

U.S.A.: La Corte Suprema sul *same sex marriage*. Il caso *US v. Windsor**

di Tommaso Giovannetti**
(21 luglio 2013)

I motivi che inducono – con facile sforzo predittivo – a ritenere che la decisione (da tempo attesa: vedi L. PIERDOMINICI, *Aspettando le prossime sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti sui matrimoni gay*, in *Quaderni cost.*, 2/2013, p. 446 ss.) della Corte suprema sul caso *United States v. Windsor* sia destinata – molto più della coeva *Hollingsworth v. Perry*, pure avente ad oggetto una questione relativa ai *same-sex marriages* – ad entrare nel novero di quelle che segnano un'epoca sono molteplici: il primo, e più evidente, attiene strettamente al merito della soluzione accolta, vale a dire la dichiarazione di incostituzionalità della disposizione del *Defense of Marriage Act* del 1996 (d'ora in poi *DOMA*) che prevedeva che

“[I]n determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word ‘marriage’ means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word ‘spouse’ refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife”.

Il vizio di incostituzionalità riguarda, dunque, non una disposizione statale che sancisce il divieto di istituzione dei *same-sex marriages* – come, appunto, avveniva nell'evocato caso *Hollingsworth v. Perry*, già peraltro risolto a livello di Corte suprema dello Stato della California nel senso dell'illegittimità di un tale divieto, e sul quale la Corte suprema federale ha ritenuto di non potersi pronunciare per ragioni attinenti alla legittimazione processuale delle parti del giudizio – ma, appunto, una norma federale, come tale destinata ad esplicare i suoi effetti sull'intero territorio statunitense, incidendo sull'operatività di tutte quelle *federal laws* (oltre un migliaio, secondo la stessa Corte suprema) per le quali lo stato di famiglia assume rilevanza ai fini della loro applicazione.

Se l'adozione, nel 1996, del *DOMA* costituiva (almeno nella ricostruzione della *Supreme Court*) una sorta di argine preventivo eretto dinanzi ai primi segnali di apertura, a livello statale, verso l'ammissibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso, la sentenza in commento ha di fatto rotto quell'argine. Alcuni scricchiolii, presagio di problemi di tenuta di esso, in realtà già si potevano udire e rintracciare – sul piano più strettamente politico – nella decisione del governo degli Stati Uniti di abbandonare al proprio destino la legge impugnata, sulla base della considerazione per cui *“given a number of factors, including a documented history of discrimination, classifications based on sexual orientation should be subject to a heightened standard of scrutiny”*. Non, quindi, un espresso riconoscimento da parte del Presidente degli Stati Uniti dell'incostituzionalità della norma, ma una decisione – comunque di per sé significativa – di non schierarsi a difesa della legittimità di essa, cosicché a puntellare l'argine eretto dal *DOMA* era rimasta la (sola) voce del *Bipartisan Legal Advisory Group* dell'*House of Representatives*.

Ma quell'argine – si diceva – non ha retto. In estrema sintesi, l'accertamento dell'incostituzionalità sembra fondarsi essenzialmente su due ordini di ragioni: l'illegittima interferenza da parte della Federazione in materie di competenza statale, da un lato, e la violazione dei principi del *due process* e della *equal protection*, dall'altro. Meno agevole risulta comprendere quale sia il peso specifico relativo dei due motivi evocati, giacché l'argomentare della Corte scivola dall'uno all'altro con andamento non sempre cristallino.

* Scritto sottoposto a *referee*.

Ad ogni modo, sotto il primo aspetto, non possono esservi dubbi sul fatto che la questione sia esaminata e risolta alla luce dell'impianto federale dell'ordinamento giuridico statunitense: è la Corte a muovere dichiaratamente dalla constatazione per cui "*[i]n order to assess the validity of that intervention it is necessary to discuss the extent of the state power and authority over marriage as a matter of history and tradition*". Così inquadrata la questione, la *Supreme Court* ritiene doversi riconoscere che la scelta dello Stato di New York di ammettere i *same-sex marriages* costituisce "*without doubt a proper exercise of its sovereign authority within our federal system, all in the way that the Framers of the Constitution intended*". Poiché, dunque, appartiene al legislatore statale di decidere *an e quomodo* del riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, quando il legislatore federale ha definito, con aspirazione di universalità, il significato dei termini "matrimonio" e "coniuge" ancorandoli al presupposto della differenza di sesso tra i nubendi, ha, in primo luogo, calpestato l'autonomia degli Stati membri della Federazione.

Tuttavia, si ha la sensazione che questo argomento da solo non sia né necessario né sufficiente a suffragare la tesi dell'incostituzionalità: la Corte precisa, infatti, che "*it is unnecessary to decide whether this federal intrusion on state power is a violation of the Constitution because it disrupts the federal balance. The State's power in defining the marital relation is of central relevance in this case quite apart from principles of federalism*".

È qui che l'argomento di matrice federalista scivola impercettibilmente in quello facente capo al principio di uguale tutela dei diritti. Ad acquisire rilevanza è la circostanza che il legislatore statale, esercitando la propria competenza in materia di disciplina dei rapporti familiari, abbia, attraverso l'attribuzione alle coppie omosessuali del diritto a contrarre matrimonio, rafforzato il riconoscimento sociale e la protezione legale di un'intera classe all'interno della comunità statale, mentre il legislatore federale ha operato in senso diametralmente opposto, attraverso la predisposizione di una clausola definitoria generale capace di limitare gli effetti di quel riconoscimento e di quella protezione.

Pur non giungendo ad affermare l'esistenza di un diritto costituzionalmente fondato a contrarre matrimonio per le coppie omosessuali, la Corte dedica alla legislazione statale che lo ammette parole che sembrano contenere un implicito apprezzamento, quando afferma che lo Stato di New York ha conferito alla "*lawful conduct*" delle coppie omosessuali intenzionate a sposarsi un "*lawful status*", il che non solo rappresenta "*a far-reaching legal acknowledgment of the intimate relationship between two people, a relationship deemed by the State worthy of dignity in the community equal with all other marriages*", ma riflette anche "*the community's considered perspective on the historical roots of the institution of marriage and its evolving understanding of the meaning of equality*".

Una volta che il legislatore statale ha fatto quella scelta, essa non può essere revocata in dubbio e svuotata di contenuto dal legislatore federale. Sul punto la Corte è perentoria: "*[b]y creating two contradictory marriage regimes within the same State, DOMA forces same-sex couples to live as married for the purpose of state law but unmarried for the purpose of federal law, thus diminishing the stability and predictability of basic personal relations the State has found it proper to acknowledge and protect*". La Corte stigmatizza a più riprese l'esistenza di questo doppio standard matrimoniale, negando la legittimità di "*second-class marriages*", di "*second tier marriages*", di "*marriages less worthy than others*", di "*marriages less respected than others*" (evocando tra l'altro incidentalmente l'effetto umiliante che una tale qualificazione può avere sui figli che crescono in coppie omosessuali).

In una parola, il DOMA "*writes inequality into the entire United States Code*": parafrasando Orwell, si potrebbe dire che il legislatore federale, consapevole di non poter entrare direttamente in un territorio di competenza statale, abbia, con il DOMA, iscritto

sulla porta di ingresso dell'ordinamento statunitense il principio per cui "tutti i matrimoni sono uguali, ma alcuni matrimoni sono più uguali di altri". La Corte ritiene tale principio incostituzionale, e lo rimuove dal sistema.

In questo contesto le argomentazioni di merito apportate dai giudici dissenzienti a sostegno della costituzionalità della norma appaiono invero alquanto scarse. A questo proposito si noterà soltanto come la critica del giudice Scalia riferita all'eccessivo peso attribuito nell'*Opinion of the Court* allo "scopo" della legge impugnata solo apparentemente colga nel segno: a prescindere dai motivi soggettivi che hanno mosso il legislatore federale, e che sono scandagliati dalla Corte al fine di inquadrare, da un punto di vista storico e sistematico, l'approvazione del DOMA, ciò che conta sono la *ratio* oggettiva e l'effetto pratico della norma impugnata, e pare difficilmente negabile che essi consistano nella limitazione della tutela accordata a livello statale alle coppie omosessuali.

Ma, si diceva, i motivi di interesse della decisione in commento sono molteplici. Tra questi, almeno un altro merita di essere segnalato, vale a dire lo scontro tra due visioni opposte del *judicial review* di matrice statunitense e, quindi, tra due concezioni profondamente divergenti del ruolo della Corte suprema (e, in certa misura, delle Corti tutte) nella forma di stato e di governo americana. Non è un caso che nelle opinioni dissenzienti dei giudici Scalia e Alito si trovino riferimenti alla sentenza *Marbury v. Madison*, a *The Federalist*, a Montesquieu, a Tocqueville: lungi dal rappresentare meri vezzi formali e retorici dettati dalla volontà di chi è finito in minoranza nel collegio di abbellire la motivazione del proprio *dissent* (la *Opinion of the Court* è stata – si ricorda – sottoscritta da 5 giudici su 9), tali riferimenti sono, viceversa, sintomatici della profondità del confronto sostanziale che si è combattuto all'interno della Corte in merito non solo (verrebbe da dire: non tanto) al tema oggetto del giudizio, ma anche (e soprattutto) al modo in cui la Corte guarda a se stessa nel sistema ed interpreta il suo stesso ruolo all'interno dei *checks and balances* disegnati dai *Founding Fathers*.

L'*incipit* dell'opinione dissenziente del giudice Scalia scolpisce efficacemente i termini del problema di fondo: "[t]his case is about power in several respects. It is about the power of our people to govern themselves, and the power of this Court to pronounce the law". La sua posizione sul punto è chiara (più approfonditamente si rimanda all'intervista al Justice Scalia, raccolta da D. Tega, pubblicata in *Quaderni costituzionali* 3/2013): a suo avviso la decisione della Corte di entrare nel merito della questione riposa su una "*exalted conception of the role of this [Court] in America*". La sua visione appare sintetizzata in quel "*We might have let the People decide*" che chiude la sua argomentazione e che si scontra frontalmente con l'opposta concezione di quanti ritengono che "*the clear dictate of the separation-of-powers principle*" consista precisamente nel fatto che "*when an Act of Congress is alleged to conflict with the Constitution, [i]t is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is*".

I contendenti, fautori delle opposte visioni, utilizzano tutte le armi che hanno a disposizione, richiamando anche argomenti di carattere strettamente processuale: per Scalia, la carenza di giurisdizione deriva dalla mancanza di una controversia reale, dal momento che le parti del giudizio (governo e cittadino) sono in realtà d'accordo sulla soluzione di merito (v. *supra*), ed evidenzia le peculiarità del sistema statunitense rispetto ad altre esperienze di giustizia costituzionale, che conoscono forme di sindacato di costituzionalità delle leggi in via astratta. Al contrario, la maggioranza ritiene che quella oggetto del giudizio non sia una mera *litis ficta*, poiché il governo aveva dichiarato di ritenere comunque obbligatoria l'applicazione del DOMA, riconoscendo contestualmente al potere giudiziario il ruolo di "*final arbiter of the constitutional claims raised*".

Che questa volontà di spostare l'accento della controversia su un problema a monte – quello, cioè, della presunta carenza di giurisdizione determinato, ora dall'inesistenza di

un “*case or controversy*”, ora dalla natura politica della questione sottoposta al giudizio della Corte, che avrebbe dovuto astenersi dal decidere per lasciare libero campo al dispiegarsi della discrezionalità del legislatore – rappresenti un mero tentativo di erigere “digue preventive” che impedissero di giungere ad una decisione nel merito sarebbe certamente affermazione eccessiva e semplificatoria, perché quelle della definizione dei presupposti della competenza della Corte e dell’individuazione dei limiti di intervento di essa nelle scelte di merito compiute dal legislatore sono questioni ben note a tutte le esperienze di giustizia costituzionale, ivi compresa quella italiana.

E la centralità di quest’ultimo tema non sfugge nemmeno alla (maggioranza della) Corte, la quale afferma che “[t]he integrity of the political process would be at risk if difficult constitutional issues were simply referred to the Court as a routine exercise”. In gioco c’è (dovrebbe esserci) l’equilibrio dei poteri, inteso non come sterile conflitto tra legislativo, esecutivo e giudiziario per la conquista di spazi di decisione e di influenza, ma come condizione e strumento di una più efficace tutela dei diritti nelle moderne società pluraliste.

Scalia ritiene che i giudici della Corte “*might have covered [them]selves with honor today, by promising all sides of this debate that it was theirs to settle and that [the judges] would respect their resolution*”. Alla asserita esaltazione del ruolo della Corte come presupposto teorico generale della decisione del caso di specie, Scalia contrappone, l’opposta, esaltazione del ruolo del legislatore e della legge come espressione della volontà della maggioranza. C’è da chiedersi quanto spazio lasci un’impostazione del genere, se portata alle estreme – ma non lontane – conseguenze, allo stesso esplicitarsi del *judicial review*. Nel caso di specie, affermare *sic et simpliciter* che la Corte avrebbe dovuto dichiararsi incompetente per consentire al popolo di legiferare è certo logicamente sostenibile, ma produce conseguenze che è bene aver chiare: significa, in una parola, precludere *tout court* l’intervento della Corte, ora ed in futuro, sul tema *de quo*, e su altri di analogo rilievo, qualunque sia la posizione assunta dal “popolo” nell’esercizio della funzione legislativa.

Viceversa, l’odierna maggioranza all’interno della Corte ha ritenuto che l’intervento del *judiciary* sulla decisione del *legislative branch* fosse giustificata, nell’ambito del delicato sistema dei *checks and balances*, dal fatto che “*this case is not routine*”: come dire, l’eccezionalità del caso – presumibilmente ascrivibile alla sua importanza per il governo federale e per centinaia di migliaia di persone, per usare le parole della Corte – giustifica l’intromissione della *Supreme Court* nel merito della questione. Si può discutere dell’idoneità di un tale criterio a fungere da bussola per le decisioni future della Corte, ma non si può negare che esso rappresenti un tentativo di difendere le sue prerogative nell’ambito di una concezione del *judicial review* che, senza negare le prerogative del legislatore, non risulti *a priori* confinata entro limiti che finiscono per mortificare il senso stesso della sua esistenza.

* Assegnista di ricerca in Diritto pubblico – Università di Pisa