

22 luglio 2013

Il potere di definire la sostanza veicolata dalla parola «matrimonio» tra politica e giurisdizione: note in margine alle recenti sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti

di Ilenia Massa Pinto

Professore associato di Diritto costituzionale - Università degli Studi di Torino

Abstract L'A. ricostruisce il percorso argomentativo delle recenti pronunce della Corte Suprema degli Stati Uniti in materia di unioni omosessuali sottolineando come il loro thema decidendum non riguardi soltanto il riconoscimento di diritti civili a persone omosessuali, ma, soprattutto, il principio della separazione dei poteri. Sul presupposto che la Costituzione americana – come, del resto, la Costituzione italiana – non garantisce il diritto di sposarsi con una persona dello stesso sesso, la materia deve essere disciplinata dagli organi democraticamente eletti. The A. reconstructs the arguments set out by the Supreme Court of the United States in *United States v. Windsor* and in *Hollingsworth v. Perry*, and she underlines that they concern not only same-sex persons' rights, but above all the power of people to govern themselves and the power of courts to pronounce the law. When constitutions don't speak to the issue of same-sex marriage, a question so fundamental should be made by the people through their elected officials

«The Constitution, however, does not dictate that choice. It leaves the choice to the people, acting through their elected representatives at both the federal and state levels (...). Same-sex marriage presents a highly emotional and important question of public policy – but not a difficult question of constitutional law. The Constitution does not guarantee the right to enter into a same-sex marriage. Indeed, no provision of the Constitution speaks to the issue (...). What Windsor and the United States seek, therefore, is not the protection of a deeply rooted right but the recognition of a very new right, and they seek this innovation not from a legislative body elected by the people, but from unelected judges. Faced with such a request, judges have cause for both caution and humility (...). The silence of the Constitution on this question should be enough to end the matter as far as the judiciary is concerned».

(United States v. Windsor, No. 12-307, 570 U. S., June 26, 2013, Justice J. Alito, dissenting, pp.

1-6-8-14).

1. Premessa: il *thema decidendum* non è (solo) il riconoscimento di diritti civili a persone omosessuali, ma (soprattutto) il principio della separazione dei poteri (*id est* «*this Court's desire to blurt out its view of the law*»[\[1\]](#))

Le recenti decisioni pronunciate dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, in materia di unioni omosessuali[\[2\]](#), sono state immediatamente commentate sotto il profilo del riconoscimento di diritti civili alle persone omosessuali[\[3\]](#): un passo in avanti, o un passo indietro, lungo il cammino della storia dell'umanità, dunque, a seconda delle diverse opzioni ideologiche.

Una lettura più attenta, e meno ideologicamente orientata, fa emergere invece che la questione centrale sottesa alle due pronunce, e rilevante per il diritto costituzionale, è quella del rapporto tra potere politico e potere giurisdizionale, e, in ultima analisi, quella del ruolo della costituzione, e dei suoi interpreti, in merito a questioni che i mutamenti culturali pongono all'ordine del giorno.

In altre parole, come enfaticamente scritto dal giudice Scalia nella sua *dissenting opinion*, «*this 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*». E mentre il giudice Scalia riconosce – con un'osservazione che potrebbe essere riferita anche agli ordinamenti europeo-continentali – che «*today's opinion aggrandizes the latter, with the predictable consequence of diminishing the former*», fermamente sostiene che nel caso sottoposto in questa occasione al giudizio della Corte «*we have no power to decide (...). And even if we did, we have no power under the Constitution to invalidate this democratically adopted legislation. The Court's errors on both points spring forth from the same diseased root: an exalted conception of the role of this institution in America*»[\[4\]](#).

La posta in gioco della decisione in materia di riconoscimento del matrimonio omosessuale, dunque, non è tanto il *cosa* decidere, ma il *chi* ha il potere di decidere: ed è condivisibile l'osservazione secondo la quale la Corte Suprema, nella questione sottoposta al suo giudizio, era «*eager – hungry – to tell everyone its view of the legal question at the heart of this case*». Senza mezzi termini, il giudice Scalia non esita a definire la presente decisione «*an assertion of judicial supremacy over the people's Representatives in Congress and the Executive. It envisions a Supreme Court standing (or rather enthroned) at the apex of government, empowered to decide all constitutional questions, always and everywhere "primary" in its role. This image of the Court would have been unrecognizable to those who wrote and ratified our national charter*»[\[5\]](#).

2. La ricostruzione dei fatti: *United States v. Windsor*, o *Della concordia processuale* (*id est* «*the plaintiff and the Government agree entirely on what should happen in this lawsuit. They agree that the court below got it right; and they agreed in the court below that the court below that one got it right as well. What, then, are we doing here?*»[\[6\]](#))

Nella prima delle due sentenze in commento, due donne, regolarmente sposate in Canada, sono residenti a New York. Mentre lo Stato di New York riconosce tale matrimonio celebrato all'estero[\[7\]](#), una legge federale, il *Defense of Marriage Act* (DOMA) del 1996, impedisce, a livello federale appunto, tale

riconoscimento: quando una delle donne muore, all'altra non è consentito l'accesso alle esenzioni fiscali previste, a livello federale, in caso di successione a favore del coniuge superstite. L'erede, dopo aver pagato l'imposta in qualità di non-coniuge, chiede il rimborso: a fronte del diniego, si rivolge alla *District Court* denunciando la violazione del principio dell'*equal protection* incorporato nel V° Emendamento della Costituzione statunitense. La Corte distrettuale riconosce l'incostituzionalità della legge federale. La Corte d'appello conferma, e riconosce contemporaneamente anche il *writ of certiorari* di fronte alla Corte Suprema. Peraltro, nelle more del giudizio d'appello, l'*Attorney General* notifica altresì allo *Speaker* della *House of Representatives* che il *Department of Justice* non ha intenzione di assumere la difesa del *Defense of Marriage Act*. Tutti d'accordo, dunque.

A fronte di questa concordia processuale, che il giudice Scalia non esita a definire «friendly scrimmage»^[8], rispetto alla questione preliminare concernente la giurisdizione della Corte Suprema adita, la Corte medesima ammette che si tratta di una «complication», in quanto, nel caso di specie, potrebbero ricorrere quei «prudential limits» che impongono tradizionalmente alla Corte di negare il proprio potere giurisdizionale tutte le volte in cui non si è di fronte a un «concrete disagreement between opposing parties».

Tuttavia la Corte medesima riconosce, in ultima analisi, che la sua decisione di procedere nel merito deriva dal fatto che non si tratta, nel caso di specie, di un «routine exercise», ma di una questione politica che coinvolge «hundreds of thousands of persons», lasciando sottintendere che il potere di modificare la legge oggetto del giudizio avrebbe potuto, se non dovuto, essere esercitato altrove: «When the Executive makes a principled determination that a statute is unconstitutional, it faces a difficult choice. Still, there is no suggestion here that it is appropriate for the Executive as a matter of course to challenge statutes in the judicial forum rather than making the case to Congress for their amendment or repeal. The integrity of the political process would be at risk if difficult constitutional issues were simply referred to the Court as a routine exercise. But this case is not routine (...) is one of immediate importance to the Federal Government and to hundreds of thousands of persons»^[9].

Di fronte alla decisione della Corte Suprema di procedere nel merito, riconoscendo la propria giurisdizione nel caso di specie, non pare azzardata l'osservazione secondo la quale la Corte stessa si è comportata, in ultima analisi, come una Corte costituzionale «accentrata», che giudica direttamente sul diritto oggettivo, e solo indirettamente sui diritti soggettivi delle parti del giudizio *a quo*, in quanto prevalentemente interessata ad assicurare la coerenza del sistema normativo, e solo secondariamente a proteggere le posizioni soggettive, attraverso una pronuncia *erga omnes*.

E' ciò che ha osservato, tra l'altro, il giudice Scalia, paragonando la Corte Suprema Americana al Tribunale costituzionale tedesco: «The “judicial Power” is not, as the majority believes, the power “to say what the law is”, giving the Supreme Court the “primary role in determining the constitutionality of laws”. The majority must have in mind one of the foreign constitutions that pronounces such primacy for its constitutional court and allows that primacy to be exercised in contexts other than a lawsuit. See, e. g., Basic Law for the Federal Republic of Germany, Art. 93 (...). In other words, declaring the compatibility of state or federal laws with the Constitution is not only not the “primary role” of this Court, it is not a separate, freestanding role *at all*. We perform that role incidentally – by accident, as it were – when that is necessary to resolve the dispute before us. Then, and only then, does it become “the province and duty of the judicial department to say what the law is (...)”. In the more than two centuries that this Court has existed as an institution, we have never suggested that we have the power to decide a question when every party agrees with both its nominal opponent *and the court below* on that question's answer (...). Article III requires not just a plaintiff (or appellant) who has standing to complain but *an opposing party* who denies the validity of the complaint»^[10].

Tale osservazione consente di affermare che se è vero che le distanze tra il sistema di controllo «accentrato» della costituzionalità delle leggi e quello «diffuso» si vanno progressivamente

assottigliando, ciò non è dovuto esclusivamente all'avvicinamento del primo al secondo, soprattutto attraverso l'onore dell'interpretazione conforme alla Costituzione che grava sui giudici comuni^[11], ma è dovuto altresì all'avvicinamento del secondo al primo, sotto il profilo dell'efficacia delle sentenze pronunciate^[12].

3. I parametri costituzionali invocati: federalismo sì o federalismo no? (*id est* «*the opinion starts with seven full pages about the traditional power of States to define domestic relations – initially fooling many readers, I am sure, into thinking that this is a federalism opinion. But we are eventually told that “it is unnecessary to decide whether this federal intrusion on state power is a violation of the Constitution”*»^[13])

Il *Defense of Marriage Act* prevede due disposizioni rilevanti ai nostri fini: la prima, *Section 2*, attribuisce agli Stati il potere di rifiutare il riconoscimento di matrimoni omosessuali celebrati in altri Stati; la seconda, *Section 3*, dichiarata incostituzionale nella decisione in commento, modifica il *Dictionary Act* nel Titolo 1, § 7, del *United States Code*, imponendo, a livello federale, una definizione di «*marriage*» e di «*spouse*»: «In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of the various administrative bureaus and agencies of the United States, the word “marriage” means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word “spouse” refers only to a person of the opposite sex who is a husband or a wife».

Per fondare la decisione d'incostituzionalità di quest'ultima disposizione, la Corte corrompe la sua motivazione con un inestricabile groviglio argomentativo che, da un lato, coinvolge il principio del federalismo e, dall'altro, chiama in causa il principio di eguaglianza.

La Corte esordisce impegnandosi in un lungo discorso in tema di federalismo, per giungere poi alla indiscutibile, e peraltro indiscussa, conclusione che «the Federal Government, through our history, has deferred to state-law policy decisions with respect to domestic relations» e che «marriage laws vary in some respects from State to State»^[14].

Si noti – ma su questo fondamentale punto si tornerà tra breve – che nel caso di specie non si fa questione del potere degli Stati di decidere in materia di unioni omosessuali. La stessa Corte Suprema riconosce in modo esplicito che neppure la legge oggetto del presente giudizio impedisce agli Stati di disciplinare il matrimonio omosessuale, o di prevedere unioni civili tra persone del medesimo sesso, o di estendere per analogia benefici statali alle persone omosessuali residenti che convivono. Semplicemente la legge impone che, a livello federale, tutte le volte che compare la parola «matrimonio» essa debba essere intesa come veicolante una sostanza che comprende due persone di sesso diverso^[15].

Ciò che sorprende il lettore della sentenza è che, dopo essere stato intrattenuto per diverse pagine sull'indiscusso tema del potere statale in materia di relazioni familiari, a un certo punto, viene improvvisamente invitato a non considerare pertinente il tema del federalismo: «Despite these considerations, 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. Here the State's decision to give this class of persons the right to marry conferred upon them a dignity and status of immense import. When the State used its historic and essential authority to define the marital relation in this way, its role and its power in making the decision enhanced the recognition, dignity, and protection of the class in their own community»^[16]. Ma poiché, a livello federale vige DOMA, con il quale «the Federal Government uses this state-defined class for the opposite purpose – to impose restrictions and

disabilities», si rende necessario verificare «whether the resulting injury and indignity is a deprivation of an essential part of the liberty protected by the Fifth Amendment. What the State of New York treats as alike the federal law deems unlike by a law designed to injure the same class the State seeks to protect»[17].

Compare così il secondo parametro rilevante: «DOMA seeks to injure the very class New York seeks to protect. By doing so it violates basic due process and equal protection principles applicable to the Federal Government»[18]. Infatti nell'ipotesi in cui uno Stato, nell'esercizio della sua indiscussa sovranità, riconosca il matrimonio omosessuale, come fa nel caso di specie lo Stato di New York, vigente il DOMA, si creerebbe una disparità di trattamento dovuta al fatto che l'unione omosessuale sarebbe riconosciuta a livello statale al pari di un «matrimonio», mentre a livello federale tale riconoscimento sarebbe vietato: «The Act's demonstrated purpose is to ensure that if any State decides to recognize same-sex marriages, those unions will be treated as second-class marriages for purposes of federal law. This raises a most serious question under the Constitution's Fifth Amendment (...). By 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. By this dynamic DOMA undermines both the public and private significance of state-sanctioned same-sex marriages; for it tells those couples, and all the world, that their otherwise valid marriages are unworthy of federal recognition. This places same-sex couples in an unstable position of being in a second-tier marriage»[19].

4. Il potere statale di riconoscere il matrimonio alle coppie omosessuali: e il potere di vietarlo? (*id est* «My guess is that the majority, while reluctant to suggest that defining the meaning of "marriage" in federal statutes is unsupported by any of the Federal Government's enumerated powers, nonetheless needs some rhetorical basis to support its pretense that today's prohibition of laws excluding same-sex marriage is confined to the Federal Government (leaving the second, state-law shoe to be dropped later, maybe next Term). But I am only guessing»[20])

La domanda alla quale è necessario dare una risposta, allora, riguarda la ragione per la quale la Corte si è tanto impegnata in un lungo discorso in merito alla tradizione statale di disciplinare le relazioni familiari, per poi concludere che il caso di specie non riguarda il tema del federalismo.

Poiché nessuno dubita in merito al potere degli Stati di disciplinare le relazioni familiari, «what is the point of devoting seven pages to describing how long and well established that power is?»[21].

Che la Corte non potesse sostenere che la legge federale è incostituzionale poiché la definizione di «matrimonio» non rientra tra i poteri enumerati della Federazione è assolutamente comprensibile: del resto in passato la Federazione era già intervenuta per uniformare le discipline statali in merito, per esempio, al divieto della poligamia.

Così come la Corte non avrebbe potuto argomentare l'incostituzionalità della legge sulla base della violazione di un diritto fondamentale: «Perhaps because they cannot show that same-sex marriage is a fundamental right under our Constitution, Windsor and the United States couch their arguments in equal protection terms»[22]. Ma è evidente che la questione dell'eguaglianza non può essere affrontata se non si risolve prima la questione della sostanza che la parola «matrimonio» veicola: solo dopo si può asserire se vi è discriminazione.

E' chiaro che la scelta della Corte di concentrare tutta l'argomentazione intorno al tema del federalismo «is sufficiently “unusual” to set off alarm bells»[23].

Questa inusuale argomentazione trova spiegazione nel tentativo operato dalla Corte di costruirsi le premesse che le consentissero di lasciare irrisolta la seconda questione rilevante (che è stata parimenti portata innanzi alla Corte e sulla quale la Corte si è pronunciata nella sentenza decisa immediatamente dopo quella in commento): una volta dichiarata l'incostituzionalità della legge federale che definisce il matrimonio come un'unione eterosessuale, *quid iuris* per il potere dei singoli Stati?

In *United States v. Windsor* la Corte non si è pronunciata sul punto: «The Court does not have before it, and the logic of its opinion does not decide, the distinct question whether the States, in the exercise of their “historic and essential authority to define the marital relation”, may continue to utilize the traditional definition of marriage»[24].

Se effettivamente la Corte non si pronuncia sul punto, si spinge tuttavia ad affermare che l'ineguaglianza conseguente la vigenza di DOMA, a causa della quale quest'ultima è dichiarata incostituzionale, è «confined to those lawful marriages», ossia a quei matrimoni omosessuali riconosciuti come tali da uno Stato in forza della «community's considered perspective on the historical roots of the institution of marriage and its evolving understanding of the meaning of equality»[25]. Tale argomento lascia intendere che non c'è discriminazione nelle ipotesi in cui lo Stato non riconosca il matrimonio omosessuale.

Ma la questione resta aperta e il peso considerevole riconosciuto agli Stati in materia di relazioni familiari potrebbe essere impiegato anche per sostenere che in futuro gli Stati potrebbero decidere di vietare il matrimonio omosessuale: «while “the State's power in defining the marital relation is of central relevance” to the majority's decision to strike down DOMA here, that power will come into play on the other side of the board in future cases about the constitutionality of state marriage definitions. So too will the concerns for state diversity and sovereignty that weigh against DOMA's constitutionality in this case»[26].

5. La questione resta aperta: *Hollingsworth v. Perry* (*id est* «Federal courts have authority under the Constitution to answer such questions only if necessary to do so in the course of deciding an actual “case” or “controversy” (...). This is an essential limit on our power: it ensures that we act as judges, and do not engage in policymaking properly left to elected representatives»[27])

In *Hollingsworth v. Perry*, decisa nello stesso giorno di *United States v. Windsor*, la Corte Suprema è chiamata a pronunciarsi proprio in merito al potere degli Stati di definire la sostanza veicolata dalla parola «matrimonio». Questa volta, però, la Corte decide di non decidere.

La questione riguarda il diritto di alcuni *petitioners* di stare in giudizio di fronte alla Corte Suprema degli Stati Uniti per difendere *Proposition 8*, un emendamento alla Costituzione californiana con il quale si era introdotta la definizione di «matrimonio» quale unione di un uomo e di una donna[28]. L'emendamento era stato approvato, a sua volta, in risposta alla pronuncia del 2008 con la quale la Corte Suprema della California aveva giudicato in contrasto con la Costituzione californiana il limite del ricorso al matrimonio alle sole coppie eterosessuali[29].

Dopo la pronuncia d'incostituzionalità di *Proposition 8* da parte delle corti federali inferiori, i *petitioners* chiedono ora alla Corte Suprema di decidere se «the Equal Protection Clause prohibits the

State of California from defining marriage as the union of a man and a woman». La Corte Suprema decide che i *petitioners* non hanno «standing» per stare in giudizio, e non procede pertanto nel merito della questione: «The doctrine of standing (...) serves to prevent the judicial process from being used to usurp the powers of the political branches»[30].

La Corte lascia dunque aperta la questione relativa alla possibilità per i singoli Stati di disciplinare la materia, eventualmente anche reintroducendo le definizioni di «matrimonio» e di «coniuge» che DOMA aveva tentato di imporre a livello federale.

6. Conclusioni: il principio di precauzione tra potere politico e potere giurisdizionale (*id est «the Constitution neither requires nor forbids our society to approve of same-sex marriage»*[31])

Le due sentenze della Corte Suprema sopra commentate sono l'ennesimo sintomo della forte conflittualità sottesa nel dibattito pubblico, che investe ormai tutti gli ordinamenti occidentali, in tema di definizione della sostanza che la parola «matrimonio» veicola: la questione, infatti, non concerne semplicemente il riconoscimento di diritti alle coppie omosessuali[32], ma travolge la definizione stessa di quella sostanza che una tradizione ultramillenaria chiama «matrimonio».

E' evidente che si tratta di una questione politica, profondamente politica, che, come tale, deve essere affrontata dagli organi politici. Senza voler evocare l'uso dell'argomento originalista con intenti reazionari[33], è però evidente che (neanche[34]) la Costituzione americana dice qualcosa in materia: se il silenzio costituzionale non equivale certo a divieto, esso è però indice del fatto che il conflitto sotteso debba essere risolto a livello politico. Pensare di risolvere i conflitti politici solo attraverso l'interpretazione costituzionale, attraverso l'iper-attività giurisdizionale, contraddice la natura politica dei conflitti medesimi: «come ha insegnato Kelsen, la povera legge, esito di un procedimento che si conclude con un nudo voto, che non deve essere motivata, che non è valida in virtù di alcun principio materiale, di alcun argomento, ma solo di una conta, di un semplice numero, è ancora lo strumento irrinunciabile per risolvere i conflitti politici, e particolarmente quelli che nella (parte materiale della) costituzione non hanno trovato composizione (...). I casi non sono difficili e i conflitti non sono tragici in sé, perché attengono a momenti della vita di per sé dolorosi e laceranti, ma sono giuridicamente difficili e tragici perché sono casi e conflitti – malgrado l'apparenza iper-costituzionale – “senza costituzione”»[35].

I conflitti rispetto ai quali le costituzioni tacciono – e tacciono tutte le volte in cui non è possibile ricavare dai loro *testi* significati attraverso procedimenti interpretativi corretti, e cioè rispettosi dei confini linguistici – che, in quanto tali, sono confini culturali e dogmatici –, grammaticali e sintattici, costituiti dai loro enunciati[36] – devono essere risolti in sede politica[37].

La circostanza che un conflitto non sia politicamente componibile è proprio il sintomo del fatto che nei suoi confronti la Costituzione non è effettiva, mentre è effettivo, rispetto a quello specifico conflitto, il principio di precauzione, che prescrive di trattare con prudenza le cose “ultime”, le materie c.d. eticamente sensibili. E soprattutto impone di buttare all'aria ultramillenarie tradizioni solo con molta responsabilità[38]: «The family is an ancient and universal human institution. Family structure reflects the characteristics of a civilization, and changes in family structure and in the popular understanding of marriage and the family can have profound effects. Past changes in the understanding of marriage (...) have had far-reaching consequences. But the process by which such consequences come about is complex, involving the interaction of numerous factors, and tends to occur over an extended period of time. We can expect something similar to take place if same-sex marriage becomes widely accepted.

The long-term consequences of this change are not now known and are unlikely to be ascertainable for some time to come (...). At present, no one – including social scientists, philosophers, and historians – can predict with any certainty what the long-term ramifications of widespread acceptance of same-sex marriage will be. And judges are certainly not equipped to make such an assessment. The Members of this Court have the authority and the responsibility to interpret and apply the Constitution. Thus, if the Constitution contained a provision guaranteeing the right to marry a person of the same sex, it would be our duty to enforce that right. But the Constitution simply does not speak to the issue of same-sex marriage. In our system of government, ultimate sovereignty rests with the people, and the people have the right to control their own destiny. Any change on a question so fundamental should be made by the people through their elected officials»^[39].

[1] *United States v. Windsor*, cit., Justice J. Scalia, *dissenting*, p. 10.

[2] *United States v. Windsor*, cit., e *Hollingsworth v. Perry*, No. 12-144, 570 U. S., June 26, 2013.

[3] Cfr. A. Sperti, *La Corte Suprema degli Stati Uniti compie un passo verso il riconoscimento del diritto al matrimonio delle coppie omosessuali*, in www.forumcostituzionale.it (1/7/2013).

[4] *United States v. Windsor*, cit., Justice J. Scalia, *dissenting*, p. 1.

[5] *United States v. Windsor*, cit., Justice J. Scalia, *dissenting*, p. 2. E' chiaro che l'impostazione qui seguita, che pone l'accento sul problema costituzionale del titolare del potere di decidere in materia – sul *chi* e non sul *cosa* – presuppone già risolta la questione interpretativa nel senso del silenzio della Costituzione in merito al tema di cui si tratta. Sul punto si rinvia alle osservazioni svolte nell'ultimo paragrafo.

[6] *United States v. Windsor*, cit., Justice J. Scalia, *dissenting*, p. 2.

[7] Dal 2011 lo Stato di New York, con il *Marriage Equality Act*, riconosce altresì il diritto di sposarsi alle coppie omosessuali.

[8] *United States v. Windsor*, cit., Justice J. Scalia, *dissenting*, p. 10.

[9] *United States v. Windsor*, cit., Justice J. Kennedy, *opinion of the Court*, p. 13.

[10] *United States v. Windsor*, cit., Justice J. Scalia, *dissenting*, pp. 3-4-5-7.

[11] Cfr., per tutti, G. Zagrebelsky – V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 263 ss.

[12] Peraltro forse la Corte Suprema è andata ancora oltre rispetto a ciò che accade per esempio nel nostro sistema di giustizia costituzionale dove qualora, per qualunque ragione, non vi sia (o non vi sia più) una controversia concreta in attesa di essere decisa sulla base della pronuncia della Corte, la sentenza di quest'ultima risulterebbe *inutiliter data* (cfr. già Corte costituzionale, sent. n. 82 del 1979, che era stata infatti commentata da A. Pizzorusso, con il significativo titolo “*Verfassungsberichtsbarkeit*” o “*Judicial Review of Legislation*”?, in *Foro It.*, 1979, fasc. 9, pp. 1933 ss.).

[13] *United States v. Windsor*, cit., Justice J. Scalia, *dissenting*, p. 15.

[14] *United States v. Windsor*, cit., Justice J. Kennedy, *opinion of the Court*, pp. 17-18. Peraltro, come fa notare il Chief Justice C. J. Roberts nella sua *dissenting opinion*, le differenze che gli Stati hanno sinora previste, nelle loro rispettive discipline, in materia di matrimonio, riguardano aspetti del tutto secondari (per esempio l'età minima per accedervi, il grado di consanguineità che ne vieta l'accesso, ecc.) rispetto alla eterosessualità quale elemento essenziale nella definizione del «matrimonio» nella storia della civilizzazione.

[15] *United States v. Windsor*, cit., Justice J. Kennedy, *opinion of the Court*, p. 2: «The definitional provision does not by its terms forbid States from enacting laws permitting same-sex marriages or civil unions or providing state benefits to residents in that status. The enactment's comprehensive definition of marriage for purposes of all federal statutes and other regulations or directives covered by its terms, however, does control over 1,000 federal laws in which marital or spousal status is addressed as a matter of federal law».

[16] *United States v. Windsor*, cit., Justice J. Kennedy, *opinion of the Court*, p. 18.

[17] *United States v. Windsor*, cit., Justice J. Kennedy, *opinion of the Court*, p. 19.

[18] *Ibidem*.

[19] *United States v. Windsor*, cit., Justice J. Kennedy, *opinion of the Court*, pp. 22-23.

[20] *United States v. Windsor*, cit., Justice J. Scalia, *dissenting*, p. 16.

[21] *United States v. Windsor*, cit., Justice J. Scalia, *dissenting*, p. 15.

[22] *United States v. Windsor*, cit., Justice J. alito, *dissenting*, p. 10.

[23] *United States v. Windsor*, cit., Chief Justice C. J. Roberts, *dissenting*, p. 2.

[24] *United States v. Windsor*, cit., Chief Justice C. J. Roberts, *dissenting*, p. 2.

[25] *United States v. Windsor*, cit., Justice J. Kennedy, *opinion of the Court*, p. 20.

[26] *United States v. Windsor*, cit., Chief Justice C. J. Roberts, *dissenting*, p. 3.

[27] *Hollingsworth v. Perry*, cit., Chief Justice C. J. Roberts, *opinion of the Court*, pp. 1-2.

[28] Costituzione della California, Art. I, § 7.5.

[29] *In re Marriage Cases*, 43 Cal. 4th 757, 183 P. 3d 384.

[30] *Hollingsworth v. Perry*, cit., Chief Justice C. J. Roberts, *opinion of the Court*, p. 6.

[31] *United States v. Windsor*, cit., Justice J. Scalia, *dissenting*, p. 18.

[32] ...ciò che peraltro è ormai ritenuto come costituzionalmente necessario in tutti gli ordinamenti nei quali vi è stata l'occasione di pronunciarsi nel merito (anche negli ordinamenti che, come il nostro, non prevedono il diritto al matrimonio per le persone omosessuali: cfr. la nota sentenza della Corte costituzionale italiana, n. 138 del 2010).

[33] Cfr. C. Tripodina, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in F. Giuffrè – I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent del legislatore*

nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Catania, 5 ottobre 2007, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 229 ss.

[34] ...così come la Costituzione italiana, e come tutti quei documenti costituzionali approvati in epoche nelle quali il tema delle unioni omosessuali non era ancora emerso nel dibattito pubblico.

[35] Così M. Dogliani, *Introduzione*, in M. Cavino – C. Tripodina (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 3.

[36] I testi, dunque. Cfr. G. Zagrebelsky – V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 568: «i giudici che esercitano funzioni costituzionali hanno [n. d. A. devono avere!] come punto di riferimento i testi normativi per la cui interpretazione e applicazione sono istituiti. Non si tratta di svincolarsi da questi testi, ma di orientarne l'interpretazione in un senso piuttosto che in un altro, secondo i margini che l'interpretazione comunque consente».

[37] Sia consentito il rinvio a I. Massa Pinto, *L'unione tra persone del medesimo sesso nell'attuale contesto storico-sociale: onnipotenza o impotenza della costituzione (e della sua corte)?*, in R. Bin – G. Brunelli – A. Guazzarotti – A. Pugiotto – P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 255 ss.

[38] H. Jonas, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Insel Verlag, Frankfurt am Main, 1979, trad. it., *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino, 1990; Id., *Technik, Medizin und Ethik. Zur Praxis der Prinzip Verantwortung*, Insel Verlag, Frankfurt am Main, 1985, trad. it., *Tecnica, medicina, etica. Prassi del principio responsabilità*, Einaudi, Torino, 1997.

Sul principio di precauzione, che sottintende l'idea di fondo secondo la quale esisterebbe una saggia selezione, oltre che delle *cose naturali*, anche delle *cose sociali*, sia consentito il rinvio, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a I. Massa Pinto, *La superbia del legislatore di fronte alla “natura delle cose”*. *Studio sulle tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale nei giudizi di legittimità costituzionale in cui è invocato l'art. 29 della Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2012, spec. pp. 26 ss.

[39] *United States v. Windsor*, cit., Justice J. alito, *dissenting*, pp. 8-9-10.