

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

Direzione scientifica

Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, Stefano Rodotà, Robert Wintemute

Direzione editoriale

Marco Balboni, Marco Gattuso, Barbara Pezzini

Redazione

Diritto Internazionale: Giacomo Biagioni, Adriana Di Stefano, Luca Paladini, Pietro Pustorino, Chiara Ragni, Livio Scaffidi, Roberto Virzo

Diritto dell'Unione Europea: Elisabetta Bergamini, Carmelo Danisi, Daniele Gallo, Alexander Schuster

Diritto Costituzionale: Anna Lorenzetti, Francesco Saitto, Angioletta Sperti, Paolo Veronesi, Giacomo Viggiani

Identità di genere: Roberta Dameno

Diritto Penale: Luciana Goisis, Luca Morassutto

Diritto Privato: Stefano Celentano, Ines Corti, Leonardo Lenti, Joelle Long, Guido Noto La Diega, Giuseppina Palmeri, Anna Maria Tonioni, Monica Velletti

Diritto Comparato: Denise Amram, Mia Caielli, Michele Di Bari, Francesca Brunetta d'Usseaux, Elena Falletti, Anna Maria Lecis Coccu Ortu, Mathias Moschel, Matteo Winkler

Diritto del Lavoro: Carla Ponterio, Laura Tomasi, Tiziana Vettor

Referees

Rosalba Alessi; Esther Arroyo Amayuelas; Marzia Barbera; Vittoria Barsotti; Maria Caterina Baruffi; Roberto Bin; Nerina Boschiero; Giuditta Brunelli; Ruggiero Cafari Panico; Carlo Casonato; Massimo Cavino; Paolo Cendon; Nicola Cipriani; Roberta Clerici; Giovanni Comandé; Marco Cuniberti; Marilisa D'Amico; Massimo Dogliotti; Emilio Dolcini; Ascensión Elvira; Carla Facchini; Carla Faralli; Vincenzo Ferrari; Alfredo Galasso; Orsetta Giolo; Berta Esperanza Hernandez-Truyol; Maurizio Lupoi; Francesco Munari; Silvia Niccolai; Rosanna Pane; Baldassare Pastore; Tamar Pitch; Salvatore Patti; Alessandra Pioggia; Roberto Pucella; Andrea Pugiotto; Roberto Romboli; Giulia Rossolillo; Francesco Salerno; Amedeo Santosuosso; Roberto Toniatti; Alessandra Viviani; Danaya C. Wright; Andreas R. Ziegler

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvv 2023 n. 4089/14 cron.

Codice ISSN 2384-9495

Direttore responsabile: Beppe Ramina

Impaginazione: Samuele Cavadini

Sommario

Focus 1: *Obergefell v. Hodges*: il riconoscimento del diritto fondamentale al matrimonio *a cura di Angioletta Sperti*

- 6 *Angioletta Sperti*: La sentenza *Obergefell v. Hodges* e lo storico riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie *same-sex* negli Stati Uniti. Introduzione al Focus
- 18 *Simone Chriss, Danaya C. Wright*: After *Obergefell v. Hodges*: the continuing battle over equal rights for sexual minorities in the United States
- 39 *Nicola Giovanni Cezzi*: I dissensi nel caso *Obergefell*
- 58 *Renato Ibrido*: L'argomento sociologico nella giurisprudenza costituzionale in materia di orientamento sessuale. Esperienze e casi

Focus 2: La trascrizione dei matrimoni: i confini di una domanda di giustizia *a cura di Marco Gattuso*

- 77 *Barbara Pezzini*: I confini di una domanda di giustizia (profili costituzionali della questione della trascrizione del matrimonio *same-sex* contratto all'estero)
- 92 *G. Palmeri, M.C. Venuti*: La trascrivibilità del matrimonio tra identità personale e circolazione dello *status* coniugale
- 103 *Marco Magri*: La giurisprudenza amministrativa sulla trascrizione dei matrimoni omosessuali nei registri dello stato civile: governo degli uomini o governo delle leggi?
- 121 *Luca Morassutto*: Circolare Alfano e trascrizione dei matrimoni *same-sex*: all'ombra dei divieti e dei reati
- 140 *Silvia Marino*: La trascrizione degli atti di stato civile: quale futuro per i matrimoni contratti all'estero fra persone dello stesso sesso nell'ambito dell'Unione europea?

Interventi

- 151 *Marilisa D'Amico*: Famiglia e "famiglie" fra principi costituzionali italiani ed europei
- 163 *Joëlle Long, Manuela Naldini*: "Turismo" matrimoniale e procreativo: alcune riflessioni socio-giuridiche
- 172 *Denise Amram*: Il cielo d'Irlanda si tinge di arcobaleno
- 179 *Elena Lauroba*: La Ley catalana 11/2014 para garantizar los derechos de los LGBTI y erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia: ¿una declaración de intenciones bienintencionada o una norma de efectos jurídicos reales?

Commenti

- 199 **Giuseppa Palmeri:** Spunti di riflessione su maternità di sostituzione e trascrivibilità del certificato di nascita a partire dalla sentenza 6 febbraio 2014, n. 835/2013 del Tribunal Supremo de Madrid (ricorso 245/2012)
- 214 **Maurizio Di Masi:** Coppie omosessuali e ricorso alla *surrogacy* in uno Stato estero: aperture dalla Germania
- 226 **Chiara Ragni:** Il riconoscimento in Italia dell'adozione del figlio della partner del medesimo sesso alla luce della recente prassi delle corti italiane
- 240 **Francesca Brunetta d'Usseaux:** La coerenza dell'ordinamento e l'adozione congiunta da parte di coppie dello stesso sesso: la decisione della Corte costituzionale austriaca dell'11 dicembre 2014
- 244 **Lucilla Conte:** *Felicità raggiunta?* La Corte di Cassazione ammette la domanda di rettificazione anagrafica del sesso in assenza di un intervento demolitorio e/o ricostruttivo dei caratteri sessuali primari
- 255 **Andrea Romano:** Orientamento sessuale e protezione internazionale nella sentenza *A, B, C v. Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie* della Corte di giustizia: il problema della verifica della credibilità del richiedente LGBTI
- 268 **Mathias Möschel, Sara Migliorini:** The French Supreme Court clarifies the implications for the *ordre public* of the act abolishing the prohibition of same-sex marriages
- 276 **Michele Di Bari:** La sentenza n. 2400/15: un giudice fuori (dal) tempo
- 283 **Antonio Rotelli:** Nota a Corte di cassazione, terza sezione civile, sentenza del 22 gennaio 2015, n.1126

Osservatorio documenti *a cura di Carmelo Danisi*

- 292 Italia, Disegno di Legge n. 2081, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, XVII Legislatura, presentato il 6 ottobre 2015.
- 298 Malta, *Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act*, approvata il 14 aprile 2015.

Osservatorio decisioni *a cura di Carmelo Danisi*

- 304 Corte europea dei diritti dell'Uomo, 21 luglio 2015, *Oliari e altri c. Italia*, n. 18766/11 e 36030/11.
- 313 Corte di giustizia dell'Unione europea, 2 dicembre 2014, *A, B, C v. Staatsecretaris van Veiligheid en Justitie*, cause riunite da C-148/13 a C-150/13
- 319 Corte di cassazione, terza sezione civile, sentenza del 22 gennaio 2015, n. 1126.
- 322 Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 9 febbraio 2015, n. 2400.
- 327 Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza del 20 luglio 2015, n. 15138.
- 336 Consiglio di Stato, sentenza del 26 settembre 2015.
- 343 Stati Uniti, *Supreme Court*, sentenza del 26 giugno 2015, *Obergefell v. Hodges*.
- 354 Spagna, *Tribunal Supremo*, sentenza del 6 febbraio 2014, n. 835/2013
- 367 Francia, *Cour de cassation*, sentenza del 28 gennaio 2015, n. 19.

Focus

*Obergefell v. Hodges:
il riconoscimento del diritto fondamentale
al matrimonio*

Nicola Giovanni Cezzi*

I dissensi nel caso *Obergefell*

«[T]he man of Massachusetts could work any constitution»
W. Bagehot, *The English Constitution*

Sommario:

1. Premessa – 2. Delle argomentazioni *patetiche* – 2.1. *Ma chi ci crediamo di essere?* – 2.2. *Libertà come locomozione* – 3. Un'opinione immaginaria – 4. Osservazioni finali

Abstract

L'elaborato vuole essere un approfondimento delle *dissenting opinions* nel caso *Obergefell v. Hodges*. Individualmente formulati dai giudici Roberts, Scalia, Thomas e Alito, i dissensi affondano le critiche con lo strumentario ormai classico della letteratura giurisprudenziale statunitense (denuncia di attivismo giudiziario, di abuso dell'accezione sostantivata del giusto processo, di ingerenza nei dibattiti politici, violazione dei principi del federalismo, etc.), assemblato, tuttavia, con tale carica polemica da rendere ardua la costruzione sistematica del punto di diritto fatto valere. Questa riflessione ha dovuto dunque dare conto prima di tutta dello straordinario uso dell'argomentazione 'patetica' in cui si esercitano i dissenzienti, culminante — tra l'altro — nell'affermazione secondo cui "la sentenza non ha niente a che fare con la Costituzione" (Roberts). Si procede quindi ad affrontare uno degli aspetti più problematici della sentenza della maggioranza, ovvero il mancato superamento dell'equivoco dualismo tra ragionamenti in termini di libertà e ragionamenti in termini di eguaglianza. L'impressione conclusiva è determinata dalla difficile misurabilità del contributo delle opinioni dissenzienti al dibattito culturale non certamente chiuso dalla sentenza in questione — per quanto questa esprima sicuramente un cambiamento di paradigma: come se il risultato ricercato dai quattro giudici fosse principalmente la prospettazione e l'alimentazione della resistenza al verdetto della Corte Suprema.

The paper aims at focusing on the dissenting opinions in Obergefell v. Hodges. The dissents, individually formulated by Justice Roberts, Justice Scalia, Justice Thomas and Justice Alito, shape the criticisms with the classic instruments of the American jurisprudential literature (complaint of judicial activism, abuse of the substantive due process doctrine, interference in political debates, violation of the principles of federalism, etc.), held together, however, with such a polemical strength that makes it difficult to systematically construct the legal analysis of the issues at stakes. This study had therefore to consider first of all the extraordinary use of the 'pathetic' argument featured by the dissenters, highlighted — inter alia — by the statement that this case "has nothing to do with the Constitution" (Roberts). The paper then try to address one of the most problematic aspects of the verdict of the majority: the failure to overcome the equivocal dualism of the reasoning in terms of freedom and the reasoning in terms of equality — a point on which the dissenting judges do not feel to analyze deeply. The final impression is given by the difficulty to seize the contribution of the dissenting opinions to a cultural debate certainly not closed by the holding of the Court — a holding which is surely expression of a paradigm shift: as if the main result sought by the dissenters is merely to prospect and arm the backlash effect.

* Dottorando in Diritto Pubblico, Università La Sapienza di Roma. Il contributo viene pubblicato in seguito a *referee* a doppio cieco.

1. Premessa

La Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, nel caso *Obergefell v. Hodges*¹, ha statuito quanto segue: a) la Costituzione impone che tutti gli stati permettano il matrimonio tra persone dello stesso sesso; b) uno stato non può non riconoscere un matrimonio legalmente contratto in altro stato tra persone dello stesso sesso per il solo carattere omosessuale dell'unione.

La Corte basa queste dichiarazioni sviluppando due proposizioni: i) il diritto al matrimonio è un diritto fondamentale in virtù della clausola sul Due Process²; ii) il diritto al matrimonio è un diritto fondamentale inerente alla libertà della persona, e in virtù delle clausole su *Due Process* e *Equal Protection* le coppie dello stesso sesso «non possono essere private di questo diritto e di questa libertà»³.

Nonostante le non poche criticità cui l'argomentazione della maggioranza della Corte Suprema porge il fianco, le quattro note dissenzienti — individualmente redatte dai giudici Roberts, Alito, Scalia, Thomas — difficilmente riescono a coglierle o, una volta colte, ad approfondirle in termini precisamente giuridici. Ciò può sorprendere, visto lo zelo che viene profuso nel redigere le circa cento mila parole di dissenso (contro appena la metà, circa cinquanta mila parole impiegate nella sentenza redatta dal giudice Kennedy). Può quasi sembrare che alla apparente semplicità della retorica impiegata della maggioranza — tra tutte, le dubbie ricostruzioni storiche (e in generale l'uso dell'argomento storico), la disattenzione verso le dinamiche federalistiche (ciò che pone la sentenza in disarmonia con il precedente *Windsor*) e la (con)fusione tra ragionamenti di libertà e ragionamenti di eguaglianza —, non corrisponda da parte dei giudici dissenzienti un richiamo alla complessità dei nuovi significati costituzionali in questione e una riflessione sull'enormità e sulla rapidità dei cambiamenti sociali sottostanti questa svolta storica.

In verità la Corte dissenziente alza un muro, utilizzando il materiale ormai 'classico' della narrativa giurisprudenziale statunitense: *judicial activism*, uso e consumo del *substantive due process*, ingerenza nei dibattiti politici, legittimazione democratica della Corte, violazioni varie dei principi del federalismo, etc. Un materiale comune tanto alle componenti *liberal* quanto a quelle conservatrici⁴. Ma è un muro tenuto insieme da un collante argomentativo connotato da grandiosi sforzi enfatici⁵, anch'essi 'tipici' di questa tradizione retorica, ma in questo caso tali da rendere molto ardua l'individuazione e l'analisi delle tesi più genuinamente giuridiche.

-
- 1 *Obergefell et al. v. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.*, 576 U. S. __ (2015): d'ora in avanti solo *Obergefell* in questa Rivista p. 343. Per un quadro del diritto comparato in tema di riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso si può consultare il dossier di R. Ibrido, A. Romano, A. Schillaci, *Same sex marriage e riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso: materiali di diritto comparato*, in Osservatorio AIC, www.osservatorioaic.it, 2013.
 - 2 *Obergefell*, III, p. 11: «Over time and in other contexts, the Court has reiterated that the right to marry is fundamental under the Due Process Clause».
 - 3 *Obergefell*, III, p. 22: «[T]he right to marry is a fundamental right inherent in the liberty of the person, and under the Due Process and Equal Protection Clauses of the Fourteenth Amendment couples of the same-sex may not be deprived of that right and that liberty».
 - 4 Sul punto si veda G. R. Stone, *The Supreme Court in the 21st Century*, in *Daedalus*, 142 n. 2, 2013, p. 42.
 - 5 Si può esordire con il più emotivo dei dissensi, quello del giudice Scalia, di per sé un formidabile retore. Tacciando la sentenza della Corte di essere «preziosa», «egoista», piena di «hybris» e farcita di «mistici aforismi da biscotti della fortuna», Scalia attacca le contraddizioni della Corte in un dileggio sistematico dei termini impiegati: «“The nature of marriage is that, through its enduring bond, two persons together can find other freedoms, such as expression, intimacy, and spirituality.” (Really? Who ever thought that intimacy and spirituality [whatever that means] were freedoms? And if intimacy is, one would think Freedom of Intimacy is abridged rather than expanded by marriage. Ask the nearest hippie. Expression, sure enough, is a freedom, but anyone in a long-lasting marriage will attest that that happy state constricts, rather than expands, what one can prudently say.) Rights, we are told, can “rise [...] from a better informed understanding of how constitutional imperatives define a liberty that remains urgent in our own era.” (Huh? How can a better informed understanding of how constitutional imperatives [whatever that means] define [whatever that means] an urgent liberty [never mind], give birth to a right?) And we are told that, “[i]n any particular case,” either the Equal Protection or Due Process Clause “may be thought to capture the essence of [a] right in a more accurate and comprehensive way,” than the other, “even as the two Clauses may converge in the identification and definition of the right.” (What say? What possible “essence” does substantive due process “capture” in an “accurate and comprehensive way”? It stands for nothing whatever, except those freedoms and entitlements that this Court really likes. And the Equal Protection Clause, as employed today, identifies nothing except a difference in treatment that this Court really dislikes. Hardly a distillation of essence [...]). I could go on. The world does not expect logic and precision in poetry or inspirational pop-philosophy; it demands them in the law» (*dissenting opinion* del giudice Scalia, II, p. 8-9).

Questa riflessione sulle opinioni dissenzienti si svilupperà quindi su due punti: l'estrapolazione, dalla pleora delle argomentazioni *patetiche*, dei punti di diritto che con esse si vorrebbero sostenere e la mancata costruzione critica dell'uso che la Corte fa della clausola sulla *Equal Protection*.

2. Delle argomentazioni *patetiche*

Il ricorso alla comunicazione *patetica*, secondo alcuni⁶, dovrebbe rappresentare uno strumento di supporto alla persuasività dell'argomentazione che si vuol sostenere. Affinare le tecniche dialogiche nel diritto costituzionale è fondamentale, soprattutto per un ordinamento in cui la comunità giuridica ritiene la fonte giurisprudenziale «artefice e garante di una tradizione giuridica radicata nella società»⁷ e posta al di fuori dell'autorità costituita per legge: in primo luogo, infatti, «la legittimazione del diritto costituzionale dipende in buona misura dalla condivisione popolare»⁸; in secondo luogo, la *constitutional adjudication* avvicina le forme della produzione normativa⁹ e in quanto tale è opportuno che consideri anche le dinamiche emotive che si intersecano nella formazione delle moralità pubbliche. La letteratura giurisprudenziale costituzionale, quindi, ricorre agli strumenti di persuasione comuni alle altre forme di linguaggio comune¹⁰: logos (ricorso alla logica), ethos (ricorso alle qualità di chi parla/scrive) e pathos (ricorso alle emozioni di chi sente/legge). Si tratta quindi di forme di persuasione, da tenere distinte da — perché a servizio de — le tecniche interpretative adoperate dal giudice¹¹: il pathos, in altri termini, «non è un argomento di diritto costituzionale, né può essere fonte di autorità». Ancora più chiaramente: «Il pathos è descrivibile come una caratteristica della conversazione costituzionale, un mezzo più che un fine. Si ricorre al pathos non per offrire informazioni riguardo il contenuto sostanziale dell'argomento ma perché aiuta a sostenere quell'argomento». L'argomentazione di questo tipo, quindi «è un modo di persuasione riguardo la sostanza e la valenza di una particolare proposizione»¹².

Il ricorso al pathos è particolarmente efficace, seguendo questa impostazione¹³, soprattutto nella redazione delle opinioni particolari dei giudici, in quanto una nota che non pretende di rappresentare il pensiero di tutta una corte principalmente reclama una riforma del diritto da questa scaturito, si rivolge specificamente ai membri della corte oppure agli organi politici, e in particolare enfatizza dimensioni

-
- 6 J. Greene, *Pathetic Argument in Constitutional Law*, in *Columbia Law Review*, 113 n.6 (2013), p. 1394-95, 1446-47, 1451-59. Secondo Greene, lo stesso giudice Kennedy — autore della sentenza *Obergefell* — è un esperto manovratore di argomentazioni *patetiche*, come testimonia l'esempio del suo dissenso in *Senberg v. Carhart* 530 U.S. 914, 958-59 (2000), quando descrive il c.d. *partial birth abortion*: «The fetus, in many cases, dies just as a human adult or child would: It bleeds to death as it is torn limb from limb». La descrizione di questo processo fornita da Kennedy, prosegue l'autore, «designed deliberately to disgust and to shame the audience, masquerades as a cold recitation of facts but is integral to the dissent's rhetorical mission» (p. 1394).
- 7 P. Ridola, *Profilo storico del costituzionalismo moderno*, ora in *Id*, *Diritto Comparato e diritto pubblico costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 19.
- 8 J. Greene, *ivi*, p. 1395: «Constitutional law depends on a substantial measure of popular acceptance for its legitimacy».
- 9 H.P. Monaghan, *On Avoiding Avoidance, Agenda Control, and Related Matters*, in *Columbia Law Review*, 112 (2012) p. 683-85: «While still frequently engaged in what we could regard as little more than ordinary dispute resolution, the Supreme Court's law declaration function has long since assumed overriding importance».
- 10 Sul dibattito statunitense circa la specificità del linguaggio nel costituzionale, tra visioni pragmatiste e visioni più 'dottrinarie', si veda E. Rubin, M. Feeley, *Creating Legal Doctrine*, in *Southern California Law Review*, 69, (1996). La posizione dell'autore tramite le cui tesi si sta proponendo una lettura dell'argomento patetico, si può evincere dalla seguente frase: «[J]udge-made constitutional law [can be understood] as a practice both of explication and of convincing, and one whose audience extends from the judge's colleagues on the bench all the way out, at times, to the area man» (J. Greene, *Pathetic Argument* cit., p. 1471).
- 11 P. Bobbitt ne identifica sei tipologie: «historical, textual, doctrinal, prudential, structural, ethical» (*Constitutional Interpretation*, Oxford, Blackwell, 1991, p. 11-22).
- 12 J. Greene, *ivi*, p. 1421-22, il quale prosegue: «Some outcome must be thus because deep down in your heart you know thus to be true».
- 13 J. Greene, *ivi*, p. 1460: «A certain kind of formalism (some would say "sophistry" or "legalistic argle-bargle") has survived both legal realism and critical legal studies; its resilience may reflect popular preference as much as inertia, and so pathetic argument may simply be less persuasive when an opinion purports to declare the law. But there are also sound theoretical reasons for giving greater latitude to concurrences and dissents». E ancora, a p. 1468: «Particularly when used in dissents or concurrences, pathetic argument is a vehicle for incorporating marginalized *nomoi* into the constitutional conversation».

del problema di cui si discute, negate o solo sfiorate dalla maggioranza della corte. Parafrasando un noto 'dissenziante' della Corte Suprema statunitense, «una frase patetica vale un intero volume di logica»¹⁴.

Nelle opinioni redatte dai giudici Roberts, Scalia e Alito lo zelo retorico, seppur — come detto — diffuso in questa letteratura giurisprudenziale, è difficilmente giustificabile alla luce dei limiti di tollerabilità dell'elemento emotivo succintamente descritti. La costruzione *patetica* di questi dissensi sovrasta di gran lunga l'intreccio argomentativo su cui si vorrebbero basare, facendo perdere di vista il punto di diritto in essi fatto valere. I giudici sembrano anzi invertire i termini della costruzione del discorso, facendo delle emozioni un 'argomento' e rendendole quindi fonti di autorità costituzionale: il pathos da mezzo diviene il fine.

2.1 Ma chi ci crediamo di essere?¹⁵

Secondo il giudice Roberts — ma il punto è condiviso e trattato ampiamente anche da Scalia e Alito — la decisione della maggioranza della Corte è un atto di volontà, non un pronunciamento giudiziale¹⁶, poiché mette fine al dibattito in corso nella società circa la legittimità dei matrimoni tra persone dello stesso sesso, interrompendo il circuito di crescita culturale che un sano sistema democratico dovrebbe essere in grado di mettere in moto autonomamente: «Decidendo la questione *in virtù* della Costituzione, la Corte la rimuove dall'ambito delle decisioni democratiche». E, prefigurando scenari oscuri, avverte: «Chiudere un dibattito porta a chiudere le menti»¹⁷.

Alla presunzione della maggioranza Roberts vorrebbe contrapporre una visione più morigerata del ruolo che ricopre nell'architettura istituzionale¹⁸, in linea con i principi espressi durante le sue *confirmation hearings* e sui quali avrebbe informato il suo mandato: i giudici dovrebbero essere come gli arbitri di una gara sportiva, rispettosi della fonte democratica delle regole del gioco: «Gli arbitri non fanno le regole, le applicano soltanto. Il compito di un arbitro e di un giudice è critico. Entrambi assicurano che si giochi secondo le regole, ma hanno un ruolo limitato. Nessuno va allo stadio per vedere l'arbitro»¹⁹.

14 «[A] pathetic phrase is worth a volume of logic». La parafrasi è di J. Greene (*ivi*, p. 1469) e si riferisce alla famosa massima — «a page of history is worth a volume of logic» — scritta dal giudice Holmes nel caso *New York Trust Co. v. Eisner* 256 U.S. 345 (1921). Può destare particolare attenzione la sostituzione effettuata da Greene del concetto di «storia» con quello di «pathos», quasi sintomatica del rapporto estremamente problematico che la letteratura costituzionale americana ha con il passato costituzionale e le sue letture.

15 *Dissenting opinion* del giudice Roberts, p. 3: «[T]he Court invalidates the marriage laws of more than half the States and orders the transformation of a social institution that has formed the basis of human society for millennia, for the Kalahari Bushmen and the Han Chinese, the Carthaginians and the Aztecs. Just who do we think we are?».

16 *Ibidem*: «The majority's decision is an act of will, not legal judgment».

17 *Dissenting opinion* del giudice Roberts, IV, p. 26-27: «[B]y deciding this question *under the Constitution*, the Court removes it from the realm of democratic decision. There will be consequences to shutting down the political process on an issue of such profound public significance. Closing debate tends to close minds» (corsivi aggiunti).

18 «[A] much different view of the Court's role is possible. That view is *more modest and restrained*. It is *more skeptical* that the legal abilities of judges also reflect insight into moral and philosophical issues. It is *more sensitive* to the fact that judges are unelected and unaccountable, and that the legitimacy of their power depends on confining it to the exercise of legal judgment. It is *more attuned* to the lessons of history, and what it has meant for the country and Court when Justices have exceeded their proper bounds. And it is *less pretentious* than to suppose that while people around the world have viewed an institution in a particular way for thousands of years, the present generation and the present Court are the ones chosen to burst the bonds of that history and tradition». *Dissenting opinion* del giudice Roberts, IV, p. 29 (corsivi aggiunti).

19 *Hearings on the Nomination of John G. Roberts to be Chief Justice of the Supreme Court of the United States Before the Committee on the Judiciary*, 109th Cong., 1st Sess. 56 (2005) (testimony of John G. Roberts): «Umpire don't make the rules, they apply them. The role of an umpire and a judge is critical. They make sure everybody plays by the rules, but it is a limited role. Nobody ever went to a ballgame to see the umpire». Per quanto coerente con questa linea di principio possa presentarsi, non si può non ricordare che il giudice Roberts ha presieduto una Corte che si è dimostrata più volte incline a scardinare precedenti fondativi del diritto costituzionale statunitense: si pensi a casi come *Columbia v. Heller* (2008) che ha sconvolto il significato del II Emendamento sull'uso delle armi; *Citizens United v. Federal Election Commission* (2010) che ha aperto un nuovo corso nell'ambito dei finanziamenti delle campagne elettorali; e soprattutto *Shelby County v. Holder* (2013) che ha svuotato il cuore operativo del Voting Rights Act del 1965 e a proposito del quale si può segnalare il commento di B. Ackerman (*We The People. III. The Civil Rights Revolution*, Cambridge-London, Belknap Press of Harvard University, 2014, p. 330-331) secondo il quale il giudice Roberts ha dimostrato come l'uso di un «canone corte-centrico» possa distruggere una «eredità costituzionale»: Roberts infatti insiste, e a ragione, sul fatto che lo scrutinio preventivo su ogni modifica del sistema elettorale statale ha trasformato la nozione convenzionale di federalismo. Ma, si chiede Ackerman, questa rottura col passato (convenzionale) rappresenta forse una violazione della Costituzione? Il giudice Roberts non ha basato la sua decisione su testi dei Padri dalla Costituzione americana, sul suo significato originario — e, ancora una volta a ragione, giacché essi notoriamente rifiutarono

Roberts critica l'attivismo giudiziale della maggioranza della Corte, ricorrendo a un linguaggio emotivo che insinua nel lettore due suggestioni: a) la sentenza del caso *Obergefell* non è 'buon diritto'; b) la sentenza del caso *Obergefell* non è 'affatto diritto'.

A) La prima suggestione è ottenuta rievocando lo spettro del caso *Dred Scott*²⁰, che ha inaugurato l'accezione sostanziale della clausola del *Due Process* (sussisterebbe una componente sostanziale di certe libertà fondamentali che non può essere inficiata da alcun tipo di procedura pur disposta a norma di legge), nel cui sciagurato filone si inserirebbe la sentenza del caso in questione. *Dred Scott* sarebbe stato ripudiato solo sul campo di battaglia della Guerra Civile, ma l'approccio impiegato in quel caso sarebbe stato ripreso all'inizio del Novecento, con l'era *Lochner*²¹, durante la quale oltre duecento sforzi del legislatore vennero invalidati dalla Corte in quanto ritenuti in violazione della libertà individuale: l'era sarebbe terminata solo dopo aver portato, negli anni '30, a una crisi istituzionale tra Corte Suprema da un lato e Congresso e presidenza dall'altro.

Il ricorso a casi «anti-canonici»²² come questi è un comune esempio di tecnica retorica intesa a provocare diffidenza, ostilità e allarme verso la sentenza da cui si dissente.

In questo caso, Roberts ricorre a questi due infamanti precedenti per indicare le uniche fondamenta concettuali della sentenza da cui dissente: «L'approccio seguito dalla maggioranza non ha fondamento nei principi o nella tradizione, tranne che nella tradizione priva di principio della politica fatta dai giudici che ha caratterizzato decisioni screditate come *Lochner*»²³.

Si può notare incidentalmente come il ricorso proprio a *Dred Scott* al fine di minare la sentenza del caso *Obergefell* possa non risultare, sotto certi versi, efficace. Trascurando per il momento il fatto che l'introduzione del XIV Emendamento, sulle cui clausole del *Due Process* e dell'*Equal Protection* l'opinione della maggioranza della Corte si basa, è spesso letta proprio come cosciente risposta alla sentenza del caso *Dred Scott* e alla guerra che seguì, il giudice Roberts sembra creare una involontaria argomentazione a sostegno dell'opinione della maggioranza nel punto in cui questa argomenta il carattere fondamentale del diritto al matrimonio²⁴. Come notò il giudice Curtis, uno dei due dissenzienti in quel caso, non solo il transito del signor *Dred Scott* in uno territorio 'libero' avrebbe messo fine alla schiavitù di quell'uomo, ma anche il solo fatto che in quel territorio due persone avessero potuto contrarre matrimonio liberava automaticamente la coppia dallo stato di schiavitù: non vi era anzi rimedio più effettivo per liberare uno schiavo che consentirgli di contrarre matrimonio sotto le leggi di uno stato in cui non viveva la schiavitù, con i diritti e i doveri che da questa condizione sarebbero derivati²⁵. Può sussistere

di trattare tutti gli stati in modo equo. Basandosi solo su un pugno di decisioni giudiziarie — prosegue l'autore — Roberts ha completamente mancato di confrontarsi con il fatto che *We the People* ha ripetutamente e autoritativamente repudiato l'applicazione del suo supposto principio alla sfera del diritto di voto: il mancato riferimento alla Section 2 del XIV Emendamento, infatti, rende drammatica la sua «hybris giudiziale» nell'imporre un principio di 'equa sovranità statale' quando questo è stato esplicitamente rigettato da parte del XIV Emendamento. Il giudice Roberts, conclude Ackerman, apre così la strada che può portare a «cancellare la Seconda Ricostruzione».

20 *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

21 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

22 J. Greene definisce «anticanon» quell'insieme di «examples of how not to adjudicate constitutional cases» (*The Anticanon*, in *Harvard Law Review*, 125, 2011, p. 386).

23 *Dissenting opinion* del giudice Roberts, p. 10: «[T]he majority's approach has no basis in principle or tradition, except for the unprincipled tradition of judicial policymaking that characterized discredited decisions such as *Lochner* [...]». E ancora, a p. 19 della sua nota: «Ultimately, only one precedent offers any support for the majority's methodology: *Lochner* [...]».

24 In particolare nel quarto punto formulato dalla Corte a sostegno della sua tesi: «This Court's cases and the Nation's traditions make clear that marriage is a keystone of our social order. [...] There is no difference between same- and opposite-sex couples with respect to this principle. Yet by virtue of their exclusion from that institution, same-sex couples are denied the constellation of benefits that the States have linked to marriage. This harm results in *more than just material burdens*. Same-sex couples are consigned to an instability many opposite-sex couples would deem intolerable in their own lives. [...]». Di conseguenza, «laws excluding same-sex couples from the marriage right impose *stigma* and *injury* of the kind prohibited by our basic charter» (*Obergefell*, III, p. 16-18, corsivi aggiunti).

25 «If, in Missouri, the plaintiff were held to be a slave, the validity and operation of his contract of marriage must be denied. He can have no legal rights, of course, not those of a husband and father. And the same is true of his wife and children. The denial of his rights is the denial of theirs», *Dissenting opinion* del giudice Curtis in *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857), p. 600.

— si chiede Curtis — una legge in grado di menomare un'unione matrimoniale, negando i diritti della coppia o declassandoli a uno stato inferiore?²⁶

Al centro della disputa, allora come oggi, è l'impossibilità di dare un significato giuridico alle relazioni tra i membri della famiglia: il nesso tra matrimonio e libertà è evidente. Vi sono, è vero, benefici materiali che accompagnano l'unione matrimoniale e l'eguaglianza delle unioni rende questi benefici certi: ma il matrimonio è anche sanzione di stabilità familiare, istituzione centrale della società di uno stato da cui non si può essere esclusi senza imporre uno 'stigma' di inferiorità. È sì uno *status* ma anche una condizione dell'essere umano.

B) La seconda suggestione che il pathos di Roberts vorrebbe produrre, è ottenuta con la redazione del periodo conclusivo della sua opinione, nel quale traccia le conclusioni delle proprie argomentazioni. La Corte si è elevata a organo normativo, superbo verso un dibattito pubblico ancora controverso, privo di qualsiasi legittimità democratica in quanto «non eletto», ignaro delle priorità politiche degli stati rispetto alla federazione, producendo così un esercizio di attivismo giudiziario degno della peggior tradizione giurisprudenziale del *substantive due process*: se avesse seguito la Costituzione, la Corte non avrebbe potuto mai decidere questo caso, per cui quanti si trovano oggi concordi con la sentenza della Corte gioiscano pure per le nuove opportunità che essa dischiude, celebrino i nuovi benefici per le coppie dello stesso sesso, ma «che non si celebri la Costituzione», poiché la Costituzione «non ha niente a che fare»²⁷ con la decisione in questione.

Roberts sembrerebbe così voler privare di 'legittimità costituzionale' la (sentenza della) Corte Suprema: un'uscita di scena così drammatica da renderne arduo un commento, senza almeno provare a formularlo dallo stesso palcoscenico. Difficile risulta, soprattutto, conciliare questa affermazione con quella — citata sopra²⁸ — secondo la quale l'aver deciso la questione in oggetto «in virtù della Costituzione» è equivalso ad averla sottratta al circuito decisionale democratico, per cui il testo costituzionale sembra esprimere a un tempo 'fonte' della non-legittimità della sentenza ma anche argomento di fondazioni anti-democratiche.

La sintesi delle due emozioni è fornita dalla nota redatta dal giudice Scalia, secondo il quale la Corte si sarebbe ingerita nel — mettendo così fine al — dibattito in corso nella società riguardo il matrimonio tra persone dello stesso sesso, per mezzo di una decisione «priva del più minimo taglio giuridico»²⁹.

Non si può qui aprire una coscienziosa riflessione su temi come l'origine e lo sviluppo del *judicial review* statunitense, il ruolo della Corte Suprema (e delle corti) nei processi di crescita culturale del paese, il grado di 'pericolosità' del sindacato da essa prodotta, o l'uso (e l'abuso) della fondazione della nozione di matrimonio *as a matter of constitutional law*: principalmente perché sono i giudici dissenzienti a non cercare un confronto su questi temi, accennando sommariamente a molti di essi, lasciandone impliciti altri, regalando al lettore molte suggestioni, ma privandolo della più semplicistica delle costruzioni di sistema.

Basterà, ai fini di questo commento, tenere presente che quella della Corte Suprema degli Stati Uniti non può considerarsi una 'irruzione' all'interno un dibattito irrisolto, col fine o col risultato di chiuderlo definitivamente: ciò soprattutto in considerazione del fatto che la Corte Suprema non ha il potere di dare esecuzione alle sue decisioni³⁰. Ed è proprio sotto questo punto di vista che gli infuocati dissensi della minoranza della Corte sembrano assumere un primo valore degno di considerazione: al pari di molti esponenti politici all'indomani della sentenza, i quattro giudici dissenzienti guidati da Roberts, seppur senza giungere a invitare esplicitamente a disobbedire alla sentenza, indubbiamente forniscono numerosi elementi che portano il lettore a non considerare vincolante la decisione e che in ogni caso

26 La domanda retorica posta da Curtis è, precisamente, la seguente: «Does any law of the State of Missouri impair the obligation of that contract of marriage, destroy his rights as a husband, bastardize the issue of the marriage, and reduce them to a state of slavery?» *Dissenting opinion* del giudice Curtis in *Dred Scott*, p. 602 (corsivo aggiunto).

27 «[C]elebrate the opportunity for a new expression of commitment to a partner. Celebrate the availability of new benefits. But do not celebrate the Constitution. It had nothing to do with it», *Dissenting opinion* del giudice Roberts, p. 29.

28 Si veda, *supra*, nota 17.

29 *Dissenting opinion* del giudice Scalia, I, p. 4: «[T]he Court ends this debate, in an opinion lacking even a thin veneer of law».

30 È vero che *Marbury v. Madison*, e l'eredità della tradizione giuridica del common law britannico, sanciscono che è la Corte ad avere l'ultima parola sull'interpretazione della Costituzione e che, in virtù dell'Art. VI della stessa, tutti gli ufficiali governativi devono giurare sul rispetto della Costituzione prima di prendere servizio, ma la 'tenuta' di una sentenza costituzionale non può che dipendere dall'accettazione sociale dei principi e dei valori su cui si basa. Come ha sintetizzato il giudice S. Breyer, «history, not legal doctrine, tells us show Americans came to follow the Supreme Court's rulings», nel suo *Making Our Democracy Work. A Judge's View*, New York, First Vintage Books Edition, 2011, p. 22-23.

rappresentato ottime basi per fondare una resistenza³¹. Si considerino, in tal senso, il riferimento del giudice Thomas alla libertà religiosa, «violata» dalla maggioranza della Corte³²; oppure quello fatto dal giudice Alito alla «tradizionale concezione di matrimonio», che la Corte ha ignorato, «diffamando» in questo modo chi non si riconosce nella «nuova ortodossia»³³; o ancora la prospettazione delle realistiche controversie che la sentenza provocherà, prontamente esemplificate da Robert³⁴.

Lo scopo perseguito dai dissenzienti sembra dunque quello di alimentare il c.d. *backlash effect*, con la prefigurazione e la giustificazione delle ripercussioni sociali della sentenza in questione: i giudici dissenzienti si fanno cioè cogliere in un esercizio volto minarne la stabilità, armando una discussione politica già intricata. Non si potrebbe, tuttavia, arrivare a sostenere che abbiano fornito argomenti per prospettare una sovversione della *holding* centrale. Al di là infatti della difficoltà di rimettere in discussione un ragionamento formulato in termini di libertà fondamentali, dalla portata a tratti effettivamente totalizzante (come si avrà modo di spiegare più avanti), fomentare una limitazione delle potenzialità operative della decisione tramite il ricorso alla libertà di coscienza richiederebbe un'attenta riflessione sul godimento dei diritti (per quanto 'nuovo' e controverso sia il loro riconoscimento) che il ricorso alla obiezione negherebbe, interrogandosi su quanto è compatibile l'interversione identitaria del singolo (presupposto dell'appello alla coscienza) con i legami comunitari e con le funzioni pubbliche che egli 'deve' svolgere³⁵: quantomeno per chiarire quella che apparirebbe una grave contraddizione, nell'argomentazione dei dissenzienti, circa la lettura delle dinamiche della rappresentanza, poiché da un lato verrebbero denunciati gli abusi di una corte 'non eletta da nessuno' ma dall'altro si inviterebbe la pluralità delle individuali opzioni di coscienza a condizionare l'esercizio di diritti riconosciuti fondamentali senza passare per il circuito politico che porta a rappresentarle e quindi a farle valere. Si tratta invero di una riflessione su cui la minoranza della Corte non sente il bisogno di intrattenersi.

Che un giudice sancisca che una sentenza della Corte Suprema di cui è Chief Justice «non ha nulla a che vedere con la Costituzione» rimane in ogni caso un gesto di gravità non ancora misurabile³⁶.

Bisognerebbe almeno fermarsi a considerare che i giudici costituzionali danno vita a un soggetto pubblico che non può non essere ritenuto parte attiva nel dibattito culturale dell'ordinamento, una loro 'ingerenza'³⁷ non sarebbe quindi impensabile e sicuramente l'intervento rappresentato da questa sen-

31 Si pensi alle varie forme di ostruzionismo che si possono escogitare tramite l'obiezione di coscienza, anche alla luce della sentenza sul caso *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. __ (2014) che ha allargato il raggio di validità delle «eccezioni per motivi religiosi» disposte dagli organi legislativi. La cronaca non impiegherà molto tempo a fornire i primi esempi: <http://nyti.ms/1P9wiQW>, <http://nyti.ms/1LXJv1J>, e la reazione del Congresso con la proposta di un "First Amendment Defense Act" (<https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/2802/text>).

32 Sul tema della libertà religiosa si veda, *infra*, nota 55. Il giudice Roberts scrive nella sua *dissenting opinion* (IV, p. 28): «[P]eople of faith can take no comfort in the treatment they receive from the majority today». E ancora: «Perhaps the most discouraging aspect of today's decision is the extent to which the majority feels compelled to sully those on the other side of the debate».

33 *Dissenting opinion* del giudice Alito (III, p. 6): «The decision [...] will be used to vilify Americans who are unwilling to assent to the new orthodoxy».

34 *Dissenting opinion* del giudice Roberts (IV, p. 28): «Hard questions arise when people of faith exercise religion in ways that may be seen to conflict with the new right to same-sex marriage — when, for example, a religious college provides married student housing only to opposite-sex married couples, or a religious adoption agency declines to place children with same-sex married couples. [...] There is little doubt that these and similar questions will soon be before this Court».

35 Sul tema aiuta a riflettere A. Ratti, "Organizzazioni di tendenza" versus tutela del singolo sul luogo di lavoro al vaglio della Corte suprema statunitense, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2013, vol.1, p. 234.

36 Il giudice S. Breyer, che vota il lavoro sopra citato (*Making Our Democracy Work*) principalmente a spiegare l'importanza della comprensione e della condivisione delle decisioni della Corte Suprema, formula una riflessione la cui lettura fa quasi sorgere il dubbio che il giudice Roberts, nel chiedere ai suoi colleghi della maggioranza 'chi si credono di essere?' non possa — rivolgendo la domanda a se stesso — interrogarsi almeno sulla sua responsabilità di *statesman*. Il periodo del lavoro di Breyer cui ci si riferisce è il seguente: «[T]he public's trust cannot be taken for granted. Public trust does not follow automatically from the existence of a written constitution. It must be built, and once built, it must be maintained. To maintain the necessary public confidence in the Court's decisions, each new generation has certain obligations. It must learn how our constitutional government works, become aware of its history, be encouraged to participate in the democratic process, and observe the preceding generation as it builds on those public customs» (p. 71-72).

37 Ammesso pure che il sindacato di costituzionalità collochi la Corte in una posizione 'contraria alla maggioranza' della popolazione rappresentata negli organi legislativi (ma questa semplificazione è ormai equivoca e superabile) questa posizione non porrebbe 'difficoltà' quando la Corte è chiamata a «affermare un principio, un valore con cui tale maggioranza può non sentirsi in sintonia, ma che nella valutazione ampia profonda, meditata dei giudici è lo spirito più profondo e perdurante della nazione, ossia quei valori che in qualsiasi momento storico, possono essere anti-maggioritari» — così, tra le ultime narrazioni sul tema, G. Calabresi, *Il mestiere del giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 79 (corsivo aggiunto), il quale, riferendosi chiaramente alla teoria della «*countermajoritarian difficulty*» formulata da Alexander Bickel (di

tenza non è certo il primo: se un cittadino americano di mezza età si è trovato a nascere in un paese in cui alcune giurisdizioni locali gli impedivano di sposarsi con una persona di colore e si trova a vivere oggi in paese in cui può sposare una persona dello stesso sesso, ciò è anche dovuto agli interventi della giurisprudenza. Il retroterra culturale del caso *Obergefell* era stato diffusamente coltivato dagli stessi giudici supremi negli anni precedenti.

È proprio il giudice Roberts, sostenitore del distacco dei giudici dai condizionamenti derivanti dai movimenti interni alla società, a non poter fare a meno di menzionare e quindi di riconoscere le conquiste ottenute dai sostenitori dei diritti degli omosessuali tramite riforme legislative e pronunce giurisprudenziali³⁸, mentre nel precedente di appena due anni prima — *United States v. Windsor* (2013) — la questione della crescente sensibilità pubblica verso questi temi non viene degnato di alcun cenno.

Risale al 1971 il primo caso in cui la Corte si è occupata del matrimonio tra persone dello stesso sesso³⁹. Due uomini, residenti in Minnesota, sollevarono la questione relativa alla possibilità di potersi sposare, visto il silenzio della normativa matrimoniale di quello stato riguardo il genere dei coniugi: la Corte dispense ogni questione per mancanza di fondamento costituzionale.

Nel 1987 la Corte ha statuito, nel caso *Bowers v. Hardick* che le relazioni intime tra omosessuali possono essere ritenute un crimine dalla legge e che un argomento in senso contrario sarebbe stato «faceto»⁴⁰.

Nel 1993 il divieto di matrimoni tra persone dello stesso sesso viene considerato dalla Corte Suprema delle Hawaii⁴¹ una forma di discriminazione sessuale, in quanto tale da sottoporre a *strict scrutiny*. Il Congresso reagisce con l'approvazione, nel 1996, del Defense of Marriage Act (DOMA) che prevedeva, tra le varie disposizioni, che quel tipo di matrimonio non sarebbe stato riconosciuto ai fini dell'applicazione della legislazione federale. In meno di dieci anni più di un terzo degli stati avrebbe poi adottato leggi e riforme costituzionali volte a proibire la celebrazione o il riconoscimento di questo tipo di unione.

Sempre nel 1996 però la Corte Suprema degli Stati Uniti, nel caso *Romer v. Evans*, riprende la questione trattata in *Bowers*, e, senza giungere a ripudiare questo precedente, dichiara illegittimo un emendamento alla Costituzione di uno stato che vieti l'adozione di forme di protezione per omosessuali o bisessuali: si tratterebbe di una violazione della clausola dell'*Equal Protection*, poiché nessuno stato può rendere un suo cittadino — omosessuale o meno — «estraneo alle sue leggi»⁴².

Nel 1999 si registra una sensibile vittoria dei movimenti a tutela dei diritti degli omosessuali, con la sentenza della Corte Suprema del Vermont (*Baker v. State*) con la quale si sancisce che privare persone dello stesso sesso dei 'benefici' dell'istituto matrimoniale è una violazione della Costituzione dello stato secondo la quale tutti i cittadini hanno eguale accesso a «common benefits»⁴³: per dare esecuzione alla

ci si veda almeno *Foreword: The Passive Virtues*, in *Faculty Scholarship Series*, Paper 3968, Yale Law School, 1961, e *The Least Dangerous Branch*, Bobbs-Merrill, 1962), prosegue: «Il problema del 'countermajoritarianism' esiste in tali casi, ma non è una *difficulty*, quanto una scelta strutturale di assegnare alle Corti il dovere di proteggere valori fondamentali da pressioni popolari momentanee».

38 *Dissenting opinion* del giudice Roberts, I-B, p. 8-9: «Over the last few years, public opinion on marriage has shifted rapidly. In 2009, the legislatures of Vermont, New Hampshire Hampshire, and the District of Columbia became the first in the Nation to enact laws that revised the definition of marriage to include same-sex couples, while also providing accommodations for religious believers. In 2011, the New York Legislature enacted a similar law. In 2012, voters in Maine did the same, reversing the result of a referendum just three years earlier in which they had upheld the traditional definition of marriage. In all, voters and legislators in eleven States and the District of Columbia have changed their definitions of marriage to include same-sex couples. The highest courts of five States have decreed that same result under their own Constitutions». E più avanti (II-B-1, p. 15): «The opinion describes the “transcendent importance” of marriage and repeatedly insists that petitioners do not seek to “demean,” “devalue,” “denigrate,” or “disrespect” the institution. Nobody disputes those points. Indeed, *the compelling personal accounts of petitioners and others like them are likely a primary reason why many Americans have changed their minds about whether same-sex couples should be allowed to marry*» (corsivo aggiunto).

39 *Richard John Baker v. Gerald R. Nelson*, 291 Minn. 310, 191 N.W.2d 185 (1971).

40 *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986): «Against a background in which many States have criminalized sodomy and still do, to claim that a right to engage in such conduct is “deeply rooted in this Nation’s history and tradition” or “implicit in the concept of ordered liberty” is, at best, facetious».

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

42 *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996): «We must conclude that Amendment 2 classifies homosexuals not to further a proper legislative end but to make them unequal to everyone else. This Colorado cannot do. A State cannot so deem a class of persons a *stranger to its laws*» (corsivo aggiunto).

43 Chapter I, Article 7th, della Costituzione del Vermont: «That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation, or community, and not for the particular emolument or advantage of any single person, family or set of persons, who are a part only of that community; and that the community hath an indubitable,

sentenza, l'organo legislativo del Vermont escogita il formato delle unioni civili (stessi *benefits*, nome differente).

Nel 2003 viene finalmente superato il precedente del caso *Bowers*, con la sentenza della Corte Suprema federale nel caso *Lawrence v. Texas*: una legge che criminalizzi le relazioni intime tra omosessuali viola la libertà fondamentale protetta dal XIV Emendamento, poiché gli omosessuali «mantengono ancora la dignità di persone libere»⁴⁴.

Ancora a livello statale, punto di svolta è rappresentato dal caso *Goodridge v. Department of Public Health* (798 N.E.2d 941, Mass. 2003), deciso dalla suprema corte del Massachusetts: le coppie formate da persone dello stesso sesso devono avere la possibilità di sanzionare la loro unione esattamente negli stessi termini in cui ciò è permesso alle coppie di sesso diverso, negare questo diritto equivale non solo a negare dei 'benefici', ma a creare una classe inferiore di cittadini.

Nel 2013, con il caso *United States v. Windsor*⁴⁵, la Corte Suprema dichiara che la citata previsione del Defense of Marriage Act viola le garanzie del giusto processo e dell'eguale protezione della legge previste dalla Costituzione federale: alla luce, infatti, della deferenza della federazione, nell'amministrare i suoi programmi, verso le determinazioni circa il diritto familiare elaborate dai singoli stati, il rifiuto di considerare a questi fini una specifica tipologia di unione — quella tra persone dello stesso sesso — costituisce una discriminazione «di carattere inusuale»⁴⁶.

In tutti questi casi la giurisprudenza ha mostrato significativa sensibilità allo sviluppo degli abiti sociali riguardo i diritti degli omosessuali e la sentenza redatta dal giudice Kennedy si iscrive coerentemente in questo filone. È anzi l'istituto matrimoniale che nel caso *Obergefell* viene considerato espressione fenomenologica dei cambiamenti sociali: «mutevoli concezioni del matrimonio — scrive Kennedy — sono caratteristiche di una nazione dove le nuove dimensioni della libertà si manifestano alle nuove generazioni spesso attraverso idee prospettate tramite petizioni e proteste, per poi essere considerate nella sfera politica e in quella giudiziaria»⁴⁷. Si potrebbe anzi aprire una riflessione — ma i giudici dissenzienti si guardano bene dal farlo — circa il parallelismo dei percorsi seguiti dal giudizio di costituzionalità riassunto in questa giurisprudenza da un lato e quello di emersione delle rilevazioni sociologiche dall'altro⁴⁸.

unalienable, and inalienable right, to reform or alter government, in such a manner as shall be, by that community, judged most conducive to the public weal».

44 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003): «It suffices for us to acknowledge that adults may choose to enter upon this relationship in the confines of their homes and their own private lives and still retain their dignity as free persons».

45 *United States v. Windsor*, 570 U.S. ___ (2013).

46 Il DOMA, secondo la Corte, imporrebbe «a disadvantage, a separate status, and so a stigma upon all who enter into same-sex marriages made lawful by the unquestioned authority of the States», *United States v. Windsor*, 570 U.S. ___ (2013), IV, p. 21. Questa attenzione alle dinamiche istituzionali del federalismo, che portò il dissenziente Scalia a definire la sentenza una «federalist opinion», non sembra essere equamente articolata anche nel caso *Obergefell*.

47 *Obergefell*, II-B, p. 7: «[C]hanged understandings of marriage are characteristic of a Nation where new dimensions of freedom become apparent to new generations, often through perspectives that begin in pleas or protests and then are considered in the political sphere and the judicial process».

48 Se ci si avvedesse che il primo ha 'inseguito' le seconde si porrebbe un non secondario problema: se da un lato, infatti, la natura «contro-maggioritaria» della corte non può essere considerata una «difficoltà», come brevemente visto sopra (nota 37), dall'altro una eccessiva ricerca della popolarità della sentenza espresso con la deferenza al dato sociologico rischia di far cadere la corte sul versante opposto, quello 'maggioritario': e questa sì che sarebbe una 'difficoltà'. Su questo punto e sulle sue declinazioni di fondamentale criticità si può già leggere R. Ibrido, *Costituzioni in cammino. Argomento sociologico e orientamento sessuale*, in *Omosessualità, eguaglianza, diritti* (a cura di A. Schillaci), Roma, Carrocci editore, 2014, in particolare p. 234: «Più che il problema della "tenuta" della supremazia della Costituzione, è dunque il rischio di una "sfaldatura" di quest'ultima rispetto alla penetrazione di elementi di giudizio esterni al dato testuale, l'argomento sociologico sembra interrogare le componenti essenziali dell'identità del giudice costituzionale: se è vero infatti che questo percorso argomentativo conduce a dare una cassa di risonanza a dinamiche sociali che tendono ad affermarsi in un determinato momento storico, non può allora essere sottovalutato il rischio di ridimensionare la funzione contr-maggioritaria delle Corti». Fungono quindi ancora da orientamento le parole usate da A. Hamilton (*Federalist* n.78) nel descrivere la concezione (statunitense) di judicial review: «[W]here the will of the legislature, declared in its statutes, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former. They ought to regulate their decisions by the fundamental laws, rather than by those which are not fundamental».

2.2 Libertà come locomozione⁴⁹

Un altro tema trattato con significanti enfasi retorica è quello relativo al significato della «libertà» di cui nessuno può essere privato senza un «*due process of law*» (V e XIV Emendamento). A trattare l'argomento è il giudice Thomas che scrive la sua opinione in modo più ordinato, ma mantenendo l'impostazione didascalica di chi si rivolge a una classe di scolari ormai irrecuperabili.

L'argomentazione testuale⁵⁰ cui Thomas ricorre è spesso declinata, in particolare dai giudici conservatori, in senso originalista, con l'obiettivo cioè di individuare e attribuire valore dispositivo al significato originario del testo considerato. Viene presentata, dunque, come approccio interpretativo 'neutro': la Costituzione è un testo scritto, vincolante in quanto il testo è vincolante, e il 'significato' del testo è (prima di tutto) fornito dal suo 'significato originario'.

Sulla base di queste considerazioni, il giudice Thomas esprime le seguenti statuizioni:

a) La libertà originariamente intesa ai tempi della redazione e dell'adozione della Costituzione è solo libertà fisica: in questo modo bisogna leggere il riferimento alla «libertà» contenuto tanto nel V Emendamento quanto nel XIV Emendamento: «Il fatto che Corte sembra abbia smarrito la retta via negli ultimi tempi non giustifica la deviazione dall'originario significato delle Clausole»⁵¹.

b) Anche ammettendo che il concetto di libertà di cui alle clausole citate comprenda qualcosa di più della libertà da vincoli fisici, libertà è «storicamente» libertà negativa, ovvero libertà dalle ingerenze del potere, non libertà intesa come diritto a una prestazione o a un riconoscimento da parte del potere⁵²: i ricorrenti non possono seriamente sostenere di «esser stati arrestati o fisicamente vincolati dagli Stati per aver intrattenuto relazioni omosessuali»⁵³.

Dal mancato rispetto di questo canone, deriverebbero, secondo il giudice Thomas, vari danni collaterali:

- i) è stato menomato il processo politico volto a determinare e proteggere le libertà dei cittadini⁵⁴;
- ii) è stato attaccato il matrimonio inteso come istituzione religiosa, inficiando così la stessa libertà religiosa che la Costituzione impone di tutelare⁵⁵;

49 Dall'opinione dissenziente del giudice Thomas (II, B, p. 9): «Whether we define "liberty" as locomotion or freedom from governmental action more broadly, petitioners have in no way been deprived of it».

50 Bobbitt identifica l'argomentazione testuale (o testualismo) solo con quella relativa al significato contemporaneo del testo considerato: tuttavia si registra anche un testualismo di carattere 'storico', volto a discernere il significato originario (ed è in questa declinazione che si legge l'opinione del giudice Thomas). In questa seconda accezione, stando alla classificazione fornita dallo stesso Bobbitt (ricordata, *supra*, nota 11), l'argomentazione testuale si sovrapporrebbe con quella storica.

51 *Dissenting opinion* del giudice Thomas, II-A-1, p. 6-7: «Fourteenth Amendment almost uniformly [was] construed the word "liberty" to refer only to freedom from physical restraint. [...] In enacting the Fifth Amendment's Due Process Clause, the Framers similarly chose to employ the "life, liberty, or property" formulation" [...]. If the Fifth Amendment uses "liberty" in this narrow sense, then the Fourteenth Amendment likely does as well. [...] That the Court appears to have lost its way in more recent years does not justify deviating from the original meaning of the Clauses».

52 *Dissenting opinion* del giudice Thomas, II-A-2, p. 7: «Even assuming that the "liberty" in those Clauses encompasses something more than freedom from physical restraint, it would not include the types of rights claimed by the majority. In the American legal tradition, liberty has long been understood as individual freedom from governmental action, not as a right to a particular governmental entitlement».

53 *Dissenting opinion* del giudice Thomas, II-B, p. 9-10: «[R]eceiving governmental recognition and benefits has nothing to do with any understanding of "liberty" that the Framers would have recognized».

54 *Dissenting opinion* del giudice Thomas, III-A, p. 13 ss.

55 *Dissenting opinion* del giudice Thomas, III-B, p. 14 ss. Il giudice Thomas è l'unico a organizzare compiutamente il suo dissenso attorno al tema della libertà religiosa: «In our society, marriage is not simply a governmental institution; it is a religious institution as well. Today's decision might change the former, but it cannot change the latter. It appears all but inevitable that the two will come into conflict». Il giudice Kennedy, scrivendo per la maggioranza, aveva 'liquidato' la questione della libertà religiosa in un paragrafo (IV, p. 27), assicurando che la decisione della Corte non costituisce una violazione della libertà religiosa delle persone, ma la Costituzione non può permettere che uno Stato vieti a coppie dello stesso sesso di sposarsi negli stessi termini in cui ciò è consentito a coppie di sesso diverso: «[T]hose who adhere to religious doctrines, may continue to advocate with utmost, sincere conviction that, by divine precepts, same-sex marriage should not be condoned. The First Amendment ensures that religious organizations and persons are given proper protection as they seek to teach the principles that are so fulfilling and so central to their lives and faiths, and to their own deep aspirations to continue the family structure they have long revered. The same is true of those who oppose same-sex marriage for other reasons». Secondo il giudice Roberts la decisione non viola apertamente la libertà religiosa, ma pone «serie questioni» («Many good and decent people oppose same-sex marriage as a tenet of faith, and their freedom to exercise religion is — unlike the right imagined by the majority — actually spelled out in the Constitution», IV, p. 27). Il giudice Alito non parla apertamente di religione, ma della

iii) l'asserzione della maggioranza secondo cui, con questa decisione, le coppie dello stesso sesso possono acquisire la stessa «dignità» delle coppie eterosessuali, è fallace perché la Costituzione non contiene alcuna «clausola sulla dignità» e comunque il governo è storicamente incapace di «conferire dignità» ai cittadini⁵⁶.

La sintesi conclusiva di Thomas è dunque che la libertà di una persona, «per non parlare della sua dignità», è qualcosa che deve essere protetta contro lo — e non assicurata dallo — Stato: «L'odierna decisione mette da parte *questa verità*»⁵⁷.

La nota del giudice Thomas esprime tutti i connotati più epidermici del movimento culturale che ha preso piede negli Stati Uniti nell'ultimo quarto del Novecento e che prende il nome di «originalismo»⁵⁸. Per quanto si proponga come teoria dell'interpretazione giuridica votata alla neutralità politica e dunque promotrice di *judicial restraint*, l'originalismo si fonda su un tipo di argomentazione a metà strada tra quella «storica» e quella «etica»⁵⁹: e se nella tradizione giurisprudenziale statunitense queste due forme di argomentazione sono di per sé difficilmente distinguibili, l'originalismo le articola in modo così «autoreferenziale»⁶⁰ da declassarle a mere tecniche di persuasione delle pre-posizioni del giudice.

In quanto movimento culturale, l'originalismo è storicamente determinato e le adesioni che registra sono giustificabili dal punto di vista ambientale. Lo scorrere di oltre duecentotrenta anni da quando Washington, Jefferson, Franklin, Adams, Hamilton e Madison⁶¹ hanno creato la nazione ha prodotto una canonizzazione di queste figure e basare l'autorità dell'originalismo sull'idea che i *framers* furono eccezionalmente 'saggi e lungimiranti' non può che evocare un certo senso di orgoglio nazionale: come è stato osservato, «visto l'impovertimento del discorso e l'assenza di visibili virtù pubbliche di auto-controllo nella politica nazionale odierna, una scelta espressa come posizione a metà tra i "Padri Fondatori" e chiunque si trovi a vivere oggi, rende probabile il trionfo della *nostalgia*»⁶². L'elemento emotivo della persuasione originalista è inoltre accentuato dal connotato quasi religioso che ispira la tradizione dell'esegesi dei testi⁶³: la glorificazione del 'significato originario' della Costituzione è intrecciato con la condanna delle deviazioni dal significato originale della Verità consegnata nella Costituzione. Anzi,

«tradizionale concezione di matrimonio» sul cui mantenimento o mutamento i cittadini non possono più esprimersi, poiché la Corte ha «usurato» loro questa possibilità (III, p. 6).

56 È forse questa la parte della nota del giudice Thomas più difficile da seguire. *Dissenting opinion* IV, p. 16 ss.: «[H]uman dignity cannot be taken away by the government. Slaves did not lose their dignity (any more than they lost their humanity) because the government allowed them to be enslaved. Those held in internment camps did not lose their dignity because the government confined them. And those denied governmental benefits certainly do not lose their dignity because the government denies them those benefits. The government cannot bestow dignity, and it cannot take it away».

57 *Dissenting opinion* del giudice Thomas p. 17, corsivi aggiunti.

58 L'originalismo è una famiglia di teorie, secondo le quali sia il significato originario che la risoluzione delle controversie costituzionali deriva o dovrebbe derivare dal modo in cui il testo è stato originariamente inteso o dal modo in cui i suoi redattori si sarebbero aspettati di affrontare e risolvere la controversia. Tra i numerosi studi sul tema, si possono consultare i seguenti: J. Greene, *On the Origins of Originalism*, in *Texas Law Review*, 88 (2009); J. Greene, *Selling Originalism*, in *The Georgetown Law Journal*, 97 (2009); J. Greene, N. Persily, S. Ansolabehere, *Profiling Originalism*, in *Columbia Law Review*, 111 n. 2 (2011). Vale forse la pena notare che lo sforzo retorico profuso dal giudice Scalia nella formulazione del suo dissenso è talmente votato alla polemica *tout court*, da non approfondire le sue argomentazioni informate ai principi dell'originalismo (che pure egli sposa pienamente: si veda almeno il suo *A Matter of Interpretation. Federal Courts and The Law*, Princeton, Princeton Univ. Press, 1997).

59 Tenendo sempre a mente la sistemazione proposta da Bobbitt, *supra*, nota 11.

60 Così J. Greene, *On the Origins of Originalism*, in *Texas Law Review*, 88 (2009), p. 64.

61 I «Big Six» della cultura americana li definisce J.M. Balkin, *Constitutional Interpretation and Change in The United States: The Official and The Unofficial*, Public Law Research Paper No. 542, Yale Law School, 2015.

62 V. C. Jackson, *Constitutions as "Living Trees"? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors*, in *Fordham Law Review*, 75 (2006), p. 942 (corsivo aggiunto).

63 Già negli anni '20 E. C. Corwin «sospettava» che «this American aptitude for documentary exegesis, [...] had its origin [...] in an earlier taste for theological disquisition» (*The Progress of Constitutional Theory between the Declaration of Independence and the Meeting of the Philadelphia Convention*, in *The American Historical Review*, 30 n. 3, 1925, p. 521). L'attitudine americana verso la Costituzione è stata descritta in termini di culto, reverenza e fedeltà: M. Lerner (*Constitution and Court as Symbols*, in *The Yale Law Journal*, 45, 1937, p. 1294-95) ha descritto la Costituzione come «totem e feticcio» dell'America: «[T]he very habits of mind begotten by an authoritarian Bible and a religion of submission to a higher power have been carried over to an authoritarian Constitution and a philosophy of submission to a "higher law;" and a country like America, in which its early tradition had prohibited a state church, ends by getting a state church after all, although in a secular form».

stando a questa concezione, la difficoltà di emendare la Costituzione tramite l'Articolo V «facilità l'iconografia della Costituzione come un testo sacro»⁶⁴.

Le coppie dello stesso sesso, in conclusione, non avevano il diritto di sposarsi quando furono adottati il V Emendamento nel 1791 o il XIV Emendamento nel 1868, e non vi è mai stata una riforma costituzionale in tal senso adottata secondo le procedure dell'Articolo V: se questo era l'intendimento originario del tempo e se non è possibile individuare un preciso momento del relativo mutamento, questo mutamento non è mai avvenuto⁶⁵.

A voler considerare l'originalismo una teoria generale di interpretazione costituzionale, non si potrebbe fare a meno di evidenziare le conseguenze che la sua applicazione produrrebbe (e in parte ha prodotto), solo per fare un esempio, nel campo del riconoscimento e della tutela di 'nuovi' o 'maggiori' diritti: politicamente il movimento nasce come cosciente reazione alla giurisprudenza delle Corti Warren e Burger relativa ai diritti individuali (*Griswold*, *Miranda v. Arizona*, *Roe v. Wade*, *Mapp v. Ohio*, e *Brown*), il cui 'attivismo' armò le critiche originaliste spingendole verso un *anti-rights orientation*⁶⁶. E se i riferimenti ideologici dell'orientamento originalista americano vengono rintracciati nel mito della Fondazione americana, diviene allora ammissibile il disorientamento che una cultura costituzionale le cui coordinate sono invece state fissate nella seconda metà del Novecento attorno alla dignità dell'uomo come «premessa culturale» dello Stato costituzionale⁶⁷ può provare di fronte a un apparente positivismo feticistico che, incapace di intrecciare letture diacroniche e sincroniche della storia costituzionale, non può cogliere le «cristallizzazioni culturali»⁶⁸ raggiunte tramite il lavoro costituente delle generazioni passate.

L'originalismo dunque non può che essere un fenomeno esclusivo della civiltà americana⁶⁹, la cui narrativa è stata tessuta, sin dalla sua fondazione, su trame «ad esito escatologico»⁷⁰ e — sotto certi versi — pare connotarsi in questo modo ancora oggi, alimentando un movimento di fuga dalla storia, in avanti, alla conquista di sempre nuovi spazi e poi di «inesorabile ritorno dell'America in se stessa»⁷¹. Oggi l'atteggiamento di certe *doctrines* nei confronti della storia fondato sulla continua polemica morale contro il modo in cui avvengono le trasformazioni (la geremiade americana) può spiegare perché «la società che più di ogni altra ha ormai caratteristiche post-moderne e post-industriali continua a venerare valori, simboli e istituti costituzionali pre-moderni e pre-industriali e a soffrire della propria consapevole sensibilità alle tensioni tra pratica e politica»⁷². La continua riproposizione del dibattito tra virtù civile e tempo secolarizzato ha finito, infatti, per perpetuare una concezione della storia «come un

64 J. Greene, *ivi*, p. 69.

65 Così J.M. Balkin, *Constitutional interpretation and Change* cit., p. 15.

66 J. Greene, *ivi*, p. 10-12: fu il Procuratore Generale Edwin Meese a iniziare la campagna, durante il secondo mandato di Reagan, per promuovere pubblicamente la visione secondo cui l'originalismo è l'unico modo per controllare l'attivismo dei giudici.

67 P. Häberle, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura* (edizione italiana a cura di J. Luther), Roma, Carrocci editore, 2001, p. 35.

68 *Ivi*, p. 186.

69 Così J. Greene, *ivi*, p. 54: «[T]he measure of originalism's success lies not in originalism but in ourselves».

70 J.G.A. Pocock, *Il momento machiavelliano. Il pensiero politico fiorentino e la tradizione repubblicana anglosassone*, vol. II (*La «repubblica» nel pensiero anglosassone*), Bologna, Il Mulino, 1980. Secondo l'autore la retorica della «geremiade americana» (p. 859-862) accomunò sia Federalisti che Repubblicani, coniugando il millenarismo dei primi con l'utopia dei secondi. I Repubblicani credevano di trovarsi di fronte a «una fuga dalla storia per tornare alla natura» (p. 916): in realtà «si trattava di una fuga dalla civiltà moderna e da un certo futuro non meno che una fuga dall'antichità tradizionale e da un certo passato» e «la natura in cui gli americani si immersero non era semplicemente il primitivismo puritano, lockiano o arcadico, ma quella *vita activa*», una *vita activa*, tuttavia, che, «dopo quanto aveva spiegato Machiavelli, si era rivelata sempre più difficile da conciliare con l'esistenza nella dimensione di un tempo secolarizzato». I Federalisti, d'altro canto, adottando la visione neo-harringtoniana del momento machiavelliano, ritenevano che «d'un colpo solo fossero individuati e subito condannati i mali della superstizione, del vassallaggio e della speculazione sui titoli»; ed ecco che «sia l'antica sia la nuova idea della corruzione» «potevano essere inserite l'una nell'altra». Se dunque la repubblica americana «si prestava ad essere considerata come una rinnovazione attuata in un Mondo Nuovo, era naturale che il distacco dalla corruzione fosse visto attuarsi in un singolo atto con cui veniva troncata ogni relazione col passato»: lo stato di natura che ci si era costruito «era astorico» (p. 917).

71 *Ivi*, p. 923.

72 *Ivi*, p. 922. Per un approfondimento sulle reazioni della cultura giuridica nordamericana alla 'crisi di modernità' si può iniziare con la rassegna di G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2001. L'originalismo si può forse cogliere in questo contesto di inquietudine interdisciplinare — quella del «diritto e ...» (...letteratura, ...economia, ...genere, etc.) — con la differenza che gli originalisti, invece di reagire allo sfaldamento della fiducia nei progetti intellettuali della modernità

movimento di allontanamento e distacco da quelle norme in cui si concreta e si precisa quella stabilità e coerenza morale»⁷³.

Quello che manca, cioè, è una lettura storicizzata della costituzione. La geremiade, mai totalmente sopita neanche nei momenti di maggior consenso tra le istituzioni governative, riesplode infatti con la impervia elaborazione di un approccio all'interpretazione costituzionale che si vuole sistematicamente e specificatamente fondato sulla reverenza verso l'autorità culturale degli eroi della fondazione⁷⁴. Questi formati meta-storici si sono riversati anche nella lettura della costituzione come testo politico/antropologico/filosofico, i cui contenuti ivi vengono così intesi come fondativi di una realtà metafisica, in quanto tale sostanzialmente immutabile: un po' come le narrazioni bibliche della Creazione, le quali non intendono raccontare degli eventi storici, ma spiegare la natura dell'uomo di tutti i tempi. Una concezione della storia e della storia costituzione del genere non può che configurarsi «come un movimento essenzialmente privo di creatività ed entropico, a meno che non culmini nell'avvento di un 'millennio' o nella realizzazione di un'utopia»⁷⁵. Tuttavia, «una rivoluzione, che venga dopo la fase della geremiade, sarebbe, sul piano ideologico, ancora più drastica, almeno sotto certi aspetti», poiché «si terminerebbe di discutere e contestare la storia nella sua forma specificamente americana». Che cosa poi verrebbe dopo è arduo da immaginare: «gli indizi attuali sembrano far presagire [...] che ci si avvia a forma diverse di anarchismo conservatoristico»⁷⁶.

3. Un'opinione immaginaria⁷⁷

L'uso che la Corte fa della clausola sulla *Equal Protection* è forse il punto più delicato da commentare. È la maggioranza stessa a renderne difficile l'apprezzamento, mescolando nella sua opinione l'argomento basato sul *Due Process* con quello basato sulla clausola in questione. Ma anche i giudici dissenzienti non prendono sul serio⁷⁸ questa — per la verità non nuova — ambiguità, non provando neanche a formulare una vera osservazione critica.

tramite la dimostrazione di quanto «le regole giuridiche [siano] legate ai loro contesti sociali, economici, politici e culturali» (p. 133), resettano un secolo di storia fondando la propria reazione sulla mitologia della pre-modernità.

73 *Ivi*, p. 925.

74 Cfr. A. Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, University of Cincinnati, 1989. Si può invece ipotizzare che l'assetto costituzionale americano abbia 'retto' nel tempo in quanto incardinato in un processo fondativo aperto «ad una molteplicità di apporti» e di «processi costituenti» che esprimono «quell'istanza di equilibrio, di 'modération politique', che, da Montesquieu in poi, è un motivo conduttore delle teorie costituzionali pluralistiche» (P. Ridola, *L'esperienza costituente come problema storiografico: bilancio di un cinquantennio*, in *Quaderni costituzionali*, 1998, XVIII, n. 2, p. 268). Il popolo è stato così incoraggiato a controllare i suoi continui impulsi verso cambiamenti politici rivoluzionari, incanalandoli attraverso le molteplici fonti di emersione e consolidazione del consenso. Se quindi si può ammettere che la 'costituzione' non è mai stata uguale a se stessa nel corso del tempo, mentre la 'Costituzione' è rimasta intatta, potrebbe non essere inutile tentare una storicizzazione del testo, intendendo con ciò l'inquadramento in un dato contesto storico del significato e dell'applicazione del diritto 'contenuto' in quelle clausole costituzionali particolarmente aperte ai processi di recezione (nel senso inteso da Häberle): la creatività secolarizzata della storia così cattura permetterebbe di cogliere il continuo processo delle trasformazioni qualitative della vita dell'uomo, non necessariamente dalla prospettiva dell'idealismo spiritualistico di Hegel e delle sue scuole. Verrebbe recuperato il valore del testo costituzionale che è sì, come riteneva Thomas Paine, la sola 'vera' costituzione, quella cioè fatta con 'la coscienza di fare una costituzione', ma è soprattutto il prodotto, per quanto «consapevole», di un'altra [fase] più antica e molto più lunga, in cui le costituzioni erano pensate non come creazione ma come *sviluppo*, non come codice nazionale ma come *eredità nazionale*» (C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, Il Mulino, 1990, p. 44, corsivi aggiunti).

75 G.A. Pocock, *ivi*, p. 925.

76 *Ivi*, p. 915. Infine Pocock rassicura: «[M]a, d'altra parte, il termine del momento machiavelliano, a quanto pare, non è ancora giunto».

77 Il titolo del paragrafo è simile a quello impiegato nello studio di A. Romano nel suo studio sulle opinioni dissenzienti nella sentenza del Tribunal Constitucional spagnolo relativa al riconoscimento del matrimonio tra coppie dello stesso sesso (*I voti particolari nella sentenza n. 198 del 2012 del Tribunal Constitucional spagnolo tra approcci alla relazione affettiva e dinamiche dell'interpretazione Costituzionale*, in *Nomos*, 2013, 3, p. 9), il quale a sua volta si ispira a un intervento tenuto dalla Professoressa Nicolai durante il seminario su "Il same sex-marriage nella sentenza del Tribunal Constitucional spagnolo del 6 novembre 2012" organizzato nell'ambito Dottorato di Diritto pubblico della Sapienza Università di Roma l'8 febbraio 2013.

78 Secondo Roberts (*dissenting opinion*, III, p. 23), «the majority does not seriously engage with this claim. its discussion is, quite frankly, difficult to follow. [...] [T]he majority fails to provide even a single sentence explaining how the Equal Protection

Il giudice Kennedy, nello scrivere per la maggioranza, basa la decisione del caso principalmente sull'interpretazione della clausola sul giusto processo e, pur riferendosi anche alla clausola sull'eguale protezione, manca colpevolmente⁷⁹ di argomentare questa seconda fondazione. Si limita ad ammettere che le leggi che vietano i matrimoni tra persone dello stesso sesso «limitano i precetti centrali dell'egualianza» e che sono «nella loro essenza» «non eque»: le coppie dello stesso sesso si vedono negati «tutti i benefici accordati alle coppie di sesso diverso e sono escluse dall'esercizio di un diritto fondamentale»⁸⁰. Soprattutto sarebbe stato interessante approfondire, sviluppandone le numerose suggestioni, la seguente proposizione del giudice Kennedy: «Ciascun concetto — libertà ed eguale protezione — porta a una maggior comprensione dell'altro. Infatti nell'interpretare la clausola sull'eguale protezione, la Corte ha riconosciuto che nuovi sviluppi e intendimenti sociali possono svelare ingiustificate ineguaglianze all'interno delle nostre più importanti istituzioni che in precedenza non erano state mai notate o messe in discussione»⁸¹.

Tanto è dovuto, secondo la maggioranza, circa la fondazione della decisione sulla *Equal Protection Clause*, quando un ragionamento più articolato avrebbe forse potuto smorzare le resistenze politiche (e la minoranza della Corte probabilmente sarebbe stata costretta a formulare opinioni più armoniose con la cultura giuridica che dovrebbe esprimere): decidere una questione così controversa come quella dei matrimoni tra coppie dello stesso sesso esclusivamente o principalmente sull'interpretazione della *Due Process Clause*, dichiarando che si tratta di un diritto fondamentale 'in virtù della Costituzione', qualunque argomentazione si usi a sostegno, equivale effettivamente a escludere questione dibattuta dalla disponibilità della costituzione. I valori di chi non ritiene fondamentale quel diritto non sono cioè più compresi nella costituzione⁸². Una sensibile lettura in termini di eguaglianza è invece certamente problematica e problematizzante e da ciò forse derivano le sue potenzialità dialogiche: come è stato osservato, infatti, «le ragioni che presiedono alle decisioni basate sul *due process* sono mediamente più oppostive nei confronti di alcune sensibilità e orientamenti rispetto a quelle fondate sull'*equal protection*»⁸³.

Un approccio simile era stato adottato, sempre dal giudice Kennedy, nel caso *Lawrence v. Texas*, e allora criticato nell'opinione concorrente della giudice Day O'Connor. Kennedy scrisse che la libertà che non può essere inficiata da alcuna intrusione pubblica, cui si riferisce la clausola sul *Due Process*, comprende il diritto delle coppie formate da persone dello stesso sesso di intrattenere rapporti intimi:

Clause supplies independent weight for its position, nor does it attempt to justify its gratuitous violation of the canon against unnecessarily resolving constitutional questions».

- 79 Ciò soprattutto alla luce dell'argomentazione formulata dal Solicitor General Verrilli, per la quale si rimanda, *infra*, alla nota 102.
- 80 *Obergefell* (III, p. 22): «It is now clear that the challenged laws burden the liberty of same-sex couples, and it must be further acknowledged that they abridge central precepts of equality. Here the marriage laws enforced by the respondents are in essence unequal: same-sex couples are denied all the benefits afforded to opposite-sex couples and are barred from exercising a fundamental right».
- 81 *Obergefell* (III, p. 20): «Each concept — liberty and equal protection — leads to a stronger understanding of the other. Indeed, in interpreting the Equal Protection Clause, the Court has recognized that new insights and societal understandings can reveal unjustified inequality within our most fundamental institutions that once passed unnoticed and unchallenged». Procedendo ancora a ritroso nella sentenza, tuttavia, si può notare che il giudice Kennedy non risolve l'ambiguità della proposizione iniziale con la quale ammette genericamente che l'interpretazione combinata di *Due Process Clause* ed *Equal Protection Clause* permette tutto ma anche il contrario di tutto: «Rights implicit in liberty and rights secured by equal protection may rest on different precepts and are *not always* coextensive, yet in some instances each may be instructive as to the meaning and reach of the other» (*Obergefell*, III, p. 19, corsivi aggiunti).
- 82 È indubbio che il 'setaccio' dei diritti effettuato tramite l'interpretazione sulle libertà, per come viene costruito nella giurisprudenza costituzionale statunitense, rappresenti uno strumento utile a rimettere in discussione la definitività delle valutazioni circa il carattere fondamentale o meno di una libertà: ma la rete metallica che filtra queste valutazioni è spesso intrecciata con letture della storia e della storia costituzionale che appaiono o funzionali alla ricostruzione evolutiva ed espansiva delle libertà oppure arroccate su una visione pre-moderna degli equilibri costituzionali che non può che livellare verso il basso le molteplici pulsioni di un ordinamento pluralista. Nel primo caso, comunque, un'argomentazione di tal fatta non può essere autosufficiente nel sostegno di un nuovo *claim*, dovendosi bilanciare con tecniche interpretative più aperte al dialogo. Per un confronto sulla difficoltà di 'usare' la storia da parte dei giudici europei (nello specifico da parte della Corte EDU) si veda A. Buratti, *L'uso della storia nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2/2012.
- 83 G. Calabresi, *Il mestiere del giudice* cit., p. 69, del quale si può aggiungere (p. 68): «Potremmo dire che l'*equal protection* è, di norma, uno strumento più propenso al dialogo di quanto non lo sia il *due process*». Significativa, in proposito, la seguente affermazione del giudice Roberts (*dissenting opinion*, II, 3, p. 19): «The truth is that today's decision rests on nothing more than the majority's own conviction that same-sex couples should be allowed to marry because they want to [...]», così come quella già citata del giudice Scalia (II, p. 8): «What possible "essence" does substantive due process "capture" in an "accurate and comprehensive way"? It stands for nothing whatever, except those freedoms and entitlements that this Court *really* likes».

le decisioni individuali riguardanti le relazioni fisiche, anche quando non volte alla procreazione, sono forme di libertà protette dalla clausola in questione.

Il fatto che oggetto di quel caso fosse una norma penale che faceva del rapporto omosessuale una fattispecie criminosa ha probabilmente agevolato la comprensione di un caso letto in termini di libertà (consacrando il 'buon diritto' prodotto dalla sentenza), viste le evidenti ripercussioni che una condanna penale ha sulla dignità della persona condannata, come quelle relative alla incarcerazione, alla notizia pubblica del reato, ai condizionamenti posti alla vita lavorativa, alla stigmatizzazione come *sex offender*. Tuttavia, l'argomentazione in termini di eguaglianza rafforza la stessa conclusione, ponendo (alla società, alla politica e alla giurisprudenza) interrogativi più stringenti: fino a che punto si è disposti a trattare in modo diverso situazioni ('sempre più') uguali? Su cosa si fonda la diversità di trattamento e quando questa diviene discriminazione? È possibile ritenere criminoso il comportamento di una classe di persone per la sola disapprovazione morale dello Stato verso quella classe?⁸⁴ Una disapprovazione morale può rappresentare un «legittimo interesse statale» su cui fondare un trattamento differente?⁸⁵ Le stesse domande, passando dal penale al civile, non perdono la capacità di mettere a disagio che deve rispondere: non si noterebbe forse una *government intrusion* anche nel proibire il riconoscimento di matrimoni tra due persone dello stesso sesso? Questa proibizione non equivale a porre su di esse un marchio di inferiorità rispetto a coppie di sesso diverso?

L'opinione del giudice Kennedy, in *Lawrence* come in *Obergefell*, come detto, fonde i ragionamenti in termini di eguaglianza e quelli in termini di libertà: in entrambi i casi la sentenza è organizzata sui temi del rispetto, quindi della dignità, della denigrazione, dello status. Kennedy in *Lawrence* per esempio statuisce che la qualificazione di una norma che rende criminali le condotte omosessuali rappresenta un «invito a sottoporre le persone omosessuali a discriminazioni tanto nella sfera privata quanto in quella pubblica» e che conservare un precedente come *Bowers* equivale a «avvilire la vita degli omosessuali»⁸⁶.

Anche in *Obergefell* sono numerosi i riferimenti al danno (*harm*), alle ferite (*hurt, injury*), all'avvilimento (*demean*), alla stigmatizzazione, alla umiliazione cui sono sottoposte le coppie formate da persone dello stesso sesso, la cui unione non può essere riconosciuta negli stessi termini in cui viene riconosciuta alle coppie formate da persone di sesso diverso: i trattamenti differenziati in base al sesso, conclude Kennedy, «hanno negato l'eguale dignità di uomini e donne»⁸⁷.

Il linguaggio impiegato nei due casi sembra così riallacciarsi a quella letteratura inaugurata dalla Corte Warren con la sentenza *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), che mise fine alla segregazione razziale nelle scuole, seguendo un percorso argomentativo volto in primo luogo a definire la natura del problema sociale, per sancire poi l'inadeguatezza dei precedenti metodi con cui è stato letto dal giurista, spiegando quindi perché una nuova luce su di esso illumina una nuova «sfera di preoccupazione costituzionale», e approfondendo infine il significato dell'umiliazione 'istituzionalizzata' dai

84 Risponde la giudice Day O'Connor (nella sua *concurring opinion* in *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 2003): «A law branding one class of persons as criminal solely based on the State's moral disapproval of that class and the conduct associated with that class runs contrary to the values of the Constitution and the Equal Protection Clause, *under any standard of review*» (corsivo aggiunto). Quello avanzato dalla giudice è uno standard classico di scrutinio, basato sulla sola razionalità della normativa oggetto di scrutinio.

85 Risponde ancora Day O'Connor: «Moral disapproval of a group cannot be a legitimate governmental interest under the Equal Protection Clause because legal classifications must not be 'drawn for the purpose of disadvantaging the group burdened by the law'». La questione della legittimità del matrimonio tra due persone dello stesso sesso non è oggetto del caso *Lawrence* e tantomeno dell'intervento concorrente della giudice Day O'Connor, la quale però parlando di *legitimate state interest* vuol far intendere che questo può continuare a essere incarnato dalla volontà di uno Stato di preservare «la tradizionale istituzione del matrimonio», poiché «[u]nlike the moral disapproval of same-sex relations — the asserted state interest in this case — other reasons exist to *promote* the institution of *marriage beyond* mere moral disapproval of an excluded group» (corsivi aggiunti). L'obiter sembra essere formulato in modo volutamente ambiguo: l'uso del verbo «promote» e la preposizione «beyond» possono dar luogo a intendimenti e traduzioni ambivalenti: «esisterebbero altri motivi *oltre alla disapprovazione morale* per promuovere (la conservazione de) l'istituzione del matrimonio», oppure «esisterebbero altri motivi per *promuovere* l'istituzione del matrimonio *oltre la disapprovazione morale*» (in questo secondo caso sembra suggerirsi proprio un superamento del giudizio morale per l'estensione del matrimonio anche a coppie dello stesso sesso).

86 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), 575: «When homosexual conduct is made criminal by the law of the State, that declaration in and of itself is an invitation to subject homosexual persons to discrimination both in the public and in the private spheres. The central holding of *Bowers* has been brought in question by this case, and it should be addressed. Its continuance as precedent demeans the lives of homosexual persons».

87 *Obergefell*, III, p. 21: «[I]nvidious sex-based classifications in marriage remained common through the mid-20th century. [...] These classifications denied the equal dignity of men and women».

pubblici poteri⁸⁸. Un ruolo determinante nel legare questa impostazione al caso *Obergefell* ha sicuramente avuto il precedente di *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967) nel quale, pur non riprendendo la *judicial doctrine* dell'umiliazione istituzionalizzata, la conclusione raggiunta dal giudice Warren — il matrimonio è uno dei «basici diritti civili dell'uomo», «fondamentale alla nostra stessa esistenza e sopravvivenza»⁸⁹, per cui una legge che vieti il matrimonio tra due persone appartenenti a razze differenti viola le clausole della *Equal Protection* e del *Due Process* — sembrava segnare un altro passo verso l'infrangimento di quelle barriere che separano la *Equal Protection* dal *Due Process*, invitando l'interprete a considerare la specifica sfera del matrimonio come vista e vissuta nel «mondo reale»⁹⁰. Il passo stilistico al caso *Windsor*, citato sopra, può quindi sembrare meno lungo dei circa cinquant'anni che lo separano da *Brown* e *Loving*: la sentenza redatta dal giudice Kennedy è stata considerata «fondamentalmente una riaffermazione del principio di anti-umiliazione stabilito in *Brown*»⁹¹, e il parallelismo diviene particolarmente pronunciato quando il giudice Kennedy enfatizza la «umiliazione» che il Defense of Marriage Act ha imposto su «decine di migliaia di bambini ora cresciuti da coppie dello stesso sesso», disorientandoli nella comprensione dell'«integrità», della «coesione» delle loro famiglie e della relativa «armonia con le altre famiglie»⁹². Si tratta di un lessico — cui la maggioranza in *Obergefell* attinge abbondantemente⁹³ — effettivamente vicino alla «parafasi virtuale»⁹⁴ delle parole impiegate dal giudice Warren in *Brown* nel denunciare la segregazione scolastica sulla base del fatto che essa procura ai bambini «un senso di inferiorità» circa la propria posizione all'interno della comunità in cui vivono⁹⁵: un lessico fondamentale per portare a emersione quella «dimensione individuale»⁹⁶ che è al centro di queste pronunce.

Il sintetico intreccio di questi precedenti rappresenta la punta emergente di un insieme di problematiche del processo di *constitutional decisionmaking* statunitense così penetranti e qualificanti questo ordinamento da richiedere ben altro tipo di studio. Si pensi soltanto ai differenti livelli di scrutinio della

88 Secondo B. Ackerman questa cornice interpretativa descrive la c.d. *sociological jurisprudence* inaugurata dalla Corte guidata dal giudice Warren: un ultimo tassello di questo percorso (la 'nuova luce') sarebbe poi rappresentato da un'argomentazione che spieghi «perché le scienze sociali dovrebbero giocare un ruolo nel diritto costituzionale» — così in *The Civil Rights Revolution* cit., p. 130-133. Avverte però Ackerman (*ivi*, p. 131) che quello del giudice Warren è da considerarsi «semplicemente» un invito rivolto «ai giudici, e a tutti noi», a formulare «*commonsense judgments*» circa il prevalente significato delle dinamiche sociali: «Il contributo di Warren in questa fase dell'argomentazione riguarda il principio costituzionale, non il metodo di giudizio». Sul tema si veda anche, di L. Guinier, G. Torres, *Changing the Wind: Notes Toward a Demosprudence of Law and Social Movements*, in *The Yale Law Journal*, 123, 2740 (2014).

89 Così il giudice Warren, che scrive per una Corte unanime: «Marriage is one of the “basic civil rights of man”, fundamental to our very existence and survival. [...] To deny this fundamental freedom on so unsupportable a basis as the racial classifications embodied in these statutes, classifications so directly subversive of the principle of equality at the heart of the Fourteenth Amendment, is surely to deprive all the State's citizens of liberty without due process of law. The Fourteenth Amendment requires that the freedom of choice to marry not be restricted by invidious racial discriminations. Under our Constitution, the freedom to marry, or not marry, a person of another race resides with the individual, and cannot be infringed by the State», (*Loving*, II, p. 13, citazioni interne omesse).

90 È di questa opinione, vagamente contro-fattualista, B. Ackerman, *ivi*, p. 306.

91 Così B. Ackerman, *ivi*, p. 308.

92 *United States v. Windsor*, 570 U.S. ___ (2013), IV, p. 23: «The differentiation demeans the couple, whose moral and sexual choices the Constitution protects, see *Lawrence*, 539 U. S. 558, and whose relationship the State has sought to dignify. And it humiliates tens of thousands of children now being raised by same-sex couples. The law in question makes it even more difficult for the children to understand the integrity and closeness of their own family and its concord with other families in their community and in their daily lives».

93 In particolare, ma non solo, nel terzo argomento usato dal giudice Kennedy a sostegno del carattere fondamentale del diritto al matrimonio: «A third basis for protecting the right to marry is that it safeguards children and families and thus *draws meaning* from related rights of childrearing, procreation, and education». E ancora più chiaramente: «Without the recognition, stability, and predictability marriage offers, their children suffer the *stigma* of knowing their families are somehow lesser. They also suffer the significant *material costs* of being raised by unmarried parents, relegated through no fault of their own to a more difficult and uncertain family life. The marriage laws at issue here thus *harm* and *humiliate* the children of same-sex couples» (*Obergefell*, III, p. 14,15, corsivi aggiunti).

94 Così B. Ackerman, *ivi*, p. 308. Nel caso *Windsor*, sempre secondo Ackerman, il giudice Kennedy non segue il precedente di *Brown* solo su un punto: l'appello alle scienze sociali.

95 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954), p. 495: «To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a *feeling of inferiority* as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone» (corsivi aggiunti).

96 A. Schillaci «*This case is not routine*». *La Corte Suprema USA e il same sex marriage, tra tutela dei diritti e limiti della giurisdizione*, su Osservatorio AIC, www.osservatorioaic.it, 2013.

legge in cui si articolano l'interpretazione 'sostantivata' del giusto processo da un lato e quella fondata sulla eguale protezione di fronte la legge dall'altro. Il ragionamento in termini di libertà si pone sotto certi versi in alternativa al ragionamento in termini di eguaglianza: ad esempio, optando per il primo, la Corte del caso *Lawrence* ha stabilito che tutte le restanti proibizioni riguardi i rapporti intimi (tra persone dello stesso sesso) sarebbero state invalide, conseguenza questa che non discenderebbe automaticamente da un approccio basato sullo 'semplice' scrutinio di razionalità proposto dalla giudice Day O'Connor: seguendo questo infatti le leggi che proibivano atti di sodomia sia tra persone dello stesso sesso che tra persone di sesso opposto sarebbero rimaste in vigore. Così ancora la maggioranza della Corte, ragionando in termini di libertà, non ha avuto bisogno di individuare una 'classificazione sospetta' nella considerazione che la norma fa dell'omosessualità degli individui (al pari di quelle classificazioni basate su razza e genere), ciò che avrebbe aperto la strada a uno scrutinio più penetrante. La Corte ha così evitato di affrontare nel caso *Lawrence* il tema della conformità a costituzione del mancato riconoscimento delle unioni tra coppie dello stesso sesso, non pregiudicando gli sviluppi futuri.

L'intreccio è comunque sufficientemente complicato da permettere di cogliere una delle non poche contraddizioni che l'ordinamento statunitense ha espresso a partire dalla seconda metà del secolo scorso, quando non si è trovata una via per metabolizzare la pluralità delle vie tramite cui è stato perseguito il principale obiettivo della lotta per i diritti civili: la costruzione di un «ponte tra diritto e vita» per raggiungere «progressi egualitari» nel «mondo reale»⁹⁷. La 'tattica' di fondare i sindacati circa le conquiste civili cristallizzate nella legislazione prodotta sotto l'amministrazione di Lyndon Johnson esclusivamente sulla oramai pacifica interpretazione data durante New Deal della clausola sulla regolazione del commercio interstatale, pur di raggiungere la simbolica solidità di una Corte unanime, ha sacrificato forse il momento politicamente più propizio a un'interrogazione più profonda (ma anche più divisiva) riguardo le potenzialità della clausola sulla *Equal Protection*⁹⁸.

Come *Lawrence*, anche *Obergefell* appare un «ibrido»⁹⁹: una sentenza fondata sull'interpretazione sostanzialista della clausola sul giusto processo (la libertà è fondamentale e non esiste *process of law* che possa negarla) ma modellata dalle stesse preoccupazioni che richiedono una eguale protezione della legge¹⁰⁰.

4. Osservazioni finali

L'equivoca dicotomia tra libertà ed eguaglianza, il cui superamento è invocato dalla dottrina statunitense¹⁰¹, e che sulla scorta del materiale niente affatto omogeneo elaborato finora dalla giurisprudenza richiederebbe un coraggioso atto di sistemazione, si manifesta con tutta la sua portata lacerante nei dissensi alla sentenza *Obergefell*. Ne è testimonianza il rifiuto dei quattro giudici di ingaggiare un serio confronto sul punto, irritati dall'uso da parte della maggioranza di una retorica ambigua che prima divide graficamente i due argomenti (libertà ed eguaglianza), ma dopo non «spiega» come il secondo

97 Sono termini impiegati da B. Ackerman, *The Civil Rights Revolution* cit., p. 195, secondo il quale la c.d. *Second Reconstruction* era precisamente volta a definire e attuare *egalitarian advances*. Si legga anche un estratto del discorso di Lyndon Johnson alla Howard University nel 1965 (consultabile anche dal seguente sito: <http://hustorage.wrlc.org/disk1/lbjathu/LBJatHU/#6>): «This is the next and the more profound stage of the battle for civil rights. We seek not just freedom, but opportunity. We seek not just legal equity, but human ability; not just equality as a right and a theory, but equality as a fact and equality as a result».

98 Decisivo, secondo B. Ackerman (*ivi*, p. 316), sarebbe stato il rifiuto della Corte Suprema di fare del caso *Heart of Atlanta Motel* (che dichiara conforme a costituzione l'uso della potere federale di regolare il commercio per proibire le discriminazioni razziali nelle *public accommodations*) il *Brown* degli anni '60.

99 Questo aggettivo è riservato alla sentenza *Lawrence v. Texas* in di P. Brest, S. Levinson, J.M. Balkin, A.R. Amar, R.B Siegel, *Process of Constitutional Decisionmaking. Cases and Materials*, V edizione, New York, Aspen Publisher, 2006, p. 1504.

100 Per chiudere con le 'immaginazioni', si segnalano due *Imagined Opinion* che valorizzano esattamente il maggiore rigore giurisprudenziale che sarebbe derivato dal corretto ricorso al ragionamento in termini di eguaglianza: R. Robsons, *Justice Ginsburg's Obergefell v. Hodges*, in *University of Missouri-Kansas City Law Review*, 19 novembre 2015; M.J. Perry, *Obergefell v. Hodges: An Imagined Opinion, Concurring in the Judgment*, Emory Legal Studies Research Paper No. 15-356, 27 giugno 2015.

101 Oltre al già citato Ackerman, il riferimento è soprattutto a L. Tribe che del signor John Lawrence era stato avvocato, e al suo *Lawrence v. Texas: The "Fundamental Right" that Dare not Speak its Name*, in *Harvard Law Review*, 117, p. 1895: «[T]he best we can do now is take the measure of *Lawrence* as a landmark in its own right by placing its logic in the context of the larger project of elaborating, organizing, and bringing to maturity the Constitution's elusive but unquestionably central protections of liberty, equality, and — underlying both — respect for human dignity».

possa «dare peso» alla sua posizione¹⁰². Pur a voler condividere l'esattezza del disappunto¹⁰³, la scelta di ignorare questa vulnerabilità argomentativa della maggioranza, concentrando la polemica sull'uso della screditata *judicial doctrine* del *substantive due process*, se da un lato conferma il carattere divisivo e totalizzante di questo fondamento, dall'altro suggerisce la sensazione generale di una fuga dalle proprie responsabilità culturali da parte degli autori del dissenso, il cui sforzo emotivo consegnato nelle note si concentra nello strumentario concettuale che avrebbe deposto per la non-soluzione del caso (perché 'non è compito' della Corte¹⁰⁴) e sembra approfondirsi principalmente nella prospettiva quando non nell'alimentazione del *backlash effect*¹⁰⁵.

Non viene considerata meritevole di seria analisi, in particolare, la considerazione basilare che la maggioranza fa del valore emancipatorio e inclusivo del matrimonio. I termini di un approfondimento sulla questione erano stati esposti chiaramente almeno dalla corte suprema del Massachusetts più di dieci anni fa¹⁰⁶, ma i dissensi, appellandosi alle tradizioni di Aztechi e Cartaginesi (Roberts)¹⁰⁷, alla filosofia hippie (Scalia), al prerequisito della procreazione (Alito), allo spettro della poligamia (Roberts, Alito), alle 'disposizioni' dei dizionari del XVIII secolo (Thomas), alzano un muro di incomunicabilità che tarpa le potenzialità che invece il *dialogo* dischiude.

È dunque difficile osare una lettura prospettica delle conseguenze della veemenza di questi interventi. Se da un lato tutti i dissenzienti esplicitamente invitano a non accordare rispetto alla sentenza redatta da Kennedy, dall'altro gli argomenti utilizzati potrebbero giocare a loro sfavore: non solo, come si è già ricordato, il richiamo anti-canonico a *Dred Scott* potrebbe aprire in realtà a una valorizzazione del caso *Obergefell* proprio in termini di piena rivendicazione della glorificata *dissenting opinion* del giudice

102 Così il giudice Roberts nel passo citato, *supra*, in nota 78.

103 E motivi invero ce ne sarebbero: non si può non ricordare, come giustamente fa il giudice Roberts, che il Solicitor General degli Stati Uniti, Donald B. Verrilli, durante l'*oral argument* (http://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/14-556q1_15gm.pdf, p. 39.40), aveva basato la sua argomentazione esclusivamente sulla 'eguale protezione' cui hanno diritto le coppie omosessuali, espressamente sconsigliando la fondazione sulla clausola del giusto processo. Vale la pena riportare la lucidità del suo pensiero: «Justice Kennedy, forgive me for answering the question this way. We do recognize that there's a profound connection between liberty and equality, but the United States has advanced only an equal protection argument. We haven't made the fundamental rights argument under *Glucksberg*. And therefore, I'm not sure it would be appropriate for me not having briefed it to comment on that». E Quando il giudice Kennedy gli chiede perché non sosterrebbe la sua tesi su questa base, Verrilli risponde: «Well, because we think that while we do see that there is, of course, this profound connection, we do think that [...] *this issue really sounds in equal protection*, as we understand it, because the question is equal participation in a State conferred status an institution. And that's why we think of it in equal protection terms. And [...] I'd like to suggest this, that what the Respondents are ultimately saying to the Court is that with respect to marriage, they are not ready yet. And yes, gay and lesbian couples can live openly in society, and yes, they can raise children. Yes, they can participate fully as members of their community. Marriage, though, not yet. Leave that to be worked out later. But the Petitioners — [...] these gay and lesbian couples are — ...». Ma qui Scalia interrompe Verrilli: «Or not. Or not. I mean, that's not what they are saying. They are saying leave it to the people. It will be worked out later or not». Al che Verrilli risponde: «But what these gay and lesbian couples are doing is laying *claim to the promise of the Fourteenth Amendment now*. And it is emphatically the duty of this Court, in this case, as it was in *Laurence*, to decide what the Fourteenth Amendment requires. And what I would suggest is that in a world in which gay and lesbian couples live openly as our neighbors, they raise their children side by side with the rest of us, they contribute fully as members of the community, that *it is simply untenable [...] to suggest that they can be denied the right of equal participation in an institution of marriage, or that they can be required to wait until the majority decides that it is ready to treat gay and lesbian people as equals. Gay and lesbian people are equal. They deserve the equal protection of the laws, and they deserve it*» (corsivi aggiunti).

104 Si segnala l'interesse che può suscitare il dibattito tra il canone interpretativo volto a evitare l'incostituzionalità della legge (ogni qualvolta vi siano elementi per confermarne la conformità a costituzione) e il canone volto a evitare le problematiche costituzionali *tout court*, recentemente riaperto sulle pagine della *Harvard Law Review* (124 n.8, 2015) da N. Kumar Katyal, T. P. Schmidt (*Active Avoidance: The Modern Supreme Court and Legal Change*) e C. Nelson (*Avoiding Constitutional Questions Versus Avoiding Unconstitutionality*).

105 Sulle problematicità del *backlash effect* e sul ruolo che il conflitto tra maggioranza e voti dissenzienti sul «concetto di cultura giuridica» svolge nelle «tensioni che ruotano attorno al riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso», si veda A. Romano, *Diritti e dissenso. Pluralismo politico e resistenze argomentative nella giurisprudenza sul matrimonio tra omosessuali*, in *Omosessualità, eguaglianza, diritti* (a cura di A. Schillaci), Roma, Carrocci editore, 2014, in particolare p. 248-252.

106 *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass., 2003): «That same-sex couples are willing to embrace marriage's solemn obligations of exclusivity, mutual support, and commitment to one another is a testament to the enduring place of marriage in our laws and in the human spirit».

107 Sul riferimento a 'fonti straniere', che quasi aprono una contraddizione in seno ai conservatori della Corte (notoriamente contrari all'uso del diritto di altri ordinamenti per interpretare la Costituzione statunitense) riflette e in parte provoca Z.D. Kaufman, *From the Aztecs to the Kalahari Bushmen. Conservative Justices' Citation of Foreign Sources: Consistency, Inconsistency, or Evolution?*, in *Yale Journal of International Law Online*, Vol. 41, 2015.

Curtis (e così intesa *Obergefell* si porrebbe anzi come l'anti-*Dred Scott*), ma più in generale il trasporto patetico che tutto travolge sembrerebbe rivelare piuttosto l'incapacità di leggere in termini giuridici un caso che la storia un giorno potrà a ragione indicare come una rottura del paradigma.

Certo è che l'articolazione dei conflitti culturali, fondamentali affinché si avvii il dialogo, è al cuore dell'istituto della *dissenting opinion*, poiché il dissenso, se «proiettato all'interno delle Corti», «può rappresentare uno strumento centrale nell'accompagnare i processi di trasformazione sociale, nell'indirizzare le trasformazioni politiche e nel legittimare la Costituzione¹⁰⁸. Gli esercizi dei quattro giudici, invece, difficilmente potranno rappresentare un contributo volto a correggere la motivazione della sentenza nel suo complesso tramite l'indicazione di un percorso più chiaro rispetto alle più o meno coscienti indecisioni della maggioranza: soprattutto, come già notato, non si vede come potrebbero inserirsi in quel processo di attuazione della Costituzione nella realtà storica, senza provocare — al contrario — un approfondimento delle fratture ideologiche cui danno sfogo. Quasi che l'estraneità al circuito democratico, dalla quale l'interprete costituzionale si deve ben guardare, fosse stata interpretata come necessità di liberare una visceralità che non può che orientare il lettore critico della sentenza sul caso *Obergefell*, e una futura riflessione sullo stesso tema, verso un suo completo rigetto, preparando il terreno per un tempestivo e opportuno *overruling*: minando il fondamento democratico della sentenza, scendendo dal punto di osservazione istituzionale che dovrebbero occupare, i giudici dissenzienti non si limitano a fornire materiale per una nuova lettura della tormentata portata del principio dello *stare decisis*, ma più radicalmente negano che esso possa trovare applicazione a questo caso usando il netto argomento secondo cui il vincolo a un sistema democratico rende l'intervento della Corte nelle «*marriage wars*»¹⁰⁹ fondamentalmente illegittimo.

108 A. Romano, *ivi*, p. 250.

109 L.H. Tribe, *Equal Dignity: Speaking Its Name*, in *Harvard Law Review Forum* (Vol. 129,16, 2015) p. 25, riferendosi all'argomento principale usato da Chief Justice Kennedy.

GenIUS

Registrazione presso il Tribunale di Bologna del 30/4/2014 n. Rgvv 2023 n. 4089/14 cron.
Codice ISSN: 2384-9495
genius@articolo29.it