

DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

IL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, IL PRESIDENTE ED IL LEGISLATORE: SAME-SEX MARRIAGE, ULTIMO ATTO.

Posted on 22 Luglio 2010 by [Andrea Romano](#)

Con la sentenza 192/2010 il *Tribunal Constitucional* portoghese ha rigettato le censure di incostituzionalità avanzate dal Presidente della Repubblica nei confronti della legge che introduce il matrimonio tra persone dello stesso sesso. La pronuncia assume rilievo sia in un'ottica comparatistica che nella prospettiva di diritto interno.

Quanto al primo profilo, il *Tribunal Constitucional* si inserisce nel dibattito sul riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso, ravvivato da recenti interventi normativi in diverse esperienze straniere e da alcune pronunce delle Corti europee (v. il post di Tommaso Giovannetti) e costituzionali. In relazione al secondo il giudice lusitano conclude il dialogo tra organi costituzionali in materia, ponendo fine ad una vicenda piuttosto articolata tanto per la sua estensione temporale quanto per il coinvolgimento dei più importanti soggetti istituzionali del paese.

L'esperienza portoghese in tema di unioni tra persone dello stesso sesso, prende le mosse dalla legge del 2001 n. 7, che, correggendo la rotta intrapresa dal legislatore lusitano del 1999 (l. 135/1999) equiparava le unioni di fatto eterosessuali a quelle tra omosessuali, seppur escludendo queste ultime dalla possibilità di effettuare adozioni e di ricorrere alla

procreazione medicalmente assistita.

In seguito, lo stesso TC aveva modo di pronunciarsi sull'argomento: con la sent. 359/2009 infatti affermava che, non potendosi ritenere imposto dalla Costituzione il *same sex marriage* in virtù del principio di eguaglianza e di non discriminazione, sarebbe stato compito del legislatore prevedere una disciplina *ad hoc* (un percorso argomentativo, che rinvia peraltro a soluzioni, in parte simili, seguite in altri paesi. Cfr. Corte Cost. sent. 138/2010; in tema v. da ultimo E. 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, in associazionedeicostituzionalisti.it* n. 00/2010). Sulla scorta di questa decisione l'Assemblea da Repubblica interveniva in materia attraverso la legge 9/2010 introducendo il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed escludendo, peraltro, queste ultime dalla possibilità di adottare figli.

A seguito dell'intervento normativo, il Presidente della Repubblica adiva l'organo di giustizia costituzionale lamentando fra l'altro: a) la violazione del principio di uguaglianza che - impedendo di trattare situazioni diverse in modo uguale - meglio si adatterebbe, nell'opinione del ricorrente, alle unioni civili registrate, come avvenuto nell'esperienza tedesca; b) la dubbia conformità dell'intervento legislativo con la nozione di matrimonio - come unione tra persone di sesso differente - accolta nella dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (l'art. 16 comma 2 Cost stabilisce infatti che "os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem"); c) la violazione del contenuto essenziale della garanzia di istituto insita nel concetto di matrimonio accolto dalla costituzione.

Il TC si pronunciava nel merito riprendendo alcuni degli esiti argomentativi seguiti nella precedente sentenza 359/2009 e rigettando per intero le censure di incostituzionalità

Dopo aver tracciato una rassegna della giurisprudenza della Corte Edu e della Corte di Giustizia in materia, ed aver offerto un ricco quadro comparativo, soffermandosi, peraltro, sulle pronunce di alcune supreme giurisdizioni straniere - particolarmente interessanti per ricostruzione del

rapporto tra matrimonio ed evoluzione della società (Corte Suprema Canadese, BVerG e Cour d'Arbitrage belga) - il giudice portoghese si avvia a trattare le censure - che indubbiamente investono problematiche centrali del diritto costituzionale - sollevate nel ricorso.

a) Quanto al primo rilievo, il TC distingue tra una prospettiva "biologica, sociologica e antropologica", dove una differenza tra unioni etero e omosessuali pare sostenibile, ed una prospettiva invece giuridica - impostata sul principio di ragionevolezza - dove è invece ammissibile una equiparazione normativa, essendo ragionevole che "o legislador possa privilegiar o efeito simbólico e otimizar o efeito social antidiscriminatório do tratamento normativo, estendendo à tutela dessas uniões o quadro unitário do casamento".

b) Quanto al secondo profilo, il TC risolve l'impasse affermando che il senso dell'ausilio interpretativo fornito dalla Dichiarazione del '48 è quello di ampliare il contenuto dei diritti fondamentali e non di restringerne la portata, sulla scia, in sostanza di quanto previsto dagli artt. 52 e 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, richiamati nella sentenza.

c) Infine, il TC concorda, sulla scorta anche della giurisprudenza (sent. 590/2004) e della dottrina, sulla configurazione del matrimonio quale garanzia di istituto.

Tuttavia se da una parte rileva il vincolo costituzionale del legislatore "a conservar o núcleo essencial do complexo jurídico de direito privado através do qual o direito fundamental se concretiza", dall'altra aggiunge che "não pode, a partir do pensamento institucionalístico, inverter-se o sentido da garantia, impondo a conservação do instituto, tal como ele existe, contra acções do legislador que não colidam com a determinação de sentido do direito fundamental em causa no quadro axiológico do sistema de direitos fundamentais".

In altri termini la dimensione istituzionale del matrimonio non vale a cristallizzare l'azione del potere legislativo, al quale, peraltro, si richiede che si svolga in modo tale da non comprimere il nucleo essenziale di quei beni giuridici, individuali e comunitari, alla protezione dei quali il diritto fondamentale al matrimonio è preordinato (F. 19°).

In proposito, il *Tribunal* ricorda che l'art. 36 Cost. non definisce gli elementi costitutivi del matrimonio, essendo tale funzione demandata al legislatore ordinario (36.2): anzi, una interpretazione letterale dell'articolo in questione - "todos" hanno diritto a costituire una famiglia e a contrarre matrimonio in condizioni di piena uguaglianza - sembra favorevole nel senso di non limitare l'istituto matrimoniale alle coppie eterosessuali.

Inoltre, da un lato, la nuova configurazione del matrimonio non vale ad intaccare il nucleo essenziale dell'istituto, che, a giudizio del Tribunal, sembra costituito, dalla comunione di vita tra due persone e non anche dalla diversità del sesso tra i coniugi; dall'altro nemmeno osta al riconoscimento e alla protezione della famiglia quale "elemento fundamental da sociedade", non esaurendosi questa nell'istituto matrimoniale (ed essendo anzi un "conceito aberto e plural adaptavel as necessidades e realidades sociais"). Infine, per il giudice portoghese, l'ipotesi che, una previsione in via ordinaria del matrimonio tra persone dello stesso sesso possa essere in grado di limitare altri diritti fondamentali - integrando in sostanza una discriminazione a rovescio nei confronti dei diritti e doveri delle coppie eterosessuali e snaturando il valore simbolico dell'istituto matrimoniale (e che peraltro legittimerebbe gli interessati ad azionare il parametro interpretativo della dichiarazione ex art. 16 Cost) - pare da sconfessare, atteso che ciò potrebbe fondare una pronuncia di incostituzionalità per violazione del principio di non discriminazione per orientamento sessuale (art. 13.2).

In conclusione, il *Tribunal Constitucional* - nel calare il sipario sul confronto tra supremi organi costituzionali portoghesi, in linea di continuità con la precedente pronuncia (359/2009) - illustrando gli equilibri tra giudice costituzionale e legislatore, avverte l'esigenza di valorizzare il ruolo di quest'ultimo negli assetti pluralistici attraverso il richiamo ad una risalente sentenza (105/1990): "nessa situação sobretudo - em que haja de reconhecer-se e admitir-se como legítimo, na comunidade jurídica, um "pluralismo" mundividencial ou de concepções - sem dúvida cumprirá ao legislador (ao legislador democrático) optar e decidir".