

US case-law regarding Same-sex Marriage: the path to *Obergefell* and the perspectives

La giurisprudenza statunitense
in materia di Same-sex Marriage: il percorso verso *Obergefell* e le
nuove prospettive



UNIVERSITÀ
DI PISA

Corso: Diritto e genere, A.A. 2019/2020
Docente: Elettra Stradella
Studenti: Tommaso **Caro**, Alice Elif **Dini**

INDICE

I. Prolusioni	p.	4
II. Il primo caso: <i>Bowers v. Hardwick</i> (1986)		6
III. Verso <i>Lawrence v. Texas</i> : da <i>Baehr v. Lewin</i> a <i>Romer v. Evans</i>		10
IV. Il punto di svolta		12
1. <i>Lawrence v. Texas</i>		
2. <i>Il vento di cambiamento</i>		
V. Gli ultimi passi prima di <i>Obergefell</i>		19
1. <i>United States v. Windsor</i>		
2. <i>Hollighsworth v. Perry</i>		
VI. Uno sguardo d'insieme		26
VII. La pronuncia <i>Obergefell vs. Hodges</i>		28
VIII. Le opinioni dissenzienti		32
a) <i>Usurpazione giudiziaria del principio democratico</i>		
b) <i>Lesione della libertà religiosa</i>		
c) <i>Atteggiamento e stile dell'opinione maggioritaria</i>		
d) <i>La procreazione come elemento fondante del matrimonio</i>		
e) <i>Altro</i>		
IX. Profili critici		37
1. Le conseguenze della santificazione del matrimonio in <i>Obergefell</i>		
2. La sfida del poliamore		
3. La mancata individuazione dell'orientamento sessuale come <i>suspect classification</i>		
X. Oggi: fra la vittoria del pasticcere obiettore e la partita Rapinoe-Trump		49
XI. Conclusioni		52

Abstract

The purpose of this paper is to retrace the US case-law related to the issue of Same-Sex Marriage, starting from the beginning and arriving at the highly anticipated decision taken by the Supreme Court of the United States, or rather the *Obergefell v. Hodges* sentence (2015) and its consequences.

After a brief introduction, the first case analysed is *Bowers v. Hardwick* (1986). Subsequently, we face the insidious path towards the important ruling of *Lawrence v. Texas*, a turning point destined to be a point of reference not only for the other Supreme Courts, but also beyond the borders of the United States.

We will then go on to analyse the last steps before *Obergefell*: *United States v. Windsor* and *Hollighsworth v. Perry*.

We will then come to the *Obergefell* sentence, which defines the possibility for same-sex couples to marry in all 50 American states. We will look at some of the dissenting comments raised by the minority judges, and then the critical profiles that remain outside the ruling. In particular: the commendation of marriage with its negative aspects; polyamory and its connection with *Obergefell*; the failure to identify sexual orientation as suspect classification.

Finally, we will look at the last steps taken since 2015, which move in a direction that is none too reassuring, and how many goals are still to be reached: a symptom of this being the vibrant conflict between Trump and most of the US star system, especially Megan Rapinoe, captain of the American women's national team.

I. Prolusioni

Negli ultimi decenni, il tema dei diritti degli omosessuali e delle coppie dello stesso sesso è stato portato all'esame di molte Corti Costituzionali ed internazionali. "Il dibattito sulle questioni che esso solleva ha quindi assunto una dimensione globale e il numero delle pronunce è talmente elevato che si può ragionevolmente sostenere che quello per i diritti degli omosessuali costituisca il fronte più caldo nelle rivendicazioni dei diritti civili del nostro tempo"¹.

In particolare, i diritti della comunità LGBTQI e la regolazione del *Same-sex Marriage* hanno monopolizzato il dibattito dottrinale e occupato le Corti americane nelle ultime tre decadi.

Lo scopo di questo elaborato è di ripercorrere la giurisprudenza statunitense relativa a questo tema, partendo dal principio e approdando all'attesissima decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti, ovvero alla sentenza *Obergefell v. Hodges* (2015). Ma per comprendere il significato di *Obergefell* e delle annesse conseguenze, occorre fare dei salti indietro perché essa non è altro che l'epilogo di una lunga e complessa vicenda giurisprudenziale.

Quella statunitense è una storia fatta di discriminazioni nei confronti delle persone omosessuali che hanno per lungo tempo combattuto, nelle Corti locali e federali, affinché le leggi che sanzionavano penalmente gli atti di sodomia fossero dichiarate costituzionalmente illegittime².

Le *sodomy laws* nel contesto americano si sono mostrate idonee non solo ad imporre una determinata visione della sessualità, ma anche a disciplinare la vita di una specifica categoria di persone limitandone la sfera dell'*autonomy privacy*³: gli omosessuali.

Tuttavia, questa lettura discriminatoria delle *sodomy laws* pare piuttosto recente, poiché storicamente tali leggi erano volte a sanzionare tutte le condotte sessuali che non fossero intese alla procreazione⁴.

Fino al giugno 2003, ovvero prima della sentenza *Lawrence v. Texas*, solo la metà degli Stati avevano abrogato tali leggi, e il cambiamento è avvenuto nella maggior parte dei casi per espressa azione del legislatore e meno frequentemente attraverso una dichiarazione di incostituzionalità delle Corti (segnatamente 26 Stati e il Distretto di Columbia hanno abrogato tali leggi, mentre in soli 12 Stati le Corti le hanno dichiarate costituzionalmente invalide).

La prima depenalizzazione è avvenuta nell'Illinois nel 1962; per il resto si concentrano quasi tutte

¹ Introduzione al saggio A. Sperti, *Omosessualità e diritti* (2013).

² Premessa al saggio V. Barsotti *Privacy e orientamento sessuale una storia americana* (2005).

³ Il *right to autonomy privacy*, che si riferisce alla riservatezza che deve accompagnare le scelte più intime della persona, è stato scoperto dalla Corte Suprema nell'arduo terreno dell'interpretazione costituzionale (p. 70). V. Barsotti *Privacy e orientamento sessuale una storia americana* (2005).

⁴ Compresi dunque atti sessuali orali e anali compiuti tra persone appartenenti a sessi diversi (p. 97). V. Barsotti *Privacy e orientamento sessuale una storia americana* (2005).

negli anni '70.

Negli anni '70, tra gli elementi decisivi che hanno portato all'abrogazione di suddette leggi, c'è stata la recezione in numerosi Stati del *Model Penal Code*, opera dell'*American Law Institute*, volto ad uniformare e modernizzare il diritto penale americano; infatti, tale codice, non prevede sanzione alcuna per le condotte sessuali che si svolgano in privato tra adulti consenzienti.

Tuttavia, a dimostrazione di quanto l'intento di tali leggi fosse discriminatorio nei confronti di certe categorie di persone, in alcuni degli Stati, ove l'adozione del *Model Penal Code* aveva depenalizzato i rapporti sessuali anali ed orali genericamente intesi, erano state reintrodotte leggi ad hoc volte a sanzionare esclusivamente la *homosexual sodomy*.

A tal fine è utile, nonostante finora abbiamo genericamente parlato di *sodomy laws*, osservare una rapida classificazione delle stesse: se ne possono individuare 3 tipologie.

- a) Un primo gruppo comprende tutte le leggi che proibiscono qualunque contatto tra gli organi sessuali di una persona e la bocca o l'ano di un'altra. In questo caso non si distinguono, quantomeno esplicitamente, i rapporti che intercorrono tra persone omosessuali o eterosessuali.
- b) Un secondo gruppo comprende le leggi che puniscono il "*crime against nature*", anche definito come "*infamous crime against nature*" o "*abominable crime against nature*"⁵.
- c) Un terzo gruppo infine comprende le leggi che fanno espresso riferimento al genere maschile o femminile, vietando alcune condotte specifiche quando riferibili a persone dello stesso sesso.

Quindi come emerge da questa suddivisione, il riferimento nei confronti delle persone omosessuali e delle sanzioni inflitte loro talvolta è esplicito, come accade in quest'ultimo caso, altre volte è invece il risultato dell'interpretazione.

Per di più le leggi sulla sodomia sono suscettibili di produrre seri e gravi effetti discriminatori indiretti, ovvero non connessi alla loro concreta applicazione⁶.

Le *sodomy laws* allora, circoscrivendo una categoria di persone, raggiungono indirettamente il fine di criminalizzare gli omosessuali, provocando in loro un notevole disagio di natura psicologica; e ciò accade sia nei casi in cui le leggi sanzionano il rapporto sodomitico tra persone dello stesso sesso, sia in quelli in cui si sanziona anche il rapporto tra persone di sesso diverso, poiché in quest'ultima ipotesi, come abbiamo visto, la legge viene generalmente letta in modo da essere riferita solo agli omosessuali.

Le discriminazioni indirette derivanti dall'individuazione di una classe di cittadini omosessuali e

⁵ Un esempio significativo è quello dell'Oklahoma: "*Every person who shall be convicted of the abominable and detestable crime against nature, committed with mankind or beast, shall be imprisoned not exceeding twenty years*".

⁶ Per esempio, nelle cause di divorzio, la presunta violazione delle *sodomy laws* è talvolta presa in considerazione dal giudice nel decidere sull'affidamento dei figli. Cap. II (p. 120). V. Barsotti *Privacy e orientamento sessuale una storia americana* (2005).

dunque criminali, poiché implicitamente violatori della legge, producono conseguenze incresciose a livello soggettivo e oggettivo.

Dal punto di vista soggettivo, prevedere una gerarchia di modelli comportamentali secondo cui le preferenze sessuali di una minoranza sono da considerarsi inopportune, provoca tormenti e sofferenze di ordine psicologico che spingono talvolta gli omosessuali a vivere nell'“armadio”⁷. Ma è proprio sul piano concreto e oggettivo che i riflessi indiretti delle *sodomy laws* sono di maggiore rilievo.

Prima di tutto gli atteggiamenti discriminatori rispetto a tali persone sono giustificati proprio dalla presenza di queste leggi che, vietando certe pratiche sessuali, discriminano gli omosessuali in quanto tali, poiché circoscrivono una classe di individui implicitamente criminali e alimentano un clima di violenza nei loro confronti⁸.

Ma non solo le *sodomy laws* possono favorire un clima di marcata intolleranza, perché permettono, indipendentemente dalla loro effettiva applicazione e per il solo fatto di individuare una classe di potenziali *law-breakers*, atteggiamenti gravemente discriminatori da parte di datori di lavoro pubblici e privati⁹, da parte delle Corti e da parte delle agenzie amministrative.

II. Il primo caso: *Bowers v. Hardwick* (1986)

La ricostruzione storico-giurisprudenziale che mi propongo di percorrere, affonda le sue radici nel 1986. La sentenza *Bowers v. Hardwick* rappresenta il baratro e al tempo stesso il punto di partenza da cui la Corte Suprema Federale degli Stati Uniti ha preso le mosse per un'evoluzione giuridica in relazione alla posizione assunta sul tema ora introdotto.

Nonostante *Bowers v. Hardwick* sia la prima sentenza a prendere direttamente in considerazione il tema della sessualità, non si può non notare come tra le peculiarità delle pronunce che l'hanno preceduta vi sia quella di ruotare prevalentemente intorno al medesimo argomento, intendendo il

⁷ W.N. Eskeridge ricorda che l'espressione “*closet*”, riferita alla vita nascosta delle persone omosessuali, è stata per la prima volta impiegata da J. Halley, *The Politics of the Closet*, e inoltre da S.E. Kosofky, *Epistemology of the Closet*.

⁸ Vi è chi sostiene infatti che, a fronte della mancata applicazione delle *sodomy laws* da parte dell'apparato statale, vi sia una sorta di applicazione privata: poiché queste leggi sono espressione dell'idea che l'omosessualità sia un valore negativo, gli atti di intolleranza nei confronti delle persone omosessuali sono socialmente accettati. Cap. II (p. 127). V. Barsotti *Privacy e orientamento sessuale una storia americana* (2005).

⁹ Il caso Clifford Norton è emblematico: Norton viene arrestato per violazione del codice della strada, e poiché il passeggero a bordo della macchina di Norton riferisce all'agente di polizia che questi gli ha appoggiato intenzionalmente una mano sulla coscia, l'agente interroga Norton circa il suo orientamento sessuale. L'informazione sulla possibilità che Norton sia un potenziale violatore della *sodomy law* dello Stato viene trasmessa all'agenzia spaziale NASA, datore di lavoro di Norton, il quale viene licenziato in quanto appartenente ad una classe di soggetti implicitamente *law-breakers*.

termine in senso lato e riferibile dunque a quell'insieme di scelte che attengono vuoi alle condizioni nelle quali la sessualità può essere esplicata, vuoi alle istituzioni sociali che interagiscono con tali scelte, vuoi alle loro conseguenze procreative.

Bowers v. Hardwick è un caso che non avrebbe dovuto essere deciso: Eskerdige, che è uno dei professori di giurisprudenza della Yale Law School più citati in America, ricorda che molte avrebbero potuto essere le tecniche e gli strumenti processuali a disposizione della Corte per evitare di decidere *Bowers v. Hardwick*.

Infatti, molti sono gli indizi che avrebbero potuto consigliare la Corte di evitare di prendere posizione sulle *Sodomy Laws*, almeno finché non fosse pronta a pronunciarsi con una maggioranza numericamente efficace ed ermeneuticamente convincente.

I fatti del caso sono importanti perché mostrano la singolarità delle circostanze dell'arresto del signor Hardwick e contemporaneamente denotano un atteggiamento marcatamente discriminatorio delle forze di polizia. Negli anni '80 infatti il movimento gay acquista forza e consapevolezza¹⁰ e le reazioni conservatrici sono talvolta facinorose e brutali.

Nell'estate del 1982 il signor M. Hardwick lavora in un locale gay di Atlanta, in Georgia, ed un pomeriggio uscendo dal lavoro con un birra, viene fermato dall'agente di polizia K. Torick per consumo di alcolici in pubblico. Poiché l'agente compie un errore nel compilare il modulo dell'ammenda, il sig. Hardwick non si presenta presso la Corte nella data corretta ma si presenta con un giorno di ritardo.

Ad ogni modo, dopo l'udienza paga una sanzione per aver consumato alcolici in un luogo pubblico. Tre settimane dopo, il giorno in cui Hardwick avrebbe dovuto presentarsi presso la Corte, l'agente Torick si reca all'abitazione di Hardwick con un ordine di arresto per mancata comparizione manifestamente invalido, in quanto Hardwick è apparso davanti al giudice e ha pagato l'ammenda (e ciò avrebbe dovuto essere noto all'agente di polizia).

L'agente trova il sig. Hardwick nella sua camera da letto intento a svolgere sesso orale con un altro uomo. L'agente arresta Hardwick e il suo compagno per violazione della legge della Georgia che sanzionava penalmente gli atti di sodomia tra adulti consenzienti.

Il sig. Hardwick sostiene, presso la Corte del Southern District di quello Stato, che tale legge costituisca un'illegittima intrusione nella sua privacy, e violi dunque i diritti garantiti dal IX

¹⁰ La data simbolica di inizio del movimento omosessuale contemporaneo è il 28 giugno 1969. In quella data, in un bar gay del Greenwich Village a New York, lo Stonewall Inn, di fronte alla perpetua brutalità della polizia e contro le persone LGBT, i clienti si ribellarono, scatenando quelli che sono passati alla storia come Moti di Stonewall.

Un mese dopo è stato fondato il Gay Liberation Front, e nel giro di un anno si sono formati gruppi di liberazione gay nei campi universitari e nelle città di tutta la nazione.

emendamento¹¹ e dalla *due process clause* del XIV emendamento¹².

Il giudice di primo grado respinge la tesi di Hardwick, che tuttavia viene accolta dalla Corte federale d'Appello dell'undicesimo circuito, la quale dichiara costituzionalmente invalida la legge della Georgia. Lo Stato ricorre allora in Corte Suprema.

Affinché però la Corte conceda il *certiorari* e decida il merito del ricorso, sono necessari almeno quattro voti¹³: questi vengono raggiunti da una coalizione insolita e non con facilità.

La Corte Suprema, riformando la decisione d'Appello, dichiara valida la *sodomy law* della Georgia.

Il primo punto che viene in evidenza, e che sarà severamente messo in discussione in *Lawrence v. Texas*, è l'impostazione della questione.

La Corte adotta un atteggiamento particolarmente restrittivo e struttura il problema in termini molto circoscritti: posta la questione nei termini per cui la Costituzione federale offra o meno tutela al diritto delle persone omosessuali di avere rapporti sodomitici, è relativamente facile per la Corte rispondere in senso negativo.

Infatti Tribe¹⁴, nel suo manuale di diritto costituzionale americano, osservando che la Corte ha errato proprio nella scelta del corretto livello di astrattezza da attribuire al problema, non manca di notare che “... *the relevant question is not what Michael Hardwick was doing in the privacy of his own bedroom, but what the State of Georgia was doing there*”.

Si potrebbe quasi dire che la Corte manifesta un pregiudizio di valore: la particolare attività di cui si discute, non rientra, al contrario di quelle fino a quel momento tutelate dalla giurisprudenza della Corte, nella nozione di *privacy*: infatti, passando in rassegna tutti i *privacy cases* a partire da *Griswold v. Connecticut*¹⁵, si nota come essi tutelino le scelte intime solo se connesse ai rapporti di famiglia, matrimonio o procreazione, e il caso in esame non dimostra alcun legame a tali situazioni. Ciò porta quindi a sconfessare apertamente coloro che vedevano, nella linea dei casi che da *Griswold* portavano a *Roe v. Wade*¹⁶, un diritto alla libertà sessuale.

¹¹ Il IX emendamento, poco conosciuto, recita che: “*The enumeration, in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*”.

¹² Al suo interno trova fondamento normativo il *fundamental decision privacy* (o *autonomy privacy*), che riguarda la libertà di compiere scelte che attengono agli aspetti più intimi della vita senza intrusioni da parte dello stato.

¹³ Si tratta della cd *Rule of Four*: una pratica della Corte Suprema degli Stati Uniti che consente a quattro dei nove giudici di rilasciare il *writ of certiorari*.

¹⁴ Un grande studioso di diritto americano e professore alla Carl M. Loeb University presso la Harvard Law School della Harvard University.

¹⁵ La prima sentenza in cui la Corte Suprema annuncia la nuova *privacy doctrine* nel 1965: in questo caso i Justices dichiarano costituzionalmente illegittima la legge del Connecticut che sanziona penalmente l'uso di contraccettivi.

¹⁶ La Corte nel 1973 dichiara illegittima la legge del Texas che permetteva l'aborto solo se necessario a salvare la vita della madre.

La Corte dunque, non cerca la *ratio* che accomuna i precedenti attraverso cui poi giungere ad una definizione di privacy che includa anche i rapporti tra omosessuali adulti consenzienti, ma compie una delle più classiche operazioni di *distinguishing*, spezza la catena giurisprudenziale e delimita il campo di tutela costituzionale.

Ulteriormente, il passo successivo compiuto dalla Corte consiste nel ripercorrere la storia delle *sodomy laws* nei 50 Stati, per arrivare a ritenere che tali leggi hanno radici antiche e sono espressioni dei valori morali della tradizione attuale; per questo motivo gli atti di sodomia non possono considerarsi “*implicit in the concept of ordered liberty*”, e da ciò deriva che non esistono i presupposti per una dichiarazione di incostituzionalità¹⁷.

Ciò nonostante, la parte più significativa della pronuncia è che si afferma di non voler tutelare situazioni nuove, offrendo loro protezione attraverso una lettura in senso sostanziale della *due process clause*.

E' importante sottolineare che se la Corte avesse voluto rifuggire da un tale *self-restraint*, evitando di ingessare il dibattito a livello federale, avrebbe potuto negare il *certiorari*.

Allo stesso modo è importante notare che, mentre la Corte era impegnata nella decisione di *Bowers v. Hardwick*, la percezione sociale dell'identità gay negli Stati Uniti era in via di trasformazione: se in limitati casi l'omosessualità era intesa come una manifestazione positiva della varietà sessuale, quasi ovunque veniva avvertita quantomeno come un'espressione tollerabile della diversità sessuale.

Ecco che, in questo quadro, la pronuncia della Corte appare come fortemente anacronistica: la Corte è stata infatti sommersa da un'ondata di critiche a livello dottrinale, giurisprudenziale - da parte delle Corti statali - e popolare.

Come se non bastasse questa sentenza fuori dai tempi è stata seguita dal tentativo, da parte di alcuni Stati, di emanare disposizioni discriminatorie¹⁸ nei confronti delle persone omosessuali, dipinte, come abbiamo visto, presunte *law-breakers* dal momento che, in ossequio all'esito del giudizio della Corte, essi non trovano protezione alcuna nella Costituzione.

Di conseguenza dobbiamo ritenere che nel 1986 si verifica una battuta d'arresto nella forza espansiva del diritto alla privacy, e la battaglia contro le *sodomy laws* si trasferisce dalle Corti federali a quelle statali¹⁹.

¹⁷ 478 U.S. 186, 194 (1986).

¹⁸ In particolare, in Colorado, l'Associazione per la difesa dei valori familiari, in risposta ad alcune iniziative volte a tutelare qualunque manifestazione della sessualità, propone, nel 1992, un emendamento costituzionale inteso ad impedire la promulgazione di atti che pongono l'omosessualità alla base di “*any minority status, quota preferences, protected status or claim discrimination*”. Poi, una volta adottato l'emendamento questo viene impugnato quale violazione del principio di uguaglianza in *Romer v. Evans*.

¹⁹ Il ruolo delle giurisdizioni statali nella protezione dei diritti e delle libertà individuali s'è intensificato a partire dalla fine degli anni '70, contemporaneamente all'emergere di una lettura meno garantista del *Bill*

Ed è qui che si può osservare un fenomeno importante del federalismo americano che ammette la tutela dei diritti su di un duplice binario, riconoscendo di volta in volta alle Corti federali capacità creativa e alle Corti statali il ruolo di laboratori idonei a sviluppare le soluzioni più ardite ed innovatrici.

Negli studi sociologici infatti, si registra un grande contributo delle Corti alla causa del movimento per i diritti degli omosessuali. E a tal proposito, la dottrina politologica americana ha da tempo approfondito il ruolo delle Corti come *policymakers*²⁰.

III. Verso *Lawrence v. Texas*: da *Baehr v. Lewin* a *Romer v. Evans*

Nel 1993 la Corte Suprema dello Stato delle Hawaii in *Baehr v. Lewin* assevera, per prima tra le Corti Supreme e quelle Costituzionali, che la limitazione del matrimonio alle sole coppie eterosessuali rappresenta un'illegitima discriminazione fondata sull'orientamento sessuale in violazione della Costituzione statale²¹.

E' lapalissiano, con questa sentenza, il contributo del potere giudiziario nel portare il tema del SSM all'attenzione del potere politico, giacché è altrettanto evidente ed immaginabile che la decisione suscitò, e ha suscitato, un'accesa reazione sia a livello statale che federale; alimentando un vivace confronto sul matrimonio tra le coppie dello stesso sesso e scatenando le aspirazioni della comunità LGBT in tutti gli Stati Uniti, ma anche risvegliando una politica di preservazione della tradizione, mobilitandola a difesa dei tradizionali valori familiari²².

Nel 1996, a dimostrazione di quanto appena detto, per impedire il riconoscimento sia a livello federale che statale dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati nello Stato delle Hawaii, l'amministrazione Clinton sostiene in Congresso una proposta di legge, con l'intento di definire e difendere il tradizionale istituto del matrimonio eterosessuale. Nei lavori preparatori si dichiara infatti, che il provvedimento esprime non solo la disapprovazione verso l'omosessualità, ma anche la convinzione morale che l'eterosessualità si conformi meglio ai tradizionali valori morali americani, in particolare giudaico-cristiani.

La legge, entrata in vigore nel settembre del 1996 con il titolo di *Defence of Marriage Act*²³

of *Rights* federale da parte della Corte Suprema.

²⁰ Cap. VII (p. 229 sgg.). A. Sperti *Omosessualità e diritti* (2013).

²¹ <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2014/12/genius-2014-02.pdf>. Intervento di 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*.

²²(P. 3) W.N. Eskridge, *Equality Practise: Civil Unions and the Future of Gay Rights*, Oxford, Routledge (2002).

²³ *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.

(DOMA), alla *section 26*, consente in particolare agli Stati di non riconoscere i matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati in altri Stati e, alla *section 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 opposto.

Mi preme sottolineare che il DOMA ha effetti solo a livello federale e soprattutto non impedisce agli Stati di approvare leggi che estendano il matrimonio alle coppie omosessuali o di introdurre, a fortiori e in alternativa, unioni civili registrate per le coppie dello stesso sesso, né tantomeno vieta di prevedere benefici statali nei loro confronti. Tuttavia, essendo la *section 3* del DOMA richiamata da un migliaio di leggi federali in cui i termini “matrimonio” e “coniuge” vengono richiamati ai fini del riconoscimento di diritti o benefici federali alle coppie sposate (ad esempio, sul piano fiscale, sanitario, per l’istruzione dei figli), il suo effetto pratico è quello di escludere dal godimento di essi le coppie dello stesso sesso che hanno contratto validamente un matrimonio nel proprio Stato²⁴.

Detto ciò, possiamo osservare come questi sviluppi insegnino che la lotta nelle aule giudiziarie non può essere disgiunta da quella in sede politica, anche a livello nazionale²⁵.

Ecco che, come ho accennato, diventa nodale il ruolo del potere giudiziario nel coinvolgimento degli organi politici: una volta che le Corti abbiano in qualche modo influito sull’agenda politica, alimentando il dibattito sui diritti degli omosessuali e delle coppie dello stesso sesso o rimettendo l’individuazione delle soluzioni alla discrezionalità del legislatore, interrompono l’inerzia politica²⁶.

Eppure il 1996 non rappresenta solo un periodo di sconfitte per la comunità LGBT, poiché è nello stesso anno che la Corte Suprema si pronuncia sul caso *Romer v. Evans*.

Romer v. Evans è la prima dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge statale ispirata da un intento discriminatorio e da ostilità verso le persone omosessuali.

Oggetto del ricorso è il II Emendamento con cui il legislatore del Colorado aveva modificato la Costituzione statale, introducendo un divieto per lo Stato ed ogni amministrazione statale di adottare provvedimenti normativi diretti a proteggere gay, lesbiche da atti di discriminazione²⁷.

La maggioranza osserva in *Romer* che, sebbene la legge statale fosse apparentemente ispirata

²⁴ <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2014/12/genius-2014-02.pdf>. Intervento di 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*.

²⁵ Cit., p. 281 sgg. Eskerdige, *Backlash Politics*.

²⁶ Cap. VII (p. 248). A. Sperti, *Omosessualità e diritti* (2013).

²⁷ In particolare l’emendamento vietava di “approvare, adottare e applicare qualsiasi legge, regolamento, ordinanza o politica in cui l’orientamento o la condotta, le pratiche o le relazioni omosessuali, lesbiche, o bisessuali costituissero o fossero la base per permettere ad una persona o gruppo di persone di avanzare pretese fondate sull’appartenenza ad una minoranza, preferenze di quota, status di protezione o denunce di discriminazione”. A. Sperti, *Omosessualità e diritti* (2013).

dall'intento di porre gli omosessuali e le lesbiche “nella stessa posizione di qualunque altro cittadino, nella sostanza essa riservava loro un trattamento deteriore, privandoli della possibilità di avanzare la pretesa di tutela dei propri diritti”²⁸. Al tempo stesso, afferma sempre la Corte, che la legge “negava agli omosessuali le tutele di cui altre categorie possono godere o che esse possono avanzare senza limitazioni”²⁹.

Secondo la maggioranza quindi la legge era ispirata da un intento discriminatorio verso gli omosessuali che, in base alla garanzia dell'*equal protection of the law* sancita dalla Costituzione degli Stati Uniti, non può “costituire un interesse legittimo dello Stato”³⁰.

Pertanto, la Corte Suprema conclude dunque che “il II emendamento classifica gli omosessuali non per un fine legittimo, ma per renderli diseguali rispetto agli altri. Uno Stato non può considerare una classe di persone estranea alle propri leggi”³¹.

IV. Il punto di svolta:

Se *Romer v. Evans* rappresenta un primo passo importante, è con la decisione di *Lawrence v. Texas* del 2003 che la Corte compie una virata nella giurisprudenza federale sui diritti degli omosessuali; una svolta destinata a rappresentare un punto di riferimento non solo per le altre Corti Supreme, ma anche oltre i confini degli Stati Uniti³².

1. *Lawrence v. Texas*

Vediamo ora il caso concreto: la sera del 17 settembre del 1998 il dipartimento di polizia della contea di Harris, nel Texas, riceve una telefonata convulsa da parte del dirimpettaio del sig. Lawrence, il quale denuncia che nell'abitazione del vicino un uomo con la pistola “*is going crazy*”.

La polizia risponde alla chiamata e si reca sul luogo, dove tuttavia non trova alcuna persona armata, bensì due persone nell'atto di commettere ciò che lo stato del Texas considera reato: la polizia arresta Lawrence e il compagno per violazione della legge relativa alla “*homosexual conduct*”, secondo la quale chiunque intrattenga “*deviate sexual intercourse with another individual of the same sex*” commette un reato punibile con una multa fino a 500\$ e la reclusione fino ad un anno.

²⁸ *Romer v. Evans*, 517 U.S., p. 627.

²⁹ *Romer v. Evans*, 517 U.S., p. 631.

³⁰ *Romer v. Evans*, 517 U.S., p. 634.

³¹ *Romer v. Evans*, 517 U.S., p. 636.

³² Cap. II (p. 48). A. Sperti, *Omosessualità e diritti* (2013).

Lawrence e il compagno, dopo avere trascorso un notte in prigione, vengono condannati dalla Harris County Court al pagamento di una sanzione pecuniaria di 200\$.

Contro la decisione del giudice di primo grado, viene proposto ricorso alla Corte d'appello del quattordicesimo distretto del Texas per violazione della *equal protection clause* e della *due process clause* del XIV emendamento, ed analoghe disposizioni della Costituzione statale.

In particolare contestano che, pur essendo in vigore nel Texas la *sodomy laws* fin dal 1870, nel 1973 le norme che sanzionavano qualunque tipo di rapporto anale e orale, indipendentemente dal sesso delle persone coinvolte, sono state modificate in modo da essere rivolte esclusivamente alle persone omosessuali.

Inoltre, i ricorrenti sostengono che la *sodomy law* del Texas violi il diritto alla privacy: a partire dal 1973, nella Harris County Court, vi sono state tre sole condanne per violazione della legge in questione e in tutti i casi si trattava di rapporti sessuali avvenuti in pubblico³³, mentre nel caso *Lawrence* la condotta punita si è svolta nell'intimità domestica, e quindi lo stato del Texas ha illegittimamente invaso "*its citizens homes, policing the details of the most intimate and private physical part of the adulthood*".

Da ultimo è curioso osservare, a conferma di come la mera presenza delle *sodomy laws* può condurre ad atteggiamenti persecutori nei confronti delle persone omosessuali, che colui che aveva chiamato la polizia, denunciando la presenza di un uomo armato nell'abitazione di Lawrence, avendo inventato l'episodio, è stato condannato per falsa denuncia.

La Corte d'appello si pronuncia in due occasioni.

Una prima volta, in composizione ristretta, riconosce, con una maggioranza di 2:1, che la legge in base al quale sono stati condannati i ricorrenti viola il principio di uguaglianza, poiché il medesimo comportamento viene sanzionato se svolto tra persone dello stesso sesso e non tra persone di sesso diverso.

Ma poi la Corte, in un secondo momento, a composizione piena, ribalta la propria pronuncia con una maggioranza di 7:2: la Corte ritiene che la legge sulla "*homosexual conduct*" non violi la *equal protection clause* poiché il Texas validamente distingue tra persone in base al loro orientamento sessuale allo scopo di "*advances a legitimate state interest, namely, preserving public morals*" e, sentendosi vincolata dal precedente di *Bowers v. Hardwick*³⁴, ritiene non violi nemmeno il diritto di privacy tutelato dalla Costituzione federale³⁵.

Dopo che la Texas Court of Criminal Appeals, la massima istanza statale, decide di non riesaminare il caso, Lawrence e il compagno presentano ricorso presso la Corte Suprema degli

³³ I casi nei quali si è avuta condanna per violazione della "*homosexual conduct law*" sono riferibili a condotte svoltesi nelle celle delle prigioni.

³⁴ *Supra*, p. 3

³⁵ Cap. III (p. 143 sgg.). V. Barsotti, *Privacy e orientamento sessuale una storia americana* (2005).

Stati Uniti, la quale concede il *writ of certiorari* nel dicembre 2002³⁶.

Con la concessione del *certiorari*, che rivela come il problema delle *sodomy laws* fosse maturo per una nuova considerazione da parte della Corte Suprema, con un cambiamento di rotta rispetto al 1986, il caso *Lawrence v. Texas* abbandona la giurisdizione statale ed approda presso quella federale.

La *petition for certiorari*, riprendendo in parte i motivi del precedente appello, presenta tre questioni fondamentali sulle quali sono chiamati a pronunciarsi i Justices:

- 1) se la legge del Texas sulla “*homosexual conduct*” in base a cui sono stati condannati i ricorrenti, che sanziona determinati rapporti intimi se svolti tra persone dello stesso sesso ma non tra persone di sesso diverso, comporti una violazione della *equal protection clause* del XIV emendamento;
- 2) se la condanna di un rapporto sessuale consensuale, svolto tra adulti nell’intimità domestica, comporti una violazione dei fondamentali interessi di libertà e privacy tutelati dalle *due process clause* del XIV emendamento;
- 3) se la decisione di *Bowers v. Hardwick* debba essere *overruled*.

L’impostazione del ricorso è interessante in quanto rivela non solo che la prima questione è apparentemente la più importante, ma è anche quella tecnicamente meno complessa e ciò per due ordini di motivi.

Innanzitutto, dichiarare la legge del Texas in contrasto con la *equal protection clause* non comporterebbe automaticamente l’*overruling* di *Bowers v. Hardwick*: infatti la legge della Georgia, sottoposta al vaglio della Corte del 1986, sanzionava i comportamenti sodomitici indipendente dal sesso delle persone coinvolte e dunque non poneva seri problemi con riferimento al principio di uguaglianza.

In secondo luogo, il parametro della *equal protection* permette una *judicial review* incisiva³⁷ in quanto tale clausola non rappresenta, diversamente dalla privacy letta nell’idea di libertà della *due process clause*, un diritto di creazione giurisprudenziale. In altri termini, i ricorrenti, ponendo l’accento sul principio di uguaglianza, cercano la strada più semplice per colpire la *sodomy law* del Texas, ovvero quella che espone meno una Corte pur sempre affetta da problemi di

³⁶ Ricapitolando: la decisione della Harris County Court è del 22 dicembre del 1998; le sentenze della Corte d’appello del quattordicesimo distretto del Texas sono dell’8 giugno del 2000 la prima, e del 15 marzo la seconda; il 17 aprile 2002 la Texas Court of Criminal Appeals nega la *review*; il 16 luglio 2002 Lawrence e il compagno chiedono alla Corte Suprema federale il *writ of certiorari* che viene concesso il 2 dicembre 2000. La Sentenza della Corte Suprema vedremo verrà emanata il 26 giugno 2003.

³⁷ Il riferimento è qui allo *strict scrutiny test*, ovvero al controllo più severo che la Corte Suprema possa svolgere sull’operato del legislatore. Tale controllo, che generalmente conduce alla dichiarazione di illegittimità, viene riservato ai casi in cui siano in gioco diritti fondamentali espressamente tutelati dalla Costituzione, oppure impliciti nella storia costituzionale del paese e nella sua nozione di libertà.

legittimazione democratica³⁸.

Tuttavia, questa appena tracciata, non sarà la strada percorsa dai Justices che, vedremo, avranno il coraggio di affrontare una nuova lettura in senso sostanziale della *due process clause*, e concentrare dunque il proprio giudizio sulla nozione di *privacy*.

Per i ricorrenti la legge sulla “*homosexual conduct*” del Texas è in palese contrasto con il principio di uguaglianza perché impone una proibizione discriminatoria alla comunità LGBT richiedendo loro, e non alle coppie eterosessuali, di limitare le proprie espressioni affettive. Tale proibizione, com'è intuibile, ha delle conseguenze laceranti sulle persone omosessuali e, per di più, stigmatizza un comportamento intimo che altri soggetti possono invece intrattenere senza essere etichettati come *law-breakers*³⁹: gli omosessuali non sono condannati per ciò che fanno ma per ciò che sono⁴⁰.

Le persone omosessuali dunque sono percepite, e percepiscono se stesse, come cittadini di seconda classe: ciò sarebbe proprio quello che la *equal protection clause* è volta ad impedire⁴¹. Ogni classificazione dei cittadini da parte del legislatore quindi è inevitabilmente molto sospetta e deve essere sottoposta ad uno scrutinio severo, che può ammettere la classificazione solo se intesa a perseguire un importante interesse statale non altrimenti raggiungibile.

Nella *petition for certiorari* le questioni del diritto di *privacy* e dell'*overruling* di *Bowers v. Hardwick*, entrambe al centro dell'opinione dei maggioranza della Corte Suprema, vengono affrontate congiuntamente⁴². La situazione che s'è venuta a creare nel 1986, a seguito della decisione della Corte, spinge infatti sia a riconoscere un ampio diritto di *privacy* dei rapporti intimi consensuali sia a superare il dissacrante precedente.

Per i ricorrenti dunque, la situazione è cambiata rispetto al tempo in cui *Hardwick v. Bowers* è stato deciso, ed è ormai giunto il momento di superare tale precedente e leggere nell'idea di *privacy*, implicita nella libertà di cui parla la *due process clause*, anche il diritto per le persone adulte dello stesso sesso di intrattenere rapporti intimi.

Il caso *Lawrence v. Texas* quindi, dopo diciassette anni da *Bowers v. Hardwick*, compie un *overruling* del controverso *rationale* di questa decisione.

La Corte, a sostegno di questa tesi, richiama i molti “nuovi diritti” che la precedente giurisprudenza della Corte Suprema aveva ascrivito alla *privacy* quale aspetto della libertà tutelata

³⁸ Cap. III (p. 145 sgg.). V. Barsotti, *Privacy e orientamento sessuale una storia americana* (2005).

³⁹ *Petition for certiorari*, p. 8.

⁴⁰ A mio avviso, è possibile ravvisare gli estremi di un pericoloso affiorare della colpa d'autore. Non potendomi soffermare in questa sede, con le dovute attenzioni che un tema così ampio e complesso richiede, rimando alla lettura di (pp. 201-241) E. Stradella, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico* (2009).

⁴¹ *Petition for certiorari*, p. 10 sgg.

⁴² *Petition for certiorari*, p. 22.

dal XIV emendamento ⁴³.

Inoltre, come ho anticipato, la maggioranza osserva come la questione risolta in *Bowers v. Hardwick* fosse stata mal posta dalla Corte: individuare l'oggetto del caso di specie nella qualificazione degli atti di sodomia come esercizio di un diritto fondamentale, infatti, "sminuisce la pretesa" avanzata dal ricorrente ed equivale a dire che "*marriage is simply about the right to have sexual intercourse*"⁴⁴.

Le leggi che puniscono la sodomia hanno conseguenze di portata più ampia, che toccano la condotta più intima dell'individuo, la sua sfera sessuale nel più privato dei luoghi: la casa⁴⁵.

A queste considerazioni, poi, la Corte aggiunge che *Bowers v. Hardwick* era fondata su un'imprecisa ricostruzione delle radici storiche e culturali delle *sodomy laws* negli Stati Uniti e nelle cultura occidentale. A tal proposito, essa ricorda che le *sodomy laws* erano state approvate dai legislatori statali solo a partire dagli anni '70 e una metà degli Stati le aveva abrogate. Sulla base di queste argomentazioni dunque, la maggioranza conclude che il "XIV emendamento attribuisce protezione sul piano sostanziale agli adulti nel decidere come condurre le proprie vite private per quanto attiene al sesso"⁴⁶ e riconosce ai ricorrenti "il diritto al rispetto per la propria vita privata" in base al quale "lo stato non può svilire la loro esistenza o controllare il loro destino sanzionando penalmente una condotta sessuale privata"⁴⁷.

La Corte quindi sceglie di non fondare la dichiarazione di incostituzionalità della cd *sodomy law* dello Stato del Texas sul principio di uguaglianza, sostenendo che gli omosessuali fossero vittime di un'illegittima discriminazione, ma piuttosto individua, indipendentemente da qualsiasi riferimento all'orientamento sessuale, una violazione della libertà intesa come autonomia personale ed eguale rispetto e dignità di tutti gli individui nella scelta delle relazioni personali. La Corte Suprema si dimostra consapevole delle dinamiche passate e motiva questa scelta argomentativa sostenendo di volere prevenire l'eventualità che gli Stati si dotino, al solo fine di evitare future dichiarazioni di illegittimità costituzionale, di *sodomy laws* neutrali, ossia dirette formalmente anche alle coppie eterosessuali, ma destinate, come accaduto nel caso *Bowers v. Hardwick*, a trovare concreta applicazione solo nei confronti di quelle dello stesso sesso. Occorre aggiungere che il riconoscimento del "pieno diritto a porre in essere atti senza

⁴³ La Corte ricorda ad esempio il caso *Griswold v. Connecticut* in cui aveva in precedenza dichiarato incostituzionali le restrizioni sulla contraccezione invocando la tutela del diritto alla *privacy* e del "protected space of marital bedroom", e il caso *Roe v. Wade* in cui l'aborto era stato ricondotto alla "protected liberty under the Due Process Clause" della donna la cui applicazione sul piano sostanziale è di "fundamental significance in defining the rights of the person" (Kennedy, *opinion of the Court*, 539 U.S., in part, p. 556).

⁴⁴ *Lawrence*, 539 U.S., in part. p. 567.

⁴⁵ Cap. II (p. 51). A. Sperti, *Omosessualità e diritti* (2013).

⁴⁶ *Lawrence*, 539 U.S., in part. p. 572.

⁴⁷ *Ibidem*.

l'intervento statale" trova sostegno nella pronuncia e nei principi espressi dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo in *Dudgeon v. UK* (1981)⁴⁸, sulle *sodomy laws* in vigore in Irlanda del Nord. *Lawrence v. Texas* è il primo caso in cui, nel testo di un'opinione della Corte, si fa riferimento ad un precedente straniero ai fini dell'interpretazione di una disposizione costituzionale, e ciò assume maggior rilievo se si considera che la citazione rappresenta uno degli argomenti per sostenere l'opportunità dell'*overruling* di un precedente e quindi per superare il principio dello *stare deicisis*⁴⁹.

Si può dunque comprendere come il caso *Lawrence v. Texas* abbia suscitato un'ardente disputa altresì al di fuori dei confini americani, e non solo per l'audace decisione in relazione ai diritti degli omosessuali, ma anche per l'importanza che riveste l'argomento nel diritto comparato⁵⁰.

2. Il vento di cambiamento

Non si fanno attendere gli effetti benefici della pronuncia della Corte in *Lawrence v. Texas*.

Sempre nel 2003 infatti è il Massachusetts che fa da apripista e traccia la strada, diventando il primo Stato a riconoscere il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso con la sentenza della Supreme Judicial Court del Massachusetts, in *Goodridge v. Departement of Public Health*.

La dottrina vede in questa pronuncia il primo rilevante punto di svolta per le coppie omosessuali, da porre sullo stesso piano di *Loving v. Virginia*⁵¹, per l'illegittimità della *sodomy laws*⁵².

Nonostante i biechi tentativi di ritardare la sentenza e di annullarla, le prime licenze di matrimonio sono state rilasciate a coppie dello stesso sesso nel maggio del 2004.

M. Nussbaum ha analizzato, utilizzando un linguaggio calzante, l'evoluzione dalla "politica del disgusto", profondamente in contraddizione con l'idea astratta di una società fondata sull'eguaglianza dei cittadini, ad una "politica dell'umanità" ossia alla politica dell'eguale

⁴⁸ E' una pronuncia che rappresenta un punto di svolta nella giurisprudenza sui diritti degli omosessuali, in quanto per la prima volta si riconosce che le disposizioni legislative in vigore in Irlanda del Nord che vietavano gli atti sessuali tra persone dello stesso, violano l'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), in particolare il diritto al rispetto della vita privata.

⁴⁹ Cap. II (p. 53). A. Sperti, *Omosessualità e diritti* (2013).

⁵⁰ La decisione del giudice Kennedy in *Lawrence* di richiamare, per la prima volta, nel testo di una *opinion of the Court*, un precedente straniero (il caso *Dudgeon v. UK* della Corte CEDU appunto), è stata oggetto di un vivo dibattito nella dottrina e tra i giudici degli Stati Uniti. Il confronto con le altre esperienze è stato infatti severamente contestato nella stessa pronuncia dal giudice dissenziente Scalia che ha osservato come esso sia irrilevante sul piano culturale e come la Corte Suprema non possa imporre "*foreign moods, fads, or fashions on Americans*". Cap. V (p. 190). A. Sperti, *Omosessualità e diritti* (2013).

⁵¹ Sentenza storica, caposaldo della giurisprudenza statunitense, spesso richiamata dalle Corti, con cui la Corte Suprema degli Stati Uniti dichiarò incostituzionale il *Racial Integrity Act* del 1924, ponendo fine alle restrizioni legali relative ai matrimoni interrazziali negli Stati Uniti.

⁵² Cap. II (p. 45). A. Sperti, *Omosessualità e diritti* (2013).

rispetto⁵³.

Questo cambiamento nella percezione sociale dell'omosessualità è coinciso, sul piano legislativo, con il passaggio dalle *sodomy laws* al riconoscimento del SSM⁵⁴.

Ciò nonostante, è indubbiamente riconosciuto il ruolo cruciale svolto dalle Corti federali nel superamento della politica del disgusto; in particolar modo, centrale è la posizione della Corte Suprema nel 2003– scrive Nussbaum–: “La grande conquista del caso Lawrence non fu la chiarezza concettuale o l’elaborazione di una raffinata guida pratica, ma una forma mentis, un approccio giurisdizionale agli strumenti di libertà. Tale conquista in sostanza consiste nel rifiuto della politica del disgusto ... e della concezione devliniana di una società dominata dalla tradizione e dalla solidarietà a favore di una politica dell’umanità che è erede di J. Stuart Mill”⁵⁵. E se dal punto di vista del diritto positivo-statale viene cavalcata l’onda arcobaleno, anche dal punto di vista governativo-federale si registra un approccio confacente a questa stagione propizia. Infatti nel 2010 Obama firma la legge che abroga il “*Don't ask, don't tell*”, la politica dell'esercito Usa che proibiva ai gay dichiarati di prestare servizio nelle forze armate, varata nel 1993 durante la presidenza Clinton. Il contributo della Corte Suprema nella pronuncia di *Lawrence* nella decisione di tale abrogazione è indiscutibile⁵⁶.

Poco dopo, nello stesso anno, Obama, durante la sua seconda campagna elettorale, diventa il primo Presidente a sostenere pubblicamente i matrimoni gay.

Inoltre, *Lawrence v. Texas* fu accolta dagli attivisti per i diritti civili degli Stati Uniti come una vittoria senza precedenti, “il culmine di quasi cento anni di lavoro per smantellare pregiudizi su gay e lesbiche nel diritto americano e nel resto del mondo”⁵⁷.

Le reazioni suscitate dalla pronuncia sconfinarono dagli Stati Uniti non solo nelle comunità di gay e lesbiche, ma anche tra i *leaders* religiosi e di governo stranieri⁵⁸, e fecero di *Lawrence v. Texas*

un simbolo di un'ondata globale di cambiamento, soprattutto laddove i successi della comunità LGBTQI rappresentavano ancora una meta lontana da raggiungere⁵⁹.

⁵³ M.C. Nussbaum, *From Disgust to Humanity*, Oxford, Oxford University Press, (2010).

⁵⁴ Vol. VII, N. 1. A. Sperti, *Scienza e Pace* (2017).

https://arpi.unipi.it/retrieve/handle/11568/874080/248323/pdf%20Sperti_Dalla_privacy_alla_dignitaY_coppie_VIII_1_2017.pdf.

⁵⁵ Cit., p. 138, M. C. Nussbaum, *From Disgust to Humanity* (2010).

⁵⁶ Nota 109, Cap. VI. A. Sperti, *Omosessualità e diritti* (2013).

⁵⁷ S.K. Katyal, *Legal Rights in Historical Perspective: From the Margins to the Mainstream; Sexuality and Sovereignty: The Global Limits and Possibilities of Lawrence*, in 14 William and Mary Bill of Rights Law Journal, Vol. 14, p. 1429, (2006).

⁵⁸ Segnatamente si richiamano alla memoria le reazioni del Vaticano e dei *leaders* religiosi islamici, nonché le dichiarazioni di Governi stranieri fra cui il Governo indiano, a difesa della costituzionalità delle *sodomy laws* e delle peculiarità della propria cultura costituzionale.

⁵⁹ Cap. II (p. 46). A. Sperti, *Omosessualità e diritti* (2013).

Tuttavia sarà interessante vedere come questa ammirevole inclinazione e questa progressiva unione di intenti tra potere legislativo, giudiziario e politico, non rappresenti una costante della storia presidenziale americana: analizzeremo come l'attuale situazione statunitense sia invece caratterizzata da un'atmosfera particolarmente ostile⁶⁰.

V. Gli ultimi passi prima di *Obergefell*

Esattamente dieci anni dopo *Lawrence v. Texas*, la Corte Suprema degli Stati Uniti torna ad occuparsi dei diritti degli omosessuali affrontando, per la prima volta, il tema del matrimonio per le coppie dello stesso sesso in due pronunce rese lo stesso giorno del giugno 2013: *United States v. Windsor* e *Hollingsworth v. Perry*.

Con la prima [decisione del 26 giugno 2013](#) la Corte Suprema degli Stati Uniti pone fine alla vessazione provocata dalla *section 3* del DOMA; peraltro già contestata, nel 2011, dall'*Attorney General* del Presidente Obama che aveva dichiarato di ritenerla incostituzionale⁶¹.

Inoltre, la seconda sentenza sopracitata è invece relativa alla legittimità della *Proposition 8*, il referendum con cui nel 2009 la maggioranza dei cittadini californiani, - per aggirare una sentenza della Corte Suprema statale favorevole all'estensione del matrimonio alle coppie dello stesso sesso - aveva approvato un emendamento alla Costituzione statale che dichiarava valido in California solo il "matrimonio tra un uomo e una donna"⁶².

1) *United States v. Windsor*

Prima di analizzare il caso occorre ricordare quanto già detto, ovvero che il DOMA non impediva agli Stati Uniti di approvare leggi per estendere il matrimonio agli omosessuali o di introdurre unioni civili registrate per coppie dello stesso sesso, né tantomeno vietava di prevedere benefici statali nei loro confronti.

All'origine della questione di legittimità costituzionale è la vicenda di una cittadina newyorkese, la signora Windsor, che aveva contratto in Canada, con la sua compagna, un matrimonio riconosciuto valido dallo Stato di New York e che, alla morte di quest'ultima, si era vista negare l'esenzione dalle tasse di successione di cui invece per la restrittiva definizione del DOMA, avrebbe potuto beneficiare il coniuge superstite nel matrimonio eterosessuale.

La Corte Suprema, a maggioranza di 5:4, conferma le conclusioni rese nel primo grado di giudizio della District Court e in secondo grado dalla Corte d'Appello del secondo Circuito,

⁶⁰ Oltre: paragrafo X.

⁶¹ <http://www.articolo29.it/?s=windsor>.

⁶² Cap. II (p. 54). A. Sperti, *Omosessualità e diritti* (2013).

dichiarando l'incostituzionalità della *section 3* del DOMA.

L'*opinion of the Court*, redatta dallo stesso giudice⁶³ di *Lawrence* e *Romer*, si fonda solo apparentemente su argomenti di federalismo: dopo avere ricordato come in 12 Stati la limitazione del matrimonio alle coppie eterosessuali sia considerata un'ingiusta esclusione, la Corte sottolinea come “*by history and tradition*” la definizione e la disciplina del matrimonio sia stata considerata una prerogativa statale.

Sebbene infatti il Congresso possa adottare limitati provvedimenti che comportino diritti e privilegi per i coniugi al fine di favorire determinate politiche federali, la materia delle *domestic relations* è sempre stata tradizionalmente demandata agli Stati; pertanto, pur in presenza di differenze tra gli Stati nel regime matrimoniale nel rispetto delle garanzie costituzionali, le vicende, i benefici e gli obblighi del matrimonio sono identici per tutte le coppie sposate in ogni Stato.

Il DOMA quindi secondo la Corte rompe tale schema di riparto delle competenze non solo per la sua portata generale, ma anche in quanto impone ad un gruppo di persone alle quali lo stato ha conferito una dignità ed uno status di immenso significato, restrizioni ed incapacità con il proposito e l'effetto di attribuire loro uno svantaggio, e dunque uno stigma⁶⁴.

Nonostante il *rationale* della decisione non sia del tutto chiaro, l'*opinion of the Court* sembra sottolineare che gli argomenti di federalismo non rappresentino l'unico fondamento della dichiarazione di illegittimità costituzionale, bensì solo uno degli argomenti su cui essa si basa. In altri termini, nel caso di specie non è tanto il perseguimento da parte del legislatore federale di una finalità che va aldilà del normale esercizio di potere legislativo ad imporre alla Corte Suprema di valutare la legittimità costituzionale del DOMA alla luce del più severo scrutinio, quanto piuttosto l'inserimento discriminatorio della legge ed il suo effetto di determinare una “*discrimination of unusual character*” a svantaggio di un'intera classe di persone che invece, dodici Stati intendevano tutelare.

Per comprendere quanto finora detto, è necessario avere presente che nessuna disposizione della Costituzione degli Stati Uniti impone a livello federale la garanzia dell'*equal protection of the law*; tuttavia, nel caso in cui a livello federale si introduca una disparità di trattamento fondata su una cd *suspect classification*, la Corte Suprema ne ha sempre valutato la legittimità costituzionale alla luce della *due process clause* del V emendamento⁶⁵ in quanto disposizione direttamente applicabile dal governo federale.

La decisione del caso *Windsor* sembra dunque accogliere lo *standard of review* fondato sul V

⁶³ Kennedy.

⁶⁴ Cap. II (p. 55 ss). A. Sperti *Omosessualità e diritti* (2013).

⁶⁵ Il V e il XIV emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti contengono ciascuno una clausola relativa al *due process clause*.

emendamento, prescindendo però dall'accertamento dell'esistenza di una *suspect classification* nel caso di specie. Perciò, dal momento che una scelta di questo tipo avrebbe portato delle conseguenze a tutti gli Stati, la Corte Suprema evita di classificare, quella fondata sull'orientamento sessuale, come una *suspect classification* da sottoporre ad uno stretto scrutinio. Per valutare quindi se la discriminazione operata dal DOMA rappresenti una violazione del V emendamento, la Corte preferisce concentrare la propria analisi sulla finalità espressa dal Congresso nei lavori preparatori, rispetto all'inesorabile difesa del matrimonio eterosessuale come baluardo della tradizione, e sugli effetti pratici della *section 3* del DOMA, consistenti nel creare un regime matrimoniale dualistico e contraddittorio all'interno di uno stesso Stato. Al tempo stesso, osserva la Corte Suprema, la disposizione "umilia decine di migliaia di bambini cresciuti da coppie omosessuali, poiché rende loro anche più difficile comprendere l'integrità e l'intimità delle proprie famiglie e la loro armonia con le altre famiglie della loro comunità e nella loro vita quotidiana".

Sulla base di tutte queste considerazioni, la Corte Suprema conclude quindi che per il suo intento discriminatorio, diretto a svilire l'intera comunità LGBT, e per l'effetto di appesantire (*burden*) e giocoforza peggiorare le loro vite, la legge federale è invalida⁶⁶.

La Corte precisa poi che "nessun fine legittimo supera il proposito e l'effetto di creare una disparità di trattamento e di danneggiare coloro che lo Stato, con le sue leggi sul matrimonio, ha inteso proteggere nella personalità e dignità. La storia dell'adozione del DOMA e la sua stessa formulazione, dimostrano quell'interferenza nell'eguale dignità dei matrimoni omosessuali conferita dagli Stati nell'esercizio del proprio potere sovrano, che è più di un effetto secondario della legge federale. È la sua essenza".

Quindi la preferenza della maggioranza della Corte di non costruire la dichiarazione di illegittimità costituzionale esclusivamente sulla violazione delle competenze legislative statali, può essere letta come un compromesso volto ad indicare che in futuro una legge che vieti il matrimonio alle coppie omosessuali potrà analogamente essere ritenuta incostituzionale, in quanto ispirata da un intento discriminatorio contro l'omosessualità.

Ancorché le conclusioni dell'*opinion of the Court* in *Windsor* rappresentino un'indubbia vittoria per tutti coloro che si battono per il riconoscimento della piena parità dei diritti per le coppie dello stesso sesso, hanno comunque posto alcuni dubbi interpretativi, suscitando un vivo confronto giurisprudenziale e dottrinale⁶⁷.

⁶⁶ <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2014/12/genius-2014-02.pdf>. Intervento di 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".

⁶⁷ <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2014/12/genius-2014-02.pdf>. Intervento di A. Sperti "Il matrimonio same-sex negli Stati Uniti ad un anno dalla sentenza Windsor. Una riflessione sugli sviluppi

La prima perplessità sorta dall'esito della decisione attiene alla definizione dello *standard of review* con cui si deve, secondo la Corte, valutare la legittimità costituzionale di una disparità di trattamento fondata sull'orientamento sessuale. La Corte Suprema non affronta infatti esplicitamente questo profilo, e in particolare evita, come già nelle proprie precedenti pronunce in tema di diritti degli omosessuali⁶⁸, di definire quella fondata sull'orientamento sessuale come una *suspect classification*, al pari della razza o delle origini nazionali.

La definizione di un fattore di discriminazione come una "classificazione sospetta" imporrebbe infatti alle Corti (federali e statali di ogni ordine e grado) di valutarne in futuro la legittimità costituzionale alla luce del più rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale (cd. *strict scrutiny*), ossia di accertare se essa sia stata formulata nel modo più restrittivo possibile al fine di perseguire uno stringente interesse statale.

Al tempo stesso, la Corte Suprema in *Windsor* evita di riconoscere il diritto di contrarre matrimonio (*right to marry*) come un diritto "fondamentale" della coppia omosessuale.

Per la giurisprudenza consolidata della Corte Suprema infatti una limitazione nel godimento di un diritto fondamentale, dovrebbe essere sottoposta al più rigoroso controllo di legittimità costituzionale⁶⁹.

Sebbene in passato la Corte Suprema abbia affermato che il diritto di contrarre matrimonio rappresenti "un diritto di importanza fondamentale per tutti i cittadini"⁷⁰ e che "il matrimonio sia uno dei basilari diritti civili, fondamentale per la nostra stessa esistenza e sopravvivenza"⁷¹, questi principi sono stati formulati con riferimento ai soli matrimoni eterosessuali.

La Corte Suprema in *Windsor* omette di chiarire se il riconoscimento del diritto fondamentale di contrarre matrimonio possa prescindere dall'orientamento sessuale, limitandosi solo ad osservare come "la scelta degli Stati di attribuire alle coppie omosessuali il diritto di contrarre matrimonio conferisce loro una dignità ed uno status di immensa importanza"⁷².

Il perno intorno a cui ruota questo silenzio assordante della Corte Suprema sulla qualificazione

giurisprudenziali a livello statale e federale".

⁶⁸ Scelta della Corte Suprema di risolvere il caso *Lawrence v. Texas*, *Supra* p. 7 ss., come un *liberty case*, invece che come un caso di discriminazione verso gli omosessuali.

⁶⁹ Cfr. *Clark v. Jeter*, 486 U.S. 456, 461 (1988), che riguardava una legge della Pennsylvania che imponeva ai bambini illegittimi di provare la paternità prima di chiedere sostegno ai loro padri.

⁷⁰ Cfr. *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 384 (1978). Il caso riguardava Roger C. Redhail, un minore del Wisconsin, che aveva avuto un figlio, e il tribunale gli aveva ordinato di pagarne il mantenimento. Due anni dopo, fece domanda per una licenza di matrimonio nella Contea di Milwaukee. La sua richiesta è stata respinta dall'impiegato della contea T. E. Zablocki, che ha rifiutato di rilasciare la licenza ai sensi di uno statuto statale, in quanto Redhail doveva più di \$ 3,700 a sostegno del minore.

⁷¹ 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*".

⁷² *Windsor*, 133 S. Ct. 2675, 2691.

dell'orientamento sessuale come *suspect classification* e sul riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie omosessuali, è verosimilmente ravvisabile nella volontà, più volte manifestata, di non ampliare la portata della pronuncia, evitando “conseguenze a cascata” sul piano della legittimità costituzionale delle leggi e degli emendamenti costituzionali statali che vietano i SSM. Nessuno *state ban* che ostracizza gli omosessuali dal diritto al matrimonio potrebbe infatti superare indenne il più rigoroso test di legittimità costituzionale.

Il caso *Windsor* lascia dunque aperte tali questioni.

Tuttavia, pur non sottoponendo il DOMA ad un rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale, la maggioranza della Corte Suprema sembra ritenere che la disparità di trattamento incentrata sull'orientamento sessuale non può essere ritenuta costituzionale, giacché squisitamente “ragionevole” (*rationality test*)⁷³.

L'*opinion of the Court* sottolinea infatti che il DOMA realizza “una discriminazione di tipo inusuale”, la quale “richiede in particolare un'attenta valutazione” al fine di determinare se l'intento del legislatore sia stato dettato da un particolare pregiudizio verso gli omosessuali, e che “l'inusuale deviazione dalla consueta tradizione di riconoscimento ed accettazione delle definizioni statali di “matrimonio” è un chiaro indice del fatto che legge abbia l'intento e l'effetto di discriminare una particolare classe di persone”⁷⁴.

Da questo punto di vista il caso *Windsor*, nonostante le molteplici incertezze suscitate, appare comunque come un progresso rispetto alla pronuncia della Corte Suprema del '96, la già richiamata *Romer v. Evans*: in quella sentenza infatti pur ritenendo incostituzionale l'emendamento della costituzione del Colorado che vietava a tutte le amministrazioni statali di adottare provvedimenti normativi diretti a proteggere gay e lesbiche da atti di discriminazione, la Corte Suprema si era limitata ad affermare che le discriminazioni in base all'orientamento sessuale richiedono “un'attenta considerazione”⁷⁵.

Un ulteriore profilo non preso in considerazione dalla maggioranza in *Windsor*, attiene agli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale del DOMA sui numerosi emendamenti costituzionali e sulle leggi ordinarie adottate dagli Stati per vietare il matrimonio tra persone dello

⁷³ Il mero *rationality test* o *rational basis review* viene applicato dalla Corte Suprema nei casi in cui la legge non sia diretta verso una “*suspect class*” e non limiti il godimento di un diritto fondamentale. In questi casi il ricorrente dovrà dimostrare che la disparità di trattamento non presenta alcuna logica correlazione con il perseguimento di un “interesse statale legittimo”. Al legislatore sarà quindi sufficiente provare una ragionevole correlazione tra fini e mezzi, ossia tra il perseguimento di un qualsiasi interesse statale legittimo e la disparità di trattamento.

Sull'applicazione del *rational basis review* riguardo alle leggi che incidono sui diritti degli omosessuali, K. Yoshino, *Why the Court can strike down marriage restrictions under rational-basis review*, in *Supreme Court of the United States Blog*, www.scotusblog.com.

⁷⁴ *Windsor*, cit., p. 2680.

⁷⁵ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

stesso sesso, ed impedire il riconoscimento dei matrimoni celebrati negli Stati che invece riconoscono questo diritto alla comunità gay⁷⁶.

La questione di costituzionalità nel caso Windsor ha infatti ad oggetto la sola *section 3* del DOMA, relativa all'immagine federale del "matrimonio" e del "coniuge": l'*opinion of the Court* è trasparente nel mettere in evidenza che la *section 26*, la quale autorizza i federati a non riconoscere i SSM conclusi in altri Stati, non venga in considerazione nel caso in esame. Ciò nonostante, gli stessi giudici dissenzienti pongono in evidenza come alcune delle considerazioni espresse dalla maggioranza potranno essere in futuro facilmente estese alle disposizioni (costituzionali o di legge) statali che impediscono i *Same-Sex Marriage*.

A tal proposito occorre anche decidere se il caso Windsor possa essere o meno considerato come un *federalism case*, ravvisandovi dunque quello che, nel diritto costituzionale italiano, sarebbe un conflitto di competenza, in quanto la decisione della Corte censura una legge federale che invade una sfera di competenza tradizionalmente assegnata agli Stati: ragione per cui, la Corte, intenda ribadire l'autorità degli Stati di darsi una propria definizione di matrimonio, recependo istanze sociali, culturali e politiche del proprio territorio.

Se infatti come si augura il giudice Alito, la sentenza fosse letta come un'affermazione del principio per cui "la questione del matrimonio omosessuale dovrebbe essere risolta in primo luogo a livello statale", la Corte in futuro "dovrebbe consentire che ciascuno Stato decida autonomamente questa questione"⁷⁷.

Ma in realtà, come ho cercato di mettere in evidenza, Windsor è solo apparentemente un caso di federalismo, in quanto le conclusioni della Corte si fondano soprattutto su argomentazioni che attengono agli intenti discriminatori del legislatore.

Il giudice Scalia, nella sua severa opinione dissenziente, osserva che "qualificando formalmente chiunque si opponga al matrimonio tra persone dello stesso sesso come un nemico della decenza umana, la maggioranza fornisca argomenti a chiunque voglia attaccare una legge statale che limiti il matrimonio alla sua definizione originaria"⁷⁸.

Al pari del DOMA effettivamente gli *state bans* si propongono di negare tutela alle coppie dello stesso sesso e, come si ricorda in un passaggio finale dell'*opinion of the Court*, così come il V emendamento della Costituzione statunitense impone al governo federale di "non degradare e svilire" una categoria di persone, così il XIV emendamento prevede per gli Stati il rispetto del

⁷⁶ <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2014/12/genius-2014-02.pdf>. Intervento di 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".

⁷⁷ Windsor, *dissenting opinion* del giudice Alito, p. 2719.

⁷⁸ Windsor, *dissenting opinion* del giudice Scalia, p. 2709.

principio di eguaglianza (*equal protection guarantee*)⁷⁹.

2. *Hollingsworth v. Perry*

Di gran lunga più tecnica rispetto a *Windsor*, è invece l'argomentazione con cui la Corte risolve il secondo caso deciso nel giugno 2013: *Hllingsworth v. Perry*, relativo alla legittimità della *Proposition 8* della California.

Il caso di specie origina da una vicenda processuale molto complessa: nel 2008 una sentenza della Corte Suprema della California dichiara che la limitazione dell'accesso al matrimonio alle sole coppie eterosessuali, violava la *equal protection clause* della Costituzione statale.

Dopo questa pronuncia, i cittadini californiani approvarono una proposta referendaria (*Proposition 8*) che emendava la Costituzione, stabilendo che “solo il matrimonio tra un uomo e una donna è valido o riconosciuto in California”.

La Corte Suprema della California, in una successiva pronuncia⁸⁰, conferma la validità del referendum: le conseguenze di tale asserzione inaugurano una stagione in cui le coppie dello stesso sesso potevano unirsi in una *domestic partnership* dagli effetti analoghi a quelli del matrimonio, ma l'*official designation* di matrimonio era riservata al solo matrimonio eterosessuale.

Nel 2010 una coppia gay e una coppia lesbica, hanno fatto causa ai funzionari statali responsabili dell'applicazione delle leggi sul matrimonio della California (il governatore Arnold Schwarzenegger e il procuratore generale Jerry Brown), e hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale della *Proposition 8*.

La District Court, in *Perry v. Schwarzenegger*, dichiarò incostituzionale l'emendamento della Costituzione federale con un'*injunction* rivolta alle autorità statali ed al Governatore di non dare

⁷⁹ *Windsor*, cit., p. 2675 “*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. [...] While the Fifth Amendment itself withdraws from Government the power to degrade or demean in the way this law does, the equal protection guarantee of the Fourteenth Amendment makes that Fifth Amendment right all the more specific and all the better understood and preserved*”. È possibile supporre che, essendo il XIV emendamento un parametro non rilevante ai fini della soluzione del caso in esame, in questo passaggio dell'*opinion of the Court* la maggioranza della Corte abbia pensato all'eventualità di una futura pronuncia avente ad oggetto uno *state ban*.

⁸⁰ *Strauss v. Horton*: nel novembre 2008, la Fondazione ACLU della California del Nord, il Centro nazionale per i diritti delle lesbiche e Lambda Legal, hanno intentato una causa presso la Corte Suprema della California contestando la costituzionalità della *Proposition 8*.

Il 26 maggio 2009, la Corte Suprema della California ha confermato la *Proposition 8* come valido emendamento alla costituzione dello stato. Tuttavia, c'è stato anche un lato positivo della decisione: la Corte ha deciso all'unanimità che gli oltre 18.000 matrimoni che contratti tra il 16 giugno e il 4 novembre 2008, continueranno ad essere pienamente validi e riconosciuti dallo stato della California.

<https://www.aclunc.org/our-work/legal-docket/strauss-v-horton>

ad essa applicazione.

In promotori, in opposizione alla proposta referendaria, si rivolsero poi alla Corte d'Appello del IX circuito, la quale a sua volta bypassa il quesito alla Corte Suprema della California affinché chiarisse se nel caso in esame avessero interesse ad agire o meno⁸¹.

La Corte Suprema della California riconobbe lo *standing to sue* dei promotori⁸² e di conseguenza la Corte d'Appello si pronunciò nel merito, confermando la dichiarazione di illegittimità costituzionale della *Proposition 8* formulata in primo grado.

La questione fu allora rimessa alla Corte Suprema degli Stati Uniti che, concesso il *certiorari*, conclude con una maggioranza di 5:4, che, al contrario di quanto prima dichiarato dalla Corte Suprema statale, i promotori non avessero *standing to sue*⁸³.

Più precisamente, essendosi oramai concluse le operazioni referendarie e non avendo il governo statale ritenuto di difendere in giudizio la *Proposition 8*, la maggioranza ritiene che i promotori non avevano alcun *personal stake* nel difendere l'applicazione della *Proposition 8*.

Questa conclusione della Corte Suprema, pur nel senso dell'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, ha comunque rappresentato una conquista per la comunità LGBT: in quanto, annullando la precedente pronuncia della Corte d'appello, di fatto ha reso efficace la sentenza di primo grado della District Court che dichiarava incostituzionale la *Proposition 8*. Tuttavia, anche *Hollingsworth v. Perry* lascia irrisolti, al pari del caso *Windsor*, i dubbi e le perplessità interpretative sopra analizzate circa quindi la competenza statale di regolare il matrimonio, circa la medesima questione relativa alla legittimazione delle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, nonché circa la determinazione dello *standard of review* che esse devono superare per poter essere ritenute costituzionali⁸⁴.

VI. Uno sguardo d'insieme

All'indomani della pronuncia della Corte Suprema in *Windsor*, i giudici federali e statali hanno in più occasioni dimostrato di volere estendere i principi della sentenza anche agli *state bans* di riconoscimento dei matrimoni contratti in altri Stati⁸⁵, andando così a colmare *de facto* una delle

⁸¹ Infatti gli Stati sono competenti a dichiarare quale organo può essere legittimato a rappresentare i propri interessi.

⁸² *Perry v. Brown*.

⁸³ Cap. II (p. 59). A. Sperti, *Omosessualità e diritti* (2013).

⁸⁴ <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2014/12/genius-2014-02.pdf>. Intervento di 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".

⁸⁵ Gli Stati in cui, secondo l'ordine cronologico delle pronunce, sono stati proposti ricorsi contro i divieti di riconoscimento dei SSM sono: Michigan, California (in cui vi sono stati tentativi di bloccare gli effetti

più significative lacune venute a galla all'esito della decisione.

Sul riconoscimento da parte delle Corti federali e statali del diritto al matrimonio per le coppie omosessuali, quale diritto fondamentale spettante a tutti gli individui, ha avuto una forte influenza la memorabile sentenza *Loving v. Virginia* del 1967. Negli Stati Uniti infatti la lotta per il riconoscimento della *marriage equality* è spesso associata alla battaglia per il superamento della discriminazione razziale.

Subito dopo la sentenza *Windsor*, il Presidente Obama, nell'intento di tracciare il tortuoso e complesso cammino (ancora molto lungo) per la parità dei diritti, guidato dalla comunità LGBTQI, ha richiamato *Loving v. Virginia* quale prima tappa del riconoscimento del diritto di tutti gli individui di unirsi in matrimonio con la persona amata; e nel gennaio 2013, durante il discorso d'insediamento per il suo secondo mandato, lo stesso Obama, ha associato la lotta per l'eguaglianza condotta dagli omosessuali a quella per il superamento delle discriminazioni razziali, concludendo: "Il nostro percorso non sarà completo sino a quando i nostri fratelli e le nostre sorelle omosessuali non saranno trattati come tutti gli altri di fronte alla legge, poiché se siamo davvero creati eguali allora sicuramente deve essere eguale l'amore che ci promettiamo l'un l'altro".

Oltre a ciò, nelle sentenze sui diritti degli omosessuali e sulle unioni tra persone dello stesso sesso, orientativamente, ricorrono frequenti richiami al valore della dignità dell'uomo.

La dignità umana, in ragione della sua astratta e generica definizione, è suscettibile di diverse interpretazioni poiché il suo significato si lega ad immagini dell'uomo differenti a seconda dei tempi e dei luoghi considerati.

Negli Stati Uniti i riferimenti alla dignità, nella giurisprudenza della Corte Suprema, erano originariamente pressoché assenti, e ciò presumibilmente in ragione delle caratteristiche connaturate alla cultura costituzionale di questo Paese, confermate dalla mancanza in Costituzione di una disposizione riservata a proclamare il valore della dignità umana.

In un secondo momento invece, - e questo senz'altro è stato reso possibile anche in merito al prezioso contributo di tutte quelle persone che si sono battute fuori e dentro le aule giudiziarie per i propri diritti- la violazione della libertà dell'individuo di autodeterminarsi in relazione alle scelte fondamentali della propria vita, è stata correttamente altresì letta dalla Corte Suprema in relazione alle lesioni della dignità.

Questi sviluppi manifestano quindi un mutamento di prospettiva, rispetto ad un precedente in cui la Corte Suprema riconduceva la libertà di scelta individuale alla privacy intesa come *right to be*

dell'altra pronuncia della Corte Suprema nel sopra citato caso *Hollingsworth v. Perry*), Ohio, New Jersey, Hawaii, New Mexico, Utah, Oklahoma, Virginia, Nevada, Kentucky, Oregon, Texas, Tennessee, Arkansas, Idaho, Pennsylvania, Wisconsin, Colorado, Florida, North Dakota.

let alone di brandeisiana memoria; a tal proposito, il più volte richiamato caso *Lawrence* rappresenta una prova icastica dell'ascesa della dignità nell'argomentazione giudiziale di Corti statunitensi⁸⁶.

Al netto di questa analisi, con cui ho affrontato,- tentando di mantenere durante tutto l'iter percorso un approccio diacronico - le vicende giurisprudenziali, a parer mio, più significative, che hanno occupato le Corti durante questo trentennio di battaglie per i diritti della comunità LGBTQI, mi sento di affermare con fervore che, nonostante le tante pronunce e il tanto sudore versato da pochi giudici, e molti ricorrenti e attivisti, si senta comunque l'urgenza di uno *step* successivo che consenta una concretizzazione di quanto più volte la società ha dimostrato di volere, sia nella veste di bisogno che di diritto.

VI. La pronuncia *Obergefell vs. Hodges*

Dopo questo necessario excursus relativo agli antefatti giurisprudenziali che hanno ad oggetto, in diverse accezioni, il tema della sessualità, giungiamo finalmente all'analisi della delibera.

La sera del 26 giugno 2015 la Casa Bianca è illuminata da riflettori di colore arcobaleno, simbolo della comunità LGBTQI, accesi dalla tanto attesa pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti, che, con la sentenza *Obergefell vs Hodges*, ha riconosciuto che gli Stati non hanno né il diritto di negare licenze di matrimonio alle coppie dello stesso sesso, né quello di vietare il riconoscimento dei matrimoni legalmente autorizzati e contratti in altri Stati dell'Unione.

La sentenza della Corte, sostenuta da una maggioranza di 5 giudici a 4, di cui è estensore il giudice Kennedy, apre dunque al riconoscimento del diritto al matrimonio *same-sex* in tutti gli Stati Uniti: prima della decisione, infatti, il diritto delle coppie omosessuali di unirsi in matrimonio era riconosciuto in 36 dei 50 Stati.

Dopo aver inizialmente negato il *writ of certiorari*, rifiutandosi di pronunciare sui ricorsi presentati contro le sentenze delle Corti federali di appello del IV, VII e X Circuito – che avevano decretato l'illegittimità degli *State bans* con oggetto i *same-sex marriages* in alcuni Stati⁸⁷ – e avevano dunque aperto, seppur solo implicitamente, al matrimonio tra persone dello stesso sesso in tutti gli Stati ricadenti sotto la giurisdizione delle stesse Corti di appello sopra citate, la Corte Suprema ritiene necessario pronunciarsi sul tema vista la diversità di vedute tra le Corti federali di appello, al fine di mettere un punto sulla questione.

⁸⁶ Cap. VI (p. 200 sgg.). A. Sperti, *Omosessualità e diritti* (2013).

⁸⁷ Virginia, Indiana, Wisconsin, Utah, e Oklahoma. La sola Corte di Appello del VI Circuit aveva concluso per la legittimità costituzionale dei same-sex marriage bans in vigore in Kentucky, Michigan, Ohio e Tennessee.

Cominciamo ad analizzare quale sia la ratio su cui la Corte edifica la pronuncia.

I principi costituzionali che costituiscono la *legal basis* su cui la sentenza si fonda sono l'*Equal protection under the laws* e il *Due process of law*, che prevede la protezione delle libertà fondamentali: entrambi sono contenuti nel XIV Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti.

Il grande momento di innovazione rispetto alle precedenti pronunce sul tema⁸⁸ risiede nell'interconnessione fra i due principi costituzionali, che anche laddove siano stati richiamati congiuntamente⁸⁹, hanno sempre corso su strade parallele; al contrario, *Obergefell* considera esplicitamente le due affermazioni come "interconnesse", in modo tale che "ogni concetto - libertà e pari protezione - porta a una più forte comprensione dell'altro", come se esistesse una sinergia tra la clausola sulla parità di protezione e la clausola del giusto processo.

La Corte ha inoltre affermato come ci siano libertà fondamentali ulteriori rispetto a quelle protette esplicitamente dalla clausola di *Due Process*, e "queste libertà si estendono a determinate scelte personali, centrali per la dignità e l'autonomia individuali, comprese le scelte intime che definiscono identità e credenze personali": secondo la Corte, la *Due process clause* non si limita alla giustizia procedurale, ma abbraccia anche un processo sostanziale, tale per cui è necessario garantire non solo le libertà fornite esplicitamente nel testo della Costituzione, ma anche le libertà che si estendono a determinate scelte personali, centrali per la dignità e l'autonomia individuali. Dunque la Corte ripudia un'interpretazione restrittiva delle clausole sopra citate; così come ripudia un'interpretazione originalista⁹⁰ dell'intera Carta costituzionale.

Infatti i giudici dissenzienti, e in generale i sostenitori del divieto ai matrimoni omosessuali, ritengono che molti dei precedenti giurisprudenziali che la Corte cita per avvalorare la propria tesi, abbiano sempre riguardato matrimoni eterosessuali, con la conseguenza che il diritto al matrimonio riferito alle coppie *same-sex* debba ritenersi un nuovo diritto costituzionale, configurabile – in base agli stessi precedenti della Corte Suprema⁹¹ – solo se si prova che esso sia "profondamente radicato nella storia e nella tradizione del paese", ed è "fuori discussione che il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso non rientra tra questi diritti"⁹².

La maggioranza richiama in realtà anche un elenco di tutte le decisioni statali e federali relative al matrimonio *same-sex*, individuando la prima decisione giudiziaria che riconosce il diritto delle

⁸⁸ Anche le più innovative, come l'analizzata *Lawrence vs. Texas*.

⁸⁹ *Loving vs Virginia*, 1967.

⁹⁰ L'approccio originalista si propone di privilegiare, nell'interpretare la Costituzione, le possibilità che più si avvicinano al suo obiettivo e il significato originario, ovvero all'intenzione storica dei Padri costituenti.

⁹¹ *Washington v. Glucksberg*, 1997: la Corte Suprema degli Stati Uniti ha dichiarato all'unanimità che un diritto al suicidio assistito non è protetto dalla *Due process clause*.

⁹² Alito, J., dissenting.

coppie dello stesso sesso di sposarsi nel 2003, in *Goodridge vs. Department of Public Health*, redatta dalla Corte Suprema del Massachusetts.

Kennedy inoltre va contro un'interpretazione originalista, sostenendo che se i diritti fossero stati definiti come un *numerus clausus* da chi li esercitava in passato, allora la prassi sarebbe sempre servita da pretesto per un continuo disconoscimento di nuovi diritti a nuovi gruppi di individui. Kennedy ritiene che le generazioni che hanno scritto e ratificato il XIV emendamento non presumevano di conoscere l'estensione della libertà in tutte le sue dimensioni, e quindi hanno affidato alle generazioni future il compito di proteggere il diritto di tutte le persone a godere della libertà, mentre quotidianamente si apprende il significato della stessa, affidando questa responsabilità agli interpreti costituzionali di ogni periodo storico. Così la cecità di ogni generazione⁹³ viene superata attraverso la modestia dei Padri Costituenti nel riconoscere la stessa, e nell'affidarla in eredità al prossimo.

Inoltre, la maggioranza dei giudici ritiene il periodo storico in cui emette la sentenza come un periodo di forte cambiamento: da un lato, lo stesso istituto del matrimonio si sta evolvendo in maniera rapida⁹⁴; allo stesso modo, come abbiamo potuto evidenziare in precedenza, ci sono stati cambiamenti nella considerazione sociale e culturale dei gay e delle lesbiche, che non sono più trattati come individui isolati, i cui atti di intimità non sono più considerati immorali: ormai da tempo infatti l'orientamento sessuale è dai più considerato come una normale espressione della sessualità e della personalità, e non più come una malattia psichiatrica⁹⁵.

Piuttosto che cercare di individuare una base storica per l'affermazione dei SSM a livello federale, la Corte identifica quattro principi che definiscono come fondamentale il matrimonio ai sensi della Costituzione, principi che hanno uguale significato per le coppie dello stesso sesso:

- a) il diritto alla scelta personale, all'espressione di autonomia nell'associazione intima, che "soddisfa i desideri di sicurezza e rifugio", e costituisce una "personale espressione di intimità e spiritualità";
- b) il fatto che il matrimonio sia un'unione che "nobilita le coppie";
- c) il riconoscimento dei SSM fornisce una tutela per le famiglie e i bambini, garantendo permanenza e stabilità senza la quale i bambini soffrono di stigmatizzazione; la Corte afferma che: "dando riconoscimento e stabilità sul piano giuridico alle unioni tra i loro genitori, il matrimonio permette anche ai bambini di comprendere l'integrità e l'intimità della propria famiglia e la sua armonia con le altre famiglie della loro comunità e della loro vita quotidiana. Il

⁹³ Espressione di Kenji Yoshino, *A new birth of freedom?: Obergefell vs. Hodges*, Harvard Law Review, Vol. 129, no. 1, 2015.

⁹⁴ Meglio e più approfonditamente: Paragrafo VIII.1.

⁹⁵ Solo nel 1973 The American Psychiatric Association (APA) ha eliminato l'omosessualità tra i disturbi mentali dal *Diagnostic and Statistical Manual of Psychiatric Disorder*.

matrimonio permette, inoltre, quella stabilità e permanenza che è importante per la tutela degli interessi del bambino”;

d) la Corte disegna le famiglie come “fondamento dell'ordine sociale”.

Oltre a permettere la conquista di questi benefici ‘non materiali’, *Obergefell* consente l’ottenimento anche di una serie di diritti più concreti e materiali, cioè alcuni degli aspetti legali dello stato civile, tra cui: agevolazioni fiscali, eredità, diritti di proprietà, prestazioni previdenziali, accesso all’ospedale e potere decisionale in ambito medico, assicurazione sanitaria, riconoscimento come genitori legali del bambino e custodia dei figli, diritti di adozione, diritto di accedere a tecnologie riproduttive.

Ma perché si è arrivati a questa pronuncia? Oltre alla contingenza giurisprudenziale⁹⁶, si sviluppa anche la cd teoria della Convergenza degli interessi⁹⁷. Essa sostiene che il riconoscimento degli SSM derivi da un punto di incontro fra le istanze delle minoranze e delle maggioranze sessuali, ovvero sia quando i diritti dei gay riescono a sovrapporsi, o quantomeno a non danneggiare, gli interessi della società ritenuti importanti dai bianchi della classe media e alta.

I campi in cui convergono gli interessi delle minoranze sessuali e della maggioranza sono tre: quello *istituzionale*, quello *economico* e quello *ideologico*.

In primo luogo, il primo interesse che ‘converge’ è quello corrispondente ad un rafforzamento dell’istituto del matrimonio negli Stati Uniti, che nell’ultimo decennio ha subito un forte decadimento: in questo contesto, molti conservatori eterosessuali si sono uniti attorno ai SSM come mezzo per rinvigorire e riaffermare la centralità del matrimonio nella società. “Il matrimonio gay, come il matrimonio etero tradizionale, condivide i valori di ‘famiglie forti’ e ‘legami duraturi’ che sono il fondamento della società: il matrimonio tra persone dello stesso sesso ri-santifica l’istituto”⁹⁸.

Nonostante siano presenti varie opinioni contrarie in tal senso, sia da parte della dottrina - Kurtz sostiene che “il matrimonio gay metterebbe in moto una serie di minacce all'etica della monogamia da cui l'istituzione del matrimonio non potrà mai riprendersi”⁹⁹ - che da parte della giurisprudenza - Alito ritiene che il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso indebolisca ulteriormente il legame tra matrimonio e procreazione -, dati recenti certificano come

⁹⁶ Vd. supra nota 87.

⁹⁷ Teoria di Derrick Bell, *Brown v. Board of Education, and the Interest-Convergence Dilemma*, Harvard Law Review, Vol. 93, pp. 518-533, 1980.

⁹⁸ Theodore Olson, *The Conservative Case for Gay Marriage*, 2010, in Newsweek, <https://www.newsweek.com/conservative-case-gay-marriage-70923>.

⁹⁹ Anche se ha poi riconosciuto come il generale abbandono del tabù contro l'omosessualità e le pretese di libertà personale da parte degli omosessuali giustificano il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso: “Preferirei accettare qualche interruzione della stabilità familiare piuttosto che tornare ai giorni in cui l'omosessualità era profondamente tabù. L'aumento della libertà e dell'equità vale la pena”.

effettiva questa convergenza di interessi istituzionali.

Infatti studi dimostrano che le coppie sposate dello stesso sesso hanno un tasso di divorzi inferiore rispetto al dato relativo alle coppie eterosessuali: il Williams Institute ha riportato come le coppie dello stesso sesso dissolvono i loro rapporti legali (matrimonio, unione civile, unione domestica) con una media dell'1,1% all'anno, rispetto al superiore tasso delle coppie di sesso opposto, che ammonta al 2%.

La seconda convergenza di interessi è relativa ai benefici economici del SSM: i principali *media* hanno costantemente sottolineato i vantaggi economici derivanti dalla legalizzazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Ad esempio, nel 2004, Forbes ha pubblicato un articolo che pubblicizzava 16,8 miliardi di sterline di guadagni finanziari derivanti dai matrimoni dello stesso sesso; allo stesso modo, Bloomberg Business ha anche riferito che le iniziative di apertura agli SSM sono state un'ottima strategia aziendale per le imprese che hanno affari collegati alla celebrazione di matrimoni.

Infine, il terzo e ultimo interesse che converge è la tendenza verso una concezione più funzionale del matrimonio, e il superamento di una visione meramente formale (il riconoscimento del matrimonio come documentazione legale, senza porre l'attenzione sul fatto che le persone possano amarsi, condividere una casa e sostenersi reciprocamente economicamente), sottolineando il ruolo reciproco dei membri della famiglia e l'interdipendenza economica ed emotiva, con la necessaria e gradita conseguenza dell'eliminazione della genderizzazione intra-familiare, permettendo a ciascun membro della coppia di ricoprire più funzioni, contribuendo all'eliminazione di alcuni stereotipi di genere¹⁰⁰.

VIII. Le opinioni dissenzienti

Come accennato, la pronuncia *Obergefell* vede un precario equilibrio fra i giudici, 5:4: l'opinione della maggioranza (redatta dal giudice Anthony Kennedy, affiancato dai giudici Ginsburg, Breyer, Sotomayor ed Kagan,) si contrappone a quella dei giudici dissenzienti (il Chief Justice Roberts, e i giudici Scalia, Thomas, e Alito).

Cerchiamo di analizzare brevemente quali siano le principali obiezioni sollevate dai 4 giudici contrari, e come la maggioranza abbia risposto a queste critiche.

a) Usurpazione giudiziaria del principio democratico

Secondo i giudici dissenzienti, il SSM era una questione che doveva essere affrontata e risolta tramite il processo democratico, e quindi nel rispetto del percorso legislativo, e non in un

¹⁰⁰ Meglio e più approfonditamente: Paragrafo IX, 2.

tribunale.

Il punto era che la pronuncia in esame scardinava la definizione classica di matrimonio, intesa come unione fra un uomo e una donna, cosa che non era accaduta nelle pronunce precedenti che avevano ampliato la platea dei soggetti titolari del diritto di sposarsi¹⁰¹.

“Spetta al popolo attraverso il processo decisionale democratico conservare o modificare gli elementi fondamentali del matrimonio”¹⁰². Elementi fondamentali e definizione del matrimonio che, nell’intenzione dei Firmatari della Costituzione statunitense, dovevano rimanere “nelle mani degli elettori statali”¹⁰³, impedendone una costituzionalizzazione: definire il matrimonio è qualcosa che esula dalla competenza della Corte.

L’attivismo giudiziario della Corte Suprema si muove dalle considerazioni di un numero ristrettissimo di individui – definiti come una élite¹⁰⁴ –, non eletto e dunque del tutto non rappresentativo della volontà popolare, derubando il Popolo della libertà di governare sé stesso, usurpandolo dal potere di decidere se mantenere o modificare il concetto tradizionale di matrimonio¹⁰⁵.

Infine, ciò porterebbe anche ad un indebolimento della forza del federalismo, in quanto causerebbe un’emarginazione dell’autorità degli Stati, che non possono in alcun modo esprimersi sulla questione¹⁰⁶.

La maggioranza in *Obergefell* giustifica il suo *modus operandi* sostenendo che “l’idea della Costituzione è quella di sottrarre certi temi alle vicissitudini della lotta politica e di porli oltre la portata delle maggioranze e dei funzionari pubblici, per stabilirli come principi giuridici che devono essere applicati dai tribunali”. Il processo democratico infatti potrebbe essere troppo lento, o comportare la negazione dei diritti delle minoranze.

Ecco che la Corte Suprema si sbilancia in maniera pesante, respingendo nettamente l’affermazione secondo cui il riconoscimento del diritto degli omosessuali al matrimonio rientri nella discrezionalità del legislatore¹⁰⁷.

¹⁰¹ *Loving vs. Virginia*, 1967, eliminò le restrizioni al matrimonio basate sulla razza; *Zablocki vs. Redhail*, 1978, eliminò le restrizioni basate sulle condizioni economiche e sull’incapacità di fornire assistenza ai figli; *Turner vs. Safley*, 1987, eliminò le restrizioni che avevano ad oggetto soggetti in carcere.

¹⁰² Roberts, CJ., dissenting.

¹⁰³ Id.

¹⁰⁴ Scalia, J., dissenting.

¹⁰⁵ Roberts, CJ., dissenting, cita l’affermazione del giudice Curtis in *Dred Scott vs Sanford*, 1857, in cui si dice che quando: “le regole fisse che consentono l’interpretazione delle leggi sono abbandonate, e le opinioni teoriche degli individui sono autorizzate a controllarle, non abbiamo più una Costituzione: siamo sotto il governo di singoli uomini”.

¹⁰⁶ Alito, J., dissenting.

¹⁰⁷ A. Sperti, *La Corte Suprema riconosce il diritto costituzionale al matrimonio delle persone gay e lesbiche*, GenIUS, 2015, <http://www.articolo29.it/2015/pronuncia-storica-corte-suprema-riconosce-diritto-matrimonio-same-sex-in-tutti-gli-dellunione-2/>.

b) Lesione della libertà religiosa

In secondo luogo, i giudici dissenzienti affermano come *Obergefell* avesse conseguenze sulla libertà religiosa e più in generale sulla libertà di coscienza – entrambe tutelate dalla Costituzione nel I emendamento – dei cittadini statunitensi: il riconoscimento dei SSM poteva facilmente contrastare con il credo della maggior parte delle religioni diffuse sul territorio americano, costringendo i credenti a condotte discriminanti in osservanza del loro sentimento fideistico. Il Chief Justice Kennedy affermò però come “le religioni e coloro che aderiscono alle dottrine religiose possono continuare a sostenere con la massima e sincera convinzione che, secondo precetti divini, il matrimonio tra persone dello stesso sesso non dovrebbe essere giustificato. Il Primo Emendamento assicura che le organizzazioni religiose e le persone ricevano un'adeguata protezione¹⁰⁸. Chiunque ritenga che il matrimonio tra persone dello stesso sesso sia sbagliato giunge a tale conclusione sulla base di principi religiosi rispettabili e onorevoli o premesse filosofiche, e né loro né le loro credenze sono qui denigrate”.

Dal punto di vista di Kennedy dunque, non vi è nulla di problematico di per sé in merito alla disapprovazione dei SSM fondata sul piano religioso; tuttavia, sorgono problemi quando tale disapprovazione viene tradotta in legge.

Kennedy inoltre crede che il riconoscimento degli SSM sia l'occasione di un reciproco scambio di idee fra i cittadini che la pensano diversamente, aprendo un profondo e proficuo dibattito, in cui ogni *quivis de populo* debba “pensare a sé stesso come se fosse legislatore”¹⁰⁹.

c) Atteggiamento e stile dell'opinione maggioritaria

Il giudice Scalia definì lo stile dei 5 giudici come “pretenzioso nella forma ed egotistico nella sostanza”, e l'opinione in generale come infetta da “arroganza giudiziaria”.

Anche il Chief Justice Roberts è del medesimo avviso: in particolare ritiene come una cosa sia concludere che la Costituzione protegga un diritto al matrimonio omosessuale, mentre un'altra è descrivere tutti coloro che non condividono questa scelta come ‘bigotti’.

Roberts sostiene come “La maggioranza tradisce il proprio dovere giudiziario giustificando un diritto all'SSM sulla base del proprio credo preferito, denigrando i cittadini che sostengono il divieto dell'SSM sulla base dei loro credi preferiti”.

Non ritenendo utile soffermarmi su possibili contro obiezioni a quelle sollevate dalla minoranza,

¹⁰⁸ Vedremo nel paragrafo X come la presa di posizione di Kennedy in *Obergefell* sul tema della libertà religiosa sia tutt'altro che di facciata, e come egli sostenga davvero la centralità del I emendamento.

¹⁰⁹ John Rawls, *Collected Papers*, Oxford University Press, 1999: “I cittadini hanno bisogno di scambiarsi l'un l'altro i diritti che i loro amici, nemici e vicini potrebbero accettare senza dover cambiare radicalmente chi sono o dove possono trovarsi i loro impegni metafisici. Il dovere della civiltà li esorta a fare ciò. La disposizione dei cittadini a considerarsi legislatori ideali e a ripudiare funzionari governativi e candidati a cariche pubbliche che violano la ragione pubblica, è una delle radici politiche e sociali della democrazia ed è vitale per la sua forza e vigore duraturi”.

mi limito ad affermare che la critica del giudice Scalia fu caratterizzata da un linguaggio che nella migliore delle ipotesi può essere descritto come idiosincratico¹¹⁰.

Più proficuo invece è analizzare come Roberts critichi la maggioranza di *Obergefell* sostenendo che la natura della pronuncia si fondi sull'imposizione di un credo su un altro, di un'idea su un'altra, ritenendo tale operazione profondamente, appunto, arrogante, senza però considerare che anche il suo stesso dissenso si sviluppa su un'ideologia, più morale e culturale che giuridica. Ecco che le apparentemente distantissime posizioni di Roberts e Kennedy nello specifico, e della maggioranza e della minoranza in generale, in realtà condividono profondi punti in comune¹¹¹ che possono essere colti guardandole attraverso il filtro della *public reason*¹¹²: la ragione pubblica si basa sulla convinzione che le regole morali o politiche che regolano la nostra vita comune siano giustificabili o accettabili per tutte quelle persone sulle quali le regole pretendono di avere autorità; e persino un giudice della Corte suprema non può divorziare completamente dalle sue opinioni religiose o ideologiche per motivi politici.

Nonostante Roberts citi nel suo commento dissenziente il monito del giudice Oliver Wendell Holmes¹¹³, secondo cui i giudici devono “resistere alla tentazione di confondere le loro preferenze con i requisiti della legge”, lui stesso fonda la sua motivazione su ragioni e idee di uomo.

Questo lo pone improvvisamente e sorprendentemente sullo stesso piano concettuale della critica da lui stesso mossa a Kennedy.

d) La procreazione come elemento fondante del matrimonio

Secondo i giudici dissenzienti, la Corte ha omesso in modo errato la procreazione come elemento centrale del matrimonio, come uno degli aspetti significativi del matrimonio.

Roberts, oltre a sostenere che l'unione di un uomo e di una donna non sia “una componente del matrimonio”, ma “il significato principale del matrimonio”, ha anche affermato che “la razza umana deve procreare per sopravvivere. La procreazione avviene attraverso le relazioni sessuali tra un uomo e una donna. Questa definizione non è nata da una dottrina religiosa o una decisione preistorica di escludere gay e lesbiche; è data dalla natura delle cose per soddisfare un'esigenza vitale”.

In secondo luogo Roberts richiama precedenti in cui la procreazione è stata definita come un

¹¹⁰ È così che Donald H. J. Hermann, in *Extending the fundamental right of marriage to same-sex couples: the United States Supreme Court decision in Obergefell vs. Hodges*, Indiana Law Review, Vol. 49, n. 2, 2016, pp. 367-396, definisce l'atteggiamento del giudice Scalia nelle sue considerazioni dissenzienti.

¹¹¹ Robert Katz, *The Role of Public Reason in Obergefell v. Hodges*, Indiana University, Robert H. McKinney School of Law, Research Paper No. 2016-25, pp. 1-13, 2016.

¹¹² John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993.

¹¹³ In *Lochner vs. New York*, 1905.

interesse per lo Stato¹¹⁴.

Infine, il Chief Justice Roberts, citando alcune delle pronunce menzionate dalla maggioranza¹¹⁵ ha evidenziato come ciascuna delle opinioni ha presunto un elemento procreativo.

La risposta della maggioranza qui è abbastanza immediata: basti citare una serie di precedenti - oltre a quelli relativi alla contraccezione o all'aborto, che già di per sé sarebbero sufficienti -, che hanno riconosciuto come matrimoni validi le unioni fra individui sterili, o soggetti molto anziani, e di come "l'abilità, il desiderio o la promessa di procreare non è, e non è mai stato, un prerequisito per un matrimonio valido in nessun Stato".

Pertanto, piuttosto che includere la procreazione tra le caratteristiche essenziali del matrimonio, la Corte ha visto la procreazione come un possibile evento episodico del matrimonio, e ha concluso: "il diritto costituzionale al matrimonio ha molti aspetti, di cui la nascita di un figlio è solo uno".

e) Altro

Mi riservo questo spazio per dissensi da parte della minoranza che non rientrano nelle motivazioni già sviscerate, ma che meritano un attento soffermarsi.

Abbiamo in primo luogo la considerazione del giudice Thomas, secondo cui il richiamo alla libertà come diritto fondamentale presente in Costituzione, tale da giustificare gli SSM, è un forte fraintendimento da parte della Corte: la "libertà", per Thomas, dovrebbe essere intesa in termini di restrizioni fisiche, e a lui non risulta che delle coppie dello stesso sesso fossero state "imprigionate o trattenute fisicamente dagli Stati per aver partecipato a relazioni tra persone dello stesso sesso. Le coppie dello stesso sesso avevano la libertà di convivere, crescere figli, e stabilirsi dove desideravano".

E la richiesta mossa dalle coppie omosessuali tesa ad ottenere l'accesso a benefici e privilegi propri dei soggetti per i quali era accessibile l'istituzione del matrimonio, non aveva nulla a che fare con la libertà adeguatamente compresa.

Inoltre Thomas critica anche il riferimento al concetto di dignità, ottenibile, secondo la maggioranza, tramite la celebrazione della funzione, in quanto "il governo è incapace di conferire dignità, che è conferita solo dal Creatore".

Per concludere, cito l'affermazione del giudice Alito, secondo cui sarebbe insensato concedere il diritto alle coppie omosessuali di sposarsi, dal momento che "il valore del matrimonio risiede nel fatto che fornisce appagamento emotivo e la promessa di sostegno nei momenti di bisogno", come se le coppie *same-sex* fossero incapaci di sostenersi o appagarsi reciprocamente.

A voi le dovute considerazioni.

D'altronde, come disse Thomas Jefferson, "il dissenso è la forma più nobile di patriottismo".

¹¹⁴ *Massachusetts in Goodridge v. Department of Public Health*, 2003.

¹¹⁵ *Loving vs. Virginia* 1967, *Skinner vs. Oklahoma* 1942, e *Zablocki vs. Redhail*, 1978.

IX. Profili critici

Passiamo ora a quelli che possiamo definire profili critici della sentenza *Obergefell vs. Hodges*; analizziamo i principali argomenti sollevati da parte della dottrina e della giurisprudenza: le conseguenze della santificazione del matrimonio contenuta nella pronuncia; la ‘sfida del poliamore’; la mancata individuazione dell’orientamento sessuale come *suspect classification*.

1. Le conseguenze della santificazione del matrimonio in Obergefell

In vari passi della sentenza, la Corte Suprema compie un vero e proprio panegirico dell’istituto del matrimonio, dipingendolo come l’incarnazione dei “più alti ideali di amore, fedeltà, devozione, sacrificio e famiglia. Nel formare un’unione coniugale, due persone diventano qualcosa di più grande. Un matrimonio incarna un amore che può sopravvivere anche dopo la morte”.

L’encomio continua nell’opinione del Chief Justice Kennedy, che afferma come “i precedenti di questa Corte e le tradizioni della Nazione chiariscono che il matrimonio è una chiave di volta del nostro ordine sociale”, come “nessuna unione è più profonda del matrimonio”, e come “nascendo dai bisogni umani più elementari, il matrimonio è essenziale per le nostre più profonde speranze e aspirazioni”.

L’opinione di Kennedy si muove in ossequio ad un ideale fortemente romanticizzato del matrimonio, visto come centrale per la società: non potrebbe essere più chiaro che la Corte consideri il matrimonio come la forma suprema e il sito dominante della formazione della parentela.

Questa immagine del matrimonio non solo viene criticata da parte dei giudici dissenzienti, ma anche da parte della comunità LGBTQ.

Nella prima direzione, citiamo il giudice Thomas, dissente circa l’affermazione della maggioranza secondo cui “il matrimonio conferisce *nobiltà* agli individui”, come se la scelta di non sposarsi rendesse meno nobili le altre persone.

Nella seconda direzione, più articolato è il pensiero LGBTQ: se di primo acchito potremmo ritenere scontato che tutta la comunità fosse unita riguardo la conquista di questo storico traguardo, in realtà non è così. È dunque proficuo analizzare brevemente l’excursus dell’acceso dibattito intracomunitario del popolo LGBTQ, che ha visto scontrarsi da una parte i *marital advocates*, e dall’altro i *pluralist advocates*.

I “sostenitori del matrimonio” ritenevano che l’ottenimento dell’uguaglianza del diritto di

coniugarsi dovesse essere il fulcro del movimento, mentre i sostenitori del pluralismo insistevano su una de-istituzionalizzazione del matrimonio, per creare un nuovo regime di parentela.

Il dibattito nasce intorno agli anni '70, e viene spesso dipinto come il dibattito fra i due principali esponenti di queste due fazioni - Stoddard ed Ettelbrick¹¹⁶, volendo simboleggiare lo scisma intracomunitario¹¹⁷ sull'opportunità di perseguire l'uguaglianza matrimoniale o il pluralismo. Per i pluralisti, il movimento per l'uguaglianza matrimoniale rappresentava una vera e propria rottura politica, con una forte soluzione di continuità, deviando l'impegno politico originale radicato nelle rivolte di Stonewall del 1969, che, come detto sopra, sono generalmente intese come l'alba del movimento per i diritti dei gay¹¹⁸.

Non sorprende che i sostenitori del vincolo coniugale non siano d'accordo con questa versione della storia dei diritti LGBTQ: essi ritengono che i pluralisti abbiano archiviato dai loro obiettivi il SSM, dal momento che l'atteggiamento della Corte Suprema fino agli anni '90¹¹⁹ rendeva fin troppo utopica una eventuale battaglia per l'uguaglianza del matrimonio, il cui conseguimento aveva minuscole possibilità di realizzazione.

Vediamo più nel dettaglio le due contrapposte ideologie.

I *marital advocates* proiettano un'idea di coppie omosessuali come coppie normative perfette, ovverosia monogame, industriose, costituite da cittadini rispettosi dei doveri fiscali, e soprattutto bianche¹²⁰.

I *pluralist advocates* ritengono che questa concezione limiti la possibilità di scegliere una vita diversa.

Inoltre, essi sostengono che quando una coppia si sposa, si sposa 'anche con lo Stato', in quanto non solo i coniugi sono ingabbiati nella rigida disciplina legislativa, ma soprattutto lo Stato può intervenire modificando le disposizioni relative al matrimonio o al divorzio, senza mai chiedere il consenso delle coppie sposate: le condizioni del matrimonio sono imposte, non scelte dalle

¹¹⁶ Tom Stoddard, in *Why Gay People Should Seek the Right to Marry*, Mark Blasius & Shane Phelan (eds.), *We Are Everywhere: A Historical Sourcebook of Gay and Lesbian Politics*. Routledge. pp. 753-756, sosteneva che "L'uguaglianza del matrimonio avrebbe fornito alla emarginata comunità LGBT benefici sostanziali, economici e pratici, come vantaggi fiscali e benefici governativi".

Paula Ettelbrick, in *Since When is Marriage a Path to Liberation?*, *National Lesbian & Gay Quarterly*, 14-16, 1989, scrisse invece che "Il passaggio all'uguaglianza matrimoniale è assimilazionista e di mentalità ristretta: l'assimilazione è problematica perché costringe le persone LGBTQ a presentare, progettare ed eseguire le norme delle coppie eterosessuali sposate per essere accettate. Ciò negherebbe alle persone LGBTQ la scelta di formare altri tipi di parentela".

¹¹⁷ Neo Khuu, *Obergefell v. Hodges: Kinship Formation, Interest Convergence, and the Future of LGBTQ Rights*, pp. 186-227, 2017.

¹¹⁸ Vd. *supra* nota 10.

¹¹⁹ Ricordiamo che *Baehr v. Lewin*, nella quale la Corte Suprema delle Hawaii dichiarò incostituzionale la proibizione statale dei matrimoni omosessuali, risale al 1993.

¹²⁰ Di recente, vari studiosi di razzismo e diversità, come Devon W. Carbado, Adele M. Morrison e Russell K. Robinson, hanno criticato il movimento per i diritti dei gay e il contenzioso sulla parità matrimoniale per la sua esclusività razziale verso i bianchi.

coppie.

I pluralisti insistono dunque sul fatto che un regime pluralistico di parentele¹²¹ permetterebbe il riconoscimento legale e l'accettazione sociale di molteplici forme di parentela.

A prescindere dalle opinioni, necessariamente ed ontologicamente parziali, delle due frange, è oggettivo come *Obergefell* abbia denigrato le altre tipologie di unioni possibili nel panorama statunitense, lasciando i cosiddetti stati alternativi, come le unioni civili e i partenariati domestici, in una posizione precaria: ironicamente, la logica dell'uguaglianza matrimoniale si basa sulla disuguaglianza delle altre relazioni e forme di parentela¹²².

Gli stati alternativi sono emersi per la prima volta sotto forma di registri di *domestic partnership* a livello municipale, in città progressiste come Berkeley, in California, negli anni '80.

In seguito, queste alternative locali al matrimonio sono migrate a livello statale; in tal modo, questi stati alternativi hanno iniziato a imitare il matrimonio in termini di benefici e forma.

In stati come il Vermont, che ha aperto la strada allo status di unione civile fra omosessuali nel 1999¹²³, gli stati alternativi erano “*marriage in all but name*”, ovverosia istituti tali e quali ai matrimoni, eccetto che per il nome.

Gli stati alternativi stanno accusando il colpo *Obergefell*: in molti Stati che hanno introdotto il SSM, gli stati alternativi sono stati eliminati.

Soffermandoci sulle due esperienze citate: quando il legislatore del Vermont ha legalizzato il matrimonio tra persone dello stesso sesso, ha anche rimosso le unioni civili come opzione per il riconoscimento delle relazioni; anche a Berkeley ci sono forti pressioni da parte dei funzionari per l'eliminazione del registro delle *domestic partnership* della città, in quanto lo si considera superfluo di fronte al riconoscimento statale dei matrimoni omosessuali.

Ecco che capiamo come nazionalizzando l'uguaglianza matrimoniale, *Obergefell* può suonare “la campana della morte”¹²⁴ per gli stati alternativi e per la promessa di un regime di riconoscimento delle relazioni più pluralistico: la costituzionalizzazione dell'uguaglianza matrimoniale può fornire una solida base per gli Stati di rifiutare il riconoscimento legale di stati alternativi e altri accordi non coniugali.

Ed ancora più gravemente, in quanto non si affida lo scongiurare di tale rischio ad un eventuale lungimirante legislatore, la venerazione del matrimonio potrebbe essere interpretata come un

¹²¹ Eskridge, in *The Emerging Menu of Quasi-marriage options*, Find law, 2000, suggerisce una sorta di "menu di opzioni", secondo cui le coppie possono scegliere doveri, diritti e benefici associati alla loro relazione.

¹²² Melissa Murray, *Obergefell v. Hodges and Nonmarriage Inequality*, California Law Review, 104, 2016.

¹²³ *Baker vs. State of Vermont*, Corte Suprema del Vermont, 1999, in cui si intima il legislatore di offrire “alle coppie dello stesso sesso tutti i benefici del matrimonio, anche se sotto una diversa rubrica”.

¹²⁴ Neo Khuu, *Obergefell v. Hodges: Kinship Formation, Interest Convergence, and the Future of LGBTQ Rights*, UCLA Law Review, 2017.

segnale della non presenza di solide protezioni costituzionali per il ‘non matrimonio’, dal momento che il matrimonio è disponibile, incorporando tale disuguaglianza nella struttura del diritto costituzionale, e rinnegando la promessa di protezione costituzionale per la vita non coniugale.

Per questo motivo, gli obblighi dello Stato si limiterebbero a fornire pari accesso al matrimonio e a non criminalizzare la decisione di vivere al di fuori del matrimonio; ma lo Stato non avrebbe l'obbligo di fornire alternative al matrimonio o di riconoscere e rispettare in altro modo la vita non coniugale.

Questo relegare le altre tipologie di relazione ad uno “status di seconda classe”¹²⁵, comporterebbe anche una stigmatizzazione delle coppie stesse e dei figli, come è stato affermato in due recenti casi giudiziari distrettuali in Alaska e in Nevada, rispettivamente *Hamby v. Parnell*, e *Sevcik v. Sandoval*.

Questo quadro suggerirebbe quindi alle coppie, in maniera più o meno velata, di sposarsi; ma le coppie dovrebbero avere la scelta di sposarsi in base al significato spirituale, culturale o religioso del matrimonio: non dovrebbero mai sposarsi per ottenere benefici legali specifici.

E se avesse voluto, la giurisprudenza in *Obergefell* avrebbe avuto una fitta lista di precedenti da invocare per tutelare, oltre che i SSM, anche gli stati alternativi.

Il riferimento è segnatamente alla cd “giurisprudenza del non matrimonio”¹²⁶: una serie di pronunce in cui la Corte era sembrata propensa all'accoglimento delle istanze delle coppie non coniugate, offrendo loro garanzie sulla base della Costituzione.

Elenchiamo rapidamente quali possono essere le sentenze a cui si fa riferimento.

Innanzitutto sono presenti una serie di casi riguardanti strutture familiari non tradizionali e diritti dei bambini illegittimi, tra cui cito *Levy v. Louisiana* e *Glona v. American Guaranty and Liability Insurance Company*: siamo nel 1968, e la Corte affermò come “i bambini illegittimi non sono ‘non-persone’”.

Nel 1972, in *Eisenstadt vs. Baird*, la Corte si pronuncia sulla questione delle leggi anti-contraccezione, concludendo che la contestata legge penale del Massachusetts distingueva inammissibilmente tra persone sposate e non sposate: concentrandosi sull'individuo, sposato o single che sia, *Eisenstadt* ha dissociato il diritto alla privacy dal matrimonio e, soprattutto, il sesso dal matrimonio.

¹²⁵ *Hamby v. Parnell*, 2014: ““Matrimonio” è il nome che la società dà alla relazione che conta di più tra due adulti. Una rosa con qualsiasi altro nome può avere un odore dolce, ma per la coppia che desidera entrare in una relazione impegnata per tutta la vita, un matrimonio con il nome di “unione domestica registrata” non raggiunge lo stesso significato”.

¹²⁶ “*The jurisprudence of nonmarriage*”, Melissa Murray, *Obergefell v. Hodges and Nonmarriage Inequality*, California Law Review, 104, 2016.

Nel 1973, nel caso *United States Department of Agriculture vs. Moreno*, la Corte ha ridefinito il termine ‘famiglia’, includendovi non solo gruppi di persone legate da sangue.

Arriviamo infine a *Lawrence vs. Texas*, dove il giudice Kennedy, proprio citando alcune delle sentenze a cui ho appena accennato, sostenne come esse abbiano “stabilito che il diritto di prendere determinate decisioni in merito alla condotta sessuale va oltre la relazione coniugale”: secondo il giudice Kennedy, la Costituzione proteggeva la condotta sessuale privata e consensuale, indipendentemente dal fatto che si verificasse all'interno o all'esterno del matrimonio.

È chiaro come *Lawrence* si erga a pietra miliare della giurisprudenza del non matrimonio: il giudice Kennedy e la maggioranza hanno chiarito ciò che era stato solo fatto intravedere nei precedenti casi di non matrimonio, ossia che le relazioni non coniugali potevano essere tanto appaganti e degne di protezioni costituzionali quanto le loro controparti coniugali.

La potenziale rivoluzione di copernicana memoria di *Lawrence* stava nella sua creazione di "uno spazio tra matrimonio e criminalità che, in relativa assenza di regolamentazione legale, offriva la possibilità di libertà sessuale svincolata dai domini disciplinati dallo Stato¹²⁷".

Posto questo quadro, il disprezzo di *Obergefell* per il non matrimonio ci appare sorprendente, in quanto tutti i precedenti casi hanno fatto valere un certo grado di protezione costituzionale per la vita al di fuori del matrimonio e delle famiglie non coniugali: che *Lawrence* - un caso che riguardava esplicitamente il non matrimonio - costituisca un fondamentale riferimento per i giudici di *Obergefell*, e veda come protagonista lo stesso giudice Kennedy, ci sembra un'incongruenza sconcertante.

Ma è davvero così?

Soffermandoci più attentamente su due delle pronunce citate, possiamo evidenziare come in *Eisenstadt v. Baird* la Corte aveva non solo la mera occasione di invalidare le leggi anti-contraccezione, ma avrebbe potuto più ampiamente e analiticamente riconoscere un diritto fondamentale al sesso al di fuori del matrimonio, fondato sul diritto alla privacy: anche se la Corte in *Eisenstadt* ha riconosciuto l'ingiustizia di una legge che prendeva di mira i non sposati, ha rifiutato di riconoscere un interesse più ampio alla libertà sessuale al di fuori del matrimonio. Anche in *Lawrence vs. Texas*, è possibile notare come si ritenga che “il sesso tra John Lawrence e Tyron Garner sia avvenuto nel contesto di una relazione”: si ritraggono i due soggetti con il pennello della domesticità coniugale.

Sebbene ci fossero scarse prove a riguardo, l'opinione parlava della relazione fra Lawrence e Garner come se fossero partner a lungo termine, che dividevano una vita in comune: la coppia

¹²⁷ Melissa Murray, *Marriage as Punishment*, Columbia Law Review, Vol. n. 112, No. 1, 2012.

non stava semplicemente facendo sesso, ma promuovendo "un legame personale più duraturo". Caratterizzando la relazione in questo modo, il giudice Kennedy ha cercato di osservare la condotta in questione con una lente più vicina e simile possibile a quella coniugale.

Di conseguenza, piuttosto che interpretare *Lawrence vs. Texas* come espansione delle protezioni per il non matrimonio, la si può considerare come un primo passo fondamentale verso il raggiungimento del matrimonio omosessuale.

Con la pronuncia del 2015, implicitamente si abbandona e si ripudia la giurisprudenza del non matrimonio e le sue aspirazioni all'uguaglianza non coniugale, precludendo la possibilità di sviluppare ulteriormente tale corrente, per fornire protezioni costituzionali più solide per la vita al di fuori del matrimonio.

Conseguentemente e in ultimo luogo, la santificazione del matrimonio posta in essere da *Obergefell* indica anche un percorso più tortuoso e limitante per il riconoscimento legale di alcuni diritti e benefici a favore delle relazioni non coniugali (almeno questo si rileva dai primi casi giurisprudenziali post 26 giugno 2015, in cui coppie dello stesso sesso non sposate rivendicavano alcuni diritti). Questo poiché, sulle orme di alcuni precedenti¹²⁸, non si riesce mai a conferire la panoplia completa di tutele cui godono i coniugi.

Per fare un esempio, posso citare il caso della coppia lesbica (che aveva partecipato alle petizione pre-*Obergefell*), composta da Jayne Rowse e April DeBoer; in base a *Obergefell*, potendosi sposare, sono ora idonee all'adozione, ma gli ostacoli legali all'adozione congiunta che Rowse e DeBoer affrontarono prima della pronuncia rimangono in vigore, in quanto in alcune giurisdizioni le coppie non sposate, gay o eterosessuali, non sono autorizzate ad adottare congiuntamente.

E l'adozione non è l'unica situazione in cui *Obergefell* potrebbe avere un impatto negativo: si pensi alla maternità surrogata. Tra le giurisdizioni che regolano la maternità surrogata gestazionale, quattro la limitano specificamente alle coppie sposate. Sebbene *Obergefell* allarghi la platea di soggetti che possono contrarre matrimonio, e di conseguenza avvalersi della maternità surrogata in queste quattro giurisdizioni, alle coppie non sposate è ancora proibito farlo.

Dopo questa desolata immagine che ci fornisce il panorama post-*Obergefell*, in riferimento al concetto di matrimonio in essa contenuta, cerchiamo di individuare anche degli aspetti positivi. Innanzitutto, qualunque inconveniente risieda nel movimento per l'uguaglianza del matrimonio, è importante riconoscere e apprezzare i profondi passi avanti compiuti dalla comunità LGBTQ in seguito al riconoscimento dei SSM.

¹²⁸ Su tutti *Braschi vs. Stahl Associates Company*, Corte d'Appello di New York, 1989. In *Donaldson v. State of Montana*, 2012, la Corte Suprema del Montana ha incoraggiato i querelanti a perseguire richieste di indennità specifiche, in stile Braschi, piuttosto che concentrarsi sul garantire la creazione di uno status riconosciuto dallo Stato.

Oltre ai vari vantaggi, materiali e non, che derivano dall'ottenimento del diritto di sposarsi – già citati nel VI paragrafo -, mi preme evidenziare come in seguito a *Obergefell* dei dati dimostrino come il sostegno pubblico al matrimonio tra persone dello stesso sesso sia passato dal 35% nel 2001 al 55% nel 2016¹²⁹.

Il Pew Research Center ha riferito anche che il 92% degli individui LGBTQ concorda sul fatto che, rispetto a dieci anni fa, la società sta accettando maggiormente la propria identità sessuale. Inoltre, è bene ricordare, in questo quadro pessimistico, come il primato del matrimonio non è né naturale né inevitabile: l'avanzamento di un progetto di pluralismo familiare e relazionale che rispetta e valorizza una gamma più ampia di relazioni e forme familiari rispetto al solo matrimonio civile è possibile, magari cavalcando l'onda, forse mai infranta, della *jurisprudence of non-marriage*.

Infine, il riconoscimento legale del matrimonio tra persone dello stesso sesso costituirebbe per alcuni la fine delle 'norme di genere'¹³⁰: de-naturalizzerebbe cioè il rapporto marito-moglie nel matrimonio tradizionale che facilita e determina la gerarchia di genere¹³¹.

La conquista di tali obiettivi è sicuramente raggiungibile anche ricucendo quello strappo interno nella comunità LGBTQ analizzato sopra: ciò è già in parte avvenuto, dal momento che vari *pluralist advocates*¹³² ritengono che quando il matrimonio è diventato il principale campo di battaglia tra la forza pro-LGBTQ e la forza anti-LGBTQ, è venuta meno la posizione dei sostenitori del pluralismo di opporsi all'uguaglianza matrimoniale¹³³, ricreando un'unione di intenti solo attraverso la quale è possibile compiere lo step successivo.

2. La sfida del Poliamore

Il secondo profilo critico che prendo in analisi è quello relativo al poliamore.

Il poliamore è definibile come la preferenza ad avere molteplici relazioni sentimentali simultaneamente¹³⁴, ad essere seriamente coinvolti sessualmente con più di una persona alla volta.

¹²⁹ Ricerca del Pew Research Center, "*LGBT Voices: The Coming Out Experience*".

¹³⁰ Neo Khuu, *Obergefell v. Hodges: Kinship Formation, Interest Convergence, and the Future of LGBTQ Rights*, UCLA Law Review, 2017.

¹³¹ Eskridge sostiene opinabilmente che "in un matrimonio fra donne, almeno una donna assumerà il consueto ruolo di genere maschile del capofamiglia; e in un matrimonio fra uomini, almeno un uomo assumerà il consueto ruolo di genere femminile della casalinga".

¹³² Tra tutti cito Julie Shapiro, *Reflections on Complicity*, N.Y City Law Review, 657, 2005. <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/faculty/582> 2005.

¹³³ Nonostante molti membri della comunità LGBTQ appoggino i SSM solo a causa dei diritti civili e dei diritti costituzionali che offre, senza accogliere in toto quella che viene definita, in maniera tanto efficace quanto ossimorica, "l'istituzione omofoba del matrimonio omosessuale".

¹³⁴ Ann E. Tweedy, *Polyamory as a Sexual Orientation*, University of Cincinnati Law Review, Vol. n. 79, p. 1461, 2011.

Esistono due tipi distinti di tali relazioni: i matrimoni plurali e i matrimoni di gruppo.

Una persona in un matrimonio plurale è sposata con più di una persona e le varie persone con cui è sposata non sono sposate l'una con l'altra; una persona in un matrimonio di gruppo è sposata con due o più persone, a loro volta sposate fra di loro.

D'ora in poi utilizzerò il termine poligamia, includendo sia il primo che il secondo fenomeno.

Premessa: se l'affrontare questo tema può sembrare ai più bizzarro, c'è invece da sottolineare come la discussione riguardante il matrimonio poligamo sia passata dall'essere “*off the wall*”, a “*on the wall*”¹³⁵: nonostante il tema non abbia scavalcato il suddetto muro, e non sia quindi ancora divenuto una questione all'ordine del giorno¹³⁶, si sta comunque conquistando una forte visibilità, anche alla luce della solida base conferita dai concetti contenuti nella più volte citata *Lawrence vs. Texas*.

Ciò sta avvenendo anche in Italia: nonostante sia difficile un'effettiva e pubblica espansione del poliamore, anche a causa del fatto che le unioni civili ex l.n. 76/2016 siano previste solo ed esclusivamente per coppie omosessuali diadiche, si sta cominciando a discutere di coppie ‘non mono-normative’¹³⁷.

L'interesse in questa sede all'analisi della poligamia derivano anche dal fatto che, per decenni, gli oppositori al SSM hanno fatto appello alla poligamia per contrastare la legalizzazione del SSM: riconoscere il matrimonio tra due persone omosessuali, porterebbe inevitabilmente al riconoscimento del matrimonio poligamico.

L'opinione dissenziente di Roberts in *Obergefell* va in questa direzione, sostenendo che “gran parte del ragionamento della maggioranza si applicherebbe con eguale forza alla rivendicazione di un diritto fondamentale al matrimonio plurimo” - ed entrambe le aperture dell'istituto sarebbero secondo Roberts evidentemente illegittime dal punto di vista costituzionale -.

Ulteriore motivo di assimilazione fra i due riconoscimenti, sta nell'opinione dello stesso Roberts - che suona più come una provocazione che come una reale preoccupazione -, secondo la quale lo stigma sperimentato dai bambini con genitori dello stesso sesso era una ragione su cui fondare i matrimoni omosessuali, i bambini con più di due genitori dovrebbero essere tutelati in egual maniera.

¹³⁵ Per usare la terminologia di Jack Balkin, Professore di Diritto costituzionale a Yale.

¹³⁶ Sebbene negli ultimi anni ci siano state delle vittorie legali da parte di famiglie poligame: nel 2013 il Tribunale Federale per il Distretto dello Utah ha giudicato incostituzionali molti articoli della legge di quello Stato che proibisce la poligamia.

¹³⁷ Gusmano B., *Oltre le frontiere dell'amore romantico: poliamore, altre intimità e non monogamie consensuali LGBTQ in Italia*, in *Più cuori e una capanna: il poliamore come istituzione*, di E. Grande, L. Pes, 2018, pp. 55-77. Il saggio è una sorta di manifesto dell'attuale situazione italiana del poliamore; si sottolinea soprattutto come il punto di svolta per una maggior consapevolezza del fenomeno passi attraverso varie comunità, che fanno un po' da guida al poliamore, in quanto esso rappresenta ancora un grande taboo.

Oltre che la giurisprudenza dissenziente, altresì gran parte della dottrina in merito ritiene come altamente probabile questa deriva verso la legalizzazione dei matrimoni poligami¹³⁸.

In *Obergefell* il giudice Kennedy risponde a chi paventa il rischio di una *slippery slope*, che possa condurre fino all'estensione del diritto al matrimonio alle unioni poligamiche: un passaggio della sentenza infatti si premura di sottolineare la natura del matrimonio quale "unione duratura tra due persone".

Lo scongiurare un eventuale riconoscimento del matrimonio poligamico passa anche dalla sottolineatura delle diverse caratteristiche di questo tipo di relazione rispetto alle altre.

Affrontiamo dunque di seguito la 'sfida della poligamia'¹³⁹, esplorando le differenze (o i luoghi comuni?) tra i matrimoni poligamici e quelli diadici, eterosessuali o omosessuali che siano.

Iniziamo ad esaminare le distinzioni fra matrimoni poligami e matrimoni diadici eterosessuali; ci sposteremo poi sulla differenza, vera o presunta, tra il SSM riconosciuto da *Obergefell* e il matrimonio poligamo, ovverosia la immutabilità e la *innateness* del desiderio omosessuale, e invece la cangiante e mutevole volontà di frequentare più persone contemporaneamente.

a) Il rapporto fra il matrimonio tradizionale e quello poligamo:

Tre sono le differenze, o meglio, le caratteristiche che renderebbero migliori i matrimoni 'tradizionali', e che determinerebbero il conseguente riconoscimento solo di essi: 1) i matrimoni poligami sono dannosi per le donne; 2) producono forti esperienze negative per i bambini; 3) sono eccessivamente complicati da attuare dal punto di vista amministrativo.

Approfondiamole: noteremo come tutte si mostrino deboli e facilmente controvertibili.

1) L'argomento più frequente contro la poligamia è quello secondo il quale tali relazioni sono intrinsecamente sessiste e dannose per le donne, a differenza delle relazioni tra persone dello stesso sesso.

In alcune relazioni poligame, tuttavia, le donne non svolgono ruoli subordinati, anzi: la libertà, anche sessuale, propria di una relazione poligama, permette un'autodeterminazione della donna molto più agevolmente conquistabile.

Ma la vera e grande obiezione a questa tesi è fin troppo evidente: anche laddove fossero presenti possibilità per le donne di subordinazione in questa tipologia di relazione, certamente tali possibilità non sono maggiori rispetto a quelle insite nei matrimoni "tradizionali", ovvero i

¹³⁸ Lynn D. Wardle, *A Critical Analysis of Constitutional Claims for Same-Sex Marriage*, *BYU Law Review*, no. 1, 1996, "If same-sex marriage must be legalized to accommodate the subjective, identity-defining sexual-intimacy preferences of gays and lesbians, it would be very difficult to refuse to recognize polygamy on a principled basis".

Charles Krauthammer, *When John and Jim Say 'I Do'*, *Time* del 22 luglio 1996 "If marriage is redefined to include two men in love, on what possible principled grounds can it be denied to three men in love?" <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,984875,00.html>.

¹³⁹ Edward Stein, *Plural marriage, group marriage and immutability in Obergefell vs. Hodges and beyond*, *UMKC Law Review*, Vol. 84:3, 2016, pp. 871-895.

matrimoni tra un uomo e una donna, dove non è difficile trovare, anche al giorno d'oggi, situazioni di sottomissione e violenza nei confronti delle mogli.

2) Un altro argomento che distingue il matrimonio tradizionale dai matrimoni plurali e di gruppo è che i bambini nati da persone poligame avranno maggiori possibilità di essere trascurati ed avere problemi psicologici.

In realtà non esiste nessun accertato legame diretto tra poligamia e abbandono dei bambini. Inoltre e banalmente, con l'espansione dell'istituto del divorzio - e di una eventuale custodia congiunta -, e con l'altrettanto frequente possibilità di un secondo matrimonio, è diventato sempre più comune per i bambini avere più di due figure genitoriali.

3) L'ultima distinzione che tento di indebolire è quella relativa alle complicazioni burocratiche che la poligamia si porta dietro.

È certamente vero che la disciplina in materia di diritto di famiglia, negli Stati Uniti ed in generale in quasi tutto il mondo, è disegnata sul matrimonio di due persone e che, al fine di incorporare matrimoni di gruppo e plurali, sarebbero necessarie modifiche non banali alle suddette disposizioni: i cambiamenti in questione sarebbero sicuramente più complicati di quelli richiesti dai SSM.

Detto questo, abbiamo potuto intravedere nello scorso paragrafo come il matrimonio sia un'istituzione flessibile ed in evoluzione¹⁴⁰, come dimostrato anche dalla pronuncia *Obergefell*. Inoltre e soprattutto, la convenienza amministrativa e le difficoltà legate ad un profondo cambiamento della disciplina legislativa, sembrano cedere di fronte ad eventuali e solide argomentazioni politiche e costituzionali che sostengano come legittima l'introduzione del matrimonio poligamo.

b) Il rapporto fra il Same-sex Marriage e il matrimonio poligamo:

Passiamo ora allo studio della differenza che in questa sede più interessa, differenza su cui si basa proprio l'esclusione di un possibile scorrere dell'istituto del matrimonio anche nell'alveo delle relazioni poliamorose.

Vari autori¹⁴¹ ritengono che il sentimento omosessuale nasca e cresca dal proprio orientamento sessuale - fattore evidentemente innato e immutabile -, mentre la poligamia non implichi un desiderio statico: essa è semplicemente una scelta, non una caratteristica dell'individuo

¹⁴⁰ Per citare un esempio in tal senso, la legge californiana prevede la possibilità di avere tre genitori legali.

¹⁴¹ Casey E. Faucon, *Polygamy After Windsor: What's Religion Got to Do with It?*, Harvard Law and Policy Review, Vol. 9, p. 471, 2015.

Elizabeth Larcano, *A "Pink" Herring: The Prospect of Polygamy Following the Legalization of Same-Sex Marriage*, Connecticut Law Review, 38: 1065-1111, 2006: "the most inherent difference between same-sex marriage and polygamy is that polygamy represents a choice, while sexual orientation is an immutable characteristic".

intrinsecamente immutabile.

Tralasciando come il definire il proprio orientamento sessuale e i conseguenti desideri sessuali sia un *iter* per molti tortuoso, e banalizzarlo nel binomio mutevolezza o meno possa risultare riduttivo, c'è da rilevare come molte persone poliamorose dichiarino di non aver mai scelto di avere il desiderio di molteplici relazioni contemporanee, ma si siano sentite poliamorose da quando hanno avuto desideri sessuali, ribaltando in tal modo la *vulgata* maggioritaria.

La maggior parte dei tribunali statunitensi è del medesimo avviso, sostenendo come le classificazioni sulla base dell'orientamento sessuale siano basate sul comportamento delle persone, e non su uno *status* delle stesse, rendendo difficile categorizzarle in uno schema binario di mutabilità o costanza.

Il rilievo su cui mi preme di più soffermarmi però è quello secondo cui – ragionando *ad absurdum* – anche laddove lo stesso orientamento sessuale sia mutabile, gli individui meritino la tutela dei propri diritti, così come delle loro decisioni, non semplicemente in virtù del loro orientamento sessuale. Anche se i comportamenti delle persone fossero basati su *scelte* arbitrarie, essi sarebbero comunque meritevoli di garanzia: compiere atti sessuali con una persona di sesso diverso, uguale, o con più persone, forse sono azioni che potrebbero anche non essere messe in atto, ma sarebbe illogico non considerarli leciti, o bisognosi di protezione contro discriminazioni. Nel tempo, i sostenitori dei diritti LGBTQ hanno sviluppato una versione alternativa dell'argomento dell'immutabilità, che non richiede che gli orientamenti sessuali siano immutabili o non scelti: il cd “*'soft' immutability argument*”¹⁴².

Sebbene l'orientamento sessuale sia ‘dolcemente immutabile’, in quanto la sua concretizzazione derivi da una scelta che può anche non essere fatta, esso e di pari passo la sua esplicazione può essere di fondamentale importanza per l'identità di una persona, ed è profondamente problematico per il governo tentare di cambiarlo - anche laddove sia possibile farlo -, anche indirettamente, non offrendogli adeguato rifugio. L'orientamento sessuale di una persona è un aspetto integrale della propria identità, e non è legittimo richiedere ad una persona di ripudiare o modificare il proprio orientamento sessuale per evitare un trattamento discriminatorio.

Il concetto di immutabilità quindi si può e si deve leggere come immutabilità e *innateness* delle scelte¹⁴³, che ogni soggetto dovrebbe essere libero di compiere, senza subire discriminazioni o senza essere protetto dallo Stato.

¹⁴² Edward Stein, *Plural marriage, group marriage and immutability in Obergefell vs. Hodges and beyond*, UMKC Law Review, Vol. 84:3, pp. 871-895, 2016.

¹⁴³ *Latta v. Otter*, 2014 "Sexual orientation is immutable because it is so fundamental to one's identity that a person should not be required to abandon it".

3. La mancata individuazione dell'orientamento sessuale come suspect classification

L'ultimo profilo critico è rappresentato da una forte lacuna nella pronuncia della Corte, peraltro difficilmente colmabile, *rectius*, su cui si può facilmente insistere per aggravarne le implicazioni, come vedremo oltre¹⁴⁴.

Infatti in *Obergefell* manca – oltre a qualsivoglia menzione della discriminazione sessuale come argomento per determinare il diritto delle coppie dello stesso sesso a sposarsi – il riconoscimento dell'orientamento sessuale come un fattore vietato di discriminazione: l'opinione della Corte non si basa su un'analisi dei diritti dei gay e delle lesbiche come una classe che merita la parità di trattamento, qualificandola come potenziale collettività vittima di discriminazione; non si disegna la comunità LGBTQ come classe incline a subire discriminazioni, così come non si disegna l'orientamento sessuale come possibile fattore di discriminazione. Ciò fa sì che sia difficile costruire una futura dottrina giurisprudenziale su cui basare successive ed ulteriori richieste di uguaglianza al di fuori del matrimonio.

Abbiamo potuto vedere come questa mancanza fosse già presente nella sopra esaminata *Windsor vs. United States*, e come essa fosse già stata aspramente criticata per la medesima lacuna: l'aspettativa era quindi quella di un *revirement* in tal senso, che è stata invece disattesa.

In tal modo si esclude la possibilità per *Obergefell* di divenire tramite per promuovere leggi antidiscriminatorie statali e federali, non prevedendo inoltre alcuna autorità legale diretta a tutelare richieste di protezione dalla discriminazione, per citare due esempi, in materia di lavoro o di accesso ad alcune forme di alloggio.

La conseguenza potrebbe essere quella per cui, sebbene i gay e le lesbiche abbiano il diritto di rivelare il loro orientamento sessuale esercitando il loro diritto di sposarsi, tuttavia i datori di lavoro potrebbero interrompere il rapporto lavorativo sulla base della conoscenza del loro orientamento sessuale - quando il matrimonio omosessuale di un dipendente diventa pubblicamente noto -, o un hotel potrebbe negare la sistemazione in coppia dello stesso sesso, dal momento che solo pochissime giurisdizioni proteggono da queste tipologie di discriminazioni. In altri termini la Corte Suprema non compie ancora quel passaggio, pur da tempo auspicato da parte della dottrina statunitense, che le avrebbe consentito di qualificare l'omosessualità come una *suspect classification* al pari della razza, del sesso, etc., e di sottoporre in futuro ad un più rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale¹⁴⁵ le leggi che prevedono disparità di trattamento fondate sull'orientamento sessuale¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Vd. Paragrafo X.

¹⁴⁵ Il cd *strict scrutiny*, vd. Nota 37.

¹⁴⁶ A. Sperti, *La Corte Suprema riconosce il diritto costituzionale al matrimonio delle persone gay e*

Ciò ci deve sorprendere ancora di più, considerando come lo stesso giudice Kennedy citi nella pronuncia un precedente del 1979¹⁴⁷, in cui si descriveva l'omosessualità come "implicante una "natura immutabile"".

L'argomento dell'orientamento sessuale come concetto suscettibile di discriminazione si lega a doppio filo con il tema appena trattato: quello del poliamore.

Laddove si accolga la tesi dell'immutabilità¹⁴⁸ dell'orientamento sessuale, viene pressoché automatico collegare a ciò altre classificazioni, quali appunto la razza, l'età, il sesso - esse indiscutibilmente durature -, e includere anche lo stesso fra le categorie costituzionalmente sospette, determinando un esame necessariamente più profondo delle leggi che fanno uso di tali classificazioni (nonostante ci sia una giurisprudenza fortemente contraria a ciò)¹⁴⁹.

In tal maniera e conseguentemente¹⁵⁰, accogliendo l'argomento della discriminazione basata sulle preferenze sessuali, si aprirebbe in maniera forte la possibilità di estendere la protezione sancita da *Obergefell* alla "sfida della poligamia": se le leggi che vietano il matrimonio tra persone dello stesso sesso sono incostituzionali perché discriminano in modo inammissibile in base all'orientamento sessuale, questa strategia sarebbe proficuamente esperibile anche per il poliamore.

X. Oggi: fra la vittoria del pasticcere obiettore e la partita Rapinoe-Trump

Oltre l'analisi dei profili critici presenti nella pronuncia *Obergefell*, è bene sottolineare come a più di quattro anni dalla pronuncia il quadro della situazione non sia migliorato.

Obergefell – pur rappresentando una storica vittoria dei movimenti LGBT di tutto il mondo – non rappresenta certamente la fine della lotta contro le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale negli Stati Uniti¹⁵¹.

A dimostrazione di ciò, negli Stati Uniti sono presenti tre tipologie di resistenze al matrimonio

lesbiche, GenIUS, 2015, <http://www.articolo29.it/2015/pronuncia-storica-corte-suprema-riconosce-diritto-matrimonio-same-sex-in-tutti-gli-dell'unione-2/>.

¹⁴⁷ *Parham vs Hughes*, 1979: "Ciò mette la coppia omosessuale alla pari con i firmatari di *Loving vs. Virginia*, in cui la Corte ha ritenuto che la razza sia una caratteristica immutabile che richiede un rigoroso controllo nel determinare le rivendicazioni di protezione equa delle parti in causa".

¹⁴⁸ Indifferentemente in una delle due accezioni prima esposte.

¹⁴⁹ *High Tech Gays v. Defense Indus. Sez. Clearance Office*, 1990: "L'omosessualità non è una caratteristica immutabile: è comportamentale e quindi sostanzialmente diversa da tratti come razza e genere".

¹⁵⁰ Ed è ecco il "secondo filo".

¹⁵¹ A. Sperti, *Il caso della "torta nuziale" arriva alla Corte Suprema. Il punto sul same-sex marriage negli Stati Uniti a due anni dalla sentenza Obergefell*, in GenIUS 2017, <http://www.articolo29.it/2017/il-caso-della-torta-nuziale-arriva-alla-corte-suprema-il-punto-sul-same-sex-marriage-negli-stati-uniti-a-due-anni-dalla-sentenza-obergefell-2/>.

ugualitario: gli ostacoli all'introduzione – a livello statale – di divieti di discriminazione verso le persone LGBTQ; la tutela della libertà religiosa; ed infine, l'obiezione di coscienza.

Abbiamo già potuto descrivere¹⁵² come il primo aspetto, quello dell'adozione di misure dirette a contrastare la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, prestasse il fianco a critiche già nella sentenza, ma anche al di fuori di essa la situazione non è migliore: temendo, infatti, che l'orientamento sessuale possa essere qualificato come un fattore di discriminazione - e quindi una *suspect classification*, al pari della razza o del sesso -, alcuni Stati hanno adottato provvedimenti normativi che impediscono agli enti pubblici di introdurre nuovi divieti di discriminazione¹⁵³.

Per quanto riguarda il secondo ostacolo, alcuni Stati hanno adottato provvedimenti normativi volti a salvaguardare la libertà religiosa dei propri cittadini: si tratta, in particolare, di provvedimenti che - sul modello dell'omologa legge federale (Religious Freedom Restoration Act, RFRA, 1993) -, dispongono che anche qualora una legge non incida direttamente sulla libertà religiosa, essa non possa introdurre ostacoli eccessivamente gravosi (*substantially burden*) al diritto dei cittadini di manifestare liberamente il proprio credo religioso.

In terzo ed ultimo luogo, riguardo al tema dell'obiezione di coscienza, negli Stati Uniti si sta delineando una strategia di opposizione non dissimile da quella già seguita in passato dagli antiabortisti per limitare l'attuazione dei principi formulati dalla Corte Suprema¹⁵⁴.

Un esempio è rappresentato dall'invocazione dell'obiezione di coscienza al *same-sex marriage* da parte di titolari di esercizi commerciali.

In questo senso, suscita scalpore il cd caso della "torta nuziale". Nel luglio 2015¹⁵⁵ una Corte dell'Oregon ha condannato un pasticciere che si era rifiutato di confezionare una torta nuziale per il matrimonio di una coppia *same-sex*, osservando non solo che la torta non aveva alcun valore simbolico ed espressivo, ma che il rifiuto rappresentava un'illegittima discriminazione.

Phillips, il pasticciere, adduce che il suo rifiuto non è diretto verso le coppie *same-sex*; egli si definisce un '*cake artist*' ed un fervente cristiano, e l'obbligo di realizzare un dolce nuziale per una coppia omosessuale lede sia la sua libertà di espressione artistica, sia la sua libertà religiosa, protette dal I emendamento (*Free exercise clause*).

La Corte Suprema - adita della questione - attraverso la 'bocca' di quello stesso giudice Kennedy, osannato in *Obergefell* per apertura e lungimiranza, nel vicinissimo 4 giugno 2018 fa un

¹⁵² Vd. supra Paragrafo IX. 3.

¹⁵³ L'Arkansas, per esempio, ha approvato nel 2015 l'Intrastate Commerce Improvement Act (ICIA), che vieta a qualsiasi città o contea di adottare e far rispettare qualsiasi "ordinance, resolution, rule, or policy that creates a protected classification or prohibits discrimination on a basis not contained in state law."

¹⁵⁴ *Roe vs. Wade*, 1973.

¹⁵⁵ *Masterpiece Cakeshop vs. Colorado Civil Rights Commission*.

accentuato dietrofront: con quello che è stato definito un atteggiamento di *judicial minimalism*¹⁵⁶, con una schiacciante maggioranza di 7 giudici a 2, la Corte Suprema degli Stati Uniti, ribaltando le conclusioni dei precedenti gradi di giudizio, ha concluso a favore del signor Phillips.

Il giudice Kennedy osserva che il modo in cui la Civil Rights Commission ha trattato il caso presenta “elementi di chiara ed inammissibile ostilità verso le sincere credenze religiose che hanno motivato la sua obiezione”. Il seguito della motivazione è dunque dedicato alla ricostruzione di quelle dichiarazioni rese dai membri della Commissione che, a parere della Corte, lasciano trasparire un’“ostilità” preconcetta verso le ragioni del pasticcere¹⁵⁷.

In conformità con una lunga giurisprudenza che impone alle autorità statali imparzialità nei confronti di ogni religione, la Corte Suprema conclude, dunque, che il I emendamento “non tollera neppure le più lievi violazioni” di tale principio, violazioni che sarebbero state perpetrate dall’atteggiamento della Commissione.

Le conclusioni del caso *Masterpiece Cakeshop* si fondano, dunque, solo sulle circostanze inerenti allo svolgimento del giudizio a carico del pasticcere, in particolare sulla parzialità di due dei componenti la Commissione che lo ha giudicato responsabile di un comportamento discriminatorio verso le coppie *same-sex*: essa appare, quindi, come una sentenza ispirata ad un *minimalist approach*, interamente fondata sulle specificità della valutazione del caso concreto. Tale motivazione suscita forti perplessità dal momento che “non si vede la ragione per cui i commenti di uno o due commissari possano essere presi in considerazione per superare il rifiuto di Phillips di vendere un dolce nuziale a Craig e Mullins”¹⁵⁸.

Si apre pertanto la prospettiva di un futuro *case by case approach* da parte della Corte Suprema, a causa del quale sembra più che mai concreto il rischio di porre in secondo piano l’impatto dell’obiezione di coscienza sui principi di dignità e di eguaglianza.

Il caso *Masterpiece Cakeshop* ci fa capire come le difficoltà e le problematiche riguardanti i diritti LGBTQ negli Stati Uniti non siano completamente superati.

Sintomo di ciò è il vibrante conflitto in atto oltreoceano fra varie personalità di spicco provenienti da tutto lo *star system* americano, e l’attuale Presidente degli Stati Uniti, che - per utilizzare un eufemismo¹⁵⁹ - non sembra essere molto propenso verso la tutela di certe minoranze.

¹⁵⁶ Angioletta Sperti, *Libertà religiosa e divieto di discriminazione: la Corte Suprema decide a favore del pasticcere ‘obiettore’*, in GenIUS, 2018, <http://www.articolo29.it/2018/liberta-religiosa-e-divieto-di-discriminazione-la-corte-suprema-decide-a-favore-del-pasticciere-obiettore/>

¹⁵⁷ Si può richiamare, per ragioni di brevità, una singola dichiarazione tratta dagli atti di causa, in cui un commissario descrive la fede di un uomo come “uno dei più deprecabili strumenti retorici che la gente possa usare”.

¹⁵⁸ Ruth Giunzburg, J., dissenting.

¹⁵⁹ In un video risalente al 2005, in cui si assiste ad una conversazione tra Trump e il nipote di Bush, l’attuale Presidente si macchia di affermazioni sessiste nel parlare di ‘corteggiamento’ del sesso femminile, sostenendo che “When you're a star, they let you do it. You can do anything. Grab them by

In tal senso è interessante a mio parere citare l'esempio di Megan Rapinoe, stella della Nazionale femminile calcistica statunitense nonché paladina dei diritti LGBTQ; in tutta la kermesse francese del 2019¹⁶⁰ si è schierata contro la presidenza, rifiutandosi di cantare l'inno prima delle partite e di onorare l'invito alla Casa Bianca¹⁶¹ formulato da Trump in seguito alla vittoria della competizione¹⁶².

Rapinoe, ricordando la ricorrenza dei 50 anni dei moti di Stonewall nel giorno della sua doppietta alla Francia del 28 giugno 2019, oltre a toccare un tema molto delicato come l'omosessualità nel mondo del calcio¹⁶³, ha affermato come personaggi influenti come lei debbano "utilizzare il tempo e gli spazi che abbiamo a disposizione per portare questo sport in un posto migliore e magari il mondo in un posto migliore".

La situazione attuale dimostra come la strada verso la piena eguaglianza è stata tracciata, ma ora spetta alla Corte Suprema vigilare affinché essa sia correttamente percorsa.

XI. Conclusioni

Per concludere, in seguito all'analisi posta in essere, ritengo che la sentenza *Obergefell* sia a tutti gli effetti un passo fondamentale per i diritti della comunità LGBTQI.

Ma oltre alle critiche a cui si presta la pronuncia, e le lacune che non riesce, più o meno volontariamente, a colmare, è bene sottolineare come essa rappresenti solo un primo passo, che come abbiamo potuto vedere comincia da molto lontano.

Oltre ad offrire rimedi alle problematiche lasciate aperte, bisognerà occuparsi anche di altri segmenti vulnerabili della comunità LGBTQI: recenti studi¹⁶⁴ mostrano come il 39% della comunità LGBTQI crede che la spinta al matrimonio tra persone dello stesso sesso abbia tolto troppa attenzione ad altre questioni importanti.

Nonostante ciò, è indubbio come il riconoscimento dei SSM sarà stimolo e aiuterà a scrivere il prossimo capitolo nella ricerca di pieni diritti e uguaglianza, con una base più inclusiva di

the pussy". Trump ha giustificato le sue affermazioni definendole come «*discorsi da spogliatoio*». In tal senso, vari atleti si sono ribellati al tenore di certe frasi, sostenendo come "That's not locker room talk" (Sportfair, *Gli sportivi si ribellano alle affermazioni maschiliste di Trump*, 2016).

¹⁶⁰ Il Campionato del mondo, conclusosi con la vittoria di Rapinoe e compagne; Rapinoe vince la scarpa d'oro con 6 gol. Il successo la porterà alla vittoria del The best FIFA's Women Player 2019.

¹⁶¹ La stessa White House che si era tinta di arcobaleno in seguito a *Obergefell vs. Hodges*. *Tempora mutantur!*

¹⁶² "Io non andrei, e non incoraggerei le mie compagne ad andare; significa essere cooptate da una amministrazione che non combatte per le stesse cose per cui combattiamo noi".

¹⁶³ "Non puoi vincere un campionato senza gay nella tua squadra, non è mai accaduto prima. È scienza!".

¹⁶⁴ Del Pew Research Center.

sostegno politico.

BIBLIOGRAFIA

- Barsotti V., *Privacy e orientamento sessuale: una storia americana*, Giappichelli Editore, 2005.
- Bell D., *Brown v. Board of Education, and the Interest-Convergence Dilemma*, *Harvard Law Review*, Vol. 93, 1980, pp. 518-533.
- Eskridge W. N., *Equality Practise*, Yale Law School, 2002.
- Eskridge W. N., *Backlash Politics*, *Boston University Law Review*, Vol. 93:275, 2013.
- Eskridge W. N., *The Emerging Menu of Quasi-marriage options*, *Find law*, 2000.
- Ettelbrick P., *Since When is Marriage a Path to Liberation?*, *National Lesbian & Gay Quarterly*, 14-16, 1989.
- Faucon C., *Polygamy After Windsor: What's Religion Got to Do with It?*, *Harvard Law & Policy Review*, Vol. 9, p. 471, 2015.
- Gusmano B., *Oltre le frontiere dell'amore romantico: poliamore, altre intimità e non monogamie consensuali LGBTQ in Italia*, in *Più cuori e una capanna: il poliamore come istituzione*, di E. Grande, L. Pes, 2018, pp. 55-77.
- Hermann D. H. J., *Extending the fundamental right of marriage to same-sex couples: the United States Supreme Court decision in Obergefell vs. Hodges*, *Indiana law Review*, Vol. 49, n. 2, 2016, pp. 367-396.
- Katyal, S.K. *Legal Rights in Historical Perspective: From the Margins to the Mainstream; Sexuality and Sovereignty: The Global Limits and Possibilities of Lawrence*, in *14 William and Mary Bill of Rights Law Journal*, Vol. 14, p. 1429, 2006.
- Katz, R., *The Role of Public Reason in Obergefell v. Hodges*, *Indiana University, Robert H. McKinney School of Law, Research Paper No. 2016-25*, pp. 1-13, 2016.
- Krauthammer, C., *When John and Jim Say 'I Do'*, *Time* del 22 luglio 1996, <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,984875,00.html>.
- Khuu, N., *Obergefell v. Hodges: Kinship Formation, Interest Convergence, and the Future of LGBTQ Rights*, *UCLA Law Review*, 2017.
- Larcano E., *A "Pink" Herring: The Prospect of Polygamy Following the Legalization of Same-Sex Marriage*, *Connecticut Law Review*, 38: 1065-1111, 2006.
- Murray M., *Marriage as Punishment*, *Columbia Law Review*, Vol. n. 112, No. 1, 2012.2012.
- Murray M., *Obergefell v. Hodges and Nonmarriage Inequality*, *California Law Review*, 104, 2016.
- Nussbaum M. C., *From Disgust to Humanity*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

Olson T., The Conservative Case for Gay Marriage, 2010, 2010, in Newsweek, <https://www.newsweek.com/conservative-case-gay-marriage-70923>.

Rawls J., Collected Papers, Oxford University Press, 1999.

Rawls J., Political Liberalism, Columbia University Press, 1993.

Shapiro, J., Reflections on Complicity, N.Y City Law Review, 657, 2005.

Sperti A., Alcune considerazioni sulla decisione della Corte Suprema di pronunciarsi nuovamente sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, in GenIUS, 2015, <http://www.articolo29.it/2015/alcune-considerazioni-decisione-corte-suprema-pronunciarsi-nuovamente-matrimonio-sesso/>.

Sperti A., Il caso della “torta nuziale” arriva alla Corte Suprema. Il punto sul same-sex marriage negli Stati Uniti a due anni dalla sentenza Obergefell, in GenIUS, 2017, <http://www.articolo29.it/2017/il-caso-della-torta-nuziale-arriva-alla-corte-suprema-il-punto-sul-same-sex-marriage-negli-stati-uniti-a-due-anni-dalla-sentenza-obergefell-2/>.

Sperti A., Il matrimonio same-sex negli Stati Uniti ad un anno dalla sentenza Windsor. Una riflessione sugli sviluppi giurisprudenziali a livello statale e federale, 2014, <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2014/12/genius-2014-02.pdf>.

Sperti A., La Corte Suprema riconosce il diritto costituzionale al matrimonio delle persone gay e lesbiche, GenIUS, 2015, <http://www.articolo29.it/2015/pronuncia-storica-corte-suprema-riconosce-diritto-matrimonio-same-sex-in-tutti-gli-dellunione-2/>

Sperti A., Libertà religiosa e divieto di discriminazione: la Corte Suprema decide a favore del pasticciere ‘obiettore’, in GenIUS, 2018, <http://www.articolo29.it/2018/liberta-religiosa-e-divieto-di-discriminazione-la-corte-suprema-decide-a-favore-del-pasticciere-obiettore/>

Sperti. A, Omosessualità e diritti, Pisa University press, 2013.

Sperti A., Scienza e Pace, Vol. VII, N. 1, 2017, https://arpi.unipi.it/retrieve/handle/11568/874080/248323/pdf%20Sperti_Dalla_privacy_alla_dignitaY_coppie_VIII_1_2017.pdf.

Sportfair, “Gli sportivi si ribellano alle affermazioni maschiliste di Trump”, 2016.

Stein E., Plural marriage, group marriage and immutability in Obergefell vs. Hodges and beyond, UMKC Law Review, Vol. 84:3, 2016, pp. 871-895.

Stoddard T., Why Gay People Should Seek the Right to Marry, In Mark Blasius & Shane Phelan (eds.), We Are Everywhere: A Historical Sourcebook of Gay and Lesbian Politics. Routledge. pp. 753--56 1997.

Stradella E., Recenti tendenze del diritto penale simbolico, pp. 201-241, 2009.

Tweedy. A, Polyamory as a Sexual Orientation, University of Cincinnati Law Review, Vol. n. 79, p. 1461, 2011.

Wardle L., A Critical Analysis of Constitutional Claims for Same-Sex Marriage, BYU Law

Review, no. 1, 1996.

Yoshino K., A new birth of freedom?: Obergefell vs. Hodges, Harvard Law Review, Vol. 129, no. 1, 2015.