

«Enjoy liberty as we learn its meaning». *Obergefell v. Hodges* tra libertà, uguaglianza e pari dignità

Angelo Schillaci*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La qualità narrativa della decisione, tra capacità di immaginare e attenzione all'esperienza di vita. – 3. La complessa sinergia tra *due process* ed *equal protection clause*. – 4. Il riferimento alla *dignity* come termine medio del rapporto tra libertà ed uguaglianza. – 5. Corte Suprema, processo politico e sviluppo culturale della comunità.

1. Introduzione

A due anni esatti dalla sentenza *Windsor v. United States* – e a dodici anni esatti dalla sentenza *Lawrence v. Texas* – la Corte Suprema degli Stati Uniti pronuncia una parola definitiva sul diritto delle coppie omosessuali ad accedere all'istituto del matrimonio, in condizioni di piena parità rispetto alle coppie eterosessuali, affermando l'obbligo degli Stati membri della Federazione di consentire la celebrazione di tali matrimoni, così come di riconoscere quelli celebrati in altro Stato membro¹. Si conclude così – almeno provvisoriamente (resta aperto il vasto campo di lotta rappresentato dalla piena tutela antidiscriminatoria nei singoli ambiti di vita) – il lungo cammino (apertosi, a ben vedere, con la sentenza *Romer v. Evans* del 1996) che ha condotto al pieno riconoscimento della (pari) dignità della vita affettiva e familiare omosessuale.

La decisione rileva ben al di là dei confini del diritto costituzionale, e si inserisce come fattore decisivo nell'articolazione del processo di integrazione della comunità politica attorno a percorsi di riconoscimento di nuovi spazi di libertà. Sul piano argomentativo, essa segna indubbiamente il compimento di un percorso che – a partire dai precedenti citati – ha progressivamente spostato il fuoco dell'analisi dai concetti di *privacy* ed *equal protection*, a quelli di *liberty* ed *equal dignity*, aprendo (o forse consolidando) nuovi orizzonti nell'interpretazione del XIV emendamento, con particolare riguardo alla mutua implicazione tra *due process clause* ed *equal protection clause*, e dunque tra libertà ed uguaglianza.

* Dottore di ricerca presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza" angelo.schillaci@uniroma1.it.

¹ Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015), sentenza del 26 giugno 2015. Per una ricostruzione del percorso che ha condotto alla sentenza, e delle questioni sottoposte alla Corte, v. C. TOBIAS, "Marriage Equality comes to America", in *Houston Law Review* 2015, p. 13 ss.; con riferimento specifico ai rapporti tra gli Stati membri della Federazione, cfr. M.C. VITUCCI, "In viaggio per i diritti. Coppie omosessuali e diritto internazionale privato", in *Omosessualità, Eguaglianza, Diritti. Desiderio e riconoscimento*, A. SCHILLACI (a cura di), Roma, 2014, p. 112 ss., pp. 118-123.

Simile rilievo si intreccia, peraltro, con quello dell'approfondimento della riflessione sul rapporto tra esperienza costituzionale ed esperienza storica che, come si cercherà di dimostrare, è mediato proprio dalla centralità del riferimento alla libertà personale e all'esercizio dei diritti, intesi come fattori di evoluzione degli istituti giuridici.

Obiettivo di questa analisi è pertanto quello di tracciare – attraverso l'esame degli argomenti usati dalla Corte – una linea di continuità tra percorsi di riconoscimento dell'eguale dignità di esperienze di vita familiare diverse da quella tradizionale, nuove dimensioni del rapporto tra libertà ed uguaglianza e, in definitiva, fondazione dell'esperienza costituzionale sull'allargamento degli spazi di protezione della dignità umana, privilegiandone – in una accezione dinamica – il profilo legato alle pratiche di autodeterminazione e, dunque, agli spazi di esperienza concreta in cui si inverte².

2. La qualità narrativa della decisione, tra capacità di immaginare e attenzione all'esperienza di vita

Tra i vari profili della sentenza ve ne è uno che si presta, in via preliminare, ad inquadrare tale nesso di continuità: si tratta della qualità narrativa della decisione, della capacità, che essa dimostra, di costruire l'argomentazione giuridica sull'evocazione delle concrete situazioni di vita coinvolte, delineando lo scenario sul quale lasciar emergere – nella loro portata giuridica e costituzionale – le pratiche di libertà che domandano riconoscimento³.

La decisione si apre, in effetti, con una narrazione – che a buon titolo ha permesso di definire il lavoro dell'estensore Kennedy nei termini di una «*recitation*»⁴ – delle concrete situazioni di vita che hanno condotto alla richiesta di *certiorari* da parte della Corte d'Appello federale per il Sesto Circuito.

Attraverso le storie di James Obergefell e John Arthur – che devono rimanere, per lo stato dell'Ohio «strangers even in death» –, di April de Boer e Jayne Rowse – che cercano sollievo dalle continue incertezze che l'impossibilità di sposarsi determina nella loro esistenza ed in quella dei loro figli (figli, secondo il di-

² Il dibattito sul concetto di dignità dell'uomo e sulla sua rilevanza giuridico-costituzionale è sterminato, e risente delle diverse precomprensioni culturali che sono alla base di esso: basti rinviare, in questa sede, ai recenti lavori di A. BARAK, *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge, 2015; C. MC CRUDDEN (ed.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, 2014. Per una riflessione sul rapporto tra dignità, libertà ed esperienza, v. per tutti P. RIDOLA, «La dignità dell'uomo e il 'principio libertà' nella cultura costituzionale europea», in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, p. 77 ss. Sulla rilevanza del principio di autodeterminazione affettiva nell'evoluzione del diritto delle famiglie, v. ora le profonde riflessioni di S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2015.

³ Sulla rilevanza dell'apertura alla concreta esperienza di vita, come mezzo per il superamento di approcci trascendentali alla teoria della giustizia, resta fondamentale, ai fini di questa analisi, l'insegnamento di A. SEN, *L'idea di giustizia*, Milano, 2010.

⁴ Così J.M. BALKIN, «Obergefell and Tradition», in *Balkinization* del 28 giugno 2015, disponibile su balkin.blogspot.com.

ritto, di una sola di loro) –, di Ijpe DeKoe (veterano della guerra in Afghanistan) e Thomas Kostura – che vedono il loro matrimonio apparire e sparire ogni volta che attraversano il confine tra due Stati – il giudice Kennedy prepara il terreno alla revisione critica della tradizionale concezione del matrimonio, superando l'esclusività del paradigma eterosessuale.

L'ancoraggio dell'*iter* argomentativo alle concrete situazioni di vita si presenta dunque, fin da subito, come l'occasione per offrire un diverso scenario, una diversa narrazione del rapporto fra tradizione e costruzione del futuro⁵. Come è stato affermato, la «recitation» di Kennedy non mira soltanto a commuovere il lettore, ma a suscitare capacità empatica ed immaginativa, allo scopo di rivelare – in definitiva – che si può «simpatizzare» per le coppie omosessuali per le medesime ragioni che conducono a simpatizzare con le coppie eterosessuali coniugate, attesa l'identità tra le situazioni di vita che richiedono riconoscimento e protezione⁶.

La trattazione dell'evoluzione storica dell'istituto del matrimonio, del suo complesso rapporto con il mutare dei costumi e delle concezioni del mondo, è dunque preceduta da una singolare presentazione delle pratiche di libertà che chiedono riconoscimento e protezione attraverso l'estensione dell'accesso all'istituto del matrimonio; in conseguenza, la stessa revisione critica della tradizionale concezione del matrimonio è condotta muovendo dalle posizioni personali e dagli ambiti di esperienza concreta in cui trovano effettività, e continuamente ritorna ad esse, a dimostrare l'assenza di differenze tali da giustificare un trattamento giuridico differenziato. Ancora, l'incursione così decisa nella situazione di vita delle coppie omosessuali è finalizzata a sottolineare la portata invalidante dell'esclusione dall'accesso all'istituto del matrimonio, con la sua componente di «stigma and injury», strettamente connessa ad una lunga storia di oppressione (puntualmente ricostruita dal giudice Kennedy).

⁵ Nel senso che la decisione in commento chiami in causa anche «il ruolo del giudice nel sanzionare l'equilibrio tra continuità e cambiamento», v. M.M. WINKLER, «*Continuity and change*» nella sentenza della Corte Suprema americana sul matrimonio tra persone dello stesso sesso», in *Questione giustizia* del 15 settembre 2015, disponibile su www.questionegiustizia.it.

⁶ Così ancora J.M. BALKIN, «*Obergefell and Tradition*», cit. Sull'importanza di suscitare una 'capacità di immaginare' come strumento volto a rendere i principi costituzionali di libertà ed uguaglianza «realtà vive, che vanno debitamente articolate e rese reali nella vita di ogni cittadino», affinché questi possa – nel caso del trattamento giuridico dell'omosessualità – «immaginare ciò che gay e lesbiche perseguono e riconoscerlo come qualcosa di fondamentalmente simile alla [sua] personale ricerca di integrità ed espressione personale e sessuale», centrale è l'insegnamento di M.C. NUSSBAUM, *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, Milano, 2011, p. 72, p. 107 ss., p. 108. Sul piano dell'argomentazione costituzionale, le virtualità e i limiti dell'uso del c.d. *pathetic argument* – che tuttavia coincide solo in parte con la narrazione empatizzante di cui diamo conto nell'analisi della decisione – sono stati approfonditi e chiariti, tra gli altri, da J. GREENE, «*Pathetic Argument in Constitutional Law*», in *Columbia Law Review* 2013, p. 1389 ss. Per una analisi della decisione – ed in particolare delle opinioni dissenzienti – sotto il profilo del ricorso ad una retorica del *pathos*, v. ora il bel lavoro di N.G. CEZZI, «I dissensi nel caso *Obergefell*», in corso di pubblicazione su *Genius*, 2/2015.

Infine, si deve sottolineare ancora l'intento – evidente in numerosi passaggi della decisione – di suscitare empatia: particolarmente significativo, a questo proposito, il riferimento della Corte alla «instabilità cui è condannata la vita familiare omosessuale, una instabilità che numerose coppie eterosessuali giudicherebbero insopportabile, se applicata alle loro vite» (p. 17)⁷; o ancora, nella ricostruzione del concetto di matrimonio, la continua insistenza sulle concrete situazioni di vita che richiedono riconoscimento e attendono protezione, volta non soltanto a giustificare l'applicazione della *due process clause*, individuando nel dettaglio il contenuto del diritto fondamentale da tutelare (come meglio vedremo), ma anche a consentire a chi legga di immaginare, solidarizzando, e fare propria l'istanza di giustizia all'esame della Corte.

Più in generale, tutto l'*iter* argomentativo dell'opinione di maggioranza sembra volto a creare uno scenario sociale e culturale condiviso, una nuova narrazione della convivenza, una riproposizione – su basi però assai più larghe – della tradizionale centralità del matrimonio.

Particolarmente esemplificative di simile intento sembrano le ultime battute della sentenza nelle quali, non a caso, viene sottolineata l'eguaglianza dei desideri – le coppie ricorrenti rivendicano «that they respect [marriage] so deeply that they seek to find its fulfillment for themselves» – l'insopportabile solitudine («loneliness») che consegue all'esclusione da «one of the civilization's oldest institution», che si contrappone radicalmente alla richiesta di pari dignità, che la Costituzione non può che garantire loro.

3. La complessa sinergia tra *due process* ed *equal protection clause*

Nel definire il contenuto del diritto al matrimonio – in vista dell'applicazione della *due process clause* – la Corte si pone in continuità con la propria consolidata giurisprudenza che, a partire dal caso *Loving v. Virginia* (relativo al divieto del matrimonio tra bianchi e neri) ha riconosciuto e garantito protezione costituzionale a tale diritto, e la sua natura di «fundamental right under the Due Process Clause» (p. 11). Al momento di interrogarsi sulla possibilità di ricomprendere in tale diritto fondamentale la nuova dimensione rappresentata dalla vita familiare omosessuale, la Corte precisa, in via preliminare, che il riferimento al paradigma eterosessuale – fisiologico nei precedenti richiamati, per ragioni storiche e culturali – non va inteso in senso esclusivo, poiché «le affermazioni della Corte, come quelle di molte altre istituzioni, sono condizionate dal mondo e dal tempo in cui la Corte

⁷ Si tratta, curiosamente, di una esemplificazione che richiama un esperimento condotto nel 2009 dallo psicoanalista M. Blechner, che chiese ad un gruppo di eterosessuali di provare, per un mese, a comportarsi come i gay e le lesbiche che non abbiano rivelato la loro omosessualità (ad es., non menzionare il proprio *partner*, declinare al singolare esperienze vissute in coppia, ecc.), al fine di suscitare empatia e capacità immaginativa. Cfr. M.J. BLECHNER, *Sex Changes. Transformations in Society and Psychoanalysis*, Londra-New York, 2009, citato da V. LINGIARDI, N. VASSALLO, «Classificazioni sospette», prefazione a M.C. NUSSBAUM, *Disgusto e umanità*, *op. cit.*, p. 36.

stessa è immersa» (p. 12). Simile consapevolezza incide in profondità sull'andamento della decisione, consente di comprenderne meglio la portata, anche in relazione al suo rapporto con il dibattito pubblico sul tema e si intreccia, in definitiva, con il problematico profilo della legittimazione dell'intervento della Corte, specie in relazione all'opinione dissenziente del giudice Roberts (v. *infra*, par. 5).

In questa prospettiva, deve essere sottolineato, anzitutto, che dei quattro argomenti che la Corte utilizza per definire il contenuto del diritto al matrimonio solo uno, il quarto, è incentrato sui caratteri dell'istituto: gli altri tre sono ancorati alle posizioni personali coinvolte, e rinviano, in definitiva, al concetto di dignità.

In primo luogo, infatti, la Corte collega il diritto al matrimonio – o meglio, «the right to personal choice regarding marriage» (p. 12) – all'autonomia individuale, cui è inerente, al pari di altre scelte fondamentali riguardanti l'intimità, che godono di protezione costituzionale: come già nella sentenza *Lawrence v. Texas* – immediatamente richiamata – l'ancoraggio alla *privacy* rappresenta solo il punto di partenza di un discorso più complesso, nel quale la sfera intima non è più riguardata soltanto come ambito di protezione negativa dall'ingerenza del potere pubblico⁸, bensì come spazio di esperienza nel quale prendono corpo – attraverso scelte autonome che invocano riconoscimento giuridico – la libertà individuale e, in termini a noi familiari, il libero svolgimento della personalità⁹. «Le scelte in tema di matrimonio», prosegue la Corte echeggiando *Windsor v. United States*, «forgiano il destino di un individuo» (p. 13): la particolare dignità (*dignity*) del vincolo matrimoniale non consegue soltanto dal riferimento alla conformazione tradizionale dell'istituto e alla sua rilevanza sociale, ma dall'attinenza del diritto di sposarsi alla sfera di libertà dell'individuo.

In secondo luogo, la Corte collega la rilevanza costituzionale, ed il carattere fondamentale, del diritto al matrimonio, al fatto che esso sostiene giuridicamente un tipo di unione tra due persone che non ha eguali quanto all'importanza che riveste per le persone che ad essa danno vita: «il diritto al matrimonio», chiarisce la Corte richiamando *Windsor*, «conferisce dignità (*dignifies*) le coppie che desiderano definire se stesse attraverso l'impegno che caratterizza la relazione» (p. 14) e risponde altresì al fondamentale umano desiderio di «companionship and understanding and assurance that while both still live there will be someone to care for the other» (*ibidem*). E se, prosegue la Corte, con la sentenza *Lawrence v. Texas* si era già riconosciuta la dignità della relazione omosessuale come proiezione di libertà in ambito affettivo e non solo sessuale, la «piena promessa di li-

⁸ Molto critica su questo profilo l'opinione dissenziente del giudice Thomas, che – nel contestare il ricorso alla (*substantive*) *due process clause* – ripropone con forza l'idea della libertà come mera *freedom*, riconducendo dunque i diritti fondamentali alla loro originaria funzione di difesa rispetto all'ingerenza da parte del potere pubblico. V. in particolare, p. 7 ss.

⁹ Legge in questo senso l'evoluzione della giurisprudenza statunitense in tema di diritti civili degli omosessuali G. VIGGIANI, *Dal diritto alla privacy al diritto al matrimonio*, Sesto San Giovanni, 2015; per una ricostruzione di tale giurisprudenza, v. anche A. SPERTI, *Omosessualità e diritti: i percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa, 2013 e V. BARSOTTI, *Privacy e orientamento sessuale: una storia americana*, Torino, 2005.

bertà» garantita dalla Costituzione non può fermarsi alla depenalizzazione dei comportamenti sessuali tra omosessuali.

In terzo luogo, la Corte collega la protezione costituzionale del diritto al matrimonio alla salvaguardia della prole, assicurando ai figli la stabilità e la certezza delle relazioni che deriva dal riconoscimento giuridico della relazione tra i loro genitori. L'esclusione delle coppie omosessuali – la cui capacità di creare «loving, supportive families» non è messa in discussione dalla Corte, ed anzi ricavata dall'osservazione della realtà e dalla stessa narrazione delle vicende personali che hanno condotto alla sentenza – dall'accesso al matrimonio pregiudica i loro figli su di un piano almeno duplice, e pertanto confligge con una «premessa centrale» (*central premise*) del diritto di sposarsi (p. 15). Dal punto di vista simbolico, l'assenza di riconoscimento – con il suo portato di «stability and predictability» – impone sui figli lo stigma di vedere le loro famiglie poste su un piano di inferiorità rispetto a quelle cui danno vita le coppie coniugate: come già affermato nella sentenza *Windsor*, il riconoscimento giuridico consentirebbe ai figli di «comprendere, in seno alla comunità e nella vita quotidiana, l'integrità delle loro famiglie, e la loro vicinanza e armonia con le altre famiglie» (*ibidem*). Sul piano giuridico (e materiale), l'assenza di certezza implica notevoli costi, oltre che per i genitori, per i figli, che si vedono «relegati, senza colpa, in una vita familiare incerta»: ne consegue che il divieto di contrarre matrimonio per i *partner* omosessuali «ferisce e umilia» (*harm[s] and humiliate[s]*) i loro figli.

Come si vede, pertanto, i primi tre pilastri su cui la Corte costruisce la portata del diritto di sposarsi sono saldamente ancorati alle posizioni personali che rivendicano riconoscimento, e dunque alle implicazioni fondamentali della dignità delle persone coinvolte: ancora una volta – come già nella sentenza *Windsor* – è la riflessione sulla libertà a guidare la ricostruzione dell'istituto, e non già i caratteri strutturali dell'istituto, mutuati dalla tradizione, a conformare, limitandolo, il contenuto del diritto. Ed è significativo che l'andamento della motivazione punti quasi a tradurre, sul piano giuridico, la portata esistenziale delle storie narrate in apertura della sentenza, ed a suscitare così – sul piano stesso dell'argomentazione costituzionale, con cui il c.d. *pathetic argument* concorre – la capacità di immaginare, articolando su di essa il riconoscimento giuridico, spostando l'empatia dal piano delle emozioni al momento fondativo di un diritto capace di umanità¹⁰: evidente, anche a questo riguardo, l'importanza di centrare l'*iter* argomentativo sulla relazione tra *liberty-personal autonomy* e *dignity*.

A ben vedere, tuttavia, anche la discussione del quarto pilastro – sebbene legato alla dimensione istituzionale del matrimonio, e al suo carattere fondativo della convivenza sociale («a keystone of our social order»), da cui discendono tutti i be-

¹⁰ Nel senso che la «politica dell'umanità» richieda anzitutto di «comprendere le aspirazioni umane di coloro che vogliono sposarsi e le somiglianze tra ciò che essi desiderano e ciò che le persone eterosessuali desiderano», cfr. ancora M. NUSSBAUM, *Disgusto e umanità*, op. cit., p. 192. Sul ruolo del c.d. *pathetic argument* nell'argomentazione costituzionale, v. ancora J. GREENE, *Pathetic Argument...*, cit.

nefici giuridici e materiali legati al vincolo – è immediatamente funzionalizzata alla sottolineatura dello stigma e del pregiudizio («stigma and injury») che ricadono sulle coppie omosessuali in conseguenza del divieto di contrarre matrimonio. In altre parole, l'affermazione della centralità del matrimonio non fa altro che confermare ed approfondire – nell'*iter* argomentativo della Corte – la portata odiosa e l'illegittimità costituzionale della discriminazione subita dai *partner* omosessuali.

La descrizione accurata («careful description», p. 18) del diritto cui riconosce tutela, dunque, non è finalizzata soltanto a consentire l'applicazione della *due process clause*¹¹, ma anche a definire la portata della discriminazione posta in essere attraverso la violazione di quello stesso diritto. Nel nostro caso, la molteplicità di dimensioni del diritto al matrimonio – la sua incidenza su una pluralità di ambiti di esperienza e la sua inerenza alla sfera delle decisioni più intime in cui si realizza l'autonomia personale – appare alla Corte un passaggio necessario per illuminare la connessa violazione della *equal protection clause*, nell'ottica della sinergia tra protezione della libertà e garanzia dell'uguaglianza: in altre parole, la ricostruzione del diritto e dell'istituto rende evidente, come aveva affermato la Corte in apertura, che «le ragioni che rendono il matrimonio fondamentale nel quadro costituzionale si applicano con eguale forza alle coppie omosessuali» (p. 12).

Piuttosto che individuare un *nuovo* diritto – quello al matrimonio omosessuale – la Corte riflette dunque, proprio attraverso la sinergia tra *due process* ed *equal protection clause*, sulla legittimità dell'esclusione delle coppie omosessuali dall'accesso all'istituto matrimoniale, alla luce della ricostruzione del contenuto del diritto al matrimonio e dei caratteri fondamentali dell'istituto. Come nei casi *Loving*, *Turner* e *Zablocki*, non è di *nuovi* diritti che si tratta, ma dell'evoluzione dell'unico diritto al matrimonio, ricostruita attraverso il prisma del giudizio antidiscriminatorio (e, come vedremo, della sua storicizzazione): ciascuno di questi casi, chiarisce la Corte, aveva infatti ad oggetto il diritto al matrimonio «complessivamente considerato» e si interrogava piuttosto sull'esistenza di una «sufficiente giustificazione per escludere le classi di situazioni di volta in volta considerate dall'accesso al matrimonio» (p. 18).

¹¹ La Corte richiama, a questo proposito (e per superarne le rigidità), il noto precedente *Washington v. Glucksberg* (521 U.S. 702, 1997, sentenza del 26 giugno 1997, nel quale – al fine di circoscrivere le possibilità di dedurre dalla clausola di *Due Process*, intesa in senso sostanziale, i c.d. *implied rights*, aveva ravvisato tra l'altro la necessità di descrivere in modo particolarmente accurato il diritto, definendone il contenuto «in a most circumscribed manner, with central reference to specific historical practice» (p. 18 op. magg.). Sul rapporto tra *Obergefell* e *Glucksberg*, v. J.M. BALKIN, «Bye bye Glucksberg», in *Balkinization* del 27 giugno 2015, disponibile su balkin.blogspot.com nonché, con accenti marcatamente critici, C. GREEN, «Oh well, we know better», in *SCOTUSBlog* del 26 giugno 2015, disponibile su www.scotusblog.com. Sull'uso della *substantial due process clause* in questa sentenza, v. le osservazioni critiche di G. ROMEO, «For better, for worse: il diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso nel difficile equilibrio tra spinte *countermajoritarian* e radicamento nella tradizione», in *SIDIBlog* del 24 luglio 2015, disponibile su www.sidi-isil.org/sidiblog, ma anche A. KOPPELMAN, «The Supreme Court made the right call on marriage equality – but they did it the wrong way», in *Salon* del 29 giugno 2015, disponibile su www.salon.com.

L'applicazione di questo modello argomentativo nel caso in esame conduce così la maggioranza a concludere che «nel quadro costituzionale, le coppie omosessuali ricercano nel matrimonio lo stesso trattamento giuridico accordato alle coppie eterosessuali: le scelte dei *partner* verrebbero denigrate, e la loro personalità mortificata e umiliata, qualora si persistesse nell'escluderli dal godimento del diritto di sposarsi» («it would disparage their choices and diminish their personhood», p. 19).

Da un lato, dunque, la riflessione sulla *liberty* è centrale nell'individuazione delle nuove dimensioni del diritto al matrimonio da riconoscere e tutelare, e dunque nell'applicazione della *due process clause*, sotto il profilo della sostenibilità costituzionale dell'esclusione dei *partner* omosessuali dall'accesso al matrimonio; d'altro canto, quella stessa riflessione è illuminata dall'analisi della concreta portata della discriminazione in atto tra coppie eterosessuali coniugate e coppie omosessuali.

Allo stesso tempo, entrambi gli argomenti sono caratterizzati da una forte personalizzazione delle istanze, che si traduce in una vera e propria curvatura 'dignitaria' del giudizio: essa si accompagna, peraltro, ad una marcata attenzione verso lo sviluppo storico delle dimensioni del diritto fondamentale al matrimonio, e dell'istituto in cui esso continuamente ritrova la propria effettività.

Due process ed *equal protection clause*, chiarisce la Corte nel passaggio forse centrale della propria argomentazione, appaiono «profondamente connesse, pur ponendo principi indipendenti tra loro»¹²: in particolare, questa stretta relazione tra libertà ed eguaglianza si traduce in una vera e propria sinergia, sul piano argomentativo ma anche su quello sostanziale, nella misura in cui consente di precisare al meglio, come si è visto, il contenuto del diritto da proteggere. In definitiva, come afferma la Corte, «l'interrelazione tra i due principi promuove la nostra comprensione di ciò che la libertà è e deve divenire» («this interrelation of the two principles furthers our understanding of what freedom is and must become», p. 19).

Come nel caso *Loving v. Virginia* e negli altri precedenti relativi alla portata del diritto al matrimonio, ciascuno dei due concetti conduce ad una più profonda comprensione dell'altro («each concept – liberty and equal protection – leads to a stronger understanding of the other», p. 20). In particolare, se in *Loving*, «reasons why marriage is a fundamental right became more clear and compelling from a full awareness and understanding of the hurt that resulted from laws barring interracial unions» (*ibidem*), in *Zablocki* e negli altri precedenti in materia richiamati dalla Corte «Equal Protection Clause can help to identify and correct inequalities in the institution of marriage, vindicating precepts of liberty and equality under the Constitution» (p. 21).

¹² Sul rapporto controverso tra le due clausole nella sentenza in esame, e per un suo inquadramento nella giurisprudenza della Corte suprema, v. S. CHRISS, D.C. WRIGHT, "The continuing battle over equal rights for sexual minorities in the United States", in corso di pubblicazione su *Genius*, 2/2015, nonché – più in generale – l'interessante lavoro di W.N. ERSKRIDGE, "Original Meaning and Marriage Equality", in *Houston Law Review* 2015, p. 1067 ss.

In altre parole, il carattere *unequal* delle leggi sottoposte all'esame della Corte discende dalla circostanza che il trattamento differenziato non può trovare giustificazione proprio perché attraverso la discriminazione è violata una sfera di libertà protetta dal XIV emendamento; perché la discriminazione – traducendosi nell'imposizione su gay e lesbiche di una «disability» – «ha l'effetto di negare loro rispetto e di metterli in una posizione di subordinazione» («serves to disrespect and subordinate them», p. 22), qualcosa che è vietato dal disposto combinato e sinergico delle due clausole. Il giudizio antidiscriminatorio, dunque, è rivolto a superare una situazione di subordinazione e, dunque, a proteggere la libertà riconoscendo un nuovo spazio di esperienza in cui essa può trovare effettività.

4. Il riferimento alla *dignity* come termine medio del rapporto tra libertà ed uguaglianza

Proprio i caratteri dell'intervento antidiscriminatorio della Corte, ed il suo stretto legame con il riferimento alla dignità, sembrano segnare il punto più controverso della sentenza, ed hanno suscitato critiche aspre. Oggetto di critiche è stato, in particolare, il tentativo di combinare il ricorso alle clausole dell'*equal protection* e del *due process*, curvando il giudizio antidiscriminatorio su una forte personalizzazione dell'istanza di riconoscimento: si è sostenuto, a questo proposito, che l'opinione di maggioranza sia sostenuta esclusivamente da un «vago parlare di dignità»¹³. O ancora, si è sottolineato il mancato utilizzo di tutti gli strumenti che la clausola della *equal protection* avrebbe pure messo a disposizione della maggioranza, con riferimento alle figure classiche del giudizio di eguaglianza, ed in particolare al concetto di *suspect classification*: ad esempio, ricondurre la discriminazione matrimoniale degli omosessuali alla classificazione sospetta avrebbe potuto

¹³ Simile critica è stata testualmente mossa alla maggioranza da A. KOPPELMANN, “Anthony Kennedy’s awkward gay-marriage devolution: why his SCOTUS opinion was imperfect – but also deeply profound”, in *Salon* del 2 luglio 2015, disponibile su www.salon.com. Essa si intreccia, a ben vedere, con la stessa critica all'uso del c.d. *due process* in senso sostanziale, come reso evidente dall'opinione dissidente del giudice Thomas, specie laddove – nel censurare il ricorso della maggioranza al concetto di dignità, rileva non solo che «the Constitution contains no ‘dignity’ Clause» ma anche che la declinazione della dignità fatta propria dalla maggioranza non considera che – nella tradizionale concezione della libertà nei termini negativi di *freedom* – la dignità stessa è una dote innata, che il diritto non può riconoscere, né eliminare: si tratta, in buona sostanza, della radicale negazione della possibilità di costruire un concetto ‘giuridico’ di dignità: cfr. p. 16 ss. del *dissent*. Particolarmente efficace, a questo riguardo, la critica di J.M. BALKIN, “Obergefell and Equality”, in *Balkinization* del 28 giugno 2015, disponibile su balkin.blogspot.com, specie laddove afferma, suggestivamente, che «the best version of Kennedy’s argument is not that the state creates dignity or can take it away. Rather, it is that the state has an obligation to respect and recognize the inherent dignity of the people who live within its borders. The state violates this obligation when it fails to accord people equal respect and concern».

preparare il terreno – si sostiene – ad ulteriori interventi della Corte in chiave antidiscriminatoria (ad esempio, sul luogo di lavoro)¹⁴.

Purtuttavia, il riferimento alla dignità e all'autonomia personale – peraltro strettamente legato alla cifra stilistica della sentenza ed al tentativo di suscitare processi empatici e confronti immaginativi – consente alla maggioranza di superare una astratta comparazione tra il matrimonio tradizionale e la forma di unione che chiede di essere riconosciuta in tale forma, a favore di una considerazione più decisa delle istanze personali e degli interessi concretamente coinvolti. Su questa stessa base si fonda, a ben vedere, la sinergia tra la protezione offerta dalla *due process clause* – vale a dire lo scrutinio severo sulla limitazione dei diritti fondamentali, anche non enumerati in Costituzione – e quella offerta dalla *equal protection clause*: ad essere in gioco, in altre parole, è la relazione tra libertà ed eguaglianza, che si manifesta sia sul piano argomentativo, sia sul piano dei concreti itinerari del riconoscimento¹⁵.

Non vi è discontinuità, peraltro, tra la forte personalizzazione dell'istanza di riconoscimento – perseguita con decisione dalla Corte, in linea con i precedenti *Lawrence* e *Windsor* – e i caratteri peculiari che assume, nel caso in esame, il giudizio di eguaglianza.

Tutto al contrario, il riferimento alla dignità – coperto in numerosi passaggi, ma consacrato nelle battute conclusive della sentenza, che identificano la domanda di riconoscimento nei termini di una richiesta di «pari dignità» («they ask for equal dignity in the eyes of the law», p. 28) – consente alla maggioranza di fare uso della *equal protection clause* al fine di superare una condizione di stigma e subordinazione, pure in assenza del ricorso alle tradizionali figure del giudizio di eguaglianza¹⁶.

In altre parole, il rilievo centrale assunto dall'autodeterminazione personale – e dunque dall'argomento dignitario¹⁷ – si pone, in questa ottica, come termine medio tra libertà ed eguaglianza, illuminando il rapporto tra le due clausole e, di

¹⁴ Sui caratteri del ricorso alla *equal protection clause* in questa decisione, v. anzitutto J.M. BALKIN, “Obergefell and Equality”, cit., nonché, in Italia, M.M. WINKLER, “‘Continuity and change’...”, cit. Alcuni autori, in una prospettiva critica, hanno sottolineato le diverse potenzialità del ricorso alle tradizionali figure del giudizio di eguaglianza: ad es., con riferimento al concetto di *suspect classification* v. N. GOETTING, “More than just the last gay marriage case”, in *National Lawyers Guild Review* 2015, p. 55 ss., mentre sui diversi esiti cui avrebbe potuto condurre il ricorso al *sex discrimination argument*, cfr. R. PRIMUS, “Obergefell: wishing for some Equal Protection”, in *Balkanization* del 26 giugno 2015, disponibile su balkin.blogspot.com.

¹⁵ Si manifesta anche in questo caso, pertanto, la controversa tendenza del giudizio antidiscriminatorio a spostarsi dal terreno dell'applicazione formale del principio di uguaglianza alla considerazione degli interessi individuali e delle concrete istanze di riconoscimento, nel quadro di una vera e propria ‘svolta’ dignitaria, ricostruita in modo assai suggestivo (e critico) da S. NICCOLAI, “Il dibattito intorno alla svolta universalistica e dignitaria del diritto antidiscriminatorio”, in *Diritto e società* 2014, p. 313 ss.

¹⁶ Nel senso che «the language of stigma and demeaning sounds in civil equality, and the anti-subordination principle», cfr. J.M. BALKIN, “Obergefell and Equality”, cit.

¹⁷ Ancora nella prospettiva indicata da P. RIDOLA, “La dignità dell'uomo...”, cit.

conseguenza, il vero e proprio processo di apprendimento della concreta portata della libertà protetta dalla Costituzione.

L'aggancio del giudizio di eguaglianza alla dimensione soggettiva incide anche sulla sua storicizzazione. Afferma infatti la Corte che la percezione dell'ingiustizia di un trattamento differenziato può rivelarsi con diversa intensità nel corso del tempo, giacché «nuove percezioni e comprensioni da parte della società possono rivelare nuove dimensioni di ineguaglianza ingiustificata [...] che in altri momenti non erano state sottolineate e messe in discussione» (p. 20).

Il rapporto sinergico tra libertà ed eguaglianza – che fonda il ricorso congiunto alle due clausole del XIV emendamento – si traduce, pertanto, sul piano argomentativo, in una forte apertura all'evoluzione dei costumi e allo stesso sviluppo storico dell'ordinamento: simile apertura, lungi dal tradursi in un'acritica adesione alle mutate percezioni del corpo sociale, articola un processo di apprendimento culturale, di rappresentazione e nuova comprensione delle dimensioni della libertà, che vedono nell'interpretazione costituzionale – nell'ancoraggio al quadro costituzionale di riferimento – uno strumento critico essenziale¹⁸.

Questa stessa apertura si riscontra – ed è anzi rivelata in una sua ulteriore sfaccettatura – con riferimento alla definizione del contenuto del diritto, funzionale all'applicazione della *due process clause*, ad ulteriore riprova della stretta interconnessione tra le due clausole.

Centrale, in questo senso, il riferimento della Corte al rapporto tra nuove pratiche di libertà ed evoluzione del contenuto del diritto, che si riscontra in almeno due passaggi della decisione. In primo luogo, quando la Corte, nell'affrontare l'evoluzione della condizione omosessuale negli Stati Uniti, opera un riferimento in parte inedito – accanto alla citazione dello sviluppo della posizione dell'*American Psychological Association*, e al ricordo delle pesanti discriminazioni subite dalla comunità omosessuale – al mutamento delle pratiche di libertà e ad una diversa presa di coscienza di sé da parte degli omosessuali, sottolineando l'importanza del fatto che, a partire dall'ultimo quarto del XX secolo, le coppie omosessuali abbiano iniziato a vivere apertamente e pubblicamente la propria condizione (p. 8)¹⁹. In secondo luogo, quando la Corte, nel declinare i confini della «careful description» del diritto al matrimonio, rifiuta di fare riferimento alla comprensione che del diritto si può avere guardando alle pratiche che lo hanno conformato in passato, giacché, così facendo, si finirebbe per impedire –

¹⁸ Le virtualità e i rischi del ricorso all'argomento sociologico nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti civili degli omosessuali sono stati ben messi in luce da R. IBRIDO, ad esempio da ultimo in «L'argomento sociologico nella giurisprudenza costituzionale in materia di orientamento sessuale. Esperienze e casi», in corso di pubblicazione su *Genius*, 2/2015.

¹⁹ Assai significative, in questo senso, le affermazioni di M.C. NUSSBAUM, *Disgusto e umanità*, *op. cit.*, p. 135: «La segretezza aveva alimentato la politica del disgusto, rendendo possibile descrivere gay e lesbiche come diversi dagli ordinari cittadini. Il *coming out*, assieme alle dinamiche quotidiane dell'immaginazione, della sollecitudine e dell'amicizia ebbero un effetto significativo sulle percezioni della gente».

sulla base di «received practices» – nuove domande di riconoscimento, arginando, possiamo aggiungere, la stessa costruzione del futuro²⁰.

Ad essere in gioco, in altre parole, è il legame tra tradizione e innovazione, mediato dal rilievo centrale delle pratiche di libertà: su di un piano strettamente costituzionale – e facendo ricorso a concetti più familiari per il giurista europeo – l'analisi di questo profilo argomentativo della sentenza rinvia, in definitiva, alla stessa tensione tra la garanzia di istituto, come strumento di protezione dei diritti fondamentali, e l'allargamento degli spazi di libertà che ne condizionano l'evoluzione²¹.

Nel caso del matrimonio, come si vede chiaramente nella sentenza in commento, l'attenzione alle nuove dimensioni di vita che chiedono di essere riconosciute consente all'ordinamento – in misura maggiore rispetto ad argomentazioni dogmatizzanti, legate ai caratteri immutabili dell'istituto²² – di accompagnare processi di sviluppo culturale e sociale, mantenendo fermo sullo sfondo il riferimento al quadro costituzionale e all'obiettivo di promozione della libertà e dell'eguaglianza. Il rapporto tra esperienza costituzionale ed esperienza storica risulta così saldamente ancorato nelle dinamiche della libertà umana, e nei percorsi di riconoscimento di nuovi profili dell'immagine della persona umana rilevante sul piano costituzionale: «i diritti», afferma il giudice Kennedy, «non sono definiti solo dalle fonti tradizionali» ma discendono altresì da «una meglio informata comprensione del modo in cui gli imperativi costituzionali definiscono sfere di libertà che restano rilevanti nella nostra epoca» (p. 19).

5. Corte Suprema, processo politico e sviluppo culturale della comunità

Il dibattito sul metodo seguito dalla maggioranza nell'affrontare la questione, e sugli argomenti utilizzati si intreccia, a ben vedere, con quello relativo al ruolo della Corte.

Le posizioni critiche, comprese talune opinioni dissenzienti, spostano continuamente il fuoco dell'analisi dal suo centro – la caratura costituzionale della questione del diritto dei *partner* omosessuali a contrarre matrimonio – ad argomenti di tipo extragiuridico (quale la nozione tradizionale e religiosa di matrimonio; la natura dell'orientamento omosessuale; la volontà della maggioranza del corpo sociale), spesso accompagnando tale impostazione alla rivendicazione della

²⁰ Vale riportare il passaggio, nella versione originale: «If rights were defined by who exercised them in the past, then received practices could serve as their own continued justification and new groups could not invoke rights one denied» (p. 18).

²¹ Si consenta il rinvio, sul punto, ad A. SCHILLACI, «Costruire il futuro. Omosessualità e matrimonio», in *Omosessualità, Eguaglianza, Diritti*, cit., p. 195 ss.

²² Non a caso, l'argomentazione che muove dall'istituto e dai suoi caratteri immutabili è molto presente nei commentatori più critici della decisione: cfr. ad esempio, K. DUNCAN, «Overruling Windsor», in *SCOTUSBlog* del 27 giugno 2015, disponibile su www.scotusblog.com.

centralità del processo politico, di contro alla funzione di giudice dei diritti assunta dalla Corte Suprema²³.

Allo stesso modo, molti dei commentatori che hanno rivendicato l'uso di altre figure del giudizio di eguaglianza mostrano di non comprendere appieno lo spessore costituzionale dell'intreccio tra libertà, autodeterminazione affettiva, eguaglianza e dignità.

Il problema del rapporto tra Corte e processo politico si pone, infatti, nella misura in cui la 'questione omosessuale' venga interpretata come questione politica e morale, da ricondurre alla dialettica pluralistica, al libero gioco delle opinioni e non – come invece fa, correttamente, l'opinione di maggioranza (e come è doveroso, se si assume il punto di vista giuridico) – come questione autenticamente costituzionale, perché inerente alla libertà e alla pari dignità degli individui²⁴.

A ben vedere, la degradazione della questione omosessuale a questione politica e morale pervade la stessa opinione dissenziente del giudice Roberts²⁵ che, non a caso, è incentrata sulla necessità che la Corte mostri deferenza verso il processo politico e verso la dialettica maggioranza-minoranze nel quadro pluralistico, e conclude affermando «do not celebrate the Constitution. It had nothing to do with it».

Allo stesso modo, tuttavia, la difficoltà di cogliere la caratura prettamente costituzionale della questione si avverte anche in quanti – nell'intento di legittimare l'intervento della Corte – sottolineano l'importanza della consonanza tra la decisione e gli orientamenti maggioritari in seno alla comunità politica. Simile rilievo – che si intreccia a sua volta strettamente con le problematiche relative al ricorso al c.d. argomento sociologico da parte dei giudici – può essere condiviso solo se inserito in un discorso più ampio. Se è vero, infatti, che la lotta per il riconoscimento dei diritti degli omosessuali – dalla battaglia per la libertà sessuale, fino alla richiesta di protezione della vita familiare – si inquadra in un processo di sviluppo culturale della società, deve essere tuttavia sottolineata e ribadita – come tratto distintivo della gestione del conflitto pluralistico nelle società contemporanee – la fondamentale interazione tra processi sociali e quadro costituzionale di riferimento, attraverso la mediazione degli attori politici, sociali, culturali, così come degli operatori giuridici e dunque delle Corti²⁶. Diversamente argomentan-

²³ È il caso, ad esempio, dell'opinione dissenziente del Chief Justice Roberts – tutta incentrata sui limiti dell'intervento della Corte in questioni politicamente e moralmente sensibili – che non è tuttavia possibile, in questa sede, approfondire compiutamente. Tra i commentatori, v. ad esempio C. GREEN, "Oh, well, we know better", cit., ma anche D. UPHAM, "A tremendous defeat for 'We, the people'", in *SCOTUSBlog* del 26 giugno 2015, disponibile su www.scotusblog.com.

²⁴ In una prospettiva analoga, v. ancora M.M. WINKLER, "Continuity and change...", cit.

²⁵ In questo senso, v. ad esempio i commenti assai suggestivi di R. POSNER, "The Chief Justice dissent is heartless", in *Slate* del 27 giugno 2015, disponibile su www.slate.com, e di C.R. SUNSTEIN, "Gay Marriage Shows Court at its Best", in *Bloombergview* del 26 giugno 2015, disponibile su www.bloombergview.com.

²⁶ In questo senso, e proprio con riferimento al rapporto tra protezione dei diritti e gestione del conflitto pluralistico, cfr. per tutti P. RIDOLA, "Garanzie costituzionali e dimensioni dei diritti di libertà", in ID., *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997, p. 1 ss.

do, verrebbe ad essere sminuita – assieme alla funzione c.d. ‘contromaggioritaria’ delle Corti – la stessa funzione di protezione dei diritti fondamentali, inscindibilmente connessa al sindacato di costituzionalità²⁷.

Ridurre una decisione come quella in esame esclusivamente a mera ‘cassa di risonanza’ di orientamenti sociali, anche eventualmente problematizzandone la consonanza con detti orientamenti, rischia di rendere fragile il riconoscimento ottenuto, ponendosi – seppur per contrasto – nello stesso orizzonte culturale e metodologico delle opinioni dissenzienti. Questo, lo si ripete, non può che rappresentare solo uno degli elementi di un discorso più ampio, che miri a ricostruire il rapporto tra interpretazione costituzionale e sviluppo storico della comunità di riferimento sulla base di una continua interazione dialettica tra attori sociali, politici, culturali e giuridici: la storia degli Stati Uniti – specie a partire dal secondo dopoguerra – è costellata di esempi che mostrano come la giurisprudenza della Corte Suprema abbia rappresentato il punto di emersione di processi evolutivi più profondi²⁸: con essi, l’interpretazione costituzionale entra in relazione critica,

²⁷ È la stessa maggioranza a rivendicare, nelle battute conclusive della sentenza, la fondamentale funzione di giudice dei diritti, che resta centrale – anche in chiave contromaggioritaria – «even when protecting individual rights affects issues of the utmost importance and sensitivity»: «The dynamic of our constitutional system», chiarisce infatti la Corte, «is that individuals need not await legislative action before asserting a fundamental right [...] an individual can invoke a right to constitutional protection when he or she is harmed, even if the broader public disagrees and even if the legislature refuses to act». La letteratura sulla funzione contromaggioritaria della Corte Suprema e sul suo carattere problematico è sterminata, almeno a partire dal noto lavoro di A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New York, 1986; per una ricostruzione del dibattito v. tuttavia C. PINELLI, “Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema”, in AA. VV., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2010, p. 11 ss. Con specifico riferimento alla decisione in esame v. invece J. SCHAEFFER, “The Constitution has everything to do with it”, in *SCOTUSBlog* del 26 giugno 2015, disponibile su www.scotusblog.com, e S. SANDERS, “Sometimes it takes unelected Justices, not the political process, to give Americans the law they really want”, ivi, nonché, in prospettiva critica, G. ROMEO, “For better, for worse”, *op. cit.*

²⁸ Nel senso che «continual interactions between civil society actors, political actors, lawyers and judges shape people’s constitutional ideas and judgements» e che, nella vicenda in esame «mechanisms of social influence, which operate in politics, law and culture, changed many Americans’ minds about liberty and equality, and about the justness of recognizing same-sex marriage», v. J.M. BALKIN, “Obergefell, Democratic Constitutionalism, and Judicial Review”, in *Balkinization* del 29 giugno 2015, disponibile su balkin.blogspot.com, che rinvia – oltre che alla propria elaborazione del c.d. *living originalism* (cfr. ID., *Living Originalism*, Cambridge Mass., 2011) – alla corrente del c.d. *democratic constitutionalism* (che ha in R. Post e R. Siegel i principali esponenti): in entrambe le posizioni, assume un’importanza centrale l’interazione critica e cooperativa tra le Corti, gli operatori giuridici, gli attori sociali e il processo politico, nell’evoluzione dei percorsi dell’interpretazione costituzionale. Nel settore specifico della protezione dei diritti civili, è d’obbligo il richiamo – in quest’ottica – a due opere fondamentali: B. ACKERMAN, *The Civil Rights Revolution*, Cambridge Mass., 2014, specie p. 288 ss., e la più risalente C.R. EPP, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, 1998. Sul ruolo degli attori sociali, ed in particolare dei movimenti v. anche J.M. BALKIN, R. SIEGEL, “Principles, Practices and Social Movements”, in *Pennsylvania Law Review* 2005-2006, p. 927 ss.;

accompagnando i processi di sviluppo e riferendoli al quadro costituzionale, orizzonte di liberazione e promozione della persona.

Si realizza, come è stato efficacemente affermato, un significativo «intreccio tra concezioni dell'esperienza delle relazioni umane e della convivenza, da un lato, e interpretazione costituzionale, dall'altro»²⁹: ove esso determini, come in questo caso, l'apertura del processo ermeneutico alla considerazione di nuove dimensioni della libertà e all'accoglimento di domande di riconoscimento e protezione (ma anche, con maggior fatica e apertura di nuovi fronti di lotta, nel caso opposto), quello stesso intreccio finisce per iscriversi in un vero e proprio processo di apprendimento evolutivo delle potenzialità insite nel testo costituzionale – soprattutto attraverso la maturazione della coscienza di ciò che la libertà è *e deve divenire* – che invera la funzione di integrazione della comunità politica affidata alla Costituzione. «La natura dell'ingiustizia» afferma l'opinione di maggioranza «è tale da far sì che essa possa non essere percepita in ogni tempo in cui si manifesti»: proprio per questo, gli autori del catalogo costituzionale dei diritti hanno affidato alle future generazioni una carta che garantisca a tutti il «diritto di godere della libertà, per come continuamente ne viene appreso [e ridefinito, aggiungiamo] il significato».

In quest'ottica, prosegue la sentenza, anche la mutata comprensione del matrimonio – e degli ambiti di libertà che esso protegge – è caratteristica di una nazione in cui «nuove dimensioni di libertà si rivelano a nuove generazioni, spesso attraverso prospettive [minoritarie e marginali, aggiungiamo] che nascono come rivendicazioni di protesta e successivamente vengono considerate nella sfera politica e processuale».

Proprio tale aspetto della sentenza sembra segnare – peraltro – il punto di contatto tra i profili strettamente tecnico-giuridici e il più ampio rilievo che essa assume sul piano dello sviluppo dei processi culturali, dell'evoluzione della società e, infine, della costruzione di un ambiente politico, giuridico e costituzionale pienamente inclusivo.

In tensione dialettica e critica fra tradizione e costruzione del futuro, l'opinione di maggioranza finisce infatti per tracciare – attraverso la riflessione sui destini individuali, e sulle istanze di protezione ad essi connesse – uno sfondo antropologico «ospitale verso la libertà e l'esercizio creativo della soggettività»³⁰ e su questa base fonda i percorsi del riconoscimento giuridico.

ricostruisce la lotta per il riconoscimento del matrimonio egualitario in termini analoghi H. ROSEN, "Tactics, Strategy and Marriage Equality", in *Columbia Journal of Gender and Law* 2015, p. 160 ss.

²⁹ Così A. ROMANO, "Diritti e dissenso. Pluralismo politico e resistenze argomentative nella giurisprudenza sul matrimonio tra omosessuali", in *Omosessualità, Eguaglianza, Diritti*, cit., p. 233 ss., p. 235.

³⁰ P. DONATELLI, *La vita umana in prima persona*, Roma-Bari, 2012, p. 96.

La narrazione empatizzante preconstituisce – attraverso la valorizzazione del «confronto immaginativo»³¹ – lo spazio per la soggettivizzazione del giudizio di eguaglianza, liberando quest'ultimo da confronti astratti, basati su percorsi argomentativi incentrati su un approccio dogmatico agli istituti, per ancorare invece la *ratio* di questi ultimi – cardine del giudizio antidiscriminatorio, con particolare riferimento alla riflessione sulla ragionevolezza del trattamento differenziato – ai concreti ambiti di esperienza e, dunque, alle rivendicazioni identitarie/dignitarie e ai diritti fondamentali di cui assicurano l'effettività.

D'altra parte, che la protezione costituzionale della dignità sia profondamente legata – più che ad una «pretesa di universalità» – al suo situarsi «all'interno di paesaggi discorsivi differenti»³², è stato chiarito da tempo. In maniera altrettanto suggestiva è stato affermato che la battaglia contemporanea per la difesa della libertà nel contesto pluralistico non può prescindere da un «incontro con l'esperienza», capace di «allargare l'immaginazione democratica» come passaggio decisivo per includere, ingaggiando «una lotta continua contro il centro a favore del margine, una lotta per l'individualità»³³.

Si tratta, in altre parole, della sfida decisiva di dare rilievo – nel discorso pubblico e sul piano dell'argomentazione giuridica in modo del tutto particolare – alle «vaste aree dell'esperienza»³⁴, per costruire un nuovo sfondo antropologico e culturale nell'ambito del quale articolare dinamiche di riconoscimento e, dunque, partecipare attivamente al processo di integrazione della comunità politica.

ABSTRACT. «Enjoy liberty as we learn its meaning». Liberty, Equality and Equal Dignity in Obergefell v. Hodges

On June 26, 2015, US Supreme Court ruled on the issue of same-sex marriage, finally recognizing the right to marry for same-sex couples, as well as the duty of each State to recognize same-sex marriages celebrated in another State. The article analyzes the decision as a milestone in the history of the struggle for civil rights of gay and lesbians in the US and abroad. From a constitutional perspective, the article highlights the original combination of due process and equal protection clause in the interpretation of the Fourteenth Amendment. It shows a new form of interaction between the concepts of liberty and equality, and a significant use of the concept of dignity.

Keywords: same-sex marriage; liberty; dignity; equality; civil rights; Supreme Court of the United States of America.

³¹ Ivi, p. 33: significativo il legame di tale concetto con la 'capacità di immaginare' su cui tanto ha insistito M. Nussbaum.

³² Così P. RIDOLA, "La dignità dell'uomo...", cit., p. 80.

³³ Così ancora P. DONATELLI, *op.cit.*, rispettivamente alle p. 5, 9 e 108.

³⁴ Ivi, p. 13.