

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 4 - giugno 2011

LA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEL MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO NELLA GIURISPRUDENZA ARGENTINA

Nicola Vizioli

LA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE DEL MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO NELLA GIURISPRUDENZA ARGENTINA

Nicola Vizioli

*Ricercatore in Istituzioni di diritto pubblico
nell'Università di Siena*

A partire dal 2007 decine di coppie omosessuali argentine hanno adottato una strategia giudiziaria volta ad ottenere pronunce di illegittimità costituzionale di alcune disposizioni che limitavano il matrimonio alle sole coppie eterosessuali. L'approvazione della legge che estende l'istituto alle coppie omosessuali ha impedito alla Corte suprema di pronunciarsi sul tema. Vigendo però in Argentina un controllo diffuso di costituzionalità, nel frattempo si sono pronunciati numerosi giudici di grado inferiore. L'articolo analizza quattro sentenze che risultano particolarmente rilevanti sotto il profilo delle tecniche argomentative, evidenziando lo stretto legame intercorrente tra la scelta di tali tecniche e l'esito del giudizio.

Since 2007 several Argentinean homosexual couples have adopted a legal strategy towards the declaration of constitutional inconsistency against those provisions that limited marriage only to heterosexual couples. The approval of the law that extends the institution of marriage to homosexual couples has prevented the Supreme Court to pronounce on this issue. Due to the fact that the judicial review of legislation in Argentina is diffuse, in the meanwhile several lower courts have adopted decisions on this topic. The present article is focused on the analysis of four decisions, all highly relevant for the interpretative techniques used therein, thereby underlining the strict linkage between the choice of these judicial arguments and the outcomes of the judgment.

Sommario

1. La legge n. 26.618 sul c.d. *matrimonio igualitario* e la normativa precedente
2. Il quadro costituzionale
3. La giurisprudenza
4. Il rifiuto dell'*amparo* (caso Rachid de la Cruz)
5. L'accoglimento dell'*amparo* e la dichiarazione di illegittimità costituzionale (il caso Freyre)
6. L'accoglimento dell'*amparo* senza la dichiarazione di illegittimità costituzionale (il caso Bernath)
7. Considerazioni conclusive.

1. La legge n. 26.618 sul c.d. *matrimonio igualitario* e la normativa precedente

Con la legge n. 26.618 del 21 luglio 2010 l'Argentina è diventato il primo Paese sudamericano¹ (e tra i primi al mondo) a consentire il matrimonio omosessuale. La legge, composta da 43 articoli, provvede a sostituire tutte le espressioni contenute nel codice civile e nelle leggi che facevano in qualche modo riferimento al sesso dei coniugi con altre che possono essere intese sia come riferite a coniugi di sesso diverso, sia a coniugi dello stesso sesso; rari sono invece i casi in cui il legislatore è stato costretto ad aggiungere una disposizione volta a disciplinare le situazioni createsi a seguito dell'introduzione del matrimonio omosessuale. Non è questa la sede per un'analisi dettagliata delle singole disposizioni, però è necessario soffermare l'attenzione sull'art. 42 che costituisce una vera e propria norma di chiusura che dà perfettamente conto della volontà del legislatore di riconoscere la piena parità di tutte le coppie sposate a prescindere dal sesso dei coniugi. Tale articolo recita:

«Tutti i riferimenti all'istituto del matrimonio contenuti nel nostro ordinamento giuridico sono da intendersi come applicabili sia al matrimonio tra due persone dello stesso sesso che a quello tra due persone di sesso diverso.

I membri delle famiglie originate da un matrimonio tra due persone dello stesso sesso, così come quelli di sesso diverso, avranno gli stessi diritti e doveri.

¹ Per una ricognizione dello status giuridico delle coppie omosessuali nel continente americano v. GONZALEZ, *Marriage and Gay Union Law in the Americas*, in *Law and Business Review of the Americas*, 2010, vol. 16, 285 ss. e RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *El reconocimiento de las uniones homosexual. Una perspectiva de derecho comparado en América Latina*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2011, n. 130, 208 ss.

Nessuna norma dell'ordinamento giuridico argentino potrà essere interpretata o applicata nel senso di limitare, restringere, escludere o sopprimere l'esercizio o il godimento degli stessi diritti e doveri, sia riguardanti il matrimonio tra due persone dello stesso sesso che quello tra due persone di sesso diverso».

Si tratta del punto di arrivo di un percorso molto complesso iniziato nel settembre 2005 quando cinque associazioni di lesbiche, gay, bisessuali e transessuali (LGBT) argentine decisero, a seguito dell'approvazione in Spagna della legge sul matrimonio omosessuale, di coordinare i propri sforzi per raggiungere il medesimo obiettivo. Il ruolo svolto da queste associazioni, che dal 28 giugno 2006 costituiscono la *Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans*² (FALGBT) è stato determinante e si è sviluppato in due direzioni. Da un lato attraverso la collaborazione e l'impulso alla presentazione di alcuni progetti di legge federali³; dall'altro, attraverso una lunga serie di ricorsi giurisdizionali volti ad ottenere il riconoscimento del diritto a contrarre matrimonio; ricorsi che hanno portato anche a dichiarazioni di illegittimità costituzionale di alcune disposizioni del codice civile da parte di vari giudici di merito. In Argentina infatti vige un controllo di

² Una legge che riconosca il matrimonio omosessuale è solo uno dei cinque interventi legislativi programmatici che l'associazione si è prefissa. Gli altri sono l'approvazione di una *Ley de Identidad de Género* che garantisca il diritto all'identità sessuale per i trans, la modifica della *Ley Antidiscriminatoria* in modo da sanzionare anche le discriminazioni dovute all'orientamento sessuale, la modifica della *Ley de Educación Sexual* in modo da includere contenuti riguardanti la diversità sessuale e, a livello provinciale, la modifica dei *Códigos de Faltas* che in varie Province che reprimono la diversità sessuale.

³ Già nel dicembre 2005, viene presentato, insieme al deputato socialista Eduardo Di Pollina, un primo progetto finalizzato a riconoscere a livello federale le coppie omosessuali. Altri volti al riconoscimento del matrimonio omosessuale e alla sua completa equiparazione con quello eterosessuale sono state successivamente presentati in entrambi i rami del Parlamento.

costituzionalità diffuso e, al momento dell'approvazione della legge n. 26.618, la questione di legittimità costituzionale di alcuni articoli del codice civile che impedivano il matrimonio omosessuale risultava pendente davanti alla Corte suprema. L'entrata in vigore della legge ha fatto sì che la Corte si pronunciasse nel senso della cessazione della materia del contendere⁴, anche se, secondo diffuse indiscrezioni di stampa, all'interno del supremo collegio si era formata una maggioranza favorevole alla dichiarazione di illegittimità.

Non va tuttavia trascurato di ricordare che, prima dell'offensiva giudiziaria, vi erano stati alcuni interventi normativi locali volti a riconoscere le unioni civili omosessuali in alcune parti del Paese (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Provincia de Río Negro e nei comuni di Villa Carlos Paz e di Río Cuarto, situati entrambi nella Provincia di Cordoba). Tralasciando gli ultimi due casi, la cui disciplina è affidata a fonti di rango normativo secondario, ci soffermiamo brevemente sui primi due in cui il riconoscimento è avvenuto con legge⁵.

La legge n. 1004 del 17 gennaio 2003 della Ciudad Autónoma de Buenos Aires disciplina l'*unión civil* tra due persone «*independientemente dal loro sesso o dall'orientamento sessuale*». Le due persone debbono aver convissuto «*in una relazione affettiva stabile e pubblica per*

⁴ Si tratta di due decisioni del 24 agosto 2010 - *Rachid, María de la Cruz y otro c/ Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas* (R. 90. XLIV) e *Vannelli, Alejandro Jorge y otro c/ Registro Nacional de Estado y Capacidad de las Personas* (V. 43. XLV) – con cui la Corte suprema «*declara abstracta la cuestión planteada*».

⁵ Nello stesso senso si è mossa anche la Provincia di Santa Fe la cui Camera dei deputati ha approvato per ben due volte progetti volti a dare riconoscimento legale alle coppie di fatto (sia etero che omosessuali). Il procedimento legislativo si è però interrotto per l'impossibilità di ottenere il consenso del Senato provinciale a maggioranza conservatrice.

un periodo di almeno due anni»⁶, risiedere da almeno due anni a Buenos Aires e fare richiesta di iscrizione in un apposito *Registro Público de Uniones Civiles* (art. 1). Inoltre i membri della coppia devono essere maggiorenni, capaci di intendere e di volere, non devono essere sposati o già membri di un'altra unione civile, né tra loro devono sussistere legami di parentela (neppure a seguito di adozione) o affinità in linea diretta, non devono essere fratelli o cugini (art. 5). L'unione può cessare per volontà anche di uno solo dei membri, per morte o per matrimonio da parte di uno dei membri della coppia (art. 6). Inoltre, limitatamente all'esercizio di diritti e doveri previsti nella legislazione della Città, i componenti la coppia unita civilmente *«avranno un trattamento simile a quello dei coniugi»* (art. 4).

La legge n. 3736 del 9 maggio 2003 della Provincia di Rio Negro ha invece come destinatarie le sole coppie omosessuali (in quanto quelle eterosessuali erano già state disciplinate con altro provvedimento legislativo); richiede requisiti simili a quelli previsti dall'art. 5 delle legge di Buenos Aires (ma non quelli di cui all'art. 1 della stessa legge) e estende loro *«tutti i diritti e gli obblighi previsti dalla legislazione provinciale per le coppie conviventi»* (art. 4).

Per quanto questi provvedimenti, in ragione della loro origine provinciale, abbiano garantito solo un limitato numero di diritti, hanno avuto un ruolo rilevante da un punto di vista culturale e sociale poiché hanno facilitato la maturazione del riconoscimento del matrimonio omosessuale sia presso l'opinione pubblica che tra le forze politiche.

A livello federale, occorre segnalare che, prima dell'approvazione della legge sul matrimonio egualitario, vi erano state varie pronunce giurisprudenziali riguardanti profili specifici relativi ai rapporti di convivenza tra persone

⁶ Tale periodo minimo non è necessario per le coppie (eterosessuali) che abbiano un figlio riconosciuto da entrambi i membri della coppia.

dello stesso sesso. Degna di nota è anche la *Resolución 671/2008* dell'*Administración Nacional de la Seguridad Social* (pubblicata sul *Boletín Oficial* del 27 agosto 2008) con cui vengono riconosciuti ai conviventi dello stesso sesso alcuni diritti di carattere previdenziale⁷.

2. Il quadro costituzionale

La Costituzione argentina attualmente vigente è stata approvata nel 1853 e, da allora, soggetta ad una serie di revisioni tra cui una molto ampia nel 1994 che ha comportato altresì una nuova numerazione dell'articolato. La decisione di intervenire in modo profondo sulla Costituzione esistente invece di approvarne una nuova ha fatto sì che il testo presenti alcune anomalie di fondo di tipo strutturale-topografico; inoltre vi convivono disposizioni che, anche da un punto di vista linguistico, evidenziano gli oltre 140 anni che separano la formulazione delle une da quella delle altre.

In materia di diritti, ad esempio, i primi 31 articoli del testo vigente presentano solo pochissime variazioni – peraltro di scarsa rilevanza – rispetto al testo previgente, ma, al contempo, la riforma del 1994 ha aggiunto alla prima parte un capitolo su «*nuevos derechos y garantías*» contenente diritti politici, alcuni c.d. diritti di terza generazione e, a livello di garanzia, le azioni di *amparo*, *habeas corpus* e *habeas data*. Nella seconda parte dedicata alle «*autoridades de la Nación*» invece sono state introdotte disposizioni di tutela della maternità, dell'infanzia, degli indigeni e di altre

⁷ L'art. 1, c. 1 di tale *Resolución* recita: «*Declárese a los convivientes del mismo sexo incluidos en los alcances del artículo 53 de la Ley N° 24.241, como parientes con derecho a la pensión por fallecimiento del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad del Régimen Previsional Público o del Régimen de Capitalización, que acrediten derecho a percibir el componente público*».

categorie, così come il riconoscimento delle principali carte internazionali dei diritti, argomento quest'ultimo su cui si avrà occasione di tornare tra breve.

Quanto appena detto contribuisce a spiegare l'assenza di disposizioni dedicate in modo specifico alla famiglia di cui la Costituzione non dà neppure una definizione. Essa si limita, all'art. 14 *bis*, c. 3, dedicato alla previdenza sociale, a prevedere che «*la legge stabilirà: [...] la protezione completa della famiglia; la difesa del bene della famiglia, l'indennità economica familiare e il diritto a un'abitazione degna*». Un ulteriore accenno è contenuto nella seconda parte della Costituzione e, per la precisione, nell'art. 75 n. 19 sulla legislazione scolastica secondo cui le «*leggi di organizzazione e di base dell'educazione [...] garantiscono [...] la partecipazione della famiglia e della società*». Tali disposizioni però, come era facile prevedere, non hanno svolto alcun ruolo nelle vicende relative al riconoscimento dei matrimoni omosessuali non essendo mai richiamate né nel dibattito dottrinale, né nella giurisprudenza.

Diverso è invece il caso del diritto al matrimonio. La Costituzione argentina non lo contempla espressamente per i cittadini. Si limita, all'art. 20 dedicato ai diritti dello straniero a prevedere che «*gli stranieri godono nel territorio della Nazione di tutti i diritti civili del cittadino*» e poi elenca alcuni diritti tra cui «*testare e contrarre matrimonio in conformità con le leggi*».⁸ Questo diritto è quindi da

⁸ L'art. 14 è molto simile all'art. 20 ma ha come destinatari i cittadini. Anche in questo caso è riportato un elenco di diritti che però non contempla quello a contrarre matrimonio: «*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: De trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender*». In alcuni casi, anche se individuati con forme linguistiche distinte, i diritti coincidono. In altri, sono presenti solo in

intendersi come riconosciuto anche ai cittadini. Lo afferma anche una nota sentenza⁹ della Corte suprema che, nel 1986, ha fornito alcune importanti puntualizzazioni sia sul concetto di matrimonio che su quello di famiglia. Secondo il supremo giudice *«nel matrimonio come istituzione giuridica si riconoscono necessità umane essenziali, come quella di soddisfare la propria sessualità attraverso una relazione con caratteristiche di stabilità, con obiettivi di costituire una famiglia e, di solito, di procreare. Questa disposizione a costituire una famiglia è insita nella natura umana; le forme che questa istituzione ha adottato sono le più varie come ci insegna l'antropologia e la storia, giacché, sebbene la famiglia sia universale, come tutte le altre istituzioni è un prodotto sociale soggetto a mutamenti e modificazioni; però quali che siano le ipotesi sulla sua evoluzione e l'influenza delle condizioni dello sviluppo economico, politico e religioso sul suo funzionamento sociale, essa costituisce il nodo primario della vita sociale. Godono tanto il matrimonio come la famiglia di un riconoscimento costituzionale espresso (art. 14 nuovo e 20, interpretato a potiori, della Costituzione nazionale)»*.

Però, come si è accennato sopra, quelli riportati nella prima parte della Costituzione non esauriscono affatto il catalogo dei diritti di rango costituzionale. L'art. 75, n. 22 prevede infatti che una serie di trattati internazionali firmati dall'Argentina ed espressamente elencati¹⁰ *«nelle condizioni*

una delle due disposizioni. Comunque è evidente che tali elenchi non possono assolutamente essere intesi come esaustivi.

⁹ Si tratta del caso Sejean (Fallos 308:2268) in materia di divorzio.

¹⁰ Sono *«la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre; la Declaración universal de derechos humanos; la Convención americana sobre derechos humanos; el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales; el Pacto internacional de derechos civiles y políticos y su Protocolo facultativo; la Convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio; la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la Convención contra la*

di vigenza, hanno gerarchia costituzionale, non modificano alcun articolo della prima parte della presente Costituzione e sono da considerarsi complementari dei diritti e delle garanzie dalla stessa riconosciuti». Tali trattati «potranno solo essere denunciati, se del caso, dal Potere esecutivo nazionale, previa approvazione dei due terzi della totalità dei membri di ogni Camera». Con lo stesso consenso parlamentare potranno assumere rango costituzionale anche «gli altri trattati e convenzioni sui diritti umani»¹¹. Per quanto concerne invece gli altri «trattati stipulati con le altre nazioni e con le organizzazioni internazionali e i concordati con la Santa Sede» è comunque previsto che «sono gerarchicamente superiori alle leggi».

Oltre a quelle appena viste, è necessario fare cenno anche all'esistenza di disposizioni costituzionali delle entità federate. L'Argentina infatti è uno Stato federale composto da 23 Province e dalla Città autonoma di Buenos Aires che, per certi aspetti, gode di uno *status* assimilabile a quello delle Province¹². Molte delle pronunce giurisdizionali sul matrimonio omosessuale, comprese quelle che si esamineranno in seguito, sono state pronunciate nella capitale ed è quindi opportuno spendere qualche parola sulla Costituzione della città anche se sulla sua qualifica di documento costituzionale la dottrina nutre più di un dubbio¹³. A prescindere dalla sua qualificazione, in questa

tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la Convención sobre los derechos del niño».

¹¹ Come avvenuto, nel 1996, con la *Convención sobre desaparición forzosa de personas* e, nel 2003, con *Convención sobre imprescriptibilidad de delitos de guerra y de lesa humanidad*.

¹² Sulla complessa situazione giuridica della città e su alcune problematiche cui dà luogo, v. BILLÈ, *La Città autonoma di Buenos Aires: un nuovo soggetto federale? Contributo al dibattito in corso sul nuovo Codice delle Autonomie locali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2007, 217 ss.

¹³ Sul punto v. BILLÈ, *Op. cit.*, 238 ss. secondo cui si tratterebbe di uno statuto che avrebbe dovuto disciplinare solo profili di carattere organizzativo, anche se poi, di fatto, il documento si autoqualifica come Costituzione e delle Costituzioni possiede anche il contenuto tipico.

sede è sufficiente limitarsi a dar conto che tale documento non presenta elementi particolarmente significativi per quel che riguarda il matrimonio e la famiglia. È infatti assente qualunque riferimento al primo e al diritto di contrarlo, mentre sono presenti vari riferimenti alla seconda che però non sembrano essere decisivi. Gli artt. 37 (sui diritti riproduttivi e sessuali)¹⁴ e 38 (sulle politiche di genere)¹⁵ sembrano far riferimento ad una famiglia basata su una coppia eterosessuale, ma questo di per sé non pare escludere l'ammissibilità di una famiglia il cui fulcro sia rappresentato da una coppia omosessuale a cui le norme potrebbero non fare cenno solo perché non sarebbero rilevanti in quegli specifici ambiti. Non presentano alcun

¹⁴ L'art. 37 recita: «*Se reconocen los derechos reproductivos y sexuales, libres de coerción y violencia, como derechos humanos básicos, especialmente a decidir responsablemente sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos. Se garantiza la igualdad de derechos y responsabilidades de mujeres y varones como progenitores y se promueve la protección integral de la familia*».

¹⁵ Secondo il quale: «*La Ciudad incorpora la perspectiva de género en el diseño y ejecución de sus políticas públicas y elabora participativamente un plan de igualdad entre varones y mujeres. Estimula la modificación de los patrones socioculturales estereotipados con el objeto de eliminar prácticas basadas en el prejuicio de superioridad de cualquiera de los géneros; promueve que las responsabilidades familiares sean compartidas; fomenta la plena integración de las mujeres a la actividad productiva, las acciones positivas que garanticen la paridad en relación con el trabajo remunerado, la eliminación de la segregación y de toda forma de discriminación por estado civil o maternidad; facilita a las mujeres único sostén de hogar, el acceso a la vivienda, al empleo, al crédito y a los sistemas de cobertura social; desarrolla políticas respecto de las niñas y adolescentes embarazadas, las ampara y garantiza su permanencia en el sistema educativo; provee a la prevención de violencia física, psicológica y sexual contra las mujeres y brinda servicios especializados de atención; ampara a las víctimas de la explotación sexual y brinda servicios de atención; promueve la participación de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a las temáticas de las mujeres en el diseño de las políticas públicas*».

interesse invece gli altri riferimenti alla famiglia e al contesto familiare¹⁶.

A giocare un ruolo rilevante nella giurisprudenza che qui interessa saranno, come si vedrà in seguito, non tanto le disposizioni sul matrimonio e la famiglia – comunque presenti nelle Carte internazionali che, in virtù dell'art. 75, n. 22 Cost., rivestono rango costituzionale –, ma quelle riguardanti il principio di uguaglianza e la tutela della dignità umana.

3. La giurisprudenza

Tutte le pronunce giurisprudenziali esaminate nelle prossime pagine riguardano azioni di *amparo* promosse da attivisti di associazioni omosessuali in attuazione della loro strategia giudiziaria. Il meccanismo utilizzato per provocare la decisione del giudice è sempre lo stesso: la coppia si recava presso l'ufficio di stato civile per chiedere di iniziare le procedure necessarie a contrarre matrimonio; l'ufficio negava questa possibilità in quanto, all'epoca dei fatti, il codice civile richiedeva che i nubendi fossero di sesso diverso. La coppia quindi impugnava il provvedimento attraverso un'azione di *amparo* con il fine di ottenere una pronuncia giurisdizionale che obbligasse l'ufficio di stato civile a celebrare il matrimonio in quanto il provvedimento che lo negava si basava su un atto di rango legislativo che, a detta degli attori, contrastava con norme di rango costituzionale.

Si tratta di un piccolo – quattro sentenze su un totale di circa un centinaio rese negli ultimissimi anni – ma significativo campione che fornisce un quadro molto vario

¹⁶ Si tratta degli artt. 39 (sulla protezione dei bambini e degli adolescenti) e 41 (sulla protezione degli anziani) e della dodicesima disposizione transitoria in cui, a proposito delle competenze dei *Tribunales de Vecindad*, si accenna alla prevenzione della violenza familiare.

sia per le motivazioni alla base delle varie pronunce, sia per il loro esito. La prima sentenza è anche la prima in assoluto tra quelle rese sul tema e, come la seconda pronunciata in sede di appello sullo stesso caso, nega l'*amparo* riaffermando che l'istituto matrimoniale è riservato alle sole coppie eterosessuali. La terza pronuncia riguarda il primo caso in cui ai ricorrenti viene concesso l'*amparo* e contiene anche una dichiarazione di illegittimità costituzionale degli artt. 172 e 188 del codice civile. La quarta, pur riconoscendo come la precedenti il diritto delle coppie omosessuali a contrarre matrimonio, risulta interessante in quanto il giudice arriva a questa conclusione pur ritenendo costituzionalmente legittime le disposizioni codicistiche che prevedevano la diversità del sesso dei nubendi.

Trattandosi di pronunce di giudici di primo grado (e in un caso di una pronuncia d'appello), è di fatto impossibile cercare di contestualizzare le argomentazioni usate in queste sentenze all'interno del quadro più ampio della giurisprudenza dei singoli organi decidenti. Può però essere proficuo un cenno alle tecniche interpretative e argomentative più frequentemente usate dalla Corte suprema che, sia per il fatto di svolgere lo stesso ruolo (giudice del caso e, al tempo stesso, giudice della legittimità costituzionale), sia per la sua posizione di organo di vertice del sistema giudiziario, inevitabilmente influenza gli organi giurisdizionali inferiori.

La più attenta dottrina argentina¹⁷ ha sottolineato come non siano rinvenibili nella giurisprudenza della Corte suprema opzioni di fondo univoche. Essa, a prescindere dalla sua concreta composizione, non esita a far ricorso a tecniche interpretative (della legge e della Costituzione) diverse e finanche opposte tra loro. Così, a casi in cui le norme vengono interpretate letteralmente – a volte privilegiando il significato comune dei termini, altre invece preferendo un

¹⁷ SAGÜÉS, *Interpretación constitucional y alquimia constitucional. (El arsenal argumentativo de los Tribunales Supremos)*, in *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 1, 2004, 151 ss.

significato tecnico – si affiancano casi in cui l'interpretazione letterale viene mitigata o a volte rovesciata da altri criteri quali quello della *volutas legislatoris*; a casi di interpretazione di tipo originalista, se ne affiancano altri in cui si fa ricorso ad un'interpretazione evolutiva, ecc.

In questa sede occorre comunque sottolineare una caratteristica importante del giudice argentino: una notevole apertura sia nei confronti di discipline non giuridiche (storia, sociologia, ecc.), sia nei confronti del diritto straniero (con riferimenti sia alla dottrina che alle fonti e alla giurisprudenza¹⁸). In materia di diritti, a partire dalla riforma costituzionale del 1994, è diventato poi rilevante il richiamo alle Carte internazionali dei diritti e alla giurisprudenza dei Corti sovranazionali. Si tratta di riferimenti non limitati a quelle fonti che ormai, a detta di parte della dottrina, integrano un vero e proprio blocco di costituzionalità e alla giurisprudenza sovranazionale sulla loro applicazione. Se per un verso infatti vi è un'ovvia predilezione per i richiami alla giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo, non mancano neppure quelli ai rapporti e alle raccomandazioni della Commissione

¹⁸ Un ruolo decisamente particolare ha storicamente avuto il richiamo alla giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti. Le ragioni ovviamente sono molteplici, ma la principale è da rinvenire nel fatto che gli Stati Uniti hanno fornito un modello cui l'ordinamento argentino si è largamente ispirato. Esempio è al proposito un passaggio nella sentenza sul caso Lino de la Torre (Fallos 19:236) del 21 agosto 1877, in cui la Corte afferma «*el sistema de gobierno que nos rige no es una creación nuestra. Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia y nos lo hemos apropiado. Y se ha dicho con razón que una de las grandes ventajas de esta adopción ha sido encontrar un vasto cuerpo de doctrina, práctica y una jurisprudencia que ilustran y completan las reglas fundamentales y que podemos y debemos utilizar, en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones particulares*». Ovviamente questa ragione con il tempo si è affievolita e con essa i richiami della Corte. In generale, per un quadro dell'evoluzione giurisprudenziale della suprema Corte argentina, v. MANILI, *Evolución de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1863-2007)*, Buenos Aires, 2007.

interamericana (che non hanno natura giurisprudenziale) e i riferimenti alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Questa "apertura" verso l'esterno è altresì confermata dalla prassi costante di fare espliciti e numerosi riferimenti e citazioni della dottrina argentina e straniera.

4. Il rifiuto dell'*amparo* (caso Rachid de la Cruz)

La prima pronuncia in esame è stata resa dal *Juzgado Nacional de lo Civil* di Buenos Aires il 22 giugno 2007 a seguito di un ricorso di *amparo* promosso da Maria Rachid de la Cruz, presidente della FALGBT, e dalla sua compagna contro il rifiuto, opposto il 14 febbraio 2007 dall'Ufficio di stato civile, di dar seguito agli adempimenti necessari per il matrimonio della coppia. Si tratta, come detto sopra, del primo episodio della strategia giudiziaria varata dal movimento omosessuale argentino. Il rifiuto era diretta conseguenza di quanto disponeva l'art. 172 del codice civile secondo cui era «*indispensabile per l'esistenza del matrimonio il pieno e libero consenso espresso personalmente dall'uomo e dalla donna davanti all'autorità competente a celebrarlo*». Per questa ragione le ricorrenti chiedevano la concessione dell'*amparo* e la dichiarazione di illegittimità costituzionale della citata disposizione del codice.

Le motivazioni della sentenza, che ha respinto entrambe le richieste delle ricorrenti, si articolano intorno a tre punti.

In primo luogo il giudice ritiene che dal testo della legge si possa ricavare il suo «*espíritu*». La disposizione, nel prevedere che esso venga celebrato tra un uomo e una donna dimostra, secondo il giudice, che l'istituto «*non è finalizzato solamente agli interessi privati dei contraenti o allo sviluppo della loro personalità*» ma «*è rivolto alla continuità della specie e all'educazione dei figli*». Ne consegue che il divieto di celebrare matrimoni omosessuali

corrisponde non solo alla lettera della disposizione ma anche al suo spirito in quanto le coppie omosessuali non sono idonee a generare prole. Fin qui l'argomentazione del giudice, che si rifà a una concezione tradizionale dell'istituto, sembra essere pleonastica: è evidente che se dalla lettera della legge se ne ricava lo spirito e il fine cui essa è preordinata, un comportamento che sia coerente con la lettera sarà coerente anche con il fine, proprio per questo rapporto di discendenza logica che è stato assunto come premessa. A supporto delle affermazioni riguardanti il fine cui è preordinato l'istituto matrimoniale il giudice riporta alcune opinioni dottrinali. Queste citazioni – presenti anche in altri passi della sentenza – non pare svolgano un ruolo particolarmente rilevante nell'andamento argomentativo se non nella misura in cui servono a dar forza ad un'argomentazione che nella sua sinteticità appare apodittica. Come si è detto, è prassi assolutamente comune nella giurisprudenza argentina la citazione di opinioni dottrinali a sostegno delle argomentazioni del giudice. Per questa ragione in queste pagine non se ne farà cenno se non in casi particolari.

In secondo luogo il giudice nega che nella Costituzione e nelle fonti internazionali di rango costituzionale possa essere rinvenuta una diretta tutela del matrimonio come istituto di applicazione universale che prescindere dalla diversità di sesso dei nubendi. La Costituzione, come si è visto, si limita a fare cenno al matrimonio come un diritto degli stranieri (art. 20), ma al tempo stesso rinvia ad una serie di Carte internazionali dei diritti che assumono rango costituzionale. Il giudice, facendo ricorso all'interpretazione letterale, rileva che queste carte individuano come titolari del diritto «*hombre y mujer*» e dalla congiunzione usata – “y” – deduce che si riferiscano ad unioni tra un uomo e una donna; non tanto perché si faccia riferimento esplicito al matrimonio tra un uomo e una donna ma perché se avessero voluto intendere che il matrimonio è un diritto a prescindere dal sesso dell'altra persona avrebbero usato

locuzioni prive di riferimenti al carattere sessuale quali “tutti”, “ogni persona”, ecc. Poiché, secondo la giurisprudenza della Corte suprema, «*la Costituzione nazionale deve essere analizzata come un insieme armonico, all'interno del quale ogni sua disposizione deve essere interpretata secondo il suo contenuto integrale, poiché non si deve alterare l'equilibrio dell'insieme*» occorre dedurre che «*la menzione espressa di uomo e donna come titolari del diritto costituzionale a contrarre matrimonio, limita il riconoscimento a quello celebrato tra eterosessuali*». Questa conclusione non contrasterebbe a detta del giudice con la giurisprudenza della Corte suprema secondo cui il matrimonio può essere soggetto a requisiti previsti con legge ordinaria e che questi sono da considerarsi legittimi purché «*non siano irragionevoli*».

In terzo luogo il giudice verifica il rispetto del principio di uguaglianza richiamando dapprima la giurisprudenza della Corte suprema sul punto. Secondo quest'ultima il principio di uguaglianza implica, da un lato, che non si possano trattare diversamente situazioni uguali ma, dall'altro, che situazioni distinte possano dar luogo a un trattamento diversificato «*quando la differenziazione non è arbitraria, non risponde a un intento vessatorio contro determinati individui o gruppi di persone, né contiene un indebito trattamento favorevole o un privilegio personale o di gruppo*». Il trattamento differenziato è, a detta del giudice del caso, giustificato se risulta necessario «*per raggiungere la finalità dell'istituto che si disciplina*». A questo punto il giudice richiama quanto sostenuto in precedenza circa le finalità procreative dell'istituto matrimoniale e ne deduce che la distinzione tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali circa l'accesso all'istituto sarebbe pienamente legittima. A chi scrive pare che l'argomentazione del giudice sia affetta da un grave vizio logico. Nel momento in cui la finalità della norma viene ricavata dalla norma stessa è evidente che essa risulti coerente rispetto alle finalità così ricavate. Questo corto circuito logico di fatto cancella il

controllo sulla ragionevolezza della diversità del trattamento; il parametro costituzionale ne risulta completamente tagliato fuori e l'apprezzamento della ragionevolezza diventa autoreferenziale e potenzialmente idonea a giustificare qualunque trattamento discriminatorio.

Comunque, in base a queste motivazioni il giudice ritiene che l'art. 172 del codice civile non sia costituzionalmente illegittimo e rigetta l'*amparo* richiesto.

Non diverse sono le ragioni si poggia anche la pronuncia d'appello della *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F*, anche se occorre sottolineare che la pronuncia nel suo complesso risulta sicuramente meglio argomentata. Il giudice afferma che, in conformità con quanto previsto dall'art. 19 della Costituzione, una coppia omosessuale può, ad esempio, decidere di convivere stabilmente in quanto tale convivenza attiene alla sfera privata. Cosa diversa è però il matrimonio che «*trascende la sfera intima dei coniugi*» e, benché l'ordinamento non definisca cosa si intende per matrimonio, tale definizione è inutile in quanto «*è sottinteso che il diritto positivo fa propria una realtà accettata universalmente: l'unione intersessuale*».

Pur riconoscendo «*che nella cultura contemporanea gli omosessuali sono stati tradizionalmente discriminati da un punto di vista sociale per il loro orientamento sessuale in un contesto di violenza nei loro confronti*», il giudice nega, con un'argomentazione invero formalistica, che la proibizione del matrimonio sia un atto discriminatorio nei confronti degli omosessuali poiché «*l'orientamento sessuale*» del singolo «*non rientra tra i requisiti richiesti per il matrimonio. Ciò che l'omosessuale non può fare, per ragioni legali, è contrarre matrimonio con una persona del suo stesso sesso*». A convalidare la tesi circa la non discriminazione del divieto di accedere all'istituto per le coppie omosessuali vengono ribadite le argomentazioni già espresse nella sentenza di primo grado circa la diversità dei presupposti che giustifica il trattamento difforme in quanto

è interesse dello Stato *«privilegiare le unioni che abbiano come fine la continuazione della specie, servano per la procreazione e forniscano una base alla famiglia»*. Tali considerazioni nell'argomentare del giudice non sembrano però avere un valore assoluto e immutabile in quanto afferma che *«è indubbio che la legge, nel fissare le condizioni richieste per contrarre matrimonio, fa proprie valutazioni socioculturali ovviamente condivise dalla comunità in un'epoca determinata»*. A confermare questa contestualizzazione sociale del matrimonio sono poi gli esempi che il giudice porta di casi in cui è fatto divieto di matrimonio: tra consanguinei e affini o nel caso in cui esista già un rapporto matrimoniale. Anche in questi casi, come per l'omosessualità, non si ha discriminazione poiché si tratta di *«valutazioni di ordine pubblico familiare che corrispondono a tradizioni secolari come nel caso del divieto di incesto o della monogamia»*. Questi ultimi passaggi sono particolarmente interessanti in quanto il giudice sembra far propria un'argomentazione tipica di un'interpretazione di stampo progressista che non considera il matrimonio un istituto di carattere naturale ed immutabile, ma lo fa solo per ribadire che il contesto sociale non è mutato (o comunque non lo è ancora in una misura tale da superare una tradizione secolare) e quindi il diverso trattamento ne è in un qualche modo il riflesso.

Non stupisce quindi che il giudice liquidi in poche parole l'allegazione (da parte di un *amicus curiae*) di pronunce straniere che riconoscono la legittimità dei matrimoni omosessuali. Sul punto la Corte si limita ad osservare che *«altre sentenze straniere sono giunte a conclusioni opposte»*.

Per quel che riguarda il rigetto della questione relativa al contrasto tra l'art. 172 c.c. e le Carte internazionali che in virtù dell'art. 75, n. 22 hanno assunto rango costituzionale, la pronuncia d'appello si basa su due distinte ragioni. Essa infatti, da un lato, ricalca quella di primo in quanto basata sulle stesse ragioni di carattere letterale – l'uso già visto

della congiunzione “y” – che consentono al giudice di ritenere che tali documenti internazionali vadano interpretati come riferiti ai soli matrimoni eterosessuali anche se la corte sui sente in dovere di aggiungere che questo avviene «sebbene non si specifichi che la locuzione ha il significato di sposarsi “tra loro”». Dall’altro lato, la Corte aggiunge una considerazione che rimanda alla volontà del legislatore concreto osservando che «*se si ha riguardo alle date in cui furono firmati questi trattati, vedremo che all’epoca non si ponevano ancora questo tipo di questioni*».

5. L’accoglimento dell’*amparo* e la dichiarazione di illegittimità costituzionale (il caso Freyre)

Dopo altri due tentativi infruttuosi¹⁹ il movimento omosessuale cambia in parte la sua strategia. Pur continuando a presentare richieste di *amparo* a seguito del rifiuto da parte degli uffici di dar corso a pratiche matrimoniali, non si rivolge più ai giudici nazionali, ma ai giudici locali²⁰ mettendo in atto delle pratiche di c.d. *forum*

¹⁹ Si tratta dell’*amparo* richiesto da Alejandro Vannelli e Ernesto Larrese – presentato nel giugno 2007, respinto per motivi formali, era giunta all’attenzione della Corte suprema che ha ritenuto cessata la materia del contendere per il sopraggiungere della legge sul *matrimonio igualitario* – e di quello presentato da Martín Peretti Scioli e Oscar Marvich nel febbraio 2008, negato sia in primo grado che in appello.

²⁰ Sul territorio di Buenos Aires operano tre distinti livelli di giurisdizione: quello federale, quello nazionale e quello locale. Nella restante parte del Paese, come accade di solito negli Stati federali, i livelli di giurisdizione sono due: uno federale e l’altro provinciale. A loro volta all’interno delle singole giurisdizioni si distinguono diverse tipologie di organi giudiziari individuabili in base a due criteri di applicazione congiunta e che riguardano il grado di giudizio in cui operano e l’ambito materiale di competenza. Per un quadro sintetico della compessa organizzazione giurisdizionale argentina v. DÍAZ RICCI, *Un código procesal constitucional y algunos problemas de la*

*shopping*²¹ vale a dire pratiche assolutamente legali che, sfruttando lacune o incertezze interpretative delle disposizioni sulla competenza, sono volte a far sì che la decisione sia presa da giudici considerati più propensi ad accogliere le istanze fatte valere da chi mette in atto tale pratica²².

Come premessa della modifica dell'organo giurisdizionale, muta anche il soggetto convenuto: non più il *Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas*, ma il Governo della città di Buenos Aires da cui dipende l'ufficio il cui atto si presume abbia menomato i diritti dei ricorrenti.

La prima azione di *amparo* presentata dai signori Alejandro Freyre e José María Di Bello presso il giudice locale ottiene l'esito sperato dai ricorrenti.

Nella sentenza del 10 novembre 2009 il giudice, dopo aver motivato la sua competenza e l'ammissibilità della domanda d'*amparo*²³, respinge l'obiezione del convenuto secondo cui la richiesta degli attori mirava ad aggirare il potere di modificare il codice civile che è prerogativa che la Costituzione attribuisce al Parlamento e non al potere giudiziario. Il giudice supera l'obiezione su una presunta violazione del principio della separazione dei poteri osservando che escludere la giustiziabilità delle decisioni parlamentari inciderebbe sul principio costituzionale

jurisdicción constitucional en Argentina, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2005, 72 ss.

²¹ In questo senso CAPARROZ, *Una nueva sentencia que 'autoriza' un matrimonio homosexual sin existir competencia judicial*, ..., 7 aprile 2010 e GRACIA ANDÍA, *Disadvantaged groups, the use of courts and their impact: a case study of legal mobilization in Argentina*, Law, Policy, and Society Dissertations. Paper 23, 2011, 200 s. <http://hdl.handle.net/2047/d20000898>

²² Sul *forum shopping* nell'ordinamento argentino, v. SLONIMSQUI, *Forum Shopping*, Buenos Aires, 2008.

²³ In questo gruppo di casi tale profilo è spesso oggetto di contestazione da parte del convenuto che ritiene lo strumento non idoneo a decidere controversie complesse.

secondo cui i singoli poteri trovano un necessario limite proprio nel rapporto con gli altri poteri; per altro verso, a sposare la tesi del ricorrente si lascerebbero le minoranze prive di protezione e in balia dei voleri della maggioranza, incidendo così su *«una condizione basilare per la società democratica, quale è la coesistenza sociale pacifica»*.

Esauriti questi aspetti pregiudiziali, il giudice passa ad esaminare la questione nel merito attraverso un percorso abbastanza lineare consistente nell'accertamento della situazione di disuguaglianza (e dell'entità della disuguaglianza stessa) e, dopo averla accertata, nel valutare se essa ha un fondamento che la renda costituzionalmente ammissibile oppure non sia da considerare come una forma illegittima di discriminazione a cui conseguirebbe inevitabilmente la concessione dell'*amparo*.

Il giudice inizia quindi con l'analizzare le differenze esistenti tra le coppie sposate e quelle non sposate. E lo fa evidenziando i diritti che l'ordinamento riconosce a seguito del legame matrimoniale²⁴ e il notevole rilievo che essi assumono per una coppia che mira ad un rapporto stabile. Ciononostante, queste differenze possono apparire poco significative se comparate «con la trascendencia pública que conlleva el matrimonio, la celebración del compromiso asumido y el respeto moral por la decisión de cada uno, incluso si los otros emplean un esquema ético distinto en sus propias vidas». Questo rilievo dato alla considerazione sociale del matrimonio e alle ripercussioni che la sua negazione ha per l'uguaglianza e la dignità delle persone è solo un primo accenno di quanto verrà sviluppato nella restante parte della sentenza.

Il giudice quindi afferma che il principio di uguaglianza previsto dall'art. 16 Cost. non può essere inteso come una

²⁴ A titolo di esempio ne elenca alcuni «ventajas tributarias a la pareja – y a sus miembros considerados individualmente –, derechos de herencia y pensiones, privilegios testimoniales, beneficios en políticas migratorias, capacidad de decidir por otro en situaciones de imposibilidad, entre muchas otras».

giustificazione di un trattamento giuridico differenziato solo perché diversa è la situazione di fatto sottostante, ma occorre verificare che questo trattamento disuguale non sia discriminatorio. Il giudice richiama, facendola propria, un'opinione concorrente²⁵ del giudice della Corte suprema Petracchi che, nel 2000, sottolineava come l'art. 16 Cost. non abbia impedito che in passato si ritenessero legittime leggi che oggi consideriamo discriminatorie per ragioni di sesso quale, ad esempio, quella che negava il voto alle donne. La concezione di uguaglianza (e di disuguaglianza) muta nel tempo e quindi non è possibile definirla una volta per tutte.

L'esistenza di un principio di uguaglianza si ricollega all'esistenza di un diritto ad una propria personalità ed è compito dello Stato garantire questo diritto che si configura come un vero e proprio diritto ad essere diversi. In questo senso va quindi letto il Preambolo della Costituzione di Buenos Aires che riconosce «*la identidad en la pluralidad*». Il giudice, riprendendo quasi letteralmente (pur senza citarla in questo passaggio della sentenza) una pronuncia della Corte suprema del 2006²⁶, sottolinea come il diritto alla differenza è connaturato allo stato democratico e che l'art. 19 Cost. (che ai principi democratici e liberali è ispirato), nel riconoscere la libertà dei singoli, ne garantisce il diritto alla differenza. Ben più esplicita della Costituzione federale è, anche in ragione della diversa epoca in cui fu

²⁵ *González de Delgado, Cristina y otros v. Universidad Nacional de Córdoba* (Fallos 323:2659)

²⁶ Si tratta della sentenza *Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c/ Inspección General de Justicia* (Fallos 329:5266) in cui la Corte cassò con rinvio la pronuncia di un giudice che aveva negato il diritto dell'associazione ricorrente ad ottenere il riconoscimento giuridico. Quella della Corte suprema è una sentenza che, sia per la tematica di fondo (il riconoscimento di un diritto di una minoranza sessuale), sia per alcuni principi che ne sono alla base (uguaglianza e dignità umana), sia per lo svolgimento argomentativo, è presa in grande considerazione nella pronuncia che qui si commenta che in più punti la richiama esplicitamente.

redatta, quella della Città di Buenos Aires il cui art. 11, richiamando nella sua formulazione l'art. 3 della Costituzione italiana, stabilisce:

«Tutti hanno pari dignità e sono uguali davanti alla legge.

È riconosciuto il diritto alla diversità, non ammettendosi discriminazioni che abbiano come obiettivo la segregazione per ragioni o a pretesto di razza, etnia, genere, orientamento sessuale, età, religione, ideologia, opinione, nazionalità, caratteri fisici, condizione psicofisica, sociale, economica o qualunque altra circostanza che implichi distinzione, esclusione, restrizione o riduzione.

La Città promuove la rimozione degli ostacoli di qualunque ordine che, limitando di fatto l'uguaglianza e la libertà, impediscono il pieno sviluppo della persona e l'effettiva partecipazione alla vita politica, economica e sociale della comunità».

La lista riportata nel c. 2 non è certo esaustiva delle ragioni che possono essere alla base di illegittime differenze di trattamento giuridico, ma costituisce una preziosa base per l'interprete. In questi casi, secondo la giurisprudenza della Corte suprema²⁷ richiamata nella sentenza in commento, si ha una sorta di presunzione di illegittimità, con inversione dell'onere della prova e sua sottoposizione a uno «*escrutinio estricto*» in cui bisognerà valutare sia i fini che il legislatore si è proposto di raggiungere che i mezzi con cui

²⁷ In particolare la sentenza *Pedro Cornelio Federico Hooft c/ Provincia de Buenos Aires* (Fallos 327:5118) in cui la Corte suprema giudica di una discriminazione subita da un cittadino naturalizzato che si era visto negare l'accesso ad un impiego pubblico che per legge era riservato ai cittadini argentini per nascita. In questo caso la Corte nell'affermare la presunzione di illegittimità per contrasto con alcune carte internazionali aventi rango costituzionale richiama in modo generico la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 14 CEDU e la sentenza *Oakes* della Corte suprema canadese.

l'ha fatto. I primi dovranno essere «*sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes*» mentre per i secondi «*non sarà sufficiente una generica “adeguatezza” ai fini, bensì sarà necessario valutare se li promuovono effettivamente e, inoltre, se non esistono altre soluzioni meno restrittive dei diritti in gioco rispetto a quelle previste nella disciplina esaminata*». Nel caso di specie gli argomenti addotti dal resistente si sono rivelati scarsi e generici e quindi non in grado di superare il test.

La materia è però di quelle estremamente delicate e il giudice pensa bene di rafforzare ulteriormente la decisione attraverso il ricorso ad esempi provenienti dall'esperienza storica. Dapprima elencando alcune situazioni straniere in cui le restrizioni poste dalla legge al diritto di contrarre matrimonio ci appaiono come un chiaro segno di discriminazione: dalla Germania nazista in cui nel 1935 è stato vietato il matrimonio tra ebrei e ariani, agli Stati Uniti ove, fino alla sentenza *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1, 1967)²⁸, limitazioni del diritto al matrimonio hanno colpito neri, asiatici e nativi. In seguito ricostruisce i mutamenti che il matrimonio e l'istituto familiare hanno subito nei due secoli di storia argentina: la secolarizzazione del matrimonio (1888), la lenta ma progressiva equiparazione dei coniugi, l'altrettanto lenta equiparazione tra figli legittimi e figli naturali e il divorzio, istituto che è stato disciplinato dalla legge solo dopo essere stato riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte suprema nel citato caso *Sejean*. Questi mutamenti storici intervenuti in Argentina dimostrano, da un lato, che non esiste un significato «*natural o recto*» dell'istituto matrimoniale e, dall'altro, che gli allarmi di coloro che prima di ogni riforma presagivano la fine dell'istituto e perfino la disintegrazione sociale si

²⁸ Su cui v. in questa rivista FASONE, *Il same-sex marriage dinanzi alle corti supreme degli Stati Uniti: dall'argomento originalista all'interpretazione evolutiva, attraverso la valorizzazione del dato sociologico*.

sono rivelati infondati. Il matrimonio infatti non sembra aver esaurito «*ni su fuerza ni su evolución*».

Terminata questa lunga parentesi, in cui non si trascura di affrontare il rapporto tra Stato e credenze religiose, il magistrato torna a svolgere l'argomentazione principale legata al principio di uguaglianza e di non discriminazione e al rispetto della dignità umana.

Il giudice fa una rapida rassegna delle disposizioni della Costituzione federale, di quella cittadina e delle Carte internazionali di rango costituzionale con cui, «*ad un primo esame letterale*», sarebbero in contrasto gli artt. 172 e 188 c.c.

La sentenza richiama quindi le già viste differenze – «*cuantitativos monetarios*» e «*cualitativos de respeto social*» - tra la situazione della coppia attrice e una coppia eterosessuale e ribadisce che esse non sono illegittime in astratto, ma lo diventano se concretamente ispirate da una considerazione degli esclusi come «*seres humanos menos valiosos*». La diffusione del sentimento omofobico viene dapprima affrontata in un contesto planetario riportando i dati di un rapporto dell'*International Lesbian and Gay Association* secondo cui nel 2007 in 85 Paesi membri delle Nazioni unite esistevano leggi che prevedono sanzioni penali per i rapporti sessuali tra adulti dello stesso sesso consenzienti. A fronte di questi dati il giudice completa il quadro con i Paesi – decisamente meno numerosi – che di recente hanno riconosciuto il matrimonio omosessuale o in cui sono stati introdotti istituti che volti al riconoscimento alle coppie omosessuali di alcuni o tutti i diritti attribuiti dal matrimonio. È interessante notare che, come aveva già fatto in precedenza a proposito dell'introduzione del divorzio nell'ordinamento argentino, la sentenza sottolinea che in alcuni casi (Massachussetts, California²⁹, Sudafrica) le modifiche legislative volte ad un riconoscimento delle coppie omosessuali sono avvenute per impulso

²⁹ Su cui v. FASONE, *op. cit.*

giurisprudenziale. Il giudice passa quindi a considerare come il disprezzo verso l'omosessualità non sia assente neppure all'interno del Paese ed il giudice ne ricava i sintomi da alcuni atteggiamenti sociali e soprattutto linguistici, dall'uso di certi appellativi per indicare la persona omosessuale che risultano lesive della sua dignità. Il giudice sottolinea come l'omofobia sia solo una delle fobie sociali e come i suoi meccanismi d'azione siano gli stessi del razzismo: identificazione di esseri considerati inferiori che *«presuppone e produce un terreno d'azione in cui viene stabilita la differenza»* e che, nelle fantasie del razzista o dell'omofobo, è vissuta come un pericolo per la propria integrità. Inoltre, nelle parole del giudice, *«l'omofobia di solito è dissimulata dietro il discorso sulla tolleranza»* poiché si può tollerare solo chi viene definito in termini di contrapposizione. Il rafforzamento del principio democratico fa sì che l'omosessualità sia tendenzialmente tollerata purché le sue manifestazioni siano limitate alla sfera privata. La tolleranza non è quindi sufficiente e *«non realizza le rilevanti esigenze ugualitarie presenti nel nostro quadro costituzionale»*. Dalle disposizioni della Costituzione di Buenos Aires emerge come l'orientamento sessuale non sia un terreno su cui si possano legittimamente esprimere giudizi di valore. Citando Adorno, il giudice ribadisce l'importanza della libertà e della dignità umana e il ruolo rilevante della giurisprudenza affermando che *«un obiettivo importante a cui può tendere una decisione giudiziaria è il riconoscimento pubblico dell'esistenza della disapprovazione [sociale] e della sofferenza inflitta, e l'illiceità delle discriminazioni che su di essa si basano»*. Trattandosi di un giudizio su un caso concreto, il giudice poi affronta le eventuali responsabilità del convenuto ritenendo che il Governo della città non avrebbe potuto comportarsi diversamente dato che gli ostacoli che impediscono *«il pieno sviluppo della persona e l'effettiva partecipazione alla vita politica, economica e sociale della comunità»* (art. 11 Cost. BA) erano, in questo caso, previsti

da una legge che l'ufficio non ha il potere di disapplicare. Al tempo stesso però il giudice respinge le obiezioni del convenuto secondo cui la coppia attrice avrebbe potuto far ricorso all'unione civile prevista dalla legislazione cittadina e lo fa, sia pure in modo più succinto, con le stesse argomentazioni usate nel valutare le differenze tra la condizione di coniugi e quella di persone non sposate: l'unione civile infatti, oltre a garantire minori diritti rispetto al matrimonio, «*in termini simbolici, risulta sicuramente insufficiente poiché la mera conservazione di un regime esclusivo per le coppie eterosessuali rafforza lo stereotipo, il biasimo e la mancanza di approvazione e di riconoscimento delle differenti sessualità*». Il giudice accoglie così pienamente le istanze poste alla base della lotta del movimento omosessuale argentino e riassumibili nello slogan usato per la loro campagna: «*los mismos derechos con los mismos nombres*».

In base a queste motivazioni, concede l'*amparo* e dichiara l'illegittimità cost. degli artt. 172 e 188 c.c.

La decisione da parte della Città di Buenos Aires di non impugnare la sentenza ha stimolato l'attivismo giudiziario di alcune associazioni cattoliche che hanno chiesto l'annullamento della decisione per incompetenza e la sospensione cautelare dell'efficacia della sentenza³⁰. Tale sospensione è stata accordata con due distinte pronunce: la prima del *Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n. 85* del 30 novembre 2009 e la seconda della *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil – Sala E* del 1° dicembre 2009³¹. Anche se, al termine di una vicenda molto

³⁰ Critica sia nei confronti del Governo della città che dei ricorrenti avverso la sentenza, della cui legittimazione dubita, è MEDINA, *Un juez no puede condenar a que se cambie el concepto de matrimonio*, in *La Ley*, 2010-A, 1233.

³¹ A loro volta queste pronunce hanno dato luogo a due ricorsi davanti al *Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación* promossi da Rachid Maria de la Cruz (nella sua qualità di Presidente della FALGBT) contro i giudici che avevano deliberato le suddette

complessa, il 28 dicembre gli attori riuscirono a celebrare il loro matrimonio nella cittadina di Ushuaia situata nella Provincia Tierra de Fuego. Tale matrimonio fu però dichiarato nullo e una sorte simile toccò ad altri matrimoni che si svolsero a seguito di altre pronunce di *amparo*³².

6. L'accoglimento dell'*amparo* senza la dichiarazione di illegittimità costituzionale (il caso Bernath)

L'atteggiamento più accomodante del Governo della Città di Buenos Aires è evidente anche in caso di poco successivo. Si tratta della sentenza di *amparo* resa il 22 febbraio 2010 dal *Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario n. 4 de la Ciudad de Buenos Aires* nel caso *Bernath, Damián Ariel y Otros c/G.C.B.A. s/Amparo (Art. 14 C.C.B.A.)*. In questo caso infatti il convenuto non ha contestato la competenza del giudice adito, anzi sul punto ha concordato con la parte attrice e si è limitato a rilevare come nel caso Freyre il *Poder Judicial Nacional* abbia assunto una posizione radicalmente diversa da quella del giudice locale e, verosimilmente, questo sarebbe accaduto anche in altri casi simili. La parte convenuta neppure ha sostenuto, come aveva fatto nel caso Freyre, che una eventuale pronuncia di illegittimità costituzionale sarebbe stata contraria al principio della separazione dei poteri. Si è

sospensioni cautelari. Tali controversie sono state decise con le *Resoluciones* 400/10 e 466/10 che ha respinto i ricorsi.

La *Resolución* 400/10 ha deciso anche altri due ricorsi contro lo stesso giudice del *Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n. 85* presentati da Elena A. Liberatori giudice del *Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario n. 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, a seguito della dichiarazione di nullità di due matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati a seguito della concessione dell'*amparo* da parte del magistrato ricorrente.

³² Dà conto di vari casi BASSET, *Estudio sobre algunos aspectos relativos al reclamo de reforma en torno al matrimonio*, in *Revista Jurisprudencia Argentina*, 4-8-2010.

limitata ad affermare che l'ufficio di stato civile non avrebbe potuto agire in modo diverso poiché è obbligato a rispettare la legge e solo il giudice può prescrivere un comportamento diverso.

Venendo alla parte in diritto, essa è formata per i suoi primi tre quinti esclusivamente da citazioni – testuali o con lievissime modifiche di carattere lessicale – della pronuncia sul caso Freyre. È interessante la comparazione sinottica tra le due pronunce perché permette di apprezzare bene le differenti sensibilità dei due giudici. Quello del caso Freyre sembra essere più attento alle ricadute sociali, anche solo simboliche, del divieto di matrimonio omosessuale. Quando ad esempio le due pronunce si soffermano sulle differenze esistenti tra le coppie omosessuali, cui è negato il matrimonio, e quelle eterosessuali, che possono invece accedervi, il primo giudice evidenzia due ordini di differenze: uno in termini di minori diritti (quelli che conseguono in modo automatico dal contratto matrimoniale) e l'altro sul piano simbolico, di riconoscimento sociale. Il giudice del caso Bernath invece si limita a riportare il primo ordine di differenze omettendo il secondo (che viene invece ripreso poi in una citazione testuale di un altro passaggio in cui il giudice del caso Freyre tornava sulla questione).

Il secondo giudice mostra anche una minore attenzione alla ricostruzione storica. Nella pronuncia sul caso Bernath manca completamente la parte centrale della prima sentenza in cui il giudice si soffermava, sia sulle limitazioni matrimoniali cui erano stati soggetti alcuni gruppi etnici nella Germania nazista e negli Stati Uniti, sia sulla ricostruzione dell'evoluzione storica del concetto di famiglia e di matrimonio nell'ordinamento argentino e da cui il primo giudice faceva discendere la constatazione dell'inesistenza di un concetto naturale e immutabile di matrimonio.

Quella sul caso Bernath è una pronuncia complessivamente meno ricca e di minore respiro che viene in considerazione

in queste pagine esclusivamente per la sua parte finale. Date le premesse, ricalcate come si è detto sull'altra sentenza, ci si sarebbe aspettato che il giudice giungesse alle stesse conclusioni e invece non è così. Il magistrato infatti concede sì l'*amparo*, ma respinge la prospettata incostituzionalità degli artt. 172 e 188 del c.c. L'argomentazione, sul punto abbastanza articolata, non pare però convincente. In sintesi il giudice opta per un'applicazione analogica delle disposizioni del codice civile alle coppie omosessuali. A supporto di tale conclusione vengono riportate una serie di argomentazioni diverse. In primo luogo, l'art. 10 della Costituzione della città di Buenos Aires secondo cui «*i diritti e la garanzie non possono essere negati o limitati per omissione o insufficienza della disciplina e questa non li può circoscrivere*». In secondo luogo, una ricostruzione del ruolo del giudice che deve calare nella realtà quotidiana in perenne mutamento un diritto scritto il cui adeguamento alla realtà sociale è necessariamente più lento; un adeguamento che, nel caso di specie, il giudice sottolinea che era in corso al momento della pronuncia essendo in discussione alle camere il progetto di legge sul *matrimonio igualitario*. Lo strumento per tutelare il diritto anche di fronte all'omissione o ai ritardi (fisiologici o meno) del legislatore il giudice lo trova nell'art. 16 c.c. secondo cui «*se una questione di diritto civile non può essere risolta ricorrendo alla lettera o allo spirito della legge, si farà riferimento ai principi di leggi analoghe; e se la questione fosse ancora incerta, si risolverà facendo uso dei principi generali del diritto, tenendo in considerazione le circostanze del caso*». Non si può non notare che nel caso di specie le conclusioni del giudice portano ad una evidente forzatura nell'applicazione dell'argomento analogico che capovolge la lettera stessa della disposizione sul presupposto – errato a parere di chi scrive – che la disposizione non individui la diversità di sesso come un requisito per contrarre il matrimonio. L'art. 10 della Costituzione della città avrebbe

potuto essere agevolmente applicato facendo ricorso alla dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni del codice civile.

7. Considerazioni conclusive

Volendo individuare degli elementi di sintesi, non si può non rilevare come le sentenze viste sopra presentino, a due a due, degli elementi comuni che certo in parte dipendono da un collegamento esistente tra loro – la seconda è la pronuncia di appello nei confronti della prima, mentre la quarta riprende testualmente una parte consistente della terza – ma che, per altro verso, pare di poter affermare sia legata anche all'esito dell'*amparo*.

Le prime due sono sentenze brevi. Le citazioni sono poco numerose e limitate alla dottrina argentina, così come estremamente parco è il richiamo alla giurisprudenza della Corte suprema.

Inoltre, le prime due pronunce, sia pure con sfumature diverse, danno dell'istituto matrimoniale una lettura su cui incide in modo determinante il peso della tradizione. Così come, quando si tratta di interpretare norme di rango costituzionale – vale a dire, in questo caso concreto, le carte internazionali dei diritti – adottano un'interpretazione letterale e, nel caso della pronuncia d'appello, si rifanno a quella che si presume essere la volontà del legislatore concreto. Tutte tecniche argomentative e interpretative cui si fa ricorso in caso di pronunce di stampo conservativo di un ordine preesistente.

Ben più ampie sono le altre due sentenze (e la terza in particolare). Questo è comprensibile in quanto, mentre le prime due confermavano lo *status quo*, le altre – e la terza in particolare, sia per essere la prima a concedere l'*amparo*, sia per la dichiarazione di illegittimità costituzionale in essa contenuta – si caratterizzano per un forte grado di innovatività. Per limitarsi alla sentenza Freyre, occorre

sottolineare come sia molto ricco l'apparato di citazioni, non limitato alla dottrina giuridica, ma estesa alla sociologia, alla filosofia e finanche alla narrativa³³. Numerosissime sono anche le citazioni della giurisprudenza argentina e, come è ovvio, in particolare quelle della Corte suprema. Per quel che riguarda il diritto straniero, vi sono riferimenti storici alla legislazione della Germania nazista, a quella degli Stati Uniti e un quadro generale sul riconoscimento dei diritti al matrimonio e ad altre forme di unione nel panorama mondiale; Per quel che riguarda la giurisprudenza straniera si trovano riferimenti a alla giurisprudenza statunitense (federale e statale) e a quella sudafricana. È però importante sottolineare che, al contrario di quel che accade nelle sentenze sul caso Rachid de la Cruz, i riferimenti che si trovano nella sentenza Freyre non sempre sono finalizzati a rafforzare le ragioni fatte proprie dal giudice; ma in alcuni casi la citazione è volta a stigmatizzare in modo deciso alcuni atti giuridici risalenti – pensiamo alla legislazione discriminatoria nazista, alla sentenza *Dred Scott*³⁴ della Corte suprema statunitense o alla sentenza Lanteri de Renshaw (Fallos 154:289) della Corte suprema argentina che confermava il divieto di voto alle donne – o comunque in chiave di contrapposizione dialettica, come nel caso dei riferimenti a parte della dottrina civilistica argentina contemporanea.

Passando alle tecniche argomentative e interpretative, le ultime due pronunce sono centrate essenzialmente su argomentazioni di carattere evolutivo che trovano sostegno nel dato sociologico e storico. Inoltre privilegiano un'interpretazione sistematica da cui, in virtù del ruolo centrale che in esse svolge il principio di uguaglianza modellato su una grande sensibilità verso la dignità della persona umana, fanno discendere conseguenze fortemente innovative.

³³ Si citano tra gli altri Gilles Deleuze, Hannah Arendt, Theodor Adorno e finanche Honoré de Balzac.

³⁴ *Dred Scott v. Sandford*, (60 U.S. 393, 1857)

Come era prevedibile e come è confermato anche dai contributi riguardanti altri ordinamenti, in questioni particolarmente controverse che affondano le loro radici nei mutamenti sociali, il legame tra i vari tipi di interpretazione dei testi (costituzionali e legislativi) e le argomentazioni usate, da un lato, e il dispositivo, dall'altro, emerge con una lampante chiarezza.