

**IL SAME-SEX MARRIAGE DINANZI ALLE CORTI
SUPREME DEGLI STATI UNITI: DALL'ARGOMENTO
ORIGINALISTA ALL'INTERPRETAZIONE
EVOLUTIVA, ATTRAVERSO LA VALORIZZAZIONE
DEL DATO SOCIOLOGICO**

Cristina Fasone

*Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico comparato
nell'Università di Siena*

Dopo una ricostruzione dell'evoluzione della disciplina a partire dalla garanzia del matrimonio come diritto fondamentale, dalla previsione per le coppie omosessuali di un trattamento assimilabile alle coppie eterosessuali sposate e dal rapporto conflittuale tra giudici e legislatori popolari in tema, l'articolo si sofferma specificamente sulle tecniche argomentative usate dalle Corti supreme statali degli Stati Uniti nelle sentenze in cui il diritto al same-sex marriage è stato affermato. Dalla disamina emerge la preferenza dei giudici per l'interpretazione evolutiva del dettato costituzionale, facendo leva primariamente sul dato sociologico. Ciò, con ogni probabilità, al fine di rafforzare la legittimazione delle decisioni, rese per lo più in contraddizione con gli indirizzi espressi dai cittadini.

After having considered the acknowledgment of marriage as a fundamental right, the recognition to same-sex couples of the same legal treatment guaranteed to married couples and the conflicting relationship between judges and legislators on this matter, the article deals specifically with the argumentative techniques applied by the States Supreme Courts of the United States when they affirm the right to same-sex marriage. The analysis shows that judges opt for the evolutive interpretation of constitutional provisions, relying mainly on sociological evidence. Possibly this depends on the need to strengthen the legitimacy of

decisions that mostly contradict the will expressed by citizens.

Sommario

1. Il contesto di riferimento

1.1. La disciplina in tema di stato civile e di *same-sex marriage*, materie “contese” tra Stati e Federazione?

1.2. Le previsioni costituzionali e la legislazione, tra le attività dei Congressi e le iniziative popolari

2. I diritti degli omosessuali, il diritto al matrimonio e il divieto del *same-sex marriage* per via giurisprudenziale

2.1. I diritti degli omosessuali: se e in quale misura la decisione sul caso *Lawrence v. Texas* costituisce un precedente per il riconoscimento dei matrimoni tra omosessuali

2.2. L’incostituzionalità del divieto di matrimoni interrazziali e la sua rilevanza per il riconoscimento del *same-sex marriage*

2.3. La negazione del *same-sex marriage* attraverso l’argomento “definitorio”, quello “tradizionalista” e quello “originalista”

3. Cenni sulle tecniche argomentative maggiormente usate dalle Corti statunitensi nell’ambito del controllo di costituzionalità sulle leggi

4. L’analisi dei casi giurisprudenziali in cui è stato riconosciuto il diritto al *same-sex marriage*

4.1. La “non decisione” (sul merito) nel caso *Baehr v. Lewin* e la differenza tra matrimonio e unione civile

4.2. Le Corti supreme del Massachusetts, del Connecticut e dell’Iowa: la centralità dell’interpretazione evolutiva fondata sulla garanzia del diritto fondamentale e sul rilievo del dato sociologico

4.3. Il *same-sex marriage* in California. Tra ruolo dei giudici e reazioni popolari, la questione assume rilievo federale

5. Note di sintesi e problemi aperti

1. Il contesto di riferimento

1.1. La disciplina in tema di stato civile e di *same-sex marriage*, materie “contese” tra Stati e Federazione?

La regolazione dei matrimoni tra omosessuali è una delle questioni che ha monopolizzato il dibattito della dottrina costituzionalista statunitense nell'ultimo decennio¹. Assai numerosi sono i profili che vengono in rilievo per il costituzionalista, dalla protezione dei diritti delle minoranze, al rapporto tra legislatore – in quest'ultimo caso, come si dirà tra breve, con approcci almeno in parte diversi a seconda che si utilizzino istituti di democrazia diretta, come le *initiatives*, o che la funzione legislativa sia esercitata da assemblee elettive – e giudici, al riparto di competenze tra Federazione e Stati.

Su quest'ultimo profilo, quello delle relazioni tra livelli di governo, si registra un primo punto di frizione. Sebbene si ritenga quasi unanimemente che la regolazione dello stato civile e, in particolare, della definizione di “matrimonio” e dei soggetti abilitati a contrarlo, sia materia di competenza statale – come si vedrà tra breve, la stessa Corte suprema federale ha dichiarato la sua incompetenza in materia –, da un lato, non mancano opinioni dottrinali che fondano il riconoscimento del matrimonio tra omosessuali direttamente nella Costituzione federale; dall'altro, il Congresso federale nel 1996 è intervenuto in materia.

Quanto, invece, alle dinamiche interne alla forme di governo di ciascuna entità federata, non solo si è riscontrato un susseguirsi di orientamenti difformi tra corti e legislatori in tema, ma anche una “competizione” tra Congressi statali e corpo elettorale, in alcuni Stati direttamente dotato del potere di approvare leggi ed emendamenti alla Costituzione statale, nel regolare la materia.

¹ Cfr. CALIARO, *Il same-sex marriage negli Stati Uniti d'America*, Padova, 2006.

1.2. Le previsioni costituzionali e la legislazione, tra le attività dei Congressi e le iniziative popolari

Come si è detto, secondo l'opinione pressoché unanime della dottrina, la regolazione del matrimonio tra omosessuali sfugge alle competenze federali. Infatti, né l'art. 1, sez. 8 Cost., che elenca le materie sulle quali il Congresso federale può legiferare, né la c.d. *necessary and proper clause*, collocata in chiusura dell'articolo (e che storicamente è servita come strumento di estensione delle competenze federali), possono costituire un appiglio normativo sufficiente. A ciò si aggiunga che la Corte suprema federale ha espressamente fatto propria una simile interpretazione, ormai trent'anni or sono. Infatti, la decisione della Corte suprema del Minnesota sul caso *Baker v. Nelson* (191 N.W. 2d 185, Minn. 1971), nella quale si era convalidata la conformità a Costituzione del divieto di matrimonio di coppie omosessuali, era stata impugnata dinanzi alla Corte suprema federale. Quest'ultima aveva dichiarato l'inammissibilità del ricorso per mancanza di rilevanza federale della questione (*Baker v. Nelson*, 409 U.S. 810 (1972), circostanza, questa (dell'accertamento dell'incompetenza della Federazione in materia), che configurava – o, meglio, avrebbe dovuto configurare – la decisione come precedente, giacché la Corte aveva esaminato la questione nel merito².

Tuttavia, si è sostenuto più di recente che il riconoscimento del *same-sex marriage* sarebbe richiesto da quella previsione della Costituzione federale che impone agli Stati di dare «*full faith and credit*» a qualsiasi atto e decisione

² Cfr. GENTILI, *Una prospettiva comparata sul matrimonio omosessuale: Canada e Stati Uniti*, in BIN – BRUNELLI – GUAZZAROTTI – PUGIOTTO - VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2010, 172.

giurisprudenziale degli altri Stati (art. IV, sez. 1 Cost.)³, con la possibilità per il Congresso federale di intervenire sul punto: in tal modo il diritto al matrimonio delle coppie omosessuali si definirebbe di fatto per aggregazione delle varie discipline statali e con l'eventuale "disciplina quadro" del Congresso, per esplicito avallo della Costituzione federale⁴.

Proprio il timore di giungere ad un riconoscimento a livello federale del *same-sex marriage*, con le modalità che si sono dette, ha indotto nel 1996 il Congresso federale, allora a maggioranza repubblicana, ad approvare il *Defence of Marriage Act 1996 (DOMA)*, sulla base dell'art. IV, sez. I Cost., che consente appunto al Congresso di precisare con legge quali effetti devono avere atti e decisioni adottati in uno degli Stati dell'Unione nel territorio degli altri⁵. Sebbene questa sia una facoltà rimessa al Congresso dallo stesso testo costituzionale, ciò non implica che tale istituzione possa intervenire al di là delle materie di sua competenza. Più precisamente, il *DOMA* stabilisce, in primo luogo, che in ambito federale il matrimonio può dirsi tale solo se contratto tra un uomo e una donna, con ciò

³ Cfr. KOPPELMAN, *Same Sex, Different States: When Same-Sex Marriages Cross State Lines*, New Haven, 2006, xii.

⁴ Altra questione, di cui si discuterà più avanti nel par. 4, è quella della qualificazione del diritto al *same-sex marriage* come diritto fondamentale. Qualora lo fosse, vi è chi argomenta in base a ciò la necessità di riconoscergli una copertura costituzionale anche a livello federale mediante il XIV Emendamento alla Costituzione che assicura il diritto al *due process of law* e il principio di eguaglianza. Così, MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bologna, 2007, 470-471 e SEDLER, *The Constitution should protect the right to same-sex marriage*, in *Wayne Law Review*, vol. 49, 2004, 975 ss.

⁵ Peraltro, sebbene senza successo, sono stati portati avanti alcuni tentativi di costituzionalizzazione, a livello federale, del divieto del *same-sex marriage*. L'ultimo caso si è riscontrato nel 2008, durante la presidenza di G.W. Bush, quando l'emendamento alla Costituzione volto a bandire tale tipo di matrimoni non ai incontrato i favori dei due terzi di ciascuna Camera, come richiesto dalla Legge fondamentale.

escludendo che l'unione tra omosessuali possa ricondursi alla nozione di matrimonio. In secondo luogo, si esentano gli Stati, in contrasto con l'art. IV, sez. I, della Cost. dal dare riconoscimento sul loro territorio ai matrimoni tra omosessuali celebrati negli Stati ove sono ammessi. Dopo diversi anni di vigenza i numerosi dubbi circa la costituzionalità delle legge⁶ si sono ora concretizzati in una chiara presa di posizione del Presidente Obama, il 23 febbraio 2011. Contrariamente a quanto accaduto fino a quel momento, infatti, il Presidente ha richiesto all'*Attorney General* Holder di non ricorrere più in appello avverso le decisioni nelle quali fosse messa in causa la conformità del *DOMA* a Costituzione, considerando tale legge incostituzionale. Pertanto, pur in assenza di abrogazione espressa, si giungerà per questa via alla sostanziale vanificazione degli effetti giuridici del *DOMA*⁷.

Appurato, quindi, che la materia è di competenza statale, quando ci si sofferma sulle Costituzioni – tutti gli Stati si sono dotati, infatti, di una propria Carta dei diritti – e sulle leggi statali, emerge un quadro estremamente composito, nel quale però è possibile identificare alcune tendenze di fondo.

Innanzitutto la netta preferenza per il divieto espresso di matrimoni tra omosessuali: dei cinquanta Stati più il Distretto di Columbia ben 37 si sono dotati di una legge che costituisce il contraltare, a livello statale, del *DOMA*

⁶ Su cui si vedano GRIFFIN, *Another Case, Another Clause. Same-Sex Marriage, Full Faith and Credit and the U.S. Supreme Court's Evolving Gay Rights Agenda*, in *Public Law*, 1998, 315-328 e SUNSTEIN, TUSHNET, *Constitutional Law*, Gaithersburg-New York, 2001, spec. 653. Inoltre il 10 luglio 2010 la Corte distrettuale federale per il distretto del Massachusetts ha dichiarato incostituzionale il *DOMA* in quanto, per la definizione di «matrimonio» che fornisce, viola il riparto di competenze tra Stati e Federazione.

⁷ Sulle posizioni sostenute in precedenza, cfr., invece, GLASS, KUBASEK, KIESTER, *Toward A 'European Model' of Same-Sex Marriage Rights: A Viable Pathway for the U.S.?*, in *Berkeley Journal of International Law*, vol. 29, n. 1, 132-174.

federale e che, quindi, consente il matrimonio solo tra eterosessuali⁸. Di questi 37 stati, 30 contengono anche nella loro Costituzione una precisa definizione del termine “matrimonio”, che ne esclude l’applicazione alle coppie omosessuali⁹. Gli Stati che invece ammettono e nei quali sono celebrati matrimoni tra coppie dello stesso sesso sono il Massachusetts, il Connecticut, l’Iowa, il Vermont, il New Hampshire più il Distretto di Columbia. Tuttavia, soltanto in Vermont¹⁰, in Massachusetts, in New Hampshire e nel Distretto di Columbia esistono previsioni normative che disciplinano il matrimonio tra omosessuali¹¹. Nei rimanenti due Stati, Iowa e Connecticut la possibilità di contrarre

⁸ In tre Stati l’interdizione è di diversi anni precedente rispetto al *DOMA* federale. Si tratta del *Defence of Marriage Act* del Wyoming, del 1957, di quello del Maryland, del 1973 e di quello del New Hampshire, del 1987. Fonte: National Conference for State Legislature, www.ncs.org, sezione sul *same-sex marriage*, ult. aggiornamento maggio 2011.

⁹ Come si preciserà meglio in seguito, par. 4.3., la California, dopo l’approvazione della *Proposition 8*, che ha modificato la Costituzione, figura tra gli Stati ove vi è un divieto costituzionale del *same-sex marriage*, ma nell’agosto del 2010 una corte distrettuale federale ha dichiarato incostituzionale tale nuova previsione della Costituzione. Contro questa decisione è stato esperito ricorso in appello dinanzi alla Corte suprema federale, la quale, a sua volta, ha usato la procedura di *certification* nei confronti della Corte suprema della California per determinare la sussistenza, in base alla Costituzione statale della legittimazione ad agire in giudizio da parte dei proponenti della *Proposition 8*. Il ricorso, quindi, è ancora pendente.

¹⁰ Il Vermont è il primo Stato, nel 2009, ad approvare una legge che prevede il *same-sex marriage*, senza che vi sia stata una previa pronuncia di un giudice che disponesse in tale senso.

¹¹ Nel Distretto di Columbia, invero, la previsione del *same-sex marriage* è contenuta in una risoluzione parlamentare. Vi sono altri Stati, poi, come il New Jersey, il New Mexico, New York e Rhode Island, dove il matrimonio tra omosessuali non è proibito, ma non è neppure garantito da una legge o da una pronuncia della rispettiva Corte suprema. In alcuni di questi casi, come si vedrà di seguito, si è preferito regolare le unioni tra omosessuali come unioni civili aventi sostanzialmente gli stessi diritti delle coppie sposate, ma per le quali non compare il *nomen* “matrimonio”.

matrimonio tra omosessuali è da soltanto ricondurre all'intervento delle Corti supreme statali che hanno dichiarato incostituzionale il divieto di tale matrimonio.

Se, dunque, sono assai pochi gli Stati che garantiscono in via legislativa o giurisprudenziale il *same-sex marriage*, altri, però, hanno adottato misure che assicurano alle unioni omosessuali un trattamento molto simile a quello delle coppie sposate: sembrerebbe, quindi, che si tratti principalmente di una questione definitoria¹². Tra gli Stati che si sono orientati in tale senso, una minoranza garantisce lo *status* di "unione civile" alle coppie omosessuali registrate dinanzi ai competenti uffici delle autorità statali, il che implica il riconoscimento precisamente di tutti i diritti di cui godono le coppie sposate in quello Stato ad eccezione del diritto a veder denominata la propria unione come "matrimonio"¹³.

Una seconda categoria di rapporti, che non concerne, invero, solo le coppie omosessuali, ma anche quelle eterosessuali che non intendono coniugarsi, è quella delle *domestic partnership* che assicurano quasi tutti i diritti previsti per le coppie che hanno contratto matrimonio¹⁴. Significativo, ad esempio, è il caso dell'Oregon e del suo *Oregon Family Fairness Act (Public Law no. 99, Oregon HB 2007)*, che esclude i benefici garantiti a livello federale

¹² Tuttavia, come si vedrà tra breve, nel par. 1.2. sotto la definizione di "matrimonio" si cela anche un contenuto di diritti e tutele ben determinato.

¹³ Rientrano in questa categoria il Delaware, le Hawaii, l'Illinois e il New Jersey, mentre in Connecticut, Vermont e New Hampshire il *same-sex marriage* ha sostituito le unioni civili, che si configuravano, proprio in quanto previste esclusivamente per le coppie omosessuali, come una misura discriminatoria, sanzionata dalle rispettive Corti supreme. Sul carattere assai discutibile di tale equiparazione di fatto, cfr. MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, cit., 2007, 457-470.

¹⁴ Gli Stati che prevedono *domestic partnership* di questo tipo sono la California (dato che il *same-sex marriage*, al momento, dopo la *Proposition 8*, è vietato dalla Costituzione statale), l'Oregon, il Nevada e Washington.

come alcune prestazioni sociali a seguito della scomparsa del proprio congiunto.

La terza categoria di Stati, infine, include quelli che riconoscono alle *domestic partnership*, siano queste contratte da coppie omosessuali o da coppie eterosessuali, solo alcuni dei diritti previsti per le coppie sposate¹⁵. Così, nel Maine, a titolo di esempio, il congiunto ha diritto ad una parte di eredità del *partner* deceduto, anche se questi non aveva così disposto espressamente (ha cioè diritto alla legittima), di decidere sul funerale e sulla sepoltura del convivente, di agire come suo rappresentante legale in caso di incapacità e di diventare amministratore dei suoi beni, di decidere, in caso di decesso, sulla donazione degli organi, di essere protetto dalla legge sulle violenze domestiche.

La trattazione della legislazione di derivazione congressuale (statale, naturalmente) non sarebbe completa se non si menzionassero anche le leggi di alcuni Stati (Rhode Island, New York e Maryland) che, pur non garantendo ai propri residenti il diritto al *same-sex marriage*, pur tuttavia riconoscono sul loro territorio gli effetti dei matrimoni tra omosessuali contratti in altri Stati, così determinando, per effetto dell'art. IV, sez. I della Costituzione federale, di cui si è già detto, una sorta di "discriminazione alla rovescia" a danno dei residenti.

Tuttavia, negli Stati degli Stati Uniti d'America quella di origine congressuale, ossia approvata dai Congressi statali, non costituisce l'unica fonte di produzione legislativa in materia: ad essa infatti si aggiunge la legislazione di origine popolare, le c.d. *initiative*, vale a dire proposte di legge di iniziativa popolare sottoposte all'approvazione del corpo elettorale¹⁶. Data l'estrema sensibilità della materia di cui si

¹⁵ Si tratta del Maine, del District of Columbia e del Wisconsin.

¹⁶ Sul tema, cfr. MARKS, COOPER, *State Constitutional Law*, St. Paul Minn., 1988, 256-257 e 269-272, i quali esaminano tanto le *initiative* finalizzate all'approvazione di una legge ordinaria, quanto quelle dirette ad un emendamento alla Costituzione statale. Su quest'ultimo tipo di *initiative*, v. anche GENTILI, *Il confine tra emendamento e revisione*

tratta – il riconoscimento di un diritto ad una minoranza storicamente discriminata –, la natura estremamente composita del quadro delle fonti che possono intervenire a regolarla e la facilità con cui si può giungere all’abrogazione (o alla declaratoria di incostituzionalità) di norme appena in vigore, rendono la cornice normativa sottoposta a continue modifiche. L’intervento popolare, in particolare, si è sempre orientato, in senso conservatore, in una precisa direzione: quella di abrogare le previsioni che riconoscono il *same-sex marriage* o di vietare questo istituto. È stato così, ad esempio, “in positivo”, nel 2000, quando con la *Proposition 22* i cittadini residenti in California hanno adottato una legge che rende valido nello Stato solo il matrimonio tra un uomo e una donna; “in negativo”, invece, si può citare il caso del Maine dove la legge che riconosceva il diritto al *same-sex marriage* del 2009 è stata abrogata pochi mesi dopo la sua approvazione da parte del Congresso statale mediante iniziativa popolare (*initiative*).

Tuttavia, poiché in diversi Stati l’*initiative* è anche uno strumento idoneo ad apportare modifiche alla Costituzione, è stato usato in questo modo anche per costituzionalizzare il divieto del *same-sex marriage*. I due casi probabilmente più noti sono quelli della *initiative* per la modifica della Costituzione delle Hawaii nel 1998, a seguito della quale è stata introdotta una norma che consente al Congresso statale di riservare il matrimonio alle sole coppie eterosessuali; e della *Proposition 8* per la modifica della Costituzione californiana nel senso di proibire direttamente il matrimonio tra omosessuali, sebbene l’approvazione di tale *initiative* abbia poi avuto un seguito nelle Aule dei tribunali, fino alle più alte giurisdizioni statale e federale.

Spesso, nelle vicende connesse con la regolazione del *same-sex marriage* si assiste ad uno scontro netto tra politica e giudiziario, mentre si riscontra una maggiore convergenza – come è prevedibile in qualche misura – tra Assemblee

costituzionale in una decisione della Corte suprema della California, in *Quad. cost.*, 2010, p. 601-605.

rappresentative e rappresentati. Così, la volontà popolare – per lo più espressione, anche nei casi di *initiative* costituzionali, della maggioranza (relativa) dei cittadini¹⁷ –, che in prima battuta o dopo una decisione “progressista” di un giudice intende vietare i matrimoni tra omosessuali, si contrappone a pronunce dei giudici, comparativamente più garantiste nei confronti di questa minoranza¹⁸. Invece, la maggiore affinità di orientamenti tra rappresentanti e rappresentati (pur con diverse eccezioni) si ravvisa, per esempio, nella circostanza per cui tra i Congressi statali è comunque prevalente un atteggiamento conservatore, preferendosi semmai assicurare alle coppie omosessuali un trattamento assimilabile, ma non equivalente, da un punto di vista formale, a quello riservato alle coppie sposate, attraverso le unioni civili e le *domestic partnership*.

¹⁷ Basti pensare che l’art. 18, sez. 4 della Costituzione della California considera approvato un emendamento alla Costituzione, se questo ottiene la maggioranza dei voti espressi, senza alcun *quorum*.

¹⁸ In un caso, in California si è registrato un fronte comune tra sostenitori di una *Proposition*, Corte Suprema e Governatore statale, che ha messo sostanzialmente “in minoranza” il Congresso. Era accaduto infatti che la Corte suprema della California nel caso *Lockyer v. City of San Francisco* (2004, 33 Cal.4th 1055) aveva sostenuto l’illegittimità del comportamento dei funzionari della Città di San Francisco i quali, sulla scorta di una lettera inviata dal sindaco della città, avevano iniziato a rilasciare le autorizzazioni a contrarre il matrimonio civile a prescindere dall’orientamento sessuale dei coniugi. Tale condotta era infatti contraria alla *Proposition 22*, la legge di iniziativa popolare del 2000 che consentiva soltanto il matrimonio tra eterosessuali. La successiva reazione contro tale decisione della Corte e contro, quindi, la stessa *Proposition* è derivata dall’approvazione di un disegno di legge da parte del Congresso statale, nel 2005, che avrebbe introdotto il *same-sex marriage* nello Stato. Tuttavia, l’atto non è mai diventato legge per il veto opposto dal Governatore statale in base all’argomentazione, assai criticabile, invero, per cui il legislatore non potrebbe sostituirsi alla volontà popolare. Tuttavia, se la questione è riportata sul piano dei rapporti tra fonti, l’argomento appare assai debole. In base al criterio cronologico, infatti, se due norme sono pari ordinate, la legge successiva abroga la precedente, a prescindere dalle loro modalità di formazione.

2. I diritti degli omosessuali, il diritto al matrimonio e il divieto del *same-sex marriage* per via giurisprudenziale

Nel prosieguo si cercherà di ripercorrere l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, da un lato, sui diritti degli omosessuali, dall'altro sul diritto al matrimonio per poi soffermarsi sinteticamente sulle pronunce delle Corti statali nelle quali si è negato il diritto al *same-sex marriage*. Successivamente, nel par. 3, si analizzeranno le principali tecniche argomentative usate dalle Corti statunitensi in tema di riconoscimento e protezione dei diritti delle minoranze; mentre nel cap. 4 si prenderanno invece puntualmente in esame, sotto il profilo delle tecniche argomentative utilizzate dai giudici, le decisioni nelle quali il matrimonio tra omosessuali è stato garantito. Data la consistente mole di sentenze in tema, si è scelto infatti di concentrare l'analisi solo su quelle che hanno contribuito all'affermazione dell'istituto.

2.1. I diritti degli omosessuali: se e in quale misura la decisione sul caso *Lawrence v. Texas* costituisce un precedente per il riconoscimento dei matrimoni tra omosessuali

Come si è anticipato, quasi sempre – solo il Vermont e il New Hampshire rappresentano oggi un'eccezione, avendo agito direttamente il legislatore in questi due Stati – dietro il riconoscimento del *same-sex marriage* c'è un giudice¹⁹. Si può sostenere, infatti, che nella gran parte dei casi i giudici e, in particolare le Corti supreme statali, si sono mostrati favorevoli al riconoscimento del matrimonio tra

¹⁹ Tanto è vero che si è parlato, anche in questo caso, di «*new judicial federalism*» con riferimento all'attivismo delle corti statali. Cfr. BARBISAN, *Il "new judicial federalism" negli Stati Uniti e la Corte europea di Strasburgo in un caso sulla libertà sessuale degli omosessuali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, 179-190.

omosessuali, mentre i legislatori, popolari e congressuali, anche costituzionali, lo hanno negato o lo hanno espressamente proibito. Pertanto, se, attraverso i legislatori, la volontà “dei più”, della maggioranza, nei diversi Stati ha optato per il mantenimento dello *status quo* o, ove alterato dai giudici, per il suo ristabilimento, la minoranza, costituita dalle coppie omosessuali, invece, è stata protetta principalmente dal giudiziario, confermando il ruolo contro-maggioritario svolto da questo potere dello Stato²⁰.

La garanzia del *same-sex marriage* da parte di diverse giurisdizioni statali costituisce un rilevante passo avanti sulla strada della tutela della minoranze, se si pensa che la decisione della Corte suprema federale sul caso *Lawrence v. Texas* (2003, 539 U.S. 558) risale soltanto a qualche anno fa²¹, quando ancora si riteneva penalmente perseguibile la condotta di due adulti consenzienti che avevano rapporti omosessuali. Si è sostenuto che tale decisione, con la quale si è dichiarata incostituzionale una legge del Texas che criminalizzava la sodomia, «non sia conferente»²² con la questione del *same-sex marriage*, giacché nel caso *Lawrence* l'incostituzionalità è stata riscontrata per violazione del diritto alla *privacy* e della *due process clause*²³, senza aver riguardo alla violazione del principio di eguaglianza, che invece verrebbe primariamente in rilievo proprio nel divieto dei matrimoni omosessuali. Tuttavia, è innegabile che un collegamento anche stretto tra

²⁰ Insiste sul ruolo contro-maggioritario dei giudici, in particolare in questa materia, GENTILI, *Una prospettiva comparata sul matrimonio omosessuale: Canada e Stati Uniti*, cit., 171ss.

²¹ La decisione sul caso *Lawrence v. Texas* costituisce un *overruling* di *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). Cfr. TRIBE, *Lawrence v. Texas: The Fundamental Right That Dare Not Speak Its Name*, in *Harvard Law Review*, 2004, 1893-1955.

²² Cfr. GENTILI, *Una prospettiva comparata sul matrimonio omosessuale: Canada e Stati Uniti*, cit., 174.

²³ La *due process clause* (XIV Emendamento alla Costituzione federale) è la clausola costituzionale di garanzia contro le arbitrarie ingerenze dello Stato nella vita, nelle libertà e nelle proprietà degli individui.

giurisprudenze esiste, dal momento che le pronunce di giudici sul riconoscimento del *same-sex marriage* sono principalmente successive al caso *Lawrence*. Come a dire: se si considera penalmente rilevante avere rapporti omosessuali, difficilmente se ne garantirà piena dignità nell'ordinamento giuridico sotto forma di matrimoni omosessuali. È anche opportuno precisare comunque, ad onor del vero, che proprio perché la materia è di competenza statale si riscontrano grandi differenze nel trattamento dell'istituto tra Stati del Nord più la California, tradizionalmente più aperti alla tutela delle istanze minoritarie, e Stati del Sud, nei quali le "iniziative" anche di derivazione giurisprudenziale di garanzia del *same-sex marriage* sono pressoché inesistenti.

In una certa misura appare utile richiamare qui anche una decisione più risalente rispetto a quella resa in *Lawrence v. Texas*, il caso *Romer v. Evans* (517 U.S. 620 (1996)), non tanto perché possa considerarsi un precedente per la recente "famiglia" di decisioni con cui si è riconosciuto il *same-sex marriage*, quanto per alcune argomentazioni che si ritrovano nell'opinione di maggioranza e in quella dissenziente²⁴. In questo caso la Corte suprema federale è stata chiamata a pronunciarsi sulla conformità al XIV Emendamento²⁵, quindi al principio di eguaglianza, di un emendamento alla Costituzione del Colorado che vietava alle autorità di governo locali l'adozione di qualsiasi misura antidiscriminatoria per la protezione di orientamenti, pratiche, condotte e relazioni omosessuali, lesbiche o bisessuali. Questa decisione ha una rilevanza per il caso di studio almeno per due ragioni. In primo luogo, viene in rilievo il test condotto dalla Corte federale – e che è in uso

²⁴ Cfr. G.R. STONE e altri, *Constitutional Law*, VI ed., cit., 2009, 498-499.

²⁵ Sulla giurisprudenza relativa al XIV Emendamento e al principio di eguaglianza la letteratura è assai ampia. Si veda, da ultimo, WINKLER, *Same-sex Marriage negli Stati Uniti: le nuove frontiere del principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, n. 1, 2011, 93-121.

anche presso le Corti supreme statali – per valutare se l'accertata violazione del principio di uguaglianza possa essere giustificata. La Corte ricorre al *rational basis test*²⁶, il tipo di controllo più facile da superare da parte delle autorità statali, giacché per giustificare la violazione si richiede soltanto di mostrare l'esistenza di una relazione razionale tra la compressione del diritto e un interesse legittimo del governo a porre in essere quella limitazione. Nel caso di specie, però, la Corte ritiene che l'emendamento è così gravemente discriminatorio nei confronti di un gruppo ben identificato di persone che la norma contestata non può essere fatta salva neppure da tale test.

In secondo luogo, la decisione è importante perché evidenzia come i giudici nelle decisioni riguardanti i diritti degli omosessuali facciano spesso ricorso ad argomentazioni non propriamente giuridiche, quanto piuttosto di tipo politico-sociologico o morale. Innanzitutto, il giudice relatore, Kennedy, nell'opinione di maggioranza sottolinea come la misura è rivolta esclusivamente a danneggiare a «*politically unpopular group*», qualificando in questo termini la minoranza omosessuale. Nell'opinione dissenziente il giudice Scalia invece giustifica l'emendamento alla Costituzione del Colorado come uno strumento che le autorità statali hanno ritenuto appropriato per sanzionare una condotta moralmente repressibile come quella degli omosessuali. Tali argomentazioni si ritrovano, ad anni di distanza, anche nelle decisioni delle Corti supreme statali a favore o contro il *same-sex marriage*.

2.2. L'incostituzionalità del divieto di matrimoni interrazziali e la sua rilevanza per il riconoscimento del *same-sex marriage*

²⁶ Sul *rational basis test*, cfr. *infra* il par. 3.

Se questi sono stati i principali sviluppi della giurisprudenza federale sul fronte dei diritti degli omosessuali, altrettanto significativi sono i precedenti della Corte suprema federale in tema di matrimonio e, in particolare, del divieto di discriminazioni nel contrarre il matrimonio. È stato osservato, infatti, che il precedente cruciale per la giurisprudenza in tema di matrimonio tra omosessuali è il caso *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967), nel quale il diritto al matrimonio è stato considerato come un diritto fondamentale. In questa sentenza il divieto di matrimoni interrazziali – sancito, a livello federale, nel *Racial Integrity Act 1924* e, a livello statale, dalle c.d. *misogeneration laws*, e sanzionato penalmente – è stato ritenuto incostituzionale per violazione del principio di uguaglianza (XIV Emendamento). Inoltre, si è affermato che l’uguaglianza formale della pena, identica per i bianchi e i neri in caso di matrimonio “misto” (argomento addotto a sostegno della conformità a Costituzione della norma), non consentiva di ritenere rispettato il XIV Emendamento.

In ambito dottrinale, si deve sostanzialmente a Cass. R. Sunstein l’intuizione dell’assimilabilità di trattamento del divieto del *same-sex marriage* al divieto di matrimoni interrazziali²⁷. In particolare, così come la proibizione di matrimoni “misti” costituisce una discriminazione in base alla razza, allo stesso modo l’impossibilità di sposarsi per gli omosessuali, rappresenta una discriminazione in base al sesso. Tale analogia è stata fatta propria anche da alcuni giudici statali. Così, la Corte suprema della California, nel decidere in *In Re Marriage Cases* (183 P.3d 384, Cal. 2008) sulla base della Costituzione statale – al contrario di

²⁷ Cfr. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, 2009, 282. Cfr. anche D’ALOIA, *Omosessualità e Costituzione. La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale*, e MARZULLI, *Right to marry e same-sex couples: spunti di riflessione comparatistica dalla recente evoluzione giurisprudenziale statunitense*, in BIN – BRUNELLI – GUAZZAROTTI – PUGIOTTO – VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, cit., specie 103 e 249.

Loving v. Virginia, dove invece si chiamava in causa la Costituzione federale – per argomentare la costituzionalità del *same-sex marriage* si è richiamata ad uno suo precedente (*Perez v. Sharp*, 1948, 32 Cal.2d 711, 198 P.2d 17), ben più risalente di *Loving v. Virginia*, ma avente un dispositivo e una motivazione sostanzialmente identici.

2.3. La negazione del *same-sex marriage* attraverso l'argomento "definitorio", quello "tradizionalista" e quello "originalista"

Guardando poi alle decisioni dei giudici statali, se ne possono richiamare brevemente alcune che, sebbene abbiano negato il riconoscimento del *same-sex marriage*, appaiono particolarmente significative, se non altro per il fatto che le argomentazioni qui fatte proprie dalle opinioni di maggioranza vengono sovente riprese nelle opinioni dissenzienti dei giudici della quattro Corti supreme federali (Massachusetts, California, Iowa, Connecticut) che hanno garantito il diritto al matrimonio omosessuale.

La prima decisione in tema di *same-sex marriage* negli Stati Uniti è stata resa dalla Corte suprema del Minnesota nel 1971 (*Baker v. Nelson*). I ricorrenti, una coppia omosessuale, contestavano il divieto opposto al rilascio dell'autorizzazione per il matrimonio da parte del cancelliere di una corte distrettuale dello Stato. La vicenda, che come si è già detto, è giunta fino alla Corte suprema federale, che però ha dichiarato inammissibile il ricorso, concerneva la conformità al XIV Emendamento alla Costituzione federale di una legge del Minnesota su cui si era fondato il divieto di officiare matrimoni tra omosessuali. La Corte suprema statale respinge il ricorso, sostenendo che non vi è alcuna violazione della *due process clause* e del principio di eguaglianza. Per argomentare tale conclusione la Corte ricorre a tre argomenti, che potremmo chiamare "definitorio", "tradizionalista" e "dell'intento originario del

legislatore”, argomenti che saranno usati in seguito anche da altre corti²⁸.

Rispetto all’argomento “definitorio”, la Corte attinge alle definizioni di “matrimonio” contenute nei dizionari per escludere che tale nozione possa estendersi anche alle coppie omosessuali. Tanto nel *Webster’s Third New International Dictionary* quanto nel *Black Law Dictionary*, infatti, il matrimonio è definito con un’unione tra moglie marito di sesso diverso. Gli altri due argomenti, infine, vengono presentati come strettamente correlati tra loro: da un lato, ci si richiama alla tradizione, risalente addirittura al libro della Genesi, secondo i giudici, per cui la concezione del matrimonio come unione eterosessuale è fortemente radicata nella cultura del Paese; dall’altro, proprio in ragione della tendenziale immutabilità della nozione di “matrimonio”, si può ritenere che anche coloro che hanno redatto il testo della Costituzione federale così come quelli che hanno regolato a livello statale l’istituto del matrimonio avevano in mente come riferimento il paradigma eterosessuale del matrimonio, da cui, pertanto, non è possibile discostarsi.

La decisione resa a diversi anni di distanza da questa dalla Corte suprema di New York sul caso *Hernandez v. Robles* (855 N.E.2d 1, N.Y., 2006) in parte sviluppa argomenti simili a quelli della Corte suprema del Minnesota, in parte ne introduce di nuovi. La Corte di New York sostiene, contrariamente a quanto affermato dalle 44 coppie ricorrenti, che la Costituzione statale non impone il riconoscimento del *same-sex marriage* e che, spetta al legislatore, semmai, regolare l’istituto, fermo restando che questi ha piena discrezionalità in materia. La Corte, richiamandosi ad un precedente più recente sul diritto al suicidio assistito (*Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 1997) ha poi ulteriormente sviluppato l’argomento “tradizionalista”. Alla luce di questo precedente federale,

²⁸ Cfr. MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita*, cit., 414-416.

infatti, si è stabilito che un diritto fondamentale si considera formato quando esso è «fortemente radicato nella storia e nella tradizione di questa Nazione». Da questo punto di vista, secondo la Corte suprema di New York il diritto al matrimonio, specie dopo la sentenza su *Loving v. Virginia*, è da ritenersi un diritto fondamentale, ma non lo stesso può dirsi, proprio per l'assenza di radicamento nella tradizione del Paese, del diritto al *same-sex marriage*. La limitazione di tale diritto non fondamentale è giustificata, secondo la maggioranza dei giudici, in base al *rational-basis test*, il tipo di scrutinio meno restrittivo. L'argomento che qui si fa valere è di natura "scientifica-sociologica". Per la Corte, evidenze scientifiche mostrerebbero che le coppie omosessuali sono spesso fondate su relazioni casuali e temporanee e, quindi, non idonee a garantire quella stabilità nei rapporti tra i coniugi che si richiede per il benessere dei figli, essendo la procreazione il fine naturale del matrimonio. Inoltre, quand'anche fosse possibile per le coppie omosessuali riuscire ad avere figli, «grazie ai miracoli della tecnologia e della scienza», ciò non avverrebbe comunque a seguito di un impulso naturale. Infine, «l'intuizione e l'esperienza» - proseguono i giudici - insegna che i bambini crescono meglio se hanno dinanzi come modelli di vita dei genitori che sono un uomo ed una donna. Dunque, con un salto logico un po' ardito, collegando il matrimonio alla filiazione, i giudici arrivano a sostenere che la limitazione del *same-sex marriage* si giustifica per presunte ragioni scientifiche.

3. Cenni sulle tecniche argomentative maggiormente usate dalle Corti statunitensi nell'ambito del controllo di costituzionalità sulle leggi

Sebbene i fondamenti delle tecniche interpretative usate dai giudici siano simili in tutti gli ordinamenti democratici²⁹, laddove si richieda al giudice di argomentare la propria decisione, vi sono però alcune variazioni da Stato a Stato, nel senso che si fa prevalentemente ricorso solo ad alcune di esse o a loro peculiari combinazioni³⁰.

Negli Stati Uniti, soprattutto dopo l'attivismo della Corte Warren, si è acceso un vivace dibattito sulle tecniche interpretative da usare nel giudizio di costituzionalità delle leggi³¹. Nell'ambito della vasta categoria delle tecniche interpretative, ci si sofferma innanzitutto sulle tecniche argomentative utilizzate per *identificare* la norma parametro mediante l'attribuzione di significati a enunciati costituzionali.

Tra gli anni Sessanta e Settanta del Novecento si sono sviluppate, in reazione alla presunta "decostruzione" della Costituzione operata dalla Corte suprema federale, una serie di teorie "originaliste", per le quali la Costituzione deve essere interpretata secondo il significato originario del testo, come attribuito dai Padri costituenti. Tali teorie, che riscuotono anche oggi un certo successo, essendo fatte

²⁹ Cfr. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 139-181.

³⁰ Sul punto, in particolare, sul superamento storico dell'interpretazione letterale, cfr. MADDALENA, *I percorsi logici per l'interpretazione del diritto nei giudizi davanti la Corte costituzionale*, relazione tenuta alla XV Conferenza delle Corti costituzionali europee "La giustizia costituzionale: funzioni e rapporti con le altre pubbliche autorità", Bucharest, 23-25 maggio 2011, in *federalismi.it*, n. 11/2011.

³¹ Per un'accurata ricostruzione delle principali tecniche interpretative e del dibattito dottrinale, cfr. BOGNETTI, *Lo Spirito del costituzionalismo americano*, vol. II, *La Costituzione democratica*, Torino, 1998, 313 ss.

proprie da alcuni giudici della Corte suprema³², si declinano negli Stati Uniti secondo due principali orientamenti, all'atto dell'interpretazione costituzionale. L'originalismo può far leva infatti sull'interpretazione letterale, ossia sulla stretta attinenza al dato testuale (*textualism*), oppure su argomenti meta-giuridici, come quando si ricostruiscono le intenzioni degli autori delle disposizioni costituzionali, usando «elementi storici extratestuali»³³. Nelle decisioni sul *same-sex marriage* il ricorso all'originalismo è stato volto esclusivamente a negare il riconoscimento dei matrimoni tra omosessuali, affermando che nelle intenzioni dei Padri costituenti la *equal protection clause* e la *due process clause* non erano state introdotte col fine di garantire questo istituto.

Pur non potendo essere ascritte entro la cornice dell'originalismo, vi sono altre due tecniche argomentative a cui si ricorre per seguire un'interpretazione "conservatrice" del testo costituzionale, orientato pressoché sempre a negare il diritto al *same-sex marriage*³⁴: si tratta, da un lato, dell'argomento tradizionalista, che enfatizza una concezione tradizionale dei rapporti sociali e in particolare della famiglia e del matrimonio come unione tra un uomo e una donna (talvolta anche "appoggiandosi" a testi sacri); dall'altro, si fa riferimento all'argomento naturalistico, per cui i rapporti sociali andrebbero regolati "secondo natura". Così, se il fine naturale del matrimonio è la procreazione, ciò esclude che gli omosessuali possano contrarlo (dato che la filiazione sarebbe una conseguenza artificiale delle tecniche messe a punto dalla scienza o dell'adozione). Queste due tecniche argomentative "conservatrici" vengono spesso combinate tra loro, in modo da rafforzarsi a vicenda.

³² Cfr. SCALIA, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, 1998.

³³ *Ivi*, p. 316.

³⁴ Sulle tecniche argomentative usate dalle corti statunitensi in tema di *same-sex marriage*, cfr. WINKLER, *Same-sex marriage negli Stati Uniti*, cit., spec. 112ss.

Agli antipodi dell'originalismo si collocano le teorie e la pratica giurisprudenziale che si fondano sull'interpretazione evolutiva della Costituzione. Tuttavia, anche qui le tecniche argomentative usate sono piuttosto differenziate. Talvolta si fa leva sull'interpretazione teleologica, laddove si ritiene che le disposizioni costituzionali vadano lette in modo da massimizzare il benessere collettivo, ossia da garantire la più ampia protezione possibile dei diritti minimizzando i costi per coloro che non ne fruiscono³⁵. Altre volte, in particolare in tema di *same-sex marriage*, proprio per assicurarne il riconoscimento, si argomenta, sulla base del dato sociologico, che i destinatari di riferimento dei precetti costituzionali hanno mutato i loro costumi e atteggiamenti e che, pertanto, vi è una domanda di regolazione di tali nuovi rapporti come effetto della realtà che cambia³⁶. In altri casi ancora si fa uso dell'argomento morale (c.d. *moral argument*), mediante la scelta dell'interprete tra principi fra loro concorrenti secondo un ideale morale di giustizia. Tali principi sarebbero poi graduabili sulla base di un ordine di preferenza, così che per qualcuno risulta più determinante il principio di eguaglianza³⁷, mentre per qualcun altro è prioritario che le decisioni dei giudici vadano in ogni caso nella direzione del rafforzamento della rappresentanza democratica, in particolare a protezione delle minoranze³⁸. L'interpretazione evolutiva spesso può essere sviluppata mediante l'argomentazione sistematica – sebbene questa raramente sia usata da sola, ma quasi sempre in combinazione con altre tecniche interpretative – che consiste nel «lavorare su tutto il testo per trarne in tutte le

³⁵ Cfr. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard Univ. Press, 1990.

³⁶ Cfr. SANDALOW, *Constitutional Interpretation*, in *Michigan Law Review*, vol. 79, 1981, 1033-1072.

³⁷ Cfr. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard, 1997.

³⁸ V. HART ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard, 1980, 7-8.

direzioni conseguenze congrue con la logica delle “strutture” complessive del sistema, ricavabili da esso»³⁹. Infine, di rado si ricorre alla citazione di fonti di diritto straniero (legislazione, giurisprudenza e dottrina) e di diritto internazionale.

Tale “sistema” di tecniche interpretative, in linea di massima, è in uso negli Stati Uniti tanto a livello federale quanto a livello statale, che è quello che più interessa per la nostra analisi. Tuttavia, esistono alcuni elementi di differenza tra i due livelli di governo quanto all’interpretazione costituzionale, se non altro perché diversi sono i testi costituzionali. Tali differenze non sono però particolarmente marcate: per lungo tempo, infatti, quando le previsioni delle Costituzioni statali lo consentivano (nel senso che le disposizioni erano simili o identiche a quelle della Costituzione federale), i giudici statali e, soprattutto, quelli delle Corti supreme, hanno preferito fondare le loro decisioni sulla giurisprudenza della Corte suprema o, in generale, dei giudici federali. Il c.d. *new judicial federalism*, cioè il crescente orientamento dei giudici statali a far riferimento alle rispettive dichiarazioni costituzionali sui diritti (anziché al catalogo federale), è un fenomeno relativamente nuovo, che risale agli anni Settanta⁴⁰. Tarr evidenzia come le corti statali abbiano «scoperto» le rispettive previsioni costituzionali sui diritti soltanto quando la nuova composizione della Corte suprema federale, dopo l’epoca delle grandi conquiste sul

³⁹ Così BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, cit., p. 324. Insistono sulla rilevanza di questa tecnica interpretativa TRIBE, *Constitutional Choices*, Harvard Univ. Press, 1980 e BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, II ed., New Haven, 1986.

⁴⁰ Cfr. BRENNAN, *State Constitutions and the Protection of Individual Rights* in *Harvard Law Review*, vol. 90, 1977, 489-504 e TARR, *Understanding State Constitution*, Princeton, 1998, 173.

fronte dei diritti, iniziò a far temere una brusca virata quanto ad una loro ampia protezione⁴¹.

Alcuni autori hanno evidenziato l'esistenza di significative differenze tra il testo delle Costituzioni statali e quello della Costituzione federale, rispetto alla loro formulazione ed emendabilità⁴². In particolare, nelle Costituzioni statali sarebbero assenti quelle caratteristiche di chiarezza ed intelligibilità che si richiedono ad una Carta fondamentale. Disposizioni di principio convivono con norme di dettaglio, alcune delle quali sembrano tipiche del contenuto delle leggi se non di atti dell'amministrazione. Tali Costituzioni si configurerebbero quindi come *corpus* di norme tra loro spesso incoerenti e configgenti, privi della natura tipica delle carte costituzionali come di documenti volti ad identificare una precisa comunità politica e i suoi valori di fondo. Certo, a tale confusione non giova neppure la flessibilità di queste Costituzioni, spesso modificabili in assenza di *quorum* aggravati⁴³.

Proprio queste caratteristiche che si sono appena evidenziate e, in particolare, il frequente "aggiornamento" delle Carte costituzionali statali – la cui versione originaria è in diversi casi antecedente all'entrata in vigore della Costituzione federale – hanno indotto l'interprete, negli ultimi anni, a fare sovente ricorso all'originalismo e all'interpretazione letterale. I frequenti emendamenti alle Costituzioni rendono infatti agevole per l'interprete risalire alla volontà originaria del legislatore costituzionale, potendo disporre di una cospicua massa documentale. Dall'altra parte, l'osservanza di tale tecnica interpretativa

⁴¹ *Ivi*, p. 178. Sui diversi orientamenti adottati nello sviluppo dei rapporti tra giurisprudenza statale e giurisprudenza federale sui diritti, v. A TARR, cit., 180-185.

⁴² Cfr. GARDNER, *The Failed Discourse of State Constitutionalism*, in *Michigan Law Review*, vol. 90, 1992, 761-837 e KAHN, *Interpretation and Authority in State Constitutionalism*, in *Harvard Law Review*, vol. 106, 1993, p. 1147-1168.

⁴³ Sul numero assai ragguardevole di modifiche alle Costituzioni statali nell'ultimo secolo, cfr. TARR, op. cit., 139-140.

da parte di diversi giudici statali spiega perché solo in una esigua minoranza di Stati si sia giunti al riconoscimento del *same-sex marriage* (anche se, come si è anticipato, tale riconoscimento nei pochi Stati in cui è stato conseguito è intervenuto per via giurisprudenziale più che mediante il legislatore). Le *equal protection clause* statali, il principale appiglio normativo per la garanzia del matrimonio tra omosessuali, in molti casi non sono state mai modificate. Pertanto, il ricorso all'argomento originalista preserva intatta la concezione del principio di eguaglianza invalsa nel XIX secolo – quando buona parte di queste Costituzioni entrarono in vigore – come di un principio volto a proteggere la maggioranza contro l'introduzione di speciali privilegi per alcune minoranze ad opera del legislatore⁴⁴. Si può notare, perciò, quale distanza vi sia rispetto alla concezione del principio di eguaglianza come ridefinito durante il periodo della lotta per i diritti civili, momento a partire dal quale esso è stato interpretato come strumento a difesa delle minoranze⁴⁵.

Un ultimo elemento significativo sull'interpretazione costituzionale da parte delle corti statali concerne il contesto di riferimento entro il quale tale attività avviene. Si è già detto della naturale influenza sulle decisioni delle corti statali della giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti, che rappresenta un vincolo quando si interpreta la Costituzione federale. Più incerto è invece il suo valore quando i giudici statali interpretano la rispettiva Costituzione, che contiene norme assai simili o sostanzialmente riproduttive di previsioni costituzionali federali: in generale, deroghe sono ammesse solo per

⁴⁴ *Ivi*, p. 198.

⁴⁵ Non è un caso, quindi, che negli Stati in cui il *same-sex marriage* è stato poi riconosciuto in via giurisprudenziale (Massachusetts, Connecticut e Iowa, mentre la vicenda è più complessa per la California) si sia cercato di modificare inizialmente le previsioni costituzionali sul principio di eguaglianza al fine di impedire il riconoscimento dell'istituto da parte delle Corti supreme.

assicurare un livello di protezione dei diritti più ampio. Tuttavia, le corti statali citano con una certa frequenza anche le pronunce di altri giudici statali in materia (circostanza che avviene di frequente nei casi sul *same-sex marriage*), decisioni che, in punto di diritto, non hanno altro che *persuasive authority*.

Circostanza almeno in parte diversa, rispetto a quanto affermato sinora sulle tecniche interpretative usate per *individuare* la norma parametro, è quella dell'uso di tecniche interpretative dirette a *costruire* la norma parametro attribuendo significati specifici ad enunciati costituzionali contenenti principi. In questo caso, evidentemente, la norma parametro si produce integralmente mediante un'operazione di bilanciamento o di concretizzazione.

Il caso paradigmatico nell'ordinamento statunitense e con riferimento al *same-sex marriage* è quello del principio di eguaglianza. Tutto dipende dal tipo di violazione di questo principio che si contesta o, meglio, della categoria di soggetti che si ritiene discriminata⁴⁶. Ciò comporta, infatti, che vi siano delle discriminazioni più gravi di altre – come quelle relative alla razza – per le corti statunitensi. La giurisprudenza federale e quelle statali ammettono che il principio di eguaglianza possa essere violato e la sua violazione è condizione necessaria, ma non sufficiente, per considerare la norma oggetto del giudizio incostituzionale. Questa, infatti, sebbene lesiva del principio di eguaglianza, potrebbe essere però giustificata alla luce di altri interessi pubblici pure meritevoli di tutela.

La Corte suprema federale ha elaborato quindi tre differenti tipi di controllo, di *scrutiny*, da applicare alle norme che violano tale principio⁴⁷. Il tipo di *scrutiny* più restrittivo (*strict scrutiny*) rende particolarmente difficile per le autorità di governo giustificare l'adozione delle norma

⁴⁶ Sul punto, cfr., da ultimo, FABIANO, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*, Torino, 2009.

⁴⁷ Cfr., *amplius*, STONE e altri, *Constitutional Law*, cit., spec. 492 ss.

contestata. Questa infatti deve essere direttamente collegata al perseguimento di un interesse pubblico impellente e da proteggere obbligatoriamente e deve determinare la minima limitazione possibile del principio di eguaglianza. Il controllo di tipo intermedio (*intermediate scrutiny*) richiede, sempre laddove sia stata accertata una violazione del principio, che si intende raggiungere un obiettivo governativo importante e sostanzialmente collegato alla compressione del diritto e che non importi oneri eccessivamente gravosi rispetto a quanto necessario per conseguirlo. Infine, il tipo di controllo più blando, quello che esige un onere della prova minimo per l'autorità di governo (*minimal scrutiny*), pretende che la norma adottata in violazione del principio di eguaglianza presenti un legame razionale con i fini governativi – fini che naturalmente devono essere legittimi – e che non imponga oneri irrazionali a coloro che sono destinatari del provvedimento (*rational-basis test*)⁴⁸.

Quanto all'applicabilità di questi *test*, la Corte suprema degli Stati Uniti ha chiarito che l'applicazione dello *strict scrutiny* richiede una violazione del principio di eguaglianza che si sostanzia nell'identificazione di una classe sospetta (*suspect classification*) ovvero di un gruppo di individui che risponda almeno ad una delle seguenti caratteristiche: 1) il gruppo è stato storicamente discriminato ed è oggetto di pregiudizio e stereotipi; 2) il gruppo è identificabile sulla base di caratteristiche non modificabili o di tratti fisici; 3) il gruppo non è nelle condizioni di proteggere i propri interessi durante il processo di decisione politica; 4) le caratteristiche distintive del gruppo non impediscono ai suoi componenti di essere parte attiva della comunità. In genere, a titolo di esemplificativo, sono soggette allo *strict scrutiny* le norme che comportano una discriminazione razziale; le misure che causano una discriminazione tra

⁴⁸ Cfr. *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938).

cittadini e stranieri sono sottoposte al test intermedio⁴⁹, mentre le norme che determinano una discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale, come il caso *Romer v. Evans* insegna, devo superare semplicemente il *rational-basis test*.

Tali tecniche di *costruzione* della norma parametro sono il punto di riferimento anche per l'interpretazione dei testi delle Costituzioni statali da parte dei rispettivi giudici: i diversi procedimenti logici seguiti, a seconda del *test*, sono sostanzialmente replicati dinanzi alle giurisdizioni statali, per scelta di queste ultime nella gran parte dei casi, a meno che non vi sia una clausola costituzionale statale in cui si richieda, in base all'*analogia legis*, di interpretare le disposizioni statali identiche a quelle federali in conformità con la giurisprudenza federale in proposito. Ciò che può cambiare, invece, e questo è un dato particolarmente significativo, è il tipo di test applicato, con conseguenze importantissime. Così, la Corte suprema delle Hawaii, nel caso *Baehr v. Lewin* (v. *supra*), sul divieto di matrimoni omosessuali, ha applicato lo *strict scrutiny*, mentre a livello federale, almeno fino al 2010 (come si dirà *infra*), difficilmente si sarebbe applicato un controllo così serrato ad una discriminazione basata sull'orientamento sessuale.

4. L'analisi dei casi giurisprudenziali in cui è stato riconosciuto il diritto al *same-sex marriage*

4.1. La “non decisione” (sul merito) nel caso *Baehr v. Lewin* e la differenza tra matrimonio e unione civile

Venendo, invece, ai tentativi di affermazione del matrimonio tra omosessuali mediante la giurisprudenza delle Corti supreme statali, la prima decisione degna di nota è quella sul caso *Baehr v. Lewin* (852 P. 2d 44 (Haw.

⁴⁹ In passato tale test si è applicato anche ai casi di discriminazione in base al sesso: cfr. *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976)

1993) della Corte suprema delle Hawaii, all'inizio degli anni Novanta⁵⁰.

In *Baier v. Lewin* la Corte suprema delle Hawaii non è giunta ad una vera e propria decisione. Difatti, sebbene tale Corte, in prima battuta, abbia ritenuto il divieto di contrarre matrimonio tra gli omosessuali incostituzionale perché lesivo della *equal protection clause* contenuta nella Costituzione delle Hawaii, trattandosi di una discriminazione (*rectius* classificazione) fondata sul sesso e perciò sospetta, la Corte stessa ha sospeso il giudizio e ha rimesso la questione alla *circuit court* dinnanzi alla quale le autorità statali erano state chiamate a giustificare la loro limitazione del diritto. Configurandosi il caso come sottoposto allo *strict scrutiny*, lo Stato avrebbe dovuto dimostrare la sussistenza di interessi pubblici impellenti da soddisfare mediante la misura restrittiva. Accertata l'insussistenza di tali interessi, la questione è stata rinviata alla Corte suprema, che però non ha potuto esprimersi sul merito. Frattanto, infatti, nel 1998 era stato approvato un emendamento alla Costituzione californiana che bandiva il *same-sex marriage*. Questo primo tentativo volto a garantire, se non la regolazione in positivo, quanto meno la rimozione di divieti contro il matrimonio tra omosessuali è anche importante per un'altra ragione: esso aveva infatti determinato una rapida approvazione del *DOMA* federale. Il Congresso degli Stati Uniti temeva, infatti, che il riconoscimento del *same-sex marriage* nello Stato delle Hawaii avrebbe potuto causare una sorta di "effetto domino", in virtù del quale per effetto dell'art. IV sez. I Cost. federale, ossia del riconoscimento della sentenza della Corte delle Hawaii negli altri Stati, si sarebbe giunti ad un riconoscimento dell'istituto in ambito federale. Infine, le Corti statali sono anche intervenute sulla distinzione tra la nozione di matrimonio e quella di unione

⁵⁰ Cfr. COX, *Same-Sex Marriage and Choice of Law: If We Marry in Hawaii, Are We Still Married When We Return Home?*, in *Wisconsin Law Review*, 1994, 1033 ss.

civile tra omosessuali, distinzione su cui, più recentemente, è stata chiamata a decidere anche la Corte suprema californiana. In precedenza, però, con il primo riconoscimento effettivo del *same-sex marriage* in via giurisprudenziale, da parte della Corte suprema del Massachusetts (nel caso *Goodridge*, su cui v. *infra*), nel 2003, tale Corte aveva anche richiesto l'approvazione di una legge che potesse regolare questo tipo di matrimoni. Il disegno di legge presentato presso il Congresso statale, però, operava una netta distinzione tra matrimoni, da celebrare tra coppie eterosessuali, e unioni civili, dotate di un identico corredo di diritti, ma riservate alle coppie omosessuali. Il Senato statale, ritenendo esistenti, per la differenziazione che si è detta, gravi dubbi circa lo costituzionalità del disegno di legge (naturalmente, sempre avuto riguardo alla Costituzione statale e in particolare alla *equal protection* e alla *due process clause*) lo ha sottoposto alla Corte in virtù della previsione costituzionale che consente al Congresso di richiedere alla suprema Corte un parere, vincolante, «su questioni importanti di diritto (Capitolo III, art. 2 Cost.)». Nel quadro di questo tipo di sindacato astratto e preventivo la Corte ha sostenuto l'incostituzionalità del *bill* (*opinion of the Massachusetts Supreme Court of 6 February 2004*). A suo giudizio, infatti, la distinzione tra matrimonio e unione civile non è puramente semantica: dietro l'uso del termine «matrimonio», si celerebbero infatti tutta una serie di «*intangible benefits*», la cui fruizione è preclusa a coloro che sono costretti a contrarre un'unione civile, limitandone la possibilità di godere appieno di una differente esperienza umana. Per la Corte, a ciò si aggiunge il fatto che vi è un'intenzione evidente del legislatore di separare rigidamente, da un punto di vista giuridico, il regime di trattamento delle coppie omosessuali da quelle eterosessuali, in contrasto con la sua decisione del 2003. Si relegano così le coppie omosessuali ad uno *status* di secondo ordine giacché l'esperienza e la storia

costituzionale insegnano che raramente la previsione di regimi separati implica l'eguaglianza di trattamento⁵¹.

4.2. Le Corti supreme del Massachusetts, del Connecticut e dell'Iowa: la centralità dell'interpretazione evolutiva fondata sulla garanzia del diritto fondamentale e sul rilievo del dato sociologico

Sebbene la Corte suprema del Massachusetts abbia aperto per prima la strada (dopo la Corte delle Hawaii) al riconoscimento del *same-sex marriage* con la decisione sul caso *Goodridge v. Department of Public Health* (440 Mass 309, 2003)⁵², le Corti che l'hanno "seguita" – anche riportando nelle loro motivazioni interi stralci del percorso argomentativo della prima –, quelle del Connecticut⁵³ e dell'Iowa⁵⁴, hanno usato, con qualche limitata differenza, argomentazioni sostanzialmente identiche, basate su un'interpretazione evolutiva delle Costituzioni statali e, in particolare, sulla garanzia del diritto al matrimonio tra omosessuali come diritto fondamentale e sul rilievo del dato sociologico.

Tutte e tre le Corti sono state adite in appello e le vicende da cui originano i casi giudiziari sono simili: i ricorrenti sono coppie omosessuali che si sono viste negare l'autorizzazione a contrarre il matrimonio dal pubblico ufficiale responsabile per lo stato civile – parte resistente

⁵¹ Per la ricostruzione della vicenda, cfr. MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita*, cit., 453-456.

⁵² La Corte suprema del Massachusetts è composta da 7 giudici. Il caso in esame è stato deciso con una maggioranza di 4 a 3.

⁵³ La Corte suprema del Connecticut nel caso *Kerrigan and Mock v. Connecticut Department of Public Health* (289 Conn. 135, 2008) ha deciso con una maggioranza di 4 giudici a 3.

⁵⁴ La Corte suprema dell'Iowa nel caso *Varnum v. Brien* (763 N.W. 2d 862, Iowa, 2009) ha deciso all'unanimità.

nei giudizi – nelle rispettive comunità locali di residenza⁵⁵, non essendo consentito nei tre Stati il *same-sex marriage*. Differente nei tre Stati era stata però la risoluzione della controversia nei primi gradi di giudizio, giacché in Massachusetts e in Connecticut i ricorsi non erano stati accolti inizialmente – in Connecticut, in particolare, perché, mentre il ricorso era pendente, il Congresso statale aveva approvato una legge che garantiva le unioni civili tra omosessuali assicurando ad essi gli stessi diritti delle coppie sposate -; in Iowa, invece, la corte distrettuale dello Stato aveva accolto i ricorsi. Nei tre casi le norme oggetto di giudizio erano contenute nelle leggi statali che regolavano il matrimonio e la famiglia: in Iowa, peraltro, la legge era stata appositamente modificata nel 1998 per proibire il matrimonio tra omosessuali (*Iowa Code, section 595.2*), mentre in Connecticut, come si è anticipato, nel 2005 si è tentato di arginare la portata del divieto, consentendo le unioni civili tra omosessuali, che non supereranno, comunque, il vaglio di costituzionalità dinanzi alla Corte suprema⁵⁶.

⁵⁵ Per l'esattezza, si trattava di undici ricorrenti nel caso dinanzi alla Corte suprema del Massachusetts, di dodici ricorrenti nel caso giudicato dalla Corte suprema dell'Iowa e di sedici ricorrenti nel caso di fronte alla Corte suprema del Connecticut. Come sottolineano le Corti stesse, i ricorrenti hanno estrazioni sociali e provenienze assai eterogenee tra loro, svolgendo i lavori più disparati (da professionisti e avvocati a insegnanti e infermieri), ma sono accomunati dal fatto di essere coinvolti in relazioni sentimentali con persone dello stesso sesso e dal desiderio di sposarsi.

⁵⁶ In Massachusetts già era in vigore da tempo, invece, la G.L. c. 207, secondo cui il matrimonio si definiva come un'unione tra un uomo e una donna. Peraltro, è bene ricordare che dopo la celebre sentenza della Corte suprema di questo Stato del 2003 in cui è stata dichiarata incostituzionale la G.L. c. 207, tale Corte è nuovamente intervenuta in materia nell'ambito del parere vincolante reso al Senato statale per sostenere la necessità di garantire effettivamente il diritto degli omosessuali al matrimonio, rendendo impraticabili le "scorciatoie" volta a ridenominare l'unione tra omosessuali in modo diverso rispetto all'istituto matrimoniale. L'argomentazione, che sarà poi ripresa dalla Corte suprema del Connecticut nel 2008, si fonda sul fatto che il

Le norme costituzionali parametro di giudizio erano la *due process clause* e la *equal protection clause* – quest’ultima modificata nei tre Stati rispetto al testo originario – delle rispettive Costituzioni statali, ma le tre Corti hanno considerato dirimente il mancato rispetto del principio di eguaglianza e l’assenza di valide giustificazioni per la sua violazione da parte delle autorità statali (*rationl-basis* o *intermediate scrutiny*, a seconda delle Corti) per la risoluzione dei tre casi.

Nelle tre decisioni il diritto al matrimonio è considerato un diritto fondamentale, per ragioni sociali – la Corte suprema del Massachusetts afferma che «il matrimonio civile rafforza il benessere della comunità di riferimento» –, ma anche per i benefici individuali «tangibili»⁵⁷ ed «intangibili» che è in grado di garantire a chi lo contrae. Inoltre, anche i figli cresciuti da coppie sposate, direttamente e indirettamente, «sono oggetto di speciale protezione giuridica ed economica». Eppure, per secoli, sottolineano le tre Corti, il diritto al matrimonio è stato solo parzialmente garantito: fino alla sentenze *Perez v. Sharp* della Corte suprema della California (1948) e *Loving v. Virginia* della Corte suprema federale (1967), esplicitamente richiamate, si consentivano matrimoni solo tra individui della stessa razza. Tuttavia, il diritto al matrimonio significa poco se «non comprende il diritto di sposare la persona che si è scelta (*Perez v. Sharp*)», considerazione che può essere estesa, secondo i giudici statali, anche alle coppie omolesuali.

In base a tale assunto, le Corti, in perfetta simmetria tra loro, evidenziano come le rispettive Costituzioni in genere assicurino una protezione più ampia dei diritti rispetto a quanto consente la Costituzione federale e ciò non deve

matrimonio non è un mero catalogo di diritti la cui denominazione è alla mercè del legislatore (unione, *partnership* ecc.), ma ha un significato simbolico e sociale che trascende persino le prerogative formalmente attribuite alle coppie sposate.

⁵⁷ Anche in termini fiscali e di copertura assicurativa.

sorprendere, dal momento che le corti statali possono interpretare le loro norme costituzionali in modo da estendere il livello di tutela dei diritti rispetto a quello federale (*Arizona v. Evans*, 514 U.S. 1, 8, 1995); le deroghe, quindi, sono ammesse per eccesso e non per difetto di tutela.

A questo punto, però, anche se solo formalmente, come si vedrà tra breve, la posizione della Corte suprema del Massachusetts si distanzia da quelle delle altre due Corti. Tutte riconoscono infatti che la negazione del *same-sex marriage* costituisce una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, un tipo di discriminazione che, in base al più importante precedente federale, *Romer v. Evans*, è stata sottoposta al test meno stringente per le autorità pubbliche, il *rational-basis scrutiny*. Pertanto, in base a quanto affermato poco prima, ovvero che i giudici statali sono inclini ad estendere il livello di protezione dei diritti oltre quello federale, ci si sarebbe potuti attendere l'opzione per un tipo di controllo più "esigente", lo *strict scrutiny* o l'*intermediate scrutiny*. Del resto, almeno uno dei presupposti per l'applicazione di questi ultimi due tipi di controllo veniva esplicitamente richiamato poco prima, ossia la natura di diritto fondamentale del diritto al matrimonio. Mentre la Corte suprema del Connecticut e quella dell'Iowa in base a questo fondamento e al fatto che gli omosessuali, a loro parere, sono da considerarsi come caso di *suspect o quasi-suspect classification* – secondo i quattro requisiti richiesti a livello federale di essere una minoranza storicamente discriminata, identificabile in base a caratteristiche tendenzialmente immutabili, di contribuire attivamente alla propria comunità di riferimento e di contare poco nei processi di decisione politica (cfr. *supra*, par. 1.2.) – applicano l'*intermediate scrutiny*, la Corte suprema del Massachusetts opta invece per il *rational-basis scrutiny*, smentendo apparentemente quanto sostenuto poco prima. Tuttavia, come rilevato dal giudice Sosman nella sua *dissenting opinion*, nell'opinione di maggioranza si applica

di fatto un test molto simile allo *strict scrutiny*, dato che si pone l'accento sulle ragioni addotte dai resistenti (le autorità statali) al divieto dei matrimoni omosessuali per la carenza di obiettivi impellenti e obbligatori da perseguire e, soprattutto, per il danno sproporzionato causato alle coppie omosessuali rispetto alle presunte finalità della misura restrittiva. I giudici degli altri due Stati sostengono invece di "fermarsi" all'*intermediate scrutiny*, senza giungere al controllo più stringente, perché le ragioni addotte dai convenuti nei giudizi non sono in grado di superare nemmeno il test intermedio, figuriamoci quello più impegnativo.

Ciò premesso, le tre Corti sviluppano argomentazioni assai simili nel risolvere i tre casi, partendo dalla confutazione delle ragioni – pressoché identiche - addotte dalle autorità statali a giustificazione del divieto del *same-sex marriage*. Tali ragioni possono ricondursi a tre tipi di argomenti: a) l'argomento naturalistico, per cui il matrimonio si collegherebbe *ipso facto* alla procreazione naturale, che è esclusa per le coppie omosessuali, e secondo il quale i figli troverebbero un ambiente più favorevole alla loro crescita ove vi siano genitori di sesso diverso, che sarebbero più inclini di genitori omosessuali a garantire la stabilità della famiglia; b) l'argomento economico-efficientistico, per cui il divieto di contrarre matrimoni omosessuali consentirebbe di economizzare risorse da spendere in altre politiche, anche perché – si sostiene – nelle coppie omosessuali i conviventi sarebbero maggiormente indipendenti tra loro economicamente rispetto ai coniugi eterosessuali, quindi i benefit che il matrimonio garantisce sarebbero meno necessari per i primi –; c) l'argomento tradizionalista, secondo il quale il matrimonio come istituzione sociale per eccellenza è sempre stato eterosessuale e, mentre il diritto al matrimonio così inteso è da considerarsi fondamentale perché «fortemente radicato nella storia della Nazione

(*Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 721, 1997)», non può dirsi lo stesso del diritto al *same-sex marriage*⁵⁸. Se sul primo e sul secondo argomento le Corti hanno gioco facile nel rilevare l'assenza di un collegamento tra un importante o impellente interesse del Governo da soddisfare e il divieto imposto alle coppie omosessuali, avvalendosi dei numerosi *amici curiae briefs* pervenuti da medici e psicologi nonché da docenti universitari di storia e di economia e che vengono citati, esse si soffermano principalmente sull'argomento tradizionalista, che viene superato mediante un'interpretazione evolutiva dei testi costituzionali. Nel caso *Kerrigan and Mock v. Connecticut Department of Public Health* la Corte del Connecticut precisa innanzitutto che la «tradizione» in nessun caso può essere idonea, di per sé, a giustificare una discriminazione. La Corte suprema dell'Iowa poi, citando prima la decisione federale sul caso *Lawrence v. Texas* – per la quale il tempo che passa può convincerci di certe verità, «ma le generazioni successive sono in grado di distinguere come le leggi una volta considerate necessarie e appropriate, siano diventate in realtà soltanto uno strumento di oppressione» – e poi il suo precedente, *Callender v. Skiles* (591 N.W.2d 182, 190, Iowa 1999) ha ribadito che «la nostra Costituzione non è unicamente legata alla tradizione, ma riconosce la natura mutevole della società». Lo stesso può dirsi della Corte del Connecticut, che considera la Costituzione come un «*living document*», addirittura «come

⁵⁸ Questi tre argomenti sono anche quelli utilizzati nelle *dissenting opinions*, alle quali però si aggiunge l'argomento originalista, adoperato in particolare dal giudice Sosman del Massachusetts. Nella *dissenting opinion* del giudice Borden, della Corte suprema del Connecticut, invece, si afferma che gli omosessuali non configurerebbero affatto una *suspect o quasi-suspect classification* essendo assai influenti nelle decisioni politiche (appunto, uno dei quattro requisiti richiesti): diversi membri del Congresso statale, ad esempio hanno apertamente dichiarato il loro orientamento sessuale e il loro numero sarebbe tale, secondo il giudice, da far ritenere determinante il loro contributo nel procedimento legislativo.

uno strumento di progresso», che deve essere interpretato in conformità con le domande della società contemporanea – rilievo del dato sociologico –, anche a costo di perdere il suo significato originario; altrimenti, la Costituzione rischia di atrofizzarsi (citando *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316, 415, 4L. Ed. 579, 1819).

La *ratio decidendi* della tre Corti, che nel caso della Corte suprema del Massachusetts fa leva anche sul *moral argument* per cui il principio di eguaglianza si colloca al centro dell'intero ordine costituzionale dello Stato ed è pertanto il bene principale da preservare nel giudizio, si fonda su questo assunto: il diritto fondamentale al matrimonio non sarebbe garantito se non si tenesse conto delle nuove richieste di tutela che provengono dalla società, in particolare quella delle coppie omosessuali ad unirsi in matrimonio. L'accoglimento di questa richiesta, secondo le Corti, in nessun modo pregiudica l'istituto del matrimonio come tradizionalmente si è sviluppato né il divieto del *same-sex marriage* è atto a garantire il conseguimento di un importante interesse pubblico. Ed è proprio il fine perseguito dalle leggi in esame il criterio rispetto al quale si deve valutare, a giudizio delle tre Corti, se gli omosessuali sono discriminati rispetto agli eterosessuali. Poiché, come ricordato dalla Corte suprema dell'Iowa, il fine delle leggi che regolano il matrimonio è quello di garantire le basi istituzionali per definire i diritti e le responsabilità fondamentali degli individui in una società organizzata, che tanto le coppie dello stesso sesso quanto quelle di sesso diverso sono interessate all'irreggimentazione di queste relazioni sociali. La funzione di preservazione dell'ordine sociale svolta dall'istituto del matrimonio è quindi un elemento dirimente - oltre all'argomentazione del diritto fondamentale - per stabilire che si commette una discriminazione quando alcune coppie, quelle omosessuali, appunto, ne rimangono escluse.

Infine, un ultimo elemento importante che traspare dalle argomentazioni dei giudici è la preoccupazione di

legittimare il più possibile la loro presa di posizione: le rispettive sentenze, come le stesse Corti ribadiscono a più riprese, costituiscono un punto di svolta determinante nella loro giurisprudenza e sono tali da avere un effetto potenzialmente dirompente sul tessuto sociale. Dunque, il problema della legittimazione è particolarmente avvertito anche se ad esso si è reagito mettendo l'accento su profili diversi.

La Corte suprema del Massachusetts è l'unica delle tre che, oltre a far ampio ricorso alla citazione di precedenti di altre corti statali richiama anche *ad adiuvandum* un precedente straniero, non a caso di un'altra corte statale, *rectius*, provinciale, canadese. Si cita infatti la decisione della Corte di appello dell'Ontario (*Halpern v. Toronto (City)*, 172 O.A.C. 276 (2003)) proprio a supporto di un'interpretazione evolutiva della *equal protection clause* statale⁵⁹. In quella decisione, infatti, sebbene utilizzasse come norme parametro fonti federali – la Costituzione e la Carta canadese dei diritti e delle libertà –, la corte canadese aveva ridefinito la nozione di “matrimonio” in modo da includervi anche le coppie omosessuali.

La Corte suprema del Connecticut, invece, per legittimare la sua decisione si avvale di un test *standard*⁶⁰, corroborato dagli anni Novanta e articolato in sei punti: 1) considerare il testo costituzionale, come effettivamente applicato; 2) tenere in conto i precedenti della Corte suprema statale e delle corti di appello; 3) esaminare i precedenti federali rilevanti; 4) guardare ai precedenti delle altre Corti supreme statali; 5) considerare l'evoluzione storica delle norme costituzionali e il dibattito tra i redattori del testo

⁵⁹ Nella decisione sul caso *Goodridge* la Corte suprema del Massachusetts, riferendosi alla decisione della corte canadese, afferma: «*We concur with this remedy, which is entirely consonant with established principles of jurisprudence empowering a court to refine a common-law principle in light of evolving constitutional standards*».

⁶⁰ Cfr. il caso *State v. Geisler*, 222 Conn. 672, 685, 610 A.2d 1225 (1992))

costituzionale e degli emendamenti costituzionali; 6) valutare profili di ordine economico e sociologico. Già il fatto che il percorso logico-argomentativo compiuto dalla Corte sia sistematizzato e codificato in un precedente e, quindi, che sia tendenzialmente attuato, è assai significativo dal punto di vista del grado di legittimazione delle decisioni della Corte. Inoltre, rappresentando un'eccezione nel panorama delle corti statali che riconoscono il *same-sex marriage*, la Corte suprema del Connecticut si "appoggia" all'argomento originalista per giustificare le sue conclusioni. Infatti, nel dar conto del dibattito all'interno della Convenzione che ha redatto, tra gli altri, anche la nuova versione dell'art. 1, sect. 20 Cost. (la *equal protection clause*) – come richiesto al punto 5 del test – evidenzia come i Rappresentanti stessi intendessero garantire un'interpretazione del testo costituzionale che non impedisse il riconoscimento di nuovi diritti⁶¹, tra cui rientra, a pieno titolo, quello al matrimonio tra omosessuali. Infine, la Corte suprema dell'Iowa (in modo molto meno evidente anche la Corte suprema del Connecticut), sebbene la questione non sia stata sollevata dalle parti bensì negli *amici curiae briefs* (soprattutto da associazioni religiose), tenta una sua interpretazione – che ben poco ha di giuridico, ma che fa emergere uno dei rischi sottesi all'interventismo giudiziale in materia – delle ragioni profonde circa la contrarietà di molti cittadini al *same-sex marriage*. I giudici, in questa veste di "sociologi", identificano nell'opposizione religiosa l'ostacolo più importante al riconoscimento sociale del *same-sex marriage*. La Corte dedica un intero paragrafo – dal titolo «Opposizione religiosa al *same-sex marriage*» - a questo tema all'interno delle *conclusioni*, passando in rassegna le confessioni religiose che riconoscono il matrimonio omosessuale (come i buddisti e i quaccheri). La

⁶¹ Cfr. *Proceedings of the Connecticut Constitutional Convention (1965)*, p. 692, l'opinione del Rappresentante James J. Kennelly.

consapevolezza dimostrata dalla Corte sui possibili “malumori” che la sua sentenza può provocare tra i credenti, serve ad essa per prendere le distanze da qualsiasi concezione religiosa del matrimonio. La libertà religiosa non viene in alcun modo intaccata e il riconoscimento del *same-sex marriage* a livello civile non crea alcun vincolo nella regolazione dei matrimoni religiosi, rimessi nella piena disponibilità delle diverse confessioni. E’ solo il matrimonio civile come contratto che qui viene in rilievo e, come tale, deve essere giudicato sulla base degli standard costituzionali di protezione del principio di eguaglianza, senza riferirsi a dottrine religiose o convinzioni religiose personali. Soltanto alla luce di questi principi costituzionali “laici” si ritiene necessaria la piena parificazione delle coppie omosessuali a quelle eterosessuali rispetto al matrimonio.

4.3. Il *same-sex marriage* in California. Tra ruolo dei giudici e reazioni popolari, la questione assume rilievo federale

La regolazione del *same-sex marriage* in California presenta dei tratti peculiari rispetto agli Stati di cui si è detto, in modo sintetico, per quelli dove l’istituto è oggi proibito, e, in modo più approfondito, per il Massachusetts, il Connecticut e l’Iowa dove, invece, è riconosciuto grazie ad una pronuncia delle Corti supreme statali. Le differenze tra la California e gli altri Stati riguardano almeno due ordini di ragioni: la prima, di natura più propriamente procedurale, concerne l’evoluzione della disciplina sulla scorta di un “botta e risposta” tra giudici, sia statali che federali, da una parte, e cittadini, nella loro veste di legislatori ordinari e costituzionali, dall’altra. La seconda differenza, di ordine sostanziale, attiene soprattutto al fatto che la protezione del matrimonio tra omosessuali, per il tramite dell’evoluzione della sua disciplina in California – e non, invece, per il

DOMA –, ha assunto oggi un rilievo federale. Infatti, sebbene non vi sia ancora una pronuncia definitiva, è in discussione la conformità della Costituzione della California alla Costituzione federale, in particolare al XIV Emendamento (già si è resa in primo grado una declaratoria di incostituzionalità). Inoltre, contrariamente agli altri giudici statali, la Corte suprema della California nel garantire il diritto al matrimonio tra omosessuali non ha fatto leva pressoché unicamente sul principio di eguaglianza, ma anche sul diritto alla *privacy* e sulla *due process clause*.

Sul primo profilo, procedurale, il numero di sentenze sul *same-sex marriage* in California non ha eguali negli altri Stati. Negli anni più recenti, la prima decisione in proposito risale al 2004 e al caso *Lockyer v. San Francisco* (v. *supra*), che non involgeva, però, una questione di costituzionalità. La Corte californiana, infatti, era stata chiamata a giudicare esclusivamente della legittimità della condotta di alcuni funzionari della Città di San Francisco che avevano iniziato a rilasciare, con il consenso del sindaco, autorizzazioni a contrarre matrimoni tra omosessuali. Allora tale condotta era stata dichiarata illegittima perché violava la *Proposition 22*, legge ordinaria approvata direttamente dai cittadini e che modificava il codice di famiglia statale, più specificamente l'art. 308.5, dove il matrimonio civile era definito come un'unione tra un uomo ed una donna.

Qualche anno più tardi, però, la questione ha assunto rango costituzionale. Difatti nel 2008 la Corte suprema della California ha deciso, riunendo sei distinte cause (*In Re Marriage Cases*, 43 Cal.4th 747, 2008) sulla costituzionalità della *Proposition 22*, ossia sulla sua conformità alla *equal protection clause* e alla *due process clause* statali. I ricorrenti erano coppie omosessuali alle quali era stata negata dalle autorità locali l'autorizzazione al matrimonio civile e che contestavano la violazione del loro diritto fondamentale al matrimonio. La legislazione statale, a loro giudizio, relegava infatti le loro unioni ad una

posizione di second'ordine, consentendo la conclusione di *domestic partnership* con un corredo di diritti molto simile a quello delle coppie sposate, ma escludeva per loro il matrimonio. Come affermato dalla stessa Corte suprema, infatti, a differenza delle altre Corti che si sono pronunciate in materia, essa non doveva decidere sulla costituzionalità del divieto del *same-sex marriage*, ma sulla conformità a Costituzione del mantenimento di un doppio regime tra coppie omosessuali ed eterosessuali⁶². Da questo punto di vista, è diventato quindi dirimente accertare se esiste un diritto fondamentale al matrimonio che, proprio in quanto fondamentale, deve essere garantito a tutti indistintamente. Il diritto al matrimonio – afferma la Corte – è stato concepito come diritto fondamentale tanto nella giurisprudenza federale quanto in quella statale, sebbene nella Costituzione della California (come del resto in quella degli Stati Uniti) esso non sia espressamente menzionato. Lo si desume dalla *due process clause* e dal diritto alla vita privata e familiare. Se nessuno, quindi, mette in discussione lo *status* di tale diritto, non può dirsi lo stesso del diritto al *same-sex marriage*. La Corte suprema è chiamata infatti a stabilire se tale ultimo diritto determini situazioni giuridiche soggettive distinte dal primo, configurandosi come nuovo diritto, o possa essere invece sussunto nel diritto fondamentale al matrimonio. La Corte opta per quest'ultima soluzione, ritenendo che la funzione sociale e individuale del matrimonio siano identiche tanto per le coppie di sesso diverso quanto per quelle dello stesso sesso. La Corte, difatti, riconosce il contributo del matrimonio alla preservazione dell'ordine sociale, ma sottolinea il valore di tale istituto anche con riferimento alla

⁶² Che le *domestic partnership* fossero state concepite internazionalmente per differenziare il regime di trattamento delle coppie omosessuali da quelle eterosessuali lo si desume dal fatto che esse potevano essere concluse tra coppie eterosessuali a patto che i coniugi superassero l'età di sessanta anni.

«felicità e al benessere individuali», garantiti in Costituzione all'art. 1, sez. 1.

Proprio perché il diritto al matrimonio è da considerarsi, indipendentemente dal sesso e dall'orientamento sessuale dei contraenti⁶³, come «la capacità di un individuo di unirsi con la persona che si è scelta in una relazione familiare di lungo periodo, basata sull'impegno reciproco e ufficialmente riconosciuta» e non soltanto come un bene strumentale agli interessi della società, la sua regolazione non è nella piena disponibilità del legislatore. Trattandosi di un diritto fondamentale, questi non può prevederne l'abrogazione o negarlo *ab initio*⁶⁴. Anzi, secondo l'opinione di maggioranza⁶⁵, tale diritto deve essere inteso sia in senso negativo, ossia lo Stato deve astenersi di norma da interferenze indebite nella vita familiare – salvo poter proibire la poligamia e le relazioni incestuose –, sia in senso positivo, cioè lo Stato deve agire per riconoscere e favorire l'unità familiare.

Facendo poi propria un'interpretazione evolutiva della Costituzione, la Corte suprema stabilisce che invocare la concezione tradizionale del matrimonio, come suggeriscono i resistenti, è fuori luogo. La tradizione da sola non è mai stata vista come giustificazione sufficiente per perpetuare senza alcun controllo la limitazione e il diniego di un diritto

⁶³ A tal proposito, in una nota a piè di pagina (n. 41), a prescindere dal fatto che gli Stati Uniti ne fossero parti contraenti, la Corte effettua una rassegna di tutti i trattati internazionali in cui il diritto al matrimonio è considerato come diritto fondamentale da garantire a tutti indistintamente. Tra questi si citano l'art 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art. 23 dei Patti internazionali sui diritti civili e politici, l'art. 12 della CEDU e l'art. 17 della Convenzione americana sui diritti umani.

⁶⁴ Non è di questo avviso SUNSTEIN, *The Right To Marry*, in *Cardozo Law Review*, vol. 26, 2005, 2083-2097, per il quale gli Stati ben potrebbero abolire il matrimonio senza violare la Costituzione federale. A suo parere, vi sarebbe comunque la *due process clause* che garantirebbe alcune delle prerogative e dei *benefit* oggi assicurati dalle leggi statali sul matrimonio.

⁶⁵ La decisione, infatti, è assunta con una maggioranza di 5 giudici a 2.

fondamentale, come nei confronti delle coppie omosessuali. I «concetti costituzionali non sono statici», ma sono sottoposti ad una continua evoluzione nell'ordinamento.

Tali considerazioni conducono ai rilievi sulla seconda censura di costituzionalità, quella sul principio di eguaglianza. Sul punto, la Corte afferma che anche tale principio evolve tenendo conto delle trasformazioni sociali e che, parimenti a quanto accaduto per le discriminazioni razziali, prima, e per quelle sessuali, poi, anche le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, come quella derivante dal divieto del *same-sex marriage* sono assolutamente intollerabili e pertanto devono considerarsi assoggettate al tipo di *scrutiny* più stringente. L'opzione per lo *strict scrutiny* e, quindi, la considerazione degli omosessuali come *suspect classification* – in base a quanto sostenuto nel paragrafo precedente – dipendono principalmente dal carattere sostanzialmente immutabile dell'orientamento sessuale. Questo, infatti, essendo parte integrante dell'identità di un individuo può cambiare solo dietro imposizione esterna, il che comporterebbe una gravissima violazione della libertà individuale oltre che della *privacy*. Al riguardo la Corte suprema usa estensivamente l'argomento di diritto comparato, citando interi paragrafi della motivazione della Corte suprema del Canada nella decisione su *Egan v. Canada* ([1995] 2 S.C.R. 513, 1995 SCC 49), e menzionando altre sentenze canadesi. Quindi in una nota a piè di pagina, compie una ricognizione su tutti i Paesi che allora riconoscevano il *same-sex marriage*, dando conto della legislazione e della giurisprudenza in materia (nota n. 70).

Anche sotto il profilo della *equal protection clause* l'art. 308.5 del codice di famiglia della California viene dichiarato incostituzionale, giacché le autorità statali, sulle quali, in base al tipo di controllo particolarmente severo che si svolge, ricade l'onere di provare l'esistenza di un *compelling interest* che giustifichi la discriminazione, non sono in grado di fornire ragioni che le esimano da una

condanna. Peraltro, più che sulle giustificazioni addotte dai resistenti, che fanno leva, come nei casi decisi da altre corti statali, per lo più sull'argomento naturalistico e tradizionalista, conviene soffermarsi brevemente sulle argomentazioni contenute nelle due opinioni dissenzienti (dei giudici Baxter e Corrigan).

La principale obiezione mossa dai due giudici in dissenso è centrale nella complessa vicenda della regolazione del *same-sex marriage* e attiene al ruolo delle corti e dei legislatori in materia. Lamentando una violazione del principio di separazione dei poteri, i due giudici usano, invero in modo piuttosto convincente, a parere di chi scrive, l'argomento della necessaria deferenza al legislatore. Si rileva infatti, che, in base all'art. 2, sez. 10 Cost., le leggi approvate mediante *Proposition* - e, nel caso della *Proposition 22*, anche con una larga maggioranza, pari al 61.4% degli aventi diritto - non possono essere modificate o abrogate se non previo voto popolare dopo l'approvazione da parte del Congresso statale. La procedura è quindi particolarmente aggravata ed è volta a far sì che le leggi approvate mediante *Proposition*, le quali generalmente riguardano questioni etiche e politiche particolarmente controverse, come il cambiamento della concezione sociale e giuridica del matrimonio, non possano essere modificate se non mediante una procedura che assicuri almeno lo stesso tasso di democraticità della approvazione originaria. Se - si argomenta - neppure il Congresso può modificare da solo una legge di questo tipo, tanto meno dei giudici, privi della legittimazione derivante dal principio di rappresentanza democratica, possono dichiarare tale legge o alcune sue norme incostituzionali. Manca infatti in Costituzione qualsiasi riferimento ad una simile facoltà delle corti: queste ultime, in particolare per Corrigan, potrebbero sovvertire un voto popolare soltanto qualora la Costituzione espressamente lo consentisse, circostanza che in California non si verifica. E difatti, la reazione popolare

alla sentenza della Corte suprema non ha tardato a manifestarsi.

In linea con quanto sostenuto nelle opinioni dissenzienti, la popolazione, nell'esercizio della sua funzione di legislatore costituzionale, ha deciso di modificare il parametro di giudizio e mediante la *Proposition 8*, di qualche mese successiva a *In Re Marriage Cases*, ha costituzionalizzato il divieto del *same-sex marriage*. Da qui ne è sorto un contenzioso giudiziario che ancora non si è concluso. A partire da questa modifica della Costituzione, infatti, gli effetti della sentenza della Corte suprema statale del 2008 sono venuti meno e si è smesso di rilasciare le autorizzazioni ai matrimoni omosessuali, proibiti ora dalla stessa Costituzione.

I sostenitori del *same-sex marriage* hanno quindi provato a contestare, senza successo, l'approvazione della *Proposition 8* sul piano procedurale, sostenendo che questa non aveva comportato l'approvazione di un semplice emendamento alla Costituzione, bensì una revisione della stessa, che, sempre secondo la Carta fondamentale, non può essere adottata mediante *Proposition*, ma richiede la convocazione di un'apposita convenzione. La Corte suprema, nel decidere su questo caso – *Strauss v. Horton 46 Cal.4th 364 (2009)* – ha confermato la sua giurisprudenza, risalente agli anni Settanta, e ha convalidato l'interpretazione sostenuta dai promotori della modifica costituzionale, ossia che di semplice emendamento e non di revisione costituzionale si è trattato⁶⁶. Il divieto costituzionale di *same-sex marriage* resta pertanto pienamente in vigore.

⁶⁶ Non si scende qui nei dettagli del caso che non appare particolarmente rilevante per le tecniche argomentative adoperate dalla Corte suprema, anche perché più che della garanzia o del diniego di un diritto si trattava della correttezza della procedura di modifica della Costituzione. Cfr., sul punto, GENTILI, *Il confine tra emendamento e revisione costituzionale in una decisione della Corte suprema della California*, in *Quad. cost.*, 2010, 601-605.

Tuttavia, la vicenda non si è interrotta qui. Piuttosto, essa si è ulteriormente complicata per effetto del coinvolgimento della giurisdizione federale. Difatti quattro cittadini residenti in California (due coppie omosessuali) hanno impugnato la *Proposition 8*, pertanto una fonte statale di rango costituzionale, dinanzi ad una corte federale, quella per il Distretto settentrionale della California, per violazione del XIV Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti: più specificamente – come sempre in questi casi – del principio di eguaglianza e della *due process clause* (cfr. il caso *Perry et al. v. Schwarzenegger et al.* del 2010). Le argomentazioni utilizzate dal giudice federale, in composizione monocratica, sono pienamente coerenti con la motivazione della Corte suprema della California in *Re Marriage Cases* del 2008, nonostante al differenza nel parametro costituzionale. Il fondamentale diritto al matrimonio, inteso come l'espressione del libero l'accordo tra le parti di impegnarsi reciprocamente e di creare una famiglia, trova il suo fondamento in Costituzione proprio nel XIV Emendamento e nella *due process clause*. La libertà di scelta del *partner* e la protezione della vita privata e familiare rappresentano la sostanza di questo diritto, che è esattamente quello rivendicato dai ricorrenti. Non si tratta di "costruire" un nuovo diritto. Uno dei passaggi più interessanti nella motivazione riguarda, ancora una volta, il rapporto tra giudici e legislatore. La concezione di tale rapporto si colloca qui agli antipodi rispetto a quanto sostenuto dai giudici Baxter e Corrigan della Corte suprema della California. Il giudice della corte distrettuale, infatti, afferma che dinanzi ad un diritto fondamentale la forza della maggioranza deve arrestarsi. È irrilevante nel giudizio, a parere del giudice federale, la circostanza che un'ampia maggioranza di californiani abbiano supportato l'emendamento costituzionale: «i diritti fondamentali non possono essere sottoposti ad un voto», né «dipendere dal risultato delle elezioni». Essi devono essere garantiti a prescindere dalla formazione delle maggioranze politiche.

Trattandosi di diritto fondamentale, il controllo sulla *Proposition 8* dovrebbe seguire le rigide regole dello *strict scrutiny*, ma un tale tipo di controllo non è necessario, dal momento che, secondo la corte, la *Proposition* non è in grado di superare neppure il *rational-basis test*. Lo *strict scrutiny*, invero, sarebbe richiesto anche per la gravità della discriminazione che si rileva alla luce del secondo parametro, la *equal protection clause*. La negazione del matrimonio per le coppie omosessuali e la riserva ad esse dell'istituto delle *domestic partnership* è arbitrariamente discriminatoria e la discriminazione è particolarmente insidiosa perché riguarda una categoria sospetta (*suspect classification*) individuata in base all'orientamento sessuale e al sesso⁶⁷. Nessun interesse razionale supporta la scelta del legislatore costituzionale: né un generico interesse alla procreazione, dal momento che il rilascio delle autorizzazioni per il matrimonio, anche per gli eterosessuali, non è subordinato alla verifica della capacità procreativa degli aspiranti coniugi; né la concezione tradizionale del matrimonio, che non può essere motivo di esclusione dalla fruizione di un diritto fondamentale; né il contenimento degli oneri burocratici e amministrativi, i quali, anzi, aumentano per effetto del doppio regime, tra matrimoni eterosessuali e *domestic partnership* omosessuali; né la stabilità dei rapporti familiari aumenta, essendo essa collegata, secondo il giudice, alla garanzia generalizzata del matrimonio. Infine, il giudice rileva come non vi sia alcuna prova scientifica circa i presunti effetti perversi sulla crescita dei figli del fatto di essere vissuti da genitori omosessuali e sottolinea come il riconoscimento dei matrimoni tra omosessuali non arrecherebbe alcun danno alle coppie eterosessuali, neppure in termini di innesco di una competizione sulle autorizzazioni al matrimonio; il loro numero non è infatti contingentato.

⁶⁷ Per il giudice federale, difatti, le discriminazioni in base all'orientamento sessuale sono riconducibili alla categoria delle discriminazioni sessuali.

Date queste premesse, per la prima volta una corte federale dichiara incostituzionale per contrasto con la Costituzione degli Stati Uniti una previsione costituzionale statale che vieta il *same-sex marriage*. Contro questa sentenza sono ricorsi in appello dinanzi alla Corte federale del Nono Circuito i firmatari della *Proposition 8* censurata. La decisione è stata però sospesa, essendo emersa una “questione pregiudiziale” alla risoluzione del caso (*Perry v. Brown*), vale a dire se sussista in capo ai proponenti di una iniziativa di revisione costituzionale – come la *Proposition 8* – la titolarità ad agire in giudizio per difendere la costituzionalità della loro proposta, approvata come emendamento alla Costituzione statale. Trattandosi di una questione di diritto costituzionale “processuale” della California, la Corte del Nono Circuito ha sospeso il giudizio e ha richiesto alla Corte suprema statale – in base alla regola n. 8.548 delle *California Rules of Court* – di pronunciarsi in merito. Quest’ultima, nel pieno della sua facoltà di decidere se pronunciarsi o meno, ha dichiarato che si esprimerà, con ogni probabilità, a settembre 2011.

A livello federale, pertanto, manca ad oggi una decisione definitiva sulla conformità rispetto alla Costituzione degli Stati Uniti delle clausole costituzionali statali che vietano il *same-sex marriage*. Se la decisione della Corte distrettuale settentrionale dovesse essere confermata, si può immaginare l’effetto “rivoluzionario” di una simile pronuncia nei quasi 30 Stati che, come la California hanno costituzionalizzato un simile divieto, senza considerare il fatto che, per effetto del XIV Emendamento alla Costituzione federale, la materia risulterebbe almeno in parte “attratta” nell’ambito della regolazione federale.

5. Note di sintesi e problemi aperti

Il riconoscimento per via giurisprudenziale del diritto al *same-sex marriage*, laddove ciò è stato conseguito, è

passato sempre per un'interpretazione evolutiva delle clausole costituzionali, che ha fatto leva su un preciso sillogismo: a) il diritto al matrimonio – sia a livello statale che a livello federale – è un diritto fondamentale; b) il diritto al *same-sex marriage* non è un diritto “nuovo”, ma va ricompreso nel diritto al matrimonio; c) *ergo*, il diritto al *same-sex marriage* è un diritto fondamentale. Nei casi esaminati più dettagliatamente, quelli decisi dalle Corti supreme del Massachusetts, del Connecticut, dell'Iowa e della California, sia perché si tratta di un diritto considerato fondamentale, sia in quanto la discriminazione in base all'orientamento sessuale si considera come causa dell'individuazione di una *suspect classification* – sulla scorta dei 4 ormai noti parametri⁶⁸ – si è affermata la necessità del tipo di controllo più stringente, che pone un gravoso onere della prova in capo alle autorità pubbliche (*strict scrutiny*). Tuttavia, questo controllo non è mai stato di fatto applicato perché – si è sostenuto – le norme impugnate, costituzionali o di rango primario, non erano idonee a superare neppure il testo più blando (*rational-basis test*).

Accanto a queste argomentazioni, un ampio rilievo, forse eccessivo, è stato attribuito al dato sociologico: se la società cambia, gli strumenti giuridici devono adeguarsi, si è detto. La valorizzazione di tale argomento sembra sminuire però, in più di un'occasione, la capacità delle motivazioni di fare leva su strumenti più propriamente giuridici. Poiché il tema del *same-sex marriage* involge un gran numero di questioni eticamente e politicamente sensibili, i giudici si vedono costretti a mettersi nei panni di sociologi, di esperti conoscitori delle diverse confessioni religiose, di psicologi.

⁶⁸ 1) La minoranza è stata storicamente discriminata ed è vittima di pregiudizi; 2) il criterio di discriminazione non mina la capacità dei membri della minoranza di contribuire attivamente alla comunità di riferimento; 3) il criterio di discriminazione è tendenzialmente immutabile; 4) la minoranza conta assai poco nei processi di decisione politica.

Da questo punto di vista, il contributo degli *amici curiae briefs* è determinante per garantire un approccio multidisciplinare nella trattazione della materia.

Tutto ciò si spiega con la necessità per i giudici di rafforzare la propria legittimazione nel momento in cui si prendono decisioni che, già prima che siano prese, si sa che saranno contestate da più parti⁶⁹. Ecco quindi, la scelta per la predisposizione di motivazioni assai lunghe e articolate.

Anche laddove i giudici di queste Corti supreme sono eletti, come in California (art. 6, sez. 16 Cost.), la loro legittimazione non si fonda – o, almeno, non si fonda primariamente – sul principio democratico-rappresentativo, bensì sull'*expertise*, sulla ponderazione e il bilanciamento dei diritti e degli interessi in gioco, sulla garanzia dei diritti delle minoranze contro la “tirannia della maggioranza”.

Negli Stati Uniti è particolarmente evidente questa tensione tra ruolo contro-maggioritario dei giudici, come *élite* illuminata, e attivismo dei legislatori in tema di *same-sex marriage*, ove i primi tendono a garantire e i secondi a negarlo. Mentre il rapporto con giudici-legislatori e la competenza di questi ultimi a decidere sulla materia non sono pressoché mai evocati nelle decisioni che riconoscono il *same-sex marriage*, se non in alcune opinioni dissenzienti, quella della deferenza al legislatore costituisce invece una delle argomentazioni spesso usate, almeno in prima battuta, dalle corti che intendono negare il matrimonio tra omosessuali (cfr. il caso della Corte suprema di New York, *Hernandez v. Robles*).

In alcuni Stati come in California, poi, ove al “legislatore congressuale” si affianca il “legislatore popolare”, anche costituzionale, la legittimazione dei giudici a smentire in

⁶⁹ Sul punto una posizione molto netta è assunta da CHOPER, *Judicial Review and the National Political Process: A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, The University of Chicago Press, 1980, 167, per il quale «*the Court should review individual rights questions, unabated by its judgment about whether a particular result will be subject to criticism, hostility, or disobedience*».

particolare quest'ultimo non è così scontata, innanzitutto per la mancanza di espresse previsioni costituzionali che conferiscano alle corti questo ruolo. Difatti, se è vero che un diritto fondamentale in via di principio non dovrebbe essere sottoposto ad un voto, di fatto ciò è consentito – seppur entro certi limiti – come per la distinzione tra emendamento e revisione costituzionale – da alcune Costituzioni statali. La consapevolezza di questo deficit di legittimazione democratica, specie in un contesto come quello che si è descritto, - in cui il *same-sex marriage* viene vietato, prima, a larga maggioranza con legge ordinaria “popolare” e, poi, con un emendamento alla Costituzione sempre di derivazione popolare - finisce per rendere la selezione delle tecniche argomentative l'unico strumento per far accettare “ai più” la necessità della protezione di una minoranza storicamente vittima di disapprovazione morale e di pregiudizi.