

**U.S.A.: Diritto straniero, diritto comparato, diritto internazionale,
loro presunto uso strategico a fini politici nella giurisprudenza costituzionale
(A margine delle prossime sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America sui matrimoni gay)***

di Leonardo Pierdominici**
(7 aprile 2013)

Sono passati dieci anni esatti dalla storica sentenza *Lawrence v. Texas* (539 U.S. 558, 2003), con la quale la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America dichiarò incostituzionale la disciplina penale dello stato del Texas che puniva come reato il sesso tra adulti omosessuali consenzienti, rendendo quindi incostituzionali analoghe discipline esistenti in altri tredici stati dell'Unione e lecite le relazioni sessuali fra persone dello stesso sesso in tutti gli Stati Uniti.

La decisione - esplicito *overruling* del precedente caso *Bowers v. Hardwick* del 1986, e culmine di una campagna di *litigation* in nome del diritto alla privacy (e alla conseguente sfera di «*personal dignity and autonomy*») incorporato nella *Due Process Clause* del *Fourteenth Amendment* che già aveva investito con successo, nel sistema di *dual federalism* americano, una serie di corti supreme statali (in tema ampiamente Barsotti 2002) - si segnalò come ben noto nel dibattito dottrinale per l'esplicito richiamo che il giudice Anthony Kennedy, nel redigere l'opinione di maggioranza della Corte (p. 573), faceva alla assonante sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo *Dudgeon v. United Kingdom*, 45 Eur. Ct. H. R. (1981) ¶52.

Tanto l'intensiva copertura mediatica che il caso, nella sue vaste implicazioni etiche e politiche, fu capace di attrarre (in proposito Haider-Markel 2006) quanto l'enfasi posta dallo stesso Kennedy nel richiamo al precedente europeo (p. 573: «*(O)f even more importance, almost five years before Bowers was decided the European Court of Human Rights considered a case with parallels to Bowers and to today's case*»), anche come simbolo delle comuni implicazioni relative a «*values shared with a wider civilization*» (p. 560), hanno fatto del caso *Lawrence v. Texas* un simbolo del fenomeno dell'uso a fini interpretativi di materiale "extra-sistemico" nella giurisprudenza costituzionale, che ha esacerbato negli Stati Uniti un dibattito peraltro già tracciato da numerosi precedenti episodi e già contraddistinto da ferme prese di posizione di giudici ed accademici (per una ricostruzione di entrambi Halmai 2012, 1333 ss.).

L'ormai invalso uso di queste tecniche argomentative dinanzi e da parte delle corti di giustizia costituzionale è fenomeno che è stato ampiamente dibattuto negli scorsi anni. La dottrina ha già provveduto ad opportune puntualizzazioni rispetto alle iniziali, stereotipiche descrizioni unificanti intorno al concetto metaforico di "dialogo" tra Corti o tra giudici (in tal senso recentemente de Vergottini 2010, Lollini 2012); e ha ben evidenziato come il dibattito essenzialmente interroghi - talvolta più simbolicamente che in una reale portata effettiva nel giudicato, a seconda del grado d'intensità e di centralità dell'argomento "comparatistico" adottato - certi assiomi relativi alla presunta chiusura e alla autosufficienza degli ordinamenti giuridici nazionali e dei loro sistemi delle fonti, incorporando «*fonti allogene al di fuori del circuito della legalità stretta*» (Lollini 2012, 977) come nuove strategie di giustificazione nel gioco di "diritti e argomenti" del giudizio costituzionale (secondo la nota terminologia di Bin 1992).

Negli Stati Uniti d'America, in particolare, i termini di questo generale dibattito comparatistico si sono innestati in un tessuto d'elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali che pongono bene al centro delle proprie speculazioni le tecniche di argomentazione adottate dalla Corte Suprema nell'interpretazione del proprio testo costituzionale di riferimento, e che spesso riproducono - anche per ovvie caratteristiche strutturali della

* Scritto sottoposto a *referee*.

stessa Corte e del processo di selezione dei suoi componenti – la polarizzazione tra diversi se non opposti orientamenti politico-filosofici.

In questo senso, si associa genericamente un sentimento di apertura e di disponibilità alla presa in considerazione del diritto straniero e/o comparato alle posizioni di giudici fautori di un'interpretazione eclettica, e pertanto tendenzialmente “aperta” ed attualizzatrice della Costituzione (in merito Dorsen 2005) (sebbene, all'interno della Corte, a differenza della più connotata opera del giudice Breyer, quella dello stesso Kennedy rifugga spesso a simili generalizzazioni). Per l'inverso, un atteggiamento di chiusura e scetticismo, se non di radicale contestazione della legittimità della pratica in parola, si è riscontrato da parte delle componenti genericamente conservatrici, legate dai richiami all'eccezionalismo americano (per tutti Bork 2003) e alla necessità di aderenze originaliste o testualiste nell'opera di interpretazione costituzionale (da ultimo Scalia - Garner 2012).

A queste riflessioni sulla legittimità o meno dell'adesione ad una presuntiva «*postmodern natural law*» (Dupré 2009) o ad un moderno «*ius gentium*» (Waldron 2005), e in merito alla sua applicabilità in contesti storicamente caratterizzati da molteplici, stratificate interazioni “valoriali” che legano un costituzionalismo alla propria comunità di riferimento (Bognetti 2000), si sogliono aggiungere da parte degli stessi scettici una serie di contestazioni di ancora più marcata rilevanza “politica”, relativamente al carattere potenzialmente arbitrario della pratica e al rischio di strumentali fenomeni di cd. “*cherry-picking*”. L'elemento volontaristico insito nella presa in considerazione o meno di elementi e argomenti caratterizzati da “extra-sistematicità” indurrebbe, o potrebbe indurre, a prestare attenzione ai soli materiali più accessibili (per ragioni di lingua, fonti, etc.), o addirittura a materiali scelti ad arte per sostenere le proprie tesi.

Su queste basi, dopo la sentenza *Lawrence v. Texas*, la tensione è arrivata ad un punto tale che si è visto ipotizzare da parte di alcuni membri del Congresso l'*impeachment* per i giudici che facessero riferimento al diritto straniero (Glendon 2005); il Congresso discutere una proposta di legge (*Constitution Restoration Act 2004*) con la quale tentava di vietare ai giudici la possibilità di interpretare la Costituzione avvalendosi della giurisprudenza di Corti straniere; nella sentenza *Medellín v. Texas* (552 U.S. 491, 2008) la Corte Suprema ha stabilito che i giudici statali non devono considerarsi vincolati ad una decisione della International Court of Justice, in nome del principio di sovranità e dello stato federale; e, ancor più di recente, in Oklahoma è stata approvata una proposta referendaria per vietare l'uso del diritto internazionale (e della Sharia) da parte delle Corti statali. Nel 2005, in una discussa *dissenting opinion*, il giudice Scalia ha poi potentemente argomentato come «*(T)o invoke alien law when it agrees with one's own thinking, and ignore it otherwise, is not reasoned decisionmaking, but sophistry*» (*Roper v. Simmons* 125 S. Ct. 1183, 1228, 2005, J. Scalia dissenting).

Oggi, dopo un decennio appunto dalla sentenza *Lawrence* e un ampio dibattito, la Corte si approssima a rendere la propria decisione in due casi, *United States v. Windsor* e *Hollingsworth v. Perry*, coinvolgenti una materia con nuovo ampio potenziale etico-politico quale quella dei matrimoni tra persone dello stesso sesso. I contorni delle vicende sono frastagliati: come ben noto al lettore già dalla ampia trattazione pubblicistica, sono in gioco ovviamente il potenziale valore parametrico delle clausole di *Due Process* e di *Equal Protection* del *Fourteenth Amendment* tanto rispetto alla normazione federale (cd. *Defense of Marriage Act*) quanto all'emendamento cd. *Proposition 8* della Costituzione californiana, ma anche più ampie considerazioni in merito alle opportunità di allocazione, nel sistema federale USA, delle potestà legislative in materia, e quanto alla opportunità della stessa Corte Suprema di intervenire, con intervento uniformante per ogni legislatore dell'Unione, in casi di così delicata portata.

Ma una lettura del materiale decisivo presentato alla Corte, all'indomani della trattazione orale delle cause e nell'attendere i pronunciamenti, ci permette di annotare una singolare coincidenza, senz'altro collaterale alla decisione sul diritto sostanziale coinvolto,

ma che rappresenta un nuovo, singolare capitolo nel rapporto tra argomentazione basata sul diritto straniero e giustizia costituzionale americana. Difatti, tra i *briefs* presentati in qualità di *amici curiae* alla Corte – tradizionale veicolo, anche in Lawrence, del diritto straniero nelle considerazioni dei giudicanti – campeggiano stavolta non solo le argomentazioni di una compagine di «*foreign and comparative law experts*» americani, che propalano le magnifiche sorti e progressive dell'«*unmistakable global trend ... toward recognizing marriage equality*», e suggeriscono possibili successi di un'eventuale decisione positiva della Corte per quel che riguarda il suo prestigio internazionale, ma anche le opposte considerazioni di un gruppo di «*international jurists and academics*» (tra cui i Presidenti emeriti della Corte Costituzionale Baldassarre e Maddalena) che all'opposto richiamano ai numerosi esempi, a livello comparato, di deferenza del potere giudiziario rispetto a quello legislativo in questi temi, e alla mancanza di espresse posizioni, nello specifico ambito, proprio da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, originale paradigma nel caso Lawrence.

Assistiamo insomma ad un interessante capovolgimento di fronte rispetto al simmetricamente polarizzato dibattito accademico e giurisprudenziale americano, per il quale posizioni di tendenziale caratterizzazione conservatrice vengono supportate da strumenti argomentativi tradizionalmente appannaggio del fronte opposto, e radicalmente contestati nella loro legittimità e nel loro fondamento teorico dai giuristi conservatori locali (Smorto 2012).

E' vero che già Vicki Jackson ebbe modo di annotare come il giudice Scalia, il più fiero oppositore nella Corte dell'uso del diritto straniero, almeno in un caso risalente (McIntyre v. Ohio Elections Commission, 514 U.S. 334 1995, J. Scalia, dissenting) abbia mancato di tener fede alle proprie convinzioni (Jackson 2001, 252; ma in quel caso il riferimento fu, ad onor del vero, non a giurisprudenza, ma a legislazione elettorale, e di paesi dell'ex-Commonwealth). Pur tuttavia, mentre si inizia ad assistere anche ad altri richiami, da parte di attenta dottrina (su tutti Sunstein 2013), alla possibilità di una scelta deferente (processualmente o sostanzialmente) della Corte nel merito delle cause, un nuovo fronte si apre nella valutazione del «minimalismo» o meno della Corte Roberts. L'intricarsi del dibattito di fronte a sé in merito alle opzioni metodologiche argomentative e all'uso del diritto straniero la farà rischiosamente propendere per una presa in considerazione delle opposte posizioni così fondate, facendo prevalere la necessità di irrobustire i propri eventuali argomenti di merito, o sarà piuttosto il vero incentivo per una decisione - almeno su questi aspetti di metodo, e stavolta unanimemente per le anime progressiste e conservatrici - radicalmente elusiva?

BIBLIOGRAFIA

- Barsotti, V. (2002), *Il sodomita messo al bando dalla Corte Suprema degli Stati Uniti trova protezione presso le corti statali. Il federalismo americano e la tutela dei diritti*, in *Rivista critica del diritto privato*, 20, pp. 637-658.
- Bin, R. (1992), *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè.
- Bognetti, G. (2000), *Lo spirito del costituzionalismo americano. Breve profilo del diritto costituzionale degli Stati Uniti. Vol. 2: La costituzione democratica*, Torino, Giappichelli.
- Bork, R. (2003), *Coercing Virtue: the Worldwide Rule of Judges*, Washington DC, American Enterprise Institute Press.
- de Vergottini, G. (2010), *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino.
- Dorsen, N. (2005), *The Relevance of Foreign Legal Materials in US Constitutional Cases:*

- Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3(4), pp. 519-541.
- Dupré, C. (2009), *Globalisation and judicial reasoning: building blocks for a method of interpretation*, in Halpin, A., Volker, R. (cura di), *Theorising the global legal order*, Oxford, Hart Publishing.
- Glendon, M.A. (2005), *Judicial Tourism: What's Wrong with the U.S. Supreme Court Citing Foreign Law*, in *Wall Street Journal*, 17 settembre 2005.
- Haider-Markel, D.P. (2006), *Media Coverage of Lawrence v. Texas: An Analysis of Content, Tone, and Frames in National and Local News Reporting*, in *The Harvard International Journal of Press/Politics*, 11, pp. 64-85.
- Halmai, G. (2012), *The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation*, in Rosenfeld, M. e Sajo, A. (cura di) (2012) *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 1328.
- Jackson, V.C. (2001), *Narratives of Federalism: Of Continuities and Comparative Constitutional Experience*, in *Duke Law Journal*, 51, pp. 223-287.
- Lollini, A. (2012), *Il diritto straniero nella giurisprudenza costituzionale: metodi «forte» e «debole» a confronto*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 4, pp. 973-1018.
- Scalia, A., Garner, B.A. (2012), *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, Thomson/West.
- Smorto, G. (2012), *La comparazione giuridica negli Stati Uniti d'America. Spunti per una riflessione*, in Antonioli, L., Benacchio, G.A., Toniatti, R., *Le nuove frontiere della comparazione. Atti del Convegno nazionale della Sird*, Trento, Università di Trento - Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche.
- Sunstein, C. (2013), *Same-Sex Marriage Law Has Four Possible Paths*, in *Bloomberg View*, 26 marzo 2013 (disponibile al sito <http://www.bloomberg.com/news/2013-03-26/same-sex-marriage-law-has-four-possible-paths.html>, ultimo accesso 29 marzo 2013).
- Waldron, J. (2005), *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, in *Harvard Law Review*, 119, pp. 129-147.

** Dottorando di ricerca, Istituto Universitario Europeo