

Angioletta Sperti*

La sentenza *Obergefell v. Hodges* e lo storico riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie *same-sex* negli Stati Uniti. Introduzione al Focus

Sommario

1. Premessa. – 2. L'antefatto. – 3. Le più salienti affermazioni dell'*opinion of the Court*. – 4. Le opinioni dissenzienti. – 5. Alcune considerazioni sui profili costituzionali di maggior interesse della pronuncia. – 6. Le prospettive per il futuro: la tutela della libertà religiosa in relazione al matrimonio come strumento per contrastare gli effetti della pronuncia.

Abstract

L'articolo si propone di esaminare la sentenza nel caso *Obergefell v. Hodges* con cui la Corte Suprema ha dichiarato l'incostituzionalità delle leggi statali che negavano il riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie dello stesso sesso. Dopo aver ripercorso le principali affermazioni espresse dal giudice Kennedy nell'*opinion of the Court* e dai giudici dissenzienti nelle proprie opinioni, lo scritto si sofferma sulle implicazioni sul piano costituzionale degli argomenti avanzati a sostegno del matrimonio *same-sex* inquadrandole nella precedente giurisprudenza della Corte Suprema. Lo scritto si conclude con una riflessione sui possibili sviluppi futuri della pronuncia che vedranno una crescita del contenzioso costituzionale avente ad oggetto la libertà religiosa ed il diritto all'obiezione di coscienza.

The article aims at analyzing the case Obergefell v. Hodges of the United States Supreme Court which holds the state same-sex marriage bans unconstitutional. The article takes into consideration the most important arguments expressed by Justice Kennedy in his opinion of the Court and by the dissenting Justices in their dissenting opinions and describes the implications of the arguments supporting the recognition of same-sex marriage on the basis of the USSC previous case-law. The article finally suggests that further developments will probably see an increase of constitutional issues involving freedom of religion and conscientious objection.

* Associata di Diritto pubblico comparato, Università di Pisa.

1. Premessa

“Un grande passo verso l’affermazione del principio di eguaglianza”. Con queste parole il Presidente degli Stati Uniti Barack Obama ha commentato la decisione della Corte Suprema nel caso *Obergefell v. Hodges*¹, la più rilevante pronuncia in tema di diritti civili dopo *Roe v. Wade*² che, nel 1973, riconobbe il diritto all’aborto.

Negli Stati Uniti la battaglia per i diritti delle donne è spesso evocata come termine di paragone della lotta per il riconoscimento dei diritti degli omosessuali³. *Roe v. Wade* ebbe, com’è noto, un impatto di grande rilievo anche sulla giurisprudenza costituzionale europea e sulla legislazione di molti paesi: nell’anno successivo il diritto all’aborto fu riconosciuto dal *Conseil constitutionnel* francese⁴ e, nel 1975, seguirono la pronuncia del Tribunale costituzionale tedesco⁵, la sentenza n. 27 del 1975 della nostra Costituzione⁶ ed, infine, la sentenza della corte costituzionale Austriaca⁷.

Molti sviluppi nella giustizia costituzionale degli ultimi decenni lasciano presagire che *Obergefell v. Hodges* eserciterà un’influenza ancor maggiore dei *landmark cases* del passato. Non si può, infatti, trascurare la grande diffusione del controllo di legittimità costituzionale delle leggi negli ultimi venti anni, quale carattere del costituzionalismo accolto — insieme con l’adozione di una carta dei diritti — da molti paesi che hanno conosciuto una recente transizione verso la democrazia⁸. Inoltre, come la riflessione costituzionalistica ha messo in evidenza, si riscontra oggi a livello globale un crescente successo del ruolo dei giudici (*judicialization*)⁹, in particolare delle Corti costituzionali, chiamati spesso a risolvere questioni che in passato sarebbero state rimesse all’iniziativa ed alla decisione degli organi elettivi¹⁰ e ciò anche in ragione della difficoltà di questi ultimi di operare una sintesi tra posizioni contrapposte su temi cd. eticamente sensibili o divisivi dell’opinione pubblica e del mondo politico.

Questi fattori favoriscono a loro volta un’ampia circolazione delle pronunce delle corti costituzionali. Soprattutto in merito al riconoscimento ed alla tutela dei diritti civili, anche corti costituzionali e supreme che in passato apparivano chiuse al dialogo con i loro omologhi stranieri — come la stessa Corte Suprema degli Stati Uniti — guardano oggi alle pronunce di corti straniere su temi analoghi e traggono da esse argomenti e spunti di riflessione utili per confortare le proprie conclusioni¹¹.

Infine, alla circolazione dei precedenti giurisprudenziali e dei dibattiti dottrinali in tema di diritti fondamentali concorrono oggi i nuovi mezzi di comunicazione e di socializzazione di massa che amplificano la risonanza e accrescono l’impatto delle stesse pronunce dei giudici costituzionali. L’accesso

1 *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015), in questa *Rivista*, p. 343.

2 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

3 M.J. Klarman, *From the Closet to the Altar. Courts, Backlash and the Struggle for SameSex Marriage*, Oxford-New York, Oxford Univ. Press, 2013.

4 *Conseil constitutionnel*, décision 75-17 DC, 15 gennaio 1975.

5 39 BVerfGE 1 (1975) (cd. sentenza *Aborto I*).

6 La sentenza n. 27 del 1975 della Corte costituzionale costituirà a sua volta la premessa per l’adozione della legge n. 194 del 1978 la quale prende a modello non solo la soluzione francese, ma anche alcuni dei presupposti su cui la Corte Suprema aveva fondato il riconoscimento del diritto all’aborto in *Roe v. Wade* (fra cui, ad esempio, la suddivisione della gravidanza in trimestre e il diverso bilanciamento dei diritti della donna e del nascituro in ciascuna fase della gravidanza).

7 Corte costituzionale austriaca, sentenza del 11 ottobre 1974.

8 A. Pizzorusso, *Giustizia costituzionale (diritto comparato)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali, I, Milano, Giuffrè, 2007, ma cfr. anche A. Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006, in part. p. 8 ss.

9 Nella vasta letteratura sul tema, M.R. Ferrarese, *Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 135 ss.; C. Guarnieri, *The Power of Judges: A Comparative Study of Court and Democracy*, Oxford University Press, New York, 2002; R. Hirschl, *Towards Juristocracy*, Harv. University Press, Cambridge, Mass., 2004, p. 37 ss. e Id., *Globalization, Courts and Judicial Power: the Political Origins of the New Constitutionalism*, in 11 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 71 (2004), in part. pp. 97 e ss.; A. Sajò, *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*, Central European University Press, Budapest, 1999.

10 Sul conflitto tra le “prerogative della rappresentanza” ed “il ruolo e le prerogative della giurisdizione” nel quadro del costituzionalismo sui diritti, M. Dogliani, *I diritti fondamentali*, in *Il valore della Costituzione. L’esperienza della democrazia repubblicana*, M. Fioravanti (a cura di), Bari, Laterza, 2009, p. 41 ss. Cfr. anche M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, p. 1654 e in *Associazione dei Costituzionalisti*, www.associazionedeicostituzionalisti.it.

11 Su questi temi, sia consentito rinviare, più ampiamente a A. Sperti, *Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione nell’esperienza più recente*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, pp. 125 ss. Si v. nella vastissima letteratura, per tutti G. de Vergottini, *Oltre il dialogo tra le corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino, 2010.

dibattito in Francia sul riconoscimento del *mariage pour tous*, ha reso evidente come le sentenze alimenterino un confronto *globale* in cui, tuttavia, all'attrazione dei diritti verso una dimensione che travalica i confini nazionali fanno riscontro anche opposte manifestazioni, dirette a preservare tradizioni e valori nazionali¹².

Si comprende, dunque, perché negli Stati Uniti, soprattutto da parte di coloro che esprimono posizioni critiche riguardo al matrimonio *same-sex*, la sentenza *Obergefell* sia giudicata una versione "potenziata" di *Roe v. Wade*¹³ quanto al suo impatto sul piano dei diritti civili. Il matrimonio tra persone dello stesso sesso — ritenuto da L. Tribe uno sviluppo "inevitabile" della sentenza *Lawrence v. United States*¹⁴ del 2003, che concluse per l'incostituzionalità della penalizzazione degli atti sessuali tra persone dello stesso sesso — sarà sicuramente di stimolo per le corti costituzionali e supreme di altri ordinamenti, ma soprattutto contribuirà ad alimentare una coscienza collettiva a favore del riconoscimento dei diritti delle coppie dello stesso sesso.

Il Focus che questo numero di GenIUS ha inteso dedicare ad un pronuncia così rilevante come *Obergefell v. Hodges*, si propone di approfondirne i contenuti in una prospettiva multidisciplinare. I contributi che seguono esaminano, in primo luogo, la sentenza nel contesto della giurisprudenza statunitense in tema di eguaglianza e di *substantial due process* ed alla luce delle complesse vicende giurisprudenziali che, a livello statale, hanno condotto negli ultimi anni al riconoscimento del diritto al matrimonio *same-sex*. Da tali premesse gli Autori muovono per svolgere puntuali riflessioni sulle scelte retoriche ed argomentative compiute dai giudici della Corte Suprema (nell'opinione della Corte e nelle opinioni dissenzienti), sulle tecniche di interpretazione costituzionale utilizzate, nonché — in una più vasta prospettiva — sull'uso dell'argomento sociologico nella giurisprudenza sui diritti LGBT.

Ne emerge un interessante bilancio delle implicazioni e del futuro impatto della pronuncia, anche al di fuori dei confini degli Stati Uniti.

L'antefatto

Per comprendere le conseguenze della sentenza *Obergefell*, occorre fare un salto indietro sino al 2013, quando — a dieci anni di distanza dalla celebre sentenza nel caso *Lawrence v. Texas*¹⁵ in cui aveva dichiarato incostituzionale una legge del Texas che puniva gli atti sessuali tra persone dello stesso sesso in luogo privato — la Corte Suprema degli Stati Uniti, nel caso *United States v. Windsor*¹⁶, esamina per la prima volta una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

La sentenza — di cui è estensore lo stesso giudice Kennedy, redattore dell'*opinion of the Court* in *Obergefell* — dichiara l'incostituzionalità del *Defence of Marriage Act*¹⁷ (DOMA), una legge voluta nel 1996 dall'allora presidente Bill Clinton, nella parte in cui, alla *sect. 3*, dispone che a livello federale la parola "matrimonio" sia da riferirsi alla sola coppia di sesso diverso ed il termine "coniuge" al marito o alla moglie di sesso opposto¹⁸. Tuttavia, essa non prende in esame la legittimità costituzionale di un'altra disposizione della stessa legge, la *sect. 2*¹⁹, oggi oggetto della sentenza nel caso *Obergefell*, che consente,

12 Cfr. M.R. Ferrarese, *Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Bari, Laterza, 2006, p. 108 ss.

13 Cfr., ad esempio, il severo monito espresso in dottrina da R. Post in *A Few Words on Obergefell and the Counter-majoritarian Tendency* apparso sul blog del *Washington Post* (*The Volokh conspiracy*) il quale richiama le conseguenze di *Roe v. Wade* giudicando entrambe le pronunce come un "serious constitutional mistake", nonché l'editoriale del *Wall Street Journal* a firma di B. McGurn (e ripreso dai blog cattolici come il *National Catholic Register*, www.ncregister.org) dove *Obergefell* è definita "a *Roe* on steroids".

14 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Si v. in particolare Tribe L.H., *Lawrence v. Texas: The "Fundamental Right" that Dare Not Speak Its Name*, in 117 *Harvard Law Review* 1893 (2004).

15 *Lawrence v. Texas*, cit.

16 *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675 (2013).

17 *Defence of Marriage Act (DOMA)*. An act to define and protect the institution of marriage, 1 U.S.C. § 7 e 28 U.S.C. § 1738C.

18 "In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word 'marriage' means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word 'spouse' refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife". 1 U. S. C. §7.

19 *Sect. 2, Defence of Marriage Act*: "No State, territory, or possession of the United States, or Indian tribe, shall be required to give effect to any public act, record, or judicial proceeding of any other State, territory, possession, or tribe respecting a relationship between persons of the same sex that is treated as a marriage under the laws of such other State, territory, possession, or tribe, or a right or claim arising from such relationship" 28 U.S.C. § 1738C.

in particolare, agli Stati di non riconoscere i matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati in altri Stati²⁰.

Windsor v. US, pur rappresentando una grande conquista per le coppie omosessuali — poiché le definizioni di “matrimonio” e di “coniuge” riferite alla sola coppia eterosessuale trovavano applicazione in oltre un migliaio di leggi federali ai fini del riconoscimento di diritti o benefici sul piano fiscale, sanitario e sociale — lascia dunque impregiudicati i molti *same-sex marriage bans* e gli emendamenti costituzionali che 31 Stati americani avevano adottato a partire dai primi anni Novanta per vietare i matrimoni tra persone dello stesso sesso sul proprio territorio e negare il riconoscimento di quelli celebrati negli altri Stati dell’Unione²¹.

Windsor, al tempo stesso, solleva alcuni rilevanti dubbi interpretativi: l’*opinion* del giudice Kennedy — in linea con i precedenti in tema tutela dei diritti degli omosessuali²² — si astiene, infatti, dal definire l’orientamento sessuale come fattore di discriminazione al pari della razza o le origini nazionali (definite *suspect classifications*) e, conseguentemente, evita di qualificare gli omosessuali come vittime di discriminazione²³. Inoltre, la Corte Suprema non riconosce il diritto di contrarre matrimonio (*right to marry*) come un diritto “fondamentale” della coppia omosessuale. Sebbene in precedenza la Corte Suprema avesse sostenuto che il diritto di contrarre matrimonio rappresenta “un diritto di importanza fondamentale per tutti i cittadini”²⁴ e che “il matrimonio è uno basilari diritti civili, fondamentale per nostra stessa esistenza e sopravvivenza”²⁵, queste affermazioni, continuano ad essere riferite dalla giurisprudenza costituzionale alle sole coppie di sesso diverso.

Pur con queste incertezze, all’indomani di *Windsor v. US*, moltissime coppie si affrettano ad adire i giudici statali e federali, affinché dichiarino l’illegittimità costituzionale degli *state bans*: facendo leva sulle affermazioni del giudice Kennedy in cui si sottolineava come l’art. 3 del DOMA fosse motivato da pregiudizio ed ostilità (*animus*) verso un particolare gruppo di cittadini²⁶, i ricorrenti sostengono che anche gli *state bans* debbono essere ritenuti incostituzionali perché ispirati da un medesimo intento discriminatorio, lesivo della dignità e della libertà personale delle persone gay e lesbiche.

I giudici, statali e federali, accolgono tali ricorsi pressoché unanimemente. Nell’ottobre del 2014, chiamata a pronunciarsi in ultima istanza a seguito dell’impugnazione delle sentenze di incostituziona-

- 20 Sulle conseguenze del caso *Windsor v. US*, ad un anno dalla pronuncia, A. Sperti, *Il matrimonio same-sex negli Stati Uniti ad un anno dalla sentenza Windsor. Una riflessione sugli sviluppi giurisprudenziali a livello statale e federale*, in questa Rivista, 2014, II, pp. 143 ss.
- 21 Il primo Stato ad adottare tale emendamento costituzionale fu, nel 1997, il Minnesota; seguirono quindi, nel 1998, l’Alaska e lo Stato delle Hawaii, in reazione alla pronuncia della Corte Suprema delle Hawaii nel caso *Baehr v. Lewin*, 74 2 Haw. 530, 852 P. 2d 44 (1993) che aveva dichiarato incostituzionale — per la prima volta al mondo la limitazione dell’istituto matrimoniale alla sola coppia eterosessuale. A partire dal 2000, 31 Stati degli Stati Uniti adottarono emendamenti costituzionali che vietavano il matrimonio tra persone dello stesso sesso (oltre all’Alaska, il Nevada nel 2000; Mississippi, Oregon, Oklahoma, Utah, Missouri nel 2004; Colorado e Tennessee nel 2006; Arizona e California nel 2008; North Carolina nel 2012) o le stesse unioni civili (Nebraska nel 2000; Georgia, Louisiana, North Dakota, Ohio, Michigan, Arkansas, Kentucky nel 2004; Texas e Kansas nel 2005; Alabama, South Dakota, Virginia, Idaho, Wisconsin, South Carolina nel 2006; Florida nel 2008). Gli Stati di Puerto Rico, Virgin Islands, West Virginia e Wyoming hanno, invece, vietato i matrimoni *same-sex* adottando una legge ordinaria. In molti Stati è vietato al tempo stesso il riconoscimento dei matrimoni *same-sex* celebrati in altri Stati (Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, Colorado, Florida, Georgia, Idaho, Indiana, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska Nevada North Carolina, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Oregon, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virginia, Washington, West Virginia, Wisconsin, Wyoming).
- 22 Sulla scelta della Corte Suprema di omettere il profilo della violazione del principio di eguaglianza anche nel caso *Lawrence v. Texas*, cit., relativo alla legittimità costituzionale della legge del Texas che puniva gli atti sessuali tra adulti consenzienti dello stesso sesso, anche in luogo privato — come un *liberty case*, invece che come un caso di discriminazione verso gli omosessuali, si v. L. Tribe, *Lawrence v. Texas: The “Fundamental Right” that Dare Not Speak Its Name*, cit. e K. Yoshino, *The New Equal Protection*, in 124 *Harvard Law Review* 474 (2011), in part. § III. A, la quale sottolinea come la maggioranza della Corte Suprema in *Lawrence* abbia evitato di farne un “*group-based equality case about gays*” preferendo, invece, impostarlo come uno “*universal liberty case*”, “*with undertones of equality*”.
- 23 Su questi profili, in particolare per quanto attiene allo *standard of review* che invece una qualificazione dell’orientamento sessuale come fattore vietato di discriminazione avrebbe prodotto nei futuri giudizi di legittimità costituzionale relativi ai diritti LGBT, A. Sperti, *Il matrimonio same-sex negli Stati Uniti ad un anno dalla sentenza Windsor*, cit.
- 24 Cfr. *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 384 (1978).
- 25 Cfr. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967) in cui peraltro si precisa che “*the freedom to marry has long been recognized as one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men*”.
- 26 In dottrina in questo senso di espresse anche M. Strasser, *Windsor, Federalism and the Future of Marriage Litigation*, in *Harvard Journal of Law and Gender Online*, www.harvardjld.com e in *What’s Next After Windsor*, in 6 *Elon Law Review* 387 (2014).

lità rese dalle Corti di appello del IV, VII e X *Circuit* relative — rispettivamente — all'illegittimità costituzionale dei *same-sex marriage bans* in vigore in Virginia, Indiana, Wisconsin, Utah e Oklahoma²⁷ — la Corte Suprema nega il *certiorari*. Il provvedimento lascia, pertanto, trasparire una posizione della Corte favorevole al riconoscimento del diritto al matrimonio *same-sex* in tutti gli Stati poiché il *certiorari denial* consente implicitamente alle autorità statali di dare seguito alle pronunce di incostituzionalità degli *state bans* in tutti gli 11 Stati ricadenti sotto la giurisdizione delle corti di appello coinvolte²⁸.

L'occasione per un nuovo intervento della Corte Suprema è offerta (o, probabilmente, provocata) nel gennaio 2015 da una sentenza della Corte di Appello del VI *Circuit* che, in contrasto con le altre corti federali di appello, conclude per la legittimità costituzionale dei *bans* in vigore in Kentucky, Michigan, Ohio e Tennessee. La Corte Suprema accetta così nel caso *Obergefell v. Hodges*, di ritornare sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, al fine di fare definitiva chiarezza in merito alla legittimità costituzionale dell'art. 2 del DOMA.

In particolare, con una formula del tutto inconsueta²⁹ — il *certiorari* viene concesso “limitatamente alle seguenti domande”: a) se il XIV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti (in cui trovano espressione i principi dell'*equal protection under the laws* e del *due process of law*) imponga agli Stati di concedere licenze di matrimonio alle coppie dello stesso sesso; b) se lo stesso Emendamento imponga a ciascuno Stato di riconoscere il matrimonio “legalmente autorizzato e contratto” al di fuori dei propri confini.

2. Le più salienti affermazioni dell'*opinion of the Court*

L'*opinion of the Court*, di cui è estensore il giudice Kennedy — lo stesso delle altre importanti pronunce della Corte Suprema sui diritti degli omosessuali, *Lawrence*³⁰ e *Windsor*³¹ — muove dal sottolineare la “centralità dell'istituto del matrimonio nella condizione umana”³². In particolare, Kennedy ricorda come il matrimonio “assicuri nobiltà e dignità a tutti gli esseri umani, senza riguardo alla loro condizione sociale”. Il matrimonio è sacro per i credenti e rappresenta un momento di realizzazione personale per i laici: “originando dai più basilari bisogni dell'essere umano, il matrimonio è essenziale per la realizzazione della nostre più profonde speranze ed aspirazioni”³³.

Le coppie omosessuali ricorrenti, dunque, non intendono “svilire la venerabile idea e la realtà del matrimonio”³⁴. Ciò che le anima — dichiara Kennedy — è la consapevolezza della “duratura importanza” del matrimonio. “Lungi dal cercare di privare di valore il matrimonio, i ricorrenti lo richiedono poiché rispettano e avvertono il bisogno dei privilegi e delle responsabilità che da esso conseguono. La natura immutabile di questi ultimi fa sì che il matrimonio rappresenti l'unico vero percorso verso questo profondo impegno reciproco”³⁵.

L'istituto del matrimonio, aggiunge l'estensore della pronuncia, si è evoluto nel tempo, subendo profonde trasformazioni che ne hanno riguardato sia la struttura che aspetti un tempo considerati dai più come essenziali. Tuttavia, “queste nuove idee hanno rafforzato e non indebolito l'istituto del matrimonio”³⁶.

27 Di questi sviluppi chi scrive ha dato conto in un breve scritto in *La Corte Suprema dà (implicitamente) il via libera alla celebrazione dei matrimoni same-sex in cinque Stati: uno stringato order che ha il sapore di una decisione storica*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2014.

28 In particolare i matrimoni *same-sex* furono ammessi oltre che Virginia, Indiana, Wisconsin, Utah e Oklahoma anche in Colorado, Kansas, North Carolina, South Carolina, West Virginia, Wyoming. Il matrimonio divenne così realtà in un totale di 30 dei 50 Stati dell'Unione.

29 Chi scrive ha espresso più ampiamente queste considerazioni in *Alcune considerazioni sulla decisione della Corte Suprema di pronunciarsi nuovamente sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2015.

30 *Lawrence v. Texas*, cit.

31 *Windsor v. United States*, cit.

32 *Opinion of the court*, p. 3.

33 *Ibidem*.

34 *Opinion of the Court*, p. 4.

35 *Ibidem*.

36 *Opinion of the Court*, p. 7.

È su queste importanti affermazioni che la maggioranza fonda le sue prime conclusioni: il matrimonio è un *diritto fondamentale*³⁷ e se fino ad oggi esso era tradizionalmente riconosciuto alle coppie di sesso diverso, oggi tutti i principi su cui la Corte Suprema ha basato i propri precedenti³⁸ devono essere estesi alle coppie omosessuali³⁹. Se infatti “il diritto di scegliere se contrarre o meno un matrimonio è inerente al concetto di autonomia individuale” e se la “natura del matrimonio è tale per cui attraverso un legame duraturo due persone possono realizzare altre libertà, come la possibilità di esprimere il proprio pensiero, la propria intimità e spiritualità”, “ciò è vero per tutti gli individui, indipendentemente dal loro orientamento sessuale”⁴⁰.

In secondo luogo il matrimonio assicura il diritto ad un’intima unione (*right to intimate association*)⁴¹ e tale diritto spetta ugualmente anche alle coppie *same-sex* per le quali, al pari delle coppie eterosessuali, è la premessa per un’ulteriore e piena realizzazione della propria libertà personale⁴².

Inoltre, con un’affermazione senz’altro innovativa e gravida di significato per le molte coppie omosessuali con figli, il giudice Kennedy osserva che il diritto al matrimonio merita tutela costituzionale poiché “esso protegge i bambini e le famiglie e trae dunque significato dal diritto a crescere, procreare ed educare i figli”⁴³. Le leggi che vietano i matrimoni tra persone dello stesso sesso, dunque, “danneggiano ed umiliano i bambini” di quelle coppie privandoli di benefici fiscali, ma soprattutto “del riconoscimento, della stabilità e della certezza del futuro che il matrimonio offre”⁴⁴.

Il matrimonio — sottolinea in ultimo il giudice estensore — è “la chiave di volta del nostro assetto sociale”⁴⁵, poiché rappresenta il presupposto per il riconoscimento di una lunga serie di diritti e doveri sociali. “Non c’è differenza tra coppie dello stesso sesso e coppie di sesso diverso riguardo a questo principio”. E tuttavia proprio a seguito del divieto di accedere al matrimonio, le coppie dello stesso sesso sono private di una varietà di benefici con la conseguenza di “un’instabilità che molte coppie di sesso diverso riterrebbero intollerabile”⁴⁶. Per questo motivo il divieto di matrimonio *same-sex* ha importanti implicazioni anche sul piano della violazione del principio di eguaglianza, poiché esso implicitamente “presuppone che gay e lesbiche non siano eguali sotto molti aspetti”.

La pronuncia affronta poi un altro profilo cruciale nel dibattito costituzionalistico americano con il quale anche le corti federali o statali si sono recentemente confrontate: se il diritto al matrimonio per le coppie *same-sex* configuri un *nuovo* diritto fondamentale o se, al contrario, esso non discenda piuttosto da un diritto al matrimonio senza aggettivi, a prescindere dalle caratteristiche personali dei coniugi. Coloro che si esprimono contro il riconoscimento del diritto al matrimonio *same-sex* negli Stati Uniti accolgono, infatti, la prima interpretazione, sostenendo — come in passato per il diritto al suicidio assistito — che un nuovo diritto fondamentale può essere riconosciuto solo se radicato “nella storia e nella tradizione”⁴⁷.

Il giudice Kennedy fa propria, invece, in termini molto netti la seconda interpretazione giudicandola quella più in linea con i precedenti: come in passato la Corte Suprema non ha individuato un “diritto al matrimonio interrazziale”⁴⁸ o un diritto al matrimonio dei detenuti, così anche in questo contesto il diritto al matrimonio va inteso “in senso ampio”. “Se i diritti — scrive — fossero definiti in base a coloro

37 *Opinion of the Court*, p. 12.

38 In particolare *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967), che dichiarò l’incostituzionalità dei divieti di matrimoni interrazziali, riconoscendo che “il matrimonio è uno dei diritti fondamentali della persona, essenziali per il perseguimento della felicità da parte di uomini liberi” e *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 384 (1978), che ribadì la natura di diritto fondamentale del matrimonio e la illegittimità costituzionale di alcune restrizioni al diritto al matrimonio per i genitori in debito nel pagamento degli assegni di mantenimento per i figli.

39 Si v. in particolare il § III dell’*opinion of the Court*, p. 12 ss.

40 *Opinion of the Court*, p. 13.

41 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), ma in questo senso anche il caso *Lawrence v. Texas*, cit..

42 *Opinion of the Court*, p. 14.

43 *Ibidem*.

44 *Opinion of the Court*, p. 15.

45 *Opinion of the Court*, p. 16.

46 *Opinion of the Court*, p. 17.

47 *Washington v. Glucksberg*, 521 U. S. 702 (1997).

48 Cfr. in particolare, *Loving v. Virginia*, cit., 12.

che li hanno esercitati in passato, allora prassi condivise servirebbero a giustificare sé stesse e nuovi gruppi non potrebbero invocare diritti in passato negati⁴⁹.

Il diritto delle coppie dello stesso di unirsi in matrimonio è quindi ricondotto dalla Corte Suprema al XIV emendamento, in cui si trovano espressione la tutela della libertà individuale (*Due Process Clause*, nel suo significato sostanziale) e il principio di eguaglianza (*Equal Protection Clause*). Libertà ed eguaglianza sono fra loro strettamente connesse e trovano, a giudizio del giudice Kennedy, una sintesi nella tutela della dignità umana⁵⁰: i *same-sex bans* adottati dagli Stati non solo, dunque, ledono la libertà delle coppie omosessuali, ma nel negare loro parità di diritti rispetto alle coppie di sesso diverso, li fanno oggetto di mancanza di rispetto e di subordinazione. La conclusione è dunque molto netta: “le coppie dello stesso sesso hanno diritto di esercitare il diritto fondamentale al matrimonio. Questa libertà non può più essere loro negata. Le leggi impugnate ... sono invalide nella misura in cui escludono le coppie dello stesso sesso dal matrimonio negli stessi termini e con le stesse condizioni riconosciute alle coppie di sesso diverso”.

L’ultima parte della *opinion of the Court*⁵¹ affronta il rapporto tra corte e legislatore nel riconoscimento dei diritti fondamentali: si tratta di un tema oggetto di ampie riflessioni anche in altre esperienze costituzionali in cui il giudice delle leggi ha preceduto gli organi politici nel riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie omosessuali, ma che negli Stati Uniti assume un rilievo del tutto particolare in ragione del valore che in questa esperienza riveste il principio della separazione dei poteri.

Anche a questo riguardo il giudice Kennedy si esprime in termini molto netti: a fronte di un dibattito molto ampio e dell’inerzia degli organi politici — sostiene — “le coppie *same-sex* non devono attendere l’intervento legislativo per vedere riconosciuto il proprio diritto fondamentale al matrimonio. ... Un individuo può invocare il diritto alla tutela costituzionale quando lamenta una lesione, anche se l’opinione pubblica non condivide e il legislatore si rifiuta di intervenire. ... Le corti sono aperte verso i soggetti lesi che si rivolgono loro per rivendicare il sostegno della nostra Carta fondamentale. L’idea della Costituzione era di sottrarre certi temi alle vicissitudini della lotta politica e di porli oltre la portata delle maggioranze e dei funzionari pubblici, stabilendo principi giuridici che fossero applicati dalle corti. Per questo motivo, i diritti fondamentali non possono essere rimessi ad un voto; essi non dipendono dall’esito di alcuna elezione⁵².”

Le coppie omosessuali non possono dunque aspettare: il marito di Jim Obergefell, il primo ricorrente, è già morto — ricorda ad esempio il giudice Kennedy — e i bambini di molte coppie dello stesso sesso stanno crescendo senza che i loro genitori possano unirsi in matrimonio.

Nell’ultima parte il giudice Kennedy intende tuttavia rassicurare quanti, anche per motivi religiosi, si oppongono al matrimonio *same-sex* precisando che la sentenza non impedirà loro di esprimere le proprie opinioni in un dibattito aperto⁵³. Tuttavia, conclude, a fronte della richiesta di “coloro che non vogliono essere condannati a vivere in solitudine, esclusi dal godimento di antichi istituti giuridici” e che “chiedono eguale dignità di fronte alla legge”, la risposta della Corte deve essere chiara: “la Costituzione garantisce loro tale diritto⁵⁴.”

3. Le opinioni dissenzienti

Con una scelta insolita rispetto alla prassi della Corte Suprema, il Presidente della Corte, il giudice Roberts, ha voluto dare lettura di un estratto della propria opinione dissenziente, quasi a rimarcare la propria contrarietà verso i principi espressi dal giudice Kennedy per la maggioranza. Da conservatore moderato che in passato ha votato a favore anche di alcune riforme dell’amministrazione Obama, Roberts non si dichiara contrario al riconoscimento del diritto al matrimonio alle coppie dello stesso sesso: la principale obiezione che egli rivolge alla maggioranza è che la Corte Suprema non può operare come un legislatore, limitando il potere degli Stati di definire il “matrimonio” in base alle proprie tradizioni ed alla propria cultura.

49 *Opinion of the Court*, p. 18.

50 “*Classifications denied the equal dignity of men and women*” (*Opinion of the Court*, p. 21).

51 In particolare la parte IV della *opinion of the Court*.

52 *Opinion of the Court*, p. 24.

53 *Opinion of the Court*, p. 27.

54 *Opinion of the Court*, p. 28.

In altri termini, ciò che Roberts contesta è la stessa natura della decisione della Corte che definisce “un atto di volontà, non una pronuncia giudiziaria” da parte di un gruppo ristretto di giudici, privi di legittimazione democratica, che egli accusa di confondere “le proprie preferenze personali con il rispetto della legge”⁵⁵. Nell’assenza di una definizione a livello costituzionale di “matrimonio” ed alla luce dei precedenti della stessa Corte Suprema che riferiscono il matrimonio alla sola coppia eterosessuale, la disciplina dell’istituto e, in generale, di tutte le *domestic relations* dovrebbe, dunque, essere a suo parere rimessa agli Stati. Inoltre, aggiunge, l’opinione della maggioranza non trova neppure fondamento nella tradizione e nella storia, quali presupposti su cui la Corte — ha in passato fondato l’individuazione di nuovi diritti fondamentali⁵⁶.

Alla luce di queste considerazioni, dunque, per il Presidente della Corte Suprema la sentenza nel caso *Obergefell* ripropone l’attivismo giudiziario di altre, a suo parere, “discredited decisions” della Corte Suprema, quali *Dredd Scott v. Sanford* — che negò ai neri il diritto di cittadinanza e quindi il diritto di adire le corti federali — e *Lochner v. New York*⁵⁷, che nel 1905 dichiarò incostituzionale le disposizioni che introducevano forme di tutela sociale per i lavoratori, aprendo così un conflitto con l’amministrazione Roosevelt che si concluderà solo nel 1937.

La “deriva non democratica” della Corte Suprema rappresenta la principale obiezione rivolta anche dagli altri giudici dissenzienti. Il giudice Scalia, pur abbandonando i toni con cui in *Lawrence v. Texas*⁵⁸ era giunto ad equiparare omosessualità e *bestiality*, non manca in più punti di ridicolizzare le argomentazioni della maggioranza e qualifica la pronuncia come una “minaccia per la democrazia americana”⁵⁹, espressione di un *super-legislative power*⁶⁰, in aperta contraddizione con gli equilibri con la forma di governo e la forma di stato statunitensi.

Sulla stessa linea si pone anche l’opinione del giudice Thomas che accoglie un’interpretazione rigidamente originalista e letterale dei principi costituzionali e denuncia la “distorsione” in base alla quale la maggioranza applica il principio del *due process* a prescindere da un’effettiva lesione “della vita, della libertà e della proprietà”⁶¹. Tuttavia, dimostrando di non cogliere l’oggetto della questione, oltre che il senso della stessa pretesa dei ricorrenti, aggiunge che gli omosessuali non sono affatto privati della loro libertà, poiché “non sono stati imprigionati o limitati nella loro libertà personale da parte degli Stati per le loro relazioni con persone dello stesso sesso”. “Al contrario — osserva — sono liberi di coabitare e di crescere i loro figli in pace”⁶².

Quanto alla lesione della dignità sofferta dalle coppie omosessuali Thomas nega decisamente che essa si sia mai realizzata: “La dignità umana è innata ... Essa non può essere tolta dallo Stato... Coloro che sono privati di taluni benefici da parte del governo, certamente non perdono la loro dignità dal momento che il governo li ha loro negati”.

Nessuna opinione dissenziente prende, invece, posizione sulla centrale questione della tutela dei molti bambini figli di coppie dello stesso sesso. I pochi cenni ai bambini sono, infatti, solo funzionali ad una riproposizione del paradigma eterosessuale del matrimonio⁶³.

La seconda obiezione rivolta dai giudici dissenzienti è quella relativa alla minaccia che il riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso rappresenta per l’esercizio della libertà religiosa. Il giudice Roberts, in particolare, osserva come “le persone di fede non traggono sollievo dal trattamento che oggi ricevono dalla maggioranza” e ricorda, ad esempio, come le esenzioni fiscali per le istituzioni

55 V. p. 3, Roberts *dissenting*.

56 Su cui il già richiamato caso *Washington v. Glucksberg*, p. 720.

57 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 95 (1905).

58 *Lawrence v. Texas*, cit..

59 V. p. 2, Scalia *dissenting*.

60 P. 5, Scalia *dissenting*.

61 P. 3 ss. della *dissenting opinion* del giudice Thomas. La *Due Process Clause* del IVX Emendamento, nella sua formula letterale prescrive infatti che “No state... deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law”.

62 P. 9, Thomas *dissenting*.

63 Cfr. ad esempio le parole del giudice Roberts, p. 5: “This universal definition of marriage as the union of a man and a woman is no historical coincidence. Marriage did not come about as a result of a political movement, discovery, disease, war, religious doctrine, or any other moving force of world history — and certainly not as a result of a prehistoric decision to exclude gays and lesbians. It arose in the nature of things to meet a vital need: ensuring that children are conceived by a mother and father committed to raising them in the stable conditions of a lifelong relationship”.

religiose potranno essere poste in discussione se queste dichiareranno apertamente la propria contrarietà al matrimonio tra persone dello stesso sesso⁶⁴.

La previsione di un ampio contenzioso derivante dal conflitto tra libertà religiosa e diritto al matrimonio è condivisa dal giudice Thomas che denuncia il disinteresse della maggioranza per le implicazioni della pronuncia sul punto⁶⁵. “La libertà religiosa — precisa — implica libertà di azione ... e l’ampiezza di tale libertà è direttamente correlata ai limiti posti all’esercizio della pratica religiosa”.

4. Alcune considerazioni sui profili costituzionali di maggior interesse della pronuncia

Colpisce in primo luogo la nettezza delle affermazioni e l’estrema chiarezza con cui il giudice Kennedy argomenta l’incostituzionalità dei *same-sex marriage bans* in vigore negli Stati. Mentre i precedenti casi, come *Lawrence v. Texas*⁶⁶ e *Windsor v. United States*⁶⁷ — pur rappresentando importanti vittorie per i diritti delle persone gay e lesbiche — avevano sollevato alcuni interrogativi per i molti punti lasciati in sospeso dalla Corte Suprema, la sentenza nel caso *Obergefell* è sicuramente molto più esplicita sul profilo del riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali.

Per questo motivo, essa è anche gravida di implicazioni: dal momento che la Corte Suprema desume la natura di diritto fondamentale del matrimonio non solo dalla libertà di tutti gli individui ma, al tempo stesso, anche dalle specifiche discriminazioni sofferte dalle coppie dello stesso sesso — in relazione, ad esempio, alla condizione dei loro figli — si può sostenere che nessuna disparità di trattamento, fondata sul solo orientamento sessuale dei coniugi, potrà mai in futuro superare un *test* di legittimità costituzionale negli Stati Uniti. Se in futuro i legislatori statali o quello federale introducessero disparità di trattamento, esse dovranno egualmente riguardare tutte le coppie ed essere sorrette da adeguata motivazione.

Quanto in particolare al matrimonio, la sua qualificazione come diritto come fondamentale e “la sua centralità per la condizione umana”⁶⁸ impone che qualsiasi limitazione dovrà in futuro superare un rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale. Come Kennedy stesso sottolinea, infatti, “*marriage lies at the foundation of government*”⁶⁹.

Sul piano dei principi fondamentali, l’opinione della Corte ripropone quella lettura congiunta del principio della libertà individuale e dell’eguaglianza su cui il giudice Kennedy aveva fondato le precedenti dichiarazioni di illegittimità costituzionale delle *sodomy laws* (*Lawrence v. Texas*) e della definizione di “matrimonio” a livello federale (*Windsor v. United States*). Si tratta di una scelta dettata probabilmente dall’intento della Corte Suprema di non concentrare la propria analisi esclusivamente sulla violazione del principio di eguaglianza, poiché una tale impostazione avrebbe richiesto di qualificare l’omosessualità come un fattore di discriminazione costituzionalmente illegittimo, al pari di altre *suspect classifications* come il sesso o l’origine razziale.

Al contrario, soffermando la propria attenzione sulla violazione della libertà di tutti gli individui — nel caso di specie in relazione al matrimonio — la Corte Suprema riesce a trasformare un *equality case* relativo ad un particolare categoria di persone vittime di discriminazione, in una pronuncia di portata più generale, concernente il riconoscimento di un diritto al matrimonio “senza aggettivi”, “che origina dai bisogni essenziali dell’essere umano”⁷⁰.

Inoltre, questa impostazione in termini più generali consente alla Corte Suprema di escludere la configurabilità di un “diritto al matrimonio omosessuale” — come affermato dai dissenzienti: il matrimonio rivendicato dalle coppie ricorrenti non è, infatti, un nuovo diritto ma piuttosto un’ulteriore manifestazione — frutto di una mutata sensibilità sociale — del tradizionale diritto al matrimonio. La prova dell’esistenza di un radicamento del diritto nella storia o nella tradizione — su cui la Corte ha in

64 P. 25, Roberts *dissenting*.

65 P. 15, Thomas *dissenting*.

66 Cit.

67 Cit.

68 *Opinion of the Court*, p. 3.

69 *Ibidem*.

70 P. 3 (*Opinion of the Court*).

passato fondato il riconoscimento di nuovi diritti — diviene così irrilevante ai fini della soluzione del caso in esame⁷¹.

Di particolare interesse è poi l'attenzione che la maggioranza della Corte Suprema rivolte verso la violazione della dignità umana. Fino a pochi anni or sono, i riferimenti alla dignità erano pressoché assenti nella giurisprudenza costituzionale degli Stati Uniti. Ciò poteva attribuirsi, in primo luogo, all'assenza di una disposizione costituzionale di riferimento, ma anche agli stessi caratteri della tradizione giuridica americana, incentrata sul valore della libertà e dell'autodeterminazione individuale.

Tuttavia, in tempi recenti i riferimenti alla dignità nella giurisprudenza costituzionale americana sono divenuti sempre più numerosi, stimolando anche un ampio dibattito dottrinale⁷² che ha messo anche in evidenza l'ambiguità della nozione di dignità ed i pericoli insiti nella sua definizione da parte di giudici alla luce di "mutamenti socio culturali" o di un non meglio precisato "Nation's social order"⁷³. È proprio in relazione al riconoscimento dei diritti delle persone gay e lesbiche che la dignità compare nella giurisprudenza americana, soprattutto a partire dal caso *Lawrence* in cui, come nel caso in esame, essa trae il proprio significato dalla sintesi tra libertà ed eguaglianza⁷⁴.

Il giudice Kennedy accoglie quindi un modello argomentativo sulla dignità, intesa non solo in senso soggettivo ma anche oggettivo, che non è distante da quello accolto dalle Corti costituzionali e supreme di altri ordinamenti in relazione al riconoscimento dei diritti LGBT. La Corte Suprema del Canada, ad esempio, in *Egan v. Canada* chiarì che "la dignità si pone a fondamento dei diritti individuali in una società libera e democratica" e che "eguaglianza non significa altro che riconoscere l'eguale valore di ciascuno individuo come essere umano, a dispetto delle differenze individuali. Eguaglianza significa che la nostra società non può tollerare disparità di trattamento che rendano i cittadini di serie b ... o che altrimenti offenda la dignità umana".

In termini ancora più chiari, la dignità come sintesi di eguaglianza e libertà individuale è accolta dalla giurisprudenza della Corte Suprema del Sud Africa, sin dalla pronuncia che nel 1998 riconobbe l'illegittimità costituzionale delle leggi che punivano gli atti sessuali tra persone dello stesso sesso⁷⁵. In essa si afferma che "i diritti non devono essere costruiti in termini assoluti ed separatamente gli uni dagli altri", poiché "eguaglianza e dignità sono strettamente connesse fra loro".⁷⁶

Non si può, dunque, non rilevare il carattere innovativo delle affermazioni della Corte Suprema circa il valore del matrimonio per la realizzazione della dignità umana: esse avvicinano la giurisprudenza costituzionale americana alla tradizione costituzionale europea, in particolare a quella tedesca. Il valore dell'autodeterminazione individuale su cui la Corte aveva fondato le proprie conclusioni in passato — in relazione all'aborto, all'eutanasia, alla contraccezione — oggi sono lette alla luce del principio di dignità umana, quale riconoscimento del valore dell'individuo e della sua libertà nella società.

Un cenno merita, infine, la netta affermazione con cui la Corte afferma il dovere dei giudici di dare tutela a coloro che, come gay e lesbiche, rivendicano dei diritti in base alle disposizioni costituzionali pur a fronte di un dibattito ancora acceso nell'opinione pubblica e nella politica sull'opportunità del loro riconoscimento. Accogliendo questa conclusione, la Corte Suprema si fa portatrice di una visione che può apparire coraggiosa e, a parere dei dissenzienti, poco deferente verso gli organi rappresentativi cui dovrebbe essere rimessa la soluzione. Tuttavia, non si deve dimenticare che la Corte Suprema giunge a compiere questo passo a fronte di un consenso popolare verso il matrimonio *same-sex* in costante crescita e che sfiora, al momento della pronuncia, il 60%⁷⁷. L'elettorato americano dunque non è più di-

71 Cfr. pp. 10-11 dell'*opinion of the Court*. *Contra*, p. 14, Roberts dissenting.

72 E. Daly, *Human Dignity in the Roberts Court: A Story of Inchoate Institutions, Autonomous Individuals, and the Reluctant Recognition of a Right*, in 37 *Ohio Northern University Law Review* 381 (2011); Id., *Dignity Rights: Courts, Constitutions, and the Worth of the Human Person*, cit.; R.C. Glensy, *The Right to Dignity*, in 43 *Columbia Human Rights Law Review* 65 (2011); M.D. Goodman, *Human Dignity in Supreme Court Constitutional Jurisprudence*, in 84 *Nebraska Law Review* 740 (2006); V.C. Jackson, *Constitutional Dialogue and Human Dignity: States and Transnational Constitutional Discourse*, in 65 *Montana Law Review* 15 (2004); J.J. Paust, *Human Dignity as a Constitutional Right: A Jurisprudentially Based Inquiry into Criteria and Content*, in 27 *Howard Law Journal* 145 (1984); R.B. Siegel, *Dignity and Sexuality: Claims of Dignity in Transnational Debates over Abortion and Same-sex Marriages*, in 10 *International Journal of Constitutional Law* (ICON) 355 (2012).

73 Cfr. C. Turley, *The trouble with the "dignity" of same-sex marriage*, in *Washington Post*, 2 luglio 2015 e per una simile ricostruzione, M. Fink, *Human Dignity in Obergefell v. Hodges*, in *International Journal of Constitutional Law Blog*, www.iconnectblog.com.

74 A questo riguardo, nella nostra dottrina, G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Bari, Laterza, 2009.

75 *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*, Case CCT 11/98, 9 ottobre 1998, in www.saflii.org.

76 Cfr. in particolare § 31 dell'*opinion of the Court*.

77 Cfr. Gallup, sondaggio del maggio 2015, www.gallup.com/poll/117328/marriage.aspx.

viso come al tempo della prima pronuncia del 2013 in tema di matrimonio *same-sex*. Inoltre, sulla scelta della Corte Suprema ha sicuramente pesato il pressoché unanime riconoscimento, da parte delle corti statali e federali, dell'incostituzionalità dei *same-sex bans*.

La Corte Suprema, come le altre corti costituzionali che si sono negli ultimi anni pronunciate sul tema del matrimonio tra persone dello stesso sesso, non giunge dunque al riconoscimento del diritto al matrimonio senza che sulla questione sia maturato un diffuso consenso a livello sociale e politico.

Ciò non toglie, tuttavia, valore ed importanza alla sentenza la cui affermazioni sono destinate a restare nella storia del riconoscimento dei diritti civili negli Stati Uniti.

5. Le prospettive per il futuro: la tutela della libertà religiosa in relazione al matrimonio come strumento per contrastare gli effetti della pronuncia

Come in passato negli Stati Uniti la lotta dei neri per i diritti civili non si concluse con *Brown v. Board of Education*⁷⁸, né quella delle donne con *Griswold v. Connecticut*⁷⁹ e *Roe v. Wade*⁸⁰, *Obergefell* non rappresenterà probabilmente l'epilogo della lotta degli omosessuali per il riconoscimento della piena parità dei diritti.

All'indomani della sentenza molti sono stati i tentativi posti in essere sia da parte di comuni cittadini che di *public officials* per contrastarne gli effetti: si va dal caso dei panettieri dell'Oregon che si sono opposti alla richiesta di confezionare una torta nuziale per due donne⁸¹, alla vicenda di due ragazzi della Florida che, dopo la celebrazione del loro matrimonio, si sono visti rifiutare la vendita di alcuni farmaci da un farmacista contrario al *same-sex marriage*; al caso della donna residente in Texas che, rientrata dal viaggio di nozze con la moglie, viene licenziata; sino alla vicenda — che ha avuto ampio risalto anche sulla stampa internazionale — di Kim Davis, la funzionaria della corte statale del Kentucky che si rifiuta di rilasciare *marriage licences* (a tutte le coppie) “in nome di Dio” e che per questo viene arrestata per *contempt of court* e successivamente rilasciata⁸².

Come previsto dagli stessi giudici dissenzienti in *Obergefell*, il dibattito si è dunque spostato sul diritto di coloro che per motivi religiosi si oppongono al matrimonio *same-sex* di esercitare forme di obiezione di coscienza che si sostanziano nella negazione di un pubblico servizio alle coppie omosessuali.

Simili manifestazioni di dissenso si sono verificate anche in altre esperienze dopo il riconoscimento del diritto al matrimonio *same-sex* e sono state oggetto di pronunce — fra cui, in particolare, del *Conseil constitutionnel* francese⁸³ e del Tribunale Supremo Spagnolo⁸⁴ — che hanno negato ai pubblici ufficiali la possibilità di rifiutare la celebrazione dei matrimoni. Una pronuncia della Corte Suprema inglese ha, invece, affrontato il profilo della legittimità di forme di obiezione di coscienza da parte di privati cittadini, titolari di pubblici esercizi⁸⁵, negando che nel caso di specie i titolari di un *bed and breakfast* avessero diritto di rifiutare una camera ad una coppia dello stesso sesso in quanto solo ragioni molto rilevanti (*very weighty reasons*) possono giustificare una discriminazione in base all'orientamento sessuale.

78 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

79 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

80 *Roe v. Wade*, cit.

81 Per un commento su questa vicenda e sulla sentenza della corte statale dell'Oregon che ha condannato i pasticceri al pagamento di § 135.000 a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale sofferto dalle due donne, A. Sperti, *Libertà di coscienza, libertà di impresa e divieto di discriminazione nel recente “caso della torta nuziale”*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2015.

82 Sulla questione, per un'analisi della posizione dei *public officials* e la tutela della loro libertà religiosa, E. Volokh, *When Does Your Religion Legally Excuse You From Doing Part of Your Job?*, in *Washington Post*, 4 settembre 2015.

83 *Conseil constitutionnel*, decisione n. 213.353 del 18 ottobre 2013, in *Articolo29*, www.articolo29.it. A commento della pronuncia, si v. le interessanti riflessioni di A.M. Lecis Cocco-Ortu, *L'obiezione di coscienza al matrimonio same-sex: un'opzione ammissibile? Riflessioni a partire dalla pronuncia del Conseil constitutionnel*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it. Sull'esperienza francese si v. anche il contributo di M. Saporiti, *Mariage pour tous e obiezione di coscienza in Francia*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2014.

84 Tribunale supremo, sentenza n. 3059/2009 dell'11 maggio 2009

85 Cfr. *Bull v. Hall*, Supreme Court of the United Kingdom, [2013] UKSC 73, in *Articolo29*, www.articolo29.it, con commento di D. Amram, *“Camera matrimoniale solo per coppie etero sposate”: il caso Bull v. Hall deciso dalla U.K. Supreme Court*.

Esaminando queste pronunce si ha la sensazione che la libertà religiosa sia invocata con una finalità non dissimile rispetto a quella di altri argomenti “risolutivi” spesi contro il matrimonio *same-sex* come, ad esempio, la tradizione. Invocare un diritto all’obiezione di coscienza significa, in altri termini, escludere a priori la possibilità di un bilanciamento tra diritti costituzionali contrapposti — diritto al matrimonio e parità di trattamento da un lato e libertà religiosa e di espressione del pensiero dall’altro. In un ordinamento come quello degli Stati Uniti, in cui la Corte Suprema ha riconosciuto il valore e la dignità delle unioni omosessuali ed il diritto di consacrarle nel matrimonio, l’invocazione della libertà religiosa appare oggi come l’unica via per contrastare le affermazioni della Corte Suprema, senza entrare nel merito dei diritti delle coppie omosessuali e delle ragioni a favore del riconoscimento del loro diritto al matrimonio, fra cui per tutte quella dei diritti dei bambini.

Chi scrive condivide dunque la scelta delle Corti che ad oggi hanno esaminato i primi casi di escludere che la libertà religiosa rappresenti un valore assoluto, da sottrarre al bilanciamento con i diritti dei terzi coinvolti e con il principio di eguaglianza: la sentenza dell’Oregon, ad esempio, richiama l’impatto sul piano psicologico che il rifiuto del dolce nuziale ha avuto sia per le spose che per i loro figli e la sentenza inglese si concentra principalmente sulla discriminazione operata verso la coppia osservando che certamente “la libertà religiosa si pone a fondamento di una società democratica”, ma che essa può essere limitata per tutelare i diritti costituzionali di altri soggetti.

È dunque in questa prospettiva che deve essere apprezzata, per le sue implicazioni, l’importanza del riconoscimento della natura *fondamentale* del diritto delle coppie omosessuali al matrimonio oggi compiuto dalla Corte Suprema.