴. Z kolei w wyroku w sprawie *Carey v. Population Services International* z 1977 r.⁵⁵ za niekonstytucyjne uznane zostały m.in. przepisy stanowe New Jersey penalizujące dostarczanie lub sprzedaż środków antykoncepcyjnych osobom poniżej 16. roku życia.

W omówionym procesie sądowego rozszerzania znaczenia prawa do prywatności Michael J. Sandel widział redefinicję podmiotów tego prawa z „osób jako uczestników instytucji społecznej małżeństwa do osób

⁴⁸ Tamże, 486.

⁴⁹ Tamże, 485.

⁵⁰ Zwracając na to uwagę także George i Tubbs 2005, pisząc, że wkrótce Sąd Najwyższy „przemienił «prawo do prywatności» w potężne narzędzie polityki publicznej”.

⁵¹ *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969).

⁵² *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

⁵³ Tamże, 453 (kursywa oryginału).

⁵⁴ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), 153. Zob. Byrn 1993, którego zdaniem orzeczenie w sprawie *Roe* jest perwersją prawa do prywatności. W tym duchu ostatnio np. Forsythe 2021.

⁵⁵ *Carey v. Population Services International*, 431 U.S. 678 (1977).

jako jednostek niezależnych od ich ról czy powiązań”, z drugiej zaś strony przejście od „starego” pojęcia prywatności jako chroniącej jednostkę przed inwigilacją do pojęcia prywatności, która chroni wolność wyboru. „Podczas gdy prywatność w *Griswold* zapobiegała wkraczaniu w «święty obszar małżeńskich sypialni» – pisał – prywatność w *Eisenstadt* zapobiegała wkraczaniu w decyzje pewnego rodzaju”, i to „nie ze względu na promowane przezeń praktyki społeczne, ale ze względu na indywidualny wybór, który zabezpiecza”⁵⁶. Z kolei Janet L. Dolgin upatrywała w powołanych wyżej wyrokach istotne ogniwa w procesie jeśli nie zgonu, to desakralizacji amerykańskiej rodziny, która „coraz bardziej zaczęła być postrzegana jako zbiór odrębnych jednostek połączonych przez zbiór czasowych wyborów i niepodlegająca oddziaływaniu wiecznych nakazów Boga czy krwi”⁵⁷.

W latach 60. i 70. ubiegłego stulecia w szeregu stanów – w dużej mierze ze względu na prawo do prywatności – utraciły moc obowiązującą, sporadycznie zresztą stosowane, przepisy kryminalizujące seks pozamałżeński i akty sodomii, w tym homoseksualnej. W przypadku tej ostatniej nastąpiło to głównie na drodze ustawodawczej (poczynając od Colorado i Oregonu w 1971 r., wcześniej – w 1963 r. – Illinois) lub w drodze orzeczeń sądowych, uznających sprzeczność takich regulacji z konstytucją stanową. Ale federalny Sąd Najwyższy, w którym w latach 1980. zasiadło troje mniej lub bardziej konserwatywnych sędziów nominowanych przez prezydenta Reagana, w sprawie *Bowers v. Hardwick* (1986) większością 5:4 odmówił uznania za sprzeczne z konstytucyjnym prawem do prywatności przepisów stanu Georgia kryminalizujących seks oralny i analny, w tym wypadku z osobami tej samej płci, nawet jeśli miał on miejsce w domu. W konsekwencji uchylono korzystne dla powodów orzeczenie Sądu Apelacyjnego dla 11 Okręgu. Jak stwierdził autor uzasadnienia, sędzia Byron R. White, zważywszy, że sodomia była dawniej i wówczas przestępstwem w wielu stanach, argument jakoby „prawo do angażowania się w takie zachowanie było «głęboko zakorzenione w tradycji i historii» narodu amerykańskiego lub «zawierało się w pojęciu uporządkowanej wolności» jest «co najwyżej krotochwilny»”⁵⁸.

⁵⁶ Sandel 1989, 527 i Sandel 1996, 97.

⁵⁷ Dolgin 1994, 1537.

⁵⁸ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S.186 (1986), 194.

W 1996 r. w sprawie *Romer v. Evans*, w której jako eksperci występowali Finnis i George⁵⁹, większością 6:3 Sąd Najwyższy uznał przyjętą w drodze referendum poprawkę do konstytucji stanowej Kolorado, uniemożliwiającą nadanie homoseksualistom statusu grupy mniejszościowej i ewentualnych preferencji oraz ochrony z tym związanej, za sprzeczną z Konstytucją USA⁶⁰. Sześć lat później, w dotyczącej dwóch homoseksualistów sprawie *Lawrence i Garner v. Texas*⁶¹, Sąd Najwyższy stosunkiem głosów 6:3, m.in. głosami umiarkowanie konserwatywnych sędziów: Sandry Day O'Connor i Anthony'ego Kennedy'ego – autora uzasadnienia – uznał za niekonstytucyjną ustawę stanu Teksas, która penalizowała seks homoseksualny. Odstąpił też od stanowiska wyrażonego w wyroku wydanym w sprawie *Bowers v. Hardwick*, argumentując, że indywidualne decyzje dotyczące dobrowolnych i prywatnych stosunków intymnych stanowią wolność chronioną przez Czternastą Poprawkę do Konstytucji, zatem stany nie mogą ich zakazywać, a osoby je praktykujące „są uprawnione do poszanowania ich życia prywatnego”⁶². Sędzia O'Connor w opinii zbieżnej stwierdziła, że zakwestionowana ustawa nie realizowała żadnego uzasadnionego interesu państwa, który mógłby uzasadniać penalizację sodomii wyłącznie między osobami tej samej płci, co – jej zdaniem – narusza zawartą w Czternastej Poprawce klauzulę równej ochrony prawnej⁶³. W zdaniu odrębnym Antonin Scalia podnosił m.in., że *Lawrence*, uchylając decyzję w sprawie *Bowers*, stawia pod znakiem zapytania legalność bazujących na określonym wyborze moralnym przepisów zakazujących bigamii, kazirodztwa, prostytucji, masturbacji, cudzołóstwa czy wreszcie małżeństw osób tej samej płci⁶⁴.

⁵⁹ Zob. Czarnecka 2016a, 17–18.

⁶⁰ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

⁶¹ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

⁶² Tamże, 578. W 2003 r. stosunki homoseksualne były zakazane przez prawo trzytnastu stanów. Jak podkreślał później Gerard V. Bradley, jednym z „wielu grzechów” *Lawrence* jest to, że sąd pozbawił w nim stany kompetencji do uznawania małżeństwa za zasadę moralności seksualnej. „Po raz pierwszy w historii – pisał o *Lawrence* – Sąd Najwyższy uznał, że osoby stanu wolnego mają konstytucyjne prawo do uprawiania seksu”. Bradley 2004, 211.

⁶³ *Lawrence v. Texas*, 579, 585.

⁶⁴ Tamże, 590.

Ta ostatnia kwestia, która leży u źródeł książki Girgisa, Andersona i George'a, była w Ameryce przedmiotem spraw sądowych, ale też postulatów doktryny prawniczej, już na początku lat 1970., stanowiąc w dużej mierze pokłosie orzeczenia w sprawie *Griswold v. Connecticut*. Jako pierwszy ze stanowych sądów najwyższych sprawę taką rozpatrywał Sąd Najwyższy Minnesoty, odrzucając apelację dwóch aktywistów gejowskich, którzy powoływali się m.in. na klauzulę równej ochrony prawnej i prawo do prywatności, od odmowy udzielenia im licencji małżeńskiej⁶⁵. W kolejnych, bardzo zbliżonych sprawach, sądy zajmowały podobne stanowisko, odrzucając apelacje powodów⁶⁶. Odmienne stało się dwadzieścia lat później w sprawie *Baehr v. Lewin/Miike* (1993/1999)⁶⁷, w której Sąd Najwyższy Hawajów uznał, że brak możliwości zawarcia małżeństwa przez pary homoseksualne stanowi dyskryminację, o ile władze nie wykażą, iż przemawia za nim „przemocny interes państwa (*compelling state interest*)”⁶⁸. Sąd ten przekazał sprawę do ponownego rozpatrzenia przez sąd dystryktowy, ostatecznie jednak postępowanie zakończono z uwagi na ustawę wykluczającą małżeństwa osób tej samej płci oraz przyjętą w drodze referendum poprawkę do konstytucji stanowej zezwalającą na przyjęcie takiej ustawy. Omawiana sprawa przyczyniła się do przyjęcia przez inne stany podobnych ustaw (16 do 1996 r.) oraz federalnej ustawy o ochronie małżeństwa (*Defence of Marriage Act – DOMA*, 1996), zezwalającej stanom na nieuznawanie małżeństw jedнопłciowych zarejestrowanych w innym stanie oraz definiującej małżeństwo dla celów federalnych jako związek jednego mężczyzny i jednej kobiety⁶⁹.

DOMA mogła być oczywiście uznana za niekonstytucyjną i uchylona przez sądy federalne. Dlatego już od 2002 r., z udziałem

⁶⁵ *Baker v. Nelson*, 291 Minn. 310, 191 N.W.2d 185 (1971). Zob. Pietrzykowski 2011; Pawliczak 2014, 43–44.

⁶⁶ *Jones v. Hallahan* (Kentucky, 1973); *Singer v. Hara* (Washington, 1974); *Adams v. Howerton* (Colorado, 1975); *Thorton v. Timmers* (Ohio, 1975).

⁶⁷ *Baehr v. Lewin*, 74 Haw. 530; 852 P.2d 44 (1993); *Baehr v. Miike*, 92 Haw. 634; 994 P.2d 566 (1999).

⁶⁸ W polskiej literaturze tłumaczony także jako „nieodparty”, „nadrzędny”, „żywozny”, „istotny” etc.

⁶⁹ Pietrzykowski 2011, 186.

R. P. George'a i G. V. Bradleya⁷⁰, podjęto próby, jak się okazało nieudane, wprowadzenia do Konstytucji USA poprawki (*Federal Marriage Amendment*) definiującej małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny. Gdyby poprawka została przyjęta – a jest to ze względów proceduralnych wyjątkowo trudna droga – zawieranie małżeństwa przez pary homoseksualne zostałoby uniemożliwione.

Tymczasem w 2003 r. instytucja małżeństwa została otwarta na pary jedнопłciowe w stanie Massachusetts. Stało się to za sprawą orzeczenia tamtejszego Sądu Najwyższego. W dotyczącej siedmiu par homoseksualnych sprawie *Goodridge v. Department of Public Health*⁷¹ większością 4:3 sąd ten uznał, że stanowy zakaz małżeństw homoseksualnych jest sprzeczny z zasadami równej ochrony prawnej i prawidłowego wymiaru sprawiedliwości, które gwarantowane są przez konstytucję tego stanu⁷². Również tym razem odwoływano się m.in. do prawa do prywatności. Większość składu orzekającego nie uznała za konstytucyjnie istotne racji przedstawionych przez władze stanowe, w tym argumentu, że małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny to optymalne środowisko dla prokreacji i rozwoju dzieci. Sąd nie zgodził się również z tezą strony pozwanej, że istotą małżeństwa jest prokreacja, widząc ją w wyłącznym i trwałym zobowiązaniu małżonków⁷³. Ponadto, jak czytamy w uzasadnieniu orzeczenia, powodowie pragnęli „jedynie wejść w związek małżeński, nie zaś podważać instytucję małżeństwa”, a uznanie prawa jednostki do poślubienia osoby tej samej płci nie tylko nie pomniejszy znaczenia i godności tej instytucji, ale wręcz potwierdzi jej wagę dla jednostek i społeczeństwa⁷⁴.

⁷⁰ Trzecim autorem projektu był znany konserwatywny prawnik i krytyk aktywizmu sędziowskiego, umożliwiającego „legislating from the bench”, Robert H. Bork, którego kandydatura do Sądu Najwyższego w 1987 r. została odrzucona właśnie z uwagi na kontestowanie konstytucyjnego prawa do prywatności, uważanego przezeń za przykład uzurpacji sędziowskiej. Jego miejsce zajął wówczas Anthony Kennedy, co sprawiło, że Sąd Najwyższy w najważniejszych sprawach wojny kulturowej orzekał przeciwnie do tego, jak zapewne orzekałby z udziałem Borka. Zob. Pomerance 2014.

⁷¹ *Goodridge v. Department of Public Health*, 440 Mass. 309 (2003). Zob. szerzej Pietrzykowski 2011, 187–189; Prostack 2014a i Prostack 2014b, 287–292.

⁷² W 2005 r. 44 stany *expressis verbis* zakazywały małżeństw homoseksualnych, czy to na mocy ustawy, czy poprawki do konstytucji stanowej. Zob. np. Grossman 2005, 447.

⁷³ *Goodridge v. Department of Public Health*, 332.

⁷⁴ Tamże, 331. Prostack 2014a, 98.

Komentując wyroki w sprawie *Lawrence* i *Goodrich*, R. P. George pisał, że narzucają one lewicową doktrynę na temat natury i moralnego znaczenia seksualności i małżeństwa. „To, co tworzą, nie jest równością ani neutralnością; jest raczej reżimem prawa i polityki publicznej, który uosabia tę [...] doktrynę. Nie rozszerzają prawa do małżeństwa [...], raczej redefiniują instytucję i, mówiąc ściśle, znoszą ją”⁷⁵. Orzeczenie w sprawie *Goodrich* zdawało się zapowiadać, że sądy w kolejnych stanach i sądy federalne pójdą tą samą drogą i że los DOMA i stanowych, zwykle rangi konstytucyjnej, regulacji chroniących tradycyjną wizję małżeństwa jest niepewny.

Znany konserwatywny krytyk „sędziowskiej oligarchii”⁷⁶, Robert H. Bork, przewidywał, że w ciągu dwóch lub trzech lat federalny Sąd Najwyższy powoła do istnienia konstytucyjne prawo do małżeństwa homoseksualnego. Pisał: „Trwająca obecnie kampania Sądu, mająca na celu zinstytucjonalizowanie homoseksualizmu [...] nie pozostawia wątpliwości, że wyznaczył on sobie kurs na prawo do zawarcia małżeństwa. To tylko jedna z serii kulturowych klęsk poniesionych przez nas za sprawą sędziów kierujących się nie prawem, ale swoimi własnymi upodobaniami. Ta będzie jednak nuklearna. Jako przykład braku sądowej powściągliwości będzie rywalizował z *Roe v. Wade* i doprowadzi do poważnego i potencjalnie śmiertelnego ciosu w dwie już poważnie nadwątlone [...] instytucje: małżeństwa i zgodnej z prawem interpretacji konstytucyjnej”⁷⁷.

Ale zanim ten ostateczny cios nastąpił, w 2013 r. Sąd Najwyższy wydał dwie inne decyzje: *Hollingsworth v. Perry* i *United States v. Windsor*⁷⁸. Sprawy dotyczyły zgodności z Konstytucją USA przepisów ustawy zasadniczej Kalifornii i DOMA, które jednolicie definiowały małżeństwo jako związek mężczyzny i kobiety. Są one zresztą warte odnotowania także dlatego, że autorzy omawianej książki, która ukazała się rok wcześniej, w oparciu o nią złożyli odnoszącą się do spraw opinię przyjaciół sądu (*amici curiae brief*)⁷⁹, a ponadto książka została przywołana przez sędziego

⁷⁵ George 2004, 28.

⁷⁶ Bork 1996.

⁷⁷ Bork 2004.

⁷⁸ Zob. np. Michalik 2013a i Michalik 2013b, 14–16.

⁷⁹ George, Girgis, Anderson 2013.

Alito i sędziego Thomasa w ich zdaniach odrębnych w *Windsor*. Pora więc w kilku zdaniach naszkicować główne myśli *Czym jest małżeństwo?*, które autorzy wyłożyli we wspomnianej opinii.

Girgis, Anderson i George podkreślali, że obie sprawy dotyczą w istocie nie tego, kto może zawrzeć małżeństwo, ale tego, czym ono jest. Tłumaczyli, że stanowi ono opartą na zgodzie i otwartą na prokreację całościową i permanentną unię kobiety i mężczyzny: cielesną, emocjonalną i duchową, domagającą się wspólnego życia rodzinnego i opartą na wyłączności. Jest ono przy tym dobrem podstawowym, ale z uwagi na swą funkcję prokreacyjną i unikalne znaczenie dla dobra wychowywanych przez nie dzieci, domaga się uznania i wsparcia ze strony państwa, które powinno wspierać zarówno rodzinę, jak i takie właśnie rozumienie małżeństwa. Autorzy określają je mianem unii małżeńskiej, ale można je nazywać po prostu w sposób tradycyjny, jako że jest ono zgodne ze zdroworozsądkowym pojmowaniem małżeństwa, niemal powszechnym w kulturze euroatlantyckiej aż do końca ubiegłego wieku. Ujęcie to przeciwstawiają koncepcjom rewizjonistycznym, traktującym małżeństwo jako więź emocjonalną, której zazwyczaj, choć nie zawsze, towarzyszy „jakakolwiek dobrowolna aktywność seksualna”⁸⁰, a więc więź, która nie zakładając płciowej komplementarności małżonków, może łączyć także osoby płci przeciwnej, ale nie musi zakładać ani otwarcia na prokreację, ani wyłączności i trwałości, gdyż „wierność jest w ostatecznym rozrachunku podporządkowana subiektywnym pragnieniom”⁸¹.

I w książce, i w opinii przyjaciół sądu George, Anderson i Girgis wskazują na negatywne społeczne skutki uznania prawa par homoseksualnych do zawarcia małżeństwa oraz będącej tego konsekwencją oficjalnego zastąpienia tradycyjnej koncepcji małżeństwa koncepcją rewizjonistyczną. Wśród nich znajduje się osłabienie (i tak już nadwątlonych wskutek rewolucji seksualnej i wprowadzenia rozwodu bez orzekania o winie) norm społecznych w zakresie podejmowania decyzji o zawarciu małżeństwa oraz orientowania małżonków na prokreację, życie rodzinne, wierność małżeńską i trwałość małżeństwa. Tymczasem – podobnie jak wychowywanie dzieci przez pary homoseksualne – godzi to przede wszystkim w interes

⁸⁰ Tamże.

⁸¹ George, Girgis, Anderson 2019, 27.

dzieci, głównych ofiar rozwiedzionych (ale też niezawartych) małżeństw. Na poparcie swoich tez autorzy powołują prace naukowe dotyczące życia rodzinnego we współczesnej Ameryce oraz wypowiedzi niektórych prominentnych działaczy i zwolenników ruchu LGBT, którzy przyznają, że instytucjonalizacja małżeństw homoseksualnych będzie ciosem dla instytucji małżeństwa oraz postulują np. prawne uznanie małżeństw grupowych, małżeństw otwartych itd.

W oparciu o znane już wówczas przypadki George, Anderson i Girgis wskazują także na zagrożenia, jakie prawne uznanie małżeństw jednopłciowych niesie dla wolności słowa i wolności religijnej osób i instytucji, które nie akceptują takich małżeństw. Chodzi tu o takie zagrożenia, jak odpowiedzialność prawna, zwolnienia z pracy, utrata kontraktu rządowego czy brak zgody na prowadzenie danej działalności. Staną przed nimi wszyscy, którzy nie dostosują się, wbrew swym przekonaniom, do nowej ortodoksji. Przykładem są prowadzone przez organizacje katolickie ośrodki adopcyjne, które w kilku stanach zostały zmuszone bądź do oddawania dzieci w adopcję także parom homoseksualnym, bądź do zakończenia swej działalności⁸².

Podnoszone argumenty nie przekonały jednak Sądu Najwyższego, który w *Windsor* bardziej zdał się np. na tezy zawarte w opinii przedstawionej przez Amerykańskie Towarzystwo Socjologiczne. Zgodnie z jej brzmieniem w szerokim spektrum wskaźników dobrostanu „dzieci wychowane przez rodziców tej samej płci wypadają tak samo jak te wychowane przez rodziców różnej płci”⁸³. Sąd większością 5:4 uznał w opinii pióra A. Kennedy’ego, że DOMA, odmawiając statusu małżeństwa części związków (w tym wypadku związkom homoseksualnym), które taki status posiadały na mocy prawa stanowego i pozbawiając je przywilejów wynikających z prawa federalnego, narusza Piątą Poprawkę do Konstytucji USA. Zdaniem Sądu badana ustawa, która stanowiła odejście od tradycji uznawania stanowych definicji małżeństwa, a na dodatek opierała się na judeo-chrześcijańskim stanowisku moralnym, miała na celu

⁸² George, Girgis, Anderson 2013, 30–31; George, Girgis, Anderson 2019, 36–37, 111. W 2010 r. doszło np. do zamknięcia ośrodków adopcyjnych prowadzonych przez Archidiecezję Waszyngtońską. Michalik 2013b, 20.

⁸³ American Sociological Association 2013.

nie tylko pozbawienie małżeństwa osób tej samej płci korzyści wynikających z uznania federalnego, ale też wyrażenie wobec nich dezaprobaty, doprowadzenie do ich poniżenia i stygmatyzacji, a także do krzywdy wychowywanych przez nie dzieci⁸⁴. Uznając, że główne motywy ustawodawcy były w istocie bigoteryjne i że takie są też konieczne skutki DOMA, Sąd Najwyższy stwierdził, iż ustawa ta jest niekonstytucyjna. Uzasadniając ten wniosek stwierdzono, że narusza ona wolność zagwarantowaną każdej osobie przez klauzulę właściwego postępowania zawartą w Piątej Poprawce, a tym samym zakaz odmawiania komukolwiek równej ochrony prawnej, który – jak czytamy w uzasadnieniu wyroku – wolność ta obejmuje⁸⁵.

Podobnie stało się we wspomnianej wyżej sprawie *Hollingsworth v. Perry*. Stosunkiem głosów 5:4 Sąd Najwyższy odrzucił apelację ze względów proceduralnych, podtrzymując tym samym decyzję federalnego sądu apelacyjnego, który – odmiennie niż Sąd Najwyższy Kalifornii⁸⁶ – uznał, że poprawka do tamtejszej konstytucji, definiująca małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, jest sprzeczna z konstytucją federalną⁸⁷.

5. OBERGEFELL V. HODGES I KWESTIA WOLNOŚCI RELIGIJNEJ

Nuklearny cios kulturowy, który kasandrycznie prorokował Bork, nastąpił 2 lata po wydaniu omówionych wyżej orzeczeń. Stało się to 26 czerw-

⁸⁴ *United States v. Windsor*, 570 U.S. 744 (2013), https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf [dostęp: 27.08.2021]. Na temat tego wyroku zob. np. Michalik 2013a, 14–16 i R. Prostek 2014a, 102 i n.

⁸⁵ *United States v. Windsor*, 25. „The liberty protected by the Fifth Amendment’s Due Process Clause contains within it the prohibition against denying to any person the equal protection of the laws. Dodajmy, że w postępowaniu przed federalnym Sądem Dystryktowym dla Południowego Dystryktu Nowego Jorku skarżaca Windsor podnosiła, iż „DOMA violates the guarantee of equal protection, as applied to the Federal Government through the Fifth Amendment”. Tamże, 3. Zob. krytyczne uwagi w tym zakresie w zdaniu odrębnym Antoniego Scalii, tamże, 16; por. np. Robinson 2016, 191, przyp. 252.

⁸⁶ *Perry v. Brown*, 671 F.3d 1052 (9th Cir. 2012).

⁸⁷ *Hollingsworth v. Perry*, 570 U.S. 693 (2013). Zob. Prostek, 2014a, 100–102; Michalik, 2013a, 37–38, 45 i n.

ca 2015 r., w sprawie *Obergefell v. Hodges*⁸⁸. Sytuacja prawna i społeczna w odniesieniu do kwestii małżeńskiej była już wówczas radykalnie inna od tej sprzed trzech lat. W roku ukazania się *Czym jest małżeństwo?* (2012) tradycyjna definicja małżeństwa była nadal obowiązująca w prawie czterdziestu czterech stanach, w tym w trzydziestu dwóch na mocy referendum. Tylko w sześciu stanach i w Dystrykcie Kolumbii małżeństwo było dostępne dla par homoseksualnych. W 2015 r. przed *Obergefell* pary osób tej samej płci mogły zawierać małżeństwa już w trzydziestu sześciu stanach, w dwudziestu sześciu przypadkach za sprawą orzeczenia sądowego. Zmianom tym towarzyszyła niespotykana dotąd, jeśli chodzi o dynamikę, rewolucyjna⁸⁹ zmiana opinii publicznej w tym zakresie. Była ona rezultatem bardziej ogólnych zmian społecznych: postępującej sekularyzacji, skrajnego indywidualizmu, subiektywizmu moralnego, seksualizacji, kryzysu małżeństwa, wreszcie tego, co niekiedy nazywa się „oswajaniem homoseksualizmu”⁹⁰, głównie poprzez oddziaływanie szeroko pojętej kultury, zwłaszcza Hollywood, sieci telewizyjnych, mainstreamowych dzienników, jak „New York Times” czy „Washington Post” oraz uniwersytetów⁹¹.

Według badań Gallupa, rok 2012 był pierwszym, w którym większość Amerykanów (53%) zadeklarowała akceptację dla prawnej instytucjonalizacji małżeństw homoseksualnych. W 2015 r. odsetek ten wzrósł już do 60%⁹². Wiązała się z tym zmiana stanowiska zajmowanego w kwestii małżeństwa przez ważnych uczestników debaty publicznej, którzy

⁸⁸ *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015), https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf [dostęp: 16.07.2021]. Zob. Łacki 2016; Longchamps de Bérier 2016; Bryk 2016b.

⁸⁹ Rosenfeld 2017, 1.

⁹⁰ Zob. np. Baran 2012. Por. Szlendak 2012, 489. Podkreślając zwykle wysoki status osób homoseksualnych w USA i państwach Zachodu, autor ten przypuszcza, że „mass media uległy reklamodawcom będą powoli, acz systematycznie, prezentować pozytywny wizerunek homoseksualisty”.

⁹¹ Jak wynika z badań *Pew Research Center* z 2013 r., wiadomości telewizyjnych z dominacją wypowiedzi wspierających małżeństwa homoseksualne było pięciokrotnie więcej niż wiadomości, w których przeważało stanowisko przeciwnie, a publikacje mainstreamowych gazet w 49% ujmowały spór jako kwestię równości, a jedynie w 18% jako obronę tradycyjnego małżeństwa. Zob. Phillips, Yi 2018, 30.

⁹² Dane z innych lat: 1996 r. – 27%, 1999 r. – 35%, 2004 r. – 42%, 2010 r. – 44/53%, 2018 r. – 67%. Zob. *Marriage*, <https://news.gallup.com/poll/117328/marriage.aspx>;

dotychczas bronili jego tradycyjnej wizji. W drugiej dekadzie tego stulecia zaczęli się oni opowiadać za stroną przeciwną, czego przykładem jest liberał David Blankenhorn⁹³ czy konserwatysta Richard Posner. Ten drugi, prezes apelacyjnego sądu federalnego i profesor prawa Uniwersytetu Chicagowskiego, w 1997 r. pisał, że nikt nie może zawrzeć małżeństwa z osobą tej samej płci, „podobnie jak z trzema kobietami jednocześnie, kotem lub ulubionym sportowym wozem”⁹⁴. Jednak kilkanaście lat później, w 2014 r., wydał wyrok uznający małżeństwa jednopłciowe⁹⁵.

Wróćmy jednak do sprawy *Obergefell v. Hodges*, w której opinię przyjaciela sądu – jedną ze 144 (!) – złożył Anderson⁹⁶. Powodami w tej sprawie było czternaście par osób tej samej płci oraz dwóch mężczyzn, których partnerzy zmarli. Podobnie jak w *Windsor*, większością 5:4, w opinii napisanej, tak jak tam, przez sędziego Kennedy’ego, Sąd Najwyższy podzielił argumenty powodów. Podkreślając ewolucję małżeństwa oraz uznając, że jego naturą jest w pierwszym rzędzie to, że „poprzez trwałą więź dwie osoby mogą wspólnie odnajdywać inne wolności, takie jak wyrażanie samej siebie, intymność i duchowość”⁹⁷, stwierdził, że odmawianie parom tej samej płci prawa zawarcia małżeństwa, będącego konstytucyjnym prawem podstawowym, jest sprzeczne z zasadami właściwego

Daniels 2019. W roku 2021 poparcie dla małżeństw homoseksualnych deklarowało już 70% Amerykanów. Zob. McCarthy 2021.

⁹³ W książce pt. *The Future of Marriage* (2007) odrzucał on koncepcję *same-sex marriage* z pozycji liberalnych, powołując się głównie na dobro dziecka. Kilka lat później zmienił stanowisko, choć zarazem twierdził, że małżeństwo homoseksualne stało się czynnikiem znacząco przyczyniającym się do ciągłej deinstytucjonalizacji małżeństwa. Zob. np. Blankenhorn 2012.

⁹⁴ Posner 1997, 1587. Swoją recenzję Posner kończył następująco (1587): „Chce [Eskridge], by sądy w imię Konstytucji żądały od każdego stanu i rządu federalnego, za jednym zamachem, jutro, jeśli to możliwe, aby przyznały wszystkie piętnaście przywilejów małżeństwa stronom małżeństwa homoseksualnego, w tym pełne prawa do adopcji, plus symboliczną koronę – nazwę «małżeństwo». Kraj nie jest gotowy na propozycję Eskridge’a, i to musi powstrzymać wszelkie impulsy w niepochozącym z wyboru sądownictwie do narzucenia jej krajowi w imię Konstytucji”.

⁹⁵ *Wolf v. Walker*, 766 F.3d 648 (2014). Zob. w tej kwestii np. Somin 2015.

⁹⁶ *Brief of Amicus Curiae Ryan T. Anderson, Ph.D. in Support of Respondents, Obergefell v. Hodges*, <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/obergefell-v-hodges> [dostęp: 22.08.2021].

⁹⁷ *Obergefell v. Hodges*, 13.

postępowania sądowego i równej ochrony prawnej, gwarantowanymi przez Czternastą Poprawkę. Tym samym Sąd Najwyższy uznał różnicę płci za nieistotną dla małżeństwa i usankcjonował jego radykalną redefinicję. W patetycznym zakończeniu uzasadnienia wyroku Kennedy stwierdził, że „żaden związek nie jest głębszy niż małżeństwo, ponieważ uosabia ono najwyższe ideały miłości, wierności, oddania, poświęcenia i rodziny. [...] Jak wykazują niektórzy powodowie [...], małżeństwo uosabia miłość, która jest silniejsza niż śmierć. Byłoby niezrozumieniem intencji tych mężczyzn i kobiet twierdzić, że okazują oni brak szacunku dla idei małżeństwa. Ich prośba opiera się na fakcie, że [...] szanują je tak głęboko, że pragną w nim znaleźć spełnienie dla siebie samych. Mają nadzieję, że nie zostaną skazani na życie w samotności, wykluczeni z jednej z najstarszych instytucji świata. Konstytucja przyznaje im to prawo”⁹⁸.

Przegłosowani sędziowie w zdaniach odrębnych krytykowali większość za nieuprawnione narzucanie swoich poglądów na małżeństwo całemu państwu, widząc w wydanym wyroku dowód na „głęboką i prawdopodobnie nieodwracalną deprawację amerykańskiej koncepcji wykładni konstytucyjnej” (Samuel A. Alito)⁹⁹, a nawet „sędziowski pucz” (Antonin Scalia)¹⁰⁰. Alito podkreślał, że zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego zasada właściwego postępowania chroni jedynie prawa „głęboko zakorzenione w historii i tradycji Narodu”, za jakie prawa do małżeństwa osób tej samej płci z pewnością uznać nie można¹⁰¹. Natomiast prezes Sądu Najwyższego, John Roberts, podkreślał, że małżeństwo jest instytucją wynikającą „z natury rzeczy” i skierowaną ku temu, by zapewnić „poczęcie dzieci przez matkę i ojca, którzy zobowiązali się do ich wychowywania w stabilnych warunkach trwającego przez całe życie związku”¹⁰². Zauważał też, że „choć większość przypadkowo dodaje liczebnik «dwa» w różnych miejscach, nie proponuje żadnego uzasadnienia, dlaczego dwuosobowy

⁹⁸ Tamże, 28. Pean Kennedy’ego w odniesieniu do małżeństwa może wydawać się osobliwy, zważywszy na fakt, że od lat Ameryka przeżywa kryzys tej instytucji. Coraz częściej kończy się ono bowiem rozwodem i coraz mniej par decyduje się na jego zawarcie. Zob. np. Pimentel 2016, 251.

⁹⁹ *Obergefell v. Hodges*, Alito, J., dissenting, 5.

¹⁰⁰ Tamże, Scalia, J., dissenting, 6.

¹⁰¹ Tamże, Alito, J., dissenting, 5.

¹⁰² Tamże, Roberts, C.J., dissenting, 5.

element rdzenia definicji małżeństwa miałby przetrwać, gdy element mężczyzna-kobieta nie. W istocie, z punktu widzenia historii i tradycji, skok od małżeństwa osób płci przeciwnej do małżeństwa jedнопłciowego jest znacznie większy niż ze związku dwóch osób do liczniejszego związku, który ma głębokie korzenie w niektórych kulturach na świecie¹⁰³.

Dla większości obserwatorów wyrok w sprawie *Obergefell* nie był zaskoczeniem, zważywszy nie tylko na wspomnianą wyżej coraz większą akceptację dla prawnego uznania małżeństw homoseksualnych, ale i na przychylnie mu stanowisko ogromnej większości amerykańskiej elity, zwłaszcza prawniczej. Jak zauważał Adam Liptak, tradycyjnego małżeństwa nie broniła żadna z dużych kancelarii prawniczych, chętnie reprezentujących różne społecznie potępiane podmioty, jak np. korporacje podejrzane o współudział w torturach i morderstwach za granicą¹⁰⁴. Przyczyn tego stanu rzeczy należy upatrywać w przekonaniu wielu prawników, że sprzeciw wobec omawianych związków homoseksualnych jest bigoterią zbliżoną do rasizmu. Swoją rolę odgrywa też niewątpliwie kalkulacja ekonomiczna, a zwłaszcza obawa przed utratą obecnych i potencjalnych klientów, zwłaszcza wielkich korporacji, których właściciele i kierownictwo podzielają to przekonanie, o czym świadczą liczne wypowiedzi i poparcie udzielane środowiskom LGBT, również przez udział w sądowych bataliach

¹⁰³ Tamże, 20 (cyt. za: F. Longchamps de Bérier 2016, 14). W tym kontekście na przywołanie zasługuje wyrok SN w sprawie *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1878), pierwszy dotyczący statusu małżeństwa. W sprawie tej powód, członek zalecającego wielożeństwo Kościoła Jezusa Chrystusa Świętych w Dniach Ostatnich, skazany na karę grzywny i dwóch lat ciężkich robót za pozostawanie w związku małżeńskim z dwiema kobietami, podnosił, że zakazująca bigamii ustawa federalna jest sprzeczna z zagwarantowaną w Pierwszej Poprawce wolnością praktykowania religii. SN jednogłośnie oddalił jego apelację i stwierdził, że Konstytucja nie chroni wielożeństwa, nawet jeśli jest ono motywowane religijnie. Zob. Michalik 2013, 39; Prostek 2014b, 272 i n. Zob. też uwagi Longchamps de Bérier (2016, 14) na temat dotyczącej poligamii sprawy sprzed kilku lat *Brown v. Buhman*. Warto dodać, że Roberts (8), podobnie jak wielu konserwatywnych komentatorów, nie podziela poglądu wyrażonego pośrednio przez Kennedy'ego (13, 19–20, 21) o analogii między *Obergeffell* a *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1 /1967/). W wyroku wydanym w tej ostatniej sprawie Sąd Najwyższy uznał za niekonstytucyjne przepisy stanu Wirginia, w których zakazano małżeństw międzyrasowych z udziałem osób białych. Na temat tej analogii zob. zwłaszcza Anderson 2018b; Walburn 2017; Lau 2018.

¹⁰⁴ Liptak 2015.

na rzecz małżeństw homoseksualnych¹⁰⁵, w tym w sprawie *Obergefell*¹⁰⁶. Nie bez znaczenia jest też wreszcie niechęć czy wręcz wrogość dużej części elity prawniczej do religii jako takiej¹⁰⁷.

Jak przewidywali autorzy *Czym jest małżeństwo?*, nie tylko w omawianej książce, prawne uznanie małżeństw homoseksualnych rodzi poważne zagrożenie dla innych praw jednostki, w szczególności dla wolności religii. Nie dziwi zatem, że kwestia ta pojawia się również w uzasadnieniu wyroku, różnie zresztą interpretowanym w tym zakresie. Sędzia Kennedy przyznawał w nim, że „wielu z tych, którzy uważają małżeństwa osób tej samej płci za złe, dochodzi do tego wniosku na podstawie przyzwoitych i godnych szacunku przesłanek religijnych lub filozoficznych” i zapewniał, że „ani oni, ani ich przekonania nie są tutaj dyskredytowane”¹⁰⁸, by w końcowej części uzasadnienia napisać to, co z perspektywy takich osób jest szczególnie istotne, i – być może – odpowiedzieć na obawy formułowane także przez Girgisa, Andersona i George’a: „Na koniec należy podkreślić, że religie i ci, którzy stosują się do doktryn religijnych, mogą nadal *głosić* z najwyższym, szczerym przekonaniem, że, zgodnie z boskimi przykazaniami, małżeństwa osób tej samej płci nie powinny być akceptowane. Pierwsza Poprawka zapewnia organizacjom i osobom religijnym należytą ochronę, gdy starają się *nauczać* zasad, które są tak spełniające i tak kluczowe dla ich życia i wiary oraz dla ich własnych głębokich aspiracji do kontynuowania struktury rodzinnej, którą od dawna czcili”¹⁰⁹. Niektórzy z komentatorów wyrażali pogląd, że słowa te zostały napisane z myślą

¹⁰⁵ Zob. np. *USA: Nike, Microsoft i Google za uchynieniem ustawy chroniącej tradycyjne małżeństwo*, <https://www.piotrskarga.pl/usa--nike--microsoft-i-google-za-uchynieniem-ustawy-chroniacej-tradycyjne-malzenstwo--8204,i.html> [dostęp: 27.08.2021]; Gunther 2014.

¹⁰⁶ *Amici curiae briefs* złożyły m.in. Apple, Facebook, Twitter, Google, Microsoft, Coca-Cola, Bank of America. Zob. np. Maza 2015; *Brief of 379 Employers and Organizations Representing Employers as Amici Curiae in Support of Petitioners*, https://www.supremecourt.gov/ObergefellHodges/AmicusBriefs/14--556_379_Employers_and_Organizations_Representing_Employers.pdf (streszczenie w: „Wybór opinii amici curiae Sądu Najwyższego USA w sprawie James Obergefell, et al. v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.”, <https://mnw.org.pl/app/uploads/2017/08/Wybor-opinii-amici-curiae-SN-USA-Obergefell-v-Hodges-PL.pdf>); [dostęp: 27.08.2021].

¹⁰⁷ Zob. np. Motyka 2004a; Kudła 2018.

¹⁰⁸ *Obergefell v. Hodges*, 19.

¹⁰⁹ *Obergefell v. Hodges*, 32 (kursywa – K.M.).

o przekonaniu konserwatywnych sędziów, a nawet że można traktować je jako zachętę do wymienionych w nich działań¹¹⁰. Inni z kolei, przeciwnie, zwracali uwagę, że w wyroku mowa jest o przekonywaniu, ale nie o praktykowaniu religii, gwarantowanym przez Pierwszą Poprawkę. Jako pierwszy zwrócił na to uwagę w swoim zdaniu odrębnym, do którego dołączył Antonin Scalia, Prezes Sądu John Roberts. Podkreśliwszy, że „szacunek dla szczerych przekonań religijnych skłonił wyborców i ustawodawców w każdym stanie, który demokratycznie przyjął małżeństwa osób tej samej płci, do wprowadzenia wyłączeń dla praktyki religijnej (*accommodation*)”¹¹¹, stwierdził nie bez ironii: „Większość łaskawie sugeruje, że wierzący mogą nadal «bronić» i «uczyć» swoich poglądów na małżeństwo. [...] Pierwsza Poprawka gwarantuje jednak wolność *praktykowania* religii. Niepokojąco, to nie jest słowo, którego używa większość”¹¹². W tym też kontekście również sędzia Alito w swoim zdaniu odrębnym pozwolił sobie na ironię, pisząc: „Większość usiłuje pod koniec swojej opinii uspokoić tych, którzy sprzeciwiają się małżeństwom osób tej samej płci, że ich prawa sumienia będą chronione. [...] Zakładam, że ci, którzy trzymają się starych wierzeń, będą mogli szeptać swoje myśli w zaciszu swoich domów, ale jeśli będą powtarzać te poglądy publicznie, ryzykują, że zostaną okrzyknięci bigotami i będą tak traktowani przez rządy, pracodawców i szkoły”¹¹³.

W zdaniu odrębnym Prezes Roberts zwrócił uwagę na konflikty, jakie pojawiają się, gdy owo praktykowanie religii postrzegane jest jako sprzeczne z prawem do małżeństwa osób tej samej płci. Jako przykład

¹¹⁰ Zob. Katz 2021, 82 (autor ten uważa, że przytoczone słowa „w pewnym sensie osłabiają siłę wyroku”).

¹¹¹ *Obergefell v. Hodges*, Roberts, C.J., dissenting, 27–28; podobnie 9; kursywa – K.M.).

¹¹² Tamże, 28 (kursywa za oryginałem). Na tę kwestię zwraca też uwagę np. Reinbold 2017, 34. Píše, że wyrok „zapewnia tych, którzy sprzeciwiają się małżeństwom osób tej samej płci ze względów religijnych, o ich konstytucyjnym prawie do podzielenia, popierania i nauczania ich przekonań, zachowując znacząco milczenie na temat tego, czy i jak to prawo będzie funkcjonować w sytuacjach, w których przeciwnicy małżeństw osób tej samej płci starają się przełożyć te przekonania na określone działania”. O sporze między zwolennikami szerokiej i wąskiej interpretacji klauzuli *free exercise of religion* zob. np. Napierała 2013, 36–37. Zob. też Barnat 2017, gdzie mowa o „sekularyzmie otwartym” i „sekularyzmie zamkniętym”.

¹¹³ *Obergefell v. Hodges*, Alito, J., dissenting, 7.

podał, wymieniane także w książce Girgisa, Andersona i George'a, odmawianie takim małżeństwom przez uczelnie wyznaniowe zakwaterowania studenckiego czy przekazywania im przez ośrodki religijne dzieci do adopcji. Przywołał też stanowisko Prokuratora Generalnego, który w trakcie ustnego przedstawienia argumentów w sprawie *Obergefell*, w odpowiedzi na pytanie sędziego Alito otwarcie przyznał, że zwolnienia podatkowe instytucji religijnych, sprzeciwiających się małżeństwom osób tej samej płci, mogą być kwestionowane¹¹⁴.

Również sędzia Thomas w swoim zdaniu odrębnym napisał, że wyrok tworzy zagrożenie dla wolności religijnej Amerykanów, co wskazywały liczne podmioty działające jako *amici curiae*, w tym te opowiadające się po stronie powodowej. Podkreślając, że małżeństwo jest instytucją nie tylko państwową, ale i religijną, Thomas napisał, iż w wyniku omawianego wyroku, który „zmieni tę pierwszą, ale nie może zmienić drugiej”, konflikt między nimi „wydaje się nieunikniony, zwłaszcza że jednostki i kościoły są konfrontowane z żądaniem udziału w zawieraniu małżeństw cywilnych przez pary homoseksualne i ich aprobowania”¹¹⁵. Zdaniem Thomasa, „większość wydaje się niewzruszona tą nieuchronnością”, czyniąc zaledwie, w jednym akapicie, cytowany wyżej i krytykowany przez Roberta, „słaby gest w kierunku wolności religijnej”, który na dodatek „wskazuje na niezrozumienie sensu”, jaki posiada ona w tradycji narodu amerykańskiego¹¹⁶. Tak jak Roberts, Thomas zwracał też uwagę, że wolność religijna to nie tylko wolność nauczania zasad religijnych, ale także wolność działania w tym zakresie i podsumował omawiany aspekt orzeczenia następującymi słowami. „Gdyby większość zezwoliła na pozostawienie definicji małżeństwa procesowi politycznemu – jak wymaga tego Konstytucja – Naród mógłby w ramach procesu deliberacyjnego rozważyć konsekwencje dla wolności religijnej odejścia od tradycyjnej definicji. [...] Decyzja większości burzy ten proces, co może mieć zgubne konsekwencje dla wolności religijnej”¹¹⁷.

¹¹⁴ Tamże, Roberts, C.J., dissenting, 28.

¹¹⁵ Tamże, Thomas, J., dissenting, 15.

¹¹⁶ Tamże.

¹¹⁷ Tamże.

6. PO *OBERGEFELL V. HODGES*

Argumenty sędziów, którzy zgłosili zdanie odrębne, powoływane lub powtarzane były w licznych stanowiskach krytycznych wobec wyroku w sprawie *Obergefell*. Formulowane one były przez przeciwników instytucjonalizacji małżeństw homoseksualnych. Jednym z najbardziej radykalnych był apel ponad sześćdziesięciu konserwatywnych uczonych, głównie akademickich prawników, współautorstwa Roberta P. George’a, głoszący, że omawiany wyrok, pozbawiony oparcia w „tekście, logice, strukturze lub pierwotnym rozumieniu Konstytucji, jak również we własnych doktrynach interpretacyjnych i precedensach [...] musi zostać oceniony jako antykonstytucyjny i bezprawny [...] i powinien być za taki uznany i jako taki traktowany przez inne organy rządowe i obywateli”¹¹⁸. Sygnatariusze dokumentu zaapelowali do urzędników federalnych i stanowych o odmowę uznania wyroku za wiążący precedens dla wszystkich z wyjątkiem konkretnych powodów w tej sprawie, „uznanie uprawnień stanów do definiowania małżeństwa oraz prawa urzędników [...] do działania zgodnie z tymi definicjami, zobowiązania się do [...] pomocy prawnej i politycznej każdemu, kto odmawia stosowania się do *Obergefell* z powodów chronionych przez Konstytucję”¹¹⁹.

Odzew na apel był niewielki, ale niektórzy urzędnicy i sędziowie, głównie z Alabamy, Teksasu i Kentucky¹²⁰, z uwagi na swe przekonania religijne, zdecydowali się na odmowę udzielania licencji małżeńskiej parom homoseksualnym. Najbardziej wyrazistym przykładem jest Kim Davis z Kentucky, która w konsekwencji takiej odmowy spędziła 5 dni w areszcie¹²¹. Tego rodzaju odmowy były także udziałem pochodzących z wyboru

¹¹⁸ *Legal Scholars Urge Officeholders: Refuse to Accept Same-Sex Marriage Opinion as Binding Precedent*, <https://cnsnews.com/commentary/cnsnewscom-staff/leading-legal-minds-call-constitutional-resistance-obergefell-v-hodges> [dostęp: 27.08.2021].

¹¹⁹ Tamże.

¹²⁰ Corriher 2015.

¹²¹ Zob. np. Heyman 2018, 12 i n. Niepowodzeniem zakończyła się jej apelacja do Sądu Apelacyjnego (*Miller v. Davis*, 123 F. Supp. 3D 924, E.D. Ky. 2015), jak też do Sądu Najwyższego, który 5 października 2020 r. poinformował, że sprawa nie trafi na jego wokandę. Zob. Barnes 2020. Ogólne uwagi na temat klauzuli sumienia urzędników w tym kontekście formułuje Dybowski 2019, 190–195.

sędziów stanowych¹²². Najgłośniejszy z nich jest przypadek Prezesa Sądu Najwyższego Alabamy Roy'a Moore'a, wcześniej znanego z niewykonania nakazu sądowego usunięcia z budynku Sądu monumentu Dziesięciu Przykazań, za co w 2002 r. pozbawiono go funkcji. Po raz drugi nastąpiło to w 2017 r., po tym, gdy nie uznając wyroku w sprawie *Obergefell*, który jego zdaniem jest „ewidentnie absurdalny i sprzeczny z rozumem i prawem bożym”, z „naturalnym porządkiem stworzonym przez Boga”, a w konsekwencji „nie ma wartości precedensu”, wydał zarządzenie podległym sędziom i urzędnikom, by odmawiali licencji małżeńskich parom homoseksualnym¹²³. Z kolei W. Mitchell Nance z Kentucky, w 2017 r., zaprzestał rozpoznawać sprawy adopcyjne z udziałem par homoseksualnych, gdyż uważał, że powierzanie dzieci takim parom nie służy dobru dziecka, a udział w takich postępowaniach jest sprzeczny z jego sumieniem. Ostatecznie, pod presją m.in. postępowania dyscyplinarnego, zrezygnował ze stanowiska sędziego¹²⁴.

W biuletynie *The Cardinal Newman Society* Eric N. Kniffin pisał, że orzeczenie w sprawie *Obergefell* to „złowieszczy punkt zwrotny w relacji między wolnościami seksualnymi a wolnością religijną. Zamiast zadowalać kulturą lewicę, [...] doprowadził do rosnącej wrogości wobec chrześcijańskich wartości i instytucji, które mocno trzymają się swoich tradycyjnych poglądów i opierają się trendom kulturowym. Tradycyjne poglądy, a nawet sama koncepcja «wolności religijnej» są coraz częściej atakowane”¹²⁵. Jak zauważał, w latach poprzedzających omawiane orzeczenie dążenia do redefinicji małżeństwa podejmowano często na gruncie wolnościowym, by uzyskać odpowiednie uprawnienia, jak możliwość

¹²² Zob. np. Heyman 2018, 8 i n.

¹²³ Maroń 2018b, 252. Ostatecznie w 2017 r. Moore zrezygnował z funkcji prezesa Sądu Najwyższego Alabamy w związku ze swoim – jak się okazało nieudanym – startem w wyborach do Senatu USA.

¹²⁴ Zob. tamże, 208–209. Szerzej o sędziowskim sprzeciwie sumienia w kontekście udzielania małżeństw czy licencji małżeńskich zob. tamże, 229 i n.

¹²⁵ Kniffin 2020. Podobne przesłanie znajdujemy w poświęconym myśli żydowskiej piśmie „Mosaic”, w artykule z wymownym lidem: „America's «first freedom» is under attack from an ascendant cultural secularism. Christians are its first target, but Jews and Judaism may not be far behind”. Zob. Abramson 2015. Na temat konsekwencji wyroku wydanego w sprawie *Obergefell* dla wolności religijnej zob. też Bryk 2016b, 132–133; Bryk 2016a.

odwiedzin partnera bądź partnerki w szpitalu czy korzystanie z ulg podatkowych. Natomiast po wydaniu tego wyroku narracja uległa zmianie – zaczęto atakować instytucje religijne. Symptomatyczne jest, że w dniu jego wydania *American Civil Liberties Union* zapowiedziała swój sprzeciw wobec ustaw gwarantujących wolność religijną (RFRA 1993), a dwa dni później felietonista „The New York Times”, Mark Oppenheimer, wezwał do likwidacji zwolnień podatkowych dla instytucji religijnych, które nie zgadzają się z polityką publiczną wynikającą z decyzji w sprawie *Obergefell*¹²⁶. Jak zauważa Andrzej Bryk, „narzucając nową [...] definicję małżeństwa” zaczęto tym samym „określać tolerowane i nietolerowane [...] działania instytucji religijnych”¹²⁷.

W świetle przeprowadzonych wyżej rozważań łatwiej zrozumieć różnego rodzaju działania podejmowane przez osoby i środowiska, które dostrzegały negatywne dla społeczeństwa i praw jednostki skutki ekspansji nowej ortodoksji. Były one zresztą wyraźnie widoczne jeszcze przed 2015 r., mimo podejmowanych na poziomie stanowym i federalnym (RFRA) działań legislacyjnych, które miały chronić wolność sumienia, religii i wypowiedzi osób i instytucji opowiadających się przeciwko małżeństwom homoseksualnym, głównie w postaci wyłączenia pewnych działań określonych podmiotów z podlegania przepisom antydyskryminacyjnym¹²⁸.

Sporów prawnych będących następstwem kolizji między prawem do równego traktowania, w tym równego dostępu do usług publicznych, a wolnością sumienia, wolnością religii i wolnością słowa jest w kontekście małżeństw homoseksualnych niemało, a w ogromnej ich większości wygrywa to pierwsze¹²⁹. Niekiedy wiąże się to z dramatycznymi skutkami dla osób, które ze względu na swe przekonania religijne

¹²⁶ Zob. Oppenheimer 2015.

¹²⁷ Bryk 2016b, 132.

¹²⁸ Zob. Maćkowska 2020. W 2020 r. przepisy jedenastu stanów zezwalały agencjom na nieoddawanie dzieci pod opiekę zastępczą osobom lub parom LGBTQ, jeśli jest to sprzeczne z przekonaniem religijnym agencji. Zob. Sobel 2020, 1197. Poszczególne stany coraz częściej nie godzą się nawet na rejestrowanie placówek adopcyjnych i agencji pieczy zastępczej, które odmawiają powierzenia dzieci związkom osób tej samej płci. Zob. Alvaré 2019a, 84.

¹²⁹ Np. *Elane Photography, LLC v. Willock*, 309 P.3d 53 (N.M. 2013); *Gifford v. McCarthy*, 23N.Y.S.3d 422 (2016); *Cervelli v. Aloha Bed & Breakfast*, 415 P.3d 919 (Haw. Ct.

odmówiły wykonania żądanej usługi. Stało się tak np. w przypadku Melissy i Aarona Klein, właścicieli cukierni *Sweet Cake by Melissa*, którzy w 2013 r. odmówili wykonania tortu ślubnego dla pary lesbijskiej. W wytoczonym przeciwko nim procesie zasądzono na rzecz strony powodowej 135 tys. dolarów zadośćuczynienia za szkody moralne, którą to decyzję utrzymał w mocy Sąd Apelacyjny¹³⁰. Bardzo podobna, komentowana w polskiej literaturze sprawa¹³¹, wynikała również z odmowy wykonania przez *Masterpiece Cakeshop* z Kolorado w 2012 r. tortu ślubnego dla pary gejów i dopiero Sąd Najwyższy uznał w 2018 r. racje właściciela cukierni, Jacka Phillipsa. Wskazując, że Komisja Praw Obywatelskich Kolorado wykazała „wyraźną i niedopuszczalną wrogość wobec szczerych przekonań religijnych, które motywowały jego sprzeciw”, większością 7:2, w tym sędziego Kennedy’ego – autora uzasadnienia – Sąd Najwyższy uchylił wyrok Sądu Apelacyjnego i skierował sprawę do ponownego rozpatrzenia. Rok później Sąd Najwyższy, w którego skład za prezydentury Donalda Trumpa weszło trzech konserwatywnych sędziów (co pozwalało na prognozę, że w tego rodzaju sprawach wolność religijna będzie uwzględniana w większym niż dotychczas stopniu), uchylił wyrok w sprawie *Sweetcakes by Melissa* i skierował ją do ponownego rozpatrzenia przez tamtejszy Sąd Apelacyjny¹³².

Na osobną uwagę zasługuje potwierdzający wspomnianą prognozę wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 czerwca 2021 r. w sprawie *Fulton v. Philadelphia*¹³³. Wynikła ona z faktu, że w 2018 r. filadelfijski Departament Opieki Społecznej odmówił podpisania nowego kontraktu z działającym od ponad 100 lat katolickim ośrodkiem *Catholic Social Services*, zajmującym się m.in. sprawdzaniem i certyfikowaniem kandydatów na rodziców zastępczych. Przyczyną odmowy była uzyskana od dziennikarza informacja, że ośrodek deklaruje, iż ze względów religijnych nie będzie brał pod

App. 2018); *State v. Arlene’s Flowers, Inc.*, 441 P.3d 1203 (Wash. 2019). Zob. np. Weeden 2017; Sobel 2020; Mirocha 2019; Alvaré 2019b.

¹³⁰ Anderson 2015b, 80; Weeden 2017, 200; Corvino 2017, 78 i n.; Sobel 2020, 189–190.

¹³¹ Zob. w szczególności Ciszewski 2017; Kudła 2018, 266–278; Maroń 2018a; Mirocha 2018; Śledzińska-Simon 2018; Potrzebszcz 2019, 44–45.

¹³² Hornby 2020, 388–389.

¹³³ *Fulton et al. v. City of Philadelphia, Pennsylvania et al.*, 593 U. S. ____ (2021), 15

uwagę jako kandydatów na rodziny zastępcze par LGBT, podobnie jak i niebędących małżeństwem heteroseksualnym. W odróżnieniu od innego ośrodka będącego w podobnej sytuacji (*Bethany Christian Services*), CSS nie uległ naciskom Departamentu, który – powołując się na klauzule niedyskryminacyjne w kontrakcie i w miejscowym zarządzeniu w sprawie uczciwych praktyk – uzależnił zawarcie umowy na usługi w zakresie pieczy zastępczej od zmiany polityki ośrodka w stosunku do par homoseksualnych oraz przestał przysyłać do niego wnioski o umieszczanie dzieci w opiece zastępczej. Filadelfijscy urzędnicy podjęli tę decyzję, mimo że żadna para homoseksualna nie zgłosiła się do ośrodka, a w mieście jest wiele agencji opieki zastępczej uwzględniających także takie pary¹³⁴. Ośrodek, wraz z trójkiem rodziców zastępczych, wystąpił na drogę sądową, zarzucając władzom Filadelfii naruszenie jego wolności religii i wolności wypowiedzi gwarantowanych przez Pierwszą Poprawkę. Jednak ani sąd dystryktowy, ani sąd apelacyjny nie podzieliły jego argumentów. Inaczej postąpił Sąd Najwyższy, który w wąskim zakresie wyroku uznał, i to – ku zaskoczeniu komentatorów – jednogłośnie¹³⁵ (z trzema opiniami zbieżnymi), że odmawiając zawarcia umowy z CSS na świadczenie usług w zakresie opieki zastępczej Filadelfia naruszyła klauzulę swobodnego praktykowania religii. Zarzutu naruszenia przez miasto klauzuli wolności słowa Sąd nie analizował, uznając w opinii większości, pióra Prezesa Roberta, że nie ma takiej potrzeby¹³⁶.

Trzeba się zgodzić z opinią, że orzeczenie w sprawie *Fulton* stanowi umiarkowane, z uwagi na wąski zakres (i dlatego jednogłośnie), zwycięstwo wolności praktykowania religii. Należy też jednak odnotować, że niedługo potem, 2 lipca 2021 r., podobnie jak w roku poprzednim w sprawie *Kim Davis*, Sąd Najwyższy odmówił rozpoznania sprawy florystki *Barronelle*

¹³⁴ Zob. Severino 2021. Spośród zaledwie kilku materiałów w języku polskim zob. *USA: Sąd Najwyższy poparł katolickie placówki adopcyjne w Filadelfii ws. powierzenia dzieci parom LGBT, ale...*, <https://www.hli.org.pl/pl/newsy/6296-usa-sad-najwyzszy-poparl-katolickie-placowki-adopcyjne-w-filadelfii-ws-powierzenia-dzieci-parom-lgbt-ale.html> [dostęp: 25.08.2021].

¹³⁵ R. Severino (2021) zauważa, że w wyroku „tym razem nie było ognistych sprzeciwów ze strony sędziów na lewicy ani panegiryku na cześć praw LGBT. Nawet sędzia Sotomayor nie wyłamała się z szeregu”.

¹³⁶ *Fulton et al. v. City of Philadelphia, Pennsylvania*, 15 (Roberts, C.J.).

Stutzman prowadzącej kwiaciarnię *Arlene's Flowers*, która w 2013 r. nie zgodziła się na przygotowanie ślubnej dekoracji kwiatowej dla pary homoseksualnej, która od 9 lat należała do jej stałych klientów¹³⁷. W mocy pozostawiono tym samym niekorzystny dla Stutzman wyrok Sądu Najwyższego stanu Waszyngton¹³⁸. Federalny Sąd Najwyższy nie wyjaśnił powodów swej decyzji, informując jedynie, że sędziowie Thomas, Alito i Gorsuch powiedzieli się za uwzględnieniem wniosku¹³⁹. Wkrótce potem Barronelle Stutzman i *Arlene's Flowers* wystąpili do Sądu Najwyższego o ponowne rozpatrzenie wniosku o wydanie nakazu *certiorari*¹⁴⁰. Jak widać, federalny Sąd Najwyższy niekiedy podziela stanowisko sądów niższych instancji, które wyrokują zwykle na korzyść par gejowskich i/lub organów państwa podejmujących działania antydyskryminacyjne na ich rzecz. Praktykę tę utwierdziło orzeczenie w sprawie *Obergefell*, jak zresztą przypuszczali autorzy książki *Czym jest małżeństwo?*

7. ZAKOŃCZENIE

Spór w sprawie *Obergefell* był, jak dotąd, najważniejszą bitwą w amerykańskiej wojnie o małżeństwo, w którą włączyli się Girgis, Anderson i George, m.in. w formie książki, która była punktem wyjścia niniejszego artykułu. Jak widać, nie zdołali obronić małżeństwa przed rewolucją, za jaką bez wątpienia można uznać zwieńczone tym wyrokiem zmiany¹⁴¹.

¹³⁷ Zob. np. Sobel 2020, 185–86; Koźmiński 2009, 12.

¹³⁸ *State v. Arlene's Flowers, Inc.*, 441 P.3d 1203. Zob. też Smith 2021, który w tym kontekście formułuje krytyczne uwagi na temat federalnego Sądu Najwyższego.

¹³⁹ Zob. np. Howe 2021.

¹⁴⁰ Anderson, George 2021. Dokumentacja sprawy: <https://www.aclu.org/cases/ingersoll-freed-v-arlenes-flowers-inc> [dostęp: 30.08.2021]. Ostatecznie, 18 listopada tego roku Stutzman zawarła ugodę ze swoimi przeciwnikami procesowymi, na mocy której zgodziła się zapłacić im 5 tys. dolarów i wycofać wspomniany wniosek do Sądu Najwyższego. Zob. np. Blackman 2021.

¹⁴¹ Jak pisał Hadley Arkes (2017), założyciel i dyrektor waszyngtońskiego James Wilson Institute on Natural Rights and the American Founding, współpracujący z autorami *Czym jest małżeństwo?*, konserwatywni prawnicy, w tym sędziowie Sądu Najwyższego, nie wykorzystali solidnych argumentów merytorycznych zawartych w książce i zasadniczo ograniczali się do pozytywistycznego akcentowania, że w Konstytucji nie ma nawet

Mają oni jednak swój pośredni, choć niewątpliwy udział (np. w formie wspomnianej opinii przyjaciela sądu w sprawie *Masterpiece Cakeshop* autorstwa Girgisa) w obronie Amerykanów przed jego prawnymi konsekwencjami, zwłaszcza dla wolności religii.

BIBLIOGRAFIA

- Abramson, Bruce. 2015. *The Decline – and Fall? – of Religious Freedom in America*, <https://mosaicmagazine.com/essay/politics-current-affairs/2015/08/the-decline-and-fall-of-religious-freedom-in-america/> [dostęp: 20.08.2020].
- Alvaré, Helen M. 2019a. „Sędziowie piszą historię na nowo i zmieniają prawo. Prawo amerykańskie wobec prób przededefiniowania instytucji małżeństwa”. W: *Małżeństwo, dzieci, rodzina. Współczesne wyzwania w perspektywie prawnoporównawczej*, red. Grzegorz Blicharz, Maciej Delijewski, 71–113. Warszawa: Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości.
- Alvaré, Helen M. 2019b. „Walka o ochronę sumienia w coraz bardziej zsekularyzowanym kontekście”. W: *Wolność sumienia. Perspektywa prawnoporównawcza*, red. Grzegorz Blicharz, Maciej Delijewski, 277–328. Warszawa: Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości.
- American Sociological Association. 2013. *Brief of Amicus Curiae American Sociological Association In Support of Respondent Kristin M. Perry and Respondent Edith Schlain Windsor (Nos. 12–144, 12–307)*, [https://www.asanet.org/sites/default/files/savvy/documents/ASA/pdfs/12–144_307_Amicus_%20\(C_%20Gottlieb\)_ASA_Same-Sex_Marriage.pdf](https://www.asanet.org/sites/default/files/savvy/documents/ASA/pdfs/12–144_307_Amicus_%20(C_%20Gottlieb)_ASA_Same-Sex_Marriage.pdf) [dostęp: 23.08.2021].
- Anderson, Ryan T. 2009. „The Conservative-Christian Big Thinker”. *National Review*, December 23, <https://www.nationalreview.com/corner/conservative-christian-big-thinker-ryan-t-anderson/> [dostęp: 23.08.2021].
- Anderson, Ryan T. 2015a. „The Future for Defenders of Marriage: Treated as Bigots or Pro-Lifers”. *The Christian Lawyer* 2: 8–14.
- Anderson, Ryan T. 2015b. *Truth Overruled: The Future of Marriage and Religious Freedom*. New York: Regnery Publishing.
- Anderson, Ryan T. 2016. „Bigots or Pro-Lifers”. *Journal of Christian Legal Thought* 6 (1): 17–21.

wzmianki o małżeństwie. Zachowali się więc inaczej od liberalnych sędziów, którzy przedstawiali moralne argumenty na rzecz małżeństw osób tej samej płci. Dopiero zdanie odrębne Robertsas, jak pisze Arkes, „wzniosło się na ten poziom argumentacji”. Zob. też Arkes 2018.

- Anderson, Ryan T. 2017. „Marriage, the Court, and the Future”. *Harvard Journal of Law & Public Policy* 40: 361–416.
- Anderson, Ryan T. 2018a. „A Brave New World of Transgender Policy”. *Harvard Journal of Law & Public Policy* 41: 309–354.
- Anderson, Ryan T. 2018b. „Disagreement Is Not Always Discrimination: On *Masterpiece Cakeshop* and the Analogy to Interracial Marriage”. *Georgetown Journal of Law & Public Policy* 16: 123–146.
- Anderson, Ryan T. 2018c. *When Harry Became Sally: Responding to the Transgender Moment*. New York – London: Encounter Books.
- Anderson, Ryan T., Robert P. George 2021. „A Final Chance for SCOTUS to Deliver Justice for Barronelle Stutzman”. *National Review*, July 30, 2021, <https://www.nationalreview.com/bench-memos/a-final-chance-for-scotus-to-deliver-justice-for-barronelle-stutzman/> [dostęp: 30.08.2021].
- Arkes, Hadley. 2017. „The Moral Turn”. *First Things*, May 2017, <https://www.firstthings.com/article/2017/05/the-moral-turn> [dostęp: 30.08.2021].
- Arkes, Hadley. 2018. „The Argument Renewed: Who’s Afraid of Substantive Due Process?”, *The Georgetown Journal of Law & Public Policy* 16: 365–384.
- Baran, Dariusz. 2012. „Nowoczesna rodzina we współczesnym dyskursie kulturowym – na przykładzie amerykańskich seriali”. W: *Medialny obraz rodziny i płci*, red. Katarzyna Pokorna-Ignatowicz, 65–82. Kraków: Oficyna Wydawnicza AFM.
- Barnat, Damian. 2017. „Sekularyzm polityczny a spór o przekonania sumienia”. *Roczniki Filozoficzne* 65 (4): 293–323.
- Barnes, Robert. 2020. *Supreme Court will not Hear Kim Davis Same-Sex Marriage Case*, https://www.washingtonpost.com/politics/courts_law/supreme-court-kim-davis-same-sex-marriage/2020/10/05/cd5a74d2-0710-11eb-9be6-cf25fb429f1a_story.html [dostęp: 27.08.2021].
- Biggar, Nigel, Rufus Black (red.). 2000. *Revival of Natural Law: Philosophical, Theological and Ethical Responses to the Finnis-Grisez School*. Aldershot: Ashgate.
- Blackman, Josh. 2021. *After A Decade of Litigation, 77-Year-Old Barronelle Stutzman Retires And Settles Arlene’s Flowers Case for \$5,000*, <https://reason.com/volokh/2021/11/18/after-a-decade-of-litigation-77-year-old-barronelle-stutzman-retires-and-settles-arlenes-flowers-case-for-5000/> [dostęp: 20.11.2021].
- Blankenhorn, David. 2007. *The Future of Marriage*. New York: Encounter Books.
- Blankenhorn, David. 2012. „How My View on Gay Marriage Changed”. *New York Times*, June 22, 2012, <https://www.nytimes.com/2012/06/23/opinion/how-my-view-on-gay-marriage-changed.html?> [dostęp: 27.08.2021].

- Blicharz, Grzegorz, Damian Pietrzyk. 2014. „Różne współczesne koncepcje prawa naturalnego”. W: *Prawo naturalne – natura prawa*, red. Piotr Dardziński, Franciszek Longchamps de Bérier, Krzysztof Szczucki, 166–184. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Bork, Robert H. 1996. „Our Judicial Oligarchy”. *First Things* 67: 21–24.
- Bork, Robert H. 2004. „The Necessary Amendment”. *First Things* 145: 17–21.
- Bradley, Gerard V. 2004. „Law and the Culture of Marriage”. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* 18: 189–217.
- Brooks, David. 2015. „The Next Culture War”. *New York Times*, June 30, 2015, <https://www.nytimes.com/2015/06/30/opinion/david-brooks-the-next-culture-war.html> [dostęp: 23.08.2021].
- Bryk, Andrzej. 2016a. „Małżeństwa homoseksualne – nowe niewolnictwo”. *Rzeczpospolita*, 9 października 2016 r., <https://www.rp.pl/prawo-rodzinne/art10893551-malzenstwa-homoseksualne-nowe-niewolnictwo> [dostęp: 20.08.2021].
- Bryk, Andrzej. 2016b. „Orzecznictwo Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych jako autonomiczne źródło tworzenia norm konstytucyjnych”. *Studia Iuridica Lublinensia* 3: 119–137.
- Byrn, Robert M. 1993. „The Perversion of Privacy”. *Human Life Review* 19 (1): 42–54.
- Ciszewski, Wojciech. 2017. „Czy wolność uprawnia do dyskryminowania? Rozważania teoretycznoprawne na kanwie sprawy drukarza z Łodzi”. *Forum Prawnicze* 5: 36–53.
- Contreras, Francisco José. 2013. „Foreword”. W: *The Threads of Natural Law: Unravelling a Philosophical Tradition*, red. Francisco José Contreras, V–XV. Dordrecht – Heidelberg – New York – London: Springer.
- Corriher, Billy. 2015. *A Handful of Elected State Judges Continue to Deny Marriage Equality*, <https://www.americanprogress.org/issues/courts/reports/2015/12/01/126270/a-handful-of-elected-state-judges-continue-to-deny-marriage-equality/> [dostęp: 27.08.2021].
- Corvino, John. 2017. „Religious Liberty, Not Religious Privilege”. W: John Corvino, Ryan T. Anderson, Sherif Girgis. *Debating Religious Liberty and Discrimination*, 20–107. New York: Oxford University Press.
- Corvino, John, Ryan T. Anderson, Sherif Girgis. 2017. *Debating Religious Liberty and Discrimination*. New York: Oxford University Press.
- Czarnecka, Agata. 2014a. „Konflikt sumień Roberta P. George’a”. *Logos i Ethos* 1 (36): 251–262.
- Czarnecka, Agata. 2014b. *Nowa teoria prawa naturalnego wobec wyzwań współczesności*. Toruń (rozprawa doktorska).
- Czarnecka, Agata. 2016a. „Prawnicy w służbie publicznej. Działalność publiczna przedstawicieli nowej teorii prawa naturalnego”. *Prawo i Więź* 2: 14–23.

- Czarnecka, Agata 2016b. „S. Girgis, R.T. Anderson, R.P. George, What Is Marriage? Man and Woman: A Defense, New York, London 2012 i P. Lee, R. P. George, Conjugal Union. What Marriage Is and Why It Matters, Cambridge 2014”. *Zeszyty Prawnicze* 16 (2): 221–230.
- Czarnecka, Agata. 2017. „Perfekcjonizująca rola prawa w teorii Roberta P. George’a”. *Miscellanea Historico-Iuridica* 16 (2): 55–67.
- Daniels, Steven R. 2019. „The Evolution of Attitudes on Same-Sex Marriage in the United States”, *Social Science Quarterly* 100 (5): 1651–1663, <https://doi.org/10.1007/s12115-017-0208-8>.
- Dolgin, Janet L. 1994. „The Family in Transition: From *Griswold* to *Eisenstadt* and Beyond”. *Georgetown Law Journal* 82: 1519–1571.
- Dybowski, Maciej. 2019. „Teoretyczno- i filozoficznoprawna problematyka klauzuli sumienia przedsiębiorców, osób prawnych, urzędników i instytucji publicznych”. W: *Wolność sumienia. Perspektywa prawnoporównawcza*, red. Grzegorz Blicharz, Maciej Delijewski, 165–196. Warszawa: Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości.
- Finnis, John. 1980. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Clarendon Press.
- Finnis, John. 1994. „Law, Morality, and Sexual Orientation”. *Notre Dame Law Review* 69: 1049–1076.
- Finnis, John. 1997. „The Good of Marriage and the Morality of Sexual Relations: Some Philosophical and Historical Observations”. *American Journal of Jurisprudence* 42: 97–134.
- Finnis, John. 2001. *Prawo naturalne i uprawnienia naturalne*, tłum. Karolina Lossman. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC.
- Finnis, John. 2005a. „Foundations of Practical Reason Revisited”. *American Journal of Jurisprudence* 50: 109–131.
- Finnis, John. 2005b. *O racji publicznej*. Warszawa: Ius et Lex.
- Finnis, John. 2008. „Marriage: A Basic and Exigent Good”. *The Monist* 91: 388–406.
- Finnis, John. 2018. „Germain Grisez, Christian Philosopher”. *Public Discourse*, February 7, <https://www.thepublicdiscourse.com/2018/02/21015/> [dostęp: 30.08.2021].
- Finnis, John, Germain Grisez, Joseph Boyle. 1987. „Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends”. *American Journal of Jurisprudence* 32: 99–151.
- Forsythe, Clarke. 2021. „Roe v. Wade Has Never Been a Settled Precedent”, *Newsweek*, July 30, <https://www.newsweek.com/roe-v-wade-has-never-been-settled-precedent-opinion-1614026> [dostęp: 25.08.2021].
- Garrett, Jeremy R. 2008. „Why the Old Sexual Morality of the New Natural Law Undermines Traditional Marriage?”. *Social Theory and Practice* 34: 591–622.

- George, Robert P. 1992. „Natural Law and Human Nature”. W: *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, red. Robert P. George, 31–41. Oxford: Clarendon Press.
- George, Robert P. 1993. *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*. Oxford: Clarendon Press.
- George, Robert P. 1999. *In Defence of Natural Law*. Oxford: Clarendon Press.
- George, Robert P. 2000. „The Concept of Public Morality”. *American Journal of Jurisprudence* 45: 17–31.
- George, Robert P. 2001. *The Clash of Orthodoxies: Law, Religion and Morality in Crisis*. Wilmington, DE: Intercollegiate Studies Institute.
- George, Robert P. 2004. „Judicial Usurpation and Sexual Liberation: Courts and the Abolition of Marriage”. *Regent University Law Review* 17: 21–30.
- George, Robert P. 2010. *Prawo naturalne, Bóg i godność ludzka*. Warszawa: Ius et Lex.
- George, Robert P. 2013. *Conscience and Its Enemies: Confronting the Dogmas of Liberal Secularism*. Wilmington, DE: Intercollegiate Studies Institute.
- George, Robert P. 2019. *Zderzenie ortodoksji. Kryzys prawa, religii i moralności*, tłum. Michał J. Czarnecki. Warszawa: Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości.
- George, Robert P., David L. Tubbs. 2005. „The Bad Decision that Started It All”. *National Review*, July 8, 2005, <https://www.nationalreview.com/2005/07/bad-decision-started-it-all-robert-p-george-david-l-tubbs/> [dostęp: 25.08.2021].
- George, Robert P., Gerard V. Bradley. 1995. „Marriage and the Liberal Imagination”. *Georgetown Law Journal* 84: 301–320.
- George, Robert P., Sherif Girgis. 2017. „A Baker’s First Amendment Rights”. *New York Times*, December 4, 2017, <https://www.nytimes.com/2017/12/04/opinion/first-amendment-wedding-cake.html> [dostęp: 23.08.2021].
- George, Robert P., Sherif Girgis, Ryan T. Anderson. 2013. *Amici Curiae Brief of Robert P. George, Sherif Girgis, and Ryan T. Anderson in Support of Hollingsworth and Bipartisan Legal Advisory Group Addressing the Merits and Supporting Reversal*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2210568.
- Girgis, Sherif. 2013. „The Mens Rea of Accomplice Liability: Supporting Intentions”. *Yale Law Journal* 123: 460–494.
- Girgis, Sherif. 2014a. „Equality and Moral Worth in Natural-Law Ethics and Beyond”. *American Journal of Jurisprudence* 59 (2): 143–162.
- Girgis, Sherif. 2014b. „How the Law School Can Succeed – An Invitation”. *Harvard Journal of Law & Public Policy* 37: 187–198.

- Girgis, Sherif. 2014c. „Windsor: Lochnerizing on Marriage”. *Case Western Reserve Law Review* 64: 971–1028.
- Girgis, Sherif. 2016. „Nervous Victors, Illiberal Measures: A Response to Douglas NeJaime and Reva Siegel”. *Yale Law Journal Forum* 25: 399–415.
- Girgis, Sherif, Robert P. George, Ryan T. Anderson. 2010. „What Is Marriage?”. *Harvard Journal of Law and Public Policy* 34: 243–287.
- Girgis, Sherif, Ryan T. Anderson, Robert P. George. 2012. *What Is Marriage? Man and Woman: A Defense*. New York: Encounter.
- Girgis, Sherif, Ryan T. Anderson, Robert P. George. 2019. *Czym jest małżeństwo? W obronie związku mężczyzny i kobiety*, tłum. Michał Filipczuk. Warszawa: Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości.
- Goldstein, Joshua D. 2011. „New Natural Law Theory and the Grounds of Marriage”. *Social Theory and Practice* 37 (3): 461–482.
- Grisez, Germain. 1965. „The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the Summa theologiae, 1–2, Question 94, Article 2”. *Natural Law Forum* 10: 168–201.
- Grisez, Germain. 1993. *The Way of the Lord Jesus*. Vol. 2: *Living a Christian Life*. Quincy, Ill.: Franciscan Press.
- Grossman, Joanna L. 2005. „Resurrecting Comity: Revisiting the Problem of Non-Uniform Marriage Laws”. *Oregon Law Review* 84: 433–488.
- Gunther, Marc. 2014. „Why Big Businesses Like Nike and Cummins Are Backing Gay Marriage”. *The Guardian*, January 30, 2014, <https://www.theguardian.com/sustainable-business/big-businesses-nike-cummins-backing-gay-marriage> [dostęp: 23.08.2021].
- Heyman, Steven J. 2018. „A Struggle for Recognition: The Controversy over Religious Liberty, Civil Rights, and Same-Sex Marriage”. *First Amendment Law Review* 14: 1–126.
- Hittinger, Russel. 1987. *A Critique of the New Natural Law Theory*. Notre Dame: University of Notre Dame Press.
- Hornby, Gerard A. 2020. „Let Them Eat Cake: A Comparative Analysis of Recent British and American Law on Religious Liberty”. *Duquesne Law Review* 58: 377–407.
- Howe, Amy. 2021. *Justices Add One Religious-rights Case to Docket but Turn Down Another*, <https://www.scotusblog.com/2021/07/justices-add-one-religious-rights-case-to-docket-but-turn-down-another/> [dostęp: 30.08.2021].
- Hymowitz, Kay S. 2013. „Natural Lawyer”. *New York Times*, June 21, 2013, <https://www.nytimes.com/2013/06/23/books/review/conscience-and-its-Enemies-by-robert-p-george.html> [dostęp: 23.08.2021].
- Katz, Sanford N. 2021. *Family Law in America*. New York: Oxford University Press.

- Kędzierski, Jacek. 2013. „Prawne uregulowanie narzeczeństwa a związki partnerskie”. *Rzeczpospolita*, 8 lutego 2013 r., <https://www.rp.pl/opinie-prawne/art5727821-prawne-uregulowanie-narzeczenstwa-a-zwiazki-partnerskie> [dostęp: 23.08.2021].
- Kirkpatrick, David D. 2009. „The Conservative-Christian Big Thinker”. *New York Times*, December 16, 2009, <https://www.nytimes.com/2009/12/20/magazine/20george-t.html> [dostęp: 23.08.2021].
- Kniffin, Eric N. 2020. *Protecting Your Right To Educate: How Catholic Education Can Defend Against Emerging Legal Threats*, <https://newmansociety.org/protecting-your-right-to-educate-defend-against-legal-threats/> [dostęp: 27.08.2021].
- Kozłowski, Tomasz. 1997. „Nowa obrona prawa natury – John Mitchell Finnis”. *Studia Iuridica* 34: 51–72.
- Koźmiński, Krzysztof. 2009. „Prawna regulacja działalności gospodarczej a realizacja zasady wolności sumienia i religii”. Warszawa: Centrum Analiz Strategicznych Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, <https://iws.gov.pl/en/projekt-o-wolnosc-wyznawania-religii-we-wspolczesnym-swiecie/rezultaty-projektu/publikacje/> [dostęp: 28.08.2021].
- Krawiec, Grzegorz. 2015. *Koncepcje płci człowieka a prawo administracyjne*. Warszawa: Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich.
- Kudła, Weronika. 2018. *Wrogość wobec religii. Ostrzeżenia ze strony Sądu Najwyższego USA*. Kraków: Księgarnia Akademicka.
- Lau, Holning. 2018. „From Loving to Obergefell: Elevating the Significance of Discriminatory Effects”. *Virginia Journal of Social Policy and the Law* 25: 318–329.
- Lee, Patrick. 2019. „The New Natural Law Theory”. W: *The Cambridge Companion to Natural Law Ethics*, red. Tom Angier, 73–91. Cambridge: Cambridge University Press.
- Legarre, Santiago. 2018. „A New Natural Law Reading of the Constitution”. *Louisiana Law Review* 78: 878–905.
- Legutko, Ryszard. 2004. „Niezbędnik człowieka myślącego”. *Wprost* 52, <https://www.wprost.pl/tygodnik/71295/Niezbednik-czlowieka-myslacego.html> [dostęp: 23.08.2021].
- Liptak, Adam. 2015. „The Case Against Gay Marriage: Top Law Firms Won’t Touch It”. *New York Times*, April 11, 2015, <https://www.nytimes.com/2015/04/12/us/the-case-against-gay-marriage-top-law-firms-wont-touch-it.html> [dostęp: 23.08.2021].
- Longchamps de Bérier, Franciszek. 2016. „Sądowa instytucjonalizacja małżeństwa osób tej samej płci w Stanach Zjednoczonych”. *Forum Prawnicze* 6: 3–15.

- Łabieniec, Paweł. 2004. *Prawo rozumu. O teorii prawa naturalnego Johna Finnis-a*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Łącki, Paweł. 2016. „Konstytucja a małżeństwo. Prawa podstawowe a demokracja”. *Przegląd Sejmowy* 1: 169–183.
- Maćkowska, Katarzyna. 2020. „Wolność religijna jako instrument ochrony prawnej przeciwników małżeństw jednopłciowych: zmiany w prawie stanu Missisipi po wydaniu orzeczenia w sprawie *Obergefell v. Hodges*”. *Studia z Prawa Wyznaniowego* 23: 201–222.
- Maroń, Grzegorz. 2018a. „Glosa do wyroku Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych z dnia 4 czerwca 2018 r. w sprawie *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*”. *Przegląd Sejmowy* 6 (149): 217–228.
- Maroń, Grzegorz. 2018b. *Integralność religijna sędziego oraz argumentacja religijna w amerykańskim procesie orzeczniczym*. Rzeszów: Wydawnictwo Uniwersytetu Rzeszowskiego.
- Massini Correas, Carlos I. 1999. „The New School of Natural Law – Some Approaches”. *Rechtstheorie* 30: 461–478.
- Maza, Cristina. 2015. „Companies Tell Supreme Court: Legalizing Gay Marriage is Good for Business”. *Christian Science Monitor*, March 6, 2015, <https://www.csmonitor.com/USA/USA-Update/2015/0306/Companies-tell-Supreme-Court-Legalizing-gay-marriage-is-good-for-business> [dostęp: 27.08.2021].
- McCarthy, Justin. 2021. *Record-High 70% in U.S. Support Same-Sex Marriage*, <https://news.gallup.com/poll/350486/record-high-support-same-sex-marriage.aspx> [dostęp: 27.08.2021].
- Miętek, Agata. 2007. „Miejsce Johna Mitchella Finnis-a we współczesnej teorii prawa”. *Dialogi Polityczne* 8: 255–263.
- Miętek, Agata. 2008. „Nowa teoria prawa naturalnego: główne konteksty i problemy”. *Dialogi Polityczne* 9: 277–283.
- Meek, Philippa Juliet. 2019. „From Loving to Obergefell and Beyond: Plural Marriage as the Next Sexual Justice Issue”. *Intermountain West Journal of Religious Studies* 10 (1): 6–27.
- Michalik, Piotr. 2013a. „Czy Sąd Najwyższy USA zalegalizuje małżeństwa homoseksualne? *Hollingsworth v. Perry* i *United States v. Windsor*”. *Forum Prawnicze* 1 (15): 36–49.
- Michalik, Piotr. 2013b. „Przyszłość zwolnień podatkowych dla związków wyznaniowych w świetle najnowszego orzecznictwa Sądu Najwyższego USA”. *Studia z Prawa Wyznaniowego* 16: 5–22.
- Mirocha, Łukasz. 2018. „Polskie orzecznictwo w perspektywie wyroku w sprawie *Masterpiece Cakeshop*”. *Forum Prawnicze* 2: 65–77.

- Mirocha, Łukasz. 2019. „Odmowa wykonania usług weselnych dla par jedнопłciowych w Stanach Zjednoczonych”. *Państwo i Prawo* 4: 20–34.
- Misztal, Henryk. 1993. „Kościelne pojęcie wolności religijnej a ustawa o gwarancjach wolności sumienia i wyznania z 1989 r.” *Kościół i Prawo* 11: 103–122.
- Misztal, Henryk. 1999. „Prawo małżeńskie”. W: *Prawo wyznaniowe*, red. Henryk Misztal, 139–178. Lublin – Sandomierz: Wydawnictwo Diecezjalne w Sandomierzu.
- Misztal, Henryk. 2006. „Hanna Waśkiewicz (1919–1993)”. W: *Profesorowie prawa Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego*, red. Antoni Dębiński, Wojciech Staszewski, Monika Wójcik, 289–298. Lublin: Wydawnictwo KUL.
- Motyka, Krzysztof. 2001. „Wstęp”. W: John Finnis. *Prawo naturalne i uprawnia naturalne*, tłum. Karolina Lossman, IX–XVIII. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC.
- Motyka, Krzysztof. 2002. „Prawo naturalne bez natury, bez prawa i bez Boga? Teoria prawa naturalnego Johna Finnisa”. W: *Ze sztaandarem prawa przez świat. Księga dedykowana Profesorowi Wieńczysławowi Józefowi von Igelgrund z okazji 85-lecia urodzin*, red. Roman Tokarczyk, Krzysztof Motyka, 317–333. Kraków: Zakamycze.
- Motyka, Krzysztof. 2004a. „Jan Paweł II w jurysprudencji Stanów Zjednoczonych. Przegląd problematyki”. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2: 35–55.
- Motyka, Krzysztof. 2004b. *Prawa człowieka. Wprowadzenie, wybór źródeł*. Lublin: Verba.
- Motyka, Krzysztof. 2006. *Prawo do prywatności i dylematy współczesnej ochrony praw człowieka*. Lublin: Verba.
- Mpora, Pastor. 2001. *Integral Human Fulfilment as the Natural Foundation of the Family in the Light of John Finnis' Thought*. Rome: Pontificia Universitas Urbaniana.
- Napierała, Paulina. 2013. *Religia i polityka w USA. Faith-based initiatives w okresie prezydentury G. W. Busha*. Kraków: Wydawnictwo UJ.
- Oniszczyk, Jerzy. 2008. *Filozofia i teoria prawa*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
- Oppenheimer, Mark. 2015. „Now’s the Time to End Tax Exemptions for Religious Institutions”. *Time*, June 28, 2015, <http://time.com/3939143/news-the-time-to-end-tax-exemptions-for-religious-institutions/> [dostęp: 27.08.2021].
- Pawliczak, Jakub. 2014. *Zarejestrowany związek partnerski a małżeństwo*. Warszawa: Lex.
- Petry Mroczkowska, Joanna. 1999. *Amerykańska wojna kultur*. Warszawa: Biblioteka „Więzi”.

- Phillips, Joe, Joseph Yi. 2018. „Debating Same-Sex Marriage: Lessons from Loving, Roe, and Reynolds”. *Society* 55 (1): 25–34.
- Pietrzykowski, Tomasz. 2011. *Etyczne problemy prawa*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Pimentel, David. 2016. „The Impact of Obergefell: Traditional Marriage’s New Lease on Life”. *Brigham Young University Journal of Public Law* 30: 251–275.
- Pomerance, Benjamin. 2014. „What Might Have Been: 25 Years of Robert Bork on the United States Supreme Court”. *Belmont Law Review* 1: 221–266.
- Posner, Richard A. 1997. „William N. Eskridge, Jr., The Case for Same-Sex Marriage: From Sexual Liberty to Civilized Commitment (1996)”. *Michigan Law Review* 95: 1578–1587.
- Potrzeszcz, Jadwiga. 2019. „Klauzula sumienia usługodawców”. W: *Wolność sumienia. Perspektywa prawnoporównawcza*, red. Grzegorz Blicharz, Maciej Delijewski, 13–55. Warszawa: Wydawnictwo IWS.
- Prostak, Rafał. 2014a. „Małżeństwa jedнопłciowe i interes publiczny w orzecznictwie amerykańskiej judykatury”. *Przegląd Sejmowy* 2: 89–106.
- Prostak, Rafał. 2014b. *Teista w demoliberalnym świecie. Rzecz o amerykańskich rozważaniach wokół rozumnej polityki*. Kraków: Ośrodek Myśli Politycznej.
- Reinbold, Jenna. 2017. „«Honorable Religious Premises» and Other Affronts: Disputing Free Exercise in the Era of Trump”. W: *Studies in Law, Politics, and Society*, red. A. Sarat, 1–54. Bingley: Emerald Publishing Limited.
- Robinson, Russell K. 2016. „Unequal Protection”. *Stanford Law Review* 68: 151–233.
- Rosenfeld, Michael J. 2017. „Moving a Mountain: The Extraordinary Trajectory of Same-Sex Marriage Approval in the United States”. *Socius: Sociological Research for a Dynamic World* 3: 1–22.
- Sandel, Michael J. 1989. „Moral Argument and Liberal Toleration: Abortion and Homosexuality”. *California Law Review* 77: 521–538.
- Sandel, Michael J. 1996. *Democracy’s Discontent: America in Search of Public Philosophy*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Scaer, Peter J. 2015. „I Am Not Eloquent: I Am Slow of Speech and of Tongue: Learning to Speak for Marriage”. *Concordia Theological Quarterly* 79: 351–362.
- Severino, Roger. 2021. „Why Unanimity Was so Important in the Fulton Case”. *National Review*, June 17, 2021, <https://www.nationalreview.com/bench-memos/why-unanimity-was-so-important-in-the-fulton-case/> [dostęp: 23.07.2021].
- Smith, Steven D. 2021. „Burying Barronelle Stutzman”. *First Things*, June/July, <https://www.firstthings.com/web-exclusives/2021/07/burying-barronelle-stutzman> [dostęp: 30.08.2021].

- Sobel, Stacey L. 2020. „The Backlash Boomerang: Using Reverse Animus and Hostility to Limit LGBTQ”. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 22: 1155–1200.
- Somin, Ilya. 2015. „Judge Posner’s troubling explanation for his shift on same-sex marriage”. *Washington Post*, November 30, 2015, <https://www.washingtonpost.com/news/voikh-conspiracy/wp/2015/11/30/judge-posners-troubling-explanation-for-his-shift-on-same-sex-marriage/> [dostęp: 27.08.2021].
- Szlendak, Tomasz. 2012. *Socjologia rodziny. Ewolucja, historia, zróżnicowanie*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Śledzińska-Simon, Anna. 2018. „O cukierniku i o drukarzu, czyli o dwóch tradycjach praw człowieka”. W: *Dookoła Wojtek... Księga pamiątkowa poświęcona Doktorowi Arturowi Wojciechowi Preisnerowi*, red. Ryszard Balicki, Mariusz Jabłoński, 299–311. Wrocław: E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa. Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego.
- Walburn, Samuel W. D. 2017. „The Loving Analogy: Race and the Early Same-Sex Marriage Debate”. *The Purdue Historian* 8 (1), <http://docs.lib.purdue.edu/puhistorian/vol8/iss1/4>.
- Wardle, Lynn D. 2007. „The Attack on Marriage as the Union of a Man and a Woman”. *North Dakota Law Review* 83: 1365–1391.
- Weeden, Darnell L. 2017. „Marriage Equality Laws Are a Threat to Religious Liberty”. *Southern Illinois University Law Journal* 41: 211–236.