

# IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ  
DI SIENA  
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 4 - giugno 2011

*SAME-SEX MARRIAGE:*  
IL CASO PORTOGHESE

Elena Sorda

## **SAME-SEX MARRIAGE: IL CASO PORTOGHESE**

**Elena Sorda**

*Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico Comparato  
nell'Università di Siena*

*Recentemente il Tribunal Constitucional lusitano è stato chiamato a pronunciarsi in merito alla legittimità costituzionale del matrimonio fra persone dello stesso sesso.*

*Nel 2009 la Corte è stata adita in occasione di un ricorso in concreto sollevato da due donne che hanno contestato la legittimità del coniugio tradizionale, sostenendo che fosse discriminatorio.*

*Nel 2010 il giudice è invece stato chiamato a pronunciarsi con un ricorso in via preventiva sollevato dal Presidente della Repubblica.*

*Punto centrale di entrambe le pronunce è il riconoscimento della possibilità di estendere il diritto a contrarre matrimonio anche alle persone dello stesso sesso, lasciando però la valutazione sull'opportunità di tale scelta al legislatore.*

*Recently the Portuguese Tribunal Constitucional was asked to express a verdict on the constitutional legitimacy of same-sex marriages.*

*In 2009 the Court had to rule on the appeal filed by two women who contested the legitimacy of traditional same-sex marriages and claimed that they were discriminatory.*

*In 2009 the Constitutional Judge responded to an appeal by the President of the Republic.*

*A central point of both deliberations is the Tribunal's recognition of the possibility to extend the right of marriage to individuals of the same sex. However, the legal implementation of such right rests on the legislator.*

Sommario

1. Contesto normativo: la famiglia e il matrimonio nella Costituzione portoghese e la disciplina delle unioni di fatto
2. La giurisprudenza del *Tribunal Constitucional*: la sentenza 359/2009
3. *Segue*. La giurisprudenza del *Tribunal Constitucional*: la sentenza 121/2010
4. Conclusioni

## 1. Contesto normativo: la famiglia e il matrimonio nella Costituzione portoghese e la disciplina delle unioni di fatto

Il tema delle unioni omosessuali riveste nell'attualità una rilevanza particolare, non solo per la recente sentenza della Corte costituzionale italiana che nel 2010 si è espressa in materia dichiarando non illegittima l'assenza del matrimonio omosessuale nell'ordinamento italiano<sup>1</sup>, ma anche per la disciplina che tale fenomeno sta ricevendo a livello comparato, nonché per le rilevanti sentenze che le Corti di diversi Paesi hanno pronunciato negli ultimi anni in questo frangente, come si avrà modo di vedere anche solo leggendo il presente numero di *Ianus*.

Il Portogallo, anche in conseguenza di due importanti sentenze in tema di *same-sex marriage* emesse dal *Tribunal Constitucional*, nel 2010 ha visto l'entrata in vigore della legge che disciplina il matrimonio fra persone dello stesso sesso. Prima di analizzare in concreto le pronunce del giudice lusitano, appare necessario esaminare brevemente la tutela riconosciuta dalla Costituzione portoghese alla famiglia e al matrimonio, oltre alla disciplina sulle unioni di fatto introdotta nel 1999 e modificata nel 2001<sup>2</sup>.

Il primo articolo della carta fondamentale da analizzare è il 36, collocato nel Titolo II, relativo a «*diritti, libertà e garanzie*». Al suo interno non viene data una definizione di "famiglia" o di "matrimonio", ma ci si limita a individuarne la disciplina fondamentale. Il punto forse più rilevante è dato dal comma 1 che recita «*todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade*»: pressoché unanime è l'opinione che con questa disposizione il costituente abbia voluto strutturare il diritto a costituire una famiglia in modo autonomo rispetto a quello a contrarre matrimonio, riconoscendo così

---

<sup>1</sup> Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138.

<sup>2</sup> Per una rapida panoramica sulla Costituzione portoghese si veda MIRANDA, *A originalidade e as principais características de Constituição portuguesa*, in *Cuestiones Constitucionales*, num. 16, 2007, 253.

un'apertura verso la tutela giuridica di forme di unione familiare non necessariamente fondate sul vincolo matrimoniale. Dalla lettera dell'art. 36 emerge inoltre che i coniugi sono posti in posizione di uguaglianza a livello di diritti e doveri sia sul piano civile che rispetto all'educazione dei figli (commi 1, 3 e 5), che spetta alla legge regolare le modalità e gli effetti dello scioglimento del matrimonio (comma 2), che i figli naturali hanno gli stessi diritti rispetto a quelli nati da genitori sposati e che è quindi vietata ogni forma di discriminazione in merito (comma 4), che la prole non può essere separata dai genitori salvo gravi carenze da parte di questi (comma 6), infine che la legge disciplina l'istituto dell'adozione e che lo Stato ha l'onere di garantire la celerità nell'adempimento delle relative procedure (comma 7).

L'altra sede in cui la Costituzione portoghese disciplina la materia in esame è l'art. 67, collocato nel Titolo III dedicato a «*diritti e doveri economici*». In tale disposizione si individuano con maggior precisione gli ambiti nei quali è previsto l'intervento dello Stato a tutela della famiglia (senza però fare riferimento alcuno al matrimonio). Rispetto alla norma prima richiamata questa presenta una minore incisività, non solo perché le disposizioni collocate nel Titolo II sono direttamente applicabili e vincolano soggetti pubblici e privati, ma anche perché sono fra quelle non suscettibili di revisione costituzionale<sup>3</sup>. Tuttavia, a differenza della disposizione precedente, questa volta si dà una definizione del concetto di famiglia, presentata come «*elemento fondamentale della società*»; seguono l'enucleazione degli oneri statali per la tutela della stessa, fra cui si possono richiamare l'assistenza per l'educazione dei figli, la garanzia dell'esercizio dei diritti e del rispetto della libertà individuale, gli aiuti economici, la regolamentazione della procreazione assistita nel rispetto della dignità umana. Gli articoli successivi si concentrano

---

<sup>3</sup> Così dispone l'art. 288 lett. d) della Costituzione portoghese, all'interno del quale sono elencati i «*limites materiais da revisão*».

invece su aspetti più specifici, quali la tutela di maternità e paternità, o la protezione di infanti, giovani, anziani o soggetti con disabilità<sup>4</sup>.

Come si è avuto modo di rilevare, la Costituzione lusitana riconosce tanto il diritto a contrarre matrimonio, quanto quello - autonomo rispetto al precedente - a formare una famiglia. Nell'alveo di questa tutela il legislatore è stato dunque indotto a introdurre una specifica disciplina per regolamentare il fenomeno delle unioni di fatto, collegandovi particolari diritti e doveri, nonché individuandone i limiti per la costituzione. È così entrata in vigore la legge 135/1999, del 28 agosto, riservata solo alle coppie eterosessuali. La disciplina da questa prevista è a sua volta stata integrata e parzialmente modificata da altri due atti normativi: la *lei* 6/2001, relativa all'«economia comune» (cioè che regola i rapporti esistenti fra coppie di conviventi sotto il profilo economico)<sup>5</sup>, e la *lei* 7/2001, che estende il regime delle unioni di fatto anche agli omosessuali<sup>6</sup>.

L'ordinamento portoghese prevede quindi un'apposita disciplina per i conviventi *more uxorio*: il riconoscimento dell'unione può essere richiesto quando la coppia viva in «condizioni analoghe a quelle dei coniugi» da almeno due anni; l'età minima per iniziare la convivenza è fissata a

---

<sup>4</sup> CIAMMARICONI, *Le dinamiche evolutive della tutela giuridica nella famiglia e nel matrimonio nell'ordinamento portoghese*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2010, 676; MADEIROS-MIRANDA, *Constitution et famille(s) - Portugal*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2008, 285.

<sup>5</sup> Si consideri che l'art. 2 della *lei* 6/2001 definisce come economia comune «*a situação de pessoas que vivam em comunhão de mesa e habitação há mais de dois anos e tenham estabelecido uma vivência em comum de entreatajuda ou partilha de recursos*». Si fa dunque riferimento alla comunione di «tavola e di abitazione», con l'instaurazione di una vita comune basta sull'aiuto reciproco o sulla condivisione dei mezzi.

<sup>6</sup> Così recita l'art. 1 che individua come obiettivo della legge quello di regolare «*a situação jurídica de duas pessoas, independentemente do sexo, que vivam em união de facto há mais de dois anos*».

sedici anni e non viene ritenuta valida qualora uno dei contraenti (o entrambi) sia incapace di intendere e di volere. È poi necessario che le parti non abbiano alle spalle un matrimonio precedente non ancora sciolto - a meno che i coniugi non siano separati - e che non siano legati da parentela in linea diretta o collaterale o ancora da affinità in linea diretta<sup>7</sup>.

Fra i diritti riconosciuti alle coppie in regime di unione di fatto si può richiamare la possibilità per i soggetti coinvolti di ottenere permessi di paternità o di usufruire delle ferie nello stesso periodo, la facoltà di succedere al convivente in un contratto di locazione o di nominare questi quale destinatario della reversione della pensione, il diritto a ottenere un risarcimento in caso di morte sul lavoro del compagno così come quello a rientrare nell'asse ereditario.

Il regime non ha bisogno di particolari formalità per la sua instaurazione: è infatti sufficiente che i soggetti interessati rilascino una dichiarazione presso una delle *Juntas de Freguesia* perché questa emetta un'attestazione relativa all'esistenza della relazione *more uxorio*, che potrà essere contestata solo per via giudiziaria (tanto da un terzo, quanto da una delle parti). Il rapporto instaurato viene sciolto qualora uno dei conviventi muoia o si sposi; nel caso in cui la fine della relazione dipendesse dalla volontà di uno solo dei membri della coppia, questi è tenuto a richiedere la dichiarazione dello scioglimento dello stesso per via giudiziale attraverso un'azione di accertamento qualora voglia farlo valere per accedere a determinati diritti.

---

<sup>7</sup> Sono inoltre presenti quattro casi in cui il rapporto esistente fra persone che vivono sotto lo stesso tetto non può essere ricondotto al regime di comunione economica previsto dalla *ley* 6/2001 (*ex art.* 3, l. 6/2001): la presenza del rapporto di sublocazione o di altre forme contrattuali onerose legate all'alloggio condiviso, l'esistenza di un obbligo di convivenza legato al rapporto di lavoro instaurato fra i soggetti (si pensi a certe forme di collaborazione domestica), la sussistenza di una relazione economica avente carattere prettamente transitorio o ancora la totale dipendenza personale e psichica di uno dei due soggetti, in grado di limitarne la capacità di autodeterminazione.

Un ultimo aspetto che non va tralasciato nell'analisi della disciplina delle unioni di fatto riguarda le limitazioni a cui sono soggette le coppie omosessuali. Sebbene infatti sia stata estesa loro la regolamentazione relativa a siffatto regime giuridico, non va però omissis che a tale categoria di soggetti non è esteso né il diritto all'adozione né quello al ricorso alla procreazione medicalmente assistita<sup>8</sup>.

## **2. La giurisprudenza del *Tribunal Constitucional*: la sentenza 359/2009**

Dopo l'estensione della disciplina sulle unioni di fatto alle coppie omosessuali, il dibattito relativo alla legittimità costituzionale del matrimonio fra persone dello stesso sesso ha acquisito nuova linfa nel 2004 quando, in occasione della sesta revisione della Costituzione portoghese, è stato modificato il testo dell'art. 13, relativo al principio di uguaglianza, introducendo espressamente il divieto di discriminazione in virtù dell'orientamento sessuale<sup>9</sup>. Se da una parte era diffusa l'opinione che, considerando il nuovo testo dell'art. 13.2 in combinato disposto con l'art. 36, non vi fossero più i termini per ritenere legittime le disposizioni del codice civile portoghese che limitavano il diritto a

---

<sup>8</sup> Il divieto di ricorso alla procreazione medicalmente assistita per le coppie omosessuali è previsto dalla l. 32/2006 che disciplina la suddetta materia. CIAMMARICONI, *Le dinamiche evolutive della tutela giuridica della famiglia e del matrimonio nell'ordinamento portoghese*, cit.; MADEIROS-MIRANDA, *Constitution et famille(s) - Portugal*, cit.; GROPPI, *La nouvelle famille*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2007, 549; COSTA, *La cohabitation légale belge et l'union de fait portugaise*, in *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, , 2007, 131.

<sup>9</sup> Così recita l'art. 13.2: «ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual».

contrarre matrimonio ai soggetti di sesso diverso, non mancavano però giuristi che sostenessero che fosse in ogni caso necessario introdurre un apposito riferimento al coniugio omosessuale nella carta fondamentale portoghese<sup>10</sup>.

Nel 2009 il *Tribunal Constitucional* è stato chiamato a pronunciarsi sul tema. Il caso è giunto al giudice di legittimità dopo che, nel febbraio 2006, due donne avevano provato a contrarre matrimonio e, visto il diniego opposto dall'ufficiale civile, avevano presentato ricorso presso il *Tribunal Cível* di Lisbona, dando così il via a una concatenazione di giudizi che hanno coinvolto anche il *Tribunal de Relação* della capitale portoghese e il *Supremo Tribunal de Justiça*, fino ad approdare alla Corte costituzionale lusitana<sup>11</sup>.

In tale frangente va sinteticamente osservato che nell'ordinamento portoghese il controllo di costituzionalità può essere svolto in concreto o in astratto. Il controllo concreto, che può essere fatto valere solo in via successiva (a differenza di quanto avviene per quello astratto, che può essere svolto *a priori* o *a posteriori*), permette ai giudici comuni di pronunciarsi sulla legittimità delle norme che vengono dedotte nelle controversie sollevate presso di loro. Contro le decisioni emesse da questi ultimi è sempre possibile ricorrere presso il Tribunale costituzionale il quale sarà chiamato a esprimersi solo su quella parte della sentenza del giudice comune relativa alla legittimità o illegittimità delle disposizioni (non potrà quindi esprimersi sul merito della questione). Si configura così un sistema di

---

<sup>10</sup> Per una ricostruzione della dottrina lusitana sul punto si vedano VAGLI, *La sesta revisione costituzionale in Portogallo*, in *Dir. e soc.*, , 2004, 569; VAGLI, *Problematiche giuridiche inerenti al matrimonio tra omosessuali in Portogallo*, 2008, reperibile su [www.diritto.it](http://www.diritto.it).

<sup>11</sup> CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze fra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2010 (reperibile su [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)).

giustizia costituzionale parzialmente diffuso (che risente, sotto questo profilo, della disciplina propria della Costituzione del 1911) e parzialmente accentrato<sup>12</sup>.

Il ricorso presentato presso il *Tribunal Constitucional* aveva ad oggetto l'art. 1577 del codice civile che definisce il matrimonio nell'ordinamento portoghese<sup>13</sup>; le ricorrenti ritengono che la disposizione sia illegittima alla luce degli artt. 13.2 (divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale), 36 (diritto al matrimonio e a costituire una famiglia) e 67 (nella parte in cui prevede la tutela costituzionale del vincolo familiare). Viene altresì dedotta una incostituzionalità per omissione, dovuta alla mancata introduzione di atti normativi volti ad attuare le disposizioni costituzionali stesse (nello specifico ci si riferisce al supposto mancato adeguamento dell'ordinamento in risposta alla riforma dell'art. 13.2)<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> RODRIGUES CANOTILHO, *El sistema constitucional de Portugal*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, num. 14, 2010, 117; GOMES CANOTILHO, *Il diritto costituzionale portoghese*, Torino, 2006, 191 ss.; AZZENA, *La giustizia costituzionale in Portogallo*, in LUTHER-ROMBOLI-TARCHI (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, t. II, Torino, 2000, 253 ss.

<sup>13</sup> Secondo l'articolo dedotto, infatti, il matrimonio è definito come il contratto celebrato fra due persone di sesso opposto che vogliono costituire una famiglia.

<sup>14</sup> In merito a quest'ultimo punto è opportuno ricordare che il Portogallo è uno dei pochi Paesi che disciplinano l'incostituzionalità per omissione. La disciplina è piuttosto complessa e non può certo essere esaminata esaurientemente in questa sede; a titolo generale si può brevemente richiamare che essa può essere totale (se l'inerzia del legislatore non ha prodotto nessuna norma) o parziale (qualora l'atto non sia sufficiente ad attuare in modo completo il disposto costituzionale). Alcuni atti vanno invece esclusi dal controllo di costituzionalità in esame e fra essi rientrano l'omissione di leggi di esecuzione di trattati internazionali o l'omissione dell'approvazione delle convenzioni internazionali. Presupposti per attivare il controllo sono il fatto che dalla mancata attuazione costituzionale derivi la violazione di una determinata norma, che quest'ultima non possa produrre i propri effetti autonomamente e che manchino le misure legislative perché questi possano essere prodotti. In base all'art. 283

In diversi passi della propria motivazione il giudice lusitano osserva che il punto nodale della questione non è capire se il matrimonio omosessuale è permesso dalla Costituzione, bensì se esso è imposto. Nel primo caso, infatti, l'introduzione dell'istituto andrebbe demandata alla discrezionalità del legislatore, nel secondo questa dovrebbe essere riconosciuto già dalla Corte, per essere considerato subito vigente.

Il *Tribunal* in prima istanza utilizza l'argomento storico per individuare il significato che i costituenti avevano attribuito al termine "matrimonio" considerando che i primi due commi dell'art. 36 Cost. non sono mai stati oggetto di modifica<sup>15</sup>. Viene così ricavato che senza dubbio nel 1978, anno di entrata in vigore della carta fondamentale, si faceva riferimento alla nozione di *casamento* presente nel codice civile, precedente alla Costituzione stessa. Si ricorda però non si può interpretare quest'ultima alla luce di una norma di rango primario, e quindi inferiore, e che pertanto la soluzione al quesito vada ricercata altrove.

La Corte passa quindi a utilizzare l'argomento *a contrario*:

---

Cost. l'incostituzionalità per omissione può essere dedotta solamente da determinati soggetti, cioè dal Presidente della Repubblica, dal *Provedor de Justiça* (una sorta di Difensore Civico) o dai Presidenti delle Assemblee legislative delle regioni autonome.. Nel caso di specie il *Tribunal* ha ammesso il ricorso, anche se le ricorrenti non rientravano fra i soggetti legittimati. Il giudice costituzionale ha infatti osservato che, poiché la norma del codice civile era stata oggetto di una pronuncia di rigetto in occasione del ricorso in concreto avutosi durante il complesso *iter* processuale precedente, il suo giudizio era in ogni caso l'unica via per valutare la correttezza dei giudici ordinari circa la legittimità della disposizione dedotta e le attrici erano quindi i soli soggetti con il potere di impugnare le pronunce medesime (*fundamento* 9). In merito alla disciplina del controllo di costituzionalità per omissione si vedano: GOMES CANOTILHO, *Il diritto costituzionale portoghese*, cit.; AZZENA, *La giustizia costituzionale in Portogallo*, cit.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La incostitucionalidad por omisión en Portugal*, in *Revista de Estudios Políticos*, num. 101, 1998, 335; VAGLI, *Prime riflessioni sul controllo di costituzionalità per omissione in Portogallo*, in *Dir. e soc.*, 1997, 573.

<sup>15</sup> *Fundamento* 10.

prende in considerazione la riforma del 2004 che ha portato a modificare l'art. 13.2 introducendo il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale. Secondo il giudice, se con la modifica di tale disposizione si fosse voluto modificare anche la nozione di matrimonio, il legislatore della revisione costituzionale avrebbe proceduto - nella medesima occasione - anche a cambiare l'art. 36 della carta fondamentale. Da ciò occorre desumere che sotto questo profilo l'ordinamento è indifferente verso l'estensione, o meno, del coniugio anche alle coppie di persone dello stesso sesso.

Un altro aspetto che viene considerato è la distinzione fra famiglia e matrimonio: si osserva infatti che senza dubbio la nuova formulazione dell'art. 13.2 Cost. (interpretando il divieto di discriminazione in combinato disposto con il principio democratico, il principio di libertà individuale e autodeterminazione, nonché il diritto a costituire una famiglia) permette di garantire una piena protezione ai nuclei familiari omosessuali, colmando così un possibile vuoto normativo; tuttavia sarebbe una forzatura del dettato costituzionale estendere la portata di queste norme in modo tale da modificare di diritto la nozione tradizionale di matrimonio.

La Corte costituzionale portoghese ha fatto anche una ricostruzione della giurisprudenza e della disciplina vigente in materia di *same-sex-marriage* a livello comparato<sup>16</sup>. Nella sua ricognizione trovano spazio Stati Uniti<sup>17</sup>, Canada, Repubblica Sudafricana, così come il continente europeo, rispetto a cui si individuano le esperienze tanto degli Stati che hanno introdotto il matrimonio omosessuale, quanto di quelli che riconoscono le unioni civili registrate. Vengono poi citate la CEDU e la Carta di Nizza, così come le sentenze delle Corti di Strasburgo e Lussemburgo. Emerge un quadro eterogeneo, da cui è possibile desumere che i

---

<sup>16</sup> *Fundamento 7.*

<sup>17</sup> Sono citate le pronunce di Hawaii, Vermont, Massachusetts, New Jersey, California, Connecticut e Iowa.

giudici chiamati a pronunciarsi su questa materia sono pervenuti a soluzioni fra loro molto diverse.

Il *Tribunal Constitucional* sembra voler utilizzare l'argomento comparatistico per richiamare proprio il composito quadro giurisprudenziale esistente, sottolineando il ventaglio di soluzioni che possono essere adottate per disciplinare il medesimo fenomeno sociale. Si concentra poi sulle sentenze di Canada, Massachusetts, California e Repubblica Sudafricana per richiamare quanto da queste affermato rispetto alla nozione di matrimonio<sup>18</sup>. Le Corti citate ritengono infatti che sia possibile riconoscere al matrimonio un significato più ampio rispetto a quello tradizionale (essendo possibile concepirlo prescindendo dalla procreazione, vista come scopo dello stesso) e ritengono altresì che questa interpretazione dell'istituto matrimoniale non obblighi coloro che invece hanno una visione "classica" a cambiare la stessa. Il *Tribunal* critica questa impostazione poiché ritiene contraddittorio ammettere entrambe le visioni (quella estensiva e quella tradizionale): se si ammette una visione allargata di matrimonio, permettendo che vi accedano gli omosessuali, automaticamente si esclude dall'ordinamento la concezione di matrimonio finalizzato alla procreazione. La questione va quindi risolta in modo diverso.

Il giudice di legittimità osserva inoltre che la nozione di *dignità della persona*, tutelata dall'art. 13 Cost., è un principio aperto, dal contenuto flessibile, soggetto all'evoluzione della società e dei costumi della popolazione<sup>19</sup>. Sarà poi compito del legislatore dare attuazione al comune sentire dei cittadini adeguando il sistema normativo alle esigenze che vengano via via in essere.

Nella parte finale della sentenza il Tribunale giunge alla conclusione che la Costituzione non impone un'interpretazione del matrimonio come esclusivamente

---

<sup>18</sup> *Fundamento* 12.

<sup>19</sup> *Fundamento* 11.

eterosessuale, né come obbligatoriamente aperta anche a quello omosessuale, giacché questo potrebbe essere fatto solo forzando una lettura della carta fondamentale, tanto in un senso, quanto in un altro. Tutto dipende dalla nozione che la società attuale attribuisce al matrimonio, così che si presentano due alternative fra cui scegliere: da un lato sarebbe possibile riservare il coniugio alle coppie eterosessuali se si intendesse «*o casamento como uma instituição social que è apresentada aos cônjuges com um significado relativamente estável, enquanto união entre homem e mulher, designadamente assente na função que lhe cabe na reprodução da sociedade*», dall'altro sarebbe invece discriminatorio escludere l'unione omosessuale qualora si concepisse «*o casamento como relação puramente privada, entre duas pessoas adultas, sem qualquer projecção na reprodução da sociedade*»<sup>20</sup>.

Alla luce delle considerazioni appena riportate la Corte ritiene che la Costituzione portoghese possa ammettere tanto la nozione tradizionale di matrimonio, quanto quella più moderna, inclusiva delle coppie omosessuali, e che pertanto l'articolo del codice civile dedotto dalle ricorrenti non sia incostituzionale<sup>21</sup>.

Viene infine osservato che se le sentenze additive sono degli strumenti da usare con molta cautela, anche in occasione dei ricorsi in astratto, giacché esse si collocano lungo la linea di confine che delimita le competenze dei giudici di legittimità e rischiano di ledere il principio di separazione dei poteri; a maggior ragione non pare opportuno utilizzarle in occasione di un ricorso concreto, considerando la controversia specifica in cui siffatta pronuncia andrebbe a insistere. Si afferma quindi che spetta al legislatore, unico soggetto istituzionale legittimato a farlo, il compito di modificare le norme dell'ordinamento qualora esse risultassero non più rispondenti alle esigenze della

---

<sup>20</sup> *Fundamento 14.*

<sup>21</sup> *Fundamento 14.*

popolazione.

Concludendo si può osservare che il giudice, dopo aver analizzato il significato storico di matrimonio, nonché la giurisprudenza e la disciplina esistente in materia sul piano comparato, da un lato richiama quelle che sono le possibili concezioni di matrimonio esistenti, dall'altra dichiara che sarà compito del legislatore verificare quale nozione corrisponda al comune sentire dei cittadini nel momento storico presente e, in conseguenza di tale valutazione, scegliere se mantenere immutato l'ordinamento, riformare la Costituzione inserendovi un espresso riferimento al tipo di coniugio tutelato o ancora limitarsi a modificare le norme del codice civile che disciplinano la materia.

### **3. *Segue. La giurisprudenza del Tribunal Constitucional: la sentenza 121/2010***

Sulla scia della sentenza 359 del 2009 e del crescente dibattito sollevato dall'opinione pubblica, il legislatore lusitano nel 2010 ha approvato una legge di modifica del codice civile, volta a introdurre il matrimonio anche per le coppie omosessuali<sup>22</sup>. Il Presidente della Repubblica Aníbal Cavaco Silva, conservatore, ha però deciso di non apporre la propria firma al disegno di legge, impedendone così la promulgazione, preferendo piuttosto adire il *Tribunal Constitucional* perché esprimesse la sua opinione in merito alla legittimità dello stesso<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Più precisamente la legge è stata approvata in Parlamento l'8 gennaio 2010; si tratta del *Decreto de Assembleia* n. 9/XI, reperibile su [www.parlamento.pt](http://www.parlamento.pt), nella sezione *Actividade Parlamentar e Processo Legislativo*.

<sup>25</sup> La pronuncia ha dato luogo a numerosi commenti, per limitarci a quelli in lingua italiana si vedano: VAGLI, *La legalizzazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso in Portogallo*, in *Diritto&diritti*, 2010, reperibile su [www.diritto.it](http://www.diritto.it); ROMANO, *Il Tribunal Constitucional Português, il Presidente e il legislatore: same-sex marriage, ultimo atto*, 2010, reperibile su [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it);

Prima di esaminare il contenuto della pronuncia della Corte va però sinteticamente richiamato il ruolo svolto dal Presidente della Repubblica portoghese<sup>24</sup>. Nello Stato lusitano, dove vige un sistema semipresidenziale debole, il Presidente è eletto direttamente dai cittadini<sup>25</sup> ed esprime la sua legittimazione politica nell'adempimento dei suoi compiti di garante dell'indipendenza nazionale, dell'unità dello Stato e del regolare funzionamento delle istituzioni democratiche. Qualora non concordi con il contenuto di leggi, decreti-legge o «*decretos regulamentares*» che vengano a lui sottoposti per la promulgazione, può opporre il proprio diritto di veto politico<sup>26</sup>, così come può adire la Corte costituzionale in via preventiva perché emetta un parere in merito alla legittimità del testo sottoposto alla sua

---

CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, cit.; CIAMMARICONI, *Le dinamiche evolutive della tutela giuridica della famiglia e del matrimonio nell'ordinamento portoghese*, cit.

<sup>24</sup> Fra gli altri si vedano VANNUCCI, *Portogallo: Cavaco Silva confermato alla Presidenza della Repubblica. Un'analisi del risultato tra il crollo dell'affluenza e le nuove prospettive in merito alla forma di Governo*, in *Federalismi.it*, num. 3, 2011; RODRIGUES CANOTILHO, *El sistema constitucional de Portugal*, cit.; AZZENA, *La giustizia costituzionale in Portogallo*, cit.;

<sup>25</sup> Art. 121 Cost.

<sup>26</sup> Art. 136 Cost. Si osservi che il Presidente della Repubblica può opporre due tipi di veto: quello politico, che fa perno sulla sua semplice valutazione di opportunità, o quello costituzionale. Quest'ultimo, previsto nell'art. 279 Cost., prevede per il Capo dello Stato (per leggi, decreti-legge e accordi internazionali) e per il «Representato da Republica» (per decreti legislativi e regolamenti regionali) il dovere di apporre il veto alle norme che vengano dichiarate incostituzionali; l'atto sarà quindi rinviato all'organo che lo ha emesso perché elimini o corregga il vizio. Qualora invece il Presidente della Repubblica opponga, nel termine di venti giorni dalla presentazione dell'atto, il veto politico, il testo normativo verrà rinviato all'Assemblea che potrà sottoporlo nuovamente a votazione (con una maggioranza assoluta o di due terzi a seconda dell'atto); in caso di esito positivo di quest'ultima, il Presidente è tenuto a promulgare l'atto entro gli otto giorni successivi. AZZENA, *La giustizia costituzionale in Portogallo*, cit.

approvazione; una volta adito, il giudice di legittimità ha venticinque giorni di tempo per pronunciarsi<sup>27</sup>.

Come sopra accennato, nel caso di specie il Presidente della Repubblica ha optato per la presentazione al *Tribunal Constitucional* di un ricorso astratto in via preventiva, indicando le ragioni che lo inducevano a ritenere che la legge approvata dal Parlamento fosse illegittima. In primo luogo il Presidente ricorda che, come affermato nella sentenza n. 359/2009, alla luce del nuovo testo dell'art. 13.2 Cost. il legislatore non ha nessun obbligo di introdurre il matrimonio anche per le coppie dello stesso sesso; si afferma poi che il principio di uguaglianza sarebbe applicato in modo erroneo qualora si desse la medesima disciplina a fattispecie sostanzialmente diverse, anche alla luce del fatto che le relazioni omosessuali sono già tutelate giuridicamente dalle unioni di fatto registrate. Il ricorrente utilizza poi l'argomento della coerenza della disciplina giuridica, deducendo una violazione dell'art. 16.2 Cost. che afferma che «i principi costituzionali e giuridici relativi ai diritti fondamentali devono essere interpretati e integrati in armonia con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo» che nel suo art. 16.1 riconduce il diritto al matrimonio a uomo e donna<sup>28</sup>; una lettura adeguatrice della Costituzione alla norma internazionale imporrebbe di interpretare il coniugio come unione riservata alle coppie eterosessuali. Infine il ricorrente richiama l'argomento storico, sostenendo che senza dubbio i costituenti avevano concepito il matrimonio come unione fra soggetti di sesso diverso e che lo scopo fondamentale dello stesso è la filiazione, centrale nell'ambito dell'istituzione familiare medesima. Il Presidente sostiene quindi che cambiare la nozione di coniugio implicita nella Costituzione del 1978

---

<sup>27</sup> Art. 134 Cost.

<sup>28</sup> Così recita l'art. 16.1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo: «uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia [...]»

equivarrebbe a vanificare la garanzia costituzionale stessa dell'istituto.

Il *Tribunal Constitucional*, con la sentenza n. 121/2010 risponde al ricorso sollevato dal Presidente della Repubblica sostenendo la legittimità della legge approvata dal Parlamento portoghese e rilevando, in via preliminare, che oggetto della sua valutazione sarebbe stato l'art. 1 della legge, che, a sua volta individua l'oggetto dell'atto stesso: «*a presente lei permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo*».

Come accaduto per la precedente pronuncia, anche in questa occasione la Corte fa una ricognizione della giurisprudenza e della disciplina delle unioni omosessuali a livello comparato per giungere alla conclusione che le soluzioni accoglibili sono svariate e che tutto ruota attorno alla nozione, al contenuto, che la società riconduce al matrimonio: si pensi a tal fine alla soluzione adottata dalla Germania che ha preferito limitarsi alla disciplina delle unioni registrate, ritenendo che la caratteristica pregnante del coniugio sia «una relazione di un uomo con una donna, uniti per molto tempo, così che possano nascere figli in comune, evento che non può verificarsi in un'unione di persone del medesimo sesso»<sup>29</sup>.

Anche sotto il profilo dell'argomento storico si sottolinea che se da un lato è innegabile che la Costituzione sia stata elaborata pensando al matrimonio come relazione esclusivamente eterosessuale, dall'altro non va dimenticato che quando essa fu scritta il tema della tutela delle unioni omosessuali era giuridicamente e politicamente pressoché sconosciuto. La Corte afferma quindi che in questo frangente «*o elemento histórico deve ser mobilizado com cautelas ainda maiores do que aquelas que geralmente já merece na interpretação do texto constitucional*»<sup>30</sup>.

Il giudice lusitano si pronuncia anche sul riferimento che il

---

<sup>29</sup> *Fundamento 15.*

<sup>30</sup> *Fundamento 18.*

ricorrente fa alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. A differenza del Presidente della Repubblica che suggerisce una lettura adeguatrice e letterale dell'art. 16.1 della Dichiarazione stessa, la Corte preferisce adottare l'argomento teleologico, sostenendo che lo scopo del rinvio che l'art. 16.2 Cost. fa al suddetto catalogo di diritti quale criterio ermeneutico per l'interpretazione della carta fondamentale è «*o de alargar a cobertura constitucional dos direitos fundamentais e não o de restringir ou limitar, extensiva ou intensivamente*»<sup>51</sup>. La Dichiarazione universale non va quindi utilizzata come strumento per limitare la portata costituzionale di un diritto, bensì – semmai – per estenderla; non può quindi essere correttamente dedotta per suffragare l'illegittimità dell'estensione alle coppie omosessuali del diritto al matrimonio.

Viene poi considerata la supposta violazione del principio di uguaglianza. Il giudice ricorda che per l'art. 13.2, che vieta la discriminazione in base all'orientamento sessuale, quest'ultimo va inteso come «l'inclinazione per l'unione con una persona del medesimo sesso biologico o genetico», divenendo irrilevanti la componente morfologica, psicologica o sociale dell'identità sessuale dell'individuo. In questo frangente è tutelata l'uguaglianza dei soggetti, lasciando poi alla discrezionalità del legislatore la possibilità di accogliere o meno una nuova nozione di matrimonio che, a differenza di quella fino ad allora vigente, prescindendo dall'unione fra uomo e donna come requisito essenziale. La portata dell'art.13 va quindi di pari passo con il contenuto che si vuole dare all'istituto matrimoniale: qualora si ritenga che esso non includa necessariamente la procreazione, escludere gli omosessuali sarebbe fonte di discriminazione; viceversa qualora si affermi che il coniugio presupponga la filiazione, estendere lo stesso alle coppie dello stesso sesso equivarrebbe a trattare in modo uguale situazioni giuridiche sostanzialmente distinte e sarebbe quindi altrettanto

---

<sup>51</sup> *Fundamento 20.*

illegittimo<sup>32</sup>.

Particolarmente degno di nota appare quanto osservato dal *Tribunal* nell'ultimo capoverso del *fundamento* 25 laddove si riconosce che a livello biologico, sociologico e antropologico l'unione fra persone dello stesso sesso rappresenta una realtà distinta rispetto a quella fra coppie eterosessuali. Tuttavia a livello giuridico queste differenze possono essere eliminate qualora il legislatore scelga di privilegiare l'aspetto simbolico dell'istituto, dando particolare rilievo al profilo sociale e antidiscriminatorio tramite il riconoscimento di una specifica tutela normativa. Risulta chiaro che ancora una volta il punto centrale del problema diviene l'ammissibilità o meno della nozione di matrimonio come legato alla sola unione stabile fra due persone, che prescinde dalla procreazione. La Corte sostiene che siffatta impostazione sia ammissibile sotto vari aspetti; in primo luogo, perché qualora una coppia eterosessuale decidesse di sposarsi avendo da subito ben chiara la volontà di non concepire figli, questo non vizierebbe la validità del loro vincolo. In secondo luogo, il giudice stesso richiama, citandolo nella *ratio decidendi*, quanto affermato da un autore italiano secondo cui «il principio dell'eterosessualità non rappresenta una soluzione necessaria ma, anche in questo caso, una scelta (possibile) del legislatore[...]»<sup>33</sup>. Quest'ultima risulta essere la visione accolta anche dalla Costituzione portoghese che nel suo art. 36.2 delega alla legge il compito di definire i requisiti e gli effetti del matrimonio; anzi la circostanza stessa che la carta fondamentale sancisca il diritto a sposarsi e deleghi poi alla legge la disciplina dell'istituto relativo impone al «*legislador a incumbência de manter a necessária conexão entre Direito e realidade social*»<sup>34</sup>. Insomma il riconoscimento del

---

<sup>32</sup> *Fundamentos* 5, 6 e 25.

<sup>33</sup> PIGNATELLI, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra "istituzione" matrimoniale e "funzione" familiare*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2005, 281.

<sup>34</sup> *Fundamento* 22.

matrimonio presente nella Costituzione è finalizzato a dare una particolare garanzia all'istituto stesso, senza che però questo equivalga a cristallizzarne il contenuto nel tempo<sup>35</sup>.

Infine, il giudice di legittimità aggiunge che l'estensione del coniugio alle coppie omosessuali non avrebbe alcuna conseguenza sul vincolo matrimoniale che lega due persone di sesso diverso: gli effetti giuridici, i diritti e doveri dei coniugi, l'opponibilità innanzi allo Stato o ai terzi nonché il ruolo svolto nell'ambito sociale resterebbero inalterati<sup>36</sup>.

Il *Tribunal Constitucional*, mantenendosi in linea con la precedente sentenza del 2009, rigetta pertanto i dubbi di legittimità costituzionale sollevati dal Presidente della Repubblica, sostenendo che sia esclusivo compito del legislatore quello di esprimere il comune sentire della società che rappresenta, valutando l'*an* e il *quomodo* relativi all'introduzione di una nuova definizione e disciplina dell'istituto del matrimonio.

Ricevuto il verdetto del giudice di legittimità il Capo di Stato lusitano avrebbe potuto reagire in due modi: opporre comunque un veto politico, rinviando il testo di legge all'Assemblea perché fosse soggetta a una nuova votazione, oppure promulgarlo. Quest'ultima è stata la via scelta da Cavaco Silva che il 17 maggio 2010 ha apposto la propria firma al *Diploma* di riforma del codice civile<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> *Fundamento* 18.

<sup>36</sup> *Fundamento* 24.

<sup>37</sup> Nella dichiarazione rilasciata in occasione della promulgazione il Presidente della Repubblica ha dichiarato che sebbene egli non condividesse il contenuto della legge, ha preferito comunque permetterne l'entrata in vigore senza rinviarla nuovamente all'Assemblea giacché questo avrebbe dato luogo a nuovi dibattiti sia in sede parlamentare che nell'opinione pubblica, rischiando di essere fonte di disgregazione in un momento cruciale per il Paese che, dovendo affrontare una grave crisi economica, aveva la necessità di rimanere il più coeso possibile. Si veda la *Declaração do Presidente da República sobre o Diploma da Assembleia da República que permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo*, del 17 maggio 2010, reperibile su [www.presidencia.pt](http://www.presidencia.pt), sezione *Presidência directa - intervenções*.

#### 4. Conclusioni

Le sentenze pronunciate dal *Tribunal Constitucional* portoghese aggiungono un altro tassello al panorama giuridico che concerne la disciplina delle unioni omosessuali nel mondo.

Come si è avuto modo di osservare attraverso il riferimento che il giudice lusitano stesso fa ad altri Stati (come Canada, Repubblica Sudafricana o Stati Uniti), all'ordinamento comunitario, nonché ad alcuni Paesi europei, emerge che il medesimo fenomeno sociale può ottenere una regolamentazione molto diversa a seconda dell'ordinamento e della cultura giuridica e politica ad esso sottese.

Nel caso di specie la Corte ha analizzato con attenzione il profilo storico, così come quello sistematico, comparatistico ed evolutivo del diritto a contrarre matrimonio sancito nella Costituzione portoghese, giungendo ad affermare che il contenuto della suddetta tutela è aperto all'evoluzione della società e che è compito del legislatore farsi voce della stessa, valutando quando e come modificare la disciplina vigente e, più nello specifico, considerando se nel momento attuale i consociati ritengano che la nozione di coniugio implichi o meno la possibilità di procreare.

Appare poi condivisibile anche la scelta (fatta dal giudice di legittimità in occasione della prima pronuncia) di non emettere una sentenza additiva rilevando che, viste la portata del tema in discussione e la rilevanza sociale dello stesso, spettasse solo al legislatore la possibilità di estendere o meno il diritto al matrimonio anche agli omosessuali, pena un possibile vizio di eccesso di poteri.

A livello generale, prescindendo dal solo caso portoghese, chi scrive ritiene ci sia la necessità di disciplinare il fenomeno delle unioni fra persone dello stesso sesso, non importa se introducendo una disciplina *ad hoc*, se riconoscendo le unioni di fatto registrate o se estendendo la possibilità di contrarre matrimonio. Senza dubbio ogni Paese, alla luce della propria cultura giuridica, politica e

sociale, percepisce questa materia in modo diverso, riconducendovi differenti regolamentazioni; tuttavia appare necessario che gli Stati che ancora non hanno provveduto a disciplinare le unioni omosessuali si facciano carico di tale onere giacché si assiste alla mancanza di tutela giuridica per una quota importante di persone della nostra società, rivelando un vuoto normativo che corrisponde alla mancata individuazione di diritti e doveri in capo a un gruppo ben definito di soggetti. Siffatta lacuna, seppure in astratto possa risultare compatibile con le Costituzioni, va in ogni caso colmata perché contraria alle logiche di uno Stato democratico di diritto che si faccia carico delle esigenze dei cittadini che lo compongono e che li tuteli in ogni loro formazione sociale.