

“*This case is not routine*”. La Corte Suprema USA e il *same sex marriage*, tra tutela dei diritti e limiti della giurisdizione.

(Guida alla lettura di *United States v. Windsor*, No. 12-307, 26 giugno 2013)

di *Angelo Schillaci* - **Assegnista di ricerca in diritto costituzionale Università di Teramo.**

1. Premessa Con la decisione che pubblichiamo, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della Sez. 3 del *Defense of Marriage Act* 1996 (d'ora in poi, DOMA) che, limitando la definizione di matrimonio rilevante per il diritto federale alle sole unioni contratte tra persone di sesso diverso, impediva di estendere alle coppie omosessuali – regolarmente sposate in uno dei 13 Stati dell'Unione che riconoscono il matrimonio *same sex* – diritti, obblighi e responsabilità previsti dalla legislazione federale per le coppie eterosessuali unite in matrimonio.

La vicenda da cui trae origine la sentenza è nota: Edith Windsor, una volta rimasta vedova (e divenuta erede) di sua moglie Thea Spyer, aveva richiesto alla Federazione di poter accedere al beneficio dell'esenzione fiscale per i coniugi superstiti, previsto dalla legislazione federale per i coniugi eterosessuali. Tale beneficio le veniva negato, in quanto il matrimonio, regolarmente contratto in Canada e riconosciuto dallo Stato di New York, non rientrava nella definizione di cui alla sez. 3 del DOMA. In conseguenza la Windsor ricorreva in giudizio avverso la decisione dell'autorità federale, risultando vincitrice tanto dinanzi alla Corte distrettuale di New York quanto dinanzi alla Corte d'Appello per il secondo circuito; entrambe le Corti, peraltro, disapplicavano la sez. 3 del DOMA, ritenendola costituzionalmente illegittima. All'esito del giudizio di secondo grado il *Solicitor General* presentava un *writ of certiorari* alla Corte Suprema che, ritenuta la propria giurisdizione, adottava la decisione in commento; l'opinione di maggioranza è redatta dal giudice Kennedy, ed è accompagnata dalle tre opinioni dissenzienti del *Chief Justice* Roberts, del giudice Scalia e del giudice Alito.

La decisione appare particolarmente rilevante, oltre che – come si vedrà – nel merito, anche sul piano strettamente processuale, specie per ciò che riguarda la definizione, da parte della Corte Suprema, dei limiti della propria giurisdizione alla luce dell'art. III della Costituzione degli Stati Uniti.

2. Profili processuali: i limiti della giurisdizione della Corte suprema. Con riferimento ai profili processuali, il principale problema che si presentava alla Corte riguardava la natura contenziosa del giudizio sottoposto al suo esame. Nel corso del giudizio, infatti, il rappresentante del Governo federale aveva comunicato alla Camera dei Rappresentanti che non avrebbe più sostenuto la legittimità costituzionale della sez. 3 del DOMA nei giudizi pendenti, con ciò accedendo alla posizione della ricorrente Windsor. Allo stesso tempo, tuttavia, il Governo affermava che, pur essendo convinto della illegittimità costituzionale della norma, avrebbe continuato a dare

esecuzione alla stessa, negando alle coppie omosessuali sposate i benefici già previsti per le coppie eterosessuali dalla legislazione federale: in conseguenza la Windsor, pur vittoriosa in giudizio, non otteneva il rimborso dell'imposta versata (cfr. p. 5 dell'opinione di maggioranza). L'accordo delle parti sul principio di diritto poneva pertanto alla Corte suprema un problema di giurisdizione, dal momento che, nell'interpretazione consolidata dell'art. III della Costituzione, la natura contenziosa della controversia – unitamente all'effettività del beneficio discendente dalla decisione – è ritenuta elemento essenziale per l'affermazione della giurisdizione della Corte Suprema, con esclusione di decisioni aventi portata astratta o rilevanza puramente teorica, così come di decisioni riguardanti unicamente la conformità della legge alla Costituzione, senza alcuna ricaduta concreta sulla posizione sostanziale delle parti. Si tratta, come evidente, di una questione che investe la stessa fisionomia del modello statunitense di giustizia costituzionale, sollevando problemi rilevanti con riguardo ai rapporti tra il potere giudiziario, il potere legislativo e il potere esecutivo. La questione, peraltro, è al centro di tutte le opinioni dissenzienti.

Secondo l'opinione di maggioranza, infatti, la sussistenza della giurisdizione della Corte discende in primo luogo dalla intenzione del Governo federale di continuare a dare esecuzione al DOMA, pur sostenendone l'incostituzionalità: tale circostanza, come dimostra il persistente inadempimento federale all'obbligo di rimborso nei confronti della Windsor, determina un *vulnus* alla posizione giuridica della ricorrente, e vale a radicare la natura contenziosa della controversia sottoposta all'esame della Corte, con ciò soddisfacendo i requisiti di cui all'art. III della Costituzione federale (cfr. p. 9 op. magg.).

Accanto alla natura contenziosa della controversia, un'altra significativa ragione che spinge la Corte a ritenere la propria giurisdizione risiede nell'insussistenza di considerazioni prudenziali che possano giustificare un atteggiamento di *self-restraint*, in considerazione dell'incertezza sulla natura contenziosa della controversia: infatti, ricorda la Corte, anche “qualora l'art. III consenta l'esercizio della giurisdizione, ragioni prudenziali impongono che la Corte insista particolarmente «sul carattere effettivamente contenzioso della controversia, idoneo a meglio definire (*that sharpens*) le questioni concrete dalle quali la Corte dipende ai fini della soluzione di questioni costituzionali complesse»” (p. 10 op. magg.; la citazione è del caso *Baker v. Carr*, del 1962). Allo stesso tempo, la Corte è chiamata a verificare l'esistenza di ragioni prudenziali che, al contrario, *giustificano* il proprio intervento pure in assenza dell'interesse di una delle parti a prevalere sull'altra: tali, ad esempio, la presenza di intervenienti o *amici curiae* che sostengano la posizione contraria, ma anche la considerazione dei più generali effetti derivanti – nell'ordinamento considerato nel suo complesso – dall'assenza di una dichiarazione di incostituzionalità della legge sottoposta al giudizio della Corte. Proprio quest'ultimo profilo assume un rilievo decisivo nell'*iter* argomentativo della Corte: pur non potendosi escludere, infatti, che analoghi casi – tuttavia di natura pienamente contenziosa – possano giungere in futuro alla cognizione della Corte, la maggioranza ha ritenuto che la persistente incertezza su un considerevole numero di rapporti giuridici – derivante dalla posizione del Governo (condivisibile, ma *unusual*, in assenza di un previo *adverse judgment*, cfr. pp. 3-4 op. magg.) e dall'assenza di una pronuncia della Corte, idonea ad indirizzare l'azione dei giudici e delle amministrazioni – rappresenti una sufficiente ragione prudenziale per ritenere la propria giurisdizione (pp. 11-12).

Come accennato, la posizione assunta dalla maggioranza è severamente criticata dal giudice Scalia nel suo *dissent*, in particolare con riferimento all'astrattezza della questione sottoposta alla Corte Suprema, che ha permesso a quest'ultima di prendere posizione su un problema che avrebbe potuto essere più opportunamente gestito in sede politica: al centro delle preoccupazioni di Scalia, pertanto, la tenuta del principio di separazione dei poteri e dunque la necessità che la Corte

mantenga una posizione di deferenza rispetto al processo legislativo e alla dialettica tra Legislativo ed Esecutivo. La contrapposizione, come si vede, è molto netta, attiene alla posizione e al ruolo della Corte Suprema nella forma di governo statunitense e si intreccia con il vasto dibattito che ha investito negli ultimi anni, più in generale, il problema del cd. attivismo giudiziale, anche in relazione alla legittimazione delle Corti e alla loro influenza sull'articolazione del processo politico [si pensi, in particolare, ai lavori di M. Tushnet (ad es., *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press 1999), o di R. Hirschl (ad es., *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2007) ma anche, entro certi limiti, al parallelo dibattito svoltosi in Europa in merito al cd. "dialogo tra le Corti" e al ruolo della giurisprudenza nello sviluppo di un sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali, cfr. ad es., tra gli altri, P. Ridola, *Diritti fondamentali e integrazione costituzionale in Europa*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 199 ss.; S. P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, saggio introduttivo dell'omonimo volume, curato dallo stesso Panunzio, Napoli, Jovene, 2005; G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna, Il Mulino, 2010].

Non è questa, come evidente, la sede per diffondersi ulteriormente sul punto, basti aver segnalato che la polarizzazione tra l'opinione di maggioranza e il *dissent* del giudice Scalia ripropone uno dei dilemmi del costituzionalismo contemporaneo, chiamato a confrontarsi con un sistema politico debole, che mostra sempre più difficoltà ad assumere decisioni in ambiti sensibili o particolarmente conflittuali (si pensi alle questioni di bioetica o, appunto, ai diritti civili degli omosessuali), e con un potere giurisdizionale particolarmente attento a garantire ascolto alle istanze di giustizia, specie quando coinvolgano minoranze che non riescono ad essere adeguatamente rappresentate in sede politica.

Peraltro, proprio l'istanza di tutela dei diritti potrebbe rappresentare un efficace punto di osservazione per meglio comprendere la contrapposizione: laddove la maggioranza interpreta l'estensione dei poteri della Corte alla luce della necessità di garantire protezione ai diritti lesi dalla persistente applicazione del DOMA (peraltro ritenuto incostituzionale dallo stesso Governo federale) il giudice Scalia, tutto al contrario, afferma che la materia "avrebbe dovuto essere lasciata – come molte altre dovrebbero – al «tiro alla fune» tra Presidente e Congresso" (p. 10 del *dissent*). Resta da chiedersi cosa ne sarebbe stato, in questo caso, dei diritti delle persone coinvolte, ma anche del diritto della stessa ricorrente ad ottenere il rimborso dell'imposta a suo tempo versata.

In ogni caso, l'esigenza di tutelare i diritti delle persone coinvolte dall'applicazione del DOMA – esposti al rischio di persistenti violazioni ad opera di una legge che lo stesso Governo federale considera incostituzionale, in assenza di riferimenti normativi certi – rappresenta una delle ragioni principali per cui la Corte decide di procedere nel merito, pur consapevole di aver teso fino ai suoi limiti più estremi il modello statunitense di controllo di costituzionalità. È la stessa Corte, infatti, ad affermare che "l'integrità del processo politico sarebbe messa a rischio qualora complesse questioni di costituzionalità venissero sottoposte alla Corte senza filtri, come mero esercizio di *routine* (*simply referred to the Court as a routine exercise*)". Ma questo, prosegue la Corte, non è un caso di *routine*: al contrario, esso investe una questione di immediata importanza per il Governo federale e per centinaia di migliaia di persone. Di qui l'opportunità di procedere all'esame del merito (p. 13, op. magg.).

3. L'illegittimità costituzionale della sez. 3 del DOMA: rifiuto della stigmatizzazione e umanità del diritto. La Corte Suprema, come accennato, ha ritenuto che il danno e l'indegnità (*injury and indignity*) derivanti dalle restrizioni imposte dalla Federazione – attraverso la sez. 3 del DOMA – ai

diritti degli omosessuali sposati abbia determinato la violazione di un elemento essenziale della libertà protetta dal V Emendamento alla Costituzione statunitense (p. 19 op. magg.). Il percorso argomentativo della decisione è piuttosto articolato, e nettamente orientato al riconoscimento della rilevanza costituzionale della dimensione di vita e libera realizzazione della personalità rappresentata dall'unione omosessuale, unitamente al rifiuto di qualunque politica basata sull'ostilità e sul disgusto.

Tali rilievi si intrecciano con il diverso profilo della polarizzazione tra l'atteggiamento della Federazione e quello degli Stati che hanno riconosciuto il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Tuttavia, la Corte è molto netta nello spostare fin da subito l'attenzione dal riparto delle competenze al profilo della concreta tutela dei diritti coinvolti: "non è necessario", afferma la Corte, "stabilire se l'intrusione federale in un ambito di potere riservato agli Stati violi la Costituzione nella misura in cui incide sugli equilibri interni alla Federazione". La limitazione del potere degli Stati in materia di relazioni familiari, infatti, non rileva tanto con riferimento al rispetto dei principi che ispirano il federalismo statunitense quanto, prosegue la Corte, con riguardo all'importanza delle posizioni soggettive che gli Stati hanno riconosciuto, e che il DOMA ha sistematicamente pregiudicato.

Appare centrale, nell'*iter* argomentativo della Corte, il profilo degli obiettivi perseguiti dal DOMA, al di là, appunto, dell'ingerenza nel potere statale di disciplina delle relazioni familiari. Mentre il riconoscimento del *same sex marriage* da parte degli Stati risponde, secondo la Corte, all'intento di conferire agli omosessuali "*a dignity and status of immense import*", rafforzando il riconoscimento, la dignità e la protezione del gruppo all'interno della comunità statale, l'azione definitoria realizzata dal DOMA persegue l'opposto obiettivo di limitare i diritti di quello stesso gruppo: insomma, prosegue la Corte, ciò che lo Stato tratta in modo uguale, la Federazione discrimina, ad opera di una legge finalizzata a danneggiare persone che lo Stato ha deciso di proteggere (pp. 18-19, op. magg.). Suggestivi, e rivelatori della centralità che assume, nell'*iter* argomentativo della Corte, la considerazione della vita familiare degli omosessuali come dimensione di libero sviluppo della personalità meritevole di tutela costituzionale, i passaggi della sentenza in cui si analizza la meritevolezza dell'intento perseguito dalla legislazione statale. In particolare, sembra innanzitutto assai significativo l'aggancio al passaggio del precedente *Lawrence v. Texas* in cui la Corte aveva legato la dichiarazione di incostituzionalità del reato di sodomia (anche) alla considerazione che, in una relazione omosessuale – del pari che in una relazione tra persone di sesso diverso – il comportamento sessuale può rappresentare uno degli elementi costitutivi di un legame stabile. Oggi, la Corte riconosce che la legislazione statale in materia di *same sex marriage* non fa altro che approfondire la protezione e la dignità (*protection and dignity*) di quel tipo di legame, già riconosciuto dalla Corte (in *Lawrence v. Texas*) meritevole di tutela alla luce del XIV Emendamento: in particolare, afferma la Corte, l'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso da parte degli Stati comporta il riconoscimento della relazione intima tra due persone, considerata dallo Stato "*worthy of dignity*" nella comunità, alla pari degli altri matrimoni (p. 20, op. magg.).

Centrale, pertanto, la dimensione individuale, l'attenzione – quasi empatica o, per usare la terminologia coniata da Martha Nussbaum, fondata sulla capacità di immaginare [cfr. soprattutto M. Nussbaum, *Disgusto e umanità. L'orientamento sessuale di fronte alla legge*, Milano, Il Saggiatore, 2011] – della Corte per i desideri e i progetti di vita degli omosessuali, che si traduce nell'apprezzamento verso la legislazione statale che ha introdotto il *same sex marriage*. L'attenzione alla concreta posizione dell'omosessuale che desidera sposarsi, o che si sia sposato nello Stato che gli riconosce tale diritto sembra davvero uno degli assi portanti della sentenza: anziché concentrarsi sull'istituto del matrimonio, sulle sue radici storiche e culturali (come invece,

almeno entro certi limiti, accade nel *dissent* di Scalia) la Corte analizza piuttosto la fattispecie sottoposta al suo esame dal punto di vista delle persone coinvolte e del pregiudizio da esse concretamente subito in conseguenza dell'applicazione del DOMA.

Nella stessa prospettiva è condotta, peraltro, l'analisi critica degli intenti e della portata della sez. 3 del DOMA. Nella vigenza del DOMA, afferma infatti la Corte, la vita delle coppie omosessuali risulta oppressa (*burdened*) in modo pubblico e visibile (p. 23, op. magg.), dal momento che l'intento fondamentale della legge federale è quello di imporre una condizione di svantaggio, uno *status* separato e di conseguenza un vero e proprio *stigma* nei confronti di coloro che hanno contratto matrimonio secondo la legge statale; un riferimento, quello allo *stigma*, che riecheggia la terminologia utilizzata da Martha Nussbaum – nel volume richiamato – nel contrapporre politiche del disgusto e politiche di umanità, in relazione al trattamento giuridico delle persone e delle coppie omosessuali. L'intera critica al DOMA, portata avanti dalla Corte Suprema, potrebbe essere letta, al limite, nei termini di una importante (e, per certi aspetti, definitiva) critica delle politiche fondate sulla stigmatizzazione e sul disgusto, incentrata sulla considerazione della situazione concreta delle persone coinvolte (secondo un atteggiamento di umanità, facendo di nuovo uso della terminologia della Nussbaum).

Tale approccio è ricorrente nell'*iter* decisionale, ed alla luce di esso potrebbe essere letta la stessa scelta della Corte di fare ricorso in via decisiva al V Em., piuttosto che alla *equal protection clause* di cui al XIV Emendamento: in termini più familiari al giurista europeo, potrebbe affermarsi che la Corte si appoggia al principio di libertà e di (pari) dignità (sociale) per illuminare dall'interno il giudizio di eguaglianza. Come afferma la stessa Corte nelle battute conclusive della decisione, peraltro, “la libertà protetta dal V Emendamento contiene al suo interno il divieto di negare a chiunque l'eguale protezione da parte della legge” (p. 25), così confermando lo stretto legame tra eguaglianza, pari dignità sociale e diritto di vivere liberamente le proprie inclinazioni, i propri desideri e progetti di vita, in una parola la propria differenza.

Quest'ultima scelta è fortemente criticata dal giudice Scalia nel suo *dissent*, agitando lo spettro di un ritorno mascherato alla dottrina del *substantive due process*. Più in generale, Scalia critica l'interpretazione degli obiettivi del DOMA condotta dalla Corte, ascrivendo ad esso, piuttosto, l'unico intento di fare fronte a problemi legati alla circolazione dello *status* di coniuge omosessuale in ambito interstatale.

L'argomentazione della Corte è invece pervasa in profondità dalla coscienza della stigmatizzazione conseguente all'applicazione della sez. 3 del DOMA, come si evince, tra l'altro, dall'uso di una terminologia particolarmente evocativa: a mero titolo di esempio, e oltre all'uso già richiamato del termine *stigma*, si pensi all'intento, ascritto al DOMA e censurato dalla Corte, di “disapprovazione di un intero gruppo sociale” (p. 21), come anche alla creazione di matrimoni “di seconda classe” (p. 22), alla stessa alternativa *worthy/unworthy* (il DOMA, afferma la Corte, “*tells those couples, and all the world, that their otherwise valid marriages are unworthy of federal recognition*”, p. 23). O ancora, si pensi all'uso di verbi come “*demean*” o “*humiliate*” (quest'ultimo utilizzato con riferimento ai figli cresciuti da coppie omosessuali, p. 23), o al riferimento alla “*disability*” imposta dal DOMA nei confronti delle coppie omosessuali, nel momento in cui si rifiuta di riconoscere ad esse, a livello federale, una condizione che la legislazione statale ha considerato “*dignified and proper*” (p. 25).

Per utilizzare le parole della Corte, dunque, il trattamento differenziato umilia (*demeans*) la coppia, le cui scelte in ambito morale e sessuale sono protette dalla Costituzione e la cui relazione lo Stato ha inteso rendere degna di riconoscimento giuridico e protezione (“*has sought to dignify*”, p. 23). Nelle argomentazioni della maggioranza, dunque, il legame tra scelte affettive, libertà sessuale e

progetti di vita è affermato con forza e ricondotto al più generale concetto di *liberty* (protetta dal V Em.), ma anche profondamente riconnesso al profilo del riconoscimento sociale della vita familiare degli omosessuali, e – in termini più familiari al linguaggio giuridico europeo – alla pari dignità sociale delle coppie omosessuali.

L'incalzante elenco delle restrizioni a diritti e responsabilità determinati dall'applicazione della sez. 3 del DOMA, che prepara il passaggio conclusivo della sentenza (pp. 23-24), restituisce, con grande efficacia retorica, l'immagine della famiglia americana, dall'assistenza sanitaria, fino al diritto del coniuge del veterano di essere sepolto assieme al compagno o alla compagna nei cimiteri militari, passando per la difficoltà dei figli cresciuti da coppie omosessuali di comprendere, nella vigenza della sez. 3 del DOMA, l'integrità della propria dimensione familiare e l'analogia tra questa e le altre famiglie egualmente riconosciute dalla legge statale: e, per la prima volta, mostra che in tale immagine può rientrare la coppia formata da persone dello stesso sesso.

Ma, lo si ripete, ciò è reso possibile proprio dalla profonda attenzione della Corte verso il diritto del singolo di essere lasciato libero di dare forma al destino del proprio tempo (*to shape the destiny of their own times*, p. 19, op. mag.) e di vivere con orgoglio verso se stesso e la propria unione (p. 14, op. mag.).

Il DOMA, afferma la Corte, scrive una parola di disuguaglianza nell'intero Codice degli Stati Uniti (p. 22), privando le coppie omosessuali dei diritti, ma anche degli obblighi e delle responsabilità che sono parte essenziale del matrimonio e che esse sarebbero onorate di accettare (*“that they in most cases would be honoured to accept”*, p. 24, op. magg.). Tale discriminazione incide direttamente sul livello di protezione della *“personhood and dignity”* degli omosessuali, che la legislazione statale abbia inteso accordare attraverso il riconoscimento del loro matrimonio (p. 26), con ciò violando il V Em., nel suo legame sistematico profondo con la *equal protection clause* di cui al XIV Em.