

**“SAME SEX MARRIAGE E RICONOSCIMENTO DELLE UNIONI TRA PERSONE
DELLO STESSO SESSO: MATERIALI DI DIRITTO COMPARATO”**

A cura di Renato Ibrido, Andrea Romano, Angelo Schillaci

Sezione II
La Spagna e l'America Latina

Indice dei materiali

Spagna

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/113-2005.html

Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre de 2012

<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/23106>

Argentina

Ley 26.618 y Decreto 1054/10. Ley de Matrimonio Igualitario

<http://soydondepienso.wordpress.com/2010/07/22/ley-26-618-y-decreto-105410-ley-de-matrimonio-igualitario/>

Decisione Freyre

<http://www.lgbt.org.ar/00-fallo.php>

Messico

Legge del Distretto federale di Città del Messico sul matrimonio omosessuale (nuovo testo degli artt. 146 e 319 del Codice civile del Distretto federale)

http://www.icnl.org/research/library/files/Mexico/DF_Codigo_Civil_2011.pd

[Sentenza del 16 agosto 2010 della Corte suprema sulla costituzionalità del matrimonio omosessuale Expediente 2/2010](#)

Colombia

sentenza C-577 del 2011

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>

GUIDA ALLA LETTURA

di Renato IBRIDO

L'esame della legislazione e della giurisprudenza dei Paesi ibero-americani offre un punto di osservazione privilegiato nell'individuazione delle principali tendenze evolutive in materia di *same sex marriage*.

In alcuni casi, l'estensione in via legislativa alle coppie omosessuali della possibilità di accedere all'istituto del matrimonio è stata preceduta da un intervento in via pretoria degli organi giudiziari.

In Argentina, ad esempio, la legge sul *matrimonio igualitario*, approvata nel 2010, ha fatto seguito ad alcune importanti pronunce dei giudici amministrativi, ed in particolare alla decisione Freyre del 19 novembre 2009.

In Colombia, la Corte costituzionale ha imposto al legislatore di introdurre, entro il 20 giugno 2013, una apposita disciplina organica dei diritti delle coppie dello stesso sesso, così rilevando l'incostituzionalità delle disposizioni legislative che escludevano il diritto degli omosessuali di unirsi in matrimonio.

In altri casi, le decisioni delle corti hanno riconosciuto la costituzionalità delle discipline sul matrimonio omosessuale già introdotte dal legislatore. Così, in Messico, dove la Corte suprema ha respinto il ricorso promosso contro la riforma del Codice civile del Distretto federale.

Così, anche, in Spagna, dove dopo sette anni di attesa, il Tribunale costituzionale ha confermato la legittimità costituzionale della *Ley* n. 13 del 2005, voluta dal Governo del P.S.O.E.

Senza pretesa di esaustività e completezza, la rassegna che segue si propone di offrire una rapida guida alla lettura dell'evoluzione della disciplina in materia di *same sex marriage* in Argentina, Messico, Colombia e Spagna, segnalando in particolare alcune delle decisioni giurisprudenziali più importanti.

Argentina

Nella sentenza del 19 novembre 2009, il giudice del contenzioso amministrativo della Città di Buenos Aires, accogliendo il ricorso *de amparo* promosso dai signori Alex Freyre e José María di Bello, rilevava l'incostituzionalità delle norme del Codice civile che limitavano alle sole coppie eterosessuali l'accesso all'istituto matrimoniale.

Dopo una ricostruzione dell'itinerario evolutivo del matrimonio – «*cuya historia es anterior al Concilio de Trento*» – il giudice giungeva a «*descartar la idea de un significado natural o recto*» di matrimonio proprio in considerazione del carattere intrinsecamente dinamico di tale istituto. Secondo la linea di ragionamento sviluppata nella decisione, inoltre, la diversità di trattamento fra coppie eterosessuali e coppie omosessuali, pur non essendo illegittima in astratto, lo diviene in concreto quando, come nel contesto storico attuale, essa si raccorda ad una considerazione dei soggetti esclusi da un determinato istituto giuridico nei termini di «*seres humanos menos valiosos*».

Allo scopo di sottolineare gli aspetti di criticità, sotto il profilo costituzionale, della disciplina contenuta nel Codice civile, il giudice ha così posto l'accento sul collegamento fra paradigma eterosessuale del matrimonio e sentimento omofobico, anche facendo riferimento alla diffusione nel linguaggio parlato di espressioni offensive e stereotipi gravemente lesivi della dignità degli omosessuali.

Richiamando poi alcuni studi sociologici, la sentenza ha tracciato un parallelismo fra i meccanismi d'azione dell'omofobia e quelli del razzismo: identificazione, dapprima, di un gruppo di esseri umani considerati inferiori; creazione, in secondo luogo, di un terreno d'azione in cui la "differenza" diviene fattore di pericolo per l'integrità dell'omofobo; infine, dissimulazione dell'omofobia dietro il discorso sulla tolleranza, poiché – si legge nella sentenza – solo si può tollerare chi viene definito in termini di contrapposizione. Con un ricco impianto di riferimenti alla filosofia (Gilles Deleuze, Hannah Arendt, Theodor Adorno, Judith Butler), alla narrativa (Honoré de Balzac), alla sociologia (Ernesto Meccia) e, naturalmente, alla letteratura giuridica, la sentenza Freyre ha così sviluppato una linea argomentativa tesa ad evidenziare le ripercussioni negative che il divieto di matrimonio omosessuale – in collegamento con gli altri fattori sociali di discriminazione delle coppie dello stesso sesso – ha assunto rispetto al valore della dignità della persona.

Dopo una serie di pronunce giudiziarie che autorizzavano, a livello locale, la celebrazione di matrimoni fra persone dello stesso sesso, il 14 luglio 2010 è intervenuta, infine, l'approvazione della *Ley* 26618 (c.d. legge sul "*matrimonio igualitario*"). In particolare, la formula «marito e moglie» impiegata dal Codice civile è stata sostituita dall'espressione "i contraenti". È stata poi estesa ai coniugi omosessuali la possibilità di adottare bambini e di avere accesso ai congedi familiari già previsti per le coppie eterosessuali.

Come si legge nel preambolo della legge, fra le proprie finalità la riforma persegue l'obiettivo di eliminare qualsiasi discriminazione basata sull'orientamento sessuale, dando in particolare attuazione al principio sancito dall'art. 16 della Costituzione, ai sensi del quale «tutti gli abitanti sono uguali dinanzi alla legge».

Messico

Con la sentenza del 16 agosto 2010, la Corte suprema messicana ha riconosciuto la costituzionalità dell'articolo 146 del codice civile del distretto federale, il quale, nella versione novellata dalla riforma del dicembre 2009, aveva introdotto nel distretto di Città del Messico la figura del *matrimonio homosexual*.

Sostituendo infatti l'espressione «uomo e donna» con «due persone», la novella dell'art. 146 del codice civile del distretto federale ha definito il matrimonio come «l'unione libera di due persone per la realizzazione di una comunità di vita».

Secondo la tesi sostenuta dalla procura generale della Repubblica, tale modifica, estendendo alle coppie omosessuali la possibilità di accedere all'istituto del matrimonio, comportava una violazione dell'articolo 4, primo comma della Costituzione federale, nell'inciso che impone al legislatore di proteggere «l'organizzazione e lo sviluppo della famiglia». Invocando, infatti, una interpretazione del parametro conforme al «*espíritu del Constituyente*», il ricorrente ha evidenziato come il compilatore dell'articolo 4 abbia inteso riferirsi alla famiglia nel suo modello ideale, ossia il nucleo sociale costituito da padre, madre e figli.

All'argomento originalista proposto dal ricorrente, la Corte suprema messicana ha contrapposto una concezione della carta costituzionale intesa come «*documento vivo*», ossia un testo normativo inidoneo a pietrificare e ancorare ad uno schema predeterminato figure per loro natura dinamiche come ad esempio quella della famiglia.

In un passaggio significativo della decisione, i giudici supremi, dopo aver osservato che «*la familia, antes que ser un concepto jurídico*» costituisce innanzitutto «*concepto sociológico*», hanno aggiunto che il riferimento alla presunta volontà del legislatore storico (il costituente o il compilatore dei trattati internazionali ratificati dal Messico) appare tutt'altro che determinante. Richiamando infatti le opinioni tecniche formulate dall'Università nazionale autonoma del Messico, la Corte ha evidenziato, da un punto di vista sociologico, che all'epoca in cui fu redatto l'art. 4 della Costituzione, le persone omosessuali, data la disapprovazione sociale verso orientamenti sessuali considerati non di rado alla stregua di vere e proprie malattie, mantenevano celata la propria omosessualità. Questo «*hecho innegable*» consente dunque di de-contestualizzare e ricontestualizzare la scelta normativa operata dalla Costituzione, la quale non ha previsto (ma neppure escluso espressamente), forme di tutela per modelli familiari che di fatto erano occulti al momento in cui fu redatto l'art. 4.

Con questa decisione, la Corte ha altresì riconosciuto la legittimità costituzionale dell'estensione alle coppie omosessuali della possibilità di accedere all'istituto dell'adozione.

La riforma in esame, entrata in vigore nel marzo del 2010, era stata preceduta nel 2006 dall'introduzione nel distretto federale di Città del Messico e nello Stato di Coahuila di apposite regolamentazioni delle unioni civili.

Colombia

Ai sensi dell'art. 42 della Costituzione colombiana, «La famiglia è il nucleo fondamentale della società. Si costituisce per vincoli naturali o giuridici, per la decisione libera di un uomo e di una donna di contrarre matrimonio o per la volontà responsabile di conformarla».

Nel 2010, la Corte costituzionale colombiana è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della definizione di matrimonio, la quale era ancora ancorata ad una concezione di tipo tradizionale. Tuttavia, con la sentenza C-886/2010, la Corte ha statuito di non poter entrare nel merito della questione e si è dichiarata *inhibida* per la mancanza dei requisiti di carattere sostanziale richiesti dalla legge per la proposizione delle questioni di costituzionalità.

Con la sentenza C-577 del 2011, la Corte costituzionale, procedendo ad un *overruling* della propria precedente giurisprudenza, ha sottolineato l'esigenza di aggiornare l'interpretazione della suddetta disposizione costituzionale, al fine di renderla più aderente alla nuova realtà sociale. In questo senso, la Corte ha negato che l'eterosessualità costituisca una caratteristica imprescindibile del concetto di famiglia tutelato dall'art. 42 della Costituzione.

I giudici costituzionali hanno così dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 113 del Codice civile nella parte in cui escludeva le coppie dello stesso sesso dall'accesso all'istituto del matrimonio. Sulla base di questa decisione, il Congresso dovrà, entro il 20 giugno 2013, approvare una disciplina organica dei diritti delle coppie omosessuali. Peraltro, qualora il legislatore non si dovesse attenere alla decisione della Corte, le coppie dello stesso sesso potranno comunque formalizzare la loro unione dinnanzi ad un notaio o un giudice.

Spagna

Con la sentenza n. 198 del 2012, dello scorso 6 novembre, il *Tribunal Constitucional* spagnolo ha respinto il ricorso d'incostituzionalità promosso dai deputati del Partito Popolare contro la *Ley* n. 13 del 2005, la quale aveva esteso alle coppie dello stesso sesso la possibilità di accedere all'istituto del matrimonio e dell'adozione congiunta.

La decisione è stata adottata dopo sette anni dalla presentazione del ricorso, periodo nel quale più di ventimila coppie omosessuali si sono unite in matrimonio. In questo senso, il recente rinnovo della composizione del collegio ha dato un impulso decisivo al superamento della fase di stallo che aveva impedito al Tribunale costituzionale di pronunciarsi sul ricorso promosso contro la *Ley* 13/2005. Il testo della sentenza è stato così approvato con sette voti favorevoli ed un voto particolare concorrente. Tre giudici hanno invece formulato opinioni particolari dissenzienti.

La struttura della decisione si snoda in quattro passaggi fondamentali: la corretta delimitazione dell'oggetto della causa, con un primo filtro rispetto a motivi del ricorso già preliminarmente considerati inidonei a comportare l'incostituzionalità della legge (FJ 1-6); la definizione del matrimonio nella sua veste di garanzia d'istituto, *rectius*, di *garantía institucional* (FJ 7-9); l'individuazione del contenuto del matrimonio nella diversa dimensione di diritto costituzionale (FJ 10-11); infine, il tema delle adozioni da parte delle coppie omosessuali (FJ 12).

In particolare, secondo il Tribunale costituzionale, il vero e in sostanza unico punto nodale relativo al problema della costituzionalità del matrimonio omosessuale deve essere ricollegato all'interpretazione dell'art. 32 della Costituzione spagnola, disposizione ai sensi della quale «L'uomo e la donna hanno diritto a contrarre matrimonio in piena eguaglianza giuridica». Il successivo secondo comma rinvia poi alla legge il compito di disciplinare le modalità di funzionamento dell'istituto.

Da un lato, infatti, l'esame dei lavori preparatori ha portato la corte ad escludere l'opzione per il modello del matrimonio omosessuale costituzionalmente necessario. Nel 1978 – si legge nella sentenza – il matrimonio era d'altronde concepito come l'unione di un uomo e una donna.

Per altro verso, una valorizzazione del dato testuale ha condotto a scartare l'opposta soluzione rappresentata dal riconoscimento della costituzionalizzazione del paradigma eterosessuale del matrimonio. L'art. 32, infatti, si limita ad identificare i titolari del diritto al matrimonio, ponendo l'accento sull'affermazione dell'eguaglianza della donna, e non anche i soggetti con i quali questi ultimi possono esercitare lo *ius connubii*. Vero è che l'art. 32 individua l'unica disposizione costituzionale in materia di diritti fondamentali nei quali il titolare del diritto viene identificato con la formula "l'uomo e la donna" anziché attraverso formule più aperte quali "gli spagnoli", "ogni persona", "i cittadini", etc. Tuttavia, la scelta lessicale si spiegherebbe in ragione del fatto che l'enunciato si chiude con una sottolineatura della "piena eguaglianza giuridica" dei coniugi, e dunque nell'ambito di una funzione essenzialmente anti-discriminatoria.

Sulla soluzione mediana accolta dal *Tribunal Constitucional* sembra aver inciso altresì la c.d. impostazione "neutra" accolta a livello sovranazionale. Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, l'art. 12 CEDU tutela il diritto delle coppie eterosessuali di sposarsi, mentre la possibilità di estendere il medesimo diritto alle coppie omosessuali rimarrebbe ancorata al margine di apprezzamento degli Stati membri. In base invece all'interpretazione autentica dell'art. 9 della Carta di Nizza elaborata sotto l'autorità del *praesidium* della Convenzione, la suddetta disposizione «non vieta né impone la concessione dello *status* matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso».

Quanto al problema dell'adozione congiunta dei minori da parte di coppie omosessuali, il Tribunale costituzionale non ha negato che l'interesse del minore si configuri come prevalente rispetto a quello delle coppie che desiderino accedere all'istituto dell'adozione. Tuttavia, secondo il collegio, la legge già prevede adeguate procedure che consentono al giudice di negare l'adozione allorché essa risulti in contrasto con l'interesse del minore. Ne discende, quindi, la mancata violazione dell'art. 39, c. 2 CE nonché l'impossibilità di identificare nell'orientamento sessuale della coppia una ragione idonea a negare, di per sé, l'adozione del minore.