

The Wake of Windsor: effetti a cascata della decisione US v Windsor sulla legislazione matrimoniale proibitiva dei singoli Stati USA

di **Roberto de Felice** – *Avvocato dello Stato*.

1. – La decisione della Suprema Corte degli Stati Uniti (SCOTUS) *Windsor* del 26 giugno 2013¹ ha dichiarato incostituzionale l'art. 3 del DOMA², che vietava allo Stato federale di riconoscere la validità e gli effetti dei matrimoni same-sex contratti all'estero o in singoli Stati dell'Unione che lo consentissero, per evidente violazione del V emendamento della Costituzione federale. Come è noto, la Corte Suprema ha ritenuto che la norma non avesse alcun fondamento razionale, fuori dello scopo di isolare e nuocere a una categoria di persone, ciò che la Costituzione degli Stati Uniti non consente.

L'art. 2 del DOMA, invece, consente ai singoli Stati dell'Unione di non riconoscere i suddetti matrimoni. La norma si pesta a svariate censure di costituzionalità. Accanto alla palese intrusione del Congresso nella materia matrimoniale, riservata agli Stati³, essa, pur a volerne operare una lettura "programmatica", a nostro avviso viola in pieno l'art. IV, I sezione, della Costituzione federale (la Full Faith and Credit Clause) che impone a ciascuno Stato di riconoscere i Registri e gli Atti Pubblici di ogni altro⁴. Infine, la disposizione viola, esattamente come l'art. 3 del DOMA, il V

¹ Cfr. la sentenza del 26 giugno 2013, 507 U.S. (2013), http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf

² Defense of Marriage Act (DOMA) ([Pub.L. 104-199](#), 110 [Stat. 2419](#), del 21 settembre 1996, [1 U.S.C. § 7](#) e [28 U.S.C. § 1738C](#)).

³ Salvo i limiti espressamente posti dalla Costituzione (come quelli posti all'art. 1 Sect. 10 e nel XIV emendamento, ad esempio) gli Stati hanno competenza legislativa, amministrativa e giudiziaria in tutte le materie non attribuite allo Stato federale in via riservata, come chiarisce espressamente il X emendamento. Sulla competenza esclusiva degli Stati in materia matrimoniale, cfr. *Sosna v Iowa*, 419 US 393 (1975) pag. 404 con citazione di precedenti del 1859, 1878 e 1899.

⁴ Va precisato che la giurisprudenza in materia è oscillante. Così in *Finstuen v Crutcher*, 496 F3.d 1139 (10th Circuit 2007) una Corte d'Appello federale ha confermato la sentenza di primo grado che obbligava lo Stato dell'Oklahoma a riconoscere un'adozione, pronunciata in California, e accordata a una coppia same-sex. Va detto che la Corte Suprema, nell'interpretare la norma, ad esempio in *Baker*, 522 U.S. 233, non ammette eccezioni di "ordine pubblico" quanto al riconoscimento di provvedimenti giudiziari, quale l'adozione è in California. Nel caso *Adar v Smith*, la Corte d'Appello del 5 Circuito (639 F3.d 146, 5th Circuit 2011), rivedendo *en banc* (in adunanza plenaria) la decisione di uno dei suoi Collegi, ha invece rifiutato di lasciar annotare nel certificato di nascita di un bambino, adottato nello Stato di New York in conformità al suo ordinamento, il nome di entrambi i genitori, costituenti una coppia same-sex, nei registri dello Stato della Louisiana. Precisamente, si trattava di un'adozione previo *pre-birth adoption agreement*. Ma la Louisiana

emendamento per le ragioni relative alla assenza di un ragionevole scopo per discriminare questi matrimoni, e alla presenza, invece, di un inammissibile scopo ostile di ledere i cittadini omosessuali.

Vengono oggi in esame due casi, il primo deciso in sede cautelare da una Corte federale Distrettuale dell'Ohio, il secondo, con sentenza rapidamente passata in giudicato, da una Corte di primo grado del New Jersey. Entrambe sono applicazione della sentenza *Windsor*; in particolare la seconda si giova della esistenza di una pronunzia della Corte Suprema di quello Stato, la *Lewis v Harris*, che già aveva imposto che le “committed same-sex couples” avessero i medesimi diritti delle coppie sposate, lasciando allo Stato l'opzione tra a) estendere il matrimonio ad esse b) creare un istituto parallelo, che conferisse loro tutti i diritti derivanti dal matrimonio. Opzione, quest'ultima seguita, ma divenuta incostituzionale “in the wake of Windsor” ossia con l'esecutività della sentenza della SCOTUS che riconosceva alle coppie sposate, non a quelle civilmente unite, tutti i diritti derivanti da leggi federali.

Molti Stati si sono dotati di “mini DOMA” in conseguenza dell'art. 2 DOMA e, in particolare, l'Ohio ha legiferato a livello costituzionale e ordinario nel 2004, vietando persino il riconoscimento di unioni civili e simili forme di convivenza. Ora, l'ordinanza cautelare in questione, che pur afferma la contrarietà al XIV emendamento di tali leggi dell'Ohio, come *fumus boni juris* della concessa cautela, l'azione in questione non potrà non investire anche l'art. 2 del DOMA che ha autorizzato gli Stati a dotarsi di simili norme, per uno scopo meramente ostile.

Attualmente, la situazione dei matrimoni same-sex negli Stati Uniti è paradossale. Riconosciuti a partire da *Windsor* dallo Stato federale, possono non esserlo da un singolo Stato che, in ossequio all'art. 2 del DOMA, abbia adottato il suo “mini DOMA”. *Mutatis mutandis*, è la situazione creata dopo la Guerra di Secessione in ordine ai neri. In quella occasione il Congresso adottò gli emendamenti dal XIII al XV⁵ per imporre agli Stati del sud la garanzia dei pieni diritti civili anche ai neri, estendendo le disposizioni del V, raffinato ed esteso nel testo, agli Stati, nel nuovo XIV emendamento. Ora, come dimostra il ricorso Michener, interveniente nel caso *Obergefell* (vedi par. 2) è sufficiente morire, per caso, in uno Stato che non riconosca il matrimonio legittimamente contratto nello Stato di residenza, per essere dichiarati celibi nel certificato di morte, con conseguenze anche gravi.

Escludendo, a livello federale, che il Congresso emendi la Costituzione – il che richiederebbe il lungo processo di ratifica degli altri Stati “controinteressati”, attualmente in maggioranza – affermando l'esatto contrario del DOMA, e cioè che tutti i matrimoni tra persone dello stesso sesso sono validi e devono essere riconosciuti ovunque, oppure la Magistratura dovrà Stato per Stato attaccare i Mini DOMA per violazione del XIV emendamento, o, come in New Jersey della stessa

non permette l'adozione alle coppie non sposate, sicché l'Ufficiale di Stato Civile non ha applicato il decreto di adozione, nella parte in cui avrebbe consentito di sostituire ai nomi dei genitori biologici del bambino, nato in Louisiana, con i nomi dei genitori adottivi nell'atto di nascita, pur offrendo di indicarne uno, perché la Louisiana concede l'adozione ai single. Lo stesso Funzionario ammette che i due genitori sono gli adottanti ma nega di poter correggere in conformità il certificato di nascita. Per la Corte d'Appello la *Clause* si applica ai soli casi di contestazione dell'autorità delle sentenze *outstate*.

⁵ Detti *Reconstruction Amendments*.

Costituzione dello Stato, salvo che i legislatori statali non decidano di abrogarli, essendo ormai indifendibili⁶.

Comunque *Windsor* ricorda il principio che – nella competenza dei singoli Stati sul matrimonio – il mero desiderio del Congresso di danneggiare un gruppo politicamente impopolare non può giustificare il trattamento discriminatorio di quel gruppo, e che il DOMA iscrive l'ineguaglianza nell'intero Codice degli Stati Uniti, rendendo – almeno ai sensi dell'art. 3, per la legge federale – quelle coppie, le cui opzioni morali e sessuali sono protette dalla Costituzione – meno degne di tutela delle altre. Ciò viola il V emendamento.

Ricordando che il V emendamento si riferisce esclusivamente alle leggi federali e impone tra le varie disposizioni la *Due Process Clause*, non è inutile soffermarsi su questo “principio di non discriminazione”. Invero, la testuale lettura sembra riferirsi al divieto di privazione della libertà, della proprietà, della vita senza il processo *due to the law*, e quindi sembra replicare quanto stabilito dall'art. 39 della Magna Charta del 1215: il divieto di ledere tali diritti senza processo.

Ma dal mero significato “processuale” della norma la SCOTUS ha elaborato il suo profondo significato di diritto sostanziale: in particolare e per quanto riguarda il potere legislativo, l'atto di legiferare è un “process” e deve – qualora incida sulla libertà altrui⁷ – essere “legale” ossia rispettare la Costituzione federale⁸. Ora, il XIV emendamento, applicabile agli Stati⁹, contiene

⁶ Senza una impossibile esaustività, lo Stato delle Hawaii potrebbe abrogare il suo mini DOMA e la relativa istruttoria parlamentare è in corso; in Illinois il matrimonio omogenerico è stato sancito da un Bill (che abroga in parte qua il relativo mini DOMA, legiferato a livello di normazione primaria e non costituzionale) approvato il 5 novembre e attualmente in attesa di visto del Governatore, pubblicamente orientato in tal senso; numerose azioni davanti a giudici federali sono in corso, particolarmente in Pennsylvania, e tra esse appare particolarmente insidiosa *Palladino e Barker v Corbett*, dove le coniugi Palladino e Barker fanno valere la *full faith and credit clause* per far riconoscere il loro matrimonio (contratto in Massachusetts) e l'Attorney General ha declinato il caso, ritenendo la legge incostituzionale, e costringendo il Governatore a nominare un costoso avvocato.

⁷ Libertà (cfr. *Bolling v Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954) reperibile a <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/497/case.html>) ai sensi del V emendamento è qualsiasi condotta che l'individuo sia libero di esprimere e che non può essere limitata se non in forza di un interesse governativo rilevante. Vedi *Meyer v State of Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923) a <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=CASE&court=US&vol=262&page=390>; che definisce la “liberty” come “it denotes not merely freedom from bodily restraint but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized at common law as essential to the orderly pursuit of happiness by free men”. La sentenza cita *Butchers' Union v Crescent City*, 111 US 746 (1884) in cui la *concurring opinion* del giudice Field, esaltando la libertà come diritto naturale concesso direttamente dal creatore a ogni uomo, dà di essa una interpretazione vastissima.

⁸ *Murray's Lessee v Hoboken Land & Improvement Co.* - 59 U.S. 272 (1856) vedi <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/59/272/>. La legge federale che autorizza un procedimento esecutivo fiscale sommario mediante atto amministrativo non è contraria alla clausola del DPTL perché tale procedimento esisteva nel diritto inglese e in quello delle colonie americane. La Corte ammette che la legge, che discrimina taluni debitori, deve essere soggetta a una verifica di conformità alla *law of the land*. *Bloomer v McQuewan* - 55 U.S. 539 (1852) in <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/55/539/case.html>. In materia di brevetti, il Congresso non può in modo arbitrario prorogare un brevetto ledendo i diritti acquisiti da licenziatari dello stesso prima della proroga. Ciò priverebbe i licenziatari di un loro diritto senza un *due process*.

anch'esso la *due process clause*. Ricordando che tale principio generale vieta la soppressione di una *liberty* – tale è il pieno riconoscimento di un matrimonio *outstate* – deve concludersi – per le stesse ragioni di *Windsor* – che i singoli Stati non possono creare due categorie di matrimoni *outstate* poste a un diverso livello, discriminando e non riconoscendo quelli omogenerici. Infine, l'art. 2 del DOMA non può sfuggire a una censura per violazione del V emendamento, in quanto “istigatore” federale dei numerosi mini DOMA statali.

La *due process clause* serve, come abbiamo visto, a vietare la limitazione arbitraria di un diritto esistente. A questo punto ci si deve chiedere se i singoli Stati siano costituzionalmente obbligati a consentire, nel proprio ordinamento, i matrimoni omogenerici e quindi a estendere alle coppie omogeneriche un diritto che la loro legislazione non preveda. Il XIV emendamento contiene anche il principio (esteso dalla SCOTUS per coerenza logica anche alle leggi federali a partire da *Bolling v Sharpe* in poi¹⁰), della *Equal protection to the law* ossia di non discriminazione. La SCOTUS ha determinato in merito (almeno) tre livelli di scrutinio, a seconda della natura della “class” discriminata. In generale applica la “rational basis analysis” in cui basta a sorreggere un trattamento diseguale qualsiasi interesse dello Stato (purché non malevolo) ed è onere del discriminato provarne l'assenza. Se la “class” è caratterizzata da un *quid* (anche tendenzialmente, come per la cittadinanza) immutabile, se questa caratteristica non le impedisce di partecipare alla vita della comunità, se la “class” è sfornita di potere politico e, infine, ha subito una storia di persecuzioni e discriminazioni, è qualificata “suspect” o “quasi suspect” class. In questo caso è lo Stato a dover provare di aver agito per un suo importante obiettivo. La distinzione tra “suspect” e “quasi suspect” class appare arbitraria al giurista italiano, ma, ricordando la nostra giurisprudenza costituzionale, possiamo affermare che la SCOTUS voglia affermare che nel primo caso (sesso, età) siano possibili eccezionali limitazioni dei diritti per un fine superiore (come nel caso dei lavori pesanti per le donne in gravidanza, ecc.) nel secondo che esse siano possibili, in aggiunta, solo per periodi limitati e non oltre il fine che lo Stato si propone (trattasi delle classi per razza, etnia, religione e nazionalità) e con il minimo mezzo. Ora, la SCOTUS estende la tutela dello *strict scrutiny* ai diritti fondamentali¹¹ e tale, come afferma anche *Windsor*, è quello al matrimonio: pertanto non si ravvisa alcun “compelling interest” statale per vietare il matrimonio omogenerico¹².

⁹ Cfr. nota 5

¹⁰ Cfr. nota 7.

¹¹ *Roe v Wade*, [410 U.S. 113](#) (1973) dove, dopo aver ritenuto fondamentale il diritto alla privacy, comprendente la decisione di abortire, la Corte statuisce: “Where certain ‘fundamental rights’ are involved, the Court has held that regulation limiting these rights may be justified only by a ‘compelling state interest’, *Kramer v Union Free School District*, [395 U.S. 621](#), [395 U.S. 627](#) (1969); *Shapiro v Thompson*, [394 U.S. 618](#), [394 U.S. 634](#) (1969), *Sherbert v Verner*, [374 U.S. 398](#), [374 U.S. 406](#) (1963), and that legislative enactments must be narrowly drawn to express only the legitimate state interests at stake. *Griswold v Connecticut*, 381 U.S. at [381 U.S. 485](#); *Aptheker v Secretary of State*, [378 U.S. 500](#), [378 U.S. 508](#) (1964); *Cantwell v Connecticut*, [310 U.S. 296](#), [310 U.S. 307-308](#) (1940); see *Eisenstadt v Baird*, 405 U.S. at [405 U.S. 460](#), 463-464 (White, J., concurring in result)”.

¹² Come afferma la Corte federale Distrettuale per la California, Distretto Nord, Giudice Walker nella nota *Perry v Schwarzenegger*, <https://ecf.cand.uscourts.gov/cand/09cv2292/files/09cv2292-ORDER.pdf>, 4 agosto 2010, 704 F. Supp. 2d 921, 927-28 (N.D. Cal. 2010), passata in giudicato giusta la nota sentenza 26 giugno 2013 della SCOTUS *Hollingsworth v Perry*, 570 US(2013) che mandava alla Corte federale d'Appello di dichiarare inammissibile l'appello dei promotori del referendum che aveva approvato la norma dichiarata incostituzionale.

Come sempre, questo interprete deve meravigliarsi della rapidità e della effettività della tutela dei diritti civili da parte di quei Giudici (tra il matrimonio e la *injunction* intercorrono 9 giorni nel caso *Obergefell*), vivendo in un Paese in cui non si riesce ad approvare in tempi ragionevoli un corretto e competently redatto testo di legge circa disposizioni penali sull'omofobia¹³.

2. – Il primo caso, *Obergefell e Arthur v Kasich*, pende presso la Corte Federale Distrettuale per il Distretto Sud dell'Ohio. Il Giudice Federale Timothy Black ha emesso l'articolata Ordinanza 22 luglio 2013, statuendo che una coppia dello stesso sesso, coniugatasi validamente nello Stato del Maryland, ma residente in Ohio, atteso il pericolo di vita di uno dei coniugi, e la verosimile incostituzionalità delle disposizioni dell'ordinamento dell'Ohio, che riconoscono solo i matrimoni etero generici, ha diritto a che sia ordinato, in via cautelare, che il certificato di morte dell'interessato sia redatto e registrato con la menzione del suo matrimonio. Vengono in esame la Costituzione degli Stati Uniti d'America, XIV emendamento, la Costituzione dell'Ohio, art. XV¹⁴, sect. 11; e l'Ohio revised Code, 3101.01¹⁵.

Con l'ordinanza in commento, al cui lungo testo si rinvia¹⁶, la Corte federale per il Distretto dell'Ohio ha, in via di urgenza, emesso una *Temporary restraining order* (TRO), previa audizione sommaria delle parti e dello Stato dell'Ohio per via telefonica il 19 luglio, in modo da ordinare all'Ufficiale di Stato Civile competente (*County Clerk*) l'annotazione nel certificato della prevedibilmente prossima morte¹⁷ (cagionata da irreversibile SLA in stato avanzato) dello stato di coniuge di uno dei partners di una coppia gay, regolarmente sposatasi nel Maryland con vincolo non riconoscibile dallo Stato dell'Ohio sia in virtù della propria Costituzione che delle proprie leggi civili.

Per la cronaca, il giudice, dopo il rituale deposito dell'atto introduttivo del giudizio di merito, udite le parti, ha fissato le date del giudizio di merito e prorogato la TRO sino al 19 agosto, pendenti trattative tra le parti sull'ordine di trattazione del merito, e successivamente al 31.12.13¹⁸. È evidente che gli effetti della ordinanza non vanno oltre le parti del processo. Nella lite è intervenuto

¹³ A.C. 245 e ass. Rel. Scalfarotto. Del quale si segnalano gli emendamenti che rendono possibile discriminare nell'ambito di organizzazioni religiose, politiche, sindacali e (chissà perché) sanitarie. Emendamenti sostenuti dal Relatore. Rinvio ai verbali dell'Aula.

¹⁴ Cfr. a pag. 112 <http://www.legislature.state.oh.us/constitution.pdf> L'emendamento del 2004 alla costituzione vieta, in pedissequa applicazione dell'art 2 del DOMA, il riconoscimento del matrimonio tra coppie del medesimo sesso e proibisce altresì di istituire "surrogati".

¹⁵ Cfr. <http://codes.ohio.gov/orc/3101>. Altresì novellato nel 2004, il nuovo articolo impedisce il riconoscimento di matrimoni e unioni civili celebrati fuori del confine dello Stato come contrari alla sua "strong public policy", il nostro "ordine pubblico internazionale".

¹⁶ Cfr. <http://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/ohio/ohsdce/1:2013cv00501/164617/13/0.pdf?ts=1382776899>

¹⁷ Avvenuta il 22 ottobre 2013. http://www.huffingtonpost.com/2013/10/22/john-arthur-dead- n_4142203.html, vedi anche il doc. 51 del fascicolo elettronico d'ufficio a <http://dockets.justia.com/docket/ohio/ohsdce/1:2013cv00501/164617>

¹⁸ Vedi i docket di cui alla nota precedente, e le ordinanze di cui ai docc. 16 e 19. Il docket è il registro di ogni atto e provvedimento del processo, tenuto dal Cancelliere (Clerk) sotto il numero di ruolo del caso.

il superstite di altra coppia gay, sposatasi regolarmente nello Stato del Delaware, il cui coniuge era deceduto improvvisamente a Cincinnati, Ohio il 27 agosto, per cause naturali, e la cui salma attendeva per la cremazione. Anche qui il partner superstite e ricorrente, Michener, concludeva si ordinasse l'emissione del certificato di morte menzionando il coniugio. Il giudice, udite sommariamente le parti, provvedeva in conformità con ordinanza del 3 settembre¹⁹.

Nell'ordinanza in commento il giudice afferma:

La questione è se lo Stato dell'Ohio possa discriminare i matrimoni tra persone del medesimo sesso legalmente celebrati fuori dallo Stato, quando il diritto dell'Ohio ha storicamente e senza ambiguità previsto che la validità di un matrimonio è determinata dall'osservanza della legge della giurisdizione dove fu celebrato.

Durante la storia dell'Ohio, la legge dello Stato è stata chiara: un matrimonio celebrato fuori dell'Ohio è valido se è valido dove è stato celebrato. Così, per esempio, secondo la legge dell'Ohio, i matrimoni tra primi cugini – contratti fuori dello Stato – sono riconosciuti dall'Ohio, anche se la sua legge non permette matrimoni tra primi cugini. Similmente, secondo la legge dell'Ohio, i matrimoni tra minori contratti fuori dallo Stato sono riconosciuti dall'Ohio, anche se la sua legge non permette matrimoni di persone minori.

Come può allora l'Ohio, specialmente dato il contesto storico della sua legge, isolare i matrimoni same-sex come i soli che non riconoscerà? La breve risposta è che non può farlo.

Detta inusuale e nuova discriminazione si appalesa contraria al XV emendamento, perché priva questi matrimoni della "equal protection" rispetto agli altri. Il Giudice ricorda la sentenza *Windsor* del 26 giugno 2013 della Corte Suprema come un precedente, per lui vincolante, per cui l'art. 3 del DOMA, che negava detta *equal protection* violando il V emendamento, era stato dichiarato contrario alla Costituzione federale. A maggior ragione un DOMA statale non può reggere lo scrutinio di costituzionalità. Il Giudice menziona il drammatico matrimonio dei due ricorrenti, recatisi con un aereo appositamente attrezzato in Maryland (Stato che riconosce il matrimonio omogenerico) e sposatisi sulla pista di atterraggio, contraendo un vincolo valido sia per il Maryland (e vari altri Stati) che per lo Stato federale, ma non riconosciuto in Ohio, Stato di loro residenza. Di conseguenza l'atto di morte del sig. Arthur, non avrebbe potuto, senza l'ordine del giudice, menzionare il suo stato di coniugio e il nome del coniuge superstite.

Indi precisa:

Nel decidere se accordare un provvedimento d'ingiunzione, questa Corte deve valutare quattro fattori: 1) se il ricorrente abbia dimostrato un forte probabilità di successo nel merito; 2) se il ricorrente soffrirebbe un danno irreparabile se l'ingiunzione non è emessa; 3) se la concessione dell'ingiunzione causerebbe notevoli pregiudizi ad altri; 4) se la concessione dell'ingiunzione giovi all'interesse pubblico.²⁰

La Corte, sulla fondatezza nel merito, attinge ai precedenti della Corte Suprema. Per *Windsor*, la Corte Suprema ha ritenuto che la legge federale era incostituzionale perché violava l'eguaglianza e il *due process* garantiti dal V emendamento. Inoltre, la *doctrine* di *Windsor* non era nuova e inusuale: già nella decisione *Romer*²¹ la Corte ha annullato l'emendamento 2 alla Costituzione del Colorado perché la Corte ritenne "non possiamo dire che l'emendamento 2 sia finalizzato a qualche

¹⁹ Cfr. il docket di cui alla nota 4, doc. 23

²⁰ Cfr. *Pappan Enters. v Hardee's Food Sys.*, 143 F.3d 800, 803 (3d Cir. 1998).

²¹ 517 U.S. 620 (1996) disponibile all'indirizzo <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/620/case.html>

identificabile scopo legittimo o specifico obiettivo. È una legiferazione su base statale avulsa da qualsiasi contesto di fatto da cui potremmo discernere un rapporto con interessi legittimi dello Stato; è una classificazione di persone intrapresa con fine a se stessa, ciò che il principio di eguaglianza non consente”. La Corte Suprema ha considerato “questa legislazione classificatoria ... osta alle proibizioni del XIV emendamento”. Come la Corte Suprema ha ritenuto in *Romer* così concisamente: “[la legge del Colorado] classifica gli omosessuali non per perseguire un appropriato scopo legislativo, ma renderli diseguali a ogni altro. Questo, il Colorado, non può farlo. Uno Stato non può giudicare una classe di persone come estranea alle sue leggi. L’emendamento 2 viola il Principio di Eguaglianza”. Come la Corte Suprema ha spiegato annullando il DOMA “lo scopo dichiarato e l’effetto pratico della legge qui in questione sono quelli di imporre uno svantaggio, uno status separato, e così uno stigma su tutti coloro che contraggono un matrimonio same-sex lecitamente secondo l’indiscussa autorità degli Stati”.

Similmente, in *Windsor*, la Corte Suprema citava *U.S. v Moreno*, 413 US 528 (1973), nella affermazione che il desiderio del legislatore di danneggiare un gruppo impopolare di persone non può giustificare un trattamento differente di quel gruppo.

Conclusivamente, poiché le denunciate norme dell’Ohio creavano, in un tradizionale contesto in cui lo Stato riconosceva i matrimoni validamente contratti in altri Stati dell’Unione, due livelli di coppie sposate, e cioè 1) coppie eterosessuali, legalmente sposate in altri Stati; e 2) coppie omosessuali legalmente sposate in altri Stati, questa mancanza di eguaglianza è fatale. Sussiste una ragionevole probabilità di successo nel merito, in quanto lo scopo reale dei provvedimenti dell’Ohio, approvati nel 2004, è di “imporre uno svantaggio, uno status separato, e così uno stigma su tutti coloro che contraggono un matrimonio same-sex lecitamente secondo l’indiscussa autorità degli Stati”.

In caso di violazione di un diritto costituzionale, e tale è quello di sposarsi²², sussiste sempre un danno irreparabile²³ (seconda condizione della azione cautelare); e converso la concessione della cautela soddisfa l’interesse pubblico (quarta condizione dell’azione cautelare) *ex se*²⁴; al contrario dalla cautela non deriva alcuna apprezzabile pregiudizio allo stato (terza condizione dell’azione cautelare). La cautela è tanto più necessaria per l’imminente pericolo di vita del ricorrente, il sig. Arthur e per l’interesse morale a essere indicato nel certificato di morte come coniugato. Tanto più che il regolamento della tomba di famiglia del coniuge ne riserva l’uso ai discendenti *sposati* del fondatore e ai/alle loro consorti, con una possibile e incivile odissea dei resti mortali del sig. Arthur sino alla decisione di merito.

Invero, aggiunge non senza sense of humour il Giudice, proprio come il Giudice Scalia ha predetto nel suo animoso dissenso, in virtù della presente causa “la scarpa della legge statale” è ora caduta in Ohio²⁵. L’argomentazione del giudice era che gli artt. 2 e 3 del DOMA costituissero le due scarpe

²² *Zablocki*, 434 US 374.

²³ *Elrod v Burns*, 427 US 347, 373 (1976).

²⁴ L’interesse pubblico è promosso dalla attuazione dei diritti costituzionali *American Freedom v Suburban 15 mobility*, 698 F.3d 885,896 (6th Circuit, 2012).

²⁵ Cf. l’Opinione dissenziente di Antonin Scalia alla decisione *Windsor*, così animosa da avere spinto gli altri più importanti giudici dissidenti (il Chief Justice Roberts e l’Associate Justice Alito) a redigere la propria: “In sum, that Court which finds it so horrific that Congress irrationally and hatefully robbed same-sex couples of the ‘personhood and dignity’ which state legislatures conferred upon them, will of a certitude be similarly appalled by state legislatures’

del guardiano del matrimonio eterosessuale come solo possibile per gli Stati Uniti: da una parte, disconoscere ogni dissimile matrimonio a livello federale (scarpa, appunto, caduta con la sentenza del 26 giugno), dall'altra, previa autorizzazione della legge federale ad agire in deroga alla tradizionale dottrina della *comity* (art. 2 DOMA) fa sì che ogni stato li disconoscesse a livello della propria legislazione, costituzionale e/o primaria (con provvedimenti nella pratica chiamati mini DOMA)²⁶. La decisione di merito è prevista per la fine di questo 2013, e, se, come prevedibile, confermerà quanto ritenuto in sede cautelare, non sarà appellata dall'Attorney General, l'Ohio sarà un ulteriore Stato negli USA a riconoscere i matrimoni omogenerici, almeno quelli *outstate*. Difatti la causa di questo tratta, ma la connessione con la norma che vieta detti matrimoni *instate* è strettissima²⁷ e il giudice federale ben può estendere l'esame anche a dette norme²⁸. Infatti, se è vero che il mini DOMA del 2004 ha aggiunto una terza Sezione (C) all'art. 3101 del Codice dell'Ohio, articolata in tre commi di cui solo il secondo si occupa del riconoscimento dei matrimoni *outstate* (v. nota 6), la unicità di *occasio* e *ratio legis*, e il principio di economia processuale, che dovrebbe tendere a far evitare un giudizio identico sulla Sect.1, nonché la logica considerazione che emettere una norma che escluda la validità del matrimonio omogenerico in Ohio, anche se contratto *outstate* è un unico intervento normativo e non si sottrae a una unitaria dichiarazione di incostituzionalità: del resto il corrispondente emendamento alla Costituzione dello Stato è costruito come una norma unitaria.

3. – Con sentenza 27 settembre 2013 il Giudice Jacobson della Corte Superiore del New Jersey nel caso *Garden State Equality v Paula Dow* statuiva che seguito della sentenza *Windsor*²⁹, le coppie omosessuali stabili, che, nel New Jersey, non possono che contrarre un'unione civile, in base alla legge di quello Stato che esegue la sentenza *Lewis v Harris* della locale Corte Suprema (che afferma che le coppie omosessuali stabili debbano godere degli stessi diritti di quelle eterosessuali coniugate) sono irrazionalmente private del godimento di diritti riconosciuti dalle leggi federali alle

irrational and hateful failure to acknowledge that 'personhood and dignity' in the first place. Ante, at 26. As far as this Court is concerned, no one should be fooled; it is just a matter of listening and waiting for the other shoe". Cfr.: http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf

²⁶ Per concludere, si ricorda che il provvedimento cautelare richiesto e ottenuto, è il Temporary Restraining Order (TRO) regolato dall'art 65 delle Norme Federali di Procedura Civile, analogo a un nostro provvedimento cautelare concesso *ante causam*, con onere per le parti richiedenti di chiedere la fissazione della udienza dove le parti discuteranno se il TRO debba essere revocato o confermato e trasformato in una *preliminary injunction*. Le parti hanno l'onere di instaurare il giudizio di merito ed è all'esito di tale processo in fieri che si potrà esaminare l'opinione della Corte in quello che potrebbe essere un caso che raggiungerà la Corte Suprema, atteso che l'orientamento della Corte di Appello competente, quella del 6 Circuito, sulla materia, è progressista.

²⁷ Vedi i testi dei commi 1 e 2 della sezione C del citato art. 3101 del Codice dell'Ohio, nota 2.

²⁸ Sull'esercizio di questo potere vedi in generale *Ashwander v Tennessee Valley Authority*, 297 US 288 (1936), e le regole contenute nella *concurring opinion* del giudice Brandeis, in ordine al sindacato di costituzionalità: "La Corte non formulerà un giudizio di costituzionalità più ampio di quello che è richiesto dai precisi fatti cui è applicato".

²⁹ Dopo 25 giorni dalla pubblicazione della stessa, avvenuta il 26 giugno 2013, ai sensi dell'art 44 delle Rules of Supreme Court, termine entro cui è possibile richiedere alla SCOTUS il rehearing della causa: <http://www.supremecourt.gov/ctrules/2010RulesoftheCourt.pdf>

coppie sposate, anche omosessuali, ma non alle unioni civili. Perciò il New Jersey non può che accordare a queste coppie l'accesso al matrimonio (prima delle due opzioni, insieme a quella delle unioni civili, imposte dalla sentenza *Lewis* allo Stato).

Questa sentenza, resa da un giudice statale, è ormai definitiva e dal 21 ottobre 2013 il New Jersey è il 14° Stato (oltre il District of Columbia) ad ammettere il matrimonio omogenerico. Lo Stato, infatti, aveva proposto appello alla Divisione d'Appello della Corte Superiore, ma, subito dopo, ricorreva alla Suprema Corte evidenziando (nell'assenso delle controparti) i requisiti dell'eccezionale rito di *appeal on certification*³⁰, ossia la natura fondamentale della questione giuridica agitata in lite e la elevata probabilità che la questione fosse comunque sottoposta alla Suprema Corte dello Stato. La Suprema Corte accordava di procedere in tali termini con ordinanza dell'11.10.13³¹; parallelamente lo Stato chiedeva, come è obbligatorio fare nel New Jersey³², la sospensione della esecuzione della sentenza sia al giudice a quo (che respingeva il ricorso con ordinanza³³ evidenziando il carattere teorico e non pratico del pregiudizio dello Stato) sia al giudice d'appello, ora la Suprema Corte. La quale ultima, all'unanimità, respingeva³⁴ la richiesta di sospensione evidenziando la verosimile infondatezza dell'appello, e inducendo lo Stato a rinunciare al gravame³⁵. Nel rinviare i lettori al testo³⁶, si offre la presente sintesi della vicenda.

Gli attori, sei coppie omogeneriche in unione civile, i loro figli, e l'associazione *Garden State Equality* hanno adito la Corte sostenendo che, a seguito della sentenza *Windsor*, le coppie omosessuali sposate godono di tutti i diritti riconosciuti dallo Stato federale e dagli Stati che tali matrimoni riconoscono, alle coppie eterosessuali sposate, mentre loro, non potendo nel New Jersey contrarre matrimonio ma solo una unione civile, si vedono privati, anche a livello federale (viene citato il programma *Obamacare*) di molti di questi diritti. Ciò, solo perché il New Jersey non riconosce loro il diritto al matrimonio. Eppure, ai sensi della sentenza della Corte Suprema di quello Stato *Lewis v Harris*, del 2006, i due tipi di coppie dovrebbero essere equiparati quanto ai diritti³⁷.

Data l'importanza di *Lewis*, occorre sintetizzarne la portata. Sette coppie omosessuali, che si erano sentite negare la licenza matrimoniale, avevano adito la Corte Superiore dello Stato, asserendo

³⁰ Previsto dalla Rule 2:12 della Suprema Corte: <http://www.judiciary.state.nj.us/rules/r2-12.htm>

³¹ <http://www.judiciary.state.nj.us/samesex/Supreme%20Ct%20Order%202013-10%2011.pdf>

³² Cfr. Rule2: 9-5 B) della Suprema Corte: <http://www.judiciary.state.nj.us/rules/r2-9.htm>

³³ Giudice Jacobson, ordinanza 10 ottobre 2013, v. http://www.judiciary.state.nj.us/samesex/Decision_Stay.pdf

³⁴ Corte Suprema del New Jersey, ordinanza 18 ottobre 2013, Pres. Est. Rabner, vedila a <http://www.judiciary.state.nj.us/samesex/Supreme%20Court%20Opinion%20on%20Stay%20Motion.pdf>

³⁵ Vedi la rinunzia a <http://www.judiciary.state.nj.us/samesex/AG%20Withdrawal%20of%20Appeal%20102113.pdf>

³⁶ Cfr. http://www.judiciary.state.nj.us/samesex/Decision_Summary_Judgment_and%20Order.pdf.

³⁷ Corte Suprema del New Jersey, *Lewis v Harris*, 188 NJ 415, <http://njlaw.rutgers.edu/collections/courts/supreme/a-68-05.doc.html>

violato l'art. 1 Sect 1 della Costituzione dello Stato³⁸, che loro garantirebbe il diritto fondamentale al matrimonio, soccombendo perché tale diritto non sussisterebbe né sarebbe contemplato dalla Costituzione: *dictum* confermato dalla Divisione d'Appello della Corte stessa, che aggiungeva che tale diritto era completamente nuovo ed estraneo alla storia dell'ordinamento locale. Adivano quindi la Corte Suprema, ottenendo parziale vittoria (3 su sette giudici sarebbero stati favorevoli a riconoscere loro il diritto al matrimonio, come da *dissenting opinion*). La Corte Suprema dello Stato, invero, distingue tra il diritto di sposarsi e i diritti del matrimonio. Ora, secondo la maggioranza, che cita la decisione *Griswold* della Corte Suprema USA³⁹, un diritto è fondamentale se è riconosciuto tale dalla coscienza collettiva. Tale è il diritto al matrimonio, che però è soggetto a una ragionevole regolamentazione da parte degli Stati⁴⁰. E nel New Jersey, secondo la Suprema Corte, il diritto al matrimonio omogenerico non è radicato nella coscienza collettiva e anzi è escluso dalle sue leggi, che sempre si riferiscono a una differenza di genere⁴¹. Pertanto il diritto al matrimonio non sussiste e non è tutelabile. Però è vietata la discriminazione delle persone omosessuali, tanto nella giurisprudenza della SCOTUS⁴² che nel diritto antidiscriminatorio del New Jersey⁴³. Anche se non vi è un diritto al matrimonio, in un quadro che sicuramente reprime le discriminazioni per orientamento sessuale, per principio generale, il *Domestic Partnership Act* del 2003 conferisce a queste coppie solo pochi diritti anche in campo fiscale e previdenziale, o di alimenti. Dette iniquità devono cessare e le coppie omogeneriche in una stabile relazione devono poter godere di tutti i diritti accordati a quelle eterosessuali sposate, o estendendo loro il matrimonio, o intitolandole a un istituto (che sarebbe stata la successiva unione civile) che preveda il conferimento degli stessi diritti del matrimonio⁴⁴. Considerato il principio generale

³⁸ Che recita: "1. All persons are by nature free and independent, and have certain natural and unalienable rights, among which are those of enjoying and defending life and liberty, of acquiring, possessing, and protecting property, and of pursuing and obtaining safety and happiness". Vedilo: http://lis.njleg.state.nj.us/cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=236309095&Depth=2&depth=2&expandheadings=on&hitsperheading=on&infobase=njcons.t.nfo&record={3}&softpage=Doc_Frame_PG42

³⁹ Corte Suprema degli Stati Uniti, *Griswold*, 381 U.S. 479 (1965) <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/case.html>

⁴⁰ Corte Suprema del New Jersey, *Greenberg*, 99 NJ 558 (1985).

⁴¹ NjSA, capitoli 37:1 e ss., vedili a http://lis.njleg.state.nj.us/cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=236309069&depth=2&expandheadings=off&headingswithhits=on&infobase=statutes.nfo&softpage=TOC_Frame_Pg42

⁴² *Romer v Evans*, 517 US 620 (1996) : <http://www.law.cornell.edu/supct/html/94-1039.ZO.html> : non sono consentite norme che impediscano, a livello statale costituzionale, la tutela dalla discriminazione per ragioni di orientamento sessuale, ciò essendo motivato solo da avversione contro gli omosessuali; *Lawrence v Texas*, 539 US 558 (2003) : <http://www.law.cornell.edu/supct/html/02-102.ZS.html>: non è consentito punire gli omosessuali per la loro attività sessuale.

⁴³ Cfr. nota 24, capitolo 10:5-4.

⁴⁴ Ciò che puntualmente avvenne con il *Civil Union Act* del 14.12.06, sanzionato dal Governatore il 21 seguente. Vedi nota 25. L'Act emenda il capitolo 37 degli Statuti del New Jersey introducendo sistematicamente accanto alla parola "marriage" la locuzione "civil union".

antidiscriminatorio di cui sopra, il certo danno per i figli di queste coppie, la totale *integrazione* dei gay e delle lesbiche nella comunità (*Gays and lesbians work in every profession, business, and trade. They are educators, architects, fire officials, doctors, lawyers, electricians and construction workers. They serve on township boards, in civic organizations, and in church groups that minister to the needy. They are mothers and fathers. They are our neighbours, our co-workers and our friends*) non si ravvisa alcun legittimo interesse statale a negare questi diritti. Per questi motivi, la decisione condannava il legislatore a provvedere, nei termini indicate, entro 180 giorni.

Deve aggiungersi per completezza, che il medesimo legislatore aveva approvato, il 16 febbraio 2012, una proposta di legge⁴⁵ che introduceva nello stato il matrimonio omogenerico, sottoposta al veto⁴⁶ del locale Governatore⁴⁷, superabile solo con la maggioranza dei due terzi dei membri di ciascuna delle due Camere, di cui i locali progressisti non disponevano.

Tornando al caso deciso dal giudice Jacobson, la Corte premette che lo Stato del New Jersey, delle due opzioni lasciatagli da *Lewis v Harris*, ha esercitato quella di istituire un'unione civile paritaria: ma se a livello statale le coppie omosessuali, che la hanno contratta, godono di tutti i diritti che il New Jersey riconosce alle coppie sposate eterosessuali, dopo la esecutività della decisione *Windsor*, esse continuano a non poter godere di molti diritti previsti dalle leggi federali che si riferiscano al matrimonio e non all'Unione Civile. Eventuali cambiamenti delle leggi federali in questione potrebbero "necessitare di mesi o anni". Poiché "il governo federale incorpora la definizione del matrimonio della legge dello Stato", in quanto il matrimonio stesso è materia di competenza legislativa dei singoli Stati⁴⁸ (cfr. art. 1, Sec. 8, US Constitution), si sono creati due livelli di coppie civilmente conviventi, in New Jersey, aventi diversi diritti: quelle eterosessuali coniugate e quelle omosessuali unite civilmente. E ciò dipende anche dalla scelta dello Stato di non estendere, come sarebbe stata la prima opzione lasciatagli da *Lewis*, alle seconde il matrimonio. Il cambiamento della legge federale non esclude la responsabilità del singolo Stato se ne derivi una situazione di discriminazione e incostituzionalità. Ora, l'art. 1, sect. 1, della Costituzione del New Jersey comprende il principio di *equal protection*⁴⁹, la decisione *Lewis* ritenne che non vi era un motivo razionale per tutelare gli omosessuali come singoli e non come coppie stabili, la decisione *Windsor* estende alle coppie sposate ogni pertinente beneficio federale, la Corte adita certo non può costringere il Governo federale a includere nella previsioni le "unioni civili", la cui definizione varia da Stato a Stato, né potrebbe, per la dottrina del *parens patriae*⁵⁰, farlo lo stesso Stato citando

⁴⁵ *Bill S1* (Senate 1): http://www.njleg.state.nj.us/2012/Bills/S0500/1_12.PDF. Rende gender-neutral il chapter 37 (nota 25) sul matrimonio e converte le unioni civili in matrimonio.

⁴⁶ Motivato dal richiamo alla tradizione e dalla scarsa rilevanza statistica del fenomeno. Vedi http://lis.njleg.state.nj.us/cgi-bin/om_isapi.dll?clientID=236309095&Depth=2&depth=2&expandheadings=on&hitsperheading=on&infbase=njcons.t.nfo&record={3}&softpage=Doc_Frame_P.G42

⁴⁷ Costituzione dello Stato, vedi nota 22, articolo V sezione I, 14 lett. b numeri 2 e 3.

⁴⁸ Cfr. *U.S. v Windsor*, 570 US, (2013), http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-307_6j37.pdf

⁴⁹ *Caviglia v Royal Tours of Arm*, 178 NJ 460(2004) : <http://caselaw.findlaw.com/nj-supreme-court/1162888.html>

⁵⁰ Evolutasi dalla Common Law, indica il potere dello Stato di adottare decisioni nell'interesse dei suoi cittadini: dalla tutela, e simili, in diritto privato, al potere di agire in giudizio a difesa dei suoi cittadini. In questa ultima accezione la dottrina comprende i limiti di tale potere di azione. In *Alfred Snapp v PR*, la SCOTUS, 458 U.S. 592 (1982) afferma che

in giudizio lo Stato federale, peraltro in un'azione di dubbia ammissibilità fondatezza e di incerti tempi, né infine si può addossare ai cittadini interessati l'onere di agire per rimuovere le singole discriminazioni, sotto un profilo economico e del tempo.⁵¹ Non resta, onde evitare una incostituzionalità per contrasto con il XIV emendamento e con l'art. 1 comma 1 della Costituzione del New Jersey, che accedere alla prima delle soluzioni imposte da *Lewis*: estendere alle coppie omosessuali il diritto di contrarre matrimonio.

Vale la pena sintetizzare l'opinione della Corte Suprema dello Stato in sede di ordinanza di rigetto della istanza di sospensione cautelare della sentenza appellata. Premesso il carattere astratto del pregiudizio lamentato dallo Stato, come già accennato, lo Stato non ha buone possibilità di successo nel merito, non considerando che la sentenza non ha dichiarato incostituzionale la legge sulle Unioni Civili, ma che le norme federali che conferiscono benefici ai coniugi anche omosessuali non possono applicarsi in New Jersey incorporando la locale definizione normativa delle unioni di queste coppie: non matrimoni, ma unioni civili. Ed è questa carenza del matrimonio nella legge del New Jersey a creare una situazione di discriminazione e tra coppie omosessuali civilmente unite e coppie eterosessuali sposate che la sentenza *Lewis*, più volte citata, vieta. Inoltre il bilanciamento degli interessi delle parti è a favore degli appellati. Ove uno di essi morisse durante la lite, il superstite si vedrebbe negare per sempre quei benefici federali; sotto il profilo dell'interesse pubblico, infine, l'interesse pubblico che s'impone è quello di evitare disequaglianze di trattamento per le coppie omosessuali.

lo Stato, per agire in giudizio, deve far valere un interesse , proprio e distinto da quello dei cittadini che beneficerebbero dell'azione, e che tale interesse deve essere "quasi sovrano" ossia né sovrano in sé (il che per uno Stato membro degli USA può solo risolversi in una lesione dei suoi poteri o del suo territorio) né dello Stato come titolare di diritti di carattere privatistico, né di infine di persone o collettività lese. È per esempio quando si fa valere il diritto alla salute, etc., che sussiste un interesse quasi sovrano. Qui dissento dalla decisione proprio perché ritengo che uno Stato dovrebbe poter agire contro lo Stato federale a difesa della dignità dei propri cittadini. Tuttavia è un dissenso che non ha effetto pratico.

⁵¹ Come invece da noi si esprimono candidamente corte Cost.138/10 e Cass. 4184/12.