

Le Corti costituzionali tra tutela del pluralismo e delle singole identità

di Angioletta Sperti

Abstract: Constitutional courts, protection of pluralism and safeguard of single identities – In the last decades, groups or newly recognized groups have addressed their claims of recognition to constitutional and supreme courts, asking for the protection of their rights on equal terms with the majority, but at the same time the protection of their own identities. The article argues that new claims of recognition are transforming constitutional judicial discourse. Moving from constitutional and supreme court cases on equal marriage, it emphasizes a major shift in the use of arguments of equality. The article suggests that courts are departing from traditional standards of review and are instead adopting judicial arguments based on the relationship between equality and dignity.

Keywords: Fundamental rights, Pluralism, Same-sex marriage, Dignity, Equality.

2151

1. Premessa

Nel 1991 A.M. Schlesinger jr. constatò come nel momento in cui si superavano le contrapposizioni ideologiche indotte dalla guerra fredda il mondo si accingesse ad entrare in un'era "ancor più pericolosa" di contrapposizioni etniche e razziali¹. Guardando in particolare agli Stati Uniti – nati dalla duplice aspirazione all'unità federale ("*e pluribus unum*") e alla creazione di un unico popolo ("*one people*"), ma con la contraddittoria tolleranza della schiavitù e della segregazione razziale – Schlesinger presagì l'inasprimento della tensione tra l'ideale dell'unità (*unicity first*) e quello della frammentazione su base etnica e razziale (*ethnicity first*)². Nel rilevare, infatti, come "la popolazione americana fosse indubbiamente diventata ancor più eterogenea che in passato", Schlesinger osservò che "questa stessa eterogeneità rende ancor più pressante la ricerca di ideali unificanti e di una cultura comune"³.

L'esperienza degli ultimi trent'anni ha confermato le previsioni di Schlesinger: uno studio condotto nel 2018 dalla Brookings Institution rileva, ad esempio, come negli Stati Uniti dall'introduzione della riforma delle leggi sull'immigrazione nel 1965, la percentuale di immigranti di prima generazione si sia triplicata, passando da meno del 5% al 14%⁴, mentre recenti sondaggi rivelano come, indipendentemente dall'orientamento politico degli intervistati, negli ultimi

¹ A.M. Schlesinger jr. *The Disuniting of America*, New York-London, 1991, 10 ss.

² *Ivi*, 23.

³ *Ibidem*.

⁴ W.A. Galston, *Is Increasing Diversity Positive for the U.S.?*, in www.brookings.edu, 19 luglio 2018.

dieci anni l'immigrazione sia percepita dai cittadini americani come il primo problema del paese⁵ ed il paese sia diviso circa la positività o negatività della diversità etnica e razziale.

La tendenza non è propria solo di paesi come gli Stati Uniti, caratterizzati sin dalle loro origini da un forte pluralismo etnico, sociale e culturale. Uno studio recente ha dimostrato analoghe tendenze in Europa, rilevando che mentre in passato i populismi erano principalmente alimentati dalla preoccupazione per la situazione economica, oggi anche nei paesi europei in cui la prevalente percezione della popolazione circa la situazione economica è positiva, è soprattutto l'immigrazione ad essere percepita come un problema⁶.

Sin dagli anni Novanta il differenzialismo ha tuttavia caratterizzato tutto il dibattito sui diritti umani negli Stati Uniti ed in Europa⁷. Ne sono espressione, infatti, gli studi sulla tutela delle minoranze linguistiche e culturali in Europa⁸, le istanze di tutela delle popolazioni indigene negli Stati Uniti, in Canada, in Australia, Russia e America Latina⁹, i movimenti anti-assimilazionisti degli Afro-Americani, il dibattito sulla riforma dell'istruzione scolastica ed universitaria americana¹⁰. Significativo della tendenza alla valorizzazione delle differenze storico-culturali è anche il controverso dibattito, avviato negli anni 2000 negli Stati Uniti, sulla cd. appropriazione culturale, secondo cui l'uso non autorizzato di simboli, espressioni culturali, manufatti o altri elementi propri di una cultura da parte di soggetti appartenenti ad un'altra cultura costituirebbe una forma di mancanza di rispetto e di oppressione e spoliazione¹¹.

Sul piano del riconoscimento delle identità personali (*identity politics*), nel presupposto che una piena attuazione dell'eguaglianza non implichi solo un'equa distribuzione della ricchezza, ma anche il giusto riconoscimento della dignità della persona e del suo ruolo sociale¹², devono collocarsi anche le lotte condotte in tutto il mondo dai movimenti LGBTQ il cui principale obiettivo, negli ultimi venti anni, è stato l'introduzione del matrimonio egualitario e, dunque, il riconoscimento della parità di trattamento rispetto alle persone di sesso diverso in relazione al matrimonio ed alla filiazione. Tuttavia, in questo contesto non mancano,

⁵ Più precisamente i sondaggi americani rivelano percentuali oscillanti tra il primo ed il secondo posto per la percezione dell'immigrazione come problema maggiormente sentito dalla popolazione (rispetto alla scarsa qualità della classe politica dirigente). Si v. Gallup, *Most important problem*, aprile 2019 (consultabile all'indirizzo news.gallup.com/poll/1675/most-important-problem.aspx).

⁶ Pew Research Center, *Populist Views in Europe: It's not Just the Economy*, 19 luglio 2018, ma si v. anche *Europeans not convinced growing diversity is a good thing, divided on what determines national identity*, 11 luglio 2016 (www.pewresearch.org).

⁷ R. Brubaker, *The return of assimilation? Changing perspectives on immigration and its sequels in France, Germany, and the United States*, in *Ethnic and Racial Studies*, 2001, 24, 531 in ss. in part. 532.

⁸ M. Keating, *Nations Against the State: the New Politics of Nationalism in Quebec, Catalonia and Scotland*, New York, 1996.

⁹ Per tutti, W. Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, 1995.

¹⁰ N. Glazer, *We Are All Multiculturalists Now*, Cambridge, MA, 1997; G.B. Nash, *History on Trial: Culture Wars and the Teaching of the Past*, New York, 1997.

¹¹ La tesi affonda le proprie radici negli studi sul "colonialismo culturale" condotti negli anni Settanta (si v. K. Coutts-Smith, *Some General Observations on the Problem of Cultural Colonialism*, 1976 rist. in *The Myth of Primitivism*, London-New York, 1991, 5 ss.). Si v., per una nota critica sulla *cultural appropriation*, M. Rappaport, *The Illogic of Cultural Appropriation*, in www.lawliberty.org.

¹² I.M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, 1990.

soprattutto da parte delle correnti femministe, posizioni critiche che rilevano i presupposti etero-normativi del matrimonio ed il suo carattere “normalizzante”, con la conseguenza che la sua generale estensione alle coppie dello stesso sesso si sostanzierebbe in una negazione dell’eguaglianza e della libertà individuale¹³.

L’aspirazione al riconoscimento delle minoranze emerge, dunque, oggi in primo luogo sul piano sociale ove, come sottolinea Taylor, “le identità si formano in un dialogo aperto, che non prende la forma di un copione sociale predefinito”. Tuttavia, la politica del riconoscimento attiene, al tempo stesso, “alla sfera intima, dove si intende la formazione delle identità e del sé come un dialogo ed una lotta ininterrotta con gli altri”. Le due opposte visioni finiscono, quindi, per confliggere: da un lato, il principio di eguale rispetto impone di trattare gli esseri umani in modo cieco alle differenze, nel presupposto dell’eguale valore di tutti gli individui; dall’altro, di riconoscere o coltivare le diversità stesse prendendo atto non solo dell’eguale valore di tutti gli individui, ma anche dell’“eguale valore di ciò che essi hanno ricavato di fatto da questa potenzialità”.¹⁴

Questa considerazione induce parte della dottrina a constatare come oggi “assimilazione e diversificazione procedano parallelamente, secondo un percorso del tutto nuovo”.¹⁵ Come ha osservato M.R. Ferrarese nei suoi studi sul linguaggio transnazionale dei diritti, ne scaturisce quindi un paradosso, in cui se “per un verso, sembra che mai come oggi si sia andati così vicini ad un’eccezione universalistica dei diritti, che vale per tutti, a dispetto di ogni diversità di nazione, razza, religione, Stato, sesso”, dall’altro “mai come oggi le valenze culturali e storiche dei diritti sono state così evidenti e scoperte”¹⁶. Ciò fa sì che sul piano giuridico le “richieste di riconoscimento dei vari diritti si sommino “senza arrivare ad una selezione che sia universalmente condivisa”, per cui “come mai nel passato la questione giuridica dei diritti sia esposta alle coloriture storiche, sociali e culturali delle diverse società”¹⁷. Negli Stati Uniti Yoshino usa l’espressione “*pluralism anxiety*” per descrivere l’emergere di molteplici istanze di riconoscimento e tutela da parte di gruppi e minoranze che caratterizza l’attuale dibattito politico e giuridico sui diritti¹⁸.

Questi sviluppi sono resi evidenti dall’allargamento dei fattori di discriminazione nelle Carte internazionali dei diritti. Mentre, infatti, l’art. 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo (di seguito CEDU) sancisce il divieto di discriminazione in base “al sesso, alla razza, al colore, alla lingua, alla religione e ad altre opinioni, alle origini nazionali e sociali, all’associazione con una minoranza nazionale, alla proprietà, alla nascita ed ad ogni altro status”, il più recente art. 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea estende tale divieto ad ulteriori fattori quali “le origini etniche e sociali, i caratteri genetici, il credo, la disabilità, l’età e l’orientamento sessuale”. Questa evoluzione «contribuisce a testimoniare un’attitudine del diritto a seguire la persona sempre

¹³ Si v. C. Franke, *Wedlocked. The Perils of Marriage Equality*, New York, 2015, in part. 113; J. Butler, *Is Kinship always Already Heterosexual?*, in *Differences. A Journal of Feminist Cultural Studies*, 2002, 13, 16 ss. Per un quadro generale su questo dibattito, C. Chambers, *Against Marriage. An Egalitarian Defence of the Marriage-Free State*, Oxford, 2017, in part. 11 ss.

¹⁴ C. Taylor, *The Politics of Recognition*, in A. Gutmann (ed), *Multiculturalism and “The Politics of Recognition”*, Chicago, 1992, 29.

¹⁵ M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente*, Bologna, 2002, 161.

¹⁶ *Ivi*, 161.

¹⁷ *Ivi*, 160. Su differenzialismo ed assimilazionismo nell’esperienza francese, tedesca e degli Stati Uniti, si v. Brubaker, *The return of assimilation?*, cit., 535 ss.

¹⁸ K. Yoshino, *The New Equal Protection*, in 124 *Harv. L. Rev.* 747 (2015), in part. 747 ss.

più da vicino, a considerarla nella sua integralità, a farne emergere sempre più nettamente l'unicità»¹⁹.

A fronte di questi sviluppi, le corti, ed in particolare le corti supreme e costituzionali, sono spesso le prime ad essere chiamate ad offrire risposte alle minoranze o ai gruppi che chiedono tutela dei propri diritti o invocano il riconoscimento o la valorizzazione delle proprie identità. In questo scritto mi propongo di svolgere alcune considerazioni sui cambiamenti che le nuove richieste di riconoscimento avanzate dalle minoranze hanno determinato sia sul piano delle tecniche di decisione del giudice costituzionale che dell'uso del parametro di costituzionalità. Mi soffermerò in particolare sul principio di eguaglianza per spiegare le ragioni per cui, mentre in passato le corti costituzionali avevano perlopiù ampliato o specificato i fattori di discriminazione vietati, oggi esse tendano ad evitarne i tradizionali *standard of review* e preferiscano, invece, sviluppare il principio dell'eguaglianza in connessione con la dignità e la libertà individuale. Per raggiungere queste conclusioni muoverò dalla significativa giurisprudenza sul matrimonio egualitario, dal momento che negli ultimi quindici anni molte corti costituzionali e supreme si sono pronunciate sul tema e le pronunce presentano fra di loro evidenti analogie, sia sul piano degli argomenti che dei parametri invocati.

2154

2. Il profilo della tutela dell'eguaglianza nelle nuove istanze di riconoscimento: l'esempio della giurisprudenza sul matrimonio egualitario

Si può affermare che il dibattito scientifico e politico sull'introduzione sui diritti LGBTQ ed, in particolare, sul matrimonio tra persone dello stesso sesso, parli il linguaggio dell'eguaglianza.

Il principio di eguaglianza inteso in senso formale costituisce, infatti, la premessa su cui le coppie *same-sex* fondano la propria richiesta di accesso all'istituto del matrimonio: assumendo che non ci sia differenza tra la relazione affettiva che unisce due persone dello stesso sesso a quella di due persone di sesso diverso, le coppie chiedono pari garanzia del diritto fondamentale di contrarre matrimonio. Al contrario, coloro che negano il riconoscimento di questo diritto a prescindere dall'orientamento sessuale dei nubendi, assumono in premessa che le coppie dello stesso sesso non possano dirsi analoghe a quelle di sesso diverso²⁰.

Sul piano sostanziale, nelle pronunce delle corti costituzionali sul matrimonio tra persone dello stesso sesso il parametro dell'eguaglianza entra in considerazione sotto molteplici aspetti. Le coppie dello stesso sesso riconducono, in primo luogo, il principio di eguaglianza al valore sociale ed "espressivo" del

¹⁹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2013, capitolo III.

²⁰ È, quindi, per questo motivo che – sia consentito rinviare a *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, Oxford, Hart Publishing, 2017, 141 – l'espressione "matrimonio egualitario" deve ritenersi più opportuna: la formula rinvia, infatti, all'idea che il diritto fondamentale al matrimonio debba essere riconosciuto a prescindere dalle caratteristiche personali dei nubendi. Ed è sempre per questo motivo che a mio parere è improprio qualificare i diritti delle coppie *same-sex* come "nuovi diritti": non esiste infatti, come ha peraltro sostenuto anche la Corte Suprema degli Stati Uniti nella celebre sentenza *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015), in part. 2602, un "diritto al matrimonio *same-sex*", ma esiste piuttosto un diritto fondamentale al matrimonio "senza aggettivi". Sul tema, K. Yoshino, *A New Birth of Freedom?*, 129 *Harvard L. Rev.* 147 (2016), 165.

matrimonio²¹. Il matrimonio costituisce, infatti, un istituto dalla forte connotazione sociale e ha altresì un valore “espressivo”: dichiarando di volersi unire in matrimonio alla presenza di testimoni, di amici e parenti, le coppie non solo danno alla propria unione un rilievo giuridico, ma al tempo stesso confermano e rafforzano il proprio legame sul piano sociale. Il dibattito sul matrimonio egualitario ruota essenzialmente intorno al suo valore espressivo e sociale: sin dal 1994 larga parte dei movimenti fecero, infatti, propria l’idea che il diritto al matrimonio dovesse essere riconosciuto anche alle coppie *same-sex* dal momento che attraverso questo istituto “due persone intendono rendere una dichiarazione pubblica in merito alla propria relazione, approvata dallo stato, dalla comunità nel suo complesso, e per alcuni anche dalla propria comunità religiosa”²².

Le corti costituzionali hanno spesso fatto proprio questo argomento riconoscendo la necessità di garantire anche alle coppie *same-sex* pari accesso al matrimonio in considerazione della rilevanza dell’istituto sia sul piano individuale che su quello sociale. In *Halpern v. Canada*, ad esempio, la Corte di Appello dell’Ontario accolse l’argomento avanzato dalle coppie ricorrenti sostenendo che “il matrimonio è senza dubbio una delle più significative relazioni personali. Per secoli, infatti, esso è stato un elemento fondante dell’organizzazione sociale in molte parti del mondo. Attraverso l’istituto del matrimonio, gli individui possono esprimere pubblicamente il loro amore ed il loro impegno reciproco. Attraverso questo istituto, la società riconosce pubblicamente espressioni di amore ed impegno tra gli individui, garantendo loro rispetto e legittimazione come coppie. Questo riconoscimento pubblico e la sanzione matrimoniale riflettono l’approvazione da parte della società delle speranze personali, dei desideri e delle aspirazioni sottese alle relazioni affettive dei coniugi. Ciò può solo accrescere la percezione da parte dell’individuo del proprio valore e della propria dignità”²³.

Analogamente, molte corti degli Stati Uniti e del Canada²⁴ – sia a livello statale/provinciale che federale – hanno sottolineato che il matrimonio costituisce molto più di un “contratto” per tutte le coppie: il matrimonio implica, infatti, dignità, rispetto e valore della persona. La più netta affermazione del valore sociale ed espressivo del matrimonio e dell’importanza di garantire pari accesso a tale

²¹ Sul tema, M. Nussbaum, *From Disgust to Humanity*, 129, ma si v. nella giurisprudenza *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct., 2601 (“Just as a couple vows to support each other, so does society pledge to support the couple, offering symbolic recognition and material benefits to protect and nourish the union”).

²² E. Wolfson, *Crossing the Threshold: Equal Marriage Rights for Lesbians and Gay Men and the Intra-Community Critique*, in 21 *New York University Review of Law and Social Change* 567 (1994), in part. 579. Per un orientamento contrario si v. *supra*, in nota 13.

²³ *Halpern v Canada*, (2003) 65 OR 3d 161 (Can. Ont. CA), § 3.

²⁴ Per alcuni significativi esempi: *In re marriage cases* 43 Cal 4th 757 (2008), 830–31 (“One of the core elements of the fundamental right to marry is the right of same-sex couples to have their official family relationship accorded the same dignity, respect, and stature as that accorded to all other officially recognized family relationships”); *Goodridge v Department of Public Health*, 440 Mass 309, 329; *Lewis v Harris*, 188 NJ 415 (2006), 458 (“Plaintiffs seek not just legal standing, but also social acceptance, which in their view is the last step toward true equality”); *Perry v Brown*, 671 F 3d 1052 (9th Cir 2012) 1078 (“the word “marriage” has a unique meaning, and there is a significant symbolic disparity between domestic partnership and marriage. It is the designation of “marriage” itself that expresses validation, by the state and the community, and that serves as a symbol, like a wedding ceremony or a wedding ring, of something profoundly important”); *Varnum v Brien*, 763 NW 2d 862 (2009), 883 (“the plaintiffs are similarly situated compared to heterosexual persons. Plaintiffs are in committed and loving relationships, many raising families, just like heterosexual couples. Moreover, official recognition of their status provides an institutional basis for defining their fundamental relational rights and responsibilities, just as it does for heterosexual couples”).

istituto nel rispetto della dignità umana si rinviene nelle sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti²⁵: il giudice Kennedy sottolinea, infatti, in *Obergefell* che “la unione per la vita di un uomo e di una donna ha sempre promesso nobiltà e dignità alle persone, senza riguardo alla loro condizione sociale. Il matrimonio è sacro per coloro che sono religiosi e per costituisce una realizzazione unica per coloro che vivono la propria vita secolarmente. Le dinamiche del matrimonio consentono a due persone di realizzare una vita che non potrebbero trovare da sole, poiché il matrimonio è più grande delle due singole persone. Poiché nasce dai bisogni umani più basilari, il matrimonio è essenziale per le nostre speranze ed aspirazioni”²⁶. Nel riferirsi poi alle finalità del matrimonio, Kennedy osserva che “la natura del matrimonio è tale per cui attraverso un legame duraturo due persone insieme possono anche realizzare altre libertà connesse all’ espressione, all’intimità ed alla spiritualità. Vi è dignità nel legame tra due uomini e donne che intendono sposarsi e nella loro libertà ed autonomia riguardo alle scelte più profonde”²⁷. Per questo motivo, conclude che le legge statali che vietano il matrimonio alle coppie *same-sex* “sono intrinsecamente discriminatorie”: “le coppie *same-sex* chiedono di non essere condannate alla solitudine, escluse da uno dei più antichi istituti della civiltà. Esse chiedono eguale dignità (*equal dignity*) di fronte alla legge. La Costituzione garantisce loro tale diritto”²⁸.

2156

Anche la Corte costituzionale del Sud Africa ha messo in evidenza il valore espressivo del matrimonio, evidenziando il nesso tra eguaglianza, dignità e diritto all’autodeterminazione delle coppie dello stesso sesso. Nella sentenza *Fourie* del 2005 sul matrimonio egualitario, il giudice Sachs scrive, infatti, che “il diritto di celebrare la propria unione, significa [per le coppie *same-sex*] molto più del diritto di contrarre un legame giuridico dalle conseguenze significative e per quanto importanti. Esso rappresenta un traguardo simbolico nel lungo percorso delle corti verso l’eguaglianza e la dignità”²⁹. Pertanto, osserva che “lo stigma del passato e la continua discriminazione contro i gay e le lesbiche recava un chiaro messaggio, in particolare che essi – sia come individui che come coppie – non avevano la dignità e non erano meritevoli di eguale rispetto come gli eterosessuali e le loro relazioni. ... Negava ai gay ed alle lesbiche i principi di eguaglianza e di dignità che sono strettamente connessi fra loro, poiché tutte le persone hanno lo stesso valore e dignità come esseri umani, quali che siano le loro differenze”³⁰.

In secondo luogo, il principio di eguaglianza viene in considerazione nella giurisprudenza sul matrimonio egualitario in relazione al godimento dei diritti ed dei benefici che discendono da tale istituto e all’uscita delle coppie *same-sex* dal loro isolamento”³¹. Come è stato affermato anche in Italia dopo l’approvazione della legge sulle unioni civili³² – in cui, com’è noto, si accoglie il modello tedesco,

²⁵ *United States v. Windsor*, 133 S.Ct. 2675 (2013) che dichiarò l’illegittimità costituzionale della definizione di coniuge e matrimonio a livello federale come riferita alle sole coppie di sesso diverso ed il già citato caso *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584 (2015) che riconobbe il carattere fondamentale del diritto al matrimonio a prescindere dal sesso dei nubendi e la illegittimità costituzionale delle leggi che a livello statale negavano alle coppie *same-sex* tale diritto o impedivano loro di ottenere il riconoscimento dei matrimoni celebrati in altri stati.

²⁶ *Obergefell v Hodges*, 135 S.Ct., in part. 2594.

²⁷ *Obergefell v Hodges*, 135 S. Ct., 2594.

²⁸ *Obergefell v Hodges*, 135 S. Ct., 2608.

²⁹ *Minister of Home Affairs and Another v Fourie*, Case CCT 60/04 [2005] ZACC 19, § 137.

³⁰ *Minister of Home Affairs and Another v Fourie*, § 50.

³¹ *Hendricks c. Québec*, cit., § 39.

³² Legge 20 maggio 2016, n. 76.

austriaco e svizzero³³ del cd. doppio binario³⁴, riservando il matrimonio solo alle coppie di sesso diverso – l'esclusione dall'istituto matrimoniale di una parte delle coppie e la scelta di riservare ad esse un istituto *ad hoc*, fa di esse delle persone di serie B, reiterando di fatto il principio del “*separate but equal*” che aveva in passato giustificato forme di discriminazione come la segregazione razziale³⁵.

Anche a questo riguardo, il principio di eguaglianza viene letto dalle corti in connessione con il valore della dignità umana e la libertà di autodeterminazione. In *Lewis v. Harris*³⁶, per esempio, la Corte Suprema del New Jersey ha sottolineato come la legge sulle unioni civili, negando alle coppie *same-sex* la totalità dei diritti derivanti dal matrimonio, costituisca una violazione della dignità umana e dell'autonomia individuale. Anche la Supreme Judicial Court del Massachusetts ha richiamato il valore della dignità umana in connessione con l'eguaglianza e la libertà nella sua celebre sentenza *Goodridge*³⁷ sul matrimonio egualitario e la Corte Suprema della California in *In Re Marriage Cases*, ha osservato come “la mancata qualificazione di una relazione ufficiale tra persone dello stesso sesso come «matrimonio»”³⁸ costituisca una violazione della dignità ed eguaglianza.

La stessa Corte Suprema, sin dalla pronuncia *Windsor v. United States*, relativa alla definizione a livello federale di “matrimonio”, ha sottolineato come “l'interesse degli Stati a definire e regolare la relazione matrimoniale, derivi dalla consapevolezza che il matrimonio è più di uno status di routine giustificato dall'esigenza di ottenere il riconoscimento di alcuni benefici di legge ... Nel consentire [i matrimoni *same-sex*] lo Stato di New York ha cercato di dare ulteriore protezione e dignità a quel legame”³⁹.

La Corte Suprema ha ribadito in seguito questi principi nella sentenza *Obergefell* del 2015: dopo aver ricordato come nella storia degli Stati Uniti “gli stati abbiano attraverso il matrimonio ampliato l'elenco dei diritti e dei benefici statali [riconosciuti alle coppie]” ponendo questo istituto “al centro di molti aspetti dell'ordine sociale e giuridico”, ha ricordato come “non vi è differenza tra coppie dello stesso sesso e coppie di sesso diverso con riferimento a tale principio”. Tuttavia, ha aggiunto, “in ragione della loro esclusione da tale istituto, le coppie

³³ Sul tema, per tutti, G. Repetto, *At the Crossroads Between Privacy and Community: the Legal Status of Same-Sex*

Couples in German, Austrian and Swiss law, in D. Gallo, L. Paladini, Pustorino (eds), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Heidelberg, 2015, 263 ss..

³⁴ F.D. Busnelli, M.C. Vitucci, *Frammenti europei di famiglia*, in *Riv. Dir. civ.*, 2013, 767, in part. 774; S. Patti, *Le unioni civili in Germania*, in *Fam. e Dir.*, 2015, 958 ss., in part. 959.

³⁵ WN Eskridge Jr, *Gaylaw: Challenging the Apartheid of the Closet*, Cambridge MA 1999.

³⁶ *Lewis v Harris*, 188 N.J. 415 (2006), in part. 452 (“*It is difficult to understand how withholding the remaining rights and benefits from committed same-sex couples is compatible with a reasonable conception of basic human dignity and autonomy. There is no rational basis for, on the one hand, giving gays and lesbians full civil rights in their status as individuals, and, on the other, giving them an incomplete set of rights when they follow the inclination of their sexual orientation and enter into committed same-sex relationships*”).

³⁷ *Goodridge v Department of Public Health*, 440 Mass 309 (2003), in part. 312 (“*The core concept of common human dignity protected by U.S. Const. amend. XIV precludes government intrusion into the deeply personal realms of consensual adult expressions of intimacy and one’s choice of an intimate partner. The central role that decisions whether to marry or have children bear in shaping one’s identity has been reaffirmed. The Massachusetts Constitution is, if anything, more protective of individual liberty and equality than the United States Constitution; it may demand broader protection for fundamental rights; and it is less tolerant of government intrusion into the protected spheres of private life*”).

³⁸ *In Re Marriage cases*, 43 Cal 4th 757 (2008), in part. pp. 770–80.

³⁹ *United States v. Windsor*, 133 S Ct, pp. 2692–93.

dello stesso sesso sono state private di tutto l'insieme di diritti che gli Stati hanno fatto derivare dal matrimonio. Questa lesione ha delle conseguenze che non sono solo materiali in quanto consegna le coppie all'instabilità, in un modo che le stesse coppie di sesso diverso non riterrebbero tollerabile per il loro stesse vite. [...] L'esclusione ha l'effetto di insegnare ai gay ed alle lesbiche che essi sono diseguali sotto molti aspetti. Li priva di valore escludendoli da un istituto che è centrale per la società degli Stati Uniti"⁴⁰.

Un'analoga prospettiva è stata fatta propria anche dalla Corte Suprema del Canada ha in particolare sottolineato come "l'esclusione [delle coppie dello stesso sesso dal matrimonio] perpetui l'idea che le relazioni *same-sex* abbiano meno valore e siano meno degne di riconoscimento delle relazioni tra persone di sesso diverso" e "ciò lede la dignità di coppie in relazioni omosessuali"⁴¹. Così anche in *Egan v. Canada*, la stessa Corte ha sottolineato che "eguaglianza significa che... la società non può tollerare le distinzioni legislative che trattano certe persone come cittadini di serie-B, che le privano del loro valore e li trattano come dotati di minore capacità o che altrimenti offendono la dignità umana"⁴².

Sulla stessa linea, la Corte Suprema del Sud Africa nel già citato caso *Fourie* ha osservato che "lo stigma del passato e la continua discriminazione contro i gay e le lesbiche recava un chiaro messaggio, in particolare che essi – sia come individui che come coppie – non avevano la dignità e non erano meritevoli di eguale rispetto come gli eterosessuali e le loro relazioni. ... Negava ai gay ed alle lesbiche i principi di eguaglianza e di dignità che sono strettamente connessi poiché tutte le persone hanno lo stesso valore e dignità come esseri umani, quali che siano le loro differenze".⁴³

Anche le corti costituzionali europee hanno ricondotto la garanzia dell'eguaglianza nei diritti e nei doveri conseguenti al matrimonio al rispetto della dignità delle persone gay e lesbiche: il Tribunale costituzionale spagnolo, per esempio, nel caso n. 198 del 2012⁴⁴ ha sottolineato come il matrimonio egualitario "implichi rispetto per il loro orientamento sessuale" e ha definito tale conquista come "un passo in avanti per garanzia della dignità personale e del principio del libero sviluppo della personalità in base all'art. 10, comma 1, della Costituzione Spagnola che si pongono a fondamento dell'ordine costituzionale spagnolo"⁴⁵. Il Tribunale costituzionale portoghese, nella sentenza del 2010 sul matrimonio⁴⁶, ha dichiarato analogamente che l'accesso a tale istituto discende dal principio di eguaglianza così come "da altri valori come la dignità" di cui all'art. 1 della Costituzione portoghese. Infine, la Corte Suprema inglese in *Ghaidan v. Godin-Mendoza* ha sottolineato che "la garanzia dell'eguaglianza è essenziale per la democrazia", poiché "la democrazia si fonda sull'idea che tutti gli individui abbiano eguale valore". Pertanto, "trattare alcuni come meno dotati di valore ... non solo causa loro dolore e sofferenza, ma viola la loro dignità come esseri umani"⁴⁷.

⁴⁰ Obergefell v Hodges, 135 S Ct, 2601–02.

⁴¹ Halpern v Canada, cit., § 107.

⁴² Egan v Canada, [1995] 2 SCR513, § 104–05.

⁴³ Minister of Home Affairs and Another v Fourie, cit., § 70.

⁴⁴ Tribunale costituzionale, sentenza n. 198, 6 novembre 2012, § 9.

⁴⁵ Ivi, § 11.

⁴⁶ Sentenza n. 121 del 2010, 8 aprile 2010, § 19.

⁴⁷ Ghaidan v Godin-Mendoza, [2004] UKHL 30, in part. 132 (Baroness Hale).

3. Dalla identificazione dei fattori di discriminazione sospetti di incostituzionalità all'intreccio tra eguaglianza, dignità e libertà

Questa breve rassegna degli argomenti sviluppati dalle corti costituzionali nelle sentenze sul matrimonio egualitario rivela la tendenza delle corti ad utilizzare il parametro dell'eguaglianza in stretta connessione con i principi di libertà e dignità umana⁴⁸. Le pronunce sul matrimonio egualitario si pongono in linea con altri ambiti della giurisprudenza sui diritti in cui – com'è stato autorevolmente osservato – emerge analogamente “un intreccio complesso tra esistenza, libertà e dignità (che si vuole non solo individuale, ma ‘sociale’), sviluppo della personalità (in una dimensione segnata dall'eguaglianza)”⁴⁹.

L'intreccio tra eguaglianza, dignità e libertà ha suscitato un vivo interesse da parte della dottrina degli Stati Uniti ove, com'è noto, la Costituzione – per le sue matrici storiche e culturali – non contiene alcun riferimento alla dignità: anche in quell'esperienza, come dimostrano le citazioni sopra richiamate, la Corte Suprema ha, infatti, negli ultimi quindici anni richiamato sempre più di frequente la dignità in connessione con l'eguaglianza e la libertà, abbandonando più i tradizionali *standard of review* basati sulla garanzia dell'eguaglianza di cui al V Emendamento e alla *Equal protection clause* del XIV Emendamento.

Nella sua più risalente giurisprudenza la Corte Suprema aveva, infatti, elaborato alcune tecniche di giudizio che muovevano dalla tipologia di fattore preso in considerazione dal legislatore (federale o statale) per introdurre delle disparità di trattamento. Alcuni fattori di classificazione sono stati considerati dalla Corte di per sé “sospetti” (*suspect classifications*) di incostituzionalità (come il sesso⁵⁰, la razza⁵¹, l'origine nazionale⁵²) e tali da imporre un attento e rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale della legge (cd. *heightened scrutiny*)⁵³.

La dottrina maggioritaria qualificava tale scrutinio come “*fatal in fact*”⁵⁴, dal momento che la sua applicazione si risolveva pressoché generalmente in una

⁴⁸ Sul significato ed il valore della dignità, nella vastissima dottrina, per tutti, G. Dürig, *Art. 1*, in Maunz, Dürig, *Grundgesetz. Kommentar*, München, 1958; Grossi, *La dignità nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cui di M. Siclari, Torino, 2003, 3p. 1 ss; M. Herdegen, *Art. 1* in Maunz, Dürig, *Grundgesetz. Kommentar*, München, 2009; J. Luther, *Ragionevolezza e dignità umana*, in AA.VV., *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, a cura di A. Cerri, Roma, 2007, 185 ss.; C. McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, in *European J. Int. L.* (2008); M. Panebianco, *Bundesverfassungsgericht, dignità umana e diritti fondamentali*, in *Dir. Soc.*, 2002, 151; A. Pirozzoli, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli-Roma, 2012; A. Podlech, *Art. 1* in *Alternativkommentar zum Grundgesetz*, vol. I, Neuwied, 1989; N. Rao, *Three Concepts of Dignity*, in 86 *Notre Dame L. Rev.* 183 (2011); Ridola, *La dignità dell'uomo e il “principio libertà” nella cultura costituzionale europea*, in *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010 e ora in *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali. Saggi e casi di studio*, a cura di R. Nania, Giappichelli, Torino, 2012, 61 ss.; E. Ripepe, *Sulla dignità umana e alcune altre cose*, 2014; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. Dir.*, 1991, 343 ss.; M. Ruotolo, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Dal “diritto alla sicurezza” alla “sicurezza dei diritti”*, Napoli, 2012; U. Vincenti, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009.

⁴⁹ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., capitolo V.

⁵⁰ *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996).

⁵¹ *Loving v. Virginia*, cit., 388 U.S., in part. 11.

⁵² *Oyamav. California*, 332 U.S. 633, 645–46 (1948); *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944) (relative alle discriminazioni verso la minoranza giapponese durante la II Guerra mondiale).

⁵³ Per tutti, L. Tribe, *American Constitutional Law*, Foundation Press, 1988, 400 ss. e 518 ss.

⁵⁴ L'espressione è di G. Gunther, *In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: a Model for a Newer Equal Protection*, in 86 *Harv. L. Rev.* 1 (1972) in part. 8 ma si v. anche Yoshino, *The*

dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge. Le disparità di trattamento fondate su altri fattori di discriminazione (come l'età⁵⁵, la disabilità⁵⁶) venivano, invece, valutate dalla Corte Suprema in base ad uno *standard of review* meno rigoroso che spesso si concludeva con una pronuncia di rigetto. Ne sono un esempio le prime pronunce sulle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale in cui la Corte aveva finito per avallare scelte discriminatorie dei legislatori statali (come, ad esempio, le leggi che sanzionavano penalmente gli atti di sodomia⁵⁷) e per concludere per l'incostituzionalità degli stessi emendamenti costituzionali che vietavano le discriminazioni verso le persone gay e lesbiche nell'accesso a beni e servizi⁵⁸.

Fino alla fine degli anni Settanta, la Corte Suprema ha progressivamente ampliato l'elenco dei fattori di discriminazioni vietati, in linea con le indicazioni contenute nella celebre *“footnote n. 4”* del caso *United States v. Carolene Products Co.* (1938) secondo cui il compito della Corte Suprema dovesse essere quello di correggere i difetti della democrazia pluralista⁵⁹. Il *“prejudice against discrete and insular minorities”* giustificava, si disse, un più penetrante controllo di legittimità costituzionale al fine di garantire alle stesse minoranze la partecipazione al processo democratico. Questo orientamento giurisprudenziale che aveva posto fine all'orientamento conservatore della Corte del periodo precedente il *New Deal* (cd. *Lochner era*⁶⁰) aveva aperto la strada alla stagione dei diritti civili ed al superamento della segregazione razziale.

Dalla fine degli anni Settanta la spinta propulsiva della *footnote n. 4* si può ritenere esaurita. La Corte ha posto, infatti, un freno all'ampliamento dei fattori di discriminazione e sia gli stessi giudici della Corte Suprema⁶¹ che la dottrina⁶² hanno espresso perplessità non solo in merito all'efficacia delle indicazioni formulate nella *footnote* nel rispondere alle esigenze di tutela delle minoranze nell'attuale società americana, ma anche sul piano delle sue conseguenze sul ruolo e la legittimazione della stessa Corte Suprema. Yoshino ha osservato come sia stata la stessa *“pluralism anxiety”* ad operare “come un serio ostacolo al riconoscimento

New Equal Protection, cit., 755-6.

⁵⁵ *Mass. Bd. of Ret. v. Murgia*, 427 U.S. 307 (1976).

⁵⁶ *City of Cleburne v. Cleburne Living Ctr., Inc.*, 473 U.S. 432 (1985).

⁵⁷ *Si v. Bowers v. Hardwick*, 478 US 186 (1986).

⁵⁸ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

⁵⁹ *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938), *footnote n. 4*.

⁶⁰ Sino agli anni Trenta del 1900, infatti, la Corte Suprema aveva sistematicamente dichiarato l'illegittimità costituzionale della legislazione sociale del Congresso e dei legislatori statali. Celebre la sentenza *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905) – da cui il nome di *Lochner era* – con cui la Corte Suprema dichiarò l'illegittimità costituzionale di una legge dello Stato di New York che poneva limiti all'orario di lavoro dei panettieri. La *Lochner era* si concluse con la sentenza *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937) con cui la Corte Suprema *overruled* il caso *Lochner*. Per una ricostruzione di questa giurisprudenza, B.F. Wright, *The Growth of American Constitutional Law*, 2a ed., Chicago, 1967 in part. 148 ss.

⁶¹ Si v. le considerazioni del giudice Rehnquist nella sua *dissenting opinion* in *Sugarman v. Dougall*, 413 U.S. 634, 657(1973) secondo cui, in una società multiculturale e pluralista come quella americana, la Corte Suprema non può selezionare una minoranza che ritiene degna di tutela e proibire agli Stati di adottare disparità di trattamento che nei suoi confronti. Sulle ulteriori critiche verso l'orientamento espresso nella *footnote n. 4*, si v. Yoshino, *The New Equal Protection*, cit., 758 ss.

⁶² Si v. B.A. Ackerman, *Beyond Carolene Products*, in 98 *Harv. L. Rev.* 713 (1985); D.A. Strauss, *Is Carolene Products obsolete?*, in 2010 *U. Ill. L. Rev.* 1251 (2010), in part. 1263 ss.; Yoshino, *The New Equal Protection*, cit., 762.

di forme di tutela giurisprudenziale basate sull'individuazione di specifici fattori di discriminazione"⁶³.

Si è quindi osservato che, nell'esperienza più recente, proprio questa "apprensione [...] riguardo alla diversità demografica"⁶⁴ ed alle molteplici istanze di riconoscimento "ha indotto la Corte Suprema a sviluppare nuove tecniche di decisione al fine di «fare» eguaglianza in un'era di crescente ansia di pluralismo".⁶⁵ La giurisprudenza sui diritti delle coppie dello stesso sesso che si è in precedenza richiamata rivela molto chiaramente la tendenza della Corte suprema a sviluppare l'argomento della dignità e la sua connessione con la libertà al fine di mitigare la tendenza ad un uso restrittivo dei precedenti *standard of review* fondati sull'eguaglianza e sull'individuazione di nuovi fattori di discriminazione⁶⁶. Sulla stessa linea, Tribe definisce *l'equal dignity*, ossia l'intreccio di libertà ed eguaglianza in rapporto con la dignità, come "il culmine di un progetto lungo decenni che ha rivoluzionato la giurisprudenza della Corte Suprema sui diritti fondamentali"⁶⁷. In senso pressoché analogo, Yoshino – che parla di un nuovo *standard of review* definibile come *antisubordination principle* – ravvisa in esso "il maggiore cambiamento nella dottrina costituzionale" degli anni recenti "con conseguenze sulla giurisprudenza futura"⁶⁸.

Come ho sostenuto in altra sede,⁶⁹ ritengo che sia possibile identificare una tendenza analoga anche nella giurisprudenza europea. Nelle pronunce in tema di matrimonio egualitario, infatti, le corti costituzionali europee hanno evitato di definire l'orientamento sessuale come un fattore di discriminazione, fondando l'illegittimità dell'esclusione delle coppie dello stesso sesso dal matrimonio su un più ampio argomento che chiama in gioco la connessione con il principio della dignità umana. Il Tribunale costituzionale spagnolo, ad esempio, pur avendo in precedenza definito l'orientamento sessuale come un fattore di discriminazione vietato dall'art. 14 della Costituzione spagnola⁷⁰, nella sua sentenza n. 198 del 2012 sul matrimonio ha ritenuto di basare le proprie conclusioni sull'art. 10, 1 comma, che sancisce il principio della dignità umana e il diritto al libero sviluppo della personalità.

La stessa Corte costituzionale italiana, nella sentenza n. 138 del 2010,⁷¹ ha riconosciuto alle coppie dello stesso sesso "il diritto fondamentale di vivere

⁶³ Yoshino, *The New Equal Protection*, cit., 763.

⁶⁴ *Ibidem*, 747.

⁶⁵ *Ibidem*, 750.

⁶⁶ Si v. in part. Yoshino, *The New Equal Protection*, cit., 776.

⁶⁷ L.H. Tribe, *Equal Dignity: Speaking Its Name*, in 129 *Harvard Law Review Forum* 16 (2015).

⁶⁸ Yoshino, *A New Birth of Freedom?*, cit., 179.

⁶⁹ A. Sperti, *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, Oxford, 2017, in part. 169.

⁷⁰ Cfr., in particolare, STC 41/2006, 13 febbraio 2006

⁷¹ Sulla sentenza, si v. F. Angelini, *I "compromessi sposi": la Corte costituzionale fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010; F. Calzaretti, *Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive*, in www.forumcostituzionale.it; P.A. Capotosti, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quad. cost.*, 2010, 361 sgg.; L. Conte, *Impara una quantità di cose dai dotti. La vicenda del matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale e nello specchio della dottrina*, in M. Cavino, C. Tripodina (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Milano, 2011, 117 sgg.; R. Cherchi, *La prescrittività tra testo costituzionale e legge: osservazioni a margine della sentenza 138 del 2010 sul matrimonio omosessuale*, in www.costituzionalismo.it; Chiassoni, *La grande elusione. Tecnica e cultura nella giurisprudenza sul matrimonio omosessuale*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, Napoli, 2011, 863 ss.; M. Croce, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa*

liberamente una condizione di coppia” ex art. 2 Cost., ma ha qualificato come irrilevante il parametro dell’eguaglianza formale (art. 3 Cost.) ritenendo le coppie dello stesso non assimilabili alle coppie di sesso diverso. E il Conseil constitutionnel francese, nella sua sentenza del 2013 sul marriage pour tous ha sottolineato come “la differenza tra coppie di sesso diverso e coppie dello stesso sesso semplicemente non giustifica più il fatto che le ultime non possano ottenere lo status ed i diritti che derivano dal matrimonio”⁷².

Gli esempi sopra illustrati, insieme con la centralità che la dignità ha acquisito anche nelle pronunce europee in tema di matrimonio, consente dunque di osservare una diversa centralità dell’eguaglianza nella giurisprudenza sui diritti fondamentali. Invece di sottoporre le leggi in tema di matrimonio ai tradizionali *standard of review* – incentrati sulla tipologia di fattore di discriminazione, sul confronto tra situazioni di fatto attraverso i principi di ragionevolezza e proporzionalità - la giurisprudenza sul matrimonio egualitario dimostra la tendenza delle corti costituzionali ad operare una sintesi di libertà ed eguaglianza nel principio di dignità umana⁷³. Dalla giurisprudenza sui diritti delle persone gay e lesbiche (ma la considerazione è stata sviluppata da autorevole dottrina anche su un piano più generale) emerge «un intreccio complesso tra esistenza, libertà e

del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale, in www.forumcostituzionale.it; L. D’Angelo, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio “nun s’ha da fare”*, in www.forumcostituzionale.it; F. Dal Canto, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla “aspirazione” al matrimonio al “diritto” alla convivenza*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; Id., *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro It.*, 2010, I, 1367; M. Di Bari, *La lettura in parallelo delle sentenze n. 138/2010 e n. 245/2011 della Corte Costituzionale: una breve riflessione*, in www.forumcostituzionale.it; D. Galliani, *La Corte costituzionale italiana e il matrimonio tra persone dello stesso sesso: punti di riflessione*, in *Politeia*, 2011, 100, 137 ss.; I. Massa Pinto, C. Tripodina, *Sul come per la Corte costituzionale “le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio” ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, in www.dircost.unito.it; A. Melani, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta*, in www.forumcostituzionale.it; B. Pezzini, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; R. Pinardi, *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 11, 527 ss.; A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in www.forumcostituzionale.it; R. Romboli, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010; Id., *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in www.retelensford.it e in www.associazionedeicostituzionalisti.it; Id., *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro It.*, 2010, I, 1369 sgg.; A. Ruggeri, *Famiglie di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; G.M. Salerno, *Il vincolo matrimoniale non è suscettibile di “interpretazione creativa”*, in *Famiglia e minori*, suppl. di *Guida Dir.*, 2010, n. 5, 47 sgg.; C. Silvis, *Il matrimonio omosessuale, tra l’art. 29 e l’art. 2 della Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it; S. Sileoni, *Perché la Consulta ha detto no al matrimonio gay. Invitando il Parlamento a non nascondersi*, in www.libertiamo.it; S. Spinelli, *Il matrimonio non è un’opinione*, in www.forumcostituzionale.it; Tincani, *Matrimonio omosessuale, se il codice civile prevale sulla Costituzione*, in www.micromega-online.it (22 aprile 2010); V. Tondi della Mura, *Le coppie omosessuali fra vincolo (elastico?) delle parole e l’artificio della “libertà”*, in www.federalismi.it; Veronesi, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium iuris*, 2010, fasc. 10.

⁷² *Décision* n. 2013-669 DC, 17 maggio 2013, *considérant* n. 22.

⁷³ G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, 2009, 88 ss.

dignità (che si vuole non solo individuale, ma “sociale”), sviluppo della personalità (in una dimensione segnata dall’eguaglianza)»⁷⁴.

Nelle sentenze sul matrimonio la pretesa delle persone LGBT di vedere tutelata la propria dignità sottintende, quindi, non solo la rivendicazione della libertà di compiere le scelte essenziali della propria vita, ma anche il diritto di vedere riconosciuto il proprio valore e quello delle proprie relazioni personali in condizioni di parità rispetto ad altre “condizioni personali o sociali” tutelate dalle costituzioni nazionali.

4. Conclusioni

I richiami alla dignità umana non sono mai stati così ricorrenti nel dibattito pubblico, né così profondamente esplorati dalla dottrina e della giurisprudenza sui diritti fondamentali tanto da indurre alcuni commentatori a descrivere il “successo” della dignità come un “fenomeno globale”.⁷⁵

Interrogandosi sulle ragioni che spingono le corti e a richiamare la dignità – anche negli ordinamenti in cui (come negli Stati Uniti) tale principio non trova esplicita enunciazione nel dettato costituzionale in dottrina, McCrudden ipotizza che questo principio risponda all’esigenza di mediazione tra un’interpretazione dei diritti fondamentali alla luce delle carte internazionali ed un’interpretazione ispirata alla protezione di istanze locali e nazionali. La dignità, scrive, “ci fornisce uno strumento concettuale per mediare tra le opposte istanze del pluralismo e della ricerca del bene comune in un modo globalizzato. ... Il suo ruolo, in pratica, è quello di consentire di inglobare il contesto locale sotto la parvenza del ricorso ad un principio universale. La dignità in ambito giurisprudenziale, non solo permette di incorporare contingenze locali nell’interpretazione delle disposizioni sui diritti umani, ma al tempo stesso lo impone. La dignità permette a ciascun ordinamento di sviluppare la propria prassi sui diritti umani”⁷⁶.

Ritengo che queste considerazioni siano condivisibili ma che la dignità al tempo stesso fornisca un argomento che consente alle corti di mediare tra le istanze di nuovi gruppi o minoranze ed, al tempo stesso, tra particolarità e pluralismo⁷⁷. L’idea della dignità umana, infatti, fondata sull’intrinseco valore di ogni essere umano, soddisfa l’aspirazione all’universalismo dei diritti umani e agli ideali del costituzionalismo condivisi dalla tradizione giuridica occidentale; tuttavia, come dimostra la giurisprudenza sul matrimonio egualitario, il principio offre alle corti un sostegno argomentativo con cui soddisfare specificità culturali,

⁷⁴ S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, cit., capitolo V.

⁷⁵ Sia consentito rinviare a A. Sperti, *Dignità e tutela del pluralismo nella recente giurisprudenza delle Corti costituzionali: una riflessione muovendo dalle sentenze sul matrimonio egualitario*, in *Riv. Fil. Dir.*, 2019, 1, 51 ss. Sul tema, per alcune ricostruzioni generali sull’uso della dignità nella recente giurisprudenza sui diritti fondamentali, A. Barak, *Human Dignity. The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge, 2015; E. Daly, *Courts, Constitutions and the Worth of the Human Person*, Philadelphia, 2013; C. Dupré, *The Age of Dignity. Human Rights and Constitutionalism in Europe*, Oxford, 2015; C. McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights*, cit., p.655 ss.; C. McCrudden (ed.), *Understanding Human Dignity*, Oxford, 2017. Nella dottrina italiana, G. Monaco, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Politica del Diritto*, 2011, 1, 45 ss.; Ridola, *La dignità dell’uomo e il “principio libertà” nella cultura costituzionale europea*, cit., 61 ss.

⁷⁶ McCrudden, *Human Dignity and Judicial Interpretation*, cit., 714.

⁷⁷ Ho espresso alcune considerazioni sul punto in *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, cit., 158 ss.

storiche e sociali senza incorrere nelle strettoie che deriverebbero da un'argomentazione interamente fondata sul principio di eguaglianza.

In altri termini, richiamando l'eguaglianza nella sua connessione con la dignità le corti non sono poste di fronte alla scelta di selezionare i gruppi minoritari meritevoli di maggiore tutela costituzionale, e possono evitare di qualificare come costituzionalmente illegittimi nuovi fattori di discriminazione: diversamente, una motivazione interamente incentrata sulla violazione del principio di eguaglianza non consentirebbe adeguati margini di flessibilità nella mediazione fra le istanze di gruppi diversi e potrebbe eccessivamente vincolare anche la futura giurisprudenza costituzionale. Ad esempio, l'individuazione dell'orientamento sessuale come un fattore di discriminazione illegittimo, comporterebbe la presunzione di illegittimità costituzionale di ogni disparità di trattamento fondata su di esso, riducendo i futuri margini di apprezzamento degli organi politici in relazione alle disparità di trattamento tra coppie dello stesso sesso e coppie di sesso diverso, ma anche la possibilità di future mediazioni e bilanciamenti tra gli interessi in gioco da parte delle stesse corti⁷⁸.

In conclusione, nell'attuale stagione dei diritti la dignità, per l'ampiezza dei suoi contenuti e la sua duttilità sul piano interpretativo, consente alle corti – in particolare a quelle costituzionali che più avvertono la necessità di preservare la propria legittimazione dalle accuse di un uso “politico” del controllo di legittimità costituzionale – di mediare tra eguaglianza e libertà, identità nazionali e locali ed aspirazioni ad una dimensione universale dei diritti fondamentali. Nella costante ricerca dell'equilibrio tra uguagliamento e differenziazione, l'eguaglianza – come scrive Silvestri – non deve, infatti, «nutrirsi di geometrie astratte», ma tener conto di una costante identificabile nel valore della dignità, quale base assiologica unitaria che «rende plausibile in termini di tutela giuridica la sovrapposizione tra i due valori fondamentali della libertà e dell'eguaglianza»⁷⁹.

⁷⁸ Yoshino, *The New Equal Protection*, cit., 776 osserva come negli Stati Uniti “l'argomento fondato sulla dignità e la libertà è stato il modo in cui la Corte Suprema ha raggiunto un compromesso tra un diretto ampliamento dell'applicazione del principio di eguaglianza ed una sua assoluta chiusura”.

⁷⁹ *Ivi*, 84.