

Angioletta Sperti\*

## Il matrimonio *same-sex* negli Stati Uniti ad un anno dalla sentenza *Windsor*. Una riflessione sugli sviluppi giurisprudenziali a livello statale e federale

### Sommario

1. L'antefatto: da *Baehr* a *Windsor* – 2. I molti nodi irrisolti del caso *Windsor* – 3. Il seguito giurisprudenziale a livello statale e federale. Un quadro generale – 4. principi affermati nella recente giurisprudenza statale e federale – 4.1. I principi affermati nella recente giurisprudenza statale e federale – 4.1. Il diritto *fondamentale* di tutti gli individui di sposarsi – 4.2. Il riconoscimento dell'orientamento sessuale come fattore di discriminazione – 4.3 L'incostituzionalità dei divieti di riconoscimento dei matrimoni contratti in altri Stati e la natura del federalismo statunitense – 5. *Marriage equality* e *racial equality* negli Stati Uniti: verso la *constitutional inevitability of gay marriage*

### Abstract

Ad un anno dalla notissima sentenza *Windsor v. United States* in cui la Corte suprema degli Stati Uniti ha dichiarato l'incostituzionalità della definizione, a livello federale di matrimonio come unione eterosessuale, l'articolo intende fornire un quadro del seguito giurisprudenziale della pronuncia sia a livello federale che statale. Si intende così mettere in evidenza come, pur a fronte delle molte questioni lasciate aperte dalla Corte suprema, le corti abbiano dimostrato negli ultimi mesi un grande attivismo, dichiarando, pressoché unanimemente, incostituzionali gli emendamenti e le disposizioni di legge adottate a livello statale che definiscono il matrimonio come unione tra un uomo e una donna e vietano il riconoscimento dei matrimoni *same-sex* contratti in altri Stati. Nel ripercorrere i principi più rilevanti espressi nelle pronunce, l'articolo pone dunque in evidenza l'attenzione delle corti per la discriminazione sofferta dalle coppie omosessuali e per il riconoscimento del fondamentale diritto di tutti gli individui al matrimonio, quale espressione della stessa dignità personale.

*The article aims at describing the aftermath - at federal and state level - of the United States Supreme Court ruling in the Windsor case that declared the federal definition of marriage as referred to the heterosexual couple unconstitutional. The article puts into evidence that although the Supreme Court left many issues unsettled, federal and state courts have been showing a great activism in the last months, striking down all the state constitutional amendments and statutes that define marriage as the union between a man and a woman and forbid the recognition of marriages celebrated in other States of the Nation. We describe the most important principles expressed in the cases and put into evidence the attention paid by the courts to the violation of the equal protection of the laws suffered by homosexual couples and to the recognition of the fundamental right to marriage of every person as expression of the human dignity.*

\* Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa.

## 1. L'antefatto: da *Baehr* a *Windsor*

Nel 1993 la Corte suprema dello Stato delle Hawaii in *Baehr v. Lewin*<sup>1</sup> conclude, per prima tra le Corti supreme e costituzionali, che la limitazione del matrimonio alle sole coppie eterosessuali rappresenta un'illegittima discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, in violazione della Costituzione statale.

La sentenza suscita un'accesa reazione sia a livello statale che federale ed alimenta un vivo confronto sul matrimonio tra le coppie dello stesso sesso, "scatenando le aspirazioni della comunità LGBT in tutti gli Stati Uniti, ma anche risvegliando una politica di preservazione della tradizione, mobilitandola a difesa dei tradizionali valori familiari"<sup>2</sup>.

Nel 1996, per impedire il riconoscimento sia a livello federale che statale dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati nello Stato delle Hawaii, l'amministrazione Clinton sostiene in Congresso una proposta di legge, con l'intento di "definire e difendere il tradizionale istituto del matrimonio eterosessuale"<sup>3</sup>. Nei lavori preparatori si dichiara, infatti, che il provvedimento "esprime non solo la disapprovazione verso l'omosessualità, ma anche la convinzione morale che l'eterosessualità si conformi meglio ai tradizionali valori morali americani (in particolare giudaico-cristiani)"<sup>4</sup>.

La legge, entrata in vigore nel settembre del 1996 con il titolo di *Defence of Marriage Act*<sup>5</sup> (DOMA), alla *sect. 2*<sup>6</sup>, consente, in particolare, agli Stati di non riconoscere i matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati in altri Stati e, alla *sect. 3*, dispone che a livello federale la parola "matrimonio" sia da riferirsi alla sola coppia di sesso diverso ed il termine "coniuge" al marito o alla moglie di sesso opposto<sup>7</sup>. Il DOMA non impedisce, dunque, agli Stati di approvare leggi che estendano il matrimonio alle coppie omosessuali o di introdurre, in alternativa, unioni civili registrate per le coppie dello stesso sesso, né tantomeno vieta di prevedere benefici statali nei loro confronti. La definizione ha effetti solo a livello federale tuttavia, essendo la *sect. 3* del DOMA richiamata da un migliaio di leggi federali in cui i termini "matrimonio" e "coniuge" vengono richiamati ai fini del riconoscimento di diritti o benefici federali alle coppie sposate (ad esempio, sul piano fiscale, sanitario, o per l'istruzione per i figli), il suo effetto pratico è quello di escludere dal godimento di essi le coppie omosessuali che hanno contratto validamente un matrimonio nel proprio Stato.

Negli anni immediatamente successivi a *Baehr*, 31 Stati degli Stati Uniti si affrettano ad adottare – in prevalenza attraverso *referendum* popolare - degli emendamenti delle Costituzioni statali che, analogamente, riferiscono l'istituto del matrimonio alla sola coppia eterosessuale e negano il riconoscimento dei matrimoni *same-sex* celebrati negli altri Stati<sup>8</sup>.

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

2 W.N. Eskridge, *Equality Practise: Civil Unions and the Future of Gay Rights*, Oxford, Routledge, 2002, p. 3.

3 H. R. Rep. No. 104-664, pp. 12-13 (1996).

4 *Ivi*, p. 17.

5 *Defence of Marriage Act (DOMA). An act to definine and protect the institution of marriage*, 1 U.S.C. § 7 e 28 U.S.C. § 1738C.

6 *Sect. 2, Defence of Marriage Act*: "No State, territory, or possession of the United States, or Indian tribe, shall be required to give effect to any public act, record, or judicial proceeding of any other State, territory, possession, or tribe respecting a relationship between persons of the same sex that is treated as a marriage under the laws of such other State, territory, possession, or tribe, or a right or claim arising from such relationship" 28 U.S.C. § 1738C.

7 "In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word 'marriage' means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word 'spouse' refers only to aperson of the opposite sex who is a husband or a wife". 1 U. S. C. §7.

8 Il primo Stato ad adottare tale emendamento costituzionale fu, nel 1997, il Minnesota; seguirono quindi, nel 1998, l'Alaska e lo stesso Stato delle Hawaii, in reazione alla già richiamata pronuncia della Corte suprema delle Hawaii nel caso *Baehr*. A partire dal 2000, 31 Stati degli Stati Uniti adottarono emendamenti costituzionali che vietavano il matrimonio tra persone dello stesso sesso (oltre all'Alaska, il Nevada nel 2000; Mississippi, Oregon, Oklahoma, Utah, Missouri nel 2004; Colorado e Tennessee nel 2006; Arizona e California nel 2008; North Carolina nel 2012) o le stesse unioni civili (Nebraska nel 2000; Georgia, Louisiana, North Dakota, Ohio, Michigan, Arkansas, Kentucky nel 2004; Texas e Kansas nel 2005; Alabama, South Dakota, Virginia, Idaho, Wisconsin, South Carolina nel 2006; Florida nel 2008). Gli Stati di Puerto Rico, Virgin Islands, West Virginia e Wyoming hanno, invece, vietato i matrimoni *same-sex* adottando una legge ordinaria. In molti Stati è vietato al tempo stesso il riconoscimento dei matrimoni *same-sex* celebrati in altri Stati (Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, Colorado, Florida, Georgia, Idaho, Indiana, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska Nevada North Carolina, North Dakota, Ohio, Oklahoma, Oregon, South Carolina, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virginia, Washington, West Virginia, Wisconsin, Wyoming).

Nel giugno 2013 - a dieci anni di distanza dalla celebre sentenza nel caso *Lawrence v. Texas* in cui aveva dichiarato incostituzionale una legge del Texas che puniva gli atti sessuali tra persone dello stesso sesso in luogo privato - la Corte suprema degli Stati Uniti, nel caso *United States v. Windsor*<sup>9</sup>, affronta per la prima volta una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto il matrimonio tra persone dello stesso sesso<sup>10</sup>. Il caso ha, in particolare, ad oggetto il solo art. 3 del DOMA, ossia la definizione a livello federale di matrimonio come riferito alla sola coppia eterosessuale.

Con una maggioranza di 5-4, la Corte suprema conclude per l'incostituzionalità della disposizione. La Corte ricorda che sebbene il Congresso abbia il potere di prevedere diritti e privilegi che incidano sul regime matrimoniale adottato dagli Stati al fine di favorire determinate politiche federali, la *sect. 3* del DOMA - in quanto disposizione di carattere generale - rompe il tradizionale riparto di competenze legislative che assegna, invece, la *regulation of domestic relations* agli Stati. Al tempo stesso, la disposizione impone ad un gruppo di persone alle quali gli Stati hanno scelto di conferire "una dignità ed uno status di immenso significato", "restrizioni ed incapacità" con "il proposito e l'effetto di attribuire loro uno svantaggio, uno status separato e, quindi, uno stigma". La legge rivela, dunque, secondo l'opinione della maggioranza, l'intento di far sì che "qualora uno Stato decida di riconoscere i matrimoni tra persone dello stesso sesso, quelle unioni saranno trattate come matrimoni di serie B ai fini del diritto federale".

Il *rationale* della decisione non è del tutto chiaro, ma a nostro parere gli argomenti di federalismo non rappresentano l'unico fondamento della dichiarazione di illegittimità costituzionale, bensì solo uno degli argomenti su cui essa si basa<sup>11</sup>. Per la maggioranza della Corte suprema, infatti, non è tanto il perseguimento da parte del legislatore federale di una finalità che va al di là del normale esercizio di potere legislativo a determinare l'incostituzionalità della disposizione, quanto piuttosto il suo intento (*animus*) ed il suo effetto di determinare una *discrimination of unusual character* a svantaggio di un'intera classe di persone che, invece, alcuni Stati<sup>12</sup> intendevano tutelare. Al tempo stesso, osserva la Corte suprema, la disposizione "umilia decine di migliaia di bambini cresciuti da coppie omosessuali [poiché] rende loro anche più difficile comprendere l'integrità e l'intimità delle proprie famiglie e la loro armonia con le altre famiglie della loro comunità e nella loro vita quotidiana".

"Nessun fine legittimo - conclude dunque la pronuncia - giustifica il proposito e l'effetto di creare una disparità di trattamento e di danneggiare coloro che lo Stato, con le sue leggi sul matrimonio, ha inteso proteggere nella personalità e dignità". "La storia dell'adozione del DOMA e la sua stessa formulazione dimostrano quell'interferenza nell'eguale dignità dei matrimoni omosessuali conferita dagli Stati nell'esercizio del proprio potere sovrano, che è più di un effetto secondario della legge federale. È la sua essenza".

9 *United States v. Windsor*, 133 S. Ct. 2675 (2013).

10 Tra i molti commenti sulla pronuncia, si v. L. Conte, *Writing inequality (... non senza conseguenze). Nota a margine della pronuncia della Corte Suprema United States v. Windsor*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2013; T. Giovannetti, *La Corte Suprema sul same sex marriage. Il caso US v. Windsor*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.formuncostituzionale.it](http://www.formuncostituzionale.it), 2013; I. Massa Pinto, *Il potere di definire la sostanza veicolata dalla parola "matrimonio" tra politica e giurisdizione: note in margine alle recenti sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti*, in *Costituzionalismo*, [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2013; A. Perelli, *Il matrimonio omosessuale dinanzi alla Corte Suprema degli Stati Uniti: brevi riflessioni in un'ottica comparata*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo Online*, [www.dpce.it](http://www.dpce.it), 2013; A. Schillaci, *"This case is not routine". La Corte Suprema USA e il same sex marriage, tra tutela dei diritti e limiti della giurisdizione*, in *Rivista AIC*, [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2013; A. Sperti, *La Corte Suprema degli Stati Uniti compie un passo verso il riconoscimento del diritto al matrimonio delle coppie omosessuali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, [www.formuncostituzionale.it](http://www.formuncostituzionale.it), 2013; M. Winkler, *La Corte Suprema americana, il Defence of Marriage Act e le ricette dell'uguaglianza*, in *Diritti comparati*, [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 2013; *La Corte Suprema degli Stati Uniti e la difesa del matrimonio eterosessuale; il caso United States v. Windsor*, in *Articolo29*, [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 2013.

Nella dottrina statunitense, per tutti, v. A.M. Kreis, *Marriage Equality in State and Nation*, in 22 *William and Mary Bill of Rights Journal* 747 (2014); D.O. Konkle, *The Implications of Windsor and Perry: Evolving Values, Animus and Same-sex Marriage*, in 89 *Indiana Law Journal* 27 (2014); D. Nejaime, *Windsor's Right to Marry*, in 123 *Yale Law Journal Online* 219 (2013), [www.yale-lawjournal.org](http://www.yale-lawjournal.org); P. Nicolas, *Gay Rights, Equal Protection, And The Classification-Framing Quandary*, in 21 *George Mason Law Review* 329 (2014); M. Strasser, *Windsor, Federalism and the Future of Marriage Litigation*, in *Harvard Journal of Law and Gender Online*, [www.harvardjld.com](http://www.harvardjld.com); Id., *Developments in the Law. Sexual Orientation and Gender Identity*, in 127 *Harvard Law Review* 1680 (2014); K. Yoshino, *The Anti-Humiliation Principles and Same-sex Marriage*, in 123 *Yale Law Journal* 2574 (2014); D.A. Widiss, *Essays on the Implications of Windsor and Perry: Leveling up After DOMA*, in 89 *Indiana Law Journal* 43 (2014).

11 Si rinvia per maggiori approfondimenti sulla pronuncia a A. Sperti, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali e il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa, Pisa University Press, 2013, p. 54 ss. Nella dottrina statunitense cfr. in particolare C.G. Joslin, *Windsor, Federalism and Family Equality*, in *Columbia Law Review* 2013; E. Restuccia, *Federalism and the authority of the states to define marriage*, in *SCOTUSblog*, [www.scotusblog.com](http://www.scotusblog.com), 2013; Strasser, *Windsor, Federalism and the Future of Marriage Litigation*, cit.

12 Dodici Stati al momento della pronuncia riconoscevano i matrimoni *same-sex*.

## 2. I molti nodi irrisolti del caso *Windsor*

Le conclusioni dell'*opinion of the Court* di *Windsor*, pur rappresentando un'indubbia vittoria per tutti coloro che si battono per il riconoscimento della piena parità dei diritti per le coppie dello stesso sesso, hanno posto alcuni dubbi interpretativi, suscitando negli ultimi mesi un vivo confronto giurisprudenziale e dottrinale.

La prima perplessità sollevata dalla pronuncia attiene alla definizione dello *standard of review* con cui occorre valutare la legittimità costituzionale di una disparità di trattamento fondata sull'orientamento sessuale. La Corte suprema non affronta, infatti, esplicitamente questo profilo in *Windsor* e, in particolare, evita – come già nelle proprie precedenti pronunce in tema di diritti degli omosessuali<sup>13</sup> – di definire quella fondata sull'orientamento sessuale come una *suspect classification*, al pari della razza o delle origini nazionali<sup>14</sup>. La definizione di un fattore di discriminazione come una "classificazione sospetta" imporrebbe, infatti, alle Corti (federali e statali di ogni ordine e grado) di valutarne in futuro la legittimità costituzionale alla luce del più rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale (cd. *strict scrutiny*), ossia di accertare se essa sia stata formulata nel modo più restrittivo possibile al fine di perseguire uno stringente interesse statale (*narrowly tailored to support a compelling state interest*).

Al tempo stesso, la Corte suprema in *Windsor* evita di riconoscere il diritto di contrarre matrimonio (*right to marry*) come un diritto "fondamentale" della coppia omosessuale. Per giurisprudenza consolidata della Corte suprema, una limitazione nel godimento di un diritto fondamentale, dovrebbe, analogamente, essere sottoposta al più rigoroso controllo di legittimità costituzionale<sup>15</sup>. Sebbene in passato la Corte suprema abbia affermato che il diritto di contrarre matrimonio rappresenti "un diritto di importanza fondamentale per tutti i cittadini"<sup>16</sup> e che "il matrimonio [sia] uno basilari diritti civili, fondamentale per nostra stessa esistenza e sopravvivenza"<sup>17</sup>, questi principi sono stati formulati con riferimento ai soli matrimoni eterosessuali. La Corte suprema in *Windsor* omette, quindi, di chiarire se il riconoscimento del diritto fondamentale di contrarre matrimonio possa prescindere dall'orientamento sessuale, limitandosi solo ad osservare come "la scelta degli Stati di attribuire [alle coppie omosessuali] il diritto di contrarre matrimonio conferisce loro una dignità ed uno *status* di immensa importanza"<sup>18</sup>.

Alla base del silenzio della Corte suprema sulla qualificazione dell'orientamento sessuale come *suspect classification* e sul riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie omosessuali c'è, quindi, probabilmente la volontà di non ampliare la portata della pronuncia, evitando "conseguenze a cascata" sul piano della legittimità costituzionale delle leggi e degli emendamenti costituzionali statali che vietano i matrimoni *same-sex*. Nessuno *state ban* che esclude gli omosessuali dal diritto al matrimonio potrebbe, infatti, superare indenne il più rigoroso *test* di legittimità costituzionale.

La scelta di omettere i riferimenti alla violazione del principio di eguaglianza formale e di risolvere le questioni di legittimità costituzionale che hanno ad oggetto forme di discriminazione verso gli omosessuali sulla base di parametri di legittimità costituzionale diversi dal principio di eguaglianza è,

13 Sulla scelta della Corte suprema di risolvere il caso *Lawrence v. Texas* - relativo alla legittimità costituzionale della legge del Texas che puniva gli atti sessuali tra adulti consenzienti dello stesso sesso, anche in luogo privato – come un *liberty case*, invece che come un caso di discriminazione verso gli omosessuali, si v. L. Tribe, *Lawrence v. Texas: The "Fundamental Right" that Dare Not Speak Its Name*, in 117 *Harvard Law Review* 1893 (2004) ("The decision's unmistakable heart is an understanding that liberty is centered in equal respect and dignity for both conventional and unconventional human relationships"); K. Yoshino, *The New Equal Protection*, in 124 *Harvard Law Review* 474 (2011), in part. § III. A, che sottolinea come la maggioranza della Corte suprema in *Lawrence* abbia evitato di farne un "group-based equality case about gays" preferendo, invece, impostarlo come uno "universal liberty case", "with undertones of equality".

14 In particolare, occorre ricordare che nessuna disposizione della Costituzione degli Stati Uniti impone a livello federale la garanzia dell'*equal protection of the laws* (al pari, quindi, di quanto il XIV emendamento imponga agli Stati). Tuttavia, nel caso in cui a livello federale si introduca una disparità di trattamento fondata su una cd. *suspect classification*, la Corte suprema ne ha sempre valutato la legittimità costituzionale alla luce della *due process clause* del V emendamento in quanto disposizione direttamente applicabile al governo federale (così ad esempio, in *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954)). Il caso *Windsor* richiama il V emendamento, ponendosi, dunque, nel solco di questa giurisprudenza, ma prescinde dall'accertamento dell'esistenza di una *suspect classification* nel caso di specie.

15 Cfr. *Clark v. Jeter*, 486 U.S. 456, 461 (1988).

16 Cfr. *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 384 (1978).

17 Cfr. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967) (in cui peraltro si precisa che "the freedom to marry has long been recognized as one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free men").

18 *Windsor*, 133 S. Ct. 2675, 2691.

tuttavia, un dato che accomuna pressoché tutte le Corti costituzionali<sup>19</sup>: con poche eccezioni, infatti, le Corti costituzionali o supreme qualificano l'orientamento sessuale come un fattore di discriminazione illegittimo, preferendo risolvere le questioni di legittimità costituzionali attraverso altri parametri di legittimità costituzionale<sup>20</sup>.

Il caso *Windsor* lascia, dunque, aperta tali questioni – come sottolinea uno dei giudici dissenzienti<sup>21</sup> – tuttavia, pur non sottoponendo il DOMA ad un rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale, la maggioranza della Corte suprema sembra dire che la disparità di trattamento verso gli omosessuali non può essere ritenuta costituzionale in quanto semplicemente “ragionevole” (*rationality test*)<sup>22</sup>. L'*opinion of the Court* sottolinea, infatti, che il DOMA realizza “una discriminazione di tipo inusuale” la quale “richiede in particolare un’attenta valutazione” al fine di determinare se l’intento del legislatore sia stato dettato da un particolare pregiudizio (*animus*) verso gli omosessuali, e che “l’inusuale deviazione dalla consueta tradizione di riconoscimento ed accettazione delle definizioni statali di «matrimonio» è un chiaro indice del fatto che legge abbia l’intento e l’effetto di discriminare una particolare classe di persone”<sup>23</sup>.

Da questo punto di vista, il caso *Windsor*, pur con le sue incertezze, sembra segnare comunque un passo in avanti rispetto alla prima pronuncia della Corte suprema in tema di diritti degli omosessuali (*Romer v. Evans*<sup>24</sup> del 1996): in quella sentenza, infatti, pur ritenendo incostituzionale l'emendamento della costituzione del Colorado che vietava a tutte le amministrazioni statali di adottare provvedimenti normativi diretti a proteggere *gay* e lesbiche da atti di discriminazione, la Corte suprema si era limitata ad affermare che le discriminazioni in base all'orientamento sessuale richiedono “un’attenta considerazione”<sup>25</sup>.

Un secondo profilo non preso in considerazione dalla maggioranza in *Windsor* attiene agli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale del DOMA sui numerosi emendamenti costituzionali e sulle leggi ordinarie adottate dagli Stati per vietare il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed impedire il riconoscimento dei matrimoni celebrati in altri Stati che riconoscono questo diritto degli omosessuali. La questione di costituzionalità nel caso *Windsor* ha, infatti, ad oggetto il solo art. 3 del DOMA, relativo alla definizione a livello federale di “matrimonio” e di “coniuge”: l'*opinion of the Court* è chiara nel sottolineare che l'art. 2 del DOMA – che consente agli Stati di non riconoscere i matrimoni *same-sex* conclusi in altri Stati - non venga in considerazione nel caso in esame. Tuttavia, gli stessi giudici dissenzienti pongono in evidenza come alcune delle considerazioni espresse dalla maggioranza potranno essere in futuro facilmente estese alle disposizioni (costituzionali o di legge) statali che “bandiscono” i matrimoni tra persone dello stesso sesso.

La soluzione sta - come si comprende dalle stesse opinioni dissenzienti - anche nel determinare se il caso *Windsor* possa essere o meno considerato come un *federalism case*, ossia come una pronuncia che, censurando una legge federale che invade una sfera di competenza tradizionalmente assegnata agli

19 Cfr. oltre alla sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale che non approfondisce la violazione dell'art. 3 Cost., anche la sent. n. 198 del 2012 del *Tribunal constitucional* spagnolo, in part. § 11, in cui non si affronta, quindi, il profilo della violazione del divieto di discriminazione in relazione all'orientamento sessuale, né si ricorda la giurisprudenza dello stesso Tribunale che aveva in precedenza ricondotto l'orientamento sessuale alle cause di discriminazione vietate dall'art. 14 della Costituzione spagnola. Analoghe considerazioni possono essere svolte anche con riferimento alla giurisprudenza canadese (sebbene essa abbia qualificato l'orientamento sessuale come fattore vietato di discriminazione sin dai primi anni Novanta) ed a quella sudafricana, in cui può ravvisarsi la volontà delle Corti di risolvere la questione più in termini di dignità che di eguaglianza. Su questi profili si rinvia alle nostre considerazioni in *Omosessualità e diritti*, cit.

20 Si v., ad esempio, nella giurisprudenza canadese, *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513 e *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493 e nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, sent. 21 marzo 2000, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, in part. § 28.

21 Cfr. *Windsor*, *dissenting opinion* del giudice Scalia, p. 2706.

22 Il *mere rationality test* o *rational basis review* viene applicato dalla Corte suprema nei casi in cui la legge non sia diretta verso una “suspect class” e non limiti il godimento di un diritto fondamentale (cfr. *Heller v. Doe*, 509 U.S. 312, 319 (1993)). In questi casi il ricorrente dovrà dimostrare che la disparità di trattamento non presenta alcuna logica correlazione con il perseguimento di un “interesse statale legittimo”. Al legislatore sarà quindi sufficiente provare una ragionevole correlazione tra fini e mezzi, ossia tra il perseguimento di un qualsiasi interesse statale legittimo e la disparità di trattamento. Sull'applicazione del *rational basis review* riguardo alle leggi che incidono sui diritti degli omosessuali, K. Yoshino, *Why the Court can strike down marriage restrictions under rational-basis review*, in *Supreme Court of the United States Blog*, [www.scotusblog.com](http://www.scotusblog.com).

23 *Windsor*, cit., p. 2680.

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

25 “Discriminations of an unusual character especially suggest careful consideration to determine whether they are obnoxious to the constitutional provision” (*Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996), in part. p. 633).

Stati, intenda ribadire l'autorità degli Stati di darsi una propria definizione di matrimonio, recependo istanze sociali, culturali e politiche del proprio territorio. Se, infatti, come si augura il giudice Alito, la sentenza fosse letta come un'affermazione del principio per cui "la questione del matrimonio omosessuale dovrebbe essere risolta in primo luogo a livello statale", la Corte in futuro "dovrebbe consentire che ciascuno Stato decida autonomamente questa questione"<sup>26</sup>.

In realtà, come si è già evidenziato<sup>27</sup>, *Windsor* è solo apparentemente un caso di federalismo in quanto le conclusioni della Corte si fondano soprattutto su argomentazioni che attengono agli intenti discriminatori del legislatore. Il giudice Scalia nella sua severa opinione dissenziente osserva come, "qualificando formalmente chiunque si opponga al matrimonio tra persone dello stesso sesso come un nemico della decenza umana, la maggioranza fornisca argomenti a chiunque voglia attaccare una legge statale che limiti il matrimonio alla sua definizione originaria"<sup>28</sup>.

Al pari del DOMA, infatti, gli *state bans* si propongono di negare tutela alle coppie dello stesso sesso e – come si ricorda in un passaggio finale dell'*opinion of the Court* - così come il V emendamento della Costituzione statunitense impone al governo federale di "non degradare e svilire" una categoria di persone, così il XIV emendamento prevede per gli Stati il rispetto del principio di eguaglianza (*equal protection guarantee*)<sup>29</sup>. Un altro passaggio della decisione precisa poi che il potere degli Stati di definire e regolare il matrimonio "è soggetto al rispetto delle garanzie costituzionali"<sup>30</sup>.

Più complessa, invece, la questione relativa alla legittimità costituzionale, sulla base dei principi espressi in *Windsor*, delle disposizioni statali che negano il riconoscimento dei matrimoni conclusi in altri Stati. Una disposizione della Costituzione degli Stati Uniti (art. IV, sect. 1) afferma che ciascuno Stato è tenuto a dare pieno riconoscimento (*full faith and credit*) agli atti ed alla pronunce giudiziali emesse in altri Stati, ma che il Congresso può adottare *general rules* per disciplinare la prova di tali atti ed i loro effetti<sup>31</sup>. Tuttavia, le conclusioni raggiunte dalla Corte suprema in *Windsor* sembrano porre in dubbio la legittimità costituzionale dei divieti di riconoscimento posti dalle leggi statali, in quanto – al pari dell'art. 3 del DOMA, oggetto di *Windsor* - disposizioni prive di carattere generale perché dirette verso una particolare categoria di cittadini e motivate da pregiudizio ed ostilità (*animus*) nei loro confronti<sup>32</sup>.

La questione si collega anche a quella relativa al potere degli Stati di disciplinare le *domestic relations*: come si ricorda nella stessa *opinion of the Court*, "l'affermazione delle responsabilità degli Stati nella definizione e nella disciplina dei matrimoni risale agli albori della Nazione poiché, quando fu adottata la Costituzione federale, era comune la percezione che i rapporti coniugali tra marito e moglie fossero materia riservata alla competenza degli Stati"<sup>33</sup>.

Nel celeberrimo *Loving v. Virginia* – in cui nel 1967 la Corte suprema pose fine alle limitazioni al riconoscimento dei matrimoni interrazziali<sup>34</sup> - venne in considerazione una questione simile a quella attuale: i coniugi Loving avevano, infatti, contratto matrimonio nello Stato di Washington, mentre la Virginia si rifiutava di riconoscere la loro unione in quanto interrazziale. Nella soluzione del caso, la Corte suprema non pose in discussione l'autorità degli Stati di regolare il matrimonio e di negare il riconoscimento dei matrimoni celebrati in altri Stati se contrastanti con un'importante *public policy*<sup>35</sup>,

26 *Windsor, dissenting opinion* del giudice Alito, p. 2719.

27 Cfr. Sperti, *Omosessualità e diritti*, cit., p. 55.

28 *Windsor, dissenting opinion* del giudice Scalia, p. 2709.

29 *Windsor*, cit., p. 2675 ("The liberty protected by the Fifth Amendment's Due Process Clause contains within it the prohibition against denying to any person the equal protection of the laws. [...] While the Fifth Amendment itself withdraws from Government the power to degrade or demean in the way this law does, the equal protection guarantee of the Fourteenth Amendment makes that Fifth Amendment right all the more specific and all the better understood and preserved"). È possibile supporre che, essendo il XIV emendamento un parametro non rilevante ai fini della soluzione del caso in esame, in questo passaggio dell'*opinion of the Court* la maggioranza della Corte abbia pensato all'eventualità di una futura pronuncia avente ad oggetto uno *state ban*.

30 *Windsor*, cit., p. 2691.

31 Art. 4, sect. 1, Costituzione degli Stati Uniti: "Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State. And the Congress may by general rules prescribe the Manner in which such Acts, Records, and Proceedings shall be proved, and the Effect thereof".

32 Cfr. In questo senso, M. Strasser, *Windsor, Federalism and the Future of Marriage Litigation*, cit.; Id., *What's Next After Windsor*, in 6 *Elon Law Review* 387 (2014).

33 Così l'*opinion of the Court*, p. 2690 richiamando *Ohio ex rel. Popovici v. Agler*, 280 U.S. 379 (1930).

34 *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

35 In tal modo gli Stati si riservano il potere di non riconoscere, ad esempio, matrimoni di comodo, conclusi al solo scopo di eludere le disposizioni in tema di immigrazione, o matrimoni conclusi in Stati che dovessero consentire il matrimoni tra persone

bensì il carattere meramente discriminatorio del divieto e, quindi, la sua contrarietà con il principio di eguaglianza e la *due process clause* del XIV emendamento.

Occorre osservare che per la soluzione di questi dubbi interpretativi non possono trarsi indicazioni dalla sentenza *Hollingsworth v. Perry*<sup>36</sup>, resa dalla Corte suprema nello stesso giorno della decisione di *Windsor* e relativa alla legittimità dell'emendamento con cui, nel 2008, attraverso un referendum (*Proposition 8*)<sup>37</sup> i cittadini della California scelsero di emendare la Costituzione statale, stabilendo che "solo il matrimonio tra un uomo e una donna è valido o riconosciuto in California"<sup>38</sup>.

La pronuncia della Corte suprema sull'emendamento non si diffonde, infatti, sul merito della legittimità costituzionale dell'emendamento costituzionale in base alla *equal protection clause*. Con una maggioranza di 5-4 diversa da quella del caso *Windsor*, la Corte suprema conclude, infatti, che i promotori non avevano *standing to sue* (legittimazione ad agire)<sup>39</sup>: essendosi oramai concluse le operazioni referendarie e non avendo il governo statale ritenuto di difendere in giudizio la *Proposition 8*, la maggioranza ritiene che i promotori non avevano alcun *personal stake* nel difendere l'applicazione della *Proposition 8*.

Questa conclusione, pur nel senso dell'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, ha comunque rappresentato una vittoria per le coppie omosessuali in quanto, annullando la precedente pronuncia della Corte d'appello, di fatto ha reso efficace la sentenza di primo grado della *District Court* che dichiarava incostituzionale la *Proposition 8*.

Anche *Hollingsworth v. Perry* lascia, quindi, irrisolti, al pari del caso *Windsor*, i dubbi interpretativi circa il potere degli Stati di regolare il matrimonio riservandolo solo alle coppie eterosessuali e, di conseguenza, la stessa questione della legittimazione delle discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, nonché la determinazione dello *standard of review* che esse devono superare per essere ritenute costituzionali.

### 3. Il seguito giurisprudenziale a livello federale e statale. Un quadro generale

All'indomani della decisione della Corte suprema in *Windsor*, i giudici federali e statali hanno dimostrato di volerne estendere i principi anche agli *state bans* e ai divieti statali di riconoscimento dei matrimoni contratti in altri Stati. Se poi si prendono in esame anche le sentenze che hanno riguardato altri profili di discriminazione diversi dal *same-sex marriage*, si può osservare come non vi sia Stato degli Stati Uniti in cui i movimenti che si battono per i diritti degli omosessuali non abbiano conseguito nell'ultimo anno vittorie a livello giurisprudenziale<sup>40</sup>.

Il succedersi delle pronunce giudiziali è incalzante: al momento in cui si scrive sono 21 gli Stati in cui, a partire dal luglio 2013, sono stati adottati sentenze o provvedimenti cautelari (cd. *preliminary injunctions*) che hanno posto in discussione la legittimità costituzionale delle leggi statali sul divieto dei

di età inferiore.

36 *Hollingsworth v. Perry* (n. 12-144), 2013 U.S. LEXIS 4919.

37 Il referendum fu indetto in reazione alla sentenza con cui, nel 2008, la Corte suprema della California aveva dichiarato che la limitazione dell'accesso al matrimonio alle sole coppie eterosessuali violava la *equal protection clause* della Costituzione della California (*In re marriage cases*, 43 Cal. 4th 757 (2008)).

38 La Corte suprema della California confermò in seguito la validità del referendum nella sentenza *Strauss v. Horton*, 46 Cal. 4th 364 (2008) con la conseguenza che in California le coppie dello stesso sesso potevano unirsi in una *domestic partnership* dagli effetti analoghi a quelli del matrimonio, ma l'*official designation* di matrimonio era riservata al matrimonio eterosessuale. In seguito, nel 2010, due coppie dello stesso sesso sollevarono la questione di legittimità costituzionale della *Proposition 8*. La *District Court*, in *Perry v. Schwarzenegger* (704 F. Supp. 2d 921 (2010)), dichiarò incostituzionale l'emendamento della Costituzione federale con un'*injunction* alle autorità statali ed al Governatore (i quali peraltro avevano rinunciato alla difesa in giudizio della *Proposition 8*) di non dare ad essa applicazione.

Contro questa sentenza i promotori dell'iniziativa referendaria (*petitioners*) proposero appello alla Corte d'appello del IX circuito la quale, a sua volta, rivolse un quesito alla Corte suprema della California perché chiarisse se i promotori avessero interesse ad agire nel caso di specie. La Corte suprema della California riconobbe lo *standing to sue* dei promotori e, di conseguenza, la Corte d'appello si pronunciò nel merito, confermando la dichiarazione di illegittimità costituzionale della *Proposition 8* formulata in primo grado.

39 Sugli strumenti di selezione dei casi da parte della Corte suprema degli Stati Uniti, si v. per tutti V. Barsotti, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte suprema degli Stati Uniti*, Torino, Giappichelli, 1999.

40 Il sito [www.freedomtomarry.org](http://www.freedomtomarry.org) registra in particolare un totale di 79 casi in 32 Stati.

matrimoni *same-sex* o del loro riconoscimento<sup>41</sup>. In applicazione dei principi espressi dalla Corte suprema in *Windsor*, ad oggi sono state nel complesso rese 38 pronunce favorevoli alle coppie dello stesso sesso che hanno unanimemente concluso per l'illegittimità costituzionale delle leggi statali, sebbene – come si chiarirà nelle pagine successive – in base a motivazioni non sempre coincidenti. Un solo precedente isolato ha, invece, confermato la legittimità costituzionale di un *same-sex marriage ban*<sup>42</sup>.

Occorre osservare, tuttavia, che molte di queste pronunce non sono ancora definitive. In 15 Stati, infatti, gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità sono stati sospesi (in base ad uno *stay*) in attesa della pronuncia definitiva di un giudice di grado superiore<sup>43</sup>.

Al momento in cui si scrive sono state rese le prime 3 sentenze di Corti federali di appello le quali hanno confermato l'illegittimità costituzionale dei divieti al matrimonio tra persone dello stesso sesso negli Stati dello Utah, dell'Oklahoma e della Virginia<sup>44</sup>. In tutti questi Stati gli *state officials* hanno proposto (o hanno annunciato la propria intenzione di proporre) ricorso alla Corte suprema<sup>45</sup>: l'accoglimento, nel prossimo *term*, di tali richieste di riesame (*petitions of certiorari*), potrebbe, quindi, consentire di sciogliere in via definitiva i nodi irrisolti del caso *Windsor*.

Poiché, com'è noto, le Corti di Appello federali esercitano la propria giurisdizione su un territorio assai vasto che comprende più Stati (*Circuit*), le loro pronunce troveranno non solo seguito nelle decisioni delle corti federali di grado inferiore, ma eserciteranno al tempo stesso un'efficacia persuasiva per le altre Corti di Appello chiamate a pronunciarsi nei prossimi mesi.

È, infine, utile ricordare che attualmente i matrimoni tra persone dello stesso sesso sono consentiti in 20 Stati degli Stati Uniti, compresa la California (in cui i matrimoni tra persone dello stesso sesso sono divenuti legittimi in base agli esiti della pronuncia della Corte suprema nel caso *Hollingsworth v. Perry* del 2013<sup>46</sup>) ed il District of Columbia. Recentissimi provvedimenti normativi hanno, infatti, introdotto il matrimonio tra persone dello stesso sesso negli Stati delle Hawaii<sup>47</sup> e dell'Illinois<sup>48</sup>; quanto ai restanti Stati, in essi il matrimonio *same-sex* è divenuto legale o attraverso riforme legislative adottate negli ultimi anni, o grazie a una revisione della disciplina sulle unioni civili con contestuale conversione, con effetti retroattivi, di queste ultime in matrimoni o, infine, a seguito di pronunce giudiziali (alcune delle

41 Gli Stati in cui, secondo l'ordine cronologico delle pronunce, sono stati proposti ricorsi contro i divieti di riconoscimento dei matrimoni *same-sex* sono: Michigan, California (in cui vi sono stati tentativi di bloccare gli effetti dell'altra pronuncia della Corte suprema nel sopra citato caso *Hollingsworth v. Perry*, reso dalla Corte suprema nello stesso giorno di *Windsor*), Ohio, New Jersey, Hawaii, New Mexico, Utah, Oklahoma, Virginia, Nevada, Kentucky, Oregon, Texas, Tennessee, Arkansas, Idaho, Pennsylvania, Wisconsin, Colorado, Florida, North Dakota. Non vi sono, invece, ricorsi o non sono state ancora rese pronunce o a provvedimenti cautelari di sospensione dei *bans* in: Alabama, Alaska, Arizona, Georgia, Louisiana, Mississippi, Montana, Nebraska, South Dakota.

42 La sentenza del 7 agosto 2014 (*unreported* nel momento in cui si scrive) è stata resa da un giudice statale del Tennessee che ha concluso per la legittimità costituzionale del *same-sex marriage ban* osservando che “*neither the Federal Government nor another state should be allowed to dictate to Tennessee what has traditionally been a state's responsibility*” (si v. per un commento a questo isolato precedente, L. Denniston, *String of same-sex marriage rulings broken*, in *Supreme Court of the United States Blog* (11 agosto 2014), [www.scotusblog.com](http://www.scotusblog.com)).

43 Michigan, Ohio, Utah, Oklahoma, Virginia, Nevada, Kentucky, Texas, Arkansas, Idaho, Wisconsin, Colorado, Tennessee, Indiana, Florida. Poiché ciascuna Corte d'appello ha giurisdizione su un *Circuit* che comprende più Stati, 5 stati (Wyoming, West Virginia, North Carolina, South Carolina, Kansas) invece saranno soggetti ai precedenti che le Corti di Appello renderanno in casi sollevati da altri Stati del proprio *Circuit*.

44 Si v. la sentenza della Corte d'appello del IV *Circuit* in *Bostic v. Schaefer*, 2014 U.S. App. LEXIS 14298, 28 luglio 2014, relativa all'emendamento costituzionale della Virginia che definiva il matrimonio come unione tra un uomo e una donna e vietava il riconoscimento dei matrimoni *same-sex* contratti in altri Stati; le sentenze della Corte d'appello del X *Circuit* in *Kitchen v. Herbert*, 2014 U.S. App. LEXIS 11935 del 25 giugno 2014, che ha dichiarato incostituzionale il *same-sex marriage ban* dello Stato dello Utah e in *Smith v. Bishop*, 2014 U.S. App. LEXIS 14298, 18 luglio 2014 che ha concluso per l'incostituzionalità del *ban* dello Stato dell'Oklahoma.

45 Al momento in cui si scrive una *petition of certiorari* è stata presentata dal governo dello Stato dello Utah nel sopra citato caso *Herbert v. Kitchen* (*docket n. 14-124*) e dal governo dell'Oklahoma nel caso *Smith v. Bishop* (*docket n. 14-136*), mentre il governo della Virginia ha annunciato l'intenzione di fare ricorso alla Corte suprema contro la pronuncia della Corte d'appello del IV *Circuit* nel caso *Bostic v. Schaefer*.

46 *Hollingsworth v. Perry*, cit. Il 7 luglio 2014 il Governatore della California ha firmato una legge che emenda la Costituzione della California eliminando la definizione di matrimonio come unione tra un uomo e una donna, introdotta con *referendum* nel 2009.

47 *Hawaii Marriage Equality Act* 2013.

48 *Equal Marriage Act* 2014.

quali successive al caso *Windsor*) contro le quali le stesse autorità statali hanno rinunciato all'impugnazione<sup>49</sup>.

## 4. I principi affermati nella recente giurisprudenza statale e federale

### 4.1 Il diritto *fondamentale* di tutti gli individui di sposarsi

A differenza della Corte suprema federale che esercita un prudente *self restraint* per contenere gli effetti delle proprie pronunce e preservare la propria legittimazione di fronte all'opinione pubblica e nei rapporti con gli organi elettivi<sup>50</sup>, le corti statali e federali di grado inferiore si sentono meno vincolate da questo genere di considerazioni e rivelano spesso un maggiore attivismo. Le pronunce statali e federali che ci proponiamo di ripercorrere nelle pagine successive mostrano, infatti, una più forte propensione ad accogliere le istanze delle coppie omosessuali, affermando in termini molto espliciti il loro diritto ad una piena parità nel godimento dei diritti fondamentali. Come si chiarirà anche in seguito, è interessante osservare che sono proprio le influenti Corti federali di appello a riconoscere in termini più espliciti il carattere *fondamentale* del diritto al matrimonio, desumendone l'incostituzionalità dei *same-sex marriage bans*.

Le affermazioni di maggiore interesse riguardano, in primo luogo, il riconoscimento del diritto delle coppie omosessuali di contrarre matrimonio (*right to marry*). Le Corti di Appello respingono l'obiezione secondo cui il diritto al matrimonio è stato tradizionalmente associato – nella stessa giurisprudenza della Corte suprema – alla coppia eterosessuale e delineano un *generale* diritto al matrimonio che prescinde dalle caratteristiche personali dei nubendi.

La Corte di appello del X *Circuit*, nel concludere per l'incostituzionalità del divieto costituzionale del matrimonio *same-sex* nello stato dello Utah, osserva ad esempio come, in passato i precedenti della Corte suprema in tema di diritto al matrimonio non abbiano delineato delle specificazioni del diritto al matrimonio legate ai casi in esame (*"a sub-right to marry tied to the facts of the case"*)<sup>51</sup>. "L'importanza del matrimonio è basata in larga misura su aspetti strettamente attinenti alle scelte personali compresa l'espressione di un sostegno affettivo e di un impegno pubblico (*emotional support and public commitment*)"<sup>52</sup>.

Anche la Corte d'appello del IV *Circuit* interpreta il diritto al matrimonio come un diritto di natura *generale*, respingendo la tesi secondo cui l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale – avente ad oggetto nel caso di specie il *same-sex marriage ban* in vigore in Virginia – renda necessario il riconoscimento di un nuovo e specifico diritto di sposarsi della coppia omosessuale. La Corte d'appello, a questo riguardo, ricorda la ben nota sentenza della Corte suprema che concluse per l'incostituzionalità del divieto dei matrimoni interrazziali proprio in relazione ad una legge dello Stato della Virginia<sup>53</sup>: così come, nel 1967, la Corte suprema non configurò un "diritto al matrimonio interrazziale", ma delineò il "diritto al matrimonio" come "uno dei diritti della persona essenziali per il perseguimento della felicità

49 Le unioni civili sono state convertite in matrimoni in Vermont (2009), Connecticut (2008, a seguito della sentenza *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, 289 Conn. 135, 957 A.2d 407 (2008) della Corte suprema statale), New Hampshire (2010) e Delaware (2013), Washington (2014). Gli altri Stati che consentono il matrimonio tra persone dello stesso sesso in base a recenti provvedimenti legislativi sono: District of Columbia, Iowa (2007), Maine (2012), Maryland (2013), Massachusetts (2004, dopo la nota pronuncia della Corte suprema statale in *Goodridge v. Department of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (2003)), Minnesota (2013), New Jersey (2013, a seguito del caso *Garden State Equality v. Dow*, 216 N.J. 314 (2013), contro cui il Governatore ha rinunciato al ricorso), New Mexico (2013, dopo una recente pronuncia della Corte suprema statale nel caso *Griego v. Oliver*, 2013 N.M. LEXIS 414 (N.M. 2013)), New York (2011), Oregon (dopo la sentenza *Geiger v. Kitzhaber*, 2014 U.S. Dist. LEXIS 68171 del maggio 2014), Pennsylvania (dopo la recente pronuncia del maggio 2014 di una corte federale nel caso *Whitewood v. Wolf*, 2014 U.S. Dist. LEXIS 68771), Rhode Island (2011).

50 Sul timore da parte della Corte suprema del *political backlash* nella decisione di *Windsor*, M.J. Klarman. *Windsor and Brown: marriage equality and racial equality*, in 127 *Harvard Law Review* 127 (2013), in part. p 147 ss.

51 *Kitchen v. Herbert*, cit., 41 ("In individual cases regarding parties to potential marriages with a wide variety of characteristics, the Supreme Court consistently describes a general «fundamental right to marry» rather than «the right to interracial marriage», «the right to inmate marriage», or «the right of people owing child support to marry»").

52 *Kitchen v. Herbert*, cit., 44.

53 *Loving v. Virginia*, cit.

da parte di tutti i soggetti liberi”<sup>54</sup>, così oggi non è da ritenersi pertinente l’eccezione avanzata dallo stato della Virginia secondo cui il riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie omosessuali implicherebbe la configurazione di un “nuovo diritto degli omosessuali di sposarsi”. “Non abbiamo ragione – conclude quindi la Corte d’appello – di ritenere che la Corte suprema non accorderebbe alla scelta di sposare una persona dello stesso sesso minor rispetto della scelta di sposare un individuo di sesso opposto ma di razza diversa”<sup>55</sup>.

L’affermazione della preminenza del carattere personalistico e volontaristico nel matrimonio e, quindi, dell’irrilevanza delle caratteristiche personali dei coniugi, fa sì che il *right to marry* sia ritenuto espressione della dignità della persona, intesa – nella concezione tipicamente americana della dignità personale – essenzialmente come diritto di autodeterminazione dell’individuo in relazione alle scelte fondamentali della propria vita<sup>56</sup>. Il matrimonio è, infatti, “*a matter of freedom of choice ... that resides with the individual*”<sup>57</sup>.

Questi principi sono condivisi anche da alcune corti federali di grado inferiore<sup>58</sup>. Particolarmente significativa è, ad esempio, un’affermazione contenuta nella sentenza della *District Court* del Texas che sottolinea come il diritto di sposarsi “sia centrale per la dignità della persona e l’autonomia personale” e che “le persone unite in una relazione omosessuale hanno diritto di ricercare l’autonomia per questo fine, al pari degli eterosessuali”. Per questo, conclude la Corte distrettuale, il legislatore del Texas “non può definire il matrimonio in modo da negare ai propri cittadini la «libertà di scelta personale» su chi sposare, né può negare lo stesso *status* e la stessa dignità alla decisione di ciascun cittadino”<sup>59</sup>.

La logica conclusione di queste affermazioni è che il diritto al matrimonio ha natura di diritto *fondamentale* da ascrivere alla tutela in senso sostanziale della persona e della sua libertà sancita dal XIV emendamento della Costituzione (cd. *due process clause*)<sup>60</sup>. Ne consegue, a parere delle Corti, che i *same-sex marriage bans* in vigore negli Stati dello Utah, dell’Oklahoma e della Virginia sono incostituzionali in quanto, incidendo su un diritto fondamentale, non appaiono giustificati dal perseguimento di alcun essenziale interesse statale (*compelling state interest*)<sup>61</sup>. La Corte d’appello, in relazione alla legge dello Utah, osserva, infatti, che “il fatto che lo Stato abbia un buon motivo per escludere alcuni individui dal matrimonio in ragione di alcune caratteristiche specifiche deve essere preso in considerazione ai fini del controllo della legittimità costituzionale ... Ma la disparità di trattamento oggetto del giudizio non può di per sé limitare l’ampiezza del diritto fondamentale in questione. È compito del potere giudiziario

54 *Loving v. Virginia*, cit., 12.

55 *Bostic v. Schaefer*, cit., 46.

56 Sulla concezione statunitense della dignità, rispetto a quello maggiormente diffusa in Europa sulla base dell’influenza esercitata dalla Costituzione federale tedesca e dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco, sia consentito rinviare al nostro, *Una riflessione sulle ragioni del recente successo della dignità nell’argomentazione giudiziale*, in *Costituzionalismo*, www.costituzionalismo.it, 2013.

57 *Bostic v. Schaefer*, cit., 44.

58 Cfr., ad esempio, la sentenza della *District Court* dell’Idaho in *Latta v. Otter*, 2014 U.S. Dist. Lexis 66417, 13 maggio 2014; della *District Court* dell’Ohio in *Henry v. Himes*, 2014 U.S. Dist. LEXIS 51212 (S.D. Ohio, 14 aprile 2014); della *District Court* della Pennsylvania in *Whitewood v. Wolf*, cit. *Contra*, invece, la *District Court* del Kentucky in *Bourke v. Beshear*, 2014 U.S. Dist. LEXIS 17457 (W.D. Ky. 12 febbraio 2014), in part. p. 5 che ritiene opportuno non approfondire l’alternativa tra la configurazione di un diritto generale al matrimonio e di un diritto al matrimonio *same-sex*, osservando che la soluzione di questa questione lascerebbe comunque impregiudicato l’esito del giudizio, nel senso della incostituzionalità della legge statale.

59 *De Leon v. Perry*, 975 F. Supp. 2d 632 (2014), in particolare al § 22.

60 La *due process clause* del XIV emendamento vieta infatti, agli Stati di privare “*any person of life, liberty, or property, without due process of law*”. A questa disposizione in passato la Corte suprema ha ricondotto il riconoscimento di *nuovi* diritti quali il diritto all’aborto (*Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 846) o in generale, il diritto di autodeterminarsi in relazione alle scelte personali della propria vita. La Corte d’appello del X *Circuit* in particolare, ricorda che “*the United States Supreme Court has long recognized that freedom of personal choice in matters of marriage and family life is one of the liberties protected by the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment. The regulation of constitutionally protected decisions, such as where a person shall reside or whom he or she shall marry, must be predicated on legitimate state concerns other than disagreement with the choice the individual has made*”.

61 *Si v. Kitchen v. Herbert*, cit., 64. In particolare, la Corte d’appello respinge agevolmente le giustificazioni addotte dalla difesa statale ritenendole fondate su un errata connessione tra matrimonio e procreazione (“*Appellants advance four justifications ... They contend it furthers the state’s interests in: (1) “fostering a child-centric marriage culture that encourages parents to subordinate their own interests to the needs of their children”; (2) “children being raised by their biological mothers and fathers--or at least by a married mother and father--in a stable home”; (3) “ensuring adequate reproduction”; and (4) “accommodating religious freedom and reducing the potential for civic strife”. We will assume that the first three rationales asserted by appellants are compelling. These justifications falter, however, on the means prong of the strict scrutiny test. Each rests on a link between marriage and procreation*”).

definire la libertà di *tutti*. ... Una parte essenziale della storia della nostra Costituzione è la storia dell'estensione dei diritti costituzionali e della tutela verso i soggetti in passato ignorati o esclusi"<sup>62</sup>.

La Corte d'appello del IV *Circuit*, nel concludere per l'incostituzionalità del *same-sex marriage ban* in vigore in Virginia, raggiunge una conclusione altrettanto significativa sul piano del riconoscimento del valore delle scelte affettive dell'individuo a prescindere dall'orientamento sessuale: "Riconosciamo che il matrimonio tra persone dello stesso sesso mette alcune persone profondamente a disagio. Tuttavia, l'inerzia e l'apprensione non sono basi legittime per negare alle coppie dello stesso sesso del rispetto dei diritti<sup>63</sup> e dell'eguale protezione delle leggi. Il matrimonio civile è una delle pietre angolari della nostra scelta di vita. Esso consente agli individui di celebrare e dichiarare pubblicamente la propria intenzione di formare un'unione duratura, che fornisca ineguagliabile intimità, compagnia, sostegno emotivo, e sicurezza. La scelta di sposarsi e con chi è una decisione fortemente personale che cambia il corso della vita di un individuo. Il negare alle coppie omosessuali questa scelta impedisce loro di essere parte pienamente della nostra società e ciò è esattamente il tipo di segregazione che il XIV emendamento della Costituzione non può tollerare"<sup>64</sup>.

## 4.2 Il riconoscimento dell'orientamento sessuale come fattore di discriminazione

Le affermazioni riportate nelle pagine precedenti rivelano anche la volontà delle Corti federali di appello di denunciare in termini espliciti la portata della discriminazione sofferta dalle coppie omosessuali. Mentre la Corte suprema federale, come si è ricordato, ha sino ad oggi evitato di affrontare le questioni di legittimità costituzionale sui diritti degli omosessuali come *equal protection cases*, le corti federali di appello si mostrano, invece, più propense ad applicare il principio secondo cui gli Stati devono rispettare la *equal protection of the laws* (XIV emendamento).

Si può pertanto osservare che sebbene nella giurisprudenza statale e federale successiva al caso *Windsor* si qualifichi unanimemente l'orientamento sessuale come un fattore di discriminazione, sono proprio le influenti Corti federali di appello ad avere assunto negli ultimi mesi le posizioni più nette in merito alla violazione del principio di eguaglianza. In tutte le pronunce rese in secondo grado, infatti, l'omosessualità è definita una classificazione "sospetta"<sup>65</sup> e, quindi, equiparata a quelle forme di discriminazione – come la razza – talmente gravi ed odiose da dover essere sottoposte al più rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale (*strict scrutiny*).

Nelle pronunce delle corti federali di grado inferiore e nelle corti statali è, invece, ricorrente la tendenza a qualificare l'orientamento sessuale come una classificazione "quasi sospetta"<sup>66</sup> (alla pari, ad esempio, delle discriminazioni di genere) da sottoporre ad uno scrutinio attento, ma certamente meno rigoroso e pervasivo (cd. *intermediate scrutiny*<sup>67</sup>) rispetto a quello applicato alle *suspect classifications*.

La distinzione tra i due approcci non è meramente formale: affermando che l'orientamento sessuale rappresenta una classificazione "sospetta", le corti di Appello implicitamente assumono – sulla base di una giurisprudenza consolidata della Corte suprema - che la minoranza "abbia sofferto una storia di discriminazione", sulla base di "caratteristiche personali ovvie, immutabili e distintive" e che

62 *Kitchen v. Herbert*, cit., 59.

63 Lett. *Due process of law*, un processo nelle dovute forme di legge, ma da intendersi – come si è ricordato – in questo contesto in senso sostanziale, come giusto riconoscimento di tutti i diritti della persona.

64 *Bostic v. Schaefer*, cit., 68.

65 Così in particolare le pronunce della Corte d'appello del IV *Circuit* (*Bostic v. Schaefer*, cit., relativa all'emendamento costituzionale della Virginia che definisce il matrimonio come unione tra un uomo e una donna e vieta il riconoscimento dei matrimoni *same-sex* contratti in altri Stati e quelle della Corte d'appello del X *Circuit* in *Bishop v. Smith*, cit., riguardante il *ban* dello Stato dell'Oklahoma e in *Kitchen v. Herbert*, cit., relativo al *ban* dello Stato dello Utah. Cfr. inoltre, in un rilevante caso di discriminazione verso gli omosessuali, la sentenza della Corte d'appello del IX *Circuit* in *Smithkline Beecham Corp. V. Abbott Labs*, 740 F. 3d 471 (2014). Si v. inoltre, tra le pronunce delle corti federali di grado inferiore che accolgono un analogo orientamento in merito alla tipologia di discriminazione sofferta dagli omosessuali, *De Leon v. Perry*, cit., relativa al *ban* del Texas e *Deboer v. Snyder*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 98382 (E.D. Mich., 1 luglio 2013) relativo al *ban* vigente nello Stato del Michigan e la pronuncia della *District court* dell'Idaho in *Latta v. Otter*, cit.

66 Così, ad esempio, la Corte suprema del New Mexico in *Griego v. Oliver*, cit.; la *District Court* della Pennsylvania in *Whitewood v. Wolf*, cit.; la *District Court* del Kentucky in *Bourke v. Beshear*, cit.; la *District Court* dell'Ohio in *Obergefell v. Kasich*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 102077 (S.D. Ohio, 22 luglio 2013) e in *Henry v. Himes*, cit.

67 In questi casi la Corte suprema richiede allo Stato di provare che la disparità di trattamento operata sia "substantially related to an important governmental objective" (cfr. *Miss. Univ. for Women v. Hogan*, 458 U.S. 718, 724 (1982)).

essa sia stata in passato esclusa dalla piena partecipazione alla vita politica (“*political powerless*”)<sup>68</sup>. Le corti di appello compiono dunque, un passo in avanti rispetto alla Corte suprema la quale – come si è ricordato – basa la dichiarazione di incostituzionalità del DOMA soprattutto sulla considerazione che la legge federale sia dettata da ostilità (*animus*) verso i *gay* e le lesbiche e sul principio secondo cui “è la identificazione di una classe da parte della legge come dotata di uno *status* separato e meno pubblico a determinare la discriminazione nei suoi confronti”<sup>69</sup>.

L’approccio delle corti di grado inferiore è, invece, più deferente verso i principi espressi dalla Corte suprema<sup>70</sup>, ma non mancano significative eccezioni, come la pronuncia di una *District Court* della Pennsylvania del maggio 2013<sup>71</sup> che si diffonde in un attento “resoconto delle protrate ingiustizie sofferte storicamente dai *gay* e dalle lesbiche” negli Stati Uniti, concludendo: “Condividiamo l’affermazione secondo cui alcune forme di discriminazione verso gli omosessuali sono cessate o sono divenute meno diffuse, ma (ciò) non cambia il fatto che le persone *gay* e lesbiche continuano a vivere con il retaggio di una lunga storia discriminazione che ha creato e consolidato la convinzione che essi appartengano ad una gruppo inferiore”.

Un cenno meritano, infine, gli argomenti con cui le corti respingono le eccezioni avanzate dagli Stati per giustificare la legittimità costituzionale della esclusione delle coppie dello stesso sesso dal matrimonio. Nel complesso, le pronunce liquidano sbrigativamente argomenti quali il valore della storia e delle tradizioni statali<sup>72</sup> o l’intento di “preservare l’istituto del matrimonio”, osservando che il concedere alle coppie omosessuali la possibilità di sposarsi ha solo effetto di rafforzare l’istituto e non di indebolirlo<sup>73</sup>. Mentre in passato le pronunce delle corti statali e federali americane – al pari di quelle europee – si diffondevano molto sull’inadeguatezza di questi argomenti optando per un’interpretazione evolutiva della definizione di matrimonio<sup>74</sup>, oggi il valore del matrimonio per la coppia omosessuale sembra dato per acquisito dalle corti alla luce della sentenza *Windsor* e delle molti leggi statali che consentono il matrimonio *same-sex*<sup>75</sup>.

Le pronunce si diffondono, invece, soprattutto sulle eccezioni relative al carattere procreativo dell’unione eterosessuale e alla tutela degli interessi dei minori<sup>76</sup>. La Corte di appello del IV *Circuit*, sulla legge della Virginia, ad esempio, conclude che la convinzione secondo cui i figli crescono meglio in una tradizionale famiglia eterosessuale rappresenti un luogo comune e sia altresì sconfessato da studi scientifici<sup>77</sup>. Analoghe affermazioni sono espresse nella pronuncia appello sul *same-sex marriage ban* in vigore

68 Si v. in particolare la celebre *footnote 4* nel caso *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 154 n.4 (1938), ed, inoltre, *Mass. Bd. of Ret. v. Murgia*, 427 U.S. 307 (1976); *Bowen v. Gilliard*, 483 U.S. 587, 602 (1987).

69 *Windsor*, cit., p. 2694.

70 Cfr. tra le pronunce già richiamate, le affermazioni della Corte suprema del New Mexico in *Griego*, cit., in part. p. 55, secondo cui gli omosessuali non sono “*completely politically powerless, but ... limited in ... political power or ability to advocate within the political system*”. La Corte conclude quindi che “*It is appropriate for our courts to apply intermediate scrutiny, “even though the darkest period of discrimination may have passed for a historically maligned group”*”. In questo senso anche la Corte suprema del Connecticut in *Kerrigan*, cit., 957 A.2d, 475-76 e quella dell’Iowa in *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d 862 (2009), in part. 896. Si v., inoltre, la sentenza della *District Court* dell’Idaho in *Latta v. Otter*, cit., che equipara la discriminazione in base all’orientamento sessuale a quella in base al sesso pur negando che via sia correlazione tra le due forme di discriminazione.

71 *Whitewood v. Wolf*, cit.

72 *Bostic v. Schaefer*, cit., 53-4 (“*The ancient lineage of a legal concept does not give it immunity from attack*”).

73 *Bostic v. Schaefer*, cit., 55-57 (“*it is more logical to think that same-sex couples want access to marriage so that they can take advantage of its hallmarks, including faithfulness and permanence, and that allowing loving, committed same-sex couples to marry and recognizing their out-of-state marriages will strengthen the institution of marriage*”).

74 Per una panoramica della giurisprudenza su queste obiezioni, Sperti, *Omosessualità e diritti*, cit., p. 91 ss.

75 In questo senso la Corte d’appello del IX *Circuit* in *Kitchen*, cit., p. 56 (“*Nothing logically or physically precludes same-sex couples from marrying, as is amply demonstrated by the fact that many states now permit such marriages*”).

76 Cfr., ad esempio, la sentenza sulla legge dello Stato dello Utah, *Kitchen*, cit., p. 65 in cui la Corte respinge gli argomenti avanzati dallo Stato a difesa della legittimità costituzionale del divieto di matrimonio per le coppie omosessuali osservando come tutti abbiano attinenza con la procreazione e la tutela dei minori (“*Appellants contend that Utah has “steadfastly sought to reserve unique social recognition for man-woman marriage so as to guide as many procreative couples as possible into the optimal, conjugal childrearing model”; that “children suffer when procreation and childrearing occur outside stable man-woman marriages”; and that “[b]y providing special privileges and status to couples that are uniquely capable of producing offspring without biological assistance from third parties, the State sends a clear if subtle message to all of its citizens that natural reproduction is healthy, desirable and highly valued*”).

77 *Bostic c. Schaefer*, cit., p. 57 ss. (“*There is no scientific evidence that parenting effectiveness is related to parental sexual orientation, and “the same factors”--including family stability, economic resources, and the quality of parent-child relationships--“are linked to children’s positive development, whether they are raised by heterosexual, lesbian, or gay parents*”).

nello Utah che respinge come “mera speculazione” la tesi dell’inidoneità delle coppie omosessuali a crescere un figlio<sup>78</sup> e pone soprattutto l’accento – come peraltro aveva fatto la stessa Corte suprema nella dichiarazione di incostituzionalità del DOMA - sulle conseguenze negative della discriminazione sui figli delle coppie omosessuali<sup>79</sup>.

#### 4.3 L’incostituzionalità dei divieti di riconoscimento dei matrimoni contratti in altri Stati e la natura del federalismo statunitense

La scelta delle corti di ricondurre il diritto al matrimonio alla dignità e dell’autodeterminazione dell’individuo sulla base della Costituzione federale ed, in particolare del XIV emendamento della Costituzione, consente loro di respingere agevolmente anche gli argomenti di federalismo avanzati dalle difese degli Stati secondo cui la disciplina della materia delle *domestic relations* rientra nella potestà legislativa statale.

Nel vietare, quindi, il riconoscimento dei matrimoni conclusi in altri Stati, come si legge nella sentenza di un giudice federale del Kentucky, le leggi statali – al pari del DOMA – “trattano le persone *gay* e lesbiche in un modo che attribuisce loro meno valore ai fini dell’applicazione del principio di eguaglianza”. In altri termini, “creando due regimi contrastanti per il matrimonio all’interno di uno stesso Stato, il legislatore ... costringe le coppie dello stesso sesso a vivere sposati per il diritto federale, ma non sposati per il diritto statale. In tal modo, la legge identifica una sottocategoria di matrimoni e le rende diseguali, impendendo ai coniugi dello stesso sesso di godere dei benefici statali e federali riconosciuti, invece, alle altre coppie sposate”<sup>80</sup>.

Come sottolinea una *District Court* dell’Idaho, il “federalismo non offre risposte laddove, come nel caso di specie, i cittadini sostengano che lo Stato abbia violato i propri diritti costituzionali. ... Così come in *Loving* l’autorità dello stato della Virginia sui rapporti tra i coniugi non può giustificare la costituzionalità delle leggi che vietano i matrimoni interrazziali. E proprio come in *Loving*, il diritto dell’Idaho di regolare la disciplina dei rapporti familiari è soggetto al rispetto dei preminenti interessi dei cittadini”<sup>81</sup>.

Queste pronunce accolgono, quindi, la duplice dimensione della *dual sovereignty* che la stessa Corte suprema ha sottolineato in una pronuncia del 2011: il federalismo non è da intendersi solo come meccanismo di ripartizione di competenze legislative e amministrative fra gli Stati ed il governo centrale, bensì anche come “strumento che assicura ai cittadini le libertà che derivano dalla distribuzione del potere sovrano”<sup>82</sup>. Al pari della separazione dei poteri –tra gli organi costituzionali – che al momento della stesura della Costituzione fu concepito come strumento di garanzia degli stessi diritti fondamentali dei cittadini – anche il federalismo rafforza la tutela dei diritti fondamentali con la conseguenza che gli Stati non possono essere intesi come “i soli beneficiari del federalismo”<sup>83</sup>.

---

Tra le pronunce delle corti federali di grado inferiore che escludono il carattere procreativo del matrimonio eterosessuale e negano che il matrimonio *same-sex* leda gli interessi del minore, si v. *Geiger v. Kitzhaber*, cit., sul *same-sex marriage ban* dello Stato dell’Oregon, a p. 43 (“*Procreative potential is not a marriage prerequisite*”) e p. 78 (“*Any governmental interest in responsible procreation is not advanced by denying marriage to gay [and] lesbian couples. There is no logical nexus between the interest and the exclusion*”); *Latta v. Otter*, cit., p. 68 (“*Idaho does not condition marriage licenses or marital benefits on heterosexual couples’ ability or desire to have children. No heterosexual couple would be denied the right to marry for failure to demonstrate the intent to procreate*”); *DeBoer v. Snyder*, 973 F. Supp. 2d 757, 2014 U.S. Dist. LEXIS 37274, (E.D. Michigan, 21 marzo 2014), p. 37 (“*The prerequisites for obtaining a marriage license under Michigan law do not include the ability to have children ...*”) e p. 40 (“*Nor does prohibiting same-sex marriage increase the number of heterosexual marriages or the number of children raised by heterosexual parents*”); *De Leon v. Perry*, cit., p. 44 sulla legge del Texas (“*This procreation rationale threatens the legitimacy of marriages involving post-menopausal women, infertile individuals, and individuals who choose to refrain from procreating*”) e p. 42 (“*Defendants have failed to establish how recognizing a same-sex marriage can influence, if at all, whether heterosexual couples will marry, or how other individuals will raise their families*”).

78 *Kitchen v. Herbert*, cit., p. 85.

79 La discriminazione, infatti, “*conveys a harmful message to the children of same-sex couples*” (*ibidem*, p. 87).

80 Così la *District Court* del Kentucky in *Bourke v. Beshear*, cit.

81 *Latta v. Otter*, cit., p. 26.

82 L’affermazione è del giudice Kennedy in *Bond v. United States*, 131 S.Ct. 2355, 2364 (2011).

83 *Bond v. United States*, *ibidem*.

## 5. **Marriage equality e racial equality negli Stati Uniti: verso la constitutional inevitability of gay marriage**

Sul riconoscimento da parte delle corti federali e statali del diritto al matrimonio per le coppie omosessuali quale diritto fondamentale spettante a tutti gli individui, ha esercitato – com'è dato comprendere dalle pagine precedenti - una profonda influenza la sentenza *Loving v. Virginia*<sup>84</sup> con cui, nel 1967, la Corte suprema degli Stati Uniti riconobbe l'incostituzionalità della legge in vigore nello stato della Virginia che vietava i matrimoni interrazziali.

Negli Stati Uniti la lotta per il riconoscimento della *marriage equality* è di frequente associata alla battaglia per il superamento della discriminazione razziale<sup>85</sup>.

Subito dopo la sentenza *Windsor*, il Presidente Barak Obama, nel tracciare la storia della lotta per la parità dei diritti condotta dagli omosessuali, ha richiamato *Loving v. Virginia* quale prima tappa del riconoscimento del diritto di tutti gli individui di unirsi in matrimonio con la persona amata. Più recentemente, nel gennaio 2013, all'atto dell'insediamento per il suo secondo mandato, lo stesso Obama ha associato la lotta per l'eguaglianza condotta dagli omosessuali a quella per il superamento delle discriminazioni razziali concludendo: "Il nostro percorso non sarà completo sino a quando i nostri fratelli e le nostre sorelle omosessuali non saranno trattati come tutti gli altri di fronte alla legge poiché se siamo davvero creati eguali, allora sicuramente deve essere eguale l'amore che ci promettiamo l'un l'altro"<sup>86</sup>.

Anche la giurisprudenza pone in evidenza la correlazione tra la discriminazione sofferta dalle coppie dello stesso sesso e quella dalle coppie di razza diversa. La sentenza che in primo grado concluse per l'incostituzionalità del *same-sex marriage ban* in vigore in Virginia<sup>87</sup> nega, ad esempio, il valore della tradizione nel forgiare una particolare definizione di matrimonio: "La tradizione – scrive la *District Court* - è riverita in Virginia, e spesso opportunamente. Tuttavia, la tradizione da sola non può più giustificare il divieto per le coppie dello stesso sesso di contrarre matrimonio, così come non poteva giustificare il divieto in Virginia del matrimonio interrazziale".

L'affinità tra la questione di costituzionalità oggetto della pronuncia del 1967 e quella oggi posta all'esame delle corti non è, quindi, solo nell'affermazione del diritto di tutti gli individui al matrimonio, ma anche nelle stesse scelte argomentative che supportano la dichiarazione di illegittimità costituzionale. Oggi, come in *Loving v. Virginia*, i giudici ritengono che l'incostituzionalità dei limiti al diritto di sposarsi in base sia supportata da un'interpretazione evolutiva del matrimonio: così come nel 1967 la Corte suprema respinse l'eccezione secondo cui il divieto di contrarre matrimonio tra persone di sesso diverso trovava la propria giustificazione in prassi risalenti al periodo coloniale<sup>88</sup>, oggi le corti federali chiamate a pronunciarsi sugli *state bans* ricordano che "nonostante l'innegabile valore che risiede nel preservare le eredità delle nostre famiglie ed i molti aspetti delle tradizioni del nostro paese e delle nostre comunità, le tutele poste dai fondatori della nostra Costituzione furono delineate in modo da evolversi ed adattarsi ai progressi della nostra cittadinanza"<sup>89</sup>.

Al tempo stesso, com'è stato recentemente osservato in dottrina, pronunce come *Windsor*, *Loving* e *Brown v. Board of Education*<sup>90</sup> - la sentenza che, nel 1954, pose fine alla segregazione razziale nelle università - hanno in comune la circostanza di essere state anticipate "da enormi cambiamenti nei contesti sociali e politici circostanti"<sup>91</sup>. I "cambiamenti nelle attitudini, nelle prassi e nella legislazione" negli Stati Uniti a partire dalla fine della Seconda guerra mondiale hanno, infatti, influito in passato sul modo di concepire le discriminazioni razziali, così come negli ultimi decenni - a partire dai moti di Stonew-

84 *Loving v. Virginia*, cit.

85 Si v. ad esempio, *Virginia gay marriage fight echoes past battles over interracial marriage*, in *Huffington Post*, 4 giugno 2014 ([www.huffingtonpost.com/2014/04/06/virginia-gay-marriage-ban\\_n\\_5100602.html](http://www.huffingtonpost.com/2014/04/06/virginia-gay-marriage-ban_n_5100602.html)).

86 *Inaugural address*, 2013 *Daily Comp. Pres. Doc.* 32 (21 gennaio 2013).

87 *Bostic v. Rainey*, 970 F. Supp. 2d 456 (13 febbraio 2014).

88 *Loving v. Virginia*, cit., 6.

89 *Bostic v. Rainey*, cit., 475.

90 *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

91 Klarman, *Windsor and Brown: marriage equality and racial equality*, cit., p. 129. Sulle analogie tra i movimenti sociali che si battono per i diritti degli omosessuali e i movimenti che in passato hanno condotto battaglie per i diritti delle donne e per l'eguaglianza razziale, Sperti, *Omosessualità e diritti*, cit., p. 229 ss.

all<sup>92</sup> – è progressivamente mutato il modo di vedere le differenze in relazione all’orientamento sessuale ponendo le premesse per la dichiarazione di incostituzionalità del DOMA. Com’è stato osservato, “così come la stessa Corte suprema in *Brown* espresse la propria sorpresa di fronte ai recenti cambiamenti con riguardo alla razza, così durante la discussione del caso *Windsor* alcuni giudici sottolinearono gli straordinari sviluppi negli atteggiamenti e nelle abitudini che hanno riguardato il modo di concepire l’orientamento sessuale”<sup>93</sup>.

È, dunque, per questi motivi che gli ostacoli che si frapperanno nei prossimi anni negli Stati Uniti sul cammino delle coppie omosessuali verso il riconoscimento della piena parità dei diritti, sono spesso paragonati alle resistenze che le autorità statali esercitarono negli anni Sessanta all’attuazione dei principi espressi dalla Corte suprema in *Brown v. Board of Education*.

Il quadro giurisprudenziale che si è tentato di illustrare in questo lavoro, mostra come la sentenza della Corte suprema in *Windsor* – pur con le sue molte incertezze - abbia innescato un profondo mutamento del quadro giurisprudenziale a livello federale e statale, in senso generalmente favorevole alla causa delle coppie omosessuali nella maggioranza degli Stati degli Stati Uniti.

Tutto ciò si riflette anche sulla percezione da parte dell’opinione pubblica che, in un recentissimo sondaggio mostra oramai una maggioranza della popolazione favorevole al matrimonio *same-sex* (55%, con punte del 78% tra gli *under 30*) e ancor più all’adozione per le coppie omosessuali (63%)<sup>94</sup>.

Può, dunque, dirsi oggi ancor più vera la previsione avanzata da Lawrence Tribe pochi anni fa circa la *constitutional inevitability* del matrimonio tra persone dello stesso sesso negli Stati Uniti<sup>95</sup>. “Le leggi che discriminano contro le coppie dello stesso sesso relegandole alle unioni civili o ad altri *status* di grado inferiori – scriveva - sono sotto attacco in tutta la Nazione. ... Quando il fatidico giorno arriverà, l’adesione ai principi costituzionali e il rispetto per la dignità di tutti gli individui indicherà un chiaro risultato. Come il Presidente della Corte suprema scrisse in *Loving*, “la libertà di contrarre matrimonio è da tempo riconosciuta come uno dei diritti essenziali della personalità per il normale perseguimento della felicità da parte di uomini liberi”.

92 Nel 1969 la rivolta della comunità *gay* a seguito dell’incursione della polizia in un locale di un sobborgo di New York, lo Stonewall Inn, viene considerata il primo atto della lotta per l’affermazione dei diritti degli omosessuali negli Stati Uniti.

93 Klarman, *Windsor and Brown: marriage equality and racial equality*, cit., p. 135.

94 Il sondaggio Gallup è del 21 maggio 2014 (“*Support of same-sex marriage reaches record high*”) in [www.gallup.com](http://www.gallup.com).

95 L.H. Tribe, *The constitutional inevitability of same-sex marriage*, in *Supreme Court of the United States Blog* (26 agosto 2011), [www.scotusblog.com](http://www.scotusblog.com).