

ALICE DIECI

Moral or Neutral Liberalism? *Argomentazioni filosofico-normative a confronto nel dibattito statunitense sul same-sex marriage*

ABSTRACT:

Nella prima parte del saggio si riflette sul rapporto tra liberalismo neutrale e perfezionismo liberale, alla luce delle nuove sfide delle società contemporanee e della progressiva erosione dei tradizionali concetti di neutralità e tolleranza. Nella seconda parte si analizzano le principali posizioni a favore e contro il riconoscimento del *same-sex marriage* statunitense, quali l'argomento della china scivolosa, della procreazione, del diritto di privacy e del matrimonio come diritto fondamentale, richiamandosi al pensiero di Finnis, George, Nussbaum e Macedo. In conclusione, si riflette sull'opportunità di concepire il dibattito sul *same-sex marriage* come moralmente neutro all'interno di una struttura argomentativa fondata sul pluralismo normativo.

In the first part of the essay, the relationship between neutral liberalism and liberal perfectionism is discussed, considering the moral and legal challenges in contemporary societies after the erosion of the traditional notion of neutrality and tolerance. The second part consists of an analysis of the main philosophical arguments for and against legal recognition of US *same-sex marriage*, such as the slippery-slope and the procreation argument and the right to privacy and to marry as a fundamental right, with contributions from Finnis, George, Nussbaum and Macedo. In conclusion, it is discussed whether to conceive the debate over same-sex marriage as morally neutral on the basis of an argumentative framework focused on normative pluralism.

KEYWORDS:

neutralità, perfezionismo, *same-sex marriage*, pluralismo

neutrality, perfectionism, same-sex marriage, pluralism

ALICE DIECI *

Moral or Neutral Liberalism? Argomentazioni filosofico-normative a confronto nel dibattito statunitense sul same-sex marriage

1. *Liberalismo e crisi della neutralità* – 2. *Argomentazioni contrarie al same-sex marriage* – 2.1. *L'argomento del danno sociale* – 2.2. *L'argomento tradizionalista o "definitional"* – 2.3. *L'argomento della procreazione* – 2.4. *L'argomento della china scivolosa (slippery-slope argument)* – 3. *Le posizioni di John M. Finnis, Robert P. George e Gerard V. Bradley* – 3.1. *John Finnis e il "good of marriage"* – 3.2. *Robert P. George e Gerard V. Bradley: il matrimonio e l'immaginazione liberale* – 4. *Argomentazioni favorevoli al same-sex marriage* – 4.1. *L'argomento del "diritto di privacy"* – 4.2. *L'argomento del "right to marry" come diritto fondamentale* – 4.3. *L'argomento della "bilateral loyalty"* – 4.4. *L'argomento dell'assenza di un "compelling state interest"* – 5. *Le posizioni di Martha C. Nussbaum e Stephen Macedo* – 5.1. *Martha C. Nussbaum e il ruolo delle emozioni nel diritto: il disgusto e la vergogna come limiti all'eguaglianza* – 5.2. *Stephen Macedo: risposta alle critiche di Robert P. George e Gerard V. Bradley* – 6. *Considerazioni conclusive*

1. *Liberalismo e crisi della neutralità*

Nella teoria politica liberale contemporanea, il concetto di neutralità ha goduto di una notevole fortuna, perché in linea con le esigenze di una filosofia basata sulla prevalenza del "giusto" rispetto alle diverse "concezioni del bene" e

sull'eguale considerazione e rispetto di tutti i cittadini da parte dei governi¹. Tuttavia, nonostante la possibilità di confronto e convivenza tra le diverse "concezioni del bene" abbia rappresentato un'importante conquista per gli Stati liberali, raggiunta attraverso lo strumento della tolleranza prima e dei diritti costituzionali poi, i conflitti tra queste diverse declinazioni eudemonistiche, quali tratti costitutivi delle società pluraliste e multiculturali, rappresentano oggi una delle maggiori sfide che gli Stati globalizzati si trovano ad affrontare². Infatti, con l'inasprimento del cosiddetto "clash of values", la tradizionale nozione liberale di tolleranza ha subito un'estensione *spaziale* – dall'ambito privato a quello pubblico – e *semantica* – dall'accezione negativa di non interferenza a quella positiva di accettazione e riconoscimento – mettendo inevitabilmente in discussione la classica centralità liberale della neutralità della sfera pubblica e rendendo necessario un ripensamento della definizione stessa di tolleranza³.

Da un lato, dunque, alla disomogeneità tra le diverse "concezioni del bene" il pensiero liberale risponde con una «radicalizzazione e un superamento del concetto di tolleranza, rappresentato proprio dalla richiesta di neutralità»⁴, dall'altro lato, è la stessa pretesa di neutralità liberale ad entrare progressivamente in crisi.

¹ Si pensi a John Rawls, il pensatore *liberal* simbolo di una concezione della giustizia come equità, fondata sul primato del giusto sul bene, o meglio, sulle due teorie del bene: la teoria parziale (*thin*) che individua che cosa è bene nella posizione originaria e la teoria completa (*full*), che tiene conto del valore morale delle persone e della congruenza tra bene e giusto. ZANETTI 1999, 63-99. Cfr. RAWLS 1994, 327-330.

² VERZA 2000, 2-3.

³ GALEOTTI 1997, 223-235. Cfr. GALEOTTI 1994, GALEOTTI 1999 e GALEOTTI 2010.

⁴ VERZA 2000, 8.

Se, infatti, per definire il neutralismo si recupera l'accezione di Jeremy Waldron⁵, secondo la quale, per essere giusto e liberale, un ordine socio-politico deve ottenere il consenso *unanime* dei consociati, ne deriva che un sistema tale da ricevere il consenso di ogni sostenitore di ogni diversa "concezione del bene" non può che porsi come neutrale. Infatti, anche concordando sull'esistenza di quello che H.L.A. Hart definiva "the minimum content of law" – cioè quell'insieme di norme necessariamente comuni alla morale positiva e al sistema giuridico di ogni società – esso sarebbe comunque troppo limitato e generale per costituire la base di un sistema politico contemporaneo di qualsiasi genere⁶. In particolare, con riferimento al neutralismo come risultato, già John Rawls aveva espresso le sue perplessità, perché anche quando non abbraccia una particolare "concezione del bene", la "società bene ordinata" finisce, sebbene involontariamente, per incoraggiarne alcune, scoraggiandone altre. Per quanto riguarda invece il neutralismo delle giustificazioni, parte del pensiero liberale contemporaneo – si pensi, ad esempio, alle teorie perfezioniste – si interroga non solo sull'ipotesi che l'astrazione dell'azione statale da valori morali generali sia effettivamente realizzabile ma anche se sia desiderabile concepire uno Stato che si astenga dal promuovere determinati valori e virtù⁷.

Secondo le principali teorizzazioni, il perfezionismo contemporaneo, nella sua declinazione all'interno della teoria del bene, non è tanto da intendere nella sua caratterizzazione soggettiva come "bene per qualcuno", quanto piuttosto conformemente all'accezione di Thomas Hurka, come

⁵ J. WALDRON 1987, 127-150.

⁶ HART 1965. Cfr. VERZA 2000, 96-98.

⁷ VERZA 2000, 91, 99-100.

ciò che è buono per gli esseri umani in quanto tali, cioè per lo “sviluppo della natura umana”⁸.

Nel contesto italiano, interessante è la teoria perfezionista elaborata da Michele Mangini, sviluppata sia nell’ambito dei beni dell’agire, come guida alle virtù individuali, sia nell’ambito del perfezionismo civico, come criterio di valutazione delle istituzioni e delle politiche pubbliche. Mangini si concentra sulla definizione di benessere, accostando la posizione di Joseph Raz alle teorie eudemonistiche classiche, concludendo che la scissione tra moralità e teoria del bene, a partire da Rawls, è molto limitante sia sul piano etico sia sul piano politico⁹. A suo avviso, Raz “nega la tesi moderna per la quale esiste un conflitto fondamentale tra benessere e moralità derivante da una tensione naturale tra il perseguimento del proprio interesse e il perseguimento dell’interesse altrui”, poiché tale conflitto sarebbe solo occasionale, analogamente al conflitto tra i diversi aspetti del proprio benessere. Il benessere sarebbe, infatti, collegato agli obiettivi di valore intesi in senso non soggettivo, mentre quando Raz descrive obiettivi morali farebbe riferimento ad una concezione di interesse personale che trova il suo limite nell’interesse degli altri. Secondo Mangini dunque, mentre la netta separazione tra giusto e bene – operata da autori come Rawls – riproduce la contrapposizione tra altruismo ed egoismo, riducendo il ruolo del bene a vantaggio della teoria della giustizia, Raz ha cercato di «restituire dignità

⁸ HURKA 1993, 3-4. Cfr. MANGINI 2004, 1-24, il quale ricorda che Hurka considera anche definizioni più generali della teoria del bene, come quella di Hamilton, secondo cui essa consiste nello “sviluppo completo di tutte le facoltà” o quella di Rawls, equivalente alla “realizzazione delle eccellenze umane”.

⁹ MANGINI 2004, 83-85.

alla teoria del bene, separando il benessere dall'interesse personale e legando il primo a valori intrinseci»¹⁰.

La riflessione sul rapporto tra liberalismo neutrale e perfezionismo liberale sintetizzata *supra*, assume un ruolo centrale nell'analisi di alcune tra le principali questioni etico-giuridiche delle società pluraliste contemporanee, tra cui quella del riconoscimento delle relazioni tra individui dello stesso sesso. In questo frangente, il concetto di moralità è sempre stato tradizionalmente invocato dagli oppositori del *same-sex marriage* per giustificare differenze di trattamento, sulla base della presunta immoralità della condotta omosessuale, nonché per contrastare provvedimenti legislativi antidiscriminatori, che si temeva istituissero *special rights* per alcune "categorie protette". Al contrario, i sostenitori del *same-sex marriage* hanno generalmente preferito discostarsi da ogni tipo di ar-

¹⁰ MANGINI 2004, 83-85. Cfr. VERZA 2000, 1-84. L'autrice affronta la questione del rapporto tra il giusto e le diverse concezioni del bene, tra pluralismo, neutralità e tolleranza, affermando che mentre il concetto di neutralità si definisce al negativo, perché implica una non assunzione di posizioni etiche, quello della tolleranza parte proprio da queste posizioni. L'autrice aggiunge poi che, anche nel caso in cui ci si limitasse a considerare solo le "concezioni del bene ragionevoli", cioè quelle sostenute secondo buona fede, nonché secondo forme di ragionamento generalmente accettate, la tendenza dei vari individui nel confrontarsi rispetto alle questioni morali sarà quella del disaccordo: «John Rawls ha chiamato tale fenomeno di disaccordo ragionevole *il fatto del pluralismo* – o, meglio – *il fatto del pluralismo ragionevole*». Cfr. anche GALEOTTI 1997, 223-235, dove l'autrice specifica che se per pluralismo si intende non solo una pluralità di differenti e contrastanti concezioni del bene ma soprattutto pluralità di gruppi e culture, allora la tolleranza pubblica di tali differenze diventa un gesto pubblico simbolico dell'inclusione di tali identità differenti e l'argomento a supporto della tolleranza pubblica trova così fondamento in ragioni di giustizia.

gomentazione morale, adottando invece posizioni moralmente neutre, facendo leva sui concetti di privacy, equità e tolleranza e richiamandosi al cosiddetto “*moral bracketing*”, cioè ad una netta separazione tra diritto e morale¹¹.

A questo proposito, pare però interessante sottolineare due posizioni originali, in controtendenza rispetto al proprio *background* di appartenenza: una è quella di Adam J. MacLeod, il quale critica fermamente le più recenti pronunce giurisprudenziali in tema di *same-sex marriage*, in quanto le Corti, pur rivendicando neutralità morale, si rivelano moralmente di parte¹². L'altra, rappresentata da Carlos A. Ball¹³, ritiene necessario il superamento del *neutral liberalism*, da sempre preferito dai sostenitori del *same-sex marriage*, a favore di un *moral liberalism* che tenga conto della cosiddetta “morality of gay rights”.

L'analisi di MacLeod si focalizza soprattutto sulla critica a tre recenti sentenze in materia di *same-sex marriage*: quella della *Massachusetts Supreme Judicial Court* nel caso *Goodridge v Department of Public Health*¹⁴, quella della *High Court of Connecticut* nel caso *Kerrigan v Commissioner of Public Health*¹⁵ e, infine, quella della *California Supreme Court* nel caso *In Re Marriage Cases*¹⁶. Secondo

¹¹ Sulla questione si vedano FINNIS 1996; DEVLIN 1959; GEORGE 1993; HART 1963; RAWLS 1982; RAZ 1986. Cfr. ZANETTI 2004; MANGINI 2004.

¹² MACLEOD 2008, 1-59. A.J. MacLeod è professore associato alla *Faulkner University, Thomas Goode Jones School of Law*.

¹³ BALL 2003. C.A. Ball è professore di legge e *Judge Frederick Lacey Faculty Scholar* alla *Rutgers University School of Law* (Newark).

¹⁴ *Goodridge v Department of Public Health*, 798 N. E. 2d 941, 954, 959 (Mass. 2003).

¹⁵ *Kerrigan v Commissioner of Public Health*, A. 2d, 289 onn. 135 (Conn. 2008).

¹⁶ *In Re Marriage Cases*, 43 Cal. 4th 757, Cal. Rptr. 3d 683, 183 P.3d 384 (Cal. 2008).

l'autore, il rigetto da parte delle tre Corti degli istituti delle *civil unions* e delle *domestic partnerships* a favore della creazione dell'istituto del *same-sex marriage* hanno avuto come effetto non solo quello di rimuovere il matrimonio coniugale tradizionalmente inteso dalla sua posizione privilegiata all'interno della legge statale, ma anche quello di ridefinire l'essenza stessa del matrimonio, sulla base di concezioni di parte e, dunque, non moralmente neutrali¹⁷. Poiché dunque le Corti in questione si sono arrogate il potere di conferire approvazione morale a relazioni definite sulla base di "sexual arrangements" anziché di "conjugal monogamy", togliendo così al "matrimonio coniugale" quella posizione di "special approbation" tradizionalmente conferitagli dalla legge, le loro decisioni sono definite dall'autore *perfezioniste*, nel senso comunemente inteso da pensatori come Joseph Raz¹⁸ o Robert P. George, cioè «pronunce giuridiche fondate su presupposti moralmente faziosi e intese ad avanzare tali presupposti»¹⁹. L'approccio perfezionista della Corte sarebbe poi da rinvenire nel fatto che, estendendo «l'innequivocabile e considerevole importanza simbolica» del matrimonio e la sua approvazione sociale alle *same-sex couples*, essa finirebbe per elevare la *same-sex intimacy* al di sopra delle relazioni non maritali, come l'amicizia o la poligamia. MacLeod considera, infatti, l'analogia tra *domestic partnerships* e matrimonio coniugale moralmente faziosa – da qui appunto il termine di "perfectionist equality" – in quanto tale equiparazione reggerebbe solo se venisse *aprioristica-*

¹⁷ MACLEOD 2008, 1.

¹⁸ Vedi RAZ 1989, 1230, il quale definisce il perfezionismo come «merely a term used to indicate that there is no fundamental principled inhibitions on governments acting for any valid moral reason, though there are many strategic inhibitions on doing so in certain classes of cases».

¹⁹ MACLEOD 2008, 2.

mente attribuita equivalenza morale ai due istituti, ignorando le differenze rilevanti.

In conclusione, per combattere il perfezionismo delle Corti e proteggere il matrimonio coniugale tradizionalmente inteso, MacLeod individua due alternative razionali (“rational basis arguments”): la prima, moralmente partigiana, è quella che deriva dal *self-evident principle* richiamato nelle riflessioni filosofiche di Robert P. George e Gerard V. Bradley, i quali concepiscono il matrimonio coniugale come detentore di un valore intrinseco²⁰. La seconda, moralmente neutra – nel senso che non dipende da alcuna particolare concezione della sessualità umana – deriva dalla *lapalissiana* osservazione che i diversi tipi di relazione presentano differenti caratteristiche e producono diversi benefici sociali. Fermo restando che la distinzione tra questi istituti non sottende alcuna superiorità morale, la legislazione statale dovrebbe dunque, secondo MacLeod, riservare al matrimonio coniugale uno *status* privilegiato davanti alla legge, costituendo esso la migliore istituzione per l’allevamento e l’educazione dei figli²¹.

Diversamente da MacLeod, la riflessione di Carlos A. Ball, la seconda in esame in questa sede, recupera la distinzione tra due diverse forme di liberalismo: da un lato il co-

²⁰ Questi autori ritengono infatti che il matrimonio coniugale sia un «self-evidently basic good» che unisce un uomo e una donna nella comunione di una sola carne («one-flesh communion»), che costituisce a sua volta l’intrinseca ragione per quella scelta e azione. Il matrimonio coniugale è dunque, secondo questa concezione, buono e giusto in sé e per sé, indipendentemente da qualsiasi altro beneficio estrinseco che potrebbe o non potrebbe risultare dal matrimonio: di conseguenza, la procreazione, il supporto, l’affetto, la stabilità economica, l’amore, il piacere o il soddisfacimento individuale sono accessori, perché la scelta è stata compiuta in ragione del matrimonio in quanto tale.

²¹ MACLEOD 2008, 59.

siddetto *neutral liberalism*, che esclude completamente ogni tipo di “questions of the good” nell’ottica di un pensiero politico liberale che contempla unicamente valori politici neutrali. Dall’altro, il cosiddetto *moral liberalism* che, pur tenendo in grande considerazione i principi di tolleranza ed eguaglianza, si preoccupa di identificare una particolare concezione del bene, consistente nella necessità, in capo a tutti gli individui, di condurre vite pienamente umane.

Nella sua opera *The Morality of Gay Rights*²², Ball analizza il pensiero filosofico-politico di alcuni tra i maggiori pensatori contemporanei quali i *liberals* John Rawls e Ronald Dworkin e i *communitarians* Michael Walzer²³ e Michael Sandel, secondo una prospettiva “*gay rights oriented*”, cioè volta ad incorporare la nozione di “good” e “valuable” nella filosofia dei *gay rights*, senza perdere di vista o compromettere i tradizionali valori liberali di autonomia ed eguaglianza. Nella sua disamina l’autore esordisce con due premesse: nella prima specifica che il concetto di moralità a cui fa riferimento non consiste nel consentire agli individui di optare per una certa scelta – quella del matrimonio ad esempio – nell’ottica di obbligarli a condurre una vita moralmente buona o virtuosa, ma piuttosto nell’assicurare che le condizioni sociali e le politiche pubbliche riservino agli individui opportunità sufficienti per permettere loro di soddisfare quei bisogni e quelle potenzialità che sono alla base di ogni essere umano, evitando di escludere gruppi di individui semplicemente sulla base del fatto che la società disapprova moralmente la loro condotta²⁴. La seconda premessa non è altro che una specificazione della prima: poiché l’obiettivo primario è quello di creare le condi-

²² BALL 2003.

²³ L’appellativo di *communitarian* per Michael Walzer non è tuttavia una scelta condivisa. Cfr., ad esempio, CASADEI 2008a e CASADEI 2002.

²⁴ BALL 2003, 11.

zioni sociali necessarie al pieno sviluppo della personalità di ogni individuo, il dibattito diventa “incoerentemente” morale, perché ci si trova a dover stabilire ciò di cui gli individui hanno bisogno per condurre “vite pienamente umane”²⁵.

Secondo l'autore dunque, mentre durante la prima fase del *Gay Rights Movement*, caratterizzata dalla lotta per la riduzione dell'interferenza statale nella vita privata e dalla conquista di legislazioni antidiscriminatorie, una “moralità politica” governata dai principi di liberalismo neutrale era tutto ciò a cui si poteva aspirare, nel momento in cui la discussione si focalizza sul riconoscimento delle *same-sex relationships*, il *neutral liberalism* mostra tutti i suoi limiti e le sue inadeguatezze²⁶. Secondo Ball, infatti, è necessario superare la visione propria dei cosiddetti *libertarian liberals*, secondo i quali sussiste in capo allo Stato semplicemente un *dovere di non interferenza* nei confronti di atti e relazioni sessuali consenzienti – il cosiddetto “right to be left alone” – per abbracciare invece un liberalismo che contempli un *obbligo positivo* in capo allo Stato, consistente nella creazione delle necessarie condizioni e strutture per il riconoscimento e il supporto di «good and valuable intimate relationships», nel rispetto di un'autonomia e di una libertà direttamente connessa ad un'intimità fisica e psichica²⁷.

2. Argomentazioni contrarie al same-sex marriage

Il dibattito sul *same-sex marriage* coinvolge inevitabilmente la sfera morale e le sue relative implicazioni nel mondo del diritto, oltre ad inserirsi compiutamente nel dibattito sul *Le-*

²⁵ BALL 2003, 11.

²⁶ BALL 2003, 16.

²⁷ BALL 2003, 17.

*gal Enforcement of Morals*²⁸. È proprio in questo particolare contesto storico-filosofico che si sviluppano alcune delle principali argomentazioni contrarie alla condotta omosessuale e alle unioni tra individui dello stesso sesso, condivise non solo in ambito accademico da alcuni filosofi del diritto contemporaneo, ma anche da buona parte delle associazioni statunitensi che si schierano a protezione della famiglia tradizionale, quali il *California Family Council* e l'*American Family Association*²⁹. In questa sede, se ne prendono in considerazione quattro in particolare, rappresentative delle argomentazioni più frequentemente utilizzate, sia dal punto di vista teorico-filosofico sia sociologico e giurisprudenziale.

2.1 L'argomento del danno sociale

L'argomento del danno sociale poggia sulla considerazione che gli atti omosessuali sono intrinsecamente deprecabili e socialmente dannosi: questa prima argomentazione opera dunque su un livello diverso da quello del riconoscimento delle unioni tra individui dello stesso sesso, perché si concentra sulla condotta individuale, qualificandola come moralmente e socialmente sbagliata. Tali posizioni inoltre rifiutano, almeno in via generale, una neutralità morale di fondo e si innestano principalmente su convinzioni e credenze religiose – spesso in linea con la posizione ufficiale della Chiesa cattolica – che utilizzano come premessa la distinzione tra condizione o tendenza omosessuale e atti omosessuali. La condizione è in genere definita come indif-

²⁸ Cfr. ZANETTI 2004, 95-114.

²⁹ L'*American Family Association* ha, in proposito, stilato una lista dei "Ten Arguments" che motiverebbero il dissenso verso il riconoscimento di tali unioni.

ferente o addirittura “buona”; diverso invece se tale condotta è attualizzata, poiché gli atti omosessuali sono in sé «intrinsecamente disordinati» e «non possono essere approvati in nessun caso»³⁰.

La posizione ufficiale della Chiesa cattolica però, tiene a sottolineare la separazione tra comportamento privato tollerabile e comportamento socialmente manifestabile, dove il riconoscimento legale di quest’ultimo è fortemente da scoraggiare, nell’ottica che «la tolleranza del male è qualcosa di molto diverso dall’approvazione o dalla legalizzazione di esso»³¹. In questo fondamentale aspetto dunque, l’ambito religioso si differenzia, almeno formalmente, da quanto rivendicato a livello filosofico dal giudice Patrick Lord Devlin che, in risposta all’approvazione del *Wolfenden Report*³² nel 1957, afferma la necessità di una moralità pubblica che prevenga la cosiddetta *disintegration thesis* e di un diritto penale che intervenga normativamente, sanzionando

³⁰ Congregazione per la Dottrina della Fede, *Alcune considerazioni concernenti la risposta a proposte di legge sulla non discriminazione delle persone omosessuali*, 24 luglio 1992, n. 14: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19920724_homosexual-persons_it.html.

³¹ Congregazione per la Dottrina della Fede, *Considerazioni circa i progetti di riconoscimento legale delle unioni tra persone omosessuali* (J. Ratzinger, del 3 giugno 2003). Disponibile in: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20030731_homosexual-unions_it.html.

³² *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Her Majesty’s Stationery Office, London 1957. Meglio noto come *Wolfenden Report*, dal nome di John Wolfenden che presiedette la Commissione – composta da tre donne e dodici uomini. Tale documento, assolutamente innovativo per l’epoca in cui fu approvato, decriminalizzò per la prima volta le condotte omosessuali tra adulti consenzienti nell’Inghilterra degli anni Cinquanta e Sessanta. Cfr. CRETNEY 2006, 5-12.

indiscriminatamente tutti quegli atti privati considerati moralmente inaccettabili dall'uomo ragionevole: il cosiddetto "reasonable man" o "the man in the jury box"³³. La posizione di Lord Devlin in merito alla criminalizzazione degli atti omosessuali trae dunque giustificazione da considerazioni morali: il compito della legge e del diritto dovrebbe, infatti, essere quello di proibire che una minoranza di individui devianti corrompa i *mores* della gioventù e offenda le convinzioni morali altrui attraverso l'esposizione pubblica di ciò che dalla maggioranza è percepito come vizioso e immorale. Quindi, per evitare l'allentamento dei vincoli morali ("loosening of moral bonds") che spesso conducono alla disintegrazione sociale, la società può essere legittimamente autorizzata ad adoperarsi per preservare il proprio codice morale, allo stesso modo in cui si preoccupa di difendere il proprio governo o le altre istituzioni fondamentali³⁴.

³³ DEVLIN 1959, p. 21: «For society is not something that is kept together physically; it held by the invisible bonds of common thought». L'uomo ragionevole è il tipico uomo medio, dotato di comune razionalità, il quale però, quando si siede al banco della giuria, deve rispettare tre importanti principi: (1) rendere un verdetto nel rispetto di principi morali condivisi all'unanimità dalla giuria e la cui violazione integra una pena (*punishment*); (2) non limitarsi ad un verdetto immediato ma passare attraverso il triplo procedimento di discussione, istruzione e deliberazione; (3) adoperarsi affinché i suoi principi e valori morali siano immediatamente efficaci. Cfr. Hart 1963, il quale condanna le posizioni di Devlin e appoggia invece il Wolfenden Report, richiamandosi alla filosofia di Stuart Mill, al cosiddetto "principio del danno" e alla nota distinzione tra *self-regarding* e *other-regarding actions*, per cui la legge non ha alcun interesse ad interferire con le condotte private, se queste non arrecano danno ad altri. Cfr. anche ROSTOW 1960, 174-198, per un commento al pensiero di Devlin. Cfr. ZANETTI 2004, 101-104 e 106-110.

³⁴ Sul punto cfr. NUSSBAUM 2010, 8-10. Nussbaum sottolinea che, secondo Devlin, la sussistenza di un sentimento di disgusto diffuso nei

Questa posizione dottrinale ha poi notoriamente trovato espressione nello storico caso giurisprudenziale *Bowers v. Hardwick*³⁵, che chiama in gioco il tradizionale rapporto tra diritto di privacy – inteso come “right to be left alone” – e l’interesse statale a regolare certi comportamenti privati tra adulti consenzienti. Se nel 1965, con il caso *Griswold v. Connecticut*, la Corte aveva dichiarato che il diritto di privacy era implicito nella *Due Process Clause* del Quattordicesimo Emendamento della *U.S. Constitution*, in *Bowers* la Suprema Corte degli Stati Uniti ha confermato la costituzionalità delle *sodomy laws* dello Stato della Georgia³⁶ che criminalizzavano alcuni atti sessuali tra adulti consenzienti, con specifico riferimento agli atti omosessuali, spostando

confronti di una certa pratica costituisce una ragione sufficiente per proibirla legalmente, anche quando coinvolge individui adulti consenzienti, e aggiunge che la ragione avanzata da Devlin a sostegno di tale restrizione non è di tipo paternalistico, cioè volta a migliorare le vite di chi vive “male”, ma segue altresì un’ottica *self-protective*, volta a difendere la società da coloro che violano le norme morali convenzionali. Nussbaum effettua poi un parallelismo, almeno per quanto riguarda l’aspetto sopra enunciato del disgusto come ragione sufficiente ai fini della legittimazione della criminalizzazione degli atti omosessuali, tra Devlin e Leon Kass, bioetico americano e professore alla Università di Chicago, il quale concentra i suoi studi principalmente nel settore della clonazione umana, anche se le sue critiche si estendono ad una vasta gamma di pratiche sociali, tra cui, appunto, gli atti omosessuali.

³⁵ *Bowers v. Hardwick*, 478, U.S. 186 (1986).

³⁶ *Georgia Code Ann.* par. 16-6-2 (1984): punisce con la pena della reclusione da 1 a 20 anni qualsiasi adulto che acconsenta ad atti sessuali di tipo sodomitico, non esonerando nemmeno le coppie sposate. In compenso, atti sessuali come la cosiddetta bestialità (sezione 16-6-6-) o la necrofilia (sezione 16-6-7-) sono puniti in modo assai meno severo, con la pena della reclusione rispettivamente da 1 a 5 e da 1 a 10 anni.

l'attenzione dal diritto di privacy al diritto di partecipare ad atti di sodomia. Nella motivazione principale redatta dal giudice Byron White infatti, la questione centrale pareva proprio essere quella di valutare la sussistenza o meno di un «diritto fondamentale, in capo agli individui omosessuali, di prender parte ad atti di sodomia», al quale la *majority opinion* ha risposto negativamente.

Già da queste asserzioni appare dunque evidente come la criminalizzazione morale e giuridica della condotta omosessuale non lasci alcuno spazio per il riconoscimento legale delle unioni tra individui dello stesso sesso, perchè, a questo livello di pensiero, lo Stato è addirittura legittimato a interferire e a violare il fondamentale diritto alla privacy elaborato da Mill per reprimere una condotta non tollerabile dall'uomo medio ragionevole³⁷.

³⁷ Queste posizioni filosofico-giuridiche, che concepiscono l'omosessualità come moralmente indegna e socialmente pericolosa, hanno trovato terreno fertile e concreta applicazione nel settore della psicologia clinica statunitense, in particolare con riferimento alle cosiddette *reparative therapies*. La "reparative therapy" – a volte denominata anche "conversion" o "reorientation therapy" – è definita dall'*American Psychological Association* (ASA) come un tipo di trattamento psichiatrico volto a cambiare l'orientamento sessuale dei pazienti, sulla base dell'assunto aprioristico per cui l'omosessualità è in sé un disordine mentale. Essa dunque sarebbe curabile ricorrendo a diverse tecniche, tra cui il cosiddetto *aversive treatment*, consistente nell'applicazione dell'elettroshock alle mani e/o agli organi genitali o nella somministrazione di medicinali che inducono un senso di nausea in presenza di stimoli omoerotici, psicoanalisi e terapie spirituali, come preghiere e gruppi di supporto e di pressione. Tali tecniche sono praticate per la maggior parte da gruppi religiosi cristiano-conservatori ma anche dalla *National Association for Research & Therapy of Homosexuality* (nota come NARTH), un'organizzazione che si professa laica – anche se collabora con diversi gruppi religiosi –

2.2 L'argomento tradizionalista o "definitional"

Tale argomentazione poggia sul presupposto imprescindibile che il matrimonio è per definizione un istituto tradizionalmente composto da un uomo e una donna. L'obiezione "ontologica" o *definitional*³⁸ è forse quella più popolare, sia a livello filosofico che giudiziario: essa, richiamandosi alla definizione del *Black's Law Dictionary*³⁹ e ad alcune storiche pronunce giudiziarie, concepisce il matrimonio come necessariamente composto da individui di sesso diverso, per cui anche la semplice teorizzazione del matrimonio tra individui dello stesso sesso costituirebbe una contraddizione in termini. I sostenitori di questa posizione tendono infatti a prediligere quella che denominano "broad definition", rispetto alla troppo restrittiva "narrow definition". Per i cosiddetti *genderness proponents*, cioè coloro che concepiscono un matrimonio *blind*, cioè cieco nel senso di indifferente rispetto al genere, il matrimonio è inteso principalmente come una relazione privata tra due persone. Al contrario, per i cosiddetti *man-woman marriage proponents*, questa istituzione è da intendere in termini molto

presieduta da Joseph Nicolosi, fondatore della *Thomas Aquinas Psychological Clinic* di Encino (California). Da notare come, già l'appellativo "Thomas Aquinas" scelto per la clinica sia espressamente volto ad evocare la filosofia tomistica classica ma soprattutto l'uso che giusnaturalisti come Finnis e altri esponenti della Nuova Dottrina del Diritto Naturale ne hanno fatto in relazione all'argomento in oggetto. Cfr. American Psychiatric Association 2000; GLASSGOLD 2009.

³⁸ BONINI BARALDI 2010, 35.

³⁹ *Black's Law Dictionary*, 876 (Minneapolis, West Publishing Co., 1979): definisce il matrimonio come unione legale tra un uomo e una donna, un marito e una moglie. Cfr. anche *Oxford English Dictionary* (New York, Oxford University Press, 1971) e *Webster's Third International Dictionary* (Springfield (MA), Merriam-Webster, 1986).

più ampi, ricomprendendo non solo il reciproco rispetto, impegno e amore tra adulti ma soprattutto l'intimo legame matrimonio-prole⁴⁰.

L'argomento *definitional* poggia, dunque, principalmente su due basi: da un lato la tradizione secolare dell'istituto del matrimonio, che può avere come protagonisti solamente un uomo e una donna, perché sin dagli albori esso è sempre stato officiato unicamente in questo modo e, dall'altro, il diritto naturale e la sua intima connessione con la morale giudaico-cristiana, comprensiva anche delle elaborazioni della *New Natural Law Theory*.

Esempio paradigmatico del richiamo alla tradizione nelle argomentazioni contrarie al *same-sex marriage* è offerto da alcune motivazioni delle Corti statunitensi. Nel caso giurisprudenziale *Baker v Nelson*, che rappresenta la prima opposizione giudiziale al divieto di matrimonio, la *Minnesota Supreme Court* esordisce con un esplicito riferimento all'eredità religiosa statunitense, affermando cioè che l'istituzione del matrimonio, intesa come un'unione tra uomo e donna che ricomprende unicamente la procreazione e la crescita della prole, è antica quanto il libro della Genesi⁴¹. Analogamente, in *Jones v Hallahan*, la *Kentucky Court of Appeal*, nel rigettare le richieste di Tracy Knight e Marjorite Jones sul riconoscimento legale della loro relazione, dichiara che il matrimonio è sempre stato considerato come l'unione tra un uomo e una donna e che la Corte non possiede alcuna autorità per affermare il contrario. Di conseguenza ai richiedenti viene negato il

⁴⁰ STEWART 2007, 336. È evidente qui l'intima connessione tra questa argomentazione *definitional* e quella oggetto di analisi al punto 3 sulla procreazione come scopo primario del matrimonio.

⁴¹ *Baker v Nelson*, 191 N.W. 2d 185, 186 (Minnesota Supreme Court), (1971).

diritto al matrimonio non sulla base delle leggi del Kentucky o del rifiuto da parte dell'impiegato statale della Contea ma sulla base della loro intrinseca incapacità ad avere accesso all'istituto del matrimonio, così come tradizionalmente definito⁴².

2.3. *L'argomento della procreazione*

Questa terza argomentazione, molto utilizzata dagli oppositori del *same-sex marriage*, trae fondamento da quella precedente e cioè dal concetto tradizionale di matrimonio inteso come unione tra un uomo e una donna per fini procreativi, come ben evidenziato dai saggi di Finnis e George, approfonditi in seguito. Questa giustificazione chiama in causa un'altra argomentazione, spesso utilizzata in connessione con l'argomento della procreazione, cioè l'assenza di un interesse statale o, per alcuni, la presenza di un interesse statale contrario al riconoscimento di tali unioni.

L'argomento della procreazione inoltre ben si concilia con quello del matrimonio inteso come mezzo per garantire la continuazione della specie, che concepisce dunque la legalizzazione del *same-sex marriage* come una sorta di minaccia per la società, come se il suo riconoscimento potesse in qualche modo contribuire all'estinzione del genere umano. Nel caso *Skinner v Oklahoma*, la Corte Suprema aveva aderito, almeno implicitamente, a

⁴² *Jones v Hallahan*, 501 S. W. 2d 588, 589 (Kentucky Court of Appeals), 1973. Altri Stati hanno citato e seguito tale definizione di matrimonio, riprendendo l'argomentazione che essa non può essere cambiata nemmeno dalla Costituzione. Cfr. *Singer v Hara*, 522 P. 2d 1187 (Washington Court of Appeals), 1974. Cfr. CALIARO 2006, 133-136; ESKRIDGE 1996.

questa posizione, sostenendo che il matrimonio e la procreazione sono il fondamento della vera esistenza e sopravvivenza della razza umana⁴³.

2.4. *L'argomento della china scivolosa (slippery-slope argument)*

I sostenitori di questa argomentazione convengono sul fatto che l'eventuale riconoscimento del *same-sex marriage* minaccerebbe l'istituzione del matrimonio e condurrebbe alla legalizzazione dell'incesto, della poligamia o del *child marriage*. Tale argomento può, dunque, esser qualificato come corollario di quello *definitional*: i sostenitori di questa posizione ritengono che consentire alle coppie dello stesso sesso di accedere all'istituto del matrimonio finirebbe per distruggere questa istituzione o perlomeno causerebbe una diminuzione, da parte della società, del rispetto e della sacralità tipici del matrimonio tradizionale.

L'argomento più frequentemente utilizzato è però quello della china scivolosa, meglio noto come *slippery-slope argument*: secondo i sostenitori di questa teoria, il riconoscimento del *same-sex marriage* causerebbe una sorta di degradazione morale nella società, poiché diventerebbe impossibile proteggere l'istituzione matrimoniale da richieste di riconoscimento di altre forme di relazione, aprendo così la strada al riconoscimento della poligamia⁴⁴, del be-

⁴³ *Skinner v Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942).

⁴⁴ Si deve evidenziare, a proposito di poligamia, il caso dinanzi alla Corte Suprema *Murphy v Ramsey* (*Murphy v Ramsey*, 114 U.S. 15, 1885), nel quale il querelante chiedeva alla Corte di modificare la definizione di matrimonio sostituendo le parole "un uomo e una donna" con "un uomo e un numero di donne". La Corte in questo caso rigettò la richiesta,

strial marriage, del *child marriage* o di ogni altra orribile conseguenza⁴⁵.

3. *Le posizioni di John M. Finnis, Robert P. George e Gerard V. Bradley*

3.1 *John Finnis e il “good of marriage”*

La dottrina di John Finnis, che aderisce alla *New Natural Law Theory* ed è perfettamente in sintonia con la tradizione della Chiesa Cattolica, rileva particolarmente in questo contesto con riferimento in specifico alla convinzione secondo la quale esistono atti i quali, *per sé* e in se stessi, indipendentemente dalle circostanze, sono sempre disordinati in ragione del loro oggetto»⁴⁶.

In un suo noto saggio⁴⁷, Finnis si concentra sulla condotta omosessuale, intesa come insieme di «atti corporei sul corpo di una persona dello stesso sesso» con l’obiettivo di assicurare unicamente una soddisfazione e un piacere fisico ad una o entrambe le parti. Tali atti sono, secondo l’autore, metafisi-

affermando che non poteva cambiare la definizione di matrimonio basandosi su un costume sessuale di una piccola minoranza della società. In *Cleveland v United States* (*Cleveland v United States*, 329 U.S. 14-18, 1946) poi, la Corte afferma che la poligamia è offensiva nei confronti della società e che lo Stato ha un sostanziale interesse a proibire tale tipo di relazione, anche nei casi in cui è uno stesso credo religioso – in particolare quello mormone – a concederne la possibilità. Per analogia, i sostenitori di questa argomentazione, applicherebbero questo principio anche al caso del *same-sex marriage*. Cfr. CALIARO 2006, 140; CAHILL 2004, 40-41.

⁴⁵ Cfr. CALIARO 2006, 139-140.

⁴⁶ *Esortazione apostolica Reconciliatio et paenitentia*, 2 dicembre 1984, 17, in «Acta Apostolicae Sedis», 1985, 77. Cfr. ZANETTI 1999, 53.

⁴⁷ FINNIS 1993-1994, 1049 ff.

camente e moralmente sbagliati, perché comporterebbero una disintegrazione del sé, cioè dell'unità e della coerenza delle sue differenti componenti, identificate, nell'ordine, come "body", "experiencing self" e "choosing self".⁴⁸ Quando dunque l'individuo si impegna in uno di questi atti, asserve il proprio corpo all' "experiencing self", anziché al "choosing self", determinando una sorta di dissociazione delle componenti dell'individuo e una conseguente perdita del senso di unità, coerenza e integrità. Secondo Finnis infatti, la semplice gratificazione è priva di alcun valore e, di conseguenza, l'assenza di valori, insieme alla disintegrazione del sé, significa che quella condotta non sta attualizzando né sperimentando il "real common good". Viene da chiedersi dunque cosa si debba intendere per "common good": Finnis ritiene che il matrimonio, i cui *core elements* risiedono nell'amicizia ("friendship") e nella procreazione ("procreation"), sia il "common good" per eccellenza.

In particolare l'autore, in un suo secondo saggio⁴⁹, richiama le tesi di Tommaso d'Aquino e definisce il "good of marriage" come «uno dei valori umani basilari a cui la scelta e l'azione degli individui sono dirette dai principi fondamentali della ragion pratica», aggiungendo che tutti gli atti sessuali sono immorali quando «contrari al *good of marriage*»⁵⁰. Infatti, solo le relazioni coniugali sono libere dalla vergogna della strumentalizzazione del corpo, mentre quelle non coniugali – e specialmente, ma non solo, quelle omo-

⁴⁸ Cfr. SOBLE e POWER 2007.

⁴⁹ FINNIS 1997, 97-134.

⁵⁰ FINNIS 1997, p. 97. Finnis tiene poi a precisare che gli argomenti morali di Tommaso d'Aquino non vanno mai dal "naturale" al "quindi ragionevole e giusto" ma sempre dal "ragionevole e giusto" al "quindi naturale", poiché "i precetti morali sono in accordo con la natura umana, in quanto costituiscono i requisiti della ragione naturale (*rationis naturalis*).

sessuali – sono inaccettabili perché radicalmente incapaci di attualizzare il “common good” dell’amicizia.

In Finnis l’elemento della procreazione è centrale nella definizione del valore intrinseco del matrimonio: la sola amicizia non è infatti sufficiente a rendere l’atto sessuale accettabile e, per quanto esistano diverse coppie dello stesso sesso che promuovano al loro interno questo “common good”, la tendenza di queste a perseguirlo si rivela, secondo Finnis, inevitabilmente fallace.

L’unione biologica dell’uomo e della donna evocata da Finnis ricorda il passaggio biblico in cui l’uomo e la donna diventano “una stessa carne”⁵¹: questa rievocazione, tuttavia, non è da intendere in termini religiosi ma biologici, poiché la riproduzione, o meglio, la possibilità riproduttiva come unione biologica, è il nodo cruciale del problema. Di conseguenza, poiché l’amicizia tra individui dello stesso sesso non coinvolge la procreazione e non rende questi individui una “biological unit”, i loro atti sessuali non possono realizzare quanto sperato. Quindi, in assenza di una dimensione procreativa, il sesso conduce alla disintegrazione perché necessita della procreazione per essere salvato dalla sua intrinseca vergogna⁵².

Quanto rivendicato da Finnis si può dunque riassumere nell’argomento per cui gli atti omosessuali non attualizzano alcun bene fondamentale, in quanto realizzare realmente un bene fondamentale è qualcosa di diverso dalla sensazione di essere in procinto di farlo⁵³.

⁵¹ Genesi 2:24.

⁵² Questo discorso ben si concilia sulle argomentazioni di Nussbaum, la quale ritiene che alcune emozioni, ed in particolare quelle della vergogna e del disgusto, giochino un ruolo fondamentale nelle scelte legislative, soprattutto con riferimento alla sfera della sessualità e – tanto più – dell’omosessualità.

⁵³ ZANETTI 1999, 58.

L'autore elabora anche una seconda argomentazione – che sembra, per un attimo, richiamare le posizioni più radicali di Devlin – gli atti omosessuali non sono innocui, perché non si configurano come “harmless wrongdoing”, come *self-regarding action* che coinvolgono solo chi li compie. Tali atti comportano invece «un uso delle capacità sessuali umane profondamente ostile all'autocomprensione di quei membri della comunità che intendono impegnarsi in un vero matrimonio»⁵⁴. L'accettare che tale pratica possa rappresentare una declinazione appropriata della sessualità umana, costituisce dunque per Finnis «un'attiva minaccia alla stabilità dei matrimoni presenti e futuri»⁵⁵.

3.2. Robert P. George e Gerard V. Bradley: il matrimonio e l'immaginazione liberale

Robert P. George⁵⁶ e Gerard V. Bradley⁵⁷ aderiscono ad una concezione morale e politica del matrimonio sostanzialmente equivalente a quella elaborata dalla Nuova Dottrina del Diritto Naturale. Inoltre, la maggior parte delle loro argomentazioni si è più volte posta in una prospettiva dialogica – di confronto e confutazione reciproca – con quelle di Stephen Macedo, oggetto di specifica analisi in seguito.

⁵⁴ FINNIS 1993, 12-13. Si tratta di un estratto della *legal deposition* nel *trial* di Denver, Colorado, sulla costituzionalità dell'Amendment 2. Cfr. ZANETTI 1999, 58, n. 72.

⁵⁵ ZANETTI 1999, 57 e 58.

⁵⁶ R.P. George è *Associate Professor of Politics* alla *Princeton University* nonché allievo di John M. Finnis.

⁵⁷ Gerard V. Bradley è invece *Professor of Law* alla *University of Notre Dame*.

Tutta la struttura argomentativa del pensiero di George e Bradley si fonda, ancora una volta, sulla definizione di matrimonio:

«Il matrimonio, inteso non come mero accordo giuridico ma come “two-in-one-flesh communion”, consumato e attualizzato da atti sessuali di tipo riproduttivo, è un intrinseco e fondamentale bene umano; come tale, il matrimonio offre ai coniugi, indipendentemente dal fatto che essi siano capaci di concepire bambini, una ragione non strumentale per praticare questi atti. Nella scelta di compiere atti sessuali non coniugali, compresi quelli sodomitici -indipendentemente dal fatto che i protagonisti siano dello stesso sesso o di sesso diverso e anche se regolarmente sposati- questi individui trattano il loro corpo e quello del proprio partner come mezzi o strumenti in un modo che danneggia la loro integrità personale e di coppia. Dunque, avere riguardo per il fondamentale bene umano dell'integrità, offre in definitiva una ragione morale per non impegnarsi in atti sodomitici o in altri atti sessuali non coniugali»⁵⁸.

Data questa premessa, nel saggio in questione George e Bradley rispondono alle critiche di Macedo, affermando l'assenza di un doppio standard di giudizio nel giudicare le coppie sterili e quelle fertili. Essi argomentano infatti che la finalità dell'attività sessuale di una coppia sterile unita in matrimonio sia esattamente la stessa di quella di una coppia fertile, perché si identifica nel bene intrinseco del matrimonio stesso, attualizzato e consumato attraverso gli atti coniugali⁵⁹.

George e Bradley richiamano, a questo proposito, il pensiero di Sant'Agostino: per quanto quest'ultimo sembri aver concepito il matrimonio come un puro bene strumen-

⁵⁸ GEORGE e BRADLEY 1995, 302.

⁵⁹ GEORGE e BRADLEY 1995, 302.

tale al valore superiore della procreazione, essi rifiutano tale strumentalizzazione, per affermare invece il matrimonio come valore in sé e per sé, al quale la prole concepita all'interno di tale rapporto coniugale partecipa, ma in virtù di un rapporto non strumentale a tale perfezione. Il valore intrinseco e intelligibile della relazione sessuale tra coniugi diventa dunque il matrimonio stesso, non la procreazione, che è invece intesa come fine, rispetto al quale l'unione sessuale costituisce il mezzo⁶⁰. Ne deriva, dunque, che i matrimoni tra individui dello stesso sesso sono moralmente impossibili: infatti, per quanto la procreazione costituisca un bene fondamentale e un perfezionamento del matrimonio, sono proprio il matrimonio e i rapporti coniugali in sé ad essere intrinsecamente dotati di valore ("good"), mentre nessun altro rapporto sessuale può essere legittimamente strumentalizzato per un fine estrinseco ad esso⁶¹.

Entro questa prospettiva, è innegabile che il matrimonio abbia valori strumentali; questi tuttavia costituiscono sempre un *quid pluris* rispetto al valore intrinseco del matrimonio in sé e per sé: solo coloro che sono in grado di cogliere questo "intrinsic value" possono infatti comprendere la vera essenza di tale istituto, senza cadere in banalizzazioni definitorie ("pointless and buffling")⁶².

4. Argomentazioni favorevoli al same-sex marriage

4.1. L'argomento del "diritto di privacy"

Secondo questa argomentazione, la presunta riprovevolezza

⁶⁰ GEORGE e BRADLEY 1995, 302.

⁶¹ GEORGE e BRADLEY 1995, 303.

⁶² GEORGE e BRADLEY 1995, 303.

morale degli atti omosessuali non costituisce una base razionale per giustificare una differenza di trattamento, né tantomeno una discriminazione.

A titolo di premessa, è necessario puntualizzare che, poiché l'argomentazione contraria sulla riprovevolezza degli atti omosessuali trae fondamento da proposizioni per la maggior parte dogmatiche e religiose, ogni tentativo normativo che prende in considerazione il riconoscimento giuridico di questa realtà fattuale e che tenta di rispondere a questa obiezione, diventa ontologicamente arduo, perché, per definizione, l'argomentazione normativa è plurale e costitutivamente fragile, in quanto rifiuta ogni forma di dogmatismo⁶³. Dunque, una risposta normativa a queste argomentazioni, per la maggior parte *grounded* in un contesto religioso, non può che essere di natura giuridica, o meglio, giurisprudenziale. Con la *landmark decision* del 2003 *Lawrence v Texas*, la Suprema Corte degli Stati Uniti, con sei voti favorevoli su nove, rivisita la questione delle *sodomy laws*, abrogando le tredici rimanenti disposizioni che criminalizzavano gli atti di sodomia -quattro delle quali indirizzate esclusivamente agli atti omosessuali, tra cui appunto quelle dello Stato del Texas- e ribalta completamente la decisione assunta con *Bowers*⁶⁴. Con l'abrogazione espressa di *Bowers* viene implicitamente annullata anche tutta quella dottrina filosofica e giuridica che da tale precedente traeva giustificazione e fondamento⁶⁵.

La *majority opinion* in *Lawrence* inoltre si è profondamente ispirata alla *dissenting opinion* del giudice Stevens, che introduce

⁶³ Cfr. ZANETTI 2004.

⁶⁴ *Bowers v. Hardwick*, cit.

⁶⁵ *Lawrence v Texas*, 539 U.S. 558 (2003). Cfr. NUSSBAUM 2010, 85-90. Cfr. SULLIVAN 2004, 106-111.

il concetto di “sfera privata”⁶⁶ e che contesta il fatto che la decisione della Corte non avesse tenuto conto dei diritti sostanziali di libertà protetti dalla *Substantive Due Process*⁶⁷, comprensiva anche delle “decisioni individuali circa l’intimità delle proprie relazioni fisiche”, da estendere sia alle coppie sposate che a quelle non sposate. In *Lawrence*, questa posizione viene ripresa dalla *majority opinion*, che dichiara come «l’analisi di Stevens avrebbe dovuto prevalere in *Bowers*», aggiungendo che «*Bowers* non era corretto quando è stato deciso e non è corretto oggi», non meritando più di essere annoverato tra i precedenti vincolanti e dovendo pertanto essere annullato⁶⁸.

Secondo Nussbaum inoltre, *Lawrence* raggiunge lo straordinario traguardo di accantonare la politica del disgusto tipica di *Bowers*, di Devlin e di Kass, per abbracciare la concezione di una società caratterizzata dalla politica dell’umanità e della libertà individuale, così come ereditata da John Stuart Mill. Ciò consente di attribuire finalmente valore a quella capacità di immaginazione morale che, essendo intimamente legata al diritto, diventa automaticamente anche un traguardo giuridico⁶⁹.

⁶⁶ Vedi CALIARO 2006, 165.

⁶⁷ La *Substantive Due Process* (SDP) è una delle teorie legali attraverso la quale le Corti fanno rispettare i limiti del potere esecutivo e legislativo. Secondo la giurisprudenza americana, le vie per applicare tale teoria sono due *Due Process Clauses* contenute nel Quinto e nel Quattordicesimo Emendamento della Costituzione statunitense e che proibiscono ai governi statali e federali di privare ciascun individuo della «vita, libertà o proprietà senza un giusto processo». L’obiettivo principale della SDP è dunque quello di proteggere gli individui da legislazioni di maggioranza che eccedono i limiti dell’autorità di quel governo. Se il Quinto e il Quattordicesimo Emendamento fossero stati originariamente concepiti per assolvere a questa funzione è poi tuttora fonte di discussione.

⁶⁸ *Lawrence v Texas*, cit.

⁶⁹ *Ibid.*, 89.

I fondamenti giurisprudenziali alla base di questa prima argomentazione a favore del *same-sex marriage* e del diritto di privacy sono supportati, a livello filosofico-dottrinale da H.L.A. Hart, tra i principali interlocutori di Lord Devlin che, insieme al giudice inglese, domina la prima fase del dibattito sul *Legal Enforcement of Morals* degli anni Sessanta⁷⁰, per affermare un positivismo giuridico caratterizzato da una netta separazione tra diritto e morale.

Nel suo scritto *Law, Liberty and Morality*⁷¹, il filosofo del diritto critica la ferrea opposizione di Devlin al *Wolfenden Report* – che, come già analizzato, aveva decriminalizzato gli atti omosessuali tra adulti consenzienti – e riafferma la classica posizione liberale di Mill e del principio del danno. Secondo Hart infatti, non c'è dubbio che la società necessiti di un consenso morale su certe questioni etiche: le leggi che criminalizzano l'omicidio o la rapina ad esempio, avrebbero ben poca ragione d'essere se non fossero supportate da una convinzione diffusa circa l'immoralità di questi comportamenti.

Tuttavia, prosegue Hart, per quanto tale ragionamento risulti ovvio, non significa che la tesi della disintegrazione sostenuta da Devlin e dal “sapere un po' ricattatorio” sia corretta: non ogni comportamento considerato dalla morale un pericoloso attacco ai *mores* condivisi è infatti dotato della stessa importanza all'interno della società, né sussiste alcuna minima ragione per concepire la moralità come “seamless web”, cioè come “tela senza cuciture”, la cui interna connessione fa sì che «ogni infingimento delle norme morali abbia conseguenze esiziali»⁷². Hart concepisce il pensiero di

⁷⁰ Cfr. ZANETTI 2004, 101.

⁷¹ HART 1963.

⁷² ZANETTI 2004, 102. Cfr. ROSTOW 1960, 174-198. Questo discorso si ricollega all'argomentazione della china scivolosa (*slippery-slope argument*), che verrà confutata nei prossimi punti.

Lord Devlin come assolutamente illogico, perché utilizzare il diritto penale per imporre una morale condivisa sulla base della valutazione per cui una certa pratica è immorale quando il pensiero di essa disgusta “l'uomo della strada” («the man on the Clapham omnibus»), non tiene conto del fatto che questa “general morality” possa talvolta esser fondata su ignoranza, superstizione, fraintendimenti o false percezioni, che portano a perdere di vista quelle pratiche effettivamente dannose e pericolose per la società⁷³.

4.2. *L'argomento del “right to marry” come diritto fondamentale*

Analogamente, questa argomentazione risponde a quella speculare contraria: la definizione tradizionale di matrimonio non presuppone che tale tradizione si autoconcepisca necessariamente come immutabile e dunque l'argomento *definitorio* può essere superato.

Per confutare l'argomento *definitional* bisogna innanzitutto scardinare i due principali presupposti della definizione di matrimonio inteso come unione tra un uomo e una donna,

⁷³ HART 1963, 163. Aggiunge Hart, in modo provocatorio: «[...] It is surely extraordinary that among the things which Sir Patrick says are to be considered before we legislate against immorality these appear nowhere; not even as practical considerations, let alone theoretical limits. To any theory which, like this one, asserts that the criminal law may be used on the vague ground that the preservation of morality is essential to society and yet omits to stress the need for critical scrutiny, our reply should be: Morality, what crimes may be committed in thy name!». Cfr. ROSTOW 1960, 185, 188-189; ZANETTI 2004, 102. NUSSBAUM, come si vedrà, imputa invece l'opposizione morale agli atti omosessuali all'evocazione di un sentimento di disgusto di cui l'*anti-gay movement* si fa spesso promotore.

cioè la tradizione secolare da un lato e il diritto naturale e la sua interconnessione con l'aspetto religioso dall'altro.

Con riferimento al primo aspetto, si ritiene che negare il riconoscimento delle unioni tra individui dello stesso sesso sulla base del semplice assunto per cui il matrimonio è sempre stato tradizionalmente definito come unione tra un uomo e una donna, sia una tautologia (“a circular argument”)⁷⁴, perché argomentare che, siccome il *same-sex marriage* non è mai stato autorizzato nel passato allora non è autorizzabile in futuro, non costituisce una risposta normativa al problema in questione. Tale argomentazione mostra infatti tutta la sua illogicità nel momento in cui la si applica per analogia ad altre pratiche giustificate sulla base della tradizione, ma non per questo meno discriminatorie, come la schiavitù o il divieto di matrimonio interraziale: quest'ultimo, ad esempio, è stato oggetto di forti opposizioni per molti anni negli Stati Uniti, ma il suo *ban* è divenuto inaccettabile dal momento in cui la società ha rifiutato le premesse razziste di tale esclusione⁷⁵.

Inoltre, l'affermazione per cui “il matrimonio è sempre stato considerato come unione tra un uomo e una donna” è assolutamente lacunosa, perché, come sostiene Eskridge, «there is plenty of authority to the contrary»⁷⁶. Diversi studi antropologici e sociologici hanno infatti in più occasioni dimostrato come, anche presso alcune delle più grandi civiltà antiche – quali quella egizia, mesopotamica, greca e romana – fossero assolutamente in voga ed, entro una certa misura, istituzionalizzate le unioni tra individui dello stesso sesso, tanto che, già agli albori dell'impero romano – almeno prima della promulgazione del Codice teodosiano del 342 d.C., che considera i matrimoni tra individui dello

⁷⁴ ESKRIDGE 1996, 91.

⁷⁵ ESKRIDGE 1996, 91.

⁷⁶ ESKRIDGE 1996, 92.

stesso sesso illeciti – «il riferimento a questi matrimoni era un luogo comune»⁷⁷. Di particolare interesse risultano anche alcuni studi etnografici che hanno riscontrato la ricca presenza di tali pratiche non solo presso molteplici culture asiatiche⁷⁸ e africane⁷⁹, ma anche in territorio statunitense, nelle originarie culture dei *Native Americans*, dove le unioni

⁷⁷ CALIARO 2006, 5-31. A sostegno di questa tesi, vedi CONSOLI 1990, 17, il quale sostiene che: «In altre culture, che non seguono la linea di pensiero monoteista indoeuropea (mazdeismo, zoroastrismo, ebraismo, cristianesimo, islam), la realtà gay abbia ricevuto un trattamento del tutto diverso e l'uomo che sentiva un'attrazione affettiva ed erotica per le persone del suo sesso è stato spesso associato alla divinità, considerato un intermediario privilegiato, ed a lui erano demandate le funzioni di educatore dei giovani, di interprete della natura, di testimone delle tradizioni tribali, di indovino, di intellettuale ed artista in senso lato». Per un approfondimento storico sui costumi sessuali romani ed europei nell'era del cristianesimo, vedi BOSWELL 1989. Per un'analisi esaustiva sulle abitudini e i comportamenti sessuali della Grecia antica invece vedi DOVER 1985.

⁷⁸ Cfr. CALIARO 2006, 45-46, 49, 57, 61. Cfr. ESKRIDGE 1996, 1419-1435. Nella cultura asiatica sono poi presenti tracce di questi tipi di unione con riferimento ai matrimoni tra persone dello stesso sesso, soprattutto maschile, celebrati in Cina durante la dinastia degli Yuan e dei Ming, ma anche l'istituzionalizzazione dell'omosessualità transgenerazionale nella classe guerriera giapponese dei samurai.

⁷⁹ CALIARO 2006, 32-64. Con riferimento alle tradizioni tribali di alcune popolazioni africane, si possono menzionare quelle delle unioni transgenerazionali maschili dei “*boys wives*” della tribù degli Azande – abitanti dell'odierno Sudan – e femminili dei “*mummy-baby games*” – tipiche delle ragazze Basotho del Lesotho. Da segnalare anche il cosiddetto matrimonio tra donne e mariti-femmine, cioè la tradizione dei “*female husbands*” e “*woman marriage*” della tribù dei Nuer, dove la celebrazione dell'unione tra due donne – una delle quali era solitamente sterile e per questo considerata con rispetto, come se fosse un uomo – qualifica la donna come «il padre dei figli che nascono dalla moglie».

tra individui dello stesso sesso non solo erano socialmente accettate e legalmente riconosciute ma anche talvolta preferite ai matrimoni⁸⁰. Basti pensare alla pratica del *berdache*, cioè di una «persona di sesso maschile o femminile che, deviando dal tradizionale ruolo legato al proprio genere, assume caratteristiche e percepisce responsabilità comunemente attribuite all'individuo di sesso opposto», in una sorta di matrimonio “transgenere” ampiamente riconosciuto presso le civiltà dei nativi americani soprattutto, ma anche degli Aztechi, dei Maya, degli Incas e successivamente soppresso dai colonizzatori spagnoli, perché considerato emblema di una cultura barbara⁸¹.

Se l'argomento che si richiama alla tradizione risulta in definitiva piuttosto debole perché, per utilizzare un'espressione di Jaroslav Jan Pelikan, «Tradition is the living faith of the dead, traditionalism is the dead faith of the living»⁸², l'altro argomento contrario – normativamente più forte – è quello volto a stabilire che il matrimonio deve essere tra sessi diversi per definizione

⁸⁰ CALIARO 2006, 32-64.

⁸¹ Vedi KATZ 1976, 292, il quale cita la biografia di Francisco Palòu, un missionario francescano che così descrive l'aberrante scoperta avuta luogo nella missione di Sant'Antonio in California: «Two laymen arrived at the house of a convert, one of them in the usual clothing, but the other dressed like a woman and called by them a Joya [...] many Joyas can be seen in the area of Canal de Santa Barbara; around there, almost every village has two or three [...]. The abominable vice will be eliminated to the extent that the Catholic faith and all the other virtues are firmly implanted there, for the glory of God and the benefit of those poor ignorant». Vedi anche Consoli 1990, 105, che definisce il *berdache* come «*d'imàn* degli Indiani del Nord America», l'uomo “travestito” che “partecipava alla vita quotidiana della sua tribù e della sua nazione, introducendo alla vita sociale – e perciò anche sessuale – i giovani destinati a diventare guerrieri e cacciatori e, infine, uomini a tutti gli effetti».

⁸² PELIKAN 1984.

(«ough to be different-sex by definition»). Questo assunto, tuttavia, fa spesso ricorso a nozioni di diritto naturale, individuando lo scopo del matrimonio come “procreative”, cioè volto alla procreazione, anziché “unitive”, cioè come unione spirituale e personale di due individui che si impegnano per la vita davanti ad un’ autorità secolare e/o religiosa⁸³. Di fronte all’ argomentazione contraria che fa ricorso ai cosiddetti “goods of marriage” avanzata dai principali filosofi giusnaturalisti, il Professor Strasser ricorda come nella storia statunitense anteriore alla storica pronuncia *Loving v Virginia*, anche i matrimoni interraziali fossero considerati innaturali e contrari al volere di Dio. Egli aggiunge inoltre che, il fatto che alcune religioni – non tutte – rifiutino di riconoscere tali unioni e, il più delle volte, si oppongano fermamente ad esse, non costituisce una ragione sufficiente, né un “compelling state interest” perché tali unioni siano vietate per legge. Dunque, il miglior modo per difendere l’ istituto del matrimonio non consiste nel ritenere che l’ unico valore di esso risieda nello stabilire chi può esservi escluso, quanto piuttosto nel rivendicare i suoi effettivi benefici.

La società, gli individui e, soprattutto, i figli nati o cresciuti all’ interno di queste famiglie trarrebbero grandi vantaggi se nella società questo istituto non fosse concepito come mezzo per promuovere divisione e odio, quanto piuttosto come strumento per servire i bisogni e i desideri di parte dei suoi cittadini⁸⁴.

4.3. *L’ argomento della “bilateral loyalty”*

Anche per questa argomentazione, l’ iter giurisprudenziale ha mostrato come, in più occasioni, l’ elemento della procre-

⁸³ ESKRIDGE 1996, 91.

⁸⁴ STRASSER 2003, 62.

azione non sia stata considerato un prerequisito o una condizione necessaria per assumere la titolarità del diritto al matrimonio. Già *Zablocki* prevedeva, secondo Eskridge, una struttura teorica logicamente applicabile ad altri casi, statuendo che ostacoli legali direttamente volti ad influire negativamente sul percorso degli individui desiderosi di contrarre matrimonio, si pongono in violazione con il principio di eguaglianza, a meno che la linea politica statale sia sufficientemente supportata da “interessi statali significativi” e specificamente orientata alla realizzazione di tali interessi⁸⁵.

La Corte, già in *Griswold*⁸⁶, nell’atto di abrogare la legge che vietava l’uso dei contraccettivi, aveva motivato la propria decisione sulla base del fatto che il presunto interesse alla procreazione non fosse sufficiente per giustificare l’intrusione statale nella sfera privata degli individui: per analogia, si ritiene che questa argomentazione sia logicamente estendibile anche alla questione del *same-sex marriage*. Inoltre, mentre i casi *Loving*, *Zablocki* e *Skinner* avevano attribuito particolare enfasi all’elemento procreativo quale fine primario del matrimonio, in linea con la tradizione religiosa e del diritto naturale, con *Griswold* si inizia a dare rilievo all’aspetto sociale e unitivo del matrimonio, come espressione di una “bilateral loyalty”.

Secondo l’interpretazione di Eskridge inoltre, la Suprema Corte si pronuncia positivamente sull’applicazione del “right to marry” alle coppie che non possono procreare, proprio nel caso *Turner v Safely*⁸⁷ dove, curiosamente, era in gioco una questione ben diversa da quella finora considerata. Ci si interrogava precisamente sulla

⁸⁵ *Zablocki v. Redhail*, 434 US at 374, 384 (1978). Cfr. ESKRIDGE 1996, 128.

⁸⁶ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

⁸⁷ *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987).

possibilità o meno dello Stato di limitare i matrimoni dei detenuti ai casi in cui il capo guardiano riscontrasse un “compelling interest”, comunemente identificato in una gravidanza o nella presenza di un figlio illegittimo. Nella sua motivazione il giudice O'Connor esprime però qualcosa di interessante, perché, ricordando come la maggior parte dei matrimoni tra detenuti siano formati sulla base di una mera aspettativa circa la loro futura consumazione, egli non menziona l'elemento della procreazione come giustificazione necessaria affinché il matrimonio sia considerato diritto fondamentale, estendendo, anche a chi non l'ha mai consumato, il diritto di accesso a tale istituto⁸⁸.

Dal punto di vista filosofico invece, l'argomentazione più frequentemente utilizzata per contrastare la tesi della procreazione è quella per cui, se il matrimonio esiste per sopperire alle esigenze della società legate alla procreazione, non appare chiara la ragione per cui le coppie eterosessuali sterili debbano usufruire dei diritti e doveri derivanti da questo istituto, quando non assolvono al suo presunto “fine primario”, a prescindere dal fatto che tale infertilità sia dovuta ad una scelta ponderata – ad esempio ricorrendo all'uso di contraccettivi – o a cause naturali⁸⁹. Su questo punto, Mark Strasser, con un'argomentazione *a contrario*, prova ad ipotizzare il caso in cui la società apra il matrimonio unicamente a (1) coloro che genereranno figli come frutto della loro unione e (2) a coloro che non programmano la loro attività sessuale sulla base del periodo di maggior fertilità.

Se così fosse infatti, è evidente come l'intero assetto delle *marriage laws* dovrebbe essere suscettibile di sostanziali modifiche, provocando un danno sia alla società sia a

⁸⁸ *Ibidem*. Cfr. ESKRIDGE 1996, 129.

⁸⁹ CALIARO 2006, 146.

tutti individui, ai quali sarebbe ingiustamente precluso l'accesso a tale istituto⁹⁰.

Infine, di fronte all'argomentazione per cui, in assenza di procreazione, mancherebbe anche l'interesse statale a proteggere e riconoscere queste relazioni, si risponde comunemente che, a parte i benefici economici e sociali che ne deriverebbero, il riconoscimento delle *same-sex couples* assolverebbe al fondamentale interesse statale di proteggere la prole di tali coppie, ponendola su un piano di eguaglianza sostanziale rispetto a quella delle *different-sex couples*.

4.4. *L'argomento dell'assenza di un "compelling state interest"*

Questa quarta argomentazione poggia sulla convinzione che la presunta minaccia all'istituzione tradizionale del matrimonio non sia sufficiente a negare un diritto fondamentale; al contrario, così è per la regolamentazione dell'incesto, della poligamia e del *child marriage*, che si fonda su un "compelling state interest".

Con riferimento alla tradizione del matrimonio, Strasser, in un suo saggio, riflette sul fatto che, tradizionalmente, il diritto al matrimonio aveva ricevuto una protezione superiore al diritto di impegnarsi in relazioni extra-matrimoniali, poiché tale istituto era stato tradizionalmente associato ad una varietà di funzioni familiari, tra cui la crescita e l'allevamento dei figli, i quali, tuttavia, continuavano ad essere presenti anche nelle relazioni extra-coniugali.

Di conseguenza, a suo avviso, consentire che gli Stati regolino anche le relazioni non maritali quando caratteriz-

⁹⁰ Cfr. STRASSER 2003, 61.

zate dall'impegno, dalla fedeltà ed, eventualmente, dalla prole, finirebbe per promuovere l'istituzione del matrimonio in modo molto più efficace di quanto risulterebbe dalla restrizione dell'accesso a tale istituto alle sole coppie di sesso diverso⁹¹.

Tuttavia, la forza dell'argomento basato sui valori fa sì che una linea argomentativa basata sulla minimizzazione dell'impatto del riconoscimento del *same-sex marriage* sul matrimonio tradizionale risulti rischiosa, perché incurante del *vulnus* morale che sarebbe arrecato a coloro che fanno propria una visione tradizionale del matrimonio, similmente a quanto è accaduto per il divorzio, la cui disciplina ha inciso profondamente sull'istituzione del matrimonio, modificandone il significato complessivo, anche per coloro che non intendono avvalersene mai⁹².

Ad ogni modo, si ritiene che l'argomento dei valori non sia sufficiente per negare un diritto che incide così profondamente sulla vita affettiva e sociale degli individui: dunque, la disciplina del riconoscimento del *same-sex marriage* risulta opportuna, dal nostro punto di vista, anche al costo morale di una possibile alterazione indiretta del significato sociale del matrimonio⁹³.

Con riferimento invece alla seconda questione, essa è accuratamente approfondita dal Professor Eskridge, il quale ricorda come lo *slippery-slope argument* sia particolarmente potente nei casi giurisprudenziali⁹⁴. La china scivolosa,

⁹¹ STRASSER 2011, 117-150.

⁹² ZANETTI 2003, 150.

⁹³ Zanetti 2003, 150.

⁹⁴ ESKRIDGE 1996, 144: vale lo schema per cui, se la policy A e la policy B si basano sullo stesso principio e se quel principio, insieme alla policy A è dichiarato incostituzionale, allora anche la policy B diventa quasi sicuramente incostituzionale. Quindi, se il principio che sottende il

tuttavia, può trovare un freno nel fatto che, mentre sussistono legittimi interessi statali circa la regolamentazione di *child marriage* e poligamia – Eskridge resta dubbioso per l’incesto –, non sussiste nessun “compelling state interest” neutrale che legittimi il divieto di matrimonio per le *same-sex couples*. Si tratta dunque di valutare, caso per caso, se i divieti legislativi connessi a certe pratiche rappresentano o meno un “ostacolo diretto – e, aggiungerei, legittimo – nel cammino di due individui desiderosi di sposarsi”, come rivendicato in *Zablocki*.

Con riferimento alle ragioni della sussistenza di un impellente interesse statale alla limitazione di *child marriage* e poligamia: per il primo, la principale ragione per cui lo Stato limita il *child marriage* è costituita dalla prova empirica dell’immaturità decisionale dei protagonisti di tale rito che, se frutto di scelte azzardate, comporterebbe spiacevoli conseguenze economiche in capo ad individui che già godono di una limitata capacità d’agire, per via della loro minore età. Con riferimento al secondo, le *antibigamy laws* hanno l’obiettivo di imporre agli individui la scelta di un solo coniuge, mettendoli davanti ad un bivio: o mantenere il coniuge attuale o divorziare e sposarne un altro. Non si può però razionalmente argomentare né che tali leggi restringano sostanzialmente il diritto al matrimonio, né che esse siano giustificate da fini procreativi, in quanto, almeno con la legalizzazione della poligamia, si favorirebbe di sicuro maggiormente la procreazione. Inoltre, l’assenza di tali legislazioni non farebbe altro che incrementare rivalità tra le varie

divieto statale di *same-sex marriage* (policy A) è la tradizionale costruzione del matrimonio come limitazione alle sole coppie di sesso diverso, nel momento in cui la policy A è invalidata, allora saranno invalidate anche tutte le altre tradizionali restrizioni al matrimonio (policy B), quali, appunto, incesto, poligamia e *child marriage*.

famiglie, incidendo anche negativamente sul sereno sviluppo della prole.

Si può concludere dunque *a contrario* che non sussiste alcun impellente interesse statale in grado di proibire il riconoscimento del *same-sex marriage*.⁹⁵

5. *Le posizioni di Martha C. Nussbaum e Stephen Macedo*

5.1 *Martha C. Nussbaum e il ruolo delle emozioni nel diritto: il disgusto e la vergogna come limiti all'eguaglianza*

Martha Craven Nussbaum rappresenta, probabilmente, l'interlocutrice e la rivale più agguerrita di John Mitchell Finnis: pur aderendo entrambi ad una forma di essenzialismo neoaristotelico di matrice perfezionista, i due autori giungono a soluzioni pratiche completamente opposte⁹⁶. Questo intenso scontro tra perfezionisti ha raggiunto il suo apice in quella che viene definita la terza fase del dibattito sul *Legal Enforcement of Morals*⁹⁷: essa trova la sua sede all'interno di un'aula di tribunale, precisamente durante il

⁹⁵ ESKRIDGE 1996, 145.

⁹⁶ ZANETTI 2004, 105.

⁹⁷ Il *Legal Enforcement of Morals* consiste nel dibattito, tipicamente anglosassone, sul rapporto tra diritto e morale originatosi a partire dagli anni Sessanta e al quale hanno contribuito i maggiori filosofi del diritto contemporanei. Chi sostiene la tesi della connessione tra diritto e morale, ritiene che il diritto abbia il dovere di far valere coercitivamente la morale attraverso lo strumento del diritto penale (è questa ad esempio la posizione di Patrick Devlin); i cosiddetti *liberals* invece, che si schierano per la netta separazione tra diritto e morale, appoggiano la tesi della neutralità, in base alla quale le decisioni statali non devono esser ispirate ad una determinata concezione del bene, ma devono, appunto, rimanere neutrali. Cfr. ZANETTI 2004, 100-101.

trial sul cosiddetto *Amendment 2* della *Colorado Constitution*. Tale emendamento, entrato in vigore a seguito di un referendum, aveva lo scopo di impedire ad ogni città o contea dello Stato del Colorado di porre in essere alcuna azione legislativa, esecutiva o giudiziale per riconoscere i cittadini gay e lesbiche come “protected class”.

Per quanto sia proprio in questa circostanza ad aver luogo una delle più famose contrapposizioni tra i due filosofi sul tema in oggetto, si preferisce, in questa sede, sottolineare un altro aspetto molto interessante trattato da Nussbaum con una certa ricorrenza nei suoi scritti, cioè quello dell’analisi del ruolo che alcune emozioni, in particolare il disgusto e la vergogna, giocano nella società nordamericana, impegnata, per tradizione giuridica e politica, a garantire il rispetto liberale per il pluralismo.

Secondo la tesi di Nussbaum, disgusto e vergogna sono diversi da rabbia e paura, nel senso che sono emozioni particolarmente soggette ad una distorsione normativa e dunque, proprio a causa della loro struttura interna, sono inaffidabili a far da guida ad una politica pubblica.

In particolare, per quanto riguarda il disgusto e il suo contenuto cognitivo, esso si presenta come un’emozione molto diversa dalla rabbia – che è un tipo di emozione ragionevole –, in quanto il suo contenuto di pensiero è tipicamente irragionevole, poiché porta con sé idee magiche di contaminazione e impossibili aspirazioni di purezza, che sono state notoriamente utilizzate nel corso della storia – basti pensare all’esperienza dell’olocausto – per escludere ed emarginare gruppi di persone che incarnavano in quel momento le paure e l’avversione del gruppo dominante nei confronti della propria animalità e mortalità⁹⁸.

Uno degli esempi giurisprudenziali che, secondo

⁹⁸ NUSSBAUM 2005, 31-32.

l'autrice, mostrerebbe l'irrilevanza normativa di questa emozione, è il caso di Stephen Carr, vagabondo che si nascondeva appostato in un bosco lungo il sentiero dei monti Appalachi e che, alla vista di due donne che si scambiavano effusioni amorose, con un fucile esplodeva diversi colpi contro di loro, uccidendone una e ferendo gravemente l'altra. Durante il processo, nel quale egli si trova a rispondere dell'accusa di omicidio di primo grado, la difesa chiese che l'imputato potesse esser giudicato per omicidio non premeditato, adducendo come motivo che la ripugnanza provocata in lui dalla vista delle due donne gli aveva causato un disgusto tale da indurlo al crimine. La Corte, nel negare l'attenuante della provocazione in seguito alla richiesta di applicazione della cosiddetta "difesa da panico gay", motiva che la legge «non riconosce gli atti omosessuali tra due persone come una provocazione giuridicamente sufficiente a ridurre il grado di un crimine da omicidio di primo grado ad omicidio preterintenzionale», aggiungendo che «una persona ragionevole non avrebbe ucciso, ma semplicemente cessato di osservare e abbandonato la scena»⁹⁹. Quindi, da un lato l'assenza della *condicio sine qua non* di un atto aggressivo della vittima e dall'altro l'assenza di un'emozione ragionevole, non consentono l'applicazione dell'attenuante della provocazione¹⁰⁰.

L'altra emozione tradizionalmente associata alle minoranze sessuali è, secondo Nussbaum, quella della vergogna: nell'espone gli altri alla vergogna, spesso le persone proiettano

⁹⁹ NUSSBAUM 2005, 1, 58, 59, 141, 142.

¹⁰⁰ Questo esempio tuttavia dimostra che vi sono casi in cui le emozioni incidono a tal punto nella sfera del diritto da agire anche sul diritto penale, sui criteri di imputazione e sulla commisurazione della pena, sempre però che l'emozione rientri entro certi criteri di ragionevolezza.

sui gruppi più vulnerabili la richiesta di nascondere qualcosa di se stessi. Quindi, l'insicurezza che gli individui provano nei confronti del sesso, ad esempio, porta essi a costituirsi in un gruppo dominante composto da persone sessualmente "normali" e a chiedere alle minoranze sessuali di nascondere se stesse e i loro orientamenti¹⁰¹. A tal proposito Nussbaum cita un articolo del filosofo morale Thomas Nagel in merito al controverso rapporto tra pubblico e privato e all'incidenza della vergogna sulla *privacy* dell'individuo¹⁰². A detta di Nussbaum, l'apparente simmetria tra confine pubblico e privato invocata da Nagel è in realtà illusoria, creando invece un'asimmetria che va a svantaggio degli "anormali", i quali, per proteggere le proprie vite, sono costretti a pagare il prezzo di nascondersi dalla vista della collettività, mentre le persone "normali" sono protette sia nella loro sfera privata, cioè quando scelgono di nascondersi, che in quella pubblica, cioè quando scelgono, appunto, di esporsi in pubblico. Tali soggetti, che vengono accusati di azioni minacciose solo perché provocano ansietà nel gruppo dominante, dovrebbero dunque aver la possibilità di nascondersi dallo sguardo stigmatizzante degli altri quando lo desiderano e, allo stesso tempo, ricevere una protezione legale e non esser costrette a farlo quando non lo desiderano¹⁰³.

¹⁰¹ NUSSBAUM 2005, 344.

¹⁰² NAGEL 1998, 17-20, il quale recita testualmente: «il confine tra pubblico e privato fa sì che la sfera pubblica rimanga libera da materiali che siano fonte di turbamento; ma fa anche sì che la sfera privata rimanga libera da controlli intollerabili. Più siamo soggetti all'ispezione pubblica e più ci viene chiesto di esporre le nostre vite interiori, più le risorse di cui disponiamo per condurre queste vite saranno costrette dalle norme collettive dell'ambiente comune».

¹⁰³ NUSSBAUM 2005, 344-347. L'autrice infine attacca i comunitaristi come Kahan e Etzioni che pensano che la vergogna abbia un effetto deterrente forte e che la punizione tramite vergogna dia espressione ai valori più fondamentali della società, come ad esempio per gli

A conclusione della sua disamina Nussbaum ripensa le basi del liberalismo politico: per far questo, parte da John Stuart Mill e dalla distinzione che egli pone tra “fatti che riguardano se stessi” e “fatti che riguardano gli altri”, come elemento fondamentale di definizione della sfera della libertà. Questo principio va poi sviluppato, a suo avviso, alla “maniera rawlsiana”, antepoendo il valore dell’individuo ai motivi del benessere sociale: questi sono, per l’autrice, gli ingredienti fondamentali di una liberalismo progressista che, oltre a difendere la dignità dell’individuo, deve far propria una concezione della persona che tenga conto della vulnerabilità umana e che abbia come fine politico la capacità di scegliere e di sottrarsi alle affiliazioni e alle stigmatizzazioni identitarie¹⁰⁴.

Per quanto riguarda più specificamente il ruolo delle emozioni e il loro rapporto con un liberalismo politico progressista infine, poiché troppo spesso gli ideali di reciprocità e rispetto della dignità sono minati dall’ossessione per la “normalità” e dal disprezzo per il diverso, riflettere sulle operazioni implicate nel disgusto e nella vergogna dovrebbe metterci in guardia dal dare libero sfogo a queste emozioni, perfino nei casi in cui possono inizialmente sembrare promettenti¹⁰⁵.

5.2. *Stephen Macedo: risposta alle critiche di Robert P. George e Gerard V. Bradley*

Dal canto suo Macedo nel saggio di risposta alle critiche, recupera il pensiero centrale di George e Bradley, così come

automobilisti fermati in stato di ubriachezza tenuti ad esporre sul paraurti della loro auto adesivi che recitano “conducente condannato per guida in stato di ubriachezza”.

¹⁰⁴ Sul liberalismo di Nussbaum si veda, ad esempio, BAGLIONI 2011.

¹⁰⁵ NUSSBAUM 2005, 371 ss.

enunciato in *Marriage and the Liberal Imagination*¹⁰⁶.

In questo saggio viene ribadito come il matrimonio sia innanzi tutto, una “two-in-one-flesh communion”, consumata e attualizzata attraverso atti sessuali di tipo riproduttivo. Di conseguenza, tutti gli atti sessuali non coniugali conducono all’autodisintegrazione, perché utilizzano il corpo come mero mezzo per il raggiungimento di un fine estrinseco – quale il piacere ad esempio – e sono pertanto sbagliati.

Macedo poi procede a sottolineare le differenze, anche filosofiche, tra il suo pensiero e quello di George e Bradley, riassumendolo in tre aspetti fondamentali. In primo luogo, egli dimostra come il problema centrale non consista affatto nell’incapacità del pensiero liberale di comprendere il bene intrinseco del matrimonio: al contrario, a suo avviso, sono proprio i pensatori conservatori a non comprendere che anche le relazioni tra individui dello stesso sesso al loro meglio (“at their best”) possono esser dotate di considerazione e rispetto.

Per dimostrare ciò, egli richiama l’analogia tra “sex and eating”, la quale dimostrerebbe come il nodo cruciale della disintegrazione del sé non può essere posta in termini puramente teorici: George e Bradley rifiutano infatti l’assunto per cui mangiare per puro piacere, anziché per nutrirsi, porti alla disintegrazione del sé, perché:

«il piacere di mangiare è inserito all’interno di progetti più ampi e proficui: mangiando infatti gli individui non trattano tipicamente i loro corpi come mere macchine volte a suscitare esperienze piacevoli [...] Dunque, il fatto che gli individui possano trarre piacere nel mangiare non rende tali atti disintegrativi»¹⁰⁷.

¹⁰⁶ MACEDO 1995a, 329- 335. Cfr. MACEDO 1995b, 261-300.

¹⁰⁷ GEORGE e BRADLEY 1995, 317.

Bradley e George ammettono però che mangiare e bere per puro piacere possa essere disintegrativo: ad esempio, mangiare funghi allucinogeni per la pura esperienza allucinatoria o bere vino per il semplice piacere di inebriarsi o di ubriacarsi, costituiscono tipici comportamenti volti a strumentalizzare il corpo e a sacrificare la propria integrità psicosomatica. Dunque, tali comportamenti sono in sé “immorali e sbagliati” allo stesso modo degli atti sessuali non coniugali¹⁰⁸.

Quindi, osserva Macedo, se mangiare per piacere può o meno essere causa di disintegrazione, a seconda che sia finalizzato o meno al perseguimento di progetti più ampi e proficui, viene da chiedersi perché lo stesso giudizio non possa essere operato anche agli atti sessuali non coniugali e, specificatamente, a quelli tra persone dello stesso sesso. Macedo poi, pur non negando che gli atti coniugali possano costituire l'espressione massima del “good of marriage”, sottolinea il fatto che essi non sono gli unici che includono la sessualità all'interno di progetti più ampi, ponendo appunto l'accento su gran parte delle relazioni tra individui dello stesso sesso, la cui intrinseca moralità dovrebbe iniziare ad esser presa in considerazione anche dal pensiero conservatore¹⁰⁹.

Nella seconda parte del suo saggio, Macedo indaga una seconda questione connessa alla disintegrazione del sé, cioè quella dei criteri utilizzati per definire un valore come rilevante. Poiché infatti non solo le già menzionate relazioni coniugali ed eterosessuali sono dotate di valore ma esistono anche altre forme di relazione che realizzano un qualche “common good”, ne deriva che queste ultime non possono

¹⁰⁸ GEORGE e BRADLEY 1995, 318.

¹⁰⁹ MACEDO 1995a, 331.

esser definite come disintegrative e che esiste una gamma più vasta di “basic goods” di quella ipotizzata da George e Bradley. Il loro pensiero, inoltre, si rivela fallace nel momento in cui essi non compiono lo “sforzo immaginativo” di discernere il “good”, cioè il bene, nonché il valore intrinseco racchiuso all’interno non di tutte, ma almeno di alcune *same-sex relations* “at their best”¹¹⁰.

Infine, nella terza parte del suo saggio, Macedo sottolinea che il pensiero liberale si differenzia da quello conservatore nella percezione di ciò che John Rawls definisce come diritti e libertà fondamentali («basic rights and liberties»): mentre per i pensatori conservatori tali diritti e libertà sembrano passare in secondo piano quando si tratta di discutere del riconoscimento del *same-sex marriage*, secondo i pensatori liberali è totalmente inappropriato calpestare i basilari principi umani di libertà e di giustizia in nome di convinzioni religiose particolari. *A fortiori*, è doppiamente inappropriato negare, ad alcuni individui, fondamentali aspetti dell’eguaglianza, sulla base di ragioni e argomentazioni che non tengono minimamente conto della possibilità dell’esistenza di un qualche valore morale insito nelle relazioni degli individui in questione.

Nelle sue conclusioni Macedo si mostra particolarmente diffidente verso quel pensiero filosofico che tende a trovare una giustificazione morale ogni volta che ha a che fare con la moralità sessuale in modo indiscriminato: egli suggerisce, infatti, che generalmente una ragione pratica per agire in questo modo risiede nel bisogno di difendere norme sociali ampie e necessariamente imperfette. Questa strategia, conclude, è sì perseguibile, ma ad un altissimo costo morale; inoltre, nulla è a suo avviso più volgare, nell’ambito della moralità politica, di rifiutarsi di offrire ragioni adeguate,

¹¹⁰ MACEDO 1995a, 331.

utilizzandole invece per legittimare l'uso del proprio potere contro un'altra persona¹¹¹.

6. *Considerazioni conclusive*

Il percorso filosofico-giuridico sviluppato in questa sede ha cercato di avvicinarsi, per quanto possibile, alla struttura e agli obiettivi di un pensiero normativo articolato per principi.

Di fronte alla complessità e alla delicatezza del tema affrontato, l'unica strada percorribile è infatti quella che, una volta epurata dei dogmatismi più rassicuranti e conclusivi, si apre ad un *pluralismo istituzionale*: in questo orizzonte, ogni argomentazione, se razionalmente motivata, diventa infatti meritevole di eguale considerazione e rispetto, nella convinzione che il diritto di critica rappresenti un attributo costitutivo e irrinunciabile del pensiero normativo stesso, anche a costo di esporlo inevitabilmente ad una maggiore fragilità e vulnerabilità¹¹².

L'impostazione di questo lavoro non si prefigge in alcun modo di veicolare contenuti che tutti dovrebbero accettare: la struttura dialogica del pensiero normativo suggerisce infatti l'elaborazione di posizioni che sicuramente qualcuno potrebbe accettare, ma tali anche per cui qualcun'altro potrebbe, argomentando, rifiutarsi di farlo¹¹³.

L'obiettivo, in questa sede, non è quello di sposare l'una o l'altra argomentazione favorevole o contraria, quanto piuttosto quello di riflettere sulla possibilità o meno di concepire il dibattito sul *same-sex marriage* secondo un approccio moralmente neutro.

¹¹¹ MACEDO 1995a, 333. Cfr. VERZA 2000.

¹¹² Cfr. ZANETTI 2004.

¹¹³ Zanetti 2004.

Su questo punto si contrappongono infatti, come già è emerso dalle considerazioni di Carlos A. Ball, due scuole di pensiero: la prima è quella che si richiama al cosiddetto *neutral liberalism* dei pensatori *liberal* tradizionali, come John Rawls e Ronald Dworkin, i quali pongono l'accento sulle componenti della libertà, dell'autonomia e dell'egualianza. Il loro pensiero si fonda inoltre sul principio di non interferenza dell'azione pubblica nelle vite private dei cittadini, poiché dovere dello Stato non è quello di rendere moralmente migliori gli individui, ma semplicemente consentire loro di condurre lo stile di vita preferito.

La seconda scuola di pensiero è invece quella del cosiddetto *moral liberalism*, a cui Carlos A. Ball personalmente aderisce, e che ricorda le tesi perfezioniste di Joseph Raz, il quale si oppone alla concezione neutralista ed antiperfezionista del precedente tipo di liberalismo, sostenendo che il suo principio cardine, cioè quello di non interferenza, è in realtà un principio morale, non compatibile peraltro con ogni possibile concezione del bene elaborata dagli individui di una data società¹¹⁴. Secondo Raz infatti, poiché la vita associata impone una serie di regole che interferiscono con la libertà negativa degli individui, ma non per questo sono percepite come ostacoli significativi alla libertà – si pensi al dispositivo delle cinture di sicurezza –, ne consegue che il solo principio di non interferenza non è sufficiente a determinare quando la libertà di un individuo può subire gravi limitazioni. Per superare ciò, Raz concepisce il valore della libertà all'interno di una moralità politica, in cui non rileva unicamente la libertà negativa ma anche quella positiva, che per l'autore coincide con il *well-being*, il benessere individuale¹¹⁵.

Se si applicano queste riflessioni ad una prospettiva “gay

¹¹⁴ Cfr. BALL 2003.

¹¹⁵ ZANETTI 1999, 101-128. Cfr. anche CASADEI 2008b.

rights oriented”, si può argomentare che, poiché l'intimità sessuale non implica solo la soddisfazione di un bisogno fisico ma la capacità di amare – ed essere amati – e prendersi cura l'uno dell'altro, l'obbligo della società passa da una mera non interferenza alla creazione delle condizioni necessarie per proteggere e promuovere anche questi tipi di relazione.

La natura e le modalità di sviluppo delle strutture sociali e delle politiche pubbliche a sostegno del riconoscimento delle *same-sex relations*, varierebbero poi a seconda della società di riferimento, perché nessuna relazione umana è concepibile in un vuoto culturale o sociale. Infatti, come sostiene Raz, «il vero significato di una pratica sociale è il suo significato sociale» e «il matrimonio, l'amicizia e la genitorialità sono tutte istituzioni plasmate da una cultura comune, che determina i limiti delle possibili opzioni disponibili per gli individui»¹¹⁶.

La domanda su quale sia l'opzione argomentativa moralmente e socialmente più giusta non può quindi trovare, in questa sede, una risposta compiuta, anche in considerazione del fatto che, ispirarsi alla struttura del pensiero normativo implica inevitabilmente la scelta di sposare un principio di non conclusività.

Tale principio sembra tuttavia perfettamente conciliabile con le sfide di un diritto che non si limita ad imporre quella che Ronald Dworkin definisce la “majoritarian morality” ma che, cogliendo le istanze di una società in continua evoluzione, riesce a trovare, soprattutto nel dinamismo delle Corti, la sintesi necessaria per garantire a tutti i suoi cittadini quel “pursuit of happiness” così peculiarmente auspicato nella Dichiarazione di indipendenza americana.

Poiché infatti, per usare le parole di John Stuart Mill, «la maggioranza, soddisfatta dalle tipologie degli stili di vita

¹¹⁶ RAZ 1993.

esistenti, non comprende perché quegli stili di vita non siano abbastanza buoni per tutti»¹¹⁷, si potrebbe logicamente dedurre che è compito dello Stato e del diritto rispettare e tutelare “la libertà e la diversità di situazioni” di tutti i cittadini, anche a costo che la nozione di felicità, così come declinata dai pochi, non sia condivisa dai più, sulla base della convinzione che ogni individuo, purché non arrechi danno ad altri, è titolare, in ragione della propria dignità e umanità, di diritti inviolabili, tra cui, anche, il “diritto all’infelicità”¹¹⁸.

¹¹⁷ MILL 1988.

¹¹⁸ Cfr. ZANETTI 1998, 22 ss. Il contenuto del diritto all’infelicità, implicito nella tradizionale accezione di libertà negativa, si pone in contrasto con ogni forma di moralismo e paternalismo giuridico: «il diritto all’infelicità fa dunque riferimento, fondamentalmente, a quel modo moderno e/o liberale di atteggiarsi del rapporto tutto/parti, per cui non solo la parte si esaurisce nel tutto, ma conserva una dignità opponibile a quella del tutto, sicché residua sempre la possibilità di un rapporto non pacificato tra i due termini del rapporto stesso».

Riferimenti bibliografici

- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION 2000. *Statement of the American Psychological Association; Position Statement of Therapies Focused on Attempts to Change Sexual Orientation (Reparative or Conversion Therapies)*.
- BAGLIONI E. 2011. *Il liberalismo progressista di Martha C. Nussbaum: sull'uso pratico delle emozioni*, Roma, Nuova Cultura.
- BALL C.A. 2003. *The Morality of Gay Rights: An Exploration in Political Philosophy*, New York, Routledge.
- BONINI BARALDI M. 2010. *La famiglia de-genere: matrimonio, omosessualità e Costituzione*, Milano-Udine, Mimesis Edizioni.
- BOSWELL J. 1989. *Cristianesimo, tolleranza, omosessualità*, Milano, Leonardo.
- CAHILL S. 2004. *Same-sex marriage in the United States: focus on the facts*, Lanham, Lexington Books.
- CALIARO P.M. 2006. *Il same-sex marriage negli Stati Uniti d'America*, Padova, Cedam.
- CASADEI TH. (ed.) 2002. *Il filo della politica. Democrazia, critica sociale, governo del mondo*, Reggio Emilia, Diabasis.
- CASADEI TH. 2008a. *Il sovversivismo dell'immanenza. Diritto, morale, politica in M. Walzer*, Firenze, Polistampa.
- CASADEI TH. 2008b. *La filosofia pratica di Joseph Raz: valori e ragioni per agire*, in «Diritto&Questioni Pubbliche», 8, 2008, 253-262.
- CONSOLI M. 1990. *Stonewall: quando la rivoluzione è gay*, Roma, Napoleone.
- CRETNEY S. 2006. *Same-sex relationships: from "Odious Crime" to "Gay Marriage"*, Oxford, Oxford University Press.
- DEVLIN P. 1959. *The Enforcement of Morals*, London, Oxford University Press.
- DOVER K.J. 1985. *L'omosessualità nella Grecia antica*, Torino, Einaudi.
- ESKRIDGE W.N. 1993. *A History of Same-Sex Marriage*, in «Virginia Law Review», 79(7), 1993, 1419-1513.
- ESKRIDGE W.N. 1996. *The Case for Same-Sex Marriage: from sexual liberty to civilized commitment*, New York, The Free Press.
- FINNIS J.M. 1993. *Is Homosexual Conduct Wrong? A Philosophical*

- Exchange: Disintegrality*, in «The New Republic», November 15, 1993, 12-13.
- FINNIS J.M. 1993-1994. *Law, Morality and Sexual Orientation*, in «Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy» 69(9), 1993-1994, 1049-1285.
- FINNIS J.M. 1996. *Legge naturale e diritti naturali*, Torino, Giappichelli.
- FINNIS J.M. 1997. *The Good of Marriage and the Morality of Sexual Relations: Some Philosophical and Historical Observations*, in «American Journal of Jurisprudence», 42, 1997, 97-134.
- GALEOTTI A.E. 1994. *La tolleranza: una proposta pluralista*, Napoli, Liguori.
- GALEOTTI A.E. 1997. *Contemporary Pluralism and Toleration*, in «Ratio Juris», 10(2), 1997, 223-235.
- GALEOTTI A.E. 1999. *Multiculturalismo: filosofia politica e conflitto identitario*, Napoli, Liguori.
- GALEOTTI A.E. 2010. *La politica del rispetto: i fondamenti etici della democrazia*, Roma-Bari, Laterza.
- GEORGE R.P. 1993. *Making Men Moral: civil liberties and public morality*, Oxford, Clarendon Press.
- GEORGE R.P. e Bradley G.V. 1995. *Marriage and the Liberal Imagination*, in «Georgetown Law Journal», 84(2), 1995, 301 ff.
- GLASSGOLD J.M. 2009. *Report of the American Psychological Association Task Force on Appropriate Therapeutic Responses to Sexual Orientation*.
- HART H.L.A. 1963. *Law, Liberty and Morality*, London, Oxford University Press.
- HART H.L.A. 1965. *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi. Tr. di M.A. Cattaneo.
- HURKA T. 1993. *Perfectionism*, Oxford, Oxford University Press.
- KATZ J. 1976. *Gay American History: lesbians and gay men in the U.S.A: a documentary*, New York, Thomas Y. Crowell.
- MACEDO S. 1995a. *Reply to Critics*, in «Georgetown Law Journal», 84(2), 1995, 329-335.
- MACEDO S. 1995b. *Homosexuality and the Conservative Mind*, in «Georgetown Law Journal», 84(2), 1995, 261-300.
- MACLEOD A.J. 2008. *The Search for Moral Neutrality in Same-Sex Marriage Decisions*, in «BYU Journal of Public Law», 2008, 1-59.

- MANGINI M. 2004. *Il liberalismo forte: per un'etica pubblica perfezionista*, Milano, Mondadori.
- MILL J.S. 1988. *On Liberty*, London, Penguin Books.
- NAGEL T. 1998. *Concealment and Exposure*, New York, Oxford University Press.
- NUSSBAUM M.C. 2005. *Nascondere l'umanità: il disgusto, la vergogna, la legge*, Roma, Carocci.
- NUSSBAUM M.C. 2010. *From Disgust to Humanity: Sexual Orientation & Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press.
- PELIKAN J.J. 1984. *The Vindication of Tradition: 1983 Jefferson Lecture in the Humanities*, New Haven, Yale University Press.
- RAWLS J. 1982. *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli. Tr. di U. Santini.
- RAWLS J. 1994. *Liberalismo politico*, Milano, Edizioni di Comunità. Tr. di G. Rigamonti da *Political Liberalism*, Columbia University Press, New York, 1993.
- RAZ J. 1986. *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press.
- RAZ J. 1989. *Facing Up: A Reply*, in «Southern California Law Review», 62(3), 1989, 1153-1235.
- RAZ J. 1993. *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press.
- ROSTOW E.V. 1960. *The Enforcement of Morals*, in «Cambridge Law Journal», 18(2), 1960, 174-198.
- SOBLE A. e Power N. 2007. *Philosophy of Sex: Contemporary Readings*, Lanham, Rowman&Littlefield Publishers.
- STEWART M.N. 2008. *Marriage Facts*, in «Harvard Journal of Law and Public Policy», 31(1), 2008, 313 ff.
- STRASSER M. 2003. *The Logical Case for Same-Sex Marriage, A Response to Professor John Witte Jr.*, in WARDLE L.D. (ed.), *Marriage and Same-Sex Unions: A Debate*, Westport (CT), Praeger, 60 ss.
- STRASSER M. 2011. *Same-Sex Marriage and the Right to Privacy*, in «Journal of Law & Family Studies», 13(1), 2011, 117-150.
- SULLIVAN A. 2004. *Same-Sex Marriage: Pro and Con*, New York, Vintage Books.
- VERZA A. 2000. *La neutralità impossibile: uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, Milano, Giuffrè.
- WALDRON J. 1987. *Theoretical Foundations of Liberalism*, in «The Philosophical Quarterly», 37, 1987, 127-150.

- ZANETTI G. (ed.) 1999. *Filosofi del diritto contemporanei*, Milano, Raffaello Cortina Editore.
- ZANETTI G. 1998. *Amicizia, felicità, diritto: due argomenti sul perfezionismo giuridico*, Roma, Carocci.
- ZANETTI G. 2003. *L'argomento delle "opzioni incompatibili" e le coppie di fatto*, in Id., *Etica Pratica: argomenti normativi e spazi del diritto*, Roma, Carocci, 147-173 .
- ZANETTI G. 2004. *Introduzione al pensiero normativo*, Reggio Emilia, Diabasis.