

GenIUS

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

PUBBLICAZIONE TELEMATICA SEMESTRALE REGISTRATA TRIB. BOLOGNA · ISSN 2384-9495 · NOVEMBRE 2018

2018/2

Direzione scientifica

Daniel Borrillo, Gilda Ferrando, Stefano Rodotà, Robert Wintemute

Direzione editoriale

Marco Gattuso, Barbara Pezzini, Paolo Veronesi

Redazione

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

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

Diritto Costituzionale: Ilaria Rivera, Francesco Saitto, Angioletta Sperti, Giacomo Viggiani

Identità di genere: Roberta Dameno

Diritto Penale: Luciana Goisis, Luca Morassutto, Marco Pelissero

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

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

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

Referees

Emanuela Abbatecola, Rosalba Alessi, Esther Arroyo Amayuelas, Chris Ashford, Marzia Barbera, Vittoria Barsotti, Maria Caterina Baruffi, Roberto Bin, Nerina Boschiero, Giuditta Brunelli, Frances Burton, Ruggiero Cafari Panico, Carlo Casonato, Massimo Cavino, Eleonora Ceccherini, Paolo Cendon, Nicola Cipriani, Roberta Clerici, Giovanni Comandé, Marco Cuniberti, Marilisa D'Amico, Marcella Distefano, Massimo Dogliotti, Emilio Dolcini, Ascensión Elvira Perales, Carla Facchini, Carla Faralli, Vincenzo Ferrari, Arianna Fusaro, Alfredo Galasso, Orsetta Giolo, Victor Luis Gutiérrez Castillo, Francesca Ippolito, Silvia Marino, Francesco Munari, Gaetano Natullo, Silvia Niccolai, Fernanda Nicola, Rosanna Pane, Luigi Pannarale, Baldassare Pastore, Marco Pelissero, Mario Perini, Tamar Pitch, Salvatore Patti, Alessandra Pioggia, Antonio Prunas, Roberto Pucella, Andrea Pugiotto, Roberto Romboli, Giulia Rossolillo, Francesco Salerno, Amedeo Santosuosso, Scott Titshaw, Roberto Toniatti, Elena Urso, Maria Carmela Venuti, Filippo Viglione, Alessandra Viviani, Chiara Volpato, Danaya C. Wright, Andreas R. Ziegler

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

Codice ISSN 2384-9495

Direttore responsabile: Beppe Ramina

Impaginazione: Samuele Cavadini

GenIUS, Bologna 40123, via IV Novembre 7
genius@articolo29.it

Sommario

Focus: Protezione internazionale e SOGI

a cura di Carmelo Danisi

- 6 **Carmelo Danisi:** Introduzione: Navigating Troubled Waters: Sexual Orientation and Gender Identity Asylum Claims in a Time of 'Crises' and Reforms
- 9 **Carmelo Danisi:** What 'Safe Harbours' are There for People Seeking International Protection on Sexual Orientation and Gender Identity Grounds? A Human Rights Reading of International Law of the Sea and Refugee Law
- 25 **Nuno Ferreira:** Reforming the Common European Asylum System: Enough Rainbow for Queer Asylum Seekers?
- 43 **Patrizia Palermo:** Orientamento sessuale e identità di genere nel sistema dell'asilo in Italia anche alla luce della riforma Minniti
- 59 **Adele Del Guercio:** Quali garanzie per il diritto all'unità familiare dei richiedenti e dei beneficiari di protezione internazionale con coniuge/partner dello stesso sesso?
- 74 **Moira Dustin, Nina Held:** In or out? A Queer Intersectional Approach to 'Particular Social Group' Membership and Credibility in SOGI asylum claims in Germany and the UK
- 88 **Vítor Lopes Andrade:** Refugee Status Determination and Local Integration of Asylum Seekers and Refugees on the Basis of Sexual Orientation in Brazil and Spain

Interventi

- 105 **Baldassare Pastore:** Soggetti vulnerabili, orientamento sessuale, eguaglianza: note sulla logica di sviluppo del diritto
- 113 **Angioletta Sperti:** Le parole contano. Alcune riflessioni sul "word ban" dell'amministrazione Trump

Commenti

- 125 **Francesca Brunetta d'Usseaux, Daniele Ferrari:** La condizione intersessuale dalla "normalizzazione" alla dignità? Linee di tendenza dal diritto internazionale alla Corte costituzionale tedesca
- 138 **Alessandra Lang:** Il mancato riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso come ostacolo alla libera circolazione delle persone nell'Unione: il caso *Coman*

Osservatorio documenti

a cura di Marco Gattuso

152 *Garante della Privacy*: Provvedimento n. 476 del 31 ottobre 2018

Osservatorio decisioni

a cura di Marco Gattuso

156 *Corte di appello di Napoli, sezione per i minorenni*: Sentenza del 15 giugno 2018

168 *Tribunale di Bologna*: Decreto del 6 luglio 2018

177 *Tribunale di Pistoia*: Decreto del 5 luglio 2018

183 *Tribunale di Trento*: Ordinanza del 31 luglio 2018

200 *Corte di giustizia dell'Unione europea*: Sentenza del 5 giugno 2018

Angioletta Sperti*

Le parole contano. Alcune riflessioni sul “word ban” dell’amministrazione Trump

Sommario

1. La “la politica del silenzio” della Presidenza Trump sui diritti LGBT - 2. Una lettura della vicenda alla luce della teoria americana del discorso pubblico - 3. Una diversa lettura della vicenda: le affermazioni (o i silenzi) in esame come esempi di “government’s speech” - 4. Un termine di paragone: la politica del “don’t ask, don’t tell” nelle forze armate americane - 5. Conclusione

Abstract

Il contributo esamina la legittimità costituzionale della scelta – che larga eco ha suscitato nei mezzi di informazione di tutto il mondo – dei vertici di un’agenzia federale americana di rimuovere dai documenti relativi al bilancio l’uso di alcune parole, fra cui *feto*, *transgender* e *diversity*. Dopo aver inquadrato questa decisione nel contesto della “politica del silenzio” avviata dalla presidenza Trump, l’Autrice la rilegge alla luce del dibattito sulle finalità della libertà di manifestazione del pensiero formulate dalla dottrina americana e condivisi anche dalla nostra dottrina. Si conclude che sia che si legga la policy alla luce della teoria del discorso pubblico, sia che la legga – in termini più riduttivi – quale forma di messaggio istituzionale esso presenta evidenti vizi di legittimità costituzionale, in quanto volta a rendere invisibile una parte dei cittadini, ledendone la dignità personale.

The article analyses the constitutional legitimacy of the “word ban” suggested by officials of the Centers for Disease Control and Prevention (CDC) that aims at stopping the use of seven words, including fetus, transgender and diversity. The author reads this policy in the light of the “politics of silence” of Trump administration on LGBT issues; she focuses on its legitimacy under the principles and purposes that - according to the Supreme Court and American scholarship – the protection of freedom of expression pursues. The author concludes that CDC policy could not be considered legitimate neither under the purposes of the I Amendment nor if it was considered as a kind of “government speech”. Its real purpose is to make a part of the American people invisible and to deny their dignity of human beings.

1. La “la politica del silenzio” della Presidenza Trump sui diritti LGBT

Il 5 dicembre 2017 un articolo del *Washington Post*¹ segnala che ai funzionari dei *Centers for Disease Control and Prevention* (di seguito *CDC*) degli Stati Uniti sarebbe stato richiesto di non utilizzare nella compilazione del bilancio di previsione le seguenti sette parole ed espressioni: *fetus*, *transgender*, *vulnerable*, *entitlement*, *diversity*, *evidence-based* e *science-based*. Da quanto si apprende, i vertici del Dipartimento

* Associata di Diritto pubblico comparato, Università di Pisa.
Contributo sottoposto a referaggio a doppio cieco.

1 L.H. Sun, J. Eilperin, *CDC gets list of forbidden words: Fetus, transgender, diversity*, in *Washington Post*, 15 dicembre 2017,

della Salute e dei Servizi Umani (SSH) – al quale la stessa CDC risponde – avrebbero suggerito di evitare questi termini in quanto “non graditi” dall’amministrazione Trump ed avrebbero suggerito di sostituire alcune di esse con delle perifrasi: ad esempio, al posto di «*science-based*» or «*evidence-based*» si sarebbe potuto precisare che “*CDC bases its recommendations on science in consideration with community standards and wishes*”. Nessun sinonimo o formula alternativa sarebbero invece stati suggeriti per le restanti cinque parole.

La notizia di un *word ban* fa presto il giro del mondo destando clamore tra associazioni scientifiche, enti di ricerca ed università, nonché tra i movimenti LGBT e le associazioni per la difesa dei diritti civili. La capogruppo del Partito Democratico al Congresso, Nancy Pelosi, da sempre al fianco della comunità LGBT degli Stati Uniti, dichiara che la decisione rivela l’intenzione dell’amministrazione Trump di cancellare una parte della popolazione dalla “coscienza degli Americani”. La stampa LGBT sottolinea come “la lingua modelli la nostra mappa del mondo” e denuncia che “se la parola «transgender» cessa di esistere nei documenti ufficiali del governo, anche noi iniziamo a svanire. È facile per un componente dell’amministrazione *cisgender* - che noi spereremo di avere come alleato - dimenticare le nostre preoccupazioni quando il governo ci ordina di dimenticare noi stessi”².

La dura reazione – e l’eco della protesta anche in Europa - inducono i vertici della CDC a dichiarare che l’amministrazione non verrà meno al proprio impegno anche sui temi che il bilancio dell’agenzia non menziona.³ Fonti di stampa vicine al Partito Repubblicano si affrettano, inoltre, a precisare che l’amministrazione Trump non ha adottato alcun provvedimento che vieta l’uso delle sette parole: si sarebbe quindi trattato di un semplice suggerimento rivolto dai vertici della CDC ai propri uffici durante una riunione di natura meramente tecnica.

Anche alcuni dei primi commenti della dottrina smentiscono la rilevanza su un piano giuridico della vicenda⁴ adducendo l’assenza di un provvedimento formale dell’amministrazione ed evidenziando come l’intento del *word ban* fosse in realtà quello di prevenire le critiche di una parte del Partito Repubblicano in Congresso durante l’approvazione del bilancio e di evitare il conseguente taglio di alcuni finanziamenti. In altri termini, il *word ban* sarebbe stato motivato dalla volontà della CDC di proseguire il proprio impegno su talune questioni socialmente controverse, in senso esattamente opposto a quanto denunciato dalla stampa.

Sia che si giudichi la posizione dei vertici della CDC sulle citate sette parole come un mero suggerimento dettato da ragioni di opportunità, sia che la si intenda come un vero e proprio divieto comunicato in via informale, può essere utile contestualizzare la vicenda e ricordare che, dall’elezione del Presidente Trump, l’amministrazione federale ha rimesso in discussione le proprie posizioni su temi quali la lotta alla discriminazione fondata sull’orientamento sessuale, l’identità di genere, il diritto all’aborto cui, invece, la presidenza Obama aveva dato particolare risalto.

Nel marzo 2017, ad esempio, il Dipartimento della Salute americano – cui la stessa CDC è, come ricordato, subordinata - ha cancellato le domande sull’orientamento sessuale e l’identità di genere dal testo di due questionari rivolti alla terza età. Lo stesso Dipartimento ha rimosso dal proprio sito *web* ogni informazione utile alla comunità LGBTI americana. Ad esempio, l’*Administration for Children and Families*, un ramo dello stesso Dipartimento della Salute, ha eliminato dal proprio sito la segnalazione dei servizi federali a sostegno delle persone LGBTI e delle loro famiglie, nonché le istruzioni per l’accesso all’adozione e per l’accesso ai fondi a sostegno alle vittime di *sex trafficking*. Inoltre, in occasione della giornata mondiale per la lotta contro l’Aids, la Casa Bianca ha omesso dal proprio comunicato ufficiale ogni riferimento al tema della prevenzione della malattia nella comunità transgender, sebbene proprio quest’ultima sia una delle più importanti *policies* perseguite dalla stessa CDC.

Sulla stessa linea del “silenzio” sui diritti LGBT si pone anche la decisione del Presidente Trump di non dichiarare il mese di giugno 2017 “*LGBT Pride Month*” come avvenuto in passato e di proclamarlo invece *National Homeownership Month*, *African-American Music Appreciation Month* e infine *Great Outdoors Month*.

Inoltre, nel marzo 2017, lo *U.S. Census Bureau* ha pubblicato una lista di cinquanta argomenti che saranno oggetto del prossimo censimento nazionale del 2020. Dopo poche ore dalla pubblicazione, i riferimenti all’orientamento sessuale ed all’identità di genere sono stati rimossi e trasferiti in un’appendice, unitamente alla lista di altri eventuali “temi suggeriti”. A seguito della reazione suscitata dalla notizia,

2 G. Bellott, *The CDC’s 7 Word Ban Is an Attempt to Erase Transgender People from Existence*, in *Them*, 18 dicembre 2017.

3 Il pensiero va ad esempio agli attuali programmi per la prevenzione della diffusione dell’infezione da Hiv tra la popolazione transgender, ai programmi per la prevenzione delle disparità nell’accesso ai servizi socio-sanitari dovuti a discriminazioni, nonché alla ricerca sul virus Zika in gravidanza.

4 Cfr. M. Tushnet, “*Banned*” Words at the CDC, in *Balkinization*, 18 dicembre 2017 (che sottolinea come “*the headlines and ledes have been quite misleading*”).

il Direttore dello stesso *U.S. Census Bureau*, John Thompson, ha precisato su un blog che, a seguito della richiesta di 75 membri del Congresso, i quesiti sull'orientamento sessuale e l'identità di genere erano stati presi nuovamente in considerazione, spiegando che "non vi sono dati federali che suggeriscano l'opportunità di modificare gli argomenti oggetto del prossimo censimento".

Successivamente, un comunicato ufficiale dello stesso *U.S. Census Bureau* ha confermato che "le domande sull'orientamento sessuale resteranno nei questionari" con l'obiettivo di acquisire "una migliore comprensione delle opinioni dei sottogruppi demografici, inclusa la popolazione lesbica, gay e bisessuale (LGB)"⁵. Nessun riferimento alla popolazione transgender è stato, quindi, mai espresso nelle dichiarazioni sino ad oggi diffuse da questo ramo dell'amministrazione.

In ultimo, dall'elezione di Trump, il Dipartimento per l'edilizia e lo sviluppo urbano (*Housing and Urban Development*, HUD) ha rimosso dal testo della propria missione ogni riferimento all'impegno per le "comunità inclusive" e la lotta alle discriminazioni⁶. Durante la Presidenza Obama la tutela delle coppie dello stesso sesso e delle persone LGBT aveva, invece, costituito una priorità dell'HUD: il Dipartimento aveva, infatti, adottato delle politiche di inclusione verso la comunità LGBT, imponendo ad esempio il divieto di discriminazione sull'orientamento sessuale da parte di tutti gli enti finanziati dalla stessa amministrazione. Lo stesso ramo dell'amministrazione aveva inoltre stimolato l'adozione - sia da parte delle amministrazioni locali che degli Stati - di *LGBTQ-friendly regulations* sul diritto alla casa ed aveva dato particolare risalto alle possibilità di accesso a finanziamenti per la comunità LGBT sui propri canali di informazione.

Le *policies* sin qui descritte devono essere, infine, valutate anche alla luce di alcuni provvedimenti fortemente discriminatori verso la comunità transgender assunti dalla presidenza Trump. Nell'ottobre del 2017, l'*Attorney General* Jeff Sessions ha cancellato con un suo *memorandum* la prassi, invalsa dal 2014, che estendeva ai lavoratori transgender la il divieto di discriminazione nei luoghi di lavoro del Titolo VII del *Civil Rights Act* del 1964. Muovendo da un'interpretazione letterale del testo normativo che menziona la sola discriminazione in base al sesso, il Dipartimento ha in particolare escluso che le tutele possano essere estese ai dipendenti transgender nel settore privato e nelle pubbliche amministrazioni statali e federali.

Infine, ha destato grande clamore il *ban* voluto dal Presidente Trump contro la presenza di transgender nelle forze armate su cui pende attualmente un ricorso di fronte alla Corte Suprema. Il provvedimento, adottato nel luglio 2017, è stato, infatti, sospeso da alcuni corti federali per supposta violazione del principio di non discriminazione. Nel marzo 2018 la Casa Bianca ha dichiarato che i militari transgender potranno restare nelle forze armate, ma che il Pentagono potrebbe richiedere loro di prestare il servizio militare in base al sesso alla nascita. In ogni modo, come si legge in recenti *policy recommendations*, "*transgender persons who require or have undergone gender transition are disqualified from military service*"⁷.

2. Una lettura della vicenda alla luce della teoria americana del discorso pubblico

Sebbene il divieto di uso delle parole *fetus*, *transgender*, *vulnerable*, *entitlement*, *diversity*, *evidence-based* e *science-based* non sia contenuto in alcun atto formale dell'amministrazione Trump, quanto accaduto offre lo spunto per svolgere alcune riflessioni sull'importanza del confronto e della comunicazione sui temi dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere, avendo riguardo agli effetti che una "politica del silenzio" produce sul piano della garanzia dei diritti fondamentali e dell'eguaglianza.

Negli Stati Uniti la libertà di manifestazione del pensiero è sancita dal I Emendamento che, adottando la formulazione comune alle costituzioni liberali, impone al Congresso di "non ... fare alcuna legge che limiti la libertà di parola o di stampa". Si tratta quindi di una libertà formulata come libertà *negativa*, ossia come "libertà dallo Stato", e da cui consegue l'impegno - in primo luogo del legislatore federale, ma anche dei legislatori statali⁸ - a non limitare il godimento di una libertà cui i Padri Fonda-

5 <https://www.census.gov/newsroom/press-releases/2017/sexual-orientation.html>

6 Si v. A. Terkel, *Ben Carson Removes Anti-Discrimination Language from HUD Mission Statement*, in *Huffington Post*, 3 giugno 2018.

7 H. Cooper, T. Gibbons-Neff, *Trump Approves New Limits on Transgender Troops in the Military*, in *Washington Post*, 24 marzo 2018.

8 Il XIV Emendamento, infatti, adottato dopo la guerra civile, impone anche agli Stati il rispetto di tutti "i privilegi e le immunità dei cittadini degli Stati Uniti".

tori della Costituzione americana diedero particolare risalto, considerandola il fondamento stesso della democrazia, “*the indispensable condition, of nearly every other form of freedom*”⁹.

Sebbene la formulazione del I Emendamento sia diversa – per certi versi opposta – a quella adottata nell’art. 21 della nostra Costituzione in cui, alla garanzia contro ogni intervento repressivo dei pubblici poteri e dei privati, si aggiunge il riconoscimento in termini “positivi” della libertà di espressione¹⁰ – si comprende come, sia nel nostro ordinamento come in quello americano, la tutela della libertà di espressione debba essere essenzialmente ricondotto alla individuazione delle finalità che essa intende tutelare.¹¹

È, infatti, solo attraverso la ricostruzione dei valori costituzionali che questa libertà, in termini positivi, intende preservare che può fondarsi un giudizio sulla legittimità costituzionale della violazione della libertà negativa, ossia dei limiti posti dai pubblici poteri al suo esercizio. La ricostruzione di questo dibattito negli Stati Uniti ed il confronto con analoghe conclusioni offerte dalla nostra dottrina può, quindi, non solo offrire spunti di riflessione per valutare la legittimità del *word ban* dell’amministrazione Trump, ma anche consentirci di riportare il dibattito americano sulla *freedom of speech* e sulle sue finalità al confronto che su quegli stessi temi ha impegnato la nostra dottrina.

Pizzorusso a questo proposito osservava che “per delineare la portata generale della libertà di manifestazione del pensiero, occorre innanzi tutto mettere in luce come la tutela di essa rappresenti il principale strumento mediante il quale i cittadini, individualmente o collettivamente, possono influire sui procedimenti di formazione delle decisioni; questo sia che ciò avvenga in forme giuridicamente disciplinate quanto al procedimento ed agli effetti (come ad esempio, con il voto elettorale, con referendum, ecc.) sia che ciò avvenga mediante la formazione dell’«opinione pubblica» e quindi attraverso l’influenza che questa esercita in vari modi sui titolari dei pubblici poteri”.¹² Ne consegue che la libertà di manifestazione del pensiero, concludeva Pizzorusso, “non ha solo lo scopo di garantire al singolo un ambito di attività libera da indebite pressioni, bensì serve anche e soprattutto ad assicurare alla comunità il contributo di pensiero di tutti e di ciascuno”¹³.

Analogamente, Barile sottolineava che la libertà di manifestazione del pensiero – nel suo contenuto positivo – presenta “un duplice profilo”, “individualistico, come diritto inviolabile della persona umana, necessario per lo svolgimento della sua personalità, e sociale, come garanzia di partecipazione”.¹⁴

Alla lettura individualistica di stampo liberale,¹⁵ la dottrina maggioritaria del nostro Paese ha, dunque, affiancato un’interpretazione della libertà di espressione volta ad esaltarne il nesso con il sistema politico-istituzionale, anche se non può tacersi che, ove si ritenga che la libertà di manifestazione del pensiero assolva anche ad una “funzione sociale”¹⁶, “in quanto tendente al buon funzionamento del regime democratico”¹⁷, l’individuazione dei limiti al suo esercizio corre il rischio di risolversi in una qualificazione in senso ideologico di questa libertà¹⁸.

Negli Stati Uniti la dottrina ha elaborato interpretazioni affini della libertà di espressione ed i termini del dibattito possono, come si è ricordato, essere utili per inquadrare le premesse teoriche cui riportare la “politica del silenzio” dell’amministrazione Trump e per valutarne le conseguenze.

Rovesciando le premesse nettamente individualistiche della libertà di manifestazione del pensiero, alcune ricostruzioni hanno, in particolare, avanzato una lettura “collettivistica” della libertà di espressione, riconducendola alla formazione di una comunità politica consapevole e al principio dell’au-

9 *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), in part. p. 327.

10 Per tutti, P. Barile, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 229.

11 Cfr. a questo proposito ad esempio Barile, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 228 ss. e L. Tribe, *American Constitutional Law*, St. Paul, West, 1988, p. 785 ss. o ancora, S.H. Shiffrin, J. Choper, *The First Amendment*, St. Paul, West, 1991, p. 7 ss.

12 A. Pizzorusso, *Libertà di pensiero. Opportunità e rischi*, in M. Bovero (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 63 ss., in part. p. 67.

13 Pizzorusso, *op. ult. cit.*, pp. 67-8.

14 Barile, *op. ult. cit.*, p. 229.

15 Tesi ripresa da C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento costituzionale italiano*, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 5 ss.

16 In questo senso, oltre a Pizzorusso, *op. ult. cit.*, p. 67, anche P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1974, vol. XXIV, p. 428-9; Id., *Diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 229. C. Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, IX ed., Padova, Cedam, 1969, vol. II, pp. 1067-8.

17 Barile, *Diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, cit., p. 229.

18 Sulle critiche alla lettura funzionale della libertà di manifestazione del pensiero, si v. da ultimo, C. Caruso, *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, Bologna, Bononia University Press, 2013, p. 91 ss.

restringere le opinioni di una parte della nostra società è interamente estranea al I Emendamento²⁸. Tale principio è stato ribadito anche con riferimento alle spese elettorali che i singoli candidati possono sostenere personalmente, poiché eventuali limiti “inibiscono un dibattito politico sano ed aperto, senza sufficiente giustificazione”²⁹. “Il I Emendamento – ha sottolineato la Corte Suprema – afferma la scelta degli Stati Uniti di porsi come Nazione il cui principio guida, per quanto attiene alla libertà di espressione, è quello “del libero scambio di idee”, senza che gli Stati possano imporre ciò che ritengono corretto”³⁰.

Tornando, quindi, al *word ban* si può, dunque, osservare come la rimozione delle sette parole dal discorso pubblico operata dall’amministrazione Trump contraddica il carattere autonomistico della libertà di espressione e l’idea che anche gli stessi obiettivi della libertà di espressione debbano essere aperti al confronto. Agendo come moderatore del discorso pubblico sui temi della sanità, dell’inclusione sociale, della lotta alle discriminazioni di genere e di quelle fondate sull’orientamento sessuale, nonché degli stessi obiettivi della ricerca scientifica, l’amministrazione Trump contraddice le stesse premesse della libertà di espressione e della democrazia, così come esse sono state concepite nella tradizione costituzionale degli Stati Uniti. Come scrisse il giudice Harlan in *Cohen v. California*, in “una società così diversa e popolosa come quella americana, il discorso pubblico non è organizzato per perseguire un fine in particolare, ma per servire come un mezzo attraverso cui diverse concezioni dell’identità collettiva possono scontrarsi e riconciliarsi”³¹.

Inoltre, anche se – come più volte sottolineato – nel caso di specie non vi è stato alcun provvedimento formale di “censura”, la soppressione delle sette parole *fetus, transgender, vulnerable, entitlement, diversity, evidence-based* e *science-based* dal dibattito pubblico appare, al tempo stesso, difficilmente compatibile con i principi espressi nella giurisprudenza relativa ai limiti imposti a particolari forme di discorso.

Anche se il tema esula dall’oggetto di questo scritto, ma è utile ricordare che nei paesi europei – compresa l’Italia e la Germania – alcuni contenuti – come, ad esempio, il discorso d’odio – incontrano limiti a livello penale.³² Tali limiti, secondo la dottrina, assolvono anche ad una funzione “pedagogica”³³ in quanto diretti a prevenire il ripetersi di violazioni dei diritti fondamentali avvenute in passato. Negli Stati Uniti, invece, anche queste tipologie di discorso pubblico godono di una tutela costituzionale estremamente ampia. Sebbene siano, infatti, previste forme di illecito consistenti nella diffamazione, nell’invasione della privacy o nell’infliggere intenzionalmente una sofferenza emotiva (*Torts*), sul piano costituzionale la Corte Suprema ha ritenuto costituzionali solo particolari e restrittivi limiti di “tempo, luogo e modo” (*time, place and manner*) per il discorso oltraggioso e osceno³⁴, per la distruzione di simboli (ad esempio, l’incendio della bandiera³⁵) e nel caso della diffamazione a mezzo stampa³⁶.

In linea di principio, dunque, per ogni restrizione che abbia ad oggetto il *contenuto* del discorso – anche in questi casi particolari – opera negli Stati Uniti una “presunzione di illegittimità costituzionale”. Le motivazioni della scelta di non vietare in linea di principio neppure i contenuti che possano risultare offensivi o suscitare in taluni sdegno o indignazione³⁷ è da ravvisarsi nella considerazione che “negli

28 Si tratta di un principio che la Corte Suprema ha ribadito nella giurisprudenza successiva (si v. *Randall v. Sorell*, 548 U.S. 230 (2006), estendendolo anche alle società ed ai sindacati i quali – al pari dei singoli individui – possono spendere somme di denaro non limitate nel loro ammontare massimo al fine di finanziare pubblicità a favore o contro un candidato specifico, a condizione che la società o il sindacato agiscano in modo indipendente dal candidato. Cfr. *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

29 *Arizona Free Enterprise Club’s Freedom Club PAC v. Bennett*, 131 S.Ct. 2806 (2011).

30 *Arizona Free Enterprise Club’s Freedom Club PAC v. Bennett*, 131 S.Ct. 2806, cit., in part. p. 2826.

31 *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971), p. 24.

32 Sull’*hate speech* in prospettiva comparatistica si v. nella nostra dottrina A. Pizzorusso, *La disciplina costituzionale dell’istigazione all’odio*, relazione introduttiva al XVI Congresso dell’Accademia Internazionale di Diritto Comparato svoltosi a Brisbane, 14 luglio 2012, nonché L. Scaffardi, *Oltre i confini della libertà di espressione. L’istigazione all’odio razziale*, Padova, Cedam, 2009; E. Stradella, *Hate Speech in the Background of the Security Dilemma*, in *German Law Journal*, IX, p. 59 ss. Nella dottrina americana, per tutti, R. Post, *Hate Speech*, in I. Hare, J. Weinstein (eds), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 123 ss; M. Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a Comparative Analysis*, in 24 *Cardozo Law Review* 1523 (2003), nonché la relazione nel sopra citato convegno di Brisbane di W.B. Fisch, *Hate Speech in the United States*, in 50 *American Journal of Comparative Law* 463 (2002).

33 Pizzorusso, *op. ult. cit.*, p. 9.

34 *Cohen v. California*, cit.

35 *Texas v. Johnson*, 491 US 397 (1989), ma si v. anche *U.S. v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990).

36 *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

37 Per tutti, L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, cit., p. 785 ss.

Stati Uniti il discorso pubblico costituisce un'arena per il confronto fra molte differenti comunità, ciascuna delle quali cerca di avvalersi del diritto per affermare le proprie regole³⁸. Come ha affermato la Corte Suprema, sebbene "il discorso possa apparire talora provocatorio e polemico ... esso deve essere tutelato contro la censura e la sanzione, a meno che non si dimostri che è probabile che produca un pericolo grave ed imminente (*clear and present danger*) di un serio danno che vada ben al di là del disturbo, della irritazione o del malcontento pubblico"³⁹.

A differenza di quanto previsto a livello costituzionale nei paesi Europei, quindi, il I Emendamento della Costituzione americana impone che lo Stato sia *neutrale* di fronte ad opposte o contrastanti visioni dell'identità nazionale, al fine di favorire non solo il *free marketplace of ideas*, ma anche – come sottolinea, ad esempio, Post – il *free marketplace of communities*. "Il diritto costituzionale degli Stati Uniti si preoccupa di proteggere il discorso pubblico quale ambito ugualmente aperto a tutte le comunità, a tutte le potenziali visioni del bene e del socialmente rispettabile"⁴⁰.

Si può, quindi, concludere che la decisione di rimuovere dall'informazione e dal dibattito pubblico alcuni argomenti contraddice tutte le premesse su cui la Corte Suprema ha costruito la sua dottrina della libertà di espressione. Se, come scrisse il giudice Harlan in *Cohen v. California* nel valutare la legittimità costituzionale del divieto di uso di alcuni termini considerati offensivi⁴¹, il fine della libertà di espressione è quello di "rimuovere i limiti imposti dallo stato per l'arena della discussione pubblica", l'intento che presumibilmente ha ispirato le recenti scelte dell'amministrazione appare invece quello di sopprimere certi contenuti, rendendo "invisibili" alcune minoranze ed inibendo il libero confronto.

3. Una diversa lettura della vicenda: le affermazioni (o i silenzi) in esame come esempi di "government's speech"

Le considerazioni sin qui svolte presuppongono una distinzione tra la sfera pubblica e quella privata e riguardano il modo in cui talune scelte a livello governativo possono influire su quest'ultima, inibendo il libero svolgimento del dibattito pubblico e la libertà di parola su temi come la lotta contro le discriminazioni.

Si potrebbe obiettare che nel caso in esame siamo in realtà di fronte a scelte che attengono unicamente alla sfera "pubblica" ed, in particolare, alla comunicazione istituzionale, senza che ciò abbia necessariamente ricadute nella sfera dei cittadini i quali resterebbero comunque liberi di aprire un confronto sui temi che le parole *fetus*, *transgender*, *vulnerable*, *entitlement*, *diversity*, *evidence-based* e *science-based* evocano. Il Governo, in altri termini, non avrebbe agito come moderatore del discorso pubblico, ma sarebbe invece uno *speaker* "istituzionale".

Muovendo da questa prospettiva si dovrebbe, quindi, ritenere che la libertà di espressione non entri in gioco nel caso in esame. Negli Stati Uniti si assume, infatti, che quando un organo costituzionale "parli" – ad esempio al fine di esporre le motivazioni alla base di un atto o di informare i cittadini delle proprie decisioni o programmi politici - l'espressione rappresenti una modalità di esercizio della funzione. Il *Government speech*, quindi, non solo non potrebbe qualificarsi come esercizio di una libertà protetta dal I Emendamento, ma al tempo stesso non incorrerebbe in quei limiti che la stessa disposizione costituzionale impone alle autorità statali di rispettare quando la loro azione interferisca con la libertà di espressione dei cittadini⁴². Come la Corte Suprema ha, infatti, affermato, il I emendamento "non regola il *Government speech*", ma solo "la disciplina statale del *private speech*"⁴³.

38 Post, *Hate Speech*, cit., p. 132.

39 *Terminiello v. Chicago*, 337 US 1, 4 (1969).

40 Post, *Hate Speech*, cit., p. 133.

41 La vicenda, ben nota, riguardava la legittimità costituzionale di una disposizione del codice penale della California (Cal. Penal Code § 415) che proibiva di "*maliciously and willfully disturbing] the peace or quiet of any neighborhood or person . . . by . . . offensive conduct*". Il ricorrente, Paul Robert Cohen, era stato, infatti condannato dalla Los Angeles Municipal Court per aver indossato – per protesta contro la guerra in Vietnam – una giacca recante la scritta "*Fuck the Draft*" in un corridoio della Los Angeles Courthouse.

42 Per una ricostruzione di questa giurisprudenza si v. H. Norton, D.K. Citron, *Government Speech 2.0*, 87 *Denver University Law Review* 899 (2010), in part. pp. 904-10.

43 *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. 460, 467 (2009).

Ne consegue che nelle dichiarazioni ufficiali, il “governo ha diritto di dire ciò che desidera”⁴⁴: se, infatti, la comunicazione è inerente all’esercizio delle funzioni, gli organi costituzionali non sono tenuti ad assumere una posizione neutrale, ma sono liberi di selezionare o favorire particolari opinioni⁴⁵. Né, come peraltro afferma la giurisprudenza più recente, sussiste un dovere di “moderazione” a carico dei pubblici poteri: sarà, infatti, il processo politico a correggere eventuali “errori”⁴⁶. L’unico limite individuato dalle corti è rappresentato dal principio di laicità dello Stato, dal momento che la comunicazione istituzionale non può manifestare il sostegno per una particolare fede religiosa.

I termini di questo dibattito non sono peraltro estranei alla nostra esperienza: può essere utile, per una migliore comprensione dei termini del confronto, ricordare come analogamente nella nostra dottrina si sottolinei come sia concettualmente errato ritenere che la libertà di espressione vada estesa anche ai titolari degli organi costituzionali ed, in particolare, degli organi monocratici. “Secondo concetto e tradizione – chiariscono A. Pace e M. Manetti – la nostra Costituzione, come tutte le costituzioni, tutela essenzialmente i diritti e le libertà dei privati nei confronti dei *pubblici poteri* e sarebbe perciò contraddittorio disciplinare come «libertà» anche le manifestazioni di potere pubblico”⁴⁷.

Di conseguenza, ad esempio, anche da noi si osserva che il Presidente della Repubblica che “ester-na” il proprio pensiero in dichiarazioni informali non potrebbe invocare la libertà di manifestazione del pensiero, adducendo che “l’assunzione di una carica pubblica non farebbe perdere al titolare di essere la comune libertà di esprimere pubblicamente il proprio pensiero *privato*” o che “nell’espressione dei pensieri il detentore di un potere pubblico non si differenzerebbe da un qualsiasi privato”⁴⁸. Queste premesse sono, infatti, errate perché “gli organi pubblici e le persone giuridiche pubbliche si muovono in un’ottica di «competenza» (caratterizzata da doverosità nell’esercizio)⁴⁹ e non in un’ottica di «libertà» (caratteristica della sfera di autodeterminazione dei privati)”⁵⁰. Come scriveva Guarino, “la vita politica è il regno dell’obiettività; valgono in essa le azioni più che le intenzioni”⁵¹, con la conseguenza che “è perciò obiettivamente impossibile distinguere ciò che è ufficiale da ciò che non è ufficiale, il pubblico dal privato; così come è impossibile distinguere gradi di pubblicità diversamente rilevanti dal punti di vista giuridico”⁵².

Negli ultimi anni negli Stati Uniti si è però assistito ad un ampliamento della dottrina del *Government speech* la quale è stata interpretata dalla Corte Suprema in senso fortemente estensivo: si è, infatti, sostenuto che se il governo – in qualità di *speaker* – stanziava dei fondi per sostenere la comunicazione di un particolare messaggio, “non è obbligato a finanziare anche [la comunicazione di] altri punti di vista”⁵³. Il *Government speech* ha, inoltre, finito per includere anche la comunicazione istituzionale delegata a soggetti terzi⁵⁴.

44 *Ibidem*.

45 *Ibidem* e *Nat’l Endowment for the Arts v. Finley*, 524 U.S. 569, 598 (1998), Scalia, concurring opinion (“It is the very business of government to favor and disfavor points of view on (in modern times, at least) innumerable subjects”).

46 *National Endowment for the Arts v. Finley*, 524 U.S. 569, 598 (1998) (opinione concorrente del giudice Scalia).

47 A. Pace, M. Manetti, *Rapporti Civili. Art.21, la libertà di manifestazione del pensiero*, in *Commentario della Costituzione fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso*, Bologna-Roma, Zanichelli-II Foro Italiano, 2006, p. 102.

48 A. Pace e M. Manetti, *Art. 21*, cit., pp. 102-3.

49 Si comprende dunque, come il nodo essenziale si risolve nel chiarire come debba essere intesa l’espressione “compiuti nell’esercizio delle funzioni” e quindi, nel discriminare tra esternazioni funzionali ed extra-funzionali ai fini della responsabilità presidenziale ex art. 90 Cost. Le due pronunce della Corte di cassazione, sez. III civile, sentenze del 27 giugno 2000 n. 8733 e 8734 (*Flamigni c. Cossiga – Onorato c. Cossiga*), in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2000, p. 2498 ss. e 3407 ss., nonché la successiva pronuncia della Corte costituzionale n. 154 del 2004 hanno valorizzato il “nesso funzionale” tra esternazioni presidenziali e le attività svolte dal titolare della carica “nella qualità” di Presidente della Repubblica. Sul tema sia consentito rinviare ad A. Sperti, *La responsabilità del Presidente della Repubblica. Evoluzione e recenti interpretazioni*, Torino, Giappichelli, 2010, in part. p. 123 ss.

50 *Ivi*, p. 103.

51 In particolare G. Guarino, *Il Presidente della Repubblica*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, p. 982.

52 Pace e Manetti, *op. ult. cit.*, p. 103.

53 *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991).

54 Occorre precisare che secondo la Corte Suprema sarebbero da porsi al di fuori delle garanzie espresse dal I emendamento anche quelle situazioni in cui il Governo non “parli direttamente”, ma esprima il proprio punto di vista attraverso soggetti terzi da lui finanziati. Come la Corte Suprema ha sostenuto in *Rosenberg v. University of Virginia*, 515 U.S. 819 (1995) “noi abbiamo permesso al governo di regolare il contenuto di ciò che è o non è espresso sia quando esso sia lo *speaker*, sia quando esso si serva di soggetti privati per trasmettere il proprio messaggio”.

Questi sviluppi hanno reso alquanto incerta la linea di confine tra la comunicazione istituzionale e l'interferenza dei pubblici poteri sul dibattito pubblico. Durante la presidenza Trump, la preoccupazione per un illegittimo uso del potere di esternazione è peraltro accresciuta dal fenomeno delle cd. *fake news*, ed in particolare dalla diffusione – da parte della stessa amministrazione – di informazioni false o fuorvianti che limitano la libertà di informazioni e condizionano il dibattito pubblico⁵⁵. L'oggetto di questo commento esula dall'esame di questi profili problematici, ma ci sembra utile richiamarli poiché non sono estranei al dibattito in corso in Italia ed in altri paesi europei.

La posizione della giurisprudenza e della dottrina su questi temi è ancora incerta, ma una parte degli studiosi americani e della stessa Corte Suprema – a fronte, come si è detto, dell'impossibilità di invocare i limiti alla libertà di espressione in questo contesto – ha caldeggiato l'opportunità di individuare nuovi strumenti e limiti per contenere il potenziale "abuso di potere" degli organi costituzionali.⁵⁶ Guardando all'Europa, si è quindi, ad esempio invocato, il canone della ragionevolezza o il concetto di "eccesso di potere" o, ancora, la fissazione di uno *standard* sulla cui base valutare l'esercizio del potere di esternazione del Governo⁵⁷.

Come è stato sottolineato, è infatti innegabile che "alcuni atti, parole, simboli usati dal Governo siano costituzionalmente vietati in virtù del significato che essi trasmettono"⁵⁸. Anche se la libertà di espressione non si applica alla comunicazione istituzionale, qualificare un gruppo di persone o le loro relazioni in termini denigratori, costituirebbe comunque una violazione del principio di eguaglianza, così come tacciare di immoralità le donne che decidono di abortire rappresenterebbe un'illegittima interferenza nella loro libertà di autodeterminazione⁵⁹.

A fronte di questo genere di abusi, emerge quindi un'evidente difficoltà che, a fronte di una comunicazione istituzionale denigratoria o discriminatoria, potrebbe presentarsi anche nella nostra esperienza dati i limiti (o le cd. zone d'ombra) della giustizia costituzionale: l'assenza di un atto governativo che vieti espressamente l'uso delle sette parole *fetus, transgender, vulnerable, entitlement, diversity, evidence-based e science-based* pone, infatti, la "politica del silenzio" al di fuori della portata delle corti. Inoltre, negli Stati Uniti, non sussistendo neppure un suo danno "tangibile" (*particularized or concrete injury*), difficilmente il cittadino potrebbe dimostrare la propria legittimazione ad agire (*standing to sue*)⁶⁰ contro l'amministrazione.

4. Un termine di paragone: la politica del "don't ask, don't tell" nelle forze armate americane

Pur con i dovuti distinguo, le scelte dell'amministrazione Trump riportano alla mente altre *policies* del passato analogamente fondate sul silenzio sull'orientamento sessuale e l'identità di genere.

55 Sul tema, H. Norton, *The Government's Lies and the Press Clause*, 89 *University of Colorado Law Review*, disponibile al sito https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2998909. Si v. inoltre, E. Chemerinsky, *The First Amendment in the Era of President Trump*, 94 *Denver Law Review* 553 (2017).

56 In realtà, occorre precisare, questo problema era stato evidenziato sin dagli anni Sessanta da T. Emerson, *Freedom of Expression in Wartime*, 116 *University of Pennsylvania Law Review* 975 (1968), in part. p. 1007 ("There is no effective legal remedy for much of [the government's harassment of political dissenters through its own speech]. Statements of public officials or warnings of investigation, for instance, are not subject to judicial redress. Nor is it possible to obtain court review of most activities of legislative committees, apart from citations for contempt.") e M.J. Yudof, *When Governments Speak: Toward a theory of Government Expression and the First Amendment*, 57 *Texas Law Review* 863 (1979).

57 In questo senso cfr. le affermazioni del giudice Souter nella sua opinione concorrente in *Summum*, cit., in part. 129 S.Ct., p. 1142 laddove egli invoca il ricorso ad un "reasonable observer test". In dottrina, Yudof, *When Governments Speak*, cit. ed i contributi di Golberg, H. Norton e R. Bezanson apparsi in *South Dakota Law Review*, 2012, p. 389 ss., nonché H. Norton, *Remedies and the Government's Constitutionally Harmful Speech*, consultabile in https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3097190.

58 M Dorf, *Same-Sex Marriage, Second-Class Citizenship, And Law's Social Meanings*, in 97 *Virginia Law Review* 1267 (2011), in part. 1278.

59 Cfr. ad esempio, A.S. Greene, *Government Endorsement. A reply to N. Tebbe's Government Nonendorsement*, in 98 *Minnesota Law Review Headnotes* 87, p. 90 ("State speech might violate other constitutional rights--such as equal protection, nonestablishment, and due process").

60 M.C. Dorf, *Same-Sex Marriage, Second-Class Citizenship, And Law's Social Meanings*, cit., p. 1280.

Il pensiero va in particolare alla policy del *don't ask, don't tell*, ossia all'impossibilità per i militari di dichiarare pubblicamente (o di manifestare attraverso il proprio comportamento) la propria omosessualità ed alla scelta dei vertici militari di non richiedere alle reclute ed ai membri delle forze armate di dichiarare il proprio orientamento sessuale.

L'omosessualità ha costituito, infatti, una causa di esclusione dalle forze armate negli Stati Uniti sin dall'epoca della rivoluzione americana, ma è solo con il Presidente Clinton che si esplicita l'impossibilità per coloro che servono nelle forze armate americane di dichiarare apertamente la propria omosessualità. Pur a fronte di una sua iniziale apertura verso il mondo LGBT, Clinton firmò, infatti, nel 1993 una legge secondo cui "la presenza nelle forze armate di persone che dimostrano una propensione o l'intento di porre in esse atti omosessuali creerebbe un rischio inaccettabile per gli *standards* morali, di ordine e di disciplina, nonché per la unità e coesione che costituiscono l'essenza del potenziale militare"⁶¹.

La *policy* non impose, dunque, il silenzio, ma di fatto lo presuppose. Non vietò apertamente ai vertici militari di richiedere alle reclute di dichiarare il proprio orientamento sessuale, ma suggerì di sospendere questo genere di indagini; al tempo stesso, non vietò ai militari di essere gay o lesbiche, ma sanzionò la condotta espressiva di un orientamento omosessuale: "l'omosessualità è un fatto privato e personale, non un impedimento al servizio militare ... a meno che esso non si manifesti attraverso una condotta omosessuale"⁶².

Certamente, rispetto alle attuali scelte di comunicazione istituzionale dell'amministrazione, la *policy* del silenzio sui militari LGBT era indirettamente attaccabile di fronte alle Corti federali attraverso un ricorso contro le misure sanzionatorie adottate nei confronti di coloro che avessero rivelato o manifestato pubblicamente la propria omosessualità. Tuttavia anche in questo contesto, sia la libertà di espressione che il principio di eguaglianza – il cui rispetto a livello federale è imposto dal V Emendamento⁶³ – costituivano parametri di legittimità costituzionale difficilmente invocabili dai soggetti lesi: un generale "privilegio" fondato sul principio della separazione dei poteri e sulla discrezionalità dell'amministrazione in relazione alla difesa (la cd. *doctrine of military deference*), nonché la separazione tra l'ordinamento civile e quello militare, conducevano, infatti, le corti a negare la sussistenza di una violazione dei diritti fondamentali delle persone LGBT⁶⁴. Come il *Government speech*, quello militare appariva, dunque, un ambito di attività dei pubblici poteri immune da censure di illegittimità costituzionale: la stessa Corte Suprema aveva, infatti, ripetutamente affermato che "il differente carattere della comunità militare e della missione militare richiede una differente applicazione dei principi costituzionali"⁶⁵.

La politica del *don't ask, don't tell* è stata abrogata nel 2010 per iniziativa del Presidente Obama⁶⁶, ma il dibattito sulla sua legittimità costituzionale offre significativi insegnamenti sui rischi che una "politica del silenzio", anche se meno invasiva, può avere sul dibattito pubblico e sul riconoscimento dei diritti LGBT.

Nei primi anni Novanta, la dottrina americana attenta alle tematiche LGBT mise in evidenza come – pur nel dichiarato intento di punire (o prevenire) unicamente certe condotte sessuali – il *Don't ask, don't tell* intendesse in realtà punire una specifica tipologia di contenuti e ledere l'autodeterminazione individuale. "La Costituzione – scrisse Eskridge – stabilisce che lo Stato non può controllare i pensieri o le convinzioni personali e quelle caratteristiche personali che sono centrali per l'evolversi della personalità individuale.... *Policies* confuse come quella [del *don't ask, don't tell*] hanno un effetto inibitorio (*chilling effect*) sull'espressione e le condotte espressive delle persone gay, ma anche di coloro che sono potenzialmente gay". Il *Don't ask, don't tell*, dunque – concluse Eskridge – rappresenta "una forma di repressione non solo politica, ma anche personale perché riflette l'impegno sociale a mantenere la diversità sessuale e di genere nella segretezza (*in the closet*), non solo celata al pubblico, ma incapace di contribuire al discorso pubblico ed alla politica"⁶⁷.

61 *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 1994*, P.L. 103-160 (10 U.S.C. §654a).

62 *Ibidem*. In realtà la *policy* non distingueva neppure tra *sexual orientation* e *sexual conduct*, rendendo ancora più sfuggente l'individuazione delle fattispecie vietate ed ancor maggiore la discrezionalità dei vertici militari nel sanzionarle.

63 Il V Emendamento, infatti, contiene la clausola del *due process* da cui, secondo la Corte Suprema deriva il dovere del rispetto del principio di eguaglianza a livello federale (*Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954)). Il rispetto dell'eguaglianza è invece imposto agli Stati dal XIV Emendamento.

64 Sul tema, per tutti, W.N. Eskridge, *Gay Law. Challenging the Apartheid of the Closet*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1999.

65 *Rostker v. Goldberg*, 453 U.S. 57 (1981), in part. p. 64.

66 *Don't Ask, Don't Tell Repeal Act of 2010*.

67 Eskridge, *Gay Law*, cit., capitolo V.

5. Conclusione

Confrontata con la *ratio* alla base di quella *policy*, l'attuale "politica del silenzio" dell'amministrazione Trump non ci appare affatto diversa: entrambe, infatti, perpetuano la *logic of the closet* ed hanno l'effetto di presentare le persone LGBT come diverse, reiterando quella separazione tra pubblico e privato⁶⁸ che è stata opportunamente considerata la premessa stessa della discriminazione in base all'orientamento sessuale⁶⁹.

In conclusione, la portata di una "politica del silenzio" va, quindi, a nostro parere ben al di là della mera censura su temi considerati socialmente "scomodi": rendendo invisibile una parte dei cittadini, queste *policies* finiscono, al tempo stesso, per stigmatizzarli e per ledere la loro dignità. Se, come insegna Taylor, nella nostra sfera intima "intendiamo la formazione dell'identità e del sé come un dialogo ed una lotta ininterrotta con gli altri" e se, sul piano sociale, "le identità si formano in un dialogo aperto"⁷⁰, la costruzione della identità personale e del reciproco riconoscimento e rispetto di tutti gli individui presuppongono un dialogo aperto e libero che non dimentichi, né censuri alcun tratto dell'essere umano e della sua dimensione affettiva.

68 Sul passaggio dalla "*logic of the closet*" ad una dimensione pubblica della omosessualità grazie all'intervento delle corti costituzionali e della Corte EDU, sia consentito rinviare a A. Sperti, *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, Oxford, Hart Publishing, 2017, in part. p. 29 ss.

69 E Sedwick, *Epistemology of the Closet*, Harmondsworth, Penguin, 1990, p. 71. Sul tema anche, M. Nussbaum, *From Disgust to Humanity. Sexual Orientation and Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

70 C. Taylor, *The Politics of Recognition*, Princeton, Princeton University Press, 1992 (trad. it. *Multiculturalismo*, Milano, Feltrinelli, 1998, p. 9 ss., in part. pp. 21-2).