

SAME SEX MARRIAGE NELL'INTERPRETAZIONE DELLE CORTI SUPREME AMERICANE

VALENTINA BARELA

SOMMARIO: 1. Introduzione al tema del *same sex marriage* negli USA.- 2. I primi risultati di un dialogo tra i poteri statali ed i poteri federali in tema di *same-sex marriage*.- 3. Centralità del diritto della persona nel riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso.- 4. *Due Process Clause* e *Equal Protection Clause* in *Obergefell v. Hodges*. 5. Verso l'extrastatalità dei diritti fondamentali.

1. La sussidiarietà, la tutela dei diritti fondamentali e il tema del consenso democratico come condizione per l'armonizzazione della tutela della persona sono questioni che spesso si intrecciano - ed in modo impetuoso - quando sono strumentali a temi che più rappresentano linguaggi delle libertà individuali.

La discriminazione giuridica in ordine all'orientamento sessuale, chiara espressione di limitazione di libertà individuali, ha determinato situazioni di disparità di trattamento, che nel corso degli ultimi decenni, hanno coinvolto sempre più i giuristi, chiamati a porre riparo all'inadeguatezza degli istituti e a regolamentazioni giuridiche improntate su schemi rigidi e predefiniti.

L'inerzia del legislatore ha fatto sì che la natura degli interventi di tutela sia stata prevalentemente ed in prima battuta giudiziaria, sebbene l'interdisciplinarietà di tali temi, in ragione della loro incidenza nella regolamentazione giuridica di molteplici situazioni che interessano il sociale, avrebbe auspicato un intervento legislativo più celere.

Le unioni civili, il matrimonio e il suo accesso da parte di coppie di stesso sesso¹, quest'ultimo talvolta concepito alternativo alle unioni civili e talaltra in sostituzione delle stesse, sono istituti che negli ultimi anni hanno trovato legittimazione negli interventi delle Corti Supreme e di recente, in modo dirompente, nella voce della Corte Suprema Federale degli Stati Uniti.

¹ Nell'ambito dell'Unione Europea, il matrimonio tra persone dello stesso sesso è riconosciuto nei seguenti Stati: nel Regno Unito (nel 2013 con il *Marriage Act*), in Francia (con la legge n. 304/ 2013), in Spagna (con la legge n. 13/2005), in Portogallo (con la legge n. 9/2010, preceduta da un tentativo giudiziale, fallito, del Tribunale costituzionale, n. 359/2010), Belgio (2003), Paesi Bassi (2001), Lussemburgo (2015), Danimarca (2012), Svezia (2009), Finlandia (2014) e Irlanda (2015).

Mentre l'istituto dell'unione civile o forme analoghe, non conformi al matrimonio, sono state istituite e disciplinate in Germania (2001), Repubblica Ceca (2004), Ungheria (2009), Austria (2009), Malta (2014), Estonia (2016), Italia (2016). Per un'analisi delle esperienze europee in merito alle criticità legate alle scelte di istituti ad hoc, si veda, D. FERRARI, *Lo status giuridico delle coppie same sex in Europa*, in AA.VV., *Lo status giuridico delle coppie same sex: una prospettiva multilivello*, a cura di D. Ferrari, Padova, 2014, p. 9

L'esperienza statunitense, caratterizzata da un sistema a doppio binario, offre sviluppi interessanti sia in merito alla concezione dell'istituto del matrimonio, sia in merito al dialogo tra giurisdizione federale e giurisdizione dei singoli Stati, sia infine in riferimento al rapporto-tensione tra potere legislativo e potere giudiziario², tutti aspetti di cui si auspica un bilanciamento intorno alla necessità di tutela dei diritti e libertà della persona.

Quest'ultimo profilo è ben emerso, nelle sue criticità, nella rivoluzionaria sentenza della Corte Suprema Federale, *Obergefell v. Hodges*, del giugno 2015 che ha, senza equivoci, dichiarato l'incostituzionalità della limitazione del matrimonio alle sole coppie eterosessuali.

In particolare, la tensione formante legislativo/formante giurisprudenziale è limpida nelle *dissenting opinions* che hanno contestato la legittimità della stessa Corte a decidere in merito al tema del matrimonio, aperto alle coppie omosessuali dall'opinione di maggioranza, compito che – a parere dei giudici dissenzienti - sarebbe dovuto spettare al potere democratico rappresentato dal Congresso³. Invero, il caso *Obergefell v. Hodges*, sul quale ci si soffermerà in seguito, ha una smisurata importanza perché nel legittimare costituzionalmente il *same sex marriage*, ha di fatto invalidato tutte le norme statali, costituzionali⁴ e non, che negli anni sono state introdotte limitando l'accesso all'istituto del matrimonio alle sole coppie eterosessuali. Inoltre, rappresenta una grande vittoria nelle battaglie affrontate contro tutte le forme di discriminazioni omofobiche, nonché favorisce un rafforzamento dei diritti fondamentali della persona, tra i quali la scelta del vincolo matrimoniale, con tutte le conseguenze giuridiche che ne derivano in materia patrimoniale, successoria, tributaria, di politica sociale e via enumerando.

La complessità e la diversità del tessuto sociale giuridico degli USA rende l'analisi molto singolare, se si pone attenzione alle passate pronunce della Corte Suprema Federale e invero anche a quelle delle Corti Supreme statali, che hanno mostrato aversità verso il riconoscimento di qualsiasi unione omoaffettiva, aversità confermata dalla scelta in passato adottata da più di quaranta Stati di suggellare, a livello costituzionale, la eterosessualità dell'istituto matrimoniale.

Negli anni '70 la negazione della licenza matrimoniale agli omosessuali non era neanche motivata su ragionamenti che avessero anche solo una parvenza di valutazione giuridica, come nel caso *Baker v. Nelson* (Minnesota) quando la Corte Suprema Federale stabilì che “it is unrealistic to

² G. ROMEO, *The Recognition of Same-Sex Couples' Rights in the US Between CounterMajoritarian Principle and Ideological Approaches: A State Level Perspective*, in D. GALLO, L. PALADINI, P. PUSTORINO, *Same sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Berlin –Heidelberg, 2014, p. 5. Sul dialogo tra Corti Statali e Corti Federali si v. V. BARELA, *Teaching Anglo-American Law: moving away from the distinction between Comparative Private Law and Comparative Public Law*, in *Comparative Law Review*, vol. 6, n. 1, 2015, pp. 1-20.

³ E' molto ricorrente nei dibattiti giuridici e politici il tema del potere giudiziario quale antimaggioritario nella sua espressione perché gravato dall'onere di far valere all'interno di un sistema democratico, la logica del rispetto dei diritti strutturalmente minoritari.

⁴ Molte Costituzioni Statali, a seguito di emendamenti, hanno prescritto la eterosessualità quale elemento costitutivo ed inderogabile dell'istituto del matrimonio.

think that the original draftsmen of our marriage statutes (...) would have used the term in any different sense” assumendo che il matrimonio è per definizione eterosessuale⁵.

Al di là di questo stato di indifferenza, le aspettative di riconoscimento sono state in passato oltremodo frustrate da pronunce che hanno condannato *in primis* l'omosessualità, come nella sentenza *Bowers v. Hardwick* (1986) che simboleggia il baratro e al tempo stesso il punto di partenza da cui la Corte Suprema Federale ha preso le mosse per una evoluzione del pensiero giuridico sul tema⁶. In questa pronuncia la Corte, ribaltando la posizione della Court of Appeal, confermò la costituzionalità - affermata dal giudice di primo grado - di una legge della Georgia che puniva penalmente taluni atti omosessuali, ledendo in modo profondo la dignità umana.

Sono dovuti trascorrere due lustri perché, la Corte, nella decisione *Romer v. Evans* (1996)⁷, mostrasse un mutamento del suo orientamento; ciò avvenne in occasione della dichiarazione di nullità di un emendamento della Costituzione del Colorado che stabiliva che nessuna istituzione dello Stato poteva emettere alcun tipo di norma, regolamentazione e disciplina che conferisse alle persone omosessuali «una tutela o una pretesa di discriminazione». Si trattò di una scelta che volle ovviare ad una misura che, seppur volta ad impedire diritti speciali, di fatto – attraverso un criterio negativo – avrebbe ghettizzato le persone omosessuali in una classe, in un gruppo sociale giuridicamente e politicamente analogo alle minoranze razziali, consentendo una situazione comparabile a quella vissuta dagli schiavi un secolo prima.

Ma solo nel 2003, nel celebre caso *Lawrence v. Texas* (2003), la Corte supera la sentenza *Bowers v. Hardwick*, dichiarando incostituzionale la legge penale del Texas che qualificava, quali reati, gli atti di intimità sessuale tra omosessuali⁸. Questa pronuncia ha avuto una importante risonanza anche in considerazione del tessuto normativo e giurisprudenziale in cui si è innestata. Ben tredici Stati prevedevano discipline analoghe che definivano illecite le condotte omosessuali, tutte leggi e orientamenti giurisprudenziali decaduti a seguito della illegittimità costituzionale pronunciata dalla

⁵ J. PIERCESON, *Same-sex Marriage in the United States*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2013, p. 28.

⁶ *Bowers v. Hardwick*, 478 US 186 (1986).

⁷ *Romer v. Evans*, 517 US 620 (1996). E' bene però dire che si tratta di una Corte rinnovata nella sua composizione rispetto al caso *Bowers*; ci sono ben sei giudici di nuova nomina e quasi tutti filorepubblicani. Per un'analisi approfondita si v. M.WINKLER, *Worthy of dignity. La battaglia dei gay e lesbiche d'America per la libertà e l'uguaglianza*, in AA.VV. *Orientamento sessuale e diritti civili. Un confronto con gli Stati Uniti d'America*, a cura di Marilisa D'Amico, Costanza Nardocci, Matteo Winkler, Milano, 2014, p. 73.

⁸ Si v. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Per un'analisi sulla pronuncia e, in modo peculiare, sul suo impatto alla luce dei precedenti sul tema si v. l'attento studio di V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia americana*, Torino, 2005, *passim* e in particolare a p. 159 ss. ove si mette in evidenza come la Corte Suprema abbia voluto fondare la sua pronuncia sulla violazione della libertà personale e quindi del *due process of law* proprio per poter compiere un *overruling* del caso *Bowers v. Hardwick*. La Corte Suprema Federale era stata chiamata a decidere su due punti, ossia sul se il rapporto intimo tra adulti consenzienti comportasse la violazione del diritto alla privacy e del *due process of law*, e sul se la legge - posta sotto giudizio di costituzionalità - determinasse una potenziale violazione del principio di uguaglianza giacché applicabile solo nei confronti di adulti dello stesso sesso e non anche alle coppie eterosessuali, come invece era previsto dalla legge dello Stato della Georgia che aveva superato il giudizio di costituzionalità della Corte Suprema Federale nella decisione del 1986, *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

Corte Suprema Federale⁹. Il caso *Lawrence v. Texas*, inoltre, è singolare per un atteggiamento della Corte del tutto insolito, enucleato dalle parole di Anthony Kennedy che, nel redigere l'opinione di maggioranza della Corte, ha fatto richiamo alla assonante sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo *Dudgeon v. United Kingdom*, 45 Eur. Ct. H. R. (1981) esacerbando un dibattito già sollevato dalle posizioni accademiche, refrattarie ad un'apertura verso esperienze estranee al diritto statunitense¹⁰. La valenza di questa sentenza è stata amplificata non solo dal fatto che il precedente straniero sia servito per un'interpretazione di una disposizione costituzionale, ma anche dal dato che la citazione, in quel contesto specifico, ha rappresentato uno degli argomenti utilizzati per sostenere l'opportunità di ribaltare un precedente vincolante, indi realizzare un *overruling* ed una deroga al principio dello *stare decisis*¹¹.

2. L'attenzione su alcune pronunce di Corti Supreme Statali in tema di *same sex marriage* sollecita l'interprete ad una riflessione sulle reazioni da esse suscitate sia sul versante giurisprudenziale, sia su quello legislativo. Non di rado l'influenza si è tradotta, al di là di alcuni

⁹ Ad ogni modo, se volgiamo lo sguardo al di là dei confini statunitensi, occorre constatare che esistono ancora molte nazioni nelle quali l'omosessualità è un reato: in Africa è reato quasi ovunque, ad eccezione della singolare esperienza del Sud Africa, ove nel 2006 è stato introdotto il matrimonio omosessuale; in Medio Oriente, è sanzionata ed in alcuni casi può essere disposta la pena di morte (in Iran, negli Emirati Arabi Uniti, in Yemen, in Arabia Saudita e in Nigeria). Altre eccezioni, soprattutto in considerazione delle scelte dei paesi confinanti, sono da rinvenire nello Stato di Israele, dove l'unico matrimonio possibile è quello religioso, però sono riconosciuti i matrimoni omosessuali celebrati all'estero; l'Argentina che dal 2010 ha aperto l'istituto del matrimonio anche alle coppie gay, a cui hanno fatto seguito nel 2013 il Brasile e l'Uruguay; di recente, poi, la Corte Suprema messicana ha sancito l'incostituzionalità di qualsiasi legge degli stati federati che delinea il matrimonio come un istituto unicamente finalizzato alla procreazione o che riconosca solo quello celebrato tra un uomo e una donna (Cfr. Sentenza della Corte suprema n. 43/2015).

¹⁰ Invero la Corte Suprema Federale, al fine di dimostrare come la pretesa dei ricorrenti - fondata su radici storiche e culturali della sodomia - sia del tutto erronea, riporta anche gli studi e gli esiti del Parlamento inglese, richiamando il *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution* del Parlamento inglese del 1963, sfociato poi nel *Sexual Offences Act 1967*.

Contra. Sull'approccio tipicamente autoreferenziale del giudice americano si v. B. ACKERMAN, *The Rise of World Constitutionalism*, in 83 *Va. L. Rev.* 771 (1997), p. 773 il quale afferma: «*The typical American judge would not think of learning from an opinion by the German or French constitutional court. Nor would the typical scholar - assuming, contrary to fact, that she could follow the natives' reasoning in their alien tongues.*» (p. 773). Si v. inoltre R. SCHLESINGER, H.B. BAADE - P.E. HERZOG - E.M. WISE, *Comparative Law. Cases, text, materials*, sesta ediz., Foundation Press, New York, 1998, p. 7 i quali evidenziano come «*American constitutional law is especially insular and inward looking.*».

¹¹ Ci sono altre poche sentenze nelle quali la Corte Suprema federale ha riferito di esperienze straniere, ma mai sino ad allora il richiamo aveva avuto un ruolo centrale. Ad esempio, in *Muller v. State of Oregon* (208 U.S. 412, 1908), la Corte fece ampi riferimenti a legislazioni straniere, non nel testo dell'opinione, ma attraverso un mero richiamo in nota.

isolati casi¹², in una controtendenza dei legislatori statali esternata in provvedimenti che contrassegnavano una direzione opposta, rigidamente conservativa.

La pronuncia della Corte Suprema delle Hawaii sul caso *Baehr v. Levin*¹³ offre spunti di riflessione in merito a come le reazioni delle fonti legislative e delle fonti giurisprudenziali possano essere le più disparate e portatrici di paure e debolezze. Questa sentenza *in primis* è estremamente rilevante perché afferma a chiare lettere che la limitazione del matrimonio alle sole coppie eterosessuali rappresenta un'illegitima discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. Ma la Corte va anche oltre l'enunciazione di tale principio e sollecita lo scrutinio segreto restrittivo, ai sensi della Costituzione delle Hawaii, in ragione della discriminazione sulla base del sesso, disposta dalla legge delle Hawaii che limitava il matrimonio alle coppie di sesso diverso. E proprio alla luce di questa sollecitazione che nel 2012 fu emanata una legge che disciplina le unioni civili, a cui ha fatto seguito nel 2013 *Hawaii Marriage Equality Act*.

Ma il caso *Baehr v. Levin* è emblematico sia per la sua funzione propositiva nei confronti del legislatore statale, che non ha mancato di recepire l'invito, sia per la reazione a contrasto che ha suscitato negli altri Stati, nonché nella legislazione federale che ha subito voluto sigillare il carattere eterosessuale della unione matrimoniale¹⁴.

Il Congresso federale, dichiaratamente timoroso che, dopo le Hawaii, altri Stati avrebbero potuto riconoscere il matrimonio tra persone dello stesso sesso, approva nel 1996 con grande maggioranza il *Defence of Marriage Act* (c.d. DOMA)¹⁵, sollevando non poche critiche anche in ragione dell'evidente incursione nelle competenze statali, tra le quali rientra notoriamente il diritto di famiglia.

Il DOMA, *in primis*, nella sec. 3, stabilisce che nell'interpretazione di qualunque atto normativo o amministrativo federale «il termine matrimonio significa soltanto una unione legale tra un uomo ed una donna come marito e moglie» e che il «il termine “coniuge” si riferisce soltanto ad una persona del sesso opposto che è un marito o una moglie», optando pertanto per una configurazione del matrimonio rigorosamente eterosessuale.

¹² Si pensi alla sentenza della Corte Suprema dello Stato del Massachusetts, *Goodridge v. Department of Public Health*, a seguito della quale fu emanata nello Stato del Massachusetts una legge che il 17 maggio 2004 ha riconosciuto il matrimonio civile tra persone dello stesso sesso.

¹³ *Baehr v. Levin*, 74 Haw. 530, 852 P. 2d 44, (1993).

¹⁴ Invero, l'interpretazione offerta dalla Corte Suprema delle Hawaii è stata recepita da altre Corti statali come modello da imitare; significative sono le pronunce della Corte Suprema dell'Alaska in *Brause v. Bureau of Vital Statistics* (1998 WL 88743) e della Corte Suprema del Vermont, in *Baker v. Vermont* (744 A. 2d 864, 1999). Tuttavia, in Alaska, la prima reazione è stata l'approvazione di un emendamento della Costituzione dell'Alaska che dichiarava che «to be valid or recognized in this State, a marriage may exist only between one man and one woman». Si veda l'attenta ricostruzione compiuta da KEVIN G. CLARKSON, DAVID ORGON COOLIDGE, WILLIAM C. DUNCAN, *The Alaska Marriage Amendment: The People's choice on the last frontier*, in 16 *Alaska Law Review*, p. 213 (1999). Solo nel recente 2015 la US District Court Alaska ha dichiarato incostituzionale il divieto del *same-sex marriage*.

¹⁵ Il titolo per esteso della legge è: *An Act to define and protect the institution of marriage*, Publ L No 104-199, 110 Stat. 2419 (1996).

Inoltre, il DOMA stabilisce che gli Stati non sono obbligati a dare riconoscimento legale ai matrimoni omosessuali contratti in altri Stati in ragione del *faith full and credit clause*¹⁶.

Il fenomeno inaspettato che si verificò successivamente al DOMA fu l'allineamento di quasi tutti i legislatori nazionali che provvidero a specificare, attraverso modifiche costituzionali, la natura necessariamente eterosessuale del matrimonio.

Ebbene, nel 2013 questo processo riceve un forte scossone con la sentenza *United States v. Windsor* (2013) che produce un effetto domino.

La Corte Suprema federale nella risoluzione del caso *United States v. Windsor* (2013) ha nel mirino il DOMA e sancisce l'incostituzionalità della sez. 3 secondo la quale, ai fini dell'applicazione di norme federali, il termine matrimonio doveva riferirsi soltanto alle coppie eterosessuali. La parola chiave del *legal reasoning* è *dignity*, sino a quel momento desueta al pragmatismo statunitense. Supera, invece, il vaglio della legittimità costituzionale e rimane inalterata la sezione posta in difesa dell'autonomia e sovranità dei singoli Stati secondo cui gli Stati non sono obbligati a dare riconoscimento legale ai matrimoni omosessuali contratti in altri Stati in ragione del *faith full and credit clause*.

Il caso riguardava una questione tributaria, materia che invero si presta molto a dare un carattere pragmatico alle situazioni di disuguaglianza, legate al diniego del diritto al matrimonio alle coppie omosessuali. Nel caso *US. v. Windsor*, si lamentava il mancato riconoscimento di un'esenzione fiscale riconosciuta ai coniugi superstiti, negato alla signora Windsor in ragione del fatto che il suo legame matrimoniale con la compagna deceduta, sorto a Toronto e pienamente riconosciuto poi anche nello Stato di New York, non fosse riconosciuto ai fini tributari dalle leggi federali alla luce della sezione 3 del DOMA, secondo cui il termine "coniuge" doveva essere applicato solo per i matrimoni tra un uomo e una donna¹⁷.

Il giudizio di incostituzionalità si è fondato principalmente sulla violazione dell'*equal protection clause* (V emendamento) e pertanto sulle discriminazioni causate da tale definizione di unione legale, senza che fosse trascurata l'incompetenza del Congresso federale, in considerazione che il diritto di famiglia rientra nell'ambito di competenza dei singoli Stati.

Dopo *US. v. Windsor* negli Stati Uniti spira un nuovo vento che determina senza soluzione di continuità un processo iniziato dalle Corti federali e Statali volto al riconoscimento del

¹⁶ Il riconoscimento dei matrimoni omosessuali contratti in altri paesi non deve essere giustificato attraverso il principio contenuto nella *faith full and credit clause*, enunciato nella prima sezione dell'art. 4 della Costituzione americana a norma del quale: «in ogni Stato saranno attribuiti piena fiducia e pieno credito agli atti, ai documenti pubblici e ai procedimenti giudiziari degli altri Stati; e il Congresso potrà, mediante leggi generali, prescrivere il modo in cui la validità di tali atti, documenti e procedimenti debba essere determinata, nonché gli effetti della validità stessa. Si tratta di un principio che è garante del bilanciamento tra potere Statale e poteri Federali». Così, testualmente sez. 2, art. 4 Costituzione USA.

¹⁷ L'*Internal Revenue Service* rilevò che l'esenzione non si applicava ai matrimoni omosessuali; fu così respinta la richiesta di Windsor, che la costrinse a pagare \$ 363.053 in tasse immobiliari.

matrimonio per le coppie gay in molti Stati quali: Alaska, Arizona, Colorado, Florida, Idaho, Indiana, Montana, Nevada, North Carolina, North Dakota, ecc. sino a contare che ben 37 stati, oltre al distretto della Columbia, di fatto hanno oggi eliminato dai propri ordinamenti le restrizioni che impedivano agli omosessuali di sposarsi. In particolare, le decisioni dei giudici dello Utah del 20 dicembre 2013, dell'Oklaoma del 14 gennaio 2014 e della Virginia del 13 febbraio 2014 (ove fino al 2013 l'unione gay era considerata reato), non solo dichiarano l'incostituzionalità del divieto di matrimonio omosessuale, ma, rinvenendo le basi di tali unioni nell'uguaglianza degli individui sancita nella stessa Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti, hanno contribuito a determinare l'evoluzione del pensiero della Corte Suprema suggellato nel celebre caso *Obergefell v. Hodges* verso il riconoscimento in termini positivi del "diritto costituzionale" al *same sex marriage*.

3. Il riconoscimento del *same sex marriage* ha preso le mosse da due aspetti: dall'istituto del matrimonio e dalla sua valenza quale diritto fondamentale a più riprese riconosciuto dalla Corte Suprema¹⁸; dal rispetto dei valori delle libertà individuali e della dignità della persona umana che trovano attuazione ed espressione nel diritto fondamentale a contrarre matrimonio.

Corollario di questi due principi è il principio di uguaglianza che richiede che ci sia parità di trattamento e di opportunità per tutte le persone, per cui la negazione all'accesso all'istituto del matrimonio implica la non attuazione e frustrazione del principio di uguaglianza.

Nella Costituzione americana non sussiste una disciplina del matrimonio o una nozione di famiglia¹⁹, al di là dell'incompleto ed inadeguato tentativo, poi cassato, contenuto nel DOMA. Tuttavia le Corti Supreme più volte hanno riferito del ruolo fondamentale che ha il matrimonio nella formazione della identità nazionale negli Usa, come da ultimo nella sentenza *Obergefell v. Hodges*. Ciò determina la centralità del ruolo svolto dal principio di uguaglianza, ed in particolare dal *due process clause* nella sua accezione *substantive* e dalla *equal protection clause*, declinati rispettivamente nel rispetto della dignità (dell'individuo, quale singolo e quale membro di una coppia), e nel divieto di discriminazione basata sull'orientamento sessuale.

Questi due aspetti ad unisono enucleano la necessità del riconoscimento giuridico del *same sex marriage*.

¹⁸ L.D. WARDLE, *A Critical Analysis of Constitutional Claims for Same-Sex Marriage*, in *Brigham Young U.L. Rev.* 1, (1996), p. 26 ; ID., *Legal Claims for Same-Sex Marriage: Efforts to Legitimize a Retreat from Marriage by Redefining Marriage*, in 39 *S. Tex. L. Rev.*, (1998), p. 757.

¹⁹ Diverse sono state nel corso degli anni le proposte di emendamenti costituzionali sul tema. Si v. E. STEIN, *Past and Present Proposed Amendments to the United States Constitution Regarding Marriage*, in *Washington University Law Review*, 82, 2004, p. 611 ss.; per una concezione del matrimonio come unione tra un uomo ed una donna cfr. le riflessioni J.C. YOO, A.VULCHEV, *The Conservative Case Against Federal Marriage Amendment*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 32, 2004-2005, p. 725.

Non si tratta di riconoscere un nuovo diritto alle coppie omosessuali, ma di rispettare il diritto costituzionale di ciascun individuo di esprimere la propria libertà, autonomia e personalità attraverso l'istituto del matrimonio. Potrebbe parlarsi della nuova generazione dei diritti, o anche della terza generazione dei diritti, come autorevole dottrina invita a riflettere, ma non in termini di una configurazione di un nuovo diritto, al pari di quanto è pacificamente condiviso in altri temi, come ad esempio in materia di sviluppo e ambiente²⁰.

Invero, il punto focale non è la coppia omosessuale, bensì la centralità della persona i cui diritti fondamentali hanno avuto un rinnovamento grazie alla demolizione delle barriere legate a superati stereotipi, come quello patriarcale, che isolava la donna in un ruolo di subordinazione e devozione rispetto all'uomo.

E' bene che l'enfatizzazione, quasi venerazione del matrimonio, da parte della Corte, non distolga l'interprete dalla centralità della persona²¹; difatti - con buona ragione - non mancano coloro che intravedono nell'apertura post *Obergefell decision* ulteriori insidie per la tutela dei diritti delle coppie che decidono di non volere ricorrere all'istituto del matrimonio²².

Il *same-sex marriage* è uno dei tanti modi di manifestare la libertà di esprimere la propria identità, nonché una forma di declinazione del diritto all'autodeterminazione e allo sviluppo della persona umana. Rientra nella sfera della *individual autonomy*, nella libertà di esprimere il proprio pensiero, intimità e spiritualità, concetto enucleato anche nella dimensione intima nella celebre sentenza *Lawrence v. Texas*, 539 US (2003).

La stessa Corte Suprema Federale nel caso *Obergefell v. Hodges* ricorda come negli anni '70 tante leggi, che ponevano la donna in una posizione subalterna rispetto all'uomo, sono state invalidate proprio perché esprimevano una disegualianza nella coppia basata sul sesso. L'irrelevanza del sesso e la necessità di considerare la persona nella sua unicità e personalità è la chiave di lettura che individua il diritto al matrimonio come un diritto fondamentale della persona²³ quale che sia la sua razza, sesso, lingua e religione.

L'orientamento sessuale è oggi ritenuto, in modo condiviso, uno dei fattori causali di comportamenti discriminatori vietati, al pari di quanto costituzionalmente già riconosciuto in merito

²⁰ De Vergottini individua le tre generazioni dei diritti, facendo rientrare la tutela delle persone omosessuali nella terza e ultima generazione dei nuovi diritti. Si v. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, ottava ed., Padova 2012, p. 386.

²¹ Cfr. *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584, p. 2608 (2018), espressamente enuncia: «non union is more profound than marriage», compiendo, inoltre, una ricostruzione storica e giuridica dell'istituto del matrimonio.

²² M. MURRAY, *Obergefell v. Hodges and Nonmarriage Inequality*, in *California Law Review*, vol. 104, 5, 2016, p. 1207 ss. L'A. osserva come la Corte suprema Federale nel caso *Obergefell* muove dall'assunto che il matrimonio "is the most profound, dignified, and fundamental institution into which individuals may enter" e che pertanto un'interpretazione coerente indurrebbe a far pensare che tutte le forme alternative al matrimonio, definite anche "nonmarriage" sono in comparazione "undignified, less profound, and less valuable".

²³ A titolo esemplificativo si v. *Kirchberg v. Feenstra*, 450 U.S. 455 (1981); *Wengler v. Druggists Mut. Ins. Co.* 446 U.S. 142 (1980); *Califano v. Westcott*, 443 U.S. 76 (1979); *Orr v. Orr*, 440 U.S. 268 (1979); *Califano v. Goldfarb*, 430 U.S. 199 (1977); *Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U.S. 636 (1975); *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973).

al sesso, alla razza e alla religione. L'eziologia delle forme di riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali deve anche essere sganciata da valutazioni di tipo religioso e il dato che il vincolo coniugale sia stato affermato in paesi, sia di maggioranza cattolica che protestante, ne è una chiara dimostrazione²⁴.

La logica che porta l'interprete a riconoscere piena valenza giuridica al *same sex marriage* sembrerebbe la stessa adottata nella sentenza *Loving v. Virginia* (388 US 1, 12, 1967), che non ha ricercato un "diritto al matrimonio tra individui di razze diverse", o nella sentenza *Turner v. Safley* (482 U.S. 78, p. 85, 1987) che non ha riconosciuto un "diritto al matrimonio dei prigionieri". Queste pronunce, pur focalizzate sulla *individual autonomy*, proclamano il diritto al matrimonio quale diritto fondamentale under the *Due Process Clause* e pertanto diritto della persona. Analogamente anche in *Zablocki v. Redhail*, (434 U.S. 374, p. 384, 1978) la Corte ha ribadito il diritto al matrimonio come un diritto fondamentale e perciò non soggetto a limitazione anche ove i padri siano morosi in merito all'obbligo alimentare verso i figli²⁵. Tuttavia, in queste pronunce la dignità ha una sua autonomia rispetto all'istituto del matrimonio, mentre in *Obergefell's* la Corte sembrerebbe riconoscere all'istituto matrimoniale la capacità di attribuire dignità a chi ricorra a tale istituzione, sollevando inevitabili problematiche giuridiche, laddove ciò comporti una restrizione dei diritti delle coppie non sposate²⁶, non giustificabile soprattutto quando siano coinvolti i figli, nati dalla relazione di coppia²⁷.

L'analogia con la discriminazione segnata da una segregazione razziale è evidente se si rivolge l'attenzione alla sentenza *Loving v. Virginia* 388 US 1, 12 (1967), con la quale ha avuto inizio questo lungo cammino che ha condotto la Corte ad affermare il diritto al matrimonio non condizionato alla eterosessualità. Così, in *Loving v. Virginia*, la Corte Suprema Federale dichiarò

²⁴ E. CECCHERINI, *Quando l'eguaglianza non basta. Brevi riflessioni sulla giurisprudenza statunitense in tema di same-sex marriage alla luce della sentenza Windsor*, p. 157, in AA.VV., *Lo status giuridico delle coppie same-sex: una prospettiva multilivello*, a cura di Daniele Ferrari, Padova, 2014.

²⁵ Tutte pronunce che hanno sviluppato il *diritto alla privacy*, enucleato nel celebre caso *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479, 484-486 (1965), ove la Corte Suprema degli Stati Uniti invalidò una legge del Connecticut con la quale si proibiva a chiunque di utilizzare "qualsiasi farmaco, articolo medicinale o strumento al fine di prevenire il concepimento." Con un voto di 7-2, la Corte Suprema invalidò la legge per il fatto che aveva violato il "diritto alla privacy coniugale", proteggendo il *diritto al privacy* nell'ambito del matrimonio da qualsiasi intrusione governativa. Difatti, nella decisione *Zablocki v. Redhail*, 434 US 374, 384 (1978), ed in particolare nella *opinion* di maggioranza, fu enfatizzato il *right to marry* come forma di diritto alla *privacy*, fondato nel XIV emendamento. Invero, ancor prima cfr. *Cleveland Bd. Of Ed v. La Fleur*, 414 US 632, 639-640 (1974); *Skinner v. Oklahoma ex Rel. Williamson*, 316 US 535, 541 (1942); *Meyer v. Nebraska*, 262 US 390, 399 (1923). Talvolta è stata però legittimata la sua limitazione in presenza di condizioni di limitata libertà personale; come nel caso di regolamenti che limitano il diritto dei carcerati di sposarsi in *Turner v. Safley*, 482 US 78, 95 (1987).

²⁶ Invero, anche con la celebre sentenza *Griswold v. Connecticut* fu cassata la legge del Connecticut che proibiva alle coppie sposate di usare contraccettivi sulla base dell'articolato *right of privacy to marriage* e della *expectation of marital privacy*.

²⁷ Difatti, non può tacerci delle pronunce che solo dopo *Loving v. Virginia* hanno cercato di riscattare i minori - nati fuori dal matrimonio - dalle offensive dichiarazioni che arrivavano a definirli "nonpersons". Cfr. *Levy v. Louisiana*, 391 U.S. 68 (1968) e *Glona v. American Guaranty and Liability Insurance Company*, 391 U.S., 68 (1968).

incostituzionale il *Racial Integrity Act* del 1924, ponendo fine alle restrizioni legali relative ai matrimoni interrazziali negli Stati Uniti, e proclamò il matrimonio quale “uno dei diritti essenziali per l’ordinaria ricerca della felicità da parte degli uomini liberi”, elevandolo quale luogo di espressione dell’autonomia individuale²⁸. Il principio, su cui si fondò la nullità del divieto del matrimonio interraziale, erigeva il matrimonio a scelta individuale insita nel concetto di autonomia, evidenziando così una solida interrelazione tra libertà e matrimonio.

Il rispetto dei valori e della dignità della persona umana racchiude il diritto di compiere liberamente scelte intime di vita²⁹, che si manifestano attraverso l’attuazione *equal protection clause* che impone dunque il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Quando le scelte di vita trovano attuazione nel vivere sociale, oltre a riflettere la società, richiedono una approvazione giuridica e, pertanto, normative specifiche, dettate in materia previdenziale e successoria. L’istituto del matrimonio di certo ha perso la sua posizione esclusiva di forma di organizzazione in grado di definire diritti sociali ed economici dei congiunti, anche in relazione alla legittimazione in merito ai legami di discendenza, in passato questi ultimi oltremodo negati o mortificati se sorti al di fuori del matrimonio³⁰. Tuttavia, non può negarsi che lo *status* coniugale sia il fondamento per molteplici diritti, oltre che per benefici e responsabilità, e che la negazione o il riconoscimento degli stessi, ad una persona piuttosto che ad un’altra, sulla base di un orientamento sessuale, viola i diritti fondamentali della persona costituzionalmente tutelati. Si tratta di posizioni in merito alla tassazione³¹, rapporti lavorativi, diritti di proprietà, regole di successione, privilegi coniugali nelle norme sulla prova, accesso ospedaliero o sui poteri di assumere decisioni di carattere medico, diritti relativi all’adozione, certificati di nascita e di morte, norme sull’affidamento, il mantenimento e diritto di visita dei figli. Ciononostante la Corte Suprema federale non si è servita delle classiche tecniche di sindacato costituzionale che si poggiano su classificazioni, in riferimento agli interessi statali potenzialmente opponibili, tra l’altro analoghi a quelli della segregazione razziale, bensì su principi e valori immateriali quali la dignità e il divieto di qualsiasi forma di discriminazione.

²⁸La Virginia sosteneva la legittimità delle sue norme penali che impedivano i matrimoni interrazziali: in base ad esse i bianchi ed i neri erano soggetti alla stessa pena. La Corte Suprema demolì tale argomentazione, riconoscendo che il XIV emendamento non poteva ritenersi soddisfatto con la mera uguaglianza formale della pena e che, in generale, ogni volta che il giudice si trova di fronte a norme o prassi che si basano sulla razza, deve ritenerle sospette.

Con tale sentenza viene per la prima volta elaborato il cosiddetto “test di scrutinio”, un percorso logico che i giudici devono seguire per valutare la correttezza delle azioni poste in essere - dal legislatore o dai soggetti privati - per superare la discriminazione o compensare, con attività rimediali, gli effetti della discriminazione passata.

²⁹Cfr. *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 453 (1972) con la quale fu dichiarata l’incostituzionalità - *under the equal protection clause* - della legge che proibiva alle coppie non sposate l’uso di contraccettivi, uso consentito invece alle coppie sposate. Si v. anche *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 484 .486 (1965).

³⁰ R. VOLPI, *La fine della famiglia: la rivoluzione di cui non ci siamo accorti*, Milano, 2007, p. 13; G.B. VARNIER, *Il paradigma matrimoniale dell’Occidente cristiano e le sfide della contemporaneità. Qualche riflessione*, a cura di G. Della Torre, C. Gullo, G. Beni, Città del Vaticano, 2012, p. 497.

³¹ In ogni caso, il diritto tributario rappresento il settore in cui le Corti hanno veicolato il riparo della *equal protection clause*, così come del *substantive due process law*.

D'altronde, al di là delle posizioni giuridiche che nascono da posizioni definite, come quelle lavorative, si possono presentare ulteriori situazioni giuridiche non prevedibili, come il ricovero di urgenza in un ospedale a seguito di un incidente e la conseguente necessità di prestare un consenso in sostituzione del coniuge ricoverato che, a causa dell'infortunio si trovi in una temporanea incapacità di intendere e di volere.

4. Il necessario rapporto di reciprocità tra *substantive due process of law* e *equal protection clause*, per cui il rispetto del primo principio implica anche il rispetto del secondo e viceversa, è centrale nel riconoscimento giuridico del *same-sex marriage*. Prima di soffermarci ulteriormente sulla rivoluzionaria pronuncia della Corte Suprema Federale, *Obergefell v. Hodges*, occorre riferire che il primo consenso a livello statale si è avuto nel Massachusetts ad opera della Corte Suprema Statale nel caso *Goodridge v. Department of Public Health (2003)* ove la Corte muovendo dai numerosi benefici sociali, tributari e successori attribuiti alle coppie unite in matrimonio, e dall'esaltazione dei principi di libertà dell'individuo e di garanzia dell'uguaglianza ha dimostrato come la negazione degli stessi alle coppie omosessuali sia una lapalissiana violazione del principio di uguaglianza. La Corte Suprema dello Stato del Massachusetts segna l'inizio di un percorso incentrato sulla centralità dell'istituto del matrimonio che deve necessariamente coniugarsi in una libertà di espressione nella quale "la decisione di sposarsi o meno e di chi sposare" è identificata quale "uno degli atti della vita, fondamentali alla definizione di se stessi"³².

Seguendo il percorso tracciato dalla Corte Suprema dello Stato del Massachusetts, la Corte Suprema Federale, il 26 giugno 2015, con la sentenza *Obergefell v. Hodges* segna l'inizio di una nuova era, verso un processo di uniformazione del diritto e un pieno riconoscimento dell'extrastatalità dei diritti fondamentali della persona. La Corte ha di fatto proscritto in tutto il territorio statunitense qualunque forma di definizione di matrimonio che lo restringa alle coppie eterosessuali, enunciando che il *same-sex marriage* è un diritto costituzionale protetto dal XIV emendamento della Costituzione che richiede – come è noto - il rispetto del *Due Process Law* e della *Equal Protection Clause* da parte degli Stati.

³² Si v. *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 NE2d 941 (Mass 2003). Per un'analisi approfondita di questa pronuncia si v. P.M. CALIARO, *Il same sex marriage negli Stati Uniti d'America*, Padova, 2006, p. 304.

Invero, il primo rilievo pubblicistico riconosciuto alle unioni omosessuali, in forza dell'indissolubile legame tra il valore della dignità e il principio di eguaglianza, è dato dalla Corte Suprema del Vermont (*Baker v. Vermont* 744 A.2d 864 (vt 1999) che sulla base del nesso tra la *common benefit clause* e il rispetto della natura umana impose il riconoscimento pubblicistico alle unioni omosessuali, riconoscimento prima avvenuto attraverso la normativa delle unioni civili, poi con la legge del 2009, il *Marriage Equality Act*.

Il ricorso per *certiorari* accorpa la richiesta di 14 coppie dello stesso sesso e di due uomini i cui partner omosessuali erano defunti³³. I resistenti sono funzionari statali responsabili per l'applicazione delle leggi in questione. Le accuse addebitate riguardavano il dovere dello Stato di autorizzare *same sex marriage* e il dovere, derivante dal XIV emendamento della Costituzione federale, di ciascuno Stato di accordare pieno riconoscimento ai matrimoni legalmente celebrati in un altro Stato.

Il *reasoning* riconduce il diritto al matrimonio alla giurisprudenza che ha sviluppato la *due process clause*, per cui il *right to marry* delle coppie aventi lo stesso sesso è inerente al concetto di libertà, tutelato dal XIV emendamento e quindi ad una valutazione sulla ragionevolezza della uguaglianza di trattamento con il superamento del requisito della eterosessualità, quest'ultimo basato sullo stereotipo per cui all'identità sessuale corrisponderebbe un ruolo funzionale diverso: per l'uomo il compito di provvedere al sostentamento della famiglia; per la donna un ruolo strettamente legato al focolare domestico³⁴.

Ancora una volta la Corte Suprema Federale ricorre alla tecnica del *constitutional adjudication* che mutua il *Substantive Due Process* per dare valenza e tutela a posizioni giuridiche, ricomprese nel concetto di libertà, ma non ancora unanimemente riconosciute. L'opinione di maggioranza chiarisce a chiare lettere che non intende affermare un *new right*, bensì estendere la protezione di un diritto radicato nella cultura americana che comporta il necessario coinvolgimento di due aspetti, l'uno relativo alla realizzazione individuale, l'altro relativo alla costruzione sociale.

Si ribadisce nuovamente che l'accento non è posto sulla dimensione emancipativa del matrimonio, foriera di digressioni politiche, ma sul dato che esso rappresenta uno degli elementi fondamentali su cui poggia la società civile. Si evince così che strettamente connesso al *right to marry*, contemplato implicitamente nella *Due Process Clause*, è la *Equal Protection Clause*. Il matrimonio esprime una libertà fondamentale che si esplica nell'autonomia individuale, protegge la più intima associazione tra persone, salvaguarda bambini e familiari anche attraverso il legale riconoscimento al diritto all'abitazione, ed è storicamente conosciuto come la pietra miliare dell'ordine sociale, e siccome non esistono differenze tra *same-sex union* e *opposite-sex union* in riferimento al rispetto di questi principi, l'esclusione dal matrimonio delle coppie di stesso sesso comporta la violazione del XIV emendamento.

La Corte ricorre alla concezione di una *living Constitution* che non fa però appello all'originalismo, che presterebbe il fianco a facili manipolazioni³⁵. Ogni ragionamento prende le

³³ Le legislazioni degli Stati delle coppie ricorrenti (Michigan, Kentucky, Ohio e Tennessee) definivano il matrimonio quale un'unione tra uomo ed una donna.

³⁵ Si v. DAVID A. STRAUSS, *The living Constitution*, Oxford University Press, 2010, p. 3 ove vengono sollevate aspre critiche all'orientamento conservatore del *Justice* Antonino Scalia favorevole – secondo l'autore ad un “dead Constitution”.

mosse dalla tradizione giuridica, rilevata non attraverso una ricostruzione mistica del common law³⁶, ma attraverso un'interpretazione razionale che pone luce e valore alle soluzioni e proposte che si sono manifestate nella giurisprudenza nel corso del tempo. D'altronde, l'esegesi dei principi costituzionali è sempre stata compiuta attraverso l'interpretazione di essi resa nelle risoluzioni di controversie, specchio dell'andamento evolutivo del diritto costituzionale. Così, la Corte, dopo un *excursus* storico sull'istituto del matrimonio nelle varie forme di civiltà, ha riferito delle importanti tappe - segnate dalle Corti Supreme - che hanno portato al pieno riconoscimento giuridico dello *status* legale degli omosessuali: dall'attribuzione allo stesso di conseguenze giuridiche penalizzanti e pertanto discriminatorie, alla depenalizzazione di atti omosessuali sino al riconoscimento che limitare il matrimonio solo a persone di sesso diverso costituisce una discriminazione³⁷.

Il Collegio di maggioranza però al termine del suo ragionamento logico-argomentativo, fondato sulla *Due Process Clause* e la *Equal Protection Clause*, rivendica il suo potere contro-maggioritario lì dove l'attesa del consenso della maggioranza possa ulteriormente frustrare i diritti e le libertà fondamentali della persona. Tale "giustificazione" motivata sulla mera necessità di un intervento tempestivo, indebolisce la lunga argomentazione della Corte sulla necessità di preservare la razionalità e il bagaglio di saggezza della tradizione giuridica, svuotando di valenza i propositi enunciati, seppur con toni umili, volti ad elevare la Corte Suprema Federale quale organo maggiormente idoneo alla tutela dei diritti fondamentali. Invero, ciò che deve convincere senza riserve è la sua inclinazione e adeguatezza ad offrire una uniformità di tutela che è sostanziale per la piena attuazione delle libertà fondamentali della persona che trascina con sé la necessità del rispetto del principio di uguaglianza.

Il potere contro-maggioritario, invocato dalla Corte per rafforzare la sua decisione, crea l'appiglio per i giudici dissenzienti che condividono la ricostruzione argomentativa dell'opinione di maggioranza, manifestando dunque pieno consenso nel merito della questione e superando tutte le obiezioni spesso riservate al potere espansivo del *Due Process of law*, mettendo però in discussione la legittimità della Corte di sostituirsi al potere legislativo, rilevando come sia sempre vivo il dibattito politico sulla demarcazione dei rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario.

In particolare Justice Scalia nella sua *dissenting opinion* afferma che la pratica di consentire a nove giudici di sostituirsi al potere democratico del popolo "by extravagant praise of liberty" (...) "robs the People of the most important liberty they asserted in the Declaration of Independence and won in the Revolution of 1776: the freedom to govern themselves".

³⁶L ricostruzione mistica è sempre ricondotta a quella interpretazione che fa spesso appello a ciò che "Founding Fathers would not tolerate", espressione a cui *judges* ricorrono per introdurre un'interpretazione restrittiva di un principio costituzionale.

³⁷ Stigma, dignità, identità e matrimonio sono i termini di supporto del Justice Kennedy che nell'ultimo decennio ha portato al traguardo la staffetta dei diritti civili, partendo da *Romer v. Evans* e giungendo fino ad oggi, passando per *Lawrence v. Texas* e *United States v. Windsor*. In questi termini, M.M. WINKLER, "Continuity and change" nella sentenza della Suprema Corte American sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, in *questionegiustizia.it*.

Le *dissentig opinions* fanno leva sulla mancata legittimità del potere giurisdizionale di decidere su questioni che rientrerebbero nell'ambito della competenza del legislatore statale. Sono incentrate sull'opportunità di regolamentare questa materia attraverso un consenso politico, e pertanto reclamano un intervento del legislatore attraverso la volontà della maggioranza parlamentare. Ma queste obiezioni devono essere superate dal dato che il diritto delle persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio è un diritto la cui esplicazione non può subire limiti di applicazione territoriale, perché è insito nel diritto alla vita e nel diritto alla libertà dell'individuo, intesi come espressione della propria personalità ed individualità. Si tratta di diritti fondamentali che si muovono al di sopra dei parametri territoriali, e non è un caso che le Corti Supreme europee, e non solo, abbiano mostrato forte sensibilità su questo tema, aprendo la strada ad interventi legislativi e talvolta sostituendosi ad essi, pur suscitando obiezioni.

Alle obiezioni sollevate sul ruolo contro-maggioritario dei giudici, lì ove le stesse si radicano nella convinzione che la maggioranza espressa dal popolo attraverso il potere politico sia l'unica espressione di democraticità³⁸, occorre replicare che solo la garanzia dei diritti e delle libertà, anche e soprattutto delle minoranze, assicura la piena attuazione della democrazia³⁹. Questa contrapposizione rappresenta quella, più volte ricorrente, tra i giudici "nazionalisti"⁴⁰, legati all'interpretazione originale del testo costituzionale⁴¹ e i cc.dd. *transnational five*, che anelano ad un'interpretazione dinamica della Costituzione⁴², pertanto intenta ad applicare i concetti alla realtà e restia ad applicare i principi con i significati propri del secolo in cui sono stati adottati⁴³. Ma il rispetto delle minoranze trova asilo proprio nell'operato delle Corti che pongono riparo segnatamente all'inidoneità degli organi di maggioranza politica di tutelare tali diritti, e far sì che questi siano tutelati al pari dei diritti di maggioranza⁴⁴. Le Corti sono il luogo naturale degli interessi

³⁸ Le più aspre critiche sul potere del *judicial review* quale potenzialmente pericolo e elemento contro-maggioritario nel sistema politico americano sono espresse da A. M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 1986, p. 16; M. V. TUSHNET, *Anti-Formalism in recent Constitutional Theory*, in *Michigan Law Review*, vol. 83, n. 6, 1985, p. 1502 ss.

³⁹ In sostegno di tale posizione si v. R. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press, 1996, p. 3 ss.

⁴⁰ Il maggiore esponente era il giudice Scalia, la cui presa di posizione è nota non solo nel caso *Obergefell v. Hodges* ma anche nel caso *Atkins v. Virginia*, 536 US 304, (2002).

⁴¹ L'opportunità o meno di un'interpretazione rigida della Costituzione è un tema sensibile, si v. G. ZAGREBELSKY, P. PORTINARO, J. LUTHER, *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996, p. 167 ss.

⁴² Si v. le preziose pagine di R.H. FALLON Jr., *The Dynamic Constitution*, Cambridge University Press, 2004, *passim*.

⁴³ Espressione che si riferisce a cinque giudici che notoriamente sono più Progressisti": Stevens, O'Connor, Kennedy, Ginsburg e Breyer. Un conflitto che rapidamente può essere trasposto in un conflitto politico come ben spiega R.H. BORK, *Coercing Virtue: The Worldwide Rule of Judge*, 2002, trad. it., *Il giudice sovrano*, a cura di S. Sileoni, Macerata, 2004, pp. 8-9.

⁴⁴ P. GROSSI, *Principio democratico e giurisdizione*, in *Scritti in onore di Serio Galeotti*, Milano, 1998, p. 721 ss., B. FRIEDMAN, *The History of Counter-majoritarian Difficulty. Part One: The Road to Judicial Supremacy*, in *New York University Review*, 73, 1998, p. 333 ss.

minoritari e anche di quelli diffusi e collettivi e per questo il dialogo, inteso come confronto, è estremamente auspicabile⁴⁵. Inoltre, la tutela dei diritti della persona, quale il diritto di esprimere la propria personalità attraverso scelte di vita “familiari” richiede un’uniformazione di disciplina perché si rivela condizione essenziale ed implicita nell’esplicazione dei diritti stessi.

5. Le grandi forze centripete e difformi che caratterizzano il dualismo federale e il “bipartitismo” in seno alla Corte Suprema Federale, se per un verso incentivano innovazioni politiche, attraverso la strumentalizzazione dei ricorsi giudiziari finalizzati a battaglie ideologiche⁴⁶, per altro verso stagnano le prospettive politiche unidirezionali in tema di diritti fondamentali, acuendo la carenza di uniformità.

Essere sposati in uno Stato e vedersi negata la validità di tale status in un altro Stato è una circostanza – fino a due anni fa ricorrente negli Stati Uniti - che promuove precarietà ed incertezza giuridica, lì dove, invece, tale diritto, quale diritto fondamentale, richiede - senza deroghe - carattere di assolutezza.

La Corte Suprema Federale oggi ha superato in tal modo l’incertezza giuridica legata alla duplicità di *status*, prima possibili a seconda dell’orientamento sessuale della coppia, con tutte le sue possibili declinazioni, come quella sul piano fiscale, che viene bandita dalla opinione di maggioranza della Corte Suprema Federale. Diverse discipline del matrimonio, che escludevano o ricomprendevano le coppie omosessuali, non superavano l’eventualità - meno rara di quanto si possa pensare - che i due status, di coniuge di una coppia omosessuale e di coniuge di una coppia eterosessuale, potessero sovrapporsi⁴⁷, con le inevitabili pericolosissime conseguenze sul piano della certezza del diritto⁴⁸.

⁴⁵ Il dialogo tra le corti dei diversi Stati e quelle federali può essere identificato come una forma di confronto. Cosa diversa, invece, quando le giurisdizioni appartengono a sistemi costituzionali diversi; in questo caso è più opportuno parlare di influenza, di fertilizzazione, di qui il fenomeno di cross-fertilization.

⁴⁶ Thomas F. BURKE, *Lawyers, Lawsuits, and Legal Rights: The Battle over Litigation in American Society*, Berkley University Press, 2004, p. 22 e ss.

⁴⁷ Si pensi al caso in cui un coniuge o partner di matrimonio omosessuale di un’unione civile si unisca in matrimonio con un partner eterosessuale in un altro Stato.

⁴⁸ Problemi analoghi sorgono anche per il riconoscimento delle unioni civili. Difatti, nei numerosi paesi, che ad oggi non ammettono le coppie omosessuali al matrimonio, si pone il problema della riconoscibilità nell’ordinamento interno di tali unioni con l’individuazione di procedure e regolamentazioni, indicanti i termini di ammissione delle iscrizioni di tali unioni nei registri civili. Ad esempio in Italia la legge del 20 maggio 2016, n. 76, avente ad oggetto la “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze” (in GU Serie Generale n.118 del 21-5-2016), oltre a non riconosce il matrimonio tra persone dello stesso sesso, stabilisce che «la capacità matrimoniale e le condizioni per contrarre matrimonio» sono regolate «dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio» (art. 27 legge n. 218/1995 diritto internazionale privato. Si v. G. CARELLA, *Condizioni per contrarre matrimonio*, in *Commentario alla legge 31 maggio 1995 n. 218*, a cura di S. Bariatti, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, p. 1157 ss.

Invero, una volta superate le obiezioni sulla legittimità ed opportunità dell'intervento della Corte Suprema Federale (sollevate dalla opinione dissenziente del caso *Obergefell v. Hodges*) un'interpretazione sulla tutela dei diritti fondamentali che non volga lo sguardo al di là dei confini statunitensi rimane ancora riduttiva. I diritti fondamentali cc.dd. "nuovi" sollecitano il ricorso alla comparazione e un'apertura maggiore delle Corti al dialogo, in modo da dare vita ad un *corpus* di diritti universali, costruendo così "una sorta di inedita Costituzione a-territoriale"⁴⁹. Non può negarsi che gli Stati Uniti siano storicamente restii ad ammettere l'utilità e la necessità di un dialogo oltreoceano, inteso quale confronto con le Corti costituzionali straniere⁵⁰; tra l'altro, negli Stati Uniti la tradizione comparatistica è carente e poca attenzione è dedicata allo studio del diritto straniero⁵¹. Inversamente, nell'ambito del più vasto fenomeno della circolazione dei modelli di giustizia costituzionale, il modello americano è stato, specialmente in merito ad alcune scelte, esportato in molti Paesi. In particolare, il *Bill of Rights* statunitense e la giurisprudenza della Corte Suprema in

⁴⁹ Testualmente, Così, M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Bari, 2006, p. 121. Né può negarsi la vocazione ultranazionale della giustizia costituzionale. Al riguardo si v. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, p. 403, ove enuclea come la pena di morte, lo stato psichico dei condannati, i diritti delle persone omosessuali, la regolamentazione dell'aborto, i numerosi aspetti dell'esistenza umana messi in crisi dalle tecniche delle scienze biologiche e via enumerando, sono tutti diritti che hanno una valenza ultraterritoriale.

⁵⁰ Non altrettanto può dirsi dell'atteggiamento delle Corti continentali. A titolo esemplificativo si ricorda come la Corte costituzionale italiana nella sentenza del 1975 sull'aborto che decriminalizzava l'aborto si serviva con espresso richiamo all'argomentazione offerta dalla sentenza *Roe v. Wade* della Corte Suprema degli Usa. Si v. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo delle Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010, p. 22.

Tuttavia, nell'esperienza americana bisogna riferire dei casi- seppur ancora isolati – in cui la Corte Suprema Federale abbia citato una sentenza continentale. Nel celebre caso *Knight v. Florida* (528 U.S. 990,1999) sfociato in un *denial certiorari*, il giudice Breyer nella sua opinione dissenziente, fece riferimento sia al Privy Council, sia alla Corte europea dei diritti dell'uomo, sia ad una decisione delle Corti Suprema dello Zimbabwe che aveva stabilito che l'esecuzione di una sentenza capitale a lunga distanza di tempo dalla condanna è da considerarsi una forma di tortura. O ancora si pensi alla sentenze *Atkins v. Virginia* (536 U.S. 304, 2002) e *Roper v. Simmons* (543 U.S. 551, 2005) che hanno dichiarato incostituzionale la pena di morte comminata a persone mentalmente incapaci e a persone che al momento della commissione del reato erano minori.

⁵¹ Ciò si evince in modo chiaro nei curricula universitari, per poi riflettersi nell'operato del legislatore ed in quello delle Corti. Si v. al riguardo G. SMORTO, *La Comparazione giuridica negli Stati Uniti d'America*, in AA.VV., *Le nuove frontiere della comparazione, Atti del I convegno Nazionale della SIRD*, a cura di L. Antonioli, G.A. Benacchio e R. Toniatti, Trento, 2012, p. 337, ove l'A. indica l'assenza di common core di proposizioni metodologiche e canoni comuni, come la causa di una difficile affermazione del diritto comparato nella comunità scientifica. Inoltre, quando si discorre di diritti fondamentali i termini di un dialogo tra Corti esula dalle tradizionali riflessioni che insigni studiosi hanno voluto rivolgere talvolta alla circolazione dei modelli giuridici, talaltra ai trapianti o ai flussi o innesti. R. SACCO, *Circolazione e mutazione dei modelli giuridici*, in *Digesto IV, sez. civ.*, Vol. II, Torino, 1999; A. WATSON, *Il trapianto di norme giuridiche. Un approccio al diritto comparato*, Napoli, 1984; M. LUPOI, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, 2001. Si v. anche N: IRTI, *La formazione del giurista*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, vol. 3, 2004, p. 647 e ss.

tema di *equal protection clause, privacy*, giusto processo e libertà di manifestazione del pensiero hanno rappresentato un modello da emulare anche per le corti costituzionali di *civil law*⁵².

Invero, più che di dialogo si dovrebbe parlare di *cross-fertilization*, espressione che indica quel fenomeno per cui i giudici costituzionali sono indotti ad attingere dai modelli stranieri⁵³, in particolare da sentenze emblematiche, qualora siano idonee a disciplinare fattispecie e forme di tutela dei diritti fondamentali non pienamente elaborate dalla pronunce delle Corti interne; fenomeno che sembra ancora in uno stato embrionale negli Stati Uniti. Tuttavia, il richiamo della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ad opera di Anthony Kennedy nel caso *Lawrence v. Texas*⁵⁴, sembra aver segnato l'inizio di un nuovo cammino che lascia intravedere una diversa consapevolezza⁵⁵ della Corte Suprema Federale riguardo l'esistenza di una generale condivisione di valori e principi costituzionali tra i vari Paesi ed una incombente necessità di tutela che non sia territorialmente circoscritta. Si percepisce una diffusa coscienza della necessità di un'armonizzazione tra il diritto internazionale e i valori del diritto costituzionale interno, delegata principalmente alla Corte Suprema Federale⁵⁶. Tuttavia, il procedere della Corte Suprema Federale è caratterizzato

⁵² Cfr. A. LESTER, *The Overseas Trade in the American Bill of Rights*, in *88 Columbia L. Review* (1988), p. 543 e ss.; L. PEGORARO, P. DAMIANI, *Il diritto comparato nella giurisprudenza delle Corti costituzionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, p. 411 ss.

⁵³ Il dialogo tra le corti dei diversi Stati e quelle federali può essere identificato come una forma di confronto. Cosa diversa, invece, quando le giurisdizioni appartengono a sistemi costituzionali diversi; in questo caso è più opportuno parlare di influenza, di fertilizzazione, di qui il fenomeno di *cross-fertilization*. Sul processo di *cross-fertilization* si v. l'attenta analisi di G. AUTORINO, *Diritti fondamentali e "cross fertilization": il ruolo delle Corti Supreme*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, IV, p. 2057; G. De VERGOTTINI, *Il dialogo costituzionale tra le Corti*, Napoli, 2010, *passim*; GG. FERRARI, A. GAMBARO, *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli-Roma, 2006, *passim*.

⁵⁴ Al riguardo si v. N. DORSEN, *The Relevance of Foreign Legal Materials in U.S. Constitutional Cases: A Conversation Between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer*, in *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, 2005, p. 519 ss.; M. TUSHNET, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, in *The Yale Law Journal*, vol. 108, 1999, p. 1307.

⁵⁵ Si pensi alle dichiarazioni di stampo palesemente conservativo espresse in *Printz v. U.S.*, 521 U.S. 898 (1997), ove la Corte, nell'opinione di maggioranza, precisa che il ricorso alla comparazione non sia opportuno ai fini interpretativi della Costituzione americana. Ad ogni modo, anche dopo l'apertura manifestatasi in *Lawrence v. Texas*, le reazioni a contrasto non hanno tardato a manifestarsi; così nella Risoluzione "Reaffirmation of American Independence", sottoposta al Congresso dai più di settanta rappresentanti repubblicani e poi dallo stesso approvata, si condanna severamente l'interpretazione del diritto statunitense sulla base di pronunce o leggi di altri ordinamenti, salvo che non ci sia stato un esplicito riferimento nei dibattiti parlamentari. E' evidente che questa Risoluzione si rivela - in modo indiretto - rappresentativa di quella tensione tra il potere legislativo e il potere giudiziario, sempre viva e descrittiva di un rapporto altalenante tra il Congresso e la Corte Suprema Federale, come da ultimo si evince nelle *dissenting opinions* della sentenza *Obergefell v. Hodges*.

⁵⁶ CURTIS A. BRADLEY, *The Supreme Court as a Filter Between International Law and American Constitutionalism*, in *California Law Review*, vol. 104, n. 6, 2016, p. 1567. L'A. compie un'analisi sul ruolo della Corte Suprema Federale di nomofilachia e di promozione del *rule of law*, riportando decisioni della Corte in grado di descrivere quattro scenari: la confluenza dei trattati e dei diritti costituzionali della persona; la relazione tra la forza dei trattati e il federalismo americano; le delegazioni alle autorità in merito a istituzioni internazionali; applicazione interna del diritto consuetudinario internazionale.

sempre da scelte altalenanti, da spinte e contropunte, e proprio in tale altalenanza si può cogliere l'indirizzo del nuovo sentire. Così, non deve sorprendere o essere interpretata quale battuta d'arresto la politica di *self restraint*, adottata nella decisione *United States v. Windsor* (relativa ad un caso analogo a *Lawrence v. Texas*), ove la Corte, pur confermato lo stesso indirizzo, ha evitato qualsiasi riferimento giurisprudenziale straniero mostrando estrema riverenza nei confronti della giurisdizione interna. Per altro verso, non sono mancate le critiche di chi definisce il ruolo e la responsabilità del giudice (soprattutto in occasione della decisione *United States v. Windsor*) come una forma una "*promiscuous opportunity*", ossia un escamotage per giustificare le personali vedute, qualora quest'ultime siano distanti da quelle coerenti con lo *stare decisis* e le scelte del legislatore⁵⁷.

In contrapposizione a questo dissimulato ricorso alla giurisprudenza straniera, la valutazione sull'uso del diritto e del precedente straniero fra i giudici della Corte Suprema Statale è un tema che sta acquistando sempre più consapevolezza scientifica; difatti, tavole rotonde hanno consentito una classificazione e contrapposizione tra i "transnational five" e i nazionalisti: quest'ultimi restii a qualsiasi confronto oltreoceano; i primi, invece, chiamati così proprio perché riferiti ai cinque giudici notoriamente favorevoli all'inserimento del precedente straniero nella prassi giurisprudenziale interna⁵⁸. Uno dei punti di divergenza è l'extrastatalità dei diritti inerenti la persona, *focus* delle irrisolte problematiche che nascono dalla pluralità degli status. Se la legittimità del *same-sex marriage* riduce i casi di violazione del *substantive due process of law* e del *equal protection clause*, persistono le disuguaglianze conseguenti allo *status filiationis*⁵⁹, determinate ad esempio dalla disomogeneità della regolamentazione dettata nel territorio federale in tema di maternità surrogata. L'ambizione di garantire nell'interesse del minore un unico *status filiationis*, in considerazione del superamento di un unico modello familiare⁶⁰ è la nuova sfida delle Corti Supreme, in contesto ove la tutela dei diritti fondamentali è una necessità condivisa; ma ciò sarà possibile prendendo atto che lo

⁵⁷ Il riferimento è al noto saggio di R.A. POSNER, *Foreword: A Political Court*, in *Harvard Law Review*, vol. 119, 2005, p. 3 ss ed in partic. a p. 85.

⁵⁸ In ogni caso, il riferimento alle pronunce straniere da costoro non viene mai considerato vincolante e sempre come forma di approccio ermeneutico di tipo evolutivo. Si v. per un approfondimento L. FABIANO, *Tanto rumore per nulla: il dibattito sull'uso del diritto e del precedente straniero fra i giudici della Corte Suprema Statunitense*, in AA.VV., *I giudici di common law e la (cross)fertilization: i casi di Stati Uniti d'America, Canada, Unione Indiana e Regno Unito*, a cura di P. Martino, Stantarcangelo di Romagna, 2014, p. 22 e ss.

⁵⁹ Sulla necessità dell'unicità dello *status* di figlio alla luce delle fonti internazionali si v. J. LONG, *Il diritto italiano della famiglia alla prova delle fonti internazionali*, Milano, 2006, p. 68 ss.

⁶⁰ *Ex pluribus*, C.M. BIANCA, *Diritto civile.2. La famiglia. Le successioni*, Milano, 1985, p. 9; P. PERLINGIERI, *Riflessioni sull'unità della famiglia*, in *Dir. fam e pers.*, 1970, p. 7 e ss. Sul pluralismo familiare in Europa si v. V. SCALISI, "Famiglia" e "Famiglie" in Europa, Relazione presentata al Convegno, "Persona e comunità familiare", Salerno 28-29 settembre 2012, in www.comparazionediritto.civile.it/. Per un'analisi sullo stravolgimento degli istituti giuridici del matrimonio e della filiazione, attenta alle recenti pronunce giurisprudenziali, nonché agli interventi legislativi, anche nel panorama europeo si v. di M.G. STANZIONE, *Ordine pubblico costituzionale e status filiationis in Italia e negli ordinamenti europei la normativa e l'esperienza giurisprudenziale*, in www.comparazionediritto.civile.it, ma anche M.G. STANZIONE, *Filiazione e "genitorialità". Il problema del terzo genitore*, Torino, 2010, *passim*.

status ha acquistato piena centralità nella tutela dei diritti fondamentali della persona e che l'ineludibile connessione tra diritto e realtà sociale ha registrato un mutato rapporto tra *status* e contratto, scandito non più in una forma di contrapposizione bensì di complementarità dei due termini⁶¹.

⁶¹ In tal senso di L. ROSSI CARLEO, *Status e contratto nel mosaico della famiglia*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, n.1, 2016, p. 221 e ss. ed in particolare a p. 226 sullo status unico di figlio quale completamento del processo di frantumazione del modello codicistico della famiglia. Il contributo di L. Rossi Carleo invita ad una rivisitazione del rapporto tra status e contratto, spiegando che la percezione di questo nuovo rapporto è possibile solo dopo aver preso atto che l'autonomia decisionale è funzionalizzata al perseguimento di "criteri valoriali" e che lo status, inteso - come Santoro Passarelli insegnava - quale presupposto di una serie aperta di poteri e doveri, ha una valenza prevalentemente non individualistica, ma in relazione al rapporto della persona con la comunità. Sul "ritorno dal contratto agli status" si v. P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1986, p. 156.