

“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 III
Brasile, Portogallo, Stati Uniti*

Indice dei materiali

Brasile

1) Art. 226, comma 3 della Costituzione e artt. 1.723 e ss. del Codice civile.

Link al testo della Costituzione:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Link al testo del Codice civile:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm

2) Sentenza del *Superior Tribunal Federal* del 24 maggio 2011 che riconosce le unioni civili tra persone dello stesso sesso.

Link al testo della sentenza:

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=433816&tipo=TP&descricao=ADPF%2F132>

3) Sentenza del Tribunal de Justiça di Jacareí dello Stato di São Paulo del 27 giugno 2011. Prima sentenza di un Tribunale brasiliano che riconosce la conversione dall'unione civile al matrimonio per coppie dello stesso sesso.

Link al testo della sentenza:

<http://www.professorsimao.com.br/CASAMENTO-UNIAO%20ESTAVEL-CONVERSAO.pdf>

4) Sentenza del *Superior Tribunal de Justiça* del 25 ottobre 2011 che ammette la possibilità di contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Link al testo della sentenza:

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1099021&sReg=201000366638&sData=20120201&formato=PDF

5) Decisione del Tribunal de Justiça di Rio de Janeiro che approva l'abilitazione diretta a contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Link al testo della decisione:

http://direitohomoafetivo.com.br/anexos/normatizacao/98_85a86cc4a0627e3d633c8c244365b2e1.pdf

6) Portale internet brasiliano contenente aggiornamenti normativi giurisprudenziali e dottrinari:

<http://www.direitohomoafetivo.com.br/>

Stati Uniti

1) Defense of Marriage Act del 1996 (DOMA):

Link al testo della legge:

<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c104:H.R.3396.ENR>

2) Sentenza della Corte Suprema del Massachussets, *Goodridge v. Department of Public Health* del 2003, del che riconosce la legittimità del matrimonio tra persone dello stesso sesso:

Link al testo della sentenza:

<http://masscases.com/cases/sjc/440/440mass309.html>

3) Sentenza della Corte Suprema della California, *Lockyer v. City of San Francisco* del 2004,

Link al testo della sentenza:

http://appellatecases.courtinfo.ca.gov/search/case/mainCaseScreen.cfm?dist=0&doc_id=1854602&doc_no=S122923

4) Sentenza della Corte Suprema della California, *In Re Marriage Cases* del 2008, che dichiara la contrarietà alla Costituzione statale della *Proposition* n. 22.

Link al testo della sentenza:

<http://www.courts.ca.gov/documents/S147999.pdf>

5) Sentenza della Corte Suprema della California, *Strauss v. Horton* del 2009, relativa alla distinzione tra revisione costituzionale ed emendamento alla Costituzione.

Link al testo della sentenza:

<http://www.courts.ca.gov/documents/S168047.pdf>

6) Sentenza della Corte Federale d'Appello del Nono Circuito, *Perry v. Brown* del 2012, che dichiara la contrarietà alla costituzione della *Proposition* n. 8.

Link al testo della sentenza:

<http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/general/2012/02/07/1016696com.pdf>

7) US v. Edith Windsor e Hollingsworth v. Perry, *writs of certiorari* attualmente pendenti dinanzi alla Corte Suprema.

Link alle rispettive pagine web della Corte Suprema:

<http://www.supremecourt.gov/Search.aspx?FileName=/docketfiles/12-307.htm>

<http://www.supremecourt.gov/Search.aspx?FileName=/docketfiles/12-144.htm>

Portogallo

1) Sentenza n. 359 del 2010 del *Tribunal Constitucional* che riserva al legislatore l'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Link al testo della sentenza:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090359.html>

2) Legge n. 9 del 2010 che riconosce il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Link al testo della sentenza:

http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c325276593342734c58526c6548524263484a76646938794d4445774c3078664f5638794d4445774c6e426b5a673d3d&fich=L_9_2010.pdf&Inline=true

3) Sentenza n. 121 del 2010 del *Tribunal Constitucional*, che nega l'illegittimità costituzionale della legge che prevede il matrimonio tra persone dello stesso sesso a seguito del ricorso presentato dal Presidente della Repubblica.

Link al testo della sentenza:

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html>

GUIDA ALLA LETTURA

Di Andrea ROMANO

Brasile

In Brasile il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso è avvenuto in via giurisprudenziale in assenza di una disciplina legislativa e in applicazione diretta della Costituzione. Anche le unioni civili (“união estavel”) tra persone dello stesso sesso sono state introdotte tramite l’intervento dell’autorità giudiziaria e, in particolare, a seguito di una sentenza del Tribunal Supremo Federal.

Il 5 maggio 2011, infatti, il Tribunal Supremo brasiliano ha riconosciuto l’equiparazione delle unioni tra coppie dello stesso sesso a quelle eterosessuali già previste dall’art. 1.723 del Codice civile in quanto rientranti nel concetto di entità familiare. Dal riconoscimento dell’unione stabile alle coppie omosessuali deriva l’attribuzione di un ampio coacervo di diritti tra cui quello di adozione.

La sentenza trae origine dalla riunione di due ricorsi: il primo, *l’Ação Direta de Inconstitucionalidade*, sollevata dal Governatore dello Stato di Rio de Janeiro, mirava a far riconoscere l’unione tra persone dello stesso sesso come entità familiare (ai sensi dell’art. 1.723 del Codice civile) e che pertanto a quelle fossero estesi i diritti e doveri previsti per le coppie di sesso opposto; il secondo, *l’Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*, promosso dalla Procura Generale della Repubblica era volta a far dichiarare l’incostituzionalità della mancata previsione delle unioni omosessuali nell’ambito delle unioni stabili previste dal legislatore.

La decisione del STF – contenente i voti concorrenti dei giudici Ricardo Lewandowsky, Gilmar Mendes, e Cezar Peluso i quali hanno sostenuto in via di estrema sintesi che le unioni stabili tra coppie dello stesso sesso non possono essere ricondotte alle forme famigliari garantite dall’art. 226, comma 3 della Costituzione ma costituiscono una entità familiare ulteriore che dovrebbe essere disciplinata dal legislatore – con effetto vincolante ed efficacia *erga omnes*, discende da una interpretazione dell’art. 1.723 conforme a Costituzione (in particolare all’art. 3, comma 4 che prevede il principio di eguaglianza). Tra i problemi che derivavano dal testo costituzionale al riconoscimento dell’unione stabile tra uomo e donna occorre far riferimento all’art. 226, comma 3 Cost. che prevede: “è reconhecida a união estavel entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Secondo il Tribunale il significato da attribuire alla disposizione citata non risiede tanto nell’intenzione del costituente di escludere le coppie omosessuali quanto nell’esigenza di promuovere un trattamento uniforme delle coppie unite in base ad una unione stabile a quelle sposate (esigenza ricollegabile, come ricorda il Tribunale, anche alla considerazione dispregiativa nei confronti della donna non unita in matrimonio presente nella cultura brasiliana all’epoca di adozione della Costituzione: “a normação desse novo tipo de união [estavel], agora expressamente referida à dualidade do homem e da mulher, também se deve ao propósito constitucional de não perder a menor oportunidade de estabelecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia entre as duas tipologias do gênero humano, sabido que a mulher que se une ao homem em regime de companheirismo ou *sem papel passado* ainda é vítima de comentários desairosos de sua honra objetiva, tal a renitência desse ranço do patriarcalismo entre nós”).

Nell'argomentare la sua decisione il Tribunale afferma che l'orientamento sessuale rappresenta una proiezione diretta del principio della dignità umana previsto dalla Cost. all'art. 1, comma 3. In particolare, il Tribunale sostiene che i principi costituzionali di uguaglianza e non discriminazione richiedono una interpretazione "não-reductionista" del concetto di famiglia che va inteso in senso "aperto" e alla luce del principio pluralista accolto dalla costituzione del 1988.

La sentenza del STF ha sollevato diverse questioni. Innanzitutto in dottrina e in giurisprudenza si è aperto il dibattito circa la possibilità di convertire l'unione civile in matrimonio. Infatti, la legge (cfr. art. 1.726 codice civile brasiliano; cfr. anche in precedenza art. 8, l. n. 9.278 del 1996), in conformità rispetto a quanto prevede la Costituzione all'art. 226, comma 3, stabilisce che coloro che sono uniti in una unione stabile possano convertire tale titolo in matrimonio. Di fatto, successivamente alla sentenza in diversi Stati (il primo caso si è verificato a Jacareí nello Stato di São Paulo) si è proceduto alla conversione dell'unione stabile in matrimonio. Inoltre non sono mancate pronunce giurisprudenziali che hanno riconosciuto alle coppie dello stesso sesso la possibilità di richiedere l'abilitazione diretta ("habilitação direta") a contrarre matrimonio presso gli uffici competenti (*Cartórios do registro civil das pessoas naturais*, cfr. ora decisione del Tribunal de Justiça de Rio de Janeiro del 18 aprile 2013).

Infine, il 25 ottobre 2011, il Superior Tribunal de Justiça (STJ) - le cui pronunce a differenza del STF non hanno carattere vincolante - ha riconosciuto la legittimità del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

La vicenda ha origine nel ricorso di due donne, le quali vivendo da tempo in una unione stabile si erano viste negare la richiesta di contrarre matrimonio da parte delle autorità competenti. Il ricorso esperito contro tali provvedimenti era stato rigettato tanto in primo che in secondo grado, in quanto i giudici aditi avevano ritenuto che il matrimonio, secondo la legislazione vigente, era limitato alle coppie di sesso opposto e che in ogni caso sarebbe spettato al legislatore e non al potere giudiziario riconoscere il diritto a contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso ("a interpretação judicial.. nao tem o alcance de criar direito material, sob pena de invasao da esfera de competencia do Poder Legislativo e violação do princípio republicano de separação dos poderes").

Tuttavia, la quarta Turma (sezione) del Superior Tribunal de Justiça, in una decisione adottata quattro voti a uno, ha accolto il ricorso delle due donne riconoscendo loro la possibilità di contrarre matrimonio.

L'argomentazione del Tribunal prende le mosse dal concetto di *pluralismo familiar* accolto dalla Costituzione che si traduce in una visione pluralistica dello stesso matrimonio il quale non può essere limitato alle persone di sesso opposto. Infatti, se il matrimonio è la forma familiare alla quale lo Stato attribuisce maggiori garanzie giuridiche, esso deve essere riconosciuto a prescindere dall'orientamento sessuale dei suoi contraenti. Sostengono questa opzione, secondo il Superior Tribunal de Justiça, il principio della dignità umana e il principio di eguaglianza che postulano il diritto alla autodeterminazione e alla differenza ("a concepção constitucional do casamento... deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade"). In particolare, riguardo al ruolo del potere giudiziario in quest'ambito, secondo la Suprema Corte la mancata previsione legislativa del matrimonio tra persone dello stesso sesso non impedisce al giudice di esercitare il suo ruolo contromaggioritario in vista della protezione dei diritti fondamentali, elemento questo di rafforzamento della democrazia piuttosto che di indebolimento di essa nella misura in cui essa diviene "a forma de governo nao das maiorias ocasionais mais de todos".

La sentenza del Tribunal Superior de Justiça, ha rafforzato la tendenza dei diversi Tribunali statali (Sao Paulo, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro etc.) e delle *Corregedorias Geral da Justiça* statali (Pianuí, Bahia, Sao Paulo) a riconoscere alle coppie dello stesso sesso l'abilitazione diretta a contrarre matrimonio (al momento sono 11 gli stati che riconoscono l'abilitazione diretta).

In conclusione, l'assenza di una normativa sul punto e la conseguente difformità di discipline tra Stati sembrano destare ancora delle incertezze in relazione alle questioni della conversione dell'unione civile in matrimonio e della abilitazione diretta a contrarre matrimonio.

Stati Uniti

La situazione del riconoscimento del *same-sex marriage* negli Stati Uniti presenta un alto tasso di complessità anche in relazione ai numerosi elementi di differenziazione presenti all'interno della federazione.

Da un lato occorre da subito ricordare l'esistenza del Defense of Marriage Act del 1996. Questa legge federale attribuisce agli Stati il diritto di non riconoscere effetto giuridico al matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto in un altro Stato (cfr. *section 2*); inoltre essa stabilisce che, a livello federale, il matrimonio è da intendersi come l'unione tra un uomo e una donna (cfr. *section 3*). La costituzionalità della legge è stata posta in questione dalla dottrina, ha successivamente incontrato l'opposizione della presidenza Obama (cfr. http://www.huffingtonpost.com/2011/02/23/obama-doma-unconstitutional_n_827134.html), e al momento, come si accennerà, si attende l'esito della sentenza della Corte Suprema al riguardo nel caso *Edith Windsor v. United States*.

Dall'altro lato occorre tener conto della pluralità di soluzioni adottate a livello statale. Sul versante degli Stati contrari all'ammissione del matrimonio tra omosessuali – la maggioranza – si possono distinguere quelli che hanno previsto l'*opposite-sex marriage* a livello costituzionale dagli altri che l'hanno previsto a livello legislativo. Sul versante opposto, alcuni stati hanno riconosciuto il matrimonio tra persone dello stesso sesso attraverso diversi strumenti: nella maggior parte dei casi l'introduzione del *same-sex marriage* è stata realizzata tramite pronunce giurisprudenziali (Massachusetts, Connecticut, Iowa), in alcuni Stati tramite interventi normativi (New York, Washington New Hampshire), talvolta successivi alle sentenze dei giudici (Connecticut, Vermont), in altri ancora, infine, l'introduzione del *same-sex marriage* è avvenuta tramite le *initiatives* popolari (Maine).

Esistono poi alcuni Stati che riconoscono le *domestic partnerships* (Nevada, Oregon) diverse dalle *civil unions* (Hawaii, Illinois, Rhode Island), in quanto le prime sono aperte anche alle coppie di sesso opposto. Infine in un numero limitato di stati il matrimonio non è né previsto né proibito (New Mexico) e viene riconosciuto il matrimonio contratto in un altro Stato come matrimonio o come unione civile (Rhode Island, Illinois).

Tra le decisioni delle Corti supreme statali ci si può limitare a segnalare la sentenza *Goodridge v. Department of Public Health* del Massachusetts, i cui percorsi argomentativi hanno successivamente influenzato le decisioni delle Corti dell'Iowa e del Connecticut. Il giudice statale, nel caso citato, applicando il *rational basis test*, ha ritenuto che la legge statale che limitava i matrimoni all'unione tra un uomo e una donna si ponesse in contrasto con la costituzione del Massachusetts – la quale secondo i giudici risulta essere maggiormente garantista rispetto alla costituzione federale – e in particolare con riferimento all'*equal protection clause* e al *due process clause*. Di fronte alla Corte il mantenimento dell'*opposite sex marriage* veniva difeso dallo Stato

del Massachusetts, non solo in ragione della finalità procreativa e della migliore protezione dell'interesse del minore ma anche secondo argomentazioni di carattere economicistico, e cioè a partire dall'esigenza di assicurare una migliore distribuzione delle risorse statali, nella misura in cui le coppie di sesso opposto sarebbero meno indipendenti e quindi maggiormente bisognose dei sussidi statali rispetto a quelle omosessuali. La Corte, qualificando il matrimonio come un paradigma in evoluzione, non vede nel *same-sex marriage* una svalutazione dell'istituto matrimoniale ma al contrario, sulla falsariga di quanto avvenne con il riconoscimento del matrimonio interraziale, attribuisce ad esso la conferma dell'importanza del matrimonio come strumento di stabilizzazione dei rapporti sociali: "That same-sex couples are willing to embrace marriage's solemn obligations of exclusivity, mutual support, and commitment to one another is a testament to the enduring place of marriage in our laws and in the human spirit".

Interessante è inoltre il riferimento della Corte al peso della *common law* in quest'ambito svolto attraverso il richiamo di una sentenza della Corte d'Appello dell'Ontario (*Halpern v. Toronto*, del 2003): il giudice americano afferma di aderire all'operazione della Corte canadese di ridefinizione dei principi *common-law* inglese i quali possono essere reinterpretati "alla luce dell'evoluzione degli standard costituzionali".

Di grande momento è anche la vicenda del *same sex marriage* in California per la complessità e gli elementi di originalità che presenta ma al tempo stesso anche per i possibili riflessi che essa potrà avere nella dimensione federale, che dipenderanno dalla prossima decisione della Corte Suprema nel caso *Hollingsworth v. Perry*.

La Corte Suprema di questo stato, in un primo momento aveva dichiarato l'illegittimità della prassi con cui gli ufficiali dello stato civile, in accordo con il sindaco della città, avevano cominciato a rilasciare autorizzazioni a contrarre matrimonio in favore di coppie omosessuali in quanto essa violava la legge statale, così come modificata con l'inserimento dell'art. 308.5 da parte della *Proposition n. 22* (sentenza *Lockier v. San Francisco*).

Successivamente, nella sentenza *In Re Marriage Cases* del 2008, la Corte ha stabilito la contrarietà a costituzione della stessa *Proposition n. 22*, sotto il profilo della violazione dell'*equal protection clause* e della *due process clause*. Tuttavia l'iniziativa popolare ha nuovamente mutato la situazione con l'approvazione, di poco successiva, della *Proposition n. 8* che ha introdotto un emendamento alla Costituzione volto a restringere il matrimonio all'unione tra uomo e donna.

La legittimità della *Proposition n. 8* è stata sottoposta nuovamente dinanzi alle Corti sotto due profili: il primo, di carattere procedurale, si è concluso con la sentenza della Corte suprema californiana nel caso *Strauss v. Hooter* relativa alla controversa distinzione tra revisione costituzionale ed emendamento: senza entrare nel merito della vicenda la Corte ha rigettato l'interpretazione dei ricorrenti secondo i quali la *Proposition n. 8* avrebbe introdotto una revisione costituzionale e non un semplice emendamento.

Il secondo, di carattere sostanziale sarà a breve deciso dalla Corte suprema, dopo che la Corte federale d'Appello del nono circuito ha dichiarato contraria alla Costituzione la *Proposition n. 8* per violazione della *equal protection clause* e della *due process clause* (*Perry v. Brown*).

La pronuncia della Corte Suprema statunitense sul caso *Hollingsworth v. Perry*, dovrebbe porre fine alla questione. Nella stessa decisione la Corte si pronuncerà sul caso *Edith Windsor v. United States*: la Corte sarà chiamata a decidere se la sezione 3 del DOMA che qualifica il matrimonio in relazione alle questioni federali come l'unione tra un uomo e una donna viola l'*equal protection clause* in relazione al V emendamento. E' appena il caso di ricordare l'importanza della decisione sia dal punto della sua connessione con il dibattito politico attuale, ulteriormente approfonditosi a seguito dalla recente rielezione del Presidente Obama che nel suo discorso di insediamento il 21

gennaio 2013 ha fatto riferimento all'eguaglianza degli omosessuali, sia per l'impatto che la decisione avrà sulla frammentaria disciplina della materia all'interno della federazione.

Portogallo

In Portogallo, la previsione del matrimonio tra coppie omosessuali è stata introdotta dalla legge n. 9 del 2010, la quale non ha tuttavia riconosciuto alle stesse la possibilità di adottare.

In precedenza, il legislatore aveva equiparato le unioni di fatto omosessuali a quelle eterosessuali (queste ultime introdotte con la legge n. 135 del 1999), privando le prime della possibilità di adozione e di ricorrere alla procreazione medicalmente assistita. Il Tribunal constitucional, nella sentenza n. 359 del 2009, aveva affermato che il matrimonio tra persone dello stesso sesso non poteva ritenersi imposto dalla Costituzione in base al principio di eguaglianza e non discriminazione, dovendo la questione essere rimessa alla discrezionalità del legislatore.

La successiva approvazione della legge che ha introdotto il *same-sex marriage* ha dovuto in ogni caso superare il vaglio di costituzionalità a seguito del ricorso presentato dal Presidente della Repubblica – esponente di un partito politico opposto a quello della maggioranza parlamentare – di fronte al Tribunal constitucional che si è pronunciato con la sentenza n. 121 del 2010. Il ricorso presidenziale lamentava, in particolare: la violazione del principio di eguaglianza nella misura in cui venivano trattate in modo uguale situazioni diverse; la violazione del concetto di matrimonio così come accolto nella dichiarazione universale dei diritti umani alla quale rinvia esplicitamente l'art. 16, co. 2 cost. port.; la violazione del contenuto essenziale della garanzia di istituto insita nel concetto di matrimonio accolto dalla Costituzione all'art. 36. Nella sentenza, che contiene un lungo passaggio argomentativo dedicato alla giurisprudenza delle corti europee e di quelle straniere e all'esperienza di numerosi ordinamenti, il TC sostiene che secondo una prospettiva giuridica basata sul principio di ragionevolezza l'equiparazione normativa tra coppie omosessuali ed eterosessuali rispetto all'istituto matrimoniale non viola la costituzione essendo consentito al legislatore “privilegiar o efeito simbólico e optimizar o efeito social antidiscriminatório do tratamento normativo, estendendo à tutela dessas uniões o quadro unitário do casamento”. Riguardo al riferimento alla Carta dei diritti fondamentali il TC afferma che il significato dell'ausilio interpretativo fornito dalla Dichiarazione è quello di ampliare il contenuto dei diritti fondamentali e non certo di restringerne la portata. Infine, con riferimento al terzo profilo, il TC sostiene che non è ammissibile che a partire dalla configurazione del matrimonio come garanzia di istituto “si inverta il senso della garanzia” imponendo la conservazione dell'istituto tale come esso è stato configurato. Peraltro, secondo il TC, questa soluzione è confermabile anche in base ad una interpretazione letterale dal momento che la determinazione degli elementi costitutivi del matrimonio è demandata al legislatore non potendo gli stessi essere desunti dall'art. 36 della Costituzione portoghese; lo stesso articolo 36, inoltre, sembra consentire una interpretazione del matrimonio non limitata alle coppie eterosessuali laddove afferma che “tutti hanno diritti di contrarre matrimonio in condizioni di eguaglianza”. Il matrimonio è inoltre definito come un “concetto aperto e plurale adattabile alle necessità della realtà sociale”. La decisione, infine non contrasta con la precedente sentenza 359/2009 in quanto il TC conferma che la possibilità per le coppie dello stesso sesso di contrarre matrimonio è un'opzione politica che rientra nell'ambito della discrezionalità legislativa e non risulta quindi imposta dal testo costituzionale.