

ANTONIO D'ALOIA

## IL SAME-SEX MARRIAGE NELL'ESPERIENZA COSTITUZIONALE AMERICANA

Sommario: 1. Introduzione. Una lunga storia arrivata ora al punto finale con la pronuncia della Corte Suprema Federale nel caso *Obergefell v. Hodges*. 2. Un muro sul percorso dei gay rights: il caso *Bowers*. 3. Il caso *Romer v. Evans* e l'emersione della 'doctrine' del Giudice Kennedy. 4. Il caso *Lawrence vs. Texas* del 2003: l'inizio di una nuova stagione del costituzionalismo americano in tema di discriminazioni per orientamento sessuale. 5. I primi *same-sex marriage cases* e la giurisprudenza delle Corti federali. 6. Il *Defense of Marriage Act* (DOMA) e il suo difficile equilibrio costituzionale. Riflessioni sulla *section 2* del *Doma*, alla luce della *Full Faith and Credit Clause*. 7. Il caso *Windsor* e l'incostituzionalità parziale del *DOMA*. 8. Lo scenario dopo *Windsor*. 9. *The final chapter*: la sentenza della Corte Suprema nel caso *Obergefell v. Hodges* del 26 giugno 2015

1. Intorno al *same-sex marriage* il dibattito costituzionalistico americano ha vissuto, e sta vivendo, una delle sue stagioni più interessanti e controverse.

Il tema dell'ammissibilità, anzi ora della obbligatorietà costituzionale del matrimonio tra persone dello stesso sesso, costituisce una sorta di cartina di tornasole dei principali aspetti del costituzionalismo americano, dalle dinamiche del federalismo (sia politico che giudiziario), alle potenzialità e ai limiti del *judicial review* sui diritti fondamentali.

La rilevanza e la conflittualità del tema emergono innanzitutto dal parallelo con quello che possiamo considerare il 'convitato di pietra' dell'esperienza costituzionale americana, vale a dire il tema della discriminazione razziale: in questa prospettiva, l'omosessuale è come 'il Nero'; il divieto del matrimonio omosessuale viene paragonato alle *anti-miscegenation laws*; il caso *Windsor* diventa la seconda puntata del caso *Loving*, e, prima ancora, i casi *Romer* e soprattutto *Lawrence v. Texas* rappresentano una riedizione di *Brown* sul terreno della discriminazione *sex-based*.

In questo contesto, ancora profondamente attraversato da forti conflittualità, la sentenza *Windsor* del giugno 2013 può essere considerata una prima svolta.

La Corte, con una decisione 5/4, e con *dissenting opinions* molto strutturate, dichiara incostituzionale la *section 3* del cd. DOMA (*Defense of Marriage Act*, legge federale), nella parte in cui non riconosce, a diversi fini previsti dalla legislazione federale, i matrimoni *same-sex* regolarmente celebrati e stipulati negli Stati che riconoscono questa possibilità.

Questa sentenza, com'era prevedibile, ha aperto ulteriori percorsi che, alla fine, sono ritornati alla Corte Suprema: prima, nell'ottobre scorso, con la Corte che ha negato il *certiorari* (cioè ha rifiutato di decidere nel merito) a ricorsi di molti Stati contro le decisioni di Corti (sia statali che federali) che avevano invalidato leggi e persino emendamenti costituzionali che vietavano il matrimonio omosessuale, in questo modo stabilizzando quella linea di evoluzione giurisprudenziale post-*Windsor*; ora, con la sentenza resa nel caso *Obergefell v. Hodges* (26 giugno 2015) che ha chiuso il cerchio della discussione costituzionale sul *same-sex marriage*, risolvendo definitivamente alcune incertezze della decisione *Windsor*<sup>1</sup>.

Con la nuova decisione, la Corte Suprema ha nettamente spostato il piano del confronto dall'argomento federalista (che in qualche modo sembrava lasciare agli Stati la possibilità di regolare il diritto di famiglia confermando il paradigma eterosessuale del matrimonio) al versante dei diritti fondamentali, dell'eguaglianza, della dignità.

Secondo i *Nine Justices* (in realtà la decisione è stata adottata 5/4 con feroci *dissenting opinions*), "*The Constitution does not permit the State to bar same-sex couple from marriage on the same terms as accorded to couples of the opposite sex*", e soprattutto non ci sono basi legali che consentano ad uno Stato di rifiutare il riconoscimento di un *same-sex marriage* legalmente concluso in un altro Stato (e la *sect. 2* del DOMA?).

Questa è la parte finale della storia, su cui ritorneremo più avanti. Può essere interessante, ora, capire come ci siamo arrivati.

2. Negli Stati Uniti, la rivendicazione (come oggetto costituzionale) del matrimonio omosessuale parte subito, molto prima di quanto non sia avvenuto in Europa, dove c'è stata una progressione più lineare, che ha avuto il momento iniziale della sequenza nei giudizi di invalidazione delle cd. *sodomy laws*, per approdare poi più gradualmente al riconoscimento del diritto fondamentale all'identità sessuale come orientamento, al divieto di discriminazione per ragioni legate alle tendenze sessuali, infine alla dimensione relazionale e 'familiare'.

1 Sul fatto che il 'rationale' della decisione *Windsor* non sia del tutto chiaro, v. A. SPERTI, *Omosessualità e diritti*, Pisa, 2013, 55.

Nell'esperienza americana, invece, il *same-sex marriage* si è posto subito come oggetto di 'case-law' mentre ancora nei cd. rami alti del diritto (a cominciare dalla Corte Suprema) prevaleva un atteggiamento di chiusura o almeno di diffidenza nei confronti dell'omosessualità in sé, come semplice estrinsecazione della identità personale.

I primi *same-sex marriage cases* risalgono, infatti, agli inizi degli anni '70, appena due anni dopo gli *stonewall riots*, mentre, ancora nel 1986, la posizione della Corte Suprema sull'omosessualità è molto dura, tanto che, nel notissimo caso *Bowers v. Hardwick*<sup>2</sup>, viene avallata la legittimità costituzionale delle *sodomy laws*.

La sentenza *Bowers* ha rappresentato, per molti anni, un ostacolo che ha fortemente pesato sul riconoscimento dei *gay rights*, e, conseguentemente, sulla possibilità finanche di aprire il discorso giuridico sul matrimonio omosessuale<sup>3</sup>.

I fatti del caso *Bowers* sono noti: oggetto del *constitutional review* era la *sodomy law* della Georgia, in applicazione della quale M. Hardwick ve-

---

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

3 Prima di *Bowers*, ci sono stati altri due casi, aventi ad oggetto le *sodomy laws*.

Il primo: la Corte Distrettuale della Virginia dell'Est aveva rifiutato di estendere, alle condotte omosessuali, il diritto alla *privacy*, come invece già affermato dalla Suprema Corte, in *Griswold v. Connecticut* (1965). Secondo i Giudici della Virginia, il caso *Griswold* non poteva essere seguito: con esso, la Corte Suprema aveva riconosciuto l'esistenza di tale diritto, unicamente con riguardo ai rapporti intimi tra due coniugi ("in a marital situation"). La Corte della Virginia fu molto diretta nell'esprimere, nella sua decisione, un giudizio di disvalore nei confronti delle relazioni omosessuali, affermando, nell'opinione di maggioranza, che "*Homosexual conduct is likely to end in a contributing to moral delinquency*".

Il caso arrivò alla Corte Suprema, la quale, senza alcuna motivazione, confermò la decisione adottata dalla Corte Federale della Virginia.

Il secondo. La decisione sul caso *Doe v. Commonwealth's Attorney for the City of Richmond* (1976) è sostanzialmente una approvazione senza motivazione: non è possibile, infatti, comprendere se la Corte Suprema (o quanto meno i sei Giudici che a maggioranza adottarono la decisione) avesse condiviso pienamente, nel merito, le conclusioni della Corte Distrettuale della Virginia dell'Est; se avesse voluto semplicemente dare rilievo al potere punitivo dello Stato o se, invece, avesse considerato la questione della legittimità della condotta omosessuale come questione socialmente e culturalmente prematura.

Rimane il fatto che, alcuni anni più tardi, paradossalmente lo stesso anno del caso *Bowers*, la Corte Suprema nega il *certiorari* in un altro caso riguardante le *sodomy laws* del Texas (*Baker v. Wade*). Per un commento, cfr. V. BARSOTTI, *Il sodomita messo al bando dalla Corte Suprema degli Stati Uniti trova protezione presso le corti statali. Il federalismo americano e la tutela dei diritti*, in *Riv. critica del diritto privato*, 2002.

niva arrestato, presso la sua abitazione, mentre stava intrattenendo rapporti sessuali con il suo *partner*.

Va sottolineato che la Suprema Corte ha avuto non poche incertezze in merito alla possibilità di accettare il caso.

Il *certiorari*, per esempio, è stato adottato solo grazie a quattro Giudici (e, dunque, solo per effetto del raggiungimento del numero minimo richiesto).

Per di più, le motivazioni dei Giudici che ‘decisero di decidere’ erano profondamente differenti: White (redattore dell’*opinion* della Corte) e Rehnquist erano orientati a non estendere la garanzia del diritto di *privacy* alle relazioni omosessuali; Brennan, invece, era convinto che fosse possibile raggiungere una maggioranza di cinque voti per dichiarare l’illegittimità costituzionale della legge georgiana.

La decisione adottata fu breve, e non del tutto chiara.

Più semplice e chiaro, invece, era il *background* da cui essa muoveva, in quanto tale decisione era sintomatica dell’atteggiamento culturale nei confronti dell’omosessualità, da parte dei difensori delle *sodomy laws*.

Basti pensare alle parole del Giudice Burger, il quale, nella sua *concurring opinion*, esprimeva una chiara condanna morale, più che una valutazione giuridica, sull’omosessualità: “*Decisions of individuals relating to homosexual conduct have been subject to State intervention throughout the history of Western civilization. Condemnation of those practices is firmly rooted in Judaeo-Christian moral and ethical standards. Homosexual sodomy was a capital crime under Roman Law [...] [Eighteenth-century English legal scholar Sir William] Blackstone described the infamous crime against nature as an offence of deeper malignity than rape, a heinous act the very mention of which is disgrace to human nature, and a crime not fit to be named [...]. To hold that the act of homosexual sodomy is somehow protected as a fundamental right would be to cast aside millennia of moral teaching.*”<sup>4</sup>.

4 Considerazioni simili possono essere lette nel *brief of petitioner*. Per sottolineare la differenza rispetto al precedente caso *Stanley v. Georgia* (in merito al diritto di usare, in privato, materiale osceno) il *petitioner* affermava: “*Homosexual sodomy as an act of sexual deviancy expresses no ideas. It is purely an unnatural means of satisfying an unnatural lust, which has been declared by Georgia to be morally wrong*”. Cfr. D. A. J. RICHARDS, *The Sodomy Cases: Bowers V. Hardwick and Lawrence V. Texas (Landmark Law Cases & American Society)*, University Press of Kansas, 2009, 79, ricorda che “*the brief also argued (and it is a very harsh and unpleasent argument) the relationship of homosexual sodomy in the transmission of Acquired Immune Deficiency Syndrome (AIDS) and other diseases*”.

Affermazioni del genere evidenziano come il dibattito sull'omosessualità riguardasse questioni più ampie, quali l'interpretazione dei diritti fondamentali; il peso della storia; l'evoluzione delle dinamiche sociali e culturali rispetto all'identificazione dei valori fondamentali di una società; il significato acquisito nel tempo dalle previsioni costituzionali generali, come il diritto di *privacy*, la *due process clause* e l'*equal protection clause*.

Lawrence Tribe e Kathleen Sullivan, nel sostenere le ragioni di Hardwick, provarono a dimostrare che, se anche ci fosse l'interesse pubblico alla protezione della pubblica sensibilità, ovvero obiettivi pubblici specifici quali la protezione delle persone vulnerabili, come i minori, da possibili coercizioni, o la limitazione del commercio e delle attività offensive della pubblica decenza, questi obiettivi non avrebbero avuto alcuna rilevanza nel caso all'esame della Corte<sup>5</sup>.

Bowers era un *sodomy case*; esso non riguardava il *same sex marriage*. Tuttavia, un legame tra le due questioni emergeva sotto diversi profili, ed era trasversale alle posizioni dei *Justices*.

Il *Chief Justice* Burger, per esempio, identificava la protezione della nozione tradizionale di matrimonio come una delle possibili finalità della legge della Georgia.

Nel cd. '*brief of the case*', in cui l'omosessualità era accostata significativamente alla poligamia, alla fornicazione, all'adulterio e all'incesto, l'estensione dell'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali veniva indicato come un possibile rischio o conseguenza di una decisione della Corte Suprema contraria alla legge della Georgia.

Dal lato opposto dello 'schieramento', *Justice* Blackmun sostenne nel suo *dissent* che la decisione *Loving v. Virginia* del 1967, *leading case* in tema di matrimonio interracial, avrebbe potuto rappresentare un precedente rilevante per affrontare e risolvere il giudizio di costituzionalità sulle *sodomy laws*<sup>6</sup>.

Come abbiamo già affermato, le motivazioni del caso *Bowers* non sono particolarmente lineari e univoche.

Il problema relativo alla *privacy* (così come il problema dell'identità omosessuale come elemento dell'identità personale) venne praticamente nascosto, quasi a voler negare un qualsiasi legame tra la condotta omosessuale e la libertà personale, la famiglia, il matrimonio e la procreazione, che, invece, avevano rappresentato veri e propri '*reference points*' nei casi *Carey*, *Griswold* e *Roe*.

5 Così D. A. J. RICHARDS, *op. cit.*, in particolare 88-89.

6 Come ricordato ancora da D. A. J. RICHARDS, *op. cit.*

Nell'*opinion* di White, dalle decisioni adottate nei casi sopra menzionati, non si sarebbe potuto trarre alcun elemento in grado di giustificare la legittimità dei rapporti omosessuali tra persone consenzienti e adulti o in grado di avallare l'illegittimità costituzionale di ogni limitazione in questo senso da parte della legislazione degli Stati.

Alla fine, la motivazione assunta dalla maggioranza dei Giudici si incentrò sulla possibilità di riconoscere un diritto fondamentale di manifestare il proprio orientamento sessuale, alla luce della *due process clause* (V e XIV Emendamento). A tale proposito, è necessario sottolineare che non era in discussione l'invocabilità della *due process clause* per garantire protezione anche ai 'diritti sostanziali'; era invece in discussione il potere del Giudice di identificare tali diritti o, meglio, i limiti entro cui avrebbe potuto fare questo.

Secondo *Justice White*, autore dell'*opinion of the Court*, la categoria di diritti meritevoli di "*heightened judicial protection*" comprendeva solo quelle libertà fondamentali che "*are implicit in the concept of ordered liberty*".

Tuttavia, White escludeva che da tale concetto potesse essere implicitamente dedotta l'esistenza di un diritto di intrattenere liberamente rapporti omosessuali in quanto: "*neither of these formulations would extend a fundamental right to homosexuals to engage in acts of consensual sodomy. Proscriptions against that conduct have ancient roots [...] [T]o claim that a right to engage in such conduct is "deeply rooted in this Nation's history and tradition "or "Implicit in the concept of ordered liberty" is, at best, facetious*"<sup>7</sup>.

Il fatto poi che i rapporti omosessuali fossero puniti anche quando intrattenuti in privato fu ritenuto quasi irrilevante. Inoltre, il diritto in questione non fu esaminato alla luce del I Emendamento e, dunque, alla luce della libertà di espressione, con la conseguenza che il caso *Stanley v. Georgia*, relativo al (la libertà di) possesso di materiale pornografico, non poteva essere utilizzato come precedente.

Anzi, secondo White: "*Otherwise illicit conduct is not always immunized whenever it occurs in the home. Victimless crimes, such as the possession and use of illegal drugs, do not escape the law where they are committed at home [...]. And if respondent's submission is limited to the*

7 Secondo M. TUSHNET: "*Gay rightly heard overtones of homophobia in White's opinion; the word facetious was particularly insensitive*" anche se – "*Burger's separate opinio was even worse*". ID., *A Court Divided: The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, W. W. Norton & Company, 2005, in particolare 157.

*voluntary sexual conduct between consenting adults, it would be difficult, except by fiat, to limit the claimed right to homosexual conduct while leaving exposed to prosecution adultery, incest, and other sexual crimes even though are committed in the home”.*

Alla fine, la decisione fu adottata da una maggioranza 5-4 (una ‘debole arroganza’, è stato sostenuto), e lo *swing Justice* (Powell), pur valutando come ‘*cruel and unusual*’, dunque in linea di principio incostituzionale, l’arresto o la detenzione per i comportamenti di sodomia omosessuale, dubitava che le relazioni tra persone dello stesso sesso potessero essere configurate alla stregua di un diritto costituzionale derivante dalla *due process clause*: il punto è che la questione era stata posta proprio in questi termini davanti alla Corte Suprema.

Anche le *dissenting opinions* più forti, e in un certo senso ‘profetiche’ (quelle di Blackmun e di Stevens), erano tutte orientate alla qualificazione dell’omosessualità come riflesso della libera identità personale (“*sexual intimacy is a sensitive, key relationship of human existence, central to family life, community welfare, and the development of personality [...]*”); ma appunto, si scontrarono di fronte al muro dell’argomento ‘storico-tradizionale’ della maggioranza.

Bisogna però ricordare che, mentre la Corte Suprema stava per pronunciarsi sul caso *Bowers*, 26 Stati americani avevano già rimosso, dai codici penali, il reato di sodomia. L’Illinois fu il primo Stato a farlo, nel 1971, due anni dopo le dimostrazioni di *Stonewall* che attirarono l’attenzione dei media sulle discriminazioni contro le persone omosessuali e sulla lotta per i diritti dei *gay*.

Allo stesso tempo, la situazione in Europa, come già detto, era molto più avanzata.

La condotta omosessuale era già stata depenalizzata in molti Paesi, fin dal XIX secolo.

Nel 1981, con la decisione della Corte EDU, nel caso *Dudgeon v. Regno Unito*,<sup>8</sup> si affermava, per la prima volta, che lo Stato che reprime penalmente la condotta omosessuale pone in essere una violazione dell’art. 8 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e dunque del diritto al rispetto della vita privata e familiare<sup>9</sup>.

8 CEDU, *Dudgeon v. United Kingdom* (App. no 7525/76), 22 ottobre 1981, consultabile sul sito [www.echr.coe.it](http://www.echr.coe.it).

9 Per una analisi della giurisprudenza CEDU sul tema, si rinvia a P. PUSTORINO, *Same-Sex Couples before the ECtHR: The Right to Marriage*, in D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO (ed. by), *Same-Sex Couples before National, Supranation-*

3. L'orientamento della Corte Suprema manifestato nel caso *Bowers* e la 'competizione' sul terreno dei diritti fondamentali tra Corti Federali e Corti Statali (e, in generale, tra istituzioni politiche dei due livelli di governo) – competizione che è tipica del Federalismo duale degli Stati Uniti – hanno provocato una serie di reazioni e conseguenze.

Prima di tutto, coloro che temevano che la decisione della Corte Suprema avrebbe indotto tutti gli Stati a introdurre le *sodomy laws* o a ripenalizzare la condotta omosessuale, furono smentiti. Nessuno Stato introdusse leggi repressive della condotta omosessuale; molti Stati invece, abrogarono il reato di sodomia omosessuale. Tredici Stati mantennero in vigore le *sodomy law*, e quattro di essi inasprirono le sanzioni.

Dunque, sebbene la sentenza sul caso *Bowers* è stata *overruleld* solo 17 anni dopo, con la sentenza *Lawrence*, nei fatti, le condotte omosessuali erano già largamente consentite ed accettate.

In secondo luogo, *Bowers* ha provocato una importante mobilitazione culturale a sostegno dei movimenti *gay*.

Come affermato da B. FRIEDMAN, infatti, *Bowers* è stata una seconda *Stonewall* “a display of antihomosexual spleen that fueled public responses from gay people and their growing number of allies”<sup>10</sup>.

Oltre a ciò, che un cambiamento di prospettiva sull'omosessualità fosse imminente, poteva essere facilmente dedotto dal fatto che la composizione della Corte Suprema, chiamata a decidere sul caso *Lawrence*, era cambiata rispetto ai tempi di *Bowers*.

Sei Giudici erano stati collocati a riposo; anche se la nomina a *Chief of Justice* di Rehnquist e l'ingresso di Scalia e di Thomas – che dissentiranno poi in modo netto dalla decisione della Corte sul caso *Lawrence* – sembra preservare una maggioranza 'conservatrice'.

Nel progressivo *overruling* di *Bowers*, è stato il Giudice Kennedy ad esercitare un ruolo fondamentale, in primo luogo aderendo alla opinione di maggioranza della Corte sul caso *Romer v. Evans* (1996)<sup>11</sup>, con cui la Corte

---

*al and International Jurisdictions*, Springer ed., 2014; cfr. anche F. CRISAFULLI, *Same-Sex Couples' Rights (Other than the Right to Marry) before the EctHR*, in *op. supra cit.* Per una analisi comparata della giurisprudenza statunitense ed europea, cfr. V. VALENTI, *Principle of Non-discrimination on the Grounds of Sexual Orientation and Same-Sex Marriage. A Comparison Between United States and European Case Law* in L. Pineschi (ed. by) *General Principles of Law – The Role of the Judiciary*, Springer, 2015.

10 B. FRIEDMAN, *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, Strauss and Giroux, New York, 2009, 573.

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

Suprema dichiarò l'illegittimità costituzionale di un emendamento della Costituzione del Colorado che proibiva tutte le leggi antidiscriminatorie a tutela delle persone omosessuali.

*Romer v. Evans* rappresenta una tappa fondamentale nel processo che ha condotto all'*overruling* di *Bowers*; un processo che si è svolto principalmente attraverso l'attivismo delle Corti statali.

Il primo *step* di questo processo è infatti rappresentato da *Commonwealth v. Watson*<sup>12</sup>, un giudizio in cui la Corte Suprema del Kentucky annullava la *sodomy law* dello Stato in questione, promuovendo così proprio quel diritto alla *privacy* negato in *Bowers*, muovendo da una interessante lettura della sovranità duale del sistema americano.

Secondo la Corte statale: "*it is our responsibility to interpret and apply our state constitution independently. We are not bound by decisions of the United States Supreme Court when deciding whether a state statute impermissibly infringes upon individual rights guaranteed in the State Constitution [...]. [T]he Bill of Rights in the United States Constitution represents neither the primary source nor the maximum guarantee of State constitutional liberty*".

Sono seguiti altri casi in cui diverse Corti Supreme Statali hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale delle *sodomy laws*; la stessa Corte Suprema della Georgia, 12 anni dopo *Bowers*, dichiarava l'illegittimità costituzionale della legge precedentemente 'salvata' dalla Corte Suprema americana<sup>13</sup>.

Contemporaneamente, la Corte Suprema USA fu impegnata nell'esame e nella decisione di altri due rilevanti casi in tema di discriminazione per orientamento sessuale.

In entrambi, il problema era rappresentato dal bilanciamento tra il principio di non discriminazione e la libertà di espressione di gruppi ed associazioni.

L'esito fu tendenzialmente il medesimo, ma le maggioranze formatesi, in ciascun caso, sembravano riflettere l'evoluzione iniziata con *Romer* e che sarà poi completata con *Lawrence*.

In *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston* (1995)<sup>14</sup>, la Corte, all'unanimità, ha ritenuto che i cittadini privati,

12 *Commonwealth v. Watson*, 842 S. W 2d 487 (Ky, 1992).

13 Per un approfondimento di tali casi, si rinvia a M. MONTALDI, *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bononia University Press, Bologna, 2007, in particolare 115-117.

14 *Hurley v. Irish American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston*, 515 U.S. 557 (1995).

quali organizzatori di una manifestazione pubblica, hanno il diritto di scegliere i gruppi che possono partecipare alla stessa manifestazione<sup>15</sup>.

In *Boy Scouts of America v. Dale* (2000)<sup>16</sup>, con una maggioranza di cinque contro quattro, è prevalsa l'opinione del *Chief of Justice* Rehnquist, secondo cui una organizzazione privata, come quella dei *Boy Scouts*, in virtù della stessa libertà di espressione dell'associazione, può escludere una persona omosessuale dal gruppo, se la presenza di tale persona mina in modo significativo la capacità del gruppo di sostenere un determinato orientamento di pensiero (“*when the presence of that person affects in a significant way the group’s ability to advocate public or private viewpoints*”).

Torniamo però al caso *Romer v. Evans*.

Il caso riguardava un emendamento della Costituzione del Colorado introdotto nel 1992, attraverso un *referendum*, che è stato nell'immediato sospeso dall'iniziativa della Corte Distrettuale dello Stato.

L'emendamento era chiaramente discriminatorio nei confronti delle persone omosessuali: esso vietava l'adozione di qualsiasi provvedimento (di natura legislativa o amministrativa) che attribuisse alle persone omosessuali lo *status* di classe protetta.

Era evidentemente un modo di perpetuare una forma di rifiuto o di 'segregazione' delle persone omosessuali, anche se in forma meno repressiva rispetto alle *sodomy laws*.

Praticamente, la politica discriminatoria nei confronti delle persone omosessuali veniva condotta, non più sul piano della repressione penale della sodomia omosessuale, ma su quello della disincentivazione alla accettazione pubblica dell'omosessualità; e, al contempo, identificando le persone omosessuali come 'classe separata'.

Nell'opinione della maggioranza (approvata 6-3), *Justice* Kennedy fece riferimento all'opinione dissenziente del Giudice Harlan in *Plessy v. Ferguson* del 1896 in tema di segregazione razziale, giudizio come è noto *overruled* poi da *Brown v. Board of Education* del 1954. E alla luce di tale *leading case* affermò: “*The Constitution neither knows nor tolerates classes among citizens*”.

Il giudizio poteva sembrare neutrale rispetto al tema dell'orientamento sessuale e ai problemi decisi in *Bowers*. Paradossalmente, fu il *dissent* di Scalia ad introdurre la connessione tra i due casi, e a prefigurare il so-

15 Così, D. A. J. RICHARDS, *op. cit.*, 120.

16 *Boy Scouts of America v. Dale*, 530, U.S. 640 (2000). Il 27 luglio 2015 il Comitato Esecutivo dei Boy Scouts of America ha rimosso il divieto di ammissione all'organizzazione (come impiegati e troop leaders) dei soggetti apertamente omosessuali.

stanziale superamento del precedente del 1986. In effetti, era abbastanza difficile pensare che potesse mantenere il suo valore una decisione che considerava legittima costituzionalmente la punizione della sodomia omosessuale, mentre contemporaneamente la stessa Corte Suprema giudicava incostituzionale una norma che si limitava a vietare misure 'di favore' per gay e lesbiche.

4. Il caso *Lawrence* è considerato un *leading case* nella giurisprudenza americana sui diritti civili e, in particolare, sui diritti dei gay.

Il caso, come noto, non riguardava direttamente il matrimonio tra persone omosessuali. Eppure, in qualche modo, *Lawrence* ha aperto la strada e ha legittimato una giurisprudenza che, specialmente a livello statale, ha affermato i diritti delle persone omosessuali in tutte le loro dimensioni, proiettandoli ben oltre il principio di non discriminazione e garantendo, alle persone omosessuali, non solo il godimento di diritti individuali, ma anche del diritto a vivere la propria esperienza affettiva e di vita anche con un compagno o una compagna dello stesso sesso, e a vedere questa esperienza riconosciuta e tutelata dall'ordinamento giuridico.

Se l'orientamento sessuale è parte della libertà individuale ed elemento caratterizzante l'identità personale, ciascuna persona deve quindi avere la possibilità di esprimere liberamente la propria identità sessuale, il proprio orientamento sessuale nella vita di relazione, nella convivenza, nei rapporti caratterizzati da amore e da responsabilità reciproche<sup>17</sup>.

Come ha sottolineato L. Tribe, dunque, "*Lawrence laid the groundwork for striking down bans on same sex marriage in much starker terms than did Brown for invalidation of anti-miscegenation laws (in the case Loving v. Virginia)*"<sup>18</sup>.

Non è il caso, in questa sede, di commentare il confronto con la giurisprudenza in tema di discriminazione razziale; personalmente ho sempre ritenuto il parallelo un po' forzato, non fosse altro perché chi sostiene che il matrimonio debba rimanere ancorato al paradigma eterosessuale, non necessariamente lo fa da una prospettiva 'discriminatoria' o 'segregazionista'; in altre parole, l'opzione 'eterosessuale' del matrimonio (altro ovviamente sarebbe negare alle coppie *same-sex* il diritto ad avere un riconoscimento

---

17 M. NUSSBAUM, *A right to marry? Same – sex marriage and Constitutional law*, 2010, 1, consultabile tramite il link <http://www.dissentmagazine.org/article/a-right-to-marry-same-sex-marriage-and-constitutional-law>.

18 L. TRIBE, *The constitutional inevitability of same sex marriage*, 2011, consultabile tramite il link: <http://www.scotusblog.com/2011/08/the-constitutional-inevitability-of-same-sex-marriage/>.

giuridico con tutti i diritti che questo potrebbe e dovrebbe comportare) può avere una base semplicemente ‘razionale’, cioè riferita al piano della razionalità giuridica, nel senso che chi sostiene che ‘famiglia’ e ‘matrimonio’ siano istituti che presuppongono la doppia soggettività sessuale non lo fa perché pensa che l’omosessualità sia un disordine naturale o che l’omosessuale sia una persona malata, ma perché può essere convinto che il matrimonio e le famiglia ‘eterosessuali’ siano il riflesso di una tradizione giuridica ancora attuale ed ‘effettiva’, che – in altri termini – l’inaccessibilità degli omosessuali al matrimonio non derivi da una ‘minorità’ della categoria, quanto da una ragionevole distinzione basata sulle caratteristiche intrinseche e oggettive di una ‘risorsa’ giuridica così importante e radicata nella storia degli ordinamenti giuridici.

La segregazione razziale era il corollario di un’ideologia spaventosa e inaccettabile: la supremazia della razza bianca, che ha prodotto il ‘controsenso’, la ‘rottura’ costituzionale e morale della schiavitù. Le razze non potevano mischiarsi perché non erano poste sullo stesso piano.

Può darsi che discriminazione razziale e discriminazione ‘sessuale’ (in questo caso fondata sull’orientamento sessuale, sulle tendenze), razzismo e sessismo, abbiano una qualche analogia sul piano delle motivazioni che hanno sostenuto le pagine più buie dell’una e dell’altra vicenda: alcuni passaggi della sentenza *Bowers* del 1986, come si è visto, appaiono davvero inquietanti, e non molto lontani da alcune espressioni dell’ideologia ‘razzista’. Ma non è così per forza.

Ad ogni modo, questo parallelo, e la citazione di Tribe a proposito della sentenza *Lawrence*, certamente enfatizza ancor più l’importanza di questo caso per il costituzionalismo americano<sup>19</sup>.

Come noto, la Corte Suprema, in tale caso, con una decisione adottata con sei voti a favore e tre contro, dichiarava l’illegittimità costituzionale della *sodomy law* texana e con ciò operava un *overruling* diretto e totale della decisione *Bowers*, giudicata addirittura come errata, finanche rispetto ai tempi in cui fu pronunciata.

Infatti, come sostenuto dal Giudice Kennedy, “*our laws and tradition [...] show an emerging awareness that liberty gives substantial protection to adult persons in deciding how to conduct their private lives in matters pertaining to sex*” e tale evoluzione “*should have been apparent when*

19 Così, M. MONTALDI, *op. cit.*, 447-448. Cfr. anche C. R. SUNSTEIN, *What did Lawrence hold? Of Autonomy, Desuetude, Sexuality, and Marriage, Suprem Court Rev.* 27:30-74.

*Bowers was decided*” e, pertanto, “*Hardwick was not correct when it was decided and it is not correct today*”<sup>20</sup>.

La Suprema Corte non si limitava dunque ad affermare la violazione del principio costituzionale dell'*equal protection* da parte dello Stato (nel caso, il Texas), nella misura in cui esso vietava la sodomia omosessuale mentre consentiva la sodomia eterosessuale; ma contestava altresì la violazione del principio costituzionale della *privacy*.

Secondo il Giudice Kennedy, la libertà è un ‘concetto in movimento’ (*shifting concept*)<sup>21</sup>, il cui significato e i cui componenti possono manifestarsi in molteplici modi che riflettono l’evoluzione dei tempi e della società<sup>22</sup>, affinché “*the Constitutions endures and persons of every generation can invoke its principles in their own search for greater freedom*”.

Questa è la dimostrazione del dinamismo della giurisprudenza americana, reso possibile anche in virtù delle diverse tipologie di *opinions* (di maggioranza, *dissenting* o *concurring*).

L’opinione dissenziente di Stevens in *Bowers* ha rappresentato, per esempio, il punto cruciale del ragionamento della Corte in *Lawrence*: veniva qui riconosciuto, infatti, che la protezione della *Due Process Clause*, prevista nel XIV emendamento, “*extends to intimate choices by unmarried, as well as married persons*”<sup>23</sup>.

Ancora una volta, il legame tra i *sodomy cases* e il problema del riconoscimento del matrimonio omosessuale (o il riconoscimento, in altre forme, del rapporto tra persone omosessuali), che sembrava estraneo alla (o almeno non direttamente richiamato nella) decisione *Lawrence* – il quale, come si legge nella sentenza, “*does not involve whether the government must give formal recognition to any relationship that homosexual persons seek to enter*”<sup>24</sup> – diveniva centrale nell’opinione dissenziente di Scalia, fortemente critico nei confronti della opinione della Corte.

---

20 L. TRIBE giudica tale conclusione “*unusual (Indeed, I think, un precedented)*”. ID. *The invisible Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2008, in particolare 135.

21 Così A. D’ALOIA, *I diritti come immagini in movimento, tra norma e cultura costituzionale*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003.

22 Così C. R. SUNSTEIN, *A constitution of many mind*, Princeton University Press, Princeton, 2009, in particolare 55.

23 Così M. TUSHNET, *op. cit.*, 157.

24 Forse solo accennato, come sostenuto da D. NEJAIME, il quale in *Marriage Inequality: Same-Sex Relationships, Religious Exemptions and the Production of Sexual Orientation Discrimination*, in *Calif. Law rev.*, 2012 osserva, che “*Lawrence constitutes a crucial moment in the developing shift toward recognizing that*

Qui, il noto scetticismo del Giudice Scalia nei confronti del principio costituzionale della *privacy* è espresso in forma molto aggressiva.

Secondo il Giudice Scalia, infatti, l'overruling di Bowers avrebbe comportato una "*massive disruption of social order*", in quanto "*State laws against bigamy, same-sex marriage, adult incest, prostitution, masturbation, adultery, fornication, bestiality and obscenity are [...] sustainable in light of Bowers's validation of laws based on moral choices*".

Si trattava di una presa di posizione molto forte e netta nei confronti delle coppie omosessuali, mentre l'opinione di Kennedy si limitava solo ad affermare che la questione riguardava "*two adults who, with full and mutual consent from each other, engaged in sexual practices common to a homosexual lifestyle*".

Secondo Scalia, l'opinione di Kennedy era "*bald unreasoning disclaimer*". Ed infatti, Scalia concludeva, domandandosi, con quali argomentazioni, dopo tale decisione, si sarebbe potuto negare l'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali.

Il problema dell'apertura del matrimonio alle coppie omosessuali, dunque, era già evidente in quella fase del processo; si capiva, dunque che, esso, subito dopo la rimozione dell'ostacolo delle *sodomy laws*, sarebbe divenuto il nuovo tema centrale delle battaglie dei movimenti *gay*.

In questa prospettiva, non può essere considerata una mera coincidenza il fatto che in tutti casi più recenti in cui è stata contestata la costituzionalità del DOMA si è individuato, proprio nel caso *Lawrence*, l'inizio di un nuovo approccio alle libertà e all'eguaglianza, rendendo così possibile, non solo il riconoscimento in capo alle persone omosessuali di importanti diritti individuali, ma anche l'apertura del dibattito sul riconoscimento delle coppie tra persone dello stesso sesso.

5. Il dibattito sul *same sex marriage*, o più in generale sul riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali, cominciò a delinearsi a vari livelli (giurisdizionali) parallelamente alle prime battaglie sui *gay rights*, e per la depenalizzazione della condotta omosessuale.

---

*unequal treatment of same sex relationships is unconstitutional sexual orientation discrimination*"(p. 1218). L'interdipendenza tra principio di eguaglianza per orientamento sessuale e rapporti omosessuali è sostenuto da M. STRASSER, *Lawrence and Same-Sex Marriage Bans: On Constitutional Interpretation and Sophistical Rhetoric*, in *Brooklyn Law rev.*, 38, 2004 e E. M. GLAZER, *Sodomy and Poligamy*, in *Columbia Law Rev.*, 11, 2011, il quale afferma che "*it seems reasonable to argue that Lawrence paved the way for successful same sex marriage decisions*".

Si tratta di un'altra anomalia dell'esperienza americana rispetto a quella europea, in cui, invece, come abbiamo già notato, il dibattito sul riconoscimento delle coppie omosessuali si è sviluppato solo dopo aver sciolto il nodo sulla liceità della condotta omosessuale.

Certo, il tema non era completamente sviluppato.

La sua novità, poi, sembrava cogliere di sorpresa le diverse Corti, le quali spesso si limitavano a rigettare i ricorsi, spesso senza nemmeno discutere, in modo profondo, le implicazioni dei vari casi.

In *Baker v. Nelson*<sup>25</sup> del 1971, una coppia omosessuale che aveva richiesto la licenza matrimoniale in Minneapolis si oppose al rifiuto dell'Ufficiale della Contea distrettuale di Hennepin di rilasciare tale licenza, sostenendo che tale rifiuto contrastasse con alcune previsioni della Costituzione Federale (I, VIII, IX, XIV Emendamento).

I Giudici di merito rigettarono il ricorso presentato dalla coppia, senza nemmeno discutere il caso, operando però una distinzione dal precedente *Griswold*, in tema di *privacy*, e dallo stesso *Loving v. Virginia*, in tema di divieto di matrimonio interraziale, in quanto, a detta degli stessi Giudici, “*there is a clear distinction between a marital restriction based merely upon race and one based upon fundamental difference in sex.*”

L'anno seguente la decisione venne appellata innanzi alla Corte Suprema la quale, pur avendo già l'opportunità di pronunciarsi nel merito e di decidere sui diritti costituzionali controversi, rigettò l'appello per “*want of a substantial federal question*”<sup>26</sup>.

Un altro rigetto, poi, questa volta nel merito, fu deciso dalla Corte d'Appello di Washington in *Singer v. Hara*, nel 1974<sup>27</sup>. Nella decisione si legge un breve ma significativo passaggio sulla legge sul matrimonio dello Stato di Washington, giudicata pienamente legittima nella misura in cui non estende alle coppie omosessuale la possibilità di contrarre matrimonio. Secondo la Corte, la legge statale promuoveva “*the public interest in affording a favorable environment for the growth of children*”.

Numerose decisioni di altre corti, poi, escludevano le coppie omosessuali dall'istituto del matrimonio e dalla definizione di coniugi /sposi.

---

25 *Baker v. Nelson*, 191 N.W.2d 185 (Minn. 1971).

26 *Baker v. Nelson*, 409 U.S. 810 (1972). Cfr. per un commento W. C. DUNCAN *Avoidance Strategy: Same-Sex Marriage Litigation and the Federal Courts*, in *Campbell Law Review*, 29: 29-46, in particolare 30-31.

27 *Singer v. Hara* 522P. 2d 1187 (Wash. Ct. App. 1974).

Si pensi al caso *Adams v. Howerton* del 1980<sup>28</sup>. In tale giudizio, la Corte d'Appello per il Nono Circuito decise che non fosse irragionevole escludere le coppie omosessuali dalla definizione giuridica di coniuge/sposo in quanto “*same-sex couples do not procreate, most or all States do not recognize marriages between persons of the same –sex, and same-sex marriages violate traditional mores*”.

Furono queste posizioni così rigide a indurre gli attivisti *gay* a ‘spostare la battaglia’ per l’estensione del matrimonio alle coppie omosessuali dal livello giurisdizionale federale a quello statale, la sede ritenuta più adatta per decidere in merito allo *status* civile delle persone, al regime familiare e matrimoniale.

La strategia era quella di evitare ‘un faccia a faccia’ con i giudici federali, la cui reazione negativa avrebbe prodotto effetti molto più devastanti per il buon esito della loro causa; come scriveva Evan Wolfson, nel 1994, infatti, “*the wrong case, wrong judge, or wrong forum could literally set us all back years if not decades*”<sup>29</sup>.

Inoltre, le vittorie locali avrebbero potuto gradualmente contribuire a cambiare l’opinione pubblica e a promuovere un’accettazione progressiva di un modello sessualmente aperto di matrimonio.

In ogni caso, tale strategia non sembrava tenere in debito conto le interconnessioni tra livello statale e livello federale, che non si riducono all’esercizio di corrispondenti funzioni sui diversi livelli di governo (Congresso federale/Legislatore statale; Corti federali/Corti statali), ma sono molto più complesse.

Basti pensare al fatto che le decisioni, adottate a livello statale, di introdurre nuove disposizioni legislative o di procedere alla revisione di disposizioni costituzionali, nell’intento di tutelare la famiglia tradizionale, sono state fortemente criticate alla luce di svariate disposizioni della Costituzione Federale; e ciò, prima ancora di essere impuginate innanzi ai giudici statali.

Infine, all’attivismo dei giudici statali ha replicato il Legislatore Federale, introducendo, nel 1996, il famoso *Defense of Marriage Act* (cd. DOMA).

28 *Adams v. Howerton*, 673 F.2d 1036 (9th Cir. 1982). Cfr. anche *Bowers, Dean v. District of Columbia*, 653 A. 2d 307 (D.C. App. 1995) in cui si legge: “*we cannot overlook the fact that the Supreme Court has deemed marriage a fundamental right substantially because of its relationship to procreation.*”

29 E. WOLFSON, *Crossing the Threshold: Equal Marriage Rights for Lesbians and Gay Men and the Intra-Community Critique*, in *NY Univ. Rev. Law. Soc. Change* 21: 568-615, 1994

6. Il DOMA è un simbolo del doppio conflitto tra Stati e Federazione; e tra potere legislativo e potere giudiziario. Esso ricomprende entrambe le prospettive e, a ben guardare, rappresenta uno strumento volto a proteggere gli Stati membri dalle decisioni (legislative o giudiziarie) adottate da altri Stati.

Tuttavia, è utile ricordare che il Congresso Federale introdusse il DOMA in conseguenza della (o potremmo dire in reazione alla) decisione nel caso *Baehr v. Lewin* pronunciata, nel 1993, dalla Corte Suprema delle Hawaii.<sup>30</sup>

In tale caso, la Suprema Corte hawaiana ravvisava che il divieto del *same-sex marriage* violasse l'*Equal Protection Clause* della Costituzione hawaiana e, pertanto, chiedeva al giudice di merito di dimostrare che tale divieto fosse posto a tutela di un inderogabile interesse statale.

In risposta alla decisione della Suprema Corte, nel 1998, veniva introdotto, in via referendaria, un emendamento alla Costituzione in cui si affermava: "*Marriage. The legislature shall have the power to reserve marriage to opposite-sex couples*", che la Corte Suprema giudicò decisivo.

A parte l'esito della vicenda giudiziaria (in conseguenza della quale lo Stato delle Hawaii estendeva alle coppie omosessuali diritti e benefici simili a quelli riconosciuti dal Legislatore francese attraverso i *Pacs*), la decisione *Baehr* segnava l'inizio di un percorso che molti altri Stati seguirono e approfondirono nelle implicazioni<sup>31</sup>. *Baehr* è stato il primo caso in cui è stata apertamente sfidata l'idea del matrimonio come unione (solo) tra un uomo e una donna.

La sentenza della Corte Suprema del Massachusetts del 18 novembre 2003, nel caso *Goodridge v. Department of Public Health*<sup>32</sup> è il precedente forse più importante della fase post-Baehr, anche perchè ha determinato la stabile introduzione del matrimonio tra persone omosessuali nello Stato del Massachusetts<sup>33</sup>.

Al di là di questi casi 'modello', la realtà giuridica dei singoli Stati è rimasta per lungo tempo molto frammentata. A parte il Massachusetts e la

30 *Baehr v. Lewin*, 74 Haw. 530, 852 P.2d 44 (1993).

31 Cfr. M. MONTALDI, *op. cit.*

32 *Goodridge v. Dept. of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003). Significativa è altresì la decisione della Corte Suprema del New Jersey, *Lewis v. Harris* del 2006, 188 N.J. 415; 908 A.2d 196 (N.J. 2006) o la decisione della Corte Suprema della California, *In re Marriage Cases*, 43 Cal.4th 757 (2008). Cfr., N. J. KNAUER, *Same-Sex Marriage and Federalism*, in *Temple Polit. Civ. Rights Law. Rev.*, 17: 421-442, 2008.

33 L'importanza di questa sentenza è sottolineata, tra gli altri, da A. SPERTI, *Omosessualità e diritti*, cit., 45.

California (dopo la decisione *In re Marriage* e prima della *Proposition 8*, comunque dichiarata incostituzionale dal 2013) in cui era stato legittimato il matrimonio tra persone omosessuali, alcuni stati avevano esteso alle coppie omosessuali i benefici riconosciuti alle coppie eterosessuali unite in matrimonio<sup>34</sup>; altri ancora avevano esteso alle coppie omosessuali solo alcuni di tali benefici<sup>35</sup>; altri, infine, escludevano non solo il matrimonio tra persone del medesimo sesso, ma anche il riconoscimento, attraverso altri istituti giuridici, della relazione omosessuale<sup>36</sup>.

In altre parole, il DOMA ha provocato diverse reazioni a livello statale, confermando l'architettura pluralistica del sistema federale americano, che ripropone l'antico conflitto tra il potere legislativo e il potere giudiziario, tra potere statale e federale, particolarmente intenso sul terreno dei diritti fondamentali.

Questa interazione è dovuta al fatto che ancora 'il cerchio' intorno al *same-sex marriage* e intorno al DOMA non si era (così come non si è del tutto) ancora chiuso.

Il DOMA, infatti, non proibisce espressamente il matrimonio tra persone omosessuali (anche se, non si può nascondere che, come sostenuto da SIMSON<sup>37</sup>, alcune sue disposizioni tradiscono una certa dose di ostilità nei suoi confronti).

Il DOMA, inoltre, non esclude la possibilità dei singoli Stati di estendere il matrimonio alle persone omosessuali o di rendere esecutive le decisioni adottate da altri Stati in cui il *same-sex marriage* è 'legale' o in cui il riconoscimento delle coppie omosessuali passa attraverso istituti diversi dal matrimonio, come le unioni civili, in grado di garantire gli stessi benefici riconosciuti alle coppie eterosessuali, per effetto del vincolo matrimoniale.

Allo stesso tempo, però, il DOMA autorizza gli Stati, contrari al matrimonio tra persone omosessuali, a non sentirsi obbligati a dar seguito alle decisioni o alla disciplina di altri Stati che riconoscono tale possibilità<sup>38</sup>.

In concreto, una coppia legalmente sposata in Massachusetts non ha alcuna garanzia che il suo *status* sarà riconosciuto in altro Stato e che il

34 Così avevano fatto, il New Jersey, il Connecticut, il New Hampshire, l'Oregon, il Vermont.

35 Così il Maine, lo Stato di Washington, il Distretto della Columbia.

36 Così N. J. KNAUER, *op. cit.*, il quale osserva che erano predominanti gli Stati che ancora mantenevano in vigore il divieto dei *same-sex marriages*.

37 G. J. SIMSON, *Religion, Same-Sex Marriage, and the Defense of Marriage Act*, in *Calif. West. Int. Law J.*, 41: 35-46, 2010.

38 Così, L. KRAMER, *Same-Sex Marriage, Conflict of Laws, and the Unconstitutional Public Policy Exception*, in *Yale Law J.*, 106: 1965-1979, 1997.

matrimonio contratto produrrà gli stessi effetti giuridici stabiliti dalla legge federale.

Il DOMA, come noto, è diviso in due parti.

La prima (la *Section 2*)<sup>39</sup> contiene una 'clausola 'orizzontale'<sup>40</sup>; essa va a disciplinare gli effetti interstatali del matrimonio contratto da una coppia omosessuale in un determinato Stato.

In modo molto chiaro, con tale sezione, l'intento del Legislatore Federale è quello di impedire che uno Stato sia obbligato ad adottare leggi che potrebbero introdurre il *same sex marriage*, per effetto della *Full Faith and Credit Clause* che, ai sensi dell'art. 4, sez. I, stabilisce, come noto, che: "*In ogni Stato si darà pieno riconoscimento agli atti, ai documenti pubblici e ai procedimenti giudiziari degli altri Stati; e il Congresso potrà, mediante leggi generali, prescrivere le procedure per attribuire valore legale a tali atti, documenti e procedimenti, nonché gli effetti relativi.*".

Questa clausola è essenziale per il funzionamento delle complesse dinamiche del federalismo americano<sup>41</sup>.

È sostanzialmente una garanzia di unità federale e di fedeltà ed esprime il senso della convergenza verso l'uniformità, finanche in quegli ambiti in cui la richiesta di intervento statale è più forte.

La clausola contiene essa stessa elementi di flessibilità; in altre parole, prevede eccezioni, come la possibilità per il Congresso di introdurre previsioni normative in deroga allo stesso meccanismo di *Full Faith and Credit*.

Il problema, però, è capire quali siano i limiti di tale potere derogatorio.

---

39 La *Section 2* del DOMA, dedicata ai "*Powers reserved to the states*" stabilisce che: "*No State, territory, or possession of the United States, or Indian tribe, shall be required to give effect to any public act, record, or judicial proceeding of any other State, territory, possession, or tribe respecting a relationship between persons of the same sex that is treated as a marriage under the laws of such other State, territory, possession, or tribe, or a right or claim arising from such relationship*".

40 "(It) is horizontal because it primarily concerns the relations among the co-equal sovereign States of the Union". Così, L. D. WARDLE, *Who Decides? The Federal Architecture of DOMA and Comparative Marriage Recognition*, in *Calif. West. Int Law J.*, 2010, in particolare 149.

41 Cfr. V. C. JACKSON, M. V. TUSHNET, *Comparative Constitutional Law*, Foundation Press, New York, 1999. Come notato, tra l'altro, dalla Suprema Corte Usa in *Milwaukee County v. M. E. White Company*, 296 U.S. 268 (1935), tale norma costituzionale produce un cambiamento di *status* degli Stati, trasformandoli in "*integral parts of a single nation throughout which a remedy upon a just obligation might be demanded as of right, irrespective of the State of its origin*". Per un approfondimento, Cfr. M. STRASSER, *Same-Sex Unions Across the United States*. Carolina Academic Press, Durham, 2011, in particolare 89.

Muovendo dalla stretta connessione tra tale clausola e gli importanti interessi costituzionali che la stessa intende proteggere, è possibile sostenere che i singoli stati non sono liberi di ignorare gli obblighi scaturenti dalle leggi o dalle decisioni giudiziarie adottate in altri Stati<sup>42</sup>.

Secondo l'interpretazione più autorevole di tale clausola, sarebbe possibile derogare all'applicazione della *Full Faith and Credit Clause* solo quando sussistono importanti ed imperativi interessi pubblici, ovviamente non contrastanti con altre disposizioni costituzionali<sup>43</sup> (anche se è doveroso riconoscere che, in alcuni casi, la stessa Corte Suprema ha affermato che la Costituzione non tollera "a roving public policy exception to the full faith and credit due judgements"<sup>44</sup>).

La *section 2* del DOMA, dunque, sembra riflettere la ricerca di un 'bilanciamento costituzionale' tra i singoli Stati, al fine di tutelare l'autonomia decisionale di ciascuno di essi in determinate materie, quali il matrimonio e unioni civili e al fine di preservare il diritto di ciascuno Stato di decidere se riconoscere il matrimonio tra persone omosessuali.

Da questo punto di vista, ha ragione WARDLE nel ritenere che il DOMA "is an architectural provision protecting the architecture of federalism" e "it protects each State from aggressive Federal Judges, and other governmental officials, who would use the supremacy of Federal law to force States to recognize same-sex marriage in their internal domestic relations laws"<sup>45</sup>.

È difficile dunque stabilire con certezza se il DOMA abbia ecceduto nell'introdurre deroghe alla *Full Faith and Credit Clause*.

La questione è molto complessa.

Uno stato federale poggia su una pluralità di interessi dell'Unione che, a loro volta, condizionano i diritti fondamentali dei cittadini americani.

La libertà di movimento e il diritto di lavorare in tutti gli Stati dell'Unione sembrano implicare che tutti i cittadini possano muoversi da uno Stato all'altro portandosi dietro i propri diritti e libertà fondamentali, incluso il diritto di contrarre matrimonio, come disciplinato da un singolo Stato<sup>46</sup>.

42 Cfr. ancora *Milwaukee County v. M. E. White Company*, 296 U.S. 268 (1935).

43 Inoltre molti decisioni della Suprema Corte sottolineano la necessità di distinguere l'applicabilità della clausola quando si tratta di dar 'credito a leggi' o di 'dar credito a decisioni giudiziarie' adottate da altri Stati. Così, per esempio, *Baker v. General Motors Corporation* 522 U.S. 222, 232 (1998); *Pacific Employers Company v. Industrial Accident Commission*, 306, U.S., 493, 591 (1939) del 1998.

44 *Baker v. General Motors Corporation* 522 U.S. 222, 232 (1998); *Sherrer v. Sherrer*, 334 U.S. 343 (1948). Cfr.. M. STRASSER, *Same-Sex Unions cit.*, 89, 90.

45 L.D.WARDLE, *Who Decides? cit.*

46 Sottolinea, in questi termini, lo stretto legame tra libertà di movimento, il diritto al lavoro e il diritto di contrarre matrimonio, M. STRASSER, *Same-Sex Unions cit.*

Se letta alla luce di tali 'interessi fondamentali', la *Full Faith and Credit Clause* sembra acquisire una maggiore forza: la dimensione procedurale è arricchita da elementi che richiamano la *due process*, l'*equal protection*, la dottrina dell'autonomia individuale.

In questi termini, le deroghe al riconoscimento da parte di un singolo Stato, di leggi o decisioni giudiziarie adottate in altri Stati, necessitano di giustificazioni ben più rigorose, probabilmente molto più difficili da individuare.

Inoltre, in questa previsione costituzionale si intrecciano effetti orizzontali (che riguardano i rapporti interstatali) ed effetti verticali (che riguardano invece i rapporti tra Stati e Federazione), autorizzando il Congresso a disciplinare gli effetti interstatali che scaturiscono dal riconoscimento reciproco delle decisioni e delle leggi adottate dai singoli Stati e, a "*tell the States when they must, and when they may not, recognize the domestic relations laws, records, judgment of other states*"<sup>47</sup>.

Per concludere, la questione su cui condurre la riflessione giuridica è, per dirla con le parole (ancora) di WARDLE: "*who decides whether, when, and to what extent same-sex marriages created in one American state will be recognized by other state governments, and by the federal government*"<sup>48</sup>.

Il DOMA, come si sa, risolve il dilemma in questi termini: il Congresso non può obbligare uno Stato e le sue Corti a 'legalizzare' il matrimonio tra persone omosessuali. Esso protegge la discrezionalità dei singoli Stati americani, i quali possono scegliere se riconoscere le decisioni legislative e giudiziarie adottati in altri Stati o mantenere il proprio ordine giuridico.

7. La sezione 3 del DOMA, che introduceva una "*Definition of marriage*" non era certamente meno importante, né meno ambigua o problematica della sezione 2.

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

Il Congresso, dunque, con tale previsione normativa imponeva una definizione di matrimonio, ancorata al paradigma eterosessuale.

47 Così, sempre L.D.WARDLE, *Who Decides?* cit., 149 e ss.

48 Sempre L.D.WARDLE, *Who Decides?* cit., 149 e ss.

Tale sezione, come noto, è quella che è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte Suprema americana nel caso *United States v. Windsor*<sup>49</sup>.

Il caso, come si ricorderà, riguardava una coppia omosessuale che aveva contratto matrimonio in Canada, ma era domiciliata nello Stato di New York, il quale, ai fini fiscali, non riconosce il matrimonio celebrato in Canada.

Senza entrare nel merito del caso, ma al solo fine di inquadrare meglio la questione oggetto di giudizio, va ricordato che la Corte distrettuale riteneva che, nonostante il DOMA rispondesse alla necessità di proteggere l'interesse del Governo centrale di assicurare una uniforme distribuzione dei benefici federali a livello statale, l'illegittimità di tale legge federale emergeva nella misura in cui veniva negato allo Stato il potere di definire l'istituto matrimoniale.

Ma procediamo con ordine.

La singolarità di questo giudizio è che la Corte si è trovata davanti un'Amministrazione federale che non solo non ha difeso la 'sua' legge, ma anzi l'ha apertamente sconfessata, sostenendo, in una memoria del Dipartimento della Giustizia, una posizione favorevole al riconoscimento delle nozze gay.

Infatti, in tale memoria, l'Amministrazione affermava che le classificazioni basate sull'orientamento sessuale dovrebbero essere soggette ad un "*heightened scrutiny for equal protection purposes*", e ciò per diversi motivi<sup>50</sup>:

- 1) in conseguenza della storia di discriminazioni sofferte dalle persone omosessuali sia prima di *Lawrence*, quando ancora erano considerate legittime le *sodomy laws*, sia dopo, per effetto di tutte le discriminazioni che queste persone hanno continuato a subire in diversi ambiti;
- 2) perché l'orientamento sessuale non incide sulla capacità delle persone di contribuire allo sviluppo della società;
- 3) perché la discriminazione nei confronti delle persone omosessuali si basa su una caratteristica immutabile e distintiva che definisce tali persone come gruppo;
- 4) e perché, nonostante i cambiamenti in atto, le persone omosessuali rappresentano una minoranza, con limitati poteri di proteggersi dalle decisioni politiche adottate dalla maggioranza. L'avanzamento registrati nel corso del tempo nella tutela dei diritti dei *gay* è il frutto

49 *United States v. Windsor* 570 U.S. \_\_\_\_ (2013) (Docket No. 12-307).

50 Cfr. U.S. Merits Brief (*Windsor*), 23-27.

più di 'battaglie giudiziarie' – di “*judicial enforcement of constitutional guarantees*”<sup>51</sup> – che non di azioni politiche e iniziative legislative.

L'*heightened scrutiny*, menzionato dall'Amministrazione Federale, non è né lo *strict scrutiny* ancora utilizzato per leggi che classificano in ragione della razza o dell'appartenenza etnica né il *rational basis test*, ma un *intermediate scrutiny*, che impone che la classificazione debba essere giustificata da un fine proporzionato e rilevante (mentre, nel caso del *rational basis test*, sarebbe sufficiente una connessione razionale con uno scopo legittimo del Governo, e l'onere della prova dell'incostituzionalità della legge graverebbe sul ricorrente). In più, devono essere previste misure rafforzate se sussiste l'evidente e alto rischio che la classificazione operata dal Legislatore sia il frutto di un inammissibile pregiudizio o stereotipo<sup>52</sup>.

L'atteggiamento dell'Amministrazione federale è, dunque, significativo e rappresentativo di un 'nuovo mood', quale risultato di quel lungo e complesso processo, culturale e politico, che ha dato una 'svolta' alla lotta per il riconoscimento dei diritti dei *gay* e per il riconoscimento delle coppie omosessuali.

Tale atteggiamento è stato certamente d'ausilio per la Corte Suprema, nel prendere consapevolezza di questo cambiamento.

Inoltre, l'Amministrazione federale era convinta che nessun argomento a difesa del DOMA avrebbe superato il test dell'*heightened scrutiny* e alcuni di essi neanche il *rational basis test*.

Secondo la stessa Amministrazione, infine, lo scopo di proteggere la nozione 'tradizionale' (eterosessuale) di matrimonio è palese nel DOMA; ma, difendere le tradizioni, attraverso l'argomento storico, può risultare pericoloso, in quanto legato a nozioni che riflettono (come dimostrano le *opinions of Bowers*) un giudizio di disvalore morale nei confronti dell'omosessualità.

La questione, chiara anche all'Amministrazione Federale, è che il linguaggio costituzionale cambia nei tempi, si evolve, acquisendo nuovi significati in ragione dell'evoluzione della società.

Entrando ora nel merito della decisione *Windsor*, è da notare che la Corte Suprema ha ritenuto che la qualificazione legislativa federale di matrimonio fosse incostituzionale, in primo luogo perché viola la competenza degli Stati in tema di famiglia e di matrimonio.

Dunque, la sezione 3 del DOMA (per usare le parole della stessa Corte) “*disrupts the federal balance*”, e si discosta da una lunga storia e tradizione

---

51 Cfr. U.s. Merits Brief (*Windsor*), 23-27.

52 Così, *City of Richmond v. J. A. Croson*, 488 U.S. 469, 493 (1989).

di riserva al diritto statale del compito di regolare e definire il matrimonio, anche con riferimento ad aspetti molto controversi, come l'età minima per poter contrarre le nozze, o i divieti collegati alla consanguineità.

I Supremi Giudici contestano soprattutto il carattere generale e assoluto della Sezione 3 del DOMA, che non si limita (possibilità ammessa in passato anche sul terreno del diritto di famiglia, in riferimento ai problemi dell'*immigration law*) a correggere o integrare le decisioni statali con interventi specifici e limitati, ma di fatto mette nel nulla la eventuale scelta liberamente adottata da uno Stato di ammettere o riconoscere il '*same-sex marriage*', sull'intero registro della regolazione giuridica, dalla sicurezza sociale, al diritto penale, fino ai temi della imposizione tributaria o dei benefici per i veterani di guerra.

Se, però, quello della separazione dei poteri e del federalismo sembra essere il filo principale del ragionamento della Corte, è doveroso notare che la dichiarazione di incostituzionalità aggancia le grandi questioni 'sostanziali' del matrimonio *gay*: il diritto delle persone omosessuali di non essere discriminate per il loro orientamento, la dignità di una scelta affettiva e relazionale che chiede riconoscimento giuridico, i limiti legati all'imposizione di una visione morale (che i Supremi Giudici non esitano ad identificare in quella cattolica) attraverso lo strumento legislativo.

Alcune affermazioni sono davvero forti ed impegnative; per la Corte Suprema, il DOMA è incostituzionale "*come privazione della libertà personale*", [perché] "*degrada una coppia, nonostante la Costituzione protegga le loro scelte morali e sessuali*", "*umilia decine di migliaia di bambini oggi cresciuti ed educati da coppie omosessuali*"<sup>53</sup>.

Da questo punto di vista, in un certo senso, questa sentenza chiude quel percorso molto complesso e accidentato della Corte Suprema degli USA, in tema di discriminazioni per orientamento sessuale, iniziato 29 anni prima con il caso *Bowers v. Hardwick*, che abbiamo cercato di raccontare, e che ha condotto dall'affermazione del diritto individuale ad essere se stessi, a non essere discriminati sulla base del proprio orientamento sessuale come contenuto fondamentale della identità personale, alla proiezione pluralistica e relazionale di questo diritto: appunto, al diritto a vivere la propria esperienza affettiva e di vita anche con un compagno o una compagna dello stesso sesso, e a vedere questa esperienza riconosciuta e tutelata dall'ordinamento giuridico.

53 *United States v. Windsor* 570 U.S. \_\_\_\_ (2013) (Docket No. 12-307), in particolare, 16, 21, 25, 22.

La combinazione delle due prospettive, quella federalista e quella legata al principio di non discriminazione, dunque, se per un verso ha rappresentato un modo per rendere la decisione più accettabile in un contesto sociale e culturale ancora fortemente spaccato sull'argomento (un piccolo equilibrismo che la Suprema Corte utilizza nei casi più spinosi e controversi), come dimostra il fatto stesso che la decisione sia stata adottata con una maggioranza risicata (5-4) e che le *dissenting opinions* siano particolarmente polemiche, per l'altro, però, ha lasciato la questione aperta, ed esposta ad altri contenziosi sia a livello di giurisdizione statale che a livello di giurisdizione federale.

In *Windsor*, la Corte Suprema non è arrivata (ancora) a riconoscere *tout court* un 'diritto di sposarsi' (indipendentemente dal requisito sessuale), a chiamare in causa direttamente l'*equal protection clause* del XIV emendamento, a paragonare il divieto del matrimonio omosessuale con il divieto del matrimonio interrazziale (come pure una larga parte della cultura giuridica americana chiedeva), quest'ultimo cancellato, come noto, dalla stessa Corte con la storica sentenza *Loving v. Virginia* del 1967.

8. Si era capito subito che la sentenza *Windsor* fosse un 'punto di non ritorno': indietro non si può più andare, davanti però, come si è detto, sono rimasti alcuni nodi da sciogliere.

Ma intanto, che effetti ha provocato tale decisione?

Se matrimonio e famiglia sono 'materie' riservate alla competenza degli Stati e dunque ai 'processi democratici' che si svolgono a livello locale, questo dovrebbe a prima vista significare che gli Stati che si oppongono al matrimonio tra persone dello stesso sesso conservano un qualche margine di manovra, nel senso che, dalla sentenza *Windsor*, non derivano conseguenze automaticamente negative per i cd. 'DOMA' statali, né obblighi di disciplinare o ammettere il *same-sex marriage* o qualche forma equivalente di tutela giuridica.

Del resto, il giudizio non riguardava la *section 2* del DOMA, che continua perciò a riconoscere agli Stati il diritto di rifiutare tutela e riconoscimento giuridico ai matrimoni omosessuali conclusi in altri Stati, con tutti i dubbi che questa disposizione si porta dietro rispetto, come abbiamo avuto modo di notare, soprattutto all'importante clausola costituzionale della *Full Faith and Credit* (art. IV, *sect. 1*, Cost. USA).

Il riflesso immediato, invece, c'è stato per gli Stati (come appunto lo Stato di New York, in cui aveva avuto inizio la vicenda poi sfociata nel giudizio della Corte Suprema) che già riconoscono il matrimonio omosessuale: una volta che una scelta di questo tipo sia stata adottata, il diritto

‘federale’ non può contrastarla o ‘disattivarla’, con l’effetto paradossale di creare in quello Stato “due regimi matrimoniali contraddittori”.

In sintesi, la dichiarazione di incostituzionalità della *section 3* del DOMA elimina l’ostacolo a poter godere dei benefici federali connessi allo *status* di ‘coniuge’.

Se è vero quanto finora affermato, bisogna però riconoscere che la sentenza *Windsor* ha creato un clima di crescente e ‘spontanea’ accettazione del matrimonio omosessuale.

Lo dimostra il fatto che, attualmente, in quasi 40 Stati, il matrimonio tra persone omosessuali è legale<sup>54</sup>; in 25 Stati, questo è stato possibile grazie all’attivismo dei giudici statali e federali che hanno dichiarato, sulla scia della decisione della Corte Suprema USA, l’illegittimità costituzionale del divieto del *same-sex marriage*<sup>55</sup>.

Alcuni di questi casi sono particolarmente emblematici di questo nuovo contesto che il caso *Windsor* ha aperto.

54 In Alaska, Arizona, California, Colorado, Connecticut, Florida, Idaho, Indiana, Iowa, Kansas, Massachusetts, Montana, Nevada, New Jersey, New Mexico, North Carolina, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, South Carolina, Utah, Virginia, West Virginia, Wisconsin, Wyoming. Cfr. NATIONAL CENTER FOR LESBIAN RIGHTS. *Marriages, Domestic Partnerships and Civil Unions: Same-sex Couples within the United States*, 2015, consultabile sul sito <http://www.nclrights.org>. Cfr. anche A. SPERTI, *Il matrimonio same-sex negli Stati Uniti a un anno dalla sentenza Windsor. Una riflessione sugli sviluppi giurisprudenziali a livello statale e federale* in *GenIus: Rivista di studi giuridici sull’orientamento sessuale e l’identità di genere* 2, 2014.

55 A titolo esemplificativo, cfr.: US Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Latta v. Otter*, 7 ottobre 2014; US Court of Appeals, *Kitchen v. Herbert*, 25 giugno 2014; US District Court Southern District of Indiana Indianapolis Division, *Baskin v. Bogan*, 25 giugno 2014; US District Court for the Western District of Wisconsin, *Wolf v. Walker*, 6 giugno 2014; US District Court for the Middle District of Pennsylvania, *Whitewood v. Wolf*, 20 maggio 2014; US District Court for the District of Oregon, *Geiger v. Kitzhaber*, 19 maggio 2014; US Circuit Court of Pulaski County, Arkansas Second Division, *Kendall Wright v. Arkansas*, 9 maggio 2014; US Superior Court of New Jersey, *Law Division, Mercer County, Garden State Equality et al. v. Paula Dow*, 27 settembre 2013; New Mexico Supreme Court, *Griego v. Oliver*, 316 P.3d 865 (2013). Cfr. anche casi pendenti: US Court of Appeals for the Sixth Circuit, *DeBoer v. Snyder*, *Bourke v. Beshear*, *Tanco v. Haslam*, *Obergefell v. Hodges* (2014); US Court of Appeals for the Fifth Circuit, *De Leon v. Perry*. Cfr. per una analisi dello scenario americano ‘dopo Windsor’: R. DE FELICE, *The Wake of Windsor: effetti a cascata della decisione US v. Windsor sulla legislazione matrimoniale proibitiva dei singoli Stati USA* in *Rivista AIC*, novembre 2013. Cfr. anche A. SPERTI, *Omosessualità e diritti*, Pisa University press, 2014; V. VALENTI, già cit.

In *Obergefell v. Kasich*, la Corte distrettuale del Sud dell'Ohio, nel dicembre del 2013, emanava un *temporary restraining order* con cui obbligava l'ufficiale di stato civile a registrare, come coniugato un uomo, malato di SLA e in fin di vita, legalmente sposato in base alla legislazione del Maryland.

Il caso *Bostic v. Schaefer*, deciso dalla Corte d'Appello per il IV Circuito, nel luglio del 2014, rappresenta, in un certo senso, il *leading case* di questa nuova ondata di controversie in tema di matrimonio tra persone omosessuali.

In questo caso si ritrovano, come in una sorta di caleidoscopio, tutti gli argomenti che, da decenni, animano il conflitto costituzionale sui diritti delle coppie omosessuali.

La estrema conflittualità del tema trova una plastica corrispondenza nella 'folla' di parti del processo: centinaia di soggetti, tra ricorrenti, intervenienti, *amicus curiae* delle diverse parti e finanche Stati, a dimostrazione che questo è un tema che attraversa più linee di confine, culturali, politiche e giuridiche.

Per la Corte Federale che ha deciso sul caso *Bostic*, la legge della Virginia, che proibiva il matrimonio tra persone dello stesso sesso, poneva in essere una violazione della *equal protection clause* e della *due process clause*, senza contare che "*the inability to marry or have their relationship recognized by the Commonwealth of Virginia with the dignity and respect accorded to married opposite-sex couples has caused them significant hardship... and severe humiliation, emotional distress, pain, suffering, psychological harm, and stigma*"<sup>56</sup>.

La premessa da cui muove la decisione contiene già, in un certo senso, le sue conclusioni.

La legge della Virginia deve essere sottoposta ad uno *strict scrutiny* perché interferisce nell'esercizio di diritti fondamentali richiamati dalle sezioni del XIV emendamento, che, insieme, danno corpo a quello che la Corte definisce "*the right to define one's own concept of existence, of meaning of the universe and of the mystery of human life*"<sup>57</sup>.

Lo *strict scrutiny*, come noto, è lo *standard* più severo di giudizio della Corte Suprema americana, e in genere delle Corti americane, quando esercitano il controllo di costituzionalità.

È di fatto, una 'presunzione di incostituzionalità', nel senso che è molto difficile che una norma sottoposta a tale giudizio possa trovare un suo pun-

56 Court of Appeals, IV Circuit, *Bostic v. Schaefer*, 28 luglio 2014, 22.

57 *Bostic*, 39.

to di equilibrio costituzionale, tenendo conto che gli interessi che la legge intende tutelare devono rappresentare un *compelling public interest* (vale a dire un interesse pubblico inderogabile e stringente).

Inoltre, la previsione normativa deve essere posta in una relazione di stretta proporzionalità e non di eccessività con tale interesse.

Non è in discussione che la materia del matrimonio e delle *domestic relations* appartenga alla competenza degli Stati.

Tale autorità di definire o regolare il matrimonio deve però rispettare i diritti costituzionali delle persone.

In realtà, nel caso della Virginia, la scelta politica di chiusura nei confronti del matrimonio omosessuale non era solo “legislativa” ma era anche confermata e rafforzata da un *constitutional amendment*; in altre parole, ritroviamo al punto più alto il principio per cui “*american’s ability to speak with their votes is essential to our democracy*”.

Tuttavia, la volontà del popolo non è di per sè un *compelling interest*, in grado di privare le coppie omosessuali del loro diritto fondamentale a contrarre matrimonio.

Nella visione della Corte distrettuale, nemmeno il ‘binomio *History and tradition*’ può essere una sufficiente ragione per negare alle coppie omosessuali la protezione eguale del loro diritto davanti alla legge.

Se il *civil marriage* è uno dei cosiddetti “*corner stone*” della nostra “*way of life*”, negare alle coppie omosessuali la possibilità di partecipare pienamente allo sviluppo della società è proprio quel tipo di segregazione che il XIV emendamento intende bloccare.

Nella sentenza *Bostic* viene inoltre aperto, in modo più diretto di quanto non avesse fatto la Corte Suprema americana in *Windsor*, il complicato capitolo del rapporto tra matrimonio omosessuale e “*child rearing*”.

Per la Corte, il dovere della Virginia di proteggere gli interessi dei minori non è traducibile in modo appropriato e proporzionato nel divieto del *same-sex marriage*.

La Corte prende atto che le coppie omosessuali possono avere e di fatto hanno bambini attraverso metodi di procreazione non naturale.

Ma soprattutto, anche sulla base del contributo di alcuni *scientific amicus curiae* (come l’American Psychological Association, l’American Academy of Pediatrics o l’American Psychiatric Association), la Corte afferma che non c’è alcuna evidenza scientifica del rapporto tra la qualità e la capacità di un rapporto genitoriale con l’orientamento sessuale.

La stabilità familiare, le risorse economiche, la qualità del rapporto genitori-figli, come fattori di sviluppo positivo della personalità del mi-

nore, non sono assolutamente condizionati dall'orientamento sessuale dei genitori.

La Corte fa sua così la conclusione del parere dell'A.P.A., secondo cui: “*by preventing same-sex couples from marrying, the Virginia Marriage Laws actually harm the children of same-sex couples by stigmatizing their families and robbing them of the stability, economic security, and togetherness that marriage fosters.*”<sup>58</sup>

Alla fine è anche un argomento realistico, nel senso che la Corte appare molto scettica sul fatto che mantenere la proibizione del matrimonio omosessuale possa impedire la crescita del fenomeno della omogenitorialità.

Per fare un parallelo con l'Europa, da tempo anche la CEDU ha sganciato la qualità della relazione genitoriale dall'orientamento sessuale, anche se finora si è sempre e solo trattato di casi in cui il minore era già figlio naturale di uno dei *partners* della coppia omosessuale (“*second-parent adoption*”)<sup>59</sup>.

Insomma, il caso resta aperto: il Giudice del caso *Bostic* dimostra che non c'è piena concordanza nella letteratura psico-sociologica, anche se arriva ad affermare che gli studi contrari alla piena effettività della genitorialità omosessuale “*do not reflect the current state of scientific knowledge*”<sup>60</sup>.

Ad ogni modo, si era capito che *Windsor*, non era e non poteva essere, *the final chapter*.

La battaglia si era solo spostata, da un lato, nuovamente all'interno degli Stati (quelli che non riconoscono il *same-sex marriage* o addirittura lo vietano); dall'altro, sul difficile equilibrio tra le ragioni del federalismo e ragioni dei diritti fondamentali.

Come è noto, la Corte Suprema Federale è stata di nuovo chiamata in causa.

Prima, con una decisione che ha negato il *certiorari*, del 7 ottobre 2014, ha bocciato i ricorsi contro tutte quelle decisioni (tra cui *Bostic*) che hanno annullato leggi statali o emendamenti costituzionali statali contrari al matrimonio omosessuale.

La motivazione è per certi versi paradossale: la Corte conferma di non voler interferire nei processi evolutivi in corso nei singoli Stati su questo

58 Così *Bostic*, 60.

59 Si vedano, per esempio, CEDU, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (ric. n. 33290/96), 21 dicembre 1999; CEDU, *Fretté v. France*, (ric. n. 36515/97), 26 maggio 2002; CEDU, G.C., *E.B. v. France*, (ric. n. 43546/02), 22 gennaio 2008; CEDU, *Gas e Dubois v. France* (ric. n. 25951/07), 15 marzo 2011; CEDU, G. C., *X and Others v. Austria*, (ric. n. 19010/07), 19 febbraio 2013.

60 Così sempre *Bostic*, 60.

tema, ma, in realtà, una simile posizione è la certificazione del trionfo del *Judicial power*, perché queste dinamiche sono guidate dalle Corti e mettono nel nulla anche scelte normative di livello costituzionale (statale).

Invero, dopo *Windsor* non sono mancate sul piano giudiziario delle isolate oscillazioni interpretative.

Nel caso *De Boer*, la Corte d'appello per il VI circuito, nel novembre scorso, ha statuito che, nonostante il *same-sex marriage* sia ormai praticamente inevitabile “*across the nations*”, deve essere accettato e disciplinato attraverso il processo democratico e non giudiziario.

La stessa sentenza *Windsor* viene considerata una “*intrusione senza precedenti*” nell'autorità degli Stati sulla materia del diritto di famiglia.

La questione di ‘chi decide’ è in fondo l'altra faccia del conflitto tra concezioni dei diritti fondamentali ed è il riflesso più affascinante e controverso della sfida che i principi costituzionali portano alle maggioranze sociali e politiche.

Quello che è certo è che le Costituzioni sono fatte di parti visibili e invisibili; di elementi formali e interpretazioni e finanche di emozioni (come insegna, da ultimo, A. Sajo), le quali sono le risorse attraverso cui il linguaggio costituzionale può tenersi al passo con i tempi, e conservare la sua capacità di avere un impatto sui problemi della modernità.

Non è facile stabilire una volta per tutte quali *issues* siano costituzionalmente rilevanti e chi ha il potere di stabilire ciò. Il conflitto tra *political process* e potere giudiziario, e tra livelli di questi due apparati istituzionali, è confinato in questo spazio, in cui i significati originari del discorso costituzionale subiscono l'incidenza modificativa di tutta una serie di fattori, quali le idee costituzionali, la forza espansiva dei principi, i fatti che vengono evidenziati dai casi giudiziari, la pressione dei movimenti sociali e culturali.

Questo è vero soprattutto con riferimento ai diritti, o ai contenuti o alle implicazioni di clausole come l'eguaglianza e la dignità, che sono inevitabilmente il risultato di lotte sociali e individuali.

9. Come si è anticipato nella introduzione, la Corte Suprema si è pronunciata in modo pressoché definitivo (con il caso *Obergefell v. Hodges*) sulla rilevanza costituzionale, “*as right*”, del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Si era detto che sarebbe stata una decisione fondamentale, del tipo “*either all or nothing*”<sup>61</sup>, e in effetti così è stato.

61 Così, K. YOSHINO, nell'intervista consultabile sul sito: <http://www.scotusblog.com/media/scotusblog-on-camera-kenji-yoshino/>.

È stata una decisione altamente *controversial*, come lo stesso dibattito e le audizioni, avevano evidenziato.

Credo sia la prima volta, almeno per quello che posso ricordare, che i *dissent* abbiano un contenuto così fortemente polemico, quasi al limite del contrasto personale<sup>62</sup>.

Per il Chief Justice Roberts, la Corte si è trasformata impropriamente in un legislatore (“*the majority’s decision is an act of will, not legal judgment. The right it announces has no basis in the Constitution or this Court’s precedent*”), e “*five lawyers have closed the debate and enacted their own vision of marriage as a matter of constitutional law ... making a dramatic social change that much more difficult to accept*”. Per Scalia, addirittura, questa sentenza è una minaccia per la democrazia americana, in quanto 5 giudici si sono arrogati la funzione di ‘*ruler*’ per 320 milioni di americani: in questa opinione dissenziente, si parla apertamente di ‘furto’ della più importante libertà del popolo, quella “*to govern themselves*”, di ‘*judicial putsch*’, di ‘*hubris*’ della maggioranza della Corte; e l’*opinion* della maggioranza, scritta da Justice Kennedy, viene bollata come una serie di “*extravagances, silly extravagances*”, con un contenuto “*pretentious and egotistic*”. Infine, di “*irremediable corruption of our legal culture’s conception of constitutional interpretation*”, parla Justice Alito.

In sintesi, qual è la posizione della Corte Suprema?

Prima abbiamo sottolineato i due pilastri della decisione: 1) gli omosessuali hanno un diritto fondamentale di sposarsi basato sulla Costituzione federale; 2) gli Stati che non hanno una legislazione sul *same-sex marriage* non possono rifiutare di riconoscere i matrimoni omosessuali legalmente contratti in altri Stati. Questo secondo passaggio sembra persino superfluo, giacché se la Costituzione federale impone agli Stati di riconoscere e garantire il matrimonio *same-sex*, sembra ormai definitivamente preclusa la possibilità di una legislazione differenziata ‘*across the States*’.

Forse questo può significare che la Corte Suprema vuole lasciare un margine di tempo agli Stati che hanno finora negato il *same-sex marriage* per adeguarsi, modificare in qualche caso le norme costituzionali che sancivano il paradigma eterosessuale, regolare ancora con qualche spazio di

62 Anche nella dottrina si passa dal commento entusiastico di E. CHEREMINSKY, *A landmark victory for civil rights*, che parla di un ‘*majestic language*’ di Justice Kennedy, alla critica radicale di D. UPHAM, *A tremendous defeat for “We the people” and our posterity*, secondo cui “*This decision is nothing less than a judicial revolution. It represents a disaster for our Constitution, our common Republic, and our children*”, entrambi in *scotusblog.org*.

autonomia alcune conseguenze e implicazioni del matrimonio omosessuale, come il tema della genitorialità.

Di certo, viene messa fuori gioco, sebbene implicitamente (perché non era oggetto del giudizio) la *sect. 2* del DOMA, quella che era rimasta in piedi anche dopo la decisione *Windsor*.

La motivazione di maggioranza è avvolgente e chiara nel definire la cornice costituzionale che (secondo i cinque *Justices*) rende obbligatorio, e non semplicemente ammissibile, il matrimonio omosessuale. In quanto obbligatorio costituzionalmente, gli Stati non possono impedire o non riconoscere il matrimonio omosessuale, devono garantire la sua registrazione e la sua piena efficacia giuridica nel loro territorio, e *a fortiori* devono riconoscere quei *same-sex marriages* legalmente contratti in altri Stati che già prevedono questa possibilità.

Sono quattro i principi su cui Kennedy costruisce il suo *reasoning*: (1) il diritto di sposarsi è inerente al concetto di autonomia individuale, e la decisione “*whether and whom to marry is among life’s momentous acts of self-definition. [...]*”. Questo è vero per tutte le persone, indipendentemente dal loro orientamento sessuale. (2) Sposarsi significa assumere impegni individuali e duraturi nel tempo, formare un’associazione che promuove un modo di vivere, “*a bilateral loyalty, not commercial or social*”, e questo elemento non può dipendere dalla sessualità di coloro che decidono di dare vita a queste *intimate union. [...]* (3) Escludere le coppie omosessuale dal matrimonio comporta conseguenze negative per i figli di queste coppie, esponendoli allo stigma “*of knowing their families are somehow lesser*”. (4) Se è vero che il matrimonio “*is a keystone of our social order*”, al quale sono collegati una molteplicità di istituti, benefici, diritti, responsabilità, utilità individuali e sociali, limitare questa possibilità solo alle coppie eterosessuali, significa negare a tutte le altre questa ‘costellazione’ di benefici che la tradizione e l’esperienza giuridica in ogni Stato collegano al ‘*marriage*’.

Su questa premessa assiologica, Kennedy poi imposta la sua opinione sulla costituzionalità (necessaria) del *same-sex marriage* sul doppio registro del diritto fondamentale di sposarsi e dell’Equal Protection Clause, richiamando così la cornice del XIV emendamento.

Viene ripreso il parallelo con *Loving* e il divieto del matrimonio interrazziale, dichiarato incostituzionale nel 1967, e il diritto al matrimonio delle *same-sex couples* viene considerato come ‘*part of liberty promised by the Fourteenth Amendment*’.

Kennedy è consapevole dell’obiezione che gli verrà mossa (e di fatto gli viene mossa) sulla presunzione di definire in sede giurisdizionale elementi essenziali della vita sociale americana, su cui gli Stati hanno sempre avuto

una diretta competenza, proprio per salvaguardare le volontà dei propri elettori; e in effetti molti Stati ancora mantengono legislazioni e persino norme costituzionali che limitano il matrimonio alle *opposite-sex couples* (e molte di queste norme sono state approvate o confermate attraverso referendum popolari). Analogamente, sa che non è facile radicare il *right to marry* degli omosessuali nelle radici del discorso costituzionale sui diritti in USA.

Tuttavia, per la maggioranza della Corte, “*fundamental rights may not be submitted to a vote*”, e ancora “*the democracy is the appropriate process for change, so long as that process does not abridge fundamental rights*”.

Sull'altro versante, infine, quello della riconducibilità del matrimonio omosessuale al panorama dei diritti costituzionalmente garantiti, Kennedy sfodera l'argomento dell'interpretazione storico-evolutiva dei diritti, ben conosciuta anche alle esperienze europee, e alla nostra: “*the nature of injustice is that we may not always see it in our own times. The generation that wrote and ratified the Bill of Rights and the Fourteenth Amendment did not presume to know the extent of freedom in all of its dimensions, and so they entrusted to future generations a charter protecting the right of all persons to enjoy liberty as we learn its meaning*”.

I principi costituzionali svolgono questo ruolo di trasformatore permanente delle istanze sociali ed individuali in diritti, che possono poi diventare fondamentali attraverso le battaglie sociali e culturali (anche della cultura giuridica).

Del resto, proprio la Costituzione americana sembra confermare questa chiave di lettura, quando, nel IX emendamento (stranamente non citato in questa circostanza), stabilisce che “*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*”.

Questa norma sembra assecondare l'idea del carattere dinamico del Bill of Rights. Appunto, “*Retained by the people*”: ma chi è il popolo che si ‘riserva’ altri diritti fondamentali? È quello che agisce con gli strumenti democratici del voto, e della rappresentanza (e che in molti referendum statali ha confermato la riserva del matrimonio alle coppie eterosessuali)? O anche quello che agisce individualmente nelle aule di giustizia, reclamando propri diritti o pretese individuali, come quella di sposare il/la proprio/a partner dello stesso sesso?

Non è facile per noi dare una risposta a questo interrogativo, perché manca nella nostra esperienza il tema del radicamento dei diritti nelle dinamiche del federalismo e nelle scelte comunitarie.

Allo stesso modo, non penso che la sentenza *Obergefell* possa o debba avere un impatto diretto ed automatico sulla posizione di altre Corti, e in

particolare di quella italiana, o sul modo come in Europa viene regolato il fenomeno delle coppie omosessuali.

Provo a spiegare meglio questo concetto, esprimendo così anche il mio punto di vista sul risultato di questa complessa e affascinante storia americana.

Comincio dal ‘posto’ costituzionale del matrimonio omosessuale. Credo che non ci possano essere più dubbi sul fatto che il matrimonio omosessuale sia costituzionalmente ammissibile, sia ormai dentro una linea di sviluppo della cultura (e della esperienza) costituzionale globale. Sarebbe difficile sostenere il contrario, di fronte alla diffusione che il modello ha avuto in realtà giuridiche e sociali anche molto differenti tra loro.

Lo stesso Chief Justice Roberts, nel suo *dissent*, lascia agli Stati la libertà di prevederlo o meno.

Si può dire che sia anche un istituto costituzionalmente obbligatorio? Che ogni soluzione diversa dal matrimonio, e che tuttavia riesca a dare una tutela e una regolazione alle coppie tra persone dello stesso sesso, sia discriminatoria e insufficiente?

Io non la penso così, e l’ho sostenuto in diverse occasioni. Sintetizzando, credo che il legislatore abbia a disposizione vari modi per realizzare l’esigenza di uno statuto giuridico delle coppie *same-sex*: il matrimonio è lo strumento sicuramente più completo, anche per il suo significato simbolico, ma non è una soluzione ‘chiusa’, infungibile, quello che conta è la tutela di queste forme di vita familiare, adeguata al valore costituzionale dell’interesse protetto.

Insomma, c’è uno spazio per la discrezionalità politica e legislativa, che può portare ragionevolmente a fare scelte diverse dalla indistinta e piena equiparazione di coppie eterosessuali e coppie omosessuali in rapporto al matrimonio: come scrive I. Massa Pinto<sup>63</sup>, la Costituzione (quella americana) non dice niente in materia: “*se il silenzio costituzionale non equivale certo a divieto, esso è però indice del fatto che il conflitto sotteso debba essere risolto a livello politico*”. Certo, quello che il legislatore non può fare è continuare ad eludere il problema, a non dare risposte, come invece sta accadendo in Italia<sup>64</sup>: prima o poi queste risposte le daranno i giudici,

63 I. MASSA PINTO, *Il potere di definire la sostanza veicolata dalla parola “matrimonio” tra politica e giurisdizione: note in margine alle recenti sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Costituzionalismo.it*, 2013.

64 Quando il presente lavoro era già stato consegnato per la stampa, il Parlamento ha approvato la L. 20 maggio 2016, n. 76, che contiene una prima disciplina delle unioni civili, anche tra persone dello stesso sesso. Per un commento a tale legge,

dovranno darle, e in parte già cominciano a farlo, sulla scia di alcune affermazioni contenute nella sent. 138/2010.

Impostare il discorso solo sul diritto di sposarsi appare – almeno a me – un'affermazione autoreferenziale, che parte da una premessa che dovrebbe essere invece il punto di arrivo di un ragionamento giuridico, e cioè che il matrimonio sia un istituto liberamente conformabile alla stregua dell'evoluzione del costume sociale e delle spinte culturali; che sia, cioè, una sorta di guscio 'vuoto', indefinito, e perciò aperto ad ogni possibile ri-costruzione e 'de-costruzione'.

Quello che voglio dire è che se parliamo solo di diritti ed eguaglianza, senza porci il problema di cosa sia quello che rivendichiamo come diritto, o come elemento di una pretesa egualitaria e antidiscriminatoria, delle sue caratteristiche intrinseche, rischiamo di fare un'operazione 'parziale', che guarda solo un lato del problema.

Il matrimonio non è solo un diritto individuale, ma anche un'istituzione basata su una serie di principi, elementi strutturali, requisiti definiti da complesse e radicate sedimentazioni giuridiche, antropologiche, culturali. Non possiamo dare per scontato che questo complesso di stratificazioni, di dati storico-sociali, possa improvvisamente dissolversi o essere sostituito da un nuovo paradigma attraverso la sola via giudiziaria.

'Precauzione' e 'gradualità' dovrebbero caratterizzare l'approccio a questo tema, al quale è strettamente legato un altro, ancora più controverso. Infatti, quando si parla di matrimonio, bisogna porsi anche il problema della genitorialità: non perché il primo richiede necessariamente la seconda, ma certamente nel senso che una volta riconosciuta un'unione come 'matrimonio', non può essere negata ai coniugi la possibilità di avere figli, nel modo in cui è possibile realizzare questa esigenza fondamentale.

In altre parole, se ammettiamo il matrimonio *same-sex*, dobbiamo ammettere anche la possibilità che le coppie omosessuali possano adottare o accedere alla fecondazione assistita.

Come si è visto, la Corte Suprema USA sembra presupporre la genitorialità omosessuale, addirittura utilizza questo dato di fatto per sostenere la necessità del matrimonio, in modo da evitare conseguenze stigmatizzanti sui bambini di queste coppie.

Io penso invece che su questi aspetti il dibattito sia ancora lontano dal consolidarsi. Una cosa è ammettere, come fa anche la Corte EDU, che l'orientamento omosessuale non possa essere un fattore impeditivo o discri-

---

cfr. A. D'Aloia, *Editoriale. Verso la legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso*, in *DPCE online*, 2016-1.

minatorio nelle procedure di affidamento di minori, ovvero che è ammissibile l'affidamento o l'adozione di un minore già figlio di uno dei partners della coppia *same-sex* (anche se, a dire il vero, le motivazioni del Giudice europeo nei giudizi più recenti – penso alla decisione X e altri c. Austria del 19 febbraio 2013 – sembrano andare oltre la vicenda specifica negando che ci possano essere differenziazioni legittime di trattamento tra coppie 'non sposate', non importa se 'etero' o gay); altra cosa sarebbe ammettere che una coppia di persone dello stesso sesso possa accedere 'congiuntamente' ad una delle forme 'non naturali' di filiazione. In questa ipotesi, la questione del bilanciamento con l'interesse (diritto fondamentale) del minore ad una crescita equilibrata, e della rilevanza su questo aspetto della duplicità della figura sessuale, si porrebbe con maggiore intensità, e i termini di questa valutazione restano tuttora molto complessi e privi di riferimenti condivisi sul piano culturale, sociale, psicologico<sup>65</sup>.

Ad ogni modo, se il matrimonio diventa un istituto liberamente adattabile anche alle coppie tra persone dello stesso sesso, sarà difficile distinguere tra matrimoni eterosessuali e matrimoni omosessuali solo sul piano della possibilità di essere genitori.

Una scelta richiede l'altra. Questa è probabilmente la prossima, definitiva (anche se finora non sempre completamente palesata), frontiera del dibattito.

Certamente, la sentenza della Corte Suprema USA, dell'anno scorso, avrà un forte peso sulla direzione del dibattito: nondimeno, a mio avviso, restano spazi per soluzioni differenziate, pur partendo dalla necessità di dare finalmente uno statuto giuridico stabile e adeguato alle coppie *same-sex*.

---

65 Com'è noto, la legge n. 76/2016, è stata alla fine approvata con lo stralcio della norma sulla *stepchild adoption*. Nondimeno, numerose pronunce dei giudici italiani ammettono in casi particolari questa possibilità. In argomento cfr. ancora A. D'Aloia, *Editoriale*, cit.