

*amicus curiae*

# LA «SOCIETÀ NATURALE» E I SUOI “NEMICI”

Sul paradigma eterosessuale del matrimonio

*a cura di*

ROBERTO BIN, GIUDITTA BRUNELLI, ANDREA GUAZZAROTTI  
ANDREA PUGIOTTO, PAOLO VERONESI



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

Tutti i documenti  
sono consultabili in:

[www.unife.it/amicuscuriae](http://www.unife.it/amicuscuriae)

*amicus curiae*

Atti dei Seminari "preventivi" ferraresi

---



# LA «SOCIETÀ NATURALE» E I SUOI “NEMICI”

Sul paradigma eterosessuale del matrimonio

*Atti del Seminario  
Ferrara, 26 febbraio 2010*

*a cura di*

ROBERTO BIN, GIUDITTA BRUNELLI, ANDREA GUAZZAROTTI  
ANDREA PUGIOTTO, PAOLO VERONESI



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2010 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO  
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100  
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-348-0086-7

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: [aidro@iol.it](mailto:aidro@iol.it)

# INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Prefazione</i>	XV
<i>Traccia per la discussione</i>	XIX

## RELAZIONE INTRODUTTIVA

DENTRO IL MESTIERE DI VIVERE: UGUALI IN NATURA O UGUALI IN DIRITTO? di BARBARA PEZZINI	1
--	---

## DISCUSSIONE

LA CEDU, L'UE E IL MATRIMONIO OMOSESSUALE. INFONDATEZZA DELLA <i>QUAESTIO EX ART. 117</i> , 1° COMMA, COST. DELLA DISCIPLINA CODICISTICA SUL MATRIMONIO di LUCA ANDRETTO	25
MITI E REALTÀ NELLA DISCIPLINA DELL'UE IN TEMA DI FAMIGLIA OMOSEX di ELISABETTA BERGAMINI	31
IL CONVITATO DI PIETRA. LA POSIZIONE DEL PARLAMENTO SULLE UNIONI OMOSESSUALI di CHIARA BERGONZINI	35
PER UNA LETTURA NON SVALUTATIVA DELL'ART. 29 di ROBERTO BIN	41
MINORANZE SOCIALI, NORME DISCRIMINATORIE E FUNZIONE DEL GIUDICE COSTITUZIONALE di GIUDITTA BRUNELLI	45

	<i>pag.</i>
UNA QUESTIONE D'INTERPRETAZIONE? BREVI CONSIDERAZIONI SULL'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE di ROSANGELA CASSANO	47
NOTE SUL PERCORSO EVOLUTIVO CONCERNENTE LA NOZIONE DI GRUPPO FAMILIARE di ROBERTA CATALANO	51
STRUTTURA DELLE DISPOSIZIONI NORMATIVE E SENSO DELLA TRADIZIONE di MASSIMO CAVINO	53
ALLA LATITANZA DELLA POLITICA RISPONDE LA CORTE? E SE NON LEI CHI? di CLARA COMELLI	57
TRA POLITICA E ISTITUZIONI: COSTRUIRE UNA SOCIETÀ MIGLIORE È COMPITO DI TUTTI di ANNA PAOLA CONCIA	59
IL MATRIMONIO ETEROSESSUALE: CREPUSCOLO DI UN PARADIGMA di LUCILLA CONTE	61
LA STRUTTURA NATURALMENTE LIQUIDA DELLA FAMIGLIA di GIAN LUCA CONTI	65
IL MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO GENERE: L'ELOQUENZA DEL SILENZIO NORMATIVO di PAOLA CORSINI	75
FAMIGLIE OMOSESSUALI, FAMIGLIE CLANDESTINE. LA LACUNA DELL'ORDINAMENTO CHE PRODUCE DISCRIMINAZIONE di ANGELA COSSIRI	79
ESISTE UN'OBBLIGAZIONE CONVENZIONALE O COMUNITARIA VOLTA A CONSENTIRE IL MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO? di ALESSIA OTTAVIA COZZI	85
IL DIRITTO AL MATRIMONIO RICONOSCIUTO DALL'ART. 12 CEDU ALLA LUCE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE E DELLA CORTE EDU di ELISABETTA CRIVELLI	91

MATRIMONIO OMOSESSUALE E COSTITUZIONE: NÉ OBBLIGATO, NÉ VIETATO di SALVATORE CURRERI	97
OMOSESSUALITÀ E COSTITUZIONE. LA TORMENTATA IPOTESI DEL MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO DAVANTI ALLA CORTE COSTITUZIONALE di ANTONIO D'ALOIA	101
MATRIMONIO E LIBERTÀ SESSUALE di ALFREDO DE FRANCESCO	109
COSTITUZIONE NATURALE E <i>RÈGLE DE DROIT</i> . ESEGESI MINIMA DEL CONCETTO DI FAMIGLIA OLTRE L' <i>IPSE DIXIT</i> E LE SUE IMMEDIATE CONSEGUENZE di SEBASTIANO DONDI	115
IL MATRIMONIO COME DIRITTO FONDAMENTALE PER LE PERSONE OMOSESSUALI TRA UGUAGLIANZA, RISERVATEZZA E AUTODETERMINAZIONE di ELENA FALLETTI	121
ALLA RICERCA DI UN "OGGETTO POSITIVAMENTE NON IDENTIFICATO" di PIETRO FARAGUNA	127
LE COPPIE CHE RICORRONO ALLA CORTE SONO LA PUNTA DI UN <i>ICEBERG</i> SOMMERSO di GIAN MARIO FELICETTI	133
QUESTO MATRIMONIO NON SI PUÒ FARE? di GILDA FERRANDO	137
IL <i>SAME-SEX MARRIAGE</i> TRA NATURA E ARTIFICIALITÀ di LUIGI FRANCO	145
NON È LA COSTITUZIONE A PRESUPPORRE IL PARADIGMA ETEROSESSUALE di CARLO FUSARO	151



	<i>pag.</i>
L'AMORE AI TEMPI DELLA COSTITUZIONE. OMOSESSUALITÀ E MATRIMONIO FRA PRECLUSIONI COSTITUZIONALI E MONITI DISATTESI di GUIDO GALIPÒ	155
IL DIALOGO TRA LE CORTI di MARCO GATTUSO	159
MATRIMONIO TRA OMOSESSUALI: UNA SOLUZIONE DOVEROSA, MA CON I TEMPI NECESSARI di GLADIO GEMMA	165
UNA PROSPETTIVA COMPARATA SUL MATRIMONIO OMOSESSUALE: CANADA E STATI UNITI di GIANLUCA GENTILI	171
TALVOLTA LA COSTITUZIONE NON DICE (ANCORA) TUTTO CIÒ CHE VORREMMO DICESSE di ANDREA GIORGIS	177
DUE TESI SULL'IRRIDUCIBILITÀ DEL PARADIGMA ETEROSESSUALE DEL MATRIMONIO di GIORGIO GRASSO	181
L'ESTENSIONE ALLE COPPIE OMOSESSUALI DELL'ACCESSO AL MATRIMONIO CIVILE: LA STRADA MAESTRA PER UN DIRITTO COSTITUZIONALE DELLA FAMIGLIA "PRESO SUL SERIO" di LUCA IMARISIO	187
GLI ARTICOLI COSTITUZIONALI SULLA FAMIGLIA: TRAVOLTI DA UN INSOLITO (E INESORABILE) DESTINO di ELISABETTA LAMARQUE	191
IL DIRITTO DELL'INDIVIDUO OMOSESSUALE DI CONTRARRE MATRIMONIO CON PERSONA DEL PROPRIO SESSO: UN DIRITTO COSTITUZIONALE DEL SECOLO XXI? di SERGIO LARICCIA	195
TRANSESSUALISMO, OMOSESSUALITÀ E MATRIMONIO di MARIAENZA LA TORRE	201

	<i>pag.</i>
ETEROSLESSUALITÀ E FUNZIONE PROCREATIVA DEL MATRIMONIO: UN ARGOMENTO SUPERABILE DALLA CORTE COSTITUZIONALE di BENEDETTA LIBERALI	207
SOCIETÀ NATURALE E MATRIMONIO TRA OMOSESSUALI di ANDREA LOLLO	215
SÌ, LO VOGLIO di JOËLLE LONG	219
MATRIMONIO E FILIAZIONE: LEGAME INDISSOLUBILE? di ANNA LORENZETTI	225
MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO E FILIAZIONE di MICHELA MANETTI	231
LA FAMIGLIA COME “SOCIETÀ NATURALE”. ALCUNE CONSIDERAZIONI FILOSOFICO-GIURIDICHE SULLA VAGHEZZA DI UNA FORMULA di VALERIA MARZOCCO	237
“NATURALITÀ” DELLA FAMIGLIA FRA DIRITTO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE di VINCENZO MARZUILLO	241
<i>RIGHT TO MARRY E SAME-SEX COUPLES:</i> SPUNTI DI RIFLESSIONE COMPARATISTICA DALLA RECENTE EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE STATUNITENSE di GAETANO MARZULLI	247
L’UNIONE TRA PERSONE DEL MEDESIMO SESSO NELL’ATTUALE CONTESTO STORICO-SOCIALE: ONNIPOTENZA O IMPOTENZA DELLA COSTITUZIONE (E DELLA SUA CORTE)? di ILENIA MASSA PINTO	255
TRE MOTIVI EMPIRICI E LEGALI PER DIRE SÌ AL MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO IN ITALIA di MARIA FEDERICA MOSCATI	261
SE LA CORTE RISPONDESSE «SÌ, LO VOGLIO ... IN LINEA DI PRINCIPIO»: BREVI RIFLESSIONI CRITICHE SULL’IMPIEGO DI UN’ADDITIVA A DISPOSITIVO GENERICO di ROBERTO PERRONE	267

	<i>pag.</i>
MATRIMONIO, COPPIE OMOSESSUALI, PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA: PER UNA LETTURA CONTESTUALIZZATA DELL'ART. 29, 1° COMMA, COST. di ROBERTO PINARDI	273
L'ALTRA FACCIA DELL'EGUAGLIANZA (E DELL'AMORE) di ANDREA PUGIOTTO	279
IL DIBATTITO NAZIONALE SUL MATRIMONIO OMOSESSUALE: LA PROSPETTIVA DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA di LINDA MARIA RAVO	285
GIUDICE ORDINARIO E INTERPRETAZIONE DELLE NORME GIURIDICHE di ALICE REALE	295
CIRCUMNAVIGANDO L'ARCIPELAGO FAMILIARE: SCOPERTE O ILLUSIONI? di STEFANO ROSSI	299
LA CAMPAGNA DI AFFERMAZIONE CIVILE: COME E PERCHÈ È NATA di SERGIO ROVASIO	305
LE UNIONI TRA SOGGETTI DELLO STESSO SESSO E LA LORO ( <i>INNATURALE</i> ...) PRETESA A CONNOTARSI COME "FAMIGLIE" di ANTONIO RUGGERI	307
<i>SUMMA CONSTITUTIO SUMMA INIURIA?</i> PER UNA SENTENZA INTERPRETATIVA CHE INDIVIDUI CORRETTAMENTE L'ESSENZA DELLA "PRATICA CULTURALE" DEL MATRIMONIO, SUPPORTATA DALL'"ARGOMENTO DELLA MINORANZA" di ILENIA RUGGIU	319
IL MATRIMONIO DELLE COPPIE DELLO STESSO SESSO ALLA CONSULTA O DEI LIMITI DELL'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE EVOLUTIVA di ANTONIO SAITTA	325
COSTITUZIONE ITALIANA, CARTA DI NIZZA E CEDU A PROPOSITO DI <i>SAME-SEX MARRIAGE</i> di AMEDEO SANTOSUOSSO	333

BREVI NOTE SUL RICONOSCIMENTO DELLE NUOVE FORME DI CONVIVENZA <i>SAME-SEX</i> CONCLUSE ALL'ESTERO: PROFILI INTERNAZIONALPRIVATISTICI di LIVIO SCAFFIDI RUNCHELLA	339
UN'OPPORTUNA SOLLEVAZIONE DI QUESTIONI INFONDATE di SIMONE SCAGLIARINI	345
<i>"IUS AD AMOREM"</i> E INSIDIE DEL MATRIMONIO di ARIANNA THIENE	351
NATURA, CULTURA, DIRITTO di PERSIO TINCANI	353
COSTITUZIONE E MATRIMONIO OMOSESSUALE: <i>QUIS INTERPRETABITUR?</i> di CHIARA TRIPODINA	357
IL RICONOSCIMENTO GIURIDICO DELLE RELAZIONI AFFETTIVE FRA PERSONE DELLO STESSO SESSO: LA QUESTIONE DEL MATRIMONIO OMOSESSUALE DINNANZI LA CORTE COSTITUZIONALE di FRANCESCA UGOLINO	363
LEZIONI DALL'EUROPA di VERONICA VALENTI	369
MATRIMONIO OMOSESSUALE, OVVERO: «È SORPRENDENTE PER QUANTO TEMPO SI PUÒ NEGARE L'EVIDENZA, DI FRONTE A CERTE COSE» di PAOLO VERONESI	377
« <i>YET FOOTNOTES MATTER</i> »: OSSERVAZIONI A MARGINE DI UNA TRADIZIONE di MATTEO M. WINKLER e GRAZIELLA ROMEO	391
LA SOLUZIONE SUDAFRICANA: UNA VIA PERCORRIBILE? di ROBERTA ZUCCHINALI	397



# Documentazione

[Tutti i documenti sono consultabili nel sito dei Seminari “preventivi” ferraresi, all’indirizzo <http://www.amicuscuriae.it>]

## ATTI DI PROMOVIAMENTO

Ordinanza del 3 Aprile 2009 del Tribunale di Venezia, Sez. III civile  
Ordinanza del 29 Luglio 2009, Corte d’appello di Trento  
Ordinanza del 13 Novembre 2009, Corte d’appello di Firenze  
Ordinanza dell’11 Dicembre 2009, Tribunale di Ferrara

## ATTI MINISTERIALI

Ministero Interni, circolare n. 2 del 26 marzo 2001  
Ministero Interni, parere del 28 luglio 2004, prot. 04006451-15100/15952  
Ministero Interni, circolare n. 55 del 18 ottobre 2007, prot. n. 15100/397/0009861

## RISOLUZIONI DEL PARLAMENTO EUROPEO

Risoluzione PE 8 febbraio 1994  
Risoluzione PE 8 aprile 1997  
Risoluzione PE 17 settembre 1998  
Risoluzione PE 16 marzo 2000  
Risoluzione PE 4 settembre 2003  
Risoluzione PE 14 gennaio 2009

## GIURISPRUDENZA ITALIANA

Trib. Roma 28 giugno 1980  
Trib. Latina 31 maggio-10 giugno 2005  
Corte d’appello di Roma 13 luglio 2006  
Trib. Firenze, sez. I civ., 3-22 ottobre 2007  
Trib. Bergamo, sez. I civ., 19-21 febbraio 2009  
Trib. Torino, sez. VII civ., 18 maggio-4 giugno 2009  
Corte d’appello di Firenze, 27 giugno 2008  
Cass. civ., sez. I, 9 giugno 2000, n. 7877

## C.E.D.U., CARTA DI NIZZA E GIURISPRUDENZA CORTE EDU

C.E.D.U., artt. 8, 12, 14  
Carta di Nizza, artt. 7, 9, 21

Corte EDU, *Rees v. the United Kingdom*, 17 ottobre 1986, n. 9532/81  
Corte EDU, *Cossey v. the United Kingdom*, 27 settembre 1990, n. 10843/84  
Corte EDU, *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*, 30 luglio 1998, n. 22985/93 e 23390/94  
Corte EDU, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, 21 dicembre 1999, n. 33290/96  
Corte EDU, caso *Goodwin v. Regno Unito*, 17 luglio 2002  
Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, Raccomandazione 26 settembre 2000

### GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

Corte di Giustizia, 17 febbraio 1998, *Grant. v. South-West Ltd*, C-249/96  
Corte di Giustizia, 31 maggio 2001, *D. e Svezia v. Consiglio dell Unione Europea*, C-122/99 P e C-125/99 P  
Corte di Giustizia, *K.B. v. Regno Unito*, 7 gennaio 2004, C-117/01  
Corte di Giustizia, *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, 1° aprile 2008

### PROFILI PROCESSUALI

Cass. civ., sez. II, sent. n. 24946 del 2006  
Trib. Pavia, ordinanza di sospensione del 29 settembre 2009 n. 1648  
Istanza di revoca dell'ordinanza del Tribunale di Pavia n. 1648/2009

## Prefazione

*La scelta di quale tema trattare nel tradizionale appuntamento di Amicus Curiae è caduta su una quaestio legitimitatis che attiene alla sfera dei diritti di soggetti appartenenti ad una minoranza. Che riguarda, dunque, tutti, come sempre quando è in gioco lo statuto costituzionale delle libertà civili.*

*L'annuale seminario "preventivo" ferrarese prende le mosse da quattro ordinanze di rinvio dalla diversa provenienza geografica: Tribunale di Venezia, 3 aprile 2009 e Corte d'Appello di Trento, 29 luglio 2009 (entrambe già pubblicate in G.U.), Corte d'Appello di Firenze, 3 dicembre 2009 e Tribunale di Ferrara, 14 dicembre 2009 (alla data dell'appuntamento ferrarese non ancora pervenute alla cancelleria della Corte costituzionale). Tutte chiedono che il Giudice delle leggi si pronunci in ordine alla riconoscibilità costituzionale del diritto dell'individuo omosessuale di contrarre matrimonio con persona del proprio sesso.*

*La dinamica dei casi, che ora approdano per via incidentale a Palazzo della Consulta, è seriale. Una coppia omosessuale chiede di procedere alle pubblicazioni di matrimonio; l'ufficiale di stato civile oppone rifiuto alla richiesta considerata illegittima; la coppia ricorre in sede civile avverso il provvedimento di diniego, sollecitando il giudice – in via principale – ad ordinare le pubblicazioni rifiutate e – in via subordinata – a sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale; il giudice civile, esclusa la praticabilità di un'interpretazione del dato normativo difforme da quella seguita dall'ufficiale di stato civile, promuove la quaestio perché rilevante e non manifestamente infondata.*

*I themata decidenda prospettati non sono perfettamente sovrapponibili.*

*Non lo sono nei parametri invocati: gli artt. 2, 3 e 29 Cost., cui solo il Tribunale di Venezia aggiunge anche l'art. 117, 1° comma, Cost. Non lo sono anche per le disposizioni legislative impugnate che, variamente combinate, risultano essere gli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis, 231 c.c., «nella parte in cui, complessivamente valutati, non consentono agli individui di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso» (così la Corte d'Appello di Trento, ma analoghe formule sono adoperate anche dagli altri remittenti). Alcuni giudici a quibus, peraltro, ricorrono alla clausola di salvaguardia a tenore della quale «valuterà la Corte, qualora ritenesse la questione fondata, se vi sia la necessità di estendere la pronuncia anche ad altre disposizioni legislative interessate in via di consequenzialità ai sensi dell'art. 27 della L. n. 87 del 1953» (così i Tribunali di Venezia e di Ferrara).*

\*\*\*\*

*La lettura degli atti di promovimento permette agevolmente di individuare in quella di Venezia l'ordinanza-pilota: ad essa fanno espresso rinvio i giudici di Trento e di Firenze, mentre quello di Ferrara ne ricalca la lettera per larga parte della propria parte motiva. Anche le altre ordinanze, tuttavia, introducono inediti profili argomentativi rispetto alla capofila.*

*Comune è la ricostruzione della disciplina complessiva dell'istituto matrimoniale, di cui si esclude un'interpretazione evolutiva e costituzionalmente orientata. Il silenzio dell'ordinamento – che non prevede né vieta espressamente il matrimonio omosessuale – viene inteso come norma implicita di esclusione, in considerazione delle numerose disposizioni che presuppongono la differenza di sesso nel rapporto coniugale. L'interpretazione assunta fotografa così «una consolidata e ultramillenaria*



nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna» (Tribunale di Venezia e di Ferrara) che «trova il suo fondamento nel sentimento, nella cultura, nella storia della nostra comunità nazionale» (così l'ufficiale di stato civile nella citazione del Tribunale di Ferrara). Interpretazione, peraltro, confermata dalle determinazioni del Ministero degli Interni in materia: vengono citate la circolare n. 2 del 26 marzo 2001; il parere del 28 luglio 2004, prot. 04006451-15100/15952; la circolare n. 55 del 18 ottobre 2007, prot. n. 15100/397/0009861.

È proprio l'ipotesi di partenza della giuridica inesistenza del matrimonio omosessuale a rivelarsi costituzionalmente dubbia, anche alla luce di un'evoluzione sociale e – altrove, ma non in Italia – ordinamentale che impone «un'attenta meditazione sulla persistente compatibilità dell'interpretazione tradizionale con i principi costituzionali» (Tribunali di Venezia e di Ferrara).



Ad entrare in tensione è, innanzitutto, l'art. 2 Cost. laddove riconosce i diritti inviolabili dell'uomo anche all'interno della famiglia quale primaria formazione sociale che conferisce uno status (quello di persona coniugata e come tale titolare di diritti ed obblighi peculiari) non surrogabile attraverso gli strumenti dell'autonomia negoziale privata. Alla sfera dell'art. 2 Cost. è riconducibile anche il diritto di sposarsi quale libertà fondamentale – positiva e negativa – della persona, inclusiva della scelta autonoma del proprio coniuge secondo il proprio individuale orientamento sessuale «né patologico, né illegale» (Tribunali di Venezia e Ferrara).

Il secondo parametro invocato è l'art. 3 Cost.: se nel diritto di contrarre matrimonio trova espressione la dignità della persona, esso non può incontrare preclusione in discriminazioni derivanti dal sesso o dall'orientamento sessuale, «allo stesso modo in cui il principio d'uguaglianza assicura la libertà di scegliere un coniuge di una razza piuttosto che di un'altra, di una religione piuttosto che di un'altra, di una condizione personale piuttosto che di un'altra» (Corte d'Appello di Firenze). È, questa, una libertà di scelta che non travalica limiti posti a tutela di beni costituzionalmente rilevanti, pur evocati nel dibattito dottrinale ma – secondo i giudici a quibus – cedevoli o giuridicamente ultronei: il rispetto della natura umana, la sicurezza e l'ordine pubblico, l'integrità etica della Nazione, la tradizione, la funzione procreativa come finalità propria della famiglia matrimoniale quale «granaio dello Stato», il diritto dei figli a crescere in un idoneo contesto familiare.

Particolare rilievo viene dato alla legge n. 164 del 1982 (ed alla relativa sentenza costituzionale n. 161/1985) in materia di rettificazione di attribuzione di sesso che, già oggi, consente la celebrazione o la conservazione del vincolo matrimoniale anche se il partner abbia nel frattempo mutato il proprio sesso originario: allo stato del giure, dunque, si registra una disparità irragionevole tra la condizione dell'omosessuale e l'analoga situazione del transessuale (cfr. le ordinanze dei Tribunali di Venezia e Ferrara).

Anche l'art. 29, 1° comma, Cost. entra in gioco: non come ostacolo giuridico da superare, semmai come «ulteriore stimolo ad ammettere il matrimonio omosessuale» (Corte d'Appello di Firenze). Dell'invocata disposizione costituzionale, infatti, i giudici a quibus mettono a valore la formulazione neutrale, la sua genealogia ricostruita attraverso una lettura non banalizzata dei lavori in Assemblea Costituente; ne declinano l'attributo «naturale» in senso fenomenico e non giusnaturalistico, valorizzandone la funzione giuridica di limite alle ingerenze dello Stato legislatore nell'autonomia familiare. Così riletto, si arriva ad escludere che rientri nelle finalità dell'art. 29 Cost. la tutela di un modello familiare tradizionale, peraltro da tempo oggetto di inarrestabile trasformazione nei costumi sociali e nella stessa disciplina legislativa, anche sulla spinta di «storiche» sentenze della Corte costituzionale (come tutti gli atti di promovimento argomentano).

È il solo Tribunale di Venezia ad invocare anche il parametro dell'art. 117, 1° comma, Cost., inquadrando il problema «nazionale» all'interno del più dinamico quadro transnazionale e comparato. Entrano così in gioco quali norme interposte gli artt. 8, 12, 14 della CEDU (nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo) e gli artt. 7, 9, 21 della Carta di Nizza (successivamente all'ordi-

nanza di rimessione entrata in vigore a seguito del rinvio materiale ad essa contenuto nel Trattato di Lisbona). Si richiamano i numerosi atti delle Istituzioni europee favorevoli a rimuovere gli ostacoli che si frappongono al matrimonio di coppie omosessuali. Si segnala, in materia, l'evoluzione «nel diritto di molte nazioni di civiltà giuridica affine alla nostra» (ultime, in ordine di tempo, il Portogallo e – successivamente alla data del seminario ferrarese – l'Argentina e l'Islanda) che hanno accolto «una nozione di relazioni familiari tale da includere le coppie omosessuali».

\*\*\*\*

Se un movente c'è stato, da parte degli organizzatori, è da ricercarsi nella volontà di dare visibilità e dignità accademica ad un problema giuridico, delicato e complesso, troppe volte banalizzato (quando non ridicolizzato) e troppe poche volte fatto oggetto di un confronto scientifico davvero rispettoso dei differenti punti di vista culturali e delle sue tante implicazioni costituzionali.

Ciò spiega perché, al servizio di un dibattito prevedibilmente divisivo, abbiamo ritenuto necessario offrire a tutti una ricca Documentazione normativa e giurisprudenziale (anche inedita) ed una Traccia per la discussione di ampio respiro, capace al tempo stesso di arginare possibili tracimazioni argomentative.

Abbiamo chiesto a Barbara Pezzini (Ordinaria di Diritto costituzionale nell'Università di Bergamo) di assumersi il compito, quest'anno particolarmente difficile, di ripercorrere l'intera vicenda oggetto del nostro Seminario. Non chiediamo mai al relatore di turno di farsi carico di tutte le posizioni presenti nel dibattito dottrinale, certi che la messa in sicurezza del taglio plurale e dialettico di Amicus Curiae stia nel massimo di libertà possibile sempre garantita a tutti i partecipanti al nostro dibattito (ora ripercorribile attraverso la sua registrazione integrale audiovideo, fruibile nel ridenominato sito <http://www.amicuscuriae.it>). Così è stato anche in tale occasione: lo testimoniano i tantissimi contributi ospitati in questo volume e le molte competenze che in essi trovano espressione (costituzionalisti, privatisti, studiosi di diritto comunitario, filosofi del diritto, avvocati, magistrati, politici). Questa ricchezza di tesi e soluzioni è stata certamente agevolata da una relazione introduttiva che, senza celare un orientamento critico nei confronti del paradigma eterosessuale del matrimonio, ha saputo porre ad un'Aula Magna piena fino all'inverosimile tutti gli interrogativi cui i giudici costituzionali saranno chiamati a dare risposta. A Barbara Pezzini, dunque, va il nostro sincero ringraziamento per la sua disponibilità, il suo impegno, le sue capacità.

\*\*\*\*

L'udienza nella quale saranno discusse dalla Corte costituzionale le questioni poste dal Tribunale di Venezia e dalla Corte d'Appello di Trento ha già una data: il 23 marzo prossimo venturo.

Per far sì che Amicus Curiae 2010 non venisse meno alla sua dichiarata finalità, siamo stati costretti ad imporre termini draconiani a tutti coloro che desideravano contribuire in forma scritta a questa riflessione preventiva, riuscendo così a costruire il presente volume davvero in un fazzoletto di tempo. Ai tanti Colleghi che lo hanno reso possibile, grazie ad un incredibile sforzo collettivo (massimamente) collaborativo, va la nostra riconoscenza. Un ringraziamento tutto particolare rivolgiamo alla dottoressa Claudia Palandri ed al dottor Nicola Lucchi (per l'indispensabile supporto sul versante informatico del nostro seminario) e a Flavio Romani (che ci ha fatto dono di una locandina particolarmente originale proprio perché assai poco accademica).

È il 13° della serie Amicus Curiae: se la durata restituisce la misura esatta delle cose, della loro qualità e della loro vitalità, possiamo ritenerci soddisfatti.

ANDREA PUGIOTTO



# Traccia per la discussione

[In **neretto** sono indicati i documenti scaricabili alla pagina web <http://www.amicuscuriae.it>]

## 1. La dinamica dei casi e le questioni di legittimità sollevate

**1.1.** Le **quattro ordinanze di remissione** alla Corte costituzionale nascono a seguito del ricorso al giudice civile da parte di cittadini dello stesso sesso a cui è stato rifiutato dall'ufficiale di stato civile di procedere alla pubblicazione di matrimonio dagli stessi richiama. I ricorrenti hanno chiesto al Tribunale (*ex art. 98, 2° comma, c.c.*), in via principale, di ordinare all'ufficiale di stato civile di procedere alla pubblicazione del matrimonio (e quindi di riconoscere il diritto delle persone omosessuali di contrarre matrimonio con persone del proprio sesso) e, in via subordinata, di sollevare la questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale.

Le **ordinanze di Venezia e Ferrara** sono emanate dai rispettivi Tribunali civili, in sede di ricorso contro il rifiuto dell'ufficiale di stato civile; le **ordinanze di Firenze e Trento** sono emanate dalla Corte di appello in sede di reclamo nei confronti del decreto emanato dal Tribunale civile, che respingeva il ricorso degli interessati.

**1.2.** L'*oggetto* dell'impugnazione alla Corte costituzionale costituisce il primo problema.

Non esiste – com'è noto – alcuna disposizione legislativa del nostro ordinamento che espressamente richieda la differenza di genere per contrarre matrimonio. Però, come motiva l'ufficiale di stato civile di Venezia, la necessaria diversità di sesso dei coniugi si desume «*dall'insieme delle disposizioni che disciplinano l'istituto del matrimonio, tanto che tale diversità di sesso costituisce presupposto indispensabile, requisito fondamentale per la fattispecie del matrimonio, a tal punto che l'ipotesi contraria, relativa a persone dello stesso sesso, è giuridicamente inesistente e certamente estranea alla definizione del matrimonio, almeno secondo l'insieme delle normative tuttora vigenti*».

L'individuazione delle disposizioni da impugnare risulta, di conseguenza, tutt'altro che agevole:

[a] l'**ordinanza del Tribunale di Venezia** le individua negli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 *bis* e 156-*bis* c.c., «nella parte in cui, *sistematicamente interpretati*, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso». Negli stessi termini le **ordinanze della Corte d'appello di Trento e del Tribunale di Ferrara**, che però aggiunge l'art. 231 c.c. (paternità del marito);

[b] l'**ordinanza di rinvio della Corte d'appello di Firenze** ha impugnato solo gli artt. 107, 108, 143, 143-*bis* e 156-*bis* c.c.

Alcuni giudici *a quibus*, peraltro, ricorrono alla clausola di salvaguardia a tenore della quale «*valuterà la Corte, qualora ritenesse la questione fondata, se vi sia la necessità di estendere la pronuncia anche ad altre disposizioni legislative interessate in via di consequenzialità ai sensi dell'art. 27 della L. n. 87 del 1953*» (così i Tribunali di Venezia e di Ferrara).

**1.3.** Di per sé, impugnare una disposizione per ciò che omette di prevedere non è affatto un fenomeno anomalo, ma anzi il metodo normale che si impiega per chiedere una pronuncia additiva.

Analogamente, è normale che la richiesta di rinviare la questione di legittimità alla Corte sia posta dalla parte interessata in via subordinata, essendo preceduta dalla richiesta priorità di soddisfare direttamente la pretesa dell'istante attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni in questione.

**1.4.** Di solito la questione di costituzionalità è sollevata perché il giudice non ritiene che il testo della disposizione consenta la forzatura interpretativa proposta. Tuttavia in questo caso la disposizione non contiene ostacoli letterali espliciti, se non il riferimento ai ruoli di «marito» e di «moglie» (a cui accennano gli artt. 107 e 108), ai loro reciproci diritti e doveri (art. 143), e all'uso del cognome (artt. 143-bis e 156-bis), oltre ovviamente alle norme sulla filiazione (che però sono scarsamente rilevanti, perché si applicano allo stesso modo anche alla filiazione naturale: sent. n. 166/1998).

L'ostacolo all'interpretazione adeguatrice è individuato nel significato consolidato dell'espressione «sposi» e «coniugi», che sarebbe così radicato nella tradizione da potersi ritenere – come motiva l'ufficiale di stato civile veneziano – come incidente «sulla stessa identificazione della fattispecie civile che, nel nostro ordinamento, possa qualificarsi matrimonio»: in questo modo si supera l'esigenza di un'interpretazione in senso restrittivo delle cause di divieto di matrimonio elencate dagli artt. 84-89 c.c. (tra le quali non c'è il riferimento al sesso), come sarebbe richiesto dall'art. 112 c.c. («L'ufficiale dello stato civile non può rifiutare la celebrazione del matrimonio se non per una causa ammessa dalla legge»).

In altri termini, oggetto dell'impugnazione è una *norma di diritto vivente*, sostenuta dalle interpretazioni univoche provenienti da giudici ordinari (il precedente specifico sono le decisioni del **Tribunale di Latina, 31 maggio-10 giugno 2005** e della **Corte d'appello di Roma, 13 luglio 2006**, nel caso della trascrizione del matrimonio contratto in Olanda), dalla Cassazione (che più volte a proposito del matrimonio si è riferita, sia pure sempre in *obiter dicta*, a «quella realtà fenomenica che costituisce la base naturalistica della fattispecie», includendovi la diversità di sesso dei nubendi: cfr. da ultimo **Cass. Civ., sez. I, 9 giugno 2000, n. 7877**), e dalle autorità amministrative (ad esempio le direttive del Ministero degli Interni: cfr. **circolare del 26 marzo 2001, n. 2; parere del 28 luglio 2004; circolare del 18 ottobre 2007**).

**1.5.** Chiaramente individuati sono invece i *parametri* che si presumono lesi: gli artt. 2, 3, 29 e 117, 1° comma, Cost., quest'ultimo però richiamato solo dall'atto di promovimento veneziano.

Chiaramente individuate sono anche le relative *questioni*:

[a] L'art. 2 Cost. sarebbe lesa perché le norme impugnate limitano il diritto a formare una famiglia, nucleo sociale essenziale, senza che vi sia un interesse pubblico rilevante che giustifichi tale limitazione.

[b] L'art. 3, 1° e 2° comma, Cost. sarebbe lesa in quanto il diritto di contrarre matrimonio costituisce un momento essenziale di espressione della dignità umana, che deve essere garantito a tutti, senza discriminazioni derivanti dall'orientamento sessuale, ma anzi con l'obbligo dello Stato di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (questo profilo è sottolineato in particolare dall'**ordinanza della Corte d'appello di Trento**);

[c] L'art. 3, 1° comma, Cost. sarebbe lesa inoltre sotto un diverso più specifico profilo: per la ingiustificata discriminazione tra coloro che desiderano formare un'unione omosessuale senza effettuare alcun intervento chirurgico di mutamento del sesso (né ottenere la conseguente rettificazione anagrafica del sesso biologico), e i transessuali che (subito quell'intervento e ottenuta la conseguente rettifica anagrafica) sono ammessi al matrimonio pur appartenendo allo stesso sesso biologico ed essendo incapaci di procreare (cfr. L. 14 aprile 1982, n. 164, sulla cui legittimità la Corte si è espressa con la nota sent. n. 161/1985).

[d] L'art. 29 Cost. sarebbe lesivo in quanto tale norma segna il limite oltre il quale il legislatore non può spingersi (se non per garantire i valori "costituzionalizzati" dell'eguaglianza tra coniugi, dell'unità familiare, del mantenimento, istruzione ed educazione dei figli) nella regolamentazione della famiglia come «*società naturale*», formazione sociale autonoma dallo Stato, in continua spontanea evoluzione, non affatto ancorata alla tutela del "matrimonio tradizionale" o a uno specifico concetto di famiglia imposto dallo Stato. Sull'art. 29 Cost. si giunge così a fondare – in ipotesi – un "diritto al matrimonio", dal quale verrebbero ingiustamente esclusi gli omosessuali (questo profilo è sottolineato in particolare dall'**ordinanza del Tribunale di Ferrara**).

[e] L'art. 117, 1° comma, Cost. (richiamato dalla sola **ordinanza del Tribunale di Venezia**) subirebbe una lesione poiché il legislatore italiano verrebbe meno al rispetto di vincoli derivanti sia da obblighi internazionali che dall'ordinamento comunitario. Sotto il primo profilo assumono rilievo, quali "parametri interposti", gli **artt. 8** (diritto al rispetto della vita privata e familiare), **12** (diritto al matrimonio) e **14** (divieto di discriminazione) della CEDU, come interpretati dalla Corte di Strasburgo. Tali norme estendono la nozione di "vita privata" dalla tutela dell'identità personale alla vita di relazione, garantendo (in particolare nella **sentenza della Corte EDU Goodwin c. Regno Unito, 17 luglio 2002**) la libertà di scegliere con chi sposarsi anche ai transessuali (con ciò concordando con la sent. n. 161/1985 della Corte costituzionale). Per quanto riguarda gli obblighi comunitari, vengono richiamate le norme della **Carta di Nizza** (che ha acquisito piena efficacia giuridica grazie al Trattato di Lisbona, entrato in vigore dopo l'emanazione delle ordinanze) che include tra i diritti fondamentali dell'UE il rispetto della vita privata e familiare (**art. 7**), il diritto a sposarsi ed a costituire una famiglia (**art. 9**, che non traccia distinzioni di sesso) e a non essere discriminati (**art. 21**).

[f] Inoltre, le ordinanze fanno riferimento a numerosi **atti di indirizzo delle istituzioni comunitarie** che invitano gli Stati a rimuovere gli ostacoli che si frappongono al matrimonio di coppie omosessuali ovvero al riconoscimento di istituti giuridici equivalenti. Si tratta di atti di indirizzo che hanno indotto gran parte degli Stati membri a dotarsi di legislazioni che rimuovono il divieto di sposare una persona dello stesso sesso (Olanda, Belgio, Spagna). O introducono istituti appositi per le unioni omosessuali (Germania e Regno Unito) con disciplina analoga a quella del matrimonio. O che estendono ad essi la disciplina matrimoniale, salvo – talvolta – le disposizioni inerenti la potestà sui figli e l'adozione (Svezia, Norvegia, Danimarca, Finlandia, Islanda). O, comunque, che prevedono forme di registrazione pubblica anche delle famiglie omosessuali (Francia, Lussemburgo, Repubblica Ceca).

## 2. Strategie argomentative dei giudici a quibus e interrogativi per la discussione

**2.1.** Tutte le ordinanze muovono dallo stesso presupposto: che la disciplina del Codice civile, benché non espressamente, sia comunque saldamente ancorata ad una visione tradizionale della famiglia, basata sulla necessaria differenza di genere dei coniugi. Si tratterebbe di un "diritto vivente" non superabile "per anacronismo", in forza di un'interpretazione "costituzionalmente orientata" e "socialmente adeguata".

Ciò – secondo i giudici remittenti – per due ragioni principali. Anzitutto perché la disciplina codicistica del matrimonio contiene riferimenti espliciti alla diversità dei ruoli del *marito* e della *moglie*: tali disposizioni, costituendo la base testuale del modello tradizionale di famiglia, vengono coinvolte nell'impugnazione proprio perché impediscono di adeguare la disciplina vigente in via di mera interpretazione. In secondo luogo perché, di fronte alla «*consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna*» (così l'**ordinanza del Tribunale di Venezia**) sarebbe precluso all'interprete procedere ad uno stravolgimento di quella nozione.

**2.2.** L'argomentazione sale quindi di un livello, passando dall'interpretazione della legge ordinaria al piano meta-interpretativo: qual è il limite oltre il quale l'interprete non può spingersi, per non invadere il campo del legislatore?

Non si tratta, come è evidente, della fedeltà al testo legislativo, che è fuori discussione (benché, come osserva il **Tribunale di Venezia**, «*nel nostro sistema il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è né previsto, né vietato espressamente*»), ma della capacità dell'interprete di incidere su modelli e nozioni consolidate. Vi sono innovazioni che, sebbene appaiano sollecitate da una corretta lettura dei principi costituzionali o da impulsi che provengono dagli ordinamenti sovranazionali, fuoriescono – secondo le autorità remittenti – dai poteri del giudice comune e costituirebbero una «forzatura» non ammissibile.

Non è un punto di vista lontano da quello espresso dal Parlamento (ma smentito dalla Corte costituzionale) nella vicenda del conflitto di attribuzione conclusosi con l'ordinanza d'inammissibilità n. 334/2008, promosso contro la Cassazione (e la Corte d'appello di Milano), rea di aver “inventato” principi di diritto “nuovi” in materie “eticamente sensibili”, che il legislatore vorrebbe conservare alla sua gelosa inerzia.

È anche l'eco di ciò che ebbe a dire la Cassazione nel 1906, annullando la sentenza del Tribunale di Ancona (estensore Lodovico Mortara) che riconosceva l'elettorato attivo alle donne: «*Riforme di questa natura nella sfera del pubblico diritto non possono [essere introdotte] senza una lunga e studiata preparazione e senza una matura ponderazione di tutte le conseguenze che in qualunque senso potranno da esse derivare e ripercuotersi su tutta la vita dello Stato[...] altrimenti non è interpretare la legge facendo rientrare nella sua formola nuovi casi e nuove esigenze che virtualmente e come in germe fossero già da esse contenuti, ma è usurpare l'opera legislativa senza che l'innovazione a cui si apre l'adito possa essere giustificata dalla maturità del bisogno che, trattandosi di riforme di ordine pubblico, soltanto il legislatore è in grado di riconoscere, e senza che la medesima innovazione possa essere circondata da quei temperamenti e da quelle cautele che si reputassero necessarie o convenienti*».

**2.3.** Le ordinanze sono esplicite nell'affermare che ciò che è precluso al giudice comune non lo è però alla Corte costituzionale.

Ciò sarebbe indiscutibile se esistesse una disposizione di legge così chiara da non ammettere interpretazioni contrarie senza la sua rimozione. Ma così non è, come si è visto. Alla Corte costituzionale, dunque, è richiesto non tanto di rimuovere specifiche disposizioni, quanto di dichiarare illegittima una concezione del matrimonio appartenente alla tradizione, sicuramente presente agli estensori del codice e della riforma legislativa del diritto di famiglia, considerata implicita nella legislazione vigente. Ma la Corte costituzionale, in quanto giudice della legittimità delle leggi, ha poteri *ontologicamente* diversi da quelli del giudice, oltre al monopolio nell'annullamento di specifiche disposizioni di legge?

**2.4.** Un profilo particolare va poi segnalato nel modo di argomentare delle ordinanze. L'*interpretazione della legislazione vigente* è esplicitamente basata su un approccio “originalista”: la nozione di matrimonio assunta è quella che avevano in mente gli estensori del codice e della riforma del diritto di famiglia. Viceversa l'*interpretazione dell'art. 29 Cost.* segue l'orientamento opposto: per quanto sia innegabile che i Costituenti avessero ben presente l'immagine della famiglia tradizionale, si rifiuta l'idea di una “pietrificazione” della nozione di matrimonio impiegata in Costituzione, sottolineando anzi come la nozione di “famiglia” e la posizione dei coniugi in essa abbiano subito una profonda trasformazione nella giurisprudenza costituzionale, adeguandosi al mutamento sociale (cfr., in particolare, l'**ordinanza del Tribunale di Ferrara**, netta nel rifiutare l'approccio ermeneutico “originalista”).

Così argomentando, il peso specifico della nozione tradizionale di matrimonio non è sempre uguale: esso impedirebbe un'interpretazione evolutiva della legislazione ordinaria, ma non ostacole-

rebbe affatto l'interpretazione evolutiva dell'analogia nozione costituzionale. È quindi vero che l'interpretazione costituzionale è cosa diversa dalla interpretazione delle leggi?

**2.5.** Nelle ordinanze si accoglie un'interpretazione precisa dell'art. 29 Cost., che mette in relazione la "naturalità" della famiglia con il diritto di realizzare la propria personalità. Si accredita perciò un "diritto alla famiglia", alimentato dal bisogno "naturale" di formare il nucleo essenziale della socialità, collegandolo così al diritto inviolabile di realizzare la propria personalità nelle formazioni sociali (art. 2 Cost.) e all'obbligo dello Stato di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della personalità (art. 3, 2° comma, Cost.).

Siffatto diritto, derivabile prioritariamente dall'art. 29 Cost., non manca di riconoscimenti nella stessa giurisprudenza costituzionale (cfr., ad esempio, le sentt. nn. 46/1993 e 445/2002) e nel diritto transnazionale (cfr. l'art. 16 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948; l'**art. 12 della CEDU**, resa esecutiva in Italia con la legge 4 agosto 1955, n. 848; l'**art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea**, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000).

Inoltre, richiamando i lavori in Assemblea costituente, si legge nella proposizione secondo cui «*la Repubblica riconosce i diritti della famiglia*» una tutela dell'autonomia del nucleo familiare, posto al riparo dalle interferenze degli apparati pubblici, cui è preclusa l'imposizione di modelli precostituiti o ideologici di assetto organizzativo o limitazioni al diritto di sposarsi non strettamente legate ad interessi pubblici costituzionalmente rilevanti: osserva, in merito, **il Tribunale di Venezia** che l'art. 29 sancisce «*la preesistenza e l'autonomia della famiglia – come comunità originaria e pregiudicata – dallo Stato, così imponendo dei limiti al potere del legislatore statale*».

Le formazioni familiari sono dunque viste come formazioni "naturali" nel senso che costituiscono un dato sociologico, spontaneo, evolutivo, che attraverso il matrimonio chiede allo Stato di garantire quel quadro stabile di rapporti giuridici che del matrimonio è la conseguenza. È, questa, un'interpretazione dell'art. 29 Cost. condivisibile?

**2.6.** Nella logica dei giudici *a quibus*, la legislazione sulla rettifica anagrafica del mutamento di sesso (L. 14 aprile 1982, n. 164) e la conseguente sentenza n. 161/1985 della Corte costituzionale svolgono una funzione dimostrativa di assoluto rilievo.

Dalla legge si ricava un argomento di peso: esiste già nell'ordinamento italiano la previsione di un matrimonio che unisce due persone che hanno lo *stesso sesso biologico*, con indubbia attenuazione della inderogabilità (mediante legge ordinaria) del paradigma tradizionale della eterosessualità dei coniugi. Ciò chiama in causa il principio di eguaglianza: può l'effettuazione o meno di un intervento chirurgico di mutamento del sesso costituire valida giustificazione della disparità di trattamento nel godimento di un diritto costituzionale (quale sarebbe il "diritto alla famiglia" in base alla lettura di cui al punto precedente)? O si nega che quello sia un diritto costituzionalmente garantito, o il mutamento chirurgico del sesso biologico, posto come condizione al riconoscimento del diritto, diverrebbe una sorta di trattamento sanitario obbligatorio lesivo della dignità umana.

Dalla sentenza 161/1985 della Corte costituzionale si ricavano argomenti sostanziali importanti per sostenere l'inscindibilità tra orientamento sessuale e diritti della personalità: secondo la Corte, infatti, deve essere «*assicurato a ciascuno il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità. Correlativamente gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscerlo, per dovere di solidarietà sociale*». Ciò rafforza l'interpretazione che riconosce nella possibilità per gli omosessuali di dar luogo ad una formazione sociale, garantita dallo stesso quadro giuridico del matrimonio, uno strumento necessario alla effettiva garanzia dei loro diritti di personalità: su tali basi diventa possibile invocare la protezione di tale diritto da parte dell'art. 3 Cost., sia nel 1° che nel 2° comma.

**2.7.** Come sempre più spesso accade, attorno alla questione del riconoscimento del matrimonio omosessuale gravita un complesso di atti e di giurisprudenza degli organismi europei e delle Corti di Lussemburgo o di Strasburgo.



Le ordinanze non sembrano individuare norme giuridiche capaci di esprimere *un obbligo* a carico degli Stati di riconoscere il matrimonio tra persone dello stesso sesso: o si tratta di atti d'indirizzo oppure di precedenti giurisprudenziali che applicano più genericamente il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale (vedi da ultimo **Corte di Giustizia CE, sentenza Tadao Maruko**, in C-267/06, 1° aprile 2008).

La ricostruzione del quadro normativo transnazionale fatto dai giudici *a quibus* è corretto? O, al contrario, si possono individuare nell'ordinamento CEDU, internazionale, comunitario, disposizioni che costringano la discrezionalità degli Stati nel riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali?

**2.8.** Il richiamo insistito alle soluzioni che buona parte degli Stati membri dell'UE ha apprestato o (come ultimamente anche il Portogallo) sta apprestando per dare un assetto giuridico alle unioni omosessuali è elemento rilevante per quanto riguarda il c.d. limite dell'ordine pubblico internazionale.

Tale argomento acquista rilievo nei casi (cfr. **Tribunale di Latina e Corte d'appello di Roma**) in cui sia in discussione la trascrizione in Italia di matrimoni contratti in altri paesi (come si può sostenere *ex art. 16, 1° comma, L. 31 maggio 1995, n. 218 e, con specifico riferimento alla trascrizione dei matrimoni, ex art. 18 del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396*).

È invece argomento che appare eccentrico nei casi da cui sono sorti gli atti di promovimento in discussione. Secondo le **direttive del Ministero degli Interni** seguite dagli ufficiali di stato civile, il rifiuto delle pubblicazioni matrimoniali richieste si giustificerebbe (anche) in forza della loro contrarietà all'ordine pubblico. I giudici *a quibus* hanno invece considerato irrilevante tale motivazione, trattandosi semmai di ordine pubblico "interno". È corretta questa svalutazione della tesi ministeriale?

È accreditabile la tesi per cui le restrizioni conseguenti al perdurante divieto di riconoscimento delle unioni omosessuali costituirebbe un restringimento indebito dei diritti attinenti alla libertà di circolazione e di stabilimento dei cittadini comunitari, come si accenna nell'**ordinanza del Tribunale di Venezia**, citando delibere del Parlamento Europeo (da ultima **Risoluzione 14 gennaio 2009** sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea 2004-2008)?

### 3. Attorno alla costituzione di parti e all'intervento di terzi davanti alla Corte costituzionale

**3.1.** Merita attenzione una notazione di carattere processuale contenuta nell'**ordinanza del Tribunale di Firenze**. In passato – vi si legge – di fronte a questioni di legittimità sollevate da altri giudici «*condividendosi tale scelta, sarebbe stato sufficiente disporre la sospensione del procedimento accodandosi alle pregresse iniziative di quegli Uffici*».

Si tratta della ben nota prassi applicativa dell'art. 295 c.p.c. sulla sospensione del processo in attesa che la Corte costituzionale definisca il giudizio incidentale promosso da altri giudici. Una prassi frustrante quel tanto di tutela del diritto di difesa che nel giudizio costituzionale è assicurato alle parti del processo principale: il giudice che sospenda il processo senza sollevare a sua volta la questione di legittimità, infatti, impedisce alla parti del suo giudizio di proporre eventuali integrazioni alla *quaestio* sollevata da altro giudice, oltre a precludere alle stesse parti di far valere le proprie argomentazioni costituendosi di fronte alla Corte costituzionale.

**3.2.** Riformato nel 1990 l'art. 295 c.p.c., i casi di sospensione legale sono diventati tassativi e qualsiasi provvedimento di sospensione assunto fuori di essi è impugnabile. Questo è quanto stabilito dalla **Corte di Cassazione, sentenza 24 novembre 2006, n. 24946**, con specifico riferimento proprio alla sospensione in attesa di decisione della questione di costituzionalità sollevata in altro giudizio: «*in altri termini – afferma la Cassazione – la sospensione del giudizio come conseguenza*

della detta pregiudiziale presuppone necessariamente che venga sollevata la relativa questione senza che possa valere per giustificare una sospensione ai sensi dell'art. 34 c.p.c. l'efficacia "erga omnes" della [...] eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale».

**3.3.** Eppure continuano a verificarsi casi di giudici che, pur valutando rilevante e non manifestamente infondata la *quaestio legitimitatis*, sospendono il giudizio principale senza promuoverla (perché già pendente davanti al Giudice delle leggi). È accaduto proprio in riferimento ad una (mancata) questione di costituzionalità del matrimonio tra omosessuali: cfr. **Tribunale di Pavia, ordinanza di sospensione del 29 settembre 2009, n. 1648** e la conseguente **istanza di revoca presentata dalle parti** del relativo giudizio.

Tali provvedimenti – si è detto – sono autonomamente impugnabili. Si può però ipotizzare, in simili casi, che le parti indebitamente private della facoltà di partecipare al giudizio costituzionale pendente possano allora costituirvisi?

È vero che, anche di recente, la Consulta ha negato rilevanza alla circostanza che l'intervento sia dispiegato da un soggetto che è parte in un giudizio analogo in cui, tuttavia, il giudice non ha ritenuto di sollevare la questione, posto che l'ammissibilità di tale intervento «*contrasterebbe con il carattere incidentale del giudizio di legittimità costituzionale, in quanto l'accesso delle parti a detto giudizio avverrebbe senza la previa verifica della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione da parte del giudice a quo*» (ordinanza n. 393/2008). Ma, appunto, in casi come quello di Pavia, tale verifica è stata positivamente esperita (anche se poi il giudice non vi ha dato corretto seguito processuale).

**3.4.** La Corte costituzionale ha ripetutamente escluso che possano costituirsi, nel giudizio incidentale di legittimità delle leggi, soggetti che non sono parti nel giudizio principale. Tale principio di rigida corrispondenza processuale, tuttavia, è stato in alcune ipotesi eccezionalmente derogato, ad esempio a favore di soggetti pubblici portatori di interessi collettivi e diffusi, titolari di attribuzioni incise dalla disciplina sottoposta a sindacato di costituzionalità (fra gli altri, la Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri; il Consiglio nazionale forense: cfr. le sentt. nn. 456/1993 e 171/1996) o portatrici di un interesse specificamente proprio e qualificato (fra gli altri, la Congregazione cristiana dei Testimoni di Geova; l'Unione delle Comunità ebraiche italiane: cfr. le sentt. nn. 178/1996 e 235/1997).

Simili precedenti possono rappresentare un possibile varco per l'ammissibilità di (probabili) richieste di intervento a Palazzo della Consulta da parte di soggetti giuridici di natura associativa impegnati nella tutela e nell'affermazione dei diritti della c.d. comunità LGBT?

Oppure, trattandosi il loro di un mero interesse di fatto, quel varco è da considerarsi non percorribile, come già accaduto in precedenti occasioni (cfr., *ex plurimis*, la dichiarata inammissibilità delle richieste di intervento avanzate dall'Unione italiana delle Associazioni Venatorie e della Federazione della caccia; da FIAT e Confindustria; dalla S.I.A.E.; da CGIL, CISL e UIL.; dalla C.E.I.: cfr. le decisioni nn. 95 e 421/1995; 220 e 313/1996; 390/1999).

## 4. Il perimetro della discussione

**4.1.** Le questioni che le ordinanze pongono alla Corte costituzionale attengono strettamente alla legittimità costituzionale del (supposto) divieto di celebrare in Italia il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Il problema della trascrizione del matrimonio contratto all'estero (cfr. **Tribunale di Latina e Corte d'appello di Roma**) potrà, dunque, rientrare nei temi trattati nel seminario non come argomento autonomo, ma solo se e in quanto possa risultare rilevante per rispondere alle questioni poste dai giudici *a quibus*.

4.2. Il *thema decidendum* prospettato alla Corte è *solo* quello della legittimità del divieto di matrimonio omosessuale. Non rientra, quindi, nei temi di questo seminario la discussione del possibile riconoscimento legislativo di altre forme di unione civile e dei loro regimi giuridici (ivi compresi i relativi progetti di legge presentati in Parlamento), dei registri comunali delle coppie di fatto, *et similia*.

Tuttavia, tra le strategie argomentative che la Corte potrebbe adoperare in risposta alle questioni poste dalle ordinanze dei giudici *a quibus* potrebbe rientrare il richiamo – *ex art. 28, L. 11 marzo 1953, n. 87* – alla discrezionalità del legislatore nella determinazione delle forme di riconoscimento delle unioni omosessuali e dei diritti e obblighi conseguenti. La loro varia tipologia (testimoniata dall'eterogeneo quadro normativo di diritto comparato) potrà perciò essere richiamata solo laddove si intenda avanzare, sulla base dell'interpretazione dei precetti costituzionali, un'ipotesi circa le direttive che la Corte potrebbe prospettare nei "moniti" o "raccomandazioni" inseriti nell'eventuale "delega" al legislatore.

BARBARA PEZZINI\*

## Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?

**SOMMARIO:** 1. Una questione (di genere) nuova. – 2. Una questione complessa. – 2.1. L’oggetto della questione. – 2.2. Il parametro. – 3. Come si interroga l’uguaglianza? – 3.1. Soggetti davanti alla legge: la pretesa all’uguaglianza come diritto soggettivo. – 3.2. Il contesto comparativo. – 3.3. I termini di paragone. – 3.3.1. Il confronto tra omosessuali e transessuali. – 4. Al dunque: il matrimonio ed il suo inquadramento costituzionale. – 5. Una prima indicazione e una domanda a proposito di matrimonio *same sex*. – 6. Il paradigma eterosessuale nel matrimonio. – 7. Il fondamento costituzionale di una piena equiparazione delle unioni etero- ed omosessuali nel matrimonio. – 8. Quale decisione? – 8.1. La piena uguaglianza e dignità delle persone: una sentenza di accoglimento (parzialmente sostitutiva). – 8.2. La discrezionalità del legislatore: un’additiva di principio ... – 8.3. ... l’inammissibilità ... – 8.4. ... i moniti al legislatore. – 8.5. In conclusione (le ragioni contro l’ipotesi del rigetto).

1. Dopo che il legislatore e la politica hanno inutilmente girato a vuoto<sup>1</sup> intorno alla questione di una regolamentazione delle unioni di fatto, che avrebbe potuto fornire una prima risposta in termini di riconoscimento e tutela giuridica della condizione delle coppie omosessuali, la questione viene ora direttamente posta davanti al giudice delle leggi, cui si chiede di pronunciarsi sulla questione della compatibilità delle norme che non consentono la celebrazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso con la Costituzione, sotto il profilo dell’uguaglianza di fronte ai diritti fondamentali<sup>2</sup>.

Una prima fondamentale novità è che le questioni sollevate portano direttamente sulla scena del giudizio di legittimità costituzionale le parole e l’identità profonda – l’attribuzione di valore intrinseca alla propria esperienza vitale – della condizione omosessuale come condizione umana. Questo rende materialmente presente la condizione omosessuale come un orizzonte di vicende ed esperienze che la natura umana ci consegna perché il diritto le regoli: in “*natura*”, nella materialità della vita umana esistono esseri umani che stanno chiedendo di rendere giuridicamente rilevante, con il matrimonio, la relazione di coppia tra due persone dello stesso sesso. La vita pone la domanda, interroga il diritto, ed il diritto (di un ordinamento giuridico dato) deve una risposta. Come sempre, i “*casì*”<sup>3</sup> ci portano *dentro il mestiere di vivere*, e spesso ci avvicinano al suo nocciolo più intimo, dove

---

\* *Ordinaria di Diritto costituzionale, Università di Bergamo.*

<sup>1</sup> Di un legislatore “recalcitrante” parla G. GALIPÒ, *Convivenze di fatto ed original intent del costituente nella giurisprudenza costituzionale*, in I. NICOTRA-F. GIUFFRÈ (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008; di “naufragio” politico del d.d.l. sui DICO N. PIGNATELLI, in *Dubbi di legittimità costituzionale sul matrimonio “eterosessuale”: profili processuali e sostanziali*, (paper), p. 7.

<sup>2</sup> V. in <http://www.retelenford.it> per il ruolo della rete Lenford nel fornire assistenza legale a questi casi e promuovere e sostenere l’iniziativa come forma di azione anche politica – che ha indubbe assonanze con l’appello rivolto nel 1906 alle donne da parte di Maria Montessori ad iscriversi nelle liste elettorali in assenza di una norma positiva che prescrivesse il sesso maschile come requisito o negasse esplicitamente al genere femminile l’iscrizione.

<sup>3</sup> I casi pendenti davanti alla Corte sono attualmente: la questione sollevata in via incidentale dal Tribunale di Venezia in sede di ricorso contro il rifiuto opposto dall’ufficiale di stato civile alle pubblicazioni di matrimonio richieste da due uomini, con l’ordinanza del 3 aprile 2009 che ha, in sostanza, aperto la strada a tutte le altre (registro ordinanze della Corte cost. n. 177/2009, pubblicata in *GU* 1/7/2009, n. 26); l’ordinanza del 9 luglio 2009 della Corte d’Appello di Trento, in sede di reclamo contro il decreto del Tribunale che aveva respinto il ricorso contro il rifiuto di pubblicazioni (reg. ord. n. 248/2009, pubblicata in *GU* 14/10/2009, n. 41). Analoghe questioni sono state già sollevate anche dalla Corte d’appello di Firenze, con ordinanza del 13 novembre 2009 e dal Tribunale di Ferrara, ordinanza del 14 dicembre 2009. Con pragmatismo degno di miglior causa adducendo fini di economia processuale, il Tribunale di Pavia il 30 settembre 2009, condividendo *apertis verbis* oggetto, parametri e argomentazioni dell’ordinanza “capostipite” veneziana, ha disposto un rinvio a data che presume succes-

persone vive, in carne ed ossa, con corpi, intelligenze e cuori, portano la molteplicità delle proprie storie ed esperienze.

Ma qui è necessaria una precisazione.

I casi ci interrogano sul matrimonio omosessuale: i temi del matrimonio e della famiglia muovono e mettono in circolo gli archetipi culturali profondamente – e spesso inconsapevolmente – radicati in tutti/e noi a strutturare i *rapporti di genere*; e, tanto più, il tema dell'omosessualità interroga radicalmente il rapporto *tra sesso e genere*.

Se, infatti, il *genere* definisce i ruoli sociali, la posizione, le aspettative socialmente associate e connesse all'appartenenza all'uno o all'altro sesso, proprio l'aspettativa di una proiezione affettiva e sessuale verso il sesso opposto (il paradigma eterosessuale) costituisce uno dei contenuti più radicati delle regole di genere: l'omosessualità, mettendo in discussione l'aspettativa sociale di dualismo e complementarità tra maschile e femminile come regola fondativa e unica del genere, apre interrogativi che ci pongono a confronto con i nodi strutturanti e più intimi della nostra identità personale, di quella di ciascuno e ciascuna di noi.

Il tema che affrontiamo chiede cosa risponda il diritto interrogato dalla domanda sulla possibilità di scegliere un partner dello stesso sesso come coniuge; ma, come detto, è un tema che, di per sé e molto oltre la soglia della piena consapevolezza di ciascuno, tocca in noi le corde più profonde dell'esperienza di vita, rimanda a tutte le immagini che associamo alla famiglia, ai nodi dell'affetto, delle radici, dell'amore, del sesso, dello sguardo che proiettiamo sul futuro, delle esperienze – positive e negative – di gratuità e dono tipicamente associabili alla famiglia.

Il mestiere di vivere *di ciascuno e ciascuna di noi* (e non solo quello – forse un po' strano, *queer* per antonomasia – degli omosessuali) interroga dunque il diritto su questo sfondo di questioni intime e cruciali dell'esistenza.

Questo si riflette in argomentazioni mediamente più faticose che in altri ambiti, perché meno soccorre il giurista la possibilità di astrarre dal caso attraverso i formanti giuridici del proprio ragionamento; la *precomprensione* dell'interprete<sup>4</sup> ha, in questi casi e su questi temi, un ruolo mediamente più significativo, al quale dobbiamo, corrispondentemente, più attenzione.

Ma la domanda di matrimonio *same sex* è posta: cosa risponde il diritto?

Il dubbio sulla *naturalità* del paradigma eterosessuale, sulla sua accettazione indiscussa, è insi-

siva alla decisione della Corte costituzionale: la discrezionalità che il giudice (mancato) a quo si riserva è stata puntualmente contestata dalla difesa dei ricorrenti, insieme all'uso del rinvio in funzione di una sospensione (che, come tale, è considerata abnorme dalla giurisprudenza della Cassazione (civ. 2006, n. 24946 e penale 23 marzo 1982, in *Giust. pen.*, 1983). Il Tribunale di Torino, invece, il 4 giugno 2009, dichiarando di non condividere il precedente veneziano, ha respinto l'eccezione di incostituzionalità argomentando, da un lato, sulla giuridica inesistenza del matrimonio al di fuori del paradigma eterosessuale e, dall'altro, negando l'esistenza di diritti fondamentali rilevanti *ex art. 2 Cost.*, in quanto la legislazione “non impone una limitazione o compressione al diritto di effettuare scelte” coerenti con l'orientamento omosessuale, né vieta di intrattenere relazioni o intraprendere convivenze omosessuali. In precedenza, oltre al caso risalente del 1980 avanti il Tribunale di Roma (in *Giur. it.*, 1982, I, II, c. 169), più recentemente coppie *same sex* avevano bussato invano, per quanto consta, al Tribunale (2007) e alla Corte d'appello di Firenze (27 maggio 2008, v. G. FERRANDO, *Il matrimonio gay, il giudice, il legislatore*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2344) e al Tribunale di Bergamo (21 febbraio 2009, ordinanza che, da un lato, richiama una nozione di matrimonio “frutto della evoluzione secolare del diritto privato che, seppure implicita, fa parte del sentire comune mai messo in discussione” – al che sia consentito obiettare: c'è sempre una prima volta ... e ormai le volte formalmente agite davanti agli ufficiali di stato civile sono almeno 9 – e, dall'altro, liquida sbrigativamente l'eccezione di incostituzionalità negando che dagli artt. 2 e 3 Cost. derivi un diritto di rilevanza costituzionale a contrarre matrimonio “a prescindere dalla norme positive che regolano in concreto l'istituto”, con una curiosa inversione del rapporto tra costituzione e legislazione ordinaria).

Per il rifiuto di trascrizione in Italia di matrimonio gay celebrato in Olanda, v. Trib. Latina, 10 giugno 2005 (decr.), in *Fam. dir.*, 2005, 411, con commenti di P. SCHLESINGER, *Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero*, e M. BONINI BARALDI, *Il matrimonio tra cittadini italiani dello stesso sesso contratto all'estero non è trascrivibile: inesistente, invalido o contrario all'ordine pubblico*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 86, con nota di F. BILOTTA, *Matrimonio (gay) all'italiana*; App. Roma, 13 luglio 2006, in *Fam. dir.*, 2007, p. 166, con nota di M. SESTA, *Il matrimonio estero tra due cittadini italiani dello stesso sesso è trascrivibile in Italia?*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 166.

<sup>4</sup> P.G. MONATERI, *Interpretazione del diritto*, in *Dig. priv.*, Utet, Torino, 1993, p. 47, parlando di precomprensione distingue (richiamando ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Camerino, 1983, ed. orig. 1972) gli argomenti ostentati per giustificare la decisione (*Argumentation*) e l'insieme dei motivi che sono veri determinanti della decisione interpretativa (*Motivation*).

nuato: cosa risponde il diritto quando ad una tradizione che ha a lungo accettato il paradigma eterosessuale come elemento proprio del matrimonio, senza neppure averne una vera consapevolezza, si contrappongono soggetti che mettono in discussione il paradigma nelle loro vite e, di conseguenza, per il diritto stesso?

2. La questione in discussione si presenta anche decisamente complessa da un punto di vista strettamente giuridico, nel senso che richiede precisazioni e riflessioni in ordine all'oggetto, non meno che in ordine al parametro.

2.1. Non c'è nella legislazione una norma espressa che assuma il paradigma etero-sessuale quale requisito positivo per la celebrazione e/o per la validità/esistenza<sup>5</sup> del matrimonio, ma c'è, secondo un'opinione largamente condivisa, ancorché non monolitica, un complesso di norme che non si limitano semplicemente a presupporre tale paradigma, ma lo incorporano, assumendolo come regola normativa in modo assai chiaro, tanto da non consentirne il superamento – secondo i giudici *a quibus* – per via di un'interpretazione adeguatrice; l'oggetto della questione viene quindi proposto facendo riferimento alle disposizioni del codice civile che richiamano letteralmente ed espressamente la condizioni di diversità di sesso tra i coniugi nel dettare le regole relative all'assunzione ed ai contenuti dello *status coniugale*: tali disposizioni vengono identificate negli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 *bis*, 156 *bis* (ordinanze Venezia, Trento) e 231 c.c. (ordinanza Ferrara)<sup>6</sup>.

Una intrinseca incertezza nell'identificazione dell'oggetto è resa palese dal richiamo esplicito (nelle ordinanze di Venezia e Ferrara) alla possibilità di una dichiarazione di illegittimità costituzionale consequenziale ai sensi dell'art. 27 L. 87/1953; nel contempo, una certa difficoltà nell'impostazione della questione traspare dall'intreccio tra argomentazioni che rinviano ad un dato letterale non superabile (la disciplina codicistica del matrimonio, che identifica esplicitamente in *moglie e marito* due coniugi di genere differente, costituirebbe la base testuale del modello eterosessuale di famiglia legittima) ed altre che alludono ad una interpretazione consolidata e tradizionale (una «*consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna*» afferma l'ordinanza del Tribunale di Venezia, mentre quella fiorentina si appella all'autorità del Devoto-Oli) preclusiva di diversa ipotesi interpretativa.

Prendo molto sul serio i dubbi sollevati dalla traccia al punto 2.2 (anche perché sono particolarmente sensibile all'analogia con la vicenda del 1906 e le sue argomentazioni), tuttavia non credo che si possa convincentemente affermare che, nella prospettazione dell'oggetto da parte delle ordinanze di cui discutiamo, ci sia stato un vero e proprio scivolamento “dall'interpretazione della legge ordinaria al piano meta-interpretativo”. Mi muovo, sul punto, con una certa cautela perché non mi sembra di avere raggiunto una sistemazione del tutto persuasiva della questione e sono molto interessata agli sviluppi della discussione odierna sul punto specifico; tuttavia, a me sembra che, per quanto sia vero che non c'è una disposizione che prescrive positivamente l'eterosessualità come requisito, ci sono una serie di disposizioni che interpretate secondo la loro lettera – non ambigua – incorporano e sostanziano il paradigma; e mi sembra che i tentativi di proporre in via diretta una interpretazione che supera e contraddice il significato delle parole (anziché chiedere alla Corte costituzionale di dichiarare l'incostituzionalità di tali previsioni) risultino sbrigativi o viziati da un certo formalismo<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> La giurisprudenza ricorre alla nozione di inesistenza del matrimonio *same-sex* (Cass. civ. sent. 7877/2000, che richiama Cass. n. 1808/76 e parla di una “realtà fenomenica che costituisce la base naturalistica della fattispecie” richiedendo come requisiti minimi essenziali due persone di sesso diverso che abbiano manifestato la volontà matrimoniale davanti ad un ufficiale celebrante); in dottrina la tesi tradizionale secondo cui il matrimonio omosessuale andrebbe considerato inesistente è stata messa in discussione preferendosi parlare di annullabilità: v. G. FERRANDO, 2008, cit.; M. BONINI BARALDI, 2005, cit., p. 422.

<sup>6</sup> L'ordinanza di Firenze si limita agli artt. 107, 108, 143, 143 *bis*.

<sup>7</sup> P. TINCANI, *Diritto, natura, diritti. L'affaire del matrimonio omosessuale*, in B. Pezzini (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto, Un itinerario di ricerca plurale*, Jovene, Napoli 2008, p. 173; F. BILOTTA, 2006 cit., p. 95 si limita ad osservare che non ponendosi espressamente alcun divieto al matrimonio tra persone dello stesso sesso “è ad esse estensibile la relativa disciplina”.

Nella vicenda del 1906<sup>8</sup> che ha fermato il movimento suffragista italiano vi era davvero un vuoto normativo: vuoto di diritto che la sentenza della Corte d'appello di Ancona aveva riempito di argomenti giuridici e che la sentenza della Cassazione riempie con il richiamo della natura. Per questo il caso è paradigmatico della costruzione giuridica del genere ad opera del diritto<sup>9</sup>; la semplice esistenza di una sola sentenza divergente dimostra che per produrre e mantenere l'esclusione delle donne dalla cittadinanza politica è necessario un *ordinamento giuridico* e non basta un preteso *ordine naturale delle cose*; per questo solo fatto l'esclusione delle donne dal voto cessa di essere una *differenza naturale*, per divenire a tutti gli effetti una *discriminazione giuridica*, che si realizza e può operare solo per il tramite della forza della sentenza.

A differenza del caso del 1906 – nel quale, è bene ricordare, non c'era né una costituzione rigida, né una corte costituzionale che potesse accertare l'incostituzionalità della lacuna – e a differenza dell'esempio, pure richiamato dalla traccia, del conflitto di attribuzione conclusosi con l'ordinanza d'inammissibilità n. 334/2008 (promossa dalle Camere contro gli organi della giurisdizione che avevano applicato principi di diritto ricavati direttamente dalla costituzione in un ambito, quello delle dichiarazioni di volontà anticipate in ordine al trattamento di fine vita – c.d. testamento biologico), in cui mancava una norma specifica, per ammettere la celebrazione di un matrimonio tra persone dello stesso sesso si dovrebbe agire non in un *vuoto di diritto*, ma in un *pieno di diritto* la cui "lettera" va rovesciata.

**2.2.** Quanto al parametro, tutte le ordinanze introducono gli artt. 2, 3 e 29 Cost., in una sorta di combinato disposto che fonderebbe la pretesa costituzionalmente tutelata delle coppie *same sex* di accedere in condizioni di uguaglianza al matrimonio, in quanto l'accesso allo *status* di persona coniugata e la libertà di sposarsi (art. 29) vengono qualificati come diritti fondamentali e inviolabili della persona umana (art. 2) che non possono, proprio in quanto fondamentali e inviolabili, tollerare discriminazioni fondate sulla *condizione personale* e sul *sex* delle persone, in particolare limitando la libera scelta del (sex del) *partner* coniugale (art. 3).

Si tratta di una questione che interroga l'uguaglianza in merito al godimento (titolarità ed esercizio) di un diritto fondamentale, e chiede, in radice, se la libertà di contrarre matrimonio si estenda alla caratteristica del sesso del partner, se configurare un limite di scelta fondato sul sesso del partner violi i diritti fondamentali della persona e l'uguaglianza tra le persone.

Lascero solo sullo sfondo il richiamo – nella sola ordinanza di Venezia – dell'art. 117, 1° comma, Cost. con riferimento alle norme interposte CEDU (art. 8 e 12), da un lato, ed al primato delle norme comunitarie della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 7 e 9), dall'altro. Mi sembra che, nell'economia delle questioni sollevate, il richiamo delle norme europee e comunitarie e della giurisprudenza relativa serva piuttosto a rafforzare i parametri costituzionali già indicati, portando argomenti che consentano di meglio e più saldamente identificare i diritti fondamentali già autonomamente fondati sugli artt. 2, 3 e 29 Cost. (ulteriormente argomentando sull'esistenza e la natura di diritti fondamentali della libertà di sposarsi, della libertà di fondare una famiglia, del diritto individuale al rispetto della vita privata e familiare, che, enunciati e riconosciuti dalle norme europee, rilevano nella costituzione italiana tramite l'art. 2 e/o 29 Cost.). Sul punto, tra le tante osservazioni pur possibili e necessarie<sup>10</sup>, mi limito ad osservare che il richiamo delle norme della Carta europea – indicata nelle ordinanze come documento che pur non pienamente vincolante è espressione

<sup>8</sup> R. ROMANELLI, *Circa l'ammissibilità delle donne al suffragio politico nell'Italia liberale. Le sentenze pronunciate dalla magistratura nel 1905-1907*, in P. PEZZINO-G. RANZATO (a cura di), *Laboratorio di storia. Studi in onore di Claudio Pavone*, Franco Angeli, Milano, 1994, p. 144; G. BRUNELLI, "Foeminae ab omnibus officiis civilibus et publicis remotae sunt" ovvero: l'esclusione delle donne dalla sfera pubblica nello stato liberale italiano, in L. DESANTI-P. FERRETTI-A.D. MANFREDINI (a cura di), *Per il 70° compleanno di Pierpaolo Zamorani, Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di facoltà*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 31 ss.

<sup>9</sup> B. PEZZINI, *Donne e costituzione: le radici ed il cammino*, in *La costituzione della repubblica italiana. Le radici e il cammino*, Atti del convegno e del corso di lezioni (Bergamo, ottobre-dicembre 2005), in *Studi e ricerche di storia contemporanea*, n. 68, 2007, p. 163.

<sup>10</sup> V. B. NASCIMBENE, *Unioni di fatto e matrimonio fra omosessuali. Orientamenti del giudice nazionale e della Corte di giustizia*, in *Corr. giur.*, 1/2010, p. 101.

di principi costituzionali condivisi – ha ormai acquisito con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona “lo stesso valore giuridico dei trattati” (art. 6 TUE) e che non è indicato nell'ordinanza veneziana l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali, particolarmente significativo perché enuncia espressamente il divieto di discriminazione fondata sull'*orientamento sessuale*; rinvio poi ad alcune osservazioni successive (par. 8.2) circa l'esistenza di un *principio di salvaguardia della discrezionalità del legislatore* che permea le norme internazionali e comunitarie.

3. Il “combinato disposto” con il parametro di uguaglianza è sempre complesso<sup>11</sup>; la combinazione dei parametri costituzionali permette, infatti, di muovere la prospettazione del tema tra impostazioni differenti.

Se si assume, in premessa, come rilevante un diritto soggettivo alla pari dignità coesistente alla persona umana, la pretesa all'uguaglianza viene agita direttamente di fronte alle qualificazioni che la legge potrebbe compiere rispetto alle concrete situazioni di disuguaglianza; di conseguenza gli altri elementi della combinazione (nel nostro caso il matrimonio come istituto costituzionale ed i diritti individuali riferiti al matrimonio) si configurano come le circostanze specifiche in ordine alle quali misurare l'ipotesi dell'esistenza e, nel caso, l'estensione di ragioni costituzionalmente fondate per ammettere o addirittura esigere un trattamento differenziato: ragioni che devono essere qualificabili nei termini di *stringenti e proporzionate* (in una logica di *strict scrutiny*<sup>12</sup>). Nella prospettiva del giudizio *ex art. 3 Cost.* non si tratta di indicare o modulare termini di paragone, ma piuttosto di verificare se, nel particolare contesto di riferimento, la pretesa di pari dignità resti [configurata come tendenzialmente] inviolabile<sup>13</sup>, ovvero sia suscettibile di recedere, ed in che misura lo sia, per le esigenze costituzionali introdotte da quel contesto comparativo specifico e in stretta relazione a siffatte esigenze (in una prospettiva di bilanciamento)<sup>14</sup>. Il *riconoscimento costituzionale diretto* dell'uguaglianza fondamentale degli individui precede la manipolazione normativa della realtà, che è e resta esterna alla norma fondamentale sull'uguaglianza.

Se, invece, si assume come riferimento principale l'istituto o il contesto di riferimento (in questo caso, il matrimonio), il ragionamento ne esamina, in premessa, tutte le circostanze e le implicazioni costituzionalmente rilevanti e solo successivamente – non si tratta tanto di successione temporale quanto logica – affronta la valutazione dei “termini di paragone” introdotti dal caso, per valutare se siano portatori di differenze (condizioni di fatto differenziate) ragionevolmente rilevanti di fronte al contesto. L'uguaglianza derivabile come parametro dall'art. 3 Cost. degrada da situazione soggettiva a principio informatore dell'ordinamento; per quanto la ragionevolezza debba confrontarsi con l'esistenza di una pretesa soggettiva all'uguaglianza e con le “differenze sospette” – quindi utilizzare, alla fine, le stesse modalità di *strict scrutiny* viste sopra – lo svolgersi del ragionamento e dell'argomentazione pone al centro le qualificazioni del *tertium comparationis* e consente di introdurre maggiori variabili nei passaggi del ragionamento e soprattutto nella scelta delle situazioni e condi-

<sup>11</sup> V. anche M. BONINI BARALDI, *Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale*, in *Quad. cost.*, 2009, pp. 885 ss.

<sup>12</sup> In *Karner c. Austria*, 24 luglio 2003, e *E.B. c. Francia*, Grande Camera, 22 gennaio 2008 la Corte di Strasburgo ha rilevato che di fronte ad una differenza di trattamento fondata sul sesso o sull'orientamento sessuale il principio di proporzionalità “non richiede meramente che la misura prescelta sia in principio adatta a realizzare l'obiettivo prefissosi. Deve altresì essere dimostrato che era *necessario* escludere le persone impegnate in convivenze omosessuali dall'ambito di applicazione della norma impugnata al fine di raggiungere tale obiettivo”.

<sup>13</sup> Ovviamente non c'è mai un'uguaglianza di trattamento rivendicabile in termini assoluti, dal momento che tutti i diritti costituzionali sono soggetti al bilanciamento tra di loro e con tutti i principi costituzionali; si tratta, piuttosto, di riconoscere come sia costruita, dai principi del personalismo e della pari dignità, la condizione della persona umana di fronte ai diritti fondamentali: tutti i diritti della persona *entrano* nel bilanciamento come pieni, non sono degradabili già prima del bilanciamento in relazione alle condizioni soggettive dei titolari.

<sup>14</sup> Anche R. ROMBOLI, in *Foro it.*, 2005, V, p. 256, osserva che “la questione delle coppie omosessuali dovrebbe essere quindi impostata non nel senso di individuare quali diritti riconosciuti alla coppia etero siano estensibili alle prime, bensì, al contrario, di giustificare, alla luce di prevalenti valori costituzionali, perché alcuni diritti riconosciuti alla seconda non siano estensibili alle coppie omosessuali”.



zioni confrontabili<sup>15</sup>. Lo *strict scrutiny* o la pretesa soggettiva all'uguaglianza non costituiscono, come sopra, la premessa del ragionamento – il vincolo iniziale e la riduzione *ab initio* della complessità del ragionamento –, ma solo una modalità di chiusura del ragionamento stesso.

Nel nostro caso, poi, anche l'ordine logico in cui vengono affrontate le questioni è tanto più rilevante dal momento che non abbiamo punti di partenza (precedenti) consolidati da cui partire, né dati letteralmente inequivocabili nelle norme costituzionali sul matrimonio ovvero a proposito di omosessualità.

**3.1.** A me pare che, su questo sfondo, per una convincente impostazione delle questioni si debba, in premessa, qualificare la condizione costituzionale dei soggetti che rivendicano diritti come condizione di dignità ed uguaglianza personale.

Risulta, da quanto già detto, che il nodo centrale della questione richiede di *assumere la pretesa all'uguaglianza come un vero e proprio diritto soggettivo*: l'uguaglianza garantita dalla costituzione è, *prima e innanzitutto*, pretesa soggettiva che limite al potere discrezionale del legislatore; è il *diritto del cittadino* di fronte alle qualificazioni legislative ed al trattamento delle concrete situazioni di disuguaglianza. Mi sembra, anche, che questa sia la strada che consente di governare gli altrimenti inestricabili nodi della qualificazione delle differenze su cui – in questo, come in altri casi, di volta in volta – ci interroghiamo come differenze obiettivamente esistenti nella realtà materiale delle cose o come valutazioni giuridiche<sup>16</sup>.

La *pari dignità sociale* nella costituzione repubblicana garantisce un collegamento immediato e inscindibile dell'uguaglianza con il soggetto titolare del diritto, che ancora e radica il trattamento di tutti i soggetti componenti la comunità alla concretezza e all'immediatezza di una loro pari ordinazione. In quanto soggetti titolari di diritti, le persone non sono semplicemente comparabili in base a qualsivoglia parametro purché non arbitrario e irragionevole, perché sono già state comparate dalla costituzione nella loro essenza, un'essenza che elimina “ogni possibilità di eccedenza e classificazione” degli uni rispetto agli altri in base alle loro caratteristiche, ed in particolare in base alle caratteristiche personali e *relazionali* (nella misura in cui la definizione *sociale* della dignità conferisce concretezza al riconoscimento, rapportandolo alla condizione relazionale del soggetto<sup>17</sup>).

È, questo, del resto, il modo che consente di saldare seriamente i due commi dell'art. 3 Cost., le due facce della medaglia dell'uguaglianza, formale e sostanziale, e di connetterle sistematicamente a tutte le norme costituzionali che specificano condizioni e contesti in cui vive l'uguaglianza. Questa è la prospettiva in cui l'uguaglianza costituzionale agisce: attivando processi di inclusione, che aprono a nuovi soggetti l'accesso a spazi giuridici prima o altrimenti preclusi (*uguaglianza in funzione anti-discriminatoria*), e, prima ancora, leggendo le differenze di condizioni come un assetto di potere ed affermando l'esigenza fondativa e fondante di rimuovere la costruzione di gerarchie giuridiche (*uguaglianza in funzione anti-subordinazione*) e di modificare le strutture sociali ed i modelli di pensiero che riproducono discriminazioni e disuguaglianza (*uguaglianza in funzione anti-stigmatizzazione*).

**3.2.** Il contesto comparativo definito dalle ordinanze richiama e combina tra loro gli art. 2 e 29 Cost: la pretesa di uguaglianza si confronta con il matrimonio come istituto costituzionale e si misura in relazione ai diritti individuali riferiti al matrimonio.

Nel contesto comparativo entrano, così, tutti i problemi e le difficoltà interpretative delle nozioni

<sup>15</sup> Come osserva M. BONINI BARALDI 2009, cit., p. 889, si tratta dell'approccio che conduce taluno a ritenere impraticabile la stessa operazione di raffronto tra relazioni familiari/coniugali e relazioni omosessuali: sul punto v. A. MORRONE, *Art. 2*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 33 ss.

<sup>16</sup> S. NICCOLAI, *Differenze come cose o come valutazioni*, in F. CERRONE-M. VOLPI (a cura di), *Sergio Panunzio, Profilo intellettuale di un giurista*, Jovene, Napoli 2007, 477; non solo la norma, ma anche i fatti sono valutati dall'interprete che già li determina in vista delle qualificazioni giuridiche che attribuisce loro e contemporaneamente ha una precomprensione delle norme che ritiene applicabili, in un vero “circolo ermeneutico”: P.G. MONATERI, cit., p. 47.

<sup>17</sup> Il riferimento è a G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, t. II, Giuffrè, Milano, 1974, p. 1089.

costituzionali di famiglia e matrimonio<sup>18</sup>: il matrimonio, come noto, si configura come istituto costituzionale attraverso una disposizione (l'art. 29 Cost.) strutturalmente complessa e ambigua nella sua costruzione, con una formula apparentemente definitoria, che non definisce ma delimita e orienta la funzione legislativa alla "leggerezza" (diritto leggero), e con regole effettive; e la famiglia, a sua volta, rileva in costituzione come famiglia legittima fondata sul matrimonio ma anche come famiglia di fatto, società naturale riconosciuta e qualificata nella sua funzione dall'art. 2, ma anche dall'art. 30 e da altre norme costituzionali (36, 37, 34) che non ancorano le norme in essi espresse alla condizione legittima, ma ai ruoli e alle responsabilità familiari.

(Sulle interpretazioni del rilievo costituzionale di famiglia e matrimonio torneremo necessariamente nei paragrafi successivi.)

Nel contesto comparativo entrano anche, attraverso l'art. 2 Cost., i diritti individuali che al matrimonio e alla famiglia si allacciano: l'ordinanza veneziana, rimarcato l'emergere di diritti inviolabili che devono trovare tutela – ai sensi dell'art. 2 – *nella* famiglia in quanto formazione sociale primaria, indica suggestivamente l'esistenza di un diritto allo *status* coniugale, inteso come *segno* caratteristico nella società e come *insieme di diritti e doveri* non sostituibili tramite l'autonomia negoziale. Più in generale rileva il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia (significativamente distinti nell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. come, se vogliamo, negli artt. 2 e 29 Cost.); la libertà matrimoniale va intesa sia nella sua accezione positiva come libertà di contrarre matrimonio con la persona prescelta<sup>19</sup>, sia in quella negativa come libertà di non sposarsi e di convivere senza matrimonio<sup>20</sup>.

**3.3.** Guardando alla materialità della questione, la pretesa all'uguaglianza è agita da soggetti (di entrambi i sessi) che intendono sposare una persona del loro stesso sesso (anagrafico<sup>21</sup>) ed assume come riferimento soggetti (di entrambi i sessi) cui è consentito sposare una persona di sesso differente dal proprio; il dato materiale, di una differenza fattuale e non normativamente qualificata tra i termini di paragone è costituito dal sesso dei due soggetti che vogliono costituire tra di loro il vincolo matrimoniale. L'elemento di differenziazione assunto nel raffronto consiste nel carattere eterogeneo ovvero omogeneo del sesso dei nubendi, da qualificare giuridicamente rispetto al matrimonio: la questione di costituzionalità posta in relazione all'accesso al matrimonio non pretende di interrogare tutte le differenze tra omo- ed eterosessuali, ma solo la possibilità che due persone dello stesso sesso possano sposarsi.

Detto altrimenti, l'accesso al matrimonio eterosessuale non implica di per sé neppure un *focus* sull'*orientamento sessuale* eterosessuale, dato che, per il diritto, l'indagine sull'orientamento sessuale dei nubendi e/o dei coniugi, finché le loro scelte siano assunte in mutuo accordo, non è in primo piano (l'omosessuale – si intende: la persona con un orientamento sessuale verso persona del suo stesso sesso – non può sposare una persona del proprio sesso, ma può sposarne una di sesso opposto; l'eterosessuale – la persona con un orientamento sessuale verso persona dell'altro sesso – può sposare una persona di sesso opposto, ma non può sposare una persona del suo stesso sesso; che poi l'eterosessuale non chieda, di fatto, di sposare una persona del suo stesso sesso, per quanto socialmente rilevante, non lo è – in senso stretto – giuridicamente).

<sup>18</sup> Per una recente ricostruzione dello scontro tra i filoni interpretativi, v. A. MORRONE, cit., pp. 25 ss.

<sup>19</sup> Sulla portata della libertà di scelta della persona da sposare, si veda l'interpretazione di M. GATTUSO, *Appunti sulla famiglia naturale e il principio di eguaglianza*, in *Quest. Giust.*, 2007, 274, per il quale l'esistenza stessa del matrimonio implicherebbe il diritto alla scelta libera della persona da sposare, salvi – aggiungerei – i limiti fondati sulla necessità di tutela di altri principi costituzionali; Gattuso richiama in proposito la posizione della Corte Suprema del Massachusetts, *Goodridge vs. Department of Public Health*, 18 novembre 2003, che ha affermato che «il diritto a contrarre matrimonio significa ben poco se non include il diritto a sposare la persona di propria scelta»; lo contesta N. PIGNATELLI, cit., p. 15, per cui diritto alla scelta del compagno o della compagna di vita è certamente un diritto fondamentale ma si esercita e si attua *soltanto* all'interno degli istituti giuridici costruiti normativamente dal legislatore e che preferisce fare riferimento ad un *diritto fondamentale alla vita familiare*, di cui il diritto di sposarsi è soltanto una possibile forma di attuazione.

<sup>20</sup> La stessa Corte costituzionale ne ha garantito l'effettività, sotto entrambi i profili (sent. n. 445/2002 e n. 166/1998)

<sup>21</sup> Quello che rileva è il sesso anagrafico, indipendentemente dal fatto che sia originario o rettificato, v. par. seguente.

Ma il raffronto tra coppie eterosessuali e coppie *same sex*, nel momento stesso in cui identifichiamo le seconde chiamandole coppie *omosessuali* comporta, quasi impercettibilmente, uno slittamento di senso che incorpora il riferimento alla specifica qualità della relazione affettiva e sessuale e mette in prima e particolare evidenza il dato dell'orientamento affettivo e sessuale, anzi, il dato dell'orientamento specificamente sessuale *tout-court*<sup>22</sup>. L'attenzione si sposta inevitabilmente dal dato materiale (stesso sesso/sesso diverso) alla qualità della *relazione specificamente sessuale* tra i due coniugi, al loro reciproco orientamento sessuale, omosessuale (gay o lesbico) in contrapposizione a eterosessuale, annettendo una specifica rilevanza giuridica all'orientamento (omo)sessuale, oltre che al dato materiale della differenza o omogeneità di sesso dei coniugi, nell'ambito del matrimonio. Il che porta a chiedersi quale sia il rilievo giuridico della relazione sessuale intrattenuta dalla coppia eterosessuale nel matrimonio – la sola, ad oggi, ammessa al matrimonio –: (mi limito ad accennare ad un tema certo meritevole di approfondimento) un rilievo certamente c'è (la mancata consumazione rileva come causa di divorzio *ex art. 3, n. 2, lett. f* della L. 898/1970 sul divorzio; *l'impotentia coeundi* come errore sulle qualità essenziali del coniuge *ex art. 122 c.c.*), ma non è né preliminare, né coesistente all'accesso al matrimonio stesso, né automaticamente collegato allo *status* che dal matrimonio deriva<sup>23</sup>.

**3.3.1.** Ma le ordinanze di rinvio che implicano, senza argomentare specificamente, un confronto tra coppie eterosessuali e dello stesso sesso, introducono espressamente anche il raffronto con la condizione dei transessuali (soggetti il cui sesso anagrafico originario sia stato rettificato in forza della L. 164/1982), che merita un approfondimento.

Vengono messe a confronto la condizione giuridica dell'omosessuale, cui è negato di sposare un soggetto che appartiene al suo stesso sesso biologico (nonché al suo sesso anagrafico ed al suo genere), e quella del transessuale al quale la L. 164/1982 consente, una volta rettificato anagraficamente il sesso (biologico) originario, di sposare un soggetto che, in realtà, appartiene al suo stesso sesso biologico (ma ha diverso sesso anagrafico e diverso genere).

Il raffronto – che si riallaccia alle suggestioni della sentenza *Goodwin c. Regno Unito*, 17 luglio 2002 della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>24</sup> (che, dichiarando contrario al rispetto della vita privata e familiare tutelato dall'art. 8 della Convenzione il divieto del matrimonio del transessuale con persona del suo sesso originario, ha individuato la vera essenza del diritto di sposarsi nella libertà di scegliere la persona con cui farlo) – è certamente utile a far emergere come l'ordinamento giuridico abbia già da quasi trent'anni superato l'orizzonte meramente biologico dell'appartenenza e identificazione sessuale e delle definizioni di genere, riconoscendo il rilievo delle componenti psico-sessuali; contribuisce, di conseguenza, a giustificare razionalmente il discostamento da ogni interpretazione con pretesa fondazione biologica della “naturalità” del matrimonio richiamata, come è noto, dall'art. 29 Cost.

<sup>22</sup> Rinvio a P. RIGLIANO, *Amori senza scandalo. Cosa vuol dire essere lesbica e gay*, Feltrinelli, Milano, 2001, per la necessità di non appiattare l'omosessualità nella uni-dimensionalità di un orientamento solo sessuale, riconoscendola come un orientamento che, come quello eterosessuale, è complessivo, affettivo e relazionale e, solo in conseguenza, anche sessuale; in part. V, p. 16: l'affettività è la sfera propria dell'omosessualità, il cui motore e obiettivo sono gli affetti rivolti verso una persona del proprio genere che si esprimono ad ogni livello in cui si realizza l'incontro interpersonale (relazione più o meno piena ed appagante, innamoramento appassionato, semplice incontro erotico, tranquilla convivenza; esattamente come avviene per gli affetti e le unioni eterosessuali).

<sup>23</sup> Anche P. GROSSI, *Lineamenti di una disciplina della famiglia nella evoluzione costituzione italiana*, in *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Cedam, Padova, 2008, p. 169 sottolinea che la pur massimamente intensa intimità che si instaura nel matrimonio non si propone necessariamente o esclusivamente per una motivazione o finalità di carattere sessuale, pur aggiungendo l'affermazione, assolutamente non condivisibile, che “quando ciò si verifichi, pare implicitamente richiesto da quella aggettivazione [n.d.r. “naturale”] che debba trattarsi di una sessualità secondo natura e non contro di essa”: non solo perché non è dimostrabile la maggiore o esclusiva naturalità dei rapporti eterosessuali (tutti? ovvero secondo distinzioni relative alle modalità di espressione sessuale?), ma anche per l'esplicito rilievo del principio che vieta la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale; si ricordi anche che dal 1990 l'OMS ha riconosciuto l'omosessualità come una “naturale variante del comportamento sessuale umano”.

<sup>24</sup> Citata espressamente nell'ordinanza veneziana; anche F. FIORILLO, *Matrimonio omosessuale. La lacuna italiana nella tutela dei diritti, alla luce della costituzione e della normativa europea*, in *Giur. merito*, 2009, 1848, par. 3.

Ma per altri aspetti non sembra affatto convincente. Il trattamento dei transessuali è una regola che semplicemente aggiorna il paradigma esteriore dell'eterosessualità; esso assume come parametro essenziale quello del sesso *anagrafico*, rendendo irrilevante il fatto che l'iscrizione anagrafica sia originaria, modificata in seguito ad errore, rettificata a norma della L. 164/1982: ma la regola ribadisce e conferma il dualismo di genere e conserva la norma eterosessuale del matrimonio, in un certo senso accontentandosi di garantire l'ordine dualistico ed eterosessuale dello spazio pubblico, dove conta solo il sesso anagrafico ed il genere risponde al sesso anagrafico; tale ordine e disciplinamento, anzi, viene ribadito e consolidato dal fatto che le combinazioni e complicazioni dei diversi intrecci di  *sesso biologico, anagrafico, psicologico e genere*, che costituiscono il tessuto dell'esperienza, risultano confinate nello spazio privato (ad esse viene imposta la riservatezza propria della sfera privata).

Piuttosto, vi sarebbe uno specifico aspetto della disciplina del transessualismo che, anche se le ordinanze in realtà lo trascurano, pare in grado di offrire al ragionamento sul paradigma eterosessuale del matrimonio una leva capace di scardinarlo: qual è il regime giuridico del matrimonio precedente alla sentenza di rettificazione? L'art. 4 della L. 164/1982 dispone che la sentenza "provoca" lo scioglimento, rinviando poi all'applicazione delle disposizioni del codice civile e della L. 898/1970 e successive modificazioni, introducendo uno scioglimento automatico e d'ufficio, avallato dalla giurisprudenza costituzionale<sup>25</sup> anche se criticato come tale dalla dottrina coeva alla legge<sup>26</sup>; successivamente, però, l'automatismo è stato messo in discussione dalla riforma della legge sul divorzio (L. 74/1987), che ha inserito il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione del sesso tra i motivi di divorzio (art. 3, 2° comma, lett. g, L. n. 898/70)<sup>27</sup>: ciò renderebbe necessario per lo scioglimento del matrimonio un successivo ed autonomo procedimento, che non si impone alla volontà dei coniugi ma, al contrario, richiede una specifica manifestazione di volontà da parte di uno dei coniugi.

Ammettendo che la riforma del 1987 abbia avuto un effetto abrogativo nei confronti dell'automatismo previsto dalla legge del 1982, si ammette anche la possibilità di un matrimonio che, pur celebrato tra persone di sesso diverso, dopo il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione del sesso di uno dei coniugi potrebbe sopravvivere e continuare tra due persone ormai dello stesso sesso anagrafico.

Esisterebbe, dunque, nell'ordinamento una norma che riconosce le unioni coniugali *same sex*: per quanto applicabile ad ipotesi marginali, la ricognizione di una regola di questa portata avrebbe effetti assai significativi sull'interpretazione complessiva degli istituti familiari e matrimoniali, dimostrando che il legislatore ha già incrinato la saldezza del paradigma eterosessuale e relativizzato la differenza di genere quale carattere ontologico del matrimonio<sup>28</sup>.

L'interpretazione giurisprudenziale sembra aver condiviso le obiezioni alla tesi dell'abrogazione, argomentate proprio per scongiurare la possibilità che sussistessero e permanessero matrimoni tra persone ormai dello stesso sesso<sup>29</sup>: anche nell'unico caso che viene riportato successivamente alla riforma, ha confermato la soluzione adottata fin dall'entrata in vigore della legge, pronunciando contestualmente la rettificazione ed il divorzio, considerato un effetto automatico, diretto e necessario del mutamento del sesso che produce i suoi effetti al passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione (Trib. Fermo 1996)<sup>30</sup>; nel caso di specie, comunque, nel giudizio di rettificazione si era costituita

<sup>25</sup> La sent. n. 161/1985 precisa che l'avvenuta rettificazione "impone, operata la trasformazione anatomica, lo scioglimento del matrimonio tra persone (divenute) dello stesso sesso".

<sup>26</sup> Ad es. M. FINOCCHIARO, *Divorzio e transessualismo*, in *Giust. civ.*, 1983, I, pp. 998 ss.

<sup>27</sup> G. PALMERI, M.C. VENUTI, *Il transessualismo tra autonomia privata e indisponibilità del corpo*, in *Dir. fam.*, 1999, 1331; ma anche una buona parte della dottrina: v. P.M. VECCHI, *Transessualismo e discriminazioni*, in *Famiglia*, 2001, p. 343, nota 142.

<sup>28</sup> Così A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in <http://www.forumcostituzionale.it> 2008, 14; F. BILOTTA, 2006 cit., 95. Nega l'automatismo anche A. CORDIANO, *Tutela delle coppie omosessuali ed esigenze di regolamentazione*, in *Famiglia*, 1/2004, p. 125.

<sup>29</sup> E. DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, 4, 959; P.M. VECCHI, voce *Transessualismo*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1994, p. 10; P. STANZIONE, *Transessualità*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Roma, 1992, p. 889.

<sup>30</sup> I precedenti in materia non sono, come è facile immaginare, numerosi: prima della riforma v. Trib. Roma 3 dicembre 1982,

la moglie, in proprio e quale esercente la potestà sulla figlia minore, domandando la pronuncia della cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto con l'attore: resta, invece, da chiedersi quale sarebbe la soluzione giuridica se nessuno dei due coniugi presentasse la relativa domanda.

4. Il matrimonio è, nell'art. 29 Cost., l'istituto civilistico che qualifica la famiglia *legittima* (rendendo costituzionalmente rilevante la sua distinzione dalla famiglia naturale o di fatto) in quanto formazione sociale primaria (società naturale) cui la costituzione garantisce il riconoscimento, attribuendo all'istituto una regola fortemente innovativa, secondo la quale esso viene *ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.

La definizione di principio (1° comma) garantisce che la collocazione della famiglia nella costituzione – nel cuore del diritto pubblico – non ne disconosca il carattere essenziale di luogo di *autonomia privata*, assumendo (nel richiamo anche testuale alle espressioni dell'art. 2 Cost.) la preesistenza di un ambito non interamente conformabile dal diritto ed, in sostanza, riconoscendo un limite per l'ordinamento stesso. Già i costituenti avevano riconosciuto che il portato normativo della formula del primo comma dell'art. 29 Cost. va individuato guardando la relazione tra famiglia e Repubblica<sup>31</sup>: alla famiglia, per la sua qualità di formazione sociale primaria ed essenziale nella vita degli individui, la Costituzione garantisce uno spazio di autonomia originaria, reso evidente dal legame lessicale e di senso con l'art. 2 Cost. (principio personalista) e fondato sulla reazione alle concezioni stataliste ed alle conseguenti politiche familiari di ingerenza del regime fascista<sup>32</sup>; la norma che riconosce nella famiglia *uno spazio di autonomia privata* rifiuta ogni funzionalizzazione della famiglia e pretende che la prospettiva e l'unità di misura per guardare alla famiglia siano quelle degli interessi individuali e personali, e non già l'imposizione di finalità etero-imposte, di un interesse pubblico generale. Ma, anche se impone, in linea di principio, cautela e *self-restraint* al legislatore, la costituzione non considera affatto la famiglia e il matrimonio istituzioni sottratte al diritto<sup>33</sup>: al contrario, la regola prescrittiva (2° comma) conforma la famiglia in una direzione di profondo cambiamento rispetto alla struttura familiare tradizionale, trasformando il segno dei rapporti di genere che la costruivano come luogo essenziale della subordinazione femminile (così nella pratica, come nella codificazione civilistica); la norma costituzionale impone l'uguaglianza fra i coniugi, ricollegandosi immediatamente all'articolo 3 Cost. e riflettendo anche le altre norme della Costituzione che valorizzano e impongono la parità tra i sessi (48, 51, 37 Cost.<sup>34</sup>); in particolare, l'art. 48 Cost.,

---

in *Giust. civ.*, 1983, I, 996 e, successivamente, Trib. Fermo 28 febbraio 1996, in *Foro it.*, 1997, I, p. 1656 (che conferma che il divorzio “segue di necessità ed automaticamente” la rettificazione di sesso e può essere pronunciato con la medesima sentenza, dato che “la necessità stessa di due contestuali pronunce nell'ambito della stessa sentenza impone l'attrazione della causa di divorzio alla causa di rettificazione dell'attribuzione di sesso, che appare logicamente pregiudiziale”).

<sup>31</sup> V. il citatissimo intervento di Moro nell'Adunanza plenaria del 15 gennaio 1947: “Non è affatto una definizione anche se ne ha la forma esterna, in quanto si tratta di definire la sfera di competenza dello Stato nei confronti di una formazione sociale”.

<sup>32</sup> Per una rilettura dei lavori preparatori P. VERONESI, *Costituzione, “strane famiglie” e “nuovi matrimoni”*, in *Quad. cost.* 2008, p. 577; v. anche B. PEZZINI, A. LORENZETTI, in *Famiglia e costituzione. La costruzione costituzionale dei rapporti di genere*, in *La tassazione della famiglia, Aspetti nazionali e comparati*, Atti del convegno di Torino del 14 e 15 novembre 2008, a cura di C. SACCHETTO, Rubbettino, Catanzaro, in corso di pubblicazione. Su di un piano diverso rileva la questione della individuazione di diritti “della famiglia” diversi dai diritti dei singoli componenti del nucleo familiare (o, altrimenti detto, di una soggettivazione della famiglia), ritenuta altamente problematica dalla dottrina per il rischio intrinseco di subordinazione e limitazione dei diritti individuali fondamentali.

<sup>33</sup> Nonostante la nota e ripetuta formulazione di A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Ann. Sen. Giur. Università di Catania*, 1948, III, secondo il quale la famiglia sarebbe un'isola che il diritto può solo lambire, il diritto costituzionale ha investito la famiglia e il matrimonio come uno *tsunami*.

<sup>34</sup> Negli artt. 36 e 37 Cost., la *famiglia* è uno dei luoghi significativi in cui si situano le condizioni materiali dell'esistenza del lavoratore e della lavoratrice, differenziate in base al genere: la divisione dei ruoli sessuali rispetto alle funzioni riproduttive e di cura, da un lato, ed al lavoro produttivo, dall'altro, rispecchiano il modello patriarcale sul quale si è strutturato e consolidato anche il modello italiano di *welfare*, in cui matrimonio e famiglia sono stati e continuano ad essere il mezzo attraverso cui lo Stato ha privatizzato la cura dei soggetti deboli (supplendo le insufficienze del sistema previdenziale e assistenziale attraverso i ruoli familiari e, in particolare, attraverso il lavoro non retribuito svolto dalle donne all'interno della famiglia). Tuttavia, gli artt. 36 e 37 Cost. non sono una *prescrizione normativa di genere* in merito alla ripartizione del carico del lavoro di cura, bensì norme che impongono il

anzi, già l'attribuzione nella *costituzione provvisoria* dei diritti politici alle donne, realizza una vera e propria rivoluzione *topografica* nel disegno dello spazio pubblico e privato per linee di genere: caduto il monopolio maschile dello spazio politico si impone una trasformazione epocale anche dello spazio privato e diventa intollerabile l'esistenza di una sfera sottratta al principio di uguaglianza, come era quella della famiglia patriarcale.

Lo stesso segno profondamente innovativo e trasformativo si ricava anche dall'intreccio tra *rapporti di genere e rapporti tra generazioni* dell'art. 30 Cost., che enuncia il *dovere e diritto* dei genitori di *mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio*: da un lato, l'uguaglianza dei sessi procede nella parificazione di padre e madre nel ruolo genitoriale, configurando una responsabilità dei genitori che supera la costruzione tradizionale e patriarcale della *patria potestà*; dall'altro, l'art. 30 relativizza l'art. 29 e la sua definizione di famiglia (legittima), precludendo qualsiasi interpretazione che costruisca un nesso rigido tra filiazione, famiglia e matrimonio<sup>35</sup>.

Volendo ricomporre plausibilmente il contemporaneo rimando alla naturalità ed alla giuridicità della famiglia<sup>36</sup> ed il diverso rilievo del matrimonio nella definizione dei rapporti (*orizzontali*) tra i coniugi e (*verticali*) tra genitori e figli ci si deve chiedere, innanzitutto, se quello della famiglia *legittima* fondata sul matrimonio costituisca un *modello privilegiato* di famiglia; vale a dire se, di fronte alle trasformazioni delle forme di relazione sessuale e inter-generazionale, le esperienze articolate e plurime di relazioni orizzontali e verticali "di tipo familiare" (unioni di fatto, etero ed omosessuali, con o senza figli; famiglie monoparentali, famiglie allargate) debbano essere gerarchizzate in un ordine che impone il privilegio della famiglia legittima, ad essa subordinando la disciplina giuridica delle altre forme di convivenza<sup>37</sup>, oppure nel caso che la definizione della famiglia nell'art. 29 Cost. non possa essere ritenuta costituzionalmente prescrittiva ed esaustiva, quali altre definizioni dell'entità famiglia sia possibile ricavare dalle norme costituzionali.

---

riconoscimento del valore sociale della funzione di cura; sono state pertanto estese, in base alla loro *ratio*, anche al genere in esse non espressamente contemplato, come regole *bi-direzionali* sulle condizioni e sulla qualità del lavoro e dei lavori, sui diritti di tutti i lavoratori e di tutte le lavoratrici (perché solo l'*auto-determinazione* di ciascun uomo e di ciascuna donna può stabilire quale debba essere il *mix* di attività produttive, riproduttive e di cura nello svolgersi della propria esistenza e nel progetto di vita e di sviluppo di ogni singola persona nella trama delle sue relazioni – art. 2 Cost.).

<sup>35</sup> Considerano il rapporto coniugale ex art. 29 ed il rapporto di filiazione, comunque sorto, ex art. 30 come due situazioni familiari elementari e distinte P. CAVALERI-M. PEDRAZZA GORLERO-G. SCIULLO, *Libertà politiche del minore e potestà educativa dei genitori nella dialettica del rapporto educativo familiare*, in M. DE CRISTOFORO-A. BELVEDERE (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 77. L'art. 30 Cost., al 2° e 3° comma, configura il rapporto di filiazione in modo relativamente indipendente dal matrimonio assicurando comunque a tutti i figli, in quanto tali, la pienezza di tutela giuridica e sociale ("Nei casi di incapacità dei genitori la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima": la compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima non considera le posizioni dei figli nella famiglia legittima, quasi a garantire una gerarchizzazione tra figli legittimi e non, ma la *coesione* della famiglia legittima, essenzialmente ad evitare che la famiglia legittima debba subire un'integrazione forzata nel suo nucleo di figli nati fuori dal matrimonio. La giurisprudenza costituzionale è andata progressivamente riducendo la rilevanza della clausola di compatibilità e ne ha affidato al legislatore la definizione di contenuti, sino a giungere con la sent. 494 del 2002 ad affermare che "*mal si presta ad essere interpretata in modo tanto generico e a tecnico, fino a ricomprendervi la protezione di condizioni di serenità psicologica*".

<sup>36</sup> Rilevato come "ossimoro" da R. BIN, *La famiglia. Alla radice di un ossimoro*, *Studium iuris*, 2000, p. 1066, come "palindromo" e "falso alterato" da A. PUGIOTTO, op. cit.

<sup>37</sup> Non ha dubbi sull'esistenza di una precisa gerarchia che privilegia la famiglia legittima, A. MORRONE, op. cit., p. 33, che afferma essere l'art. 29 "puntuale decisione costituente, diretta a sanzionare che l'unica famiglia sia proprio e solo la famiglia legittima". In dottrina, la rivendicazione di una superiorità della famiglia legittima si lega per lo più ad ancor meno plausibili interpretazioni che ipostatizzano la *natura* della famiglia fondata sul matrimonio in una pretesa dimensione originaria e statica, facendola coincidere con una sfera pregiuridica di valori che resterebbe sempre uguale a se stessa ed immutabile (in particolare, nella sua fedeltà e corrispondenza ad un piano trascendente); opzioni interpretative da cui vengono derivati lo *sfavore* per qualsiasi tipologia di famiglia diversa da quella legittima e l'affermazione della superiorità di un *modello di famiglia normativamente chiuso*, ma anche interpretazioni potenzialmente restrittive dell'uguaglianza dei coniugi che, enfatizzando "*i limiti stabiliti dalla legge*" a garanzia dell'unità familiare, garantiscano l'autorità del *pater familias* quando è in pericolo l'unità familiare. Per attribuire un ruolo fondante ed un peso prevalente alla dimensione dell'*originarietà* della famiglia, come attributo della sua naturalità e pre-statalità, si cadrebbe, però, in un'adesione a-storica alla struttura patriarcale della famiglia, che trascura e contraddice proprio il dato innovativo dell'uguaglianza tra i coniugi, il vero *perno normativo* dell'art. 29 Cost.

La formula “società naturale” dell’art. 29 Cost. rimanda, come abbiamo visto, all’articolo 2 e alle *formazioni sociali* dove si svolge la personalità individuale nel concreto dei rapporti sociali; il rapporto tra queste due norme suggerisce che la *famiglia* – anche legittima – è una (società naturale, cioè una) *formazione sociale* nel senso in cui ne parla l’articolo 2 Cost.<sup>38</sup>, in quanto rappresenta il primo e il più immediato (in questo senso “naturale”) luogo per lo sviluppo della persona: l’accento ne viene primariamente posto sulla capacità e sull’attitudine della famiglia *a svolgere la funzione di cui all’art. 2 Cost.*, garantendo il libero sviluppo della personalità e i diritti inviolabili di ciascuno dei componenti della famiglia (legittima o di fatto).

Ciò definisce la famiglia, in quanto formazione sociale, come un nucleo di persone che coabitano, dandosi reciproca assistenza e contribuendo insieme ai bisogni di ciascuno; formazione sociale che ha una qualità particolare, *estranea sia al mercato, sia alla sfera pubblica*, luogo di relazioni interpersonali di assoluta gratuità, non misurabili in termini di efficienza né di imparzialità, ma in base alla vocazione solidale e associazionistica nella sua manifestazione più essenziale (e, in queste caratteristiche, emerge una ulteriore accezione e sfumatura della “naturalità”).

Cosa introduce il matrimonio in questa dimensione? In che modo gli elementi della coabitazione, della mutua assistenza, della contribuzione ai bisogni (che sono i caratteri fondanti della famiglia come formazione sociale) differiscono, nella famiglia legittima fondata sul matrimonio e nella famiglia di fatto?

Guardata in questa prospettiva, la differenza consiste nel fatto che, nella famiglia legittima, coabitazione, mutua assistenza e contribuzione ai bisogni assumono una veste giuridica, diventando (insieme alla fedeltà) i doveri reciproci declinati nei rapporti tra i coniugi; invece, nella famiglia di fatto, costituiscono gli elementi che ne consentono il riconoscimento, le pre-condizioni, gli indicatori di esistenza. Posto che per ogni famiglia – comunque costituita, su base legittima o di fatto – la *effettiva* presenza degli elementi della coabitazione, della mutua assistenza, della contribuzione ai bisogni rappresenta la condizione di vitalità, non sembra che la trasposizione di tali elementi in *doveri giuridici* possa diventare la qualificazione di esistenza e di capacità della famiglia; la declinazione *giuridica* dei doveri coniugali appare più rilevante nell’area della crisi e della dissoluzione della famiglia, nel gestire separazioni e divorzi che nel far funzionare le famiglie ...

E comunque, così individuata l’area apprezzabile di differenziazione tra famiglia legittima e di fatto, tale differenza riguarda essenzialmente relazioni orizzontali tra i coniugi; mentre famiglia legittima e di fatto restano equiparabili in maniera molto netta nell’ambito delle relazioni verticali, cioè delle relazioni dei genitori con i figli.

Il “*favor matrimonii*” di cui all’art. 29 Cost. impone di non ignorare e di non relegare in una posizione deteriore le famiglie legittime, ma non esprime alcun *disvalore* per le famiglie di fatto, che risultano luoghi altrettanto adeguati e fondamentali per lo sviluppo della personalità. L’interpretazione “*a modello aperto*”<sup>39</sup> risulta, del resto, coerente rispetto alla discontinuità riscontrata in Costituzione tra rapporti coniugali e rapporto di filiazione nonché al fatto che le prestazioni sociali rivolte alla famiglia (artt. 31, 34, 36 e 37 Cost.) non pongono come requisito la *legittimità* della famiglia<sup>40</sup>: ai fini dell’accesso alle prestazioni sociali la famiglia legittima risulterà ragionevolmente a-

<sup>38</sup> Per la giurisprudenza costituzionale è sufficiente l’art. 2 a riconoscere il rilievo costituzionale delle famiglie di fatto: sentt. nn. 237/1986; 8/1996; 166/1998.

<sup>39</sup> La sent. 494 del 2002 della Corte costituzionale che ha rimosso il divieto di ottenere dichiarazioni giudiziali di maternità o di paternità per figli nati da rapporti incestuosi, ha chiaramente respinto ogni idea di un preteso *ordine familiare*, che rimandasse alla concezione di un’istituzione modellata dal diritto pubblico e ad un modello chiuso di famiglia. Non esiste un *ordine pubblico familiare* che possa essere addotto in contrasto con l’aspirazione al riconoscimento; non esiste alcun interesse superiore che possa contrastare con quel processo di formazione della propria identità personale che porta un individuo a reclamare il suo *status filiationis*, a costruire la propria identità anche attraverso la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità. Non ci può essere una difesa astratta, a priori, della famiglia *legittima* contro lo scandalo e la minaccia rappresentati dal riconoscimento di figli naturali; l’ingresso dei figli, anche nati da rapporti incestuosi, nella sfera familiare (evidentemente inteso come riconoscimento, non come ingresso materiale e coattivo) non può mai essere pensato come una violazione di diritti altrui e costituisce semplicemente, così come si esprime la sentenza, “*un incerto del mestiere di vivere*”.

<sup>40</sup> Particolarmente interessante a questo proposito il dibattito costituente sulla famiglia, per molti aspetti altrettanto ideologico

gevolata per il fatto che il matrimonio comunica immediatamente e direttamente l'impegno rivolto alla stabilità dell'unione familiare (presunta per effetto del matrimonio), mentre la famiglia di fatto dovrà, di volta in volta e caso per caso, fornire la prova della sua stessa esistenza e convincere del suo impegno alla stabilità dimostrando l'effettività degli elementi sopra indicati della coabitazione, mutua assistenza, contribuzione ai bisogni (va da sé che qualsiasi forma di riconoscimento delle unioni di fatto agevolerebbe la prova dell'esistenza e della stabilità delle famiglie di fatto).

La discrezionalità delle opzioni di politica legislativa che il modello aperto consente al legislatore resta definita dal contesto costituzionale analizzato, da cui derivano limiti e vincoli, che sintetizzo qui in sei indicazioni:

a) preferenza per una regolamentazione "leggera", rispettosa degli spazi di autonomia e autoregolamentazione della famiglia al proprio interno, e correlativa necessità di giustificare gli interventi *diretti* sulla struttura della famiglia in base alle norme costituzionali rilevanti (la riserva di autonomia costituzionalmente garantita della famiglia impone il riconoscimento di uno spazio di sostanziale autodeterminazione all'interno della famiglia – art. 29 Cost.);

b) necessità di garantire che la famiglia, legittima o di fatto, corrispondendo alla propria funzione, sia una risorsa e non un ostacolo al pieno sviluppo della persona per ogni componente del nucleo familiare (art. 2 Cost.);

c) garanzia della piena uguaglianza morale e giuridica dei coniugi nel matrimonio (art. 29 Cost.);

d) possibilità di differenziare il trattamento della famiglia legittima e della famiglia di fatto nella sfera dei rapporti di coppia, nella misura in cui l'accesso all'una o all'altra forma di convivenza rappresenti un'opzione consapevole ed effettivamente esercitabile tra accettazione e rifiuto del matrimonio, in un quadro di uguaglianza sostanziale che non può prescindere dal riconoscimento di condizioni specifiche o dalle garanzie dell'effettività della scelta;

e) unicità dello *status* familiare di filiazione e dei rapporti di parentela, indipendentemente e a prescindere dal rapporto orizzontale tra i genitori: le relazioni verticali inter-generazionali, caratterizzate dalla dipendenza dei minori e dalla responsabilità genitoriale, non devono dipendere dalle opzioni eventualmente esercitate dai genitori nel conformare e strutturare la propria relazione di coppia, ma devono garantire un'unica *condizione filiale*, cui corrisponde uno *status* familiare unico che riconosca la rete delle relazioni parentali di ogni persona sulla base dell'unico principio dello stipite in comune e di un grado massimo di rilevanza del rapporto (attualmente entro il sesto grado), indipendentemente dai vincoli coniugali e di affinità (i fratelli di mia madre sono miei zii anche se non sono cognati di mio padre!)

f) impegno a favorire attivamente il raggiungimento di una presenza *duale* degli uomini e delle donne in ogni campo della vita sociale (le politiche familiari si collocano, nel sistema costituzionale, entro un quadro fortemente orientato alla trasformazione dei rapporti di genere, che impone *direttamente* al matrimonio uno statuto di parità tra i coniugi e *indirettamente* ad ogni relazione familiare l'orientamento a garantire la piena parità tra i generi: che non significa solo non ostacolare, non essere incompatibile con la possibilità di piena parità nel lavoro produttivo, nell'attività sociale, culturale, economica e politica, ma favorire attivamente l'obiettivo della *piena parità* da ultimo definito dall'art. 117, 7 Cost.).

**5.** La tutela costituzionale della famiglia è più ampia della sfera della famiglia *legittima* fondata sul matrimonio: si può parlare di una tutela costituzionale *delle famiglie* e di una discrezionalità limitata e costituzionalmente orientata del legislatore nel privilegiare l'uno o l'altro modello.

I limiti ed i vincoli della discrezionalità sopra evidenziati consentono di ricavare una prima indicazione e una domanda a proposito delle relazioni orizzontali di coppia omo- ed eterosessuali.

Le unioni di coppia omo- ed eterosessuali sono nei fatti, nel *mestiere di vivere*, equivalenti nella dimensione degli affetti che le sorreggono, nella proiezione ad essere e a riconoscersi come un nu-

---

di quello attuale, ma anche molto più ricco di rimandi e di riferimenti concreti alle circostanze ed alle situazioni in cui i diritti della famiglia appaiono bisognosi di tutela specifica: ad es. nella discussione in Terza Sottocommissione, seduta 13 settembre 1946, compaiono molti espliciti rimandi ai nuclei familiari irregolari particolarmente bisognosi di garanzie sociali e giuridiche.



cleo solidale di persone che coabitano, dandosi reciproca assistenza e contribuendo insieme ai bisogni di ciascuno; appaiono, quindi, equivalenti e non differenziabili rispetto alla *funzione* (costituzionalmente rilevante) della famiglia. Tuttavia, mentre l'esistenza di opzioni giuridiche permette alla coppia eterosessuale di modulare liberamente il proprio legame (legittimo/di fatto), tale possibilità non è riconosciuta alla coppia *same sex*; viene, di conseguenza, in evidenza un diverso spazio, una diversa sfera di libertà connessa a (configurata in base ad) una condizione personale del soggetto.

L'indicazione che se ne ricava è nel senso che la discrezionalità del legislatore non possa ignorare la contraddizione tra il mantenere tra le due diverse tipologie di coppie una differenza di trattamento rispetto all'accesso all'una o all'altra forma di convivenza ed il riconoscere che, rispetto alla attitudine ed alla capacità di assolvere alla funzione familiare, la loro differenza è irrilevante; la differenziazione delle forme di unione familiare rientra nelle scelte discrezionali del legislatore solo se rappresenta un'opzione consapevole ed effettivamente esercitabile tra accettazione e rifiuto del matrimonio, in un quadro di uguaglianza sostanziale che non può prescindere dal riconoscimento di condizioni specifiche o dalle garanzie dell'effettività della scelta.

Quanto alla domanda che discende dal contesto costituzionale ricostruito nei termini sopra evidenziati, concerne il fatto se la famiglia "legittima" definita dalla costituzione attraverso il matrimonio incorpori il paradigma eterosessuale.

Le argomentazioni con cui si giustifica la risposta positiva riconducibili all'esistenza di una tradizione<sup>41</sup>, di una fondazione giusnaturalistica<sup>42</sup>, di una "meta-norma"<sup>43</sup> non mi sembrano, come in parte già osservato, convincenti: per la loro intrinseca contraddittorietà, per una certa arbitrarietà dei riferimenti, per il ricorso ad un fondamento extra-giuridico<sup>44</sup>. Ciò vale anche per le versioni più flessibili del modello che, rinunciando a pretendere (e cercare di giustificare) l'esistenza di una forma pregiuridica ed immutabile di matrimonio e pur riconoscendo la variabilità delle forme storiche della famiglia, sembrano congelarne lo sviluppo ad un determinato punto (ipostatizzando la forma di matrimonio – certamente eterosessuale – nota ai costituenti<sup>45</sup>) ed in una sorta di nucleo essenziale che, accanto all'*eterosessualità*, comprenderebbe anche *esogamia* e *monogamia*. Ma il nesso che viene così costruito tra i tre elementi non ha, in realtà, basi giuridiche: monogamia ed esogamia hanno un proprio autonomo e differente fondamento costituzionale, che riposa per la prima sul prin-

<sup>41</sup> Tradizione romanistica: P. GROSSI, op. cit., p. 172; sulla fondazione tradizionale non si può ignorare la parabola interpretativa tracciata dalla Corte costituzionale: rigettando l'incostituzionalità del reato di adulterio della moglie (sent. n. 64/1961), argomentava sulla base della concezione di famiglia "quale tutt'ora vive nella coscienza del popolo" ed affermava "che la moglie conceda i suoi amplessi ad un estraneo è apparso al legislatore, in base, come si è detto, alla prevalente opinione, offesa più grave che non quella derivante dalla isolata infedeltà del marito. Al di fuori di ogni apprezzamento, che non spetta alla Corte di compiere, trattasi della constatazione di un fatto della vita sociale, di un dato della esperienza comune, cui il legislatore ha ritenuto di non poter derogare. Da solo esso è idoneo a costituire quella diversità di situazione che esclude ogni carattere arbitrario e illegittimo nella diversità di trattamento"; tornando sul medesimo reato, ne dichiarava sette anni dopo l'incostituzionalità, (sent. n. 126/1968), riconoscendo che "Il principio che il marito possa violare impunemente l'obbligo della fedeltà coniugale, mentre la moglie debba essere punita – più o meno severamente – rimonta ai tempi remoti nei quali la donna, considerata perfino giuridicamente incapace e privata di molti diritti, si trovava in stato di soggezione alla potestà maritale. Da allora molto è mutato nella vita sociale: la donna ha acquistato pienezza di diritti e la sua partecipazione alla vita economica e sociale della famiglia e della intera collettività è diventata molto più intensa, fino a raggiungere piena parità con l'uomo".

<sup>42</sup> Ampiamente presente nel dibattito costituente; v. anche C. GRASSETTI, *Famiglia (diritto privato)*, in *Noviss. dig. it.*, Utet, Torino, 1961, p. 50; G. LOMBARDI, *La famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Iustitia*, 1965, p. 3.

<sup>43</sup> Parla espressamente di «metanorma consuetudinaria di riconoscimento», A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 767; F. DAL CANTO, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro it.*, 2005, V, pp. 257 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi e la pretesa dei diritti individuali dei conviventi*, in *Quad. cost.*, 2008, pp. 101 ss.; L. VIOLINI, *Il riconoscimento delle coppie di fatto: praeter o contra constitutionem?*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 395.

<sup>44</sup> Richiamo R. BIN-A. PUGIOTTO, cit., e quanto ho argomentato in proposito in *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la costituzione italiana*, in B. PEZZINI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto, Un itinerario di ricerca plurale*, Jovene, Napoli 2008, p. 91; interessante anche la critica alla intrinseca debolezza e insufficienza delle argomentazioni "anti-storicistiche" di N. PIGNATELLI, op. cit., par. 2.

<sup>45</sup> M. OLIVETTI, *Interrogativi costituzionali sulle unioni di fatto*, in *Identità e genere*, Quaderni di scienza e vita, 2007, p. 40, sostiene che l'art. 29 definendo la famiglia "ne presuppone le caratteristiche consegnate all'epoca attuale dalle generazioni precedenti".

cipio di uguaglianza uomo-donna<sup>46</sup> e per la seconda sulla tutela dell'equilibrio dell'istituzione familiare<sup>47</sup>.

Inoltre, la fondazione del paradigma eterosessuale del matrimonio avvalorava un'interpretazione sostanzialmente biologica dell'attributo della naturalità della famiglia, che incorpora l'implicita potenzialità (o almeno la proiezione) riproduttiva dell'unione maschio-femmina; si tratta di un archetipo culturale resistente, ma di una configurazione non giuridicamente argomentabile; cui si contrappongono gli sviluppi ordinamentali nella direzione della procreazione cosciente e responsabile<sup>48</sup>; anche la giurisprudenza costituzionale, del resto, ha ritenuto espressamente arbitrario attribuire “alla capacità generativa il carattere di requisito essenziale per la validità e l'esistenza stessa di tale matrimonio” (sent. 161/1985). A proposito dell'esistenza plausibile di una meta-norma sull'orientamento sessuale nel matrimonio e di qualsiasi interpretazione giusnaturalistica, va osservato che il “dispositivo” sulla sessualità<sup>49</sup> viene prepotentemente interrogato – come vediamo nella concretezza delle esistenze – dall'affrancamento della attività eterosessuale dalla riproduzione, con la conseguenza della sua piena ascrizione ad una *attività relazionale umana* e non ad una funzione biologica<sup>50</sup>.

Altrettanto poco convincenti mi sembrano le risposte positive che argomentano l'assunzione del paradigma eterosessuale nell'art. 29 Cost. richiamando all'orizzonte di senso pensato dai costituenti, che indubbiamente incorporava il paradigma eterosessuale: non solo per una ragione di metodo, perché ad ogni significato consapevolmente ascritto alla norma dal legislatore storico si aggiunge, nel tempo, anche quanto prima era impensabile, nel momento in cui (e per il fatto stesso che) diviene pensabile in quel contesto normativo (non diversamente da come l'art. 21 ha incorporato il riferimento alla TV e internet, non pensato e non pensabile dai costituenti); ma anche perché il modello familiare e di relazione coniugale *patriarcale* conosciuto dai costituenti (perché vivo nella realtà e disciplinato nel codice), in realtà già conteneva il germe della sua trasformazione (dissoluzione), inciso dalle profonde trasformazioni che sarebbero derivate dall'impatto della norma sull'uguaglianza di genere.

Semmai, nell'art. 29 Cost., il dato giuridico positivo che collega il matrimonio al paradigma eterosessuale si lega alla *ratio* del richiamo dell'istituto matrimoniale in costituzione: si può dire che il matrimonio a cui fa riferimento la vera regola normativa del secondo comma dell'art. 29 Cost. incorpora il paradigma eterosessuale perché e nella misura in cui la funzione di questa norma è di introdurre la norma anti-subordinazione di genere nella struttura della famiglia (di rimuovere la subordinazione della donna all'uomo dentro la struttura familiare).

Sempre, però, tenendo presente che la formulazione bi-direzionale rispetto al sesso (la disposizione parla di “coniugi”, non di marito e moglie) consente di applicare la norma paritaria anche alle coppie *same-sex*, ad evitare che ruoli familiari, a prescindere dal sesso delle persone che li agiscono, costruiscano situazioni di potere e disuguaglianze di fatto.

<sup>46</sup> E comunque sull'uguaglianza *tout-court*, che non consentirebbe neppure una regola simmetrica e speculare che ammettesse un matrimonio contemporaneamente poligamico e poliandrico che, oltre a configurare una costellazione troppo complessa e socialmente inservibile, violerebbe l'uguaglianza come condizione irrinunciabile del singolo matrimonio, che non può essere “a geometria variabile”.

<sup>47</sup> Di buon funzionamento dell'istituzione familiare e tutela del suo equilibrio parla la sent. 518/2000, sottolineando la necessità di “evitare perturbazioni della vita familiare e di aprire alla più vasta società la formazione di strutture di natura familiare”.

<sup>48</sup> Un filo rosso collega l'abrogazione del reato di sterilizzazione volontaria, la legittimazione della propaganda anticoncezionale e l'affidamento di un compito specifico in materia di somministrazione degli anticoncezionali nei consultori, il riconoscimento dell'impotenza solo come errore *ex 122 c.c.* e dell'opposizione a rapporti sessuali non finalizzati alla procreativa come causa di divorzio: v. P. VERONESI, *Il corpo e la costituzione*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 81 ss.

<sup>49</sup> Anche senza scomodare Foucault che nella “Storia della sessualità” disegna la fondazione della norma eterosessuale tra poteri, corpi e “dispositivo di sessualità”: v. A. SIMONE, *L'eccezione del diritto. Intorno alla norma eterosessuale*, in AIS-Sezione sociologia del diritto, Quaderno dei lavori, 2008, *Working paper*, n. 37, p. 16.

<sup>50</sup> Il controllo positivo della fertilità (fecondazione artificiale) ancor più della diffusione e l'efficacia degli anticoncezionali (controllo negativo) consente la scissione dell'aspetto sociale-relazionale da quello riproduttivo della sessualità, rendendo evidenti le componenti umane e relazionali degli orientamenti sessuali: v. M. MORI, *Aborto e morale. Capire un nuovo diritto*, Einaudi, Torino, 2008, p. 111.

6. E non solo: il richiamo del paradigma eterosessuale non chiude definitivamente il discorso.

Resta, infatti, da chiedersi ulteriormente se si tratti di un contenuto costituzionale inamovibile del matrimonio, necessario anche in relazione ad altri principi costituzionali che ad esso si collegano.

In realtà, la funzione antisubordinazione collega il matrimonio al paradigma eterosessuale perché storicamente la famiglia è (si presenta al Costituente) come luogo essenziale (potremmo dire “privilegiato”) della subordinazione della donna all’uomo, della costruzione di rapporti di genere segnati dalla subordinazione gerarchica del femminile al maschile; si tratta quindi di un paradigma *non ontologico, bensì storico e fenomenico* che permette di affermare l’uguaglianza tra i sessi nei rapporti familiari (coniugali ed anche, in parallelo, di potestà/responsabilità genitoriale).

La domanda che siamo chiamati oggi ad affrontare è differente e specifica, e neppure riguarda l’intera gamma dei rapporti familiari, ma il solo rapporto coniugale, il rapporto *more uxorio*<sup>51</sup>.

Qui aprirei una parentesi: credo che la questione si porrà anche nei confronti dei rapporti verticali di genitorialità, ma non credo necessario doverla affrontare qui: 1) non è all’o.d.g. oggi (non è posta dalle ordinanze di rinvio e neppure dalla nostra preziosa traccia introduttiva) 2) ma soprattutto ha, come abbiamo visto, *basi giuridiche differenti*.

Il dibattito più generale ci restituisce però la sensazione che la questione sia particolarmente significativa, non solo in una proiezione futura (come questione che si prima o poi si porrà), ma anche come una sorta di convitato di pietra del dibattito in corso (come spettro che turba la precomprensione di molti ...<sup>52</sup>).

La domanda (il tema che il diritto deve affrontare) riguarda oggi la celebrazione del matrimonio *tra due persone dello stesso sesso: il riconoscimento legale di una unione* che, in quanto legale, risulti fondata su diritti e doveri reciproci (sia pure sorretti dal consenso<sup>53</sup>), accompagnata da una presunzione di stabilità (di tendenziale durata nel tempo, dal momento che l’attenuazione dei vincoli matrimoniali conseguente alla separazione e lo scioglimento del matrimonio con il divorzio sono il risultato di procedure ampiamente formalizzate) e riconoscibile dai terzi. Riconoscimento legale da cui derivano ai coniugi una serie di effetti, benefici, tutele giuridiche.

*Il paradigma eterosessuale* – che è servito (e ancora serve) a liberare dalla subordinazione di genere, che inchiodava la moglie alla soggezione al marito capo-famiglia – *non costituisce l’essenza della regola costituzionale sul matrimonio*, ne è semmai la premessa fattuale e fenomenica riferita ad un coppia eterosessuale che vuole una *unione stabile, registrata, costitutiva di reciproci doveri paritari*.

Il paradigma eterosessuale non rappresenta, perciò, una condizione necessaria e inamovibile della norma costituzionale sul matrimonio, ma un elemento di premessa, destinato a perdere di rilievo nel momento in cui (e proprio perché) la premessa fattuale è, oggi, rappresentato dall’esistenza di una (differente) coppia *same sex* che vuole *la stessa cosa*, vuole accedere allo stesso riconoscimento legale di una *unione stabile, registrata, costitutiva di reciproci doveri paritari* (la differenza non concerne le caratteristiche dell’istituto matrimoniale, ma le caratteristiche – omogeneità/eterogeneità di sesso – dei soggetti che all’istituto vogliono accedere).

Torniamo, quindi, a dire che negando l’accesso al matrimonio alle coppie dello stesso sesso l’ordinamento prevede e produce una *differenza di trattamento*, che risulta fondata sull’esercizio di una libera scelta personale nella sfera affettiva e sessuale (la scelta relativa al sesso del partner rispetto al proprio); discrimina in base ad un elemento che riguarda l’orientamento dei propri affetti e desideri, ad una caratteristica della personalità, della costruzione dell’identità personale (non solo sessuale, semmai sessuale in quanto profondamente personale); ammette una differenza di tratta-

<sup>51</sup> Tra l’altro in giurisprudenza già si profilano alcuni esempi di una equiparazione delle convivenze etero ed omosessuali (ai fini della sublocazione di immobile, per qualificare come obbligazione naturale la donazione tra conviventi, in merito all’astensione dalla testimonianza contro il partner): M. GATTUSO, op. cit., p. 271, nota 23.

<sup>52</sup> Anche E. CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale all’esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 2009, p. 1250.

<sup>53</sup> G. FERRANDO, *Famiglia e matrimonio*, in *Famiglia*, 2001, p. 939, osserva che “Il principio di eguaglianza, che si arrestava sulla soglia domestica, la ha varcata, cambiando ogni cosa. Si assiste al passaggio da una famiglia fondata sullo *status*, ad una fondata sul contratto, nella quale il consenso di soggetti liberi ed eguali è rilevante non solo nel momento costitutivo, ma nello svolgimento del rapporto, nella determinazione della vita familiare”.

mento basata su di una *condizione personale*<sup>54</sup>. La discriminazione è rivolta verso gli omosessuali per il solo fatto del loro *orientamento sessuale*, che è, da un lato, l'unico elemento della differenza degli omosessuali dagli altri individui e che, dall'altro, riduce *gay* e lesbiche ad esseri umani *ad una sola dimensione*, quella definita dal loro sesso e dalla loro sessualità

Ma, una volta rilevata una differenza di trattamento basata su di una condizione personale (un elemento di libera opzione personale), scatta lo *strict scrutiny* nell'esame delle eventuali e possibili giustificazioni di tale differenza; la pretesa soggettiva all'uguaglianza agisce come premessa di ogni possibile ragionamento, come vincolo iniziale che riduce la complessità delle variabili: solo ragioni costituzionalmente fondate e stringenti (non altrimenti tutelabili) possono consentire un trattamento differenziato, allo scopo di tutelare esigenze costituzionali veicolate e introdotte dal matrimonio (contesto comparativo specifico) e in relazione ad esso, nei limiti di una stretta proporzionalità.

Esistono simili giustificazioni?

Gli argomenti che vengono più frequentemente adottati per negare il matrimonio *same sex* risultano tutti superabili: non costituzionalmente fondati, non proporzionati, inconferenti.

La procreazione (o potenzialità riproduttiva, certamente preclusa all'interno delle coppie omosessuali), come già visto, non è elemento legalmente rilevante del matrimonio: se lo fosse, dovrebbe, infatti, necessariamente escludere dal matrimonio anche soggetti sterili, anziani, chi non voglia avere relazioni sessuali o figli; non è contestabile che la disciplina legale del matrimonio vada vista ben oltre l'impronta storica della sua funzione di legittimazione di relazioni sessuali e di assicurazione della successione degli eredi legittimi. Non lo è un preteso rispetto per le concezioni etiche o religiose in merito al matrimonio: la prospettiva della famiglia come cellula fondamentale della società, garante dell'ordine sociale e morale della nazione, marcatamente istituzionistica, appartiene al passato<sup>55</sup>, superata da una visione che mette la persona al centro dell'universo familiare, a giustificazione della tutela del gruppo (della formazione sociale)<sup>56</sup>; neppure il riconoscimento di un ruolo attivo della religione nella vita pubblica autorizza ad usare la dottrina religiosa per interpretare la costituzione; la protezione costituzionale della libertà religiosa ed il riconoscimento costituzionale del ruolo delle confessioni religiose garantiscono la possibilità di ritenere il matrimonio un sacramento, di appartenere ad una comunità anche religiosa che celebra i matrimoni secondo il proprio ordinamento (con effetti civili come nel caso del matrimonio concordatario in Italia) e di esprimere e propagandare le proprie posizioni e convinzioni in materia, ma l'essenziale pluralismo costituzionale impone di consentire la convivenza di concezioni differenti nello stesso spazio pubblico mostrando uguale rispetto per tutte, senza che vi sia la possibilità di attribuire superiorità ad una concezione sull'altra.

D'altra parte il riconoscimento del matrimonio *same sex* non altera il matrimonio eterosessuale,

<sup>54</sup> Personalmente ritengo che tale differenziazione del trattamento debba essere qualificata anche come *discriminazione sulla base del sesso e discriminazione di genere*; la discriminazione opera *sulla base del sesso* nella misura in cui è il sesso cui appartengo a determinare quale possibilità di unione stabile, ufficializzata e paritaria posso avere: solo con persona di sesso differente dal mio (etero sì, *same sex* no); costituisce una discriminazione *di genere* in quanto riduce e delimita la sfera delle possibilità e dei ruoli sociali in base al sesso (incorpora nella definizione di ciascun genere un riferimento privilegiato all'orientamento affettivo e sessuale verso il sesso opposto, che diventa fonte e fondamento di un riconoscimento sociale e giuridico privilegiato). Non ritengo opportuno insistere specificamente sul punto perché sono consapevole che l'uguaglianza rispetto al sesso viene preferibilmente declinata (ma a me pare un limite della riflessione giuridica) nel confronto tra due soggetti di sesso diverso –tra una donna ed un uomo che, nelle stesse condizioni, vengano trattati diversamente senza una giustificazione obiettiva e costituzionalmente fondata: in quest'ordine di idee, la *donna* lesbica e l'*uomo* gay sarebbero trattati ugualmente tra di loro, per quanto differenziati rispetto a donne e uomini eterosessuali, e ciò impedirebbe di rilevare una discriminazione “fondata sul sesso”, rinviando alla necessità di rilevare una discriminazione “fondata sull'orientamento sessuale”. Ma, soprattutto, non ritengo necessario approfondire il punto sulla base del fatto che alla luce della costituzione italiana la questione non ha un rilievo decisivo, essendo sia il sesso, sia le condizioni personali contemplate come distinzioni vietate (o almeno sospette) secondo il tenore dell'art. 3, 1° comma Cost.; va, tuttavia, tenuto presente che, in quella sorta di “eccesso classificatorio” che spesso accompagna la trattazione delle questioni di discriminazione e di uguaglianza, il tema potrebbe acquistare rilevanza e sarà, pertanto, comunque interessante verificare se la risposta della Corte costituzionale prenderà posizione sul punto, espressamente o implicitamente, qualificando l'orientamento omosessuale in termini di *condizione personale* ovvero di *condizione di genere*.

<sup>55</sup> Per un aggiornamento, non privo di ambiguità, della concezione istituzionistica: v. F. PIZZOLATO, *La famiglia nella Costituzione e criteri per una disciplina dei modelli diversi di convivenza*, in *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto*, cit., p. 119.

<sup>56</sup> P. ZATTI, *Introduzione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 3 ss.

dal momento che l'estensione alle coppie omosessuali non attenua o scalfisce in alcun modo i diritti e la protezione delle coppie eterosessuali, che restano inalterati.

7. Piuttosto, vi sono ragioni che premono nella direzione di una piena equiparazione nel trattamento: la pretesa di vedere rimosse le norme che impediscono di accedere al matrimonio con persone dello stesso sesso, la pretesa degli omosessuali di essere uguali agli eterosessuali nella possibilità di riconoscimento della veste giuridica che l'ordinamento confeziona per e mette a disposizione della relazione di coppia liberamente scelta in base alle caratteristiche della propria personalità (dell'orientamento affettivo e sessuale) consentirebbe di riprendere la funzione di norma antisubordinazione assegnata al matrimonio dall'art. 29 Cost., aggiornandola al contesto fattuale che si pone oggi in premessa.

L'esistenza nella costituzione italiana di una norma *anti-subordinazione di genere* (che ho cercato di dimostrare in alcuni lavori ai quali necessariamente rimando<sup>57</sup>) riguarda, per l'ampiezza della sua estensione, non solo tutte le forme e le circostanze della relazione uomo-donna, alle quali si applica come prima evidenza, ma anche l'orientamento sessuale e tutte le articolazioni della relazione tra sesso e genere (transsessualismo, *transgender*, ermafroditismo); nel quadro unitario dell'uguaglianza formale e sostanziale, essa vale ad impedire la fissazione del riferimento al sesso corporeo come dato incontrovertibile, consentendo la visibilità dei corpi oltre il dimorfismo sessuale e l'apertura ai desideri della persona oltre il paradigma eterosessuale<sup>58</sup>.

Nei confronti delle coppie eterosessuali si trattava – all'indomani dell'entrata in vigore della costituzione – essenzialmente di promuovere una nuova concezione di rapporti di genere, paritaria, *all'interno della famiglia*, coerentemente all'impostazione fortemente *gender sensitive* che orienta anche tutti i rapporti sociali nella direzione di piena parità tra i sessi<sup>59</sup>, e si tratta – ancora oggi – di sostenerla coerentemente lungo il suo faticoso processo di attuazione.

Nei confronti delle coppie omosessuali si tratta – oggi – di superare una diversa condizione di subordinazione e di discriminazione, pur sempre legata al rapporto sesso-genere (e con fondazione apparentemente biologica, ma sarebbe meglio dire con una *pretesa* fondazione biologica).

La domanda del matrimonio *same sex* corrisponde alla richiesta degli omosessuali di non sentirsi e di non essere esclusi dall'universo degli eguali: del resto, il bisogno di protezione legale costituzionale è avvertito specialmente da parte dei soggetti che appartengono a gruppi non maggioritari o comunque discriminati ed a tali soggetti deve essere garantita protezione. Si tratta di rendere attive, nel nuovo contesto "critico" in cui se ne avverte il bisogno, le funzioni antidiscriminatoria, antisubordinazione e antistigmatizzazione; funzioni in cui consiste la garanzia costituzionale dell'uguaglianza e che, nei confronti degli omosessuali, non sono affatto estranee all'impianto della costituzione: si tratta semplicemente di estenderle a situazioni inizialmente non contemplate, in un tessuto costituzionale che, essendo fortemente indirizzato alla promozione della persona, risulta particolarmente adatto a riconoscere anche la discriminazione che non procede espressamente ma in modo implicito (qualificando le coppie omosessuali come non contemplate e non contemplabili dalla legge sul matrimonio)<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> B. PEZZINI, *Donne e costituzione: le radici ed il cammino*, in *La costituzione della repubblica italiana. Le radici e il cammino*, Atti del convegno e del corso di lezioni (Bergamo, ottobre-dicembre 2005), in *Studi e ricerche di storia contemporanea*, n. 68, 2007, p. 163; *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la Costituzione italiana*, in B. PEZZINI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto*, Napoli, Jovene, 2008, p. 91.

<sup>58</sup> B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, in *Scritti Carlussare*, vol. III, Napoli, 2009, p. 1159.

<sup>59</sup> Ulteriormente qualificata come "piena parità" nella riforma dell'art. 117, 7° comma del 2001, che peraltro rende solo più esplicita una tendenza già fortemente marcante la *costituzione di genere*.

<sup>60</sup> Si tratta di assumere a modello la "via sudafricana" al riconoscimento del matrimonio omosessuale: la nota sentenza sudafricana in materia di matrimonio *same sex* (1° dicembre 2005: su cui v. M. MONTALTI, *La battaglia legale per il same sex marriage*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 4819) richiama espressamente, coerentemente con la storia di quel paese, il riconoscimento di una funzione fortemente proiettiva della costituzione del 1996, adottata in rottura radicale con un passato in cui l'intolleranza e

Se, come crediamo di avere evidenziato, l'art. 29 Cost. è una norma relativamente flessibile rispetto al paradigma eterosessuale (che incorpora per la funzione assegnata al matrimonio nella relazione tra i due sessi come dato fenomenico e non ontologico), a fornire argomenti in favore del matrimonio *same sex* è la pretesa soggettiva all'uguaglianza a prescindere dalle condizioni personali relative all'orientamento affettivo e sessuale.

Dobbiamo, di conseguenza, concludere che, sulla spinta dei casi che premono, il matrimonio si sgancia definitivamente dal paradigma eterosessuale?

Oppure al legislatore resta aperta la possibilità di configurare, a tutela della pari dignità e dell'uguaglianza degli omosessuali, un istituto diverso dal matrimonio ma sostanzialmente capace di garantire gli effetti essenziali che il matrimonio spiega nei rapporti orizzontali tra i coniugi? È ammissibile che il matrimonio resti legato alla sua funzione ancora attuale di norma anti-subordinazione *di genere* e ancorato al paradigma eterosessuale purché per le coppie *same-sex* sia reso disponibile un istituto legale sostanzialmente analogo? Assicurando gli effetti e non lo stesso istituto si discrimina sulla base di una condizione personale (o sulla base del sesso, si compie una discriminazione di genere)?

**8.** La risposta a queste domande orienta le possibili opzioni decisorie della Corte costituzionale nelle questioni sollevate.

**8.1.** Spingendo a fondo il tasto dell'uguaglianza come garanzia anti-subordinazione, la garanzia di accedere ad un istituto distinto anche se con effetti sostanziali analoghi non può essere considerata pienamente soddisfacente.

Entrano in gioco le definizioni di normalità e devianza che, veicolate dalle norme giuridiche, cristallizzano stigmatizzazioni, esclusione, subordinazione sociali: non basta non trattare peggio i “diverenti” rispetto ai “normali” che vengono, per definizione, identificati negli eterosessuali (ovvero non trattarli peggio di altri “non normali” come i transessuali che, tuttavia, dopo la rettifica del sesso originario sono in grado di aderire al paradigma della normalità eterosessuale).

Una questione di piena uguaglianza e dignità della persona pretende che entrambe le possibili direzioni affettive e sessuali, etero ed omosessuale, vengano ricomprese dentro la regola a pieno titolo e in piena parità, *perché non ci sono motivi costituzionalmente leciti per differenziarle*.

Ne consegue che ritengo fondata una sentenza di accoglimento che dichiarando l'incostituzionalità degli articoli impugnati nella parte in cui non consentono alle coppie dello stesso sesso di contrarre matrimonio le ammette alle pubblicazioni e alla celebrazione del matrimonio.

Più precisamente, la sentenza dovrebbe essere di accoglimento *sostitutiva* nei confronti degli artt. 107, 108, 143, 143 *bis*, disponendo che in tutte queste disposizioni le parole “marito” e “moglie” vengano sostituite dall'espressione “coniuge” o “coniugi” (espressioni bidirezionali rispetto al genere dei nubendi/delle nubende, dei coniugati/delle coniugate<sup>61</sup>). Nei confronti degli art. 143 *bis* e 156 *bis* la sentenza potrebbe essere di mero accoglimento (eventualmente di accoglimento parziale, dichiarando l'incostituzionalità nella parte in cui si applica a coppie dello stesso sesso e lasciando impregiudicata la questione nei confronti delle coppie eterosessuali<sup>62</sup> e, nei confronti dell'art. 231, di

---

l'esclusione erano assunti ad elementi costitutivi dell'ordinamento (*apartheid*); un'argomentazione che risulta particolarmente interessante perché, sia pure con le dovute differenze, la funzione proiettiva e trasformativa risulta strutturalmente incorporata anche nella costituzione italiana. Rispetto a quanto osservavo in proposito in *Uguaglianza e matrimonio*, cit., p. 114, aggiungerei però un motivo di scetticismo, che dipende dalla constatazione dell'attenuarsi di una condivisione, in termini di costituzione materiale, delle concezioni proiettive della costituzione e dal venir meno di una legittimazione e sollecitazione di tali interpretazioni da parte del contesto politico sociale in cui le interpretazioni si calano.

<sup>61</sup> Questa è la soluzione generalmente praticata dalle proposte di legge in materia: v. B. DE FILIPPIS, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Le unioni fra persone*, cit., p. 267; B. DE FILIPPIS-F. BILOTTA (a cura di), *Amore civile. Dal diritto della tradizione al diritto della ragione*, Mimesis/SX, Milano-Udine, 2009.

<sup>62</sup> La questione dell'attribuzione del cognome del marito/paterno come cognome familiare è stata lasciata in sospeso dalla sent. n. 61/2006 che, pur riconoscendo che l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale e di

inammissibilità per irrilevanza, in quanto norma che riguarda la filiazione e non la relazione coniugale. Nel vuoto normativo lasciato dall'incostituzionalità parziale dell'art. 143 *bis* il legislatore sarebbe libero di intervenire con una qualsiasi soluzione paritaria: doppia e reciproca aggiunta, scelta volontaria (che garantiscono un nome familiare comune), pura e semplice conservazione del proprio cognome da parte di ciascuno.

Il legislatore potrà anche successivamente intervenire per escludere determinati effetti del matrimonio: in particolare, essendo rapporti familiari orizzontali e verticali fondati su norme costituzionali differenti, ancorché coordinate, ritengo possibile<sup>63</sup> una esclusione espressa dall'adozione, come fanno gli ordinamenti di Norvegia, Danimarca e Finlandia.

La soluzione dell'ammissibilità del matrimonio *same sex*, più rigorosa dal punto di vista dell'uguaglianza<sup>64</sup>, incontra difficoltà ed obiezioni che non possono essere sottovalutate. Da un lato (sul piano della probabilità), richiede che la Corte valorizzi una concezione *forte* dell'uguaglianza come pretesa soggettiva, cui di norma preferisce un utilizzo più flessibile del parametro di ragionevolezza come principio informatore dell'ordinamento (v. *supra* le considerazioni in par. 3). Dall'altro (sul piano della opportunità), affida direttamente ad una pronuncia costituzionale uno scarto molto forte di trasformazione dell'ordinamento e, soprattutto, della realtà sociale e culturale che l'intervento del legislatore potrebbe, almeno in astratto, meglio governare (in astratto, visto che in concreto abbiamo già rilevato la incapacità/negativa volontà della politica)<sup>65</sup>. Inoltre, non sono mancate, nel dibattito avviato dalle ordinanze di cui ci occupiamo, osservazioni sulle possibili reazioni politiche a una sentenza "troppo avanzata" rispetto al contesto politico sociale<sup>66</sup>: argomenti non decisivi nell'esaminare la fondatezza della soluzione proposta in termini di coerenza giuridica, che pure hanno un peso non sottovalutabile (e probabilmente decisivo sul piano del giudizio prognostico sulla decisione).

In realtà, questo tipo di pronuncia risolverebbe i nodi di una controversia politico-sociale rispondendo a bisogni collocati in una tale posizione di minorità da non avere realmente possibilità di rappresentanza; non già creando diritto nuovo, ma rendendo evidenti i principi costituzionali di riferimento ed applicandoli dove è rilevata una lacuna assiologica.

Al netto di considerazioni sulla sua opportunità sociale e sulla probabilità, è però sul piano dell'interpretazione costituzionale che tutta questa vicenda ci interroga: l'accesso al matrimonio resta la strada unica e la soluzione obbligata che ricaviamo dal combinato disposto degli artt. 2, 3 e 29 Cost. per tutelare la pretesa di assoluta dignità e uguaglianza di ogni persona a prescindere dal suo orientamento affettivo e sessuale?

**8.2.** Il ragionamento svolto sin qui evidenzia che la strada del matrimonio *same sex* è certamente possibile, poiché il paradigma eterosessuale non è assoluto; l'argomento che porterebbe a suggerire che essa sia anche *obbligata* fa leva sul fatto che tale soluzione sarebbe l'unica capace di evitare una collocazione subordinata e stigmatizzata, di serie B, per le coppie omosessuali.

Si può, tuttavia, io credo ulteriormente sviluppare il ragionamento, riflettendo sul fatto che quan-

---

una tramontata potestà maritale sicuramente non coerente con il valore costituzionale dell'uguaglianza uomo-donna, ha concluso nel senso dell'inammissibilità per discrezionalità del legislatore, ritenendo che fosse stata richiesta una operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte: la vicenda è interessante perché rende tangibile il pregiudizio di subordinazione femminile incorporato non solo nella norma, ma nella difficoltà di risolvere la questione, il cui prezzo è il mantenimento di una acclarata violazione del principio di uguaglianza.

<sup>63</sup> Che pure non ritengo particolarmente necessaria, in quanto basta a garantire piena ed efficace tutela del minore il principio informatore dell'adozione, che affida al procedimento e al giudici la valutazione del suo interesse in concreto ed in via esclusiva.

<sup>64</sup> L'uguaglianza e la pari dignità non possono che essere piene; osserva M. MONTALTI, *Separazione dei poteri e riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in F. BILOTTA (a cura di), *Le unioni fra persone dello stesso sesso*, Mimesis, Milano-Udine, 2008, p. 93, che devono non solo consentire opzioni, opportunità e benefici tangibili, ma anche il benessere psicologico e la sicurezza personale che corrispondono ad un effettivo superamento della subordinazione.

<sup>65</sup> Interroga ampiamente la questione della separazione dei poteri, in chiave comparatistica, M. MONTALTI, 2008, op. cit.

<sup>66</sup> A.Y. MELANI, *Il matrimonio costituzionale davanti alla Corte costituzionale: azzardo o svolta?*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 2009, p. 6; N. PIGNATELLI, op. cit., p. 3.

do l'art. 29 Cost. associa (nella forma e nella misura sopra indicate) l'eterosessualità al matrimonio, ciò non serve per affermare la superiorità della relazione coniugale etero- rispetto a quella omosessuale, ma per garantire costituzionalmente la piena uguaglianza morale e giuridica di uomo e donna nel matrimonio (secondo una funzione di norma antisubordinazione di genere, di cui c'è ancora bisogno per i molteplici segnali sociali della costruzione di rapporti asimmetrici di genere che si alimentano nel luogo degli affetti e delle relazioni familiari).

Partendo da qui, si può meglio discernere che la tutela costituzionale richiesta dalle coppie *same sex*, e ad esse dovuta, non viene rivolta tanto *all'interno del rapporto coniugale* per imprimere ai rapporti di genere una direzione paritaria anziché gerarchica, ma, in primo luogo, *all'esterno* della coppia, nei rapporti sociali, nell'ambito dei quali si vogliono ottenere gli stessi effetti di visibilità, legittimazione e riconoscimento nonché le stesse garanzie di tutela di cui godono marito e moglie in virtù dello *status* coniugale (visibilità, riconoscimento e tutela che hanno anche una proiezione interna al rapporto tra i/le partner, nel senso del valore simbolico e giuridico dei doveri che si assumono reciprocamente). Per soddisfare questa prevalente esigenza potrebbe allora, in una prima fase, essere sufficiente l'apertura alle coppie *same sex* non direttamente dell'accesso al matrimonio, ma dell'accesso ad una condizione giuridica che garantisca effetti essenziali e sostanziali analoghi a quelli del matrimonio per le coppie eterosessuali (effetti rivolti soprattutto, anche se non solo, *verso l'esterno*: una condizione giuridica che deve ricomprendere annotazione nei registri di stato civile, ai fini della riconoscibilità esterna dell'unione, assunzione reciproca dei doveri coniugali, estensione degli effetti in termini di benefici).

Si libera, in questo quadro, *uno spazio di discrezionalità per il legislatore*; uno spazio costituzionalmente delimitato ed orientato dalla necessità di garantire la possibilità di vita familiare senza subire discriminazioni e senza diminuire le possibilità ed i diritti individuali a causa della condizione personale di omosessualità, che affida alla capacità ed alla responsabilità politica del legislatore l'individuazione del percorso legislativo più adeguato a garantire il fine costituzionale.

Il riconoscimento di una necessaria centralità del legislatore in materia potrebbe anche derivare dalle norme della CEDU e della Carta europea dei diritti fondamentali che rimettendo la disciplina del matrimonio alle legislazioni nazionali riconoscono l'esigenza di un pluralismo, capace di coniugare il rispetto delle diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli europei con la tutela dei diritti fondamentali che, sia chiaro, non può recedere<sup>67</sup>.

Coerente con questa impostazione sarebbe una pronuncia *additiva di principio* che riconosca che tutti hanno diritto alla tutela della propria vita familiare senza distinzioni fondate sull'orientamento affettivo-sessuale (in base agli artt. 2 e 29 Cost.) e pertanto dichiarati incostituzionale, per contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost., l'assenza di una norma che estenda alle coppie dello stesso sesso il matrimonio *ovvero* la tutela ed i benefici rappresentati da effetti sostanziali analoghi a quelli che il matrimonio assicura alle coppie eterosessuali.

**8.3.** Meno convincente sarebbe derivare, da premesse sostanzialmente uguali a quelle che sorreggono l'ipotesi di un'additiva di principio, la soluzione di una pronuncia di inammissibilità fondata sulla discrezionalità del legislatore, in cui la Corte, pur rilevando (il fondamento costituzionale de) la necessità di garantire una tutela alle coppie dello stesso sesso, ritenesse che il legislatore ha, in questa direzione, una discrezionalità tanto ampia da non consentire una dichiarazione di illegittimità della lacuna riscontrata. Innanzitutto, il richiamo alla discrezionalità del legislatore non può non tenere conto del fatto che gli omosessuali non scelgono liberamente il regime della loro vita di coppia, dal momento che né possono accedere al matrimonio, né hanno una forma alternativa di unione riconosciuta a disposizione: *la discrezionalità del legislatore è tale solo rispetto ad un ventaglio di possibili forme di tutela, non consente un apprezzamento libero della necessità di tutela.*

<sup>67</sup> Individua, dalla ricomposizione del quadro normativo internazionale e comunitario, una discrezionalità legislativa sia in riferimento alla definizione del contenuto del matrimonio, sia in relazione alla individuazione di istituti giuridici equivalenti: N. PIGNATELLI, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra "istituzione" matrimoniale e funzione "familiare"*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, pp. 243 ss.



Inoltre, in un contesto in cui il legislatore si è già dimostrato palesemente incapace di orientare l'esercizio della sua funzione nella direzione della tutela delle coppie *same sex*, una decisione di questo tenore avrebbe solo l'effetto di rimandare ad un tempo futuro ed incerto la tutela effettiva di interessi costituzionalmente rilevanti, senza realistiche prospettive di un intervento legislativo capace di articolare le scelte che sarebbero necessarie.

**8.4.** Nel quadro di una sentenza di inammissibilità fondata sull'art. 28 della L. 87/1953, la motivazione potrebbe comunque svolgere una funzione decisiva, enunciando chiaramente che alle spalle della discrezionalità del legislatore sta un diritto fondamentale da tutelare (diritto alla tutela della vita familiare, diritto a non subire discriminazioni a causa di condizioni personali legate all'orientamento affettivo e sessuale) e di quale portata sia<sup>68</sup>.

**8.5.** Non voglio ipotizzare una sentenza di rigetto: per ritenere infondata la questione la Corte dovrebbe dimenticare troppi principi costituzionali fondamentali che ha sempre mostrato di avere a cuore e di saper difendere e persino introdurre troppe discontinuità con la sua giurisprudenza.

Le posizioni soggettive che aspirano, nei casi dei quali ci stiamo occupando, al riconoscimento di una tutela costituzionalmente fondata, si riallacciano a situazioni già riconosciute, nel tempo, dalla giurisprudenza costituzionale. Così è per il valore dell'uguale dignità delle persone e per il valore dell'identità personale sessuale: quanto già riconosciuto dalla sent. 161/1985<sup>69</sup> e dalla sent. 561/1987<sup>70</sup> si sviluppa idealmente in un diritto a vedere riconosciuta la propria caratterizzazione sessuale ed a vedere realizzato il diritto all'identità sessuale come aspetto relazionale e fattore di svolgimento della personalità<sup>71</sup>.

Né credo che la Corte possa plausibilmente ripercorrere a ritroso la strada che l'ha portata a superare ogni fondazione tradizionalistica del matrimonio a favore della concezione ugualitaria e proiettiva (antisubordinazione di genere) – come ha fatto dalla sent. del 1961 a quella del 1968 in tema di adulterio della moglie – o riscoprire una qualche fondazione giusnaturalistica o metagiuridica del matrimonio.

E neppure che voglia contraddire la giurisprudenza che ha sin qui operato la distinzione tra matrimonio e unione di fatto proprio per l'assenza di stabilità e formalizzazione della seconda (da ultimo ancora nella 86/2009): ma da questa distinzione discende che lo stesso dato normativo che offre ai soggetti eterosessuali la possibilità di una scelta, di una libera opzione tra lo *status* coniugale – con tutti i suoi vincoli ed i suoi privilegi – penalizza i soggetti omosessuali, condannando le loro unioni alla irrilevanza giuridica e alla marginalità sociale.

Ma soprattutto (con l'ottimismo della volontà), voglio confidare sul fatto che la Corte non rinunci a quella sensibilità che ha mostrato in passato, e proprio su temi relativi alla famiglia<sup>72</sup>, e che le

<sup>68</sup> F. FIORILLO, op. cit., p. 6.

<sup>69</sup> La sentenza, comunque, a proposito di transessuali parla di “concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato” che attribuisce rilievo “anche ad elementi di carattere psicologico e sociale” e di una “concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando – poiché la differenza tra i due sessi non è qualitativa, ma quantitativa – il o i fattori dominanti”: con affermazioni che hanno una portata di principio, che va oltre il riferimento al transessualismo come una patologia, anche se curabile; inoltre riconosce “il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità” che “correlativamente” gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscere “per dovere di solidarietà sociale”.

<sup>70</sup> Riconoscendo la sessualità come uno dei modi essenziali di espressione della persona umana, configura il diritto di disporre liberamente come diritto soggettivo assoluto e lo inquadra tra i diritti inviolabili della persona umana tutelati dall'art. 2 Cost.

<sup>71</sup> M. DOGLIOTTI, *La Corte Costituzionale riconosce il diritto all'indennità sessuale*, in *Giur. it.*, 1987, I, p. 243.

<sup>72</sup> Il riferimento è, in particolare, alle pronunce sulla disciplina del transessualismo (n. 161/1985) e sul riconoscimento dei figli nati da rapporti incestuosi (n. 494/2002): nella prima la Corte non solo ha sottolineato le funzioni antidiscriminatorie e antisubordinazione della legge n. 164 del 1982 (che “offre ai transessuali una normativa che consenta l'affermazione della loro personalità e li aiuti a superare l'isolamento, l'ostilità e l'umiliazione che troppo spesso li accompagnano nella loro esistenza, nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale”), ma ha anche rimarcato che ogni ipotetico “ordine naturale della società familiare” sarebbe stato sconvolto “non dalla rettificazione anagrafica del mutamento di sesso e neppure dalla sentenza che lo riconosce, ma dalla sin-

ha consentito di riconoscere e rendere operanti le garanzie che la costituzione repubblicana offre alle nostre multiformi esperienze *dentro il mestiere di vivere*: riconoscendo tutta la complessità e la fragilità della condizione umana, non coercibile da concezioni istituzionistiche della famiglia che diventino nemiche delle persone e dei loro diritti, e assegnando, con grande attenzione, al diritto di occuparsi ragionevolmente della vita quale essa è, non di forzarla entro i binari di modelli astratti.

---

drome transessuale da cui è affetto il soggetto interessato”; nella seconda, ha chiaramente collegato il valore della famiglia come formazione sociale al fine ad essa assegnato, di permettere e anzi promuovere lo svolgimento della personalità degli esseri umani; inoltre, negando recisamente che l’ingresso di figli naturali in un rapporto coniugale e in una vita familiare legittima costituisca di per sé una violazione di diritti, ha riassunto tutta la complessità e la drammaticità di un simile evento parlando di “un incerto del mestiere di vivere”, che evoca in modo disarmante la complessità della condizione umana, non riducibile da interventi giuridici astrattamente modellanti.



LUCA ANDRETTO \*

## La CEDU, l'UE e il matrimonio omosessuale. Infondatezza della *quaestio ex art. 117, 1° comma*, Cost. della disciplina codicistica sul matrimonio

Tra i parametri costituzionali invocati nell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Venezia<sup>1</sup>, figura l'art. 117, 1° comma, Cost. siccome integrato dagli artt. 8, 12 e 14 CEDU (nell'interpretazione della Corte di Strasburgo), dagli artt. 7, 9 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché da numerose raccomandazioni e risoluzioni sia dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, sia del Parlamento europeo. Nella sua recente giurisprudenza, la Corte costituzionale ha dimostrato una certa preferenza per l'invocazione e l'accoglimento delle questioni di legittimità riferite all'art. 117, 1° comma, anche allorché l'utilizzo di altri parametri costituzionali sarebbe risultato plausibile e fondato; ciò che, come s'è evidenziato in letteratura<sup>2</sup>, contribuisce ad invertere l'apertura internazionale del nostro ordinamento, dimostrandone le specifiche virtualità integrative nell'ambito del nascente paradigma del "dialogo interordinamentale". La circostanza giustifica che anche in sede scientifica si presti attenzione privilegiata a questo parametro. Nel presente intervento, pertanto, mi propongo d'esaminare le norme e gli atti europei richiamati dal giudice *a quo*, onde verificare se da essi effettivamente discendano vincoli comunitari od obblighi internazionali aventi ad oggetto l'estensione alle coppie omosessuali dell'istituto matrimoniale.

Le norme del codice civile oggetto d'impugnazione risalgono in parte al 1942, in parte alla L. 151/75 di riforma del diritto di famiglia. Rispetto ad esse, i richiamati parametri interposti sono in parte antecedenti (la CEDU, sottoscritta nel 1950 e recepita con L. 848/55), per lo più successivi; ma, ciò che più conta, l'attuale formulazione dell'art. 117, 1° comma, si deve alla L. Cost. 3/01, sicché il parametro costituzionale risulta di gran lunga posteriore a ciascuna delle disposizioni codicistiche impuginate. Orbene, se si definisce – come pare invero preferibile – l'art. 117, 1° comma, quale metanorma sulla produzione giuridica<sup>3</sup>, anziché norma primaria di produzione giuridica<sup>4</sup>, esso

---

\* Dottore di ricerca in Diritto costituzionale italiano ed europeo, Università di Verona.

<sup>1</sup> Trib. Venezia, ord. n. 2197/2008, che solleva questione di legittimità degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 *bis* e 156 *bis* c.c. «nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso», per contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 117, 1° comma, Cost.

<sup>2</sup> A. SCHILLACI, *La Corte torna sui "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario": scelta del parametro, interposizione normativa e processo di integrazione tra ordinamenti*, in *Giur. Cost.*, 2007, p. 2669.

<sup>3</sup> Riprendendo il lessico di N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli, 1994, 204 ss., ritengo corretto qualificare la prima parte della disposizione costituzionale («La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni ...») come norma di seconda istanza, di riconoscimento dei soggetti dotati del potere legislativo; la seconda parte («... nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali») come norma iterata, che pone limiti materiali alla produzione normativa dei medesimi soggetti.

<sup>4</sup> F. SORRENTINO, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *DPCE*, 2002, p. 1360, parla di «norma sulla produzione»; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Cedam, Padova, 2003, p. 29, parla di «norma di produzione giuridica». Tuttavia, qualificando l'art. 117, 1° comma, come norma primaria di produzione giuridica, non s'intenderebbe perché la Consulta abbia escluso dal rango costituzionale le norme d'origine internazionale pattizia, per riferirsi piuttosto al fenomeno dell'interposizione normativa (Corte cost., sent. n. 348/07, par. 4.5, e sent. n. 349/07, par. 6.2).

risulta per definizione incapace d'incidere sui processi nomopoietici sviluppatasi in tempo anteriore alla sua vigenza<sup>5</sup>. Nondimeno, la Corte costituzionale ha mostrato d'ignorare il canone *tempus regis actum*, dichiarando l'incostituzionalità ex art. 117, 1° comma, di leggi approvate prima del 2001 e persino anteriori al recepimento del trattato internazionale assunto a parametro interposto<sup>6</sup>.

In realtà, in ciascuno di questi casi, il parametro evocato era la CEDU o uno dei suoi Protocolli; ed il sistema CEDU presenta una norma – l'art. 46, 1° comma – che impone agli Stati parti del giudizio di conformarsi alle sentenze definitive della Corte di Strasburgo. L'obbligo in questione, come più volte ribadito dalla giurisprudenza europea<sup>7</sup>, non s'esaurisce nel pagamento agli interessati delle somme liquidate a titolo di compensazione, ma s'estende all'adozione delle misure individuali e generali tese a porre fine alla violazione riscontrata, che talvolta la stessa Corte scende ad indicare con precisione nei dettagli. Un obbligo del tutto analogo esiste anche in ambito comunitario, in forza dell'art. 4.3, 2° comma, TUE (già 10.1 TCE) che impone agli Stati membri di adottare «ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione».

È pur vero che l'art. 117, 1° comma, incide unicamente sulla legislazione ad esso successiva; ma il suo *modus operandi* si articola variamente in dipendenza del mutevole contenuto dei tre ordini di limiti che esso prende in considerazione. Le norme costituzionali, comunitarie ed internazionali, infatti, pongono di massima obblighi di risultato, che lasciano liberi i titolari delle potestà normative di scegliere le misure concrete con cui prestarvi adempimento: non necessariamente deve trattarsi di misure legislative, ma l'obbligo risulterà adempiuto in quanto la fonte prescelta sia in grado di produrre gli effetti normativi perseguiti. In generale, è perciò consentito alla fonte legislativa dettare qualsiasi prescrizione compatibile con il conseguimento dei medesimi effetti, mentre le è vietato dettare prescrizioni ad essi disfunzionali. Solo eccezionalmente s'impone invece al legislatore l'obbligo positivo di adottare norme dotate di specifici contenuti, nei rari casi in cui la fonte interposta imponga l'emanazione di misure legislative determinate senza neppure lasciar campo a fonti di rango secondario. Esclusivamente in queste ipotesi assume rilievo rispetto all'art. 117, 1° comma, l'eventuale inattività del legislatore, che può essere adeguatamente censurata dalla Corte costituzionale con pronunce di tipo manipolativo additivo<sup>8</sup>. Se così è, le disposizioni codicistiche impugnate nel caso di specie potranno reputarsi illegittime solo in presenza di una sentenza della Corte di Strasburgo che specificamente imponga all'Italia d'estendere alle coppie omosessuali le norme di legge disciplinanti l'istituto matrimoniale, ovvero di un identico obbligo derivante dagli atti delle istituzioni dell'Unione europea fra cui, in special modo, le sentenze della Corte di Giustizia.

In ambito CEDU, non solo mancano condanne di questo tipo nei confronti dell'Italia, ma anzi nessuna pronuncia è dato riscontrare che ricavi dalle norme convenzionali un generale diritto ad unirsi in matrimonio con persona dello stesso sesso. Neppure la pronuncia espressamente richiamata dal giudice *a quo* – peraltro emessa nei confronti del Regno Unito<sup>9</sup> – ha chiaramente rinnegato i precedenti di Strasburgo, secondo i quali l'art. 12 CEDU riserva alle sole persone di sesso opposto il diritto di sposarsi<sup>10</sup>. L'*overruling* è semmai parziale, nel senso che a questi fini il sesso dei nubendi deve ora determinarsi sulla base di criteri non esclusivamente biologici, ma anche psichici. È dunque tutelato il diritto del transessuale, successivamente alla trasformazione anatomica, di sposare una persona del proprio sesso biologico originario. Il Tribunale di Venezia opera un parallelo fra

<sup>5</sup> P. CARNEVALE, *Osservazioni sparse in tema di norme sulla normazione e su talune caratteristiche del loro regime giuridico*, in *Dir. Rom. Att.*, 2003, 9, p. 148.

<sup>6</sup> Corte cost., sent. n. 39/08, par. 5.

<sup>7</sup> Da ultimo, Corte EDU, sent. *VgT c. Svizzera* (32772/02), par. 85 e 88.

<sup>8</sup> B. RANDAZZO, *Caso Dorigo. La Cassazione "paralizza" il giudicato penale in applicazione diretta della CEDU, senza pregiudicare la rilevanza della quaestio sui limiti della revisione. Ora la parola alla Corte costituzionale*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 211.

<sup>9</sup> Corte EDU, sent. *Goodwin c. Regno Unito* (28957/95), par. 98 ss.

<sup>10</sup> Corte EDU, sent. *Rees c. Regno Unito* (9532/81), par. 49 s., e sent. *Sheffield e Horsham c. Regno Unito* (22885/93, 23390/94), par. 66 s.

questa fattispecie e quella del matrimonio omosessuale. L'analogia non pare tuttavia condivisibile, nella misura in cui omosessualità e transessualismo restano fenomeni tra loro irrelati: il transessualismo consiste in una patologica divaricazione tra caratteri genotipici e fenotipici di un determinato sesso e caratteri psichici e comportamentali del sesso opposto<sup>11</sup>; l'omosessualità, invece, non è un fenomeno patologico, non concerne divergenze fra i tratti sessuali biologici e psichici, ma si riferisce esclusivamente alle preferenze sessuali di un soggetto del quale risulta chiara l'appartenenza al sesso maschile o femminile. D'altronde, anche il transessuale può indifferentemente avere preferenze sessuali per persone del proprio sesso biologico originario o per persone del proprio sesso psichico, ma non per questo conserva – dopo l'operazione anatomica e la rettificazione anagrafica – il diritto di unirsi in matrimonio con quest'ultime. Quand'anche l'analogia fra le due fattispecie si reputasse fondata, peraltro, essa sola non basterebbe ad originare un corrispondente obbligo positivo per il legislatore, tenuto *ex art.* 46, 1° comma, a conformarsi esclusivamente alle sentenze definitive della Corte di Strasburgo.

In ambito comunitario, la Carta dei diritti fondamentali ha acquisito valore giuridico con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in data successiva all'ordinanza di rimessione; ciò che forse spiega perché il giudice *a quo*, a fianco dell'art. 117, 1° comma, non abbia altresì invocato il parametro di cui all'art. 11 Cost. L'art. 9 della Carta è invero redatto – contrariamente all'art. 12 CEDU – in modo da non escludere il matrimonio omosessuale dal proprio ambito di tutela, benché il diritto di sposarsi resti comunque legato alle «leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio»; e l'art. 21 vieta qualsiasi forma di discriminazione fondata sulle «tendenze sessuali». Sennonché, la stessa Carta ed il Trattato che la recepisce escludono espressamente che le relative disposizioni possano ampliare lo spettro delle competenze comunitarie e specificano che le stesse vincolano gli Stati membri «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»<sup>12</sup>.

È pur vero che la Carta dei diritti fondamentali presenta carattere ricognitivo di principi comuni agli ordinamenti europei, come tali collocati tra i principi supremi del diritto comunitario; sicché sfuma la rilevanza del momento in cui essa ha conseguito formale valore giuridico. Sennonché, la Corte di Giustizia è costante nel ritenere che tali principi vincolano gli Stati membri nei limiti in cui adottino normative di attuazione del diritto comunitario<sup>13</sup>, o invochino deroghe all'applicazione del medesimo giustificate dalla tutela di un diritto fondamentale<sup>14</sup> o di altra esigenza imperativa d'interesse generale<sup>15</sup>. Orbene, il Trattato di Lisbona ha introdotto una competenza dell'Unione in materia di famiglia, tuttavia ristretta agli aspetti «aventi implicazioni transnazionali»: la procedura legislativa speciale contempla l'unanimità in seno al Consiglio e un potere meramente consultivo del Parlamento europeo, mentre a ciascun Parlamento nazionale è attribuito un potere di veto esercitabile entro sei mesi dalla proposta legislativa<sup>16</sup>. Il Consiglio non ha ad oggi adottato alcuna disciplina in questa materia, sicché la corrispondente potestà normativa degli Stati membri deve tuttora ritenersi libera da alcuna limitazione derivante dal diritto comunitario.

Nondimeno, questioni relative allo *ius nubendi* si sono talvolta intrecciate con altre concernenti materie pienamente ricadenti nella sfera di competenza dell'Unione. È questo il caso del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di ambo i sessi, che la Corte di Giustizia ha ritenuto incompatibile con una normativa nazionale la quale, in violazione della CEDU, precluse il matrimonio del transessuale con persona di eguale sesso biologico originario e, per ciò stesso, gl'impedisca di beneficiare della pensione di reversibilità del *partner*<sup>17</sup>. È interessante notare come le pronunce della

<sup>11</sup> OMS, *International Classification of Diseases and Related Health Problems*, 2007, par. F64.0; Corte cost., sent. n. 161/1985, par. 3.

<sup>12</sup> Art. 51 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e art. 6.1 TUE; Corte Giust., sent. *Mariano* (C-217/08), par. 29.

<sup>13</sup> Corte Giust., sent. *Cinéthèque* (60-61/84), par. 26, ribadita in tema di discriminazioni omofobe da sent. *Grant* (C-249/96), parr. 45 e 47.

<sup>14</sup> Corte Giust., sent. *ERT* (C-260/89), par. 43.

<sup>15</sup> Corte Giust., sent. *Familiapress* (C-368/95), parr. 24 e 26.

<sup>16</sup> Art. 81.3 TFUE.

<sup>17</sup> Corte Giust., sent. *K.B.* (C-117/01), par. 30 ss.

Corte di Strasburgo, per il tramite della giurisprudenza comunitaria, possano superare il limite soggettivo d'efficacia posto dall'art. 46, 1° comma, CEDU, che si rivolge ai soli Stati parti del giudizio; nondimeno, debbono qui replicarsi i dubbi sopra esposti circa la prospettività di un'analogia tra il matrimonio del transessuale e il matrimonio omosessuale. Non pone problemi di analogia, invece, la direttiva 78/2000, la quale mira specificamente a contrastare la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale nell'occupazione e nelle condizioni di lavoro: la Corte di Giustizia ha ritenuto con essa incompatibile una normativa nazionale che, avendo riconosciuto le unioni civili omosessuali su un piano di parità rispetto al matrimonio tradizionale, tratti poi in modo diseguale i coniugi supersiti dell'uno e dell'altro tipo di unione in relazione al diritto alla pensione di reversibilità del *partner*<sup>18</sup>. Quest'ultima pronuncia, peraltro, non impone agli Stati membri di registrare legalmente le coppie omosessuali, né tanto meno d'estendere ad esse l'istituto matrimoniale: soltanto nel caso in cui uno Stato autonomamente decidesse di procedere in tal senso, una successiva discriminazione nell'esercizio di diritti ricadenti in ambiti di competenza dell'Unione risulterebbe lesiva del principio comunitario di parità di trattamento<sup>19</sup>.

In futuro le istituzioni comunitarie potrebbero decidere, nel rispetto delle competenze e delle procedure normative previste dai Trattati, d'imporre agli Stati membri l'estensione dell'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali<sup>20</sup>. Difficilmente sarà all'uopo adottato un regolamento, più verosimile pare l'utilizzo di una direttiva. A questo punto, il mancato adeguamento della disciplina codicistica interna – sempre che su di essa non sia già venuta ad incidere la giurisprudenza costituzionale – potrà condurre alla sua disapplicazione da parte dello stesso giudice comune, a fronte di norme europee dettagliate e particolareggiate, ossia chiare, sufficientemente precise ed incondizionate<sup>21</sup> ovvero impositive di obblighi assoluti ed incondizionati di *non facere*<sup>22</sup>. In presenza di direttive che imponessero meri obblighi di risultato, invece, spetterebbe alla Corte costituzionale sanzionare la violazione<sup>23</sup> non già dell'art. 117, 1° comma (che, come detto, è incapace d'incidere sulla validità della produzione giuridica antecedente la sua entrata in vigore, se non laddove la corrispondente norma interposta preveda un obbligo specifico di normazione positiva), bensì dell'art. 11, cui è riconosciuta una ben più forte funzione imperativa di adeguamento dell'ordinamento interno tramite il recepimento delle norme comunitarie non direttamente applicabili e l'adozione delle misure interne necessarie per la piena attuazione di tutti gli atti comunitari<sup>24</sup>. Spetterà, in ogni caso, al giudice *a quo* verificare previamente, se del caso con l'ausilio della Corte di Giustizia adita in via pregiudiziale, che la normativa comunitaria sia certamente priva d'efficacia diretta<sup>25</sup>.

L'ordinanza del Tribunale di Venezia richiama, infine, una serie di raccomandazioni e risoluzioni sia dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, sia del Parlamento europeo. Entrambe le istituzioni invitano da tempo gli Stati europei al riconoscimento civile delle unioni omosessuali e alla loro equiparazione al matrimonio tradizionale<sup>26</sup>. È ben vero che tali atti costituiscono una chiara «presa di posizione a favore del riconoscimento del diritto al matrimonio, o comunque, in termini più generali, alla unificazione legislativa ... della disciplina dettata per la famiglia legittima da estendersi alle unioni omosessuali». Tuttavia, in quanto atti non vincolanti, risultano strutturalmente

<sup>18</sup> Corte Giust., sent. *Tadao Maruko* (C-267/06), par. 71 ss.

<sup>19</sup> Commissione europea, proposta di direttiva del Consiglio COM (2008) 426, art. 3.

<sup>20</sup> In tale direzione spinge il Parlamento europeo, ris. 14.01.09 (2007/2145), par. 76.

<sup>21</sup> Corte Giust., sent. *Ratti* (148/78), par. 22 s., e sent. *Becker* (8/81), par. 25.

<sup>22</sup> Corte Giust., sent. *Van Duyn* (41/74), par. 12 s.

<sup>23</sup> Corte cost., sent. n. 170/1984, par. 5.

<sup>24</sup> M. CARTABIA-L. CHIEFFI, *Art. 11*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet, Torino, 2006, p. 293.

<sup>25</sup> Corte cost., ord. n. 536/1995, ribadita da sent. n. 284/07, par. 3. In sent. n. 102/08, par. 8.2.8.5, la Corte costituzionale s'è riconosciuta competente ad adire in via pregiudiziale la Corte di Giustizia nei soli giudizi di legittimità in via principale, esclusi dunque quelli incidentali.

<sup>26</sup> Da ultimo, Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, racc. 1474(2000), par. 11, III, *i*); Parlamento europeo, ris. 14.01.09 cit., par. 75 e 77.

inidonei ad integrare il disposto di cui all'art. 117, 1° comma, che chiaramente impone il rispetto dei soli "vincoli" derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Sul piano prettamente giuridico, raccomandazioni e risoluzioni possono al più rassicurare gli Stati membri circa la legittimità convenzionale e comunitaria della legislazione ad esse conforme<sup>27</sup>, ma non sono viceversa in grado di determinare l'illegittimità di una legislazione difforme.

Il giudice *a quo* non ha evocato altri possibili parametri interposti, quale ad esempio l'art. 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, che peraltro presenta una formulazione assai simile a quella dell'art. 12 CEDU e non sembra perciò in grado d'estendere in misura maggiore il proprio ambito di tutela. Più in generale, questo ed altri strumenti di diritto internazionale restano privi di disposizioni apparentabili agli artt. 46, 1° comma, CEDU e 4.3, 2° comma, TUE, sicché non paiono in grado d'imporre obblighi positivi di normazione in capo al legislatore nazionale. Ne risulta, in definitiva, l'infondatezza della questione di legittimità sollevata con riferimento all'art. 117, 1° comma, Cost. L'analisi delle questioni fondate sugli ulteriori parametri invocati esula dagli scopi del presente intervento, il quale si appaga della conclusione secondo cui, allo stato, l'autonomia del legislatore italiano non soffre vincoli comunitari né obblighi internazionali aventi ad oggetto l'estensione alle coppie omosessuali dell'istituto matrimoniale.

---

<sup>27</sup> B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Esi, Napoli, 2006, pp. 161 ss., parla di «effetto di liceità».





ELISABETTA BERGAMINI\*

## Miti e realtà nella disciplina dell'UE in tema di famiglia omosex

**SOMMARIO:** 1. Considerazioni introduttive. – 2. La Carta dei diritti fondamentali. – 3. I rinvii di costituzionalità. – 4. Conclusioni.

1. Alla luce della sempre maggior insistenza con cui una parte della dottrina sembra far riferimento al diritto dell'Unione europea quale possibile soluzione a varie "questioni aperte" esistenti nel nostro ordinamento, diventa interessante valutare se e quanto tale quadro giuridico possa influenzare la futura presa di posizione della Corte costituzionale nelle cause in oggetto, relative alla possibilità di accedere al matrimonio da parte di persone dello stesso sesso. In particolare il focus di questa breve trattazione sarà riferito alla Carta dei diritti fondamentali, mentre si tralasceranno gli ulteriori testi, non vincolanti, quali le risoluzioni del Parlamento europeo.

2. La Carta dei diritti fondamentali – già proclamata a Nizza e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007, resa giuridicamente vincolante a far data dall'entrata in vigore del "Trattato di riforma" firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007<sup>1</sup> – contiene una delle disposizioni più controverse e fraintese, nel settore delle unioni fra persone dello stesso sesso: si tratta dell'art. 9 che prevede, per ogni individuo, il diritto di sposarsi e di formare una famiglia, sancendo testualmente che "Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio", senza contenere menzioni circa il sesso (identico od opposto) dei nubendi.

Tale articolo, pur essendo il corrispondente dell'art. 12 della CEDU, presenta alcune divergenze rispetto a questo e agli altri strumenti internazionali di tutela dei diritti dell'uomo sopra richiamati. In particolare, l'art. 9 non prevede la necessità che la famiglia sia costituita fra un uomo e una donna, lasciando così spazio alle diverse legislazioni nazionali degli Stati membri, che in alcuni casi consentono le unioni fra persone dello stesso sesso. È evidente che questo non importa un obbligo per gli Stati di consentire tali unioni<sup>2</sup>, mentre si può ritenere che rappresenti una discriminazione il divieto di matrimonio fra un transessuale e una persona di sesso opposto a quello acquisito, come già statuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella pronuncia *Christine Goodwin* e confermato dalla Corte di Giustizia nel caso *KB*<sup>3</sup>.

L'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali può pertanto essere letto congiuntamente con l'art. 21 della stessa che vieta ogni forma di discriminazione, comprese quelle fondate sulle tendenze sessuali, secondo un orientamento già espresso in sede comunitaria tramite l'art. 13 del Trattato sull'Unio-

---

\* Ricercatore di Diritto internazionale, Università di Udine.

<sup>1</sup> Sugli effetti del Trattato di Lisbona vedi B. NASCIMBENE-A. LANG, *Il Trattato di Lisbona. L'Unione europea a una svolta?*, in *Corr. giur.*, 2008, 137 ss. Più in generale sulla Carta dei diritti fondamentali vedi L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2003.

<sup>2</sup> Per un commento ci si permette di rinviare a E. BERGAMINI, *Art. 9 della Carta dei diritti fondamentali*, in M. Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, Milano, 2009, pp. 153 ss. Sui problemi di qualificazione v. G. ROSSILLO, *Registered Partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, pp. 363 ss.

<sup>3</sup> Sent. 7 gennaio 2004, causa C-117/01, *K.B.*, in *Racc.*, 2004, I, p. 541.

ne europea, che autorizza l'adozione delle misure necessarie a combattere ogni discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.

Secondo la spiegazione del *Presidium* che ha elaborato la Carta l'art. 9 «non vieta, né impone la concessione dello *status* matrimoniale a unioni fra persone dello stesso sesso» e quindi, come già sancito dalla Corte di giustizia nel caso *D. e Svezia c. Consiglio*<sup>4</sup>, non sorge un obbligo, a carico dell'Unione europea e degli Stati, ad equiparare le unioni omosessuali registrate al matrimonio<sup>5</sup>.

Non è mancato chi ha cercato di ricavare dall'art. 9 della Carta un "riconoscimento giuridico", con carattere precettivo nei confronti degli Stati, della famiglia naturale a fianco di quella legittima, sulla base del carattere "costituzionale" della Carta, riconoscimento che è da escludere, almeno nel suo significato più formale, in base al riferimento alle diverse disposizioni nazionali contenuto nell'articolo. Ogni Stato pertanto è libero di prevedere (o meno) al proprio interno differenti forme di tutela della famiglia costituita al di fuori del matrimonio e di conseguenza è libero di riconoscere (o meno), in base alla sussistenza (o meno) di forme equivalenti nel proprio ordinamento, le forme previste dagli ordinamenti degli altri Paesi. Nel caso in cui non sia possibile riconoscere la forma di famiglia, il problema sarà tendenzialmente risolto tramite il c.d. "riconoscimento per equivalenza", ossia la coppia verrà assimilata al modello più simile esistente nel diritto interno<sup>6</sup>.

Non sembra quindi ammissibile l'uso del riferimento all'art. 9 della Carta per estendere, ad esempio, il diritto al ricongiungimento familiare al partner, come si era invece tentato di sostenere da parte del Tribunale di Firenze<sup>7</sup> che aveva ritenuto di far rientrare il partner di fatto, dello stesso sesso, nel concetto di familiare basandosi, *inter alia*, sull'art. 9 della Carta, con decisione giustamente modificata in sede di appello, come recentemente confermato dalla Corte di Cassazione<sup>8</sup>. La Corte di Cassazione, nel confermare la sentenza della Corte di Appello e quindi applicare l'art. 30 del D.Lgs 286 del 1998<sup>9</sup>, non tralascia di sottolineare come l'art. 9 della Carta di Nizza (considerata "strumento interpretativo privilegiato" seppur, al tempo, non ancora dotata di valore giuridico vincolante), escluda il riconoscimento automatico di situazioni non conformi alla normativa nazionale, contenendo, come anche l'art. 12 della CEDU, un rinvio alla legislazione nazionale. Senza voler qui procedere ad alcuna valutazione di merito circa l'opportunità o meno di equiparare la tutela delle convivenze a quella della famiglia fondata sul matrimonio, è indubbio che le argomentazioni della Corte di Cassazione siano pienamente condivisibili sotto il profilo puramente giuridico. Infatti, contrariamente a quanto sostenuto da alcuni commentatori, la Corte non fa "piazza pulita [...] della normativa internazionale sui diritti dell'uomo"<sup>10</sup>, né si trincerava in maniera ingiustificata dietro dati formali seguen-

<sup>4</sup> Sent. 31 maggio 2001, causa C-122/99, *D e Svezia c. Consiglio*, in *Racc.*, 2001, I-4319, punto 35.

<sup>5</sup> In senso contrario vedi F. BILOTTA, *Diritto e omosessualità*, in P. CENDON (a cura di), *I diritti della persona. Tutela civile, penale e amministrativa*, Vol. I, Torino, 2005, pp. 375 ss. che arriva ad effettuare un azzardato paragone con l'obbligo di attuare le direttive comunitarie giungendo ad ipotizzare il sorgere in capo al legislatore nazionale di una responsabilità civile per il mancato rispetto della previsione contenuta nell'art. 9 della Carta, ossia per la mancata tutela giuridica della situazione delle famiglie composte da persone dello stesso sesso.

<sup>6</sup> Ad esempio, se l'ordinamento dove si trovano i coniugi omosessuali sposati in base al diritto dei Paesi Bassi non ammette il matrimonio fra persone dello stesso sesso, questi dovranno almeno essere trattati sulla base della legge nazionale relativa alle convivenze registrate (se esistente) o vedersi attribuiti gli stessi diritti che l'ordinamento interno attribuisce alle coppie di fatto. Sul punto vedi R. BARATTA, *Verso la "comunitarizzazione" dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 602, A. BUCHER *La famille en droit international privé*, in *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, 2000, pp. 65 ss. e dello stesso autore *Le couple en droit international privé*, Bâle, Genève, Munich, 2004.

<sup>7</sup> Decreto 4 luglio 2005, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, pp. 144 ss., nel quale il Tribunale concedeva al soggetto in questione il permesso di soggiorno per motivi familiari ex art. 28 e 30 del d.lgs. 286/1998.

<sup>8</sup> Sentenza della Corte di appello di Firenze, 6 dicembre 2006, *Min. int. c. Mc. D. W.*, in *Fam. e dir.*, 2007, p. 1040. Sentenza della Corte di Cassazione, I sez. civ., n. 6441 del 17 marzo 2009. Per un primo commento vedi M. ACIERNO, *Ricongiungimento familiare per le coppie di fatto: la pronuncia della Cassazione. Cassazione civile, sez. I, 17 marzo, 2009, n. 6441*, in *Famiglia e diritto*, 2009, pp. 454 ss.

<sup>9</sup> Da ultimo modificato dal decreto legislativo 5 del 2007 che ha dato attuazione alla direttiva 2003/86.

<sup>10</sup> Così M. BONINI BARALDI, *Convivente di fatto e permesso di soggiorno per motivi familiari: fenomenologia di una discriminazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2009, pp. 79 ss.

do un indirizzo “tanto nostrano quanto inutile”<sup>11</sup>, bensì procede ad una corretta ricostruzione del quadro giuridico esistente, fondata sugli stessi parametri che sono stati a fondamento della giurisprudenza dell'Unione europea in materia. Non si vede, d'altronde come si possa pensare di attribuire al giudice ordinario una funzione di modifica del quadro normativo nazionale al di là di quanto ammissibile nelle ipotesi in cui il diritto internazionale richiamato abbia le caratteristiche di chiarezza, precisione e in condizionalità necessarie per essere considerato *self-executing*: caratteristiche che l'attuale formulazione delle regole internazionali in materia esclude espressamente.

**3.** Sulla scia dell'impossibilità a procedere, mediante l'intervento interpretativo della magistratura ordinaria, ad un'apertura forzosa del nostro ordinamento a nuovi valori in tema di famiglia, si è quindi giunti ai recenti rinvii alla Corte Costituzionale.

Sotto il profilo del diritto dell'Unione europea, pur dovendosi concordare con l'impostazione data ai ricorsi, salvo per quanto riguarda alcuni riferimenti a fonti non vincolanti tendenzialmente “sovravalutate”, non si vede come, alla luce del diritto dell'Unione europea, la Corte Costituzionale possa decidere di discostarsi dalle interpretazioni fornite dalla stessa Corte di giustizia, sostituendosi al legislatore in una riforma dell'attuale *status* normativo ed assumendo così un ruolo che il nostro ordinamento non le riconosce, se non in ipotesi, doverosamente, eccezionali. Diversa è la questione riferita ai principi nazionali sui quali questo contributo non ha la pretesa di soffermarsi, per ragioni di brevità.

D'altronde sull'impossibilità da parte del giudice di sostituirsi al legislatore nella scelta se ammettere il matrimonio fra persone dello stesso sesso, è significativo l'atteggiamento che ha recentemente tenuto la Corte suprema amministrativa finlandese (*Korkein hallinto-oikeus*) nella sua decisione del 3 febbraio 2009<sup>12</sup>, nella quale ha confermato la legittimità, alla luce degli artt. 8 e 12 della CEDU, della scelta contraria a tale estensione del legislatore finlandese, che pur consente in tali ipotesi il ricorso alla figura del partenariato registrato.

Nel caso in questione il quesito sorgeva circa il rifiuto di iscrivere nei registri di stato civile il mutamento di sesso da parte di uno dei coniugi, a seguito del quale i due coniugi si trovavano ad avere lo stesso genere. La normativa finlandese prevede che il mutamento di sesso di una persona coniugata possa iscriversi nei registri solo col consenso del coniuge e che in presenza di tale consenso il matrimonio si trasformi automaticamente in partenariato registrato, soluzione che la Corte suprema amministrativa ritiene rispettosa del diritto alla vita privata e familiare, sottolineando la necessità di ricorrere all'intervento legislativo ove si volesse consentire il matrimonio “unigenere”.

**4.** È poi interessante sottolineare come la Corte Costituzionale sia giunta in tempi recenti (caso *Mariano*, 27 marzo 2009) a soluzioni di pieno rispetto di diritti fondamentali in materia di famiglia senza ritenere necessario far propri né i riferimenti del giudice di rinvio alla Carta dei diritti fondamentali (al tempo comunque non applicabile), né quelli alle altre fonti di diritto internazionale (seppure applicabili), confermando così ancora una volta sia l'autosufficienza del nostro apparato normativo al fine di garantire la tutela dei diritti fondamentali, sia la necessità di rivalutare il ruolo della nostra Corte costituzionale rispetto alla Corte di giustizia dell'Unione europea tutte le volte che si tratta di questioni meramente interne.

---

<sup>11</sup> Così E. CALÒ, *La Cassazione e le convivenze omosessuali fra diritto e (discriminazione a) rovescio*, in *Foro it.*, 2009, parte I, col. 2078. Non sembra potersi condividere l'affermazione di M. BONINI BARALDI, (*Convivente di fatto*, cit. 82) secondo la quale la Corte di Cassazione avrebbe operato una discriminazione (indirettamente) basata sull'orientamento sessuale, in quanto la condizione del matrimonio non può essere soddisfatta dalle persone gay o lesbiche. L'attuale impossibilità per tali soggetti di accedere al matrimonio resta infatti regolata dal diritto interno e non può essere considerata di per sé discriminatoria alla luce dei precedenti giurisprudenziali esistenti a livello internazionale, come la decisione della Commissione EDU nel caso *X e Y c. Regno Unito*, 3 maggio 1983, ric. n. 9369/81 e come da ultimo confermato dalla sentenza della Corte EDU nel caso *Schalk e Kopf*, 24 giugno 2010, ric. n. 30141/04.

<sup>12</sup> *KHO 2009:15*, per alcuni cenni sul punto vedi *Reflets*, 2/2009 9 ss. (bollettino reperibile sul sito della Corte di giustizia: <http://www.curia.eu>).

Inoltre l'atteggiamento di rispetto degli ordinamenti nazionali è stato recentemente confermato dal Tribunale di I grado nella sentenza *Roodhuijzen*<sup>13</sup>, nella quale – se da un lato si afferma che il patto di convivenza concluso da un funzionario comunitario ai sensi della normativa dei Paesi Bassi (*samenlevingsovereenkomst*) doveva essere considerato sufficiente, ai sensi dello Statuto dei funzionari, per estendere il regime di assicurazione malattia a tale partner “di fatto” – e ciò nonostante i due soggetti non avessero concluso fra di loro un partenariato registrato (*geregistreerd partnerschap*), anch'esso previsto dalla normativa olandese e da questa equiparato al matrimonio – si sottolinea espressamente come la soluzione adottata si basi sul dato normativo dello Statuto dei funzionari, che prevede l'estensione di tali benefici al funzionario risultante come membro stabile di una unione di fatto (a certe condizioni), senza con ciò che si possa argomentare l'estensione di tale equiparazione ad altri strumenti normativi, quali la direttiva 2004/38, le cui previsioni producono effetti in tutti gli Stati membri “e mirano quindi a non usurpare la competenza di questi ultimi per quanto concerne lo stato civile e i diritti ad esso connessi.”.

Nell'attuale quadro normativo, quindi, gli Stati membri non solo potranno decidere liberamente come regolare i rapporti familiari al loro interno, ma potranno anche rifiutarsi di applicare a cittadini di altri Stati membri le norme della legge nazionale di questi che contrastino con i principi sanciti dall'ordinamento dello Stato ospitante.

Risulta quindi evidente che il diritto dell'Unione europea non può svolgere un ruolo risolutivo nelle cause pendenti davanti alla Corte Costituzionale<sup>14</sup>, né può essere utilizzato quale “mezzo di pressione” nei confronti del nostro legislatore per sollecitare l'introduzione di una riforma. Questione diversa è se invece si possa parlare di una tendenza all'armonizzazione spontanea, dal basso verso l'alto, degli ordinamenti nazionali, che in effetti sempre di più si stanno uniformando a standard particolarmente elevati di tutela delle coppie dello stesso genere.

---

<sup>13</sup> Sentenza del Tribunale di I grado del 5 ottobre 2009, causa T-58/08 P, *Roodhuijzen*, non ancora pubblicata, pronuncia su impugnazione della sentenza del Tribunale della funzione pubblica del 27 novembre 2007, causa F-112/06, non ancora pubblicata, nella quale il Tribunale di I grado sottolinea però come non sempre i patti di convivenza (*samenlevingsovereenkomst*) abbiano la caratteristica di unioni di fatto, potendo essere conclusi anche fra più di due soggetti e anche fra soggetti che si trovano in relazione di parentela.

<sup>14</sup> Sul punto v. B. NASCIBENE, *Unioni di fatto e matrimonio fra omosessuali, orientamenti del giudice nazionale e della Corte di giustizia*, in *Corriere giuridico*, 2010, pp. 101 ss., in particolare p. 107, il quale correttamente afferma che non è possibile «“far dire” al diritto dell'Unione europea quello che si vorrebbe dicesse il diritto nazionale o la Corte costituzionale adita».

CHIARA BERGONZINI\*

## Il convitato di pietra. La posizione del Parlamento sulle unioni omosessuali

**SOMMARIO:** 1. Un accenno sul parametro. – 2. La posizione del Parlamento italiano sulle unioni omosessuali. – 3. Una richiesta minima.

1. Trovo doveroso aprire questo intervento chiarendo la mia posizione di partenza, che ovviamente costituisce anche il presupposto di tutto quanto dirò in seguito; e per farlo mi soffermo un attimo sul punto 1.5 della traccia, cioè sul parametro.

Dal mio punto di vista, la questione in esame, una volta sfrondata da sovrastrutture ideologiche, religiose e mediatiche, appare giuridicamente lineare: alcuni cittadini italiani non possono accedere ad un istituto regolato dal Codice civile – che, almeno per alcuni profili<sup>1</sup>, è certamente insostituibile con gli strumenti dell'autonomia privata – esclusivamente a causa del loro orientamento sessuale. Mi pare, inoltre, che l'orientamento sessuale possa rientrare a pieno titolo nella locuzione “condizioni personali” che i Costituenti, non a caso, hanno inserito a mo' di clausola di chiusura nell'elenco dei motivi di discriminazione vietati dal nucleo duro del principio di eguaglianza. Credo insomma che siamo di fronte ad una violazione del 1° comma dell'art. 3 Cost.<sup>2</sup>.

Questo perché non riesco a vedere alcuna differenza *giuridicamente rilevante* tra l'orientamento sessuale e, ad esempio, la “razza” (usando la terminologia dell'art. 3 Cost.): non riesco proprio a capire in cosa dire che «una donna non può sposare una donna» differisca, *giuridicamente*, dal dire che «una donna non può sposare un ebreo» o «un uomo di colore». Ho il forte sospetto, insomma, che quella di cui si discute sia una discriminazione, altrettanto odiosa di quelle contenute nelle leggi razziali; e che noi ancora non la identifichiamo *tout court* come tale perché ci manca la prospettiva storica. È infatti solo quest'ultima che oggi ci fa sorridere, ad esempio, di fronte alla prima sentenza della Corte sull'adulterio femminile<sup>3</sup>, che nel 1961 rigettava la questione di legittimità, confermando la tradizione.

2. Chiarita la posizione di partenza, mi pare altrettanto doveroso (oltre che realistico) prendere atto degli ostacoli – non solo squisitamente tecnici – disseminati sul cammino di un'eventuale decisione di apertura della Corte; tra essi, vorrei concentrarmi su quello che riguarda i rapporti tra i poteri dello Stato, riassumibile in un fatto e in una previsione.

Il fatto è che già le ordinanze di rimessione sono state definite come «l'ennesimo provocatorio ed eversivo tentativo da parte di magistrati ideologicamente schierati di far introdurre surrettiziamente nel nostro ordinamento nuovi istituti, scavalcando e mettendo davanti al fatto compiuto il Parlamen-

---

\* *Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Ferrara.*

<sup>1</sup> Per tutti, i profili dei diritti ereditari e dei legami parentali. Cfr. B. DE FILIPPI-F. BILOTTA (a cura di), *Amore civile. Dal diritto della tradizione al diritto della ragione*, Mimesis, Milano-Udine 2009, *passim* e spec. 75 ss.

<sup>2</sup> Sul punto si rimanda, adesivamente, alle argomentazioni di C. FUSARO, *Non è la Costituzione a presupporre il paradigma eterosessuale*; G. BRUNELLI, *Minoranze sociali, norme discriminatorie e funzione del giudice costituzionale*; A. PUGIOTTO, *L'altra faccia dell'eguaglianza (e dell'amore)*; P. VERONESI, *Matrimonio omosessuale, ovvero: «È sorprendente per quanto tempo si può negare l'evidenza, di fronte a certe cose»*, tutti in questo stesso volume.

<sup>3</sup> Corte cost., sent. n. 64/1961.

to che, in uno Stato democratico, è la sede della sovranità popolare»<sup>4</sup>. La previsione riguarda le reazioni ad una sentenza favorevole, che sarebbe immediatamente bollata come indebita interferenza nel campo del Parlamento: anticipazione non difficile, se solo si pensa a cosa si è scatenato dopo la sentenza sul c.d. Lodo Alfano, che oltretutto non aveva alcuna relazione con concezioni culturali anche di carattere religioso.

Ora, sul piano teorico è chiaro ed innegabile che un intervento legislativo sarebbe certamente la via maestra e che la competenza per risolvere problemi di questo tipo spetterebbe al Legislatore. Tuttavia, pur nella consapevolezza che la separazione dei poteri costituisce uno dei pilastri dello Stato di diritto, ritengo non trascurabile il fatto che dieci persone siano attualmente in attesa di sapere se possono o meno sposarsi; anzi, se la Costituzione italiana riconosce *anche a loro* il diritto di sposarsi e soprattutto di *scegliere* con chi farlo. Il che, mi pare, costringe ad un cambio di prospettiva, perché restare arroccati su posizioni di puro principio rischierebbe di relegare a mero spunto di dibattito il problema – estremamente concreto e in alcuni casi drammatico – a cui il diritto è chiamato a dare una risposta.

Credo quindi che sia utile chiarire *chi* è il Legislatore cui la Corte invaderebbe il campo e quale livello di comprensione ha del problema sul tavolo. Il che è peraltro possibile senza nemmeno avventurarsi nel regno dei *media*, perché la questione non è certo nuova; o, meglio, lo è solo per la giustizia costituzionale, non certo per il Parlamento, cui la domanda di riconoscimento è stata posta da tempo, formalmente celata sotto la foglia di fico della disciplina delle unioni di fatto.

È infatti sufficiente scorrere i (rari) dibattiti parlamentari sulle cd. convivenze per verificare come il Parlamento italiano non sia stato in qualche modo impedito od ostacolato nell'esercizio della propria funzione legislativa, perché colto alla sprovvista o volontariamente "aggirato" dai giudici. Al contrario, dai resoconti parlamentari emerge molto chiaramente che i nostri rappresentanti *hanno* discusso delle unioni omosessuali e hanno *scelto* di non intervenire, evidentemente perché le argomentazioni contrarie al riconoscimento sono condivise dalle diverse maggioranze.

Prendo ad esempio la discussione sui c.d. DICO svolta al Senato in Commissione Giustizia tra marzo e luglio 2007<sup>5</sup>, perché lo schema è sempre lo stesso<sup>6</sup>: qualcuno presenta una proposta di legge sulle cd. famiglie di fatto; qualche volta si inizia anche un dibattito parlamentare; il dibattito si arena sulle unioni omosessuali<sup>7</sup>; il dibattito viene abbandonato.

Al di là delle dinamiche, piuttosto consuete, pare meritevole di citazione proprio la strategia argomentativa comune a tutti gli interventi, a sua volta fondata su un'interpretazione quantomeno grossolana<sup>8</sup> – per non dire pretestuosa – delle disposizioni costituzionali. Riporto, perciò, gli estratti

<sup>4</sup> Dichiarazione del Sottosegretario di Stato con delega alle politiche per la famiglia Carlo Giovanardi alla notizia dell'ordinanza di Venezia, come riportate da *Avvenire* del 23 aprile 2009, p. 13. Cfr. anche *Si vuole scavalcare il Parlamento*, in *Libero*, 29 aprile 2009, p. 30; *I giudici che invadono il campo fanno le leggi a colpi di sentenze*, in *il Giornale*, 6 novembre 2009, 10; *Da Ferrara a Venezia, da Trento a Firenze la legge ormai la riscrivono i giudici*, in *Libero*, 23 dicembre 2009, pp. 14-15. Sul punto, v. R. BIN, *Se non sale in cielo, non sarà forse un raglio d'asino? (a proposito dell'ord. 334/2008)*, in <http://www.forumcostituzionale.it/site/content/view/63/46/>.

<sup>5</sup> Senato, XV legislatura, A.S. 1339 (*Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi*), Commissione II (Giustizia) in sede referente. Tutti i resoconti sono reperibili in <http://www.senato.it/leg/15/BGT/Sched/Ddliter/27699.htm>, cui si rimanda per le citazioni che seguono nel testo, con la precisazione che i corsivi non sono testuali.

<sup>6</sup> La constatazione è pacifica in dottrina, e ribadita anche da B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?* (Relazione introduttiva), in <http://www.amicuscursiae.it/index.phtml?id=64>, 1.

<sup>7</sup> Paradigmatico, in tal senso, un intervento del sen. Palma in sede di discussione generale, durante la seduta del 20 marzo 2007 (res. somm. n. 64): «... l'oratore mette in luce l'ipocrisia del Governo che avrebbe fatto meglio a esplicitare il suo vero intento: quello di costituire un istituto paramatrimoniale che soddisfacesse le esigenze di quanti desiderano un riconoscimento pubblico della loro unione, non potendo accedere all'istituto matrimoniale».

<sup>8</sup> Per fare un solo esempio, la tendenza degli oratori (e delle oratrici) sembra essere quella di considerare gli artt. 29, 30 e 31 Cost. come un unico monolitico blocco, interamente dedicato ad un solo argomento: «Tutti i disegni di legge in esame [...] sono diretti ad estendere a forme diverse di convivenza diritti e prerogative che la nostra tradizione e la nostra legislazione stabiliscono quali caratteristiche conseguenze dell'istituto del matrimonio, al quale il combinato disposto degli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione conferisce una tutela specifica e peculiare, in quanto identifica nelle garanzie giuridiche ad esso attribuite il fondamento della famiglia»: sen. Castelli, res. somm. n. 62 del 14 marzo 2007.

delle dichiarazioni contrarie al riconoscimento delle unioni omosessuali: in modo che almeno siano espliciti i motivi per i quali il Parlamento italiano ha preferito rimanere inerte di fronte al problema.

«Ciò che costituisce [...] il vero scopo del disegno di legge è rispondere alla domanda di riconoscimento che proviene da una particolare categoria di persone, gli omosessuali, i quali chiedono allo Stato di assicurare alla loro unione la medesima dignità giuridica riservata alla famiglia. Ciò non può essere ammesso in ragione della esplicita configurazione di matrimonio che la Carta costituzionale offre all'art. 29. Il matrimonio, *centrato sulla figura della madre e del bambino, è ordinato naturalmente alla procreazione e alla educazione della prole*, tanto che le stesse provvidenze che lo Stato dispone a favore della famiglia si giustificano in ragione dell'obbligo che i genitori assumono davanti allo Stato, di mantenere, istruire ed educare i figli, sacrificando spesso a tal fine gran parte della propria vita professionale. Quindi, considerando la *naturale sterilità* della coppia omosessuale, l'estensione degli stessi diritti a quest'ultima categoria di persone si configura come una violazione del principio di uguaglianza che, correttamente inteso, implica anche il dovere di non trattare allo stesso modo situazioni del tutto diverse»<sup>9</sup>.

«Il fine della norma costituzionale è dunque la protezione della famiglia ed è evidente come il legislatore costituzionale si sia posto il problema di assicurare questa protezione proprio perché ha riconosciuto il carattere imprescindibile di tale formazione sociale per la *riproduzione* e lo sviluppo della società.

Non a caso l'istituto della famiglia trova riscontro in tutte le forme di organizzazione sociale conosciute [...], e ciò è il segno evidente [...] che tale istituzione risponde a bisogni primari e ancestrali dell'animale uomo, *primo fra tutti quello della riproduzione*, bisogno che viene salvaguardato dall'istituto matrimoniale, da un lato attraverso il vincolo di fedeltà ed esclusività del rapporto, diretto a garantire la certezza della paternità, a dall'altro attraverso il comune impegno dei genitori per l'allevamento della prole.

In realtà nella storia dell'evoluzione delle società si può osservare come queste ultime tendano a crescere e a svilupparsi fino al momento in cui, giunte a maturità, le esigenze e le aspirazioni degli individui finiscono per prevalere su quelle della famiglia, avviando così un processo di isterilimento e decadenza, *tanto da indurre alcuni studiosi ad ipotizzare una relazione fra la decadenza e il crollo di alcune società storiche, come l'impero romano, e la diffusione dell'omosessualità*.

L'oratore osserva quindi come, date queste premesse, non sembra ci possano essere spazi di confronto su simili proposte per un partito, come la Lega Nord, che si propone di promuovere e difendere l'identità e la vitalità dei popoli.

Del resto, in un ordinamento dove il matrimonio non è più indissolubile, e dove dunque quella della convivenza di fatto è proprio la scelta di chi rifugge da ogni vincolo giuridico, è evidente che gli unici soggetti veramente interessati ad una regolamentazione delle unioni civili sono gli omosessuali»<sup>10</sup>.

«Quanto alla complessa problematica delle coppie omosessuali, la senatrice rileva la non opportunità di applicare loro i diritti propri di formazioni sociali diverse, quali la famiglia legittima o di fatto, ritenendo invece corretto dare risposte specifiche e a situazioni in cui sia palese l'esigenza di superare odiose discriminazioni sul piano dei diritti civili e patrimoniali. La senatrice ipotizza che possa sorgere un obbligo di sostegno economico per il convivente in stato di bisogno, ovvero il diritto all'assistenza in caso di malattia, *senza che ciò interferisca con la disciplina degli atti dello stato civile e senza alcun contatto con gli istituti dell'adozione e della filiazione*»<sup>11</sup>.

«La senatrice [...] rileva preliminarmente che lo Stato, pur non potendo proibire le scelte private di coloro che accedono a forme di unione alternative al matrimonio, non può dare loro riconoscimento pubblico. [...] Ritene che occorra riconoscere diritti individuali senza creare nuovi istituti giuridici, anche se talune coppie di conviventi, soprattutto omosessuali, pretendono che un'eventuale legge conferisca dignità sociale alla loro unione legittimandola pubblicamente. [...]

*Dopo aver ribadito la sua chiara ed irremovibile contrarietà a qualsiasi ipotesi di adozione da parte degli omosessuali*, rileva che il diritto privato già garantisce numerosi diritti. [...]

Quanto alle coppie omosessuali, la senatrice ribadisce la sua ferma opposizione a qualsiasi forma di discri-

<sup>9</sup> Sen. Buttiglione, res. somm. n. 62 del 14 marzo 2007.

<sup>10</sup> Sen. Castelli, res. somm. n. 66 del 27 marzo 2007.

<sup>11</sup> Sen. Rubinato, res. somm. n. 68 del 3 aprile 2007.



minazione sul piano personale e professionale, ma chiede la collaborazione necessaria in cui non si alimenti un *clima di reciproca diffidenza e conseguente discriminazione a danno della famiglia tradizionale*»<sup>12</sup>.

«La senatrice [...] ribadisce [...] la necessità di richiamarsi a valori costituzionali, in particolare all'articolo 29 nel quale il costituente [...] fa riferimento al tradizionale rapporto di coniugio fra soggetti appartenenti a sesso diverso, alla luce di una concezione che trova il suo fondamento nel sentimento, nella cultura e nella storia e che trova conferma in numerose disposizioni di legge. Elemento essenziale per poter qualificare nel nostro ordinamento la fattispecie matrimonio è, come ha precisato la Cassazione, la diversità di sesso dei nubendi, realtà fenomenica che costituisce la base naturalistica della fattispecie tanto che essa non è un elemento essenziale del negozio, non perché essa sia irrilevante, quanto piuttosto perché incide sulla stessa identificazione dell'*istituto matrimoniale, inteso come l'unione di uomo e di una donna aperta alla prospettiva della nascita dei figli, che tramandano un nome, una storia, una tradizione.* [...]»

La senatrice ritiene quindi che la registrazione e il conseguente riconoscimento pubblico dell'unione di fatto risponde esclusivamente ad una domanda di legittimazione sociale e giuridica avanzata dalle coppie omosessuali. Riconoscendo la delicatezza del tema e la necessità di ragionare senza preconcetti ideologici, *la senatrice ritiene che l'omosessualità non debba essere ritenuta pericolosa per la persona che la vive né giuridicamente illecita e quindi non debba costituire ragione di discriminazione.*

Al di là di ogni possibile giudizio morale, la senatrice rileva però che la legge non possa equiparare il rapporto affettivo che lega due persone dello stesso sesso alle coppie eterosessuali, dal momento che *i rapporti omosessuali, anche se per i soggetti coinvolti risultano naturalmente importantissimi, non hanno rilevanza sociale essendo rapporti costitutivamente sterili*, laddove una coppia eterosessuale, almeno potenzialmente, è in grado di compiere quell'importantissima funzione sociale rappresentata dalla procreazione.

La senatrice rileva infine che occorre *distinguere tra il comportamento omosessuale quale fenomeno privato e il comportamento omosessuale che fonda una relazione legalmente prevista e approvata dall'ordinamento giuridico. In questo secondo caso l'incidenza dell'omosessualità nella società finirebbe per comportare modificazioni della stessa organizzazione sociale, ponendosi in contrasto con il bene comune*»<sup>13</sup>.

«Di fatto [...] è solo una piccola minoranza della minoranza omosessuale esistente all'interno del complesso delle coppie conviventi, a sua volta minoranza rispetto alle coppie sposate, a chiedere un riconoscimento giuridico per trarne benefici di dubbia realizzabilità e, in ogni caso, scarsamente condivisibili. [...]»

In realtà, *alla pretesa di un riconoscimento pubblico delle relazioni omosessuali, è legata una questione ben più rilevante, che è quella di ammettere le coppie omosessuali all'adozione*»<sup>14</sup>.

«... l'oratore paventa il possibile rischio che un'eventuale deriva etica della società possa trovare aberranti riconoscimenti legislativi tesi a legalizzare pratiche finora considerate profondamente illecite come la pedofilia. [...]»

Quanto al delicato problema dell'omosessualità [...], l'oratore osserva che la normativa vigente possa essere adeguatamente corretta estendendo forme di tutela previdenziale anche ai rapporti tra persone dello stesso sesso. La legittima esigenza di ampliare i diritti e le facoltà dei cittadini omosessuali non può però trovare soddisfazione in improprie equiparazioni con l'istituto del *matrimonio che, per sua intrinseca natura, richiede differenza sessuale fra i componenti la coppia, essendo prioritariamente finalizzato alla procreazione*»<sup>15</sup>.

«Ad avviso dell'oratore, l'equiparazione fra le coppie di fatto e la famiglia nasce invece dalla volontà di riconoscere *le unioni omosessuali, le quali però, non essendo finalizzate alla procreazione, non possono esprimere valori costituzionali.* Al riguardo l'oratore rileva, a puro titolo di esempio, che il diritto di percepire l'assegno di reversibilità si fonda sulla constatazione che il coniuge debole, normalmente la moglie, avendo sacrificato la propria carriera lavorativa per accudire i figli, rischia di trovarsi senza fonte di sostentamento. *Non appare quindi razionale che l'intera comunità si faccia carico di costi aggiuntivi per favorire persone, quali i membri di una coppia omosessuale, che non hanno dovuto fare rinunce nell'interesse dei figli*»<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Sen. Binetti, res. somm. n. 74 dell'8 maggio 2007.

<sup>13</sup> Sen. Bianconi, res. somm. n. 74 dell'8 maggio 2007.

<sup>14</sup> Sen. Burani Procaccini, res. somm. n. 74 dell'8 maggio 2007.

<sup>15</sup> Sen. Ventucci, res. somm. n. 77 del 10 maggio 2007.

<sup>16</sup> Sen. Valditara, res. somm. n. 79 del 16 maggio 2007.

«In realtà, come ammette francamente il deputato Grillini nella relazione di accompagnamento al disegno di legge da lui presentato, la disciplina delle unioni civili non serve alle coppie eterosessuali conviventi, e il suo vero scopo è quello di conferire un riconoscimento pubblico alle unioni omosessuali.

Questa richiesta però cela un grave fraintendimento della nozione di eguaglianza, che implica un trattamento eguale di situazioni eguali, quali evidentemente non sono *le relazioni omosessuali* rispetto al matrimonio, in quanto *strutturalmente non destinate alla procreazione*.

In tale posizione non vi è alcuna svalutazione della dignità e dei diritti dei cittadini omosessuali; *si pensi solo al fatto che la civiltà greco-romana ha avuto nei confronti dell'omosessualità un atteggiamento di piena accettazione e di favore senza però che mai si sentisse il bisogno di formalizzare le unioni omosessuali*<sup>17</sup>.

Le argomentazioni sulla cui base il Legislatore – vale la pena ribadirlo – *ha già deciso, negativamente*, sul tema sembrano ruotare, in definitiva, intorno ad una convinzione: che la Costituzione ammetta solo il matrimonio eterosessuale in quanto unica “sede privilegiata” della riproduzione umana; o, in altre parole, che la *ratio* degli artt. 29, 30 e 31 Cost. coincida con la (e si esaurisca nella) finalità procreativa<sup>18</sup>. Da qui – tralasciando ricostruzioni storiografiche francamente inverosimili – derivano le conclusioni relative alla «irrelevanza sociale» delle coppie omosessuali; all'impossibilità che le stesse esprimano «valori costituzionali»; alla «irrazionalità» di sostegni previdenziali per chi non ha «dovuto fare rinunce nell'interesse dei figli»; alla necessità di distinguere tra il comportamento omosessuale privato (accettabile, in quanto «non pericoloso per la persona che lo vive né giuridicamente illecito») e la sua legittimazione pubblica (inaccettabile e addirittura potenzialmente «in contrasto con il bene comune»).

Si potrebbe obiettare che quelli riportati sono stralci di un dibattito avvenuto tre anni fa, in una legislatura diversa. L'obiezione pare tuttavia superabile se si tiene conto di due elementi: primo, che le medesime argomentazioni riecheggiano nel recentissimo dibattito svolto alla Camera sulla c.d. “aggravante di omofobia”<sup>19</sup>, per la quale si è addirittura approvata una pregiudiziale di costituzionalità<sup>20</sup>; secondo, che tutti gli oratori citati, tranne una, sono *attualmente* parlamentari; anzi, adesso sono la maggioranza.

**3.** La precedente incursione nei dibattiti parlamentari, per quanto sintetica, restituisce l'immagine di un Legislatore che, depositario del potere di costruire norme giuridiche, parte invece da premesse costituzionalmente opinabili e ragiona su piani che con il diritto sembrano avere ben poco a che fare. Richiami alla tradizione, argomenti di carattere ideologico o *latu sensu* religioso, pregiudizi personali, evocativi quanto fuorvianti riferimenti alla tutela dei minori e tecniche di comunicazione mediatica si fondono insomma in un quadro confuso, da cui pare emergere chiaramente solo la volontà di rimuovere il problema. In tale prospettiva, la distanza tra le persone che chiedono il riconoscimento di un proprio diritto e il loro interlocutore privilegiato (il Parlamento) resta quindi siderale e, forse, incolumabile con un unico balzo.

Non azzardo, in conclusione, ipotesi o previsioni sul tipo di decisione<sup>21</sup>, ma – nella consapevolezza che grandi risultati si possono raggiungere anche a piccoli passi – mi limito ad una richiesta

<sup>17</sup> Sen. Mantovano, res. somm. n. 80 del 17 maggio 2007.

<sup>18</sup> Sull'inesattezza (e ancor prima, sia consentito, illogicità) di una simile interpretazione non mi dilungo, rinviando ai numerosi interventi che hanno efficacemente sviluppato il punto nel corso del Seminario. Piuttosto, vale forse la pena di sottolineare che nemmeno nel Diritto canonico il matrimonio è più considerato solo come «un'istituzione primariamente ed essenzialmente orientata verso la procreazione»: cfr. C. BURKE, *L'oggetto del consenso matrimoniale. Un'analisi personalistica*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 23 ss.

<sup>19</sup> AC 1658-1182-A (*Modifica dell'articolo 61 del codice penale, concernente l'introduzione della circostanza aggravante relativa all'orientamento o alla discriminazione sessuale*) XVI legislatura. I dibattiti relativi sono reperibili in <http://nuovo.camera.it/126?action=submit&leg=16&pdl=1658&stralcio=&navette=&cerca=cerca>.

<sup>20</sup> I dati relativi alla Camera e riferiti XVI Legislatura, pur aggregati (riguardano, infatti, le “Questioni pregiudiziali e sospensive”) sono inequivocabili: al 19 febbraio 2010, su 47 questioni presentate, ne risultano votate 45 e approvate 2. Per una verifica, cfr. <http://nuovo.camera.it/562>.

<sup>21</sup> Su cui v. Autori citati in nota 2.

minima: a prescindere dal dispositivo, sarebbe auspicabile che la Corte iniziasse almeno a delimitare il campo di gioco (*rectius*: di battaglia), chiarendo che argomenti del tenore di quelli poco sopra citati non possono trovare cittadinanza nel ragionamento giuridico. Traguardo forse insoddisfacente, ma dal quale la discussione potrebbe ripartire per svolgersi, finalmente, tra soggetti che parlano la medesima lingua.

## Per una lettura non svalutativa dell'art. 29

**SOMMARIO:** 1. “Famiglia” e “matrimonio” nell’art. 29. – 2. L’art. 29 tutela la famiglia o il matrimonio? – 3. “*Original intent*” e riduzione dell’area di applicazione dell’art. 29. – 4. Il diritto costituzionale alla famiglia tra legislazione e giurisdizione.

1. Le questioni prospettate alla Corte costituzionale richiamano l’attenzione su temi molto delicati e di ampia prospettiva. Oltre l’evidente interesse delle persone che chiedono di acquisire lo *status* del matrimonio, entrano in gioco – mi sembra – almeno altre due esigenze di rilievo: la prima è che la pressione per il riconoscimento di “nuovi diritti” non spinga a superare la necessaria barriera tra la *legislatio* e la giurisdizione di costituzionalità; la seconda è l’esigenza ancora più urgente di evitare che l’allargamento del novero dei diritti riconosciuti porti ad allentare la capacità del testo della Costituzione di esprimere significati definiti o definibili, trasformando i termini da esso impiegati in contenitori capaci di assumere qualsiasi significato.

Vorrei iniziare da quest’ultimo profilo, ossia dal significato dei termini “famiglia” e “matrimonio” impiegati dall’art. 29, 1° comma. Come sia stata tormentata la genesi di questa disposizione è noto a tutti, così come è universalmente riconosciuta la estrema difficoltà per l’interprete di dare ad essa un significato compiuto restando aderenti al testo senza lasciarsi prendere la mano da questa o quella lettura ideologica. Assai diffuso tra gli interpreti è per altro un atteggiamento fortemente svalutativo di tale disposizione, che tende a mostrarne la struttura intimamente ossimorica. Benché abbia anch’io assunto tale atteggiamento in altre occasioni, mi sembra tuttavia importante che, davanti ad una precisa questione di legittimità che si impernia (almeno in parte) sull’art. 29.1, si cerchi di offrire una lettura non svalutativa del testo costituzionale, ma di ricostruirne il significato in termini positivi, per comprendere quali limiti esso ponga all’interprete.

Sappiamo bene che dai lavori preparatori non si ricava una traccia sufficientemente chiara del significato che i costituenti volevano attribuire alla disposizione in questione, troppe essendo state le “anime” che hanno inciso sulla sua elaborazione. Non è questa la sede in cui ripercorrere le vicende che hanno segnato la sua scrittura, né basta citare questa o quella affermazione che si trova impiegata nel dibattito per giungere ad una conclusione univoca. Univoca l’interpretazione non può essere perché la disposizione è stata composta attraverso il più arduo dei compromessi.

Se quindi è difficile individuare l’*original intent*, si potrebbe però essere indotti a ripiegare su una premessa “minimalista”, condivisibile da tutti. Essa può essere riassunta così: *tutti* i costituenti avevano un concetto ben preciso di matrimonio quale rapporto giuridico che lega, attraverso una rete complessa di obblighi e diritti, i coniugi; e *tutti* erano certamente convinti che i coniugi dovessero essere individuati in persone di sesso diverso.

Sul piano storico è difficile contestare questa affermazione; sul piano interpretativo essa ci può guidare ad ulteriori passi. Sempre ragionando sui contenuti “minimi” ma non contestabili della norma costituzionale, si potrebbe aggiungere che il significato “oggettivo” (compatibile con il contenuto minimo dell’*original intent*) dell’art. 29.1 Cost. è il seguente: posto che l’uomo tende *per natura* a organizzarsi in gruppi di base denominati “famiglia”, e che le famiglie sono di fatto diverse per composizione, dimensione, regole interne, la Repubblica offre un particolare riconoscimento a quelle famiglie che abbiano raggiunto una forma giuridica stabile ponendo alla loro base il sistema di rapporti giuridici definito dal matrimonio. Il matrimonio non è un istituto unitario, perché su di esso

---

\* *Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara.*

possono incidere regole derivanti da altri ordinamenti, statuali o religiosi: ma la conformazione di base è comunque data dall'ordinamento costituzionale e legislativo dello Stato che, oltretutto, esclude dal riconoscimento giuridico quei matrimoni che non corrispondano ad alcune regole essenziali. Tra queste regole essenziali vi è pure la differenza sessuale dei coniugi.

Insomma, si potrebbe affermare che la Costituzione non fa sua una visione tradizionale di 'famiglia' (e questo ha consentito al legislatore e alla Corte costituzionale di lasciar evolvere nel tempo l'ossatura giuridica della famiglia), però assume una concezione univoca di matrimonio, basata essenzialmente sulla diversità sessuale e la parità giuridica dei coniugi.

2. Credo che questa conclusione in merito al significato *testuale* dell'art. 29.1 possa essere facilmente accettata. Ma non chiude il problema relativo al significato *attuale* della disposizione. La domanda cruciale è la seguente: se il legislatore volesse riconoscere anche agli omosessuali il diritto a contrarre matrimonio, troverebbe un ostacolo insuperabile nell'art. 29.1? Solo rispondendo a questa domanda possiamo capire l'effettiva portata normativa dell'art. 29, se cioè esso fissi un concetto di famiglia imperniata esclusivamente sull'idea tradizionale di matrimonio.

Temo però che per rispondere a questa domanda non basti l'esegesi del solo art. 29. Il concetto di matrimonio che esso assume svolge una funzione selettiva del complesso novero delle possibili formazioni familiari, tutte egualmente lecite, ma solo alcune, quelle matrimoniali appunto, abilitate ad accedere al sistema di relazioni giuridiche fissate con il matrimonio. Una lettura dell'art. 29 aderente al testo ed al significato originale che esso esprimeva all'epoca della Costituente escluderebbe perciò dal "riconoscimento" dei diritti derivanti dal matrimonio tutte le altre famiglie: ma non è certo questa né l'*intentio* né la *ratio* della disposizione costituzionale.

Per quanto l'*intentio* sia complessa da ricostruire, non c'è dubbio che nell'elaborazione della disposizione abbia svolto un ruolo centrale l'esigenza di individuare nella famiglia un nucleo di relazioni sociali dotate di stabilità da porre al riparo dalle interferenze degli apparati pubblici. Sotto questo profilo, l'obiettivo dell'art. 29 non differisce di molto dal "rispetto della vita privata e familiare" garantito dall'art. 7 della Carta dei diritti; ad esso però si aggiunge un aspetto "positivo", cioè il riconoscimento di un regime giuridico diretto ad assicurare la stabilità e l'equilibrio delle relazioni familiari.

Mentre l'aspetto "negativo", il rispetto della vita privata, è sicuramente tutelabile anche al di fuori del matrimonio, sia pure con qualche marginale attenuazione (penso alle verifiche della residenza anagrafica delle persone oppure a certe norme tese alla protezione dei figli nati in famiglie di fatto), l'aspetto "positivo" è invece riservato in via esclusiva alle famiglie matrimoniali. Ma anche in questo caso vanno compiute alcune distinzioni: vi sono relazioni familiari che prescindono dal fondamento matrimoniale (si pensi agli obblighi alimentari verso i genitori ed i fratelli, nonché all'intero complesso degli obblighi dei genitori nei confronti dei figli, anche se nati fuori del matrimonio), ed altre che sono invece conseguenze esclusive del matrimonio: alcune di queste poi (si pensi all'obbligo di fedeltà) rappresentano il risvolto giuridico del riconoscimento sociale che acquisisce la coppia sposata.

Non c'è dubbio che l'evoluzione del diritto di famiglia abbia portato al restringimento dell'area dei diritti e dei doveri "esclusivi" della famiglia matrimoniale, riducendola essenzialmente alle relazioni tra i coniugi. Anche l'area di applicazione dell'art. 29.1 Cost. si è pertanto ridotta? Probabilmente sì. La natura matrimoniale della relazione tra i *partner* produce riflessi sempre meno percepibili dai soggetti che, pur rientrando nel loro stesso ambito familiare, non sono direttamente coinvolti dal loro rapporto di coniugio. Lo dimostra quanto la Corte costituzionale è venuta affermando a proposito delle "famiglie di fatto": l'opzione per il regime matrimoniale è una scelta libera dei coniugi, ai quali è lasciata aperta la strada di non formalizzare la propria unione, evitando così di assumersi il peso e i vantaggi connessi a quel regime giuridico; ma le loro scelte non pregiudicano gli interessi di terzi, dei figli in primo luogo. Del resto perché mai la tipologia di relazione scelta liberamente da due persone dovrebbe produrre effetti giuridici profondamente diversi nella sfera giuridica di altre persone, ad esse legate da vincoli familiari, ma che a quella scelta non hanno partecipato?

3. La riduzione dell'area di applicazione dell'art. 29.1 accentua però i problemi della sua interpretazione, anziché alleviarli. Prendendo le mosse da un'interpretazione testuale della disposizione, che tenga conto dell'*original intent*, finiamo con giungere ad un approdo interpretativo sorprendente: la famiglia, come società naturale, resta sullo sfondo, mentre tutto si concentra sulla relazione matrimoniale tra coniugi. Per cui, proprio com'era all'origine (cioè prima della sortita del Comitato di redazione, o “dei diciotto”, nella notte del 23 aprile 1947), le due tematiche ritornano divise: da un lato c'è la famiglia, come società naturale; dall'altro il matrimonio, come rapporto che riguarda esclusivamente i coniugi. Ciò che in origine apparteneva a due articoli diversi, ritorna a dividersi secondo tracciati divergenti. Il matrimonio, su cui si fonderebbe la famiglia, resta un rapporto esclusivo tra coniugi, non più irresolubile come si voleva ad un certo punto dei lavori dell'Assemblea costituente, ma ancora eterosessuale, com'è implicito nell'istituto stesso, com'è per tradizione.

Alla fine, ciò che rimane è solo questo: il significato giuridico dell'art. 29.1 si riduce nel riservare lo *status* derivante dal matrimonio a coloro che possono e vogliono contrarre matrimonio; ma coloro che possono contrarre matrimonio sono solo le coppie eterosessuali, i cui componenti siano maggiori (salva autorizzazione), celibi e non legati dai rapporti di parentela, affinità, adozione e affiliazione previsti dall'art. 87 c.c. Come si vede, le clausole che impediscono di accedere al rapporto matrimoniale sono giustificabili o da esigenze riconducibili alla capacità giuridica di assumere in piena consapevolezza i diritti e doveri derivanti dal rapporto di coniugio, come rapporto esclusivo (divieto di bigamia), oppure dall'esigenza atavica di evitare l'endogamia. E poi c'è l'eterosessualità, aspetto che non riguarda né la capacità giuridica né l'endogamia: e neppure la volontà dei *partner*.

La conclusione un po' paradossale a cui si perviene cercando di assicurare all'art. 29.1 Cost. un'interpretazione fedele al testo ed orientata a conferire ad esso un significato giuridico effettivo, che non si separi da quello che i costituenti potevano avere in mente, è che la disposizione costituzionale non tutela affatto l'istituzione familiare, ma solo il regime giuridico del matrimonio: anzi, più esattamente, tutela un regime del matrimonio coerente con la tradizione italiana, alla quale però si impone il fondamentale correttivo della obbligatoria eguaglianza dei coniugi, secondo quel che dispone il secondo comma dello stesso articolo.

Però, nel momento stesso in cui riserva alle sole coppie eterosessuali i privilegi di stabilità giuridica e di rispettabilità sociale, nonché le regole della solidarietà e dell'eguaglianza dei coniugi, l'art. 29 Cost., così “fedelmente” interpretato, mostra tutta la sua fragilità. Posto che in tale disposizione si fonda la libertà e il diritto di sposarsi, e dare luogo così ad una famiglia “privilegiata”, ogni limitazione introdotta dal codice civile al “diritto di sposarsi” trova giustificazioni sufficienti a resistere ad un test di ragionevolezza, e non si scontra con i divieti di discriminazione contenuti nel “nucleo forte” dell'art. 3.1 Cost.; ma il divieto (non esplicito) di coniugarsi imposto alle coppie omosessuali incappa invece proprio in uno dei divieti di discriminazione espressi dalla Costituzione e crea una tensione assai forte tra l'art. 29.1 e l'art. 3.1: il primo non si può interpretare senza sciogliere la difficile contraddizione con il secondo.

4. Proprio l'argomento “originalista” – i costituenti certo non pensavano, scrivendo la parola “matrimonio”, all'ipotesi che i coniugi potessero essere anche persone dello stesso sesso – si rivolge contro il superamento di questa contraddizione: siccome i costituenti neppure immaginavano che un giorno coppie omosessuali avrebbero avanzato la pretesa che il diritto riconosca *in qualche modo* la loro relazione, non si può neppure sostenere che l'art. 29.1 Cost. sia stato scritto proprio per impedire che le coppie omosessuali forzino il divieto di discriminare in base al sesso sino al punto di pretendere di contrarre matrimonio allo stesso modo in cui lo contraggono le coppie eterosessuali.

Nella misura in cui i diritti degli omosessuali a non subire discriminazioni che ne degradino la dignità umana o impediscano il pieno sviluppo della loro personalità acquistano peso nell'interpretazione costituzionale (per l'evoluzione dei costumi, per la maturazione della giurisprudenza costituzionale, per la pressione delle organizzazioni sovranazionali o per la “circolazione dei modelli giuridici”), è evidente che l'art. 29.1 Cost. diviene un argine sempre meno robusto. Anzi, per un verso, l'enfasi posta sulla “naturalità” della famiglia sembra suffragare una lettura della disposizione costituzionale – fatta propria dalle ordinanze di remissione – che pone il diritto a formarsi una fami-

glia tra i fattori determinanti dello sviluppo della personalità degli esseri umani. Il problema è allora se il riconoscimento di questi diritti possa imporsi per via giudiziaria, o se sia indispensabile l'intervento del legislatore.

Questo quesito è parte di un problema più generale, che investe tutti i c.d. nuovi diritti. È chiaro che spetta al legislatore percepire, interpretare e tradurre in nuove regole giuridiche i mutamenti che intervengono nella società: questo è un potere-dovere degli organi rappresentativi. Ma non è meno chiaro che, se i nuovi diritti possono vantare un fondamento costituzionale, il loro riconoscimento non può dipendere esclusivamente dalla volontà del legislatore: in caso di inerzia di questi, alla fine si imporranno per via giudiziaria. Benché il legislatore italiano mostri spesso di considerare il riconoscimento giudiziario dei diritti un *vulnus* alle sue prerogative, ciò dipende esclusivamente dalla sua scarsa consapevolezza di quali siano i limiti “negativi” e “positivi” che la legislazione ordinaria deve incontrare in un sistema costituzionale e del ruolo che la Costituzione assegna ai giudici e alla Corte costituzionale nel far valere tali limiti. La difesa dei diritti costituzionali delle persone deve prevalere sulla gelosa inerzia del legislatore.

Ma, naturalmente, questa prevalenza deve passare attraverso un processo sufficientemente lungo e complesso. Bene hanno fatto quindi i giudici ad evitare un salto in avanti quale sarebbe stato l'offrire per il caso singolo un'instabile e velleitaria soluzione interpretativa favorevole alle coppie omosessuali e ad investire invece la Corte costituzionale del problema: anche se questo ha comportato che si accreditasse l'esistenza nel codice civile di norme espresse contrarie al matrimonio omosessuale, il che forse non è o non è con tanta evidenza. E sarà comprensibile anche un atteggiamento di grande prudenza da parte della Corte costituzionale, che forse riterrà non ancora maturi i tempi per un riconoscimento giurisprudenziale esplicito del diritto di sposarsi a prescindere dal sesso del proprio *partner*. Anche perché l'apertura delle porte del sacro istituto del matrimonio alle coppie omosessuali forse non è l'unico strumento capace di soddisfarne pienamente le esigenze e i diritti. Ma se resta al legislatore il compito di predisporre gli strumenti necessari e più opportuni, sarà certo importante che la Corte lo solleciti con forza in questa direzione e lo metta in mora. Anche queste sollecitazioni accelererebbero il processo di riconoscimento di diritti che non possono restare a lungo senza riconoscimento.

GIUDITTA BRUNELLI\*

## Minoranze sociali, norme discriminatorie e funzione del giudice costituzionale

Vorrei prendere le mosse dall'affermazione, contenuta nell'ordinanza di rinvio del Tribunale di Venezia (ma anche in quella della Corte d'Appello di Trento), secondo cui «[n]el nostro sistema il matrimonio tra persone dello stesso sesso *non è previsto, né vietato espressamente*». Tuttavia, poiché diverse norme del codice civile, tra cui quelle impugnate, si riferiscono al marito e alla moglie come “attori” della celebrazione, il Tribunale ritiene che, allo stato della normativa vigente, operare un'estensione dell'istituto del matrimonio anche a persone dello stesso sesso sarebbe “una forzatura non consentita ai giudici (*diversi da quello costituzionale*), a fronte di una *consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio* come unione di un uomo e di una donna”.

I termini del problema mi hanno richiamato alla mente, per le numerose analogie, una vicenda italiana dei primi anni del Novecento, in particolare del biennio 1906-1907, quando le Corti (d'Appello e di Cassazione) opposero una barriera insormontabile al riconoscimento in via giudiziaria dei diritti politici delle donne, i quali non erano esplicitamente negati né dallo Statuto albertino né dalla legge elettorale politica allora in vigore, ma soltanto da una *consuetudine interpretativa*<sup>1</sup>. L'art. 24 dello Statuto affermava infatti: «Tutti i *regnicoli* godono egualmente i diritti civili e politici (...)» e la legge elettorale politica del 1895 parlava genericamente di *elettori*, non essendovi alcuna disposizione specifica che escludesse il voto femminile. Per questo si tentò la via giudiziaria, come del resto era accaduto – sempre senza successo – anche in Inghilterra e in Francia. Va infatti ricordato che nelle Costituzioni e nelle leggi elettorali europee dell'Ottocento non c'era l'esclusione esplicita delle donne dall'elettorato attivo e passivo, ma ci si riferiva ai titolari del diritto di voto con espressioni generiche come “cittadini dello Stato”, “spagnoli”, “portoghesi”, “prussiani”, con una terminologia in apparenza universalistica ma sempre interpretata nel senso dell'esclusione dei cittadini di sesso femminile. Con la sola eccezione della sentenza della Corte di Appello di Ancona del 25 luglio 1906 (redatta da Lodovico Mortara), la risposta fu di assoluta chiusura, secondo una interpretazione fortemente riduttiva del principio di eguaglianza (del resto contenuto in una costituzione flessibile), anche alla luce del ruolo preminente assegnato alle *consuetudini* e alle *tradizioni*, considerate parte integrante di un diritto pubblico non riducibile alle sole disposizioni scritte. Nelle decisioni giudiziarie è costante il richiamo alle “nostre *tradizioni*, ai nostri *costumi*”, alla “*coscienza popolare comune*”, alla “*coscienza pubblica*”, alla “*tradizione storica*” (è interessante, da questo punto di vista, come nell'ordinanza veneziana si sottolinei che «le opinioni contrarie al riconoscimento della libertà matrimoniale tra persone dello stesso sesso, fatte proprie dall'Avvocatura dello Stato resistente, per giustificare la disparità di trattamento invocano *ragioni etiche, legate alla tradizione o alla natura*»).

Ma l'argomento principale per escludere il riconoscimento del diritto fu il riferimento alla concreta volontà del “legislatore storico”, alla *mens legis* e non alla “nuda lettera” della previsione nor-

---

\* *Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Ferrara.*

<sup>1</sup> Per l'analisi di tale giurisprudenza rinvio a G. BRUNELLI, “*Foeminae ab omnibus officiis civilibus et publicis remotae sunt*” ovvero: *l'esclusione delle donne dalla sfera pubblica nello Stato liberale italiano*, in L. DESANTI-P. FERRETTI-A.D. MANFREDINI (a cura di), *Per il 70° compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 31 ss. In argomento, anche circa le esperienze di altri Paesi europei e degli Stati Uniti d'America, vedi I. BRUNELLI, *Il suffragio politico femminile ne' suoi criteri giuridici*, Utet, Torino, 1910.



mattiva, con lo scopo di cristallizzarne il significato e impedirne l'adattamento alle situazioni nuove, all'evolversi delle condizioni sociali e culturali in cui l'interprete – il giudice – si trova ad operare. Tutto ciò, con la proclamata esigenza di “non confondere l'ufficio dell'interprete con quello del legislatore”: l'interpretazione, in altri termini, deve limitarsi “a ricercare il vero significato e il vero contenuto di una disposizione legislativa” (Corte d'Appello di Napoli, 5 novembre 1906).

Si tratta di questioni assai attuali: qual è il confine tra produzione e interpretazione del diritto? Che cosa spetta soltanto al legislatore e che cosa può invece essere tratto dal testo normativo attraverso l'interpretazione giudiziaria? Se il testo normativo consente una pluralità di interpretazioni, esiste un limite che il giudice non può travalicare? Come si atteggiavano questi problemi allorché si controverta della estensione di un diritto fondamentale? (il diritto di voto, allora, oggi il *diritto di contrarre matrimonio* – espressione testualmente usata nella sent. cost. n. 445/2002. Ma si pensi anche al caso Englaro, con l'emersione del diritto a non essere sottoposti a cure mediche contro la volontà espressa nel momento in cui si era capaci di intendere e di volere). Potremmo chiederci tuttavia se un secolo sia trascorso inutilmente. Intendo dire che il contesto ordinamentale che aveva portato all'inizio del Novecento a una risposta negativa è oggi radicalmente mutato. Per la vigenza di una costituzione rigida e garantita dal sindacato di legittimità costituzionale. Per il ruolo del giudice costituzionale profondamente diverso da quello dei giudici ordinari: come ha osservato Roberto Bin, le sentenze di accoglimento della Corte sono “atti di potere”, non “atti retorici”. La particolarità della Corte è proprio quella di “poter fare quello che a nessun altro giudice è consentito, cioè “disporre” sullo stesso piano del legislatore, emanare “atti di potere” che incidono, trasformandoli, sugli stessi atti di potere che vincolano i giudici”<sup>2</sup>. Auspicare nel caso di specie, come fa giustamente Barbara Pezzini nella sua relazione, una pronuncia parzialmente sostitutiva o additiva di principio, significa riconoscere che quanto non poteva accadere nella vigenza dello Statuto albertino può (anzi *deve*) accadere oggi. E ciò perché, come ha insegnato Crisafulli, le decisioni manipolative esprimono una *funzione normativa* (che è cosa diversa e più ampia della funzione *legislativa*) che dà vita “a norme e frammenti di norme, la cui presenza non era, per l'innanzi, ‘avvertita’ nell'ordinamento”, pur essendo in realtà già implicata nel sistema e ricavabile dalle disposizioni costituzionali<sup>3</sup>. Tanto più quando si consideri che nella giurisprudenza costituzionale oggi emerge sempre più spesso la *dimensione antidiscriminatoria del principio di eguaglianza* (in particolare in materia di diritti sociali degli stranieri non comunitari stabilmente residenti in Italia)<sup>4</sup>. Un vero e proprio “*diritto all'eguaglianza soggettiva*”, che tende a manifestarsi laddove entri in gioco il “nucleo forte” dell'eguaglianza in senso formale, cioè quegli aspetti del principio che hanno a che fare con la libertà e la dignità della persona, e in particolare con il divieto di discriminare in base alle condizioni personali e sociali. E che l'orientamento sessuale rappresenti una *condizione personale* protetta credo sia ormai un dato acquisito.

La funzione del giudice costituzionale emerge in tutto il suo spessore proprio laddove la legge riveli con evidenza il suo carattere di *regola di supremazia*, nella quale si esprime il principio di maggioranza, spesso in tensione con chi all'interno dell'ordinamento rivesta una condizione di minoranza<sup>5</sup> (etnica, culturale, legata all'orientamento sessuale). Accade sovente che le maggioranze titolari della decisione politica non siano in grado di riconoscere pratiche, tradizioni e normative discriminatorie e produttive di diseguaglianze: si pensi ancora all'esclusione delle donne dalla cittadinanza politica, quando si tentò inutilmente di rovesciare una tradizione tanto radicata da apparire inattaccabile. È compito del giudice costituzionale anche svelare questi inganni prospettici, realizzando uno dei postulati essenziali del costituzionalismo contemporaneo, e cioè che i diritti fondamentali «siano applicati *anche contro il volere delle maggioranze*, dato che una delle loro principali *raisons d'être* è proprio quella di assicurare una sfera inviolabile di libertà degli individui e delle minoranze»<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> R. BIN, *La Corte costituzionale tra potere e retorica: spunti per la costruzione di un modello ermeneutico dei rapporti tra Corte e giudici*, in A. ANZON-B. CARAVITA-M. LUCIANI-M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 10.

<sup>3</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Cedam, Padova, 1984, p. 407.

<sup>4</sup> G. BRUNELLI, *Welfare e immigrazione: le declinazioni dell'uguaglianza*, in *Le istituzioni del federalismo*, 5, 2008, pp. 548 ss.

<sup>5</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto e i diritti nell'epoca dello scontro delle civiltà*, in *Questione giustizia*, 2005, p. 734.

<sup>6</sup> M. CAPPELLETTI, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, il Mulino, Bologna, 1994, p. 67.

ROSANGELA CASSANO \*

## Una questione d'interpretazione? Brevi considerazioni sull'interpretazione costituzionale

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. L'interpretazione costituzionale: caratteri e limiti. – 3. Il matrimonio omosessuale tra interpretazione evolutiva e spunti problematici.

1. L'importanza del caso oggi in discussione emerge con evidenza sia per la novità dell'argomento nel panorama giurisprudenziale italiano<sup>1</sup>, sia perché, a prescindere dall'esito del giudizio, la Corte dovrà caricarsi dell'onere di segnare o rimuovere limiti basilari nel delicatissimo ambito dei diritti fondamentali.

Oggetto del giudizio è l'intera disciplina codicistica del matrimonio, così come costantemente interpretata; un diritto vivente, quindi, potenzialmente incostituzionale rispetto a una interpretazione dell'art. 29 Cost. che inglobi nel proprio ambito applicativo anche una estensione dell'istituto matrimoniale a individui dello stesso sesso.

Alla Corte costituzionale si chiede, in buona sostanza, di effettuare una "scelta di campo" tra una sorta di diritto alla tradizione e un contrapposto diritto alla innovazione, tra una interpretazione originalista e una interpretazione evolutiva; nodo decisivo da sciogliere sarà, quindi, la qualità e la quantità dell'attività interpretativa applicabile al testo costituzionale e, nella fattispecie, alla disciplina costituzionale del matrimonio.

2. Che l'interpretazione costituzionale sia lontanissima dal modello kelseniano del confronto tra norme ordinate gerarchicamente è patrimonio acquisito dalla dottrina; seppure con sensibili oscillazioni, infatti, è opinione unanime che l'attività ermeneutica riferibile al testo costituzionale sia caratterizzata da una marcata specificità rispetto all'interpretazione di altri testi giuridici<sup>2</sup>.

Questa specificità non riguarda certo l'attività interpretativa in quanto tale, ma si spiega in almeno tre direzioni: la natura degli interpreti, le tecniche e i risultati dell'interpretazione costituzionale.

Sebbene, infatti, l'interpretazione della Costituzione sia attività propria anche dei giudici *a quibus* in sede di valutazione del profilo di non manifesta infondatezza di qualsiasi questione di legittimità costituzionale, è palese che "interprete privilegiato" della Carta fondamentale sia la Corte Co-

---

\* *Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università Magna Græcia di Catanzaro; Dottoranda di ricerca in Diritto Costituzionale, Università Alma Mater Studiorum di Bologna.*

<sup>1</sup> Nelle uniche occasioni in cui la Corte si è pronunciata sul principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale, lo ha fatto solo incidentalmente: cfr. sentt. nn. 372, 378 e 379/2004.

<sup>2</sup> Per ovvie ragioni di opportunità, si ometteranno, in questa sede, considerazioni teoriche circa lo stato dell'arte della dottrina sull'interpretazione costituzionale. A titolo meramente esemplificativo, si rimanda a: F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in <http://www.costituzionalismo.it>; A. BALDASSARRE, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, in <http://www.costituzionalismo.it>; R. GUASTINI, *Specificità dell'interpretazione costituzionale?*, in P. COMANDUCI-R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto*, 1996. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 169 ss.; V. BALDINI, *Lo Stato multiculturale e il mito della Costituzione per valori*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>; A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in <http://www.costituzionalismo.it>; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, spec. pp. 237 ss.

stituzionale; e, si noti, una siffatta considerazione vale anche nei sistemi di giustizia costituzionale “diffusi”, proprio perché esplicativa della funzione di autoconservazione tipica di ogni ordinamento fondato su un testo costituzionale.

Pur senza sconfinare, sulla scia della nota lettura schmittiana del “cristallo di Hobbes”<sup>3</sup>, nell’identificazione delle Corti come veri “organi sovrani”<sup>4</sup> o come “costituenti permanenti”, è inevitabile riconoscerne la forza politica<sup>5</sup>, e la conseguente politicità<sup>6</sup> delle decisioni.

“Conservare” e “custodire” il testo costituzionale equivale, per le Corti, a interpretarlo; e la struttura tipica delle norme costituzionali esige che l’attività interpretativa sia di tipo sistematico-evolutivo<sup>7</sup>, consentendo così al dato costituzionale di evolversi nel tempo (pur rimanendo, di fatto, immutato) parallelamente alla Costituzione materiale.

Tuttavia, la funzione intrinsecamente stabilizzatrice propria della Corte costituzionale impone di considerare anche l’inevitabilità dei limiti a una siffatta attività interpretativa; tutto ciò al fine di ricercare il giusto equilibrio tra una cristallizzazione del testo costituzionale ancorata a parametri storici ormai anacronistici e l’opposta, sfrenata, relativizzazione ermeneutica dello stesso, nel tentativo di rincorrere qualunque evoluzione/involuzione della società di riferimento<sup>8</sup>.

L’analisi dei criteri ermeneutici effettivamente utilizzati dalla Corte porta a concludere nel senso di una pluralità di metodi interpretativi, molto spesso ancorati al caso concreto e agli orientamenti teorici del relatore; è poco agevole, quindi, tentare di ricavare dalla prassi un criterio unitario in merito.

Se allo scopo non possa ritenersi esauriente neppure il disposto dell’art. 12 Preleggi (utile, probabilmente, in funzione suppletiva; la Corte ha sempre ignorato il problema dell’applicabilità dello stesso alla propria attività ermeneutica), l’interpretazione costituzionale, in quanto tale, non può prescindere dal testo scritto.

Difatti, per quanto si voglia ammettere la possibilità e, per certi versi, la necessità di un’interpretazione evolutiva dell’articolato costituzionale, condizione inderogabile per tale attività è che il testo della disposizione presenti un margine interpretativo tale da consentire una siffatta operazione ermeneutica. Il testo “non è né tutto né niente”<sup>9</sup>, ed è la cornice entro la quale deve svolgersi ogni tipo di interpretazione, anche quella costituzionale; esso garantisce il significato minimo corrispondente all’*idem sentire* dei cittadini in riferimento a una determinata materia.

Fermo restando questo limite, e quello ulteriore rappresentato dal c.d. “nucleo duro” del testo costituzionale, l’attività ermeneutica della Corte è pienamente discrezionale; spetta ad essa, dunque, decidere di rivolgersi alle intenzioni originarie dei Costituenti piuttosto che alle nuove esigenze della collettività, dando così la prevalenza a una interpretazione “storica” piuttosto che a una “evolutiva”.

**3.** Nella fattispecie in esame, appare debole l’ancoraggio a una interpretazione “storica”; difatti, i Costituenti non “scelsero” di escludere le coppie omosessuali dal paradigma di famiglia avente dignità costituzionale. Piuttosto, essendo le unioni omosessuali un fenomeno ancora sommerso, essi si limitarono a discutere dell’unica “famiglia” storicamente esistente all’epoca; e, cioè, quella formata da due individui di sesso diverso<sup>10</sup>. Anche per questo motivo il codice civile, più esplicitamente del testo costituzionale, fa espresso richiamo alla diversità di sesso quale requisito indispensabile del matrimonio.

Il testo dell’art. 29 è, per così dire “neutro” proprio perché non si avvertiva l’esigenza, al tempo dell’Assemblea Costituente, di alcuna forma di specificazione in merito; proprio per questo, dunque,

<sup>3</sup> C. SCHMITT, *Le categorie del politico*, tr. it. di P. SCHIERA, il Mulino, Bologna, 1972, p. 151.

<sup>4</sup> P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, in *Giur. cost.*, 1957, pp. 907 ss.

<sup>5</sup> T. MARTINES, *Contributo a una teoria giuridica delle forze politiche*, in *Opere*, I, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 206 ss.

<sup>6</sup> T. MARTINES, *Contributo*, cit., pp. 215.

<sup>7</sup> G. ZAGEBELSKY, *La legge*, cit., p. 268.

<sup>8</sup> A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 15.

<sup>9</sup> L’espressione è di A. RUGGERI, *Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti (prime osservazioni)*, in *“Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti*, II, *Studi degli anni 1992/95*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 426.

<sup>10</sup> Il testo integrale del dibattito in Assemblea Costituente si trova, oggi, in <http://www.nascitacostituzione.it>.

apre a un'opzione potenzialmente sconfinata di interpretazioni evolutive.

Paradossalmente (e, si consenta, provocatoriamente) potrebbero essere incluse nella nozione costituzionale di matrimonio anche ipotesi oggi lontanissime dal comune sentire sociale<sup>11</sup>; e persino quelli che oggi sarebbero potenziali limiti alla dignità costituzionale delle stesse (principio di eguaglianza dei coniugi, ecc.) potrebbero essere, un domani, re-interpretati evolutivamente a fronte di illimitate evoluzioni/involuzioni della società.

Seppure poligamia o poliandria rappresentino casi limite e ipotesi futuristiche, non si può ignorare che l'assenza di limiti all'interpretazione evolutiva potrebbe generare una serie potenzialmente infinita di rivendicazioni di diritti, portando a una dilatazione davvero eccessiva del testo costituzionale.

Riconoscere il diritto di matrimonio a coppie omosessuali non rappresenta, in realtà, alcuna ipotesi limite; non ci sarebbe alcun problema di bilanciamento con altri principi costituzionali, e non si tratterebbe di comprimere alcuni diritti a fronte dell'espansione di altri. La neutralità del testo costituzionale, poi, come già rilevato, non osterebbe a una interpretazione in tal senso. L'unico limite realmente esistente rispetto a un siffatto riconoscimento sarebbe la più volte invocata tradizione (cattolica, ma non solo) che, da sempre, accompagna l'istituzione matrimoniale. Chiaramente non si tratta di un limite di natura giuridica; tuttavia, è innegabile che, come spesso avviene nell'ambito di questioni riguardanti i diritti fondamentali, sarebbe opportuno che ci fosse un adeguato consenso sociale a una tale virata del timone della tradizione.

Se il diritto è fenomeno avulso e diverso dalla morale, è pur vero che esso non può non tener conto, in qualche modo, dell'*idem sentire* sociale.

Come autorevolmente già rilevato<sup>12</sup>, il problema involge questioni di teoria e strategia della Costituzione; occorre valutare, difatti, fino a che punto sia opportuno utilizzare lo strumento dell'interpretazione a fronte di margini testuali talmente labili da offrire potenziale copertura costituzionale a ipotesi eterogenee che, in ogni caso, porterebbero a una dilatazione, forse eccessiva, dello stesso dato testuale.

Sebbene esuli dai fini propri di questo breve contributo una indagine sui possibili esiti del giudizio, basti qui considerare che, tra le ipotesi prospettabili, la Corte ben potrebbe optare, secondo proprie valutazioni discrezionali, per la manifesta inammissibilità *ex art. 28* della L. 87/1953<sup>13</sup>, ovvero decidere nel senso di una sentenza additiva di principio che sanzioni l'omissione legislativa in materia.

Nella fattispecie in discussione, però, persino una sentenza di rigetto ben potrebbe essere accompagnata da valutazioni circa la sempre più stringente necessità che il legislatore provveda a regolare lo statuto giuridico di coppie omosessuali, in ossequio al combinato disposto degli artt. 2, 3 e 39 Cost, eventualmente anche considerando l'ipotesi di estendere ad esse l'istituto del matrimonio<sup>14</sup>.

In tutti i casi considerati, quindi, si coinvolgerebbe, in qualche modo, l'attività legislativa, il che corrisponde a una probabilità statisticamente verificabile.

Del resto, l'ultimo "precedente illustre" in tal senso, quello relativo alla vicenda conclusasi con l'ordinanza n. 334/2008<sup>15</sup>, rende molto probabile una scelta siffatta; a fronte delle sempre più frequenti accuse di "giurisprudenza creativa", la Corte potrebbe rilevare che il ruolo primario nel riconoscimento di "nuovi diritti", o dell'estensione di diritti a nuovi soggetti, spetti al legislatore.

---

<sup>11</sup> L'ipotesi è prospettata da A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, p. 5, in <http://www.forumcostituzionale.it>.

<sup>12</sup> A. RUGGERI, *Idee*, cit., p. 11.

<sup>13</sup> In tema di interpretazione costituzionale, e con specifico riferimento ai rapporti tra Corte e legislatore costituzionale cfr. A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008, spec. p. 143.

<sup>14</sup> Ovviamente, trattandosi di una modificazione del testo costituzionale, la disposizione legislativa eventualmente introdotta sarebbe pur sempre soggetta a interpretazione. La considerazione è di G. ZAGREBELSKY, *La legge*, cit., p. 265.

<sup>15</sup> Nella pronuncia citata, relativa al tristemente noto "caso Englaro", la Corte, dopo aver censurato l'utilizzo dello strumento del conflitto tra poteri per censurare *errores in iudicando*, ha rilevato che il Parlamento avrebbe ben potuto "in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti". Per considerazioni e indicazioni bibliografiche sul tema, si consenta il rinvio a P. FALZEA (a cura di), *Thanatos e nomos. Questioni bioetiche e giuridiche di fine vita*, Jovene, Napoli, 2009.

Non è irragionevole, infatti, che le Corti costituzionali intervengano in una fase eventuale e successiva, allorquando i diritti già riconosciuti si assumano violati.

L'alternativa sarebbe, ovviamente, la revisione costituzionale *ex art. 138 Cost.*, con la connessa alta probabilità, comunque, che, stante la situazione politica italiana, essa non sia approvata in prima battuta, ovvero che sia sottoposta a referendum confermativo.

La procedura di approvazione di legge costituzionale, tuttavia, permetterebbe anche di testare il reale consenso sociale in merito alla questione; consenso che, come già brevemente rilevato, riveste una importanza nient'affatto secondaria, giusta il coinvolgimento di tradizioni e concezioni che riguardano il primigenio nucleo costitutivo della società.

Da ultimo si consenta una valutazione di carattere, per così dire, "statistico": nella storia della Corte costituzionale italiana non è agevole individuare repentine e inaspettate innovazioni in ambiti così sensibili come quello dei diritti fondamentali; più che altro, la giurisprudenza della Corte si è sempre formata per tappe progressive e in un *continuum* omogeneo e armonico.

A ben ragione, dunque, il caso oggi in discussione potrebbe rappresentare l'occasione per avviare un concreto dibattito, a tutti i livelli, nel senso di un riconoscimento e di una regolamentazione dei diritti delle coppie omosessuali che, come si è cercato di dimostrare, non sarebbe inopportuno avvenissero, in prima battuta, in ambito legislativo.

ROBERTA CATALANO\*

## Note sul percorso evolutivo concernente la nozione di gruppo familiare

**SOMMARIO:** 1. Posizione dei problemi. – 2. L'evoluzione della nozione di gruppo familiare: il fenomeno delle convivenze *more uxorio*. – 3. Considerazioni intorno alla rilevanza giuridica delle unioni omosessuali.

1. Le proposte, i commenti, persino i sentimenti sorti intorno alla questione del riconoscimento di rilevanza giuridica alle unioni parafamiliari tra persone dello stesso sesso, concorrono a comporre un quadro assai variegato, entro il quale i giuristi italiani stentano ad orientarsi. Le loro difficoltà derivano dalla disomogeneità delle soluzioni prospettate, dalla divergenza delle reazioni suscitate e, soprattutto, dal fatto che è l'idea stessa di attribuire rilevanza giuridica al fenomeno in esame a suscitare diffidenza, se non pure avversione. E tutto ciò in ragione della evidente incompatibilità di tale idea con regole etiche e religiose che orientano il modo di essere e di pensare di larghi strati della popolazione e che, soprattutto, hanno contribuito in modo determinante all'elaborazione e all'interpretazione dei principi giuridici fondamentali di tutte le moderne democrazie occidentali.

Accade così che quelle regole e questi principi sono avvertiti, da taluni, quasi come un ostacolo al progresso ed all'evolversi della realtà sociale e giuridica, e da altri come il nucleo intangibile dell'identità dei Paesi occidentali. Ne è derivato un dibattito acceso, a tratti anche assai aspro, che è sfociato in Italia nelle ordinanze con le quali alcuni giudici hanno interpellato la Consulta circa la legittimità costituzionale di svariate norme del codice civile dalle quali emergerebbe il divieto per le persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio.

Il condizionale è d'obbligo perché tale divieto non è disposto espressamente da nessuna disposizione ma si desume piuttosto dal modo con il quale, per tradizione secolare, vengono intese parole come "famiglia" e "matrimonio". E difatti è significativo che la questione di costituzionalità sollevata da ciascuna delle ordinanze in discussione, seppur coincidente nella sostanza, non riguarda le stesse norme ed – eccetto l'ordinanza veneziana – si fonda, essenzialmente, sull'osservazione che i mutamenti della realtà sociale impongono un'evoluzione alla terminologia del giurista, sì che la portata semantica di parole come "famiglia" e "matrimonio" va estesa fino ad includervi le unioni tra persone omosessuali.

È evidente, tuttavia, che le questioni sottese alle unioni tra omosessuali hanno tale rilevanza sistemica da non poter essere risolte mediante la semplice ridefinizione del significato di alcuni vocaboli. Piuttosto – e questo è il compito al quale è chiamato il giurista (ed anzitutto la Corte costituzionale) – esse devono essere affrontate alla luce di quei principi giuridici fondamentali che, seppur elaborati tenendo anche conto delle regole etiche e religiose cui si è fatto cenno in apertura, costituiscono l'unico strumento del quale l'interprete può avvalersi per risolvere i problemi posti dall'evolversi della realtà sociale.

2. Qui, evidentemente, non è possibile affrontare tutti i molteplici profili della questione così impostata. Ma un utile contributo al dibattito può derivare dall'esame della riflessione giurisprudenziale e dottrinale già sedimentatasi intorno alle istanze di tutela dei conviventi *more uxorio* eterosessuali; istanze che inizialmente, stante la lettera dell'art. 29 Cost. («la famiglia è una società naturale

---

\* Ricercatore in Diritto civile, Seconda Università degli Studi di Napoli.

fondata sul matrimonio»), parevano dover essere confinate nell'area dell'indifferente giuridico proprio come accade oggi per quelle relative alle unioni omosessuali.

In particolare, ai fini della nostra indagine, giova ricordare che gli interpreti solo all'esito di una faticosa riflessione sono giunti a ritenere che il testuale riferimento al matrimonio di cui all'art. 29 Cost. comporta l'inapplicabilità in via diretta ai conviventi *more uxorio* eterosessuali delle norme e delle tutele poste a presidio della famiglia legittima, ma non anche l'emarginazione delle unioni di fatto stabili e durature tra un uomo e una donna dall'ambito delle "formazioni sociali" rilevanti per il diritto ai sensi dell'art. 2 Cost. Anzi tali unioni, poiché volte a realizzare sul piano fattuale una relazione di tipo coniugale, costituiscono un vero e proprio gruppo familiare (è ormai invalso l'uso dell'espressione "famiglia di fatto") al quale l'applicazione delle norme sulla famiglia va verificata di volta in volta.

Giova ricordare qui gli esiti di tale riflessione perché ne emerge che gli interpreti (seppur dal particolare angolo visuale prescelto) si sono già interrogati sul significato della parola "famiglia" e sul portato normativo dell'art. 29 Cost., ed al riguardo hanno concluso che la convivenza *more uxorio* tra eterosessuali realizza un gruppo familiare giuridicamente rilevante ai sensi dell'art. 2 Cost., ma non anche ai sensi dell'art. 29 Cost. che si riferisce, invece, ad un gruppo familiare specifico in quanto caratterizzato dal fatto che un uomo ed una donna decidono di formalizzare la loro unione nel vincolo matrimoniale.

Tali conclusioni risultano oggi avvalorate dall'art. 9 della Carta di Nizza, nella parte in cui distingue il diritto di sposarsi dal diritto di formare una famiglia, e soprattutto dall'art. 12 della CEDU il quale, oltre a stabilire siffatta distinzione, fa esplicitamente riferimento al fatto che le persone coinvolte devono essere un uomo e ad una donna. Sicché pare difficile che la Consulta se ne discosti.

D'altronde, l'accoglimento *sic et simpliciter* delle eccezioni di incostituzionalità in discussione finirebbe per ridurre l'unico connotato qualificante dell'istituto matrimoniale al mero scambio tra due persone di una promessa solenne. Il che non pare compatibile con ampi ambiti del diritto di famiglia e delle successioni la cui *ratio*, evidentemente, non è quella di regolare gli effetti giuridici di una reciproca promessa ma quella di tracciare in modo organico il regime giuridico di un nucleo familiare (la "società naturale", appunto) che, proprio in quanto fondato sull'unione tra un uomo ed una donna, presenta peculiari esigenze anzitutto di ordine affettivo (si pensi alla relazione con gli eventuali figli).

**3.** Ciò non significa che le unioni omosessuali sono del tutto irrilevanti per il diritto. Una tale conclusione, infatti, non è a sua volta compatibile con il dettato dell'art. 2 Cost. e dell'interpretazione di cui lo stesso è pacificamente oggetto, nonché con l'assetto di valori complessivamente emergente dalla CEDU e dalla Carta di Nizza e con il tenore di alcune pronunce della Corte Europea dei diritti dell'Uomo.

Da siffatta prospettiva, quindi, pare auspicabile una pronuncia della Consulta che lasci agli interpreti – ed anzitutto ai giudici – lo spazio per iniziare a svolgere un percorso simile a quello già seguito per definire i contorni della rilevanza giuridica del fenomeno della famiglia di fatto tra eterosessuali. In altri termini, la Consulta potrebbe rimettere agli interpreti il compito di verificare *ex novo*, in base al disposto dell'art. 2 Cost. e tenendo conto della specificità del fenomeno considerato, quali sono le norme applicabili alle unioni omosessuali e se ed in che limiti tali unioni vadano incluse nella nozione – più o meno ampliata – di gruppo familiare.

MASSIMO CAVINO\*

## Struttura delle disposizioni normative e senso della tradizione

Concentro le mie osservazioni sui punti 2.3 e 2.4 della traccia per la discussione o meglio sull'interrogativo che essi ci pongono: l'interpretazione della Costituzione e della legge ordinaria sono differenti così da determinare una specialità "ontologica" del giudice costituzionale rispetto al giudice comune?

Pare di poter affermare che la risposta sia negativa.

Per quanto autorevolmente sostenuta l'impostazione per la quale l'attribuzione del significato ad un testo normativo sarebbe influenzata dalla sua posizione nella gerarchia delle fonti non risulta convincente.

Nella attribuzione di significato il rapporto tra le fonti assume un andamento circolare che non tiene in alcun conto la loro posizione formale: «Nemmeno i precetti e i principi costituzionali rimangono, infatti, immuni da tali vicende: la Costituzione, cioè, non va imbalsamata in vista dei suoi significati originari, come percepiti e voluti dall'Assemblea costituente; e anzi risente della legislazione attuativa, offrendo ulteriori conferme alla tesi della circolarità del diritto, in quanto sistema i cui gradi inferiori si saldano con quelli superiori per esserne integrati e per integrarli»<sup>1</sup>.

Possiamo ricordare la vicenda della grazia contesa che è stata conclusa dalla Corte costituzionale proprio sulla base di tale circolarità: mutamenti normativi sul piano legislativo hanno indotto a reinterpretare il significato della disposizione costituzionale attributiva del potere.

Le impostazioni che insistono sulla necessità di interpretare la Costituzione *magis ut valeat* confondono il processo di attribuzione del significato al testo con le conseguenze che essa potrà avere nei rapporti tra le fonti.

Solo quando sarà stato attribuito loro un significato le disposizioni legislative e costituzionali confronteranno la loro forza, e solo allora entrerà in gioco la specifica posizione ordinamentale degli interpreti.

Da quel momento giudici comuni e giudice costituzionale trarranno dal confronto tra le disposizioni interpretate le necessarie conseguenze ordinamentali

In tale prospettiva i giudici *a quibus* sbagliano quando sostengono che la Corte possa sul piano strettamente interpretativo ciò che essi non possono.

Quali sono allora le ragioni che li portano a seguire un atteggiamento interpretativo apparentemente originalista nei confronti della legge ed evolutivo nei confronti della Costituzione?

La ragione è una e risiede nella struttura dei testi legislativi e costituzionali interessati.

Nella consapevolezza della polisemia degli enunciati espressi in una lingua naturale pare infatti di poter affermare che essa non debba essere confusa con una sorta di effabilità assoluta.

Le disposizioni normative possono avere certo una pluralità di significati; ma si tratta comunque di un numero finito di significati, vale a dire quello compreso nell'area di ciò che è semanticamente ammissibile ricavare dal testo.

---

\* Associato di Diritto costituzionale, Università del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro".

<sup>1</sup> L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, il Mulino, Bologna, 1996, p. 110 s.



E l'area dei significati semanticamente ammissibili è differente per le disposizioni costituzionali e legislative richiamate.

Le disposizioni del codice civile oggetto della questione di legittimità costituzionale rimandano in modo esplicito alla differenza di sesso dei nubendi.

Negare questo dato di fatto o affermare che la differenza di sesso appartenga ad un livello meta-normativo non significa interpretare il testo in modo evolutivo; non significa contrapporre una interpretazione adeguatrice ad una originalista ma piuttosto negare che quelle disposizioni siano enunciate, che esse cioè abbiano un senso.

E sul piano della interpretazione ciò non è consentito neppure alla Corte costituzionale.

Diversa è la tenuta semantica dell'art. 29 Cost.

La differenza di sesso non è esplicitamente affermata perché, nell'intento originario, implicitamente compresa nel riferimento alla naturalità della famiglia, nonché nella lettura sistematica dell'art. 29 e di quelli immediatamente seguenti.

Il termine naturale è pertanto centrale nel fraseggio della disposizione costituzionale.

Esso può ancora essere interpretato nel senso originario ma può anche essere inteso, senza uscire dal suo perimetro semantico, come diritto individuale a realizzare la propria personalità formando una famiglia.

La soluzione della questione dipenderà pertanto esclusivamente dalla interpretazione del parametro. La Corte costituzionale non potrà pronunciare una sentenza interpretativa poiché la struttura dell'oggetto non glielo consente.

Potrebbe invece pronunciare una sentenza additiva ove ritenesse che la naturalità della famiglia di cui all'art. 29 Cost. possa essere intesa nel senso di diritto al matrimonio.

Ma tale lettura della disposizione costituzionale è ammissibile?

Nel suo intervento Antonio Ruggeri ha sostenuto che essa non sia compatibile con la tradizione giuridica italiana.

Il richiamo al concetto di tradizione ha acceso un dibattito anche vivace. Ciò è dipeso dal fatto che, diversamente da Ruggeri, il testo delle ordinanze di rimessione, la relazione introduttiva ai lavori di questo seminario e molti interventi hanno spesso fatto riferimento al concetto di tradizione e di concezione tradizionale della famiglia, costruito sulla differenza di sesso dei coniugi, connotandolo in termini negativi

La tradizione sarebbe fonte di pregiudizi che impediscono una lettura evolutiva della disposizione costituzionale orientata ad una decisione razionale.

Ma il concetto di tradizione così come quello di pregiudizio possono essere valutati anche diversamente.

Così nella impostazione ermeneutica di Gadamer i pregiudizi non sono considerati in una accezione svalutativa<sup>2</sup>.

Essi sono anzi il presupposto di ogni comprensione. Secondo Gadamer<sup>3</sup> «un'analisi della storia dei concetti dimostra che solo nell'illuminismo il concetto di pregiudizio acquista l'accentuazione negativa che ora gli è abitualmente connessa. [...] Se ci si richiama al latino *prejudicium* risulta più facile vedere come, accanto al senso negativo, la parola possa averne anche uno positivo. Ci sono dei *préjugés légitimes*. Ciò è molto lontano dall'uso comune che il termine ha oggi. La parola tedesca *Vorurteil*, pregiudizio – come il *préjugé* francese, ma in modo ancor più accentuato – sembra essere stata ridotta, dall'illuminismo e dalla sua critica della religione, a significare esclusivamente un "giudizio infondato". Solo la fondazione, l'accertamento conforme a un metodo (e non anzitutto la pertinenza concreta alla situazione) dà a un giudizio la sua dignità. La mancanza di una fondazione in questo senso non fa posto, per l'illuminismo, ad altri tipi di certezza, ma significa che il giudizio non ha alcun fondamento nell'oggetto, che è "infondato". Questa è una conclusione di puro stampo razionalistico. Su di essa si fonda il discredito in cui cadono i pregiudizi in generale e la pretesa che la conoscenza scientifica avanza di prescindere completamente».

<sup>2</sup> Cfr. G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 50 ss.

<sup>3</sup> Cfr. H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, (1960), tr. it., Bompiani, Milano, 1995, p. 317 s., *passim*.

Nella costruzione gadameriana pertanto i pregiudizi sono essenzialmente determinati dal congiunto operare di due fattori: l'essere l'individuo calato in un contesto culturale, sociale, in una *tradizione*, e l'esservi calato come singolo<sup>4</sup>, con caratteristiche proprie che l'inducono pertanto a fare propria e a rielaborare la tradizione d'appartenenza<sup>5</sup>.

In tale prospettiva pregiudizi e tradizione possono divenire gli elementi determinanti per la attribuzione di significato di un enunciato normativo: quando si confronta con un testo normativo e con un caso concreto l'interprete nutre aspettative di senso derivanti dalla sua particolare rielaborazione della tradizione di appartenenza; quel che appunto costituisce la precomprensione.

Ma anche il testo normativo e la fattispecie concreta sono calati nella stessa tradizione dell'interprete (sullo stesso orizzonte); ed essi, in quanto elementi comunque distinti dall'interprete, sono calati in quella stessa tradizione in quanto tale, non in quanto rielaborata dall'interprete. Essi sono collocati in un momento attuale della tradizione cui appartengono e possono pertanto essere pienamente compresi da qualunque soggetto viva lo stesso momento<sup>6</sup> della stessa tradizione<sup>7</sup>.

Alla luce di queste considerazioni si potrebbe ritenere che il passaggio dalla precomprensione alla comprensione piena, la conclusione del circolo ermeneutico, avvenga nel momento in cui l'interprete accostandosi al testo e al caso concreto li penetri sulla base dei pregiudizi derivanti dalla comune tradizione di appartenenza e non dalla sua personale rielaborazione; nel momento in cui avviene il passaggio da un orizzonte di senso<sup>8</sup> particolare ad uno generale<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Cfr., A. CATELANI, *Il principio di legalità e la soggettività dell'operazione interpretativa*, in *Rassegna parlamentare*, 2000, in particolare pp. 306 ss.

<sup>5</sup> Cfr. G. PALOMBELLA, *La conoscenza nell'interpretazione. Un modello per la giurisdizione*, in *Democrazia e diritto*, 1997/2, 158: «L'ermeneutica, come sappiamo, è centrata sulla nozione di tradizione: non c'è un testo nella comprensione sociale e spirituale che può essere isolato dal suo pedigree storico, e dalla serie di "effetti" che hanno uno speciale peso e una particolare influenza sull'interprete. L'avventura del capire è un processo ininterrotto, una linea continua di effetti che la tradizione tramanda all'interprete. Ma quando giunge a lui, la tradizione incontra anche i suoi impegni culturali storici ed esistenziali, e si traduce nel suo proprio orizzonte di senso». Sul punto cfr. anche F. PIZZOLATO, *Il personalismo costituzionale alla prova dell'ermeneutica gadameriana*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2000, in particolare pp. 485 ss.

<sup>6</sup> Cfr. A. PAPAUX, *Herméneutique juridique, qualification et abduction*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1999, 85: «L'appréhension, au sein de ce contexte cognitif, du rapport loi/cas, problème nodal de l'herméneutique juridique, rompt avec les habitus intellectuels de la logique général/particulier, leur substituant une dialectique type/occurrence pour laquelle la loi et ses applications sont intrinsèquement liées selon une relation dite transcendente. Cette dernière notion revêt une importance fondamentale rendant raison de maintes figures maîtresse de *Verité et Méthode*: la fusion du présent et du passé, la tradition toujours même et autre, l'unité de l'événement herméneutique comprendre-appliquer-interpréter, etc. A travers ces différents moments, la relation transcendente laisse comprendre la simultanéité de la synchronie et de la diachronie dans tout acte de connaissance, notamment celui d'interprétation». Nello stesso senso cfr. M. PASCHI, *Recensione a Hans Georg Gadamer, Verità e metodo*, in *Filosofia*, 1973, p. 94.

<sup>7</sup> Cfr. G. ZACCARIA, *Dimensioni dell'ermeneutica e interpretazione giuridica*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 1995, 391: «Il testo giuridico è vivente solamente nel contesto, cioè solo in quanto effettivamente riconosciuto: conoscere e reperire il diritto è sempre inevitabilmente un riconoscerlo. Tale riconoscimento non è a sua volta possibile che nel contesto di un mondo storico-esistenziale di volta in volta determinato, che non è mai il mondo di un singolo, ma quello di un "noi", nel quale l'interazione non è semplicemente reazione casuale a degli stimoli esterni, ma risposta comunicativa all'interpretazione di situazioni ed insieme controllo intersoggettivo circa la consistenza dei valori riconosciuti».

<sup>8</sup> Cfr. J. BLEICHER, *L'ermeneutica contemporanea*, (1980), tr. it., il Mulino, Bologna, 1986, p. 140: «Sia l'interprete, sia la parte della tradizione a cui egli è interessato, contengono il loro orizzonte; il compito dell'interprete però non consiste nell'inserirsi in quest'ultimo orizzonte, ma nell'allargare il proprio orizzonte affinché possa integrare l'altro. L'elevazione della propria particolarità e dell'"oggetto" ad una generalità più alta è chiamata da Gadamer fusione di orizzonti: è ciò che si verifica ogni qual volta ha luogo la comprensione; in altri termini, il nostro orizzonte si inserisce in un processo di continua formazione mediante la convalida dei nostri pregiudizi nell'incontro con il passato e nel tentativo di comprendere parti della nostra tradizione».

<sup>9</sup> Cfr. J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, (1972), tr. it., ESI, Napoli, 1983, p. 136: «Le aspettative non del singolo che cerca il diritto, ma anche di altri, potenzialmente coinvolti in interessi già riconosciuti in altro modo, nella loro condizione di conflitto con le contrastanti aspettative, formano un "orizzonte di attesa" attorno a chi applica il diritto, dal quale egli non può uscire. Questo orizzonte di attesa non è soggettivo, ma generale; esso rappresenta la comprensione giuridica di interi gruppi sociali, con i quali il giudice, nella sua interpretazione si deve confrontare».

Pare così di poter affermare che lo sforzo di radicare l'esito della interpretazione ad una comune tradizione non possa essere semplicisticamente liquidato come un tentativo reazionario.

Non si tratta certamente di una operazione semplice. Relativamente al passaggio dalla precomprensione alla comprensione piena, che disegna il circolo ermeneutico, Heidegger notava che: «l'importante non sta nell'uscir fuori del circolo, ma nello starvi dentro nella maniera giusta. Il circolo della comprensione non è un semplice cerchio in cui si muova qualsiasi forma di conoscere, ma l'espressione della pre-struttura propria dell'Esserci stesso. Il circolo non deve essere degradato a circolo *viciosus* e neppure ritenuto un inconveniente ineliminabile. In esso si nasconde una possibilità positiva del conoscere più originario, possibilità che è afferrata in modo genuino solo se l'interpretazione ha compreso che il suo compito primo, durevole e ultimo, è quello di non lasciarsi mai imporre pre-disponibilità, pre-veggenza e pre-cognizione dal caso o dalle opinioni comuni, ma di farle emergere dalle cose stesse, garantendosi così la scientificità del proprio tema<sup>10</sup>».

Ma è una fatica alla quale i giuristi non si possono sottrarre neppure quando sono animati dalle migliori intenzioni.

---

<sup>10</sup> Cfr. M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, (1927), tr. it., Longanesi, Milano, 2000, p. 194 s.

CLARA COMELLI \*

## Alla latitanza della politica risponde la Corte? E se non lei, chi?

Devo subito fare un inciso.

Ho sentito durante i lavori di questa giornata la definizione di “matrimonio omosessuale” e mi preme sottolineare che questa è una definizione equivoca ed errata. Allo stato attuale infatti potrebbero sposarsi un uomo gay e una donna lesbica. È meglio parlare quindi o di “*same-sex marriage*” o di matrimoni tra persone dello stesso sesso.

Relativamente invece agli interventi critici o preoccupati verso una prospettiva di omogenitorialità, voglio riportare il risultato di una ricerca del Ministero della Giustizia tedesco che è stata depositata alla Corte costituzionale di quel Paese relativa alla legge per l’adozione del figlio del partner nella quale si legge che «non c’è nessun problema». Questa ricerca va a sommarsi alle tante altre fatte negli ultimi trent’anni negli Stati Uniti. Invito quindi chi ha delle perplessità rispetto a questo tema di leggersi tali ricerche.

Passo ora al mio intervento.

Si è detto in questo contesto: «come sempre i casi ci portano dentro il mestiere del vivere».

Una coppia di due donne o di due uomini, impegnata nel mestiere di vivere, forse potrebbe non capire le pagine e pagine di dissertazioni giuridiche che arriveranno agli occhi dei quindici giudici della Corte Costituzionale e che saranno il risultato del lavoro che oggi qui si sta svolgendo.

Il mestiere di vivere si nutre di quotidiane gioie e sofferenze che investono l’umanità tutta, questa sì, senza distinzione alcuna.

Ci dicono che l’omosessualità non è una malattia, che la nostra Costituzione all’art. 3 considera tutti i cittadini uguali tra di loro e ci dice che la Repubblica deve rimuovere gli ostacoli che si frappongono al pieno sviluppo di tutte le persone, ci dicono che l’Italia fa parte della Comunità Europea e che il Trattato di Nizza (ratificato dall’Italia) stabilisce che il diritto di sposarsi è un diritto fondamentale della persona.

Alla gente comune queste motivazioni basterebbero per fare dire loro: e perché in Italia due donne o due uomini non possono sposarsi? Perché non possono regolamentare il loro mestiere di vivere? Di certo se lo domanda chi non è accecato da pregiudizi omofobi o non si fa condizionare i pensieri dai *diktat* delle gerarchie vaticane.

Se i politici pigri e pavidì balbettano frasi senza capire che è in loro potere (o meglio in loro dovere) risolvere le discriminazioni e dar corso alla democrazia laica, se il Vaticano pensa di dettare legge in uno Stato che non gli appartiene, le persone comuni cosa fanno?

Quelle avvedute, responsabili e consapevoli dei propri diritti si rivolgono alla giustizia.

Ricordiamoci che se oggi siamo qui a parlare di questi temi è per il mestiere di vivere di un paio di coppie di persone dello stesso sesso che hanno detto “basta”. Basta essere trasparenti, basta non avere e solo dare, basta sottomettere la propria relazione al compromesso della cultura e del diritto che si palleggia responsabilità sulla pelle delle persone.

Il paradigma eterosessuale del matrimonio deve fare i conti con la realtà.

Deve confrontarsi con il diritto alla felicità che seppur non è previsto dalla nostra Costituzione è

---

\* Presidente Associazione Radicale “Certi Diritti”.

alla base di tutte le nostre esistenze e che ogni giorno si confronta con tutte le sfaccettature del nostro essere società. Più o meno consapevolmente a taluni cittadini è imposto il diritto all'infelicità non potendosi questi esprimere completamente.

Bisogna trovare soluzioni per rendere felici le persone e non essere parte dei problemi che affliggono le persone.

Cosa posso dire ad una platea di esperti come voi?

Che altra motivazione potrei addurre alle già tante che sono state dette? Posso portare testimonianze di mestieri di vivere, di donne e uomini che già vivono in coppia, già prima che io nascessi e direi da sempre nella storia, che alle volte hanno figli e il cui destino di coppia è rimesso unicamente alla buona volontà, all'intelligenza e all'affetto di chi sta loro accanto. Ma tutto ciò non fa parte di uno stato di diritto, di un paese laico e democratico.

E con le premesse che ho fatto vengono smantellate tutte le opposizioni razionali di coloro che ferocemente si oppongono al matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Cosa rimane allora? Pregiudizio, paura, senso di supremazia, l'idea di avere in tasca la verità assoluta.

Io mi auguro che la Corte costituzionale trovi il coraggio (perché sì di quello c'è bisogno e non di ulteriori motivazioni persuasive) di riaffermare i principi costituzionali.

Che dica alla gente comune che sì, senza modificare la Costituzione (e infatti noi non chiediamo questo) anzi esaltandola ed applicandola, le persone dello stesso sesso possono dare un senso di diritto alle loro esistenze in coppia e che finalmente tutto ciò che è stato tolto alle persone che sono venute prima di noi sarà ridato, come una sorta di risarcimento, a noi e ai nostri figli e al nostro Paese.

Non ho niente di giuridicamente rilevante da dire a voi se non che: difendete i diritti delle persone omosessuali perché sono anche i diritti di tutti noi.

ANNA PAOLA CONCIA\*

## Tra politica e istituzioni: costruire una società migliore è compito di tutti

Ringrazio il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Ferrara e in particolare la professoressa Giuditta Brunelli.

E ringrazio anche *Amicus Curiae* per aver voluto quest'anno dedicare i suoi "seminari preventivi ferraresi" al nodo costituzionale del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Nella lettura del materiale preparatorio al convegno ho potuto constatare con piacere – e non credo sia un caso, anzi è senz'altro una scelta – che i convegni che hanno preceduto quello di quest'anno, hanno avuto come denominatore comune, almeno nella maggioranza dei casi, il tema dell'uguaglianza, delle libertà individuali e della laicità. Ma soprattutto hanno avuto come obiettivo la volontà di interpretare la nostra Costituzione come uno strumento importante e fondamentale per accogliere e accompagnare la modernità e i cambiamenti sociali, al fine di rendere migliore il nostro Paese.

Interpretare la Costituzione come volano verso la modernità e non, come qualcuno vuole farci credere, come ostacolo al progresso e ai cambiamenti.

E nel leggere la bellissima relazione della professoressa Pezzini ho provato esattamente questa sensazione e di questo la voglio ringraziare, oltre ad essere perfettamente d'accordo con la sua minuziosa analisi.

Sa, professoressa Pezzini, non accade spesso dentro il Parlamento, non solo sentir parlare bene della Costituzione, ma soprattutto sentirne parlare in modo appropriato.

A volte penso a come si sarebbero sentiti Aldo Moro e Palmiro Togliatti di fronte alle "scempiaggini" e alle continue violenze giuridiche (basti pensare all'agghiacciante questione della pregiudiziale di costituzionalità votata dal centro-destra per impedire che una legge come quella sull'omofobia fosse discussa) che questo Parlamento mette in atto in barba alla Costituzione, quella Carta fondamentale che Moro e Togliatti hanno contribuito a scrivere con uno spirito a volte così moderno da fare invidia ai nostri e nostrani "cavalieri della libertà".

Vi ringrazio quindi di tutto questo e per chi come me, purtroppo, è la sola omosessuale dichiarata del Parlamento italiano che conduce una battaglia sui diritti LGBT, questo luogo oggi non solo è un luogo di nutrimento ma anche un luogo di speranza. Mi fa sentire meno sola.

Irene Tinagli, una nostra brillante economista che ovviamente lavora all'estero, in un bellissimo articolo realizzato nei giorni della bocciatura della mia proposta di legge contro l'omofobia e intitolato *L'omofobia è contro l'economia* ha scritto: «L'Italia si sta pericolosamente chiudendo, proiettando dentro e fuori di sé un'immagine cupa e intollerante su cui sarebbe urgente intervenire. Certo non è semplice cambiare le attitudini culturali e i pregiudizi. Ma non è impossibile, ed è proprio su queste strade che si misura la buona politica. Mostrando ai cittadini che le diversità sono un diritto individuale e una risorsa collettiva, che le discriminazioni limitano la possibilità di sviluppo e avendo il coraggio di prendere iniziative legislative innovative, la politica può spianare la strada ad una crescita sociale e culturale lungimirante. Perché questo la politica deve fare: guardare più avanti di quanto tanti normali cittadini sono in grado di fare e assumersi la responsabilità di scelte giuste per il futuro».

---

\* Deputato del Partito Democratico.

Ecco cari costituzionalisti, io prendo sul serio queste affermazioni e sono convinta che oggi, proprio oggi, la politica ha il dovere, avrebbe il grande dovere, di fare scelte lungimiranti sul terreno dell'eguaglianza dei diritti per i cittadini e le cittadine LGBT.

A questo proposito voglio fare una considerazione: i diritti degli omosessuali e transessuali non possono più essere considerati "diritti a parte" ma piuttosto "diritti parte di un'idea di società".

Un'idea di società che deve comprendere e risolvere la questione oggetto del nostro convegno.

È questo, a parer mio, il grande valore della risposta che la Corte costituzionale darà il 23 marzo prossimo. È questo il grande valore di questo convegno: tenere insieme principi fondamentali come quello dell'uguaglianza sostanziale con il cambiamento della società. Con un'idea di società. Utopia? No, concretezza e visione.

Naturalmente qui entra in ballo il rapporto tra Corte costituzionale e Parlamento, dove si ferma il ruolo dell'una ed entra in gioco il ruolo dell'altro.

La Corte deve pronunciarsi perché è stata chiamata in causa in ragione di un vuoto legislativo e di una incapacità delle istituzioni e della politica ad affrontare il tema dei matrimoni e/o delle unioni civili fra persone dello stesso sesso.

La politica questo, francamente, se lo merita e per queste ragioni vorrei essere ottimista rispetto al pronunciamento della Corte il 23 marzo prossimo.

O almeno moderatamente ottimista, perché il principio di uguaglianza si esercita nei confronti di tutti i cittadini e tutte le cittadine, altrimenti non è un principio di uguaglianza.

Ma ovviamente non voglio de-responsabilizzare la politica, anzi.

Il 23 marzo, secondo me, il compito della Corte dovrebbe finire e il 24 marzo dovrebbe iniziare quello della politica e del Parlamento.

Quel 23 marzo potrebbe essere il giorno in cui Corte costituzionale e Parlamento lavoreranno in tandem.

Potrebbe essere un momento in cui si ristabilisce un circolo virtuoso tra istituzioni dello stato democratico: Corte costituzionale e Parlamento.

Perché costruire una società migliore è compito di tutti.

Perché i diritti di omosessuali e transessuali non tolgono niente a nessuno ma aggiungono civiltà a un Paese, a tutto il Paese.

E Dio solo sa quanto questo Paese abbia bisogno di civiltà.

LUCILLA CONTE\*

## Il matrimonio eterosessuale: crepuscolo di un paradigma

**SOMMARIO:** 1. Una prospettiva letteraria di conflitto. – 2. La “rappresentazione” del conflitto dinanzi alla Corte costituzionale. – 3. La peculiarità del testo costituzionale. – 4. Una sola forma, una pluralità di contenuti.

1. È un caso singolare che tra i numerosi spunti di giurisprudenza e dottrina relativi al tema di questo seminario si debba cominciare da una citazione letteraria, tanto oscura quanto efficace: nel 2005 è uscito un romanzo di uno scrittore americano, Hugh Nissenson, sconosciuto ai più ma all'epoca apprezzato dalla nostra Fernanda Pivano, e il cui titolo – *The Days of Awe – (I giorni del timore reverenziale)*<sup>1</sup>, periodo di dieci giorni presente nel calendario ebraico tra Rosh Hashana e Yom Kippur, in cui vengono giudicate le azioni compiute nell'anno appena concluso – è stato tradotto in italiano con *Rallegrati di queste cose al crepuscolo*. È ambientato a New York in un lasso di tempo che va dall'agosto al novembre del 2001, comprendendo quindi la narrazione dei tragici eventi dell'undici settembre che tutti conosciamo. È un libro in cui, a pagina 100, troviamo la descrizione di un matrimonio omosessuale, vista dagli occhi del padre di uno degli sposi, il quale lo ritiene: «[Una] cosa triste. Triste e comica insieme. Una parodia di un matrimonio eterosessuale». E sarà quello stesso padre, poche pagine dopo, a pronunciare, non senza cadere in contraddizione, le seguenti parole: «Che il loro amore possa sopravvivermi».

Non mi pare casuale che la vicenda di un amore omosessuale, rivendicato nella sua ordinarietà e nella sua aspirazione di solidità attraverso il fondamentale accesso all'istituto del matrimonio, sia inserita proprio in un contesto di guerra, o meglio, di uno “scontro tra civiltà”, come allora si disse. La storia della “società naturale e dei suoi nemici”, è anche una storia di guerra, o meglio, di un conflitto che si svolge su due livelli: da un lato, quello che contrappone la visione tradizionale di famiglia e matrimonio e la sua corrispondente decostruzione “secondo ragione”<sup>2</sup>, dall'altro, quello delle (divergenti) interpretazioni dei dati normativi esistenti. È una guerra di idee e di parole, una guerra che ci rende tutti responsabili nella misura in cui la legittimità costituzionale dell'accesso all'istituto matrimoniale da parte di soggetti diversi da quelli tradizionalmente intesi si ponga come un'attuale questione di libertà, relativa all'estensione di un diritto e non al semplice riconoscimento di una condizione sedimentata dalla tradizione culturale e religiosa prima ancora che giuridica.

2. Le quattro ordinanze di rimessione, prese in esame nel loro insieme, ci restituiscono, pur ciascuna individuandone tratti peculiari, un'immagine del matrimonio tanto contrastante quanto singolarmente capace di illuminarci sui termini del problema: la condizione matrimoniale è descritta, in prima battuta, a partire da un'analisi grezza dei dati fenomenici, di volta in volta assumendo le forme di una categoria quasi estetica, e in ogni caso tradizionale, armonica, rassicurante nella sua (apparente) radicatezza storica. Si parla in proposito di una “consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come di unione di un uomo e di una donna” (Tribunale di Venezia e Tribunale di Ferra-

---

\* Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Ferrara.

<sup>1</sup> H. NISSENSON, *The days of Awe*, tr. it. *Rallegrati di queste cose al crepuscolo*, Cargo Editore, Napoli-Roma, 2009.

<sup>2</sup> In questa prospettiva, P. DONATELLI, *Famiglia, affetti e sessualità. Una ragionevole decostruzione*, in B. DE FILIPPIS e F. BILOTTA (a cura di), *Amore civile. Dal diritto della tradizione al diritto della ragione*, Mimesis Edizioni, Milano-Udine 2009.



ra). Allo stesso tempo, in tutte e quattro le ordinanze, successivamente, pare insinuarsi il dubbio che l'art. 29 della nostra Costituzione – individuato come uno dei parametri del giudizio di legittimità costituzionale, e di cui si lamenta, in un significativo capovolgimento di prospettiva, la lesione – nella sua formulazione ambigua e circolare, possa anche legittimare una forma di matrimonio che si porrebbe in opposizione a quella tradizionalmente intesa: uno schema fluido, aperto, sintetico nella sua semplicità (una “nuova” forma che non parrebbe entrare in contraddizione con il comma secondo dello stesso articolo, relativo all’uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, e che si configura – come opportunamente ci ricorda la relazione introduttiva di Barbara Pezzini – come norma anti subordinazione di genere, e in ogni caso valida a scongiurare la formazione di posizioni di preminenza all’interno della famiglia e che potrebbero comunque svilupparsi, per via indiretta, indipendentemente dal sesso dei coniugi).

3. E qui nasce l'imbarazzo dell'uomo, e massimamente del giurista, di fronte alle disposizioni, al *testo* di una Costituzione che mostra la stupefacente capacità di aprirsi al futuro, al di là dell'intenzione (o meglio, del contesto storico di riferimento) del legislatore originario. Si potrebbe a questo proposito quasi parlare di una “mistica” del testo costituzionale, in grado di trascendere le epoche e, prima di tutto, se stesso: un testo in grado di librarsi al di sopra della dimensione dei conflitti, e di guardare alle faccende del mondo con il lontano distacco di un satellite rispetto al proprio pianeta, e soprattutto distante da un diritto vivente fortemente condizionato dalla visione tradizionale del matrimonio quale emergerebbe dalla disciplina del Codice civile. A mio parere, è proprio in questo suo rapporto con un *testo* così peculiare che la Corte costituzionale può configurarsi come un giudice “ontologicamente” diverso dagli altri.

E dunque la guerra, quella guerra strana e logorante di cui parlavo all'inizio, sembra non avere fine. Di fronte a questo tema infatti prevale la dimensione del conflitto, resa senz'altro ineliminabile dalla presenza di una consolidata precomprensione del rapporto coniugale sulla base del solo paradigma eterosessuale, ma che si arricchisce anche di un'ulteriore e non meno secondaria contrapposizione: quella, nel nostro ordinamento, tra la pienezza normativa di cui gode l'istituto del matrimonio e il desolante vuoto legislativo (intervallato soltanto da un'improduttiva progettazione legislativa “per acronimi”) in tema di riconoscimento e conseguente regolamentazione di unioni alternative ad esso.

4. La resistenza nei confronti dell'estensione della libertà matrimoniale anche a soggetti dello stesso sesso trova la propria origine in un'interpretazione del matrimonio orientata non tanto alla realizzazione personale del singolo che con esso assume lo *status* di coniuge, quanto alla funzionalità dell'istituto matrimoniale stesso con riferimento alla creazione di una famiglia. In questo senso, il collegamento tra matrimonio e genitorialità “sessualmente connotata” è senz'altro presente e ineliminabile, (basti pensare alle disposizioni a tutela della maternità, quali l'art. 31, 2° comma, Cost.), anche se per certi aspetti superabile (sulla base dell'opportuno riferimento, nell'ordinanza del Tribunale di Venezia, da una lato alla distinzione tra il diritto delle coppie omosessuali a contrarre matrimonio e il diritto delle coppie omosessuali coniugate di avere figli adottivi – diritto quest'ultimo escluso da alcuni ordinamenti stranieri che pure consentono il *same-sex marriage* – e dall'altro all'art. 6, 2° comma, L. 184/1983 che presuppone, in tema di adozione, la valutazione di idoneità affettiva e capacità genitoriale della coppia). La presenza del collegamento tra matrimonio e genitorialità sessualmente connotata, pur essendo elemento fondamentale e ineliminabile, non dovrebbe tuttavia essere d'ostacolo alla necessità di garantire, prima di tutto, la libertà del singolo di manifestare la propria personalità senza veder lesa la propria dignità dall'impedimento all'accesso alla più alta, garantita e riconoscibile (giuridicamente e quindi socialmente) forma di tutela di coppia – la quale andrebbe riconosciuta in sé e indipendentemente dalla capacità e dalla volontà riproduttiva –, potendo al contrario configurarsi come un elemento di grande rilievo per aprire la strada a un dibattito sulla molteplicità di forme che la famiglia, già nell'odierna esperienza, sta assumendo.

In questa prospettiva infatti, la negazione dell'accesso all'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso si pone come una doppia discriminazione: nei confronti del singolo, ma anche, e soprat-

tutto, nei confronti delle nuove – “strane” – famiglie che si stanno formando e che stanno perdendo le caratteristiche della famiglia “tradizionale” riconosciuta dalla nostra impostazione culturale prima ancora che dall’ordinamento giuridico, pur aspirando al *contenuto*, alle *finalità* di quel modello. Il rischio, stando così le cose, è che a un certo punto l’ordinamento si trovi nella situazione di accordare la tutela più ampia, vale a dire quella riservata alla famiglia legittima, soltanto a un tipo di famiglia, che potrebbe in futuro, “*di fatto*” costituire una minoranza, se pur significativa, delle famiglie esistenti. Soltanto ragionando in questi termini la questione di legittimità costituzionale posta davanti alla Corte acquisisce a mio parere pienezza di significato, non soltanto nel senso di mettere in evidenza il carattere discriminatorio del paradigma eterosessuale del matrimonio rispetto alla libertà del singolo di manifestare la propria personalità e di ottenere pieno riconoscimento della propria affettività attraverso l’acquisizione dello status di coniuge, ma soprattutto perché evidenzia come la richiesta di un’estensione di diritti manifesti un’esigenza concreta corrispondente a tendenze in evoluzione nel corpo sociale, e che va accolta con riferimento alla razionalità della “società naturale” (nella sua definizione più piena, ed efficace, già individuata nei lavori preparatori dell’Assemblea Costituente<sup>3</sup>: vale a dire, alla sua capacità di inglobare modelli diversi da quello tradizionale, purché in grado di non porsi in contrasto con i principi di eguaglianza e di rispetto della dignità personale riconosciuti dalla Costituzione stessa.

In tempi in cui, drammaticamente, con riferimento alle scelte difficili che rappresentano la materia, il contenuto fondamentale dell’esperienza umana, vengono mosse critiche all’“edonismo del vivere” e all’“edonismo del morire”<sup>4</sup>, sarebbe opportuno che la Corte Costituzionale garantisse una risposta fondata, oltre che sul principio di uguaglianza, sul riconoscimento della possibilità per ciascuno di costruire la propria esistenza, di modularla anche discostandosi da paradigmi talvolta soltanto superficialmente più rassicuranti e soddisfacenti sia per le esigenze del singolo che per quelle della collettività di cui è parte, contribuendo in questo modo a sviluppare quella “civiltà giuridica in evoluzione”, già prospettata con una felice espressione individuata dalla Corte stessa nella sentenza 161 del 1985.

---

<sup>2</sup> A. MORO, Commissione per la Costituzione, Ad. Plen., 15 gennaio 1947, consultabile al sito <http://www.nascitacostituzione.it/02p1/02t2/029/index.html>.

<sup>3</sup> Espressioni utilizzate, con riferimento al caso Welby, da Monsignor Luigi Negri, Vescovo di San Marino e Montefeltro, citato da G.F. CONDÒ, *Il testamento biologico*, FederNotizie, 3, maggio 2007.



## La struttura naturalmente liquida della famiglia

**SOMMARIO:** 1. Una questione “naturalmente” ed ideologicamente liquida. – 2. Una questione di *common law*? – 3. Conclusioni.

1. L’idea di queste pagine è che il matrimonio sia un istituto caratterizzato da una certa naturale liquidità.

È una conseguenza della costruzione della famiglia come società naturale da parte della Costituzione che non ne definisce il concetto, ma l’affida al legislatore in maniera che possa essere adeguato alla evoluzione dei costumi sociali<sup>1</sup>, ovvero ad una evoluzione che si fa sempre più rapida e mutevole, sempre più liquida<sup>2</sup>, nel senso di esposta a cambiamenti costanti ed inarrestabili, a cambiamenti che non danno alla società il tempo di elaborare risposte.

Si rammentano sempre a proposito dell’art. 29, Cost. il dibattito in Assemblea Costituente e l’intervento di Aldo Moro nella seduta dell’Adunanza Plenaria della Commissione per la Costituzione del 15 gennaio 1947<sup>3</sup>.

Forse a proposito della naturale liquidità della famiglia nel senso che si propone in queste righe, si dovrebbe ricordare piuttosto l’intervento di Calamandrei a proposito della indissolubilità del matrimonio (Ass. cost., seduta pomeridiana del 17 aprile 1947), dove si afferma che l’articolo del progetto di costituzione per cui il matrimonio sarebbe fondato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi e sarebbe indissolubile rappresentava una falsità, nella parte in cui predicava l’eguaglianza fra i coniugi contro un sistema in cui il marito aveva lo *status* di capo della famiglia, ed una assurdità, nella parte in cui predicava l’indissolubilità di un istituto che nella pratica era già allora tutt’altro che indissolubile<sup>4</sup>.

---

\* *Associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Pisa.*

<sup>1</sup> A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei “casi”: la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in *forum costituzionale.it* 2008, p. 14.

<sup>2</sup> Nel senso di ZYGMUNT BAUMAN, in *Liquid Love*, Polity Press, 2003: «*The uncanny frailty of human bonds, the feeling of insecurity that frailty inspires, and the conflicting desires to tighten bonds yet keep them loose is what I seek to unravel and grasp. The subject is human relationships, and the central characters are men and women – our contemporaries – despairing at being abandoned to their own wits, feeling easily disposable, yearning for the security of togetherness and for a helping hand to count on in a moment of trouble, and so desperate to relate. Yet they are wary of the state of being related, and particularly of being related for good, since they fear that such a state may bring burdens they feel neither able nor willing to bear*», così nella premessa.

<sup>3</sup> Moro ebbe modo di precisare che la formula per cui la famiglia è una società naturale non è affatto una definizione, «anche se di definizione ha la forma esterna, in quanto si tratta in questo caso di definire la sfera di competenza dello Stato nei confronti di una delle formazioni sociali alle quali la persona umana dà liberamente vita», spiegando che qui “naturale” significa “razionale” e razionale vale anche come legame con un dato momento storico: «quando si dice società naturale in questo momento storico si allude a quell’ordinamento che perfezionato attraverso il processo della storia costituisce la linea ideale della famiglia».

<sup>4</sup> Vale la pena ricordare l’intervento di Calamandrei per la felicità letterale delle sue parole: «gli amici democristiani che hanno avuto la gioia di vedere approvato trionfalmente l’art. 7, hanno avuto anche la gioia di vedere al momento della votazione una conversione in massa di tutto un settore ed io penso che per i credenti l’assistere alle conversioni debba essere una grande gioia [...] voi con l’art. 24 cercate la sicurezza che lo Stato si impegni in avvenire a non introdurre il divorzio neanche in quella piccolissima percentuale di matrimoni civili (forse l’uno per cento) che resta fuori dal diritto matrimoniale consacrato dai Patti Lateranensi».

Tanto Moro che Calamandrei, nella diversità strutturale ed ontologica delle rispettive posizioni, hanno in mente una idea di matrimonio ed una idea di famiglia naturalmente collegata alla storia e, perciò, nello stato attuale delle cose, liquidamente collegata alla storia.

D'altra parte, la naturale liquidità della famiglia è confermata dal lento procedere delle convivenze prive di matrimonio dove l'intervento del legislatore e della giurisprudenza ha lentamente esteso il regime del matrimonio anche a queste forme di vita in comune<sup>5</sup>: si possono rammentare la disciplina dei congedi parentali di cui alla L. 53/2000 ed al D.Lgs. 151/2001, all'amministrazione di sostegno come disegnata nella L. 6/2004, alla donazione di organi nella L. 91/1999, alle norme sulla violenza in ambito domestico stabilite dalla L. 154/2001, alla procreazione medicalmente assistita nella L. 40/2004, all'art. 129, 2° comma, lett. b) del Codice delle assicurazioni, alle norme sull'affidamento dei figli poste dall'art. 4, L. 54/2006.

Soprattutto, però, è stato lo stesso legislatore della riforma del diritto di famiglia che ha radicalmente mutato la famiglia considerata dal Costituente come "società naturale", nel momento in cui ha stabilito l'eguaglianza piena dei coniugi, eliminando ogni riferimento al marito come *pater familias*, che, a ben vedere, per il Costituente era un elemento "naturale" della famiglia non meno della sua necessaria eterosessualità<sup>6</sup>.

Questo è potuto accadere solo perché la formula costituzionale utilizzata dall'art. 29 non presuppone affatto un modello di famiglia astratto, ma obbliga il legislatore a riferirsi nel disegno dell'istituto alla famiglia come la stessa è vissuta dalla società, alla famiglia come il naturale prodotto della società.

Il legislatore, in altre parole, incontra nella disciplina della famiglia un limite, ma si tratta di un limite storico, di un dato sociale: le regole sulla famiglia devono rispecchiare massimamente il sentimento della società sulla famiglia, impediscono allo Stato di influenzare la famiglia disegnandola secondo un disegno astratto, svincolato dalla realtà.

La naturale liquidità della famiglia, in questo senso, non è solamente un dato che il legislatore è chiamato a riconoscere, interpretare e valorizzare, ma costituisce anche un limite alla sua discrezionalità: il legislatore, infatti, secondo questo schema, non può imporre alla famiglia dei valori ordinamentali che non siano quelli che la famiglia ha acquistato sul piano sociale e naturale.

Le regole, perciò, devono rispettare un qualcosa che assomiglia al *right of privacy*, inteso come il diritto di ciascuno al rispetto delle proprie scelte più intime, di quelle scelte che naturalmente ogni persona ha il diritto di mantenere per sé perché non coinvolgono alcun interesse pubblico<sup>7</sup>.

Per questo motivo, la disciplina sul matrimonio è, oggi, una disciplina "naturalmente" liquida, perché non esiste nella nostra società una matrice razionalmente unitaria dell'istituto.

---

<sup>5</sup> Sul tema, G. FERRANDO, *Convivere senza matrimonio. Rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Fam. dir.*, 1998, pp. 183 ss.

<sup>6</sup> Ma l'allontanamento dal modello tradizionale è straordinario in Corte cost. 494 del 2002, dove il riconoscimento dei figli incestuosi ed il loro ingresso nella sfera familiare è collegato ai loro diritti che non possono essere limitati per un "incerto del mestiere del vivere", così B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, relazione introduttiva al presente seminario, p. 17, in nota.

<sup>7</sup> È lo schema fatto proprio dalla Corte Suprema nella definizione della legittimità delle norme che proibivano e sanzionavano penalmente la sodomia fra persone dello stesso genere, anche se compiuta in luoghi privati e senza pubblico scandalo (*Lawrence v. Texas* (02-102) 539 U.S. 558 (2003): «*The Bowers Court's initial substantive statement – The issue presented is whether the Federal Constitution confers a fundamental right upon homosexuals to engage in sodomy ..., 478 U.S., at 190 – discloses the Court's failure to appreciate the extent of the liberty at stake. To say that the issue in Bowers was simply the right to engage in certain sexual conduct demeans the claim the individual put forward, just as it would demean a married couple were it said that marriage is just about the right to have sexual intercourse. Although the laws involved in Bowers and here purport to do not more than prohibit a particular sexual act, their penalties and purposes have more far-reaching consequences, touching upon the most private human conduct, sexual behavior, and in the most private of places, the home. They seek to control a personal relationship that, whether or not entitled to formal recognition in the law, is within the liberty of persons to choose without being punished as criminals. The liberty protected by the Constitution allows homosexual persons the right to choose to enter upon relationships in the confines of their homes and their own private lives and still retain their dignity as free persons*»).

Non appare un caso che la regolamentazione del matrimonio fra coppie omosessuali, del *same sex marriage*, sia estremamente variegata nei diversi paesi che la ammettono<sup>8</sup>.

Il matrimonio inteso come tale è esteso alle coppie omosessuali in Belgio, Canada, Olanda, Norvegia, Sud Africa, Spagna e Svezia.

Conoscono diverse forme di unioni civili appositamente ricostruite sulle necessità delle coppie omosessuali Andorra, Austria, la Colombia, la repubblica Ceca, la Danimarca, l'Ecuador, la Finlandia, la Francia, la Germania, l'Islanda, l'Ungheria, il Lussemburgo, la Nuova Zelanda, la Slovenia, la Svizzera, il Regno Unito e l'Uruguay.

Anche sotto questo aspetto, l'intervento del legislatore appare inevitabile nella estensione del matrimonio alle coppie omosessuali.

Non perché non sia costituzionalmente ammissibile l'ingresso delle coppie omosessuali in un ordinamento costituzionale, o perché esista un divieto, ma perché se non esiste l'istituto, questa decisione è una decisione di politica legislativa.

Una decisione in cui il legislatore si deve assumere la responsabilità di disegnare in termini nuovi il matrimonio, di riconoscere una torsione nella sua naturale liquidità.

Ed un compito di questo genere può spettare solo al Parlamento, senza alcun intervento di supplenza da parte della Corte costituzionale, che inevitabilmente oltrepasserebbe il limite segnato dall'art. 28, L. 87/1953 in punto di *political question*<sup>9</sup>.

Infine, pare di poter sostenere che lo stesso art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, entrata in vigore con il Trattato di Lisbona, disponga che il diritto di sposarsi ed il diritto di formare una famiglia (che sono due diritti distinti, volutamente) siano "garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio".

Il valore e la forza normativa della Carta dei diritti fondamentali è stato ampiamente discusso e assai criticato<sup>10</sup>, esso tuttavia sembra poter trovare nelle argomentazioni svolte dalla Corte costituzionale a proposito della CEDU nelle sentenze 348 e 349 del 2007 e 39 del 2008 una certa forza: se l'art. 117, 1° comma, Cost. ha la forza di assicurare l'integrazione delle libertà costituzionali con riferimento alla Carta europea dei diritti dell'uomo e, nello stesso tempo, addirittura una supremazia interpretativa da parte dei giudici di Strasburgo nella definizione delle libertà fondamentali<sup>11</sup>, non

<sup>8</sup> R. PESCARA, *Le convivenze non matrimoniali nelle esperienze dei principali Paesi europei*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da Ferrando, vol. II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna, 2008, 967 ss.; M. BONINI BARALDI, *Le nuove convivenze: profili internazionalprivatistici*, ivi, 1109 ss.; M. GATTUSO, *Costituzione e matrimonio fra omosessuali*, in *Il Mulino*, 2008, p. 444; F. BILOTTA (a cura di), *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato*, Milano-Udine, 2008; E. CECCHERINI (a cura di), *Sexual Orientation in Canadian Law*, Milano, 2004.

<sup>9</sup> In questi esatti termini, la Corte Suprema di Washington, in *Andersen vs State of Washington*, w/75956-1: «*The two cases before us require us to decide whether the legislature has the power to limit marriage in Washington State to opposite-sex couples. The state constitution and controlling case law compel us to answer "yes," and we therefore reverse the trial courts. – In reaching this conclusion, we have engaged in an exhaustive constitutional inquiry and have deferred to the legislative branch as required by our tri-partite form of government. Our decision accords with the substantial weight of authority from courts considering similar constitutional claims. We see no reason, however, why the legislature or the people acting through the initiative process would be foreclosed from extending the right to marry to gay and lesbian couples in Washington. – It is important to note that the court's role is limited to determining the constitutionality of DOMA and that our decision is not based on an independent determination of what we believe the law should be.*».

<sup>10</sup> L. FAVOUREU, *I garanti dei diritti fondamentali europei*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, 2003, 254-255; A. BURLLOT-V.E. PARSİ, *Il "racconto" della cittadinanza europea nella Carta dei diritti fondamentali*, in V.E. Parsi (a cura di), *Cittadinanza e identità costituzionale europea*, Bologna, 2001, p. 106, per i quali la Carta costituirebbe una forma narrativa di diritto del cui valore cogente sarebbe più che lecito dubitare; G. AZZARITI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in ID., *Studi sui diritti in Europa*, Roma, 2006, pp. 53 ss.; M. LUCIANI, *L'incerta natura della Carta dei diritti*, in V. ATRIPALDI-R. MICCÙ, (a cura di), *L'omogeneità costituzionale nell'Unione europea*, Padova, 2003, pp. 341 ss.; U. DE SIERVO, *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl.*, 2001, pp. 205 ss.; G. FERRARA, *La Carta europea dei diritti. Da Weimar a Maastricht*, in *La rivista del Manifesto*, 2000, n. 10, pp. 24 ss.; P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella "costituzione europea"*, in A.I.C. (a cura dell'), *La Costituzione europea*, Padova, 2000, p. 171.

<sup>11</sup> In questo senso, M. RUOTOLO, *La questione del crocifisso e la rilevanza della sentenza della Corte europea dal punto di vista del diritto costituzionale*, in <http://www.costituzionalismo.it>.

pare possibile negare che anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea abbia un valore analogo, nel momento in cui definisce i valori essenziali che giustificano un quadro comune di limitazioni di sovranità rilevanti per i fini di cui all'art. 11, Cost.

Sembra insomma non impossibile sostenere che per effetto del Trattato di Lisbona la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea abbia un forte valore per il processo costituzionale, perché consente una integrazione delle libertà costituzionali all'interno delle tradizioni comuni degli Stati membri e tale strutturazione condivisa delle libertà diventa il fondamento delle limitazioni di sovranità degli Stati membri in luogo della assai criticata integrazione mercatoria.

Tuttavia questa integrazione in punto di "diritto di sposarsi" subisce un *self restraint*, dal momento che il legislatore della Carta dei diritti si affida ai diversi legislatori nazionali per individuare gli esatti confini del matrimonio.

È una impostazione che conferma la naturale liquidità della famiglia e, soprattutto, l'inevitabile politicità dell'opera di interpretazione e traduzione legislativa dell'istituto.

Gli stessi interventi della Corte costituzionale sul diritto di famiglia sono segnati da una certa attenta prudenza: la Corte ha adeguato il diritto di famiglia alle esigenze dei tempi<sup>12</sup> ed ha certamente aperto la strada alla riforma del diritto di famiglia operata con la L. 151/1975, ma, appunto, ha aperto una strada al legislatore, non si è sostituita ad esso, affidando alla sintesi politica il compito di declinare il bilanciamento fra le esigenze di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi e quella tutela dei vincoli coniugali animata da una logica solidaristica che aveva giustificato la costruzione della famiglia attorno al *pater familias* nella impostazione tradizionale.

**2.** Il discorso che si è cercato di portare avanti nelle pagine che precedono affida al legislatore il compito di adeguare il matrimonio al mutare dei tempi e di prendere atto della natura inesorabilmente liquida della famiglia intesa come società naturale.

È la premessa di una facile conclusione di inammissibilità – per discrezionalità legislativa – delle questioni poste alla Corte costituzionale dal Tribunale di Venezia (ordinanza 3 aprile 2009<sup>13</sup>, dalla Corte d'Appello di Trento (ordinanza 29 luglio 2009), dalla Corte di Appello di Firenze (ordinanza 3 dicembre 2009) e dal Tribunale di Ferrara (ordinanza 14 dicembre 2009), nella parte in cui chiedono alla Corte di stabilire che non è costituzionalmente legittimo limitare il diritto di contrarre matrimonio a persone di sesso differente<sup>14</sup>.

Prima di tutto, è necessario sottolineare che non è affatto inevitabile interpretare il sistema delle disposizioni che definiscono il matrimonio nel senso di limitare il perimetro di applicazione dell'istituto alla dichiarazione di prendersi rispettivamente in marito e moglie proveniente da persone di sesso diverso.

È possibile, ma non inevitabile.

---

<sup>12</sup> A questo proposito non pare poter essere considerato un caso che negli anni precedenti alla riforma del diritto di famiglia la Corte costituzionale sia stata particolarmente attenta nel campo dei diritti patrimoniali dei coniugi, dove ha anche mostrato dei significativi *revirement*, si pensi a Corte cost. 133 del 1970, a proposito dell'obbligo incondizionato da parte del marito di mantenere la moglie, che ha fatto seguito a Corte cost. 144 del 1967, dove questo obbligo non era stato dichiarato incostituzionale, ma anche Corte cost. 188 del 1970, che ha ammesso la prova della simulazione delle convenzioni matrimoniali da parte dei terzi, accentuando il valore della autonomia negoziale nella definizione degli assetti patrimoniali della famiglia, o Corte cost. 91 del 1973, che ha annullato il divieto di donazioni fra coniugi.

<sup>13</sup> Su cui E. CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale all'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 2009, 2, 1238; G. FERRANDO, *Il matrimonio gay: Il testimone passa alla Consulta*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 9, p. 1905.

<sup>14</sup> Sul tema: F. DAL CANTO, *Persone dello stesso sesso: a distanza di ventotto anni dalla prima pronuncia ancora chiuse le porte alle pubblicazioni matrimoniali* (Nota a App. Firenze, decr. 30 giugno 2008 e App. Roma, decr. 13 luglio 2006), in *Foro it.* 2008, I, p. 3697, ma vedi anche App. Firenze, 27 giugno 2008, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 2342 oltre a Trib. Roma, 28 giugno 1980, in *Giur. it.*, 1980, I, 2, p. 169, con nota di T. GALLETTO, *Identità di sesso e rifiuto delle pubblicazioni per la celebrazione del matrimonio. Per il rifiuto di trascrizione in Italia di matrimonio gay celebrato altrove*, v. Trib. Latina, 10 giugno 2005 (decr.), in *Fam. dir.*, 2005, p. 411, con commenti di P. SCHLESINGER e M. BONINI BARALDI; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 86, con nota di BILOTTA; App. Roma, 13 luglio 2006, in *Fam. dir.*, 2007, p. 168, con nota di SESTA. I profili civilistici, in G. FERRANDO, *Il matrimonio gay, il giudice, il legislatore*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 2344.

Per giungere a questo risultato, si devono svelare dei pregiudizi di carattere ideologico nella interpretazione delle disposizioni che regolano il matrimonio.

Difatti, nessuna delle disposizioni richiamate dalle ordinanze di rinvio afferma espressamente la natura eterosessuale del matrimonio.

A questo scopo, gli artt. 93, 96, e 98, c.c. prevedono semplicemente la necessità delle pubblicazioni come condizione di procedibilità del matrimonio civile. Il senso delle pubblicazioni può essere rintracciato nell'art. 100, c.c. che consente di ometterle in casi gravissimi e solo se gli sposi dichiarano che non esistono gli impedimenti di cui agli artt. 85 (interdizione per infermità di mente), 86 (libertà di stato), 87 (parentela, affinità, adozione ed affiliazione), 88 (delitto) e 89 (divieto temporaneo di nuove nozze), c.c.

Al contrario, è possibile osservare che il legislatore non ha considerato la eterosessualità come una delle condizioni necessarie alla celebrazione del matrimonio negli artt. 84 ss., il che potrebbe essere facilmente utilizzato come un argomento a favore del matrimonio fra persone dello stesso genere.

Per interpretare l'istituto delle pubblicazioni come tale da imporre il matrimonio eterosessuale, è necessario considerare legittima la Circolare del Ministero dell'interno 18 ottobre 2008, n. 55 richiamata dalla ordinanza del Tribunale di Venezia dove si legge che «in mancanza di modifiche legislative il nostro ordinamento non ammette il matrimonio omosessuale e la richiesta di trascrizione di un simile atto compiuto all'estero deve essere rifiutata perché in contrasto con l'ordine pubblico interno».

Ma questo non significa che l'istituto delle pubblicazioni in sé sia di ostacolo al matrimonio omosessuale, ma solamente che l'istituto delle pubblicazioni è stato di ostacolo al perfezionarsi di alcuni matrimoni fra persone dello stesso genere.

Più complessa l'interpretazione dell'art. 107, c.c. Questa disposizione, intestata Forma della celebrazione, prevede che l'ufficiale di stato civile legga agli "sposi" gli artt. 143, 144 e 147, c.c. e riceva dagli stessi la dichiarazione di volersi prendere rispettivamente in "marito" e "moglie".

L'art. 143, c.c. stabilisce che il "marito" e la "moglie" acquistano gli stessi diritti ed assumono gli stessi doveri.

L'art. 143 *bis*, c.c. aggiunge al cognome della "moglie" il cognome del "marito" e l'art. 156 *bis*, c.c. individua i casi in cui alla "moglie" può essere impedito di usare il cognome del "marito" o quelli in cui può essere autorizzata a farne a meno.

In questo schema, la questione di legittimità costituzionale non ha una sostanza propriamente normativa, ma piuttosto lessicale e, nello stesso tempo, meta-normativa.

Essa riguarda lo stesso significato nella lingua italiana delle espressioni "marito" e "moglie", ma anche il valore che questo significato ha nella costruzione dell'istituto dal punto di vista ideologico, nella interpretazione del matrimonio come istituto di una società liquida, come modello di assunzione reciproca di diritti e doveri in uno schema non "idealmente" eterosessuale, ma "concretamente" eterosessuale.

Una questione posta in questi termini non può essere facilmente risolta dalla Corte costituzionale: la Corte costituzionale ha la forza di dichiarare incostituzionali le leggi e gli atti aventi forza di legge, ma non ha la forza di cambiare il significato delle parole all'interno del vocabolario, per come le stesse illuminano ideologicamente il senso assiologico di un istituto.

Soprattutto, però, stando così le cose, la vera questione non è di carattere costituzionale, o meglio non ha il tono di una questione di legittimità costituzionale, nel senso che si tratta di capire se il significato delle parole "marito" e "moglie" presuppone la sostanza eterosessuale del consenso prestato nella dichiarazione di prendersi rispettivamente in marito e moglie: sarebbero, in questo schema, le stesse espressioni usate dal legislatore ("marito" e "moglie" nella loro costruzione "assiologicamente" e non solo "lessicalmente" di genere) ad escludere la possibilità di un matrimonio omosessuale.

Un modello interpretativo che ricava un divieto dal significato assiologicamente metanormativo delle parole utilizzate si avvicina ad una impostazione di *common law*, perché il senso delle parole usate dal legislatore viene ad essere ricavato dalla stessa struttura del diritto inteso come linguaggio per come lo stesso si è consolidato nel tempo<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> La Corte d'Appello di Venezia scrive espressamente che estendere il matrimonio alle coppie omosessuali sarebbe «una



La questione di legittimità costituzionale, in altre parole, si fonda su di una interpretazione del sistema non per ciò che le disposizioni richiamate come oggetto della questione di legittimità costituzionale dicono, ma per ciò che non dicono espressamente ma che debbono dire per consentire al matrimonio di essere ciò che secondo i giudici *a quo* esso è<sup>16</sup>.

In questo senso, si è detto che la questione di legittimità costituzionale è, in realtà, una questione di *common law* poiché è priva di un oggetto inteso come testo normativo ed ha come oggetto una norma sganciata dalla disposizione, un dato meta normativo, un qualcosa che assomiglia molto ai *background principles* tipici della *common law*<sup>17</sup>, che appunto sono un modo per far dire al diritto ciò che il diritto non dice sostenendo che quanto il diritto non dice è implicito in ciò che il diritto dice.

Ma, probabilmente, la Corte costituzionale non ha alcun motivo per entrare in un percorso ermeneutico di questo genere. Difatti, se la Corte costituzionale affrontasse un *background principle* – ed il divieto di matrimonio omosessuale è, in fondo, questo – accetterebbe che vi siano delle norme implicite che hanno lo stesso valore della legge, in contrasto con l'art. 70, Cost., oltre che con gli artt. 76 e 77, naturalmente.

Nello stesso tempo, è un percorso interpretativo che potrebbe impedire alla Corte costituzionale di respingere la questione di legittimità costituzionale, perché dichiarare non incostituzionale, con riferimento ai parametri evocati, il divieto del matrimonio fra persone dello stesso genere significherebbe ammettere l'esistenza di una (meta)norma che si fonda su tradizioni millenarie e giustificare l'integrazione dell'ordinamento attraverso tali tradizioni, il che può essere consentito ad un giudice di *common law*, ma, forse, non può essere ritenuto consentito ad un giudice, sia pure costituzionale, che si muove nell'ambito del nostro sistema<sup>18</sup>.

La questione di legittimità costituzionale nel momento in cui ha ad oggetto non una norma ma un *background principle* pone anche il problema del rango del *background principle* all'interno del sistema delle fonti.

Non è scontato che il divieto di contrarre matrimonio fra persone dello stesso sesso nel momento in cui tale divieto non è posto dal legislatore positivo abbia forza e valore di legge. Al contrario, l'unica cosa certa è che un siffatto divieto non ha forza e valore di legge, ma è un principio che, forse, sta dietro al diritto come posto dal legislatore.

Qui si aprono due alternative: o si ritiene, come si ritiene in queste pagine, che tale divieto non provenga dal legislatore ma da un provvedimento amministrativo e che la sede corretta per giudicare

forzata non consentita ai giudici diversi da quello costituzionale a fronte di una consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna»: In termini non diversi, CdA Firenze: «non c'è dubbio che nella lingua italiana per matrimonio si intenda il rapporto di convivenza dell'uomo e della donna in accordo con la prassi civile ed eventualmente religiosa, diretta a garantire la sussistenza morale, sociale e giuridica della famiglia» (p. 3), ma anche la Corte di Appello di Trento che fa leva su una interpretazione di carattere storico: non sarebbe possibile dare al matrimonio un significato che non fosse quello attuale tanto al legislatore del Codice civile che a quello della Riforma del diritto di famiglia.

<sup>16</sup> In questi termini, pare possibile richiamare A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 767; F. DAL CANTO, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro it.*, 2005, V, pp. 257 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi e la pretesa dei diritti individuali dei conviventi*, in *Quad. cost.*, 2008, pp. 101 ss.; L. VIOLINI, *Il riconoscimento delle coppie di fatto: praeter o contra constitutionem?*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 395.

<sup>17</sup> J.L. HUFFMAN, *Background Principles and the Rule of Law: Fifteen years after Lucas*, in *Ecology Law Quarterly*, Vol. 35:1, pp. 2 ss., Regents of the University of California. Il caso deciso dalla Corte Suprema (*Lucas vs. South Carolina Coastal Council* 505 U.S. 1003 (1992)) era abbastanza semplice: il signor Lucas aveva visto sorgere una legge che impediva di costruire nelle imminenze della costa ed aveva chiesto di considerare questa legge come una forma di espropriazione. La Corte Suprema, con la penna di Justice Scalia, ha stabilito che una legge che privi una proprietà di qualsiasi valore economico senza prevedere un adeguato indennizzo si pone in contrasto con i *Background Principles* della *Common Law*. In altre parole, il diritto di proprietà non sarebbe definito esclusivamente dalla *Common Law* o dalle norme legislative che completano il sistema provenendo dalla assemblee elettive, ma anche da dei principi immanenti al sistema stesso che la Corte Suprema potrebbe elaborare ed utilizzare come parametri.

<sup>18</sup> Non è inutile rammentare la *dissent opinion* di Justice Blackmun in *Lucas vs. South Carolina Coastal Council*: sostenere l'esistenza di *background principles* significa integrare i bilanciamenti effettuati dal legislatore sostituendosi allo stesso nella costruzione dell'istituto ben oltre i limiti imposti allo *judicial review* dal sistema di tripartizione dei poteri su cui la stessa si fonda.

della sua costituzionalità non sia il processo costituzionale ma il giudizio di impugnazione dell'atto che lo pone, ovvero la richiesta di disapplicazione dello stesso dinanzi al giudice delle pubblicazioni, oppure si ritiene che questo principio abbia un valore immanente per il sistema.

Ma l'unica disposizione che potrebbe integrare il codice civile in punto di eterosessualità del matrimonio, in assenza di norme espresse, è l'art. 29, Cost., che però non dice – e non può dire – questo, come si è tentato di dimostrare.

Di conseguenza, la Corte costituzionale, in realtà, non sembra non poter dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale, per difetto di uno dei presupposti indefettibili del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, ai sensi dell'art. 134, Cost., dell'art. 1, L. cost. 1/1948 e dell'art. 23, L. 87/1953<sup>19</sup>.

Ma anche e soprattutto perché giudicare della costituzionalità di un *background principle* significherebbe stravolgere lo stesso sistema delle fonti, facendo diventare il giudice costituzionale (e perché non qualsiasi altro giudice? perché, invece, non qualsiasi giudice tranne la Corte costituzionale<sup>20</sup>) arbitro indiscutibile di una operazione di integrazione dell'ordinamento molto discutibile ed essenzialmente politica.

In questo schema, la Corte costituzionale, ove respingesse la questione di legittimità costituzionale, si farebbe custode di un valore (il matrimonio come portato di tradizioni millenarie) che andrebbe assai oltre la Costituzione.

L'oggetto di questa questione, come si è cercato di dire, non è – e come si è cercato di dimostrare non deve neppure essere – il *background principle* che vieta il matrimonio fra persone dello stesso sesso, ma molto più semplicemente la circolare del Ministero degli interni che vieta agli ufficiali civili di procedere nelle pubblicazioni di matrimoni fra persone dello stesso sesso.

In questa sede, ovvero in via di disapplicazione dinanzi al giudice ordinario competente ai sensi dell'art. 98, 2° comma, c.c., ma anche in sede di impugnazione dinanzi al Tar del Lazio, competente a conoscere degli atti amministrativi che hanno natura generale, si potrebbe discutere correttamente sia del fondamento legale della circolare (può il Ministero degli interni vietare un qualcosa che non è vietato dalla legge?), sia della conformità a Costituzione del divieto.

Tutto questo, però, non significa ammettere che dalla inesistenza del divieto di procedere al matrimonio fra persone dello stesso sesso derivi l'ammissibilità del matrimonio fra persone dello stesso sesso.

In realtà, il matrimonio è un istituto giuridico positivamente disciplinato e la disciplina positiva del matrimonio, allo stato del diritto vivente, presuppone la differenza di genere<sup>21</sup>: non vi è un divieto di procedere al matrimonio fra persone dello stesso sesso, semplicemente perché il matrimonio è previsto solo per le persone di sesso diverso. Di conseguenza, il rifiuto degli ufficiali di stato di civile di procedere alle pubblicazioni non dovrebbe essere fondato sull'esistenza di una norma che vieta il matrimonio omosessuale, ma sulla inesistenza di una norma che lo ammette e sulla tipicità del matrimonio inteso come negozio giuridico fra persone di sesso diverso.

Questo modello interpretativo consente alla Corte costituzionale di dichiarare inammissibile la

<sup>19</sup> In questi termini, N. PIGNATELLI, *Dubbi di legittimità costituzionale sul matrimonio "eterosessuale": profili processuali e sostanziali*, in <http://www.forumcostituzionale.it/site/content/view/3/3/>.

<sup>20</sup> Nei termini in cui è posta la questione di legittimità costituzionale, in realtà, non è una questione di costituzionalità, ma è una questione di interpretazione della legge e come tale di competenza del sistema giudiziario, sia pure con tutte le precisazioni in punto di interpretazione adeguatrice e di diritto vivente che si possono e si devono fare.

Non sembra inutile ricordare che la giurisprudenza ha, in materia di matrimonio, fatto diretta applicazione dei valori costituzionali consentendo la pubblicazione in casi in cui questa era stata rifiutata per ragioni di burocratica applicazione delle norme esistenti dagli ufficiali dello stato civile: G. CERRETO, *Impedimenti al matrimonio del cittadino straniero e lesione dell'egualianza giuridica e della libertà religiosa*, in *Dir. fam.*, 2002, 2-3, pp. 318 ss.

<sup>21</sup> In questi termini, la giurisprudenza di legittimità che ha avuto modo di specificare: la categoria dell'inesistenza, per distinguerla da quella dell'invalidità, richiede necessariamente dei riferimenti ad aspetti fattuali e ricorre pertanto quando manchi «quella realtà fenomenica che costituisce la base naturalistica della fattispecie» (Cass. 1808-76) e che nel matrimonio è ravvisabile in assenza dei requisiti minimi essenziali, costituiti dal fatto che due persone di sesso diverso abbiano manifestato la volontà matrimoniale davanti ad un ufficiale celebrante (Cass. civ., sez. I, 9 giugno 2000, n. 7877, L. LACROCE, *Concezione giuridica del matrimonio e vecchie e nuove forme di celebrazione*, in *Giust. civ.* 2000, 11, p. 2897).

questione, perché essa manca del suo oggetto, evitando di cadere nelle trappole sistematiche connesse al giudizio su di una meta – norma ovvero su di un *background principle*.

Soprattutto, però, consente anche alla Corte costituzionale di chiarire che, come meglio si proverà a specificare nel prossimo paragrafo, il fatto che non vi sia spazio per dichiarare la incostituzionalità del divieto di matrimonio fra coppie omosessuali, non significa che il legislatore possa, e forse anche in qualche misura debba, procedere ad una integrazione dell'ordinamento, riconoscendo il *same sex marriage*, anche attraverso un monito o più semplicemente un *obiter dictum*.

### 3. A questo punto, è possibile provare a tentare qualche conclusione.

Si è provato a sostenere che la natura eterosessuale del matrimonio non è imposta da alcuna norma di legge e che la stessa deriva da una impostazione ideologica secondo uno schema che si è definito come *background principle*, richiamando alcuni – discussi e discutibili – principi di *common law*.

La Corte, tuttavia, non sembra essere il soggetto idoneo a predicare o a negare l'esistenza dei *background principles*, che, se esistono, si pongono sul piano della corretta interpretazione della legge e, di conseguenza, subiscono il carattere diffuso del processo di costituzionalità riferito agli atti sublegislativi, vuoi che gli stessi siano atti amministrativi (il rifiuto delle pubblicazioni operato dagli ufficiali di stato civile, le circolari del ministero degli interni sulla trascrizione dei matrimoni fra persone dello stesso genere celebrati all'estero).

Per uscire dai termini ideologici della questione di legittimità costituzionale è necessario incentrarla sul testo della legge e, perciò, in questo caso, valutare se le espressioni “marito” e “moglie”, che hanno indubbiamente una valenza di genere siano costituzionali.

L'intervento della Corte sarebbe inevitabilmente sostitutivo, perché dovrebbe sostituire questi lemmi con altri lemmi (“sposi”, “coniugi”, secondo l'espressione utilizzata dall'art. 6, L. 184/1983, a proposito della adozione).

Una operazione di questo genere, sfogliando il codice civile, finirebbe per riguardare una quantità di disposizioni estremamente eterogenea: l'art. 89, 2° comma, c.c., che consente al Tribunale di concedere l'autorizzazione a nuove nozze ove risulti che il “marito” non abbia convissuto con la “moglie” nei trecento giorni precedenti lo scioglimento o l'annullamento o la cessazione degli effetti del vincolo matrimoniale; l'art. 102, c.c., che consente ai parenti del precedente “marito” di fare opposizione al matrimonio; l'art. 107, c.c. che definisce il matrimonio come dichiarazione degli sposi di volersi prendere rispettivamente in “marito” e “moglie” e che avrebbe un suono ben diverso se fosse mutata nella dichiarazione di volersi unire in matrimonio; l'art. 108, c.c., per cui la dichiarazione di prendersi in “marito” e “moglie” non può essere sottoposta a termini e condizioni; l'art. 143, c.c., dove si legge che “marito” e “moglie” acquistano gli stessi diritti e assumono gli stessi doveri per effetto del matrimonio; l'art. 143 *bis*, c.c., per il quale la “moglie” aggiunge al proprio cognome quello del “marito”; l'art. 156 *bis*, c.c., che consente alla “moglie” di non usare il cognome del “marito” o al “marito” di chiedere che la “moglie” non usi il suo cognome, quando da ciò derivi un pregiudizio.

Già in queste disposizioni si svela la natura “liquidamente” politica della scelta di usare delle espressioni di genere nella costruzione del matrimonio: ad esempio, l'opzione per cui la moglie acquista il cognome del marito ha una sostanza politica e per nulla a rime obbligate e tale opzione risulta di complicata soluzione una volta che si introduca il matrimonio fra persone dello stesso genere in via di *judicial review*.

La struttura “liquidamente” politica del matrimonio emerge anche nella filiazione: l'art. 231, c.c. definisce il “marito” come il padre dei figli nati in costanza di matrimonio; l'art. 235, c.c. individua i casi in cui è ammissibile il disconoscimento di paternità; l'art. 240, c.c. impedisce la contestazione della paternità nel caso in cui due persone abbiano pubblicamente convissuto come “marito” e “moglie” e siano entrambe venute meno; l'art. 243, c.c. ammette ogni tipo di prova contraria per provare che chi agisce non è figlio di chi pretende di avere per madre o del “marito” della madre, ove sia provata la paternità; l'art. 244, c.c. individua nel “marito” il titolare della azione di disconoscimento e ne fissa i termini.

Tuttavia, è possibile sostenere che queste disposizioni potrebbero non essere toccate dalla intro-

duzione del matrimonio omosessuale: esse presuppongono la filiazione naturale e la filiazione naturale non sembra essere facilmente percorribile dalle coppie omosessuali.

Ma sarebbe una conclusione semplicistica: la procreazione può avvenire anche per via medica e anche se fosse vietato alle coppie omosessuali di procedere nella via della procreazione medicalmente assistita, non sarebbe possibile evitare che qualche coppia omosessuale vi ricorra nei Paesi in cui ciò è ammesso e, di conseguenza, il problema dovrebbe essere risolto e la sua soluzione non sembra poter essere assistita dalle rime obbligate cui l'intervento additivo o sostitutivo della Corte è vincolato.

Dove la tensione con la famiglia intesa come società politicamente e naturalmente liquida emerge con maggiore forza, però, è in punto di adozioni: l'art. 294, secondo comma, c.c. esclude chiaramente che una persona possa essere adottata da più di una persona salvo che i due adottanti siano "marito" e "moglie" e l'art. 299, 4° comma, c.c. stabilisce che se l'adozione è compiuta da coniugi, l'adottato assume il cognome del "marito".

In questo caso, sostituire la parola "marito" nella sua contrapposizione di genere a "moglie" con un termine sessualmente neutro pare una operazione inevitabilmente politica, poiché significa accettare l'adozione da parte delle coppie omosessuali.

Nello stesso tempo, non sostituirla equivale a negare l'adozione delle coppie omosessuali.

Affermare o negare l'adozione da parte delle coppie omosessuali, però, è compiere una interpretazione politica, registrare attraverso la sensibilità del Parlamento e del circuito Parlamento-Governo l'attuale stato della famiglia per come la stessa è avvertita dal corpo sociale e svolgerne le conseguenze.

Un compito di questo genere non sembra poter essere svolto dalla Corte costituzionale, ma è inesorabilmente compreso nella decisione della Corte costituzionale sul matrimonio fra persone dello stesso genere.

Questo ragionamento potrebbe, però, trovare un serio limite nella L. 164/1982.

Difatti, questa disciplina ammettendo la rettifica anagrafica del sesso consente il matrimonio fra chi ha rettificato il proprio sesso naturale e chi appartiene al sesso di provenienza del coniuge, ovvero una sorta di matrimonio omosessuale.

Esasperando il ragionamento, si può sostenere che il divieto di nozze fra persone dello stesso genere è irrazionale perché riguarda solo coloro che non intendono ricorrere ad una rettifica chirurgica del sesso di provenienza, rendendo la rettifica chirurgica del sesso – che costituisce un atto di disposizione del proprio corpo eccezionalmente ammesso dall'ordinamento in contrasto con l'art. 5, c.c.<sup>22</sup> – una sorta di onere indispensabile per chi voglia giungere al matrimonio con una persona del suo stesso sesso<sup>23</sup>.

In realtà, l'art. 4, L. 164/1982 costituisce una conferma del divieto del matrimonio fra persone dello stesso sesso, nella parte in cui prevede come conseguenza del passaggio in giudicato della sentenza che riconosce il mutamento del sesso lo scioglimento del matrimonio ovvero la cessazione degli effetti civili del matrimonio religioso e quindi impedisce che, anche in questo caso, si possa avere un matrimonio fra persone dello stesso genere.

Soprattutto, però, la lettura di Corte cost. 161/1985 può offrire qualche spunto anche per la soluzione della questione di legittimità costituzionale del divieto del matrimonio fra persone dello stesso genere.

Per la Corte, ciò che rileva, dinanzi ad una ordinanza della Corte di cassazione che chiedeva di negare ingresso alla rettifica del sesso perché sostanzialmente in contrasto con l'ordine naturale delle cose<sup>24</sup>, ovvero con un *background principle*, secondo l'impostazione di queste pagine, è il fatto

---

<sup>22</sup> In questi termini, da ultimo, Corte cost. 253/2006.

<sup>23</sup> In realtà, la stessa Corte costituzionale, a ben vedere, nel discutere della legittimità costituzionale della rettifica di sesso, considera la rettifica di sesso come un adeguamento dei caratteri fisici alle più profonde inclinazioni dell'individuo, di talché il matrimonio fra una persona che ha rettificato i propri caratteri fisici ed una persona del sesso diverso rispetto a quello rettificato è dal punto di vista del Giudice delle leggi un vero e proprio matrimonio eterosessuale.

<sup>24</sup> Questi i termini della ordinanza della Corte di cassazione: «Non appare manifestamente infondata – in relazione agli artt. 2, 3, 29, 30 e 32 Cost. – la questione di legittimità degli artt. 1 e 5 della L. 14 aprile 1982 n. 164, poiché dette norme,

che il legislatore si è adeguato ad un progredire delle consapevolezze culturali, sociali e scientifiche<sup>25</sup>.

In altre parole, per la Corte, il legislatore può, probabilmente: deve, adeguare la disciplina positiva in materia di famiglia e di diritti collegati alla identità sessuali all'evolversi della società e questa scelta non è sindacabile nel processo costituzionale in virtù di una sorta di stato naturale delle cose.

Ma un intervento di questo tipo appartiene inevitabilmente alla sintesi politica propria della funzione legislativa e, sotto questo aspetto, non appare un caso che la Corte costituzionale abbia giudicato non incostituzionale la normativa in materia di rettificazione di sesso, ma non si sia mai pronunciata sulla normativa precedente che ammetteva la rettifica del sesso solo nei casi patologici in cui l'intervento chirurgico serviva per sviluppare degli organi sessuali per così dire inesplosi.

In sintesi, sembra possibile sostenere che la questione così come posta al giudice delle leggi sia una sorta di sasso nello stagno.

Un modo per suscitare un dibattito che dorme in un Parlamento sempre più lontano sia dalla politica che dalla società.

Ma non è una questione di legittimità costituzionale, perché riguarda un divieto che in realtà il sistema legislativo non pone.

Riguarda un vuoto normativo, non un divieto.

Di conseguenza, non è una questione di legittimità costituzionale, ma una questione di politica legislativa che la Corte costituzionale non può risolvere, anche se può, e probabilmente nella sua prudente e sovrana autonomia: deve, sottolineare che l'inammissibilità della questione non può essere interpretata come dichiarazione di sostanziale incostituzionalità del matrimonio fra persone dello stesso genere e che l'introduzione del *same sex marriage* è senz'altro consentita all'autonomia delle Camere nell'esercizio della funzione legislativa.

Forse, potrebbe anche sottolineare l'opportunità di un intervento in questa direzione.

Ma questo è forse un traguardare troppo lontano.

---

consentendo un mutamento di sesso meramente artificiale e non consentendo, al tempo stesso, che un terzo possa, neanche a seguito di autorizzazione del giudice, conoscere i dati anagrafici originari del transessuale, potenzialmente sconvolgono l'ordine naturale della società familiare, fondata sul matrimonio, violano i principi di uguaglianza e di rispetto della dignità della persona, e si pongono in contrasto con le garanzie costituzionali del diritto alla salute: la normativa di cui alla L. n. 164 del 1982 consente infatti la rettificazione del sesso non solo nel caso di evoluzione naturale di situazioni originarie non ben definite o soltanto apparentemente definite, ma altresì nel caso in cui, sulla base di una dichiarata psicosessualità in contrasto con la presenza di organi chiaramente dell'altro sesso, si intervenga, con operazioni demolitorie e ricostruttive, ad alterare gli organi esistenti per conferire al soggetto la mera apparenza del sesso opposto» (Cass. civ., sez. I, 20 giugno 1983, in *Dir. fam.*, 1984, p. 420).

<sup>25</sup> Nella sentenza si legge che il legislatore si è mosso sulla scorta di adeguati elementi conoscitivi e sulla base di una idea del sesso come di qualcosa che non dipende unicamente dai dati genitali esterni, ma anche dalla complessiva personalità dell'individuo e «poiché il transessuale, più che compiere una scelta propriamente libera, obbedisce ad una esigenza incoercibile, alla cui soddisfazione è spinto e costretto dal suo "naturale" modo di essere, il legislatore ha preso atto di una simile situazione, nei termini prospettati dalla scienza medica, per dettare le norme idonee, quando necessario, a garantire gli accertamenti del caso ovvero a consentire – sempre secondo le indicazioni della medicina – l'intervento chirurgico risolutore, e dare, quindi, corso alla conseguente rettificazione anagrafica del sesso».

PAOLA CORSINI\*

## Il matrimonio tra persone dello stesso genere: l'eloquenza del silenzio normativo

**SOMMARIO:** 1. Il matrimonio fra Costituzione e Corte costituzionale. – 2. Argomentazioni pro e contro il matrimonio tra persone dello stesso genere. – 3. Considerazioni conclusive.

1. La Corte costituzionale, investita dalle ordinanze dei Tribunale di Venezia e Ferrara e delle Corti d'Appello di Trento e Firenze, si trova di fronte a quella che si potrebbe definire una scelta di civiltà, data l'esigenza, sempre più avvertita negli ultimi decenni, di dismettere l'atteggiamento di chiusura che, sin dall'antichità, si è manifestato nei confronti delle relazioni omosessuali, spesso considerate manifestazioni di una devianza.

Negli ultimi anni la situazione sembra essere migliorata, al punto che la stessa Organizzazione Mondiale della Sanità ha finalmente eliminato l'omosessualità dalla lista delle malattie.

Il fenomeno omosessuale, infatti, non costituisce una mera pratica sessuale ma un'autentica inclinazione naturale che, in quanto tale, risulta idonea a coinvolgere la totalità delle dimensioni dell'essere della persona umana, compresa, quindi, anche la manifestazione relazionale.

Il reclamo del riconoscimento del diritto all'unione coniugale da parte degli omosessuali, nel nostro ordinamento, impone la necessità di fare i conti con la normativa vigente che, al livello della legislazione primaria, manifesta l'esigenza dell'eterosessualità dei nubendi, al fine di contrarre matrimonio, mentre, a livello costituzionale, sembra manifestare una sorta di indifferenza in tal senso.

L'affermazione appena svolta necessita, indubbiamente, di chiarimenti.

Il diritto a contrarre matrimonio viene riconosciuto come diritto inviolabile dell'individuo da decenni. La Corte costituzionale lo ha declinato sia nel senso di diritto a scegliere la persona con la quale contrarre matrimonio<sup>1</sup>, sia in senso negativo, ossia come libertà di non sposarsi, scegliendo di unirsi in altro modo<sup>2</sup>.

La famiglia è stata proclamata quale formazione sociale primaria ed originaria, all'interno della quale si sviluppano i diritti inviolabili dell'individuo, riconosciuti e garantiti dall'art. 2, Cost. Al singolo, quindi, vanno ascritti una serie di diritti che gli spettano in quanto appartenente alla comunità familiare. Il primo di questi diritti è costituito dal riconoscimento dello *status* di persona coniugata.

La questione si complica nel mettere in relazione il concetto di formazione sociale proclamato dall'art. 2 con la società naturale di cui all'art. 29 della Carta fondamentale del nostro ordinamento.

L'art. 29, Cost. esprime una concezione di famiglia difficilmente cristallizzabile, ma piuttosto, in grado di plasmarsi secondo le esigenze storiche e sociali in continua evoluzione.

A ben vedere, infatti, l'art. 29, Cost. non risulta idoneo a fornire una definizione univoca di famiglia, nemmeno laddove ne parla in termini di «società naturale fondata sul matrimonio», posto che tale naturalità non farebbe necessariamente riferimento ad un'esigenza di coerenza con la tradizione eterosessuale ma, piuttosto, alla propensione dei singoli di unirsi al fine di creare una formazione sociale, che in Costituzione viene definita famiglia.

Alla luce di quanto sopra, apparirebbe, forse, preferibile parlare di famiglie al plurale, proprio al fine di rispondere in modo positivo alle tendenze differenziatrici del tessuto sociale odierno.

---

\* Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale italiano ed europeo, Università di Verona.

<sup>1</sup> In tal senso, si veda Corte cost. 445/2002.

<sup>2</sup> In tal senso, Corte cost. 166/1998.

Risulta palese la necessità di leggere l'art. 29, sopra richiamato, in combinato disposto con i principi fondamentali proclamati dagli artt. 2 e 3, Cost.

L'articolo 2, Cost. tutela i diritti inviolabili dell'uomo sia in chiave personalistica, sia nell'ambito delle formazioni sociali. Con riferimento, in particolare, ai diritti inviolabili, è doveroso ricordare come la dottrina sia ormai pacifica nel ritenere che detti diritti non siano tassativamente elencati dalla Costituzione, costituendo tale dicitura una cd. "formula aperta".

Come sopra si ricordava, la libertà di contrarre o non matrimonio, da anni, è stata descritta dalla Corte costituzionale, al rango di diritto inviolabile riconosciuto e tutelato dal nostro ordinamento giuridico. A ciò si aggiunga che il diritto di contrarre matrimonio invocato da coppie di persone dello stesso genere, peraltro, non può includersi nell'area dei c.d. nuovi diritti, poiché è un diritto, quello al matrimonio, già riconosciuto e tutelato dalla Carta fondamentale del nostro ordinamento, il quale deve essere riconosciuto a tutte le persone, anche a coloro cui è stato sino ad oggi, arbitrariamente negato, poiché definire il matrimonio quale istituto giuridico riservato alle persone eterosessuali, si risolve in un'affermazione di principio palesemente idonea soltanto ad esternare una continua ed ingiustificata discriminazione nei confronti delle persone omosessuali.

Alla luce della configurazione del matrimonio come diritto inviolabile dell'individuo, non si può non notare come il mancato riconoscimento giuridico, in detta forma, delle unioni omosessuali, sia idoneo a costituire una grave violazione dell'art. 2, Cost., poiché non è possibile invocare, quale garanzia del rispetto di contrarre matrimonio nei confronti degli omosessuali, il semplice riconoscimento di sposare soggetti di sesso opposto.

Quindi, se il matrimonio è manifestazione dell'autonomia di scegliere se e quale persona sposare, è evidente che alle persone omosessuali questo diritto è negato e che tale negazione potrebbe costituire, come si vedrà meglio nel prosieguo, una differenza di trattamento rispetto alle persone eterosessuali che non può non considerarsi illegittima ai sensi dell'art. 3, Cost.

Detto articolo, infatti, sancisce il principio di uguaglianza, vietando, conseguentemente, discriminazioni irragionevoli, poiché esso conferisce pari dignità a tutti i cittadini, senza distinzioni di razza, sesso, lingua, religione, opinioni politiche, condizioni personali e sociali ed impegnando lo Stato a «rimuovere gli ostacoli che limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana».

Posto che, per effetto della stessa giurisprudenza costituzionale, il diritto di contrarre matrimonio è stato annoverato tra i diritti inviolabili dell'uomo, in caso di violazione dello stesso alla persona omosessuale, si può ipotizzare una discriminazione fondata sulle condizioni personali.

L'omosessualità, infatti, è stata definita dalla Decisione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità del 17/05/1990 come propensione del soggetto non illegale, né patologica e può, quindi, essere considerata tra le condizioni personali degne di tutele ai sensi dell'art. 3, Cost.

Al soggetto omosessuale, in ragione di questa sua condizione personale, infatti, viene negato, diversamente da quanto accade nei confronti della persona eterosessuale, di scegliere liberamente, senza vincoli, secondo le sue propensioni naturali, il partner con il quale contrarre matrimonio, creando, conseguentemente, un'irragionevole disparità di trattamento.

**2.** Poiché, per dirla con I. Berlin, l'uguaglianza di trattamento non necessita di giustificazioni, mentre ne occorrono per differenziare, andremo ora ad analizzare quali siano le giustificazioni addotte per negare il riconoscimento del matrimonio omosessuale, al fine di valutarne la ragionevolezza. Nel caso in cui si dovesse dimostrare che dette motivazioni non sono ragionevoli, risulterà dimostrata, altresì, l'esigenza di ammettere, anche nel nostro ordinamento, il matrimonio tra persone del medesimo genere.

Le motivazioni che vengono addotte a supporto della tesi che nega l'ammissibilità del matrimonio tra persone dello stesso genere sono, in sintesi, le seguenti: a) la necessità di conservare la tradizione; b) la connessione inscindibile dell'istituto matrimoniale con la finalità procreativa; c) esigenze di ordine pubblico; d) il silenzio normativo sul tema.

Partiamo dalla prima tesi, ossia quella secondo cui il matrimonio tra persone dello stesso sesso (*rectius*, genere) sarebbe contrario alla tradizione e, conseguentemente, inammissibile. A ben vede-

re, però, vi sono molteplici aspetti della tradizione che, nel corso dei decenni, si sono trovati ad essere disattesi, in quanto inadeguati rispetto all'evolversi dei tempi. Si ricordi, a tal proposito, che la stessa inferiorità del genere femminile rispetto a quello maschile ha comportato, per lungo tempo, l'impossibilità per le donne di accedere al voto, nonché a determinati impieghi pubblici. Successivamente, si è ritenuto opportuno disattendere questa millenaria "tradizione" inerente l'inferiorità femminile per permettere la parità di trattamento tra i sessi. Così come lo stesso art. 21, Cost., nella locuzione "*mezzo di diffusione*" è stato più volte oggetto di interpretazioni adeguatrici della sua portata letterale all'evolversi dei tempi. Con riferimento al matrimonio, peraltro, non si può non ricordare come la tradizione abbia da sempre fatto implicitamente riferimento ad un vincolo indissolubile ma, nonostante questo, nel nostro ordinamento è stato introdotto il divorzio. La tradizione, quindi, risulta un elemento superabile laddove ve ne sia la volontà. Questo richiamo nostalgico alla tradizione assomiglia ad un rimpianto del passato, ad un attaccarsi ad esperienze ormai consumate, e ciò rischia di divenire un elemento di freno per ogni progresso sociale e per ogni cammino di innovazione.

Nel caso di specie, peraltro, si ha l'impressione di non trovarsi di fronte ad un problema di tradizione ma, piuttosto, di pregiudizi nei confronti delle persone omosessuali, che ben vengono espressi dal vuoto normativo che si è appositamente creato in questa materia tanto delicata.

Per quanto riguarda l'argomentazione *sub b)*, i.e. la connessione fra l'istituto matrimoniale e la filiazione, occorre precisare, preliminarmente, come matrimonio e filiazione costituiscano istituti giuridici tra loro differenti e non necessariamente correlati, tant'è vero che vengono ammesse al matrimonio anche coppie di persone che, pur potendo, non intendono avere figli; coppie in cui uno o entrambi i partners sono sterili; coppie in età non più idonea alla procreazione; eppure, sull'ammissibilità del matrimonio tra queste persone, purché di sesso diverso fra loro, *nulla quaestio*. A ciò si deve necessariamente aggiungere che il nostro ordinamento ha da tempo aperto la strada alla scissione fra lo *status* genitoriale e l'effettiva capacità di procreazione, come dimostrano le previsioni in materia di adozione e di procreazione medicalmente assistita.

Passiamo all'analisi della questione in merito alle asserite esigenze di ordine pubblico<sup>3</sup>. Tali esigenze, talvolta richiamate dalla giurisprudenza costituzionale, a parere della scrivente, non esistono<sup>4</sup>. Infatti, l'eventuale matrimonio tra persone dello stesso genere non è idoneo, di per sé, a ledere alcun interesse di rilevanza costituzionale, né di natura pubblica, né di natura privata, contrariamente a quanto potrebbe accadere laddove venisse riconosciuta cittadinanza nel nostro ordinamento ad istituti come la poligamia o la poliandria.

Infine, con riferimento alla motivazione *sub d)*, occorre premettere che il silenzio legislativo sul tema, in questi tempi, risulta veramente imbarazzante. Ad oggi, l'ordinamento italiano sembra disinteressarsi *in toto* del legame nascente dai rapporti omosessuali. Il suddetto silenzio dimostra come gli omosessuali vengano spesso considerati persone invisibili, cui si negano quotidianamente diritti, palesando indifferenza e disinteresse.

In ogni caso, la mancanza di una normativa differenziatrice *ad hoc* che distingua il trattamento delle coppie formate da persone di genere diverso rispetto al trattamento riservato alle coppie di persone dello stesso genere, può essere considerato la conferma di un assetto normativo idoneo a descrivere il contenuto di un'implicita norma uguagliatrice.

Confutate, quindi, seppur in modo sommario, per ragioni di brevità, le argomentazioni poste alla base della tesi negativa del matrimonio tra persone dello stesso genere, occorre ora vedere se vi siano giustificazioni idonee a fondarne l'ammissibilità.

<sup>3</sup> Si veda, per tutti, Trib. Latina, decreto 10 giugno 2005.

<sup>4</sup> Vero è che in alcuni ordinamenti l'introduzione di una disciplina giuridica delle relazioni omosessuali era stata accompagnata dall'asserita esigenza di limitare il crescente aumento di episodi di diffusione della malattia dell'Aids. L'esperienza dei PACS in Francia è testimone della necessità di regolamentare la tendenza ad avere rapporti occasionali, favorendo le unioni di vita stabile fra persone dello stesso sesso, proprio per frenare le ipotesi di contagio. Tuttavia, è stato evidenziato come allo stato attuale i soggetti di orientamento omosessuale mostrano interesse nei confronti di legami di vita duraturi, idonei a porre in essere fenomeni di convivenza dotati di una certa stabilità, riducendo notevolmente l'insorgere della malattia ed è stata registrata una considerevole diminuzione del tasso di mortalità per Aids proprio in quei Paesi che si sono dotati di una forma di riconoscimento delle relazioni omosessuali.



Tra queste ragioni, accanto a quelle sopra richiamate, relative all'esigenza di una lettura dell'istituto matrimoniale alla luce degli artt. 2 e 3, Cost., possiamo annoverare, dal punto di vista sociologico, la necessità di rispondere, a livello normativo, alle tendenze differenziatrici che caratterizzano l'odierna società e, da un punto di vista strettamente giuridico, l'esigenza di assecondare le istanze di ravvicinamento delle normative statali provenienti dal contesto sovranazionale<sup>5</sup>.

Inoltre, non si può nascondere che il mancato riconoscimento della possibilità di contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso non rappresenta una questione isolata, poiché da tale circostanza derivano una moltitudine di conseguenze negative di natura giuridica. Le coppie formate da persone dello stesso genere, mediante il loro riconoscimento da parte dell'ordinamento, assumerebbero un profilo di rilevanza nell'ambito dello stesso, assurgendo al rango di formazione sociale ivi riconosciuta. Infatti, l'assenza di una disciplina in tal senso si traduce inevitabilmente nell'assenza di riconoscimento di diritti civili in capo alle persone omosessuali, che vengono considerate esclusivamente come monadi, nella loro individualità, incapaci di fondare relazioni rilevanti per l'ordinamento giuridico italiano. In questo modo, la persona omosessuale si trova doppiamente discriminata, poiché essa, non solo non può contrarre matrimonio scegliendo liberamente il partner tra le persone del proprio genere ma, di più, viene automaticamente esclusa da una serie di benefici di natura patrimoniale e/o personale.

A ben vedere, vi sono una serie di diritti sistematicamente negati alle persone omosessuali. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla pensione di reversibilità a favore del partner superstite; al mancato riconoscimento *ex lege*, in capo al convivente omosessuale, del diritto a succedere nel contratto di locazione intestato al partner; all'esclusione del partner omosessuale dalla lista dei legittimari nella successione *mortis causa*; alla negazione del diritto di assistenza al partner in situazioni emergenziali di ricovero in ospedale e delle decisioni in materia di trattamenti medico sanitari cui assoggettare il partner che non si trovi nelle condizioni di decidere; alla problematica in merito all'accesso alle graduatorie per ottenere alloggi popolari, spesso negati alle coppie omosessuali<sup>6</sup>; al c.d. congedo matrimoniale, ossia un beneficio normalmente riconosciuto al dipendente che contrae matrimonio nella misura di un certo numero di giorni di assenza retribuita dal posto di lavoro, riconosciuto esclusivamente nei confronti delle persone eterosessuali<sup>7</sup>; all'assenza di riconoscimento del diritto di visita al partner detenuto in carcere; alla mancata previsione della facoltà di rifiutare di rendere testimonianza nel procedimento penale in cui sia imputato il partner.

Alla luce di quanto sopra, l'attuale impossibilità di contrarre matrimonio pone le coppie di persone dello stesso genere in una situazione di ingiustificato svantaggio rispetto a quelle formate da individui di genere diverso, ponendo in essere, nella sostanza, una palese discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.

**3.** Le disposizioni normative vigenti necessitano, quindi, di una lettura costituzionalmente orientata ed in tal senso i principi di pari dignità sociale e di uguaglianza di cui agli artt. 2 e 3, Cost. dovranno costituire elementi trainanti ed illuminanti.

Fino ad ora si è atteso, inutilmente, un intervento normativo da parte del legislatore statale, intervento che nessuna parte politica ha avuto il coraggio di adottare. Non resta che sperare in un intervento più coraggioso da parte della Corte costituzionale sotto forma di accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale sollevate. Nonostante ciò, si è pienamente coscienti che, con ogni probabilità, tale attesa non avrà nulla di dissimile da quella per *Godot*.

---

<sup>5</sup> Si ricordino, a tal proposito, le numerose Risoluzioni del Parlamento europeo in materia, che si sono succedute negli ultimi anni, da quella datata 8 febbraio 1994, con la quale il Parlamento europeo chiese alla commissione di elaborare una raccomandazione sulla parità dei diritti degli omosessuali alla Risoluzione del 14 gennaio 2009 sulla situazione dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

<sup>6</sup> Il suddetto riconoscimento viene infatti garantito esclusivamente da alcune normative regionali in materia.

<sup>7</sup> Si ricordi un recente caso che ha investito le cronache nazionali dal luglio 2007. Si veda, a tal proposito, M. BONINI BARRALDI, *Congedo matrimoniale al dipendente omosessuale e diritto internazionale privato comunitario: a proposito di un recente caso*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2008, pp. 40 ss.

ANGELA COSSIRI \*

## Famiglie omosessuali, famiglie clandestine. La lacuna dell'ordinamento che produce discriminazione

**SOMMARIO:** 1. In premessa: l'illegittimità costituzionale del divieto di contrarre matrimonio omosessuale. – 2. La posta in gioco: i diritti conseguenti al coniugio non surrogabili attraverso l'autonomia privata. – 3. La “famiglia contemporanea” e le acquisizioni del diritto.

1. Condivido la linea di ragionamento tracciata nella relazione introduttiva di Barbara Pezzini secondo cui il divieto di contrarre matrimonio per le coppie omosessuali dovrebbe essere dichiarato costituzionalmente illegittimo.

Se si ammette infatti che il matrimonio è una libertà fondamentale dell'individuo che veicola il diritto di realizzare se stessi attraverso la formazione di una famiglia<sup>1</sup> e se si conviene che il diritto al matrimonio include la facoltà di scelta del coniuge<sup>2</sup>, il divieto di contrarre matrimonio *same-sex* dovrebbe costituire la violazione discriminatoria di un diritto fondamentale, rilevante ai sensi degli artt. 2 e 3 e 117, 1° comma, Cost.

Questa conclusione presuppone l'adesione all'opinione comune – che non intendo qui sviluppare, in quanto ampiamente argomentata nelle ordinanze di rinvio e in dottrina – che l'art. 29 Cost. non osti al riconoscimento giuridico di famiglie “anomale” rispetto a pretesi modelli tradizionali (*rectius* archetipi culturali), posto che il richiamo alla “società naturale” dovrebbe essere inteso come rinvio alla realtà familiare fenomenica e ai costumi sociali per come essi vivono e si evolvono<sup>3</sup>.

Accolta questa opzione ermeneutica sulla nozione costituzionale di “naturalità” della famiglia, la conclusione che nega il diritto al matrimonio *same-sex* a me pare tradire un presupposto giudizio di valore negativo sull'omosessualità o almeno la riconduzione del fenomeno ad elemento sociale patologico e non *naturale*. Il cuore del problema sembra essere la libertà di scelta negata: se l'identità omosessuale è una condizione data *naturalmente* che riguarda il 5% della popolazione<sup>4</sup> e se il matrimonio è uno strumento giuridico che può essere liberamente scelto da ciascuno per realizzare se stesso, negare all'omosessuale il diritto di sposare una persona dello stesso sesso – in assenza di ostacoli costituzionali – costituisce una violazione del principio di

---

\* Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Macerata.

<sup>1</sup> Così l'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, l'art. 12 della CEDU e l'art. 9 della Carta di Nizza; cfr. anche le sentt. Corte cost., nn. 46 del 1993 e soprattutto 445 del 2002 secondo la quale la norma che stabilisce il celibato, il nubilato o la vedovanza come requisito per il reclutamento nella Guardia di finanza, «incide [...] indebitamente [...] sul diritto di contrarre matrimonio, discendente dagli artt. 2 e 29 Cost.».

<sup>2</sup> Cfr. sentt. Corte cost., n. 161 del 1985; Corte EDU, *Goodwin c. Regno unito*, 17 luglio 2002; Corte suprema del Massachusetts, *H. Goodridge & others vs. Department of Public health & another*, SJC-08860, 18 novembre 2003.

<sup>3</sup> Per una ricognizione delle posizioni della dottrina costituzionalistica, C. BERGONZINI, *Commento all'art. 29 Cost.*, in S. BARTOLE e R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, 303 s. Si veda altresì la preziosa ricostruzione dei lavori dell'assemblea costituente sulla “società naturale” di P. VERONESI, *Costituzione, “strane famiglie” e “nuovi matrimoni”*, in *Quad. cost.*, 3/2008, 579 s. Per i profili sociologici, cfr. l'indagine di M. BARBAGLI, A. COLOMBO, *Omosessuali moderni*, Bologna, Il Mulino, 2002.

<sup>4</sup> In questo senso si è espressa l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) con la decisione del 17 gennaio del 1990 che ha riconosciuto l'omosessualità come una *naturale* variante della comportamento sessuale umano.

uguaglianza che investe la fruizione di un diritto fondamentale<sup>5</sup>.

Preciso sin d'ora che la domanda di matrimonio *same-sex*, posta dalla vita che interroga il diritto<sup>6</sup>, a me non sembra eludibile semplicemente rinviando ad una qualche regolazione giuridica del fenomeno delle coppie di fatto (evidentemente rimessa alla discrezionalità del legislatore, che potrà scegliere tra le molte opzioni legittime). Le questioni sollevate non richiedono infatti la formulazione di un diritto inedito, quanto piuttosto la rimozione di una discriminazione, in modo da consentire la fruizione di un diritto acquisito alla minoranza che ne è ingiustificatamente esclusa.

La regolazione delle convivenze *more uxorio* non è strumento succedaneo all'istituto civilistico del matrimonio né nell'ottica degli effetti che produce, né nell'ottica, che qui si privilegia, dell'equiparazione giuridica di coppie omosessuali ed eterosessuali. È evidente infatti che, anche in presenza di una disciplina delle unioni stabili, ciascuno potrebbe optare per l'uno o per l'altro istituto in considerazione delle proprie preferenze e del tipo di famiglia attraverso il quale preferisce realizzarsi; vi sarebbe quindi una libertà di scelta garantita a tutti, tranne che all'omosessuale.

Non è casuale che in molti dei Paesi che hanno deciso di estendere il matrimonio alle coppie dello stesso sesso, la normativa sul coniugio si sovrapponga a quella sulle unioni stabili: in Olanda, ad esempio, accanto alla disciplina già vigente delle *registered partnership*, una legge del 2001 ha esteso il matrimonio alle coppie *same-sex*. Il Parlamento non ha infatti ritenuto il primo strumento sufficiente a realizzare una piena equiparazione giuridica fra coppie formate da persone dello stesso sesso e coppie formate da persone di sesso diverso.

Lo stesso accade in Spagna, dove la legge statale n. 13 del 2005 convive con un buon numero di legislazioni preesistenti prodotte dalle comunità autonome che hanno competenze in diritto civile e che variamente regolano le unioni di fatto, cosicché ciascun individuo, indipendentemente dal proprio orientamento sessuale, può scegliere se optare per il regime matrimoniale offerto dalla legge statale o per quello di una unione registrata.

2. Ciò premesso, a prescindere dal tipo di decisione che la Corte costituzionale assumerà – che sarà condizionata anche da aspetti processuali e di modellistica della giustizia costituzionale che non approfondisco –, sarebbe auspicabile che nella motivazione non si prescindesse da alcune osservazioni.

Il matrimonio è una libertà fondamentale per la realizzazione della personalità individuale dal valore simbolico, in grado di incidere sulla percezione che ciascuno ha di se stesso e sulla percezione che la società ha di ciascuno. Ma è anche un istituto giuridico attraverso il quale si acquisiscono diritti peculiari (o si assumono doveri, cui comunque corrispondono diritti) aventi rilievo interno alla coppia ed anche esterno ad essa. In molti casi si tratta di posizioni giuridiche soggettive, vantabili nei confronti di terzi o delle pubbliche amministrazioni, non surrogabili attraverso gli strumenti dell'autonomia negoziale privata<sup>7</sup>.

Provo a fare dei più evidenti “diritti mancanti” una sommaria ricognizione senza pretese di esaustività, tralasciando le posizioni giuridiche interne alla coppia che mi sembrano più palesi<sup>8</sup> e focalizzando in particolare quelle aventi rilievo esterno.

Non vi è per gli omosessuali che formano una famiglia alcuna tutela di carattere successorio, anche nel caso di unioni prolungatesi per decenni. È certamente possibile regolare la successione me-

---

<sup>5</sup> Il ragionamento è ampiamente sviluppato su questi binari da R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium Iuris*, n. 10/2000, pp. 1066 ss.

<sup>6</sup> L'espressione è mutuata dalla relazione introduttiva di Barbara Pezzini.

<sup>7</sup> Il punto è considerato in particolare dalla Corte d'Appello di Firenze che si trova a confutare le argomentazioni del giudice di primo grado (v. par. 7 dell'ordinanza).

<sup>8</sup> Nella prospettiva interna alla coppia, oltre ad essere negato il regime giuridico del rapporto coniugale – comportante diritti ed obblighi reciproci tra i coniugi, come coabitazione, fedeltà, dovere di assistenza –, manca del tutto la tutela per la parte “debole”, particolarmente problematica nei casi di rottura dell'unione: quanto al regime degli acquisiti, non vi è infatti possibilità di optare per la comunione patrimoniale, non vi è il diritto al mantenimento e all'assegno alimentare, non vi è il diritto agli utili per la partecipazione all'impresa familiare.

dante testamento, ma con esclusione delle quote di legittima, sottratte all'autonomia dispositiva, e con un aggravio di costi, anche in riferimento al regime fiscale. Negando a *gay* e lesbiche il diritto di formare un nucleo familiare che abbia rilevanza giuridica, si nega ad essi il diritto di ottenere il danno parentale da morte del *partner*. Non vi è tutela circa il subentro nel contratto di locazione alla morte del proprio compagno o della compagna, quando questi è il solo ad averlo formalmente stipulato; il diritto all'abitazione è affievolito dagli svantaggi che la coppia subisce nell'assegnazione degli alloggi di edilizia pubblica o nell'acquisizione di sussidi finanziari per l'acquisto della prima casa.

C'è poi l'esclusione dal diritto alla pensione di reversibilità, *punctum dolens* per l'impatto economico sulla finanza pubblica di una eventuale pronuncia di accoglimento. Non è negabile che i diritti concorrano nello stesso spazio in una dimensione competitiva, per cui ciascuno è potenzialmente in grado di erodere lo spazio dell'altro e l'estensione di ciascuno non può che comportare una compressione degli altri; riconoscere il diritto alla pensione di reversibilità alle coppie omosessuali è un esempio di incremento della concorrenza tra più soggetti nel godimento del medesimo diritto, concorrenza che potrebbe diventare conflittuale alla luce della limitazione delle risorse. L'argomento, che potrebbe essere di freno all'accoglimento, non esime ovviamente dal rilevare una incostituzionalità dell'esclusione dal godimento del diritto, ove ve ne fossero i presupposti, come avvenuto di frequente nella giurisprudenza costituzionale.

In ogni caso, va precisato che l'impatto quantitativo del costo del diritto non sembra essere dirompente: non è possibile determinare quante tra le coppie omosessuali italiane opterebbero per il coniugio, seppure qualche indicazione a riguardo può essere tratta dai dati spagnoli<sup>9</sup>; inoltre, la spesa potrebbe essere compensata dal risparmio derivante dall'estensione del coniugio, conseguente ad esempio al cumulo dei redditi familiari ai fini dell'accesso a provvidenze pubbliche, a benefici assistenziali e agevolazioni fiscali e tariffarie nell'accesso a pubblici servizi e al patrocinio a spese dello Stato. D'altronde la famiglia rappresenta, per dato d'esperienza, il primo baluardo nell'assistenza reciproca, del quale la stessa società nel suo complesso non potrebbe che giovare.

Oltre ai diritti patrimoniali sinora citati, la discriminazione investe anche la fruizione di diritti di natura non patrimoniale, per i quali l'esclusione appare ancor più ingiusta ed ingiustificata, riguardando aspetti fondamentali della vita e talvolta valori di rilievo anche costituzionale.

L'omosessuale, seppure stabilmente convivente da decenni nell'*affectio maritalis*, non può far valere il diritto di visitare il *partner* malato in ospedale, senza il permesso dei parenti, di intervenire nelle scelte mediche in caso di incoscienza e di partecipare alle decisioni sulle esequie. A questo proposito, la regione Toscana aveva scelto di attribuire rilievo alla comunità degli affetti anche tra persone dello stesso sesso e aveva previsto che ciascuno avesse la facoltà di designare la persona a cui gli operatori sanitari avrebbero dovuto riferirsi per riceverne il consenso ad un determinato trattamento terapeutico, qualora l'interessato si fosse trovato in condizione di incapacità naturale e il pericolo di un grave pregiudizio alla sua salute avesse giustificato l'indifferibilità della decisione. Questa manifestazione di volontà avrebbe garantito al designato il diritto di assistere il malato in ogni fase della degenza, nel rispetto delle modalità definite dai regolamenti delle strutture di ricovero e cura<sup>10</sup>. Tuttavia, la disciplina in questione è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale, perché il legislatore regionale ha ecceduto dalle proprie competenze, regolando l'istituto della rappresentanza che rientra nella materia dell'ordinamento civile, riservata in via esclusiva allo Stato dall'art. 117, 2° comma, lett. l), Cost.<sup>11</sup>. In effetti, la disciplina investe situazioni giuridiche non tutelabili in forma disomogenea sul territorio nazionale.

L'omosessuale non può accedere all'istituto del ricongiungimento familiare con il *partner* extracomunitario né ai riavvicinamenti, ai permessi e alle aspettative per motivi familiari nella casistica giuslaburistica. Non ha il diritto di visitare il compagno detenuto negli istituti di reclusione; se con-

<sup>9</sup> Secondo i dati diffusi nel giugno 2009 dall'Istituto nazionale statistiche (Ine) di Madrid, nei primi quattro anni di vigenza della legge 13, sono stati celebrati circa 13mila matrimoni omosessuali.

<sup>10</sup> L.r. Toscana n. 63/2004, Norme contro le discriminazioni determinate dall'orientamento sessuale o dall'identità di genere, art. 7.

<sup>11</sup> Corte cost., sent. n. 253/2006.

dannato, non ha diritto al permesso di uscita dal carcere in caso di imminente pericolo di vita del compagno; non ha il diritto di astenersi dal testimoniare contro il *partner* stabile nel corso di un processo e non può proporre la domanda di grazia.

Si noti che taluni di questi diritti non surrogabili sono stati estesi al convivente *more uxorio* in via legislativa o giurisprudenziale, proprio rilevando la ingiustificata disparità di trattamento tra membri di famiglie di fatto e membri di famiglie legittime, quand'anche gli eterosessuali conviventi abbiano liberamente scelto un regime giuridico diverso dalla famiglia legittima. A mio avviso, la esclusione degli omosessuali dal godimento di questi diritti dovrebbe essere considerata a maggior ragione ingiustificata, proprio rilevando che ad essi è imposto un regime giuridico diverso dalla famiglia legittima, essendo negata in radice la libertà di optare per il regime coniugale.

Dalla valutazione d'insieme del quadro regolatorio attualmente vigente, emerge con evidenza che le famiglie omosessuali sono condannate ad una condizione paragonabile a quella della clandestinità. È vero che a questa lista di "diritti negati" si potrebbe far fronte con l'adozione di normative *ad hoc* che ammettano gli omosessuali stabilmente conviventi al godimento di specifici diritti, ovvero valorizzando, con interpretazioni evolutive, la convivenza *more uxorio* nei casi in cui i diritti menzionati sono stati estesi alle unioni di fatto. In effetti recenti interventi normativi in materia di diritto di famiglia sembrano aver attribuito rilevanza al legame di affetti tra soggetti conviventi, omettendo di richiedere la differenza di sesso per l'accesso ad alcuni diritti<sup>12</sup> e quindi aprendo all'interpretazione che non discrimina l'omosessuale (per esempio la normativa civilistica sugli ordini di protezione familiare<sup>13</sup> e quella in tema di amministrazione di sostegno<sup>14</sup>, che include tra i soggetti legittimati a chiedere la nomina dell'amministratore di sostegno dell'incapace anche la persona stabilmente convivente, che può essere indicata dall'interessato – in previsione della propria incapacità – e che comunque deve essere preferita rispetto ad altri soggetti dal giudice tutelare). Inoltre, in alcuni casi la giurisprudenza di merito ha tentato la via di estendere anche al convivente *more uxorio* omosessuale alcune tutele<sup>15</sup>, tamponando attraverso l'uso dell'interpretazione analogica un vuoto normativo discriminatorio. Tuttavia si tratta di posizioni episodiche, non sufficienti ad assicurare quella tutela minima che una comunione di vita morale e materiale richiederebbe.

Non si può non considerare dunque l'attualità di una palese ed ingiustificata discriminazione – fronteggiabile efficacemente solo in via sistematica – che mi sembra essere la vera posta in gioco e la radice motivazionale profonda di quella domanda posta a gran voce dalla vita al diritto. Mi piacerebbe che non si perdesse di vista che i casi pendenti parlano di questo catalogo di diritti negati molto concreti, prima che di *bouquet* e abiti nuziali o della rivendicazione di un principio.

**3.** L'ultimo aspetto che mi preme sottolineare è che superando tradizionali archetipi culturali, la nozione contemporanea di relazioni familiari include già le coppie omosessuali, non solo dal punto di vista sociologico, ma anche da quello giuridico.

Per quanto concerne la giurisprudenza costituzionale, accanto alla pronuncia del 2005 sul transessualismo, richiamata dalle ordinanze di remissione, è significativo il caso degli Statuti regionali di Toscana e Umbria che, nel tentativo di superare il ritardo del legislatore nazionale nell'adeguamento della disciplina alla mutata sensibilità sociale, hanno proclamato la volontà di perseguire il riconoscimento di forme di convivenza differenti dalla famiglia legittima (la famiglia omosessuale fu il "convitato di pietra" della vicenda). Come noto la Corte non ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei preamboli agli Statuti, pur chiarendo, nella motivazione della sua pronuncia di inammissibilità, che a tali enunciazioni di principio non può essere riconosciuta alcuna efficacia giuridica

<sup>12</sup> Così G. DE MARZO, *I diritti delle coppie omosessuali nella vigente legislazione italiana*, in *Il Foro it.*, V, 2005, c. 281.

<sup>13</sup> L. n. 154 del 2001.

<sup>14</sup> L. n. 6 del 2004.

<sup>15</sup> Sentenze in merito alla sublocazione di immobile, alla qualifica di obbligazione naturale per le donazioni tra conviventi ed al diritto di astenersi dal testimoniare contro il *partner* sono menzionate da M. GATTUSO, *Appunti sulla famiglia naturale e sul principio di uguaglianza*, in *Questione giustizia*, n. 2/2007, p. 271, nota 23.

e piuttosto esse si collocano sul piano dei convincimenti espressivi delle diverse sensibilità politiche presenti nella comunità regionale al momento dell'approvazione dello Statuto ed esplicano una funzione di natura culturale o anche politica, ma non normativa<sup>16</sup>.

La condizione italiana appare di estrema arretratezza, se confrontata con quella di altri Paesi di cultura giuridica affine: la panoramica di diritto comparato ci mette di fronte ad una situazione in cui la stragrande maggioranza degli ordinamenti europei occidentali o ha reso accessibile agli omosessuali l'istituto matrimoniale (da ultimo il Portogallo) o ha previsto una normativa regolatoria delle famiglie di fatto, inclusiva degli omosessuali, che ha esteso la maggior parte dei diritti derivanti dal matrimonio ai membri delle coppie stabili (con esclusione della disciplina sulla filiazione)<sup>17</sup>.

Come ha rilevato Andrea Pugiotto, i cardini della famiglia tradizionale sono già scardinati<sup>18</sup>. Le fonti internazionali e sovranazionali ne sono la testimonianza più evidente. Oltre alle pluricite fonti normative e pronunce giurisprudenziali comunitarie, la Corte Edu ha rimosso nel 2002 il divieto di matrimonio del transessuale con persona del suo stesso sesso originario per violazione del rispetto della vita privata e dell'essenza del diritto a sposarsi, inteso come diritto a scegliere la persona con cui farlo<sup>19</sup>; più di recente, nel 2008 ha condannato la Francia per discriminazione basata sull'orientamento sessuale per aver negato l'adozione ad una single omosessuale, statuendo che «una scelta fondata su una distinzione è discriminatoria ai sensi dell'art. 14, se essa manca di uno scopo oggettivo e ragionevole, ovvero se essa non persegua uno scopo legittimo o se non vi è rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi e lo scopo. Nel caso si tratti di orientamento sessuale è necessario che vi siano delle ragioni particolarmente gravi e convincenti per giustificare una differenza di trattamento in materia di diritti sanciti dall'art. 8 CEDU. Su questi presupposti è discriminatorio negare l'autorizzazione all'adozione del singolo fondando il diniego esclusivamente sull'omosessualità dell'aspirante genitore»<sup>20</sup>.

Numerose Corti hanno poi rimosso il divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso ritenendolo discriminatorio<sup>21</sup>: particolarmente significativa è la pronuncia del 2005 della Corte costituzionale sudafricana<sup>22</sup>, celebre in Italia per l'attenzione che ha riservato ad essa la dottrina costituzionalistica; la sentenza non ha fatto leva sul divieto di discriminazione delle persone omosessuali, espressamente previsto dalla Costituzione locale, ma ha richiamato un universale diritto di sposarsi ex art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948. Secondo la tesi del giudice Sachs, redattore della sentenza, «le parole "I do" traslano le intenzioni personali e volontarie più intense, che nascono nella sfera della libertà di un individuo, in uno dei settori maggiormente regolamentati dallo stato e dai suoi interventi legislativi [...] e fanno sorgere una serie di rapporti giuridici vitalizi che coinvolgono beni materiali e progenie [...]. Inoltre il matrimonio è una fonte di benefici economici e sociali che sorgono in capo agli sposi, e di doveri reciproci. L'esclusione delle coppie dello stesso sesso dai vantaggi e dalle responsabilità di tale unione non è solo un inconveniente tangenziale e residuale di un pregiudizio radicato, ma rinforza l'idea che gli omosessuali debbano essere trattati come ibridi biologici, ovvero esseri umani "venuti male" che non trovano posto nella so-

<sup>16</sup> Corte cost., nn. 372 e 378 del 2004.

<sup>17</sup> Per una rapida ricognizione dello stato dell'arte in Europa, v. M. GATTUSO, *Appunti cit.*, p. 261: solo quattro Paesi nell'Europa occidentale sono privi di una regolamentazione organica della famiglia di fatto.

<sup>18</sup> A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio"*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, par. 6.

<sup>19</sup> Corte EDU, *Goodwin c. Regno Unito*, cit.

<sup>20</sup> Corte EDU, Grande Chambre, 22 gennaio 2008, ric. 43546/02, *E.B. c. Francia*.

<sup>21</sup> In Canada il matrimonio omosessuale è stato definitivamente legalizzato nel 2005, dopo l'intervento di varie Corti supreme territoriali. Negli Stati Uniti, la Corte suprema del Massachusetts ha dichiarato discriminatoria e dunque incostituzionale l'esclusione delle coppie omosessuali dal matrimonio rilevando che il diritto di contrarre matrimonio significa ben poco se non include il diritto di sposare la persona di propria scelta. Lo stesso hanno fatto la Alaska Superior Court nel 1998 e le Supreme Corti del Connecticut nel 2008 e dell'Iowa nel 2009, sostenendo l'esigenza costituzionale di riconoscere questo tipo di unione. Si rinvia per una più approfondita trattazione della tematica al contributo di M. Gattuso.

<sup>22</sup> Corte costituzionale sudafricana, sent. n. 60/2004 in <http://www.associazionecostituzionalisti.it>.

cietà normale e quindi non hanno diritto a godere di tutti i benefici derivanti dalla Costituzione. Significa anche affermare che la loro capacità di amare, assumersi impegni e responsabilità è per definizione meno degna di rispetto alle coppie eterosessuali, e pertanto destinarli a vivere in un limbo giuridico»<sup>23</sup>.

Da ultimo, particolarmente significative sono le parole di Javier Perez Royo, Cattedratico de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla, comparso come esperto innanzi al Senado spagnolo nella seduta del 20 giugno 2005 e sentito sui possibili effetti costituzionali del progetto di legge spagnola. Come noto, l'ostacolo costituzionale da superare in Spagna, ben maggiore di quello che si potrebbe prospettare in Italia, era costituito dalla previsione espressa della eterosessualità del matrimonio nella Costituzione locale. La prospettiva, che mi pare esattamente quella da assumere, parte dall'idea che l'uguaglianza nel riconoscimento delle libertà è il nucleo essenziale della teoria generale dei diritti fondamentali: *«la titularidad de todos los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución en condiciones de igualdad, sin que pueda existir discriminación en el ejercicio de ningún derecho por parte de ningún ciudadano es la esencia misma de los derechos fundamentales, y así se reconoce en toda la teoría general de los derechos fundamentales [...]». Por lo tanto, en la interpretación que yo he hecho a lo largo de toda mi vida sobre la Constitución he llegado a la conclusión de que lo que era anticonstitucional es lo que ha venido ocurriendo hasta ahora. Es más, sigue siendo anticonstitucional porque todavía no está aprobada la ley que permite contraer matrimonio entre ciudadanos del mismo sexo. Realmente, se está removiendo del Código Civil una norma que es anticonstitucional porque no puede discutirse que la titularidad del derecho la tienen todos los ciudadanos»*<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> La traduzione sintetica è di F.R. DAU, *La Corte Costituzionale del Sudafrica si esprime in modo favorevole all'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali*, 2006, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>.

<sup>24</sup> Le audizioni degli esperti sul progetto di legge spagnola sono disponibili nel sito <http://www.congreso.es>, diario de sesiones del Senado-20 junio 2005.

ALESSIA OTTAVIA COZZI\*

## Esiste un'obbligazione convenzionale o comunitaria volta a consentire il matrimonio tra persone dello stesso sesso?

**SOMMARIO:** 1. Premesse. – 2. La coppia omosessuale nella CEDU: un affare essenzialmente privato. – 3. Un aiuto dalla sentenza *Goodwin*? – 4. La coppia omosessuale tra Corte di Giustizia e legislatore comunitario. – 5. Spunti per un contributo delle giurisprudenze europee all'interpretazione del parametro costituzionale.

1. Con il presente contributo si vuole chiarire se e in che misura dalla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo o dal diritto comunitario possa trarsi un'obbligazione giuridica vincolante per l'ordinamento italiano, che imponga di consentire il matrimonio tra persone dello stesso sesso. L'ordinanza del Tribunale di Venezia del 3 aprile 2009, infatti, inserisce tra i parametri anche l'art. 117, 1° comma, Cost., inteso nel duplice significato di rinvio mobile agli artt. 8, 12 e 14 CEDU e di tramite per i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario. Si tratta perciò di verificare la fondatezza di questa censura. Per vero, in materie particolarmente sensibili e dibattute come il matrimonio tra persone dello stesso sesso, una parte della dottrina tende ad enfatizzare un atteggiamento per così dire *liberal* delle Corti europee; tale conclusione, tuttavia, è il frutto a mio parere di precise propensioni culturali, sia in coloro che vedono nelle giurisprudenze europee la leva per l'ingresso di tutele che faticano a trovare risposta a livello nazionale; sia in coloro che, in senso inverso ma speculare, analizzano gli esiti interpretativi delle medesime giurisprudenze attraverso la lente della progressiva erosione di valori ritenuti fondamentali e costitutivi del nostro ordinamento. Di qui il tentativo di spogliarsi dai *pre-giudizi* e comprendere la portata degli obblighi derivanti dal sistema CEDU e dall'ordinamento comunitario in tema di matrimonio omosessuale.

L'analisi che segue si fonda su due premesse teoriche che esplicito, senza argomentarle. In primo luogo, l'art. 117, 1° comma, trova applicazione nel caso di specie; la sua operatività non è infatti impedita dal fatto che si tratti di parametro sopravvenuto rispetto alle disposizioni del Codice civile oggetto delle ordinanze di rimessione. In secondo luogo, per valutare l'esistenza di un'obbligazione convenzionale vincolante non è sufficiente constatare se vi siano state specifiche condanne nei confronti dell'Italia, ai sensi dell'art. 46, 1° comma, CEDU (che non vi sono state); è necessario, invece, verificare quale sia la "sostanza" dei diritti convenzionali che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha identificato, sottraendola al margine di apprezzamento degli Stati membri (dottrina del cosiddetto precedente interpretativo).

2. La domanda sul se esiste un obbligo convenzionale di consentire il matrimonio tra persone dello stesso sesso ai sensi degli artt. 8, 12 e 14 CEDU potrebbe esaurirsi rapidamente constatando che non vi è alcun precedente specifico in materia. Il 25 febbraio 2010 si è tenuta avanti alla Sezione I della Corte di Strasburgo un'udienza pubblica nel caso *Schalk et Kopf c. Austria* (ricorso n. 30141/04), in cui per la prima volta la Corte dovrà pronunciarsi sulla legittimità convenzionale dell'esclusione di due uomini dall'accesso al matrimonio. Rilevare l'assenza di un precedente puntuale, tuttavia, non è a mio avviso sufficiente per escludere *a priori* l'operatività del rinvio mobile di cui all'art. 117, 1° comma. Nulla impedirebbe, infatti, alla nostra Corte costituzionale di trarre dalla

---

\* Dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Ferrara.



complessiva giurisprudenza convenzionale in tema di matrimonio e tutela della vita privata e familiare indicazioni per l'integrazione del parametro costituzionale, sviluppando tendenze interpretative che il giudice di Strasburgo non ha ancora portato a compimento. Il nucleo convenzionale dei diritti definito dalla Corte europea costituisce, infatti, un minimo standard che non impedisce in alcun modo l'accrescimento di quegli stessi diritti nell'ordinamento interno<sup>1</sup>.

Senonché, anche i precedenti in tema di vita privata e familiare non sono a tal fine di grande aiuto. La protezione degli omosessuali ha dato vita ad una giurisprudenza convenzionale a due velocità: se il parametro del rispetto della vita privata è stato fortemente valorizzato sin dagli anni '80, attraverso l'individuazione di un diritto al rispetto dell'identità e dell'orientamento sessuale e l'applicazione del connesso divieto di discriminazione *ex art. 14 CEDU*, il parametro della vita familiare è rimasto pressoché silente. Le relazioni affettive del *partner* di una coppia omosessuale sono state ascritte alla sola vita privata e le eventuali ingerenze statali ritenute giustificate dal fine di proteggere la famiglia legittima<sup>2</sup>.

La giurisprudenza di Strasburgo più recente ha sicuramente riconosciuto una maggior rilevanza ai legami affettivi delle persone omosessuali, ma sempre oscillando tra due fuochi: da un lato, la volontà di tutelare soggetti che sono chiaramente discriminati per la sola condizione soggettiva del proprio orientamento sessuale; dall'altro, il tentativo di salvaguardare la discrezionalità degli Stati membri, senza imporre obbligazioni convenzionali estranee al contesto nazionale di riferimento.

Nella sentenza *Karner* del 2003, per esempio, il diritto di succedere nel contratto di locazione del *partner* deceduto è stato riconosciuto attraverso un'applicazione stretta del divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale, ma tale divieto è stato ancorato non alla vita familiare, bensì al domicilio, quale autonomo aspetto garantito dall'art. 8 CEDU<sup>3</sup>. Analogamente in materia di filiazione, ove la protezione convenzionale ha raggiunto i livelli più avanzati, le disparità di trattamento non sono considerate in rapporto alla vita familiare. In *E.B. c. Francia* del 2008, il divieto di discriminazione è espressamente ricondotto ad un diritto cosiddetto "addizionale", l'adozione da parte di persona *single*, dunque un diritto liberamente garantito nello Stato convenuto al di là del minimo standard previsto dai diritti convenzionali. La Corte inoltre si premura di chiarire che «il presente caso non riguarda né l'adozione da parte di una coppia, né quella che possa essere pretesa dal partner dello stesso sesso del genitore biologico»<sup>4</sup>. Tale tecnica argomentativa consente di legare strettamente la decisione alle caratteristiche dell'ordinamento nazionale interessato, evitando di imporre principi generalizzabili ad altri Stati membri.

<sup>1</sup> Condivido le indicazioni espresse da E. LAMARQUE, *Il vincolo delle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, relazione presentata al seminario *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Palazzo della Consulta, Roma, 6 novembre 2009, in <http://www.cortecostituzionale.it>, secondo cui il ruolo di "interprete eminente" della Convenzione riconosciuto dalla Corte costituzionale alla Corte di Strasburgo non esclude che i giudici interni possano rimodulare il parametro convenzionale in funzione delle peculiarità dell'ordinamento nazionale; con l'avvertenza però, a mio parere, che tale rimodulazione deve essere compresa nei limiti del margine di apprezzamento, dunque costituire una specificazione della sostanza del diritto entro i confini delineati dalla Corte di Strasburgo, e non divenire un obbligo di portata totalmente diversa.

<sup>2</sup> Per una puntuale analisi della giurisprudenza, P. PALLARO, *I diritti degli omosessuali nella Convenzione europea per i diritti umani e nel diritto comunitario*, in *RIDU*, 2000, pp. 104 ss. Con riguardo alla vita familiare, si tratta di decisioni di irricevibilità in cui la Corte giudica estranee *ratione materiae* al parametro convenzionale fattispecie in tema di espulsione dello straniero, successione nel contratto di locazione del convivente deceduto e spettanza della pensione di reversibilità, senza neppure giungere ad una valutazione nel merito della condotta statale. Si veda ancora di recente Corte EDU (dec.), *Mata Estevez c. Spagna*, 10 maggio 2001, ric. n. 56501/00.

<sup>3</sup> Corte EDU, *Karner c. Austria*, 24 luglio 2003, n. 40016/98, in cui la Corte, pur ritenendo legittimo il fine di tutelare la famiglia fondata sul matrimonio, introduce un'inversione dell'onere della prova per cui spetta allo Stato dimostrare, allorché è in gioco una distinzione fondata sull'orientamento sessuale, che l'esclusione di una certa categoria di soggetti, nella specie i conviventi omosessuali, è necessaria per il perseguimento di quel fine nello specifico ambito di applicazione delle misure nazionali oggetto di giudizio, nel caso la successione nel contratto di locazione.

<sup>4</sup> Corte EDU, *E.B. c. Francia*, 22 gennaio 2008, ric. n. 43546/02, par. 49, che supera il precedente negativo *Fretté c. Francia*, 26 febbraio 2002, ric. n. 36515/97. In *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo*, 21 dicembre 1999, ric. n. 33290/96, in tema di affidamento di minore dopo la separazione, l'esistenza di una vita familiare è riconosciuta non con riguardo alla convivenza omosessuale del padre ricorrente, ma rispetto al rapporto di filiazione padre-figlia.

3. Come detto, non esiste al momento un precedente specifico relativo al matrimonio tra omosessuali ai sensi dell'art. 12 CEDU. È noto, tuttavia, che nella sentenza *Goodwin* del 2002 la Corte di Strasburgo ha riconosciuto il diritto di un transessuale di contrarre matrimonio con una persona del suo sesso originario<sup>5</sup>. Si tratta di esaminare se da questo precedente possano trarsi elementi per consentire l'accesso al matrimonio a persone omosessuali. Gli argomenti in senso positivo sono sostanzialmente tre: il fatto che in *Goodwin* la Corte abbia adottato un'interpretazione evolutiva dell'art. 12 CEDU, superando il precedente orientamento secondo cui «il diritto di sposarsi garantito dall'art. 12 si riferisce al matrimonio tradizionale tra persone dell'opposto sesso biologico»<sup>6</sup>; il fatto che la Corte abbia espressamente reso autonomo il diritto di sposarsi dalla possibilità di concepire o di allevare un figlio; infine, il noto richiamo all'art. 9 della Carta di Nizza, invocato quale sintomo del cambiamento della definizione dell'istituto matrimoniale avvenuto nella coscienza sociale e nella prassi degli Stati europei. Tale richiamo potrebbe essere inteso come il definitivo superamento del preciso limite testuale contenuto nell'art. 12 CEDU, che riferisce la capacità matrimoniale all'uomo e alla donna.

A ben guardare, tuttavia, vi sono altri argomenti che inducono a limitare la portata del precedente *Goodwin*. In primo luogo, la motivazione della sentenza è tutta incentrata sulla definizione di "sesso", non più ancorata al criterio cromosomico, ma alla percezione psicosociale della propria identità. Se così è, il paradigma cui si riferisce la fattispecie astratta definita dall'art. 12 CEDU rimane il matrimonio eterosessuale, limitandosi l'interpretazione evolutiva ad incidere sulle condizioni per aversi un'identità sessuale definita ai fini della capacità matrimoniale.

Un indizio in tal senso viene da due pronunce successive di irricevibilità: due mariti, dopo aver subito un'operazione di conversione sessuale verso il sesso femminile, pretendono di ottenere la certificazione del nuovo *status* senza divorziare dalle rispettive mogli, come invece richiesto dalla legislazione inglese per il definitivo riconoscimento della nuova identità sessuale. Se il ricorso fosse accolto, l'effetto sarebbe di introdurre un'eccezione alla regola dell'eterosessualità come condizione del matrimonio. La Corte dichiara i ricorsi irricevibili ribadendo che l'art. 12 consacra la nozione tradizionale di matrimonio tra un uomo e una donna e abbandonando ogni riferimento alla Carta di Nizza<sup>7</sup>.

In conclusione, allo stadio attuale di sviluppo della giurisprudenza convenzionale, una progressiva valorizzazione, per lo meno di fatto, delle relazioni familiari tra omosessuali è stata ottenuta attraverso l'applicazione di uno *strict scrutiny* alle disparità di trattamento asseritamente giustificate dagli Stati membri con la finalità di tutela della famiglia legittima. Ed infatti, proprio l'inesistenza di un interesse pubblico tale da giustificare la disparità di trattamento nell'accesso al matrimonio ha costituito l'argomento su cui è incentrata la difesa dei ricorrenti nel corso dell'udienza pubblica relativa al caso *Schalk et Kopf c. Austria* di cui si è detto<sup>8</sup>. La sentenza *Goodwin*, invece, è stata richiamata soltanto con riferimento all'emancipazione del diritto di sposarsi dalla capacità di procreare. In attesa di questa nuova sentenza della Corte di Strasburgo, dalla giurisprudenza esistente non pare che possa trarsi alcuna obbligazione positiva entro l'art. 8 CEDU tale da imporre agli Stati membri il dovere di consentire il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Per vero, non pare neppure che possa trarsi un'obbligazione volta a disciplinare altre forme di unione familiare. In un caso del tutto differente (dunque da prendere con la dovuta cautela) relativo al riconoscimento dei diritti derivanti da un matrimonio religioso non registrato, la Corte ha preso atto che in alcuni Paesi membri del

<sup>5</sup> Corte EDU, Grande Camera, *Goodwin c. Regno Unito*, 11 luglio 2002, ric. n. 28957/95.

<sup>6</sup> Corte EDU, *Rees c. Regno Unito*, 17 ottobre 1986, ric. n. 2/1985/88/135, par. 49, ripreso nella successiva giurisprudenza: cfr. *Sheffield c. Regno Unito*, 30 luglio 1998, ric. n. 31-32/1997/815-816/1018-1019; tale interpretazione dell'art. 12 era giustificata dalla Corte sulla base della formulazione letterale della disposizione e della considerazione per cui il matrimonio è il fondamento della famiglia legittima.

<sup>7</sup> Corte EDU, *Parry c. Regno Unito*, 28 novembre 2006, ric. n. 42971/05; *R. e F. c. Regno Unito*, 28 novembre 2006, ric. n. 35748/05.

<sup>8</sup> L'udienza pubblica del 25 febbraio 2010 nel caso *Schalk et Kopf c. Austria* può essere visionata a partire dal sito della Corte, <http://www.echr.coe.int>.

Consiglio d'Europa vi è «una tendenza sociale, confortata dal legislatore» al riconoscimento di altre forme di unione familiare diverse dal matrimonio, aperte a persone dello stesso o di diverso sesso, ma ha concluso che «con riguardo al margine di apprezzamento delle Alte Parti contraenti, la Corte non può imporre loro di legiferare in un tale ambito»<sup>9</sup>.

4. Quanto al versante comunitario, è necessario partire da alcuni punti fermi: in primo luogo, la competenza comunitaria in materia di diritto di famiglia è limitata; in secondo luogo, è noto che proprio in relazione ad alcuni aspetti del diritto di famiglia riservati agli Stati membri la Corte di Giustizia ha finito per “piegare” il diritto nazionale ai principi comunitari, per esempio in materia di diritto al nome e di matrimonio tra soggetti transessuali.

Per ciò che attiene specificamente alle relazioni omosessuali, tuttavia, ad uno sguardo d'insieme la giurisprudenza comunitaria sembra essere stata assai più timida dell'Europa “politica”. I casi sono noti e vengono solo accennati. Nel 1998 la Corte ha negato l'estensione all'orientamento sessuale del divieto di discriminazione in base al sesso nella retribuzione di cui all'(ex) art. 119 TCE, ritenendo del pari inesistente un analogo principio generale tratto dagli ordinamenti degli Stati membri<sup>10</sup>. Solo con l'introduzione dell'art. 13 TCE ad opera del Trattato di Amsterdam il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale è stato inserito in una disposizione comunitaria primaria<sup>11</sup>. Nel 2001, chiamata a sindacare la spettanza degli *spousal benefits* previsti dallo Statuto dei funzionari della Comunità al contraente di un'unione registrata, la Corte ha fatto propria la nozione di matrimonio «comunemente accolta dagli Stati membri», come unione tra due persone di sesso diverso. In entrambe le pronunce, la Corte ha riservato al legislatore comunitario l'adozione di provvedimenti che equiparassero il matrimonio a diverse forme di relazione familiare<sup>12</sup>. Infine, nella più recente sentenza *Maruko* del 2008<sup>13</sup>, la Corte ha affermato che se un'unione registrata disciplinata in uno Stato membro è ritenuta affine al matrimonio, allora i suoi componenti possono invocare il divieto di discriminazione nelle prestazioni lavorative di cui all'art. 141 TCE, lasciando in tal modo alle autorità nazionali la premessa del ragionamento, ovvero la valutazione sulla comparabilità tra unione registrata e matrimonio.

Allo stato attuale, pertanto, la giurisprudenza comunitaria non sembra aver identificato alcun vincolo consistente nell'obbligo di introdurre il matrimonio o altre forme di unione stabile a vantaggio di persone dello stesso sesso. In effetti, il margine di discrezionalità gioca in questa giurisprudenza non soltanto in senso verticale, rispetto agli Stati membri, ma anche in senso orizzontale, ovvero nei confronti delle istituzioni politiche comunitarie.

Come anticipato, proprio l'atteggiamento di tali istituzioni appare significativo per la tutela delle coppie omosessuali. Accanto alle ripetute prese di posizione del Parlamento europeo a favore del riconoscimento del matrimonio omosessuale – prese di posizione che tuttavia non comportano un vincolo giuridico – merita ricordare che la direttiva 2004/38/CE in materia di circolazione dei cittadini comunitari e dei loro familiari ha espressamente esteso la nozione di “familiare” al partner di un'unione registrata e al convivente di fatto. Benché la direttiva non contenga alcun riferimento alle unioni omosessuali, la dottrina si è interrogata sulla possibilità che da essa possa trarsi una tutela comunitaria delle relazioni tra persone dello stesso sesso. Uno spiraglio in tal senso è stato indivi-

---

<sup>9</sup> Corte EDU, *Şerife Yiğit c. Turchia*, 20 gennaio 2009, ric. n. 3976/05, contro la quale è pendente il giudizio avanti alla Grande Camera.

<sup>10</sup> Corte Giust., *Grant c. South West Trains Ltd*, C-249/96, 17 febbraio 1998, in *Racc.* 1998, I, p. 621; smentendo le attese della dottrina, la Corte non estende alla ricorrente omosessuale la protezione comunitaria in materia di lavoro offerta ad un transessuale in *P. c. S. e Cornwall County Council*, C-13/94, 30 aprile 1996, in *Racc.* 1996, I, p. 2143.

<sup>11</sup> Per costante giurisprudenza, l'art. 13 TCE non è idoneo a vietare discriminazioni nel godimento di diritti che non trovano disciplina nel diritto secondario; cfr. Corte Giust., (ord.), *Rita Mariano*, C-217/08, 17 marzo 2009.

<sup>12</sup> Corte Giust., *D. e Regno di Svezia c. Consiglio*, C-122/99P, 31 maggio 2001, in *Racc.* 2001, I, p. 4319.

<sup>13</sup> Corte Giust., *Tadao Maruko*, C-267/06, 1° aprile 2008, in *Racc.* 2008, I, p. 1757.

duato essenzialmente nel richiamo alla Carta di Nizza contenuto nelle premesse alla direttiva<sup>14</sup>. Vi sono, tuttavia, argomenti che fanno propendere per una limitata incidenza di tale provvedimento sulla regolazione delle relazioni familiari di soggetti che abbiano circolato in Stati membri diversi da quello di origine. Si desume dai lavori preparatori che la proposta formulata dal Parlamento di estendere la nozione di coniuge al partner omosessuale fu respinta dalla Commissione a motivo che la disciplina delle relazioni familiari è riservata agli Stati membri<sup>15</sup>. In chiave sistematica, inoltre, l'art. 2, n. 2), lett. b), della direttiva conferisce il diritto di ingresso e soggiorno al partner di un'unione registrata soltanto nella misura in cui «la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante», adottando un approccio fondato sul principio di reciprocità. In assenza di qualsivoglia riferimento testuale, è difficile sostenere che un analogo riconoscimento sia autonomamente conferito al coniuge di un matrimonio omosessuale.

Pertanto, allo stato attuale anche il diritto comunitario secondario sembra lontano dall'imporre agli Stati membri il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Per ciò che attiene alla Carta di Nizza, autonomamente invocata dal Tribunale di Venezia nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, essa non sposta l'area materiale delle attribuzioni comunitarie, presupponendo in ogni caso la rilevanza comunitaria delle fattispecie oggetto di giudizio. In conclusione, se le storie costituzionali americana ed europea forniscono numerosi esempi dell'irresistibile forza di espansione esercitata dai diritti sul limite delle competenze attribuite, al momento non sembra esistere né una disposizione comunitaria espressa, né una giurisprudenza consolidata da cui possa ricavarsi un'obbligazione direttamente azionabile in giudizio volta a consentire il matrimonio omosessuale, né tale obbligazione sembra potersi trarre direttamente dalla Carta di Nizza.

5. È opportuno chiarire, tuttavia, che l'inesistenza di obbligazioni derivanti dalla CEDU o dal diritto comunitario veicolate attraverso l'art. 117, 1° comma, Cost. non si traduce automaticamente nell'irrelevanza per l'ordinamento italiano delle tendenze emerse nel contesto europeo. Il sopravvenuto rango di parametro interposto attribuito alla CEDU, infatti, non intacca, ma se mai rafforza, la funzione di interpretazione e integrazione del parametro costituzionale da tempo riconosciuta dalla Corte costituzionale alle norme di origine convenzionale e comunitaria.

Tre sono, a mio avviso, gli spunti tratti dalle giurisprudenze europee che possono contribuire all'esegesi degli artt. 2, 3 e 29, 1° comma, Cost., spunti almeno in parte già fatti propri dalla Corte costituzionale. In primo luogo, dal caso *Goodwin* si ricava il principio per cui il diritto di sposarsi (meglio, la libertà di contrarre matrimonio) non è inficiato dal fatto di non poter procreare. A questa conclusione la Corte costituzionale era già pervenuta nella sentenza n. 161 del 1985 in materia di transessualismo, qualificando come arbitraria l'affermazione della Cassazione secondo cui la capacità generativa era requisito essenziale per la validità ed esistenza del matrimonio<sup>16</sup>.

In secondo luogo, quanto al rapporto tra art. 3 e art. 29 Cost., la giurisprudenza convenzionale induce a chiedersi se la finalità di tutela della famiglia legittima possa aprioristicamente giustificare una disparità di trattamento fondata sull'orientamento sessuale.

In terzo luogo, nel prestare particolare attenzione allo sviluppo delle legislazioni e prassi degli Stati membri, sia la giurisprudenza convenzionale che quella comunitaria sottintendono che la no-

---

<sup>14</sup> Prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1° dicembre 2009, sulla base di questo argomento la Carta di Nizza è stata attivata per la prima volta dalla Corte di Giustizia nella sent. *Parlamento c. Consiglio*, C-540/03, 27 giugno 2006, in materia di ricongiungimento familiare. La Carta veniva richiamata, peraltro in funzione meramente ricognitiva, in quanto citata nelle premesse della direttiva 2003/86/CE, dunque come vincolo autoimposto dal legislatore all'esercizio della propria discrezionalità. Una situazione analoga si avrebbe con la direttiva 2004/38/CE, con in più il fatto che il Trattato di Lisbona ha conferito alla Carta di Nizza autonoma forza normativa.

<sup>15</sup> Analizza i lavori preparatori e il testo della direttiva in funzione del riconoscimento delle coppie omosessuali M. SO-RIANO, *Droit au regroupement familial et droit au mariage du citoyen de l'Union européenne et des membres de sa famille à la lumière de la directive 2004/38/CE*, in *Rev. trim. dr. homme*, 2005, pp. 923 ss.

<sup>16</sup> Corte cost., 23 maggio 1985, n. 161, par. 12 *Cons. in dir.*

zione di matrimonio adottata nel rispettivo “sistema di riferimento” non è cristallizzata ed immune dall’evoluzione dei costumi sociali, ma storicizzata, permeabile e ricettiva. Facendo suo questo orientamento, la Corte costituzionale potrebbe riconoscere che l’art. 29, 1° comma, Cost. è clausola “aperta” suscettibile di una lettura in chiave evolutiva; in tal modo, l’art. 29 ritroverebbe la sua unità, vedendo esteso al 1° comma il criterio evolutivo da tempo applicato al 2° comma in relazione al rapporto tra eguaglianza e unità familiare. A questo proposito, un’ultima considerazione merita di essere proposta: se nel sistema CEDU, improntato al principio di sussidiarietà, l’interpretazione evolutiva lega l’incremento dei diritti convenzionali allo sviluppo di una comunanza tra ordinamenti, nel contesto costituzionale essa non comporta affatto che la consistenza dei diritti dipenda dal sopravvenire di un consenso sociale, ma solo che le disposizioni costituzionali siano ritenute capaci di rispondere a istanze e bisogni in divenire. Pertanto, proprio i giudici di Strasburgo ricordano che «le situazioni che si discostano dall’ordine normale e naturale delle cose non devono dar luogo ad aberrazioni con riguardo ai diritti fondamentali. Nell’ambito di questi ultimi, i ragionamenti che si riferiscono all’evoluzione scientifica, giuridica o sociale, alla diversità delle prassi e condizioni o all’inesistenza di un consenso o di una tendenza comune non sono necessariamente pertinenti»<sup>17</sup>.

In conclusione, credo che una decisione della Corte costituzionale che riconosca, al di là del dispositivo adottato, che il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è incompatibile con i principi costituzionali aiuterebbe a liberarsi dalla, per alcuni circospetta e sospettosa, attesa di vedersi imporre nuovi diritti emergenti a livello sopranazionale, contribuendo in prima persona, e forse spingendo il legislatore, alla costruzione dei principi europei in materia di relazioni familiari. Se ciò accadesse, sarebbe davvero una giornata particolare.

---

<sup>17</sup> Corte EDU, *Sheffield c. Regno Unito*, cit., opinione concordante comune dei giudici De Meyer, Valticos e Morenilla.

ELISABETTA CRIVELLI\*

## Il diritto al matrimonio riconosciuto dall'art. 12 CEDU alla luce della recente giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte EDU

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. Il rango e l'efficacia delle norme della CEDU nel controllo di costituzionalità. – 3. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 12 della CEDU. – 4. Le limitazioni al diritto di sposarsi con la persona scelta.

1. In relazione all'ordinanza del Tribunale di Venezia che sottopone per la prima volta all'esame della Corte costituzionale la questione relativa al mancato riconoscimento nel nostro ordinamento della libertà di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso<sup>1</sup>, si intende proporre qualche riflessione su uno dei parametri invocati dal giudice remittente, ovvero l'art. 117, 1° comma, ed in particolare su una delle norme interposte dal citato parametro, e cioè l'art. 12 della CEDU, che sancisce che «a partire dall'età matrimoniale, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto».

A tal fine, si richiameranno recenti orientamenti giurisprudenziali della Corte costituzionale e della Corte di Strasburgo, che sembrano valorizzare il ruolo interpretativo dell'art. 12 della CEDU in una prospettiva più innovativa di quella che si era inizialmente affermata in applicazione dell'ampio margine di apprezzamento presupposto dal rinvio «alle leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto».

2. Per quanto riguarda le novità derivanti dalla giurisprudenza costituzionale, occorre muovere dalle note pronunce del 2007, nn. 348 e 349, che hanno chiarito che le norme della CEDU, nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, e sempre che sia superato il vaglio della loro conformità a Costituzione, integrano il parametro interposto dell'art. 117 Cost. laddove prescrive per il legislatore statale e regionale il rispetto degli “obblighi internazionali”, ed affiancarvi alcune recenti pronunce del 2009, che hanno confermato e precisato la svolta del 2007.

In particolare, le sentenze nn. 239, 311 e 317 del 2009 hanno approfondito l'orientamento inaugurato nel 2007, arricchendolo di passaggi argomentativi che, per la nostra indagine, sono funzionali alla verifica dell'apertura di nuovi spazi per il riconoscimento del diritto a contrarre matrimonio con una persona dello stesso sesso.

---

\* *Ricercatore in Diritto costituzionale, Università di Verona.*

<sup>1</sup> V. l'ordinanza del Trib. Venezia, 3 aprile 2009, pubblicata sulla *GU* n. 26 del 1° luglio 2009: oggetto di impugnazione sono le norme del codice civile poste a fondamento dell'atto di diniego dell'ufficiale dello stato civile del comune di Venezia di procedere alle pubblicazioni di matrimonio di due persone dello stesso sesso (artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 *bis*, e 156 *bis* c.c.) nella parte in cui, sistematicamente interpretate, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, per contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 117, 1° comma, della Costituzione. Per un più ampio commento a tale ordinanza cfr. A. MELANI, *Il matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale: azzardo o svolta?*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 30 giugno 2009 e sia concesso rinviare a E. CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale all'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2009, 2, 726.

Nella sentenza n. 239 il giudice costituzionale ha sottolineato il preventivo ed essenziale ruolo interpretativo dei giudici comuni che sono chiamati a porre il dubbio di costituzionalità di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne ed una disposizione della CEDU, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, ai sensi del 1° comma dell'art. 117 Cost., solo se il problema non sia risolvibile in via interpretativa e cioè «solo ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale»<sup>2</sup>.

Della successiva sentenza n. 311, è interessante citare il passaggio in cui la Corte affianca all'art. 117, 1° comma, Cost., anche un nuovo parametro costituzionale e cioè l'art. 10, 1° comma, Cost., «ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta», così accreditando una lettura universalistica dei diritti fondamentali e l'idea che la garanzia di un nucleo primario e condiviso di tali diritti integri ormai una consuetudine internazionale.

Nella stessa pronuncia, la Corte ricostruisce i compiti a lei spettanti, richiamando il principio di sussidiarietà, nel senso di essere chiamata a verificare non solo, come è scontato, che il contrasto denunciato dal giudice a quo con la norma CEDU sussista e non sia sanabile in via interpretativa, ma anche che «il contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma CEDU dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile dalla stessa convenzione europea all'art. 53»<sup>3</sup>.

Questo importante profilo viene chiarito nella successiva sentenza n. 317, in cui la Corte ribadisce che per il tramite dell'art. 117, 1° comma, Cost. non si può determinare una tutela inferiore a quella esistente in base al diritto interno, «ma neppure si può ammettere che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale», poiché il confronto tra la tutela convenzionale e la tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie<sup>4</sup>.

In generale, nelle sentenze nn. 311 e 317, colpisce la maggiore cura posta dalla Corte costituzionale rispetto al passato nella ricostruzione dei principi enunciati dalla Corte europea, attraverso il richiamo di suoi numerosi precedenti e la citazione diretta dei principali passaggi argomentativi delle decisioni.

**3.** Una volta richiamate le conferme e le novità della giurisprudenza costituzionale sul rango della CEDU, occorre illustrare i principi enunciati dai giudici di Strasburgo sul diritto al matrimonio, per verificare se la tutela di questo diritto ricomprenda anche il diritto a contrarre matrimonio con una persona dello stesso sesso, che possa essere veicolato nell'ordinamento costituzionale italiano attraverso l'art. 117, 1° comma, ovvero, come recentemente precisato, attraverso l'art. 10, 1° comma, della Costituzione.

Sebbene la Corte europea non si sia mai pronunciata espressamente sull'eventuale violazione dell'art. 12 della CEDU per il mancato riconoscimento del c.d. matrimonio omosessuale, numerosi ricorsi hanno riguardato fattispecie in cui la violazione del diritto di sposarsi veniva invocata a seguito del mancato riconoscimento sul piano anagrafico del mutamento di sesso del ricorrente, che avrebbe reso impossibile il successivo matrimonio con una persona di sesso opposto<sup>5</sup>.

Come accennato inizialmente, l'art. 12 CEDU è stato per lungo tempo connotato da un lettura

---

<sup>2</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 239/2009, *Cons. in dir.* n. 3.

<sup>3</sup> Corte cost., sent. n. 311/2009, *Cons. in dir.* n. 6.

<sup>4</sup> Corte cost., sent. n. 317/2009, *Cons. in dir.* n. 7: sulle pronunce nn. 311/2008 e 317/2008 cfr. i commenti di A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e Cedu (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317/2009)* e O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art. 10, c.1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317/2009 della Corte costituzionale?*, in <http://www.forumcostituzionale.it>.

<sup>5</sup> Per questa giurisprudenza sia consentito rinviare a E. CRIVELLI, *I transessuali e il diritto europeo*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, il Mulino, Bologna, 2007, 331.

tradizionalista che valorizzava l'ampio margine di discrezionalità lasciato agli stati contraenti, con l'unico limite di non poter restringere o ridurre il diritto di sposarsi in modo o ad un livello tale da pregiudicarne la stessa essenza<sup>6</sup>, ed ha, per questo motivo, giocato un ruolo secondario nella giurisprudenza della Corte europea in cui veniva in rilievo l'orientamento sessuale del ricorrente<sup>7</sup>.

Secondo i giudici di Strasburgo, il diritto garantito dall'art. 12 CEDU alludeva al matrimonio tradizionale tra due persone di sesso biologico diverso: ciò sarebbe emerso anche dalla formulazione dell'articolo, secondo cui lo scopo perseguito sarebbe consistito nel proteggere il matrimonio come fondamento della famiglia<sup>8</sup>.

Questo orientamento così restrittivo, chiaramente inutilizzabile per fondare il riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie omosessuali, è stato modificato nel 2002, con la decisione *Christine Goodwin c. Regno Unito*, nella quale la Corte europea ha abbracciato la tesi per cui l'art. 12 CEDU non stabilisce un unico diritto, ma due distinti diritti, e cioè quello di sposarsi e quello di fondare una famiglia, così disancorando il concetto di matrimonio da quello di procreazione: i giudici di Strasburgo hanno precisato che il diritto di fondare una famiglia non è subordinato al diritto di un uomo e una donna di sposarsi e l'impossibilità di una coppia di procreare o di essere genitori non può di per sé essere preclusivo del loro diritto di godere della prima parte della previsione<sup>9</sup>.

Questi principi sono stati affermati in relazione ad una fattispecie in cui il ricorrente era un soggetto transessuale che, dopo aver modificato i propri caratteri sessuali, lamentava che il mancato riconoscimento giuridico della nuova identità sessuale incideva pregiudizialmente anche sulla possibilità di contrarre matrimonio con il proprio compagno: in quell'occasione la Corte ricordò come l'impossibilità per i transessuali di contrarre matrimonio conformemente al loro nuovo sesso è contraria all'art. 12 CEDU, perché quando il diritto nazionale tiene conto, ai fini del matrimonio, solo del sesso dichiarato alla nascita, ciò costituisce una limitazione che pregiudica il diritto stesso di sposarsi. In definitiva, il margine di apprezzamento lasciato agli stati in questa materia non poteva spingersi fino al punto di vietare ai transessuali di sposarsi.

Veniva inoltre valorizzato un argomento testuale, per cui la nuova formulazione del diritto a contrarre matrimonio contenuto nell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali, (allora non vincolante, ma oggi richiamata nel Trattato di Lisbona), che dispone che «il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio», omette non casualmente il riferimento «ad ogni uomo e donna» come titolari del diritto<sup>10</sup>.

Le aspettative che questi principi giurisprudenziali potessero applicarsi anche a fattispecie in cui veniva in rilievo il diritto di sposarsi con una persona dello stesso sesso hanno subito una battuta d'arresto nel 2006, con due decisioni di inammissibilità, *R. e F. c. Regno Unito* e *Parry c. Regno Uni-*

<sup>6</sup> Per questo orientamento cfr. Corte EDU, *Rees c. Regno Unito*, 17 ottobre 1986, ricorso n. 9532/81, par. 49.

<sup>7</sup> Assai più significativo è stato l'utilizzo dell'art. 8, 1° comma, CEDU, che prevedendo che «ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza» ha consentito di includere nella nozione di vita privata anche la vita sessuale di un individuo e del divieto di discriminazioni rispetto al godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella CEDU previsto dall'art. 14 della Convenzione.

<sup>8</sup> Cfr. Corte EDU, *Cossey c. Regno Unito*, sent. 27 settembre 1990, ricorso n. 10843/84, par. 43 e *Rees c. Regno Unito*, cit., par. 50, dove si afferma: «l'art. 12 precisa che tale diritto, per quanto riguarda il suo esercizio, è soggetto alle leggi nazionali degli stati contraenti. Le conseguenti limitazioni non debbono restringerlo o ridurlo in modo o ad un livello tale da pregiudicarne la sostanza stessa, ma non si può attribuire un effetto di tal sorta all'impedimento posto, nel Regno Unito, al matrimonio di persone che non appartengono a sessi biologici differenti», (nella traduzione di M. DE SALVIA e V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Giuffrè, Milano 2006, 751). Conformemente cfr. *Sheffield Horsam c. Regno Unito*, 30 luglio 1998, par. 66.

<sup>9</sup> Cfr. Corte EDU, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, 11 luglio 2002, ric. n. 28957/95, par. 98, laddove si afferma «riesaminando la situazione nel 2002, la Corte osserva che attraverso l'art. 12 si trova garantito il diritto fondamentale, per un uomo e una donna, di sposarsi e fondare una famiglia. Il secondo aspetto non è, tuttavia una condizione del primo e l'incapacità per una coppia di concepire o di allevare un bambino non può di per sé privarla del diritto previsto dalla prima frase della disposizione in oggetto».

<sup>10</sup> Cfr. Corte EDU, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, cit., par. 100 in cui si sottolinea che «l'articolo 9 della Carta dei diritti fondamentali recentemente adottata si distingue, senza dubbio intenzionalmente, dalla formulazione dell'art. 12 della Convenzione, rimuovendo il riferimento agli uomini ed alle donne».



to<sup>11</sup>: la Corte ha ritenuto sussistente il margine di apprezzamento degli Stati in relazione ad una normativa che, conformandosi alla citata sentenza *Christine Goodwin c. Regno Unito*, ha fornito un meccanismo in base al quale un transessuale può ottenere il riconoscimento del diritto del cambiamento<sup>12</sup> e quindi essere in grado, per il futuro, di sposare una persona di sesso opposto, ma ha previsto che nel caso in cui il soggetto sia già coniugato, il riconoscimento sia consentito solo a seguito del divorzio, di fatto non consentendo la prosecuzione di un matrimonio tra due persone “divenute” dello stesso sesso.

I giudici di Strasburgo hanno osservato, che se una normativa prevede solo il matrimonio tra persone di sesso diverso, diversità che può essere indifferentemente originaria o “acquisita” a seguito del mutamento di sesso di uno dei coniugi, e non prevede invece il matrimonio tra persone dello stesso sesso, questa opzione rientra nel margine di apprezzamento degli Stati perché «anche l’art. 12 della CEDU riflette un concetto tradizionale di matrimonio come unione tra un uomo e una donna (*Rees c. Regno Unito*, § 49). E se è vero che un numero crescente di stati ha esteso il matrimonio anche a persone dello stesso sesso, tale scelta riflette la loro visione del ruolo del matrimonio all’interno delle rispettive società e non deriva invece, anche se con rammarico di molti, dall’interpretazione del diritto fondamentale che gli stati membri formularono nella Convenzione del 1950»<sup>13</sup>.

La Corte aggiunge che l’esistenza della possibilità di sottoscrivere un *Civil partnership act*, che consente a partner dello stesso sesso di godere di numerosi dei diritti e doveri che contraddistinguono il matrimonio, pur non essendo motivo di consolazione per i ricorrenti, per i quali l’istituzione matrimoniale rivestiva una particolare significato religioso, costituisce un elemento da valutarsi positivamente nel bilanciamento degli interessi contrapposti<sup>14</sup>.

4. Queste affermazioni lasciavano pochi spazi per interpretazioni evolutive favorevoli al riconoscimento del diritto di contrarre matrimonio con una persona dello stesso sesso, senonché due recenti pronunce del 2010, *Fraskil c. Polonia* e *Jaremowicz c. Polonia*<sup>15</sup>, hanno consentito alla Corte europea di ripercorrere i principi fondamentali della sua giurisprudenza sul diritto al matrimonio ed in particolare gli ambiti entro i quali può muoversi il margine di apprezzamento di cui godono i singoli stati: secondo i giudici di Strasburgo, le limitazioni poste dalle leggi nazionali al diritto di sposarsi possono riguardare sia aspetti formali, come la pubblicità e la forma di celebrazione del matrimonio, sia aspetti sostanziali, fondati su motivi di interesse pubblico, che investono aspetti come la capacità, il consenso, i divieti legati al grado di parentela o alla prevenzione di situazioni di bigamia, o ancora, in materia di immigrazione, la prevenzione di matrimoni “di comodo”<sup>16</sup>.

Al di fuori di questi casi, tuttavia, afferma la Corte, le leggi «non possono altrimenti privare una persona o una categoria di persone dotate di piena capacità giuridica del diritto di sposarsi con i partner di loro scelta».

<sup>11</sup> Cfr. Corte EDU, *R. e F. c. Regno Unito*, ricorso n. 35748/05 e *Wena & Anita Parry c. Regno Unito*, ricorso n. 42971/05, 28 novembre 2006.

<sup>12</sup> Si tratta del *Gender Recognition Act*, adottato il 1° luglio 2004 ed è entrato in vigore il 4 aprile 2005, che consente alle persone che abbiano già mutato sesso o che prevedano di farlo di chiedere il rilascio di un “certificato di riconoscimento del genere” che accorda un riconoscimento praticamente completo del loro mutamento di sesso.

<sup>13</sup> Cfr. Corte EDU, *R. e F. c. Regno Unito*, cit., 10.

<sup>14</sup> Il *Civil Partnership Act*, entrato in vigore il 5 dicembre 2005, consente alle coppie dello stesso sesso di acquisire uno status giuridico e regolare i reciproci diritti e doveri.

<sup>15</sup> Cfr. Corte EDU 5 gennaio 2010, *Fraskil c. Polonia* e *Jaremowicz c. Polonia*, ricorsi nn. 22933/02 e n. 24023/03, in cui la Polonia viene condannata per la violazione dell’art. 12 CEDU a seguito del rifiuto delle autorità di autorizzare i ricorrenti a celebrare il matrimonio in carcere. La Corte ricorda che il diritto di sposarsi non viene escluso per le persone che si trovano in stato di detenzione: esso priva il soggetto della libertà personale e di altri diritti, tra i quali tuttavia non rientra quello di sposarsi. Le autorità polacche, in particolare, non avevano giustificato il loro rifiuto in ragione della prevenzione di disordini o del rischio di commissioni di reati in carcere, ma sulla base di considerazioni inerenti la qualità e l’adeguatezza della relazione affettiva che avrebbe sorretto la richiesta dei ricorrenti.

<sup>16</sup> Corte EDU, *Fraskil c. Polonia*, cit., par. 89.

Questa conclusione, inoltre, è rafforzata dalla formulazione dell'art. 12 CEDU che, diversamente dal diritto all'art. 8 della Convenzione con il quale il «diritto di sposarsi e di fondare una famiglia» ha una stretta affinità, non prevede i motivi che rendono ammissibile un'ingerenza da parte dello Stato «in conformità con la legge» e se «necessaria in una società democratica», quali, ad esempio, «la protezione della salute o della morale» o «la tutela dei diritti e delle libertà altrui»<sup>17</sup>.

Ma se si condivide il principio per cui il diritto al matrimonio implica il diritto di sposarsi con una persona di propria scelta, può accettarsi che una «categoria» di persone pienamente capaci non veda riconosciuto tale diritto perché la scelta ricade su una persona dello stesso sesso?

È possibile sostenere che il mancato riconoscimento di contrarre matrimonio con una persona dello stesso sesso rientri ancora nel margine di apprezzamento lasciato ai singoli stati?

Il Tribunale di Venezia, nella sua ordinanza di rimessione, ricordava come la libertà di sposarsi e di scegliere il coniuge autonomamente riguarda la sfera dell'autonomia e dell'individualità ed è quindi una scelta sulla quale lo Stato non può interferire; nell'ipotesi in cui una persona intenda contrarre matrimonio con una persona dello stesso sesso il giudice a quo «non individuava alcun pericolo di lesione ad interessi pubblici o privati di rilevanza costituzionale, quale potrebbero essere la sicurezza o la salute pubblica».

La stessa domanda va oggi rivolta alla Corte di Strasburgo, che non dovrebbe accontentarsi di richiamare il significato tradizionale del diritto al matrimonio presupposto dagli stati membri nel 1950 (*R. e F. c. Regno Unito*, e *Parry c. Regno Unito*), quando ha già ammesso che il diritto di sposarsi è un diritto separato dal diritto di fondare una famiglia (*Christine Goodwin c. Regno Unito*) e che le singole leggi nazionali non possono privare una persona o una categoria di persone pienamente capaci del diritto di contrarre matrimonio con un partner di loro scelta (*Fraskil c. Polonia*).

La verifica a cui è chiamato il giudice è quella di accertare se, tenuto conto del margine di apprezzamento nazionale, l'interferenza nel diritto di sposarsi, quando la scelta ricade su una persona dello stesso sesso, è arbitraria o sproporzionata.

L'affermazione dell'autonomia del diritto di sposarsi da quello di fondare una famiglia esclude che si possa invocare quale interesse opponibile al diritto di contrarre matrimonio con una persona dello stesso sesso quello del minore adottabile, ben potendosi disancorare il riconoscimento del diritto di contrarre matrimonio da quello ad essere legittimati alla richiesta di adottare un minore: una volta respinto l'automatismo tra diritto di sposarsi e diritto di costituire una famiglia – sub specie del diritto ad adottare –, non è facile individuare un interesse, tra quelli elencati dalla Corte europea nella sua giurisprudenza, che possa giustificare la scelta di uno Stato di impedire ad un'intera categoria di persone di sposarsi, mentre l'unico vero ostacolo a tale riconoscimento rimane il significato «tradizionale» del matrimonio come unione tra un uomo e una donna.

A questo proposito, si è sottolineato come la Corte europea abbia accettato di modificare la sua iniziale visione del matrimonio come unione di un uomo e una donna di sesso biologicamente diverso ed approdare ad un concetto sostanzialmente disancorato dal dato biologico, argomentando anche sulla base del mutato quadro sociale per cui «dall'adozione della Convenzione, l'istituto del matrimonio è stato profondamente sconvolto dall'evoluzione della società e i progressi della medicina e della scienza hanno comportato radicali mutamenti in tema di transessualità»<sup>18</sup>.

Parallelamente, riferendosi al fenomeno dell'omosessualità, i giudici di Strasburgo hanno già preso atto delle evoluzioni di costume e legislative che hanno interessato la maggior parte degli Stati membri e hanno ritenuto di non poter prescindere «dalle idee che, benché relativamente recenti, non cessano di diffondersi ed evolversi, né dei mutamenti giuridici che esse comportano nel diritto interno degli Stati contraenti»<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Corte EDU, *Fraskil c. Polonia*, cit., par. 90.

<sup>18</sup> Cfr. Corte EDU, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, cit., par. 100.

<sup>19</sup> Cfr. Corte EDU, *Lustig-Prean e Beckett c. Regno Unito*, 27 settembre 1999, ric. nn. 31417/96, par. 97, tradotta e pubblicata anche in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2000, 298: i giudici, decidendo sul ricorso di due ufficiali britannici della Marina militare che erano stati esonerati dal servizio in conformità alla politica del Ministero della difesa che vietava l'ingresso di omosessuali nelle forze armate, ritennero che le indagini condotte sulle preferenze sessuali dei ricorrenti, e il

Pur trattandosi di un'affermazione relativa ad un caso in cui si lamentava la violazione dell'art. 8 e non dell'art. 12 CEDU, non è escluso che l'argomento del mutato quadro normativo e sociale contribuisca alla definizione di un nuovo significato di matrimonio, disancorato non solo dal dato biologico, ma anche da quello della diversità di sesso dei coniugi, che ricomprenda l'unione di due persone dello stesso sesso quale corollario del diritto di sposare la persona che si è scelta, e la sottragga al margine di apprezzamento nazionale.

*Postilla:* successivamente al seminario, la Corte europea si è pronunciata per la prima volta sul matrimonio omosessuale con la sentenza *Schalk e Kopf c. Austria*<sup>20</sup>, dichiarando che l'articolo 12 della CEDU non impone agli Stati di prevedere il matrimonio tra persone dello stesso sesso: tale opzione rientra nel margine di discrezionalità dei singoli Stati, che sono posti nella condizione migliore per valutare e rispondere ai bisogni di ciascuna società in questo campo.

Nella stessa pronuncia la Corte ha riconosciuto che l'unione stabile tra persone dello stesso sesso, come già quella tra persone di sesso diverso, rientra nella nozione di "vita familiare" tutelata dall'art. 8 della CEDU, ma non vi è una violazione degli artt. 8 e 14 della CEDU se gli Stati, ammettendo forme di riconoscimento di tali unioni diverse dal matrimonio, escludono alcuni diritti (nella fattispecie, in tema di adozione e procreazione assistita).

---

loro conseguente esonero, non fossero giustificate ai sensi dell'art. 8 della CEDU. Respinsero l'argomento del governo inglese che faceva leva sui gravi pregiudizi che l'ammissione di militari omosessuali avrebbe provocato al morale e all'efficienza delle forze armate, e sottolinearono che «nella misura in cui tali atteggiamenti negativi corrispondono ai pregiudizi di una maggioranza eterosessuale nei confronti di una minoranza omosessuale, la Corte non può considerarli di per sé una ragione sufficiente alle ingerenze nei diritti summenzionati dei ricorrenti» (par. 90).

<sup>20</sup> Corte EDU, *Schalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, (sentenza non definitiva), ricorso n. 30141/04.

SALVATORE CURRERI\*

## Matrimonio omosessuale e Costituzione: né obbligato, né vietato

Una premessa: la questione sottoposta alla Corte non è se sia costituzionale una disciplina legislativa che preveda il matrimonio omosessuale, ma se l'attuale disciplina legislativa, laddove non prevede espressamente il matrimonio omosessuale, sia incostituzionale. Tale precisazione potrebbe sembrare superflua, se non addirittura contraddittoria a coloro che impostano il problema in termini di rigida alternativa per cui una volta dimostrata la conformità a Costituzione del matrimonio omosessuale, ritengono giocoforza incostituzionale l'attuale normativa che espressamente non lo prevede. Oppure, al contrario, una volta dimostra la natura necessariamente eterosessuale del matrimonio, ritengono quella vigente l'unica sua disciplina conforme a Costituzione. In realtà, i due piani vanno tenuti distinti e non solo perché diverse sono le prospettive – *de iure condito* e *de iure condendo* – in cui essi si muovono e sfociano. Occorre piuttosto uscire da questa logica dilemmatica per verificare se la costituzionalità del matrimonio eterosessuale previsto dalla normativa vigente implichi necessariamente l'incostituzionalità del matrimonio omosessuale, e quindi se quello eterosessuale sia l'unico modello costituzionalmente ammesso. Nella negativa, occorre chiedersi se al *same-sex marriage* possa pervenirsi attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata della normativa vigente oppure necessariamente attraverso una sua modifica legislativa.

Tale premessa ci consente di meglio inquadrare il problema, sollevato dalla traccia della discussione, circa l'oggetto dell'impugnazione. A mio modesto parere, quel che i giudici *a quibus* chiedono alla Corte costituzionale non è una sentenza interpretativa di rigetto del diritto vivente, cioè una diversa interpretazione del modo con cui finora sulla base di una tradizione ultramillenaria sono stati storicamente e sistematicamente interpretati i termini “sposi” e “coniugi”. Se così fosse, sarebbe legittimo chiedersi, come fa opportunamente la traccia, perché i giudici ordinari abbiano ritenuto loro preclusa quell'attività interpretativa che invece ritengono per la Corte possibile, quasi che essa fosse dotata di poteri maggiori o potesse utilizzare regole interpretative diverse. In tal caso, si potrebbe addirittura ipotizzare una restituzione della questione ai giudici *a quibus* perché valutino direttamente la possibilità di dare alle disposizioni oggetto delle loro ordinanze di rimessione un'interpretazione conforme a Costituzione.

In realtà, nel sollevare l'eccezione d'incostituzionalità, i giudici ordinari hanno implicitamente riconosciuto la natura non interpretativa ma manipolativa (a nostro parere additiva, se non sostitutiva) dell'intervento richiesto alla Corte sulla normativa vigente. Il divieto del matrimonio omosessuale non è, infatti, frutto del diritto vivente ma di precise disposizioni normative. Oltreché ai coniugi, il codice civile fa riferimento a “marito” e “moglie” connotandoli sotto il profilo sessuale. È vero che tale *status* è il frutto di una dichiarazione resa dagli sposi (art. 108.1 c.c.) ma non sembra che essa possa avere valore costitutivo e non dichiarativo di una realtà ontologicamente preesistente che l'ordinamento presuppone. La stessa richiamata legge n. 164/1982 che sancisce il diritto al mutamento del sesso – frutto di una sensibilità verso la diversità che sembra oggi invero essersi smarrita –, conferma *a contrario* il paradigma eterosessuale e non produce alcuna disparità di trattamento con i transessuali, essendo per la loro ammissione al matrimonio decisivo non l'orientamento psicologico

---

\* Associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università Kore di Enna.

(come avviene in Spagna e Gran Bretagna dove basta la relazione dello psicologo che attesti l'appartenenza del richiedente ad un genere diverso da quello d'origine) ma l'avvenuto intervento di modificazione del sesso autorizzato dal tribunale. Pertanto il riconoscimento del diritto di sposarsi a coloro che hanno cambiato sesso conferma l'eterosessualità del matrimonio.

Quello in cui l'interprete si muove, quindi, è uno spazio non "vuoto" ma "pieno" di diritto, condivisibile o meno che esso sia, per cui il paragone con il "caso Englaro" mi pare forzato.

L'inequivocità delle disposizioni civilistiche ai fini dell'esclusione del matrimonio omosessuale spiega altresì perché i giudici, anziché tentare di darne un'interpretazione costituzionalmente conforme, abbiano invece sollevato l'eccezione d'incostituzionalità, ritenendo evidentemente sussistenti in Costituzione margini interpretativi maggiori di quelli invece consentiti dalla disciplina legislativa: la concisione o, per taluni, ambiguità della prima permetterebbe quanto invece l'univocità della seconda preclude.

A livello costituzionale il problema interpretativo dell'ammissibilità del matrimonio omosessuale si risolve spesso in una giustapposizione tra gli artt. 2 e 3 Cost. da un lato e l'art. 29 Cost. dall'altro. Così, per un verso chi tale matrimonio ammette interpreta la nozione costituzionale di famiglia alla luce del doveroso riconoscimento dei diritti inviolabili della persona umana (art. 2 Cost.) – tra i quali indubbiamente il diritto all'affettività, all'identità sessuale ed a sposarsi – e del diritto all'eguaglianza, intesa nel suo nucleo originario come pari dignità sociale di tutti i cittadini senza alcuna discriminazione di tipo sessuale. Per altro verso, chi il matrimonio omosessuale nega ritiene esso incompatibile con l'art. 29 Cost. che, nel definire la famiglia "società naturale fondata sul matrimonio" permette al legislatore di intervenire, nel rispetto della sua autonomia quale "società naturale", al fine di porre dei limiti in funzione di interessi parimenti meritevoli di tutela, quali per esempio l'eguaglianza dei coniugi (su cui si basa la monogamia) o l'educazione o la salute dei figli (su cui si basa l'esogamia).

In questa prospettiva non v'è dubbio che il costituente abbia presupposto l'eterosessualità del matrimonio laddove ad esempio fa riferimento implicito, ma non per questo meno avvertibile, alla prole nata dentro il matrimonio (artt. 30 e 31 Cost.), o all'adempimento della essenziale funzione familiare della donna lavoratrice (art. 37 Cost.). Ma il riferimento all'*original intent* del costituente non è certo decisivo, nel senso che esso da solo non vale certo ad irrigidire il dato costituzionale, precludendone quella naturale evoluzione storica che ha interessato altre norme non meno rilevanti, a partire proprio dall'ampliamento per via legislativa dei diritti inviolabili della persona umana ex art. 2 Cost. attraverso la sua feconda interazione con le carte internazionali ed europee dei diritti. Lo stesso formulazione dell'art. 29 Cost., com'è noto tacciata di contraddittorietà, può invece costituire la chiave di volta per un continuo processo osmotico tra il modo con cui il matrimonio è avvertito socialmente e la sua disciplina giuridica.

Se finora però il matrimonio omosessuale non ha avuto riconoscimento legislativo non è solo per inerziale ossequio ad una tradizione storica, da ritenere ormai immotivata e costituzionalmente irragionevole, o per la rigidità di un dato costituzionale in altre parti invece sollecitato ad aprirsi all'evoluzione storico-sociale, quanto piuttosto perché è stato lo stesso legislatore, nel disciplinare il matrimonio, a ritenere che nella coscienza sociale il matrimonio oggi è considerato necessariamente eterosessuale. Ciò significa in buona sostanza che il dettato costituzionale se da un lato non prevede il matrimonio omosessuale, dall'altro non lo esclude. Sarà compito del legislatore, nella sua avvertita sensibilità sociale, decidere se, quando e come disciplinare le unioni omosessuali. Ciò non deve apparire come una sottovalutazione del dato costituzionale, come se fosse una delega in bianco al legislatore, ma anzi come l'esaltazione della sua capacità di evolversi in relazione all'incessante e quotidiano rapporto che deve sussistere tra *ius* e *societas*.

Una conferma in tal senso crediamo possa trarsi dalla recente sentenza del tribunale costituzionale portoghese del 9 luglio 2009 con cui essa si è pronunciata, seppur a stretta maggioranza (tre contro due) sulla costituzionalità della nozione di matrimonio prevista dall'art. 1577 c.c. («matrimonio è il contratto celebrato tra due persone di sesso differente che pretendono di costituire famiglia mediante una piena comunione di vita, nei termini delle disposizioni di questo codice») in relazione all'art. 13.2 Cost. che, con formulazione certamente suscettibile di interpretazione estensiva, sancisce che «tutti hanno il diritto di costituire una famiglia e di contrarre matrimonio in condizioni di

piena eguaglianza» (1° comma). I giudici costituzionali hanno respinto l'eccezione ritenendo il matrimonio omosessuale costituzionalmente possibile, ma certo non imposto per due motivi. In primo luogo se avesse voluto introdurre il matrimonio omosessuale, così da rendere palesemente incostituzionale l'art. 1577 c.c. allora vigente nella medesima formulazione che prevede espressamente il matrimonio eterosessuale, il legislatore costituzionale, anche dopo il 1976, lo avrebbe affermato esplicitamente, anziché limitarsi a prevedere il matrimonio, rinviando a quello eterosessuale storicamente radicato nel senso comune e previsto dal Codice civile. Ciò non significa pietrificare la nozione costituzionale di matrimonio alla luce di quello civile, negando il matrimonio omosessuale perché spetta al legislatore – ed è questo il secondo argomento – in casi come questo in cui vi sono sensibilità sociali e posizioni dottrinali differenti, sviluppare i diritti della personalità rispetto al giudice costituzionale che deve intervenire solo quando vi è una radicale incompatibilità con il quadro costituzionale. Spetta al Parlamento, organo d'espressione della sovranità popolare, optare tra la concezione del matrimonio come unione eterosessuale rivolta alla procreazione ed educazione dei figli oppure come semplice relazione privata espressione della libertà contrattuale dei singoli, in quest'ultimo caso estendendo il matrimonio alle persone dello stesso sesso oppure prevedendo per loro unioni legalmente riconosciute diverse dal matrimonio.

La fragilità degli argomenti addotti dal giudice costituzionale portoghese – il matrimonio omosessuale è incostituzionale perché non è espressamente previsto secondo una logica a prima vista inaccettabile secondo la quale i diritti della persona se non previsti sono vietati – è solo apparente. Essa piuttosto ci induce a riflettere sull'essenziale ruolo svolto dal legislatore nella disciplina di simili tematiche che interessano la convivenza sociale e che come tali necessitano di decisioni innanzi tutto politiche.

In questa prospettiva si può valutare nella giusta dimensione il richiamo all'art. 117.1 Cost. poiché le carte internazionali dei diritti sono in materia sempre rispettose delle tradizioni costituzionali altrui, come confermano la varietà di soluzioni esistenti a livello europeo. Non vi sono, né vi potranno essere, quindi disposizioni comunitarie o internazionali che obblighino i singoli Stati a prevedere il matrimonio omosessuale.

Non v'è dubbio che di fronte ad una questione come l'attuale che, come ci ricordava la bella relazione introduttiva, tocca nel profondo la vita delle persone e ci interroga come uomini ancor prima che come giuristi, è forte la tentazione di forzare il dato costituzionale per raggiungere l'obiettivo prefissato. Il rischio è che però in tal modo si faccia dire alla Costituzione quel che non dice. Com'è stato poc'anzi efficacemente affermato (Giorgis), non si tratta di riconoscere agli omosessuali il diritto al matrimonio, anche se ciò non piace, ma di prendere atto che tale diritto non è oggi riconosciuto, anche se ci piace.

Per questo ritengo che l'esito più prevedibile sia una sentenza d'inammissibilità *ex art. 28 L. n. 87/1953* che com'è noto esclude «ogni valutazione della Corte di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». Nel contempo voglio sperare che i giudici costituzionali non perdano tale preziosa occasione per rivolgere il loro autorevole e forte monito al legislatore perché riconosca giuridicamente il diritto inviolabile e fondamentale degli omosessuali di unirsi affettivamente e di formare una famiglia nelle forme ritenute più opportune. Riconoscimento che appare tanto più urgente laddove si consideri che lo status di irrilevanza giuridica in cui oggi gli omosessuali sono confinati a vivere la loro affettività è tanto più intollerabile in quanto frutto non della libera scelta di chi, come gli eterosessuali, pur potendolo non vuole sposarsi, ma della necessità di chi pur volendolo non può sposarsi.

Se il legislatore optasse, come sembra al momento meno improbabile, per la soluzione del riconoscimento civile delle coppie omosessuali, senza assurgere alla dignità di matrimonio, non si potrebbe sin d'ora fare a meno di notare come, al di là del problema dell'adozione o del ricorso alla procreazione medicalmente assistita, oggetto peraltro di disciplina autonoma, la differenza tra i due istituti – matrimonio eterosessuale e unione civile omosessuale – sarebbe meramente nominalistica e quindi come tale giuridicamente impercettibile, epperò politicamente opportuna per chi, pur a parità di contenuto, vuole salvaguardare la esteriore forma eterosessuale del matrimonio. Ma di questo, al momento, ci si potrebbe pur accontentare.



ANTONIO D'ALOIA \*

## Omosessualità e Costituzione.

### La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale

**SOMMARIO:** 1. Il tema e le sue complesse coordinate. – 2. Perché sarebbe “segregazionista” una regolazione giuridica differenziata (rispetto al matrimonio) delle unioni *same sex*? Assonanze e differenze tra questione razziale e questione sessuale. – 3. L’art. 29 Cost. e i limiti di un’interpretazione “evolutiva”. – 4. Matrimonio e genitorialità omosessuale: il problema c’è ... e non si può eludere. – 5. A mo’ di conclusione. La questione non può essere accolta ma la Corte può “aprire” sul riconoscimento giuridico delle coppie tra persone dello stesso sesso (e dei loro diritti).

1. È incostituzionale il riferimento esclusivo dell’istituto matrimoniale e delle sue conseguenze giuridiche alle relazioni eterosessuali? Rovesciando la prospettiva, si può dire che c’è un vincolo costituzionale a prevedere e a regolare il matrimonio omosessuale, che esiste un diritto a sposarsi che attraversa e “rompe” la (tradizionale) duplicità delle figure sessuali nell’ambito della struttura soggettiva del matrimonio? Il tema, che è al centro di un imminente giudizio di legittimità costituzionale, è effettivamente tra i più difficili e controversi tra quelli che oggi emergono sul piano del dibattito politico-sociale e della razionalità giuridica.

La posizione che vorrei provare a sostenere, nelle brevi e sintetiche osservazioni che seguono, è che – almeno dal mio punto di vista – forse non ci sono argomenti assolutamente invincibili in un senso o nell’altro, e che, ad ogni modo, non è utile impostare la questione in termini di alternativa netta e radicale tra incostituzionalità della mancata previsione del matrimonio (anche) tra persone *same sex*, e irrilevanza (o persino divieto) costituzionale di ogni intervento estensivo sulla struttura “soggettiva” del matrimonio, ovvero di una qualche disciplina delle relazioni omosessuali che realizzi una condizione di analogia anche parziale con lo schema regolativo del matrimonio e della famiglia “fondata sul matrimonio”.

In altre parole, una previsione di quello che la Corte potrebbe (o addirittura dovrebbe) fare, è tutt’altro che “evidente” e scontata. Penso, invero, che sulla questione portata davanti al Giudice costituzionale, sia ravvisabile uno spazio “politico” che non può essere riempito del tutto e dunque completamente disattivato dalla risorsa giurisprudenziale<sup>1</sup>. Lo dimostra, tra l’altro, proprio la estrema varietà della “reazione” giuridico-legislativa e dei modelli di regolazione delle coppie omosessuali che si è registrata negli ultimi vent’anni, a partire dalla legge danese del 1989 sulla *partnership* registrata, nell’esperienza comparata.

Per altro verso, non credo che il problema possa essere risolto nell’ambito di un discorso “chiuso” dei diritti e dell’eguaglianza, cioè limitato solo al profilo individuale di queste categorie assiologiche. Il diritto di sposarsi non può essere affermato al di fuori di una individuazione dell’oggetto di questo diritto e della sua formale ed effettiva configurazione costituzionale. Allo stesso modo, dire che negare il matrimonio agli omosessuali significa introdurre una discriminazione basata sulle condizioni personali (sull’orientamento sessuale), appare un’affermazione autoreferenziale, che parte da una premessa che dovrebbe essere invece il punto di arrivo di un ragionamento giuridico, e cioè che

---

\* *Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Parma.*

<sup>1</sup> Cfr. Cass R. SUNSTEIN, 2009, pp. 268-270.



il matrimonio sia un istituto liberamente conformabile alla stregua dell'evoluzione del costume sociale e delle spinte culturali; che sia, cioè, una sorta di guscio "vuoto", indefinito, e perciò aperto ad ogni possibile ri-costruzione.

Quello che voglio dire è che se parliamo solo di diritti ed eguaglianza, senza porci il problema di quello che rivendichiamo come diritto, o come elemento di una pretesa egualitaria e antidiscriminatoria, delle sue caratteristiche intrinseche, rischiamo di fare un'operazione "parziale", che guarda solo un lato del problema, un po' come costruire una scala gradino dopo gradino senza sapere o vedere dove la scala deve poi essere appoggiata.

Lo stesso concetto di "società naturale", indubbiamente complesso ed enigmatico, è probabilmente meno rilevante di quello che sembra, prestandosi, come è emerso anche in molti interventi di questo incontro di studio, ad una utilizzazione "ambivalente", potendo servire sia ad avvalorare interpretazioni per così dire "originaliste" del testo costituzionale, sia a legittimare interpretazioni orientate a "scaricare" sulla configurazione giuridica del matrimonio le pressioni modificative che provengono dall'evoluzione dei costumi sociali, dei comportamenti sessuali, e che in definitiva delincono una condizione mutevole e non cristallizzata della "naturalità", e conseguentemente della famiglia<sup>2</sup>.

2. Venendo ora al merito della questione proposta, ho sempre sostenuto che il parametro costituzionale non impedisca una legislazione che operi nel senso di disciplinare uno statuto giuridico delle convivenze omosessuali. Anzi, probabilmente un esito del genere, oltre a porsi in una linea di continuità razionale con la progressiva enucleazione di un diritto ad esprimere liberamente la propria identità sessuale, anche in chiave affettivo-relazionale, è finanche "suggerito" nell'ottica di una valorizzazione della prospettiva dell'eguaglianza sostanziale. Il riconoscimento giuridico di queste "unioni" potrebbe in sostanza funzionare da fattore di rafforzamento dell'accettazione sociale dell'omosessualità, e di completamento della tutela costituzionale dell'identità sessuale. In fondo, se l'identità sessuale è un diritto, se essere omosessuali è una condizione di libertà e di identità personale che l'ordinamento deve proteggere e di cui deve consentire una piena esplicazione (valga per tutti la sent. 561/87), questa libertà non può non avere anche una sua proiezione relazionale (e la sessualità in particolare non può non averla), in linea peraltro con una dimensione "naturale" della libertà sessuale nello specifico, e dei diritti individuali, che proprio nei contesti aggregativi (le formazioni sociali di cui parla l'art. 2 Cost.) trovano un elemento fondamentale per favorire il pieno sviluppo della persona.

Senza contare che mantenere una chiusura nei confronti di ogni regolazione del fenomeno delle convivenze omosessuali consegnerebbe il nostro ordinamento ad un destino troppo eccentrico e "singolare" rispetto al panorama normativo europeo (dove la *partnership* omosessuale ha trovato ormai forme di regolazione diffusissime, sebbene eterogenee), e tale da creare qualche difficoltà anche sul piano di una piena corrispondenza al principio della libera circolazione delle persone, che – senza volerne approfondire adesso le molteplici implicazioni – significa che chi sceglie di vivere in una qualsiasi parte del territorio europeo deve poter contare su una sostanziale "portabilità" delle tutele fondamentali che gli sono riconosciute nel Paese di provenienza, ovvero che ha acquisito esercitando la sua libertà di soggiorno nei diversi Stati europei<sup>3</sup>.

Il punto in discussione però non è (semplicemente) questo. Quello che si chiede alla Corte Costituzionale è di accertare l'incostituzionalità del paradigma eterosessuale del matrimonio: il che, da un lato, può apparire come una scelta strategica, non essendo facile immaginare altre vie per "costringere" il Giudice costituzionale a dire qualcosa sulla questione delle coppie *same sex*; dall'altro, riflette la convinzione, ribadita da molti in dottrina, che ipotizzare forme di regolamentazione solo parzialmente "analoghe" al matrimonio per gli omosessuali sia in realtà un'opzione "segregazionista", che affonda le proprie radici nella dottrina del "*separate but equal*"<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Per una rassegna di queste posizioni interpretative, v., volendo, D'ALOIA-TORRETTA, 2009, p. 7.

<sup>3</sup> In tema, si vedano A. D'ALOIA, 2006, pp. 346 ss.; A. CELOTTO, 2004, pp. 327 ss.; G. ROSSILLO, 2003, pp. 370 ss.

<sup>4</sup> Così M. BONINI BARALDI, 2009, p. 878.

Non a caso, in molti commenti, appare il richiamo al divieto (poi superato) del matrimonio interrazziale nell'esperienza nordamericana. È ad esempio Cass R. Sunstein<sup>5</sup> ad affermare che «... la proibizione delle relazioni tra membri dello stesso sesso è una forma di discriminazione sulla base del sesso, così come le forme dell'incrocio tra le razze era una forma di discriminazione sulla base della razza. Entrambe le proibizioni sono illegali in base alla clausola dell'*equal protection*»; e che «il caso *Loving* è il precedente cruciale per la tutela delle unioni o dei matrimoni tra appartenenti allo stesso sesso».

Si tratta di un paragone che invero condivido solo in parte, e certo non con riferimento al modello dello statuto giuridico differenziato per coppie dello stesso sesso, e provo a spiegare perché. Il divieto del matrimonio interrazziale era il corollario di un'ideologia spaventosa e inaccettabile: la supremazia della razza bianca, che ha prodotto il “controsenso”, la “rottura” costituzionale e morale della schiavitù. Le razze non potevano mischiarsi perché non erano poste sullo stesso piano.

Può darsi che discriminazione razziale e discriminazione “sessuale” (in questo caso fondata sull'orientamento sessuale, sulle tendenze), razzismo e sessismo, abbiano una qualche analogia sul piano delle motivazioni che hanno sostenuto le pagine più buie dell'una e dell'altra vicenda: alcuni passaggi della sentenza Bowers del 1986 (fortunatamente *overruled* dalla decisione nel caso *Lawrence vs Texas* del 2003), in particolare quel frammento della *concurring opinion* di Justice Burger, in cui (citando W. Blackstone) si afferma che «la sodomia è un reato di maggiore malvagità dello stupro [...], un crimine che non merita di essere nominato», sono davvero inquietanti e non molto lontani da alcune espressioni dell'ideologia “razzista”.

Tuttavia, il divieto o (al momento) la resistenza ad una ridefinizione del matrimonio che abbandoni il paradigma eterosessuale si collega ad una motivazione che non è necessariamente “discriminatoria” o “segregazionista”; in altre parole, l'opzione “separativa” può avere una base semplicemente “razionale”, cioè riferita al piano della razionalità giuridica, nel senso che chi sostiene che “famiglia” e “matrimonio” siano istituti che presuppongono la doppia soggettività sessuale non lo fa (o almeno non necessariamente) perché pensa che l'omosessualità sia un disordine naturale o che l'omosessuale sia una persona malata, ma perché può essere convinto che il matrimonio e le famiglia “eterosessuali” siano il riflesso di una tradizione giuridica ancora attuale ed “effettiva”, che – in altri termini – l'inaccessibilità degli omosessuali al matrimonio non derivi da una “minorità” della categoria, quanto da una ragionevole distinzione basata sulle caratteristiche intrinseche e oggettive di una “risorsa” giuridica così importante e radicata nella storia degli ordinamenti giuridici.

A questa stregua, riconoscere alle convivenze *same sex* una regolazione che, pur prendendo atto della autenticità della loro dimensione affettiva e relazionale, non prefiguri una automatica e generale estensione dello schema matrimoniale, non può essere liquidata come una soluzione segregazionista, ma esprime invece un ragionevole bilanciamento tra il principio antidiscriminatorio legato alle condizioni personali, e le caratteristiche oggettive, oltre che formalmente accolte e confermate dal disegno costituzionale, di un istituto giuridico come (nel caso di specie) il matrimonio.

**3.** Così impostato, il problema ci porta inevitabilmente a confrontarci con l'escursione interpretativa dell'art. 29 Cost.

Bisogna chiedersi qual è il limite e il confine dell'interpretazione costituzionale, che cosa è o può essere interpretazione (evolutiva, dinamica) del testo costituzionale, e cosa invece rischia di diventare una sorta di “riscrittura” della norma costituzionale, di svuotamento a senso unico della sua coerenza testuale e sistematica<sup>6</sup>.

A me sembra che l'art. 29, per quello che dice (penso all'affermazione del principio di eguaglianza morale e giuridica tra i coniugi e alla garanzia dell'unità familiare<sup>7</sup>, per le sue connessioni

<sup>5</sup> Op. cit., 2009, p. 285.

<sup>6</sup> Vedi A. RUGGERI, 2010, pp. 6-7, secondo il quale «... la naturale, formidabile duttilità degli enunciati (specie di quelli della Carta) si arresta pur sempre ad un certo punto, superato il quale è la rottura dell'elastico costituzionale».

<sup>7</sup> Cfr. G. GRASSO, 2007.

testuali e logiche con le disposizioni successive, restituisca un'idea di matrimonio che ha tra i suoi fondamenti razionali il paradigma dell'eterosessualità, la diversità sessuale dei soggetti che scelgono questa unione<sup>8</sup>; questo non significa, dal mio punto di vista, che non possano esistere altri modelli di convivenza che hanno in comune con il matrimonio almeno la vocazione a favorire il pieno sviluppo della persona umana, tuttavia questi modelli sono un'altra cosa, che non possiamo riportare nella formula costituzionale, se non al prezzo di un suo sostanziale accantonamento. L'elasticità della struttura dispositiva delle norme costituzionali, e in questo caso della norma sulla famiglia "fondata sul matrimonio", non è senza limiti o priva di elementi di precisazione e di orientamento dell'attività interpretativa: come ho sostenuto anche in altra sede [D'Aloia-Torretta, 2009, 9], il modello costituzionale resta inclusivo ma non interamente fungibile con altri schemi relazionali.

L'idea che quelle espressioni sull'eguaglianza giuridica e morale dei coniugi possano essere intese in senso "neutrale" e "bi-direzionale", o che oggi siano superate nel loro "originario" significato di norma anti-subordinazione di genere, appare più un'amputazione "selettiva" che un "adattamento" interpretativo della norma.

Al di là dei dubbi che un'operazione del genere possa essere qualificata come interpretazione, anche nel senso più ampio di ri-elaborazione interpretativa, è veramente arduo immaginare che la Corte costituzionale possa fare questo, vale a dire ricavare un vincolo, un risultato costituzionalmente obbligato, tanto da giustificare un'additiva (almeno di principio), partendo da una situazione siffatta, dove la tesi che si vorrebbe affermata in termini così perentori ha di fronte una struttura testuale, peraltro tuttora saldamente ancorata a presupposti socio-culturali di effettività, che la contraddice, o quantomeno presenta ostacoli superabili solo attraverso un robusto intervento "manipolativo"-propositivo. Come ha sostenuto recentemente il Tribunale costituzionale portoghese (sent. 359/2009), pur ammettendo che la Costituzione di quel Paese non impedisce un'evoluzione legislativa che vada nel senso di equiparare nella struttura giuridica del matrimonio relazioni eterosessuali ed omosessuali, «*a recepção constitucional do conceito histórico de casamento como união entre duas pessoas de sexo diferente não permite retirar da Constituição um reconhecimento directo e obrigatório dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo*».

In sostanza, provando a ricapitolare il mio punto di vista, ipotizzare da noi un matrimonio che possa essere indifferentemente "eterosessuale" e "omosessuale", mi sembra al di fuori dello schema di accettabilità dell'art. 29 Cost.<sup>9</sup>, e certamente non può essere qualificato alla stregua di una soluzione costituzionalmente imposta, "a rime obbligate"; mentre non sarebbe estranea al contesto costituzionale (anzi, come ho già detto, potrebbe essere vista come uno strumento di realizzazione di alcuni importanti obiettivi costituzionali) una legislazione che andasse a definire un quadro di regole che riescano efficacemente ad andare incontro all'esigenza di riconoscimento giuridico di questa diversa dimensione della relazionalità (sessuale e affettiva), senza però costruire affrettate sovrapposizioni con modelli scritti e pensati per una realtà diversa.

4. Nella relazione di Barbara Pezzini, si sottolinea come nel dibattito in corso sul matrimonio omosessuale c'è una sorta di "convitato di pietra" («come spettro che turba la precomprensione di molti»), rappresentato dal tema della genitorialità delle coppie *same sex*; nella sua valutazione, tuttavia, la questione «1) non è all'ordine del giorno oggi (...) 2) ma soprattutto ha, come abbiamo visto, basi giuridiche differenti».

Su questo punto, non sono d'accordo; o meglio, penso che i due temi non siano slegati, nel senso che una volta che si afferma che il matrimonio è un istituto costituzionalmente aperto alle relazioni omosessuali, poi bisogna coerentemente trarre alcune conseguenze anche sulla genitorialità di queste coppie.

So bene che genitorialità e funzione procreativa non sono più (ammesso che costituzionalmente lo siano mai state) elementi essenziali e costitutivi dei concetti di famiglia e di matrimonio. Una fa-

<sup>8</sup> A. RUGGERI, 2007, pp. 758-759.

<sup>9</sup> Contra, *ex multis*, M. GATTUSO, 2007, e M. MONTALTI, 2007.

miglia è tale, e un matrimonio è tale, anche se non c'è o non può esserci (per scelta, per impedimento naturale, o perché c'è un limite legale, come nel caso dei requisiti per l'adozione) procreazione e genitorialità. Nondimeno, non si può negare che – anche sul piano costituzionale (se solo si guarda al collegamento “successivo” tra le norme sulla famiglia e le norme sulla tutela dei figli) – famiglia, matrimonio, genitorialità costituiscano una sequenza almeno “preferenziale” o comunque di grande importanza anche in termini di reciproca interazione.

Ad ogni modo, una cosa è dire che il rapporto genitoriale non è co-essenziale al matrimonio, altro è dire che è escluso in radice, che non ci deve essere, che è vietato, che uno stesso istituto giuridico (vale a dire il matrimonio) può (anzi deve) avere declinazioni diverse in alcuni dei suoi elementi principali, sebbene non obbligatoriamente collegati.

Quello che voglio dire è che ammettere il matrimonio omosessuale pone il problema di accettare anche la genitorialità (ovviamente nelle forme possibili: adozione e procreazione medicalmente assistita) per queste coppie; o altrimenti di trovare una giustificazione razionale al fatto che (solo) ad un matrimonio sia preclusa la proiezione “genitoriale” (nel caso della L. 40/04, è espressamente indicato come requisito soggettivo di accesso alla pma che la coppia deve essere formata da soggetti di sesso diverso, coniugati o conviventi).

Si vuole questo risultato? Si pensa che sia costituzionalmente ragionevole o addirittura obbligato, al punto che il Giudice costituzionale possa esplicitarlo direttamente?

Cambiando prospettiva, chi ritiene che il divieto della genitorialità omosessuale sia ancora ragionevole e giuridicamente fondato, non può accogliere la prospettiva *tout court* del matrimonio omosessuale, perché questa finirebbe col riaprire inevitabilmente la prima questione (il caso spagnolo, e quello inglese del *Civil Partnership Act*, che è un matrimonio civile, lo dimostrano).

Ho già in diverse occasioni<sup>10</sup> espresso le mie perplessità su una sostanziale irrilevanza, ai fini della genitorialità, della esistenza o meno della duplicità sessuale (almeno potenziale) della figura genitoriale. In questo senso, discutere di matrimonio o di filiazione non è e non può essere la stessa cosa, in particolare perché su questo secondo livello del dibattito c'è un nuovo soggetto con cui bisogna fare i conti, il minore, con la sua sfera di interessi, da sempre ritenuta centrale nella definizione giuridica dei rapporti di genitorialità. Non si può quindi discutere solo di diritti “dei genitori”, effettivi o “aspiranti” tali.

Il legame tra filiazione ed “eterosessualità” è veramente e oggettivamente “naturale”, e non so se il diritto possa completamente prescindere dai suoi presupposti naturali, diventare cioè pura tecnica artificiale. Gli stessi metodi e procedure di filiazione non naturale, vale a dire l'adozione e la procreazione medicalmente assistita, non negano questo presupposto, ma si limitano a derogarlo parzialmente; mentre è tutt'altro che dimostrato che la rimozione “legale” della doppia (dal punto di vista sessuale) figura genitoriale sia irrilevante rispetto all'esigenza di uno sviluppo armonico della personalità del minore in tutti i suoi aspetti<sup>11</sup>.

È vero che la Corte Europea dei diritti dell'uomo, fin dalla sentenza Salueiro del 1999, ha escluso che un orientamento (omo)sexuale possa da solo essere sufficiente a negare un affidamento familiare; e che nella sentenza resa nel caso *E.B. c. Francia* del 2008 ha confermato che un'adozione richiesta da una persona singola non può essere negata solo in ragione delle tendenze sessuali della richiedente. Nel primo caso, a ben guardare, si parlava di un soggetto già genitore del minore nell'ambito di una controversia con l'altro genitore (di sesso diverso) per l'affidamento del figlio; e non mi sembra però la stessa cosa che riconoscere ad una coppia omosessuale il diritto di adottare o di accedere a tecniche di procreazione assistita. E anche nel secondo, a prescindere dal fatto che la sentenza della Corte EDU sembra fortemente assorbita nella vicenda specifica<sup>12</sup>, la questione proviene da un paese che riconosce “formalmente” l'istituto dell'adozione da parte del singolo (da noi invece non ammesso), facendo in fondo applicazione del principio di non discriminazione per motivi legati all'orientamento sessuale su un terreno che resta quello della comparazione tra condizioni individuali.

<sup>10</sup> A. D'ALOIA, 2006, pp. 350 ss.

<sup>11</sup> Vedi F. D'ANGELI, 2003, p. 22.

<sup>12</sup> C. DANISI, 2010, p. 9.

Ovviamente non è in discussione la sensibilità e la capacità educativa ed affettiva che i soggetti o le coppie omosessuali possono avere e hanno in misura non dissimile o minore rispetto ad un soggetto o una coppia eterosessuale. Il problema è complessivo, riguarda la idoneità di uno schema genitoriale di questo tipo (anche alla luce del contesto sociale e culturale) in rapporto al processo di formazione della personalità del minore e, su questo, le perplessità e le incertezze restano forti e non completamente risolte, come emerge dall'analisi della (invero non priva di contrasti) letteratura scientifica psico-pedagogica.

Nella sua giurisprudenza in tema di adozione, d'altro canto, il Giudice costituzionale ha spesso insistito sul criterio dell'*imitatio naturae* (che è già nella Convenzione di Strasburgo sulle adozioni del 1967), come parametro di valutazione delle scelte o delle omissioni del legislatore (sentt. 184/93 e 198/86). Anche qui, non è un riferimento rigido; esso significa tante cose (non solo il tema della differenza di età tra adottando e adottante; ad es. nelle due sentenze citate si fa riferimento all'importanza di avere entrambe le figure genitoriali) che in questa sede non si possono nemmeno accennare; però, non si può dire che non ha alcun significato, ovvero che può essere completamente pretermesso.

Anche per questo, pensare che la Corte possa sostituirsi al dibattito democratico con una soluzione netta e "vincolante" come quella prospettata in molti interventi, oltre che nelle ordinanze di rimessione, mi sembra effettivamente improbabile.

**5.** Continuo a pensare (non da ora)<sup>13</sup> che bisognerebbe lavorare su basi diverse, che non siano quelle della semplicistica estensione di modelli che hanno una precisa e radicata connotazione giuridica, sia in termini formali che sul piano dell'effettività.

Le unioni tra persone dello stesso sesso sono certamente formazioni sociali nel senso "alto" in cui ne parla l'art. 2 Cost.; la loro dimensione affettiva e relazionale, non diversa da quella che caratterizza un matrimonio o una convivenza eterosessuale, giustifica la ricerca e la definizione di uno statuto giuridico che si muova soprattutto sul versante dei rapporti economici e di solidarietà sociale tra i soggetti della coppia, secondo una linea di gradualità che è sempre preferibile quando si affrontano fenomeni che investono profondamente l'assetto tradizionale di un ordinamento, di alcuni istituti e dei loro stessi presupposti sociali e culturali<sup>14</sup>.

Sarebbe più opportuno, forse, che l'obiettivo "simbolico", per certi versi più "ideologico" che reale, del matrimonio omosessuale, di incerta compatibilità costituzionale, e sicuramente non configurabile alla stregua di un risultato costituzionalmente obbligatorio<sup>15</sup>, fosse accantonato per seguire la strada di una legislazione che si occupi, dentro un contesto di analogia (parziale) e non di identità con il modello del matrimonio, di successione (soprattutto testamentaria), diritto di abitazione e successione nei contratti di locazione o nell'assegnazione di alloggi di edilizia economica e popolare, risarcimento danni in caso di decesso dell'altro partner della convivenza, diritto di visita (in carcere o in ospedale), coinvolgimento nelle decisioni sulle cure mediche del partner incapace, permessi e licenze nel rapporto di lavoro, e altre cose su questa linea.

Una prospettiva di questo genere non è segregazionista o discriminatoria, ma rappresenterebbe un importante passo in avanti della tutela (non solo individuale) dell'omosessualità, senza tuttavia scardinare concetti e nozioni che conservano una oggettiva diversità, il che rende ragionevole pensare a soluzioni differenziate.

È una prospettiva essenzialmente politica, che non vuol dire però rimessa alla discrezionalità senza limiti del legislatore. Se si accetta la premessa di una apprezzabilità costituzionale del percor-

<sup>13</sup> Rinvio a D'ALOIA, 1996 e 2006.

<sup>14</sup> Per alcune interessanti riflessioni su "prudenza e costituzionalismo", tra l'altro proprio sul tema in oggetto, v. ancora Cass R. SUNSTEIN, 2009, p. 285.

<sup>15</sup> Cfr., in termini analoghi, la sentenza del Tribunale costituzionale portoghese prima citata, secondo cui «a recepção constitucional do conceito histórico de casamento como união entre duas pessoas de sexo diferente não permite retirar da Constituição um reconhecimento directo e obrigatório dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo».

so di regolazione giuridica “differenziata” delle unioni omosessuali, il tema potrebbe acquisire una sua rilevanza ed essere finanche oggetto di un invito della Corte al legislatore, già in questo giudizio, nelle forme varie che in più occasioni il Giudice costituzionale ha utilizzato per segnalare (più o meno intensamente e direttamente) all’attenzione del legislatore problemi e istanze meritevoli di disciplina, e (o perché) collocati su un piano di attuazione o di “progressiva” enucleazione di contenuti normativi costituzionali.

Di fronte alla questione così come è stata proposta, invece, pur rimanendo convinto della sua complessità irriducibile a motivazioni e schemi argomentativi validi una volta per tutte, credo sia più fondato aspettarsi una decisione “negativa”, di rigetto o di inammissibilità, magari con un passaggio sulla attualità delle tematiche sollevate, e sulla opportunità (o sulla necessità) che il legislatore provi a dare ad esse una risposta, trovando un giusto e ragionevole bilanciamento tra diritti delle coppie omosessuali e specialità costituzionale del matrimonio (e della famiglia) “eterosessuale”.

### Nota bibliografica

- BONINI BARALDI M., *Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale*, in *Quad. Cost.*, 4/2009.
- CELOTTO A., *La libertà di contrarre matrimonio, fra Costituzione italiana e (progetto di) Costituzione europea: spunti di riflessione*, in *Famiglia*, 2004.
- D’ALOIA A., *Famiglia e nuove formazioni sociali. A proposito delle unioni omosessuali*, in *Riv. Giur. Molise e Sannio*, Napoli, 1996.
- D’ALOIA A., *Sul divieto di discriminazione in base all’orientamento sessuale. Tra identità individuale e pluralismo sociale*, in C. CALVIERI (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2006.
- D’ALOIA A.-TORRETTA P., *Art. 29 Cost. (Questioni costituzionali in tema di famiglia)*, in *Codice ipertestuale della Famiglia*, a cura di G. Bonilini-M. Confortini, Torino, 2009.
- DANISI C., *Il principio di non discriminazione dalla Cedu alla Carta di Nizza: il caso dell’orientamento sessuale*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 2010.
- GATTUSO M., *Appunti sulla famiglia naturale e il principio di eguaglianza (a proposito della questione omosessuale)*, in *Quest. Giust.*, 2/2007.
- GRASSO G., «Dico» sì, «Dico» no: prime impressioni sul disegno di legge Pollastrini-Bindi, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 2007.
- MONTALTI M., *Omosessualità e Costituzione*, Bologna, 2007.
- PEZZINI B., *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritti?*, Relazione introduttiva al Seminario su *La «società naturale» e i suoi “nemici”*. Sul paradigma eterosessuale nel matrimonio, Ferrara, Aula Magna della Facoltà di Giurisprudenza, 26 febbraio 2010.
- ROSSOLILLO G., *Registered partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell’ordinamento italiano*, in *Riv. int. dir. priv. proc.*, 2003.
- RUGGERI A., *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 3/2007.
- RUGGERI A., *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale ...) pretesa a connotarsi come “famiglie”*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, marzo 2010.
- Cass SUNSTEIN R., *A cosa servono le Costituzioni* (tr. it. di *Designing Democracy*, Oxford University Press, 2001), Bologna, 2009.



## Matrimonio e libertà sessuale

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. Definizione del tema. – 3. Sul contrasto con l'art. 2 Cost. – 4. Sul contrasto con l'art. 3 Cost. – 5. Sul contrasto con l'art. 29 Cost. – 6. Un diverso approccio: la libertà sessuale come diritto inviolabile dell'uomo ex art. 2 Cost. – 7. Conclusioni.

1. Le questioni di legittimità sollevate denunciano un contrasto tra la normativa del matrimonio, così come definito nel Codice civile, con i valori fondamentali della Carta costituzionale. In sostanza, si lamenta che il “modello” matrimoniale di riferimento, accolto nella legislazione ordinaria, è esclusivamente quello composto da moglie e marito e, dunque, da soggetti di sesso diverso. Tale dato normativo sarebbe inaccettabile, poiché il divieto legale di ammettere altri e diversi modelli matrimoniali ed, in particolare, il matrimonio tra due persone del medesimo sesso violerebbe diversi parametri costituzionali e precisamente gli artt. 2, 3, 29 e 117, 1° comma, Cost.

Le argomentazioni addotte a sostegno delle ordinanze di rimessione, pur pregevoli per la ricostruzione giuridica offerta e per l'interessante lettura progressista delle norme costituzionali e delle Carte internazionali, non sono facilmente condivisibili. Le eccezioni *de quibus*, infatti, così come definite possono qualificarsi come manifestamente infondate, perché paiono protese a richiedere alla Corte costituzionale l'introduzione “forzata” di un nuovo istituto (il matrimonio omosessuale, appunto) in sostituzione delle prerogative e della discrezionalità del Legislatore. In secondo luogo, possono essere agevolmente criticate poiché denunciano un contrasto della legislazione vigente con parametri costituzionali ed internazionali mediante forzature concettuali rivolte a equiparare, sul piano dei valori, situazioni di fatto assolutamente distinte.

Ciò nonostante e seppur per ragioni diverse, le eccezioni sollevate mi trovano d'accordo nelle conclusioni e, quindi, auspico che le stesse siano accolte. Personalmente, infatti, pur non rinunciando alla preminenza e peculiarità della famiglia “tradizionale” intesa come “società naturale” fondata sul matrimonio eterosessuale (art. 29 cost.), nel contempo ritengo altrettanto inaccettabile vietare il riconoscimento del matrimonio ovvero, se si preferisce, dell'unione omosessuale.

2. Come chiaramente si ricava dalle indicazioni offerte nella traccia, l'art. 2 Cost. sarebbe leso perché, impedendo a due soggetti dello stesso sesso di sposarsi, si lederebbe il loro diritto fondamentale di contrarre un matrimonio. L'art. 3 Cost. sarebbe leso poiché il diritto di sposarsi non potrebbe essere limitato o discriminato in ragione del sesso del coniuge. L'art. 29 Cost. è invocato in quanto il concetto di “società naturale” non può essere definito dal legislatore, sicché esso dovrebbe essere inteso in senso ampio e tale da comprendere ogni forma di società volontaria e spontanea tra persone e, dunque, anche tra omosessuali. L'art. 117, 1° comma, Cost. sarebbe violato, alla luce degli artt. 8 e 14 della CEDU, così come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che ammette per i transessuali la piena libertà di scegliere chi sposare, e dagli artt. 7, 9 e 21 della Carta di Nizza, i quali non porrebbero limitazioni di sorta al sesso dei coniugi, favorendo la più ampia libertà in materia.

Come accennato, le ragioni indicate nelle ordinanze di rimessione prestano il fianco a facili critiche e, pertanto, non risultano particolarmente persuasive. Tuttavia, le stesse fanno emergere profili di indubbio interesse, poiché correttamente connettono il matrimonio omosessuale a fondamentali aspetti della persona omosessuale. Ma perché tale ultimo profilo possa essere adeguatamente ap-

---

\* *Avvocato.*



prezzato, è bene vagliare le argomentazioni addotte con gli articoli della Costituzione invocati dai giudici *a quibus*.

La trattazione seguente, tuttavia, farà riferimento i soli parametri nazionali; non verranno trattati quelli internazionali connessi con l'art. 117 comma 1 cost., in quanto interessa comprendere se i valori costituzionali siano di per sé in grado di giustificare la dichiarazione di illegittimità invocata.

3. L'art. 2 Cost. tutela i diritti dell'uomo sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. Tra queste formazioni sociali ben rientra la famiglia di cui all'art. 29 Cost. Tuttavia, da questa constatazione non discende il diritto a formare una qualunque famiglia sociologicamente rilevante o, per meglio dire, che una qualunque unione di "tipo" familiare sia di per sé giuridicamente rilevante. Ammesso, infatti, che la Costituzione tutela e riconosce il diritto a formare una famiglia, ricavabile dall'art. 29 Cost., la volontà di due persone di vivere insieme di per sé non dà luogo ad una famiglia legittima, cioè ad una famiglia o ad una comunione di vita tra individui riconosciuta e tutelata dall'ordinamento. Il fatto dell'unione ovvero la sua manifestazione per essere giuridicamente rilevante, per definizione, deve rispettare criteri giuridici necessariamente selezionati e definiti dal legislatore ovvero dal Costituente. Da ciò l'ovvia conseguenza che non è concepibile una famiglia legittima al di fuori del dato positivo costituzionale ovvero ordinario. Se così è, dall'art. 2 Cost. non si può ricavare alcuna correlazione necessaria tra famiglia sociologica o sociale o volontaria e famiglia legittima. Si tratta di piani e riferimenti semantici alquanto diversi.

La comunanza ovvero l'analogia empirica, sentimentale tra unioni di esseri umani potrebbe importare, dal punto di vista deontico, una comunanza di disciplina, allorché vi fosse un valore costituzionale che imponga di trattare situazioni simili in modo simile, situazioni diverse in modo diverso. Nel nostro ordinamento, com'è noto, tale parametro è dato dall'art. 3 Cost., articolo non per nulla invocato dalle doglianze dei giudici *a quibus*.

4. Sul punto i dubbi di costituzionalità sollevati sono affascinanti e di indubbio pregio. In sostanza, si lamenta il fatto che se un uomo può scegliere di sposare una donna e viceversa, perché mai non si può scegliere di sposare una persona dello stesso sesso? Non vi è forse una discriminazione basata sul sesso del coniuge? Non è forse vero che la scelta del proprio compagno di vita è un diritto personalissimo? Se così è, perché mai la legge dovrebbe imporre la scelta sul sesso del coniuge? Non vi è allora contrasto con l'art. 3 cost., che impone l'uguaglianza di tutti i cittadini innanzi alla legge "senza distinzione di sesso"?

Tale argomentazione, benché – si torna a ripetere – sia affascinante per la sua semplicità ed apparente pregnanza, risulta, nel caso di specie, frutto di una petizione di principio. Infatti, solo se si dimostra che vi è assoluta analogia tra la comunione di vita tra omosessuali e il matrimonio tra uomo e donna, allora una discriminazione tra matrimoni eterosessuali e omosessuali è illegittima ex art. 3 Cost.; non si può, invece, desumere l'illegittimità di una disciplina "esclusiva" del matrimonio solo perché la stessa impone una distinzione sessuale tra i coniugi.

L'analogia in questione potrebbe essere vista nella comune volontà di vivere insieme, di darsi vicendevole supporto morale e materiale e nell'impegno reciproco alla fedeltà coniugale. Sotto questo profilo, non vi è dubbio che ogni indagine sulla "sincerità", "naturalità" o "normalità" della scelta sarebbe impropria e inaccettabile. Ma se non si può sindacare l'affetto e la sincerità reciproca, si può forse dire che l'atto matrimoniale tra eterosessuali sarebbe per ciò stesso sempre equiparabile a quello tra omosessuali?

La risposta è negativa. Ciò deriva dalla semplice constatazione che così come l'uomo è naturalmente diverso dalla donna, così la coppia eterosessuale è diversa da quella omosessuale. Se non si può discriminare in base al sesso, non si può, tuttavia, neppure negare la diversità sessuale ovvero obliterarla in base ad equiparazioni improprie.

La diversità sessuale delle diverse unioni è sicuramente collegata anche alla diversa funzione sessuale della coppia: nel primo caso, capace di procreare, nel secondo caso no. Certamente, la capacità procreativa non è necessaria per la celebrazione del matrimonio. Tuttavia, nel caso del matri-

monio eterosessuale l'impossibilità biologica della coppia di avere figli non rileva solo se conosciuta ed accettata. Nel caso della coppia omosessuale l'incapacità procreativa comune è, invece, fisiologica e per ciò stesso non potrebbe mai essere addotta a giustificazione dello scioglimento del vincolo matrimoniale. Vi è, allora, una significativa discrasia di situazioni che non permettono una piena sovrapposizione tra unione eterosessuale e unione omosessuale.

Vi potranno essere situazioni nelle quali la distinzione tra coppia eterosessuale e quella omosessuale è assai labile, come nel caso di coppie eterosessuali nelle quali una o entrambi gli sposi siano transessuali. Ma anche in tal caso la piena equiparazione di tali fattispecie sarebbe impropria, poiché per quanto grande sia la capacità di avvicinare le due categorie non si potrà, se non artificialmente, equiparare del tutto le coppie transessuali a quelle omosessuali, posto che per le prime, almeno in Italia, si deve procedere ad una ufficiale rettifica anagrafica del sesso preceduta da un'operazione chirurgica.

Sono, dunque, rinvenibili situazioni di affinità tra l'unione omosessuale e quella eterosessuale, ma le stesse, per ciò solo, non sono pienamente sovrapponibili. Ne risulta, dunque, l'inapplicabilità dell'art. 3 Cost. al caso di specie.

5. La violazione dell'art. 29 Cost. emergerebbe alla luce del concetto di "società naturale" ivi espresso, posto che con tale espressione si farebbe riferimento ad una qualunque società spontanea fondata sulla mera volontà dei suoi membri. In sostanza, la società naturale sarebbe contrapposta ad ogni società legale o civile. Sotto questo profilo l'unione omosessuale, essendo un'unione naturale (in quanto spontanea e volontaria) dovrebbe di per sé essere riconosciuta. Da qui la conclusione sulla incostituzionalità della disposizioni impugnate.

Tale approccio è assolutamente inaccettabile. Il riferimento alla "naturalità" della società familiare è certamente connesso alla volontà dei suoi membri, ma non è un elemento essenziale posto che non tutti i suoi membri ne fanno parte a seguito di proprio atto volontario: i figli, nei migliori dei casi, nascono dalla comune volontà dei genitori, ma non fanno parte della famiglia se non grazie al loro concepimento seguito della loro nascita e, dunque, in ragione di meri fatti "naturali". Oltretutto, nell'art. 29 Cost. il matrimonio è posto come il fondamento della famiglia "legittima", ma tale atto giuridico (il matrimonio, appunto) non può considerarsi un elemento essenziale per la costituzione di ogni famiglia di fatto o volontaria. La possibilità di formare, fuori dal matrimonio, una famiglia è fuori discussione. Se così è, i concetti di "famiglia" e "matrimonio" non solo logicamente equivalenti. Pertanto, non può dedursi dalla possibilità di costituire una famiglia di fatto alcun diritto di sposarsi. In definitiva, l'art. 29 Cost. fa specifico riferimento alla tutela di diritti connessi ad una particolare forma di famiglia, quella formata sul matrimonio, sicché da esso non può dedursi l'equivalenza tra "matrimonio" e ogni comunione volontaria di vita.

Si può, tuttavia, domandare se l'elemento del consenso reciproco, che è alla base del matrimonio, nell'ottica dell'art. 29 Cost. debba necessariamente connettersi ad un rapporto tra uomo e donna. Da questo punto di vista la disposizione *de qua* tace, ma tale silenzio non è affatto ambiguo. Il "referente" del concetto di famiglia, nell'art. 29 Cost., è sicuramente collegato a quella fondata da un uomo ed una donna in vista della procreazione naturale e, dunque, della filiazione. Infatti, l'art. 29 Cost. deve essere letto unitamente agli artt. 30 e 31 Cost.: la famiglia è portatrice di diritti a che lo Stato faccia un *quid* in funzione non già della semplice unione degli sposi ma in vista e per il caso della filiazione.

Da ciò deriva una conclusione fondamentale. La famiglia che deve essere necessariamente riconosciuta ai fini costituzionali è quell'unione che viene posta in essere ai fini procreativi. In questo contesto essa merita una particolare e meritevole attenzione e disciplina. Ma se così è, la distinzione dei sessi degli sposi è connaturale, poiché trattandosi di "società naturale" è necessario che la filiazione avvenga naturalmente cioè non con atto di imperio legale ovvero su licenza governativa. Senza considerare che nella famiglia naturale entrambi i coniugi debbono poter essere genitori naturali dei figli: se così è, è giocoforza concludere per la necessaria diversità dei sessi, poiché solo l'uomo e la donna possono insieme e naturalmente procreare.

Considerare la famiglia tradizionale come necessariamente protetta dalla Costituzione non è cosa di poco conto, ove si consideri l'interesse statale alla nascita, crescita e sviluppo di nuovi e migliori

uomini e si abbiano alla mente talune concezioni ideologiche, non del tutto sopite, che mirano a negare ogni significato di valore al vincolo naturale e, dunque, fattualmente ineliminabile esistente tra genitori e figli.

Ma, allora, si deve necessariamente concludere per l'impossibilità di ammettere un riconoscimento del matrimonio omosessuale? Si deve per forza emigrare o invocare sentenze e valori internazionali per intravedere una soluzione del presente caso nazionale? Credo di no ed i motivi son appresso indicati.

6. Un possibile approccio capace di risolvere positivamente le questioni di legittimità prospettate dovrebbe, a mio avviso, far riferimento alla libertà sessuale come diritto dell'uomo in quanto tale. Se si accetta, infatti, che l'aspetto sessuale non è parte della moralità pubblica, ma è un elemento connaturale della persona umana in quanto tale, allora si può agevolmente ricavare dall'art. 2 Cost. il divieto per il legislatore di vietare l'omosessualità e, dunque, anche la relazione omosessuale. L'eterosessualità o l'omosessualità, infatti, non può essere imposta coattivamente, ma deve costituire una libera, insindacabile e consapevole scelta dell'individuo. Tutto ciò implica, da un punto di vista esegetico, che la Costituzione riconosce come diritto fondamentale dell'uomo la realizzazione della sua piena sessualità anche omosessuale.

Se così è, si può da ciò ricavare l'ulteriore diritto, strumentale al pieno riconoscimento della libertà sessuale omosessuale, a che l'unione omosessuale sia giuridicamente riconosciuta. Se, infatti, l'uomo ha il diritto ad essere omosessuale e se tale diritto è un suo diritto fondamentale, che si ricollega in definitiva alla sua dignità d'essere umano, è giocoforza ritenere che la sessualità, anche nell'ambito omosessuale, può essere pienamente vissuta anche e soprattutto in un stabile rapporto di coppia e non già isolatamente o sporadicamente o in assenza di vincoli. In sostanza, poiché la Repubblica riconosce i diritti dell'uomo, se tra questi diritti vi è anche quello relativo alla rivendicazione della propria sessualità, allora si deve riconoscere giuridicamente anche il rapporto stabile di vita esistente tra omosessuali, allorché questi richiedano e pretendano che tale riconoscimento sia un elemento costitutivo e fondante della loro unione. L'unione giuridica tra omosessuali, infatti, non è altro che una forma di manifestazione della loro comune e reciproca libertà sessuale, che lo Stato deve semplicemente riconoscere, essendogli impedito ogni sindacato in merito. Il che, in altri termini, significa riconoscere agli omosessuali il diritto di sposarsi tra di loro.

Si potrebbe, tuttavia, obiettare che la normativa italiana attualmente vigente non vieta lo svolgimento della personalità omosessuale in termini fattuali e neppure una relazione o convivenza omosessuale *more uxorio*. Sicché, anche da questo punto di vista, non si potrebbero muovere critiche alla disciplina ordinaria del matrimonio, la quale – evidentemente – non vieterebbe alcuna forma di omosessualità.

Un simile approccio, tuttavia, sarebbe alquanto riduttivo e frutto di un errore categoriale. Non interessa, infatti, il caso in cui due individui vogliano avere meri rapporti sessuali o mere relazioni, ma il caso in cui, per un desiderio reciproco comune, desiderino vivere insieme e richiedano che tale loro comune volontà sia giuridicamente rilevante e, dunque, protetta e tutelata dall'ordinamento. In tale situazione, lo Stato (anche italiano) non può semplicemente "tollerare" l'omosessualità come fatto, ma – una volta ammesso il principio di libertà sessuale come diritto dell'uomo – deve tutelarla e, dunque, riconoscerla, così come riconosce l'eterosessualità. Da questo punto di vista, la contrapposizione tra matrimonio "tradizionale" e omosessuale non ha ragion d'essere, poiché ciò che rileva, in entrambi i casi, è la necessità di un doveroso riconoscimento legale della stabile unione di vita tra esseri umani.

Come ulteriore obiezione, tuttavia, si potrebbe sostenere che in realtà non vi sarebbe alcun diritto fondamentale ovvero assoluto al matrimonio, poiché la legge impone divieti matrimoniali e cause di incompatibilità. Tutto ciò è vero, ma è innegabile che tali divieti devono perseguire la tutela di interessi superiori o quanto meno parificati rispetto a quelli tutelati dal "diritto" matrimoniale. Sotto questo profilo, il puro ed assoluto divieto di matrimonio tra persone del medesimo sesso non trova alcuna ragion d'essere, posto che si tratta di un dato puramente formale e non relazionale, cioè relativo a pregressi rapporti familiari o sociali o giuridici tra gli sposi. D'altra parte, la legge impone de-

terminati requisiti formali ai fini della validità dell'atto matrimoniale non già per "capriccio" ma per necessità collegate alla logica giuridica, posto che un fatto, per essere sussunto nella fattispecie, deve necessariamente essere selezionato in alcuni suoi aspetti fondamentali. Il tutto sta nel comprendere se i formalismi imposti siano o meno in effetti strumentali allo scopo (*id est*, ad una adeguata e ragionevole configurazione dell'istituto matrimoniale) ovvero costituiscano inutili orpelli, coi quali si inseriscono (anche subdolamente) autorizzazioni amministrative o altrui, e, dunque, limiti sostanziali all'esercizio di un diritto fondamentale.

Ma, in fondo, forse taluno dirà, perché mai dichiarare incostituzionale l'attuale configurazione del matrimonio civile? In che modo, stando anche alle valutazioni più sopra espresse, tale disciplina è incostituzionale rispetto alla giuridicamente "inesistente" unione omosessuale?

Qui la risposta è piuttosto agevole. L'illegittimità delle disposizioni denunciate deriva dalla semplice considerazione che la normativa in questione, così come pacificamente interpretata, non ammette l'analogia, dovendo essere strettamente interpretata, essendo la materia relativa alla costituzione familiare, soggetta, sul piano della normazione ordinaria, ad un rigido criterio di tipicità. Sicché non vi è altro modo, per espandere la fattispecie matrimoniale oltre i casi previsti, che denunciarne, così come hanno fatto i giudici *a quibus*, l'incostituzionalità là dove si vieta, appunto, il matrimonio tra omosessuali.

Da ultimo, si potrebbe sostenere che così argomentando si svuoterebbe di contenuto l'art. 29 Cost., poiché se ogni unione stabile tra uomini, collegata alla loro sessualità, è già tutelata dall'art. 2 Cost., allora non avrebbe senso la disposizione costituzionale in questione.

Ho già indicato (vedi par. 5) che condivido l'opinione secondo cui la famiglia di cui all'art. 29 Cost. è quella fondata sul matrimonio eterosessuale. Ma tutto ciò non può essere interpretato nel senso di escludere altre forme di unione tra individui. Del resto, i diritti della famiglia, intesa come "società naturale", sono distinti da quelli del matrimonio. Sicché si tratta di piani diversi di valutazione, che se pur collegabili non sono per ciò stesso sovrapponibili. È ovvio che si porrà ed in effetti già si pone il problema se un possibile e pieno riconoscimento del matrimonio tra omosessuali potrà aprire le porte alla fecondazione assistita eterologa ovvero all'adozione di minori. Sul punto mi limito a segnalare che in questo contesto il "diritto naturale" è solo il diritto dell'uomo e della donna di procreare "naturalmente". Partorire o essere fecondati mediante tecniche artificiali o accordi con terzi soggetti ovvero avere figli grazie ad autorizzazioni o provvedimenti costitutivi dell'autorità giudiziaria non sono "diritti umani". Qui, infatti, la società è chiamata ad agire e concorrere concretamente per soddisfare un'esigenza, che non può essere soddisfatta dalla coppia in termini fattuali o naturali. Se così è, qui la discrezionalità del Legislatore è assai ampia e, per l'effetto, potenzialmente insindacabile salvo i casi di manifesta irrazionalità o discriminazione ovvero di violazione di altri valori costituzionali. Ciò nonostante, mi pare che un'assoluta esclusione della capacità adottiva delle coppie omosessuali sia insostenibile in linea di principio. Qui ciò che vale è l'esclusivo interesse del minore ed in riferimento a tale valore non credo che in ogni tempo, in ogni caso ed in qualunque parte del mondo e quale sia la sessualità del minore la migliore scelta sia tra l'adozione da parte di una coppia eterosessuale ed il nulla. Forse, ma dico forse, tra l'abbandono o la miseria o l'isolamento culturale e morale e tra l'amore e l'affetto anche di due genitori dello stesso sesso, sia bene valutare anche quest'ultima possibilità, al di là di ogni ipocrisia e di ogni preconcetto. Ma il punto in questione è fuori tema e, quindi è bene non trattarlo ulteriormente.

È così giunto il tempo di concludere.

7. Non vi è dubbio che il riconoscimento del matrimonio omosessuale avrebbe, specie in Italia, effetti immediati alquanto dirompenti anche e, forse soprattutto, per la tradizione culturale italiana. Ma è oltremodo chiaro che non si può semplicemente auspicare di rinvenire in motivazione una qualche frase interlocutoria da parte della Corte costituzionale, che incoraggi un'iniziativa parlamentare. Infatti, una semplice indicazione sulla non assoluta contrarietà con l'ordinamento costituzionale di un simile istituto (non fosse altro per le indicazioni che in tal senso provengono dagli organismi europei e dalle diverse pronunce della Corte di Giustizia e della Corte europea sui diritti dell'uomo), sarebbe ben poca cosa.

Ciò di cui, a mio sommo avviso, si discute non è la discrezionalità del Legislatore nel disegnare l'istituto matrimoniale, ma se sussista un diritto alla propria identità sessuale e, in caso di risposta affermativa, se lo Stato possa impedire il pieno riconoscimento di una stabile relazione umana e di vita, strettamente connessa alla sessualità della coppia, sol perché un simile riconoscimento non interessa alla maggioranza dei cittadini.

In gioco, dunque, non vi è un "capriccio" o una "bizzaria" di alcune corti di merito ovvero la pura sollecitazione di una considerazione di un fenomeno sociale di cui la collettività sta prendendo sempre più coscienza. In gioco, infatti, vi è il pieno riconoscimento del valore costituzionale della libertà sessuale e della dignità sessuale delle persone.

Qui il pregiudizio così come la derisione e persino l'indifferenza o l'opinione della maggioranza non possono avere alcun peso, trattandosi di diritti umani naturali e fondamentali.

Non amo ridurre il tutto a semplici concetti o a frasi fatte. Ma, forse, il tutto potrebbe essere agevolmente risolto rievocando un antico principio: «non è bene che l'uomo sia solo» (Ge, 2, 18).

SEBASTIANO DONDI\*

## Costituzione naturale e *règle de droit*. Esegesi minima del concetto di famiglia oltre l'*ipse dixit* e le sue immediate conseguenze

**SOMMARIO:** 1. La famiglia: *ante rem* o *post rem*? – 2. Famiglia fondata sul matrimonio e matrimonio fondato sulla libertà. – 3. Il bivio costituzionale.

1. Le tesi che si oppongono a qualsiasi tipo di agnizione normativa del matrimonio omosessuale e, in via più o meno subordinata, a qualsiasi forma di disciplina legale di tali unioni, cercano tradizionalmente di fondare la propria ragionevolezza su quell'art. 29 Cost. che identifica la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»<sup>1</sup>. Da questa definizione bisogna partire dunque sempre (e farvi spesso ritorno) per affrontare *sine ira ac studio* il delicato tema che si pone oggi sotto le lenti jemoliane del giudice costituzionale<sup>2</sup>, foss'anche solo per concludere che si tratti di una trappola ermeneutica priva di qualsiasi valore deontico.

Il 1° comma dell'art. 29, per quanto ci interessa, individua tre sintagmi fondamentali: famiglia, società naturale e matrimonio, secondo un'articolazione precisa. La seconda è nozione sociologica, la terza giuridica mentre la prima sarebbe l'esito anfibio del combinato disposto delle precedenti: realtà sociale giuridicamente vestita. Ebbene, leggendo le parole nella loro sequenza sintattica, secondo la lezione delle preleggi, appare chiaro che non è nemmeno necessario che due persone formino «una società naturale» per sposarsi: il matrimonio è un elemento che si aggiunge al termine società per definire la famiglia ma è da essa distinto. Tutt'al più ciò che rischia una coppia omosessuale sposata, secondo Costituzione, è di non «meritare» la definizione di famiglia.

Ma ritorniamo *ab ovo*. Il giudice di Venezia, nell'ordinanza di rimessione, si diffonde nella sensata e nota argomentazione secondo la quale il Costituente parlando di «società naturale» volesse in realtà marcare l'opposizione tra il nuovo regime e il sistema dei diritti riflessi del fascismo<sup>3</sup>. La tesi è stata certo avanzata, ma non è la sola. In sottocommissione vi furono posizioni forse ancora più interessanti di questa se si vuole sottolineare l'impossibilità di dare una portata determinata al concetto di società naturale, del quale si può (invano) tentare un'esegesi certa. Fra queste tesi si ricordi

---

\* Dottorando in Diritto costituzionale, Università di Ferrara e Paris X-Ouest-Nanterre-La Défense.

<sup>1</sup> Così ad esempio L. VIOLINI, *Il riconoscimento delle coppie di fatto: praeter o contra constitutionem?*, in <http://www.forumcostituzionale.it> e M. CARTABIA in *La famiglia sotto attacco Ue, così ci si può difendere*, intervista, *Avvenire*, 13/6/2008. In questo articolo Marta Cartabia metteva efficacemente in luce come, con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, la Carta dei diritti, divenendo vero e proprio vincolo per gli Stati membri, possa mettere in difficoltà tale impianto teorico, giusta il combinato disposto del suo art. 9 e dell'art. 117 della Costituzione, in quanto la Carta è «scritta in modo tale da consentire il matrimonio omosessuale».

<sup>2</sup> A.C. JEMOLO, *Gli occhiali del giurista*, Padova, 1985.

<sup>3</sup> Sul punto viene citato ampiamente dal giudice di Venezia il discorso in sottocommissione dell'on. Moro, al quale sia lecito aggiungere il riferimento al discorso tenuto nella stessa occasione dall'on. La Pira, avente i medesimi accenti, si veda il resoconto stenografico della prima sottocommissione, 6/11/1946, pp. 344 ss. A sottolineare l'assenza di qualsiasi forma di statalismo etico nella definizione di famiglia, si veda l'intervento dell'on. Mastrojanni sempre in commissione, il quale lamentava (seguito dall'on. Lucifero) la vaghezza della formula adottata in quanto foriera di fornire tutela anche a ogni «famiglia che sorge e si perpetua senza che vi sia il vincolo della legalità formale o «il crisma della santità richiesto dalla concezione cattolica»» (virgolette nostre).

di passata quella di Lelio Basso, che negava qualsiasi rilievo giuridico alla nozione in considerazione e, all'opposto, quella di Umberto Tupini, che avrebbe voluto rendere ancora più stringente il concetto di famiglia come *società di diritto naturale*<sup>4</sup>. Basterebbero le implacabili parole dell'Orlando per tranciare questa "disputa sugli universali" di scolastica memoria e si potrebbe osservare che esiste una netta differenza tra concetti pur indeterminati ma con valore giuridico come uguaglianza e libertà da uno come quello di "natura" che è nozione giuridicamente spuria<sup>5</sup>. Concludendo sul punto: la Costituzione offre, verissimo, una definizione di famiglia. Ma essa è ricavabile da due termini (società naturale e matrimonio) a loro volta però non definiti. Conseguentemente il legislatore potrebbe agire liberamente (nel limite di altri limiti costituzionali) su tali ultimi due termini ampliando *eo ipso* la nozione di famiglia.

Rintracciare l'interpretazione di una legge è arduo ma ancora più difficile cogliere la volontà polifonica del legislatore, tanto più quando si tratta di quello costituente. Non a molto vale forse attardarsi in dispute cabalistiche sull'interpretazione dei resoconti cercandone un'illecita interpretazione autentica. Ciò che può contare, e che deve soddisfare, è che il Costituente non poteva certo avere allo spirito la questione di cui oggi si tratta ed è quindi quanto meno bizzarro dilungarsi in ipotesi nomologiche sul punto per trovare una risposta. Ciò che è certo (anche se è ben poco per alcuni) è lo spazio di libertà che la norma lascia alla famiglia di autoregolarsi al di là dello Stato. Questo conta: essendo la formulazione tanto aperta e compromissoria potremmo dire, schmittianamente, che il Costituente "non ha deciso" sulla famiglia<sup>6</sup>. Ancora: invece di "uccidere i morti" occorrerebbe semplicemente constatare che, se di *natura* si tratta, bisognerebbe trarne le logiche conseguenze. Sembra tutt'altro che disutile osservare che anche se si volesse giungere fino al punto di abbracciare la tesi secondo cui il Costituente parli di "società naturale" con l'intenzione di codificare una certa idea di corpo sociale le cose non cambierebbero di molto. Secondo il leibniziano principio di continuità *natura saltus non facit* ma nemmeno rimane immobile: sociologia e scienza si muovono nella stessa direzione o, almeno, si muovono<sup>7</sup>. La famosa *règle de droit* che reggeva tutto l'edificio giuridico del costituzionalismo di Duguit riposa su questa luminosa evidenza: una norma che il legislatore non ha posto ma esiste già nella società è di per sé regola di diritto che deve essere solo riconosciuta e non

<sup>4</sup> Si veda, a suffragare questa lettura, l'analisi del dibattito in sede costituente contenuta in P. VERONESI, *Costituzione, "strane famiglie" e "nuovi matrimoni"*, in *Quad. cost.*, 2008, pp. 577 ss. e E. ROSSI, *Famiglia fondata sul matrimonio e unioni civili: profili costituzionali ed evoluzione giuridica*, in *Quest. giust.*, 2000, pp. 455 ss.

<sup>5</sup> La "famiglia" viene spesso erroneamente considerata in ambito giuridico come se fosse un assoluto in sé mentre, come ogni *parole*, non è altro che un "discorso" che elabora una realtà umana (di per sé mutevole). Non è dunque entità oggettiva, in quanto appartiene saussurianamente alla sfera della *langue*. Le reprimende di Vittorio Emanuele Orlando contro la "società naturale" sono citate in E. ROSSI, cit., p. 457.

<sup>6</sup> Questa sembra essere anche l'interpretazione del giudice costituzionale, che in più di cinquant'anni di attività, pur avendo evocato a più riprese nella sua giurisprudenza il concetto di famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio" non ha mai definito con nettezza i contorni della definizione, che sembra ormai configurabile come mera clausola di stile. Si veda esemplarmente Corte cost. 146/1970: «*A parte ogni indagine, non necessaria al fine della soluzione della questione, circa l'esatta portata della qualificazione di "società naturale" attribuita alla famiglia (...)*». Vi è di più: l'unica volta (sent. n. 64/1971) in cui la Corte ha deciso in favore di quell'interpretazione che qui si scongiura fu con l'esito costituzionalmente esiziale di "salvare" l'art. 559 del codice penale in merito alla differenziazione dell'adulterio femminile e maschile con la seguente motivazione: «*Con l'affermazione della esigenza dell'unità familiare, in fondo, il legislatore costituente riafferma un orientamento già manifesto nel primo comma dello stesso art. 29, allorché dichiara la famiglia società naturale fondata sul matrimonio: dove la qualifica di "naturale", se non ha un preciso contenuto giuridico, ha certamente implicito il richiamo e il riconoscimento del tradizionale concetto della famiglia, quale tuttora vive nella coscienza del popolo*». Come si sa tale interpretazione è stata salutarmente superata pochi anni dopo dalla pronuncia n. 147/1969, a dimostrare l'insidiosità e la precarietà della lettura sconfessata.

<sup>7</sup> Contrariamente a quanto si vorrebbe far credere la questione del matrimonio omosessuale è tutt'altro che vista con sospetto dagli italiani. Fra i numerosi sondaggi che lo dimostrano si ricordi quello di Eurispes, effettuato nel giugno 2009, secondo il quale il 61,4% della popolazione sarebbe favorevole all'omomatrimento (si veda <http://www.eurispes.it/index.php/Comunicati-stampa/gay-pride-orgoglio-e-pregiudizi.html>). Non è in fin dei conti forse necessario scomodare Emile Boutroux per sottolineare come le leggi naturali, soprattutto in ambito sociologico e giuridico, sono ben lungi dall'essere dettami oggettivi della realtà quanto piuttosto schemi idealtipici usati per regolare i loro interessi contingenti sotto mentite spoglie: E. BOUTROUX, *De la contingence des lois de la nature*, Paris, 1991.

“inventata” dalla legge statale<sup>8</sup>. Ecco la naturalità di ogni famiglia, ossia di ogni nucleo che si riconosca in questa definizione non per statuto ottriatto ma per sua insindacabile decisione. Pensare che una nozione della Costituzione sia tanto pietrificata da non poter essere stata scritta per accogliere le sue evoluzioni significa considerarla un museo nel quale solo la famiglia modello del boom economico può entrare<sup>9</sup>. Desta perplessità poi osservare che la tanto decantata *elasticità* costituzionale delle norme che disciplinano la forma di Governo finisca poi per irrigidirsi miseramente proprio in fatto di “generosità” quando si parla non di limitare ma di espandere la sua prima parte.

2. Proprio perché la famiglia come società naturale preesiste lo Stato, da esso non può provenire alcuna definizione della stessa, a pena di invertire nuovamente il rapporto fra i due e sottoporre l'una all'altro. Negare la *naturalità* del legame tra due persone dello stesso sesso nasconde, in chi nega dignità al matrimonio omosessuale, la vera e propria determinante, ovvero il rifiuto della *normalità* della condizione omosessuale. Ecco come una discriminazione personale ridonda in una esclusione sociale a sua volta congenitamente discriminante<sup>10</sup>. L'idea sottesa a questa interpretazione ipostatica della “natura” è oltremodo fuorviante e condizionata da una lettura veterocattolica del disposto costituzionale (e dello stesso diritto naturale) e del quale, è vero, sono desumibili non poche testimonianze nei resoconti della Costituente (anche se questo, di nuovo, nulla prova). Essa cela due diverse e distinte preclusioni: quella verso qualsiasi tipo di riconoscimento delle coppie di fatto e/o dell'omomatrimento. Da un lato quindi, sempre secondo tale lettura “chiusa” dell'art. 29, una famiglia non fondata sul matrimonio non sarebbe tale. Dall'altro lato, solo una coppia eterosessuale potrebbe accedere al matrimonio: non si vede in base a quale importante distinguo due omosessuali potrebbero essere estromessi dall'istituto se non per il fatto che l'unione non è “naturalmente” (qui il termine è ammissibile in quanto si riferisce ad una verità scientifica) destinata alla procreazione<sup>11</sup>. Ecco che però chi si avvale di questo argomento confonde i requisiti per il matrimonio civile con quelli propri del diritto canonico. In definitiva: se anche volessimo dare un senso al binomio “*società naturale*” non si vede perché si dovrebbe eleggere un significato di diritto naturale non laico e pre-tomistico di *lex divina*<sup>12</sup>. Qui è il discrimine fondamentale che getta luce sulla *ratio* dell'istituto matrimoniale: se

<sup>8</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1927, 633 ss.

<sup>9</sup> Ciò è confermato dalla stessa Corte: «(...) il problema, che non coinvolge, come si è detto, la libertà del comportamento sessuale, può suscitare in Italia, come in altri Paesi, l'attenzione del legislatore sulle sue possibilità di soluzione e i relativi limiti in ordine al matrimonio, che la Costituzione definisce fondamento della famiglia come “società naturale”»; così Corte cost. 98/1979.

<sup>10</sup> Nella sent. 161 del 1985 della Corte cost., che pur persevera nell'utilizzo di espressioni quanto meno discutibili – ai limiti dell'ammissibile – per definire la particolarità della condizione *transgender*, si afferma che «(...) Il transessuale, più che compiere una scelta propriamente libera, obbedisce ad una esigenza incoercibile, alla cui soddisfazione è spinto e costretto dal suo “naturale” modo di essere». Se non bastassero le teorie medico-scientifiche ecco un autorevole riconoscimento giuridico della “naturalità” della condizione *gibt*.

<sup>11</sup> All'obiezione di Ruggeri secondo cui l'unione fra omosessuali sarebbe contro la “naturalità” predicata dall'art 29, posizione sostenuta argomentando per analogia al problema del matrimonio poligamico (si veda A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in <http://www.forumcostituzionale.it>), si ricordi che «la ragione ostativa ad una simile torsione non è l'argomento culturale (...). Più pianamente, la poligamia sembra introdurre una relazione asimmetrica tra marito e mogli di difficile compatibilità con i principi costituzionali dell'uguaglianza dei generi (art. 3 Cost.) e della parità coniugale (art. 29 Cost.)». Così A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei “casi”: la “famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, p. 11.

<sup>12</sup> Sia da notare a margine come l'avversione di sapore confessionale alla tesi dell'art. 29 come *norma aperta* si scontri in realtà con l'analisi storiografica, secondo la quale fu proprio in seno alle prime Chiese cristiane che il rito dell'*adelphopoiesis*, ovvero l'unione che legava in un vincolo di fraternità due uomini, s'impose. Si veda sul punto J. BOSWELL, *The marriage of likeness: same-sex union in premodern Europe*, New York, 1994. Da notare come la tradizionale lettura della coppia di concetti in opposizione “*natura/contro-natura*”, cristallizzatasi nella coscienza collettiva, è legata ad una lettura confessionale dei fenomeni in considerazione o, per meglio dire ad un'interpretazione tutta parziale delle Sacre Scritture che è tutt'altro che chiara ed indiscussa a livello teologico-dottrinale (per questo inidonea per la Chiesa stessa a pronunciarsi *ex cathedra* sul punto). Si veda il commento alla lettera paolina ai Romani elaborato da J. ALISON, *Fede oltre il risentimento*, Ancona, 2007, pp. 153 ss.



esso in una versione “primordiale” (ancora presente nel diritto della Chiesa), era volto al bisogno tribale della riproduzione, da quando nel *Code Civil* suo fondamento è la libertà dei coniugi tutto cambia<sup>13</sup>. Lo dimostra il caso della condizione (legittima) dei coniugi che si uniscono in matrimonio non potendo o non volendo avere figli: *ratio* del matrimonio non è il “naturale” scopo della procreazione ma l’“artificiale” volontà dei coniugi di vivere come tali. Ricostruita così la *ratio* del coniugio improntato sulle libertà e non sulla natura, si vede come sarebbe puramente discriminatorio escluderne due persone solo perché appartenenti allo stesso sesso. Qui si coglie anche lo stretto legame che avvince, nella nostra generazione, i concetti di libertà e diritti. Se certo ognuno gode della libertà negativa affinché lo Stato non s’introduca nella sua sfera privata e nelle proprie opzioni emotive, ecco che quando queste si arricchiscono del bisogno di regolare uno *status* legato alla fruizione di questa medesima libertà nella sua pienezza, nasce una nuova libertà, positiva in questo caso. Essa è determinata dalla necessità che lo Stato dia riconoscimento a quella medesima condizione nata da una libertà di scelta che nessuno, anche allo stato dell’arte, oserebbe negare.

3. Per quanto, come prima si diceva, nulla si può dire sul solo art. 29, ecco che se esso viene letto in combinato disposto con l’art. 2 i termini del problema cambiano. Nulla in Costituzione ingiunge al legislatore di prevedere il matrimonio omosessuale, ma è evidente che, laddove una situazione di fatto esiga di essere riconosciuta dal diritto, il legislatore debba intervenire ai sensi dell’art. 2<sup>14</sup>. Come si vede quindi la possibilità di configurare il matrimonio omosessuale sulla scorta dell’art. 29 è tutt’altro che anodina, per quanto non sia la forma matrimonio che s’impone, ma piuttosto una qualsiasi forma di regolamentazione che consenta ai conviventi di scegliere per quale regime optare, quello legalmente riconosciuto o quello di puro fatto<sup>15</sup>. L’argomentazione secondo la quale l’estensione dell’ombrello dell’art. 29 coprirebbe automaticamente l’ipotesi dell’omomatrimento prova troppo in quanto renderebbe paradossalmente *contra Constitutionem* qualsiasi eventuale disposizione legislativa che mirasse a riconoscere esclusivamente in altro modo le coppie omosessuali. Quello che rileva, in conclusione, non è la forma matrimoniale ma il riconoscimento di *un qualche tipo* di diritto (che il legislatore deve poter ponderare) e lo *status* che ad esso si ricollega, ben sapendo che la Corte potrà apprezzarne la portata e la qualità affinché esso non sia discriminatorio rispetto al modello dell’art. 29, *mutatis mutandis*. Due quindi le basi giuridiche possibili: la prima, necessitata, riferita all’art. 2 e alla sua lapidaria istruzione al legislatore affinché riconosca una formazione sociale nella quale la persona “*svolge la sua personalità*”, che già esiste di fatto e che chiede riconoscimento. Il secondo puntello, eventuale, più forte e penetrante, è quello dell’art. 29. Giusta anche solo questa prima fondamentale scelta di base giuridica (per tacere delle eventuali differenziazioni rispetto al regime del matrimonio tradizionale) si vede come quella di cui si discute sia una *political question* e come s’imponga la scelta del tipo di intervento legislativo. Nessun problema nella prima ipotesi: anche su un’eventuale e tiepida legge sarà possibile al limite, ”in via giurisprudenziale,

<sup>13</sup> La decisione 99-419 DC del 9 novembre 1999 del Conseil Constitutionnel sul PACS è illuminante: «*Le législateur a pu, eu égard à l’objectif qu’il s’est fixé en prenant en compte la situation de deux personnes partageant une vie commune, tenues mutuellement à certaines obligations et liées par un pacte civil de solidarité, reconnaître à ces personnes un certain nombre d’avantages sans porter atteinte ni au principe d’égalité, ni à la nécessaire protection de la famille qui résulte du Préambule de la Constitution de 1946 (...). Si les députés auteurs de la première saisine soutiennent que la loi méconnaîtrait les règles du “mariage civil et républicain” en “instituant une nouvelle communauté de vie”, les dispositions relatives au pacte civil de solidarité ne mettent en cause aucune des règles relatives au mariage; qu’en conséquence, le moyen tiré de la violation de ces règles manque en fait (...).*», in <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

<sup>14</sup> In questa direzione si sono già mosse alcune regioni, la cui previsione statutaria volta a regolare le unioni di fatto non è stata censurata dalla Corte: si veda M. PEDETTA, *La Corte Costituzionale salva gli enunciati degli Statuti regionali sulla tutela delle “forme di convivenze” mettendoli nel limbo (sentt. Nn. 372, 378 e 379/04)*, in <http://www.forumcostituzionale.it>.

<sup>15</sup> Questa conclusione è suffragata dalla stessa Corte, nel momento in cui, con la sent. 166/1998 (ripresa poi dalla recente sent. 140 del 2009) escluse l’equiparazione tra famiglia fondata sul matrimonio e convivenza di fatto argomentando dalla *libera scelta* che porta i conviventi eterosessuali a potersi valere della facoltà di scelta in merito al proprio *status*. Chiaro è che tale opzione non si prospetta per la coppia omosessuale che, quindi, a rigore di logica, dovrebbe godere *ope Constitutionis* di un’equiparazione alla condizione matrimoniale.

giungere ad un avvicinamento di tale deficitaria disciplina a quella matrimoniale<sup>16</sup>.

Verosimilmente e realisticamente parlando non sarà possibile alla Corte creare *ex nihilo*: in assenza di una qualsiasi espressione legislativa essa difficilmente potrebbe esporsi ad una tale rivoluzione dei concetti, che spetta al legislatore fare maturare senza che nessuno possa coprirne le responsabilità. La Corte non può fare giustizia del caso concreto (cosa che, volendo, avrebbe potuto fare, al limite, il giudice *a quo*) ma sanzionare la violazione della norma costituzionale: qui sta forse la differenza col il caso Englaro, che opponeva giudice ordinario e legislatore. Introdurre in via pretoria il matrimonio omosessuale appoggiandosi sull'art. 2 sarebbe probabilmente un po' come creare in giudizio l'eutanasia attiva facendo leva sull'art. 13.

Concludendo, è quantomeno dubbio che si possa chiedere alla Corte Costituzionale di istituire *ope iudicii* il matrimonio omosessuale in quanto non è essa sussidiariamente responsabile della mancanza di coraggio del legislatore. Si può però chiederle, al di là della mancata rima obbligata, di scrivere, ammonendo il legislatore, un'altissima pagina di storia costituzionale, affermando che il matrimonio fra due uomini o fra due donne non viola in nessun punto il sacerrimo patto del 1948 ma anzi lo arricchisce di una nuova consapevolezza, in una società che muta seguita e riconosciuta dal diritto, affinché la forbice che separa famiglia legale e famiglia reale non giunga a divaricarsi insanabilmente. Sarebbe già un buon inizio, il primo passo di una *tripla pronuncia* che si ergerebbe davanti al perdurare dell'inerzia legislativa.

Anche senza rima questo sarebbe forse uno degli inni più belli ai diritti firmato nell'antica Consulta dei papi.

---

<sup>16</sup> Ciò in quanto «a rigore, potrebbe ritenersi discriminatoria l'introduzione di un istituto differente dal matrimonio a tutela delle coppie di fatto (anche omosessuali): si tratterebbe infatti di un doppio binario che in realtà equiparerebbe situazioni da considerarsi incommensurabili, quella della coppia eterosessuale che decide di non sposarsi e quella della coppia omosessuale cui è vietato sposarsi», così A. PUGIOTTO, op. cit., p. 16.



ELENA FALLETTI \*

## Il matrimonio come diritto fondamentale per le persone omosessuali tra uguaglianza, riservatezza e autodeterminazione

**SOMMARIO:** 1. Le tradizioni possono porre dei limiti alla rivendicazione di diritti fondamentali? – 2. Il matrimonio e il principio di non discriminazione. – 3. Uguaglianza e ordine pubblico. – 4. Il diritto alla riservatezza e lo sviluppo della personalità. – 5. Autodeterminazione e scelte terminologiche.

1. La personalità umana è un complesso divenire formato da più elementi che determinano il suo svilupparsi secondo le inclinazioni dell'individuo. Uno di questi è indubbiamente l'orientamento sessuale. Esso concerne la direzione verso la quale un individuo tende a concentrare la propria energia affettiva ed erotica nei confronti di un altro soggetto. Tale direzione viene definita in base ai sentimenti e ai desideri della persona<sup>1</sup>. Perciò l'orientamento sessuale è il fulcro della personalità umana, della condizione personale ed è collegato al rispetto della dignità e della identità. Poiché è così direttamente inerente con la sfera degli affetti esso è parte delle esperienze essenziali della vita quotidiana come il nutrimento, il sonno, il pensiero, la comunicazione. Ad esso non è possibile negare rilevanza giuridica senza cadere in contraddizione con il riconoscimento dei diritti fondamentali della persona e della tutela della sua dignità e personalità.

Discriminare le persone sulla base dell'orientamento sessuale fondandosi su argomentazioni ispirate alla tradizione significa perpetrare un modello discriminatorio che ancora colpisce nella realizzazione concreta di un equilibrio tra la vita familiare con l'accesso alle pari opportunità lavorative e di affermazione professionale per le donne<sup>2</sup> ed anche per le persone il cui colore di pelle diverso indica la loro origine straniera<sup>3</sup>.

Negare cittadinanza al diritto del matrimonio alle persone di orientamento omosessuale in forza di questa loro insopprimibile caratteristica rifacendosi alla nota tradizione romanistica la quale asseriva che «*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*» (*Digesto*, 23, II, fr. I), significa avvalorare, nell'ambito del diritto delle persone e della famiglia quella tradizione che designava la schiavitù quale istituto dello *iuris gentium*<sup>4</sup>, la negazione ai membri della famiglia di una propria capacità a favore del *pater familias*, il quale aveva addirittura un *vita necisque potestas*<sup>5</sup> sui propri figli. Le argomentazioni di stampo tradizionalistico che affondano le loro radici nel diritto romano non riescono ad apportare un contributo costruttivo a questo dibattito legate come sono ad una *Weltanschauung* arcaica e non più accettabile in una società che si possa considerare moderna e liberale. I diritti fondamentali sono stati rivendicati nel nome dell'uomo e del cittadino e riguardano l'essenza medesima dell'umanità, di un rapporto tra persone che

---

\* Ricercatore di Diritto privato comparato, Università Carlo Cattaneo – LIUC, Castellanza (VA).

<sup>1</sup> G. GAMBINO, *Le unioni omosessuali. Un problema di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 15.

<sup>2</sup> International Labour Organization, PR No. 13 – *Report of the Committee on Gender Equality – Sixth item on the agenda: Gender equality at the heart of decent work (general discussion)*, Geneva, 2009, p. 5.

<sup>3</sup> M. AMBROSINI, *La fatica di integrarsi. Immigrati e lavoro in Italia*, il Mulino, Bologna, 2001; K. CALAVITA, *Immigrants at the margins: law, race, and exclusion in Southern Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 58.

<sup>4</sup> C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, X ed., Rubettino, Soveria Mannelli, 2002, p. 140.

<sup>5</sup> C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 155.

riconoscono pari empatia alle esigenze degli altri individui poiché accomunati dalla medesima condizione umana. Si tratta di un riconoscimento di umanità, prima che giuridico, della manifestazione di una essenza della persona che non può essere soffocata o repressa.

Il diritto al matrimonio è infatti uno di quei diritti fondamentali universalmente riconosciuto<sup>6</sup> all'essere umano, che in quanto tale, giunto in una età appropriata, desidera condividere almeno un segmento del proprio percorso esistenziale insieme ad un'altra persona.

2. Il modello eterosessuale del matrimonio fondato sulla visione sacra della riproduzione umana ha dominato per millenni<sup>7</sup> poiché intimamente legato al mistero della procreazione<sup>8</sup>. Al momento scienza e tecnologia hanno svelato tale mistero e le attuali possibilità e competenza dell'intervento medico<sup>9</sup> nel processo procreativo possono venire contestate o negate solo da chi rifiuta la contemporaneità. La rottura provocata dalla scienza del legame tra sessualità e riproduzione è stata il preludio di un ulteriore fenomeno: il rapporto sessuale fra un uomo e una donna non costituisce più la condizione essenziale per realizzare l'evento della nascita, essendo possibile arrivare alla generazione di un altro essere umano con l'ausilio di tecniche artificiali.

In questa prospettiva la procreazione diventa un atto di libera scelta individuale non più vincolato allo scopo esclusivo della perpetuazione della discendenza cui trasmettere il patrimonio familiare, ma un momento di scelta di vita consapevole. Tale realtà ha posto di fronte alla scelta procreativa gli individui che responsabilmente intendano compierla in modo anche indipendente dal loro orientamento sessuale e l'ha scardinata dalla celebrazione del matrimonio. Il matrimonio, quindi, viene vissuto come scelta personale di comunione con un'altra persona, anche in via autonoma dal sesso del coniuge. Ciò è successo in tutti quei Paesi europei ed extraeuropei che hanno riconosciuto validità legale ai matrimoni e alle unioni tra le persone del medesimo sesso ed altresì le istituzioni comunitarie invitano alla cancellazione delle discriminazioni (a questo proposito si deve rammentare la Risoluzione sulla parità dei diritti delle persone omosessuali nella Comunità europea dell'8 febbraio 1994 e quelle che l'hanno seguita nel 2000, nel 2006 e nel 2009).

D'altro canto non tutti i matrimoni tra persone eterosessuali sfociano nella filiazione e non per questo fatto a quelle persone coniugate ma senza figli deve essere interdetto il matrimonio, esclusivamente per adeguarsi ad una situazione che coinvolge la maggioranza dei soggetti eterosessuali. Sotto questo profilo si negherebbe alla persona il diritto di scegliere per sé, secondo autodeterminazione, per conformarsi al modello della maggioranza.

Basare la negazione dell'accesso al matrimonio sul fatto che esso, in quanto tra persone dello stesso sesso sia sterile e incapace di procreare, svaluta il ruolo dell'individuo quale fautore di sé secondo il principio di autodeterminazione, nonché discrimina quelle persone che non sono in grado di procreare per motivi di natura biologica. Quale completamento del percorso sociale ed evolutivo sopra illustrato si deve sottolineare che questa è una decisione che spetta al singolo individuo, e non all'ordinamento statale con divieti legislativi di natura pubblicistica; salvi i limiti posti dall'ordinamento penale sulla libertà del consenso del soggetto e in materia di divieto dell'incesto, il cui divieto viene riconosciuto, seppur con differenti sfumature, quale regola universale<sup>10</sup>.

Ciò posto vi è da sottolineare un ulteriore aspetto in materia di divieto di discriminazione. Esso è esplicitamente fatto proprio dall'ordinamento comunitario e quindi recepito nell'ordinamento inter-

<sup>6</sup> Art. 16 della *Dichiarazione universale dei diritti umani* approvata dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948.

<sup>7</sup> Per esperienze matrimoniali diverse da quella rigorosamente eterosessuale, si veda, L. MAIR, *Il matrimonio: un'analisi antropologica*, il Mulino, Bologna, 1976, p. 44.

<sup>8</sup> S. FERRARI (a cura di), *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, Giappichelli, Torino, 2006; M. BETTINI, *Affari di famiglia*, il Mulino, Bologna, 2009.

<sup>9</sup> A.B. FARAONI, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Giuffrè, Milano 2002, p. 27.

<sup>10</sup> A. P. WOLF, A. H. DURHAM, *Inbreeding, Incest, and the Incest Taboo: The State of Knowledge at the Turn of the Century*, Stanford University Press, Stanford, 2004, p. 109; F. REMOTTI, *I sistemi di parentela*, Loescher, Torino, 1974, p. 73.

no attraverso la nuova vigenza del Trattato di Lisbona che richiama la Carta europea dei diritti fondamentali all'art. 21. Sotto questo profilo viene realizzata una discriminazione di natura terminologica ogni volta che si parla di individuo di orientamento eterosessuale e di individuo di orientamento omosessuale. Come ogni distinzione terminologica questa nasconde una distinzione di ordine concettuale. Le persone vengono discriminate già solo sulla circostanza della distinzione tra eterosessualità ed omosessualità, caratteristiche dell'identità, in quanto il centro della protezione garantita dalla legge è la persona, di conseguenza è l'ordinamento che deve essere al servizio dell'individuo, non il contrario.

3. L'uguaglianza è un punto di arrivo. Si raggiunge questo traguardo attraverso l'eliminazione degli spazi conquistati alla discriminazione. Nello specifico con il riconoscimento del diritto di sposarsi anche per le persone di orientamento omosessuale si permette «che sia assicurato a ciascuno il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità. Correlativamente gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscerlo, per dovere di solidarietà sociale»<sup>11</sup>. Se, come affermato dalla Corte costituzionale nella citata sentenza, il valore meritevole di tutela è l'orientamento psicosessuale della persona quale fattore essenziale alla realizzazione personale, le persone di orientamento omosessuale si trovano discriminate nei confronti delle persone transessuali che abbiano contratto il matrimonio in precedenza alla loro operazione di mutamento di sesso. Infatti, l'art. 4 della L. 14 aprile 1982, n. 164, che regola tale materia, fa riferimento alle successive modificazioni della L. 1° dicembre 1970, n. 898. Tra queste va registrata quella apportata dall'art. 7, della L. 6 marzo 1987, n. 74 all'art. 3 della L. 898/1970, la quale afferma che quando la rettificazione di sesso di uno dei coniugi è passata in giudicato con sentenza, ciascun coniuge può domandare lo scioglimento degli effetti civili del matrimonio. Qualora questi non lo facesse, considerato che si tratta di una potestà esclusiva di ciascun coniuge, non essendo prevista la legittimazione attiva del pubblico ministero, l'ordinamento riconoscerebbe validità ad un matrimonio tra persone del medesimo sesso. Questo è il punto più profondo della violazione del principio di uguaglianza previsto dall'art. 3 della Costituzione tra persone di orientamento omosessuale e quelle transessuali coniugate che abbiamo mutato il loro sesso di nascita.

Vi sono molte altre discriminazioni di ordine sociale sofferte dalle persone di orientamento omosessuale che la Repubblica ha il compito di rimuovere, in tema di uguaglianza tra le coppie eterosessuali coniugate e quelle omosessuali. Si ricordano a questo proposito, a mero titolo esemplificativo, le discriminazioni di natura previdenziale, sanitario, ereditario, fiscale, assistenziale dove i diritti di queste persone o vengono ignorati o concessi per generose iniziative dei singoli<sup>12</sup>, nonostante il ruolo di contribuenti rivestito dalle persone di orientamento omosessuale in quanto cittadini che producono reddito sulla base del loro lavoro e ne subiscono l'imposizione fiscale.

Ci si può domandare se l'argomentazione relativa alla contrarietà all'ordine pubblico interno possa vanificare la bontà delle suesposte argomentazioni. Come affermava il poeta «Nessun uomo è un'isola» e neppure gli ordinamenti possono restare isolati, soprattutto in tempi di intensi scambi personali, culturali e giuridici come questi che stiamo vivendo. L'ordinamento interno deve confrontarsi obbligatoriamente con le situazioni di coppie dello stesso sesso che vedono riconosciuta e formalizzata la loro unione altrove e ne chiedono il riconoscimento in Italia. La giurisprudenza che si era occupata della questione ha affermato che il riconoscimento di matrimonio tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero manca del collegamento funzionale con l'ordinamento straniero e che il ragionamento che lo nega è svolto su un piano rigorosamente giuridico senza alcun «giudizio di valore sull'ammissibilità e dignità dell'unione in esame»<sup>13</sup>. Come se fosse realisticamente possibile valutare l'aderenza delle norme alle fattispecie concrete rimanendo ciechi di fronte alla valenza delle fattispecie esaminate. L'ordine pubblico, quindi, è una giustificazione di natura formale per le-

<sup>11</sup> Corte cost., 23 maggio 1985, n. 161.

<sup>12</sup> *Avrà la licenza per le nozze lesbiche* da *La Stampa*, 19 febbraio 2010, Cronaca di Torino, p. 67.

<sup>13</sup> Trib. Latina, 10 giugno 2005.

gittimare il rifiuto dell'ordinamento a trattare il problema della discriminazione subita dalle persone di orientamento omosessuale in tema di riconoscimento del matrimonio.

4. Il diritto alla riservatezza è sorto come diritto umano nel momento in cui l'individuo ha percepito un bisogno di separazione fisica ed emotiva dai propri simili: i diritti umani dipendono sia dal possesso di sé e del proprio corpo, sia dal riconoscimento che tutte le altre persone siano padrone di sé stesse<sup>14</sup>. Si tratta di una nozione profondamente presente nella storia giuridica occidentale e concerne il continuo innalzamento della soglia del pudore sull'espletamento delle funzioni fisiche, corporali e sessuali: con il tempo infatti le persone iniziarono a dormire o a mangiare da sole o soltanto con i familiari<sup>15</sup>. Dall'estromissione degli altri individui dalla vita personale si giunse infine all'estromissione delle autorità statali. L'esperienza comparatistica suggerisce che esista un diritto dei singoli a definire la propria esistenza senza interferenze da parte delle autorità statali<sup>16</sup>. In questo senso il diritto alla riservatezza riguarderebbe il diritto degli individui, singoli ovvero sposati, di sottrarsi dalle intrusioni governative ingiustificate in ambiti così importanti che coinvolgono la vita intima delle persone<sup>17</sup>.

Alla luce di quanto finora esposto, sarebbe evidente come una caratteristica non violenta della personalità dell'individuo, quale l'orientamento sessuale che viene manifestata nella sfera della vita privata, non possa essere considerata il motivo per negare protezione ai diritti fondamentali. Gli effetti verso i terzi e lo Stato di tale caratteristica, quali quelli fiscali, previdenziali, assistenziali, sanitari, e così via, hanno una duplice valenza egalitaria. Da un lato vengono riconosciuti a quei soggetti che si trovino in una certa situazione personale, ovvero il rivestimento dello *status* di coniuge; dall'altro non comportano pubblico scandalo poiché rimane comunque interdetto tanto alle persone di orientamento omosessuale quanto a quelle di orientamento eterosessuale di compiere comportamenti criminosi quali gli atti osceni in luogo pubblico.

Ulteriormente, onde giustificare la discriminazione di una condizione soggettiva della personalità umana<sup>18</sup> si è spesso fatto riferimento a clausole di salvaguardia relative «all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica e alla salute pubblica, alle attività economiche, allo stato civile e di famiglia e ai diritti riproduttivi, all'istruzione e alla religione»<sup>19</sup>. Tali clausole di salvaguardia, contenute in formule vaghe, fonderebbero pratiche discriminatorie del tutto ingiustificate sotto il profilo del rispetto della riservatezza dell'individuo. Vi è un ulteriore aspetto: attraverso le medesime verrebbe consentita l'intrusione nella vita privata degli individui per ragioni di natura pubblicistica violando la dignità e il diritto di manifestazione della personalità dei soggetti sottoposti a tali investigazioni.

5. In una materia delicata come questa, dove la discriminazione si realizza anche attraverso il sottile uso delle parole, tanto nel linguaggio comune quanto in quello giuridico, parrebbe opportuno proporre una riflessione di natura terminologica. I detrattori del riconoscimento del diritto di sposarsi per le persone di orientamento omosessuale fanno riferimento al dettato costituzionale contenuto nell'art. 29 della Carta fondamentale il quale al primo comma afferma che «la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio», ma né nel 1° comma né nel 2° specifica alcunché sulla differenza di sesso tra i «coniugi» facendovi riferimento soltanto all'egualianza morale e giuridica. I fautori dell'interpretazione storica di tale articolo affermano che ai

---

<sup>14</sup> L. HUNT, *La forza dell'empatia. Una storia dei diritti dell'uomo*, Editori Laterza, Bari-Roma, 2010, p. 15.

<sup>15</sup> L. HUNT, *La forza dell'empatia*, cit.

<sup>16</sup> *Planet Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey* 505 U.S. 833 (1992), in tema di aborto.

<sup>17</sup> *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972), in tema di aborto.

<sup>18</sup> G. GAMBINO, *Le unioni omosessuali*, cit., p. 29

<sup>19</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 14 gennaio 2009 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea 2004-2008 (2007/2145(INI)), n. 37.

tempi della sua stesura era assolutamente impensabile soltanto parlare di nozze accessibili alle persone di orientamento omosessuale.

“Società naturale”, “eguaglianza morale e giuridica”, “coniugi” sono concetti che non vanno intesi storicamente, ma attualizzati nel contesto vivente della società, poiché la Carta costituzionale deve vivere di autonomia propria e consistere in un ponte tra le generazioni passate e future che in essa si riconoscano e ne condividano i valori. Né si deve attribuire ai suddetti concetti una sfumatura legata al genere dei consociati che accedono al matrimonio poiché la “natura” in se stessa è inclusiva, non esclusiva, verso il genere essendo riconducibili in essa tutti i viventi.

Il ruolo previsto nella coppia dal “marito” piuttosto che dalla “moglie” concerne una funzione etichettabile su modelli di sviluppo sociale connessi con passaggi dell’evoluzione della specie umana ormai pressoché scomparsi, legati sostanzialmente al procacciamento del cibo<sup>20</sup>, oggi facilmente reperibile con processi di produzione e distribuzione industrializzata, quasi avulsi dall’origine naturale del nutrimento.

Il termine “coniuge”, proprio sia del linguaggio giuridico sia di quello comune, riesce a superare la discriminazione terminologica finora subita dai soggetti di orientamento omosessuale che intendono sposarsi. Esso consente l’esercizio di diritti fondamentali dei soggetti di orientamento omosessuale al pari di quelli di orientamento eterosessuale quali quello all’autodeterminazione di sé, al matrimonio, allo sviluppo della personalità. Inoltre, l’utilizzo di tale termine permetterebbe il superamento della classificazione realizzata con termini, per non definirli etichette, “eterosessuale” piuttosto che “omosessuale”, aprendo la via al pieno sviluppo della personalità di tutti i soggetti indipendentemente dalle loro condizioni sociali quale quella di natura sessuale. In conclusione, la sostituzione del termine “coniuge” da parte della Corte costituzionale nel testo delle norme relative alla disciplina degli adempimenti formali e sostanziali del “marito” e della “moglie” consentirebbe il superamento della incostituzionalità della norma implicita nell’ordinamento che vieta il matrimonio ai nubendi dello stesso sesso.

---

<sup>20</sup> E. FRIEDL, *Women and Men. An Anthropologist's View*, Holt, Rinehart and Winston, New York, 1975, p. 19.





PIETRO FARAGUNA \*

## Alla ricerca di un “oggetto positivamente non identificato”

SOMMARIO: 1. Norme senza disposizioni. – 2. Diseguali di fronte alla legge per ragioni di ordine personale? – 3. La possibilità di un’interpretazione adeguatrice. – 4. Quali conseguenze (per questa decisione della Corte)?

1. Si è soliti ritenere che gli elementi minimi per identificare una questione di legittimità costituzionale siano l’oggetto, il parametro e i profili della questione. Normalmente l’oggetto della questione è l’elemento che presenta meno complicazioni: è di solito piuttosto chiaro di che cosa si sospetti l’illegittimità costituzionale. Non è questo il caso. Tutt’al contrario, c’è un’aurea di incertezza che circonda l’oggetto: ne è testimone l’impossibilità di sovrapporre le disposizioni impugnate dai giudici *a quo*, i quali, tuttavia, ci è consentito ritenere avessero in mente lo stesso dubbio di legittimità costituzionale.

La pronuncia che si chiede alla Corte, questo sembra pacifico, pare avere una veste additiva: si chiede al giudice delle leggi di censurare l’esclusione delle coppie omosessuali dalla possibilità di contrarre matrimonio. Ovvero di “aggiungere” le persone dello stesso sesso ai soggetti che possono legittimamente contrarre matrimonio. Ma non è dato ritrovare con precisione la fonte giuridica da cui deriverebbe l’esclusione: mettendosi nei panni di un legislatore omofobico, la collocazione “naturale” di un tale divieto sarebbe certo stata la sezione I, Capo II, Titolo VI, Libro I del codice civile: «delle condizioni necessarie per contrarre matrimonio». Scorgendo la sezione non si ritrova però alcun divieto. Questa è cosa nota. Si dice allora che il fatto che con il termine “matrimonio” si intenda l’unione di persone di sesso diverso è nella *natura stessa delle cose*. E a sostegno di questa *naturale* interpretazione del lessico matrimoniale vi sono le disposizioni del codice civile (artt. 107, 108, 143, 143-bis, 143-ter, 156) che descrivono i coniugi come “marito” e “moglie”. A questo argomento lessicale si suole quindi aggiungere l’argomento letterale, riferito allo stesso termine “matrimonio”: qualunque vocabolario di lingua italiana [che si rispetti] definirà il matrimonio come una forma di unione tra persone di sesso diverso. Così gli ufficiali di stato civile, per motivare il diniego delle pubblicazione, e i giudici aditi per rigettare i ricorsi che contestano quei provvedimenti di diniego, con il sostegno di parte della dottrina, citano la secolare tradizione interpretativa<sup>1</sup>, o giungono ancora all’argomento dell’interpretazione dell’intento originario, con allegati ampi stralci dagli atti dell’Assemblea costituente<sup>2</sup>.

---

\* Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Ferrara.

<sup>1</sup> Così l’ufficiale di stato civile di cui all’ordinanza del 3 aprile 2009 del Tribunale di Venezia, sez. III civile, motiva il diniego alle pubblicazioni: «considerato che l’istituto del matrimonio, nell’ordinamento giuridico italiano è inequivocabilmente incentrato sulla diversità di sesso dei coniugi, desunto dall’insieme delle disposizioni che disciplinano l’istituto del matrimonio, tanto che tale diversità di sesso costituisce presupposto indispensabile, requisito fondamentale per la fattispecie del matrimonio, a tal punto che l’ipotesi contraria, relativa a persone dello stesso sesso, è giuridicamente inesistente e certamente estranea alla definizione del matrimonio, almeno secondo l’insieme delle normative tuttora vigenti». Lo stesso ufficiale di stato civile, per spiegare l’assenza nel nostro codice civile tra gli impedimenti al matrimonio, dell’identità di sesso dei coniugi, spiega che ciò avviene «non perché tale condizione sia irrilevante, bensì perché essa, a differenza dei semplici impedimenti, incide sulla stessa identificazione della fattispecie civile che, nel nostro ordinamento, possa qualificarsi matrimonio». L’ordinanza è reperibile all’indirizzo <http://www.amicuscuriae.it>.

<sup>2</sup> Per una panoramica delle ricostruzioni fondate sull’*original intent*, si veda P. VERONESI, *Costituzione, “strane famiglie” e “nuovi matrimoni”*, in *Quad. cost.*, 3/2008, pp. 579-583.

Quel che più conta ai fini della presente indagine è che l'oggetto della questione sembra assumere una sostanza prettamente interpretativa: si chiede infatti di censurare l'omissione legislativa dell'accesso di una determinata categoria di soggetti a una libertà costituzionalmente fondata (quella di contrarre matrimonio), ma allo stesso tempo si ammette che l'omissione legislativa non è (direttamente) desunta da alcuna disposizione di legge, bensì dall'interpretazione sistematica di una variegata serie di disposizioni, alcune legate alle modalità per perfezionare il vincolo matrimoniale, altre alla costanza del rapporto. Tale norma viene impugnata nella parte in cui non ammette al matrimonio le coppie dello stesso genere. Nella parte, cioè, dai giudici stessi ricavata attraverso l'applicazione di criteri interpretativi che generano la norma di divieto da disposizioni che espressamente non la prevedono.

Da questa intricata trama sorge il sospetto che la questione prospettata dai giudici remittenti, proprio perché invocante una soluzione tutta compresa nel terreno interpretativo, possa venire risolta senza l'intervento della Corte costituzionale.

2. Qualunque sia la provenienza del divieto di contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso, c'è da chiedersi se tale situazione normativa comporti un'illegittima discriminazione di fronte alla legge per ragioni di ordine personale. Non spenderò molte parole sul punto, non perché non ne meriti, ma perché altri, in questa sede, l'hanno affrontato esaustivamente. Mi limiterò ai punti fondamentali: una volta ammesso che la famiglia è una delle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., una volta rigettata l'essenzialità della funzione riproduttiva della famiglia (e su questo, non credo vi sia necessità di argomentare), non vi è alcuna *ratio* che legittimamente possa porsi a fondamento della discriminazione che deriva dall'esclusione dei soggetti omosessuali dalla libertà matrimoniale. Tutt'al contrario, si integra una violazione del nucleo duro dell'eguaglianza in quanto la discriminazione è fondata sulla base dell'orientamento sessuale<sup>3</sup>.

Alcuni eccepiscono che l'estensione alle coppie omosessuali della libertà di accedere all'istituto matrimoniale sarebbe fortemente impopolare. Si giungerebbe a un risultato non voluto da alcuna maggioranza: non contemplato dalla maggioranza dei Costituenti i quali, non vi è bisogno di approfondire, non immaginavano certo di includere nella Carta fondamentale una forma di tutela della libertà matrimoniale delle coppie omosessuali. È un risultato non voluto dalla maggioranza politica, probabilmente da nessuna maggioranza politica storicamente esistita nel Parlamento italiano. È un risultato presumibilmente non voluto dalla maggioranza sociale del Paese<sup>4</sup>. Ma è un risultato a cui conduce la combinazione di principi e diritti a cui "le maggioranze" sono approdate: la libertà matrimoniale e la parità dei coniugi, il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale. Una volta affermati questi principi, il nucleo duro dell'eguaglianza impedisce di negarne irragionevolmente l'estensione ad una categoria di soggetti, parificando "verso l'alto" la discriminazione, e compiendo la missione principale di una Costituzione rigida: la funzione anti-maggioritaria di una Costituzione che si pone a presidio delle minoranze.

---

<sup>3</sup> Così A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio"*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, p. 16, osserva come la discriminazione entri in rotta di collisione con il nucleo duro del principio di eguaglianza formale. Ironia della sorte, si tratta di una discriminazione fondata su ragioni di ordine personale: la stessa lesione del nucleo duro dell'eguaglianza in base alla quale molti autori ritengono che la sospensione dei processi per le alte cariche dello Stato sarebbe illegittima, anche se fosse introdotta con legge costituzionale. Si vedano ad es. le approfondite analisi condotte in F. MODUGNO (a cura di), *La legge Alfano sotto la lente del costituzionalista*, in *Giur. it.*, 3/2009, pp. 767-792, e gli interventi svolti nel corso del seminario *Amicus curiae 2009*, oggi raccolti nel volume R. BIN-G. BRUNELLI-A. GUAZZAROTTI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Il Lodo ritrovato, una quæstio e un referendum sulla legge n. 124 del 2008*, Torino, 2009 (e-book). La (quasi) unisona voce della dottrina nel caratterizzare come principio supremo il nucleo duro dell'eguaglianza, quando è volto a limitare gli abusi del potere politico, sembra diventare polifonica e meno stentorea quando serve a estendere l'accesso a una libertà da parte di un'odiata minoranza. Aggiungo che dovrebbe far riflettere il fatto che – nel 2010 – si discuta con ancora così tanta incertezza sulla ragionevolezza di discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, una di quelle condizioni che erano incluse tra i "titoli" legittimanti "un biglietto per Auschwitz".

<sup>4</sup> Per quanto ciò non sia scontato, e i precedenti storici dei *referenda* su divorzio e aborto inducano a essere cauti nel ritenere che la società sia più conservatrice della politica. Si vedano, soltanto a titolo di "indizio", i risultati di un recente sondaggio de *ILSole24ore*, dai quali risulta che per il 79% degli interpellati è ingiusto che in Italia siano vietate le nozze tra persone dello stesso sesso, <http://www.ilssole24ore.it>.

3. Si dirà però, con un'iniezione di sano realismo, che un'interpretazione adeguatrice – in questo caso – era impossibile: lo afferma espressamente uno dei giudici *a quo*, secondo il quale «il chiaro tenore delle norme sopra indicate [quelle che adoperano il lessico “marito” e/o “moglie”] esclude la possibilità di un matrimonio tra persone dello stesso sesso e ciò si spiega con una consolidata e ultramillennaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna»<sup>5</sup>.

Al di là delle ricostruzioni del remittente, mi sembra sia possibile riunire le argomentazioni interpretative mosse contro la possibilità di un'interpretazione adeguatrice in tre categorie: l'applicazione alla disciplina codicistica del criterio interpretativo sistematico-letterale (il lessico “marito-moglie”); l'applicazione del criterio interpretativo letterale alla nozione di matrimonio contemplata dalla legge (il senso comune della parola “matrimonio”); l'applicazione dello stesso criterio alla nozione costituzionale di matrimonio (in particolare, il senso comune della parola “matrimonio” di cui all'art. 29 Cost.).

Mi sembra che il primo argomento sia quello più facilmente superabile: considerato che la legge prescrive che marito e moglie siano posti in posizione di parità, non vi è nessun inconveniente nel sostituire a questi significanti il significato *unisex* di coniugi: trattandosi degli «stessi diritti [...] e doveri»<sup>6</sup>, dell'«obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione»<sup>7</sup>, a nulla serve individuare tra i coniugi chi sia il marito e chi la moglie. Dubbi insorgerebbero soltanto per quanto concerne le disposizioni che disciplinano il cognome della moglie<sup>8</sup>. In questo caso non si può però correre il rischio di capovolgere il rapporto tra legge ordinaria e Costituzione: c'è infatti modo di ritenere che l'art. 143 *bis* («la moglie aggiunge al proprio cognome quello del marito») non dovrebbe essere operata nel senso di informare del paradigma eterosessuale la nozione costituzionale di famiglia, ma piuttosto andrebbe letta nel senso di riconoscervi un residuo di quella concezione del matrimonio fondata sulla subordinazione femminile che è stata (almeno sul piano formale-positivo) ormai definitivamente ritenuta incompatibile con il quadro costituzionale vigente, con il quale l'imperialismo del cognome maschile pare disallineato<sup>9</sup>.

Ancor meno convincente è l'argomento linguistico che il giudice di Firenze ricava dall'art. 12 delle preleggi, nella parte in cui impone di «interpretare le norme [*rectius* le disposizioni, proprio qui sorge il problema] senza stravolgere il significato delle parole attraverso le quali si manifesta l'azione del legislatore»: significato proprio che impedirebbe una possibile interpretazione della nozione di matrimonio che ammettesse anche coniugi dello stesso genere.

Il criterio interpretativo letterale è certamente importante, ma non può considerarsi qui esaurita la funzione dell'interprete<sup>10</sup>. Mi sembra anzi che, nel caso di specie, l'applicazione del criterio letterale (inteso come senso comune della parola matrimonio) sia da maneggiare con una certa prudenza: se l'interpretazione secondo il senso comune della legge ordinaria conduce a norme incostituzionali non vi è nulla di strano nel preferire a quel percorso interpretativo un altro, che conduca a norme costituzionalmente legittime.

Diversamente si rovesciano le poche certezze in tema di gerarchia della fonti che sono rimaste

<sup>5</sup> Ordinanza dell'11 dicembre 2009, Trib. Ferrara, reperibile all'indirizzo <http://www.amicuscuriae.it>.

<sup>6</sup> Art. 143 c.c., 1° comma

<sup>7</sup> Art. 143 c.c., 2° comma

<sup>8</sup> Artt. 143 *bis* e 156 *bis* c.c.

<sup>9</sup> La disarmonia è sottolineata anche dalla Corte (*ex multis* sentt. n. 145/2007 e 61/2006 seppure con riferimento alla trasmissione del cognome ai figli), che non ha però accolto le questioni per non interferire con la discrezionalità del legislatore. La problematica incomincia a essere percepita anche dal legislatore: in questa XVI legislatura pendono diversi disegni di legge alle Camere, di iniziativa politica *bipartisan* (A.S. 86/2008, A.C. 36/2008 che riunisce A.C. 1053, 1699 e 1712/2008) che propongono la seguente modifica dell'articolo qui in discussione: «Art. 143 *bis* (Cognome dei coniugi) – Ciascun coniuge conserva il proprio cognome». Il *drafting* della disposizione che, invece di limitarsi ad abrogare espressamente l'art. 143 *bis* vigente, dispone un precetto assolutamente ovvio (nessuno avrebbe pensato di mantenere il solo nome, privo di cognome, dopo le nozze), è rivelatore della forza del fattore tradizionale, che prevale sulla matrice razionale della legge.

<sup>10</sup> Se così fosse, i giudici dovrebbero applicare la disciplina dell'affitto a «tutti i contratti con cui il proprietario cede ad altri l'uso di cosa propria per un tempo determinato e dietro compenso» (BATTAGLIA, *Grande dizionario della lingua italiana*).

nell'ordinamento: la legge va interpretata alla luce della Costituzione, e non la Costituzione alla luce della legge<sup>11</sup>.

Ritenere poi che sia impensabile – a legislazione invariata – estendere la nozione di matrimonio alle coppie omosessuali per il fatto che il “vero” matrimonio è soltanto quello eterosessuale, perché questa verità ci è consegnata da una “tradizione ultramillenaria” che ne ha pietrificato il paradigma eterosessuale – perché insomma “si è sempre fatto così” – è un argomento non giuridico, che ricorda alcuni pericolosi atteggiamenti di *groupthinking*<sup>12</sup> attraverso i quali si rende onore alla tradizione per mero ossequio alla tradizione stessa. La debolezza dell'argomento tradizionale mi sembra peraltro già smentita dalle quattro ordinanze che hanno sollevato la questione che qui si discute – oggi realtà e fino a poche decine d'anni fa “fantadiritto” – le quali, per il semplice fatto di ritenere non infondato il dubbio di legittimità costituzionale, provano l'inconsistenza di quella tradizione ultramillenaria.

Più insidioso è il terzo argomento: se la nozione di matrimonio di cui all'art. 29 Cost. sottintendesse il paradigma eterosessuale, vi sarebbe una copertura costituzionale all'interpretazione delle disposizioni di legge che poc'anzi si è contestata. Al di là della falsificabilità delle argomentazioni sulla base delle quali si giunge ad individuare il paradigma eterosessuale sotteso all'art. 29 Cost.<sup>13</sup> mi sembra che questa ricostruzione non tenga conto del fatto che la Costituzione va letta come un tutt'uno<sup>14</sup>, e che le stesse disposizioni costituzionali vanno interpretate alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento<sup>15</sup>. Se l'interpretazione secondo il senso comune delle parole dell'art. 29

<sup>11</sup> Per questo ragione non mi sembra davvero possibile liquidare l'interpretazione conforme affermando che «è ragionevole pensare che la pretesa di una interpretazione conforme debba arrestarsi dinanzi alla oggettività della volontà politica del legislatore», così N. PIGNATELLI, *Dubbi di legittimità costituzionale sul matrimonio “eterosessuale”: profili processuali e sostanziali*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, p. 12.

<sup>12</sup> È un atteggiamento che ricorda la *wet monkeys' theory*: è infatti come se si chiudessero cinque scimmie all'interno di una gabbia, ove è appeso un casco di banane al quale è collegato un meccanismo automatico per il quale, ogniqualvolta una di esse tenti di avvicinarsi, la gabbia venga spazzata da uno spruzzo d'acqua gelida. Dopo un paio di tentativi le scimmie più sveglie capiranno il legame. Quando un nuovo tentativo di avvicinarsi al cibo verrà messo in atto, lo bloccheranno, assalendo la scimmia che si avvicina al casco di banane. Sostituendo una delle cinque scimmie originarie con una nuova, questa, non essendo stata edotta della regola, tenterà di avvicinarsi al cibo, e verrà assalita dalle altre. Sostituendo un'altra delle scimmie originarie, la nuova arrivata si recherà ancora al casco di banane e verrà violentemente impedita da tutte le altre scimmie (compresa quella che non sa perché a sua volta era stata impedita). Continuando la sostituzione, e allo stesso tempo rimuovendo l'automatismo, si giunge alla situazione per cui nessuno degli animali sarà stato testimone dell'esigenza alla base della regola, esigenza nel frattempo venuta meno, eppure tutti la faranno puntualmente rispettare: “perché si è sempre fatto così”. Meglio quindi, tornando all'interpretazione della nozione di matrimonio, limitarsi agli argomenti razionali, anche perché «servire la tradizione per mero riguardo verso la tradizione stessa non rientra certamente tra gli scopi del diritto» (M. GUTTUSO, *La Costituzione e il matrimonio fra omosessuali*, in *Il Mulino*, 2007, p. 457). Limitarsi alla considerazione dei soli argomenti razionali valorizza la sottile differenza tra scimmia e uomo: è il caso di aderire quindi alle parole di A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei “casi”*, cit., p. 15, secondo il quale è necessario «verificare se sussistano argomenti razionali (e non morali né attinti dalla tradizione) che giustificano l'attuale situazione normativa». Lo stesso autore prosegue quindi affermando che «quali siano questi argomenti razionali, veramente non saprei dire», *ivi*, p. 16.

<sup>13</sup> Si tratta di un approccio originalista, oppure di nuovo della tradizione ultramillenaria, oppure dell'inscindibilità della nozione di matrimonio di cui all'art. 29 Cost. con la prescrizione di eguaglianza dei coniugi, che il Costituente opponeva alla tradizione di famiglia fondata sulla subordinazione femminile. Così, ad es. l'intervento in questa seminario di A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale ...) pretesa a connotarsi come famiglie*, già in <http://www.forumcostituzionale.it>, pp. 5, 6. È una strana distinzione quella che, in argomento matrimoniale, viene tracciata tra tradizioni “buone” e “cattive”.

<sup>14</sup> A maggior ragione nella materia coinvolta in queste vicende, per la quale è vero che «esistono diverse norme costituzionali coinvolte [...]: appoggiarsi ad alcune soltanto di queste (o, ancor più, a loro frammenti) non appare consono alla complessa trama delle situazioni soggettive sotto la lente», così P. VERONESI, *Costituzione, “strane famiglie” e “nuovi matrimoni”*, cit., p. 577. Un'impostazione simile è sottesa al discorso di A.Y. MELANI, *Il matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale: azzardo o svolta?*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, p. 4, laddove esclude che l'art. 29 Cost. possa contemplare «la sola famiglia tradizionale perché vorrebbe dire asserire una contraddizione del legislatore costituzionale (attualmente inteso) consistente nel vietare discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, per poi cambiare idea ventisei articoli dopo».

<sup>15</sup> La tecnica di interpretazione conforme delle stesse disposizioni costituzionali è, in ordinamenti vicini al nostro, un dato acquisito: naturalmente l'interpretazione dovrà essere conforme non all'intera Costituzione, bensì ai soli principi intangibili. Per un caso molto noto di interpretazione conforme ai principi supremi di disposizioni costituzionali, si veda, nell'ordinamento tedesco, il cd. *Abhörurteil* (BVerfGE 30, 1).

Cost. comporta una violazione del principio supremo di eguaglianza<sup>16</sup>, ciò significa che è necessario ricavare una norma diversa dalla medesima disposizione, abbandonando l'interpretazione letterale: non diversamente laddove la Costituzione si riferisce espressamente a «tutti i cittadini», non si è esitato a dare alla parola “cittadini” il significato di “qualunque persona”, per quanto l'interpretazione secondo il senso comune non lo suggerisse affatto<sup>17</sup>.

Ecco quindi che, ora come allora, la violazione del nucleo duro dell'eguaglianza bussava alla porta dell'interprete (dell'ufficiale di stato civile, del giudice ricorrente, ma anche della Corte costituzionale), presentandosi con un peso specifico che non è certo paragonabile ai criteri interpretativi che si sono più sopra elencati (e, in parte, confutati). Sembra quindi che un'interpretazione conforme non solo sia possibile, ma sia imposta dai principi fondamentali dell'ordinamento. E a questo spiraglio non si può chiudere la porta opponendo la tradizione ultramillenaria, il “si è sempre fatto così”.

4. Sulla base delle premesse qui tracciate, la decisione a cui la Corte sarà tenuta il 23 marzo 2010 dipende quindi da una sola variabile: inammissibilità (per mancata interpretazione conforme) se non si ritenesse già formato un diritto vivente sul punto<sup>18</sup>; interpretativa di accoglimento, laddove la Corte ritenesse – al contrario – già formato un diritto vivente che, normativizzando il paradigma eterosessuale, esclude la possibilità di ricorrere all'interpretazione conforme. Diversi fattori inducono a ritenere che la Corte potrebbe privilegiare la strada dell'inammissibilità, per rinviare il grattacapo ad un'altra occasione e intanto stimolare l'emersione di una tensione interpretativa nella giurisprudenza di merito. Soltanto chiedendo ai giudici l'interpretazione conforme (o se non chiedendola, aprendovi uno spiraglio), qualcuno di essi potrà sentirsi legittimato a rompere il tabù, accogliendo un ricorso simile a quelli che hanno generato la presente questione. Se questo “compromesso” sia da considerarsi una vittoria o una sconfitta, dipende dalla prospettiva che si assume per definire vittorie e sconfitte. Ponendosi dalla prospettiva dell'attuazione del supremo principio di eguaglianza potrebbe sembrare, se non una sconfitta, un rinvio. Ciò che sembra confermare, ancora una volta, la “conclusione delle conclusioni” di questo incontro: davvero «è solo una questione di tempo»<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Il principio di eguaglianza è considerato dalla Corte stessa tra quei principi «talora definiti “supremi”, che qualificano indefettibilmente e necessariamente l'ordinamento vigente»: cfr. sent. n. 15/1996.

<sup>17</sup> *Ex multis*, Corte cost. nn. 120/67, 104/69 e 144/70 (ringrazio Francesca Biondi Dal Monte per i riferimenti giurisprudenziali). Ancora a titolo di esempio si riporteranno le perentorie parole di M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali – L'esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 228, il quale a proposito dell'estensibilità agli stranieri di diritti fondamentali che la Costituzione espressamente destina ai soli cittadini, afferma che «il solo dato certo che emerge dalla giurisprudenza [...] è che il giudice costituzionale ritiene irrilevante il dato testuale». Sempre a provare la plasticità del testo costituzionale, P. VERONESI, *Costituzione, “strane famiglie” e “nuovi matrimoni”*, cit., pp. 585-586, cita gli esempi degli artt. 2, 11 e 32 Cost., il cui orizzonte normativo è stato condotto dall'interprete ben oltre il contesto genetico della disposizione.

<sup>18</sup> *Contra* si veda l'intervento, in questa medesima sede, di Andrea Pugiotto, secondo il quale non solo l'andamento costante della giurisprudenza, ma anche la prassi amministrativa espressa nelle circolari e nei pareri del Ministero dell'Interno sarebbe prova inconfutabile dell'esistenza di un diritto vivente d'ostacolo ad un'interpretazione adeguatrice; ancora *contra*, A.Y. MELANI, *Il matrimonio omosessuale*, cit., 2 e 5, che pur prospettando astrattamente lo scenario della sentenza di inammissibilità, non ne condivide la scelta, proprio perché «per diritto vivente, è come se il requisito dell'eterosessualità fosse scritto».

<sup>19</sup> F. BILOTTA, *La tutela giuridica della famiglia omosessuale*, in ID. (a cura di), *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato*, Mimesis, 2008, p. 220, oppure su <http://www.personaedanno.it>.



GIAN MARIO FELICETTI \*

## Le coppie che ricorrono alla Corte sono la punta di un *iceberg* sommerso

**SOMMARIO:** 1. Il 23 marzo certi diritti arrivano davanti alla Corte. – 2. La *privacy* senza diritti significa invisibilità sociale – 3. Prima l'amore, poi (se c'è) il matrimonio. – 4. Una discriminazione usurante: il matrimonio logora chi non ce l'ha. – 5. Fuga dei cervelli, fuga dei cuori ... e delle capanne. – 6. Matrimonio come principio di uguaglianza. – 7. La politica dei piccoli passi e la schizofrenia di intenti. – 8. *Apartheid*. – 9. L'*iceberg* come metafora di clandestinità forzosa. – 10. Un paragone con le coppie della L. 40. – 11. Uno spaccato di vita reale.

1. *Affermazione Civile* (<http://www.affermazionecivile.it>) è il nome della campagna nazionale alla quale sono dovuti i rinvii alla Corte costituzionale all'oggetto del seminario odierno. La campagna di *Affermazione Civile* ha visto la partecipazione di 25 coppie dello stesso sesso, che hanno richiesto la pubblicazione degli atti di matrimonio e poi hanno impugnato il diniego davanti ai tribunali competenti.

L'associazione radicale *Certi Diritti*, promotrice dell'iniziativa di *Affermazione Civile* (<http://www.certidiritti.it>) insieme alla rete di avvocatura LGBT *Rete Lenford* (<http://www.retelenford.it>), ha già presentato alla Corte costituzionale un atto di intervento. Il 23 marzo, la posizione dell'associazione sarà sostenuta da tutti gli avvocati difensori davanti alla Corte.

Ad oggi, inoltre, quattro coppie si sono costituite direttamente dinanzi alla Corte Costituzionale, nell'intento di unirsi alle due sentenze in esame.

In qualità di Coordinatore Nazionale dell'iniziativa di *Affermazione Civile* è mio preciso dovere sottolineare l'impegno, costante e generoso, che è stato speso dalle associazioni promotrici di questa iniziativa giurisdizionale, per mezzo dei volontari che hanno dato senza riserve le loro competenze e tutto il tempo libero a disposizione.

Tuttavia, questo mio intervento è inteso ad offrirvi uno spaccato dell'umanità che sottende ad *Affermazione Civile*. Infatti in questi anni ho assolto al compito di spiegare alle persone interessate il senso e le implicazioni della nostra iniziativa. Di conseguenza, ho parlato con moltissime delle coppie che hanno aderito ad *Affermazione Civile*. Ma soprattutto, ho avuto modo di scambiare informazioni e opinioni con le tante coppie che non vi hanno voluto aderire.

2. Fondamentalmente, chi non ha voluto aderire ad *Affermazione Civile*, ha ritenuto prioritario tutelare la propria *privacy*, o meglio ancora, preservare la propria "invisibilità" sociale, al di sopra di ogni altra cosa, perfino al di sopra dei propri diritti fondamentali.

Molte coppie residenti in piccoli centri ci hanno espresso il timore di essere malvisti nel paese in cui vivono e lavorano (ritorsioni, impedimenti, estromissioni dai "giri"). Quasi tutte le coppie con figli, avevano ancor di più timore per il rispetto della prole (giornalismo selvaggio, o addirittura un intervento violento delle istituzioni).

3. È curioso, poi, il fatto che non pochi ci contattavano convinti, in qualche modo, che *Affermazione Civile* fosse uno stratagemma burocratico per sposarsi *tout court*. Purtroppo, la loro disponibi-

---

\* Coordinatore nazionale dell'iniziativa di *Affermazione Civile*.



lità a sposarsi svaniva quando chiarivo che di mezzo c'era un contenzioso legale.

A dimostrazione che, come per gli eterosessuali, molte persone omosessuali considerano il matrimonio un momento importante, delicato, solenne ed inviolabile e che – ancora una volta – va custodito ad ogni costo.

Perciò, possiamo ammetterlo: per le persone omosessuali viene prima di tutto la vita di coppia, poi – ma solo se viene riconosciuto – il matrimonio.

**4.** Per una persona tutto questo può sembrare terribilmente romantico.

Ma per le Istituzioni è inaccettabile. La Repubblica non trae alcun vantaggio quando nega a milioni di suoi cittadini un aiuto nel tutelare la loro cosa più preziosa. Anzi, arreca un chiaro danno alla comunità civile: quello di avere milioni di cittadini demoralizzati da una vessazione quotidiana, una sorta di condanna ai lavori forzati di autotutela delle cose più care (gli affetti) lasciate in totale balia della società e delle Istituzioni. Non va trascurato che lo stesso effetto negativo si estende anche alle persone care delle persone omosessuali: genitori che soffrono nel vedere un figlio che non può sposarsi per legge, fratelli che non possono condividere preziosi percorsi di vita comune e amici cari.

Questa condizione usurante e continuativa può essere sintetizzata con un motto: “Il matrimonio logora chi non ce l’ha”.

**5.** Ovviamente c'è chi riesce a non subire condizionamenti così forti, continuativi e pervasivi. Ad esempio, alcune coppie (per lo più giovani) ci hanno contattato dall'estero, dove si sono trasferite proprio per sposarsi e costruirsi un futuro dignitoso e sicuro con la persona amata.

Tristemente, per tante di queste persone si può parlare di vero e proprio esilio perché, posso testimoniare, non vedrebbero l'ora di poter essere considerati coniugi anche in Italia. E magari tornare a vivere nella loro patria.

Perciò in Italia non assistiamo solo alla fuga di cervelli, ma anche ad una fuga di cuori ... e di capanne: vere e proprie famiglie condannate a nascere, crescere e vivere all'estero.

**6.** In tutto questo, però, ci sono state delle coppie, 25 coppie, che invece hanno voluto spendersi per ottenere il diritto al matrimonio civile. Prima di tutto perché per loro l'accesso all'istituto matrimoniale con rito civile è diretta conseguenza del principio costituzionale di uguaglianza dei cittadini. Oltre che essere un istituto (per quanto non perfettamente adeguato ai tempi moderni) unico – e insostituibile – per la sua portata storica, culturale, sociale e istituzionale.

**7.** Inoltre, tutte le coppie che hanno partecipato ad *Affermazione Civile*, non si riconoscono nella logica dei piccoli passi (il riconoscimento parziale e diluito nel tempo dei diritti e dei doveri fondamentali di una persona). Il motivo è semplice: la politica dei piccoli passi è totalmente tarata per gravare sulle vite delle persone omosessuali, pregiudicando la loro piena realizzazione.

La politica dei piccoli passi significa questo: adoperarsi per la piena uguaglianza dei cittadini omosessuali, mantenendo allo stesso tempo la ferma volontà di non raggiungerla pienamente. Tutto ciò è un cortocircuito logico. È una schizofrenia di intenti: un po' come correre verso un traguardo che allo stesso tempo non si vuole tagliare. Se così fosse, a quale distanza dal traguardo ci si dovrebbe fermare?

**8.** Quando un diritto fondamentale viene appositamente riconosciuto in modo parziale, si concepisce una sorta di “cittadinanza di mezzo”, *ad hoc* per le persone omosessuali, arbitraria ed artificiale. Questo, piaccia o no, si chiama *apartheid*, e mina le basi più profonde della convivenza civile. E ovviamente, non può che peggiorare la qualità della vita per tutta la società italiana.

**9.** Ecco dunque l'immagine giusta: le 25 coppie di *Affermazione Civile* sono la punta di un *iceberg*, che rappresenta milioni di cittadini e cittadine italiani, considerati diversi, e per questo tenuti sommersi in un mare di pregiudizi, stereotipi e paradigmi.

Dietro queste 25 coppie si celano, invisibili, non una, ma due, anzi tre generazioni di persone omosessuali che restano in silenzio.

**10.** Non possiamo non far notare che la stessa identica cosa è accaduta per tantissime coppie sterili italiane che desideravano avere un figlio. La maggioranza di queste coppie non ha voluto rivolgersi alla Corte costituzionale. E per questo non si può certo dire che esse gradissero o accettassero i trattamenti crudeli (e a volte disumani) che la legge 40 imponeva loro.

**11.** Al di fuori delle metafore, le coppie che hanno partecipato all'iniziativa di *Affermazione Civile* danno un volto (oltre che un nome e un cognome) a milioni di persone che non vedremo mai.

Ecco perché sul sito <http://www.affermazionecivile.it> abbiamo voluto che le loro storie fossero in primo piano. Storie di persone, uno spaccato di umanità che richiede che un diritto fondamentale venga riconosciuto.

Storie di persone normali, normalissime, che hanno costruito un legame straordinariamente forte e bello, e l'hanno messo a disposizione per una causa comune, la più convenzionale e tradizionale che si possa concepire: sposarsi. E – ci auguriamo – vivere per sempre felici e contenti.



## Questo matrimonio non si può fare?

**SOMMARIO:** 1. “Norme” senza “disposizione” ... – 2. ... e poteri del giudice. – 3. Quali norme impugnare? – 4. Il diritto di sposarsi come diritto fondamentale. – 5. La famiglia “società naturale” è “nemica” dei diritti delle persone? – 6. Riconoscimento delle unioni omosessuali e discrezionalità del legislatore.

1. Osserva Riccardo Guastini<sup>1</sup> che l’ordinamento è affollato di “norme prive di disposizione”: non solo quelle consuetudinarie, anche quelle che non possono essere riferite “ad un preciso enunciato delle fonti” come loro significato, essendo meramente implicite o inesprese.

È proprio il nostro caso. La regola secondo cui “il matrimonio è l’unione di un uomo e di una donna” è una di queste, essendo per così dire presupposta dalle norme che fanno del marito e della moglie i protagonisti della celebrazione (artt. 107 s., c.c.), del rapporto coniugale (artt. 143 s., c.c.), della generazione (artt. 231, 235 c.c.). Essa può essere desunta da norme vigenti secondo schemi di ragionamento logicamente validi. E tuttavia non è posta da alcuna disposizione.

2. Il caso del divieto di matrimonio gay è diverso dal caso Englaro, deciso dalla Corte di Cassazione e dalla Corte d’Appello di Milano<sup>2</sup>. Comprendo le preoccupazioni espresse nella traccia. Non credo tuttavia che la mancanza di una disposizione espressa che includa il paradigma eterosessuale nelle condizioni per contrarre matrimonio possa essere superata con un’interpretazione giurisprudenziale adeguatrice. Nel caso Englaro, infatti, in mancanza di una “norma” sui poteri del tutore in ordine alla sospensione dei trattamenti sanitari in paziente in stato vegetativo permanente, il giudice non solo poteva, ma doveva (*ex art. 12 disp. Prel. c.c.*), individuare la regola da applicare<sup>3</sup>.

Nel caso del divieto di matrimonio gay, invece, manca la “disposizione”, ma non la “norma”. Non si tratta di trovare una regola nuova, ma di “rovesciare” quella esistente, pacificamente applicata dalle autorità giurisdizionali ed amministrative<sup>4</sup>. Questo non si può fare con una interpretazione

---

\* *Ordinario di Diritto privato, Università di Genova.*

<sup>1</sup> R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1998, pp. 19 ss. E v. anche p. 499, a proposito del controllo della Corte costituzionale sulle norme implicite o inesprese.

<sup>2</sup> Il riferimento è alle note sentenze della Corte di Cassazione (Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748 (Englaro), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 83, e *ivi*, II, p. 1 il commento di A. SANTOSUOSSO, *La volontà oltre la coscienza: la cassazione e lo stato vegetativo*; in *Fam. dir.*, 2008, p. 93, con nota di M. VENUTI, *Il diritto all’autodeterminazione sanitaria dei soggetti in stato vegetativo permanente: la Corte di cassazione sul caso E.E.*; e in questa *Rivista*, 2008, p. 129 con nota di R. CAMPIONE, *Stato vegetativo permanente e diritto all’identità personale in una importante pronuncia della Suprema corte*; Cass. 15 settembre 2008, n. 23676; v. anche App. Milano 9 luglio 2008 (Englaro), in *Fam. dir.*, 2008, pp. 903 ss. con nota di R. PACIA, *Sull’interruzione delle cure del malato in stato vegetativo permanente*. Sul caso Englaro, in particolare, F.D. BUSNELLI, *Il caso Englaro in Cassazione*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 960). La Corte costituzionale (n. 334/2008), come è noto, ha escluso che la giurisprudenza abbia in tal modo “invaso” competenze riservate al Parlamento.

<sup>3</sup> G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano 1980, pp. 28 s.: «è stata considerata abitualmente norma di chiusura che consente di trattare come ordinamento completo il diritto italiano, il 2° comma dell’art. 12 d.p. c.c. che prescrive il ricorso all’analogia ed ai principi generali dell’ordinamento giuridico». E v. p. 294, dove si fa notare che l’art. 12 non parla, come faceva il c.c. 1865 (art. 3 preleggi), di “principi generali del diritto”, ma di “principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato”, con il che parrebbe “escludere il ricorso ad entità esterne al diritto positivo (quali i ‘dati naturali’, o il ‘diritto naturale’)” (295).

<sup>4</sup> V. le prassi degli uffici di stato civile conformi alle circolari ministeriali. Da ultimo, v. Circolare Miacel n. 55/2007 che vieta trascrizione matrimonio all’estero nell’assunto che quello in Italia non sia ammesso.

adeguatrice. Occorre che la norma sia modificata dal legislatore o sia dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale. È quanto chiedono le ordinanze di rimessione.

3. Le disposizioni individuate dalle ordinanze di remissione alludono al marito ed alla moglie, condizione che si acquista per effetto del matrimonio e che viene meno alla sua cessazione. Non a caso l'art. 156 *bis* c.c. parla di cognome della “moglie” separata, mentre l'art. 5, L. div. parla di cognome della “donna” divorziata. Le disposizioni impugnate (ed altre se ne potrebbero individuare nel codice o nelle leggi speciali<sup>5</sup> presuppongono e “incorporano” – come notava Barbara Pezzini – il paradigma eterosessuale. In altri termini, esse presuppongono una norma inespressa secondo cui tra le condizioni per contrarre matrimonio vi è la differenza di sesso tra gli sposi.

Se oggetto di impugnazione devono essere disposizioni normative, mi pare che esse vadano individuate secondo il criterio della rilevanza.

Nei procedimenti in corso, in cui si discute della legittimità del rifiuto dell'ufficiale di stato civile di procedere alla pubblicazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso, appare rilevante la questione relativa agli artt. 107 e 108 c.c. che prevedono, quale momento essenziale della celebrazione, la dichiarazione degli sposi di prendersi rispettivamente in marito e moglie. Il procedimento di formazione del vincolo (pubblicazione, eventuali opposizioni) ha infatti la funzione di preventiva verifica della sussistenza delle condizioni per contrarre matrimonio e dell'assenza di impedimenti<sup>6</sup>. Il riferimento alla differenza di sesso come condizione della celebrazione è esplicito.

Alcune ordinanze impugnano anche gli artt. 93, 96, 98 che disciplinano la pubblicazione. A ben vedere, la disciplina della pubblicazione impone all'ufficiale di stato civile di controllare l'esistenza dei requisiti richiesti dalla legge, senza tuttavia individuare quali essi siano. Tale disciplina è, per così dire, neutra rispetto alle condizioni sostanziali poste dal legislatore, tanto è vero che, ove tali condizioni mutino (si pensi alla modifica dell'art. 116 c.c. operata dalla L. n. 94/2009, per gli stranieri che si sposano in Italia), automaticamente la verifica effettuata in sede di pubblicazione dovrà estendersi ai nuovi requisiti.

Quanto agli artt. 143, 143 *bis.*, 156 *bis.*, che disciplinano profili del rapporto e della crisi coniugale, non mi pare che siano rilevanti nel giudizio in corso. La loro illegittimità costituzionale potrebbe essere eventualmente oggetto di una dichiarazione consequenziale, *ex art.* 27, L. n. 87/1953.

Escluderei, invece, la rilevanza della questione relativa all'art. 231 c.c. che, disciplinando la filiazione legittima, ha ad oggetto questione estranea al giudizio a quo. Senza contare che la presunzione di paternità del marito, presupponendo un rapporto sessuale fecondo, difficilmente può applicarsi al di fuori della coppia eterosessuale.

4. Quanto ai parametri di legittimità costituzionale, sono del tutto d'accordo con la relazione di Barbara Pezzini e con molti degli interventi che mi hanno preceduto, a partire da quello di Andrea Pugiotto. Sono infatti convinta che il diritto di sposarsi e il diritto di fondare una famiglia costituiscono diritti fondamentali della persona che la Costituzione garantisce a tutti in posizione di eguaglianza, come momento essenziale di espressione della dignità umana, senza discriminazioni fondate sul sesso, o su condizioni personali compreso l'orientamento sessuale. Il divieto contrasta con gli artt. 2 e 3 Cost., in quanto impedisce alle coppie dello stesso sesso l'accesso al matrimonio, ad uno status pienamente tutelato e garantito nei rapporti reciproci e nei confronti della collettività.

La Corte costituzionale ha ripetutamente valorizzato la libertà matrimoniale, come d'altronde anche la Corte di cassazione<sup>7</sup>. Si tratta di una libertà da intendersi in senso positivo come libertà di

<sup>5</sup> Alcune ordinanze fanno riferimento all'art. 64 ord. stato civ., si potrebbe citare anche l'art. 5 L. div. che regolando il cognome della “donna” divorziata, incorpora il paradigma eterosessuale.

<sup>6</sup> Sul tema, v. G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2002, pp. 135 ss.

<sup>7</sup> Cass., Sez. Un. civ., 6 dicembre 1985, n. 6128, in *Foro it.*, 1986, I, p. 396, con nota di E. QUADRI, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, p. 672, con nota di L. BARBIERA; Cass. 15 aprile 2009, n. 8941, in *Fam. pers., succ.*, 2009, p. 596, con nota di N. DI MAURO. E v. anche App. Roma, 18 ottobre 2006, in *Fam. dir.*, 2007, p. 476.

sposarsi<sup>8</sup> e in senso negativo come libertà di non sposarsi<sup>9</sup>, ma questa libertà non c'è per gli omosessuali che non possono (volendolo) sposarsi con la persona prescelta.

Su questo punto non voglio insistere<sup>10</sup>. Mi sembra però utile citare alcuni passi di sentenze di supreme magistrature di altri Paesi che a questi concetti si ispirano.

La Corte suprema del Sudafrica<sup>11</sup> ha ritenuto incostituzionale il divieto di matrimonio omosessuale riconoscendo che «l'antichità di un pregiudizio non è una buona ragione per la sua sopravvivenza». In un Paese che solo in anni relativamente recenti ha superato l'apartheid ed abolito il divieto di matrimonio tra bianchi e neri, la Corte non manca di notare che «quando le condizioni umane mutano e le idee di giustizia e di equità evolvono, anche le concezioni dei diritti assumono nuova trama e significato».

La Corte suprema della California<sup>12</sup>, pronunciandosi sulla legittimità della legge statale che riconosce il diritto a formare partnerships sostanzialmente equiparate al matrimonio, ma non il diritto di sposarsi, ha ritenuto questa disciplina contraria all'*equal protection clause*, in quanto ingiustificatamente lesiva di un diritto fondamentale. Il fatto che la legge sulle partnerships attribuisca alle coppie omosessuali praticamente gli stessi diritti che nascono dal matrimonio non è considerato sufficiente, in quanto è il nome stesso “matrimonio” a costituire elemento essenziale del diritto fondamentale delle coppie omosessuali al riconoscimento di pari dignità e rispetto delle coppie da esse costituite<sup>13</sup>.

Qualche anno prima la Corte Suprema del Massachusetts<sup>14</sup>, in una sentenza di analogo tenore, aveva notato che “il diritto a contrarre matrimonio significa ben poco se non include il diritto a sposare la persona di propria scelta”.<sup>15</sup>

**5.** Vorrei spendere qualche parola di più sull'art. 29 Cost., riguardato da alcuni, anche oggi, come ostacolo al riconoscimento di coppie diverse da quella eterosessuale coniugata.

La famiglia come società naturale cui fa riferimento l'art. 29 Cost. non è una famiglia “pietrificata” nella condizione storica e sociale dell'epoca in cui la Costituzione è stata scritta: tutt'altro. Giustamente osserva Barbara Pezzini che il secondo comma dell'art. 29, nel momento in cui fonda il matrimonio sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, introduce una vera rivoluzione – di cui erano ben consapevoli i costituenti<sup>16</sup> – rispetto al modello di famiglia allora esistente, una rivoluzio-

<sup>8</sup> Ad esempio, Corte cost., 5 marzo 1969, n. 27, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, c. 1020 e in *Giur. cost.* 1969, I, p. 371, con nota di G. PERA, *Legittimità della tutela della lavoratrice contro il licenziamento disposto “a causa di matrimonio”*; Corte cost., 2 maggio 1991, n. 189, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2997. La Corte sottolinea come «nella sfera personale di chi si sia risolto a contrarre matrimonio non possa e non debba, di conseguenza, sfavorevolmente incidere alcunché che vi sia assolutamente estraneo ...». Infatti «il relativo vincolo, cui tra l'altro si riconnettono valori costituzionalmente protetti, è e deve rimanere frutto di una libera scelta auto-responsabile, attenendo ai diritti intrinseci ed essenziali della persona umana ed alle sue fondamentali istanze. In conclusione esso si sottrae ad ogni forma di condizionamento indiretto ancorché eventualmente imposto all'origine dall'ordinamento». V. inoltre Corte cost., 13 dicembre 1991, n. 450, in *Foro it.*, 1992, I, c. 1; Corte cost., 12 novembre 2002, n. 445.

<sup>9</sup> Corte cost. n. 166/1998.

<sup>10</sup> Rinvio ai miei lavori *Il matrimonio gay, il giudice, il legislatore*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 2342; *Il matrimonio gay: il testimone passa alla Consulta*, *ivi*, 2009, p. 1898.

<sup>11</sup> Corte cost. 1° dicembre 2005.

<sup>12</sup> La traduzione dei passi essenziali si legge in *Fam. dir.*, 2008, p. 761, con nota di A. FALETTI.

<sup>13</sup> In reazione a tale sentenza è stato fatto il referendum (che ha avuto luogo in contemporanea con le elezioni presidenziali) che ha inserito nella Costituzione la disposizione per cui «*Only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California*».

<sup>14</sup> *Goodridge v. Department of Public Health* 18 novembre 2003, sulla quale v. M.R. MARELLA, *Il matrimonio gay sbarca sulla East Coast*, <http://www.infoleges.it>.

<sup>15</sup> Sull'esperienza americana, v. P.M. CALIARO, *Il same-sex marriage negli stati Uniti d'America*, Padova, 2006; M. MONTALTI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è un diritto fondamentale? Due recenti pronunce in Massachusetts dopo Lawrence v. Texas*, in *Pol. dir.*, 2004, pp. 687 ss.

<sup>16</sup> In sede di Costituente, si invocava il carattere “naturale” delle differenze tra uomo e donna e venivano sollevate obiezioni al riconoscimento dell'eguaglianza, proprio sulla base della motivazione che «la disuguaglianza giuridica dei coniugi nella famiglia è un'esigenza di quella unità della famiglia, di questa società che, per poter vivere, ha bisogno di essere rappresentata e

ne di tale portata che bisognerà attendere quasi trent'anni perché il principio di eguaglianza si traduca in corrispondenti regole di governo della famiglia e di esercizio della potestà.

Il carattere naturale della famiglia non ha impedito la profonda trasformazione degli istituti familiari che si è compiuta nella seconda metà del secolo scorso ad opera della Corte costituzionale e del legislatore. L'adozione speciale (1967), il divorzio (1970), la riforma del diritto di famiglia (1975), il mutamento di sesso (1982), l'affido condiviso (2006) sono le principali tappe di un processo ancora in corso.

La Corte costituzionale vi ha dato significativo impulso, a partire dalla storica sentenza del 1968 (n. 126) in tema di adulterio quando, abbandonando il riferimento alla "tradizionale" concezione della famiglia (ancora presente nella sentenza n. 64/1961), prende atto delle profonde trasformazioni della vita sociale, del ruolo della donna nella famiglia e nella società.

Lo stesso rapporto tra eguaglianza ed unità della famiglia muta profondamente. Al riguardo, si segnalano le sentenze intese a promuovere l'unità della famiglia ben oltre la sua tradizionale configurazione come "limite" all'eguaglianza tra i coniugi, ancora evocata in pronunce ormai superate<sup>17</sup>. In alcuni interventi in materia di ricongiungimento familiare e di espulsione dello straniero la Corte<sup>18</sup>, talvolta in sintonia con la Corte europea di Strasburgo<sup>19</sup>, e con la Corte di Giustizia europea<sup>20</sup>, prefigura un diritto all'unità della famiglia riguardato come un aspetto del più generale diritto al rispetto della vita familiare. Si tratta di un diritto orientato al fine di "poter realizzare e mantenere quella comunione di vita tra figli e genitori" che costituisce un diritto fondamentale della persona umana. La logica dei diritti umani penetra in tal modo nel diritto interno, comportando per lo Stato obblighi negativi di rispetto ed obblighi positivi di intervento che costituiscono uno dei profili salienti della dialettica tra famiglia e istituzioni.

Nella prospettiva dell'evoluzione degli istituti familiari, il riferimento fatto da alcune ordinanze di remissione alla L. n. 164/1982 ed alla sentenza della Corte (n. 161/1985) sui transessuali è davvero molto significativo. Nella sua *ratio*, ben individuata dalla Corte costituzionale, la legge intende valorizzare "l'orientamento psicosessuale della persona", darsi "carico di questi 'diversi'", ponendo una normativa intesa a consentire l'affermazione della loro personalità. In tal modo, fa notare la Corte, essa si colloca «nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori di libertà e dignità della persona umana». Non è dunque il primo piano il dato biologico, ma l'orientamento psicosessuale: proprio quello che si chiede di valorizzare con la domanda di accesso al matrimonio da parte delle coppie gay e lesbiche.

Lungi da opporsi alle trasformazioni della famiglia nella realtà sociale, ed alla conseguente evoluzione normativa, il primo comma dell'art. 29, in qualche modo le asseconda in quanto il riferimento non è, in una prospettiva giusnaturalistica, ad una famiglia di diritto naturale, ma ad una famiglia intesa come organismo sociale che naturalmente evolve con la società in cui si colloca. La famiglia in questo senso è davvero la prima fra le formazioni sociali dell'art. 2 Cost., in cui la persona viene accolta e prende avvio la sua crescita.

Il carattere naturale della famiglia non può neppure essere inteso, nella prospettiva dei fini cui il matrimonio è orientato, con riferimento alla procreazione intesa come scopo necessario dell'unione. In questo il diritto civile si differenzia dal diritto canonico, che include invece il *bonum proles* tra gli

---

diretta da una sola persona». Che cosa avverrebbe «di queste norme del codice, che riassumono la sapienza e l'esperienza dei secoli ... se accettassimo in pieno l'assoluta parificazione dei diritti dei coniugi? Evidentemente queste norme verrebbero meno. Crollerebbero i cardini della famiglia». Così P. CALAMANDREI, *Atti dell'Assemblea Costituente. Commissione per la Costituzione, II, Relazioni e proposte*, p. 2981.

<sup>17</sup> Ordinanze nn. 176/1988 e 586/1988, in tema di cognome della famiglia, superate dalla più recente sent. n. 16 febbraio 2006, n. 61.

<sup>18</sup> A partire da Corte cost. n. 28/1995, cui fanno seguito Corte cost. n. 203/1997, Corte cost. n. 376/2000.

<sup>19</sup> V. A. LIGUORI, *L'integrazione comunitaria e il diritto all'unità familiare dei cittadini di Paesi terzi*, in *Rass. dir. pubb. eur.*, 2002, pp. 1722 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Immigrazione e diritto all'unità della famiglia*, in M. GORGONI (a cura di), *Modelli familiari tra diritti e servizi*, Napoli, 2005, pp. 99 ss.

<sup>20</sup> Corte di Giustizia CE 19 ottobre 2004 (C-200/02), Kunquian Catherine Zhu, in *D&G* 43/2004, p. 96, con nota di M. DE GIORGI; Corte di Giustizia CE 25 luglio 2002, (C-459/99), MRAX, anche in *Guida al dir.*, 36/2002, pp. 91 ss.

elementi essenziali del matrimonio<sup>21</sup>. Oggi il matrimonio civile non è più *istituzionalmente* orientato alla procreazione. L'impotenza che, nella prospettiva tradizionale, costituiva di per sé causa di invalidità del matrimonio ora lo è solo quando sia materia di un errore tale da incidere sullo svolgimento della vita coniugale (art. 122 c.c.). Inoltre possono contrarre matrimonio anche le persone che, avendo cambiato sesso, sono inidonee alla generazione (L. n. 164/1982), e, ovviamente, quelle che, a causa dell'età, tale attitudine non hanno più. Se la procreazione non è il fine necessario delle nozze, non si possono per ciò solo escludere dall'accesso al matrimonio le coppie già a priori impossibilitate ad averne. Cade in tal modo uno dei tradizionali argomenti contrari al matrimonio tra persone dello stesso sesso.

In modo più sottile il divieto viene giustificato da chi afferma che esiste una sorta di “contenuto minimo e imprescindibile” del matrimonio consistente “nell'elemento della diversità di sesso tra i coniugi”<sup>22</sup>, come tale intoccabile dal legislatore. Un assunto di questo genere è stato sostenuto anche sulla base del secondo comma dell'art. 29. Il principio di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi evidentemente si salda con le altre norme costituzionali che vietano ogni discriminazione fondata sul sesso (artt. 3, 37, 48, 51). Una cosa tuttavia è affermare che il 2° comma dell'art. 29 intende superare la storica subordinazione della moglie al marito (nell'ambito del più generale superamento delle discriminazioni di genere), altra è affermare che in tal modo venga, per così dire, costituzionalizzato il paradigma eterosessuale alla base del matrimonio tradizionale. Al contrario, il divieto di discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale, da includersi certamente nel principio di eguaglianza di fronte alla legge, secondo una lettura aggiornata dell'art. 3, suggerisce di inquadrare anche l'art. 29 in quelle coordinate.

L'interpretazione storicistica dell'art. 29, che riferisce la tutela costituzionale non ad un modello immutabile di famiglia, ma a quello effettivamente presente in un dato contesto sociale – e che trova motivi di conferma nell'art. 2 della Costituzione che riguarda la famiglia, al pari delle altre formazioni sociali, come strumento di promozione dei diritti e delle libertà fondamentali della persona – consente di superare queste obiezioni<sup>23</sup>.

Il riconoscimento della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio ha d'altra parte un significato diverso da quello che alcuni vorrebbero attribuirgli. Esso non è inteso a garantire alla famiglia legittima una tutela “esclusiva”. Ha invece la diversa e fondamentale funzione di mettere la famiglia al riparo da ingerenze esterne, garantendole una sfera di autonomia nei confronti dello Stato necessaria per l'adempimento dei suoi compiti. Con l'art. 29 lo Stato si impegna a rispettare la vita familiare, limitando i propri poteri di ingerenza al suo interno<sup>24</sup>.

Il riconoscimento del matrimonio omosessuale amplia l'accesso al matrimonio a categorie che ne sono escluse, ma nulla toglie alla famiglia tradizionale. Lo conferma il fatto che la tutela della famiglia tradizionale, anch'essa universalmente riconosciuta (v. art. 12 CEDU, art. 9 Carta di Nizza, art. 16 Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo), non ha impedito in moltissime esperienze il riconoscimento delle *partnership* o del matrimonio omosessuali. In Italia non ha impedito il riconoscimento del diritto di sposarsi ai transessuali (L. n. 184/1982).

Solo in una prospettiva pubblicistica, considerando famiglia e matrimonio tutelati in una dimensione istituzionale, in vista del perseguimento di interessi superiori, potrebbe sostenersi che sia ille-

<sup>21</sup> La procreazione costituisce elemento essenziale del matrimonio canonico, uno dei *tria bona matrimonii* (*bonum prolis, bonum fidei, bonum sacramenti*): v. G. ALPA, *Matrimonio civile e matrimonio canonico: due modelli a confronto*, in *Pol. dir.*, 1988, 321 ss.; S. DOMIANELLO, *Il matrimonio “davanti a ministri di culto”*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, I, cit., pp. 202 ss.

<sup>22</sup> In questo senso, ad esempio, F. DAL CANTO, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro it.*, 2005, V, pp. 275 ss.

<sup>23</sup> A partire da BARCELLONA, voce *Famiglia (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 780; M. BESSONE, *Principi etico-sociali*, in *Commentario della Costituzione* diretto da Branca, Bologna-Roma, 1976, sub art. 29, pp. 47 ss.; A.M. SANDULLI, sub art. 29, in *Commentario al diritto italiano della famiglia* diretto da Cian, Oppo, Trabucchi, vol. I, Padova, 1992, pp. 3 ss., 7 ss.

<sup>24</sup> In luogo di molti, v. M. BESSONE, *Rapporti etico-sociali*, cit.; A. SANDULLI, *op. cit.*, pp. 8 ss. Ed ora v. A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei casi: la famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio”*, in *Forum costituzionale*, 2008, p. 14.



gittimo riconoscere l'unione omosessuale, perché in tal modo si verrebbe a minare la "Famiglia" riguardata come cellula fondamentale della società, garante dell'ordine sociale e morale della nazione. Questa concezione, che ha in Cicu<sup>25</sup> il suo padre nobile, appartiene ormai al passato, avendo da tempo la dottrina chiarito che nel testo costituzionale – e nell'evoluzione attuale del diritto di famiglia – la famiglia costituisce formazione sociale protetta in quanto luogo dove "fioriscono" le personalità individuali. È la persona al centro dell'universo familiare ed è la sua tutela quella che giustifica la protezione del gruppo<sup>26</sup>.

Il principio personalistico, nota in altra occasione la Corte (n. 494/2002), con espressione forte ma efficace, si pone in contrasto con una concezione della famiglia "nemica delle persone e dei loro diritti". I diritti individuali non possono essere sacrificati sull'altare di una tutela della famiglia intesa come "antagonista" rispetto ai diritti delle persone.

In una dimensione privatistica, il riconoscimento del matrimonio gay amplia la tutela di diritti prima sacrificati, ma non mette in discussione la tutela della famiglia e del matrimonio eterosessuale.

6. In Italia il riconoscimento di diritti a favore delle unioni non coniugali ha seguito il duplice binario dell'intervento "diffuso" del legislatore e della giurisprudenza<sup>27</sup>. Da un lato il legislatore non disciplina le unioni di fatto nel timore che in tal modo si affermino principi di ordine generale e che il matrimonio ne risulti svilito. Dall'altro, tuttavia, con interventi di settore, viene ad equiparare la posizione del convivente a quella del coniuge in una pluralità di rapporti con i privati, con i pubblici poteri, in quelli con i figli e talvolta, quando sussiste una condotta violenta, anche in quelli di coppia. Si pensi alla disciplina dei congedi parentali (L. n. 53/2000, D.Lgs. n. 151/2001), all'amministrazione di sostegno (L. n. 6/2004), alla donazione di organi (L. n. 91/1999), alle misure di contrasto alla violenza in ambito domestico (L. n. 154/2001), alla procreazione medicalmente assistita (L. n. 40/2004), al nuovo codice delle assicurazioni (v. art. 129, 2° comma, lett. b), L. 209/2005). Si pensi, infine alle nuove regole di affidamento dei figli (art. 4, L. n. 54/2006) che valgono anche nel caso di separazione dei genitori non coniugati. La nozione di convivenza va intesa in relazione alle finalità di ciascuna legge che alle volte sembra considerare la convivenza *more uxorio*, altre volte il fatto di vivere sotto lo stesso tetto (solidarietà tra anziani, tra parenti, ecc.). Il fattore di "genere" non pare comunque assumere rilevanza. A ciò si aggiunga che sempre più di frequente i giudici fanno ricorso al "diritto comune" del contratto o della responsabilità civile per disciplinare i rapporti tra i conviventi e nei confronti dei terzi<sup>28</sup>. Questa legislazione "a pioggia" potrebbe ulteriormente svilupparsi, senza tuttavia riuscire ad abbracciare lo specifico dei rapporti interni alla coppia, dei diritti e dei doveri reciproci, o direttamente connessi alla qualifica di convivente (pensioni, successione, ecc.).

La tutela della "coppia omosessuale" passa, per così dire, inosservata, in quanto inclusa in quella della "coppia" *tout court*. In tal modo sconta anche i limiti entro cui si ritiene ragionevole assicurare tutela alle unioni di fatto (eterosessuali). La tutela della libertà matrimoniale, intesa nella sua accezione negativa, come diritto di non contrarre matrimonio, e dunque di non assoggettarsi alla forza cogente del diritto, non consente di disciplinare la convivenza in modo eguale rispetto al matrimonio<sup>29</sup>. Questo limite, che è giustificato per le coppie etero che, volendo, possono sposarsi, non lo è

<sup>25</sup> A. CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914, rist., con lettura di Sesta, Bologna, 1978.

<sup>26</sup> Al riguardo si leggano le belle pagine di P. ZATTI, *Introduzione*, in G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, Milano, 2002, pp. 3 ss.

<sup>27</sup> Rinvio al mio, *Convivere senza matrimonio. Rapporti personali e patrimoniali nella famiglia di fatto*, in *Fam. dir.*, 1998, pp. 183 ss.

<sup>28</sup> Per un'ampia ricognizione della giurisprudenza, cfr. L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, Padova, 2004; ID., *La famiglia di fatto*, in *Il nuovo diritto di famiglia. Trattato*, diretto da Ferrando, vol. II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna, 2008, 1033 ss.; M. BESSONE, M. DOGLIOTTI, G. FERRANDO, *Giurisprudenza del diritto di famiglia.*, II, *Rapporti personali e patrimoniali tra coniugi. La famiglia di fatto*, VI ed., Milano, 2002, pp. 814 ss.

<sup>29</sup> Corte cost. 13 maggio 1998, n. 166, in *Giur. it.*, 1998, p. 1783. Le parti, osserva infatti la Corte, «nel preferire il rapporto di fatto, hanno dimostrato di non voler assumere i diritti e doveri nascenti dal matrimonio». «La convivenza *more uxorio* rappresenta l'espressione di una scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito in dipendenza del matrimonio: da

allo stesso modo per quelle gay che non possono sposarsi. Nel caso delle coppie omosessuali, la questione che sovrasta ogni altra è quella della parità di trattamento rispetto alle coppie di sesso diverso. Il riconoscimento pubblico e formale dell'unione nell'atto di matrimonio (o in altro atto di analoga natura) costituisce momento essenziale dell'attribuzione di pari dignità al rapporto di amore e solidarietà su cui essa si fonda.

Ci si chiede se vi siano spazi di esercizio di poteri discrezionali da parte del legislatore nella determinazione dei modi in cui prevedere la formalizzazione delle coppie omosessuali, nel segno di un pluralismo che tuttavia non può significare mancata tutela di diritti fondamentali. Interprete di queste istanze la Carta di Nizza dispone all'art. 9 che «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Nelle note che accompagnano il testo si precisa, infatti, che l'art. 9 «non vieta né impone la concessione di uno *status* matrimoniale tra persone dello stesso sesso». Ciò si spiega alla luce del principio, contenuto nel preambolo, secondo cui la consapevolezza del «comune patrimonio spirituale e morale» si coniuga con il «rispetto delle diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli europei, dell'identità nazionale degli Stati membri». Va peraltro tenuto conto che «eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti» dalla Carta «devono essere previsti dalla legge e devono rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà» (art. 52). In tal modo si pone un limite alla discrezionalità del legislatore che può variamente declinare le modalità in cui riconoscere i diritti sanciti dalla Carta, ma non può sottrarsi all'obbligo di tutelarli.

Se dunque il legislatore potrebbe essere ritenuto adempiente all'obbligo costituzionale di tutela della pari dignità e diritti delle persone con la previsione di una modalità di riconoscimento formale dell'unione tra persone omosessuali – secondo modelli variamente declinati nei diversi Paesi europei<sup>30</sup> – non altrettanto possiamo dire nella situazione attuale. L'assoluta carenza di tutela derivante dal mancato riconoscimento del diritto alla formalizzazione dell'unione determina un contrasto tra l'attuale disciplina delle condizioni per contrarre matrimonio contenuta nel codice civile e i principi costituzionali che la Consulta è chiamata a rimuovere.

---

ciò deriva che l'estensione automatica di queste regole alla famiglia di fatto potrebbe costituire una violazione dei principi di libera determinazione delle parti». Per queste ragioni non sarebbe ammissibile estendere alle coppie di fatto la disciplina della separazione personale dei coniugi. Ma queste stesse ragioni non valgono ad escludere che l'assegnazione della casa familiare, in quanto disposta a tutela dell'interesse dei figli, non possa essere disposta a favore del genitore affidatario in occasione della rottura della convivenza.

<sup>30</sup> Alcuni Stati europei hanno aperto il matrimonio a persone dello stesso sesso (Olanda, Belgio, Spagna, Norvegia, Svezia). Altri (ad esempio Paesi nordici, Germania, Regno Unito) hanno affiancato al matrimonio (eterosessuale) una partnership riservata alle coppie gay e lesbiche formalmente distinta dal matrimonio ma sostanzialmente produttiva dei medesimi effetti. Altri ancora (l'esempio più noto è quello dei PACS francesi) hanno previsto una disciplina dei patti di convivenza, più a meno simile al matrimonio (a seconda delle legislazioni) ed aperta sia alle coppie di sesso diverso, sia a quelle dello stesso sesso. Al riguardo, v. M. BONINI BARALDI, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Milano, 2005; ID., *Le nuove convivenze: profili internazionalprivatistici*, in *Il nuovo diritto di famiglia, Trattato*, diretto da G. Ferrando, II, *Rapporti personali e patrimoniali*, Bologna, 2008, pp. 1109 ss.

Il riconoscimento del diritto al matrimonio o ad un'unione con questo comparabile è stato sollecitato ripetutamente dal Parlamento europeo, nell'assunto che il diritto di sposarsi costituisce un diritto fondamentale della persona che deve essere garantito a tutti senza discriminazioni di sorta compresa quella dipendente dall'orientamento sessuale (Risoluzioni 8 febbraio 1994, 16 marzo 2000, 4 settembre 2003. Al riguardo si è parlato di una progressiva «opera di persuasione istituzionale»: v. N. PIGNATELLI, *Nozione di matrimonio e disciplina delle coppie omosessuali in Europa*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 260 ss.)



LUIGI FRANCO\*

## Il same-sex marriage tra natura e artificialità

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. Natura, filiazione e corpo della madre. – 3. Filiazione e adozione – 4. La famiglia come formazione sociale; l'adozione nei casi particolari. – 5. Conclusioni.

1. Analogamente a quanto avvenuto nel c.d. caso “Englaro”<sup>1</sup>, secondo l’indicazione 2.2 della *Traccia* le questioni di legittimità portate davanti alla Corte Costituzionale si collocano in un “vuoto di diritto”: ci si trova di fronte ad una lacuna, per colmare la quale è legittimo dedurre dai principi generali dell’ordinamento la norma del caso. Ma la relazione di Barbara Pezzini ha messo in luce come, in realtà, si sia al cospetto di un “pieno di diritto”, con la conseguenza che appare difficile utilizzare lo strumento della deduzione dal generale al particolare. Sembraerebbe doversi utilizzare l’induzione generalizzante, che consente di astrarre i principi da molteplici singole norme<sup>2</sup>, come pare aver fatto la Corte di Cassazione nella sentenza n. 10741/2009<sup>3</sup>.

Il caso di oggi riguarda una situazione specularmente rovesciata rispetto al dibattito sulle famiglie di fatto, il quale, una volta acquisita l’uguaglianza tra figli legittimi e figli naturali<sup>4</sup>, ha occupato la dottrina all’indomani dell’approvazione della L. n. 151/1975<sup>5</sup>. Come ha affermato la Consulta, nella vicenda della famiglia di fatto si realizza una richiesta di libertà dalle regole che discendono dalla celebrazione del matrimonio, sicché essa si fonda sull’essere, non sul dover essere<sup>6</sup>. Nel caso del matrimonio di persone dello stesso sesso, invece, vi è una richiesta di giuridificazione, la cui principale funzione – lo ha sottolineato Barbara Pezzini – ha rilievo esterno piuttosto che interno alla coppia: è un’istanza che si proietta verso la società, alla quale, per mezzo dello *status* connesso al matrimonio, si richiede il riconoscimento di uno dei profili più significativi dell’identità personale, che si realizza nella relazione interpersonale di coniugio. Più che una libertà *dal* diritto, si chiede una libertà *nel* diritto; *rectius*: il riconoscimento del diritto soggettivo di realizzare la propria identità in una relazione interpersonale regolata dall’ordinamento e dunque accettata nella società.

Occorre verificare se a questa richiesta si possa dare una risposta positiva e se vi siano interessi preminenti (evidentemente quelli dei minori), la tutela dei quali giustifichi il sacrificio del diritto all’identità delle persone che vogliono realizzare se stesse mediante la celebrazione di un *same-sex marriage*. Benché non sollevato, il tema della filiazione costituisce il “convitato di pietra” della questione.

---

\* *Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale italiano e europeo, Università di Verona.*

<sup>1</sup> Sentenza della Prima Sezione della Corte di Cassazione n. 21748/2007; ordinanza della Corte Cost. n. 344/2008.

<sup>2</sup> Ci si limita a rinviare a: V. CIRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, p. 38; E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, Milano, 1955, pp. 844 ss.; L. CARLASSARE CAIANI, *Sulla natura giuridica dei testi unici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, pp. 42 ss., 73 s.; S. BARTOLE, *Principi generali del diritto. a) Diritto costituzionale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, specie p. 531; F. MODUGNO, *Principi generali dell’ordinamento*, in *Enc. giur.*, Roma 1991, pp. 1 ss.; R. GUASTINI, *Il giudice e la legge*, Torino, 1995, pp. 164 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto commerciale*, I, t. 1, Cicu e Messineo, continuato da Mengoni, Milano, 1998, pp. 257 ss.

<sup>3</sup> Si può leggerla in *Dir. fam. pers.*, 2009, 1159 ss.: la S.C. si è misurata con l’art. 1 c.c., realizzando un’operazione di giurisprudenza normativa.

<sup>4</sup> Artt. 261 e 536 c.c.

<sup>5</sup> Ci si riferisce al Convegno di Pontremoli del 1976, *La famiglia di fatto: Atti del convegno nazionale*, Montereale, Tarantola, 1977.

<sup>6</sup> Cfr. F.D. BUSNELLI-M. SANTILLI, *Il problema della famiglia di fatto*, in AA.VV., *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, Napoli, 1988, p. 97.

2. Il punto di partenza è dato dalla “società naturale” di cui all’art. 29, 1° comma, Cost., del quale si occupa il Tribunale di Venezia. Nonostante vi sia chi, anche recentemente<sup>7</sup>, sostiene che si deve intendere l’aggettivo “naturale” in termini giusnaturalistici, il travaglio dei lavori in Costituente e l’eliminazione dell’aggettivo “indissolubile”, che inizialmente qualificava il matrimonio, inducono a ritenere che anche sulla base di un’interpretazione “originalista” della Cost. questa soluzione sia da scartare: è evidente dalle parole di rammarico dell’on. Zotta, per il quale l’art. 29 dà una «definizione stilizzata valida per tutti i tipi di famiglia», e quindi non in «armonia con la tradizione religiosa, sociale e giuridica del popolo italiano»<sup>8</sup>. È perciò difficile accedere alle interpretazioni che si richiamano alla tradizione, concetto per altro utilizzabile solo dopo un accurato vaglio critico.

Al di là della contraddizione tra naturalità della famiglia e positività del matrimonio segnalata in Costituente dall’on. Calamandrei e ripresa in dottrina<sup>9</sup>, se un senso si deve attribuire all’aggettivo “naturale”, esso pare derivare dall’art. 30, 1° comma, Cost., che ragiona dei figli nati fuori dal matrimonio. La naturalità della procreazione, che non costituisce il *proprium* del matrimonio né della famiglia legittima, finisce per attribuire il carattere di naturalità alla famiglia legittima<sup>10</sup>. Ricondata ai suoi caratteri elementari, la naturalità della famiglia è mutuata dal rapporto di filiazione, come risulta dall’art. 31, 2° comma, Cost. e dall’art. 37, 1° comma, Cost., nella parte in cui, indipendentemente dalla famiglia legittima, è disposto che venga assicurata «alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione»<sup>11</sup>.

Il limite ultimo (almeno per ora) della naturalità è costituito dalla differenza di genere del corpo della madre e non pare scalfito dalla L. n. 40/2004, sia nella sua formulazione originaria sia dopo la sent. n. 151/2009 della Corte Costituzionale. In relazione all’art. 14 della L. 40/2004 la Corte ha stabilito che si possa procedere all’impianto nell’utero della donna degli embrioni crioconservati (per ragioni di forza maggiore connesse alla salute della donna non prevedibile al momento delle fecondazione) “non appena possibile”<sup>12</sup>, ma «senza pregiudizio della salute della donna»<sup>13</sup>.

Salvo l’eccezione dell’art. 9 della L. n. 40/2004, dopo il parto la madre può rifiutare di essere nominata, «anche se si assuma *ex aliunde* essere coniugata»<sup>14</sup>. Nell’impossibilità di individuare il marito della donna, non si potrà rendere attiva la presunzione di paternità di cui all’art. 231 c.c. Mentre la differenza del corpo della donna è legata alla natura (e ad una prossimità originaria con il nascituro)<sup>15</sup>, sembra tramontata la concezione della paternità dotata di un «significato ontologico, di carattere assoluto»<sup>16</sup>.

<sup>7</sup> Cfr.: F. D’AGOSTINO-G. DALLA TORRE, *Per una storia del diritto di famiglia: modelli, ideali e disciplina giuridica*, in AA.VV., G. CAMPANINI (a cura di), *Le stagioni della famiglia*, Roma, 1994, pp. 238 ss.; G. DALLA TORRE, *Famiglia e costituzione. Riflessioni su una rivoluzione permessa*, in *Iustitia*, 1999, p. 221; F. D’AGOSTINO, *Una filosofia della famiglia*, Milano, 1999, pp. 16 ss.; A. DONATI, *La famiglia tra diritto pubblico e diritto privato*, Padova, 2004, pp. 242 ss.,

<sup>8</sup> Seduta antimeridiana del 18 aprile 1947, S.M. CICONETTI-M. CORTESE-G. TORCOLINI-S. TRAVERSA (a cura di), *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, II, Roma, 1970, p. 989.

<sup>9</sup> Per tutti cfr. R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, pp. 1066 e 1068; A. PUGIOTTO, *Alla radice dei “casi”: la famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio”*, <http://www.forumcostituzionale.it>; par. 2 e F. PROSPERI, *La famiglia nell’ordinamento giuridico*, in *Dir. fam. pers.*, 2008, pp. 709 ss., 801.

<sup>10</sup> Cfr. P. CAVALERI-M. PEDRAZZA GORLERO-G. SCIULLO, *Libertà politiche del minore e potestà educativa dei genitori nella dialettica del rapporto educativo familiare*, in *Annali Università di Padova*, Facoltà di Economia e Commercio, VII, 1978, pp. 46 ss.; M. PEDRAZZA GORLERO, “Formazione sociale”, “formazione sociale e naturale” e rapporto di filiazione, in *Dir. fam. pers.*, 1982, pp. 258 ss.

<sup>11</sup> Per tutti, cfr. P. RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Milano, 2000, p. 310.

<sup>12</sup> Art. 14, c. 3 della L. n. 40/2004.

<sup>13</sup> Sent. Corte cost. n. 151/2009, n. 6, *Cons. in dir.*

<sup>14</sup> Così la sent. della Corte cost. n. 174/1994, n. 3, *Cons. in dir.*

<sup>15</sup> Cfr. A. BRANDALISE, *Figure della prossimità*, in A. BRANDALISE, *Categorie e figure: metafore e scrittura nel pensiero politico*, Padova, 2003 pp. 177 ss., 189; C. SINI, *Sentire il mondo*, Modena, 2006, p. 13; M. PEDRAZZA GORLERO, *Il Patto costituzionale*, Padova, 2009, pp. 33 s., 58.

<sup>16</sup> A. TRABUCCHI, *La procreazione e il concetto giuridico di paternità e di maternità*, in A. TRABUCCHI, *Cinquant’anni nell’esperienza giuridica*, Padova, 1988, p. 455; inoltre cfr.: L. PALAZZANI, *Diritto naturale ed etica matrimoniale in Christian Thomasius. La questione del concubinato*, Torino, 1998, p. 309; M. CASINI-M.L. DI PIETRO, *Il matrimonio tra omosess-*

Del resto, in caso di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo il donatore dei gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica con il nato.

3. Si determina così una scissione tra sessualità e procreazione (evidente sin dalla L. n. 194/1979 e dalla L. n. 164/1982), mentre il rapporto di filiazione si svincola dai rapporti biologici. Ne è segno la L. n. 431/1967, che introduce la c.d. adozione speciale, presentata come una «rivoluzione copernicana»<sup>17</sup> rispetto all'istituto dell'adozione c.d. ordinaria, disciplinato dagli artt. 291 ss. c.c. Con questa legge e con la successiva L. n. 184/1983 (novellata dalla L. n. 149/2001), si registra un ulteriore slittamento del concetto di «natura»: si dà attuazione all'art. 30, 2° comma, Cost. e passano in secondo piano sia la concezione istituzionale della famiglia sia i legami biologici tra genitori naturali e minori adottati: «la maternità e la paternità vivono anzitutto sul piano psicologico»<sup>18</sup>.

Il rapporto di filiazione si svincola dai legami biologici, assumendo una conformazione artificiale, connessa al rapporto educativo. Nel dritto positivo, il luogo della famiglia<sup>19</sup> (legittima, di fatto, naturale, monoparentale, adottiva) è il luogo degli affetti e dell'educazione, dove, in una dimensione relazionale, si costruisce l'identità personale. Per questo la novella del 2001 incide anche sui rapporti tra famiglia di origine, famiglia adottiva e adottato, consentendo – senza cadere nella «mistica del DNA»<sup>20</sup> – che l'adottato, nel rispetto di alcune cautele<sup>21</sup>, possa ottenere determinate informazioni sull'identità dei propri genitori biologici<sup>22</sup>.

4. Concepita come un'isola<sup>23</sup>, la famiglia si è trasformata in un arcipelago<sup>24</sup>, in una costellazione<sup>25</sup> che sta nello spazio dell'ordinamento, come le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost.<sup>26</sup>; e, come tale, l'ordinamento la considera in un contesto contrassegnato dal principio di sussidiarietà. Accade così che l'art 1, 1° comma, L. n. 328/2000 (legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali) dichiari che gli interventi assicurati alle persone e alle famiglie

---

suali non è un vero matrimonio, cit., p. 619. *Contra*, cfr. M. GATTUSO, *Appunti sulla famiglia naturale e il principio di eguaglianza (A proposito della questione omosessuale)*, *Questione giustizia*, 2007, pp. 268 ss.; A. PUGIOTTO, *Alla radice dei "casi": la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio"*, cit., par. 9.

<sup>17</sup> Per tutti, cfr. V. POCAR-R. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, 2003, pp. 157 ss. Sul *favor minoris* cfr. F. RUSCELLO, *Relazione introduttiva*, in AA.VV., F. RUSCELLO (a cura di), *Accordi sulle crisi di famiglia e autonomia coniugale*, Padova, 2006, pp. 2 ss.; A. SIMONATI, *Profili di costituzionalità della Legge n. 149 2001*, in AA.VV., F. RUSCELLO (a cura di), *Diritto alla famiglia*, Padova, 2005, p. 66; M. CAVALLO, *Figli cercasi. L'adozione internazionale: istituzioni, leggi, casi*, Milano, 2005, pp. 10 ss.; V. ZAMBRANO, *La famiglia di fatto. Epifanie giuridiche di un fenomeno sociale*, Rozzano (MI) 2005, pp. 38 ss. e D. RICCIO, *Famiglia di fatto*, Padova, 2007, pp. 570 ss. Una relativizzazione storica in P. ARIÈS, *Padri e figli nell'Europa medievale e moderna*, tr. it. di M. Garin, Roma-Bari, 1981, pp. 145, 325 ss., 428 ss.; P. MELOGRANI, *Introduzione*, in AA.VV., P. MELOGRANI (a cura di), *La famiglia italiana dall'ottocento a oggi*, Roma-Bari 1988, pp. X ss. Per l'evoluzione della Corte Costituzionale, cfr. E. LAMARQUE, *I diritti dei figli*, in AA.VV., M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna 2007, specie pp. 293 ss.

<sup>18</sup> Così L. LENTI, *Introduzione. Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, II, in *Trattato di diritto di famiglia*, II, Zatti, Milano, 2002, p. 579.

<sup>19</sup> Cfr. G. FREZZA, *I luoghi della famiglia*, Torino, 2004, pp. 1 ss.

<sup>20</sup> Così S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 184.

<sup>21</sup> Cfr. il novellato art. 28, c. 5 della L. n. 183/1984.

<sup>22</sup> Cfr. criticamente G. SCIANCALEPORE, *La dichiarazione di adozione*, in G. AUTORINO-M. STANZIONE, *Adozione a affidamento dei minori*, Milano, 2001, p. 324.

<sup>23</sup> A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, VIII, Napoli, 1949, p. 57.

<sup>24</sup> Cfr. F.D. BUSNELLI, *La Famiglia e l'arcipelago familiare*, in AA.VV., V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano 2004, pp. 251 ss.

<sup>25</sup> S. MAZZONI, *Le famiglie ricomposte: dall'arrivo dei nuovi partners alla costellazione familiare ricomposta*, in *Dir. fam. pers.*, 1999, pp. 373 ss.

<sup>26</sup> *Contra*, E. LAMARQUE, *Famiglia (Diritto Costituzionale)*, *Dizionario di diritto pubblico*, III, diretto da S. Cassese, 2006, p. 2422.

tegrato di interventi e servizi sociali) dichiarati che gli interventi assicurati alle persone e alle famiglie siano coerenti con gli artt. 2, 3 e 38 Cost., sicché la famiglia viene in considerazione non direttamente (non cioè in relazione all'art. 29), ma come formazione sociale. Vengono così valorizzate le iniziative delle persone e dei "nuclei familiari" ai fini della promozione della solidarietà sociale, della coesione sociale (art. 16, 1° comma) e viene riconosciuto il ruolo delle famiglie «nella formazione e nella cura della persona» (art. 16, 1° comma).

La naturalità della famiglia si converte in artificialità, il cui centro è costituito dalla formazione e dall'educazione dei minori, che si fondano nell'art. 31 Cost. Ne deriva una concezione "puerocentrica", che vede nell'interesse del minore una "clausola generale". Di qui la possibilità dell'adozione a favore di una famiglia legittima uno dei cui coniugi sia transessuale<sup>27</sup>, ma anche l'adozione nei casi particolari di cui all'art. 44 della L. 183/1984, che, in determinate circostanze, consente l'adozione da parte di una persona singola<sup>28</sup>. In relazione a questi casi nulla la legge dice circa l'inclinazione sessuale dell'adottante particolare; perciò potrebbe essere disposta anche rispetto ad una persona omosessuale.

Qui la questione si fa delicata<sup>29</sup>: si toccano situazioni di minori<sup>30</sup>, nei confronti dei quali occorre una particolare circospezione. Si dovrà tenere conto della morale del contesto sociale di riferimento per evitare che questa scelta determini pregiudizi a danno del minore. Ma, ove tali pregiudizi non si dessero e la soluzione dell'adozione particolare disposta rispetto a una persona omosessuale fosse la migliore per il minore, non dovrebbero sorgere ostacoli di altra natura<sup>31</sup>.

Non è un'ipotesi di facile realizzazione, come dimostra la travagliata esperienza francese<sup>32</sup>, in cui però è da ritenersi che avrà luogo un significativo mutamento in considerazione della recente pronuncia della Corte EDU del 22 gennaio 2008, *Affaire E.B. c. France*.

In ogni caso, l'adozione nei casi particolari può essere disposta nei confronti di persone singole, che successivamente potrebbero costituire un duraturo rapporto di fatto con altra persona sia di sesso diverso sia dello stesso sesso. È vero che questa forma di adozione prevede la possibilità della revoca (artt. 51 ss. della L. n. 184/1983) in tre tassativi casi. Tuttavia, salvi i casi di indegnità dell'adottato ultraquattordicenne o dell'adottante di cui agli artt. 51 e 52, l'art. 53 della legge stabilisce che essa possa essere richiesta dal P.M. a causa della violazione dei doveri degli adottanti. Ma è un'ipotesi che non pare realizzarsi semplicemente quando l'adottante instaura una relazione di carattere omosessuale con un'altra persona: occorre concretamente dimostrare che l'adottante sia venuto meno ai propri doveri. Per questo è stato ritenuto «non irragionevole che uno dei partners omosessuali possa richiedere l'adozione del minore nell'ipotesi in cui questa è consentita alle persone unite al minore»<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> Cfr. il Decreto del Tribunale per i minorenni di Perugia del 22 luglio 1997, in *Dir. fam. pers.*, 1998, pp. 593 ss.

<sup>28</sup> L'adozione nei casi particolari va tenuta distinta dalla c.d. adozione legittimante. Cfr. il caso *Di Lazzaro* e la sent. n. 183/1994 della Corte cost.

<sup>29</sup> Cfr. G. FERRANDO, *Convivenze e modelli di disciplina*, in AA.VV., F. BRUNETTA D'USSEAU-A. D'ANGELO (a cura di), *Matrimonio, matrimonii*, Milano, 2000, p. 307.

<sup>30</sup> E. ROSSI, *Il diritto all'identità sessuale*, in AA.VV., A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, p. 212.

<sup>31</sup> Cfr. la sent. della Corte EDU del 22 gennaio 2008, *Affaire E.B. c. France* (Requête n° 43546/02); cfr. *Dir. fam. pers.*, 2008, pp. 1089 ss., nota critica di A. DONATI, *Omosessualità e procedimento di adozione in una recente sentenza della Corte di Strasburgo*, pp. 1090 ss.; diversamente E. LAMARQUE, *Adozione da parte di single omo e eterosessuali: i paesi del Consiglio d'Europa stanno perdendo il loro margine di apprezzamento?*, in [http://forumquadernicostituzionali.it/site/stories/pdf/documenti\\_forum/giurisprudenza/corte\\_europea\\_diritti\\_diritti\\_dell'uomo/0001\\_lamarque\\_pdf](http://forumquadernicostituzionali.it/site/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/corte_europea_diritti_diritti_dell'uomo/0001_lamarque_pdf); S.A.R. GALLUZZO in *Famiglia, persona e successioni*, 2008, pp. 380 ss.; E. FALETTI, *La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e l'adozione da parte del single omosessuale*, in *Fam. dir.*, 2008, pp. 224 ss., 229.

<sup>32</sup> Cfr. il caso *Frettè*, Corte EDU, III sez., 26 febbraio 2002, reperibile in *Famiglia*, 2002, pp. 521 ss., nota di E. VARANO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'inesistenza del diritto di adottare*, pp. 537 ss.; R. TORINO, *Nuovi modelli familiari. Il diritto a essere genitori*, cit., pp. 376 ss.

<sup>33</sup> Così R. TORINO, *Nuovi modelli familiari. Il diritto a essere genitori*, cit., p. 416. *Contra*, per tutti, P. SCHLESSINGER, *Una risoluzione del Parlamento europeo sugli omosessuali*, cit., p. 395. Diversamente F. CAGGIA, *Convivenze omosessuali e*

5. Se il concetto di natura dell'art. 29 Cost. si manifesta in relazione alla differenza di genere del corpo della donna e si converte nella relazione educativa (come accade nel caso *E.B c. France* e nelle ricordate ipotesi che possono derivare dall'art. 44 della L. n. 184/1983), alla domanda di partenza se il *same-sex marriage* possa pregiudicare diritti di rilievo costituzionale astrattamente la risposta dovrebbe essere negativa: solo una valutazione del caso concreto, in relazione allo specifico contesto sociale e culturale di riferimento, potrebbe condurre a ragionare di pregiudizio dei diritti del minore.

Poiché, però, l'opera ermeneutica della Corte Costituzionale dovrà svolgersi in un "pieno di diritto", pare difficile ritenere che essa possa prendere il posto del legislatore, anche se, in via di principio, non sembrano darsi ostacoli insuperabili per una risposta affermativa (benché non necessariamente di tipo matrimoniale) dell'ordinamento alle richieste di regolazione giuridica.

---

genitorialità: tendenze, conflitti e soluzioni nell'esperienza statunitense, in AA.VV., *I contratti di convivenza*, cit., p. 248. Cfr. le riserve di G. GALOPPI, *Sulle conseguenze psicologiche del matrimonio tra omosessuali*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, specie p. 640.





CARLO FUSARO \*

## Non è la Costituzione a presupporre il paradigma eterosessuale

Sono qui principalmente per obbedire a un imperativo morale, per un dovere politico-civile: non farò nessun tentativo di farmi scudo di presunte verità tecnico-giuridiche, che in questo come in altri campi non credo esistano. Non è possibile non avere un “pre-orientamento”: ed io confesso il mio. Il problema che abbiamo davanti, a me pare semplicemente questo: che risposta deve dare il nostro ordinamento costituzionale a una specifica categoria di cittadini, anzi di persone, che, essenzialmente, invoca parità di trattamento, *rectius*, chiede che cessi ciò che avverte come, e per me con evidenza solare effettivamente è, una discriminazione.

Ebbene, il caposaldo sul quale fondare la risposta va cercato nel parametro dell’uguaglianza affermato dall’art. 3, interpretato come principio di non discriminazione e letto in congiunzione con gli artt. 2 e 29. Dico cose ovvie, e semplici. Ma questa credo sia la strada maestra del diritto costituzionale. Nella nostra Costituzione, l’uguaglianza di trattamento, cioè la non discriminazione, è la regola: certo, l’uguaglianza non può essere e non viene intesa come uguale trattamento di tutti *sempre e comunque*, perché è legittimo (e talora può essere addirittura doveroso, in relazione al 2° comma dell’art. 3) trattare in modo diverso situazioni diverse. Il punto è che, nei casi sollevati dai giudici *a quibus*, come in qualunque altra circostanza in cui la legge dispone un trattamento differenziato, si tratta di vedere come questo possa essere ipoteticamente giustificato nel bilanciamento con altri valori, principi e norme parimente affermati o riconosciuti dalla Costituzione.

Non basta: se la non discriminazione è la regola, l’onere di dimostrare la ragionevolezza del trattamento differenziato dovrebbe ricadere su chi un simile trattamento diverso ritiene opportuno imporlo, appunto in quanto, e solo in quanto, lecito e costituzionalmente legittimo. Non si dovrebbe invertire l’onere della prova e costringere chi chiede un trattamento *non* discriminatorio a dimostrare che esso non si giustifica. Ma tant’è, su questo torno più avanti.

Sono consapevole che si entra qui su un terreno scivoloso; e mi rendo anche conto che questo tipo di apprezzamenti – di norma – non possono che rientrare nelle funzioni specifiche del legislatore. Il giudice costituzionale, se sollecitato a farlo, sottoporrà a verifica la ragionevolezza della scelta del legislatore: ma non sta – di norma – al giudice costituzionale sostituirsi al legislatore per creare nuovo diritto, e dare così attuazione al dettato costituzionale. Tuttavia, sappiamo bene che vi sono circostanze in cui ciò si rivela inevitabile. Nel caso che discutiamo, osservo che: *primo*, siamo di fronte a una situazione normativa testuale che non è poi così chiara e pacifica. Il rifiuto di celebrare matrimoni fra persone dello stesso sesso da parte dell’ufficiale dello stato civile (ciò che determina la oggettiva discriminazione in base al sesso di coloro che si vogliono unire nel contratto matrimoniale), è fatto derivare da una ricostruzione della presunta volontà dell’ordinamento fondata su basi sistematiche, che a me paiono non proprio solidissime; *secondo*, essa, a ben vedere, è basata – piuttosto – su argomenti di tipo ideologico, religioso, costumi, tradizioni, usanze: certo tramandati nel tempo. Alla fine dei conti, tuttavia, al di là di elaborazioni e ricostruzioni più o meno sofisticate, il vero argomento è: «per matrimonio si è sempre considerato quello fra uomo e donna». Si tratta di un argomento che vale quanto il sostenere che nel matrimonio da che mondo è mondo a comandare è

---

\* Ordinario di di Diritto pubblico comparato, Università di Firenze.

l'uomo (il che tra parentesi è curioso se si fa mente locale all'etimo del vocabolo: *matrimonio*, distinto da *patrimonio* ...).

Come si capisce io ho molto apprezzato la relazione introduttiva di Barbara Pezzini, con larghissima parte della quale concordo. Concordo soprattutto con la prima parte della sua ricostruzione e delle sue conclusioni. Ma proprio per questo vorrei dire qui cosa non mi persuade del tutto.

Non mi persuade l'interpretazione che Barbara Pezzini fa del secondo comma dell'art. 29 Cost. e quindi mi lasciano perplesso anche le conseguenze che ne deriva, sia pure subordinatamente – mi pare di capire, in relazione alla possibile decisione della Corte. In che senso non mi persuade? Pezzini scrive: «vi è però, nell'art. 29 Cost., anche un dato giuridico positivo che collega il matrimonio al paradigma eterosessuale e che mi sembra meno facilmente superabile, essendo strettamente connesso alla *ratio* stessa del richiamo dell'istituto matrimoniale in costituzione: il matrimonio a cui fa riferimento l'art. 29 Cost. incorpora nel suo 2° comma il paradigma eterosessuale *perché e nella misura in cui la funzione di questa norma è di introdurre la norma anti-subordinazione di genere nella struttura della famiglia* (di rimuovere la subordinazione della donna all'uomo dentro la struttura familiare)» [corsivo mio].

Forse mi sfugge qualcosa, ma il secondo comma parla di “coniugi” (e fortunatamente, aggiungo) ... Ciò rende a mio avviso possibile e legittimo, credo, leggerlo nel senso che, nella coppia unita in matrimonio, la Costituzione vuole i coniugi sullo stesso piano. So benissimo (sappiamo tutti) che coloro che scrissero e votarono la Costituzione pensavano a un coniuge uomo e a un coniuge donna: tuttavia non mi pare che la disposizione letta nel 2010 debba necessariamente essere interpretata *originalisticamente*. Essa ha piena pregnanza giuridica in sé: quale che sia il sesso o la preferenza sessuale delle due persone che si vincolano in coniugio. Vale dunque, senza alcun dubbio, anche nel caso della coppia dello stesso sesso: all'interno della quale vi possono ben essere, come in qualsiasi rapporto a due, e in effetti vi sono, ruoli e posizioni diverse. Se non che – in base alla Costituzione – nulla può intaccare l'uguaglianza giuridica e morale fra i componenti del nucleo familiare unito (e/o fondato) in matrimonio (fatti salvi eventuali limiti a garanzia dell'unità familiare: sui quali si tratterebbe pure di ragionare). Per questo domando: perché mai ritenere che il comma 2 implichi *necessariamente* il paradigma eterosessuale? Il 2° comma dell'art. 29 vuole la famiglia unita in matrimonio (legata da una somma di diritti e doveri che è l'ordinamento a prefigurare) fondata sull'uguaglianza dei due suoi elementi originari e iniziali. Certamente, come scrive Pezzini, ciò equivaleva nel 1948 ad affermare l'uguaglianza fra uomo e donna *anche* nel matrimonio (tanto che ci son voluti 27 anni per tradurre questo comandamento in legge, col nuovo diritto di famiglia): ma nel 2010 non vuol dire solo e necessariamente questo. Aggiungo che non è affatto infrequente il caso di disposizioni varate dando per scontati certi presupposti, le quali, superati quei presupposti, mutano di significato perché appunto muta il modo di interpretarle in presenza di presupposti diversi.

La mia perplessità si rafforza se penso alla soluzione della sentenza additiva di principio di cui parla Barbara Pezzini. Partendo da quella interpretazione dell'art. 29.2 secondo Pezzini questa ipotesi comporta (può comportare) «la estensione alle coppie *same sex* non direttamente dell'accesso al matrimonio, ma dell'accesso ad una condizione giuridica che garantisca effetti essenziali e sostanziali analoghi a quelli del matrimonio per le coppie eterosessuali». Come Pezzini dice, in tal modo si «libera uno spazio di discrezionalità per il legislatore». Ora ciò in sé non sarebbe un male: il problema è che lasciar spazio alla discrezionalità del legislatore rischia, in questo caso, di sacrificare puramente e semplicemente il principio di non discriminazione.

La questione di *altri tipi di unione civile* (e dei loro regimi giuridici) non dovrebbe direttamente rilevare rispetto a quella richiesta di parità di trattamento dalla quale ho preso le mosse. Infatti, la questione di fondo che è stata sollevata non è solo e tanto quella del diritto di tutte le persone di vedersi riconoscere la possibilità di ingaggiare un rapporto di coppia caratterizzato da determinate garanzie, forme di stabilità e prerogative previsti dalla legge (dunque non suscettibili di negoziazione fra le parti): certo è *anche* questo. Ma lo è solo *subordinatamente*, perché la questione vera riguarda invece il principio di non discriminazione.

Ora, perché mai una qualsiasi forma di unione dovrebbe essere preclusa alle persone in base al sesso? Perché mai le forme di unione dovrebbero essere differenziate in base all'orientamento sessuale di coloro che intendono farvi ricorso? Si badi bene: dire che al matrimonio non possono acce-

dere persone dello stesso sesso, è esattamente come se il legislatore pretendesse di istituire nuovi tipi di unione (comunque denominati e configurati) limitandoli, magari, alle sole persone di orientamento omosessuale. La questione delle unioni civili ha senso in sé: in quanto il legislatore giudichi socialmente opportuno prevedere unioni diverse dal matrimonio, diverse in quanto volte a conferire diritti e doveri reciproci *altri* rispetto al matrimonio. Non ha o non dovrebbe avere alcuna relazione con i soggetti che ne possano far ricorso. In altri termini, che si tratti di una forma di unione diversa dal matrimonio o del matrimonio come l'ha fin qui disciplinato il codice civile: in entrambi i casi la legge non può, a mio avviso, discriminare in base al sesso o all'orientamento sessuale. Può discriminare in base ad altro (per esempio l'età), ma non in base al sesso, alla religione, alla razza, eccetera.

Si torna inevitabilmente al punto di partenza. Perché mai per concludere un contratto matrimoniale, cioè per conferire ai propri rapporti con una e una sola altra persona, caratterizzati da una certa pubblicità e da una certa particolare stabilità, nonché dal presupposto che non abbia scadenza ma possa durare finché morte non separi, occorrerebbe essere di sesso diverso? A meno di non ritenere che la funzione sociale o la funzione ordinamentale del matrimonio siano non già un certo regime di rapporti reciproci stabilizzati e duraturi, una certa reciproca garanzia pubblica di assistenza e sostegno: ma altro. E siccome l'unica cosa che insieme due coniugi dello stesso orientamento sessuale (anzi: dello stesso sesso biologico) non possono fare (ma anche qui c'è da ragionare: non potevano fare, almeno nel caso di chi è biologicamente uomo; diverso il caso di chi è biologicamente donna) era procreare: ma il nesso procreazione come funzione del matrimonio è questione socialmente e costituzionalmente superatissima. Chi mai potrebbe affermare che funzione del matrimonio sia solo o principalmente fare figli? Di più: a ben vedere neppure dar vita a una famiglia è la funzione principale del matrimonio ... La Costituzione questo non lo dice, infatti. La circostanza che (art. 29 Cost.) «la Repubblica riconosca i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio» non implica affatto che il matrimonio abbia come funzione dar vita a una famiglia (almeno nel senso di una comunità di solidarietà e affetti che vada oltre due persone: alle quali essa può benissimo e felicemente fermarsi): vuol dire che riconosce la famiglia come formazione sociale che esiste ed è titolare di diritti a prescindere da qualsiasi scelta contingente di politica legislativa. Funzione del matrimonio è, piuttosto, quella di assicurare un quadro stabile di rapporti predeterminati per legge e una somma di diritti e di doveri reciproci a due persone che a quel regime di rapporti intendono pubblicamente vincolarsi. Per secoli (sia pure con eccezioni) il presupposto è stato certo la differenza sessuale fra gli aspiranti coniugi; oggi tale presupposto non solo è condiviso solo da alcuni, ma dal momento che il sesso e l'orientamento sessuale fanno parte dell'identità di ogni persona e non possono perciò essere in sé la *ratio* giustificatrice di trattamenti differenziati, esso non può assurgere a requisito condizionante il diritto di ricorrere all'istituto del matrimonio.

Tenendo precisamente conto del nostro codice civile, a me parrebbe perciò di poter dire che le alternative a disposizione del giudice costituzionale dovrebbero essere solo due: (A) sancire la possibilità di interpretare la legge vigente in modo conforme a Costituzione (con *sentenza interpretativa di inammissibilità*) o, come Pezzini anche suggerisce, sancire la illegittimità costituzionale di quelle disposizioni di legge (segnatamente del codice civile) che si prestano – sistematicamente interpretate – a vietare l'accesso all'istituto del matrimonio a persone dello stesso sesso (con *sentenza di accoglimento parzialmente sostitutiva*). Vorrei aggiungere che, se si leggono gli articoli del codice civile che sono stati impugnati, si vede che essi non sono affatto quelli che dettano la disciplina generale del matrimonio (ed io ancora non ho ben capito perché l'ordinanza del tribunale di Venezia abbia individuato fra le disposizioni da impugnare anche gli artt. 93, 96 e 98 c.c.): si tratta di altre disposizioni che ben potrebbero essere lette come se, al posto di “marito e moglie”, vi fosse scritto “coniugi” senza espresso riferimento al sesso biologico. Naturalmente nell'ipotesi della sentenza di accoglimento parzialmente sostitutiva la garanzia della fine di ogni discriminazione sarebbe maggiore: in questo senso sarebbe la soluzione più netta.

Tutta la storia costituzionale repubblicana ci mostra che se c'è una Costituzione che si presta *nella sua lettera* (parlo della prima parte, ovviamente) e si è prestata *nella sua lettura* ad interpretazioni in grado di cogliere l'evoluzione sociale, questa è la nostra. Esiste una giurisprudenza ricchissima che non devo certo ricordare qui. Perché mai ciò non dovrebbe avvenire proprio in questo caso? La nostra Costituzione è e sarà sempre nella sua prima parte, e soprattutto nei suoi primi 11 articoli, il

campo naturale di confronto (non voglio dire di battaglia) per l'affermazione di nuovi diritti (cheché ne dicano i positivisti a senso unico). Essa è stata ed è il terreno naturale dove si è sviluppata e si può sviluppare quella forma particolarissima di iniziativa politico-costituzionale che è la *strategic litigation* e che consiste appunto nel tentativo di imporre nel tempo quelle trasformazioni normative che la politica stenta ad assecondare, costringendo il giudice a farsi necessario complice del cambiamento: forti, beninteso, dell'indispensabile leva della norma costituzionale, come appunto nel caso nostro.

Vorrà la Corte farsi protagonista di un'interpretazione conforme a costituzione del diritto matrimoniale vigente? Vorrà optare per una sentenza di accoglimento parziale sostitutiva? O cercherà e troverà una strada diversa? Questo è naturalmente tutt'altro discorso. Ma anche a me con Pezzini pare difficile pensare che le risulterà agevole trovare argomenti che giustifichino l'esclusione dal matrimonio delle persone dello stesso sesso. Ciò detto, non posso non riconoscere che è difficile dire fino a che punto il corpo sociale si sia al riguardo davvero evoluto; occorre perciò rendersi conto che ciò solo in astratto può esulare dalle considerazioni che la Corte porrà a sé stessa. Dappertutto il giudice delle leggi è un giudice in senso lato "politico" (non è una super Cassazione, è un giudice terzo ma col compito di interpretare una legge che non è affatto una legge come le altre). E purtroppo, oggi in Italia il giudice delle leggi è un giudice, per ragioni che sappiamo, sotto stress. Va messa nel conto l'eventualità che, consapevolmente o meno, cerchi una strada che non lo esponga all'ennesimo prevedibile scontro: tanto più, appunto, su un terreno delicato e dal punto di vista della maturazione del corpo sociale non proprio solidissimo. Il timore è allora che la Corte trovi il modo di lavarsi del tutto le mani della questione (e qui si entra in quel campo processual-costituzionale nel quale non voglio entrare), o magari opti per una ponzio-pilatesca "sentenza di rigetto con monito" in attesa di un legislatore che tutti sappiamo bene non legifererà: o, se legifererà, difficilmente lo farà nel senso di una rigorosa applicazione del principio di uguaglianza inteso come non discriminazione. In tal deprecabile caso la Corte altro non farebbe che rimandare ogni soluzione nel tempo: sapendo che sarebbe inevitabilmente chiamata a occuparsi di nuovo della questione in un futuro non troppo lontano. Il problema morale e costituzionale che essa però non potrà non porsi è: perché mai tante persone dovrebbero subire nel frattempo il perdurante sacrificio dei propri diritti?

GUIDO GALIPÒ\*

## L'amore ai tempi della Costituzione. Omossessualità e matrimonio fra preclusioni costituzionali e moniti disattesi

**SOMMARIO:** 1. Il “toro per le corna”. – 2. Costituzione, eterosessualità e matrimonio: “testo” o “pretesto”? – 3. La “copertura” costituzionale delle unioni omosessuali: è necessaria la “cruna dell’ago”? – 4. Intervento della Corte e rigidità costituzionale: il pericolo di una “revisione di fatto” – 5. Una “sentenza-monito” fra sofferenza e speranza.

1. Proprio nei giorni in cui, nel Regno Unito, la *House of Lords* si appresta (col determinante assenso degli stessi *Lords Spiritual*, i prelati della Chiesa d’Inghilterra inclusi nella Camera Alta) a rimuovere il divieto di benedizione delle unioni omosessuali nei luoghi di culto mediante un emendamento al c.d. *Equality Act*, la nostra Corte costituzionale è chiamata da diversi giudici remittenti a pronunziarsi sulla presunta incostituzionalità della preclusione alle coppie omosessuali del matrimonio ex art. 29 Cost., sancita dal combinato-disposto di diverse norme del codice civile. Nel promovimento delle relative *questiones*, l’impressione è quella che i diversi giudici rimettenti abbiano inteso quasi “prendere il toro per le corna”: sollevare, cioè, davanti al giudice di costituzionalità il problema del riconoscimento giuridico dei diritti delle unioni omosessuali, a fronte della perdurante (e, come si vedrà, costituzionalmente scandalosa) renitenza del legislatore all’approvazione in tal senso di soluzioni normative, pur discusse nel recente passato (DICO, CUS, Di.Do.Re.), già per altro reiteratamente sollecitate dalla Corte in innumerevoli sue pronunzie. Le eccezioni di illegittimità costituzionale in parola, pertanto, non pongono più, come in passato, il problema di una “equiparabilità” alla famiglia legittima delle cd. “unioni di fatto” (omosessuali od eterosessuali che siano) sul terreno dell’estensione a queste ultime di “singoli” diritti o doveri propri del rapporto coniugale, ma mirano dritto al cuore di una ben precisa questione: l’esistenza o meno di una “esclusività eterosessuale” del matrimonio, costituzionalmente sancita aldilà della sua indubbia sussistenza (riconosciuta, per altro, da diversi giudici remittenti) nel c.d. “diritto vivente”, ossia nella ultramillenaria concezione giuridica e sociale del matrimonio nella coscienza civile del Paese. Ed è proprio da questo “nocciolo della questione” che si propongono di partire le brevi considerazioni di seguito esposte.

2. È stato da più parti affermato (P. VERONESI, A. PUGIOTTO, N. PIGNATELLI) che non esiste in Costituzione alcuna espressa definizione del matrimonio che ne sancisca il carattere necessariamente eterosessuale, e che dunque quest’ultimo, più che costituire un connotato “espresso” del dettato costituzionale, si configurerebbe, appunto, come “diritto vivente”, in quanto dato di tradizione radicatosi nella Storia e “presupposto” dell’*original intent* del Costituente del ’47. Quindi, non già parte del “testo” costituzionale, bensì “pre-testo” immanente all’intenzione dei compilatori della Carta e condizionante la redazione delle disposizioni costituzionali in materia familiare. Ci si permette di dissentire. E ciò non tanto in relazione alla *vexata quaestio* dell’interpretazione da attribuirsi alla qualificazione di “*società naturale*” data alla famiglia dall’art. 29.1 Cost. (sulla quale riteniamo sia stato già abbastanza chiaro Aldo Moro nel precisare che «non di definizione si parla, bensì di delimita-

---

\* Dottore di ricerca in Diritti e libertà fondamentali negli ordinamenti giuridici contemporanei, Università di Catania e di Enna.

zione di confini»), bensì con riferimento alle altre disposizioni costituzionali che della famiglia si occupano nel delinearne i caratteri di “formazione sociale tipica”. Innanzi tutto, e come già evidenziato (G. GRASSO), il secondo comma dell’art. 29 Cost., fondando il matrimonio sulla “*eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*”, non può che indirizzare tale equiparazione a coniugi di diverso genere sessuale, pena l’insensatezza della disposizione stessa. Ancora, se l’art. 30 Cost. ha premura, al suo 1° comma, di sancire il diritto-dovere dei genitori al mantenimento, all’istruzione e all’educazione dei figli “*anche se nati fuori dal matrimonio*”, risulta allora evidente, proprio sul piano “testuale”, che l’espreso dettato costituzionale, nell’individuare nel matrimonio la “prima sede” della (possibile) procreazione, ne postula esplicitamente (e non pre-testualmente) il carattere eterosessuale. Parimenti, laddove l’art. 37 Cost., nel dettare i parametri della tutela della donna lavoratrice, precisa che le condizioni di lavoro ad essa riservate “*devono consentire l’adempimento della sua essenziale funzione familiare*”, assicurando “*alla madre e al bambino una speciale adeguata condizione*”, tale disposizione sembra essere, ancora una volta “testualmente”, chiara nel sancire un paradigma eterosessuale tipico della famiglia legittima *ex art. 29 Cost.* Ciò, come si vedrà a breve, non vuol dire affatto che la Carta sia sorda al riconoscimento costituzionale dei diritti degli omosessuali sia come “singoli” che come “coppia”, né che tale paradigma possa includersi (come invece, ad esempio, affermato dalla Nota del Consiglio Permanente della CEI del 28 marzo 2007) fra i “*principi non negoziabili*” o “*supremi*” dell’ordinamento costituzionale, ed in quanto tale intangibile in sede di revisione. Vuol dire semplicemente, almeno a parere di chi scrive, che il testo costituzionale sancisce una disciplina formalmente definita come “disposizione”, e non come “*meta-norma*” (A. RUGGERI) o come “diritto vivente”. Un dato testuale per modificare il quale in senso “inclusivo” di paradigmi affettivi da esso diversi, non è prefigurabile un intervento giurisprudenziale né ordinario, né della Consulta, ma una revisione costituzionale *ex art. 138 Cost.*

3. Ciò tanto più che, al netto della “insostenibile leggerezza” costituzionale del legislatore, il paradigma matrimoniale eterosessuale sancito dalla Costituzione non preclude affatto ad un pieno riconoscimento formale, su base costituzionale, dei diritti dell’unione omosessuale. Sia il Giudice di legittimità (Cass. Civ., Sez. III, sentt. n. 2311/2007 e n. 16417/2007, nonché Cass. Pen., Sez. IV, sent. n. 33305/2002) che la stessa Consulta (a partire dalla sent. n. 237/1986), come noto, hanno reiteratamente riconosciuto tale rilevanza costituzionale, saldamente ancorandola non già ad una “equiparazione” delle unioni omosessuali (e, più in generale, delle unioni di fatto) alla “*cruna dell’ago*” (A. PUGIOTTO) matrimoniale *ex art. 29*, bensì all’art. 2 della Carta, nella sua duplice dimensione di garanzia tanto dei diritti del “singolo” convivente (cfr. Corte cost., sent. n. 404/1988), quanto della “formazione sociale” in cui essi sviluppano la loro personalità. Mi permetto di dire di più. Se un riconoscimento legislativo ed una tutela giurisdizionale di unioni di fatto, come quelle eterosessuali, che sono tali esclusivamente per una libera scelta di “non giuridificazione” del loro rapporto, potrebbe confliggere sia con il *favor familiae* di cui all’art. 31 Cost., sia con la stessa libera autodeterminazione dei conviventi (sul punto, si veda Corte cost., sent. n. 166/1998), una garanzia legislativa e giurisdizionale delle unioni omosessuali *ex art. 2 Cost.* assume connotati di necessità ed anzi, *si licet*, di “imperiosità” costituzionale proprio in ragione dell’impossibilità delle stesse, a Costituzione vigente, di contrarre matrimonio. E ciò in stretto ossequio, altresì, della “*pari dignità sociale*” consacrata nell’art. 3.1 della Carta.

4. Ma ciò non può, a parere di chi scrive, avvenire nelle forme prospettate dinanzi alla Corte dai giudici remittenti con delle *quaestiones*, il cui effetto sarebbe paragonabile a veri e propri “colpi d’ariete” al “testo” della Carta costituzionale. Una sentenza di tipo “additivo di principio”, se non addirittura “sostitutiva” (B. PEZZINI), quale quella richiesta alla Corte dai giudici *a quibus*, non risulterebbe infatti manipolativa del solo testo delle disposizioni codicistiche impugnate, ma anche, a conti fatti, delle stesse norme costituzionali invocate come parametro di valutazione delle *quaestiones* (l’art. 29 Cost.) o comunque relative alla struttura tipica dell’istituto familiare delineata in Costituzione. E ciò rischierebbe di aprire la via a “*revisioni di fatto*” (A. RUGGERI) della Carta, incompa-

tibili sia con le competenze della Corte, sia con la stessa rigidità costituzionale posta a presidio di quei diritti fondamentali che i remittenti (meritevolmente, sul piano di una “sensibilità” costituzionale che il legislatore ha finora puntualmente dimostrato, in materia, quasi nemmeno di sospettare!) si propongono di tutelare.

5. Cosa resta, allora, della possibilità di riconoscere finalmente “spazio” costituzionale all’imprescindibile urgenza delle persone omosessuali al riconoscimento giuridico delle loro unioni in “*diritti certi*” (A. PUGIOTTO) e in pari dignità? Quale la dimensione giuridica dell’amore nel “tempo della Costituzione”? Non certamente soltanto una semplice “sentenza-monito”, nei termini di “paziente sollecitazione” al legislatore che la Consulta ha ritenuto utilizzare in passato. È sicuramente importante che il Giudice delle leggi anche stavolta, come in molte altre occasioni sul tema (sentt. n. 237/1986 e n. 6/1977), richiami il legislatore “recalcitrante” alla propria responsabilità di attuazione costituzionale nei confronti dei diritti delle convivenze omosessuali, da troppo tempo ormai in una condizione di “sofferenza giuridica” che sanguina nella coscienza di chi ha a cuore lo Stato di diritto. Ma ci si permette di formulare due auspici. Il primo è quello di un sensibile mutamento dell’orientamento espresso dalla Corte in molte altre occasioni su specifiche questioni di costituzionalità relative all’estensione alle unioni di fatto di diritti connessi allo status coniugale, quando se ne presenterà nuovamente l’opportunità. Laddove infatti la Corte ha ritenuto in passato, in talune eccezioni sollevate (come in materia di pensione di reversibilità o di nozione penalistica di “prossimo congiunto” ex art. 384 c.p.), di dover assumere un orientamento di “*self-restraint*”, astenendosi da pronunzie di accoglimento ed invocando l’intervento legislativo, essa ha perso importanti occasioni, a parere di chi scrive, per effettuare significativi e doverosi interventi manipolativi, in quei casi ampiamente giustificabili dalla persistente inerzia legislativa, tale da configurare nel *dictum* additivo della Corte l’unica possibilità di presidio di fondamentali diritti e libertà invocato nelle relative *questiones* (R. ROMBOLI-E. MALFATTI-S. PANIZZA). Il secondo è quello che l’emittenda sentenza costituisca, finalmente, un chiaro contesto di riaffermazione di quella laicità dello Stato che essa stessa ha sancito ermeneuticamente quale “*principio supremo dell’ordinamento costituzionale*”. Assai vistoso è infatti stato, tranne eccezioni tanto significative quanto esigue (C. PINELLI-M. AINIS), l’“assordante silenzio” delle istituzioni e della dottrina dinanzi ad interventi di sostanziale “inibizione legislativa” in materia di riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali, quale quello, già citato, del Consiglio Permanente della CEI in occasione dell’avvio dell’esame parlamentare sui c.d. DICO. Un intervento, quest’ultimo, di cui assai poco si ravvisa la compatibilità tanto con l’art. 7.1 Cost., quanto con il divieto di mandato imperativo di cui all’art. 67 della Carta. In quest’ottica, il “monito” che potrebbe venire dalla Corte potrebbe finalmente essere, in sede di *obiter dictum*, la più autorevole petizione ed il più significativo stimolo a quella “*fedeltà alla Costituzione, a tutta la Costituzione*” (S. CECCANTI) di cui il Parlamento dovrebbe essere, nella sua attività e con la sua incontestabile “discrezionalità politica”, il più solerte interprete dinanzi alle esigenze di civiltà costituzionale, poste alla base delle *questiones* che la Corte si appresta ad affrontare.





MARCO GATTUSO\*

## Il dialogo tra le Corti

**SOMMARIO:** 1. Il dialogo tra le Corti. – 2. Due principi. – 3. Ragionamenti circolari. – 4. Dove andremo a finire. – 5. Mutamento di paradigma. – 6. Paradigmi giuridici. – 7. Una variante del comportamento umano. – 8. È mutata la nozione di famiglia. – 9. Conclusioni.

1. La questione omosessuale arriva, dunque, innanzi alla Corte. La Corte costituzionale italiana il 23 di marzo non è chiamata soltanto ad indicare il punto d'arrivo del vivace dibattito giuridico e culturale, sviluppatosi e maturato in Italia negli ultimi anni, ma è chiamata ad aggiungere un nuovo capitolo al libro che già da diversi decenni viene scritto dalle Corti Costituzionali di tutto il mondo in una sorta di dialogo globale. Gli omosessuali (presenti, a quel che si sa, in eguale misura del 4-5% della popolazione in ogni paese, etnia, generazione) stanno ponendo, difatti, da tempo ed in tutto il mondo *la stessa identica questione*, quella dell'applicazione del principio di eguaglianza formale e della correlativa ridefinizione della nozione di famiglia. Chiedono che in nome del principio di eguaglianza le loro relazioni siano incluse nella nozione di famiglia.

La Corte italiana si pronuncia dopo le decisioni favorevoli di Massachusetts, Sudafrica, California, Iowa e Connecticut, che hanno dichiarato illegittime le rispettive leggi ordinarie nella parte in cui, espressamente o implicitamente, negavano il matrimonio; la decisione della Corte costituzionale del Canada, che ha dichiarato legittima la legge nazionale che ha riconosciuto il matrimonio gay; del *Bundesverfassungsgericht* tedesco, che ha dichiarato legittima la *Lebenspartnerschaft*, un istituto riservato alle unioni dello stesso sesso, con regolamentazione pressoché identica al matrimonio e riconoscimento del cognome comune; della Corte costituzionale francese, che ha dichiarato legittima la legge sui PACS, stabilendo, in particolare, che si tratta di istituto che attiene al diritto di famiglia e non alla materia contrattuale; della Corte di Israele sui matrimoni gay contratti all'estero, ecc.

La Corte italiana, dunque, non dovrà dare risposta soltanto alle contingenze del dibattito nazionale, ma è chiamata a prendere posizione in questo dialogo globale tra le Corti.

La sentenza, dunque, è attesa. Sarà letta, tradotta e studiata in tutto il mondo e susciterà comunque clamore, forse a maggior ragione se dovesse essere una sentenza di rigetto.

2. I temi, come detto, sono gli stessi in tutto il mondo: eguaglianza e nozione di famiglia. La Corte è chiamata a definire la relazione tra due distinte tradizioni giuridiche e culturali: quella connessa al principio che un po' freddamente i giuristi chiamano di *eguaglianza formale* e che è il seme, l'essenza, l'architrave della nostra stessa civilizzazione, il più alto lascito del pensiero cristiano ed occidentale e la tradizione della nozione solo eterosessuale di famiglia, anch'esso principio antico.

Principio di eguaglianza da noi significa art. 3; famiglia significa artt. 29 ss. Si tratta, allora, di capire che nozione di famiglia è recepita dalla nostra Costituzione, se gli artt. 29 ss. includano il cosiddetto paradigma eterosessuale della famiglia, se l'interpretazione del termine "famiglia" preceda logicamente, o meno, il principio di eguaglianza.

L'art. 32 della Costituzione spagnola recita: «l'uomo e la donna hanno diritto di sposarsi con piena eguaglianza giuridica». Non potrebbe essere più esplicito il rimando alla nozione ontologica della diversità di genere. Eppure, in Spagna l'articolo è stato interpretato, alla luce del potente faro del principio di eguaglianza formale, nel senso che «l'uomo ha diritto di sposarsi, *con chi vuole*, e la

---

\* Giudice presso il Tribunale di Reggio Emilia.

donna ha diritto di sposarsi, *con chi vuole*», consentendo di modificare il codice civile sostituendo in ogni articolo il termine “i coniugi” alla locuzione “marito e moglie”.

Non è dubbio, per ogni giurista occidentale, che l’eguaglianza formale sia la lente attraverso la quale va letta ogni norma dell’ordinamento, il faro che illumina di significato ogni discorso. In Occidente siamo chiamati ad indossare gli occhiali dell’eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge ogni volta che apriamo un codice.

3. Non si può scrivere un nuovo capitolo d’un libro senza avere letto con attenzione i capitoli precedenti e dunque è necessario approfondire lo studio di tutte le sentenze delle Corti straniere sopra citate. Non è un sovrabbondante esercizio di diritto comparato, poiché, come detto, non si tratta di questioni analoghe ma *della stessa questione*, eguaglianza e famiglia.

Leggendo le sentenze delle Corti, si rileva come gli argomenti contrari alla rimozione del divieto di sposare una persona dello stesso genere, (a dire il vero assai pochi e comunque già efficacemente analizzati nella relazione introduttiva a questo convegno: l’argomento *dell’intenzione soggettiva* del Legislatore costituzionale; l’argomento *giusnaturalistico*; l’argomento *pseudo-scientifico*; l’argomento della *funzione procreativa* della famiglia), una volta che siano sottoposti ad un’attenta operazione di ripulitura del linguaggio, come direbbero Bacone o Wittgenstein, eliminando, vale a dire, le incrostazioni ideologiche, i pregiudizi, le imprecisioni terminologiche, storiche, scientifiche, si riconducono, in ultima analisi, ad un unico argomento: le relazioni d’amore omosessuale non potrebbero essere assunte nel significato dei termini “famiglia” e “matrimonio” in quanto ciò comporterebbe per tali termini l’assunzione d’un nuovo significato rispetto a quello tradizionale. Come dire che non può darsi un’interpretazione evolutiva in quanto sarebbe un’interpretazione evolutiva. Anche nel dibattito di oggi è echeggiato *soltanto* questo argomento (l’argomento della *tradizione*).

Si tratta, in tutta evidenza, di una tautologia. Un argomento tautologico per i logici (*una proposizione insensata*, direbbe Frege), ma, altresì, inconsistente dal punto di vista giuridico (*circular reasoning*, denunciano le Corti americane). Compito della giurisdizione, difatti, non è conservare tradizioni ma garantire diritti. Una tradizione giuridica non può essere confrontata con sé stessa, ma deve essere posta a confronto con il catalogo dei diritti fondamentali, e deve essere superata se è incompatibile con gli stessi. Tante volte nella storia, tradizioni giuridiche millenarie sono state abbandonate quando sono state ritenute contrarie al diritto all’eguaglianza formale (la schiavitù, la supremazia dell’uomo sulla donna, la considerazione dei figli quali oggetto di una sorta di diritto reale, la discriminazione antisemita, la segregazione razziale ...). Ogni volta si è resa necessaria una ricomposizione semantica. La storia del principio di eguaglianza è la storia di una continua ridefinizione semantica, della progressiva assunzione di gruppi sociali un tempo esclusi nella nozione di cittadinanza. Gli schiavi, le donne, gli ebrei, i neri. Oggi gli omosessuali. Gruppi sociali che rivendicano diritto all’eguaglianza e chiedono alle Corti tale riconoscimento. Includere le donne nella nozione di cittadinanza ha comportato una riorganizzazione di tutto il tessuto di significato, culturale e normativo, un ripensamento del linguaggio, ma altresì un’integrale riorganizzazione della società, al cui confronto l’apertura della nozione di famiglia all’affettività omosessuale pare ben poca cosa. Anzi, a ben vedere, per la prima volta accade che l’espansione del principio di eguaglianza non abbia alcuna implicazione economica, sociale, di sistema, ma richieda solo un aggiornamento ideologico.

4. Dall’esame di tutte le sentenze delle Corti costituzionali che hanno preceduto la nostra, si rileva come in nessun caso sia stato sottoposto al loro vaglio *un diritto od interesse di terzi o degli stessi coniugi* che si assuma leso nel momento in cui due adulti consenzienti contraggano matrimonio. La questione, semplicemente, non è stata mai posta.

Ciò sgombra il campo, dunque, dall’ultimo argomento, per il quale aggiornando la nozione di famiglia si aprirebbe la porta, più tardi, ad ulteriori fattispecie ugualmente ignote alla nostra tradizione, quali la poligamia, l’incesto, addirittura il matrimonio tra bambini (è l’argomento dell’inquietudine, del *dove andremo a finire*). In tutti questi casi entrano in gioco diritti ed interessi di terzi o

degli stessi coniugi, così come accade quando si parla della filiazione o dell'adozione. In caso di matrimonio tra due adulti consenzienti, no.

La Corte è chiamata a valutare la sussistenza di ragioni per escludere il diritto *di due adulti consenzienti* di sposarsi. La questione è nettamente circoscritta. Non si parla di altre ipotesi. Né si parla di filiazione o di adozione.

**5.** Ma se il discorso è, tutto sommato, così semplice, perché è al contempo così ... difficile?

Sono convinto che con riguardo alla questione omosessuale stiamo assistendo, da qualche decennio a questa parte, ad un vero e proprio mutamento di paradigma, secondo la definizione kuhniana. Nel suo testo sulla rivoluzione copernicana, Kuhn descrive gli scienziati al tempo di Copernico impegnati nell'elaborazione di teorie, formule matematiche, figure geometriche sempre più raffinate, complicate, astruse, al fine di descrivere il tragitto dei pianeti attorno alla Terra. Copernico, ponendo il sole al centro del mondo, diremmo oggi del sistema solare, trovò una spiegazione geniale che fondò il proprio successo, tra l'altro, sulla bellezza della sua semplicità. La novità copernicana non rappresenta un mero progresso per accumulazione, ma una vera rottura rispetto al precedente impianto di conoscenze cosmologiche. Le teorie tolemaiche apparvero improvvisamente consegnate alla storia, come magnifici reperti archeologici. Kuhn indica una caratteristica propria dei mutamenti di paradigma nella difficoltà per gli aderenti ai due paradigmi di comprendersi a vicenda. Richiama, molto a proposito, le immagini della psicologia della *Gestalt*, quelle, per intenderci, ove si può vedere un vaso o due profili di donna, ma mai le due immagini insieme, poiché necessitano d'una ricomposizione visiva, concettuale, una riorganizzazione cognitiva.

Questo concetto è nodale quando si parla di mutamenti di paradigma, perché spiega perché sia tanto difficile il passaggio, che richiede ogni volta uno sforzo creativo, richiede ogni volta che le parole assumano nuovo significato, e spiega perché, a chi appartiene al nuovo paradigma, le tesi precedenti, per quanto sofisticate, appaiano polverose, addirittura ridicole, così come le idee innovative appaiono per certi versi indisponibili, o addirittura paradossali, a chi è ancora avvolto nell'atmosfera culturale del paradigma precedente.

**6.** Anche la storia del Diritto ha conosciuto epocali mutamenti di paradigma. Quanti testi sono stati prodotti per spiegare razionalmente la superiorità – antropologica, naturale, d'origine divina – dell'uomo sulla donna? L'idea di Antonio Cicu della famiglia come Istituzione, un piccolo Stato, che come ogni istituzione ha bisogno d'un Capo, che la tradizione indica ovviamente nell'uomo. E, ancora, la donna definita (ancora in assemblea costituente!) «angelo del focolare», in nome d'una «Legge armonica dell'Universo», ed obbligata sino agli anni Settanta, secondo il nostro codice civile, a seguire gli indirizzi del marito. Espressioni ormai paradossali.

Analogo mutamento di paradigma si è avuto con la questione razziale. Leggendo la citatissima sentenza della Corte suprema della Virginia – poi riformata dalla Corte suprema federale in *Loving v Virginia* – che ha dichiarato nel 1959 la legittimità costituzionale del divieto di matrimonio con persona di altra razza (una questione analoga e speculare alla nostra), mi ha sempre sorpreso non tanto l'errore, oggi evidente per tutti noi, quanto l'imprudenza di quei giudici. La Corte sostenne che la divisione delle razze è nella natura delle cose, che tutta la tradizione umana non aveva mai conosciuto matrimoni misti, richiamando addirittura un disegno divino: Dio aveva voluto separare l'umanità in razze, e dunque (con salto logico dal *sein* al *sollen*) le stesse dovevano restare divise.

Da giudice, mi sono sempre chiesto, ma è mai possibile che quei giudici non si fossero accorti di come sarebbero apparse assurde, persino paradossali, quelle parole, di lì a poco? Non si accorgevano che nelle grandi città del nord, a Chicago, a New York, o a Parigi, si formavano già le prime famiglie miste? Certo erano pochissime (molte meno delle coppie gay regolarmente sposate al giorno d'oggi), ma mi ha sempre stupito soprattutto quell'imprudente richiamo ad una tradizione millenaria, all'antropologia, alla natura, a Dio, che avrebbe meritato loro negli anni a venire una brutta citazione in tutti i testi di diritto costituzionale, almeno quelli di lingua inglese.

Ebbene, quei giudici erano certamente in buona fede, ma il loro errore è stato non accorgersi

d'essere in pieno mutamento di paradigma, di stare scrivendo la loro sentenza mentre attorno a loro avveniva una rivoluzione copernicana.

#### 7. Anche sulla questione omosessuale è in corso un mutamento di paradigma.

Siamo partiti da una concezione dell'omosessualità come patologia o devianza, abbiamo avuto i primi movimenti omosessuali nella Germania di Weimar, stroncati dalla deportazione nazista nei lager, insieme agli ebrei, poi i nuovi movimenti nel dopoguerra, poi, finalmente, la Scienza Ufficiale (la *Scienza normale*, direbbe Kunh!) ha sancito, con la memorabile *Dichiarazione* dell'Organizzazione Mondiale della Sanità del 17 maggio 1990, che non si tratta di patologia ma di una naturale *variante del comportamento umano*. Quindi sono intervenuti sempre più testi legislativi, a livello costituzionale e ordinario, che hanno sancito la *parità* tra la condizione, maggioritaria, degli eterosessuali e quella, minoritaria, degli omosessuali.

Oggi l'orientamento sessuale è una caratteristica neutrale dell'individuo. Come il colore degli occhi o della pelle. Con la differenza che il colore della pelle è un carattere individuale, è compiuto in sé, l'orientamento sessuale è *necessariamente relazionale*, richiede naturalmente di svolgersi nella relazione con l'altro. Oggi, difatti, tutti noi sappiamo che quando parliamo di omosessualità non parliamo solo di sessualità, ma di affettività, di sentimenti, di identità.

Chi vive nel mutato paradigma trova semplicemente inconcepibile che chi è ancora avvinto dalle credenze del passato non si renda conto che la qualità delle relazioni sentimentali, dell'affettività, dell'amore tra persone dello stesso sesso merita esattamente lo stesso riconoscimento giuridico delle relazioni tra persone di sesso opposto (il Presidente francese Sarkozy ha definito "*sconvolgente*" la posizione vaticana sull'omosessualità). Per contro, chi vive ancora nell'atmosfera culturale del paradigma dell'omosessualità come devianza, malattia, come qualcosa comunque di diverso ed *inferiore* all'eterosessualità trova incredibile che si pongano le due relazioni sullo stesso piano e trova normale che le prime restino discriminate.

#### 8. Oggi, cinque Paesi europei (Spagna, Belgio, Olanda, Norvegia e Svezia; presto sei, col Portogallo, ove la legge è in attesa della promulgazione del Presidente della Repubblica), il Canada, sette Stati nordamericani (tra cui il distretto della capiale, Washington D.C.), Città del Messico, il Sudafrica, hanno ammesso il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

La gran parte dei Paesi europei (Germania, Francia, Regno Unito, Austria, Svizzera, Repubblica Ceca, Ungheria, Slovenia, Croazia, Islanda, Danimarca, Finlandia ...) riconoscono comunque un'unione civile con regolamentazione pressoché equivalente al matrimonio, oppure i PACS. Si tratta di istituti giuridici (persino i PACS, come precisato dalla Corte costituzionale francese) che sono propri del diritto di *famiglia* (cfr. a titolo di mero esempio l'art. 11, 1° comma, della legge istitutiva della *Lebenspartnerschaft* tedesca per il quale «il partner dell'unione è considerato come un familiare dell'altro partner»).

L'assunto, *tranchant*, per il quale «*la nozione di famiglia ha sempre designato l'unione tra uomo e donna*», deve essere aggiornato considerando che attualmente in Europa la nozione di famiglia continua ad essere connessa in modo esclusivo alle unioni di sesso opposto soltanto in Romania, Bulgaria, Polonia, Grecia, Irlanda (ma una legge è in corso di approvazione), nei Paesi della ex Unione Sovietica e della ex Jugoslavia (ma ad eccezione di Slovenia e Croazia) ed in Italia. Con l'ulteriore precisazione che anche in Italia alcuni istituti applicati alla famiglia di fatto vengono applicati dalla giurisprudenza anche alle coppie di fatto tra persone dello stesso sesso, tenuto conto della *eadem ratio* di tutela.

Il Legislatore europeo ha compiuto una scelta *inequivocabile* ed *intenzionale* non riportando nell'art. 9 della Carta di Nizza, oggi vincolante, la locuzione «uomini e donne» come un tempo nella Convenzione europea del 1950 sui diritti dell'uomo, e ciò proprio perché molti paesi dell'Unione avevano già i matrimoni gay (nel frattempo il loro numero è raddoppiato). Se per un verso è vero che l'art. 9 non pone alcun obbligo, per altro verso, come riconosciuto dalla Corte di Cassazione, lo stesso «non richiede più come requisito necessario per invocare la garanzia dalla norma stessa pre-

vista la diversità di sesso dei soggetti del rapporto» (Sez. I, sent. n. 6441 del 17 marzo 2009), con ciò suggerendo che al più alto livello dell'ordinamento la nozione di famiglia non può più dirsi ontologicamente limitata a coppie di sesso opposto.

Anche nel nostro diritto interno, il D.L. n. 30 del 6 febbraio 2007 in attuazione della direttiva 2004/38 all'art. 2 («*definizioni*») riconosce come «*familiare*» anche «il partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante».

9. Dunque la nozione di famiglia è già mutata, nel senso, quantomeno, che il paradigma eterosessuale non può essere dato per scontato. Le relazioni *familiari*, allora, non incorporano assiologicamente la diversità di genere, ma rimandano alla naturale attitudine delle persone ad intessere relazioni solidaristiche non informate a principi contrattualistici o autoritativi, ma fondate sull'affettività, i sentimenti, l'amore.

È questa intima e naturale sfera, privatissima, della persona che il Costituente ha voluto difendere con l'art. 29.

Tutt'altro che una norma priva di contenuto, l'art. 29 rappresenta una robusta garanzia da impostazioni ideologiche di parte, anche ove sorrette da un (presunto) favore popolare (l'analisi dei lavori preparatori rileva come la norma fosse pensata proprio contro le ingerenze già patite dalla *libertà matrimoniale* durante il fascismo, quando «il legislatore approfittando del silenzio dello Statuto Albertino in ordine alla famiglia ... ha fatto divieto per esempio agli ebrei di sposarsi in terra italiana, ha stabilito divieti di nozze con stranieri»; cfr. relaz. di maggioranza, *Atti dell'Assemblea Costituente*, p. 3227).

Nel leggerlo, non potrà trascurarsi la lezione di De Saussure, assumendo che le parole denotino qualcosa di fisso, pietrificato, che non cambino di significato col tempo e che non siano espressione dei valori di un'epoca. Come affermato dalla Corte costituzionale del Sudafrica, nella sentenza che ha rimosso l'implicito divieto di matrimonio per i gay, «l'antichità di un pregiudizio non è una buona ragione per la sua sopravvivenza» e «i diritti per loro natura si atrofizzano se vengono congelati: quando le condizioni umane mutano e le idee di giustizia e di equità evolvono, anche le concezioni dei diritti assumono nuova trama e significato».



## Matrimonio tra omosessuali: una soluzione doverosa, ma con i tempi necessari

**SOMMARIO:** 1. Termini della tesi sostenuta nello scritto. – 2. Principio costituzionale di eguaglianza e riconoscimento del matrimonio tra omosessuali. – 3. Coscienza sociale quale possibile limite alle innovazioni giuridiche, che pur sarebbero conseguenti a norme costituzionali. – 4. Lo stato attuale della coscienza sociale quale impedimento al riconoscimento del matrimonio tra omosessuali.

1. Circa la legittimità costituzionale o meno della normativa civilistica che, secondo la *communis opinio* interpretativa, esclude la celebrazione di matrimonio di persone di identico sesso, si vuole manifestare qualche rapida notazione. Più esattamente riteniamo, da un lato, che il riconoscimento del matrimonio di persone di egual sesso costituisca una soluzione non solo costituzionalmente possibile, ma anzi la più conforme al principio di eguaglianza sotto il profilo strettamente formale. Dall'altro lato, riteniamo possa sussistere, nei termini che saranno specificati (e con un'opinione forse un po' eterodossa), un impedimento rappresentato dalla coscienza sociale, il quale può legittimare la sopravvivenza transitoria della disciplina vigente.

2. Circa il rapporto fra il matrimonio di persone dello stesso sesso ed il principio costituzionale d'eguaglianza ci sembra siano perfettamente valide le osservazioni della dottrina che ne ha affermato la piena sintonia<sup>1</sup>. Infatti l'art. 29, 1° comma, Cost., in combinato disposto con l'art. 3, 1° comma, Cost., gioca a favore del riconoscimento anche di tale tipo di matrimonio.

Anzitutto la riconduzione dell'art. 29, 1° comma, al solo matrimonio fra eterosessuali è fondata su due motivi, che non sembrano fondati.

Il primo di essi è costituito dal canone interpretativo in virtù del quale il significato delle disposizioni va ricostruito in base all'intenzione del legislatore storico. In verità che il legislatore (costituzionale) storico si riferisse, nella redazione dell'art. 29 Cost., al matrimonio ed alla famiglia tradizionali, allora riconosciuti, non v'è dubbio alcuno. Ma è opinione quanto mai dominante in dottrina e giurisprudenza che il richiamo dell'originaria intenzione dei redattori delle disposizioni non costituisce per nulla un argomento decisivo in genere, e nel campo costituzionale lo è ancor meno<sup>2</sup>. Quindi c'è un incontestabile dato storico ma di quanto mai contestabile rilevanza.

Il secondo motivo è dato dall'assunto, secondo cui la qualificazione testuale della famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio" implicherebbe, a prescindere dall'intento dei costituenti, la recezione dell'istituto matrimoniale quale consegnato dalla tradizione. Ma tale argomento è contestabile per due ordini di motivi.

---

\* *Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Modena e Reggio Emilia.*

<sup>1</sup> V., a titolo indicativo e con richiamo di letteratura italiana recente, P. VERONESI, *Costituzione, "strane famiglie" e "nuovi matrimoni"*, in *Quad. cost.*, 2008, pp. 577 ss.; M. BONINI BARALDI, *Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale*, in *Quad. cost.*, 2009, pp. 871 ss.; in dottrina straniera (spagnola), v. E. EXPÓSITO GOMEZ, *La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali e la Costituzione spagnola*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 267 ss. *Contra*, sempre per limitarci a scritti recenti ed a titolo indicativo, F. DAL CANTO, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 275 ss.; A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, pp. 751 ss.

<sup>2</sup> Sul punto, v., a titolo indicativo, i saggi contenuti nel volume di Giuffrè, I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008.



Se la recezione della tradizione viene fondata su una concezione giusnaturalistica, secondo la quale esiste una famiglia coesistente alla “natura” dell’uomo, una entità immutabile, che si impone al diritto, trattasi di tesi largamente rifiutata<sup>3</sup>. Gli istituti giuridici e sociali mutano nello spazio e nel tempo, le concezioni morali, filosofiche, politiche mutano anch’esse sul piano sia sincronico che diacronico e i tentativi di definire delle entità “naturali” sono miseramente falliti sotto le macerie delle loro incongruenze<sup>4</sup>. In verità, il concetto di “natura” e l’aggettivo “naturale” sono il frutto di un vizio logico: l’impiego di una terminologia di natura descrittiva avente in realtà significati di carattere prescrittivo. Il matrimonio e la famiglia “naturali” non sono tali perché empiricamente connaturate all’uomo, ma vengono configurate tali sul piano deontologico da soggetti (*in primis* dalla Chiesa cattolica) che pensano fondamentalmente agli istituti realizzati in certi momenti storici ed in certe nazioni.

Qualora si prescindano da una immaginaria natura e si richiami la tradizione (più limitata nel tempo e nello spazio) della civiltà europea (ed italiana), sorge un’obiezione di altra natura. Che il costituzionalismo sia compatibile con tradizioni, e viceversa, non ci sembra dubbio. Però sembra non contestabile che il costituzionalismo non è, di regola, volto alla tutela delle relazioni e delle figure consegnateci dalla tradizione, ma anzi mira proprio al superamento delle medesime. Proprio in materia di rapporti fra i sessi, all’interno ed all’esterno della famiglia, la nostra (e non solo la nostra) costituzione è finalizzata proprio al superamento di quel regime autoritario e discriminatorio che proveniva dalle tradizioni di una società agricola e preliberale. Pertanto figure e prescrizioni radicate nella tradizione possono valere anche in sede costituzionale, ma solo in quanto si dimostri che esse sono conformi ai valori ed ai principi della costituzione. Quindi il richiamo della tradizione è un argomento monco e non probante di per sé.

L’art. 29, se considerato a se stante, non costituisce un ostacolo, raccordato poi con l’art. 3, 1° comma, gioca a favore di un regime matrimoniale uniforme per coppie eterosessuali ed omosessuali.

Assumendo il criterio interpretativo teleologico, si ritiene comunemente che la famiglia abbia una duplice funzione: la riproduzione e l’assistenza (intesa in senso lato) fra i componenti. Si può convenire su tale diffusa convinzione, a patto però di non ritenere equivalenti i due scopi e di registrare la imprescindibilità e la prevalenza di uno solo di questi. Più esattamente è essenziale il fine dell’assistenza, mentre ha una rilevanza assai minore quello della riproduzione. Tale diversa rilevanza dei fini è agevolmente dimostrabile se si tiene conto, a tacer d’altro (la riproduzione ed il mantenimento dei figli non richiedono una famiglia fondata sul matrimonio, come prova la disciplina giuridica della filiazione naturale), di un dato giammai contestato (nemmeno da chi enfatizza lo scopo riproduttivo): è riconosciuto, con eguali effetti giuridici, il matrimonio fra persone (eterosessuali) che non sono in grado di generare figli (come nel caso di transessuali o di persone comunque sterili). Se il fine della riproduzione fosse essenziale, dovrebbe prefigurarsi un regime diverso (soprattutto relativamente ai vizi del matrimonio ed alle cause di invalidità) per i coniugi che sono idonei a procreare e coloro che non hanno tale idoneità, soluzione unanimemente rigettata.

Individuata la *ratio* fondamentale della “famiglia fondata sul matrimonio”, necessita puntualizzare il diritto di contrarre matrimonio. Che tale diritto, pur non espressamente prefigurato in Costituzione, sia configurabile sul piano costituzionale è incontestabile ed è oggetto di una *communis opinio*. Ora si può ritenere che tale diritto si sostanzia nella pretesa non solo a compiere un certo atto formale ed a godere degli effetti giuridici formalmente conseguenti ad esso, ma anche a realizzare una comunione di vita ed una relazione affettiva e psicologicamente gratificante. La libertà di sposarsi significa perciò la facoltà (che deve essere) riconosciuta di dar vita ad una comunità affettiva, conformemente alle proprie inclinazioni, la quale goda di un regime giuridico, che garantisca (anche) maggior stabilità del rapporto di quanto sia dato da un’unione di fatto.

<sup>3</sup> Perfino i sostenitori della tesi dell’incompatibilità fra Costituzione e matrimonio tra omosessuali rifiutano questo assunto di sapore giusnaturalistico: cfr. F. DAL CANTO, *Matrimonio*, cit., c. 278; A. RUGGERI, *Idee*, cit., pp. 755 ss.

<sup>4</sup> Contro il giusnaturalismo si rinvia al magistrato scritto di N. BOBBIO, *Alcuni argomenti contro il diritto naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 253. Per una critica serrata al concetto di “natura”, inteso in un’ottica giusnaturalistica, ricondotto all’art. 29, 1° comma, v., per tutti, R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, pp. 1066 ss.

Sulla base di quanto detto poc'anzi, si può affermare che l'eterosessualità o l'omosessualità dei coniugi non hanno rilevanza in quanto trattasi di requisiti che non incidono sulla funzione della famiglia, dato che non hanno alcuna incidenza sulle esigenze di assistenza e di comunione di vita dei coniugi. Pertanto il diritto di contrarre matrimonio deve prescindere dal requisito del sesso, pena la violazione del principio d'eguaglianza nel suo "nucleo forte".

3. Come si è anticipato, il discorso sulla relazione logica fra principio d'eguaglianza (in materia matrimoniale) e diritto a contrarre matrimonio tra omosessuali non esaurisce assolutamente la tematica in oggetto. Aderendo anche questa volta ad un'impostazione avanzata in dottrina<sup>5</sup>, riteniamo che si debba verificare se non sussista una qualche ragionevolezza, cioè la possibile esistenza di ragioni plausibili che possano precludere – o consentano di non configurare – l'obbligatorietà di una parificazione di regime matrimoniale di coppie eterosessuali ed omosessuali. In altri termini, la parità fra soggetti eterosessuali ed omosessuali nella materia *de qua* costituisce una presunzione (relativa) di ordine logico che però può essere invalidata da ragioni plausibili, le quali però debbono essere dimostrate. Ora contrariamente a parte della dottrina, con cui ci siamo trovati in sintonia fin qui, riteniamo che sussista qualche ragione che arresti l'effetto della presunzione delineata in precedenza.

Sbarazziamo il campo da una motivazione infondata, frutto di un pregiudizio omofobico, che impedisce un approccio razionale al problema in oggetto. Non ha senso contestare la parificazione di regime matrimoniale adducendosi che in tal modo si comprometterebbe la famiglia eterosessuale e si danneggerebbe quest'ultima in violazione dell'art. 29, Cost. Che una legislazione sfavorevole alla famiglia eterosessuale leda l'art. 29, Cost. ci sembra fuor discussione, essendo (giusta) *communis opinio* che detta norma *in primis* tuteli la famiglia tradizionale.

Ma non si riesce a scorgere una qualsiasi motivazione di ordine empirico, od anche logico, che comprovi tale effetto sfavorevole, posto che nessuna persona di orientamento eterosessuale sarà mai indotta a rinunciare ad un matrimonio tradizionale per contrarne uno con persona del medesimo sesso, se ci fosse una legalizzazione di quest'ultimo. Anzi, come è stato ben detto, «nella rimozione di un divieto per gli uni non v'è alcun *vulnus* per gli altri» con l'ulteriore precisazione che, al contrario, «sul piano dei valori si deve rilevare che la richiesta di costruire una famiglia legalmente riconosciuta testimonia semmai l'attualità del modello familiare e non può che far piacere a tutti coloro che apprezzano questa istituzione»<sup>6</sup>. Se si volesse configurare una legislazione (indirettamente) sfavorevole alla famiglia fondata sul matrimonio si dovrebbe ipotizzare l'estensione del regime di questa anche alle famiglie di fatto costituite da persone eterosessuali<sup>7</sup>. Ma questa è ben altra cosa e potrebbe il discorso ben valere anche per un regime differenziato tra unioni di fatto e famiglie fondate sul matrimonio tra omosessuali.

Non sembra fondata – pur se meno debole di quella precedentemente contestata – l'obiezione contro il matrimonio fra omosessuali costituita dalla tutela dei figli e dal timore che un regime di parità fra famiglie di coniugi di eguale o diverso sesso possa generare problemi per la crescita e la formazione della prole. A tacere dei dubbi che sorgono circa la fondatezza di tale preoccupazione (ma su ciò non prendiamo posizione perché non abbiamo una opinione specifica), c'è un dato rilevante: la parificazione del regime matrimoniale circa diritti e doveri reciproci fra i coniugi o nei confronti dello Stato non comporta automaticamente la parificazione di situazioni giuridiche soggettive relativamente ai figli. Rimarrebbe, infatti, impregiudicato il regime differenziato della procreazione medicalmente assistita o quello delle adozioni e, pertanto, la tutela dei figli costituirebbe un tema a parte della disciplina matrimoniale.

La ragione di fondo che ci induce a non considerare fondata la questione di legittimità costitu-

<sup>5</sup> Sul punto, v. R. ROMBOLI, *La legge spagnola sul matrimonio tra persone dello stesso sesso. Note introduttive*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 259; P. VERONESI, *Costituzione*, cit., pp. 590 ss.; M. BONINI BARALDI, *Le famiglie*, cit., pp. 895 ss.

<sup>6</sup> Cfr. M. GATTUSO, *La Costituzione e il matrimonio fra omosessuali*, in *Il Mulino*, 2007, p. 460.

<sup>7</sup> Di converso rileviamo che, qualora la parificazione di regime matrimoniale si estendesse *in toto* anche ai rapporti fra coniugi e figli, potrebbe sussistere un motivo per ritenere costituzionalmente non obbligatoria detta parificazione.

zionale in oggetto è costituita dalla necessaria relazione fra la innovazione giuridica propugnata ed una certa misura della coscienza sociale. Cerchiamo di motivare tale tesi.

Muoviamo da un assunto fondamentale: principi e regole costituzionali debbono trovar applicazione in presenza di presupposti di fatto, di norma sussistenti, ma non in assenza di questi ultimi (quando più o meno eccezionalmente non sussistano). Per esemplificare, i diritti di libertà o quelli politici debbono essere esercitati dai cittadini; qualora però si verificasse una guerra esterna oppure un'insurrezione diffusa nel territorio nazionale l'esercizio di detti diritti non avrebbe legittimamente luogo (come si ricava dal fatto che in presenza di questi eventi le garanzie costituzionali possono essere sospese, il che significa che solo in situazioni di pace, interna ed internazionale è possibile il godimento dei menzionati diritti). Orbene, riteniamo che tra i presupposti che consentono la realizzazione di principi costituzionali sia da annoverare la maturazione di una coscienza sociale favorevole e che debba riconoscersi in capo al legislatore un potere di valutazione circa l'esistenza o meno, in un certo momento storico, di tale presupposto. Sicché quando si tratti di innovazioni giuridiche, come quella del riconoscimento del matrimonio tra omosessuali, che contrastino con tradizioni o persistenti opinioni del corpo sociale, si debba verificare che queste non costituiscano un forte impedimento alla realizzazione degli imperativi costituzionali.

Una precisazione sul punto può risultare opportuna. Non intendiamo invocare la coscienza sociale come parametro di valore, posto che essa può essere – e lo è (anche) nel campo dell'omosessualità – l'esito di un pregiudizio e che i principi costituzionali debbono spesso realizzarsi proprio a detrimento di idee imperanti nel passato e ancor professate diffusamente (le vicende dell'affermazione del principio di eguaglianza di sesso ne sono un esempio ben noto e di rilievo). Qui si intende richiamare la coscienza sociale come eventuale (e censurabile) fattore ostativo. Per intenderci, non riteniamo che le leggi approvate dal Parlamento o le sentenze di giudici (e della Corte costituzionale) debbano avere il consenso della maggioranza dei cittadini, come pare pretendere un certo deterioro populismo. Però reputiamo che leggi o sentenze debbano incontrare un minimo di consenso (anche se ben minoritario) e non possano incontrare l'ostilità di una percentuale altissima dei cittadini (ad esempio superiore all'80%), pena il rischio di reazioni del corpo sociale sfavorevoli non solo a detti atti, ma anche alle istituzioni che li hanno posti in essere.

La tesi or ora espressa può trovar conforto, proprio nell'ambito della tematica del matrimonio fra omosessuali, in affermazioni di autorevole dottrina, non certo sospetta di atteggiamento conservatore. Ha rilevato Romboli che, per la parificazione di regime matrimoniale di coppie eterosessuali od omosessuali, è il legislatore l'organo che ha «la legittimazione ... a decidere sul “se, come e quando” farlo, anche sulla base del livello di evoluzione della società e di accettazione e riconoscimento sociale dell'omosessualità e delle coppie omosessuali» e che «una “fuga in avanti” potrebbe ... rivelarsi particolarmente dannosa per gli interessi che si intendono tutelare»<sup>8</sup>. Come può notarsi, la tesi sostenuta in precedenza ricalca in termini di legittimità costituzionale quanto sostenuto in termini di merito e con la conseguenza di un sindacato di costituzionalità sulle valutazioni dello stato di maturazione della coscienza sociale e sulla ragionevolezza delle medesime.

4. Quivi giunti si può motivare perché, nel caso in esame, l'omissione legislativa costituita dalla mancata equiparazione di matrimonio fra eterosessuali e matrimonio tra omosessuali possa essere ritenuta non irragionevole. Lo stato della coscienza sociale, infatti, sembra estremamente arretrato sul punto, a differenza di quanto si registra in altri stati ad ordinamento liberaldemocratico<sup>9</sup>. Lo comprova, a tacer d'altro, il fatto che, a livello politico-legislativo non si registrano iniziative volte al riconoscimento del matrimonio tra omosessuali. Inoltre, e ciò è ancor più rilevante, larghi settori di opinione pubblica sono contrari perfino al conferimento di alcuni diritti ad unioni di fatto di persone di egual orientamento sessuale, come è dimostrato da una forte resistenza all'introduzione di

<sup>8</sup> Cfr. R. ROMBOLI, *La legge*, cit., c. 257.

<sup>9</sup> Per qualche riferimento a stati nei quali addirittura è stato introdotto il matrimonio fra omosessuali, v. M. GATTUSO, *La Costituzione*, cit., p. 453.

istituti come i PACS o i DICO. Pertanto, salvo prova contraria, ci sembra sussista un così forte dissenso politico e (soprattutto) sociale nei confronti del riconoscimento del matrimonio fra omosessuali da rendere molto pericolosa la realizzazione, mediante sentenza della Corte costituzionale, di un regime matrimoniale che pur sarebbe costituzionalmente obbligatorio e trova ostacolo soprattutto in un retaggio culturale del passato. Si sottolinea che la pericolosità della realizzazione di una soluzione oggidì fortemente ostica a tanta parte del corpo sociale è costituita dal rischio sia di una reazione alla riaffermazione, anche mediante revisione costituzionale, dell'indirizzo tradizionalista, sia di contraccolpi sulla legittimazione del giudice costituzionale, oggi minacciata da una maggioranza politica avente forti venature clerico-fasciste.

La conclusione finale è la soluzione del non accoglimento da parte della Corte costituzionale della questione di costituzionalità relativa al (non) riconoscimento del matrimonio fra omosessuali. La decisione ideale, per chi scrive, sarebbe costituita da una sentenza di rigetto motivata dall'esistenza di una fortissima opposizione della (nettamente maggioritaria) coscienza sociale ad una disciplina del *same sex marriage*, che pur discenderebbe dal principio costituzionale di eguaglianza. Ma non intendiamo, anche per la doverosa brevità dello scritto, entrare nel merito della decisione che potrà o dovrà emanare il giudice costituzionale.

Ci limitiamo però, con una nota ipotetica ad una decisione virtuale, alla perorazione del rigetto ... di un certo tipo di sentenze di rigetto. Più esattamente, riteniamo che sarebbe censurabile una sentenza di rigetto pura e semplice, la quale si fondasse sulla deduzione dall'art. 29, 1° comma, della tutela della sola famiglia composta da coniugi eterosessuali e quindi su un'interpretazione esclusivamente fondata su una tradizione. Infatti, se così facesse, la Corte finirebbe per costituzionalizzare il pregiudizio sociale ed incorrerebbe nelle medesime critiche (poi recepite dalla Corte stessa in un momento successivo) che sono state ad essa rivolte quando ha disatteso il principio di eguaglianza, recependo un costume sociale in netto contrasto con il medesimo, come ad esempio si è registrato nelle vicende giurisprudenziali relative al regime penale dell'adulterio (femminile).



GIANLUCA GENTILI\*

## Una prospettiva comparata sul matrimonio omosessuale: Canada e Stati Uniti

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. Canada: quando giudici e legislatore dialogano. – 3. Stati Uniti: il principio di eguaglianza. – 3.1. Il riconoscimento negli Stati dell’Unione: Hawaii. – 3.2. Massachusetts. – 3.3. California. – 3.4. Connecticut. – 3.5. Iowa. – 4. Il matrimonio omosessuale a livello federale. – 5. Riflessioni conclusive.

1. Il matrimonio omosessuale rappresenta un ambito privilegiato di confronto tra diverse visioni relative alla protezione dei diritti fondamentali e al bilanciamento delle competenze all’interno di uno stato democratico.

Di fronte all’inerzia del legislatore su temi sensibili quali il matrimonio omosessuale (o scelte di fine vita), le Corti costituzionali o supreme hanno fornito copertura costituzionale a situazioni soggettive bisognose di tutela. In tal modo hanno dimostrato di aver compreso il significato insito nell’adozione di una Carta costituzionale rigida e di organi di giustizia costituzionale a tutela dei principi in essa codificati: la protezione di una serie di diritti inerentemente contro-maggioritari dall’abuso della maggioranza. Obiezioni sono state sollevate tuttavia sulla legittimazione di organi che non godano di investitura democratica diretta a compiere scelte su temi sensibili con effetti sistemici. Tali obiezioni sono state superate alla luce di un dialogo delle Corti con il legislatore; in altri casi nell’inerzia dei Parlamenti, le Corti hanno svolto la funzione che è loro propria, di tutela dei diritti delle minoranze. Il contributo offrirà un’analisi comparata delle decisioni delle Corti supreme di Canada e Stati Uniti, a livello federale e statale, in tema di matrimonio omosessuale.

2. Il 20 luglio 2005, il Parlamento canadese approva il *Civil Marriage Act*,<sup>1</sup> la cui sezione 2, prevede che «[m]arriage, for civil purposes, is the lawful union of two persons to the exclusion of all others», dove l’espressione “two persons” ha sostituito l’espressione “one man and one woman” presente nella precedente definizione di *common law*.

La vicenda canadese sul matrimonio omosessuale inizia nel 2002-2003, quando tre corti provinciali di Québec, British Columbia e Ontario<sup>2</sup> riconoscono che l’esclusione delle coppie omosessuali dal vincolo matrimoniale viola il principio di eguaglianza di cui alla sezione 15(1) della Carta canadese dei Diritti e delle Libertà<sup>3</sup> (CCDL), rendendo il *same-sex marriage* legale nelle tre Province. Il governo canadese decise di non impugnare le decisioni e nel 2004, per attuare una legge che rispettasse la Costituzione e definisse a livello nazionale il matrimonio come l’unione di due soggetti – definiti senza genere – ad esclusione di tutti gli altri, richiese alla Corte suprema del Canada un pa-

---

\* Dottorando in Diritto pubblico comparato, Università di Siena.

<sup>1</sup> 2005 S.C. ch. 33 (Can.).

<sup>2</sup> Vedi, rispettivamente, *Hendricks v. Québec*, [2002] R.J.Q. 2506 (Que. Sup. Ct.); *EGALE Canada v. Canada*, (2003) 225 D.L.R. 4<sup>th</sup> 472 (B.C. Ct. App.); *Halpern v. Canada*, (2003) 225 D.L.R. 4<sup>th</sup> 529 (Ont. Ct. App.).

<sup>3</sup> La Carta canadese dei Diritti e delle Libertà è un *Bill of Rights* di rango costituzionale adottato nel 1982 che fornisce tutela costituzionale a diritti ritenuti fondamentali. La sez. 15(1) prevede che «[e]very individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical ability». L’orientamento sessuale è stato riconosciuto dalla Corte suprema come un “*analogous ground*”.

rere (in Canada, “reference”)<sup>4</sup> sul progetto di legge predisposto e sulla propria competenza in materia. Prima di introdurre il disegno di legge in Parlamento, il governo federale, nel c.d. *Reference Same-Sex Marriage*,<sup>5</sup> pose quattro quesiti:

1) Se la disciplina della capacità giuridica a contrarre matrimonio rientrasse nella competenza esclusiva del Parlamento federale, cui la Corte rispose in senso affermativo. La definizione di matrimonio, tuttavia, non era fornita dalla legge, ma determinata dalla *common law*: un *obiter* della decisione inglese *Hyde v. Hyde*<sup>6</sup> del 1866 definiva il matrimonio come unione di uomo e donna. Rifiutando un’interpretazione originalista, e considerando la Costituzione un “*living tree*” la Corte abbandona la definizione di *common law* a favore di una senza riferimenti di genere, affermando che la definizione deve essere aggiornata alle mutate condizioni sociali.

2) Se il disegno di legge che estende la capacità di contrarre matrimonio a persone dello stesso sesso sia in linea con i principi stabiliti dalla CCDL, cui la Corte risponde in senso affermativo.

3) Se la libertà di religione garantita dalla sezione 2(a) della CCDL avrebbe consentito a ministri di culto di rifiutarsi di celebrare matrimoni omosessuali in contrasto con i principi della propria religione, cui la Corte risponde affermativamente.

4) Se il matrimonio tra persone di sesso diverso fosse imposto dalla CCDL. La Corte decise di non rispondere a questa domanda allo scopo di coinvolgere il legislatore in un’assunzione di responsabilità nella legalizzazione del matrimonio omosessuale, e superare la possibile obiezione rivolta contro l’attivismo giudiziario e la mancanza di legittimazione democratica diretta della Corte nel caso di riconoscimento operato esclusivamente dai giudici.

**3.** Il sistema federale statunitense è un sistema di costituzionalismo duale, in cui le unità federate possiedono una struttura giurisdizionale completa (dalle corti di prima istanza alle Corti supreme), e risultano anche dotate di costituzioni che tutelano diritti fondamentali in analogia al *Bill of Rights* federale. Ogni volta che una Corte suprema statale decide sulla base di un “*adequate and independent ground*”, cioè sulla sola o prevalente base di disposizioni costituzionali statali, queste sentenze non risultano rivedibili dalla Corte suprema federale.<sup>7</sup> Il tema del matrimonio omosessuale ha caratterizzato entrambi i livelli di governo con recenti sviluppi soprattutto a livello statale.<sup>8</sup>

**3.1.** Nonostante la prima questione di costituzionalità su di una definizione statale di matrimonio in termini di unione eterosessuale fosse stata sollevata negli anni ’70, risultando anche in una decisione della Corte suprema degli Stati Uniti in merito,<sup>9</sup> la questione relativa al riconoscimento legale del matrimonio omosessuale raggiunse rilievo nazionale solo nel 1993. Il 5 maggio 1993, la Corte suprema delle Hawaii, in *Baehr v. Lewin*<sup>10</sup> stabilì che la legge statale che limitava la possibilità di contrarre matrimonio solo a persone di sesso diverso doveva ritenersi presuntivamente incostituzionale ed in violazione del principio di eguaglianza di cui all’articolo 1, c. 5 della Costituzione dello Hawaii a meno che lo Stato non fosse riuscito a dimostrare che 1) la legge era giustificata da

<sup>4</sup> Sez. 53 del *Supreme Court Act*.

<sup>5</sup> *Reference Same-Sex Marriage* [2004] 3. SC.R. 698.

<sup>6</sup> (1866) LR 1 P. & D. 130 a pagina 133.

<sup>7</sup> Vedi *Mitchigan v. Long*, 463 U.S. 1032 (1983).

<sup>8</sup> Per una panoramica degli istituti riconosciuti nei vari Stati a favore delle coppie omosessuali, si veda *National Conference of State Legislatures*: <http://www.ncsl.org/IssuesResearch/HumanServices/SameSexMarriage/tabid/16430/Default.aspx#DOMA>.

<sup>9</sup> *Baker v. Nelson*, 191 N.W. 2d 185 (Minn. 1971). In questa decisione la Corte suprema del Minnesota aveva confermato la legittimità costituzionale del divieto di matrimonio omosessuale. La decisione sarà impugnata di fronte alla Corte suprema federale che dichiarerà il ricorso inammissibile “*for want of substantial federal question*”: mancanza di correlazione con il diritto federale (409 U.S. 810 (1972)), essendo la determinazione della capacità giuridica al matrimonio materia di competenza statale. Ciò contrasta però con la successiva attuazione del DOMA nel 1996). L’inammissibilità per “*want of substantial federal question*” nel sistema USA è considerata una decisione nel merito e come tale ha valore di precedente.

<sup>10</sup> 852 P. 2d 44 (Haw. 1993).

un *compelling interest* e 2) il divieto limitava il meno possibile i diritti garantiti dalla Costituzione statale. La decisione sollecitò nel 1998 un emendamento alla Costituzione statale che definì il matrimonio come unione di un uomo e di una donna e – a livello nazionale – l’attuazione nel 1996 del *Defense of Marriage Act* (DOMA, su cui si veda oltre).

**3.2.** Il 18 novembre 2003 la Corte suprema del Massachusetts in *Goodridge v. Department of Public Health*<sup>11</sup> afferma che lo Stato non può negare «la protezione, i benefici e gli obblighi conferiti dal matrimonio civile a due individui dello stesso sesso che desiderino sposarsi». La Corte afferma che la Costituzione del Massachusetts garantisce principi di dignità ed eguaglianza a tutti i cittadini attraverso la previsione in Costituzione del *due process of law* e del principio di eguaglianza, vietando al legislatore di creare una categoria di cittadini di seconda classe. Rivendicando autonomia interpretativa del testo costituzionale statale per fornire maggiore protezione rispetto a quella federale, e citando la Corte suprema canadese che aveva cambiato la definizione tradizionale del matrimonio di *Hyde v. Hyde*, la Corte afferma che lo Stato non ha una ragione costituzionalmente sufficiente (“*constitutionally adequate reason*”, altrove si parla di mancanza di “*rational basis*”) per negare l’istituto matrimoniale a coppie dello stesso sesso. La Corte concesse al legislatore centottanta giorni al fine di poter porre in essere le azioni necessarie per conformare il sistema legale all’avvenuto riconoscimento del matrimonio omosessuale. Quest’ultimo divenne legale il 17 maggio 2004 facendo del Massachusetts il primo Stato a rilasciare licenze matrimoniali a coppie omosessuali.

**3.3.** Il 15 maggio 2008, in *In re Marriage Cases*,<sup>12</sup> la Corte suprema della California, afferma che leggi che dispongano un trattamento differenziato sulla base dell’orientamento sessuale devono essere soggette al livello di scrutinio più alto,<sup>13</sup> e che leggi che limitino la possibilità per coppie omosessuali di contrarre matrimonio violano il diritto all’eguaglianza costituzionalmente garantito dalla costituzione della California. Esse non possono costituire un ostacolo costituzionalmente legittimo all’assunzione del vincolo matrimoniale da parte di queste coppie. La Corte dichiara quindi costituzionalmente illegittimo il divieto in tal senso contenuto in una legge del 1977 e quello introdotto nel 2000 nel codice di famiglia tramite iniziativa legislativa popolare (*Proposition 22*).

Nonostante l’approvazione il 4 novembre 2008 della nota *Proposition 8* (iniziativa popolare di revisione costituzionale, c.d. *constitutional initiative*, di cui all’art. 2, 8° comma della costituzione), che ha ribaltato la decisione della Corte suprema statale introducendo nella costituzione californiana una disposizione che definisce espressamente il matrimonio come l’unione di un uomo e di una donna,<sup>14</sup> la parte della decisione della Corte che stabilisce che trattamenti differenziati tra soggetti in ragione dell’orientamento sessuale devono essere soggetti al più severo scrutinio rimane un valido principio di diritto. I matrimoni di coppie omosessuali celebrati tra il 16 giugno 2008 ed il 4 novembre 2008, vengono comunque riconosciuti come di pieno diritto.

La legittimità costituzionale del procedimento di modifica della costituzione della California tramite *constitutional initiative* è stata però impugnata da associazioni sostenitrici del matrimonio omosessuale, che hanno sostenuto che la modifica avvenuta non si tratterebbe di un emendamento, ma di una revisione, quest’ultima – secondo la costituzione della California – esclusa dalla possibilità di avvenire tramite iniziativa popolare. Nell’ottica delle associazioni, infatti, la modifica costituzionale occorsa avrebbe inciso in modo così profondo sul testo e sulla generale struttura costituzionale – privando una minoranza di un diritto costituzionalmente garantito – da qualificarsi come revisione.

Il 26 maggio 2009 la Corte suprema della California ha però confermato la correttezza del procedimento di modifica qualificandolo come emendamento. Nei confronti di questa decisione, nel

<sup>11</sup> 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

<sup>12</sup> 43 Cal. 4<sup>th</sup> 757 [76 Cal. Rptr. 3d 683, 183 P. 3d 384]. La decisione è disponibile on line all’indirizzo: <http://www.courtinfo.ca.gov/opinions/archive/S147999.PDF>.

<sup>13</sup> «*Statutes that treat persons differently because of their sexual orientation should be subjected to strict scrutiny*».

<sup>14</sup> Il laconico testo del nuovo articolo 7.5 della Costituzione dello Stato della California dispone che «*only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California*».



maggio 2009 è stata proposta impugnazione<sup>15</sup> di fronte alla corte distrettuale federale del distretto settentrionale per la California, invocando una violazione del *due process* e del principio di eguaglianza contenuti all'interno del XIV Emendamento alla Costituzione federale.

**3.4.** Il 10 ottobre 2008 in *Kerrigan and Mock v. Connecticut Department of Public Health*,<sup>16</sup> la Corte suprema del Connecticut ha riconosciuto il diritto delle coppie omosessuali al matrimonio civile sulla base del principio di eguaglianza contenuto nella costituzione statale. Lo Stato non sarebbe riuscito ad argomentare una giustificazione sufficiente per l'esclusione delle coppie omosessuali dal vincolo matrimoniale. Il 12 novembre 2008, lo Stato del Connecticut ha iniziato a rilasciare licenze matrimoniali a coppie dello stesso sesso. Facendo seguito alla decisione della Corte suprema, il 22 aprile 2009, il Parlamento dello Stato del Connecticut ha approvato una legge che disciplina il matrimonio omosessuale. La legge prevede una clausola che consente ai membri di gruppi religiosi di rifiutare prestazioni di servizi o fornitura di beni per la celebrazione dei matrimoni omosessuali.

**3.5.** In *Varnum v. Brien*<sup>17</sup> del 3 aprile 2009, la Corte suprema dell'Iowa ha dichiarato incostituzionale una legge statale modificata nel 1998 al fine di definire espressamente il matrimonio come l'unione esclusiva di un uomo e di una donna, perché contraria al principio di eguaglianza di cui all'art. 1, 6° comma, della Costituzione statale. Nel dichiarare che «*a statute inconsistent with the Iowa Constitution must be declared void, even though it may be supported by strong and deep-seated traditional beliefs and popular opinion*», la Corte ha fatto applicazione del c.d. “*intermediate scrutiny*”, riscontrando che l'esclusione delle coppie omosessuali dal matrimonio non risponde ad alcun rilevante scopo perseguibile da parte dello Stato. Nell'analizzare le ragioni di ordine religioso che avevano ispirato la disposizione, la Corte ha affermato che queste non possono essere fatte proprie dallo Stato e che la concezione civile e quella religiosa del matrimonio devono necessariamente essere tenute separate. Per espressa decisione della Corte, la sentenza è divenuta effettiva ventuno giorni dopo la sua pubblicazione.

Sia nel caso del Connecticut che in quello dell'Iowa, entrambe le Corti hanno inoltre affermato che sarebbe incostituzionale ogni tentativo di fornire a coppie omosessuali gli stessi diritti derivanti dal matrimonio sotto una forma diversa, ad es. tramite unioni civili, escludendole dal matrimonio civile. Le Corti affermano infatti che la questione verte non solo sull'eguaglianza dei diritti che scaturiscono dal matrimonio, ma sull'accesso ad uno *status* sociale (quello matrimoniale) che deve essere consentito anche alle coppie omosessuali.

**4.** La Corte suprema federale, come visto<sup>18</sup>, si è già pronunciata sulla costituzionalità di leggi che vietino il matrimonio omosessuale, dichiarando l'inammissibilità del ricorso contro la decisione del 1971 della Corte suprema del Minnesota che aveva dichiarato costituzionalmente legittimo il divieto di matrimonio omosessuale. Difficile determinare comunque l'autorità di questo precedente.

Dal 1996 ci si confronta anche con un dato normativo federale imprescindibile: l'esistenza del *Defense of Marriage Act*<sup>19</sup> (DOMA) – che definisce esplicitamente il matrimonio come «*a legal union between one man and one woman as husband and wife*,» e il termine “coniuge” come riferito ad una persona di sesso opposto.

Non è da ritenere conferente all'analisi sul riconoscimento del matrimonio omosessuale la decisione *Lawrence v. Texas*<sup>20</sup> della Corte suprema federale del 2003, in cui si dichiarava incostituzio-

---

<sup>15</sup> *Kristin M. Perry v. Arnold Schwarzenegger*, disponibile su [http://online.wsj.com/public/resources/documents/20090522\\_perrycomp.Pdf](http://online.wsj.com/public/resources/documents/20090522_perrycomp.Pdf).

<sup>16</sup> *Kerrigan and Mock v. Connecticut Department of Public Health*, 289 Conn. 135 (2008).

<sup>17</sup> *Varnum v. Brien*, 763 N.W. 2d 862, (Iowa 2009).

<sup>18</sup> Si veda nota n. 10, *supra*.

<sup>19</sup> *Defense of Marriage Act*, 1 U.S.C. par. 7 e 28 U.S.C. par. 1738C.

<sup>20</sup> *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

nale una “*sodomy law*” del Texas in base al diritto alla privacy della *due process clause*, rifiutandosi di basare la decisione sul principio di eguaglianza. Il giudice Kennedy è chiaro nell’affermare che la dichiarazione di incostituzionalità della *sodomy law* «*does not involve whether the government must give formal recognition to any relationship that homosexuals persons seek to enter*».

Infine, abbiamo inoltre visto il ricorso di fronte ad una Corte federale, per violazione del *due process* e del principio di eguaglianza del XIV Emendamento circa la revisione costituzionale tramite iniziativa costituzionale avvenuta in California. È interessante notare come nell’impugnazione si faccia espresso riferimento alla decisione della Corte suprema federale *Loving v. Virginia*<sup>21</sup> citando che «*[m]arriage is one of the basic civil rights of man, fundamental to our very existence and survival*» e «*freedom to marry has long been recognized as one of the vital personal rights essential to the orderly pursuit of happiness by free man*».

5. Come visto, le Corti si confrontano con definizioni tradizionali di matrimonio che rifiutano in nome di una attualizzazione della costituzione e di una affermazione del principio di eguaglianza. Quest’ultimo risulta il vero cardine alla base dell’incostituzionalità dell’esclusione dallo *status* matrimoniale di coppie omosessuali anche quando diverse situazioni giuridiche fornirebbero un eguale livello di diritti.

Le Corti tutelano qui quei diritti che in Costituzione si qualificano come eminentemente contro-maggioritari, e richiedono una protezione dalle maggioranze della società. Per questo motivo la *constitutional initiative* californiana deve essere considerata uno strumento che indebolisce tale tutela, rendendo la Costituzione uno strumento di democrazia esclusivamente maggioritaria.

L’obiezione della mancanza di legittimazione democratica diretta dei giudici costituzionali si ripresenta di fronte a decisioni su materie sensibili o questioni sociali ed etiche.

Il modello canadese di condivisione di responsabilità può allora accentuare l’accogliibilità di decisioni nella società e creare coesione sociale attorno ad un mutamento sociale forte. Problemi si pongono, tuttavia, di fronte a legislatori inerti anche di fronte a suggerimenti del giudice costituzionale, e che abbiano abdicato alla funzione di guida che loro pertiene. Le Corti non dovrebbero comunque sviluppare dubbi sulla opportunità e legittimità di un intervento che è imposto loro dal loro stesso ruolo istituzionale a tutela della Costituzione e dei diritti delle minoranze in essa codificati.

---

<sup>21</sup> *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), che dichiarò incostituzionali le leggi che vietavano matrimoni interrazziali.



ANDREA GIORGIS\*

## Talvolta la Costituzione non dice (ancora) tutto ciò che vorremmo dicesse

**SOMMARIO:** 1. Gli argomenti dei giudici *a quibus*. – 2. Ciò che la Costituzione riconosce a ogni singolo e a ogni coppia. – 3. Ciò che la Costituzione riserva al legislatore.

1. Limiterò il mio intervento ad alcune brevi considerazioni sul (problematico) significato delle disposizioni costituzionali che sono indicate come parametri delle questioni.

Tutte e quattro le ordinanze di rimessione ipotizzano che la norma di diritto vivente che non consente la celebrazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso contrasti con gli artt. 2, 3 e 29 Cost.

L'art. 2 Cost. e l'art. 3 Cost., ad avviso dei giudici *a quibus*, sarebbero lesi perché le norme impugnate limiterebbero, senza alcun giustificato motivo di ordine costituzionale, il diritto fondamentale riconosciuto a ogni persona, indipendentemente dall'orientamento sessuale, di formare una famiglia e di contrarre matrimonio; nonché l'obbligo dello Stato di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona di cui il matrimonio può costituire momento essenziale.

L'art. 3, 1° comma, Cost., sarebbe inoltre violato sotto lo specifico profilo della ingiustificata discriminazione tra coloro che desiderano formare una famiglia omosessuale senza effettuare alcun intervento chirurgico di mutamento del sesso (e conseguente rettifica anagrafica del sesso biologico) e coloro che invece, subito l'intervento e ottenuta la rettifica anagrafica, sono ammessi al matrimonio (*ex* legge n. 164/1982 e Corte cost. sent. n. 161/1985).

L'art. 29 Cost., analogamente, sarebbe leso nella parte in cui riconosce un "diritto al matrimonio" e un "diritto alla famiglia" (su di esso fondata) e non circoscrive tale diritto alle sole coppie di sesso diverso. La famiglia, alla luce dell'art. 29, dovrebbe infatti essere considerata – secondo i giudici *a quibus* – alla stregua di una formazione sociale autonoma dallo Stato, in continua e spontanea evoluzione, nella quale si dispiega il "naturale" bisogno di stringere quei legami stabili che danno origine a uno dei nuclei essenziali della socialità. In quanto formazione sociale autonoma, per mezzo della quale si compie il pieno sviluppo della personalità, il legislatore non potrebbe imporre discipline (e quindi modelli di famiglia) che prevedano limitazioni al diritto al matrimonio non strettamente imposte dalla necessità di garantire esigenze costituzionali altrettanto rilevanti.

Dal combinato disposto degli artt. 2, 3 e 29 Cost., si dovrebbe insomma trarre il riconoscimento di una libertà fondamentale e inviolabile della persona umana (art. 2) di sposare anche persone dello stesso sesso, non essendo giustificabili al riguardo limitazioni fondate sulla condizione personale e sul sesso del partner.

Ad avviso del Tribunale di Venezia il divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso violerebbe altresì l'art. 117, 1° comma, Cost., poiché il legislatore italiano non rispetterebbe i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali e comunitari e, specificamente, gli obblighi derivanti dagli artt. 8, 12 e 14 della CEDU (che impongono agli Stati di non operare discriminazioni e di rispettare il diritto alla vita privata e familiare e il diritto al matrimonio), e quelli derivanti dagli artt. 7, 9 e 21 della Carta di Nizza (che garantiscono ai cittadini analoghe posizioni soggettive come il diritto di sposarsi e di costruire una famiglia e di non subire discriminazioni).

Gli argomenti – occorre subito dire – sono argomenti dotati di una certa consistenza e il divieto di discriminazioni imperniate sull'orientamento sessuale è senza alcun dubbio un divieto da prende-

---

\* Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Torino.

re molto sul serio, eppure la questione sollevata presenta dei profili di problematicità che non mi paiono facilmente risolvibili alla luce del solo imperativo di uguaglianza.

2. Che la Costituzione riconosca a ogni individuo il diritto di stringere legami affettivi e di viverli stabilmente con chi meglio ritiene, indipendentemente dal sesso biologico o dall'orientamento sessuale suo e della persona con cui stringe il legame e instaura una comunione di vita, dovrebbe considerarsi fuori discussione. Si tratta di una libertà fondamentale che trova ancoraggio positivo in molti articoli della Costituzione, a partire dall'art. 2, fino agli artt. 13, 14 e seguenti.

Altrettanto fuori discussione dovrebbe considerarsi il riconoscimento di una sorta di diritto all'uguale trattamento di tutte le unioni di fatto, siano esse unioni tra persone di sesso diverso siano esse unioni tra persone del medesimo sesso (soprattutto per ciò che attiene ai loro rapporti orizzontali).

Allo stesso modo parrebbe difficile non rintracciare negli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 una generale e fondamentale tutela del legame verticale tra genitori e figli (che si sostanzia in reciproci diritti e doveri, a primaria garanzia dell'interesse del minore) indipendentemente da quelli che sono i caratteri dei legami affettivi orizzontali che i genitori hanno stretto o stringeranno in futuro.

3. Più difficile da leggere nel testo costituzionale mi sembra, invece, il riconoscimento di un altrettanto fondamentale e incompressibile diritto di ogni coppia di contrarre matrimonio (indipendentemente dalla qualità del loro legame affettivo e sessuale.) Ciò, in ultima analisi, per la semplice ma decisiva ragione che mi sembra difficile sostenere che il testo costituzionale e, in particolare, gli artt. 29-31 Cost. non consentano al legislatore ordinario di disciplinare i rapporti e i legami fondati sulla sessualità e sulla procreazione attribuendo uno speciale statuto giuridico alle unioni tra persone di sesso diverso; speciale statuto che si traduce, appunto, ai sensi degli articoli in esame, nel riconoscimento della libertà di matrimonio e quindi nel riconoscimento alle sole coppie eterosessuali della libertà di sottoporsi all'insieme dei diritti e dei doveri che dal matrimonio derivano. Da una lettura sistematica dei tre articoli richiamati, sembrerebbe infatti difficile negare l'esistenza di una qualche relazione tra matrimonio (e quindi famiglia fondata sul matrimonio) e filiazione, e più specificamente, tra matrimonio e filiazione "naturale".

Ovviamente non si tratta di intravedere nella Costituzione dei possibili limiti alla libertà di procreazione attraverso interventi del legislatore volti a regolarla limitandola o escludendola per taluni soggetti. Ma solo di riconoscere la possibilità che il legislatore (oltre a regolare il diritto alla procreazione e quindi alla fecondazione "medicalmente assistita") scelga un modello di diritto di famiglia che, per quanto plurale e aperto alle continue evoluzioni del costume sociale, continui a essere imperniato sul carattere eterosessuale della coppia.

A questo proposito la definizione della famiglia come "società naturale" è pressoché irrilevante: il qualificare la famiglia alla stregua di una "società naturale" rinvia semmai all'idea dell'autonomia della famiglia stessa e quindi della necessità che l'ordinamento positivo rispetti e registri la costante e permanente evoluzione della realtà sociale e culturale.

E altrettanto irrilevante è il sottolineare come la filiazione non sia una condizione necessaria per la validità del matrimonio, né un evento che deve essere considerato almeno come possibile al momento della celebrazione: come dimostrano i casi di matrimoni tra le coppie di anziani, o tra le coppie sterili o le nozze celebrate in punto di morte, ecc. Oppure ancora l'evidenziare come si diano situazioni in cui all'interno di famiglie legittime eterosessuali i figli subiscano violenze di diversa natura o comunque non ricevano un'adeguata "educazione" (che la diversità di genere dei genitori e la loro congiunta presenza si pensava potesse garantire) mentre, all'inverso, vi siano situazioni in cui la presenza di un solo genitore o di una coppia di conviventi (anche dello stesso sesso) soddisfa le condizioni per una ottimale crescita e maturazione della personalità dei figli.

Il punto di diritto costituzionale positivo, che la Corte si trova a dover affrontare per rispondere alle domande dei giudici *a quibus*, non è quello di verificare se la realtà e l'esperienza dimostrino che vi sono legami affettivi e relazionali diversi da quelli fondati sul matrimonio che sono altrettanto adatti ad istruire, mantenere ed educare i figli, né quello di verificare se l'esperienza dimostri che la riproduzione della specie non avviene più, in prevalenza, all'interno di una unione coniugale, ma

quello di dire se il legislatore possa (ancora) e, se sì, entro quali limiti, ai sensi degli artt. 29 ss. Cost., riservare l'istituto del matrimonio alle sole coppie formate da persone di sesso biologico diverso, e dunque possa, in virtù appunto degli artt. 29, 30 e 31 Cost., introdurre una limitazione al generale principio di uguaglianza.

La risposta, per quanto problematica, mi sembra debba essere affermativa: non tanto perché si debba essere vincolati alla “nostra tradizione giuridica” o all'intenzione originaria del legislatore costituente (che sul punto, com'è noto, lascia pochi dubbi), ma perché il testo degli articoli costituzionali, dedicati ai rapporti etico-sociali, nel limitarsi a prescrivere alcuni specifici profili (quali l'uguaglianza tra i coniugi e l'autonomia interna della famiglia) rimette al legislatore e al confronto politico e sociale la definizione (inevitabilmente temporanea e culturalmente relativa) di gran parte del diritto di famiglia. Negli artt. 29, 30 e 31 è possibile leggere le linee di un modello di famiglia aperto e versatile che è in grado di tollerare una pluralità di scelte legislative e di opzioni evolutive. La lettera dell'art. 29 Cost. non mi sembrerebbe infatti impedire al legislatore ordinario né di disciplinare sul piano del diritto pubblico, attraverso un nuovo istituto, formazioni familiari diverse da quelle fondate sulla differenza di genere e sulla funzione procreativa, né di estendere alle coppie omosessuali la stessa libertà di matrimonio, né (al contrario, ed è ciò che qui rileva) di riservare il diritto al matrimonio alle sole coppie eterosessuali, continuando così a collegare (pur con tutte le eccezioni che la realtà si incarica di indicare) l'istituto del matrimonio alla filiazione e la filiazione alla differenza di genere della coppia.

La *ratio* profonda del diritto costituzionale della famiglia mi sembra insomma che potrebbe essere sintetizzata, per riprendere una nota ed efficace espressione, nella necessità di “mitezza giuridica” che, in questo caso, significa capacità di prestare attenzione e rispetto alle evoluzioni che maturano nel costume sociale e, al contempo, *self-restraint* giurisdizionale.

“Mitezza giuridica” che, peraltro, sembrerebbe caratterizzare anche le Carte internazionali ed europee dei diritti, laddove al riconoscimento del diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, fanno seguire il costante ed esplicito rinvio alle leggi nazionali.



GIORGIO GRASSO \*

## Due tesi sull'irriducibilità del paradigma eterosessuale del matrimonio

**SOMMARIO:** 1. Rilievi introduttivi. – 2. La prima tesi: il paradigma eterosessuale del matrimonio nell'art. 29, 2° comma, Cost. come elemento irrinunciabile, a tutela della posizione naturalmente e tradizionalmente più debole del rapporto, quella femminile. – 3. La ricostruzione del parametro costituzionale nelle quattro ordinanze di rimessione dinanzi alla Corte costituzionale: un quadro non esauriente. La seconda tesi: l'esistenza di un diritto fondamentale ad una genitorialità eterosessuale e una critica al tentativo di distinguere nelle disposizioni costituzionali sulla famiglia rapporti orizzontali di coppia e rapporti verticali di filiazione. Un primo confronto tra matrimonio eterosessuale e diritti delle coppie omosessuali. – 4. Alcune conclusioni: come deciderà la Corte costituzionale? Una dichiarazione di infondatezza e un robusto monito al legislatore, affinché approvi un'ideale disciplina dello *status* delle coppie omosessuali e dei loro diritti di coppia. I rapporti di filiazione come nucleo essenziale indisponibile all'intervento del diritto positivo.

1. L'intervento, conservando l'approccio e il tono tenuti nel corso dell'esposizione orale, con l'aggiunta di una serie di richiami bibliografici, trova la sua matrice essenziale nella ricca e solida relazione di Barbara Pezzini<sup>1</sup> e nei diversi materiali messi a disposizione dagli organizzatori del Seminario, già a partire dalla preziosa traccia di lavoro<sup>2</sup>, e si è giovato inoltre, in fase di stesura finale, delle altre comunicazioni che, nella giornata odierna, hanno accompagnato la nostra vivace discussione.

Come evoca agevolmente il titolo, le due tesi che si proveranno ad argomentare sinteticamente nelle pagine che seguono ritengono insuperabile (irriducibile, appunto) l'esistenza dell'unione di un uomo e di una donna, nel modello di matrimonio dell'art. 29 Cost., escludendo quindi, in radice, la possibilità di estendere l'istituto matrimoniale alle coppie *same-sex*.

Anticipando allora le conclusioni, il testo cercherà di "suggerire" alla Corte costituzionale di pronunciare il rigetto delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dinanzi ad essa e al contempo di adottare, all'interno di una dichiarazione d'infondatezza, un chiaro e convinto monito al legislatore, che lo spinga ad approvare, lungo le coordinate che si andranno brevemente a definire, un'ideale regolamentazione legislativa della posizione delle coppie omosessuali e dei loro diritti di coppia.

2. La relazione di Pezzini, per andare subito al nocciolo del problema, è a tratti largamente divisibile o, per lo meno, risulta tale sino al punto in cui tende a considerare irrinunciabile il paradigma eterosessuale del matrimonio, in ragione di quanto dispone l'art. 29, 2° comma, Cost., che "incorpora il paradigma eterosessuale" col preciso obiettivo di "introdurre la norma antisubordinazione di genere nella struttura della famiglia"<sup>3</sup>, rimuovendo così la tradizionale soggezione della donna all'uomo dentro l'alveo familiare. Questo, pare, indubbiamente il senso più profondo dell'art. 29, 2° comma, perché la Costituzione riferendosi all'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi ha voluto difendere la posizione naturalmente e tradizionalmente più debole del rapporto, quella femminile. Tale disposizione non avrebbe senso compiuto, se non affermasse una parità e un'uguaglianza tra persone di genere diverso, laddove rischia, invece, di essere un po' riduttivo rilevare semplicemente che

---

\* Associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università dell'Insubria.

<sup>1</sup> Vedi B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in <http://www.amicuscuriae.it>.

<sup>2</sup> Tutti reperibili ancora in <http://www.amicuscuriae.it>.

<sup>3</sup> Così B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere*, cit., p. 21.



nella famiglia non deve esserci un ordine gerarchico, qualsivoglia esso sia, asserendo una contrarietà della Costituzione all'idea di un capo, indipendentemente dalla diversità di genere e di sesso<sup>4</sup>.

A differenza, poi, di quanto si afferma nella relazione di base del Seminario, tale paradigma eterosessuale non può rappresentare solo la premessa fattuale e fenomenica della norma costituzionale sul matrimonio, e quindi un fattore che sarebbe destinato a cedere, col passare del tempo, dinanzi alle ragioni (e alle pretese) della coppia omosessuale<sup>5</sup>, ma costituisce, piuttosto, l'essenza della regola costituzionale sul matrimonio, il suo dato ontologico ineliminabile, addirittura un elemento a contenuto costituzionalmente vincolato, per riprendere il linguaggio della giurisprudenza costituzionale in tema di *referendum* abrogativo, in grado di resistere anche a un eventuale procedimento di revisione costituzionale<sup>6</sup>.

Alla flessibilità della formulazione dell'art. 29, 2° comma, alla sua natura bidirezionale, credo si debba contrapporre, invece, una sua rigidità, lungo una direzione univoca, che impedisce, senza sconto alcuno, di far rientrare nel matrimonio dell'art. 29 l'unione stabile e solidale tra due persone dello stesso sesso.

D'altra parte, a ben vedere, anche per chi cerca di rinvenire nell'art. 29, 2° comma, il fondamento del matrimonio omosessuale, non può sfuggire che esso riguarda esclusivamente un profilo di uguaglianza tra i coniugi all'interno della coppia, non l'uguaglianza della condizione delle coppie eterosessuali e omosessuali, fuori, all'esterno del rapporto coniugale.

Con la conseguenza che, sostenendo ad esempio l'irrelevanza della differenza di sesso tra i due coniugi, oltre al rischio di impostare impropriamente la questione, perché si metterebbero sullo stesso piano, ai fini dello scrutinio del principio di uguaglianza, due prospettive assolutamente diverse, quella della parità e dell'uguaglianza dei coniugi, frutto del superamento di ogni gerarchia, a favore del maschio, nella coppia eterosessuale, e quella del riconoscimento a una coppia omosessuale di un fascio di diritti e di doveri, che non li discrimini rispetto ai diritti e ai doveri delle coppie eterosessuali, non si renderebbe un buon servizio al c.d. matrimonio omosessuale<sup>7</sup>.

Per dirla con altre parole, i termini del confronto non paiono, infatti, gli stessi: uno si muove all'interno della coppia, l'altro al suo esterno nella (difficile, ma certamente necessaria) comparazione con altre coppie, diversamente (a causa dell'orientamento sessuale) modulate nei loro affetti.

**3.** Nel solco di questa comparazione, desta molti dubbi l'opinione secondo la quale le unioni di coppia eterosessuale e omosessuale risulterebbero "equivalenti e non differenziabili" rispetto all'attitudine e alla capacità di assolvere la funzione familiare<sup>8</sup>, non perché anche nelle seconde non vi siano «affetti, proiezione a essere ed a riconoscersi come un nucleo solidale di persone che coabitano, forme di reciproca assistenza materiale e spirituale, aiuto, collaborazione»<sup>9</sup>, ma perché, così argomentando, si sottovaluta che la funzione familiare, costituzionalmente protetta, presuppone l'alterità dei sessi, come può dedursi da una lettura integrata di diverse disposizioni costituzionali.

Vengono in risalto, in proposito, proprio le modalità con cui le quattro ordinanze di rimessione, oggetto del nostro *case study* (due delle quali, quelle del Tribunale ordinario di Venezia e della Corte d'Appello di Trento, verranno discusse dalla Corte già il prossimo 23 marzo) hanno costruito il parametro costituzionale che si ritiene violato.

<sup>4</sup> Come sostiene peraltro P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 39, nota n. 98.

<sup>5</sup> B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere*, cit., p. 22.

<sup>6</sup> Come rilevato nel corso del Seminario anche da A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come "famiglie"*, ora in <http://www.forumcostituzionale.it>. Ma lo spunto è antico: vedi, in riferimento in particolare alla società naturale dell'art. 29, 1° comma, come «limite posto alla revisione, la quale non potrà alterare la struttura fondamentale dell'istituto familiare», già C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, IX<sup>a</sup> ed. rielaborata ed aggiornata, Cedam, Padova, 1976, p. 1165.

<sup>7</sup> L'argomento non è trascurato da B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere*, cit., pp. 29-30, che apre, in questo frangente, a un'additiva di principio da parte della Corte.

<sup>8</sup> Così peraltro ancora B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere*, cit., p. 19.

<sup>9</sup> La citazione è sempre di B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere*, cit., p. 19.

Lo dico con franchezza: il parametro mi pare sviluppato in modo non esauriente, perché tutte le ordinanze si riferiscono all'art. 29, all'art. 2, all'art. 3 (quella veneziana anche all'art. 117, 1° comma), ma nessuna tiene conto che la nozione di società naturale fondata sul matrimonio, dell'art. 29, 1° comma, va considerata in un più ampio contesto costituzionale, che ne completa il senso e che comprende, oltre al comma 2 dell'art. 29, già considerato in queste note, almeno gli artt. 30 e 31, se non anche il 37, 1° comma.

La svalutazione di queste disposizioni porta a separare, in modo difficilmente giustificabile, la dimensione orizzontale del matrimonio, basata sul rapporto coniugale, dalla sua dimensione verticale, basata sul rapporto di filiazione<sup>10</sup>, mentre anche solo da una scorsa veloce dei diversi articoli richiamati, nel riferimento al dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio (art. 30, 1° comma), nel richiamo alle norme e ai limiti per la ricerca della paternità (art. 30, 4° comma), nella protezione della maternità (art. 31, 2° comma)<sup>11</sup>, e infine, pur con qualche maggiore ambiguità interpretativa, nella previsione di condizioni di lavoro in grado di consentire l'adempimento della essenziale funzione familiare della donna-lavoratrice e di assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione (art. 37, 1° comma), si fa davvero fatica a non riconoscere nella famiglia fondata sul matrimonio una formazione sociale assolutamente "speciale", un gruppo domestico del tutto peculiare, usando le espressioni degli antropologi<sup>12</sup>, dentro il quale vi sono necessariamente un uomo e una donna, dentro il quale la differenza di genere non discrimina, ma si completa armoniosamente.

Si potrebbe anche dire, con altri termini, che vi sono troppi "indizi" in questo senso, il più forte dei quali, collegando a tutte queste disposizioni anche l'art. 2 Cost., si riassume nel diritto fondamentale del bambino ad avere due genitori, intesi come un padre e una madre, di sesso diverso, ovviamente come aspirazione e regola tendenziale, ad eccezione delle situazioni che potremmo chiamare "patologiche" (decesso di uno o di entrambi i genitori, situazione di una ragazza madre abbandonata dal padre del bambino o, specularmente, anche se più raramente, di un ragazzo-padre)<sup>13</sup>.

L'esistenza di tale diritto fondamentale (ad una genitorialità eterosessuale) non va taciuta<sup>14</sup>, innestandosi prepotentemente nel contesto di una riflessione sulla compatibilità costituzionale del c.d. matrimonio omosessuale, richiesta dall'incontro di oggi, insieme certo ad altri diritti fondamentali, come quelli della persona omosessuale a vedersi riconosciute forme di tutela di quel patrimonio di affetti, solidarietà, reciprocità, solidità, che caratterizza l'unione di una coppia *same-sex*.

Ma, alla luce di quanto si è osservato finora, non è l'art. 29 che può (e deve) offrire copertura costituzionale a questo rapporto, quanto l'art. 2, laddove riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità.

Sostenere questo non significa difendere certo «una concezione della famiglia nemica delle persone e dei loro diritti», che non può trovare alcuna giustificazione in Costituzione, secondo quanto

---

<sup>10</sup> Questo aspetto è stato sottolineato efficacemente anche da altri interventi, che si sono avuti durante il Seminario: vedi in particolare, con diversi rilievi, A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso*, cit., p. 4, nonché i contributi di M. MANETTI-A. GIORGIS-C. PINELLI.

<sup>11</sup> Per una preliminare formulazione di questa tesi vedi il mio "Dico" sì, "Dico" no: *prime impressioni sul disegno di legge Pollastrini-Bindi*, in <http://www.forumcostituzionale.it> (19 febbraio 2007), sul quale cfr. peraltro la critica di P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione*, cit., p. 39, nota n. 98, obiettando, in modo un po' forzato, che «il riferimento alle norme e ai limiti per la ricerca della paternità o alla protezione della maternità varrebbe (...) in ogni caso, anche nell'ipotesi di adozione o procreazione da parte di *singles*, ovvero nell'eventualità di un'adozione concessa nei confronti di una coppia omosessuale».

<sup>12</sup> Si veda, pur con esiti spesso diversi da quelli sostenuti nel testo, l'intrigante volume di F. REMOTTI, *Contro natura. Una lettera al Papa*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2008, pp. 155 ss. e *passim*.

<sup>13</sup> Per questo spunto vedi già G. GRASSO, "Dico" sì, "Dico" no, cit., p. 4.

<sup>14</sup> Tale diritto fondamentale non va confuso con l'individuazione, tra i presunti caratteri insopprimibili del matrimonio, dell'elemento rappresentato dalle finalità procreative o riproduttive, carenti non solo in presenza dell'unione di due persone dello stesso sesso, ma anche di matrimoni eterosessuali, tra individui avanti con l'età, ad esempio. Ma soprattutto non serve opporre ad esso quanto la Corte aveva sostenuto nella sent. n. 161/1985, sul giudizio di legittimità costituzionale della legge contenente norme in materia di rettificazione di attribuzione del sesso, nella quale non si è negato *tout court* «alla capacità generativa il carattere di requisito essenziale per la validità e l'esistenza stessa» del matrimonio, come istituzione in sé, ma solo in riferimento al caso di specie (v. punto 12 del *Cons. in dir.* sent. n. 161/1985, *in fine*).

ebbe a dire la Corte, nella sent. n. 494 del 2002, statuendo l'incostituzionalità della disposizione del codice civile che impediva al figlio incestuoso di ottenere riconoscimento giudiziale del proprio *status filiationis*; e nemmeno significa accettare una discriminazione irragionevole<sup>15</sup>, nei confronti di una minoranza i cui diritti incuterebbero timore alla maggioranza<sup>16</sup>.

Questo, del resto, di mantenere fermo il paradigma eterosessuale del matrimonio, negando al contempo la distinzione artificiale tra il rapporto di coppia e quello di filiazione (le due tesi che in queste note ci si è sforzati di sostenere), è un approdo che la Costituzione sembra imporre, senza scomodare l'etimologia della parola matrimonio, che contiene in sé naturalmente l'idea di madre<sup>17</sup>, e senza che serva schiacciare (e sbilanciare) l'idea di matrimonio del medesimo art. 29 sulla forza della tradizione, sul richiamo ai principi del diritto naturale, o su concezioni religiose o etico-morali qualunque esse siano, compresi il matrimonio cristiano<sup>18</sup> e tutte le teorie istituzionistiche che da esso, a vario titolo, derivano<sup>19</sup>.

4. Abbastanza agevole, a questo punto, avviandomi a concludere rapidamente l'intervento, è prefigurare il tipo di decisione che potrà prendere la Corte.

Con un piccolo paradosso, diventa di grande aiuto la sentenza della Corte, n. 8 del 1996, relativa alle differenze tra rapporto coniugale e convivenza di fatto, ricordata più volte nella giornata di oggi e, in particolare, ancora nella relazione di Barbara Pezzini.

Parafrasando, infatti, tale pronuncia, si può rilevare che, anche in questo caso, «la Costituzione stessa ha dato delle due situazioni [il rapporto coniugale tra uomo e donna e il rapporto di coppia, non coniugale, tra uomo e uomo o tra donna e donna] una valutazione differenziatrice»; come la «pretesa equiparazione della convivenza di fatto al rapporto di coniugio, nel segno della riconduzione di tutte e due le situazioni sotto la medesima protezione dell'art. 29 Cost.», risultava infondata, analogo esito non potrà che avere ogni tentativo di tenere “sotto l'ombrello” dell'art. 29 il rapporto coniugale tra uomo e donna, basato sul matrimonio, ed il rapporto tra uomo e uomo o tra donna e donna che costituisce una ben diversa formazione sociale, in cerca di una regolamentazione normativa, e che deve rinvenire tutela nell'art. 2 Cost., al fine di vedere garantito pienamente «il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità», come recitava la già menzionata sent. n. 161 del 1985.

Non un rigetto secco, tuttavia, quanto una pronuncia che contenga al suo interno anche un robusto monito al legislatore<sup>20</sup>; monito che, insistendo sulle fortissime e condivisibili aspettative delle coppie omosessuali a godere anch'esse dei caratteri di “stabilità, certezza, reciprocità e corresponsività dei diritti e doveri che nascono solo dal vincolo matrimoniale”<sup>21</sup>, indirizzasse il Parlamento, senza più alibi a questo punto, ad approvare al più presto una disciplina legislativa che, senza poter estendere l'istituto del matrimonio alle coppie dello stesso sesso, per le ragioni che abbiamo visto, assicu-

<sup>15</sup> Rilevando anche che altre forme familiari, presenti in società umane diverse e lontane dalla nostra, come le famiglie poliginiche, poliandriche e pure quelle consanguinee (per una ricognizione delle quali cfr. F. REMOTTI, *Contro natura*, cit., 109 ss., 136 ss. e 144 ss.) non paiono, invece, tutelabili alla stregua delle formazioni sociali dell'art. 2.

<sup>16</sup> Come sostenuto, peraltro, nel corso del Seminario di Ferrara, tra gli altri, da A. PUGIOTTO.

<sup>17</sup> Vedi anche la definizione del *Dizionario Etimologico della Lingua Italiana*, di M. CORTELLAZZO, P. ZOLLI, II ed. in volume unico, Zanichelli, Bologna, 1999, p. 948, che accentua la derivazione da madre, indicando, infatti, originariamente la maternità legale, l'ufficio di madre.

<sup>18</sup> Per negare quest'ultima assimilazione basterebbe notare, probabilmente, che la Costituzione non prevede l'indissolubilità del matrimonio. Ma quest'approccio, forse, proverebbe troppo, in ragione del lungo dibattito che accompagnò, anche su questo punto, in Assemblea Costituente, la stesura e poi l'approvazione dell'art. 29.

<sup>19</sup> Come quella sostenuta, in ultimo, pur pregevolmente da F. PIZZOLATO, *La famiglia nella Costituzione e criteri per una disciplina dei modelli diversi di convivenza*, in B. PEZZINI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Jovene, Napoli, 2008, pp. 119 ss. e spec. 124 ss.

<sup>20</sup> Una soluzione analoga è prospettata anche da A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso*, cit., p. 11.

<sup>21</sup> Come stabilisce un'altra pronuncia, citatissima durante il Seminario ferrarese, la sent. n. 86/2009, sulle differenze tra famiglia di fatto e famiglia fondata sul matrimonio.

ri però ad esse un insieme di benefici, di diritti e di doveri, tarati su quelli del matrimonio, creando quindi un istituto *ad hoc*.

Mediante il richiamo ai caratteri irrinunciabili del matrimonio dell'art. 29 e a quel suo nucleo essenziale che abbiamo descritto, indisponibile all'intervento del diritto positivo<sup>22</sup>, la Corte, senza impingere nella discrezionalità lasciata al legislatore, dovrebbe anche, nella sua decisione, cercare di definire il perimetro essenziale di tale futura disciplina legislativa, in particolare ribadendo l'esistenza di due vincoli costituzionali che appaiono insormontabili, relativi alla possibilità che, all'interno di tale nuovo istituto, una coppia *same-sex* possa ottenere l'adozione di un figlio o possa ricorrere a tecniche di procreazione medicalmente assistita, per avere figli<sup>23</sup>.

Questo perché, non è inutile ribadirlo, rispetto al già citato diritto fondamentale di un bambino ad avere un padre e una madre, riconoscere alla coppia omosessuale la possibilità di avere un figlio violerebbe, questo sì, il principio di uguaglianza formale, perché il legislatore andrebbe a disciplinare in modo uguale due situazioni radicalmente diverse, basate su un tipo di relazioni affettive non commensurabili.

---

<sup>22</sup> Così R. BALDUZZI, *Il d.d.l. sui diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi: modello originale o escamotage compromissorio?*, in *Quad. reg.*, 2007, p. 43.

<sup>23</sup> Come insegnano, del resto, alcune esperienze del diritto costituzionale comparato: così, in particolare, la Legge federale svizzera sull'unione domestica registrata di coppie omosessuali, c.d. *LUD*, del 18 giugno 2004, art. 28.



LUCA IMARISIO \*

## L'estensione alle coppie omosessuali dell'accesso al matrimonio civile: la strada maestra per un diritto costituzionale della famiglia "preso sul serio"

Nell'ambito della molteplicità di profili connessi con la questione di legittimità oggetto dell'odierno dibattito, una problematica particolarmente controversa, ma assolutamente centrale e dirimente, appare in primo luogo quella relativa all'individuazione o meno, nell'art. 29 Cost., di una norma che incorpori un paradigma *esclusivamente* eterosessuale di matrimonio e di famiglia. Su di un piano letterale, la sussistenza di tale paradigma è talora ricondotta al tenore del 2° comma della disposizione costituzionale, sulla base dell'assunto che solo entro una coppia formata da individui di sesso diverso potrebbero manifestarsi le situazioni di disparità di condizione giuridica e morale tra i coniugi che la disposizione costituzionale mira a escludere. Tale assunto non appare tuttavia persuasivo: seppure certamente la condizione di svantaggio, quando non di "soggezione", in cui la moglie si trovava rispetto al marito nell'ambito del rapporto coniugale di modello tradizionale, come pure ancora in quello di modello "napoleonico", abbia costituito con evidenza il fondamentale presupposto motivante l'adozione della disposizione costituzionale, il principio di pariordeinazione tra i coniugi in essa affermato trascende con evidenza tale contingenza "storica".

Appare ad esempio indubitabile che, sulla base del principio affermato dal 2° comma dell'art. 29, sarebbero da considerare costituzionalmente illegittime disposizioni di diritto di famiglia che, in ipotesi, implicassero una prevalenza del coniuge più anziano rispetto a quello più giovane, o ancora del coniuge con un più elevato reddito rispetto a quello con un reddito più basso (ed in tal caso la norma sarebbe pienamente "viva" e applicabile tanto entro una coppia eterosessuale quanto entro una coppia omosessuale). Il dato letterale costituito dal 2° comma dell'art. 29 non implica un paradigma *esclusivamente* eterosessuale di rapporto coniugale e non sarebbe in alcun modo privato della propria ragione d'essere se applicato (anche) a una coppia formata da individui dello stesso sesso: manifesterebbe, anzi, ed esplicherebbe appieno le potenzialità del principio di non discriminazione affermato, suscettibile di concretizzarsi in una pluralità di regole volte ad escludere non solo le storiche ragioni di disparità tra marito e moglie, ma anche ogni eventuale (nuovo) profilo di disparità giuridica e morale tra i coniugi che potesse manifestarsi a seguito di mutamenti nei rapporti sociali come nella disciplina giuridica del matrimonio. Si tratterebbe, dunque, di una interpretazione che ne rispetterebbe appieno e, anzi, ne valorizzerebbe il disposto, sia dal punto di vista testuale (è evidentemente una scelta dei costituenti quella di aver formulato un più ampio principio di "parità giuridica e morale tra i coniugi" anziché una più ristretta regola di "divieto di subordinazione giuridica e morale della moglie al marito"), sia sotto il profilo della *ratio* di tutela.

Al di là del dato letterale, peraltro, argomentazioni volte a ritenere implicitamente incorporato nell'art. 29 Cost. un modello *esclusivamente* eterosessuale di rapporto coniugale, sono sviluppate, come noto, anche a partire da una supposta assunzione quale norma costituzionale della «consolida-

---

\* Ricercatore di Diritto costituzionale, Università di Torino.

ta e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna»<sup>1</sup>. Sotto tale profilo, nell'impossibilità di ripercorrere in questa sede, anche sommariamente, le problematiche connesse con la controversa formulazione del 1° comma dell'art. 29, e con la ricostruzione dei rapporti tra "natura" e "diritto" che implicano le sue diverse possibili interpretazioni, ci si limiterà ad alcune puntualizzazioni. Il richiamo alla tradizione quale norma che vincolerebbe ad una interpretazione restrittiva ed "escludente" del 1° comma dell'art. 29 appare fuorviante e inconferente. Le tradizioni sono propriamente tali quando, se così si può dire, sono in grado di camminare sulle proprie gambe. Se sono rispettate in ragione di una adesione spontanea (o comunque dovuta sulla base di norme extragiuridiche) e generalizzata. Un diritto rispettoso delle tradizioni è un diritto che consente a tutti di aderirvi liberamente e non impone ad alcuno di rinunciarvi. Non è, invece, rispettoso delle tradizioni un diritto che pretenda di cristallizzarle, impedendone le naturali evoluzioni, con una impropria (e assai poco rispettosa) "novazione della fonte" dei canoni comportamentali che a tali tradizioni sono connessi. Sino a che la tradizione del modello *esclusivamente* eterosessuale del matrimonio è effettivamente stata presente come tale, sino a che è esistito un effettivo *consensus* in ordine ad essa, non si è neppure posto il problema di un divieto di modelli matrimoniali alternativi.

E d'altra parte, una volta che tale problema si sia posto (come si è posto nella generalità degli ordinamenti giuridici contemporanei, o per lo meno in quelli appartenenti alla *western legal tradition*), la tradizione in ordine all'unicità del modello eterosessuale di matrimonio (quando anche sia esistita) è automaticamente venuta meno. Ciò non significa, naturalmente, che non possa ancora essere prevalente l'opinione (a livello sociale e politico) circa l'inopportunità di dare riconoscimento giuridico a modelli matrimoniali alternativi a quello tradizionale. Tuttavia se ci si pone in un'ottica di valutazione della prevalenza di una o di un'altra opinione, non ci si trova più in presenza di una unicità ontologica di modello, e ci si assume l'onere di dover giustificare, su altra ed autonoma base, la ragionevolezza costituzionale della disparità di trattamento giuridico relativa all'accesso all'istituto del matrimonio.

Più complessivamente, anche in questo caso, come già si è osservato a proposito dell'interpretazione del 2° comma dell'art. 29, appare poco persuasiva un'interpretazione che pretenda di ricavare da una disposizione costituzionale che pone una tutela, una "norma esclusiva implicita" che impedisca di estendere tale tutela al di là dell'orizzonte soggettivo presente nel momento storico dell'elaborazione del testo costituzionale. Tale interpretazione "escludente" finisce per sminuire la portata della disposizione costituzionale e le potenzialità degli istituti da essa contemplati. Alla base di tali approcci pare quasi si possa cogliere l'idea, affatto estranea all'impianto personalista della Costituzione italiana, di un "egoismo proprietario" dei diritti costituzionali, l'idea che allargare l'ambito soggettivo di godimento di un diritto possa significare in qualche modo svilirlo e menomarlo, che condividere un diritto significhi in qualche modo perderlo. Certamente i diritti non si rivendicano e non si espandono senza limiti, vanno bilanciati e sottoposti a un controllo di ragionevolezza. E tale bilanciamento non può che compiersi alla luce dei principi costituzionali, a cominciare dai principi fondamentali posti dagli artt. 2 e 3 Cost.: tanto più in un caso, come quello odierno, in cui non si discute della pretesa alla configurazione di un "nuovo" diritto soggettivo di rango costituzionale, ma della rimozione di una restrizione soggettiva al godimento di un diritto già espressamente configurato, la ragionevolezza di una disparità di trattamento giuridico sulla base del sesso (prima ancora che delle condizioni personali), dovrebbe essere oggetto di uno scrutinio particolarmente stretto, e non certamente essere argomentata sulla base di una anomala interpretazione "escludente" e riduttiva del dato costituzionale (estranea, peraltro, alla giurisprudenza della Corte costituzionale). Viceversa, sarebbe proprio un'interpretazione dell'art. 29 Cost. che riconoscesse la possibilità, e, con la possibilità, la doverosità costituzionale, dell'estensione alle coppie omosessuali dell'accesso al matrimonio civile, a implicare un'applicazione *magis ut valeant* dei principi costituzionali ricavabili in tema di diritto di famiglia, a partire dal principio del *favor matrimonii*. Il titolo dell'incontro odierno, significativamente, richiama a riflettere su "la società naturale e i suoi nemici": al di là della citazione, e volendo cogliere la provocazione, nelle argomentazioni volte a negare le legittimità costituzionale dell'estensione alle coppie omosessuali dell'accesso al matrimonio civile pare in effetti spesso co-

---

<sup>1</sup> L'espressione è usata dal Tribunale di Venezia nell'ordinanza con cui è stata sollevata la questione in esame.

gliersi l'idea di una famiglia "posta sotto assedio" da presunti nemici che vorrebbero minarne le millenarie fondamenta e metterne in discussione la validità. Tuttavia l'immagine, pur carica di suggestioni, non pare trovare riscontro nella vicenda odierna. La richiesta di accesso al matrimonio civile, ad un regime, dunque, impegnativo e "responsabilizzante", giuridicamente e socialmente, appare conforme ad un'idea di permanenza della validità e dell'attualità del modello coniugale di rapporto di coppia quale fondamento dell'istituto familiare: non di un minaccioso assedio dunque si tratterebbe, ma piuttosto della richiesta di aprire le porte e "dare cittadinanza" a nuovi soggetti, che potrebbero in futuro concorrere a difendere l'istituto familiare da altri, ben più temibili e insidiosi "nemici". I timori di una "relativizzazione" del matrimonio e della famiglia, potrebbero forse più ragionevolmente essere espressi in presenza di ipotesi o richieste di configurazione di istituti giuridici diversi e paralleli, che (per quanto comunque inidonei a costituire reali "insidie" alla permanente validità del modello familiare coniugale) mettessero in qualche modo in discussione l'esclusività dello strumento giuridico proposto dall'art. 29 Cost. quale fondamento della famiglia (legittima).

Tali considerazioni conducono a qualche conclusiva osservazione in ordine alla possibile struttura della decisione che sarà resa della Corte Costituzionale. Senza potere o volere fare previsioni o tantomeno suggerire soluzioni, appare evidente che, nella prospettiva indicata, solo una sentenza di accoglimento additiva di regola appare pienamente idonea a eliminare la illegittimità del dato legislativo vigente: le differenti opzioni presenterebbero infatti inevitabili elementi di debolezza. Una sentenza additiva di principio (così come una sentenza di rigetto monitoria) sarebbe infatti verosimilmente adottata e argomentata sulla base della necessità costituzionale di "una qualche" tutela giuridica per le coppie omosessuali che intendano formalizzare il proprio rapporto, tutela tuttavia realizzabile con strumenti diversi (in particolare attraverso l'estensione dell'accesso al matrimonio civile *ovvero* attraverso la predisposizione di un istituto alternativo e parallelo), la scelta tra i quali sarebbe rimessa alla discrezionalità del legislatore: tale scelta tuttavia non appare convincente nella prospettiva qui seguita. Se infatti il presupposto fondamentale dell'illegittimità del quadro normativo vigente dovesse ravvisarsi, occorre ribadire, non nella assenza di tutela di un "nuovo diritto", ma in una discriminazione, sulla base del sesso, rispetto al godimento di un diritto già operante, la soluzione costituzionalmente coerente e conseguente dovrebbe essere la rimozione di tale discriminazione e l'estensione del godimento del diritto stesso. Riconoscere al legislatore una discrezionalità nella scelta dei mezzi di tutela presupporrebbe invece la legittimità costituzionale di un istituto distinto dal matrimonio e di incerto contenuto: in tale prospettiva, tuttavia, quale presupposto giustificativo costituzionalmente apprezzabile potrebbe essere invocato per una differenza di regime giuridico tra i due istituti? La giurisprudenza costituzionale è costante nel ricondurre la legittimità di una differenziazione di trattamento giuridico tra famiglia di fatto e famiglia legittima alla differente *scelta* compiuta dalla coppia in ordine alla stabilizzazione a alla "istituzionalizzazione" del proprio rapporto. Se, dunque, una differenza di regime giuridico tra coppie di fatto (eterosessuali o omosessuali) e coppie unite in matrimonio (eterosessuali o omosessuali) appare in tale prospettiva legittima, non così sarebbe per una differenziazione tra coppie eterosessuali e omosessuali che intendano egualmente istituzionalizzare e formalizzare il proprio legame<sup>2</sup>. Che intendano assumere i diritti e i doveri che discendono dal matrimonio, e non semplicemente ricevere tutela giuridica come coppie di fatto (ciò non toglie, naturalmente, che la problematica della configurazione di un quadro più organico di disciplina e tutela giuridica per le coppie di fatto, eterosessuali e omosessuali, si ponga come una questione, distinta e parallela, ma comunque rilevante e urgente). La predisposizione di un nuovo istituto giuridico riservato alle coppie omosessuali richiederebbe la difficile definizione di un duplice confine: tra il contenuto giuridico di tale nuovo istituto e, da un lato, l'insieme delle tutele da riconoscersi alla famiglia naturale<sup>3</sup> non istituzionalizzata (eterosessuale o omosessuale), dall'altro l'insieme di diritti e doveri connessi al matrimonio<sup>4</sup>. E, ancora, se pure si dovesse optare per un istitu-

<sup>2</sup> Sulla debolezza giuridica dell'argomento dell'incapacità procreativa e sulle aporie a cui conduce pare superfluo tornare in questa sede.

<sup>3</sup> L'espressione «famiglia naturale, non fondata sul matrimonio» per designare una convivenza di fatto è utilizzata nella sent. della Corte cost. n. 644 del 1988.

<sup>4</sup> Rispetto a questi ultimi, come noto una delle linee di differenziazione giuridica spesso invocata è quella relativa all'ac-



to che preveda un regime giuridico del tutto analogo (e che dunque, oltre a comportare una corrispondenza di tutele giuridiche, di diritti e di doveri, necessariamente abbia un corrispondente rilievo a livello di stato civile dei soggetti coinvolti, sul presupposto della natura pienamente e formalmente coniugale del rapporto), che tutto condivida col matrimonio fuorché il nome, quale fondamento costituzionale dovrebbe ricercarsi per tale regime di *separate but equal*<sup>5</sup>, che rischierebbe sostanzialmente di «mantenere e incoraggiare uno stigma di esclusione»?<sup>6</sup>.

Anche comparatisticamente non mancano del resto esempi di interventi di riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali attraverso istituti separati dal matrimonio civile, che non sono apparsi idonei, nel medio periodo, a “chiudere” la questione, lasciando aperto il tema della piena equiparazione attraverso l’estensione dell’accesso al matrimonio<sup>7</sup>. Ma anche al di là di tali difficoltà, un’interpretazione forte del principio del *favor matrimonii* ricavabile dall’art. 29 Cost., dovrebbe piuttosto condurre a ritenere che la soluzione più lineare e costituzionalmente orientata sarebbe proprio quella di evitare la proliferazione degli istituti fondativi di un rapporto coniugale, e di offrire a tutte le coppie che intendano impegnarsi stabilmente in un comune progetto di vita, e che intendano farlo istituzionalizzando giuridicamente il proprio legame, un comune modello costituito dal matrimonio civile: in una dimensione di eguaglianza di opportunità di vita e di scelta, in un equilibrio tra autonomia e responsabilità. Lungi dall’essere l’espressione di un attacco alla famiglia ordito da suoi supposti nemici, il percorso che conduce all’estensione alle coppie omosessuali dell’accesso al matrimonio civile appare, dunque, la strada maestra da percorrere nella direzione di un diritto costituzionale della famiglia “preso sul serio”<sup>8</sup>.

---

cesso all’istituto dell’adozione. Sotto tale profilo, certamente complesso, sia consentito svolgere almeno una considerazione: in assenza di studi scientifici consolidati e condivisi in ordine a eventuali problematiche che possano manifestare minori adottati da una coppia dello stesso sesso, un principio di precauzione potrebbe anche indurre a ritenere ragionevole una, magari temporanea, esclusione per le coppie omosessuali della possibilità di adottare. Tuttavia tali preoccupazioni paiono largamente sottovalutare il fatto che comunque, anche in caso di ammissione delle coppie omosessuali all’istituto dell’adozione, la condizione della singola coppia sarebbe oggetto di una complessiva valutazione di idoneità nell’ambito del procedimento di adozione: valutazione di idoneità che non pare irragionevole ritenere potrebbe tener conto anche della omosessualità della coppia, accanto a una molteplicità di altri fattori. In una prospettiva unicamente orientata alla garanzia di idonee condizioni di crescita offerte al minore, potrebbe al limite anche ritenersi inidonea (sulla base di un giudizio concreto e individuale) una coppia omosessuale non per l’oggettiva inadeguatezza del contesto familiare, ma per il disagio che potrebbe derivare al minore dalla scarsa accettazione da parte del contesto sociale esterno alla famiglia.

<sup>5</sup> Il riferimento al rischio della creazione in ordine alla disciplina delle coppie omosessuali di una condizione di *apartheid* normativo e di segregazionismo in qualche modo avvicinabile a quello prodottosi in relazione alle questioni razziali a seguito dell’applicazione della dottrina del *separate but equal* è comune nel dibattito statunitense sul tema: v. ad esempio T. BOTTS, *The Separate But Equal Revisited: The Case of Same Sex Marriage*, 2006, in <http://www.allaccedemic.com>.

<sup>6</sup> L’espressione è nella decisione della Corte Suprema del Massachusetts, *In re Opinion of the Justices to the Senate* del 2004, ove si afferma che una legge che introducesse per le coppie omosessuali un istituto distinto dal matrimonio, anche se di analogo contenuto, avrebbe «the effect of maintaining and fostering a stigma of exclusion that the constitution prohibits». Su tale vicenda, diffusamente, P. M. CALIARO, *The same-sex marriage negli Stati Uniti d’America*, Cedam, Padova, 2006, pp. 303 ss.

<sup>7</sup> Si consideri il caso svedese, ove all’adozione nel 1995 di un regime di partnership registrate per le coppie omosessuali, ha fatto seguito il permanere della questione della piena equiparazione attraverso l’accesso al matrimonio civile, infine introdotto con la legge del 21 gennaio 2009 (peraltro su sollecitazione della stessa Chiesa Cristiana di Svezia – la confessione maggioritaria nel paese – a testimonianza di come anche nell’ambito del matrimonio come sacramento cristiano il paradigma eterosessuale mostri segni di cedimento). Come pure si consideri l’esperienza tedesca, ove all’introduzione, nel 2001, dell’istituto parallelo e riservato della *Lebenspartnerschaft*, implicante per le coppie omosessuali un regime pur largamente analogo a quello conseguente il matrimonio civile, hanno fatto seguito ricorsi che, come noto, hanno con successo denunciato sia di fronte agli organi giudiziari europei che nazionali l’illegittimità dei residui profili di differenziazione giuridica, mentre la questione della piena equiparazione tra coppie eterosessuali e omosessuali resta all’ordine del giorno del confronto sociale, giuridico e politico. O ancora il caso sloveno, ove all’introduzione nel 2005, di un istituto di partnership registrata, ha fatto seguito la decisione del Giudice costituzionale del 2 giugno 2009, con cui è stata dichiarata illegittima la differenza di trattamento giuridico in ordine al regime successorio rispetto a quello previsto nell’ambito del matrimonio ed è stata qualificata come discriminazione fondata sull’orientamento sessuale la differenza di trattamento connessa ai due istituti.

<sup>8</sup> La citazione di R. DWORKIN, certamente abusata, sia consentita quantomeno perché largamente conforme a quanto recentemente affermato dall’Autore in ordine all’inconsistenza giuridica e all’incompatibilità con una società realmente libera degli argomenti contrari all’apertura del matrimonio alle coppie omosessuali: v. *Three Questions for America*, in *The New York Review of Books*, vol. 53, 9/2006.

ELISABETTA LAMARQUE\*

## Gli articoli costituzionali sulla famiglia: travolti da un insolito (e inesorabile) destino

Vorrei svolgere qui solo due brevissime riflessioni: una prima di ordine generale e una seconda più specifica, suscitata dall'intervento di Michela Manetti.

La riflessione di ordine generale.

I passaggi più significativi dell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Venezia e della relazione di Barbara Pezzini, così come il complessivo andamento della discussione di questa giornata, ruotano inevitabilmente intorno al problema cruciale della portata normativa da assegnare all'art. 29 Cost., considerato di per sé e/o nel combinato disposto con le previsioni degli artt. 2 e 3 Cost.

È evidente che, una volta affrontato e sciolto questo nodo, qualunque interprete vede spianata davanti a sé la strada per la soluzione del merito della questione di legittimità costituzionale ora all'esame della Corte costituzionale.

Ma è altrettanto evidente, tuttavia, la controvertibilità di tutte le possibili soluzioni interpretative.

Se le stesse posizioni interpretative "originaliste" non trovano un accordo sul significato da assegnare alla formula "società naturale" nell'intenzione dei Costituenti (si veda ad esempio la posizione sostenuta da Paolo Veronesi in questo volume, che fondandosi proprio sull'analisi dei lavori preparatori della Costituzione arriva a conclusioni interpretative innovative), a maggior ragione gli esiti di un'interpretazione evolutiva dell'art. 29 Cost. alla luce dei radicali mutamenti intervenuti nella società italiana in questi ultimi sessant'anni non hanno un esito univoco.

Non voglio qui aggiungere ulteriori argomentazioni a sostegno dell'una o dell'altra soluzione interpretativa.

Desidero invece rilevare che questa radicale carenza di *consensus* fra gli interpreti non dipende soltanto dal fatto che i temi della famiglia e del matrimonio sono eticamente sensibili, e quindi la precomprensione del problema da parte di ogni interprete ha un peso maggiore che in altri campi.

Una simile incertezza nella ricostruzione delle direttive costituzionali in materia è legata anche, a mio parere, alla direi strutturale *incapacità* – storicamente provata – delle previsioni dell'art. 29 Cost., così come di quelle dell'art. 30 in materia di filiazione, di imporsi di per sé, per il loro contenuto normativo di rango costituzionale, nell'ordinamento repubblicano.

Come ho già rilevato in altra sede<sup>1</sup>, infatti, nel corso di questi oltre sessanta anni dall'approvazione della Carta repubblicana gli artt. 29 e 30 Cost. hanno compiuto un percorso comune che non può certamente essere valutato come trionfale. Tutt'altro.

Mi pare anzi che nessuno dei due articoli sia mai stato pienamente in grado di assolvere alla funzione per la quale era stato inserito nel testo costituzionale, e cioè quella di porre le norme giuridiche fondamentali del settore dell'ordinamento giuridico, il diritto di famiglia, delle quali entrambi erano stati pensati come *têtes de chapitre*.

Nei primi venti anni dall'entrata in vigore della Costituzione, in particolare, la dottrina e la giurisprudenza comune hanno interpretato e applicato quegli articoli alla luce delle disposizioni del codi-

---

\* Associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Milano-Bicocca.

<sup>1</sup> E. LAMARQUE, *Famiglia (dir. cost.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, III, Milano, 2006, pp. 2418 ss.

ce civile, invertendo il più elementare canone esegetico secondo cui le norme inferiori devono essere intese in senso conforme a quelle superiori, e non viceversa; mentre il giudice delle leggi ha mantenuto un atteggiamento conservatore, conforme alla comune mentalità dell'epoca, rifiutando sistematicamente di eliminare le previsioni codicistiche in palese contrasto con il loro dettato.

Ma paradossalmente il tenore letterale degli stessi articoli e le concezioni etico-politiche a essi sottese sono stati *ignorati o traditi* anche in seguito, quando, grazie all'evoluzione della società e al conseguente mutamento di indirizzo assunto dalla Corte costituzionale, la dottrina civilistica ha avviato il ripensamento delle disposizioni codicistiche in materia di famiglia.

Negli anni che hanno preceduto e immediatamente seguito la riforma del diritto di famiglia del 1975, infatti, si è avuto un fenomeno di iper (o sopra) interpretazione delle disposizioni costituzionali sulla posizione dei coniugi e dei figli, e cioè si sono imposte operazioni interpretative a volte anche estremamente creative, che hanno forzato i canoni di una corretta interpretazione costituzionale e travalicato la lettera e lo spirito di entrambi gli articoli costituzionali, suggerite da una dottrina che pretendeva di utilizzare l'argomento costituzionale come perno e strumento di una politica legislativa volta a favorire, prima, e a legittimare, poi, la riforma del codice civile, presentandola come il necessario e dovuto adempimento di chiari e univoci imperativi costituzionali.

Da allora, come è a tutti noto, tutti gli interpreti non si fermano alla doverosa interpretazione sistematica delle previsioni costituzionali, che richiede di leggere le previsioni degli artt. 29 e 30 Cost. in combinato disposto con gli artt. 2 e 3 Cost., ma si sentono autorizzati a trascendere i canoni consueti di quel tipo di interpretazione, fino a ignorare quelle disposizioni degli artt. 29 e 30 Cost. che esplicitamente derogano alle previsioni di cui agli artt. 2 e 3 Cost.

Ne è chiaro esempio la sentenza costituzionale sui figli nati da genitori incestuosi, più volte richiamata nel corso di questo convegno, dove la Corte costituzionale è giunta a sostenere che il principio personalista e il principio di eguaglianza si impongono nella lettura dell'art. 30 Cost. a tal punto da svuotare di contenuto il dettato costituzionale nella parte in cui testualmente prevede che i diritti dei figli nati fuori del matrimonio incontrano il limite della compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima<sup>2</sup>.

Tutto ciò è accaduto per diversi motivi di ordine storico-giuridico e politico-istituzionale.

Una delle cause di questa sostanziale *ineffettività* degli artt. 29 e 30 Cost. è certamente l'oggettivo carattere compromissorio e in alcune parti ambiguo e contraddittorio delle loro previsioni, dovuto alla dura contrapposizione frontale delle correnti culturali laica e cattolica che caratterizzò il dibattito in Assemblea Costituente su molti dei temi legati alla famiglia, quali l'indissolubilità del matrimonio e la condizione dei figli illegittimi.

Ha contribuito a segnare questo comune destino delle disposizioni sulla famiglia contenute nella Costituzione, inoltre, anche il fatto che nel campo degli istituti familiari «i costumi sono più forti del diritto», come diceva Cesare Grassetti, nel senso che l'evoluzione della coscienza sociale si impone sempre sulle previsioni giuridiche positive provocandone un costante aggiornamento (ma questo non è il caso della disciplina costituzionale della famiglia, che non è mai stata sottoposta a revisione costituzionale), oppure generando interpretazioni creative, non fedeli alla lettera del dettato normativo ma adatte alla mutata realtà sociale, economica e culturale, come è appunto accaduto agli artt. 29 e 30 Cost. In questo senso, la perdita di centralità dell'istituzione della famiglia legittima, che era al centro delle preoccupazioni della maggioranza dei Costituenti, il miglioramento della posizione sociale della donna, l'evoluzione della morale sessuale e la scissione della sessualità dalla procreazione sono tutte rivoluzioni dei "costumi" che hanno demolito le fondamenta sulle quali i Costituenti avevano costruito gli artt. 29 e 30 Cost., e richiesto agli interpreti di adattare su altre basi le medesime, inalterate, previsioni costituzionali.

Anche per le norme di rango costituzionale, in sintesi, vale quello che efficacemente Arturo Carlo Jemolo osservava per tutte le norme giuridiche in materia di famiglia: la famiglia è un fiume in piena, e il diritto non può arginarlo, ma può solo piantare i pali nel punto in cui l'acqua di volta in volta è arrivata.

---

<sup>2</sup> Corte cost., sent. n. 494/2002. Ma v. ora, tuttavia, in senso opposto, la più recente Corte cost., sent. n. 335/2009.

Per concludere su questo punto.

La storia insegna che non sarebbe saggio, da parte della Corte costituzionale, motivare oggi una possibile decisione di non fondatezza o di inammissibilità di questa delicatissima questione di costituzionalità con il richiamo al solo art. 29, 1° comma, Cost., che non è di univoca lettura e che come si è detto condivide con l'art. 30 Cost. il singolare e direi inesorabile destino di non essere mai stato in grado, per una ragione o per l'altra, di operare come vera e propria, unica, norma giuridica di rango costituzionale nella materia – il matrimonio e la posizione giuridica dei coniugi – di cui si occupa.

Una motivazione imperniata sul riferimento alla famiglia come società naturale fondata sul matrimonio che omettesse di inquadrare sistematicamente l'art. 29 alla luce degli artt. 2 e 3 Cost., in altre parole, conferirebbe alla decisione costituzionale fondamenta molto fragili, e la esporrebbe a essere travolta, nel giro magari di pochi anni, da un mutato contesto politico e sociale che consigliasse al legislatore, o anche allo stesso giudice delle leggi, in ipotesi chiamato nuovamente a pronunciarsi su questa o analoga questione, di procedere sulla strada del matrimonio omosessuale. E nessun giudice supremo, si sa, conviene mai adottare pronunce esposte a un concreto rischio di *overruling* a breve distanza di tempo.

Vengo ora alla mia seconda brevissima riflessione, suscitata dall'intervento di Michela Manetti, che ha introdotto nel dibattito di questo seminario un legame fra il tema oggetto della questione di costituzionalità oggi in discussione davanti alla Corte costituzionale, inequivocabilmente limitata al matrimonio omosessuale, e quello della filiazione all'interno di quel tipo di matrimonio. Le ipotesi a cui ci si riferisce sono evidentemente o l'adozione dei minori oppure, nel caso in cui uno dei due coniugi abbia un figlio naturale riconosciuto solo da lui o da lei, il riconoscimento dello *status* di genitore legittimo all'altro coniuge.

Secondo la Manetti, se non ho capito male, il diritto a sposarsi e quello a diventare genitori non solo sarebbero inscindibili nelle rivendicazioni politiche del movimento per i diritti civili degli omosessuali (e quindi, ottenuta la prima rivendicazione, la seconda non potrebbe essere negata), ma lo sarebbero già prima nello stesso impianto costituzionale, dato che l'art. 30 Cost., prevedendo la necessaria esistenza di una coppia genitoriale, costruirebbe il rapporto di filiazione sul modello della famiglia legittima.

Ora, invece, a mio parere, tutto e il contrario di tutto si può dire – ed è stato in effetti anche detto, come si è visto – sugli articoli costituzionali dedicati alla famiglia, ma non che non siano *due articoli ben distinti*, l'uno dedicato *esclusivamente* ai coniugi e al rapporto coniugale e l'altro dedicato *esclusivamente* ai figli e al rapporto di filiazione.

La circostanza che la Costituzione tenga nettamente separate le due situazioni familiari non può essere priva di conseguenze.

In particolare, l'interprete deve prendere atto che mentre l'art. 29, discorrendo di matrimonio e di coniugi, intende occuparsi del solo rapporto familiare legittimo, al contrario l'art. 30 conferisce dignità costituzionale anche a un rapporto familiare *di fatto*, e cioè a quello che deriva dalla filiazione “al di fuori del matrimonio”<sup>3</sup>, distribuendo fra i soggetti parti di quel rapporto diritti e doveri di rango costituzionale.

Per la cultura dell'epoca in cui furono quei due articoli furono scritti, in cui i figli nati fuori da una famiglia legittima quasi non esistevano giuridicamente, non avendo come figli di N.N. neppure una dignità sociale, una simile impostazione era rivoluzionaria, e non può essere trascurata neppure dall'interprete odierno.

Con la conseguenza, a mio parere, che nulla autorizza a far discendere dalla Costituzione, a seguito di una futura e incerta introduzione del matrimonio omosessuale, l'automatica e inevitabile previsione dell'esistenza di rapporti di filiazione legittima legati a quel nuovo istituto.

E, ancora, nulla in Costituzione autorizza a ritenere che, a fronte di un ipotetico accertamento del-

---

<sup>3</sup> Lo sostengono, per primi, P. CAVALERI-M. PEDRAZZA GORLERO-G. SCIULLO, *Libertà politiche del minore e potestà educativa dei genitori nella dialettica del rapporto educativo familiare*, in AA.VV., A. BELVEDERE-R. DE CRISTOFARO (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980, pp. 76-78.

la conformità a Costituzione del matrimonio omosessuale, ne discenda inevitabilmente la legittimità costituzionale della previsione di qualsivoglia forma di filiazione all'interno di quel matrimonio. Come si è detto, infatti, le regole legislative in materia di filiazione devono rispondere unicamente ai requisiti dell'art. 30 Cost., e ai principi generali degli artt. 2 e 3 Cost., e nessun rapporto possono avere con le norme costituzionali in materia di matrimonio di cui all'art. 29 Cost.

SERGIO LARICCIA\*

## Il diritto dell'individuo omosessuale di contrarre matrimonio con persona del proprio sesso: un diritto costituzionale del secolo XXI?

**SOMMARIO:** 1. La nozione del matrimonio come *coniunctio maris et foeminae* e i diritti di ogni individuo di essere se stesso e di vivere e morire, senza ingiustificate pressioni da parte dei poteri politico e religioso. – 2. Sentimenti, culture e tradizioni in tema di diritto di famiglia. – 3. Diritti che piacciono e diritti che non piacciono. – 4. I diritti degli individui e delle coppie omosessuali come diritti da prendere sul serio. – 5. Auspici e previsioni per la pronuncia della corte costituzionale. – 6. A ciascuno il suo compito in tema di riconoscimento giurisdizionale dei diritti costituzionali.

1. Tra le possibili definizioni del matrimonio vi è la seguente: «*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*»: una definizione nella quale le nozze sono ritenute un'unione tra uomo e donna e può apparire dunque incomprensibile il tentativo di sovvertire questa secolare e consolidata tradizione. Tuttavia l'evoluzione sociale e quella ordinamentale, valutate con riferimento al variegato panorama dei diritti delle donne e degli uomini in una prospettiva di diritto comparato, consentono di ritenere che il problema della legittimità costituzionale del matrimoni degli individui con persone del proprio sesso è un problema serio da valutare con doveroso impegno.

Non si possono trascurare gli studi, le ricerche e le iniziative che richiamano l'attenzione sulla rilevanza del diritto di essere se stesso, per ripetere l'espressione usata come titolo dell'ultimo libro di Piero Bellini<sup>1</sup>, e pongono in rilievo la fondamentale importanza del diritto di ogni essere umano di vivere e morire senza ingiustificate pressioni da parte del potere politico e religioso<sup>2</sup>.

2. Le ricerche sul tema, e anche le ordinanze che ritengono non manifestamente infondate le questioni di costituzionalità delle disposizioni che hanno sinora impedito il ricorso al matrimonio da parte degli individui omosessuali pongono in evidenza «una consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna» (Tribunale di Venezia e di Ferrara) che «trova il suo fondamento nel sentimento, nella cultura, nella storia della nostra comunità nazionale» (così l'ufficiale di stato civile nella citazione del Tribunale di Ferrara).

L'esperienza tuttavia induce a guardare con diffidenza alla soluzione di problemi affidata alle considerazioni che possono dedursi dalla rilevanza di sentimenti, culture e tradizioni, se si considera quanto spesso nel dibattito politico riguardante le garanzie per i diritti civili, nell'intento di trovare

---

\* *Ordinario di Diritto amministrativo, Università Sapienza di Roma.*

<sup>1</sup> P. BELLINI, *Il diritto di essere se stesso*, Giappichelli, Torino, 2007.

<sup>2</sup> L. RISICATO, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire»*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 4-6. Per analisi svolte ... qualche anno fa, ma che possono forse essere di qualche utilità per il problema esaminato in questo scritto, cfr. S. LARICCIA, *Diritti civili e fattore religioso*, Bologna, il Mulino, 1978; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna, 1984 (specialmente i capitoli III, pp. 53 ss. e IV, pp. 73 ss.); S. LARICCIA, *Coscienza e libertà. Principi costituzionali del diritto ecclesiastico italiano*, il Mulino, Bologna, 1989 (specialmente il capitolo IX: *Le «nuove» libertà e i «nuovi» diritti*).

argomenti convincenti a favore di una tesi, si ritiene necessario qualificare, con vari aggettivi, il significato di tali espressioni, sostenendo, per esempio, la necessità di attribuire esclusivamente rilevanza ai buoni sentimenti, all'autentica cultura, alla vera e consolidata tradizione. Il diritto in alcuni casi si risolve in decisioni contrarie al "buon senso", ha affermato il segretario del partito democratico Bersani, criticando la sentenza della corte europea dei diritti dell'uomo del 3 novembre 2009, a proposito della necessità che in ogni scuola pubblica non vi siano simboli religiosi, la cui presenza – hanno affermato i giudici di Strasburgo nel caso *Lautsi c. Italia* – viola gli artt. 9 della Convenzione europea del 1950 e 2 del protocollo addizionale del 1952, essendo in contrasto con il dovere di neutralità che deve caratterizzare l'insegnamento nelle scuole pubbliche in Europa.

3. Meglio dunque ricorrere ad altri e più sicuri metodi di argomentazione nella ricerca delle soluzioni più idonee e convincenti. Andrea Pugiotto, concludendo una sua relazione in un convegno svoltosi a Verona nel 2008, ha osservato: «Anche se non ci piacciono, certi diritti – se legittimati dalla Costituzione – devono diventare diritti certi»<sup>3</sup>.

A me sembra che tali parole costituiscano un'ottima premessa per la valutazione delle questioni di legittimità costituzionale sottoposte all'esame della Corte. Un collega che è intervenuto al dibattito dopo di me ha osservato, in polemica con la conclusione da me sostenuta, che «anche se ci piacciono, certi diritti non possono essere garantiti».

Il metodo di ricerca della garanzia dei diritti dovrebbe tuttavia indurre ad evitare di porre l'accento sulle nostre preferenze di interpreti del sistema normativo, in quanto il compito dell'interprete è quello di indagare nel sistema normativo, in questo caso nelle disposizioni normative dell'ordinamento costituzionale per valutare la possibile esistenza del "meritevole di tutela costituzionale"<sup>4</sup>. Il problema consiste nel valutare se l'interesse degli individui omosessuali di contrarre matrimonio con persone del proprio sesso costituisce un interesse meritevole di protezione.

A proposito della legislazione e della giurisprudenza, non è difficile notare, non soltanto in Italia ma anche in molti altri paesi, che, mentre lo Stato opera su un terreno sufficientemente solido quando legifera in tema di diritti a base economica, fuori di tali confini, e soprattutto nella materia riguardante i diritti della famiglia e i rapporti di convivenza, anche di natura sessuale, tra gli individui, il legislatore agisce tra maggiori difficoltà, anche per i condizionamenti e i vincoli che ostacolano le sue libere scelte.

La società d'altra parte, certamente non la sola società italiana, e le istituzioni si sentono angosciate nell'affrontare la questione del sesso, sia perché si tratta di un problema relativamente moderno, sia per la tendenza ad occultare tutto quanto attiene alle emozioni psicosessuali, sia per la necessità e la difficoltà di tenere presente, in questo delicato settore della vita individuale e collettiva, l'apporto di varie discipline, sia per l'impreparazione di molti a controllare le pulsioni inconscie che i problemi del sesso attivano in ogni persona.

In una conferenza tenuta all'Università di Cambridge nel 1925, John Maynard Keynes, prevedendo la natura dei problemi di fronte ai quali si sarebbero trovati i governi del futuro, osservava: «Sono certo che i problemi sessuali entreranno ben presto nella scena politica [...]; un partito che discutesse apertamente ed intelligentemente questi problemi ai suoi congressi, scoprirebbe un nuovo e vivo interesse nell'elettorato, perché contribuirebbe a far sì che la politica si occupi sempre maggiormente di problemi intorno ai quali ognuno è ansioso di sapere e che riguardano profondamente la vita di tutti». Keynes si rendeva conto della necessità dei governi di abbandonare la politica del *laissez-faire* in materia sessuale e di attuare un nuovo orientamento favorevole all'impostazione di una disciplina positiva della materia: tale processo, che nella prima metà del secolo ventesimo trova espressione in un movimento rappresentato da Freud, Jung, Kinsey, Pinkus, ha varie conseguenze, tra le quali la disciplina in materia di matrimoni e famiglie di omosessuali.

<sup>3</sup> A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei "casi: la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*, in *Atti del convegno su "Questioni attuali in materia di famiglia"* (Verona, 29 febbraio 2008).

<sup>4</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, *Il meritevole di tutela*, Giuffrè, Milano, 1990.

Tale processo si è manifestato anche in Italia, giacché anche nel nostro Paese i partiti politici hanno dovuto affrontare, quasi sempre per la pressione esercitata dall'opinione pubblica e sotto la spinta delle forze sociali via via emergenti, problemi del tutto nuovi rispetto a quelli tradizionalmente oggetto d'attenzione e di impegno sul piano puramente politico, e si sono trovati coinvolti nella necessità di considerare la c.d. questione sessuale nei suoi vari e multiformi aspetti: si pensi alla c.d. legge Merlin sull'esercizio della prostituzione, alla censura sui film e sulla stampa, alla disciplina legislativa dell'aborto, al problema del controllo diretto o indiretto delle nascite, ai comportamenti dei poteri pubblici in caso di manifestazioni degli omosessuali per il *Gay Pride*. Si tratta di questioni che, proprio perché riguardanti le esigenze e gli interessi concreti di una parte dei componenti la collettività nazionale, risentono in misura assai intensa delle opzioni politico-religiose dei governanti e impegnano i sentimenti più intimi di quanti devono decidere, determinando delicati conflitti di coscienza.

D'altra parte, compito del legislatore è anche quello di anticipare e preparare la formazione di nuove valutazioni etiche<sup>5</sup>, e al legislatore è attribuito l'impegno di una sensibilizzazione sociale al rispetto di nuovi beni giuridici costituzionalmente garantiti.

La morale sessuale, con lo stabilire vincoli e regole, sottopone a limitazione la libertà di autodeterminarsi nel proprio comportamento sessuale. Mentre fino a pochi decenni fa, nella nostra cultura, i valori cui si ispirava la morale sessuale erano quelli propri del messaggio cristiano, con una perfetta identificazione tra codice morale e codice religioso, nonché tra illecito penale e illecito religioso (il peccato), il mutamento più rilevante che si è realizzato nel secolo scorso è costituito dal progressivo svincolarsi della morale sessuale dalla religione e il passaggio dal peccato al reato.

Certo, tuttora una notevole parte della popolazione italiana aspira a vedere corrispondere le leggi dello Stato ai principi della morale cristiana, ma non può condividersi la pretesa di valutare le leggi edelle istituzioni pubbliche come strumento per la predicazione di precetti morali: sia perché occorre tenere presenti, in un sistema di pluralismo religioso, i precetti morali di tutte le confessioni religiose, sia perché al legislatore spetta il dovere di farsi interprete dell'attuale liberalizzazione dei costumi che sempre meno sono improntati a valori morali e religiosi.

Non ha senso parlare di diritti che piacciono e di diritti che non piacciono, o che piacciono alla maggioranza e alla minoranza dei cittadini. È invece necessario impegnarsi con serietà e rigore nella ricerca delle soluzioni adottando i criteri e i metodi dell'interpretazione, prescindendo, se si è capaci di farlo, dalle proprie valutazioni personali.

4. Seguendo la traccia di discussione, l'art. 2 Cost. sarebbe lesa perché le norme impugnate limitano il diritto a formare una famiglia, nucleo sociale essenziale, senza che vi sia un interesse pubblico rilevante che giustifichi tale limitazione.

L'art. 3, 1° e 2° comma, Cost. sarebbe lesa in quanto il diritto di contrarre matrimonio costituisce un momento essenziale di espressione della dignità umana, che deve essere garantito a tutti, senza discriminazioni derivanti dall'orientamento sessuale, ma anzi con l'obbligo dello Stato di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (questo profilo è sottolineato in particolare dall'ordinanza della Corte di Appello di Trento).

L'art. 3, 1° comma, Cost. sarebbe lesa inoltre sotto un diverso più specifico profilo: per la ingiustificata discriminazione tra coloro che desiderano formare un'unione omosessuale senza effettuare alcun intervento chirurgico di mutamento del sesso (né ottenere la conseguente rettificazione anagrafica del sesso biologico), e i transessuali che (subito quell'intervento e ottenuta la conseguente rettifica anagrafica) sono ammessi al matrimonio pur appartenendo allo stesso sesso biologico ed essendo incapaci di procreare (cfr. l. 14 aprile 1982, n. 164, sulla cui legittimità la Corte si è espressa con la sent. n. 161 del 1985).

Tralasciando altri problemi, mi limito a ricordare che, a mio avviso, la norma fondamentale che occorre considerare nell'esame dei principî costituzionali riguardanti gli individui che intendano

---

<sup>5</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 1982, p. 8.



contrarre matrimoni con persone del proprio sesso è quella contenuta nell'art. 2 Cost.: il motivo ispiratore di tale disposizione normativa va individuato nella convinzione che solo con la partecipazione alla vita dei gruppi sociali l'individuo riesce ad acquistare sperimentalmente la coscienza della solidarietà ed educarsi ad intendere e contribuire ad effettuare nei rapporti esterni la sintesi di libertà-autorità<sup>6</sup>.

La norma contenuta nell'art. 2 Cost. indica i fini essenziali degli apparati statuali contemporanei: affermazione, polemica nei confronti del precedente regime, di una nuova concezione, dei rapporti tra lo Stato e le formazioni sociali e impegno a un'azione diretta al pieno sviluppo della persona umana anche nell'ambito dei gruppi operanti nella comunità. La Costituzione si è proposta di garantire istituti, situazioni e rapporti che riguardano le persone fisiche, considerate sia quali individui singoli sia quali membri dei vari gruppi sociali, e di tutelare i loro interessi e lo svolgimento della loro attività, valutata come esplicitazione di libertà e personalità. Tale conclusione si deduce proprio dalla considerazione che, contro i postulati della teoria degli ordinamenti giuridici, la norma dell'art. 2 Cost. ha inteso riaffermare la funzione dello Stato di garante di tutte le libertà dei cittadini: non solo delle libertà dei cittadini come singoli ma anche delle loro libertà come membri delle varie formazioni sociali<sup>7</sup>.

Il problema della libertà non si riduce così alla protezione della libertà dell'individuo di fronte allo Stato, ma si estende anche alla tutela della sua libertà di fronte all'eventuale arbitrio dei gruppi, che troppo spesso incidono col peso della loro forza su importanti diritti del cittadino. D'altra parte, le strutture di democrazia e di libertà innestate nel corpo sociale non sono che un mezzo per la formazione di uomini *liberi*, capaci di esprimere la loro libertà nell'esercizio quotidiano, nelle scelte culturali e morali, nella partecipazione politica e nella consapevole assunzione delle relative responsabilità.

La disposizione dell'art. 2 Cost. contiene una norma il cui significato non è soltanto individuabile nel riconoscimento e nella garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, ma anche nel conferimento di rilevanza giuridica ai singoli gruppi sociali entro i quali si svolge la personalità individuale. Se si tengono presenti i lavori preparatori che all'assemblea costituente hanno portato all'approvazione dell'art. 2 Cost., si può ritenere che con tale disposizione si sia inteso riconoscere l'importanza delle dimensioni sociali dell'individuo e delle formazioni sociali entro le quali gli uomini e le donne agiscono, ai fini di un adeguato svolgimento della personalità individuale. Le formazioni sociali familiari, costituiscono alcuni tra i più importanti gruppi sociali entro i quali si svolge la personalità dei soggetti privati e, così come gli altri gruppi immuni dall'ingerenza formale degli organi statuali, rappresentano una delle sfere entro le quali si svolge la capacità di libertà dei consociati.

Per quanto si riferisce alla seconda disposizione costituzionale alla quale occorre fare riferimento, l'art. 3 Cost. premette che tutti i cittadini hanno «pari dignità sociale», esclude ogni distinzione di «condizioni personali e sociali» e proclama l'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, principio quest'ultimo contenuto anche nelle costituzioni liberali, precisando, in polemica con un passato non troppo remoto, che tale uguaglianza vale «senza distinzione di sesso [...], di condizioni personali e sociali». Ma, oltre al principio contenuto nel primo comma, nel quale può agevolmente individuarsi una polemica contro il passato recente, nella stessa disposizione (art. 3, 2° comma) è contenuto anche un principio che costituisce una polemica contro la società presente.

In applicazione dell'art. 3 Cost. dovrà ritenersi invalida, con la conseguente dichiarazione di illegittimità costituzionale da parte della corte costituzionale, la legge che disponga trattamenti diffe-

<sup>6</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, X ed., Padova, Cedam, 1975, pp. 1158 ss.; S. LARICCIA, *La rappresentanza degli interessi religiosi*, Giuffrè, Milano, 1967, spec. pp. 27 ss.

<sup>7</sup> Cfr. tra gli altri P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1954; ID., *Diritti dell'uomo, cit.*; A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Art. 1-12, Principi fondamentali*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 1975, pp. 50 ss.; P. BELLINI, *Diritti inviolabili dell'uomo e formazioni sociali religiose. Contributo all'interpretazione dell'articolo 2 della Costituzione*, in *Studi in onore di P. A. d'Avack*, I, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 215 ss.; C. MORTATI, *Note introduttive ad uno studio sulle garanzie dei diritti dei singoli nelle formazioni sociali*, in AA.VV., *Scritti in onore di S. Pugliatti*, III, Giuffrè, Milano, 1978, pp. 1563 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni*, Parte generale, Cedam, Padova, 1985, p. 1 ss.; S. LARICCIA, *Diritto ecclesiastico*, III ed., Cedam, Padova, 1986, pp. 44 ss.

renziati per determinate categorie di rapporti, allorché dallo stesso suo testo, o da altre disposizioni ad esso collegate, risulti l'inesistenza della peculiarità dei rapporti regolati oppure quando tali peculiarità appaiono prive di ragionevolezza, così da fare argomentare la violazione del principio di uguaglianza. Le norme comuni e speciali, generali e di deroga devono sempre presupporre l'accertamento di esigenze oggettive, con la conseguenza che un differente trattamento, che prescindendo da fondati motivi di utilità generale e sia comunque privo di ragionevolezza, si traduce in un vero e proprio privilegio, costituzionalmente illegittimo.

La dottrina e la giurisprudenza hanno avvertito ben presto l'esigenza di estendere anche ai gruppi sociali la garanzia contemplata nell'art. 3 Cost.<sup>8</sup> Uno dei principali argomenti esposti dalla dottrina per contestare la possibilità di applicare il principio costituzionale di uguaglianza nei confronti degli enti collettivi, si è dedotto dall'interpretazione letterale della disposizione contenuta nell'art. 3 Cost., nel quale si parla di *cittadini* e sembra quindi ci si riferisca alle sole persone fisiche: si è però giustamente obiettato da Livio Paladin che da un lato nulla sembra indicare che, entro la Carta costituzionale, l'espressione "cittadini" voglia riferirsi unicamente alle persone fisiche. Ed inoltre, sarebbe formalistica la pretesa di estromettere i gruppi sociali dall'ambito di applicazione dell'art. 3, 1° comma, sulla mera base di una rigida interpretazione letterale.

Ogni volta che il legislatore prevede la tutela di un gruppo sociale, dotato o meno dell'attributo formale della personalità giuridica, l'unico problema che abbia un autentico significato è pur sempre quello concernente la tutela di interessi umani. Nella realtà psico-sociale, le persone fisiche sono gli unici soggetti capaci di avvertire le conseguenze derivanti dalla posizione riservata dal legislatore al gruppo cui esse appartengono e gli individui sono i titolari degli interessi collettivi la cui tutela viene eventualmente riconosciuta alle varie formazioni sociali: e la tutela di qualunque gruppo sociale, è fondata sulla premessa che la protezione degli individui può essere adeguatamente garantita solo in quanto vengano anche tutelate le formazioni sociali nelle quali si svolge la loro personalità.

**5.** Premesso che non ho simpatia per la formula delle sentenze costituzionali c.d. sostitutive, credo che la corte costituzionale dovrebbe emettere una sentenza di accoglimento, ricorrendo alla soluzione di una sentenza additiva di principio, che dichiari la illegittimità costituzionale della mancanza di tutela nei confronti dei diritti garantiti dagli artt. 2 e 3 Cost. e artt. 7, 9 e 21 della Carta di Nizza.

Se poi, anziché un auspicio, mi limito a prospettare una previsione delle conclusioni alle quali arriverà la corte, sul fondamento delle tante considerazioni che sempre esercitano influenza sull'operato del giudice costituzionale, penso che la soluzione più probabile consista nell'emissione di una pronuncia di inammissibilità, con invito al legislatore di individuare forme di protezione delle c.d. famiglie di fatto idonee a garantire quanto meno alcuni dei diritti degli individui che le compongono.

**6.** Mi ha colpito che nella relazione introduttiva presentata dalla prof. Pezzini i riferimenti dottrinali riguardano in prevalenza gli autori degli anni più recenti: solo dieci sono i richiami alla dottrina dello scorso secolo.

Evidentemente i tempi sono cambiati e sono mutati gli orientamenti dell'opinione pubblica, il che rende necessario prestare la massima attenzione all'evoluzione della vita democratica e degli ordinamenti, che prendono atto delle nuove esigenze e dei nuovi diritti da riconoscere e garantire. Ma il compito di individuare la natura costituzionale dei diritti non spetta soltanto al giudice costituzionale, giudice delle leggi, ma naturalmente anche ai giudici comuni, in particolare ai giudici ordinari, considerando che questi sono istituzionalmente impegnati nella tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi.

<sup>8</sup> Cfr., tra gli altri, P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1954, p. 16; L. PALADIN, *Il principio costituzionale d'uguaglianza*, Giuffrè, Milano, 1965, pp. 210 ss.; S. LARICCIA, *Gruppi sociali ed uguaglianza giuridica*, in *Foro amm.*, 1966, III, pp. 117 ss.; P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, il Mulino, Bologna, 1966, p. 225 ss., p. 390 (nt. 29); C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., pp. 1025 ss. Tra le tante sentenze costituzionali cfr. le seguenti: n. 87 del 1962, n. 118 del 1964, n. 40 del 1965, n. 25 del 1966 e n. 2 del 1969.

Ai giudici comuni è attribuito il compito di tutelare i diritti di libertà e di eguaglianza dei cittadini, che sono innanzi tutto diritti e valori con dignità costituzionale. La competenza a pronunciarsi su molte fattispecie nelle quali è possibile riscontrare lesioni dei diritti garantiti negli artt. 2 e 3 Cost. e 7, 9 e 21 della Carta di Nizza spetta al giudice ordinario' essendo pacifico, specialmente dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, che la giurisdizione in tema di lesione di diritti soggettivi spetta ai giudici ordinari, e solo in via eccezionale ai giudici amministrativi.

Occorre dunque confidare sul sindacato diffuso di costituzionalità. Il controllo diffuso di costituzionalità è certamente una strada più lunga ed incerta rispetto a quella rappresentata da una dichiarazione di illegittimità costituzionale emessa dal "giudice delle leggi": ma, considerando gli ostacoli che sussistono per le garanzie giurisdizionali dei diritti nel sistema italiano, è un obiettivo che occorre perseguire con impegno e tenacia, nella consapevolezza della grande importanza che assume il rispetto dei diritti garantiti dalle costituzioni, compresi i diritti che possono definirsi come diritti del secolo XXI.

## Transessualismo, omosessualità e matrimonio

**SOMMARIO:** 1. Identità, ruolo di genere, orientamento sessuale. – 2. I riferimenti al transessualismo nelle ordinanze di rimessione. – 3. Il matrimonio dopo la rettificazione del sesso: tesi dell'automatico scioglimento. – 4. (*Segue*). Tesi della sopravvivenza del vincolo matrimoniale. – 5. Cenni conclusivi.

1. Un tema così delicato come quello relativo alla incidenza della rettificazione del sesso sul preesistente vincolo matrimoniale e la valutazione della fattispecie come archetipo utilizzabile per dimostrare l'ammissibilità del matrimonio fra persone dello stesso sesso, impone una preventiva puntualizzazione sui termini utilizzati.

Non vi è dubbio infatti che le parole si costituiscono in forme linguistiche in grado di rappresentare entità reali, ma anche di nasconderle, dando o negando visibilità, attribuendo positività o negatività; e che la forza e la persuasività del linguaggio e della comunicazione possono determinare *effetti di potere* sull'individuo: un filosofo cinese nel 470 a.C. diceva che «parlare è il proferire nomi. E i nomi sono come tigri dipinte»<sup>1</sup>.

Il primo termine di riferimento è *l'identità*, che ha attirato l'attenzione del diritto in relazione al bilanciamento fra tutela della persona e libertà d'informazione e alla identificazione del suo ambito di autonomia rispetto agli altri diritti fondamentali; più precisamente l'identità *personale*<sup>2</sup>, recentemente estesa anche al minore<sup>3</sup>, spesso collegata al diritto alla riservatezza e la possibilità di altera-

---

\* *Ordinario di Istituzioni di diritto privato, Università di Messina.*

<sup>1</sup> G.M. BRAGADIN (a cura di), *Mo-Tzu il saggio*, (tr. it. di F. Tomassini), Melchisedek, Milano, 2007. L'importanza del significato del linguaggio è stata sottolineata da un intervento durante il seminario (Schuster (?), che ha ricordato che «i limiti del linguaggio sono i limiti del mondo» secondo Wittgenstein (v. WITTGENSTEIN, *Osservazioni filosofiche*, Einaudi, Torino, 1999). L'attenzione al linguaggio e a un uso corretto della terminologia, nel senso del rispetto della parità e non discriminazione, è fortemente avvertita dall'Unione europea (v. le *Linee guida del Parlamento europeo per un linguaggio neutro dal punto di vista del genere* del 19 maggio 2008 e il *Documento del Senato italiano* che impegna il Governo italiano a introdurre negli atti e nei protocolli delle pubbliche amministrazioni una modificazione degli usi linguistici tale da rendere visibile la presenza di donne nelle istituzioni, riconoscendone la piena dignità di *status* ed evitando che il loro ruolo venga oscurato da un uso non consapevole della lingua (<http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/showText?tipodoc=Sindisp&leg=15&id=268278>). Sulle implicazioni della lingua nel diritto v. R. SACCO, *Lingua e diritto*, in *Ars Interpretandi*, 2000, pp. 117-134 (<http://www.arsinterpretandi.it>). Per una impostazione nuova del tema parola, nella declinazione tipicamente americana della *speech as action*, cfr. H. STAHLER, *Speech is the Body of the Spirit: The Oral Hermeneutic in the Writings of Rosenstock-Huussy*, *Oral Tradition*, Vol. 2/1, MacMillan, New York, 1987.

<sup>2</sup> «Identità personale, nel senso di immagine sociale, cioè di coacervo di valori (intellettuali, politici, religiosi, professionali ecc.) rilevanti nella rappresentazione che di essa viene data nella vita di relazione, nonché, correlativamente, ad insorgere contro comportamenti altrui che menomino tale immagine, pur senza offendere l'onore o la reputazione, ovvero ledere il nome o l'immagine fisica, deve ritenersi qualificabile come posizione di diritto soggettivo, alla stregua dei principi fissati dall'art. 2 della Costituzione in tema di difesa della personalità nella complessità ed unitarietà di tutte le sue componenti»: Cass. 22-6-1985 n. 3769, in *Giust. civ.*, 1985, 1, p. 3049, con nota di M. DOGLIOTTI, *I diritto all'identità personale approda in Cassazione*; per la ricostruzione dell'identità personale in relazione al principio di verità, che costituisce ad un tempo un limite all'esercizio della libertà e di tutela della personalità del soggetto v. Cass. 7 febbraio 1996, n. 978, in *Dir. inf.*, 1997, p. 115 con nota di CASSANO; più risalente Cass. 18 novembre 1984, n. 5259, in *Dir. inf.*, 1985, p. 155.

<sup>3</sup> Cass. 29 maggio 2009 n. 12670, in tema di attribuzione giudiziale del cognome al figlio naturale riconosciuto non contestualmente dai genitori, ha stabilito che «i criteri di individuazione del cognome del minore si pongono in funzione del suo interesse, che è quello di evitare un danno alla sua identità personale, intesa anche come proiezione della sua personalità sociale». V. anche il progetto di legge del Senato S1418, contenente *Norme a tutela del diritto all'identità personale del minore*.

zione dell'identità nei trattamenti informatici dei dati personali<sup>4</sup>.

Dell'identità, come “diritto a essere se stessi” ed essere riconosciuti – attraverso le proprie azioni e il proprio modo di sentire – dal gruppo sociale secondo le caratteristiche che ciascuno si attribuisce in base alla costruzione della propria personalità<sup>5</sup>, fa parte integrante l'*identità sessuale*, quella che attiene al proprio corpo, “mediatore tra noi e il mondo, conoscenza incorporata, *habitus*”<sup>6</sup>, nella proiezione personale e sociale ad essa collegata<sup>7</sup>.

Si tratta di un concetto complesso, all'incrocio di saperi diversi, posto che essa non è assicurata, secondo la scienza medica, dall'appartenenza al sesso biologico<sup>8</sup>, ma è piuttosto un punto di arrivo, un processo delicato e vulnerabile in cui è anche possibile una incertezza, una fluttuazione, una divaricazione fino all'estremo del “disturbo dell'identità di genere”, che si ha quando la persona percepisce la propria identità di genere come opposta al proprio sesso (*transgender*)<sup>9</sup>.

*Genere*<sup>10</sup> è dunque una costruzione socio-culturale<sup>11</sup>, che implica la rappresentazione di compor-

<sup>4</sup> Il D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, *Codice in materia di protezione dei dati personali*, all'art. 2. intende garantire che «il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali».

<sup>5</sup> La difficoltà della costruzione del concetto di identità e delle sue interne antinomie è sottolineata da A. FALZEA *Identità personale: motivi di perplessità*, in *La lesione del diritto all'identità personale*, Giuffrè, Milano, 1985, secondo il quale «non potendo coincidere con l'immagine che ognuno ha di sé dovrebbe necessariamente consistere nell'immagine che dell'individuo ha la società, ma non vi saranno mai due soggetti che vedono la persona allo stesso modo, sicché l'unità della persona nell'immagine che gli altri si formano non avrà mai i medesimi caratteri, e si dissolve nel nulla»; e, sotto un diverso profilo, da ZENO ZENCOVICH, voce *Identità personale*, nel *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IX, Utet, 1993, p. 294: «In questa contrapposizione fra pubblico e privato si condensano le apparenti contraddizioni della personalità, che per un verso vuole rimanere nascosta, al riparo da ingerenze esterne, e dall'altro vuole manifestarsi all'esterno con il massimo di chiarezza possibile». Per CASSANO, *Diritti della personalità e le aporie logico dogmatiche di dottrina e giurisprudenza. brevissimi cenni, Il diritto di famiglia e delle persone*, 2000, fasc. 2/3, le suddette difficoltà sono superabili con la individuazione del concetto di identità personale che «è solo quella oggettiva, espressa in un dato momento storico, così come è accolta dalla società, o meglio, dalla pluralità dei consociati». La perdita dei confini identitari nella post modernità è denominata da Bauman “identità fluida”: Z. BAUMAN, *La modernità liquida*, Laterza, Bari, 1992.

<sup>6</sup> P. BOURDIEU, *Il corpo tra natura e cultura*, Franco Angeli, Milano, 1988.

<sup>7</sup> La Cassazione 10 maggio 2005, n. 9801, in *Giust. civ.*, 2006, 1, p. 93 con nota di A. MORACE PINELLI, *Violazione dei doveri matrimoniali e responsabilità civile*, e in *Fam. dir.*, 2005, p. 365 con nota di M. SESTA, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione “arriva” in Cassazione*, ha riconosciuto il diritto alla sessualità e considerata violazione idonea a determinare il risarcimento del danno la mancata informazione da parte del futuro marito della propria “*impotentia coeundi*” con compromissione del diritto alla sessualità del coniuge, della comunione materiale e spirituale e dei progetti di maternità, dando rilevanza alla «persona umana intesa nella sua totalità, nella sua libertà – dignità, nella sua autonoma determinazione al matrimonio, nelle sue aspettative di armonica vita sessuale». Trib. Salerno, 8 marzo 1998, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1998, p. 1057, ha affermato il «riconoscimento del primario diritto alla propria identità sessuale».

<sup>8</sup> Per sesso biologico si intende il corredo genetico, i caratteri biologici, fisici e anatomici che producono il binarismo maschio/femmina.

<sup>9</sup> *Transgender* è la definizione più generale che accomuna sotto un'etichetta non clinica tutte le varianti di genere, come il *Transsessualismo*, sottocategoria dei disturbi di identità di genere che indica coloro che stanno cercando di “passare” (*trans*) al sesso opposto o che hanno avuto una riassegnazione chirurgica di sesso; e *Travestitismo*: si riferisce quasi sempre a uomini che hanno il bisogno compulsivo di vestirsi con indumenti femminili, ma che vogliono conservare la loro mascolinità. Il concetto opposto è quello di “*Cisgender*” che indica la persona che ha la conformazione morfologica di un sesso (maschio/femmina), sente di appartenere al genere ad esso relativo (identità) e viene in modo conforme percepita dagli altri (ruolo). L. GOOREN *The biology of human psychosexual differentiation*, in *Hormones and Behavior*, in *Translational Topics in Behavioral Neuro-endocrinology*, Amsterdam, 2006, pp. 588 ss.; S.E. OLSSON, -A. MÖLLER -A. REGRET, *After sex reassignment surgery in a male-to-female transsexual: a long-term follow-up*, in *Arch Sex Behav.*, 2006; D.Y. SHAPIRO, *Sex-changing fish*, in *Journal of Experimental Zoology*, 2005, pp. 132 ss.

<sup>10</sup> La parola “genere” è già entrata nel diritto positivo sostituendo la parola “sesso”: non è solo la scelta di un termine che suona più “raffinato”, ma è una scelta teorica ben precisa nella direzione della negazione della naturale differenza uomo/donna come fondamento antropologico dell'identità sessuale e della famiglia: così L. PALAZZANI, *Identità di genere? Dalla differenza alla in-differenza sessuale nel diritto*, San Paolo ed., Milano, 2009.

<sup>11</sup> Così lo ha definito anche il Consiglio d'Europa nel 1998: «Genere è la definizione socialmente costruita di donne e uomini ed è anche una definizione culturalmente costruita della relazione tra i sessi. È l'immagine sociale della diversità di sesso biologica, determinata dalla concezione dei compiti, delle funzioni e dei ruoli attribuiti a donne e uomini nella società e nella sfera pubblica e privata. È una definizione di femminilità e mascolinità culturalmente specifica, che come tale varia nello spazio e nel tempo ...».

tamenti (ruoli)<sup>12</sup> che rivestono il corredo biologico (sesso) e danno vita allo *status* di uomo/donna<sup>13</sup>. Sesso e genere<sup>14</sup> non costituiscono pertanto due dimensioni contrapposte ma piuttosto due entità interdipendenti: la percezione sessuata di se stessi e della propria individualità “maschile o femminile” nel tempo dà luogo alla identità di genere come componente del processo di costruzione dell’identità personale. Sulla tematica del genere vi è una grande attenzione da parte dell’Unione europea nella dimensione del raggiungimento di una effettiva parità fra uomo-donna ma anche nella lotta alle discriminazioni basate sulle “differenze”<sup>15</sup> e sui diversi orientamenti sessuali.

*Orientamento sessuale* indica l’attrazione fisica ed affettiva per una persona in relazione al sesso, che riguarda sia un insieme di sensazioni e preferenze (aspetto affettivo) sia il comportamento sessuale (aspetto erotico) sia il sentirsi parte di un gruppo o di una comunità (aspetto relazionale).

Anche per tale parametro, che comprende le varianti dell’eterosessuale, bisessuale, omosessuale, si ravvisano transizioni discrete piuttosto che sbarramenti, tanto che si parla di *soglia* di omosessualità per gli etero e di soglia di eterosessualità per gli omo.

Sono evidenti i legami fra orientamento sessuale e identità di genere: nel caso del transessuale, ad esempio, l’osservatore esterno gli attribuisce un orientamento omosessuale, mentre la persona transessuale si sente e si ritiene eterosessuale.

Proprio la considerazione di questa particolare situazione, distinta dunque dall’orientamento omosessuale<sup>16</sup>, che implica l’attrazione verso persone dello stesso sesso, ha determinato l’emanazione della L. 14 aprile 1982, n. 164 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*) con carattere “sanatorio” per le situazioni di fatto esistenti<sup>17</sup> e autorizzativo, nel caso in cui il trattamento chirurgico non sia stato ancora eseguito<sup>18</sup>.

L’art. 2 della L. 164/82 impone l’obbligo di notificare al coniuge e ai figli la domanda di rettificazione; l’art. 4, prevede che la sentenza provochi «lo scioglimento del matrimonio o la cessazione

<sup>12</sup> M. Mead fu tra le prime a sostenere il carattere di costruzione culturale dei ruoli basato sul sesso e ad analizzare la difficile questione se i ruoli maschili e femminili sono risultati di influenze biologiche o culturali: M. MEAD, *Sesso e temperamento in tre società primitive* (*Sex and Temperament in Three Primitive Societies*, 1935) Ed. it. Il Saggiatore, Milano, 2009; ID., *Maschio e femmina: uno studio dei sessi in un mondo che cambia* (*Male and Female: A Study of the Sexes in a Changing World*, 1949) Ed. it. Mondadori, 1991.

<sup>13</sup> Genere non è dunque sinonimo di sesso: il genere, in quanto processo, trasforma le differenze biologiche in differenze sociali che definisce “donna” e “uomo”. È una sorta di rivestimento sociale, di concetto culturalmente specifico e dinamico in quanto l’identità di genere e le norme sociali che regolano gli specifici comportamenti variano tra le culture; è infine concetto relazionale in quanto si riferisce sia a uomini che a donne e al loro modo di interagire.

<sup>14</sup> «Sesso e genere distinguono due universi, quello corporeo (biologico e anatomico) e quello mentale (psicologico e culturale) intesi secondo la tradizione occidentale come combacianti naturalmente e mutuamente escludentesi»: R. STOLLER, *Sex and Gender: The Development of Masculinity and Femininity*, Maresfield Library, London, 1994.

<sup>15</sup> Agenzia dei diritti fondamentali dell’UE; Osservatorio europeo fenomeni razzisti e xenofobi (EUMC); Dir. 2006/54/CE del 5 luglio 2006 sulla parità nel lavoro; Proposta di dir. n. 426/2008, contro le discriminazioni dirette, indirette (quando «una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere persone di una determinata religione o convinzione, con una disabilità, di età o di orientamento sessuale in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone») e le multi discriminazioni.

<sup>16</sup> La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea e della Corte EDU su transessualismo e omosessualità è significativa: cfr. Corte EDU, sentt. del 27.9.1990, *Cossey v. UK* (ric. n. 10843/84) e dell’11.7.2002, *Christine Goodwin v. UK* (ric. n. 28957/95); Corte GCE, sent. del 7.1.2004 (causa C-117/01), K. B.; Corte EDU, sent. del 27.9.1999, *Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom* (appl. no. 31417/96 e 32377/96) e Corte GCE, sent. del 17.2.1998, nel caso *Grant* (C-249/96) e sent. dell’1.4.2008 nel caso *Maruko* (C-267/06).

M.C. DI GANGI *Le nuove frontiere giuridiche della transessualità: brevi osservazioni comparatistiche*: <http://www.diritto.it/all.php?file=26546.pdf>.

<sup>17</sup> Art. 2, accertamento delle condizioni psico-sessuali del soggetto; art. 6, persona che si è già sottoposta al trattamento chirurgico per l’adeguamento del sesso.

<sup>18</sup> Art. 3, autorizzazione con sentenza, successiva rettificazione in camera di consiglio. Si segnala la tendenza, già seguita in altri ordinamenti, a svincolare la rettificazione del sesso dall’operazione chirurgica, denominata “rassegnazione chirurgica dell’identità sessuale”, anche in considerazione dei casi, non infrequenti, di “ripensamento” su scelte radicali (V. Trib. Latina, in *Dir. pers. fam.*, 2005, che ha rifiutato la richiesta di un transessuale, che aveva mutato il proprio sesso da uomo a donna, di riottenere il sesso originario senza sottoporsi ad intervento chirurgico): v. i progetti di legge S. 604; C. 1066 del 15 maggio 2008.

degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso», aggiungendo che «si applicano le disposizioni del codice civile e della legge 1 dicembre 1970, n. 898 e successive modificazioni» (*Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*).

2. I riferimenti alla “situazione delle persone transessuali” contenuti nelle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale, documenti posti a base del dibattito del Seminario ferrarese, hanno costituito lo spunto per una riflessione a margine della più ampia e articolata tematica della riconoscibilità costituzionale del diritto dell’individuo omosessuale a contrarre matrimonio con persona del proprio sesso.

In particolare le ordinanze dei Tribunali di Venezia<sup>19</sup> e Ferrara<sup>20</sup> rilevano una irragionevole disparità di trattamento fra la condizione dell’omosessuale e la situazione del soggetto coniugato che abbia dopo la celebrazione del matrimonio mutato il proprio sesso originario.

Trib. Ferrara (ord. 11 dicembre 2009) fa leva sulle argomentazioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale<sup>21</sup>, che ha confermato la legittimità della L. 164/82: qui l’orientamento del transessuale viene interpretato come naturale modo di essere, laddove si afferma che “la legge di rettificazione del sesso si è voluta dare carico di questi “diversi” producendo una normativa intesa a consentire l’affermazione della loro personalità”... collocandosi “nell’alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori di libertà e dignità della persona umana”. Da questa considerazione il Tribunale ritiene si possa desumere un “profondo cambiamento dell’istituto del matrimonio civile, che ne consente la celebrazione fra soggetti dello stesso sesso biologico ed incapaci di procreare, valorizzando così l’orientamento psicosessuale della persona”.

Anche Trib. Venezia (ord. 3 aprile 2009) ritiene che l’esclusione degli omosessuali dal diritto di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso violi il principio di uguaglianza «raffrontata all’analogia situazione delle persone transessuali che, ottenuta la rettificazione di attribuzione di sesso in applicazione della L. 164/82, possono contrarre matrimonio con persone del proprio sesso di nascita». Anche in questa ordinanza si ritengono «pienamente mutuabili anche per gli omosessuali» le affermazioni contenute nella richiamata sentenza della Corte, mettendo in rilievo «la discriminazione fra coloro che hanno un orientamento psichico che li spinge ad una unione omosessuale e i transessuali che sono ammessi al matrimonio pur appartenendo allo stesso sesso biologico ed essendo incapaci di procreare».

Nella “Traccia per la discussione”, fornita ai partecipanti del “Seminario preventivo”, viene rimarcato come la legge sulla rettificazione del sesso (anche alla luce della sentenza della Corte costituzionale che ne ha confermato la legittimità), farebbe ritenere già vigente il matrimonio fra persone con lo stesso sesso biologico (quale è quello che perdura fra i coniugi dopo la rettificazione del sesso di uno dei due). Verrebbe così attenuata la inderogabilità del paradigma tradizionale della eterosessualità dei coniugi, ponendo una questione di eguaglianza sul diritto costituzionale alla famiglia fra chi ha mutato chirurgicamente il proprio sesso, e vede riconosciuto tale diritto, e chi non lo ha fatto, e si vede negato lo stesso diritto, con conseguenze aberranti. (*O si nega che quello sia un diritto costituzionalmente garantito, o il mutamento chirurgico del sesso biologico, posto come condizione al riconoscimento del diritto, diverrebbe una sorta di trattamento sanitario obbligatorio lesivo della dignità umana*).

3. L’analogia fra le due ipotesi non appare tuttavia convincente.

Nella relazione della Prof. Pezzini<sup>22</sup> emergono dubbi sulla assimilabilità delle due fattispecie,

<sup>19</sup> Trib. Venezia, Sez. III civile, ord. 3 aprile 2009.

<sup>20</sup> Trib. Ferrara, ord. 11 dicembre 2009, <http://web.unife.it/convegni/amicuscuriae>.

<sup>21</sup> Corte cost. 6 maggio 1985, n. 161, in *Giur. it.*, 1987, 1, p. 236, con nota di M. DOGLIOTTI, *La corte costituzionale riconosce il diritto all’identità sessuale*.

<sup>22</sup> B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in <http://www.amicuscuriae.it>.

posto che la rettificazione di cui alla L. 164/82 “ribadisce e conferma il dualismo di genere e conserva la norma eterosessuale del matrimonio”. L’A. ritiene tuttavia ipotesi marginale, ancorché significativa, quella in cui il matrimonio, celebrato fra persone di sesso diverso, sopravvive dopo il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione del sesso di uno dei coniugi per mancata proposizione di domanda di divorzio: caso emblematico di incrinatura del paradigma eterosessuale del matrimonio (sebbene si ricordi che la soluzione giurisprudenziale privilegia la automaticità dello scioglimento del matrimonio a seguito di sentenza di rettificazione del sesso).

In relazione al cambiamento di sesso di uno dei coniugi come causa di scioglimento del matrimonio (art. 3, lett. g) L. n. 898/1970), abbiamo proposto<sup>23</sup> una interpretazione sistematica della legge sul divorzio e della legge sulla rettificazione di sesso (art. 4 L. n. 164/1982) in base alla quale il “giudice del divorzio” mantiene la competenza a decidere sui rapporti residui (fra gli ex coniugi e nei confronti dei figli) e provvede sullo scioglimento qualora questo – pur se seguito automaticamente alla sentenza rettificativa del sesso – non sia stato pronunciato in quella sede<sup>24</sup>. Ciò in quanto uno scioglimento di tipo “divorzile”, cioè subordinato alla iniziativa di parte, sarebbe concepibile, a nostro parere, solo in ordinamenti che – a differenza del nostro – prevedono anche il matrimonio omosessuale<sup>25</sup>, poiché in questo caso sarebbe consentito transitare dall’uno all’altro di tali modelli (entrambi legalmente riconosciuti), anziché divorziare, riguardando ciò solo le scelte personali degli interessati.

La pronuncia di scioglimento in questa particolare fattispecie, che si differenzia nettamente dalle altre cause di divorzio – incidenti sulla sopravvivenza del rapporto matrimoniale, qui automaticamente cessato – avrebbe pertanto natura dichiarativa e non costitutiva, poiché si limiterebbe ad accertare un effetto estintivo già verificatosi con la sentenza di rettificazione del sesso. Il che sottolinea la profonda differenza esistente con i casi contemplati nelle precedenti lettere (a-f) dell’art. 3 della legge sul divorzio, che sono, essi sì, soggetti all’accertamento “costitutivo” del giudice del divorzio.

#### 4. (Segue). Tesi della sopravvivenza del vincolo matrimoniale.

Si deve tuttavia tener conto della elaborazione a livello dottrinale e legislativo (sia interno sia comunitario) di modelli familiari alternativi al matrimonio eterosessuale, argomento del dibattito del Seminario di Ferrara, che vede nelle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale l’emersione di istanze di tutela di diritti fondamentali e che incide anche, indirettamente, sul tema specifico del divorzio del transessuale<sup>26</sup>, qui utilizzato nella particolare prospettiva del rafforzamento della tesi dell’ammissibilità, alla luce dei principi costituzionali, del matrimonio *same gender*.

Anche ammettendo una soluzione interpretativa opposta rispetto a quella che ritiene non possa sopravvivere il vincolo matrimoniale dopo che uno dei coniugi abbia rettificato il proprio sesso, non si perverrebbe, a nostro parere, a una diversa valutazione degli effetti della fattispecie.

Riconosciuta la persistenza del matrimonio originario, che nasce eterosessuale e diventa omosessuale, la figura resterebbe pur sempre confinata nell’ambito di una vicenda talmente singolare da

<sup>23</sup> M.E. LA TORRE, *La rettificazione di attribuzione di sesso. Il dato normativo e i problemi ermeneutici*, in G. FERRANDO-M. FORTINO-F. RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, vol. I, t. II del *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 1189 ss.

<sup>24</sup> Sul punto v. le perplessità avanzate da SCIANCALEPORE-STANZIONE, *Transessualismo e tutela della persona*, Milano, 2002, p. 89, che sottolineano la mancanza di tutela del coniuge costretto a subire il divorzio la cui iniziativa risale al solo transessuale. *Ivi*, p. 93 ss., sulla libertà matrimoniale del transessuale e sulla esistenza di un errore essenziale sulle qualità personali in caso di mancata conoscenza del transessualismo da parte dell’altro coniuge.

<sup>25</sup> Per una panoramica sullo stato della legislazione europea sulle convivenze omosessuali cfr. D’ANGELI, *Il fenomeno delle convivenze omosessuali: quale tutela giuridica?*, in *Quaderni della Riv. dir. civ.*, n. 2, Padova, 2003; FRENI-PATRINO, *Dinamiche sociali ed esperienza giuridica nell’evoluzione del diritto di famiglia in Europa*, in *Famiglia*, 2004, pp. 585 ss.; SESTA, *Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano?*, in *Famiglia*, 2003, pp. 137 ss.; ZANETTI-SESTA, *La coppia di fatto tra morale e diritto. Opinioni a confronto*, in *Famiglia*, 2004, pp. 701 ss.

<sup>26</sup> Poiché il riconoscimento legislativo del matrimonio omosessuale consentirebbe, in caso di transessualismo di uno dei coniugi, la continuazione del rapporto matrimoniale (e non l’automatico scioglimento), data in questo caso la libera ed ammessa conversione da una *species* all’altra dello stesso *genus*.



non essere proponibile come prova di ammissione del matrimonio omosessuale. Quella vicenda, infatti, è il risultato di una metamorfosi anatomica che, se idonea a trasformare il sesso di uno dei due partner, non vale tuttavia a mutarne l'identità nel complesso di tutti quei valori antropologici (capacità affettiva, sentimenti, carattere, modo d'essere), che denotano la personalità di un soggetto. Non è detto, quindi, che si produca nell'altro componente della coppia una avversione tale da ripudiare quel *consortium omnis vitae* che fu all'origine del matrimonio eterosessuale. E poiché si tratta di una delicatissima scelta esistenziale, si potrebbe ritenere – contro la proposta interpretazione sistematica di automatico scioglimento a seguito della rettificazione – che sia lasciato alle parti la decisione di chiedere o meno lo scioglimento del matrimonio.

Ma il solo fatto che la sopravvenuta identità di sesso fra i coniugi conferisca la facoltà di sciogliere il matrimonio, è la prova migliore che la diversità originaria era una condizione necessaria per contrarlo<sup>27</sup>.

5. L'intensa partecipazione al Seminario preventivo di Ferrara sul tema del matrimonio omosessuale, la significativa produzione dottrinale, il coinvolgimento della giurisprudenza, sempre più spesso chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del rifiuto dell'Ufficiale dello stato civile a trascrivere il matrimonio fra omosessuali contratto nei Paesi ove ciò è legislativamente ammesso<sup>28</sup>, fanno ritenere di grande rilievo, dal punto di vista sociale e giuridico, il prossimo intervento della Corte costituzionale.

In tale direzione si considerano di grande stimolo all'approfondimento del dibattito le ordinanze di rimessione alla Corte, che hanno il pregio di avere sollevato un problema che però, a nostro avviso, non può che trovare la più idonea soluzione in un intervento del legislatore che disciplini in modo espresso ed appropriato le molteplici situazioni personali collegabili alle coppie di fatto, omo ed eterosessuali.

---

<sup>27</sup> A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come "famiglie"*, in <http://www.amicuscuriae.it>, che ritiene non appropriatamente confrontabili le due situazioni e che la condizione matrimoniale del transessuale avvalorata la tesi della diversità di sesso per la celebrazione di un valido matrimonio.

<sup>28</sup> Hanno ritenuto legittimo il rifiuto dell'Ufficiale di stato civile a trascrivere il matrimonio contratto all'estero fra due persone dello stesso sesso: App. Roma, 13 luglio 2006, in quanto «tale unione non presenta uno dei requisiti essenziali per la sua configurabilità come matrimonio nell'ordinamento interno, cioè la diversità di sesso fra gli sposi»; App. Firenze, 27 maggio 2008, poiché tutta la normativa positiva sul matrimonio fa espresso riferimento alla unione fra persone di sesso diverso; Trib. Bergamo, 21 febbraio 2009, data l'inesistenza del matrimonio fra due persone dello stesso sesso; Trib. Torino, 4 giugno 2009, ritiene sia inibito al giudice un intervento creativo in questa materia, riservato solo al legislatore.

BENEDETTA LIBERALI\*

## Eterosessualità e funzione procreativa del matrimonio: un argomento superabile dalla Corte costituzionale

**SOMMARIO:** 1. Premessa: il carattere necessariamente eterosessuale e la funzione procreativa del matrimonio. – 2. Le deroghe al principio già presenti nel nostro ordinamento: i transessuali. – 3. (*Segue*): le coppie eterosessuali che non possono o non vogliono avere figli. – 4. Conclusioni.

1. Il giudizio pendente davanti alla Corte costituzionale<sup>1</sup>, che ha per oggetto il divieto di contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso, consente di svolgere alcune riflessioni sulla natura della questione sollevata, con riferimento agli artt. 2, 3, 29 e 117, 1° comma, Cost.

Si intende qui soffermarsi sulla “portata” della discriminazione nei confronti dei soggetti omosessuali per quanto riguarda il libero esercizio e godimento del diritto fondamentale di sposarsi<sup>2</sup>, con particolare riferimento alla violazione dell’art. 3 Cost.

È necessario, in prima istanza, cercare di individuare quali potrebbero essere le ragioni giustificative del diverso (e deteriore) trattamento riservato agli omosessuali. Alcune disposizioni del codice civile – sebbene non contengano alcuna indicazione esplicita della necessaria differenza di genere dei coniugi, come peraltro neanche la Costituzione<sup>3</sup> – sono state, infatti, interpretate nel senso di e-

---

\* *Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Milano.*

<sup>1</sup> Si tratta, in particolare, del giudizio introdotto dalle ordinanze di rimessione del Tribunale di Venezia (3 aprile 2009) e della Corte di Appello di Trento (29 luglio 2009), con cui sono state sollevate questioni di legittimità costituzionale su alcune norme del codice civile nella parte in cui complessivamente interpretate non consentono il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Le ordinanze del Tribunale di Venezia e della Corte di Appello di Trento sono state pubblicate rispettivamente in *GU* n. 26 del 1° luglio 2009 e n. 41 del 14 ottobre 2009. L’udienza pubblica davanti alla Corte costituzionale è stata fissata al 23 marzo 2010. Hanno sollevato la medesima questione il Tribunale di Ferrara (14 dicembre 2009) e la Corte di Appello di Firenze (3 dicembre 2009).

<sup>2</sup> Sulla natura di diritto fondamentale del diritto di contrarre matrimonio riconosciuta anche a livello sovranazionale, si può fare utile riferimento – oltre che alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo del 1948, che all’art. 16 dichiara che uomini e donne hanno diritto di sposarsi e fondare una famiglia senza limitazioni dettate dalla razza, dalla cittadinanza e dalla religione – alla Carta dei Diritti Fondamentali, che agli artt. 7 (*Rispetto della vita privata e della vita familiare*), 9 (*Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia*) e 21 (*Non discriminazione*) sancisce il diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, elimina ogni riferimento al genere in ambito familiare e vieta ogni discriminazione basata sull’orientamento sessuale. La Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali, inoltre, agli artt. 8 (*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*) e 14 (*Divieto di discriminazione*) sancisce il diritto al rispetto alla vita privata e familiare e il divieto di ogni discriminazione. All’art. 12 (*Diritto al matrimonio*) afferma che uomini e donne hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, con ciò non imponendo che si debbano sposare tra loro. L’art. 12, inoltre, come pure l’art. 9 della Carta dei Diritti Fondamentali, demanda alle leggi nazionali la regolazione dell’esercizio di tale diritto, in tal modo riconoscendo agli Stati un indubbio spazio di discrezionalità, che però non può arrivare a incidere sulla sostanza del diritto, negandolo a certe categorie di soggetti. Prevedere il divieto di sposare una certa “categoria” di soggetti – e cioè le persone che appartengono al proprio sesso – elimina la possibilità di esercitare il diritto, non pone la disciplina per il suo esercizio.

<sup>3</sup> Sulla presa d’atto della mancanza di una definizione di matrimonio nella Costituzione, come pure nel codice civile e nelle leggi speciali, e sul conseguente interrogativo intorno alla possibilità di sostenere quale requisito essenziale del matrimonio l’eterosessualità della coppia, si veda F. BILOTTA, *Un’inattesa apertura costituzionale nonostante la conferma di inesistenza*, in *Guida al dir.*, n. 35, 2006, pp. 59 s., a commento del decreto della Corte d’Appello di Roma, Sez. Pers. e Fam., 6 giugno-13 luglio 2006, in *Impossibile «importare» nel nostro Paese il matrimonio omosessuale valido in Olanda*, in *Guida al dir.*, n. 35, 2006, pp. 55 ss.

scudere il matrimonio fra persone dello stesso sesso originario e attuale.

In secondo luogo, a fronte dell'individuazione delle possibili ragioni giustificative del divieto, occorre prendere in esame la disciplina riservata a situazioni che si pongono in un rapporto di stretta omogeneità con il caso in esame e valutarne, quindi, la ragionevolezza sotto il profilo del diverso trattamento ad esse riservato.

Solo l'individuazione di una solida ragione giustificatrice, infatti, potrebbe "salvare" le norme del codice civile così interpretate dalla violazione del primo comma dell'art. 3 Cost.<sup>4</sup>

La sola ragione che potrebbe giustificare il carattere necessariamente eterosessuale e di conseguenza l'esclusione dall'accesso all'istituto del matrimonio delle coppie dello stesso sesso pare essere la funzione procreativa. Quest'ultima, infatti, caratterizza senza dubbio la coppia eterosessuale rispetto a quella omosessuale e potrebbe indurre a ritenere ragionevole, sulla base di questa differenza, il divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Seguendo questa impostazione, dunque, il matrimonio dovrebbe avere carattere eterosessuale, poiché solo una coppia eterosessuale è "dotata" della capacità di procreare<sup>5</sup>. Quest'ultima, a sua volta, determinerebbe la necessità che la coppia unita in matrimonio sia composta da un uomo e da una donna.

A fronte di queste considerazioni occorre esaminare una pluralità di situazioni omogenee, che mettono in discussione l'assunto che lega in modo inscindibile eterosessualità e funzione procreativa all'istituto del matrimonio.

2. Una prima osservazione può essere svolta con riferimento ad una importante eccezione rispetto al principio della necessaria eterosessualità del matrimonio. Nel nostro ordinamento, infatti, questo principio è già derogato dalla possibilità per il soggetto transessuale di sposarsi con una persona del suo stesso sesso originario, una volta che si sia sottoposto ad operazione chirurgica e abbia ottenuto la rettificazione del sesso in base alla L. n. 164 del 1982<sup>6</sup>.

Questa eccezione è stata introdotta dal legislatore a seguito di una importante sentenza della Corte costituzionale, che ha poi avuto modo di pronunciarsi nuovamente sul tema dell'identità psicosessuale e del transessualismo a distanza di pochi anni. La ricostruzione di questa vicenda può essere utile, ai nostri fini, per tentare di tracciare le linee di quella che potrebbe essere la soluzione da adottare per il caso che qui interessa.

Il primo intervento in questo ambito risale al 1979, con la sentenza n. 98<sup>7</sup>. Si chiedeva alla Corte costituzionale di riconoscere tra i diritti inviolabili dell'uomo quello di registrare, a seguito di operazione chirurgica, la rettificazione del sesso originario. La Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione poiché, non ritenendo questo un diritto da ricomprendersi tra quelli inviolabili, ha ritenuto che spettasse al legislatore regolare le possibili soluzioni in materia anche con riguardo al matrimonio.

A seguito di questa pronuncia, si osservava<sup>8</sup> come il rinvio al legislatore – affinché si facesse ca-

---

<sup>4</sup> Tale interrogativo viene chiaramente posto anche da M. BONINI BARALDI, *Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale*, in *Quad. cost.*, IV, 2009, p. 880, laddove sostiene che "poiché la libertà di contrarre matrimonio va annoverata tra le libertà fondamentali dell'individuo, è necessario chiedersi se il divieto posto alle persone gay e lesbiche [...] sia giustificabile sulla base di principi razionali o [...] sia sorretto da «ragioni particolarmente gravi», atte a giustificare la violazione *prima facie* di un diritto garantito dalla CEDU".

<sup>5</sup> L'idea del necessario legame tra matrimonio da un lato ed eterosessualità e funzione procreativa dall'altro emerge, peraltro, dagli stessi atti di intervento dell'Avvocatura dello Stato del 21 luglio 2009 (relativo all'ordinanza n. 177/2009) e del 27 ottobre 2009 (relativo all'ordinanza n. 248/2009). L'Avvocatura, delineando "l'istituto del matrimonio [...] come istituto pubblicistico volto a disciplinare determinati effetti che il legislatore tutela come diretta conseguenza di un rapporto di convivenza tra persone di sesso diverso", fa riferimento alla filiazione, ai diritti successori e all'adozione. In tal modo, l'istituto del matrimonio sembra essere ridotto a mero presidio della procreazione, che, invece, non è che solo uno dei suoi possibili obiettivi, che, peraltro, possono realizzarsi anche a prescindere da questo, come si vedrà oltre. Tale assunto è stato riproposto dall'Avvocatura nelle due memorie del 26 febbraio 2010 (relative alle ordinanze nn. 177 e 248/2009).

<sup>6</sup> L. 164/1982, recante "Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso".

<sup>7</sup> Corte cost., sent. n. 98/1979, in *Giur. cost.*, 1979, pp. 719 ss.

<sup>8</sup> S. BARTOLE, *Transessualismo e diritti inviolabili dell'uomo*, in *Giur. cost.*, 1979, pp. 1178 ss.

rico di nuove istanze sociali, quali quelle relative al transessualismo, che pure interessavano un ristretto numero di soggetti –, benché potesse ritenersi corretto, e cioè «conforme ai principi della nostra forma di governo»<sup>9</sup>, ponesse l'interrogativo intorno alla stessa possibilità di fare affidamento sul legislatore di quel periodo storico.

La Corte costituzionale ha argomentato la propria posizione ritenendo che l'art. 2 Cost., nel riconoscere i diritti inviolabili dell'uomo, andasse ricollegato a norme costituzionali che concernono singoli diritti e garanzie fondamentali. Se, dunque, dal testo della Costituzione non è possibile desumere l'esistenza del diritto a rettificare il proprio sesso, non si può che rimettere la decisione sul punto al legislatore, poiché la questione non può essere risolta in termini di costituzionalità.

Si era peraltro notato<sup>10</sup> come la negazione del diritto all'identità sessuale, in quell'occasione, avesse assunto i connotati di una affermazione drastica che lasciava trasparire una preoccupazione di fondo. Si temeva, infatti, che il riconoscimento per i transessuali del diritto all'identità sessuale potesse avere conseguenze non governabili sul piano dell'istituto del matrimonio. La pronuncia della Corte costituzionale, quindi, pareva ridurre la rilevanza del diritto all'identità sessuale, in rapporto alla necessità di rimuovere gli ostacoli – relativi, in particolare, alla funzione procreativa – rappresentati dalla disciplina del matrimonio. Sulla base di questa preoccupazione, dunque, si negava ad una certa categoria di soggetti il libero esercizio di un diritto (quello all'identità sessuale) di cui tutti sono titolari e che è presupposto per l'applicazione di una pluralità di disposizioni costituzionali.

A seguito della sentenza n. 98 del 1979, nel 1982, il legislatore è intervenuto in materia di rettificazione del sesso ed è stata così promulgata la L. n. 164. In questo modo, con il riconoscimento del diritto all'identità sessuale del transessuale, si è riconosciuto indirettamente anche il suo diritto di sposarsi.

A fronte di questa disciplina, la Corte di cassazione ha deciso di impugnare alcune norme della L. n. 164, nella parte in cui consentono la rettificazione del sesso anche al transessuale sottoposti ad operazione chirurgica. La Corte remittente, infatti, sosteneva che la rettificazione di sesso potesse avvenire solo nei casi di naturale evoluzione di situazioni non ben definite, anche se coadiuvate da interventi chirurgici, e pertanto giudicava che non vi potesse essere mutamento di sesso per il transessuale, poiché l'intervento chirurgico apportava solo una modificazione puramente apparente del sesso.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 161 del 1985<sup>11</sup>, ha avuto modo di tornare ad esprimersi sulla questione del transessualismo e della rettificazione di attribuzione del sesso.

Se con la sentenza n. 98 del 1979 il Giudice delle Leggi aveva inteso negare in radice il diritto alla rettificazione del sesso, demandando al legislatore il compito di occuparsene predisponendo una disciplina *ad hoc*, successivamente alla promulgazione della L. n. 164 la Corte costituzionale prende atto della portata dell'intervento legislativo. Tale legge viene collocata dalla Corte «nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale». Viene riconosciuto come la normativa abbia fatto proprio un «concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato». Occorre, sotto tale profilo, dare rilievo non solo agli organi genitali esterni, bensì anche agli elementi psicologici e sociali, con ciò determinandosi un concetto di sesso come dato complesso che viene determinato da un pluralità di fattori. In tal modo il Giudice delle Leggi dichiara in modo netto di non condividere l'impostazione della Corte remittente, laddove sostiene che l'identità sessuale è solo quella che emerge dagli organi genitali esterni, accertati alla nascita o modificati per naturale evoluzione, anche se coadiuvata da interventi chirurgici. La Corte costituzionale, inoltre, non rintraccia un diritto fondamentale della persona suscettibile di venire offeso dal riconoscimento del diritto alla rettificazione del sesso del transessuale.

Occorre rilevare come la L. n. 164, abbia introdotto una significativa deroga rispetto al principio della necessaria eterosessualità del matrimonio e, di conseguenza, al principio del necessario legame

<sup>9</sup> S. BARTOLE, *Transessualismo*, cit., p. 1180.

<sup>10</sup> S. BARTOLE, *Transessualismo*, cit., p. 1183.

<sup>11</sup> Corte cost., sent. n. 161/1985, in *Giur. cost.*, 1985, pp. 1173 ss.

tra funzione procreativa e matrimonio, che ne diventerebbe il presidio.

In definitiva, dunque, nel nostro ordinamento vi è la possibilità per il soggetto transessuale di contrarre matrimonio con una persona del proprio sesso originario (benché non più attuale), mentre si impedisce agli omosessuali di scegliere liberamente una persona del loro stesso sesso originario come coniuge.

Se è vero che il transessuale cambia sesso, a seguito dell'operazione chirurgica, e che non si intende condividere l'impostazione della Corte di cassazione, non si può negare che il matrimonio del transessuale introduca nel nostro ordinamento una deroga al principio di necessaria eterosessualità, finalizzata alla procreazione. Le situazioni prese in considerazione paiono del tutto assimilabili. Da questo punto di vista, infatti, in entrambi i casi non sussiste l'eterosessualità originaria dei coniugi. Come conseguenza di ciò, viene meno la possibilità di procreare, che, come si è visto, pare essere l'unica ragione giustificativa della necessità che i coniugi siano di sesso diverso.

**3.** Una seconda osservazione può essere sviluppata con riguardo alle coppie che pure siano eterosessuali, ma che non possano o non vogliano avere figli<sup>12</sup>.

In tutti questi casi, viene meno il "momento della procreazione", ma non si mette in discussione la validità del matrimonio o lo stesso diritto di sposarsi.

Sotto il primo profilo vengono in rilievo sia le coppie eterosessuali a cui venga diagnosticata una situazione di sterilità o infertilità assolute<sup>13</sup>, sia le coppie eterosessuali in cui manchino gli organi sessuali e riproduttivi<sup>14</sup>. In quest'ultimo caso, peraltro, non si mette certamente in discussione l'identità sessuale dei membri della coppia in ragione di questa mancanza. Si possono, ancora una volta, richiamare le argomentazioni della sentenza n. 161 del 1985, che poneva l'attenzione non tanto sui caratteri esterni, bensì sugli elementi psicologici, nonché sociali, nella determinazione dell'identità sessuale.

Per quanto riguarda il secondo profilo, è altrettanto pacifico che non vi sia discussione intorno al diritto di autodeterminazione proprio della coppia eterosessuale che, pur non avendo problemi riproduttivi, non intenda avere figli. Quest'ultimo non è, infatti, che uno solo dei possibili obiettivi del matrimonio, che peraltro ben può essere raggiunto anche a prescindere da questo<sup>15</sup>.

**4.** A fronte di queste considerazioni è possibile trarre alcune conclusioni in merito alla possibile soluzione che la Corte costituzionale potrebbe adottare per risolvere la questione del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

I due ordini di situazioni sopra esaminate – transessuale che si unisce in matrimonio con persone

---

<sup>12</sup> Arricchisce ulteriormente l'elenco delle coppie sposate "certamente destinate a non avere *naturalmente* figli", aggiungendo la coppia di anziani, le nozze celebrate in punto di morte e la coppia in cui la donna sia entrata in menopausa, A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in <http://www.forumcostituzionale.it>. Si fa, inoltre, riferimento a "mutamenti profondi", come per esempio l'abrogazione del reato di sterilizzazione volontaria e del reato di lesioni personali gravissime se riferite alla procurata perdita di capacità procreativa, l'incostituzionalità del divieto di propagandare pratiche contraccettive e la dichiarazione di un diritto alla procreazione cosciente e responsabile, che dimostrano come la famiglia fondata sul matrimonio non necessariamente deve essere legata alla funzione procreativa.

<sup>13</sup> Si può qui fare un breve riferimento al 3° comma dell'art. 4 (*Accesso alle tecniche*) della L. 40/2004, recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Tale norma impedisce l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita alle coppie, pur destinatarie della disciplina in virtù dell'art. 5 (*Requisiti soggettivi*), a cui venga diagnosticata una situazione di infertilità o sterilità assolute tali da rendere necessario il ricorso ad un donatore esterno alla coppia stessa. Questo limite rivela la propria incoerenza rispetto allo scopo dichiarato dalla legge all'art. 1 e presenta profili di illegittimità costituzionale che potrebbero essere portati all'attenzione della Corte costituzionale, al pari di ciò che è avvenuto con riferimento ai rigidi limiti – 2° e 3° comma dell'art. 14 (*Limiti all'applicazione delle tecniche sugli embrioni*) – previsti dalla L. n. 40, dichiarati incostituzionali con la sent. dell'8 maggio 2009, n. 151, in *Giur. cost.*, 2009, pp. 1656 ss.

<sup>14</sup> A tale riguardo si può pensare al caso di una isterectomia o ad un incidente che possa comportare l'evirazione.

<sup>15</sup> A questo riguardo torna in rilievo la L. 40/2004. Possono accedere alle tecniche ivi disciplinate coppie sposate o conviventi, con ciò confermando la tesi che vede la procreazione come profilo indipendente rispetto al vincolo matrimoniale.

del suo stesso sesso originario e coppie eterosessuali che non possono o non vogliono avere figli – determinano, come si è visto, altrettante eccezioni al principio di necessaria eterosessualità e di necessaria funzione procreativa del matrimonio. Nonostante l'assimilabilità di queste situazioni rispetto a quella delle coppie omosessuali, nel nostro ordinamento viene riservato a queste ultime un trattamento differenziato. Il diverso trattamento, che implica la negazione del diritto fondamentale di sposarsi per questa “categoria” di soggetti, viene posto in essere senza che vi sia una solida giustificazione che possa rendere “ragionevole” una simile discriminazione<sup>16</sup>.

Dalle considerazioni fin qui svolte, infatti, emerge come il carattere eterosessuale e la funzione procreativa non possano essere considerati inscindibilmente legati all'istituto del matrimonio. In particolare, la funzione procreativa non può indurre a ritenere che le coppie omosessuali non possano sposarsi, poiché nel nostro ordinamento vi sono, come si è visto, non trascurabili eccezioni. Il carattere eterosessuale e la funzione procreativa possono, dunque, essere considerati meri “accidenti” del matrimonio, che possono caratterizzarlo anche in via alternativa.

In definitiva, non si può sostenere la ragionevolezza dell'esclusione dal matrimonio per quei soggetti che, per il solo fatto di avere un “diverso” orientamento sessuale, intendano sposare una persona del loro stesso sesso. In questo modo, infatti, si mina il contenuto stesso del diritto, che ha come presupposto la libera scelta della persona che si intende sposare.

La ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia di transessualismo e di diritto all'identità sessuale e alla rettificazione dell'attribuzione del sesso ha posto in rilievo alcune considerazioni che possono essere utili ai fini dell'inquadramento della questione del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Innanzitutto, si può osservare come anche in questo caso ci si sia interrogati sulla possibilità che il legislatore si facesse carico di «nuovi bisogni di tutela emergenti nella società contemporanea»<sup>17</sup>. Già con riguardo alla pronuncia del 1979, si rilevava come fosse crescente il numero di “richieste sociali” indirizzate al Giudice delle Leggi, con ciò omettendo di intraprendere la strada legislativa.

Sotto tale profilo, si può innanzitutto sostenere come la scelta del giudizio costituzionale, per quanto concerne il matrimonio fra persone dello stesso sesso, sia stata dettata dalla consapevolezza che in questo momento storico il legislatore italiano non pare avere tra le sue priorità quella di farsi carico di questa esigenza di tutela, o meglio di questa esigenza di modificare le norme del codice civile per come interpretate nel senso del divieto del matrimonio omosessuale<sup>18</sup>.

Nel caso del matrimonio tra persone dello stesso sesso, inoltre – a differenza del diritto alla rettificazione del sesso che, senza un riconoscimento legislativo specifico non era stato riconosciuto come tale dalla Corte costituzionale –, non si può revocare in dubbio che il diritto a sposarsi sia diritto fondamentale e inviolabile dell'uomo. Come tale, questo diritto non può tollerare alcuna limitazione nel suo esercizio in ragione del sesso e dell'orientamento sessuale.

Tale ordine di considerazioni rendono ancora più irragionevole la negazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Una volta riconosciuta la natura di diritto fondamentale del diritto a spo-

---

<sup>16</sup> La Corte costituzionale del Belgio afferma, nella sent. n. 159 del 2004, che la differenza tra le persone che vogliono formare una comunione di vita con una persona di sesso diverso e quelle che scelgono una persona appartenente al loro stesso sesso per raggiungere il medesimo scopo non è tale da rendere necessaria l'esclusione delle coppie omosessuali dall'istituto del matrimonio.

È interessante anche ricordare la pronuncia del primo dicembre 2005, con la quale la Corte costituzionale del Sudafrica ha rimosso il divieto di matrimonio fra persone dello stesso sesso, ricordando che il fatto che un pregiudizio sia antico non è una giustificazione per la sua permanenza.

Da ultimo, si segnala la pronuncia della Corte Suprema della California del 15 maggio 2008, con cui la Corte ha dichiarato che il diritto a formare una famiglia deve essere riconosciuto e garantito a tutti, a prescindere dall'orientamento sessuale. Risulta, pertanto, incostituzionale il divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso, che non trova quindi alcuna giustificazione, perché il matrimonio eterosessuale non rappresenta un interesse pubblico prevalente.

<sup>17</sup> S. BARTOLE, *Transessualismo*, cit., p. 1180.

<sup>18</sup> In questo senso, A. Y. MELANI, *Il matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale: azzardo o svolta?*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, che sostiene come non sia dato “attendere l'intervento del legislatore, [poiché] sarebbe come aspettare *Godot* e comporterebbe il cedimento del principio di uguaglianza di fronte alla discrezionalità del legislatore, e non l'opposto”.

sarsi e la natura irragionevolmente discriminatoria di tale divieto non si vede quale altro diritto costituzionalmente rilevante possa determinarne il sacrificio<sup>19</sup>. Si è adombrata l'idea che il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso potrebbe aprire la strada alle procedure di adozione. Con ciò pare dimenticarsi che il diritto a sposarsi e il diritto a fondare una famiglia sono due aspetti ben distinti<sup>20</sup> e che l'indiscutibile interesse dei figli a crescere in un ambiente familiare idoneo non riguarda in sé il diritto di sposarsi, né della coppia eterosessuale né di quella composta da due persone dello stesso sesso originario e non più attuale né di quella omosessuale.

Il riferimento all'applicabilità futura anche alle coppie omosessuali delle norme in materia di adozione pare peraltro richiamare i timori che erano emersi in relazione all'accesso al matrimonio del transessuale che avesse ottenuto la rettificazione del sesso. Come si è visto, questi timori, con riguardo al transessuale, sono stati superati. Si è, infatti, accolto un concetto di identità sessuale nuovo e diverso dal passato, che tiene conto anche degli elementi di carattere psicologico e sociale e che considera la determinazione del sesso di una persona come il frutto di una valutazione comprensiva di una pluralità di elementi.

La giurisprudenza costituzionale in materia di transessualismo e di tutela dell'identità psicosessuale dimostra la necessità che l'ordinamento si faccia carico di «apprestare adeguata tutela» anche a quei soggetti che paiono «diversi», attraverso leggi che si collochino «nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori [...] della persona umana»<sup>21</sup>.

Così il legislatore ha fatto, nel 1982, appropriandosi delle indicazioni in tema di identità sessuale del transessuale enunciate nella sentenza n. 98 del 1979. In quell'occasione era stato necessario riconoscere una particolare accezione del diritto all'identità sessuale, e cioè il diritto a vedersi rettificata l'attribuzione di sesso.

Nel caso del matrimonio tra persone dello stesso sesso, invece, non si pone il problema del riconoscimento di un nuovo diritto, che non possa essere «ricavato» dall'art. 2 Cost.

Queste considerazioni inducono a rilevare come forse sia improprio parlare di una vera e propria negazione del diritto di sposarsi per le persone omosessuali. Non è impedito, infatti, a queste ultime di sposarsi in via assoluta, ben potendo scegliere di sposarsi con un'altra persona – purché di sesso diverso dal proprio – oppure, all'estremo, di sottoporsi ad operazione chirurgica per ottenere la rettificazione del proprio sesso e poter sposare la persona dello stesso sesso originario<sup>22</sup>.

È, infatti, posto divieto di sposare una specifica «categoria» di soggetti, che abbiano una particolare «caratteristica»: appartenere al loro stesso sesso. Tale divieto rispecchia, *a contrario*, la (supposta, perché non confortata da alcun dato letterale, né in Costituzione né nel codice civile) necessità che l'istituto del matrimonio abbia carattere eterosessuale.

<sup>19</sup> «Non esistono interessi pubblici costituzionalmente tutelati opponibili al riconoscimento del matrimonio omosessuale». In tali termini si esprime A.Y. MELANI, *Il matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale*, cit. L'Avvocatura dello Stato, al contrario, nei già citati atti di intervento, ha affermato che il «trattamento normativo differenziato può ritenersi «ragionevole» in quanto tendente a realizzare altri e prevalenti valori costituzionali».

<sup>20</sup> Tale impostazione emerge chiaramente sia dall'art. 12 (*Diritto al matrimonio*) della Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, che recita: «A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto», sia dall'art. 9 (*Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia*) della Carta dei Diritti Fondamentali, che dispone che «il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». A.Y. MELANI, *Il matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale*, cit., dopo aver sostenuto che non esistono interessi pubblici costituzionalmente tutelati opponibili al riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, afferma che «non dovrebbero frenare la Consulta, né le conseguenze economiche sulle casse dello Stato [...] (non è dato neanche potenzialmente determinare quante coppie ricorrerebbero al coniugio), né la tutela dei minori, in relazione a possibili adozioni da parte delle nuove famiglie. Adozione e matrimonio sono istituti scindibili; l'adozione da parte di coppie omosessuali meriterebbe un'analisi a sé stante».

<sup>21</sup> Corte cost., sent. n. 161/1985, in *Giur. cost.*, 1985, pp. 1173 ss.

<sup>22</sup> Ci si rende conto dell'assurdità di una simile ipotesi, che configurerebbe un caso di trattamento sanitario – che, nel caso del transessuale, si presenta come «esigenza incoercibile, alla cui soddisfazione è spinto e costretto dal suo «naturale» modo di essere», piuttosto che configurare una «scelta propriamente libera» (Corte cost., sent. n. 161/1985, cit.) – reso necessario per poter esercitare un diritto fondamentale.

A fronte di tale principio, però, come si è cercato di dimostrare, fanno riscontro diverse eccezioni, che rendono del tutto irragionevole il divieto di sposarsi (*rectius*, il divieto di scegliere liberamente la persona da sposare) per i soggetti omosessuali.

La Corte non è chiamata, quindi, ad accertare l'esistenza di un nuovo diritto, bensì a giudicare la ragionevolezza delle norme impugnate nella parte in cui non permettono, per come interpretate, il matrimonio tra persone dello stesso sesso e dunque la libertà di sposare la persona che si preferisce, senza limiti ancorati all'orientamento sessuale e al sesso. La Corte costituzionale dovrebbe riportare a ragionevolezza la normativa in materia, senza peraltro compromettere la sfera di discrezionalità riservata al legislatore.

Vi può essere, dunque, lo spazio, per il Giudice delle Leggi, di dichiarare del tutto irragionevole il divieto in oggetto, poiché non è fondato né su presupposti letterali né su argomentazioni che rintraccino quale o quali beni costituzionali debbano essere bilanciati con il fondamentale diritto a sposarsi e a scegliere la persona da sposare, di cui tutti sono titolari e di cui tutti devono poter godere, senza limitazioni dettate dal sesso e dall'orientamento sessuale.





## Società naturale e matrimonio tra omosessuali

**SOMMARIO:** 1. La centralità dell'art. 29 Cost. quale parametro di legittimità della questione. – 2. Il significato costituzionale della famiglia, tra diritto naturale ed interpretazione evolutiva. – 3. Contraddizioni sulla qualificazione della famiglia omosessuale nella giurisprudenza di legittimità? – 4. Considerazioni conclusive sui rapporti tra Corte e politica.

1. Diversi profili di interesse scaturiscono dalle quattro distinte ordinanze di rimessione con cui il Tribunale di Venezia, la Corte d'Appello di Trento, la Corte d'Appello di Firenze ed il Tribunale di Ferrara hanno sollevato dinanzi alla Corte la questione di legittimità costituzionale del complesso di norme del codice civile in materia matrimoniale nella parte in cui, nella loro interpretazione vivente, riservano l'istituto del matrimonio alle sole coppie di sesso diverso.

Comprensibili esigenze di brevità dell'intervento ci inducono, tuttavia, a circoscrivere l'attenzione ad alcuni aspetti ben precisi, ed in particolare ai significati costituzionali dei termini società naturale, matrimonio ed ai loro legami, al fine di valutare la predisposizione o meno della nostra Carta costituzionale al superamento di un paradigma, quello del matrimonio eterosessuale, acquisito nella dottrina civilistica (oltre che naturalmente nella coscienza tradizionale) e nella giurisprudenza di legittimità e di merito<sup>1</sup>.

Le autorità rimettenti, ritenendo l'art. 29 Cost. parametro conferente ai fini della questione, propongono una lettura in chiave *fenomenica* della formula *società naturale*, sottolineando il processo di formazione storica che ha investito la famiglia, per concludere che, così interpretata, la formula costituirebbe, non un ostacolo, bensì un ulteriore stimolo al riconoscimento del matrimonio tra persone omosessuali. Tale interpretazione, però, si pone in distonia con l'orientamento costante della Corte di Cassazione che, aderendo ad una diversa accezione della formula, considera tale atto giuridicamente inesistente.

Una prima considerazione che emerge dalla lettura dell'art. 29 Cost., forse imprescindibile per un approccio alla questione, è quella per cui, a differenza della scelta adottata dai costituenti di altri paesi a noi vicini per tradizione (la Spagna, per esempio), nelle cui costituzioni figura un non meglio precisato concetto di famiglia, la nostra Carta contiene una espressa norma definitoria, una *definizione condizionante* l'applicazione anche delle norme successive integrandone in modo immediato la *ratio legis*<sup>2</sup>. Dunque, dalla formula endiadica contenuta nell'art. 29 discende, innanzitutto, che la famiglia *legittima* è l'unico modello riconosciuto dalla Costituzione<sup>3</sup>. Per tali ragioni, invocandosi un diritto al matrimonio, in realtà le parti del processo principale chiedono il riconoscimento di un diritto alla famiglia nel senso costituzionale del termine.

Tale definizione di famiglia, inoltre, palesa il legame intercorrente tra i due concetti che ne definiscono il contenuto, costituendo l'istituto del matrimonio *le fil rouge* di collegamento al diritto po-

---

\* *Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale, Università "Magna Graecia" di Catanzaro e Dottorando di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali, Università di Pisa.*

<sup>1</sup> Cfr., per tutti, F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, XIV edizione aggiornata e con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, ESI, Napoli, 2009, p. 342.

<sup>2</sup> Cfr. F. CAGGIA-A. ZOPPINI, *Sub art. 29*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, p. 604. Sul punto cfr. anche R. BIN, *La famiglia alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, Cedam, Padova, 2000, pp. 1066 ss.

<sup>3</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, II, Cedam, Padova, 1976, p. 1166.

sitivo della società naturale e, come tale, mutuando i propri contenuti sulla base del significato che si attribuisce a tale espressione.

Considerate le premesse, è evidente che tanto dipende dal modo in cui si interpreta la formula società naturale, poiché da ciò conseguirà naturalmente un certo modo di intendere il matrimonio.

2. La dottrina costituzionalistica, pur con diversi accenti, si divide tra chi, considerando la famiglia una istituzione *sovrana*, ritiene che l'espressione società naturale evochi un rinvio al diritto naturale, finendo, così, per prospettare un modello di famiglia tradizionale<sup>4</sup>, immutabile; chi, al contrario, giudicando la famiglia una formazione *autonoma*, e non sovrana, ne sottolinea i caratteri della storicità e relatività, evidenziando la possibilità di una evoluzione dei contenuti<sup>5</sup>.

Che la famiglia non sia una formazione sovrana lo si deduce, oltre che dal complessivo impianto costituzionale, dalle altre norme che concepiscono forme di intervento statali in tale ambito, ed in particolare dal 2° comma dell'art. 29 e dall'art. 30 della Costituzione<sup>6</sup>. Del resto, l'esigenza di reagire all'esperienza del fascismo ed alla sua invasività nei rapporti interfamiliari, che giustificava l'ideologia di chi ricorreva alla categoria della sovranità, non si spiega nel mutato sistema delle norme costituzionali, che esclude nettamente forme di intervento autoritario<sup>7</sup>.

La Corte costituzionale, inoltre, invocando la mutata coscienza sociale, ha più volte adombrato una concezione statica della famiglia, come quando, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 559, 1° e 2° comma, c.p., che puniva il solo adulterio della moglie<sup>8</sup>, ne ha riequilibrato la concezione tradizionale, a carattere gerarchico ed autoritario, superando l'indirizzo contrario di qualche anno prima<sup>9</sup>.

Un elemento a favore della teoria che sottolinea la dinamicità del contenuto della famiglia è desumibile dall'interpretazione sistematica dell'art. 29 Cost., essendo innegabile che tra le *formazioni sociali* riconosciute e tutelate dalla Repubblica figurino anche la famiglia<sup>10</sup>, quale luogo naturale di affermazione dei diritti inviolabili dell'uomo che si affermino a livello di Costituzione materiale, come ritiene la giurisprudenza costituzionale sulla scia della dottrina che individua nell'art. 2 Cost. una fattispecie aperta<sup>11</sup>.

Più che un dato *modello* di famiglia, è dunque l'*idea* di famiglia che viene costituzionalmente riconosciuta come essenziale, trovando i vari tipi la loro sintesi nella famiglia come *societas naturalis*<sup>12</sup>.

Per tali ragioni non è dato rinvenire nell'espressione società naturale il *locus classicus* delle teorie che ne ricostruiscono il significato con argomenti collegati alla capacità procreativa, per affermare la immutabilità del paradigma eterosessuale del matrimonio.

Difatti, che tali elementi non facciano parte del contenuto minimo del matrimonio civile è un dato ormai acquisito dalla dottrina civilistica, che lo individua nella *communio omnis vitae*<sup>13</sup>. Del resto, anche il legislatore ordinario si è orientato in tal senso nel momento in cui, con la L. n. 164 del 1982, ha ammesso implicitamente il matrimonio tra persone che abbiano rettificato il proprio sesso. Legge, per giunta, ritenuta conforme a Costituzione dalla Corte costituzionale<sup>14</sup>.

Per società naturale, dunque, deve intendersi ciò che *secundum naturam* si intende in un dato momento dell'evoluzione storica, con particolare riguardo alle peculiari strutture sociali nelle quali

<sup>4</sup> Cfr. F. CAGGIA-A. ZOPPINI, *Sub art. 29*, cit., p. 605 e la bibliografia ivi citata, in particolare nella nota 27.

<sup>5</sup> Fra i tanti, cfr. M. BESSONE, *Art. 29*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1976, pp. 18 ss.

<sup>6</sup> Cfr. M. BESSONE, *Art. 2.*, cit., p. 18; P. BARCELLONA, *Famiglia*, in *Enc. del dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 781.

<sup>7</sup> Cfr. M. BESSONE, *Art. 2.*, cit., p. 20.

<sup>8</sup> Corte cost. sent. n. 126/1968.

<sup>9</sup> Corte cost. sent. n. 64/1961.

<sup>10</sup> Cfr. M. BESSONE, *Art. 2.*, cit., p. 21.

<sup>11</sup> Cfr. A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, cit., pp. 84 ss.

<sup>12</sup> T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XI edizione interamente riveduta da Gaetano Silvestri, Giuffrè, Milano, 2005, p. 606.

<sup>13</sup> Cfr., per tutti, F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato.*, cit., p. 335.

<sup>14</sup> Corte cost. sent. n. 161/1985.

la famiglia si inserisce<sup>15</sup>. In altri termini, una norma in bianco con cui la Costituzione rinvia alla concezione di famiglia del momento storico in cui l'art. 29 è destinato ad operare<sup>16</sup>. È quindi compito del legislatore rappresentare, in termini giuridici, il modello di famiglia socialmente legittimato nei diversi momenti storici<sup>17</sup>.

3. Un argomento contrario al riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso potrebbe essere costituito dalla qualificazione che la Corte di Cassazione fa di tale fattispecie. Difatti, tale atto è, per la giurisprudenza, giuridicamente inesistente. Tuttavia, le argomentazione adottate palesano un paradosso o, forse è meglio, un *adynaton*. Si afferma, infatti, che *ricorre l'ipotesi dell'inesistenza quando manchi quella realtà fenomenica che costituisce la base naturalistica della fattispecie*, tanto che la differenza di sesso tra i nubendi non venga prevista tra gli impedimenti al matrimonio<sup>18</sup>.

Da tale affermazione è dato desumere almeno due contraddizioni.

In primo luogo, la giurisprudenza mostra implicitamente di aderire ad una concezione “tradizionale” del matrimonio, come rapporto tra persone dello stesso sesso, ma allo stesso tempo, considerando come elemento costitutivo l'esistenza di una realtà fenomenica, non esclude neppure una interpretazione storico-evolutiva del concetto.

D'altro canto, il fatto che la fattispecie *de qua* non si manifesti è una conseguenza, e non certo la causa delle disposizioni che escludono il matrimonio tra omosessuali. In altri termini, fin tanto che tale fattispecie non verrà introdotta, essa non potrà mai manifestarsi in via fenomenica. Questo se la Corte intende che il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è concepibile a livello di realtà fenomenica. Diversamente, si può obiettare che è già presente nella realtà fenomenica un modello di unione, non riconosciuta, tra persone dello stesso sesso.

Come si è già sottolineato, evidenziandosi le componenti sociologiche della famiglia e dunque il suo carattere dinamico, non possono che abbandonarsi le teorie che ricostruiscono in chiave statica ed immutabile l'istituto del matrimonio. Teorie che, per giunta, sono state già contraddette a livello di legislazione ordinaria, particolarmente quando con la L. n. 898 del 1970 si è introdotto l'istituto del divorzio, superando le resistenze di parte della dottrina che invocava la necessaria indissolubilità del matrimonio alla luce dei principi del diritto naturale<sup>19</sup>.

Nel decidere la questione sottoposta, la Corte costituzionale dovrà valutare se il modello di famiglia omosessuale che si palesa nella realtà fenomenica, ma che pare lasciare indifferente la realtà giuridica, ha raggiunto il grado di naturalità del modello familiare eterosessuale, o se si tratti ancora di un tipo meno naturale. Probabilmente, ancora una volta sarà determinante il richiamo alla coscienza sociale.

---

<sup>15</sup> Cfr. M. BESSONE, *Art. 2.*, cit., p. 22.

<sup>16</sup> Testualmente M. BESSONE, *Art. 2.*, cit., p. 21.

<sup>17</sup> Ci sia consentito richiamare, a fondamento di questa affermazione, alcuni frammenti dell'intervento di A. Moro in Assemblea costituente del 30 ottobre 1946: «Escluso che qui «naturale» abbia un significato zoologico o animalesco, o accenni ad un legame puramente di fatto, non si vuol dire con questa formula che la famiglia sia una società creata al di fuori di ogni vincolo razionale ed etico. Non è un fatto, la famiglia, ma è appunto un ordinamento giuridico e quindi qui “naturale” sta per “razionale”. D'altra parte, non si vuole escludere che la famiglia abbia un suo processo di formazione storica, né si vuole negare che vi sia un sempre più perfetto adeguamento della famiglia a questa razionalità nel corso della storia; ma quando si dice “società naturale” in questo momento storico si allude a quell'ordinamento che, perfezionato attraverso il processo della storia, costituisce la linea ideale della vita familiare ... Quando si afferma che la famiglia è una società naturale, si intende qualche cosa di più dei diritti della famiglia. Non si tratta soltanto di riconoscere i diritti naturali alla famiglia, ma di riconoscere la famiglia come società naturale, la quale abbia le sue leggi e i suoi diritti di fronte ai quali lo Stato, nella sua attività legislativa, si deve inchinare. Vi è naturalmente un potere legiferante dello Stato che opera anche in materia familiare; ma questo potere ha un limite precisamente in questa natura sociale e naturale della famiglia»; in *Atti Ass. Cost.*, VI, p. 634.

<sup>18</sup> Cass. sentt. nn. 7877/2000; 1304/1990; 1808/1976.

<sup>19</sup> Cfr. F. CAGGIA-A. ZOPPINI, *Sub art. 2.*, cit., p. 609 e tutta la bibliografia ivi citata, in particolare nella nota 49; cfr. anche Corte cost. sentt. nn. 169/1971, 176/1973 e 181/1976.

4. Un'ultima considerazione attiene alla tecnica decisoria che la Corte costituzionale potrebbe adottare in questa materia.

Le autorità rimettenti chiedono una pronuncia additiva. Ciò, se si considera inoltre che è altamente probabile il ricorso all'illegittimità consequenziale<sup>20</sup>, produrrebbe l'effetto di una riforma integrale della materia, equiparandosi *in toto* le due fattispecie di matrimonio per tutti i rapporti che da esso derivano.

L'esperienza dei paesi che hanno introdotto il matrimonio tra omosessuali, o forme di registrazione delle unioni di fatto, escludendo il diritto di adozione, dimostra che è possibile conservare una certa autonomia tra i due istituti. Soprattutto per tali ragioni, oltre che per il fatto che si tratta di una materia che ha recentemente animato il dibattito politico in Parlamento, non è da escludere che la Corte invocherà il rispetto delle scelte discrezionali del legislatore. Ciò a maggior ragione se si considera che la discrezionalità del legislatore si risolve in un apprezzamento storicamente relativo, che prescinde dalle valutazioni astratte della Corte, per assumere contenuti diversi in relazione alle concrete vicende ed agli indirizzi politico-legislativi in corso<sup>21</sup>.

Se la Consulta opererà per una sentenza processuale, si spera che una motivazione, pur esigua, possa guidare il legislatore nelle scelte politiche future. Se, invece, la Corte deciderà di entrare nel merito, accogliendo le censure sollevate, forse una sentenza di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, seguita eventualmente nel caso di immobilismo legislativo, da una pronuncia di accoglimento<sup>22</sup>, potrebbe evitare per il momento quell'ingerenza nella politica che sta alla base di tutti gli interventi normativi della Corte costituzionale<sup>23</sup>, tracciandosi nei confronti del legislatore le linee guida per i successivi interventi, cui spetterà la decisione sul come suonare il beethoveniano *es muss sein*. Soluzione che, tuttavia, come messo in rilievo dalla dottrina, produrrebbe conseguenze negative nel giudizio *a quo*, palesando una situazione di denegata giustizia per le parti del processo principale<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Per un'analisi delle tecniche con cui la Corte ricorre all'illegittimità consequenziale, cfr. A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008, pp. 207 ss.

<sup>21</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1988, p. 160.

<sup>22</sup> Cfr. A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 163.

<sup>23</sup> Cfr. G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 1684 ss.

<sup>24</sup> Cfr. L. VENTURA, *Motivazione degli atti costituzionali e valore democratico*, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 36 ss.

JOËLLE LONG\*

## Sì, lo voglio

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. Oggetto dell'impugnazione. – 3. I parametri costituzionali. – 3.1. Artt. 2 e 29 Cost. – 3.2. Art. 3 Cost. – 3.3. Art. 117 Cost. – 4. Un'operazione manipolativa esorbitante?

1. È mia ferma convinzione che il divieto per le persone omosessuali di contrarre matrimonio nel rispetto del loro orientamento sessuale configuri un'indebita violazione dei loro diritti fondamentali, nonché un'intollerabile discriminazione rispetto alle coppie eterosessuali.

2. Per lunga tradizione il diritto positivo italiano non indica espressamente la differenza di sesso quale requisito per contrarre matrimonio, ritenendola talmente ovvia da non richiedere alcuna specifica statuizione. Numerose sono invece le norme che fanno indiretto riferimento alla diversità di genere dei nubendi (pensiamo ai termini “marito” e “moglie” di cui agli artt. 107, 1° comma, 108, 1° comma, 143, 1° comma, 143-bis, 156-bis c.c.). L'idea della connaturalità della diversità di sesso al matrimonio affonda le sue radici nella concezione che la principale finalità etica e sociale del matrimonio sia la procreazione. L'analisi del diritto vigente dimostra tuttavia che la finalità procreativa non caratterizza più il matrimonio *civile*: l'incapacità di procreare non è infatti prevista come causa diretta di invalidità del matrimonio, ma può solo consentire all'altro coniuge di ottenere l'annullamento del matrimonio per errore, se non ne aveva conosciuto l'esistenza al momento delle nozze e se, avendola conosciuta, non avrebbe contratto matrimonio (art. 122, 2° e 3° comma, c.c.). I transessuali che abbiano ottenuto una sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso, inoltre, possono contrarre matrimonio con una persona di sesso diverso, sebbene sia evidente che il loro matrimonio non potrà essere volto alla procreazione (quanto meno biologica)<sup>1</sup>.

In mancanza di una norma espressa sul punto, i giudici *a quibus* individuano quali oggetto di impugnazione le previsioni facenti riferimento alla qualità di “marito” e “moglie” (Trib. Venezia, App. Trento, Trib. Ferrara e App. Firenze) e di “sposi” (Trib. Venezia, App. Trento, Trib. Ferrara). Ad avviso dei giudici remittenti, proprio tali riferimenti che, secondo il diritto vivente, non potrebbero essere interpretati indipendentemente dal genere delle persone coinvolte, denoterebbero l'esistenza di una norma implicita che esclude *tout court* gli omosessuali dal matrimonio. Personalmente concordo sull'individuazione delle norme oggetto di impugnazione effettuata dal giudice fiorentino: non mi pare infatti che i meri riferimenti agli “sposi” (art. 96) e alla disciplina delle pubblicazioni (artt. 93, 96 e 98 c.c.) possano essere ritenuti espressione della necessaria diversità di sesso dei nubendi. Non pertinente mi pare inoltre il riferimento del Trib. di Ferrara all'art. 231 c.c. (paternità del marito), che, riguardando la procreazione biologica, si applica ontologicamente alla sola coppia eterosessuale.

A favore della possibilità di individuare quale oggetto di impugnazione un complesso di norme che presuppongano una norma implicita, può essere invocata, *mutatis mutandis*, la giurisprudenza in materia di cognome. Secondo i giudici di legittimità, può essere sollevata questione di legittimità costituzionale dell'insieme di norme che pur non affermando la regola della trasmissione ai figli del cognome del padre la presuppongono poiché «da tali pur eterogenee previsioni si desume

---

\* Ricercatore di Diritto privato, Università di Torino.

<sup>1</sup> Cfr. L. 14.4.1982 n. 64.

l'immanenza di una norma che non ha trovato corpo in una disposizione espressa, ma che è pur presente nel sistema e lo completa, della cui vigenza e forza imperativa non vi è ragione di dubitare ...»<sup>2</sup>. La tesi pare implicitamente avallata dai giudici costituzionali che nelle loro pronunce in materia di cognome, dopo aver ricostruito la questione di legittimità costituzionale in termini di norma implicita (si «dubita della legittimità costituzionale della norma desumibile dagli artt. ..., nella parte in cui prevede che ...»), affermano la contrarietà di tale norma «ai principi dell'ordinamento e ... al valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna», nonché ai principi internazionali, dichiarando poi tuttavia la questione inammissibile<sup>3</sup>.

**3.** Tra i parametri costituzionali individuati dai giudici *a quibus*, mi paiono centrali gli artt. 2, 29 e 3 Cost. Concordo meno, invece, sull'individuazione dell'art. 117 Cost. (peraltro effettuata dal solo Trib. di Venezia).

**3.1.** A differenza di numerosi strumenti internazionali (art. 16 della Dich. univ. dir. uomo; art. 12 CEDU; art. 23 del Patto int. dir. civ. e pol.; art. 9 della Carta di Nizza), la nostra Costituzione non riconosce espressamente l'esistenza di un diritto a contrarre matrimonio e formare una famiglia. Tale diritto può tuttavia essere desunto dal combinato disposto degli artt. 2 (che protegge globalmente tutti i diritti umani fondamentali) e 29 Cost. (che dimostra inequivocabilmente una preferenza verso tale modalità di formalizzazione della relazione di coppia). In armonia con il dettato della seconda parte dell'art. 2 Cost., questo diritto deve essere considerato anche nella sua dimensione sociale, cioè come espressione della propria personalità all'interno del nucleo sociale che si è scelto come "famiglia".

Nell'ordinamento italiano i diritti di sposarsi e formare una famiglia sono negati alle persone omosessuali in quanto non è loro consentito contrarre matrimonio nel rispetto del loro orientamento sessuale. L'obiezione che essi possono comunque contrarre matrimonio con persone di sesso diverso è superata dall'esistenza di un diritto costituzionalmente garantito al rispetto della propria personalità, che comprende anche l'orientamento sessuale. La stessa Corte costituzionale, infatti, pronunciandosi sulla L. n. 164 del 1982, ha riconosciuto che l'ordinamento italiano vigente accoglie «un concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato, nel senso che ai fini di una tale identificazione viene conferito rilievo ... anche ad elementi di carattere psicologico e sociale ...» e riconosce l'esistenza di un «diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale» e di un correlato «dovere di solidarietà sociale di riconoscere tale diritto individuale» (Corte cost., 6 maggio 1985, n. 161).

Come tutti i diritti fondamentali, anche il diritto di contrarre matrimonio e formare una famiglia può essere legittimamente limitato qualora ciò sia in concreto necessario per proteggere un altro diritto fondamentale. L'analisi delle obiezioni comunemente mosse al matrimonio omosessuale dimostra tuttavia a mio avviso l'inesistenza di contrapposti interessi meritevoli di tutela.

La reiterata affermazione dottrinarica e giurisprudenziale che «allo stato dell'evoluzione italiana, il matrimonio tra persone dello stesso sesso contrasta con la storia, la tradizione, la cultura della comunità italiana»<sup>4</sup>, con conseguente inesistenza del matrimonio tra persone dello stesso sesso e contrarietà all'ordine pubblico internazionale degli effetti del matrimonio omosessuale contratto all'estero, pare sottintendere l'esistenza di un interesse generale dello Stato alla protezione della famiglia intesa in senso tradizionale. Sebbene l'immutabilità della tradizione venga spesso rivendicata invocandone la "naturalità", a mio avviso proprio i riferimenti costituzionali alla "naturalità" della

<sup>2</sup> Cass. 17.7.2004, n. 13298.

<sup>3</sup> Corte cost., 16.2.2006 n. 61.

<sup>4</sup> Trib. Latina, 10.6.2005, in *Fam. e dir.*, 2005, p. 411. In senso sostanzialmente analogo App. Roma, 13.7.2006, in *Fam. e dir.*, 2007, 166 (che si pronuncia in appello sulla medesima vicenda), e Trib. Torino, 4.6.2009, inedita. La consolidata giurisprudenza della Cassazione afferma, ma sempre in *obiter dicta*, l'inesistenza del matrimonio tra persone dello stesso sesso (Cass., 9.6.2000 n. 7877; Cass., 22.2.1990 n. 1304; Cass., 20.5.1976 n. 1808; Cass., 14.2.1975 n. 569).

famiglia (art. 29) e alla tutela dei diritti fondamentali nella loro dimensione relazionale, e dunque fattuale (art. 2) consentono di porre in discussione un modello normativo percepito come non più corrispondente alle istanze di parte della società: pensiamo ai matrimoni interrazziali e alle discriminazioni verso le donne. Emblematica in questo senso è un'affermazione contenuta nella pronuncia della Corte suprema del Sud Africa sui matrimoni omosessuali: «*the antiquity of a prejudice is no reason for its survival*»<sup>5</sup>.

Secondo un'opinione abbastanza diffusa, inoltre, la limitazione del diritto degli omosessuali di fondare una famiglia sarebbe necessaria per la tutela del diritto dell'eventuale prole alla corretta formazione della propria identità anche sessuale, nonché a un doppio riferimento genitoriale. Come tuttavia giustamente sottolinea il Trib. di Venezia nella sua ordinanza, il diritto dei figli a crescere in un ambiente idoneo non risulterebbe leso dall'apertura del matrimonio alle persone omosessuali in quanto l'ordinamento prevede meccanismi di controllo sull'idoneità all'esercizio delle funzioni genitoriali: le coppie che desiderino adottare un minore sono sottoposte a una valutazione dell'idoneità "affettiva" e della capacità "di educare, istruire e mantenere i minori che intendono adottare" (art. 6, 1° comma, L. n. 184 del 4 maggio 1983) prima dell'abbinamento con il minore e del suo inserimento nel loro nucleo familiare, con la conseguenza che ove il giudice ritenesse che l'orientamento sessuale degli aspiranti genitori adottivi possa in concreto costituire pregiudizio per l'adottando (pensiamo a un minore già grandicello che abbia in passato rifiutato vivacemente i contatti con un genitore a causa della difficoltà di accettazione dell'omosessualità di quest'ultimo), dovrebbe ritenere la coppia non idonea all'adozione. La procreazione medicalmente assistita, inoltre, è espressamente preclusa alle coppie che non siano "di sesso diverso" (art. 5, L. n. 40 del 19 febbraio 2004). Mi limito a notare che esistono tuttavia delle situazioni in cui già oggi i minori sperimentano l'omogenitorialità: pensiamo a coppie di persone dello stesso sesso che crescono figli avuti da precedenti relazioni eterosessuali o a fecondazioni eterologhe realizzate all'estero. Gran parte della comunità scientifica, peraltro, concorda oggi nel ritenere che il fatto che un minore cresca in una famiglia omogenitoriale non è di per sé potenzialmente pregiudizievole per lo stesso<sup>6</sup>.

L'intollerabilità dell'esclusione delle persone omosessuali dal matrimonio e l'urgenza di un intervento emendativo derivano a mio parere dalle peculiarità della situazione italiana. L'inesistenza di modalità di formalizzazione della relazione di coppia alternative al matrimonio aperte alle persone omosessuali, nonché la disorganicità e l'obiettiva limitatezza dell'attuale regolazione delle convivenze *more uxorio* fanno infatti sì che nel nostro Paese gli omosessuali non abbiano alcuna possibilità di accedere a uno standard minimo di protezione della loro comunione di vita. Tale standard minimo appare invece a mio parere garantito dall'art. 2 Cost., nella parte in cui riconosce l'esigenza di tutelare i diritti umani fondamentali (incluso dunque il diritto al rispetto dell'identità personale) anche nella vita sociale in particolare familiare dell'individuo stesso. Numerosi sono infatti i benefici riconosciuti allo status coniugale dal diritto della previdenza sociale (es. trattamenti di reversibilità), dal diritto tributario (es. dichiarazione congiunta dei redditi) e dal diritto civile (es. diritto del partner superstite di abitazione della casa familiare e di uso dei mobili che la arredano; applicazione delle norme sull'impresa familiare; sospensione della prescrizione).

**3.2.** L'art. 3 Cost. vieta le discriminazioni sulla base delle "condizioni personali" (e dunque dell'orientamento sessuale) e contestualmente impedisce di trattare in modo diverso situazioni comparabili, salvo che vi sia una giustificazione oggettiva e ragionevole.

L'esclusione del matrimonio tra persone dello stesso sesso configura, com'è evidente, una differenza di trattamento tra coppie etero e omosessuali nell'accesso all'unico strumento di formalizzazione della relazione di coppia previsto dal diritto italiano vigente. La comparabilità tra coppie etero

---

<sup>5</sup> Constitutional Court of South Africa, *Case CCT 60/04 and Case CCT 10/05*, sent. 1.12.2005. In senso sostanzialmente analogo il Trib. Ferrara secondo cui «quando si discute di diritti fondamentali, ogni difesa formale della libertà, priva di reale supporto giuridico strutturale, è debole e priva di effettività».

<sup>6</sup> Cfr. per tutti E.C. PERRIN, *Technical Report: Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents*, in 109 *Pediatrics* 339 (2002) e in <http://www.aap.org/policy/020008t.htm>.



e omosessuali discende, a mio avviso, dal carattere sostanzialmente analogo della solidarietà spirituale e materiale esistente tra i partners. Poiché non esistono contrapposti diritti e interessi tali da giustificare l'esclusione dal matrimonio delle persone dello stesso sesso (v. *supra*, par. 3.1), la limitazione dell'accesso al matrimonio sulla base dell'orientamento sessuale dei nubendi è da ritenersi ingiustificata.

Un'ulteriore violazione dell'art. 3 Cost. discende poi dalla diversità di trattamento tra persone omosessuali transessuali e omosessuali non transessuali. Nel nostro Paese, infatti, il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso costituisce mera causa di divorzio (art. 3, n. 2, lett. g), L. 898/1970) e non di automatica inefficacia del matrimonio. In conseguenza di ciò, il matrimonio del transessuale, che pure dopo la sentenza di rettificazione è – anche agli occhi del diritto – un matrimonio tra persone dello stesso sesso, rimane efficace anche dopo la rettificazione fino a che eventualmente non intervenga la pronuncia di divorzio<sup>7</sup>. Tale situazione è il frutto di un errore del legislatore del 1987 che ha inserito la sentenza di rettificazione del sesso tra le cause di divorzio, credendo così di attuare l'art. 4 della legge sul mutamento di sesso (L. 164/1982) che prevede che «la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso ... provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso», e rinvia appunto alle norme del codice civile e della legge sul divorzio.

**3.3.** L'art. 117, 1° comma, Cost., com'è noto, vincola il legislatore al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Con riferimento alla materia *de qua* rilevano il diritto al rispetto della vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU e all'art. 7 della Carta di Nizza, il diritto di contrarre matrimonio e fondare una famiglia di cui all'art.12 CEDU e all'art. 9 Carta di Nizza e il divieto di discriminazioni di cui all'art.14 CEDU e all'art. 21 della Carta di Nizza (quest'ultima fa espresso riferimento all'orientamento sessuale). Esistono poi strumenti internazionali che mirano dichiaratamente a promuovere l'apertura del matrimonio anche a persone dello stesso sesso, ma sono atti con efficacia meramente persuasiva: penso alla Risoluzione del Parlamento europeo sulla parità dei diritti delle persone omosessuali nella Comunità europea dell'8 febbraio 1994.

Personalmente non ritengo che le fonti internazionali obblighino oggi l'Italia a introdurre nel proprio ordinamento interno il matrimonio tra persone dello stesso sesso. È certamente vero che la Corte di Strasburgo, anche alla luce dell'evoluzione sociale e giuridica avvenuta nei paesi contraenti, è arrivata a sostenere la necessità di un'interpretazione estensiva dei termini “uomini e donne” contenuti nell'art. 12 CEDU, ritenendo che il contenuto di tali termini non possa essere individuato facendo riferimento esclusivamente al sesso biologico dell'individuo al momento della sua nascita. A oggi, tuttavia, tale evoluzione ha riguardato solo l'accesso al matrimonio dei transessuali e non la condizione degli omosessuali. L'analisi dello storico *revirement* (*Goodwin c. Regno Unito*, 17 luglio 2002) sul diritto del transessuale al matrimonio dimostra che la Corte europea ha mutato il proprio orientamento soprattutto alla luce del progressivo *consensus* raggiunto sul punto tra i Paesi contraenti. Nel caso *Rees c. Regno Unito* (17 ottobre 1986), infatti, la Corte aveva ritenuto che in assenza di “comunanza di vedute nella materia” tra gli Stati contraenti doveva a questi ultimi essere riconosciuto allo Stato convenuto un ampio margine di apprezzamento<sup>8</sup>. A sedici anni di distanza, invece, la sentenza *Goodwin* afferma che, in considerazione del fatto che gli altri Stati contraenti si sono attivati, seppur con modalità diverse, a riconoscere effetti giuridici al mutamento di sesso dei transessuali, il margine di apprezzamento del Regno Unito doveva considerarsi limitato alla definizione delle misure da adottare per riconoscere il mutamento di sesso e non alla scelta dell'opportunità di adottare tali misure<sup>9</sup>. Per quanto concerne l'Unione europea, mi limito a rilevare che anche la Corte di Giustizia è riluttante nel pronunciare sentenze di condanna nel caso di mancanza di uniformità tra

<sup>7</sup> Parte della dottrina ritiene invece che anche dopo la riforma del 1987 lo scioglimento debba ritenersi automatico.

<sup>8</sup> *Rees c. Regno Unito*, cit., parr. 37, 42, 46, 47. In senso analogo, *Sheffield e Horsham c. Regno Unito*, 30.7.1998, parr. 57-58.

<sup>9</sup> *Goodwin c. Regno Unito*, cit., parr. 74 e 84 ss.

gli ordinamenti nazionali. Secondo lo stesso Trattato di Lisbona, inoltre, la Carta di Nizza si applica alle istituzioni europee e agli Stati membri nel rispetto del principio della sussidiarietà e in nessun caso può ampliare le competenze ed i compiti attribuiti all'Unione dai trattati, con la conseguenza che il diritto di famiglia (ivi compresa la capacità matrimoniale) rimane oggi di competenza statale.

4. Un'eventuale sentenza di accoglimento “nella parte in cui non consente alle persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio” consentirebbe di eliminare un ingiustificato trattamento discriminatorio e un'intollerabile violazione di diritti fondamentali. Si potrebbe tuttavia obiettare che tale pronuncia determinerebbe un “vuoto di regole” che non potrebbe essere colmato da “un'operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte”. Nel caso di celebrazione di un matrimonio omosessuale, infatti, non vi sarebbero elementi per individuare a quale dei nubendi riconoscere la facoltà di aggiungere al proprio il cognome del partner: l'art. 143-*bis*. c.c. riserva questa facoltà alla sola “moglie”. La situazione sarebbe *mutatis mutandis* la medesima che ha indotto la Corte a dichiarare l'inammissibilità delle questioni in materia di cognome: si sarebbe posto rimedio alla violazione del principio dell'uguaglianza dei coniugi, ma si sarebbe lasciata «aperta una serie di opzioni, che vanno da quella di rimettere la scelta del cognome esclusivamente alla volontà dei coniugi, ovvero di consentire ai coniugi che abbiano raggiunto un accordo di derogare ad una regola pur sempre valida, a quella di richiedere che la scelta dei coniugi debba avvenire una sola volta, con effetto per tutti i figli, ovvero debba essere espressa all'atto della nascita di ciascuno di essi ...»<sup>10</sup>. In senso contrario a una pronuncia di inammissibilità si pone tuttavia, a mio parere, quell'orientamento della stessa Corte che ammette una pronuncia “additiva di principio”, cioè una dichiarazione immediata di illegittimità con richiamo al legislatore affinché approvi una compiuta normativa che attui il principio individuato dalla Corte. Come riconosciuto dalla stessa Corte, in questi casi, nell'attesa di una legge, sarà il giudice a individuare nel complessivo sistema normativo la regola idonea a disciplinare la fattispecie<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Così espressamente Corte cost., sent. n. 61/2006. In senso analogo, Corte cost., 24 aprile 2007, n. 145.

<sup>11</sup> Così per esempio Corte cost., 30 giugno 1999 n. 270.



ANNA LORENZETTI\*

## Matrimonio e filiazione: legame indissolubile?

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. La necessaria tutela costituzionale delle famiglie omosessuali. – 3. Una questione di genere. – 4. Cenni conclusivi.

1. Una delle argomentazioni comunemente addotte per negare l'accesso al matrimonio a coppie dello stesso sesso è strettamente connessa alla questione della filiazione<sup>1</sup>, sembrando emergere, in parte della dottrina, il timore che l'introduzione del matrimonio *same sex* possa condurre al riconoscimento del diritto all'adozione e all'accesso a tecniche di fecondazione medicalmente assistita<sup>2</sup>.

Questa affermazione appare discutibile sotto almeno due profili.

In primo luogo, sembra implicitamente presupporre che il matrimonio sia finalizzato alla procreazione, sebbene la mancata previsione della volontà e della capacità di procreare fra i requisiti richiesti dovrebbe far propendere in senso contrario.

In secondo luogo, si fonda su una premessa non corretta che, agganciando in via esclusiva ed obbligata la filiazione al matrimonio, sembra escluderla dai casi di coppie di fatto (omosessuali o eterosessuali) o in cui a procreare sia una madre *single*.

Quanto al primo aspetto, benché le posizioni di parte della dottrina sembrino orientate ad affermare la finalizzazione del matrimonio all'attività procreativa, si deve notare, in senso contrario, come l'accesso al matrimonio non sia condizionato da limiti di età legati alle capacità procreative, né è precluso in presenza di sterilità, o nel caso di matrimonio successivo ad un cambiamento del sesso, in cui la possibilità di procreare è esclusa in partenza.

Inoltre, non vengono condotte indagini fra i nubendi circa la volontà di procreare, potendo la coppia non desiderare di avere figli, senza che ciò incida sulla validità del matrimonio civile.

Relativamente alla considerazione del matrimonio come esclusiva ed obbligata premessa della filiazione, questa pare non tenere in considerazione i numerosi casi di procreazione che prescindono non soltanto dal matrimonio stesso ma anche dalla presenza di una coppia eterosessuale formalizzata e stabile. Questo assunto appare stridente a confronto con una realtà sociale che restituisce una varietà di modelli familiari, tra i quali vanno annoverate anche le famiglie omosessuali<sup>3</sup>.

Con questa espressione ci si riferisce sia alle famiglie costituite da coppie omosessuali, sia a quelle monogenitoriali.

Se è vero che la filiazione può essere esclusa soltanto nell'ambito (*rectius*: all'interno) di coppie omosessuali, va comunque astrattamente riconosciuta la possibilità che si verifichi nell'ambito di occasionali rapporti eterosessuali, dell'adozione da parte di una persona singola<sup>4</sup> o congiunta della

---

\* Dottore di ricerca in Diritto pubblico e tributario nella dimensione europea, Università di Bergamo.

<sup>1</sup> Definita, nella relazione introduttiva di Barbara Pezzini, come il "convitato di pietra" della questione di legittimità costituzionale.

<sup>2</sup> F. D'ANGELI, *Il fenomeno delle convivenze omosessuali: quale tutela giuridica?*, Cedam, Padova, 2003.

<sup>3</sup> B. PEZZINI, *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la Costituzione italiana*, in B. PEZZINI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto*, Jovene, Napoli, 2008, p. 102. Per uno studio multidisciplinare sulle famiglie omogenitoriali cfr. C. CAVINA, D. DANNA (a cura di), *Crescere in famiglie omogenitoriali*, Franco Angeli, Milano, 2009.

<sup>4</sup> Cfr. i casi Corte EDU, *Fretté c. Francia*, caso n. 36515/97, sent. del 26 febbraio 2002 ed *E. B. c. Francia*, sent. del 22 gennaio 2008.

coppia e dell'accesso a tecniche di procreazione medicalmente assistita, pratiche ammesse in alcuni ordinamenti.

2. Benché in dottrina vi sia la tendenza a tracciare un nesso logico e immediato tra la filiazione e l'eterosessualità della coppia<sup>5</sup>, il riconoscimento di una tutela giuridica alle coppie omosessuali<sup>6</sup>, attraverso l'ammissione all'istituto del matrimonio o a forme alternative di registrazione, prescinde e differisce da quello della tutela della famiglia omosessuale e della genitorialità omosessuale.

Nonostante in Costituzione non vi siano espliciti riferimenti in questa direzione, l'omosessualità si presta ad essere ricondotta ai problemi dell'uguaglianza tra le persone mediante diverse opzioni interpretative: richiamando l'art. 2 Cost. che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità; includendo l'orientamento sessuale nella nozione di sesso *ex* art. 3, 1° comma, Cost., posto che il riferimento è al sesso come orientamento, identità atipica rispetto allo schema della relazione eterosessuale, che, almeno fino ad ora, l'esperienza giuridica ha assunto come il modello naturale, su cui ritagliare la disciplina giuridico-normativa di una serie di istituti. Dell'art. 3 Cost. è possibile proporre una lettura adeguata, intendendo l'elenco ivi contenuto quale "catalogo aperto": questa disposizione sembrerebbe dotata di un potenziale espansivo che tutela anche le discriminazioni diverse e ulteriori rispetto a quelle in essa elencate. E, ancora, allo stesso art. 3 potrebbe essere ascritto l'orientamento sessuale, nella locuzione «condizioni personali».

Infine, in una prospettiva comunitaria, il combinato disposto *ex* artt. 11 e 117, 1° comma, Cost. determina la necessità di una riflessione alla luce dell'art. 13 del Trattato di Amsterdam che include l'orientamento sessuale fra i fattori di rischio tutelati a livello comunitario<sup>7</sup>.

Posto che il tema della genitorialità intreccia quello della famiglia, vanno affrontati gli articoli che ad essa fanno riferimento e che sembrano confermare la necessità di un'estensione della tutela.

Seppure la formulazione dell'art. 29 Cost. rimandi ad un *favor* per la famiglia fondata sul matrimonio non appare però ammissibile un'interpretazione volta ad escludere altre forme di "famiglia" (le famiglie di fatto, le famiglie monoparentali, le comunità familiari, le coppie omosessuali), che acquistano dignità costituzionale in combinato disposto con l'art. 2 Cost., espressione di un valore personalista, del valore della persona umana, della dignità umana e del principio della tutela delle formazioni sociali.

L'art. 30 Cost. imponendo il dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli anche se nati fuori dal matrimonio, ma riconoscendolo altresì come diritto, conferma il rilievo costituzionale del legame di filiazione a prescindere dalla tipologia di famiglia nel cui ambito esso origina e si svolge. Nella prospettiva del genitore lavoratore, gli artt. 36 e 37 Cost. mirando al riconoscimento di una retribuzione sufficiente ad assicurare a sé e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa e della specialità della condizione di madre, in funzione dell'espletamento del lavoro di cura, non sembrano potersi interpretare nel senso di esclusione nei casi di omogenitorialità, a meno di non voler strumentalmente leggere la funzione di cura come riservata alla donna-madre, nel solo ambito di un rapporto di coppia eterosessuale.

3. Lo scioglimento di uno degli snodi problematici rappresentato dalla rottura della pretesa esclusività, in capo alla famiglia eterosessuale, delle funzioni di cura impone di interrogare la questione attraverso la lente offerta dal genere, chiamando in causa le gerarchie di genere e venendosi a determinare un rimescolamento dei ruoli di genere.

<sup>5</sup> F. D'ANGELI, *op. cit.*, 12.

<sup>6</sup> *Inter alia* cfr. F. BILOTTA (a cura di), *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato*, Mimesis, Milano, 2008.

<sup>7</sup> Cfr. anche Dir. 2000/78 per l'ambito giuslavoristico e COM(2008)0426, per l'accesso e la fornitura a beni e servizi, l'istruzione, i media e la pubblicità.

La pretesa esclusività delle funzioni di cura in capo alla famiglia eterosessuale è comunque già messa in discussione dall'accesso (quantomeno in linea teorica, laddove non consentita dall'ordinamento) all'adozione e alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di *single* e coppie omosessuali.

La presa d'atto di istituti e prassi ammesse in altri ordinamenti, che consentono di superare il paradigma tradizionale di famiglia e dell'eterosessualità della coppia, rende vano il tentativo di affermare l'irrelevanza giuridica della genitorialità omosessuale, imponendo, altresì, la necessità di una regolamentazione, da parte del legislatore, nell'ambito della propria discrezionalità, che trovi però il limite nella ragionevolezza delle distinzioni prospettate.

La ragionevolezza, se potrebbe essere incentrata sul *best interest of the child*, non può invece ancorarsi alla "naturalità" dell'istituto della famiglia e del matrimonio su cui essa si fonderebbe<sup>8</sup>, diversamente piegandosi ad argomentazioni autoreferenziali.

L'affermazione (o il timore?) che il riconoscimento a coppie dello stesso sesso necessariamente implichi un diritto ad avere figli appare debole, sia in quanto appiattisce la questione della genitorialità omosessuale alla sola dimensione di coppia, sia in quanto sottintende una dimensione genitoriale eterosessuale, come la sola possibile.

Numerosi ordinamenti hanno riconosciuto un diritto all'adozione o all'accesso a tecniche di procreazione medicalmente assistita a prescindere dall'esistenza di un vincolo matrimoniale; in altri casi il riconoscimento dell'istituto del matrimonio *same sex* non è stato accompagnato da tutti i diritti e doveri propri del matrimonio nell'ambito di una coppia eterosessuale.

Ad esempio, in Germania alle coppie omosessuali unite in una *Lebenspartnerschaft* è vietata l'adozione congiunta ma è ammessa l'adozione da parte di un solo componente della coppia, previo consenso del partner, e l'adozione del figlio del partner. Anche gli ordinamenti di Norvegia, Danimarca, Finlandia sanciscono un divieto di adozione per le coppie *same sex*.

L'adozione è ammessa per le coppie dello stesso sesso formalizzate ma non unite in matrimonio nel Regno Unito, in Svezia, in Islanda e in Israele. Il Belgio, secondo paese al mondo ad aprire il matrimonio alle coppie dello stesso sesso, ha inserito la possibilità di adozione soltanto successivamente. La legislazione olandese prevede l'adozione da parte di una o due persone se abbiano convissuto nei due anni precedenti alla richiesta, con l'esclusione dell'adozione internazionale. Recentemente il legislatore portoghese ha introdotto la possibilità di contrarre matrimonio anche da parte di coppie dello stesso sesso, senza peraltro riconoscere il diritto di adottare, né di accedere alla fecondazione assistita.

Nell'ordinamento interno la questione si porrebbe soltanto in riferimento all'istituto dell'adozione, in quanto la pratica della fecondazione eterologa, l'unica percorribile all'interno di una coppia omosessuale, che peraltro presenta dei profili critici differenti a seconda che ne fruisca una coppia di donne o una coppia di uomini<sup>9</sup>, è comunque vietata dalla L. n. 40 del 2004 (che consente però l'accesso alla procreazione medicalmente assistita anche per le coppie eterosessuali non unite in matrimonio).

Alla luce di quanto detto, va comunque ribadita la possibilità di tracciare un nesso di discontinuità fra l'istituto del matrimonio e il vincolo di filiazione.

Benché a livello sovranazionale, alcune pronunce delle Corti europee e atti europei e comunitari sembrino indirizzati verso l'individuazione di un "diritto alla genitorialità", che però non appare del tutto condivisibile, risultandone eccessivamente compresso il diritto del minore, a livello interno sarebbe comunque improprio parlare di un diritto all'adozione come necessaria conseguenza del riconoscimento del matrimonio, posto che lo stesso non si configura neppure rispetto alle coppie eterosessuali<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> *Inter alia*: A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 4, 2007, pp. 751 ss.

<sup>9</sup> Nel primo caso bisognerebbe ricorrere ad una inseminazione eterologa, nel secondo a questa andrebbe affiancato un accordo di maternità surrogata con una donna che porti a termine la gravidanza.

<sup>10</sup> Il procedimento che conduce all'adozione affida infatti ai giudici la valutazione dell'idoneità della famiglia nell'ottica dell'interesse del minore.

4. La Costituzione non preclude una tutela alla coppia e alla famiglia omosessuale, offrendo al contrario spunti di riflessione per la sua assimilabilità alla famiglia fondata su una coppia eterosessuale.

A prescindere da come ci si ponga a proposito dell'ammissibilità dei *single* o delle coppie omosessuali, all'adozione o alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la molteplicità di opzioni, quanto meno astrattamente possibili, non può essere impedita dal diritto, ma soltanto da esso regolata o eventualmente limitata, nel rispetto della ragionevolezza.

Alcune argomentazioni depongono in questo senso.

*In primis*, la non fondatezza del legame tracciato da parte della dottrina come indissolubile fra identità sessuale e procreazione, così come fra paradigma eterosessuale, famiglia fondata sul matrimonio e procreazione.

In secondo luogo, la traduzione dell'obiettivo del matrimonio nella filiazione non trova corrispondenza nell'istituto civilistico, non rappresentando infatti esso *l'inizio* di una nuova famiglia ma *uno degli inizi* di una nuova famiglia, comunque non necessariamente preordinato alla procreazione.

Queste precisazioni aiutano a disinnescare le argomentazioni comunemente addotte per negare l'accesso delle coppie omosessuali a qualunque forma di tutela e riconoscimento giuridico.

Peraltro, posto che molti ordinamenti non si atteggiavano in maniera univoca nel riconoscimento del diritto all'adozione o alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, pur ammettendo sotto diversa forma i matrimoni omosessuali o le coppie omosessuali, l'automatismo fra tutela delle *same sex partnership* e tutela della genitorialità omosessuale non appare fondato, rappresentando questa soltanto una delle diverse opzioni legislative.

Questo porta con sé l'ambiguo spostamento dalla tutela dei diritti dell'individuo alla tutela dei diritti della coppia: se questi ultimi possono essere limitati per ragioni di meritevolezza e nel rispetto della ragionevolezza della differenziazione, i primi non possono subire una compressione se non in ragione di un bilanciamento con i diritti del minore, che devono comunque prevalere.

Seppure è vero che i due temi sono indubbiamente connessi, il problema di una tutela della famiglia omosessuale nella sua espressione genitoriale preesiste e non segue (tanto meno necessariamente) quello del riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali.

Marcare questa differenza significa affermare che l'ordinamento non può sottrarsi ad una tutela della famiglia omosessuale, ed in particolare della genitorialità omosessuale, diversamente risultandone inciso un diritto fondamentale dell'individuo, intendendosi il diritto del minore, nel cui *best interest* bisognerebbe operare, e il diritto non di chi aspiri ad essere genitore, ma di chi genitore già sia.

L'unicità della condizione filiale fa propendere anche per una unicità della condizione genitoriale, i cui diritti e doveri *ex artt.* 30, 36, 37 Cost., anche nella prospettiva del genitore lavoratore appaiono identici. Ciò a fronte dei diversi modelli di famiglia a cui sono accordati dalla legge differenti protezioni e riconoscimenti, della cui legittimità potrebbe peraltro dubitarsi. A supporto di tale posizione, rileva ricordare come la parziale assimilazione della convivenza al matrimonio (limitatamente ad alcuni effetti) sia avvenuta in funzione della tutela della maternità e della paternità e del rispetto e garanzia dei diritti della prole<sup>11</sup>.

Né potrebbe ammettersi che il diritto sfugga alla regolamentazione di tali situazioni, essendo indifferente in simile prospettiva che il rapporto di filiazione origini dal ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita, dalla procreazione naturale al di fuori della coppia, dal procedimento di adozione, pure se nei termini di mono-genitorialità.

Aiuta a comprendere la problematica dimensione del riconoscimento dell'adozione al singolo, laddove ammessa, considerare come il divieto alla persona omosessuale si presti ad una discriminazione fondata esclusivamente sull'orientamento sessuale, senza peraltro esaurire l'ulteriore questione di come regolare l'eventuale creazione di un legame omosessuale successivo all'adozione, che aprirebbe ad esiti paradossali.

In un'ottica di genere, se il consentire l'adozione alla sola coppia eterosessuale potrebbe trovare

---

<sup>11</sup> Corte cost. sent. n. 394/2005, in *Fam. Pers. Succ.*, 2006, 5, p. 416; sent. n. 237/1986, in *Giur. cost.*, 1986, I, p. 2056; sent. n. 404/1988, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1654.

un riscontro nei termini della ragionevolezza, presupponendo la necessaria duplicità delle figure genitoriali, consentirla al singolo farebbe venire meno questo presupposto, senza più ragionevolezza nel caso di esclusione per i soli *single* omosessuali.

Rispetto all'esclusione della coppia omosessuale, la ragionevolezza della distinzione in funzione della diversità dei ruoli di genere<sup>12</sup> è ancorata alla premessa, non dimostrata, per cui «La genitorialità è costruita sulla doppia figura genitoriale del padre e della madre, figura che è l'unica, in assoluto, capace di assicurare nella complementarietà dei sessi sul piano affettivo ed educativo, lo sviluppo armonico della personalità del minore in tutti i suoi aspetti, ivi compreso il processo di maturazione sessuale»<sup>13</sup>. Sembra preferibile al contrario un approccio multidisciplinare che può risultare determinante nel tentativo di comprendere se solo la presenza delle figure materna e paterna possa contribuire in modo costruttivo al benessere del minore, oppure non sia pregiudizievole per il minore crescere in un ambiente omogenitoriale<sup>14</sup>.

Né è condivisibile l'affermazione per cui «l'ancoraggio fisico della paternità in un corpo maschile e della maternità in un corpo femminile costituisce un dato di fatto irriducibile e strutturante da cui non si deve prescindere»<sup>15</sup>, se ciò significhi che maternità e paternità debbano realizzarsi all'interno di una coppia eterosessuale. Se potrebbe essere condiviso che «Non sarebbe giuridicamente contraddittorio che la genitorialità venga mantenuta dal diritto il più vicino possibile alla sua dimensione naturale, che richiede imprescindibilmente una relazione etero-sessuale» e che quindi «Il criterio dell'*imitatio naturae* può accettare correzioni parziali ma non una completa sconfessione»<sup>16</sup>, va comunque preferita l'affermazione per cui la filiazione naturale all'interno della coppia eterosessuale rappresenta uno schema base, a cui i metodi alternativi derogano o quantomeno possono derogare.

La disciplina giuridica della filiazione nell'ambito di un rapporto omosessuale non sarebbe il totale travolgimento di un presupposto naturale e antropo-ontologico della filiazione<sup>17</sup>, ma una scelta che consentirebbe di porre rimedio ad una compressione di un diritto senza dubbio meritevole di tutela, intendendosi soprattutto non il diritto alla genitorialità ma il diritto alla tutela di chi già sia genitore.

---

<sup>12</sup> In USA, nelle coppie gay, vi sono stati molti casi di ritiro dal lavoro per dedicarsi alla famiglia, con una riproduzione dei ruoli tradizionalmente presenti nel modello di famiglia "classica".

<sup>13</sup> F. D'ANGELI, *op. cit.*, p. 22.

<sup>14</sup> E. FALLETTI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'adozione da parte del single omosessuale*, in *Fam. e diritto*, 2008, 3, p. 221.

<sup>15</sup> L. SCARAFFIA, *Introduzione a Identità e genere*, in *Quaderni di Scienza & vita*, 2, 2007, p. 9.

<sup>16</sup> A. D'ALOIA, *Sul divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale tra "identità individuale" e "pluralismo sociale"*, in C. CALVIERI (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, pp. 351-352.

<sup>17</sup> S. COTTA, *Soggetto umano. Soggetto giuridico*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 112.





MICHELA MANETTI\*

## Matrimonio tra persone dello stesso sesso e filiazione

**SOMMARIO:** 1. Il diritto “ad avere un padre e una madre”. – 2. La sfida mossa dalla fecondazione eterologa al paradigma eterosessuale della procreazione. – 3. Le possibilità di reinterpretare tale paradigma. – 4. L’accesso al matrimonio come *posterius*.

1. Benché si comprenda facilmente il richiamo simbolico che la questione di legittimità costituzionale in esame può esercitare, deve ritenersi che dal punto di vista costituzionalistico essa presenti il grave limite di ignorare (per motivi altrettanto comprensibili) l’altra faccia della medaglia, vale a dire il rapporto tra disciplina del matrimonio e disciplina della filiazione<sup>1</sup>.

Se infatti il matrimonio fosse istituito diretto a regolare esclusivamente l’impegno stipulato tra due adulti sulla base di un sentimento di amore, si potrebbe discutere sull’accesso di coppie dello stesso sesso al vincolo coniugale – naturalmente a condizione di dimostrare che la tutela dell’art. 29 Cost. non indichi nulla di più della protezione offerta alle formazioni sociali nelle quali si sviluppa la personalità del singolo *ex art. 2 Cost.* –.

Bisogna però considerare che il matrimonio è anche il presupposto della filiazione<sup>2</sup>: non l’unico, ma il preferito dal Costituente, per i motivi che ora si esporranno. Ciò non significa dire che il matrimonio è finalizzato alla procreazione: proposizione tutt’oggi ribadita in ordinamenti di pari civiltà<sup>3</sup>, ma insostenibile alla luce della nostra Costituzione, che mette al centro lo sviluppo della personalità dei coniugi basato sull’amore reciproco, e vede la procreazione soltanto come una manifestazione eventuale di tale sviluppo. Una volta cessata l’esigenza di dare figli alla patria, da un lato, e l’esigenza di conservare nella famiglia un assetto patrimoniale e/o produttivo, dall’altro, il matrimonio appare veramente come una libera scelta dei partner in funzione del proprio interesse alla stabilità affettiva<sup>4</sup>.

---

\* *Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Siena.*

<sup>1</sup> Per il computo svolgimento delle tesi qui sommariamente riportate rinvio al mio saggio *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali* destinato agli *Scritti in onore di Alessandro Pace*.

<sup>2</sup> P. ZATTI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. I, t. I, Giuffrè, Milano 2002, p. 12.

<sup>3</sup> Cfr. R. GRÖSCHNER, *Artikel 6*, in H. DREIER (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, Mohr Siebeck, Tübingen 2004, specialmente n. 13, pp. 47 ss.

<sup>4</sup> Il matrimonio delle persone transessuali conferma questa libertà, senza mettere peraltro in discussione il paradigma eterosessuale, come ha ben osservato B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?* Queste persone reclamano invero il mantenimento della distinzione dei sessi/ruoli che è stata finora alla base del matrimonio, e sia pure riferendo il paradigma al sesso prescelto anziché a quello originario. Al riguardo va anche precisato che la perdurante validità del matrimonio contratto dalla persona transessuale prima del cambiamento della registrazione anagrafica del sesso è frutto, nel migliore dei casi, di un equivoco. La novella introdotta dalla L. 74/1987 nella legge sul divorzio ha infatti l’unica funzione di specificare che gli ex-coniugi debbono rivolgersi al giudice competente per la indispensabile regolamentazione delle questioni personali e patrimoniali che derivano dal divorzio. In questo senso tale novella è diretta opportunamente ad integrare la previsione della legge sul transessualismo – che facendo discendere dalla sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso l’effetto di sciogliere il vincolo matrimoniale eventualmente in essere – ha mancato di rinviare al giudizio nel quale, secondo il diritto vigente, deve svolgersi la trattazione delle suddette questioni, ovviamente nel contraddittorio di entrambi i coniugi. Il fatto che il giudice competente a disporre la rettificazione possa omettere di esplicitare il conseguente scioglimento del vincolo, o che questo non venga registrato dagli uffici dell’anagrafe, rappresenta un’eventualità deprecabile per la certezza dei rapporti giuridici, non certo un argomento per sostenere che il matrimonio sia ancora valido. Cfr. S. PATTI, *Transessualismo*, in *Dig. disc. priv.*, XIX, Utet, Torino 1999, p. 426 s.

Da esso derivano però, congiuntamente e automaticamente, non solo lo *status* di coniuge, ma anche lo *status* di figlio (legittimo), che insorge con il solo evento della nascita da una donna sposata. In altri termini il matrimonio è l'anello che da sempre congiunge il rapporto di coppia con il rapporto tra genitori e figli, garantendo a questi ultimi l'inserimento (qualunque ne sia il titolo, biologico o adottivo) in un ambiente che assicura la presenza di due adulti impegnati ad allevarli ed educarli, in base ad un progetto comune di condivisione dei compiti e delle responsabilità.

Sarebbe invero molto arduo negare che la Costituzione ignori questo tipico effetto del matrimonio, e che anzi lo ribadisca a tutela dei minori, cui essa come è ben noto guarda con particolare sollecitudine. Tra i diritti della società naturale riconosciuti dall'art. 29 spicca infatti il diritto dei genitori a «tenere i figli con sé»<sup>5</sup>, a sua volta finalizzato all'interesse del figlio di godere delle cure genitoriali.

È bensì vero che la filiazione trova unitaria disciplina nell'art. 30, sì da apparire disgiunta dalla tutela della coppia matrimoniale contenuta nell'art. 29: ma la sostanza di quella disciplina dimostra come la filiazione basata sul matrimonio rappresenti per la Costituzione il modello della filiazione in generale. La previsione dell'art. 30 Cost., 1° comma, innova infatti all'assetto previgente in un duplice senso: da un lato, riconosce implicitamente la libertà degli adulti di intrecciare relazioni amoro-se/sessuali al di fuori del matrimonio (superando la spregiativa nozione del concubinato); dall'altra impone a questi ultimi, ove mettano al mondo dei figli, le stesse responsabilità che gravano sui genitori legittimi. Da sottolineare a quest'ultimo riguardo è il riferimento *ad entrambi i genitori*, con il quale la Costituzione accantona la reticenza che si opponeva in passato a riconoscere (in generale la filiazione naturale e in particolare) il ruolo del padre naturale<sup>6</sup>, attribuendo con ciò indiretta rilevanza alla relazione non coniugale, se non adulterina.

La pari dignità dei figli naturali consiste dunque innanzi tutto nel “diritto ad avere un padre e una madre” come lo hanno i figli legittimi: cui corrisponde non solo il dovere, ma il *diritto* dei genitori naturali (non più considerati giuridicamente riprovevoli per la loro scelta di libertà) di prendersi cura di loro.

In questo senso appunto la filiazione legittima appare come il modello della filiazione naturale, che viene assoggettata alla stessa regola di bigenitorialità normalmente presupposta dalla prima. Il fatto che in concreto la bigenitorialità possa mancare, e che la famiglia naturale possa quindi presentarsi come monoparentale, non toglie infatti che in via di principio la Costituzione pretenda, nell'interesse dei figli, la presenza di entrambi i genitori.

Tutto ciò testimonia la tendenziale perdita di interesse per il matrimonio come baluardo contro le unioni libere<sup>7</sup>, in favore della centralità acquisita dalla tutela dei minori, rispetto ai quali si tratta di garantire non lo sviluppo della personalità, ma la stessa *formazione della personalità*, ovvero le condizioni di una crescita armoniosa ed equilibrata.

Le vicende della coppia, in ossequio al pluralismo delle morali cui la Costituzione dà ospitalità – nel limite del rispetto della dignità umana<sup>8</sup> – si presentano quindi governate dal principio di libertà, che accede alla meritevolezza della protezione costituzionale quando si esprima nell'impegno, di fatto o di diritto (*ex art. 2 o ex art. 29*), a creare una relazione stabile basata sulla mutua solidarietà. Le vicende della filiazione rimangono invece ancorate al principio di responsabilità per la procreazione<sup>9</sup>, grazie al quale il pluralismo delle morali viene contenuto in funzione del prevalente interesse dei minori.

---

<sup>5</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 203 del 1997.

<sup>6</sup> Secondo le parole di Napoleone, poi tradotte nei codici civili di mezza Europa: “*L'Etat n'a aucun intérêt à ce que la filiation de l'enfant naturel soit établie*”.

<sup>7</sup> Secondo la definizione di M. WEBER, *Economia e società*, Edizioni di Comunità, Milano, 1961, p. 360.

<sup>8</sup> Cfr. la sent. n. 293 del 2000, dove la Corte costituzionale sostituisce alla “morale pubblica” ciò che è comune alle diverse morali del nostro tempo che si basano sul valore della dignità umana. (Per un commento a questa affermazione v. il saggio cit. alla nota 1).

<sup>9</sup> Cfr. Corte cost., sentt. nn. 99 del 1997, 166 del 1998, 494 del 2002.

L'evoluzione della legislazione e della giurisprudenza costituzionale testimonia al meglio la forza espansiva di questo principio, tale da travolgere inesorabilmente gli ostacoli che si frapponivano alla pretesa del figlio di avere i propri genitori: basti ricordare da ultimo la (sofferta) incostituzionalità del giudizio di ammissibilità preliminare all'esercizio dell'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità naturale, e l'eliminazione del divieto di accertare giudizialmente, su iniziativa del figlio, la genitorialità di natura incestuosa<sup>10</sup>.

Per quanto poi il riconoscimento possa essere negato, ove sia ritenuto dannoso all'interesse del figlio, è certo che l'intervento del giudice al riguardo si rende possibile soltanto se l'altro genitore si oppone al riconoscimento<sup>11</sup>. Si conferma così che per il nostro ordinamento è in via di principio migliore la situazione del figlio riconosciuto da entrambi i genitori (a meno che ciò non scateni conflitti tali da danneggiare la serenità del minore) e che ancora migliore è di conseguenza la situazione del figlio legittimo, che gode della presunzione di paternità<sup>12</sup> e che può vedersi privato dei genitori solo in caso di incapacità di costoro (art. 30, 2° comma)<sup>13</sup>.

Se il matrimonio, come sostiene l'ordinanza della Corte d'Appello di Firenze, colloca l'individuo "in una posizione costringitiva che non ha eguali nell'ordinamento", il motivo risiede dunque, a termini della Costituzione, non nelle esigenze di affidamento della coppia, ma in quelle dei figli (se si vorranno e se verranno).

Avendo persa la funzione di modello finalizzato ad irreggimentare le relazioni amorose e sessuali, il matrimonio mantiene ed esalta la sua funzione di modello delle relazioni tra genitori e figli, in quanto struttura capace di assicurare la massima (nei limiti del possibile) garanzia di una crescita supportata dalla costante presenza dei due genitori, rivelando in ciò la *ratio* della preferenza che la Costituzione *ex art. 29* manifestamente gli ascrive<sup>14</sup>.

2. Il presupposto, o il pregiudizio, che il bambino abbisogni di due figure di riferimento, costituite dal padre e dalla madre, nasconde dietro l'apparenza naturalistica l'adesione al paradigma antropologico dell'eterosessualità. L'idea è che la divisione dei due ruoli, maschile e femminile, pur messa in discussione dal principio di eguaglianza sancito dalla stessa Costituzione, può bensì essere interpretata liberamente dai genitori, nonché criticata dai medesimi onde far valere la necessità del suo superamento, ma fa parte di una cultura che deve essere comunque consegnata al figlio.

In relazione alla famiglia, questo paradigma è posto oggi radicalmente in questione non tanto dal tendenziale annebbiarsi dei ruoli in discorso, quanto dalla evoluzione delle pratiche bio-mediche, in virtù delle quali è divenuto possibile sganciare la riproduzione dall'atto sessuale (facendo venir meno il presupposto naturalistico della responsabilità per la procreazione), e di conseguenza sganciare la genitorialità biologica da quella giuridica.

Negli ordinamenti che la ammettono, la donazione del seme o dell'ovulo (o anche la maternità surrogata) accompagnata dalla formale rinuncia ad acquisire diritti e doveri nei confronti del concepito, consente infatti di realizzare una maternità (o anche una paternità) a titolo individuale. Si presenta così non la situazione del genitore che rimane a gestire il proprio figlio da solo perché il partner è venuto a mancare o è di fatto irreperibile, e neppure della persona singola che è ammessa

<sup>10</sup> Cfr. rispettivamente le sentt. n. 50 del 2006 e n. 494 del 2002.

<sup>11</sup> Art. 250 c.c. Cfr. anche la sent. n. 341 del 1990 della Corte cost.

<sup>12</sup> Sia pure limitata dalla incertezza del termine di decadenza e dalla libera esperibilità della prova biologica nell'azione di disconoscimento.

<sup>13</sup> La possibilità di ancorare all'art. 30, 4° comma, un principio di spettanza della genitorialità alla persona che, a prescindere dal legame biologico con il minore, sia capace di soddisfarne le esigenze educative (così E. LAMARQUE, *Le norme e i limiti per la ricerca della paternità*, Cedam, Padova, 1998) deve ritenersi esclusa dal tangibile rischio che lo Stato si arroghi, e sia pure con le garanzie della legge, il generale potere di decidere chi sia la persona più adatta ad allevare il bambino, evocando scenari orwelliani.

<sup>14</sup> P. ZATTI, *op. cit.*, p. 17 s.: "il modello della famiglia coniugale viene avvalorato (...) come la configurazione di un contesto di rapporti genitori-figli più conveniente al bene della prole: la famiglia biparentale, fondata o non fondata sul matrimonio".

ad adottare (là dove questa forma di adozione è possibile) per sopperire ai bisogni di un bambino abbandonato, ma della persona che ancora prima di concepire il bambino decide di esserne l'unico genitore.

Come è noto, la pratica della fecondazione assistita eterologa rappresenta in tal senso uno strumento essenziale per la creazione di una famiglia in senso biologico da parte di persone che in ragione del loro orientamento sessuale si rifiutano di intrattenere rapporti carnali con l'altro sesso. L'istituzione di legami genitoriali tra il bambino e il partner dello stesso sesso che non ne è il genitore biologico viene se del caso realizzata con l'adozione all'interno del matrimonio, là dove tali coppie siano ammesse senza limiti al comune regime matrimoniale. Altrove il partner in questione ricorre, o tenta di ricorrere, all'adozione in veste di singolo, che però di regola comporta la rescissione del legame di sangue con il genitore biologico, frustrando in tal modo l'aspirazione delle coppie dello stesso sesso a formare una famiglia con un figlio che sia figlio biologico almeno di uno dei due partner<sup>15</sup>.

Attualmente davanti alla Corte di Strasburgo pendono infatti due casi nei quali si contesta come discriminatorio in ragione dell'orientamento sessuale il meccanismo legislativo che pur consentendo l'adozione da parte di persona singola ne fa discendere la rescissione del legame con il genitore naturale<sup>16</sup>. E già si può immaginare un'ulteriore censura di discriminazione a danno delle coppie di sesso maschile, in quanto (come si accennava) molti Paesi ammettono la donazione del seme a favore della donna, ma vietano la maternità surrogata, in ossequio al principio secondo il quale è madre colei che ha partorito il bambino.

Risulta comunque evidente che le coppie dello stesso sesso mirano non soltanto al riconoscimento ufficiale della propria unione ma anche – come è del tutto comprensibile – al riconoscimento della possibilità (eventuale, come per le coppie eterosessuali) di formare una famiglia, intesa come un gruppo composto da genitori e figli.

È questo l'ostacolo ultimo sul quale si arenano le richieste di accesso al matrimonio da parte di tali coppie, ed è questo l'ostacolo che in alcuni Paesi ha condotto ad una soluzione compromissoria, che consiste nell'ammetterle al matrimonio escludendole però esplicitamente dal godimento dei diritti che il vincolo coniugale spiega in materia di filiazione.

**3.** Risalta qui il fatto che le ordinanze di rimessione non distinguono, come avrebbe potuto fare (e come gli stessi giudici *a quibus* in qualche misura ammettono), tra disciplina della coppia coniugale e disciplina della filiazione nell'ambito del matrimonio – salvo l'interrogativo sulla possibilità della Corte di adottare una sentenza modellata su tale distinzione –. Sicché la risposta alla questione di legittimità costituzionale richiede necessariamente di sapere se il paradigma bigenitoriale-eterosessuale possa essere superato: stabilendo se per ogni bambino ci possa essere *ab origine* un solo genitore (che potrà ovviamente fare coppia con chi gli aggrada)<sup>17</sup>, o se possano essercene due dello stesso sesso.

Come si accennava, da questo punto di vista il nostro ordinamento pone maggiori difficoltà di altri, dove storicamente la monogenitorialità è considerata normale nella filiazione naturale, e dove (forse di conseguenza) è ammessa l'adozione da parte della persona singola, nonché la PMA eterologa della donna sola.

Ciò avviene ad esempio nella vicina Spagna, dove questa situazione normativa ha reso dapprima possibile l'instaurazione di rapporti monogenitoriali da parte di persone omosessuali, e verosimil-

---

<sup>15</sup> Inutile dire che la fecondazione naturale senza rapporto sessuale, praticata da molte donne omosessuali, non fa venire meno la giuridica paternità del donatore, che pur essendosi privatamente impegnato a non esercitare i relativi diritti può in seguito rivendicarli: v. il caso *McD v. L.* deciso il 10 dicembre 2009 dalla Corte suprema irlandese.

<sup>16</sup> *X e altri c. Austria* (ricorso n. 19010/07); *Gas e Dubois c. Francia* (ricorso n. 25951/07).

<sup>17</sup> Sul diritto della donna omosessuale ad adottare, in presenza di una legge nazionale che consente l'adozione da parte di persone singole v. la sentenza resa dalla Corte di Strasburgo sul caso *E.B. c. Francia* il 22 gennaio 2008.

mente ha reso in seguito più accettabile l'apertura del matrimonio alle coppie dello stesso sesso<sup>18</sup>: confermando che l'accesso al matrimonio è un *posterius* rispetto all'accesso alla procreazione e all'adozione, e non solo da un punto di vista giuridico-costituzionale, ma anche dal punto di vista dell'accettazione sociale.

Per quanto ci riguarda, si deve ritenere che se pure i Costituenti non abbiano potuto immaginare l'evoluzione della pratica medica, ciò non significa che il principio costituzionale di responsabilità per la procreazione non possa riempirsi di nuovi contenuti. Come è stato sottolineato, la maggiore stabilità che deve caratterizzare l'interpretazione dei principi costituzionali non può infatti tradursi nel postulato originalista, che priverebbe tali principi della capacità di influenzare i sempre nuovi atteggiamenti della realtà sociale<sup>19</sup>.

Non si tratta di salvaguardare la certezza degli *status*, e neppure la verità (a quella talvolta contrapposta) delle origini biologiche. Come dimostra la nota ordinanza resa dalla Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa della moglie avvenuta con il consenso del marito, sulla certezza degli *status* e sulla verità della filiazione – messe entrambe in discussione dalla PMA – prevale il diritto del nato ad “avere un padre”, oltre che una madre<sup>20</sup> (e quand'anche si tratti, come nella fattispecie *de qua*, di un padre renitente ai suoi doveri genitoriali).

Questo diritto, spogliato dal suo presupposto naturalistico, salvaguarda la necessità di assicurare al bambino le migliori condizioni possibili per la sua crescita: sicché non esclude che il paradigma eterosessuale possa essere affiancato da altri paradigmi, ove essi maturino nell'esperienza sociale. L'ulteriore apertura al pluralismo delle morali è infatti coerente con lo spirito pluralistico della Costituzione, alla sola e decisiva condizione che i codici di comportamento relativi si dimostrino in concreto soddisfattivi della istanza di migliore tutela del minore.

Al riguardo il dibattito nel nostro Paese è assai arretrato. Anche i possibilisti ritengono infatti che la coppia dello stesso sesso dovrebbe essere affiancata nell'allevamento del figlio da una figura paragenitoriale del sesso opposto, in modo da assicurare la presenza di entrambi i ruoli stereotipici<sup>21</sup>. Si noti peraltro che tale presenza dovrebbe essere imposta ai partner come condizione per la custodia del minore, il che si tradurrebbe in una inammissibile ingerenza nella “vita privata e familiare” di quelli.

4. Sarebbe dunque necessario avviare una discussione pubblica su questo problema. Il modo migliore per fare esperienza dei nuovi paradigmi – vincendo le resistenze che si basano (non solo ma anche) sull'ignoranza – appare comunque quello di prevedere una *registered partnership* a favore delle coppie dello stesso sesso. Ciò darebbe innanzi tutto doverosa attuazione al disposto dell'art. 2 Cost., rimuovendo almeno in parte la sofferenza per la discriminazione subita da coloro che al matrimonio non possono accedere.

All'interno di queste unioni di carattere ufficiale si troverebbero a vivere i figli dell'uno o dell'altro partner, esattamente come avviene nelle c.d. famiglie ricomposte, dove una coppia cresce, oltre ai propri, i figli avuti da precedenti relazioni, nonostante questi ultimi mantengano un legame più o meno stretto con l'altro genitore.

E non è escluso che nella turbolenta realtà delle odierne relazioni familiari la coppia dello stesso sesso possa dare prova di saper gestire al meglio l'allevamento e l'educazione dei minori: ciò che consentirebbe di reclamare su basi più solide l'accesso al matrimonio, nel significato fatto proprio dalla Costituzione.

---

<sup>18</sup> In questa ottica L.M. DIEZ PICAZO, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, il Mulino, Bologna, 2007, p. 330.

<sup>19</sup> M. LUCIANI, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 2009, pp. 22 ss.

<sup>20</sup> Ord. n. 347/1998. Cfr. P. STANZIONE, *Rapporti tra genitori e figli nell'interpretazione della Corte costituzionale*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, t. II, *Atti del 2° Convegno nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto civile*, ESI, Napoli, 2007, p. 274.

<sup>21</sup> D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 151.

Per quanto lunga e complessa sembri questa strada, essa appare invero l'unica percorribile. La questione di legittimità costituzionale in esame appare invece una scorciatoia che sacrifica la tutela delle coppie dello stesso sesso all'impatto simbolico. Impatto potenzialmente negativo, se si considera il carattere paradossale della pretesa di piegare al pluralismo delle morali un istituto che è sempre stato il baluardo opposto a tale pluralismo, e che tuttora incorpora (come ho cercato di dimostrare in queste troppo brevi battute) una precisa opzione etico-costituzionale.

VALERIA MARZOCCO\*

## La famiglia come “società naturale”. Alcune considerazioni filosofico-giuridiche sulla vaghezza di una formula

**SOMMARIO:** 1. La “società naturale”: giusnaturalismo o formula aperta? – 2. La “società naturale” in Assemblea Costituente. – 3. Conclusioni.

1. La trama delle norme che in Costituzione disegnano la fisionomia e la regolazione della famiglia è la risultante composita e “aperta” delle opzioni culturali che orientarono il dibattito in Assemblea Costituente. Di questa vicenda, la formula della famiglia quale “società naturale” costituisce il punto di ricaduta più significativo, e impegnativo, dal punto di vista di una ermeneutica dei principi che possa orientare l’interprete dinanzi alla sfida della messa in questione, innanzitutto concettuale, del paradigma eterosessuale del matrimonio. L’ampia letteratura che nel tempo si è misurata con la questione, di certo ardua, della possibile determinazione in termini contenutistici di quel rinvio alla “società naturale” non può essere ricostruita in questa sede. E tuttavia essa si fa idealmente tenere sotto il magistero dei dubbi di Arturo Carlo Jemolo il quale, non esattamente da sostenitore convinto della Carta Costituzionale, denunciava la non utilità di «quel voler definire la famiglia società naturale fondata sul matrimonio» quasi come se si volesse avere «l’intento di voler condannare l’opinione di chi non crede nel diritto naturale (...)»<sup>1</sup>.

Eppure, se si riserva attenzione al carattere nevralgico di quelle formulazioni costituzionali in ordine alla definizione ed alla regolazione della società familiare, ed alla loro capacità propulsiva, seppure in tempi più lunghi, sul processo di emancipazione riguardante innanzitutto la condizione giuridica degli individui dentro la famiglia, la formula della “società naturale” non pare esser stata un ostacolo in questo processo<sup>2</sup>.

Di sicuro, essa si è dimostrata anzi capace di accogliere il senso di una progressione mutevole, talvolta radicale, che ha investito un istituto, la famiglia fondata sul matrimonio, che non può che essere profondamente immerso, «molto più di altri istituti, dell’evolversi del costume, dei rapporti sociali e politici e del profondo cambiamento che ha caratterizzato gli stessi rapporti personali»<sup>3</sup>. In questa prospettiva, giuova riferirsi al prezioso carattere “presbite” della Carta costituzionale<sup>4</sup>, carattere che necessariamente, e sovente, è da richiamarsi dinanzi alle sfide della storia e alle rivendicazioni che gli individui rivolgono al diritto. Attivare quella virtù di vedere lontano della Carta fondamentale per la trama che tiene assieme famiglia e matrimonio non può significare tuttavia smarrire la complessità delle radici culturali e filosofiche che intervengono a strutturarne i principi fondamentali.

Non è privo di interesse richiamare alla mente che la forza della disciplina che la Costituzione riserva alla famiglia si fa vedere nella sua capacità di ispirare il nuovo diritto di famiglia del 1975, di-

---

\* Ricercatore in Filosofia del diritto, Università di Napoli Federico II.

<sup>1</sup> A.C. JEMOLO, *La Costituzione. Difetti, modifiche, integrazioni*, Accademia nazionale dei Lincei, Roma 1966; ora in L. ORNAGHI (a cura di), *La Costituzione della repubblica*, Giuffrè, Milano 1996, p. 52.

<sup>2</sup> Cfr. sul punto, V. POCAR-P. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Laterza, Roma-Bari 2003, spec. pp. 33-48.

<sup>3</sup> R. BIAGI GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, Giuffrè, Milano 1989, p. 2.

<sup>4</sup> P. CALAMANDREI, *Scritti e discorsi politici*, vol. II, *Discorsi parlamentari e politica costituzionale*, La Nuova Italia, Firenze, 1966, p. 40.



ritto che fa affidamento, nella regolazione giuridica dei rapporti tra gli individui all'interno della società familiare, ed accogliendo in ciò una sicura matrice dell'innovazione costituzionale, sulla stabilità dei sentimenti e degli interessi che legano tra loro i coniugi. In quegli anni è diffusa la consapevolezza di questo ideale "ponte assiologico" che la riforma stabilisce con la Carta fondamentale, una consapevolezza resa esplicita dalla dottrina nelle sue potenzialità, ma anche nelle sue contraddizioni logiche.

Si scrive di uno "slittamento dall'istituzione al contratto" della famiglia, ma si rileva anche come vi sia una tensione irrisolta, appunto sul piano dei valori affermati, in questo slittamento: la famiglia è letta, nel laboratorio di idee che accompagna le fasi della riforma, come stretta in un'ambiguità tra l'essere un valore in sé, formazione sociale autonoma, o l'essere piuttosto mezzo per la realizzazione di valori individuali<sup>5</sup>. La riconosciuta enigmatica denunciata in seno al concetto giuridico della famiglia, più che avere i tratti di una contraddizione, è piuttosto il segno più marcato dell'ancoramento ai principi costituzionali della riforma.

2. Se con la locuzione della "società naturale" si fosse ben lontani dal ritrovarsi dinanzi ad una formula chiusa, potrebbe riconoscersi allora almeno un varco attraverso cui l'interprete possa prefiggersi di lavorare dal punto di vista concettuale, per porre in questione il supposto paradigma eterosessuale della famiglia e del matrimonio. È necessario lavorare su questa ambiguità, dacché è probabile che essa, a muovere dalla problematicità che indubbiamente rappresenta sotto il profilo giuridico, può aprire ad un intendimento consapevole del carattere composito del laboratorio personalistico entro il quale prende corpo la disciplina costituzionale della famiglia.

È specialmente sul tema della famiglia come "società naturale" che una disamina attenta dei lavori dell'Assemblea Costituente si rivela dirimente per ridimensionare la chiave interpretativa in senso strettamente giusnaturalistico della locuzione in esame. Forse non si trattò di una soluzione compromissoria la quale, per iniziativa di Palmiro Togliatti, avrebbe dovuto mitigare la ben più impegnativa locuzione di "unità naturale" avanzata dalla componente cattolica<sup>6</sup>.

Sarebbe infatti erroneo, nella considerazione di questa componente culturale e filosofica "connotata", trascurare la circostanza per cui la famiglia, la sua disciplina, si collochino al cuore di una preoccupazione che ispira complessivamente l'attenzione che, soprattutto quell'elemento cattolico rivolge al riconoscimento della centralità delle formazioni sociali; e sarebbe altresì fuorviante mancare di trarre da ciò il nucleo teorico che oggi è maggiormente in grado di fornire qualche argomento verso quella interpretazione per principi che è richiesta alla Corte.

Quanto alla prima considerazione, la famiglia è detta "società naturale" dai costituenti nella misura in cui essa è innanzitutto libera, naturale, non coercibile, formazione sociale tra individui. Di ciò sono esemplare testimonianza alcuni passaggi significativi della relazione che Giuseppe Dossetti tiene al III Convegno Nazionale di Studio dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani in tema di *Funzioni e Ordinamento dello Stato moderno*. In quella circostanza, utile per proiettare una luce retrospettiva rispetto all'appena trascorsa esperienza costituente, emerge con chiarezza il motivo di uno Stato che è *mediazione* tra i diversi componenti del corpo sociale e che ha dinanzi a sé l'imperativo del riconoscimento della «realtà» e della «consistenza delle persone e di alcune formazioni sociali intermedie», tra cui primeggia la famiglia<sup>7</sup>.

È la rappresentazione di una componente non irrilevante nell'ispirazione che orienta la matrice filosofico-giuridica maritainiana in Costituente: una critica parallela ed equanime, rivolta tanto al totalitarismo quanto al liberalismo, modello quest'ultimo, che starebbe stretto in una sorta di destino

<sup>5</sup> G. BENEDETTI, *Osservazioni a margine di un seminario sulla riforma del diritto di famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, XX/II, 1974, pp. 116-122.

<sup>6</sup> Atti Ass. Cost. I Sott., sed. 30 ottobre 1946 e 5 novembre 1946. Gli Atti sono consultabili attivando il collegamento: <http://www.banchedati.camera.it/AssembleaCostituente/>.

<sup>7</sup> G. DOSSETTI, *Relazione generale per il Convegno Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, Roma 12 novembre 1951, ora in C. VASALE (a cura di), *I problemi dello Stato*, Cinque Lune, Roma, 1977, p. 36.

irremissibile, la compressione dei diritti fondamentali. Non è irrilevante tornare a porre in primo piano come vi sia questa sostanza teorica riconoscibile nella convinta rivendicazione della centralità delle formazioni intermedie.

Nei tratti e nella disciplina della famiglia quali voluti dal Costituente non si fa fatica a scorgere l'aspirazione filosofico-giuridica ad una ricomposizione di quell'autentico scarto, tra l'individuo e lo Stato, riconosciuto certo, nei regimi totalitari, ma anche e soprattutto nelle prerogative di uno Stato liberale, di uno Stato moderno, che «per quanto nato dalla premessa libertaria di una garanzia dei diritti fondamentali», di fatto ne ha fortemente limitato la portata, comprimendo «tutti i fondamentali diritti di libertà»<sup>8</sup>.

Il tratto di formazione sociale prima della famiglia insedia la questione in Costituente al cuore nevralgico del rapporto tra società e stato, lì dove «lo Stato con i suoi organismi sociali e politici, ha dei limiti naturali»<sup>9</sup>. La preoccupazione è centrata sull'individuazione di un livello al quale il diritto sia capace di instaurare tra l'autonomia della famiglia e la società civile una condizione non già di reciproca indifferenza, ma di riconoscimento, dacché essa, la famiglia, è sede del nucleo entro cui selettivamente trova sviluppo la trama personalistica che informa l'ordito costituzionale.

In questa prospettiva non pare di forzare l'interpretazione secondo la volontà del legislatore storico se si riconosce che la questione sarebbe ancora, per la famiglia, come anche per altri temi nevralgici attorno a cui si incentra l'attuale dibattito sui diritti fondamentali, la centralità della persona e della sua dignità.

Su questo punto non suoni provocatorio il rinvio, ancora, alle parole di Arturo Carlo Jemolo: «(...) sono a temere soprattutto nella Costituzione le formule vaghe, quelle che possono coprire tutte le soluzioni, e che sono quindi in pratica da considerarsi come non scritte»<sup>10</sup>. Si tratta di un pensiero animato da lucido scetticismo, e che ritrova la sua matrice nel convincimento complessivo del giurista romano che la Costituzione repubblicana del '48 eccedesse in formule dal tenore enfatico più che contenutisticamente determinato, «di espressioni dal significato vago (stampi che possono accogliere qualunque contenuto)»<sup>11</sup>. Eppure, dinanzi alla sfida di una interpretazione chiamata oggi a sovvertire, in base ai principi costituzionali, un paradigma che pure mai è esplicitamente cristallizzato, c'è da affidarsi a questa vaghezza più probabilmente come ad una risorsa, «un mandato ad adempiere affidato alle generazioni a venire»<sup>12</sup>.

È con questa consapevolezza che è necessario offrire del concetto di persona, rammentando la lezione di Uberto Scarpelli, non già il rinvio ad «un dono» bensì, più difficilmente, ad «una conquista da fare ogni giorno nel mondo degli uomini» grazie all'instaurazione «di un nuovo e rafforzato razionalismo che abbia per guida non già la ragione astratta, bensì la ragione storica»<sup>13</sup>. L'ottica entro la quale si fa inquadrare la famiglia come società naturale è dunque e innanzitutto quella di formazione sociale che è sede elettiva per il fine della realizzazione delle aspirazioni esistenziali della persona umana; e non è banale che il Costituente si guardi bene dal determinarla contenutisticamente, dacché essa è appunto chiamata a «difendere» l'individuo, a bilanciare lo iato tra questi e l'autorità, garantendone al contempo l'autonomia.

**3.** Quando Gustavo Zagrebelsky, nell'introdurre lo scritto di Arturo Carlo Jemolo *Che cos'è la costituzione?*, scritto più volte richiamato in questa breve riflessione, indica nell'opera costituente soprattutto un mandato, quello di «ricondurre a diritto ciò che altrimenti è solo rapporto di forza»<sup>14</sup>

<sup>8</sup> *Ivi*, p. 11.

<sup>9</sup> Atti Ass. Cost. I Sott., sed. 30 ottobre 1946.

<sup>10</sup> A.C. JEMOLO, *Che cos'è la Costituzione?*, Donzelli, Roma, 1996, p. 59

<sup>11</sup> *Ivi*, p. 10.

<sup>12</sup> G. ZAGREBELSKY, *Introduzione* a A.C. JEMOLO, *Che cos'è la Costituzione?*, cit., p. 21.

<sup>13</sup> U. SCARPELLI, *Esistenzialismo e marxismo. Saggio sulla giustizia*, Taylor, Torino, 1960, pp. 114-115.

<sup>14</sup> G. ZAGREBELSKY, *Introduzione* a A.C. JEMOLO, *Che cos'è la Costituzione?*, cit., p. 8.

va a tracciare una linea, che idealmente si ricollega ad alcuni passaggi di quel piccolo ma importante lavoro. Sono passaggi che riconducono alle perplessità che Jemolo sempre ebbe verso la Carta Costituzionale: «è mio vecchio convincimento che il diritto sia sentito, rispettato particolarmente, in un modo borghese; gli aristocratici sono più portati a sentire il proprio diritto, anche i migliori a credere già nel paternalismo, nel grande che protegge il debole, che non nella regola giuridica indefettibile, che scorge soggetti tutti uguali»<sup>15</sup>.

Ciò che caratterizza le teorie costituzionalistiche contemporanee del diritto è il ruolo assegnato ai principi che stanno alla base del dettato costituzionale. È da essi che dipende la determinazione di cosa sia diritto per una comunità giuridica data. Ciò significa che l'individuo titolare dei diritti è inteso dal costituzionalismo non solo in un "pieno" di valori etici, ma che egli stesso venga considerato dal punto di vista di individuo morale. L'attività interpretativa, nel contesto di questa apertura ai principi, è necessariamente attività di bilanciamento, e di valutazione. Se la famiglia, e con essa il matrimonio, sono tutt'altro che un modello immune dal tempo, costituendosi invece nella dimensione storico-materiale delle relazioni e delle aspirazioni affettive dell'essere umano, è ragionevole rivolgere alla famiglia, quale emergente dal dettato costituzionale, quella aspirazione propria del principio personalistico a non essere lasciati soli dinanzi all'autorità. La convinzione è che si tratti, con ciò, non già di smarrire, bensì di vivificare il nucleo vivo dei principi posti dal legislatore costituente.

---

<sup>15</sup> A.C. JEMOLO, *La Costituzione. Difetti, modifiche, integrazioni*, cit., p. 9.

VINCENZO MARZUILLO\*

## “Naturalità” della famiglia fra diritto comunitario e internazionale

**SOMMARIO:** 1. L’erosione delle competenze statali sul diritto di famiglia ad opera dell’ordinamento comunitario. – 2. La nozione di famiglia come “società naturale” nella giurisprudenza delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo. – 3. La “naturale” tendenza alla c.d. “naturalità” della famiglia.

1. Nel contesto comunitario, la competenza a legiferare in materia del cd. “diritto di famiglia” appartiene senz’altro agli Stati membri dell’Unione europea. Nondimeno e nonostante precise affermazioni in tale senso operate dalla Corte di Giustizia<sup>1</sup>, non si può non notare come tale affermazione di principio abbia nel tempo subito condizionamenti e contemperamenti ad opera tanto del diritto che della giurisprudenza comunitaria<sup>2</sup>.

Infatti, nonostante lo stretto ed imprescindibile legame sociologico e giuridico esistente fra uno Stato ed il suo diritto di famiglia, non si può in concreto ipotizzare l’esclusione di qualsiasi interconnessione fra ordinamento statale e sovra-nazionale. Invero, gli Stati membri sono comunque tenuti, in ossequio al principio del “primato” del diritto comunitario ed a quello della “leale cooperazione” ex art. 10 CE, a rispettare appunto il diritto comunitario, anche quando legiferano in settori di propria competenza esclusiva.

In effetti, l’incidenza erosiva del diritto comunitario sul diritto “nazionale” di famiglia si è determinata attraverso differenti canali e modalità. Ad esempio, ciò è avvenuto per effetto dell’applicazione funzionale della libera circolazione delle persone e, segnatamente, dei lavoratori, laddove si prevedeva, attraverso l’istituto del ricongiungimento familiare, l’individuazione di un modello prospettico di libertà di circolazione a titolo derivativo, che garantiva tale diritto a quei soggetti che erano legati al lavoratore da un vincolo di coniugio, filiazione o comunque rientranti nel novero dei c.d. “familiari a carico”<sup>3</sup>.

Con meccanismi analoghi, ma finalità differenti, l’ingerenza in parola si è determinata anche grazie alla funzione additiva svolta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, rivolta a tutelare i diritti fondamentali dell’individuo, fra i quali vi è certamente il diritto al rispetto della vita privata e familiare<sup>4</sup>, sancito dall’art. 8 CEDU e, in particolare, ad affermare il divieto di discriminazione in

---

\* Dottore di ricerca in Diritto ed Economia, Università di Napoli “Federico II”.

<sup>1</sup> Cfr., in argomento, Corte giust., sent. 10 giugno 1990, causa C-430/97, *Johannes c. Johannes*, in *Racc.*, pp. I-3475 ss., punto 18.

<sup>2</sup> Per una ricostruzione dai diversi angoli di visuale dell’azione erosiva svolta dal diritto comunitario, vd. I. QUEIROLO, *Separazione, annullamento, divorzio e responsabilità genitoriale: il regolamento CE 2201/2003*, in G. FERRANDO (dir.), *Il nuovo diritto di famiglia*, I, Bologna, 2007, pp. 1107 ss.

<sup>3</sup> Vd., sul punto, reg. (CEE) n. 1612/1968 del Consiglio del 15 ottobre 1968, pubblicato in *GUCE* L 257, 19-10-1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all’interno della Comunità, poi modificato dalla dir. 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, pubblicata in *GUUE*, L 229, 29-6-2004, relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. Per una più ampia panoramica sull’evoluzione legislativa in materia, vd. L. TOMASI, *La nozione di famiglia negli atti dell’Unione e della Comunità europea*, in S. BARIATTI, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, pp. 47 ss.

<sup>4</sup> Cfr. Corte giust., sent. 23 settembre 2003, causa C-109/01, *Hacene Akrich c. Secretary of State for the Home Department*, in *Racc.*, I-9607 ss.; sent. 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast e R c. Secretary of State for the Home Department*, in

base al sesso<sup>5</sup>. Inoltre, la penetrazione del diritto comunitario in materia di diritto di famiglia passa anche attraverso l'elaborazione di atti normativi di diritto internazionale privato e processuale, adottati ex artt. 61 e 65 CE. In particolare, ai sensi dell'art. 65, par. 1, lett. b) CE, le Istituzioni hanno competenza a promuovere la «compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale» e, quindi, ad uniformare le regole di diritto internazionale privato in materia di famiglia, non esistendo, peraltro, una specifica base giuridica per armonizzare le norme sostanziali del diritto di famiglia<sup>6</sup>.

2. La nozione di nucleo familiare ancora oggi esistente nell'ordinamento comunitario, non solo in relazione alla disciplina che regola la libera circolazione delle persone e quella in tema di ricongiungimento, ma anche sotto il profilo del diritto internazionale privato e processuale, senza peraltro trovare una specifica codificazione e definizione normativa, è quella della famiglia tradizionalmente intesa: monogamica ed eterosessuale. Pertanto, il rapporto di coniugio che rileva a tal proposito è quello tra individui di sesso diverso, che siano legalmente sposati e legati da un'unione autentica, genuina e non fittizia, cioè contratta al solo scopo di eludere la normativa sull'ingresso ed il soggiorno in uno Stato membro dell'Unione europea<sup>7</sup>.

Esiste, dunque, una netta distinzione fra la famiglia sopra delineata e quella riconducibile alle fattispecie dell'unione registrata e della convivenza, che vede ancor più ampliare i suoi confini e, dunque, la distanza sia concettuale che sostanziale fra le differenti tipologie familiari, laddove si prenda in esame un'unione omosessuale.

In verità, nella giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo la tutela accordata ad unioni diverse dal matrimonio tradizionale, almeno ai fini dell'esercizio delle libertà comunitarie, è stata del tutto sporadica e circoscritta a casi che la stessa Corte di giustizia non ha esitato a dichiarare eccezionali o giustificati dall'esigenza di garantire il rispetto di principi generali, come il divieto di discriminazione in base al sesso o alla nazionalità<sup>8</sup>. Soltanto alla luce della normativa comunitaria più recente le differenti tipologie di rapporti familiari assumono un peculiare rilievo, peraltro nei limiti in cui gli stessi sono riconosciuti come istituti giuridici disciplinati, per di più in maniera non uniforme, dalle singole legislazioni nazionali.

Appare opportuno sottolineare che anche la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ai sensi dell'art. 12 CEDU, considera innanzitutto la nozione di vita familiare in relazione alla famiglia tradizionale, fondata sul matrimonio<sup>9</sup>, ma ha riconosciuto, sebbene di recente, il diritto dei transessuali di sposarsi<sup>10</sup>. Del resto, onde evitare ogni discriminazione, la tutela apprestata all'unione familiare dall'art. 8 CEDU, oltre ad essere garantita alle coppie eterosessuali non unite in matrimonio, è assicurata indirettamente altresì agli omosessuali, nell'ottica di una tutela della vita

---

*Racc.*, I-7091 ss.; sent. 25 luglio 2002, causa C-459/99, *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) c. Stato belga*, in *Racc.*, I-6591 ss.; sent. 11 luglio 2002, causa C-60/00, *Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, in *Racc.*, pp. I-6279 ss.

<sup>5</sup> Cfr., circa i diritti degli omosessuali, Corte giust., sent. 17 febbraio 1998, causa C-249/96, *Lisa Jaqueline Grant c. South West Train Ltd*, in *Racc.*, I-621 ss.; inoltre, in tema di transessualismo, Corte giust., sent. 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P c. S. e Cornwall County Council*, in *Racc.*, pp. I-2143 ss.

<sup>6</sup> Cfr. M. CONDINANZI-C. AMALFITANO, *La libera circolazione della "coppia" nel diritto comunitario*, in *Dir. Un. eur.*, Milano, 2008, n. 2, p. 402.

<sup>7</sup> Cfr., in argomento, C. RICCI, *La «famiglia» nella giurisprudenza comunitaria*, in S. BARIATTI, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, cit., pp. 91 ss.

<sup>8</sup> Vd., per tutte, Corte giust., sent. 31 maggio 2001, cause riunite C-122/99 P e C-125/99 P, *D e Svezia c. Consiglio*, in *Racc.*, pp. I-4319 ss.

<sup>9</sup> Cfr. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, *Famille et Convention européenne des Droits de l'Homme*, in *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdall*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2000, pp. 281 ss.

<sup>10</sup> Vd., sul punto, Corte EDU sent. 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2002, VI, parr. 77-84 e 97-104.

privata, che, in un’interpretazione estensiva, si spinge fino a ricomprendere quella familiare<sup>11</sup>.

In particolare, in relazione all’art. 8 CEDU, la Corte di Strasburgo ha segnalato come dal punto di vista prettamente scientifico non vi sia ancora stata nessuna scoperta definitiva circa le cause che vedono il determinarsi dell’individuo come omosessuale o transessuale, ma viene ritenuto significativo il fatto che a livello internazionale è largamente riconosciuto che almeno il transessualismo costituisce una condizione psicofisica che giustifica un trattamento<sup>12</sup>.

Per altro verso, è davvero significativo che, muovendo da considerazioni analoghe, la Corte di giustizia ha considerato contrario alla parità di trattamento, rilevante ai sensi dell’art. 141 CE, il fatto che due soggetti, di cui uno transessuale, non potessero contrarre matrimonio, pur ritenendo, invece, ammissibile che la legislazione nazionale considerasse quale presupposto per la concessione della pensione di reversibilità il fatto che i soggetti in questione avessero contratto matrimonio<sup>13</sup>.

Ci sono, dunque, elementi chiari e non contestati che evidenziano una continua tendenza non solo verso l’accettazione sociale dei transessuali, ma anche riguardo al riconoscimento giuridico della nuova identità sessuale di quelli che di essi si sono sottoposti ad intervento chirurgico. Invero, secondo i giudici di Strasburgo, non vi è alcun rischio reale di pregiudizio per i terzi dal riconoscimento giuridico della modificazione sessuale fisica, anche se non vanno sottovalutate le conseguenze sotto il profilo pensionistico ed assicurativo, del diritto di famiglia, di successione; ma è pur vero che si tratta di questioni non insormontabili, a fronte delle quali la contropartita è rappresentata dal diritto della persona a vivere nella dignità e nel rispetto della sua natura sessuale.

Del resto, l’affermazione e la tutela della libertà e della dignità dell’uomo appartengono all’essenza stessa della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Infatti, l’art. 8 CEDU protegge la sfera personale di ciascun individuo, compreso il diritto di stabilire i dettagli della sua identità sessuale, nell’ottica del pieno godimento del diritto allo sviluppo personale e all’integrità fisica e morale.

In effetti, anche l’art. 12 CEDU, sebbene preveda il diritto per “un uomo e una donna” di contrarre matrimonio, secondo l’interpretazione evolutiva che ne ha dato la stessa Corte di Strasburgo, non può oggi implicare che il sesso debba essere determinato secondo criteri puramente biologici. Infatti, dall’epoca dell’adozione della Convenzione in parola, la concezione ed anche l’istituzione del matrimonio sono state modificate dall’evoluzione della società; senza contare che i progressi della medicina e della scienza hanno comportato cambiamenti radicali in tale ambito e che gli interventi terapeutici o chirurgici permettono a chiunque di assumere il sesso al quale sente di appartenere.

**3.** La tendenza generale nei Paesi occidentali, dunque, è indirizzata verso il riconoscimento giuridico della modificazione del sesso, non solo grazie al progresso che la medicina ha conseguito negli ultimi decenni, ma altresì in conseguenza dell’evoluzione del comune sentire sociale, che riconosce ormai come un diritto l’espressione della propria identità sessuale, sia nella dimensione personale che in quanto coppia.

In particolare, il diritto a contrarre matrimonio è stato accolto in moltissimi ordinamenti europei<sup>14</sup>, anche se con discipline e casistiche differenti ed, inoltre, l’art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea garantisce ad ogni individuo, secondo le leggi nazionali che ne disci-

<sup>11</sup> Cfr. Corte EDU, sent. 22 aprile 1997, *X, Y e Z c. Regno Unito*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 1997, II; più di recente, Corte EDU., sent. 24 ottobre 2003, *Karner c. Austria*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 2003, IX; inoltre, in dottrina, sulla richiamata interpretazione estensiva, S. TONOLO, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007, pp. 38 ss.

<sup>12</sup> In materia, vd. l’evoluzione giurisprudenziale determinatasi a partire da Corte EDU, sent. 17 ottobre 1986, *Mark Rees c. Regno Unito*, in *Recueil des arrêts et décisions*, 1986, IX, fino ad arrivare a Corte EDU, sent. 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, cit.

<sup>13</sup> Cfr. Corte giust., sent. 7 gennaio 2004, causa C-117/01, *K.B. c. National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, in *Racc.*, pp. I-541 ss.

<sup>14</sup> Fra gli ordinamenti europei che hanno riconosciuto il diritto a contrarre matrimonio, ricordiamo: Austria, Belgio, Danimarca, Estonia, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Islanda, Italia, Lettonia, Lussemburgo, Olanda, Norvegia, Slovacchia, Spagna, Svezia, Svizzera, Turchia, Ucraina.

plinano l'esercizio, il diritto di sposarsi e quello di costituire una famiglia; quindi, senza che si faccia alcun riferimento ad uomini e donne<sup>15</sup>.

L'ordinamento italiano consente il matrimonio a coloro che abbiano modificato i propri caratteri sessuali biologici attraverso un trattamento medico-chirurgico, quale condizione necessaria per ottenere la preventiva rettifica dell'attribuzione del sesso sui registri di stato civile. La normativa di riferimento è la L. n. 164/1982, che consente l'attribuzione di un sesso diverso da quello anagrafico in seguito a intervenute modificazioni dei caratteri sessuali<sup>16</sup>.

L'Italia, tuttavia, non ha mai emesso una circolare applicativa della suddetta legge, per cui l'opera giurisdizionale svolta da parte dei diversi tribunali è disomogenea e spesso discordante. L'autorizzazione alla rettifica viene di fatto subordinata all'effettuazione di un intervento chirurgico sui genitali, mentre raramente sono autorizzati simili interventi sui caratteri sessuali secondari<sup>17</sup>.

Peraltro, la richiamata normativa presenta alcuni limiti. Il primo è che il cambiamento di sesso è subordinato a un giudizio di idoneità, formulato attraverso una perizia sulle caratteristiche psicologiche e sessuali del soggetto ad opera di un "esperto", nominato dal tribunale, di solito uno psichiatra o uno psicologo, ma di fatto frequentemente i soggetti interessati lamentano errori diagnostici, eccessiva lunghezza dei tempi di realizzazione e costi decisamente elevati per la perizia, oltre che, in linea generale, si rivendica la possibilità di autodeterminazione della propria condizione di vita transessuale. L'altra grande questione è che la legge italiana ammette il cambiamento di genere e di nome esclusivamente dopo l'intervento di riattribuzione del sesso. Ciò, peraltro, impedisce un vero *real life test* che consenta, anche per un periodo circoscritto, di avere piena autocoscienza della condizione sessuale a cui si tende e di viverla pubblicamente fino in fondo prima di una effettiva ed irreversibile trasformazione chirurgica.

Inoltre, questa limitazione della legge non tiene conto del fatto che molti transessuali non sentono indispensabile il ricorso all'intervento chirurgico di rettifica sessuale, pur avvertendo la forte necessità del cambiamento di genere, da esprimersi almeno attraverso la variazione del nome.

Ancora più netta è la posizione degli omosessuali, che il più delle volte, pur manifestando l'esigenza di voler suggellare col matrimonio il loro rapporto sentimentale con un individuo del loro stesso genere sessuale, non contemplan affatto né l'intervento chirurgico e neppure la modifica anagrafica.

In alcuni Paesi europei, in particolare Olanda e Germania, oltre ad una legge simile a quella italiana per il cambio di sesso, esiste l'alternativa della c.d. "piccola soluzione", che permette di ottenere la rettifica anagrafica del nome, in modo temporaneo o permanente, anche senza la riattribuzione chirurgica del sesso, in genere dopo l'avvio delle relative cure ormonali, su richiesta dell'interessato e sulla base di perizie rilasciate da specialisti anche non nominati dal tribunale.

Essa, a differenza della c.d. "grande soluzione", non cambia l'attribuzione del genere della persona, ma solo il suo nome. In altre parole, sul documento d'identità apparirà il nuovo nome tipico del genere sessuale a cui si sente di appartenere, ma sul certificato di nascita la classificazione sarà sempre quella originaria e questa apparirà anche sui documenti, come il passaporto, che riportano appunto il genere di nascita.

---

<sup>15</sup> Vd. Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, pubblicata in *GUCE*, C 364, 18-12-2000. Nel dettaglio, l'art. 9 così dispone: «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».

<sup>16</sup> V. L. 14 aprile 1982, n. 164, recante "Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso", pubblicata in *GURI* n. 106, 19-4-1982. La domanda deve essere presentata al Tribunale competente con ricorso. Il giudice può disporre una consulenza per accertare le condizioni psicosessuali dell'interessato. Se risulta necessario un adeguamento dei caratteri sessuali mediante trattamento medico-chirurgico, il Tribunale lo autorizza con sentenza. Dopo tale trattamento viene disposta la rettificazione di attribuzione di sesso. Quando non è necessario autorizzare il trattamento, il Tribunale provvede con sentenza ad accogliere o respingere la domanda di rettificazione. Se l'accoglie, ordina all'ufficiale di stato civile del comune dove fu compilato l'atto di nascita di effettuare la rettificazione sul registro. La sentenza non ha effetto retroattivo, ma provoca lo scioglimento dell'eventuale matrimonio o la cessazione dei suoi effetti civili.

<sup>17</sup> Cfr. G. ZANCHINI, *Transessualità: da Strasburgo un'importante sentenza*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, Roma, 2002, n. 3, pp. 1 ss.

In Italia esiste una proposta di legge, firmata in maniera trasversale da esponenti di diversi schieramenti politici, che giace inerte, in attesa di essere calendarizzata per la discussione in aula e che consentirebbe l'adeguamento del nome sui documenti al genere sessuale in cui si appare e si vive, colmando così quella che da molti è avvertita come una gravissima lacuna. Secondo tale proposta il suddetto cambiamento potrebbe essere richiesto quando vi sia un'effettiva differenza fra l'aspetto fisico apparente ed il nome riportato sui documenti; inoltre, la modifica potrebbe avvenire anche in maniera non definitiva, semplicemente dietro presentazione di una istanza dell'interessato, accompagnata da una perizia che ne certifichi la necessità. Essa, in effetti, non muterebbe il genere di appartenenza dell'individuo in questione e neppure il suo *status* giuridico di “maschio” o “femmina”, secondo la determinazione sessuale assegnata al momento della venuta al mondo, ma unicamente consentirebbe a chi ha perso le forme apparenti tipiche del suo sesso di nascita di presentarsi pubblicamente con un nome congruo alla sua identità psicofisica<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> V. proposta di legge 1° luglio 2002, n. 2939, recante “Norme in materia di adeguamento del nome all'identità psicofisica della persona”, che intende introdurre in Italia quella che la legge tedesca del 10-9-1980 sul cambiamento dei prenomi e sulla determinazione dell'appartenenza sessuale in casi particolari, definisce “*Kleine Losung*”, ovvero “piccola soluzione”, cioè la possibilità per la persona *transgender* o transessuale nella fase di transizione di adeguare il nome all'identità psicofisica ed all'aspetto esteriore.





GAETANO MARZULLI\*

## *Right to marry e same-sex couples: spunti di riflessione comparatistica dalla recente evoluzione giurisprudenziale statunitense*

**SOMMARIO:** 1. La natura “cosmopolitica” della tutela della minoranza omosessuale. – 2. L’evoluzione del concetto di “società naturale” da *Loving v. Virginia* a *Lawrence v. Texas*. – 3. L’incostituzionalità del *same-sex marriage ban* a livello statale. – 4. Osservazioni conclusive.

1. *La natura “cosmopolitica” della tutela della minoranza omosessuale.* – In una delle memorie depositate nell’ambito del discusso procedimento vertente sulla legittimità costituzionale del cd. “Lodo Alfano”, la Procura di Milano, rappresentata da Alessandro Pace, ha argomentato, per la prima volta, la tesi dell’illegittimità costituzionale della legge oggetto del giudizio facendo ricorso ad un precedente di una Corte straniera per identità di *ratio iuris*<sup>1</sup>. Sebbene la Corte abbia negato l’ammissibilità dell’intervento della Procura nel giudizio in questione, il richiamo rappresenta un sintomo della tendenza all’emersione di quella “giustizia costituzionale cosmopolitica” che va affermandosi quale conseguenza della “globalizzazione costituzionale”<sup>2</sup> e che trova nella giurisprudenza delle corti supreme un canale di diffusione preferenziale<sup>3</sup>. Se la necessità dell’utilizzo della comparazione nell’interpretazione costituzionale può porsi in generale in relazione a qualsiasi questione sottoposta all’attenzione del giudice delle leggi, essa rileva tanto più quando attiene ad un principio generalissimo e “intrinsecamente universale” quale è il principio di uguaglianza, nell’applicazione del quale entra più frequentemente in gioco l’interpretazione della costituzione. In particolare, l’applicazione giurisprudenziale del principio di uguaglianza risulta attualmente essere particolarmente feconda in riferimento alla discriminazione contro la minoranza degli omosessuali, che si potrebbe definire “nuovo paradigma della discriminazione”, anche in ragione della giovane età della sua “ufficiale costituzionalizzazione”, ossia dell’esplicitazione del divieto di discriminazione

---

\* Dottorando di ricerca in *Istituzioni e politiche comparate*, Università di Bari.

<sup>1</sup> Per contrastare la tesi della necessità della sospensione automatica e generalizzata di tutti i procedimenti penali nei confronti di una delle “alte cariche” dello Stato, è stata richiamata la sentenza della Corte suprema degli Stati Uniti d’America relativa al caso del 1997 *Clinton v. Jones* (520 U.S. 681), nella quale è stato affermato che il possibile intralcio al disbrigo delle funzioni presidenziali non può costituire il pretesto per sostenere l’improcedibilità temporanea dei giudizi nei quali il Presidente sia coinvolto per fatti non attinenti all’esercizio delle proprie funzioni. Cfr. M.A. CALABRÒ, *I pm: lodo Alfano illegittimo. E citano il caso di Bill Clinton*, dal *Corriere della Sera* del 16-9-2009, p. 10; A. PACE, “Cinque pezzi facili”: l’incostituzionalità della legge Alfano, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>.

<sup>2</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, pp. 297-311; ID., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino, 2009, spec. p. 392 ss.

<sup>3</sup> Cfr. P. RIDOLA, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, in G. ALPA (cur.), *Il giudice e l’uso delle sentenze straniere*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 15-33, reperibile in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: una ricerca sul nulla?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, pp. 1993-2020; A. BALDASSARRE, *La Corte costituzionale italiana e il metodo comparativo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, pp. 983-990; A. SPERTI, *Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2006, 125-165, reperibile in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>; ID., *Le difficoltà connesse al ricorso alla comparazione a fini interpretativi nella giurisprudenza costituzionale nel contesto dell’attuale dibattito sull’interpretazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, pp. 1033-1047.

sulla base dell'orientamento sessuale, avvenuta per la prima volta all'interno della costituzione del Sudafrica del 1996<sup>4</sup>.

Negli Stati Uniti l'evoluzione della giurisprudenza sulla discriminazione della minoranza omosessuale ricorda quella progressiva affermazione della tutela della minoranza nera<sup>5</sup> che ha caratterizzato lo sviluppo costituzionale del principio di uguaglianza fin dalle sue origini: affermato per la prima volta in modo enfatico e programmatico nella Dichiarazione d'indipendenza del 1776<sup>6</sup>, esso trova una precisa formulazione vincolante solo nel XIV emendamento<sup>7</sup>, ottant'anni dopo l'entrata in vigore della costituzione, nel trittico di emendamenti detti "della ricostruzione", adottati dopo la fine della guerra civile americana primariamente per sancire l'abolizione della schiavitù. La relativa previsione nel XIV emendamento (la *equal protection clause*), com'è noto, fa riferimento ad una concezione di uguaglianza intesa in senso puramente formale (com'era proprio delle costituzioni liberali dell'epoca). La formulazione di questa parte della disposizione, neutra e priva di orientamento teleologico («no state shall [...] deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws») non ha impedito all'evoluzione della giurisprudenza costituzionale di conferire alla norma un contenuto volto all'effettività del principio di uguaglianza, a dispetto del suo tenore letterale "minimale"<sup>8</sup>: è nell'applicazione di questa norma, infatti, che il *judicial activism* della Corte suprema si è manifestato con maggiore intensità<sup>9</sup>.

2. *L'evoluzione del concetto di "società naturale" da Loving v. Virginia a Lawrence v. Texas.* – Il precedente fondamentale nell'analisi del paradigma della "società naturale" che la legge tutela attraverso l'istituzione del matrimonio è da rinvenirsi nella celebre sentenza *Loving v. Virginia*<sup>10</sup>, pronunciata nel 1967. È proprio con tale statuizione che la Corte suprema presieduta da Earl Warren supera l'orientamento per il quale l'applicazione dell'*equal protection* impone la mera sottoposizione della stessa disciplina a soggetti diversi. La sentenza dichiarò illegittimo il reato di matrimonio interrazziale<sup>11</sup> introdotto dal *Racial Integrity Act* del 1924: nella sentenza di condanna impugnata la giustificazione del divieto del matrimonio era incentrata sulla tutela di un presunto "paradigma naturale" di matrimonio, prescritto da un disegno divino sconvolto a causa dell'intervento umano e dalle contingenze storiche<sup>12</sup>. La sentenza *Loving*, pronunciata dalla Corte Warren all'unanimità, ribaltò

<sup>4</sup> Cfr. Costituzione del Sudafrica del 1996, art. 9, co. 3.

<sup>5</sup> Cfr. C.R. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Bologna, il Mulino, 2009, pp. 240 ss., tr. it. di *Designing Democracy: What the Constitutions Do*, Oxford University Press USA, New York, 2002.

<sup>6</sup> In cui si afferma: «[...] We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal [...]».

<sup>7</sup> XIV emendamento della Costituzione degli Stati Uniti d'America, sezione 1: «All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws».

<sup>8</sup> Cfr. M. MONTALTI, *L'eguaglianza come valore e nelle sue declinazioni normative ...*, in *Pol. dir.*, 2009, p. 115.

<sup>9</sup> La stagione dell'attivismo giudiziario della Corte suprema si fa coincidere con la Presidenza di Earl Warren (1953-1969), in particolare a partire dalla radicale svolta rappresentata dalla sentenza *Brown v. Board of Education of Topeka* (347 U.S. 483), del 1954. In tale pronuncia, superando la dottrina «*separate but equal*» enucleata nel precedente del 1896 *Plessy v. Ferguson* (163 U.S. 537), la Corte, all'unanimità, attuò un'interpretazione sostanzialista del principio di eguaglianza per porre fine alla segregazione razziale nel campo dell'istruzione scolastica, imponendo un obbligo di *facere* con una sentenza simile ad un'«addiva di principio» ma «rivolta a tutti gli Stati dell'Unione», cfr. C. PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2008, 3-36, spec. pp. 11-15.

<sup>10</sup> *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967), reperibile all'indirizzo <http://laws.findlaw.com/us/388/1.html>, definito da Sunstein «il caso più giustamente intitolato dell'intera storia del diritto americano»: si veda C.R. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, cit., p. 278.

<sup>11</sup> Di cui al *Virginia Code*, Sez. 20-58, pp. 20-59.

<sup>12</sup> Cfr. *Loving v. Virginia*, cit.: «*Almighty God created the races white, black, yellow, malay and red, and he placed them on separate continents. And but for the interference with his arrangement there would be no cause for such marriages. The fact that he separated the races shows that he did not intend for the races to mix.*».

l'orientamento, richiamato dai difensori dello Stato della Virginia, per il quale il divieto di matrimonio interrazziale non poteva godere della *equal protection under the law*, dal momento che tale norma colpiva indistintamente bianchi e persone di colore, ai quali era ugualmente proibito il matrimonio con persone dell'altra razza. La Corte, facendo leva sul significato sostanziale del principio di uguaglianza, mosse, in questa sentenza, per la prima volta, un penetrante affondo a questa logica, argomentando che l'"*equal application*" non basta a rendere immune una legge che implichi una discriminazione razziale dalla necessità della giustificazione richiesta dal XIV emendamento: questo perché la *ratio* alla base del divieto di ibridazione razziale era quella di mantenere uno *status quo* "naturale" (e addirittura prescritto dal piano divino) rispetto al quale la mescolanza razziale era considerata un'interferenza. In realtà, secondo i giudici della Corte suprema, il solo dato dimostrabile in quel caso era che il mantenimento dello *status quo* era funzionale al mantenimento della "Supremazia Bianca", dato che l'ibridazione conseguente al matrimonio cancellerebbe il concetto stesso di "razza" e dunque la supremazia razziale. A partire da uno studio di A. Koppelman<sup>13</sup>, C.R. Sunstein ha spiegato come l'odierna questione relativa al *same-sex marriage* si presenti analoga a quella del caso *Loving* e come l'impatto di questo tipo di unioni sul pensiero tradizionale abbia delle pesanti ricadute sulle distinzioni categoriali fondate su stereotipizzazioni dei ruoli sessuali, le quali hanno una estrema rilevanza sul piano giuridico nel momento in cui sono poste alla base di leggi che perseguono fini costituzionalmente illegittimi. L'Autore evidenzia come, facendo venir meno le tradizionali distinzioni dei ruoli all'interno delle coppie, le coppie omosessuali indeboliscono le idee esistenti sulle differenze naturali tra sessi che fondano il sistema di caste basato sul genere, lo stesso indebolimento che l'ibridazione razziale produce con il sistema di caste basato sulla razza, motivo per il quale egli ritiene *Loving v. Virginia* «il precedente cruciale per la tutela dei matrimoni o delle unioni tra appartenenti allo stesso sesso»<sup>14</sup>. Tali considerazioni, nell'ambito del presente dibattito, rendono evidente come un'interpretazione "ontologica" del presunto paradigma eterosessuale che si ricaverebbe dall'art. 29 della Costituzione italiana, cristallizzando una necessaria distinzione di ruoli conseguente alla distinzione dei generi, diverrebbe il mezzo per il mantenimento della tradizionale subordinazione che il disegno costituzionale ha inteso superare, laddove, per essere finalizzato al mantenimento dell'«eguaglianza morale e giuridica dei coniugi» esso deve invece essere inteso come una sua «premessa storica e fenomenica»<sup>15</sup>.

La recente evoluzione giurisprudenziale in materia è stata "innescata", a livello statale, dalla sentenza della Corte suprema federale *Lawrence v. Texas*<sup>16</sup>, del 2003, con la quale è stata dichiarata inconstituzionale la disposizione che qualificava come reati i rapporti sessuali tra persone dello stesso sesso (una delle c.d. *sodomy laws* all'epoca ancora in vigore negli Stati Uniti)<sup>17</sup>, ribaltando l'orientamento espresso nel precedente *Bowers v. Hardick*<sup>18</sup>, del 1986. Di tale ultima sentenza è rimasta celebre la *concurring opinion* dell'allora *Chief Justice* Warren Burger, in cui egli citò i *Commentaries* di Blackstone a proposito della natura intrinsecamente "nefanda" della sodomia, «*crime not fit to be named*», nonché il diritto penale romano antico in materia, con riferimento ai codici teodosiano e giustiniano. Per comprendere l'*overruling* compiuto in *Lawrence v. Texas* e la successiva evoluzione a livello statale, è necessario fare riferimento ai criteri che la giurisprudenza costituzionale statunitense ha elaborato nelle proprie valutazioni di legittimità costituzionale sull'applicazione del principio di uguaglianza, a partire dall'affermazione<sup>19</sup> della necessità di ponderazione differenziata del controllo di costituzionalità da applicare alla norma impugnata<sup>20</sup>. L'interpretazione evolutiva del

<sup>13</sup> A. KOPPELMANN, *Why Discrimination Against Lesbians and Gay Men is Sex Discrimination*, in *N. Y. U. L. Review*, 1994, pp. 197 ss.

<sup>14</sup> Cfr. C.R. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, cit., p. 282.

<sup>15</sup> Cfr. le considerazioni di B. PEZZINI sul paradigma eterosessuale del matrimonio, in questi *Atti*.

<sup>16</sup> *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) reperibile all'indirizzo <http://laws.findlaw.com/us/000/02102.html>.

<sup>17</sup> *Texas Penal Code* (1999), Sez. 21.06.

<sup>18</sup> *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), reperibile all'indirizzo <http://laws.findlaw.com/us/478/186.html>.

<sup>19</sup> Nella celebre nota 4 della sentenza *United States v. Carolene Products Co.*, 304, U.S. 144 (1938), reperibile all'indirizzo <http://laws.findlaw.com/us/304/144.html>.

<sup>20</sup> Cfr. L. FABIANO, *Le categorie sensibili dell'eguaglianza negli Stati Uniti d'America*, Giappichelli, Torino, 2009.

XIV emendamento portò alla formale elaborazione giurisprudenziale della teoria delle “classificazioni sospette”, per la quale alcuni tipi di normativa, che stabiliscono un trattamento differente per differenti categorie di persone, vengono guardate dal giudice costituzionale “con sospetto”, per il solo fatto di incidere su una determinata categoria di persone oppure di incidere sul godimento di un diritto qualificato come “diritto fondamentale”, e pertanto sono sottoposte ad un sindacato più penetrante. Lo *scrutiny* può essere deferente verso la volontà del legislatore (*minimal*)<sup>21</sup> o più intenso nell’interpretazione dell’atto legislativo giudicato (*strict*)<sup>22</sup>. Tra i due estremi, la giurisprudenza ha individuato anche uno scrutinio intermedio (*intermediate*)<sup>23</sup>. Ad una maggior rigidità dello scrutinio, corrisponde un maggior onere della prova per il legislatore nella dimostrazione della legittimità dell’interesse perseguito dalla norma impugnata. In *Bowers v. Hardwick* la Corte anzitutto negò l’applicabilità tanto dello *strict scrutiny* (in quanto non si era in presenza della violazione di un diritto fondamentale) quanto dell’*intermediate scrutiny* (in quanto il parametro costituzionale invocato era correlato alla *due process clause* e non al principio di uguaglianza) per sottoporre la previsione normativa al test minimo di ragionevolezza (*rational-basis test*): la Corte concluse che a tal proposito la previsione legislativa in questione non necessitasse di altra giustificazione diversa dalla presunta considerazione della maggioranza dell’elettorato circa l’immoralità della sodomia. Diciassette anni dopo la Corte suprema ha dichiarato incostituzionali tutte le leggi penali che punivano la sodomia tra adulti consenzienti in *Lawrence v. Texas*: questa volta, tuttavia, essa ha mutato il suo *iter* argomentativo affermando che la presunta considerazione della maggioranza che governa circa l’immoralità di un certo comportamento non costituisce da sola base sufficiente per affermare la legittimità costituzionale di una legge e che le decisioni individuali inerenti l’intima sfera dei rapporti fisici, anche non finalizzati alla procreazione, non può essere in alcun modo invasa dall’autorità statale, in quanto tutelata dal diritto alla *privacy* costituzionalmente garantito nella “penombra” della *due process clause*<sup>24</sup>. Nella *majority opinion* il Justice A. Kennedy ha inoltre richiamato il precedente *Dudgeon v. the United Kingdom*<sup>25</sup> della Corte europea dei diritti dell’uomo, risalente al 1981 e dunque antecedente a *Bowers*, per confutare l’argomentazione vertente sulla “consolidata tradizione occidentale” della repressione delle condotte omosessuali, citazione che ha riaperto negli USA il dibattito sull’utilizzo dei precedenti giurisprudenziali di Corti straniere nell’interpretazione costituzionale<sup>26</sup>. La scelta di motivare la dichiarazione di incostituzionalità sulla base della tutela della *privacy* anziché dell’*equal protection clause* è stata giustificata dalla necessità di impedire che l’adozione di future leggi contenenti un divieto analogo ma generalizzato e pertanto non discriminatorio (ossia un divieto di rapporti sodomitici indistintamente valevole per omosessuali ed eterosessuali). Tale scelta è tuttavia stata oggetto di critiche poiché se la Corte avesse proceduto a riconoscere come *suspect* la classificazione “orientamento sessuale” sarebbe stato onere del legislatore dimo-

<sup>21</sup> Quando si utilizza il *minimal scrutiny* «gli oneri imposti dall’atto controllato devono essere semplicemente *not irrational*» e dunque «la legislazione deve avere un legame razionale con i fini del *government* che devono essere legittimi, e non deve imporre degli oneri irrazionali agli individui», cfr. L. FABIANO, *Le categorie sensibili*, cit., pp. 65-66.

<sup>22</sup> Quando la Corte applica lo *strict scrutiny*, per non incorrere in censure sotto il profilo costituzionale «lo *Statute* deve direttamente perseguire *compelling governmental interests* e, nel farlo, deve essere il meno restrittivo possibile», cfr. *ivi*.

<sup>23</sup> Con l’*intermediate scrutiny* la Corte verifica che la legislazione sia «*substantially related* rispetto ad *important or substantial governmental interests*» e che non imponga «*substantially more burdensome than necessary to advance these interests*», cfr. *ivi*, p. 66.

<sup>24</sup> Il precedente richiamato è *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), reperibile all’indirizzo <http://laws.findlaw.com/us/381/479.html>, con il quale sulla base del diritto alla *privacy* sono state invalidate le leggi che proibivano l’uso di contraccettivi da parte di persone sposate.

<sup>25</sup> *Dudgeon v. United Kingdom*, 45 Eur. Ct. H.R. (ser. A) at 36 (1981), reperibile in <http://cmiskp.echr.coe.int>.

<sup>26</sup> A proposito del richiamo a *Dudgeon*, il Justice Scalia nella sua opinione dissenziente ammonì la Corte, definendo pericolose le affermazioni tendenti ad imporre agli americani «*foreign moods, fads, or fashions*». L’anno seguente il divieto di interpretare la costituzione sulla base di documenti giuridici diversi da quelli nazionali è stato significativamente oggetto di una proposta di legge, successivamente non approvata, il *Constitution Restoration Act*. Cfr. W.N. ESKRIDGE, *United States: Lawrence v. Texas and the imperative of comparative constitutionalism*, in *Int. Jnl. of Constitutional Law*, 2004, pp. 555-560; M.V. TUSHNET, *The Constitution Restoration Act and Judicial Independence: Some Observations*, in *Case W. Res. L. Rev.*, 2006, pp. 1071-1082; R. KAHN, *The Constitution Restoration Act, Judicial Independence, and Popular Constitutionalism*, in *Case W. Res. L. Rev.*, 2006, pp. 1083-1118.

strare la presenza di uno specifico “*compelling*” *government interest* in relazione a qualsiasi atto legislativo avente ad oggetto la categoria degli omosessuali. Ciò avrebbe avuto una ricaduta immediata anche sulla legislazione matrimoniale, sulla quale la Corte suprema ha invece, per tale via, prudentemente evitato di prendere posizione. Autorevole dottrina non ha mancato, tuttavia, di evidenziare come la decisione abbia comunque un’indubbia rilevanza in quanto essa non può essere ridotta unicamente alla censura sulla persecuzione penale di condotte sessuali; il vero obiettivo che la Corte intende colpire è invece il discredito che alla categoria degli omosessuali deriva dalla semplice esistenza di una fattispecie penale per le proprie condotte: lo stesso discredito che deriverebbe alla categoria dalla negazione, da parte dello Stato, all’accesso all’istituto del matrimonio<sup>27</sup>.

**3. L’incostituzionalità del same-sex marriage ban a livello statale.** – Tale rilievo è stato accolto dalla successiva giurisprudenza a livello statale, che, dopo *Lawrence*<sup>28</sup>, ha dichiarato l’incostituzionalità del *same-sex marriage ban*. Ci si riferisce in particolare alle decisioni in materia pronunciate tra il 2004 e il 2009 dalle Corti supreme del Massachusetts<sup>29</sup>, della California<sup>30</sup>, del Connecticut<sup>31</sup> e dell’Iowa<sup>32</sup>, accomunate dalla scelta da parte dei giudici di utilizzare l’*equal protection clau-*

<sup>27</sup> Cfr. L.H. TRIBE, *Lawrence v. Texas: The Fundamental Right That Dare Not Speak Its Name*, in *Harv. L. Rev.*, 2004, pp. 1893-1955, spec. pp. 1945-1951.

<sup>28</sup> Il primo precedente in tal senso è in realtà di dieci anni antecedente e viene dalle Hawaii (*Baehr v. Lewin*, 852 P. 2d, 44, Haw. 1993), dove per la prima volta fu dichiarata l’incompatibilità tra il divieto di contrarre matrimonio per le coppie omosessuali e l’*equal protection* garantita dalla costituzione statale. Questa prima decisione ha segnato l’inizio di un “dialogo multilivello” tra le Corti da un lato e, dall’altro, l’inizio di uno scontro tra giudici e legislatori (che negli USA sono sovente legislatori “popolari”, a causa della diffusione dell’istituto di democrazia diretta della *popular initiative*, con la quale è in molti Stati possibile non solo l’adozione di una nuova legge ma anche la modifica della costituzione statale). Alla presa di posizione della Corte suprema hawaiana, il legislatore federale ha risposto con l’adozione del *Defense of Marriage Act*, nel 1996, che ha affermato, ai fini dell’interpretazione della normativa federale, che la denominazione di “matrimonio” può essere riferita solo all’unione legale tra coppie di individui di sesso opposto. È tuttavia necessario evidenziare come la battaglia per il *same-sex marriage* negli USA sia tutt’ora in pieno svolgimento. La Corte suprema del New Jersey ha stabilito nel 2006 la necessità di estendere alle *same-sex couples* i diritti delle coppie sposate ma ha negato il loro diritto di accedere all’istituto del matrimonio (*Lewis v. Harris*, 908 A.2d 196, N.J. 2006); lo stesso anno il *same-sex marriage ban* è stato dichiarato costituzionalmente legittimo dalle Corti nello Stato di New York (*Hernandez v. Robles*, 855 N.E. 2d 1, N.Y. 2006, in cui viene negata anche l’estensione dei diritti delle coppie sposate alle coppie omosessuali) e in quello di Washington (*Andersen v. King County*, 138 P. 3d 963, Wash. 2006); nel 2007 è stata una Corte d’Appello del Maryland a confermare la legittimità del *ban* (*Conaway v. Deane*, 932 A.2d 571, Md. 2007). In California, dopo una declaratoria di incostituzionalità (di cui si dirà più oltre), il divieto è stato introdotto nuovamente nel novembre del 2008 sotto forma di emendamento costituzionale con una *popular initiative* (la *Proposition 8* del 2008); ciò ha obbligato la Corte suprema a capovolgere il precedente verdetto, riconoscendo la legittimità del divieto (*Strauss v. Horton*, 207 P. 3d 48, Cal. 2009), attualmente oggetto di discussione in un ulteriore procedimento instaurato innanzi ad una Corte distrettuale federale (*Perry v. Schwarzenegger*). Sempre innanzi ad una Corte federale, un procedimento avviato nel 2009 dal Procuratore Generale dello Stato del Massachusetts (*Commonwealth of Massachusetts v. U.S. Dept. of Health and Human Services*), ha posto in dubbio la costituzionalità del *Defense of Marriage Act* federale per violazione delle competenze legislative statali. Il recente fermento in materia è riscontrabile anche a livello legislativo: nel 2009 una *same-sex marriage* è stato introdotto con legge in Vermont, nel Connecticut (in seguito alla sentenza della Corte suprema statale qui richiamata) e nel New Hampshire, mentre nello Stato del Nevada è stata approvata una legge che pur escludendo l’accesso al matrimonio alle coppie omosessuali, riconosce loro una forma di *partnership* che conferisce diritti analoghi a quelli delle coppie sposate. Nel Maine, infine, una legge che ha consentito la celebrazione del matrimonio tra coppie di persone dello stesso sesso entrata in vigore nel settembre del 2009 è stata abrogata nel successivo novembre mediante referendum. Cfr. G. GENTILI, *Editoriale in Palomar – Osservatorio di Diritto costituzionale*, n. 38, reperibile in <http://www.unisi.it/dipec/palomar>; M. MONTALTI, *Same-sex marriage tra protezione statale e principio federale*, in *Quad. cost.*, 2004, pp. 35-63; B. BARBISAN, *Il “new judicial federalism” negli Stati Uniti e la Corte europea di Strasburgo in un caso sulla libertà sessuale degli omosessuali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004, pp. 179-190.

<sup>29</sup> *Goodridge v. Dept. of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003), reperibile all’indirizzo [news.findlaw.com/cnn/docs/conlaw/goodridge111803opn.pdf](http://news.findlaw.com/cnn/docs/conlaw/goodridge111803opn.pdf) nonché *Opinions of the Justices to the Senate*, Mass. 802 N.E.2d 565 (2004), reperibile all’indirizzo [http://www.manwomanmarriage.org/jrm/pdf/Opinions\\_of\\_the\\_Justices\\_to\\_the\\_Senate.pdf](http://www.manwomanmarriage.org/jrm/pdf/Opinions_of_the_Justices_to_the_Senate.pdf); si veda M. MONTALTI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è un diritto fondamentale? Due recenti pronunce in Massachusetts dopo Lawrence v. Texas*, in *Pol. dir.*, 2004, pp. 687-701.

<sup>30</sup> *In re Marriage Cases* 43 Cal. 4th 757 (2008), reperibile all’indirizzo [http://legalpad.typepad.com/my\\_weblog/files/S147999.opinion.pdf](http://legalpad.typepad.com/my_weblog/files/S147999.opinion.pdf).

<sup>31</sup> *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, 289 Conn. 135, 957 A.2d 407 (Conn. 2008), la cui *majority opinion* è reperibile all’indirizzo <http://www.jud.state.ct.us/external/supapp/Cases/AROCr/CR289/289CRI52.pdf>.

se quale parametro sul quale fondare la declaratoria di incostituzionalità. La scelta di avvalersi dell'*equal protection* e non della *due process clause* utilizzata a livello federale, sottende un disegno preciso: nel diritto costituzionale americano la clausola del *due process* è stata finalizzata alla tutela di diritti "tradizionali" rispetto alle novità o ai cambiamenti a breve termine, una tutela rivolta al passato, ed è stata quindi utilizzata come norma "conservatrice". L'*equal protection*, al contrario, è stata concepita come un attacco a prassi tradizionali e ben radicate, e finalizzata a contrastare prassi accettate e invalse che in assenza di essa sarebbero durate e l'uso che se ne è fatto è stato "innovatore"<sup>33</sup>. Nelle decisioni menzionate, alla diffusa argomentazione per la quale l'interesse dello Stato nella tutela del matrimonio eterosessuale sarebbe nella "lunga tradizione" di tale istituzione, le Corti statali hanno opposto che, quando una discriminazione viene giustificata unicamente in ragione della sua natura "tradizionale", ai fini del giudizio di costituzionalità in rapporto all'*equal protection* ciò non ha altro valore se non quello di provare che la legge impugnata ha perpetrato una discriminazione molto a lungo<sup>34</sup> mascherando una disparità di trattamento costituzionalmente illegittima radicata e persistente<sup>35</sup>, in assenza di una motivazione costituzionalmente fondata al mantenimento della tradizione<sup>36</sup>. All'affermazione dell'incostituzionalità le diverse Corti sono pervenute mediante un differente utilizzo dei criteri per la classificazione normativa del divieto: in Massachusetts la Corte ha ritenuto il divieto configgente con le previsioni costituzionali al punto da non superare nemmeno il test minimo di ragionevolezza, e dunque non ha ritenuto necessario indagare sull'eventuale applicabilità di forme di scrutinio più severo, giudicando la scelta del legislatore del tutto irragionevole rispetto al perseguimento di qualsivoglia fine; in California, all'opposto, la Corte ha dichiarato che sulla base della propria giurisprudenza le classificazioni normative fondate sull'orientamento sessuale devono essere considerate sospette e dunque sottoposte allo *strict scrutiny*; nel Connecticut e nell'Iowa si è giunti ad una soluzione intermedia, per la quale alle norme sul *same-sex marriage ban* deve essere applicato l'*intermediate scrutiny*. La differenza tra gli *equal protection test* utilizzati non esclude la ricostruzione di un nucleo motivazioni comuni rilevanti in relazione all'interpretazione costituzionale del *same-sex marriage ban*. In particolare, l'affermazione del *right to marry* quale *fundamental right* (secondo l'insegnamento del precedente *Loving*, per il quale «*marriage is one the basic civil rights of man*») anche per le coppie omosessuali è esplicita nella decisione californiana<sup>37</sup>, ma essa si rinviene anche nelle due pronunce<sup>38</sup> della Corte del Massachusetts e nelle altre più recenti. Il precedente *Lawrence* ha ormai fatto cadere le tradizionali considerazioni che possano fondare la legittima finalità perseguita dallo Stato con la legislazione sul divieto: è ormai innegabile, infatti, che sia possibile avere qualsiasi tipo di rapporto sessuale, a prescindere dall'orientamento sessuale o dalla finalità procreativa, per cui la concezione del matrimonio che la giurisprudenza ha fatto propria diverge della concezione del "paradigma eterosessuale",

<sup>32</sup> *Varnum v. Brien*, 763 N.W.2d 862, (Iowa 2009), reperibile all'indirizzo <http://data.lambdalegal.org>.

<sup>33</sup> Cfr. C.R. SUNSTEIN, *Sexual Orientation and the Constitution: A Note on the Relationship Between Due Process and Equal Protection*, U. Chi. L. Rev., 1988, pp. 1161-1179.

<sup>34</sup> *Varnum v. Brien*, cit.: «*it can allow discrimination to become acceptable as tradition and helps to explain how discrimination can exist for such a long time*».

<sup>35</sup> *In re marriage cases*, cit.: «*the most familiar and generally accepted of social practices and traditions often mask an unfairness and inequality that frequently is not recognized or appreciated by those not directly harmed by those practices or traditions*».

<sup>36</sup> *Kerrigan v. Commissioner of Public Health*, cit.: «*When tradition is offered to justify preserving a statutory scheme that has been challenged on equal protection grounds, we must determine whether the reasons underlying that tradition are sufficient to satisfy constitutional requirements*». Nella decisione della Corte californiana i giudici richiamano a questo proposito *Lawrence*, nella parte in cui afferma come intrinseca alla costituzione la tendenza progressivamente espansiva della tutela offerta contro leggi ritenute indispensabili in un determinato momento storico ma che appaiono oppressive alle generazioni successive.

<sup>37</sup> Non può non ricordarsi a tal proposito, come la Corte della California sia stata anche la prima a dichiarare l'incostituzionalità del matrimonio interracial, nel 1948, con la sentenza *Perez v. Sharp* (32 Cal. 2d 711, 198 P. 2d 17), reperibile all'indirizzo <http://www.multiracial.com/government/perez-v-sharp.html>, che rappresenta il primo precedente a *Loving v. Virginia* e che è ampiamente richiamata in *In re marriage cases*.

<sup>38</sup> La prima è quella relativa al caso da cui è originata la declaratoria di incostituzionalità, la seconda è un parere costituzionale reso al Senato in vista dell'adozione di una normativa che adegui la legislazione statale alla prima pronuncia.

indissolubilmente legato alla procreazione secondo un'opinione ancora radicata. Le argomentazioni a sostegno del divieto sono a tutt'oggi legate direttamente o indirettamente a tale binomio, da cui peraltro discende la "sacralità" della tradizione<sup>39</sup> che il divieto intende preservare: tuttavia esso è stato da tempo superato dall'evoluzione sociale, riflessa in un complesso articolato di precedenti<sup>40</sup>. Anche la finalità consequenzialmente connessa alla funzione procreativa del matrimonio, la creazione di un ambiente favorevole allo sviluppo dei minori, non può fondare un fine del legislatore costituzionalmente accettabile alla luce del principio di uguaglianza, in quanto l'esclusione delle coppie omosessuali dall'accesso all'istituto del matrimonio sarebbe eccessiva ("over-inclusive") rispetto alle coppie per le quali esso non è finalizzato alla procreazione o all'adozione, mentre sarebbe riduttiva ("under-inclusive") rispetto ad una serie di categorie alle quali pur essendo preclusa l'adozione non è posto alcun divieto rispetto al matrimonio (quali ad esempio i condannati per reati di violenza nei confronti di minori)<sup>41</sup>.

Appare così dirimente la "questione nominalistica", che assume fondamentale rilevanza in contesti ordinamentali di Stati caratterizzati da legislazioni differenziate in ambito di diritto di famiglia. Il fraintendimento per il quale il paradigma eterosessuale è funzionale alla tutela della tradizionale finalità procreativa della famiglia fondata sul matrimonio emerge infatti nelle sentenze che hanno dichiarato l'incompatibilità tra il *marriage ban* ed il principio di eguaglianza prescindendo dalle previsioni dei rispettivi ordinamenti relative ad altre forme di relazioni giuridicamente tutelate, anche in presenza di specifiche previsioni legislative comportanti una sostanziale equiparazione al matrimonio del regime giuridico delle unioni legali tra persone dello stesso sesso (le *domestic partnership* presenti in California, le *civil union* oggetto del parere richiesto dal Senato del Massachusetts) sotto tutti i profili («benefits, protections, rights and responsibilities»), compresi quelli relativi al rapporto di genitorialità. Anche nell'ambito di ordinamenti nei quali le coppie *same-sex* possono legalmente procreare ed adottare bambini, l'accesso all'istituto del matrimonio è ritenuto non surrogabile al fine della tutela della pari dignità dei cittadini, per l'«ineliminabile importanza simbolica della designazione», per il contenuto denigratorio che inevitabilmente verrebbe associato, in ragione dello storico e radicato pregiudizio verso la categoria omosessuale, ad un istituto parallelo e per il riconoscimento universale che il termine "*marriage*" ha rispetto a "*domestic partnership*", con tutto ciò che tale distinzione può comportare per chi lo utilizza nella vita quotidiana (in particolare con riferimento allo stato civile di un soggetto, che è sempre alternativamente distinto in "*married*" o "*single*")<sup>42</sup>; l'istituto rappresenta infatti, un'"esperienza umana" e l'utilizzo di un istituto dalla differente denominazione, lungi dal costituire una questione meramente semantica, tradisce l'intento di assegnare ad una minoranza un «*second class status*»<sup>43</sup>. Se, infatti, la *civil union* consente di ottenere uno status equiparato a quello del matrimonio, non si giustifica la necessità di attribuire ad essa una deno-

<sup>39</sup> La tradizionale valenza sacramentale attribuita dalla religione all'istituto matrimoniale non è messa in dubbio dalle Corti, le quali rilevano tuttavia come la legge oggetto del giudizio riguarda un *civil contract* che non ha valenze religiose, come del resto è per qualsiasi altra legge statale: cfr. *Varnum v. Brien*, cit.: «*State government can have no religious views, either directly or indirectly, expressed through its legislation. This proposition is the essence of the separation of church and state. As a result, civil marriage must be judged under our constitutional standards of equal protection and not under religious doctrines or the religious views of individuals*». La "santità" di tutti i matrimoni religiosi futuri – aggiunge la Corte – continuerà ad avere lo stesso significato che ha avuto per quelli del passato, con la sola differenza, provocata dal venir meno del divieto, che il matrimonio civile acquisirà un nuovo significato che riflette una più piena comprensione dell'eguaglianza, imposta dalla costituzione.

<sup>40</sup> Sul progressivo "scardinamento" della "naturale" finalità procreativa del matrimonio nell'evoluzione giurisprudenziale si ricordano in particolare le sentenze *Griswold* (cfr. nota 24, *supra*) del 1965, che ha invalidato la proibizione dell'utilizzo di contraccettivi da parte delle coppie sposate e quelle sulla incostituzionalità della distribuzione di contraccettivi alle persone non sposate (*Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 del 1972, reperibile all'indirizzo <http://laws.findlaw.com/us/405/438.html>) e ai minori di 16 anni (*Carey v. Population Services International*, 431 US 678 del 1977, reperibile all'indirizzo <http://laws.findlaw.com/us/431/678.html>); nonché la sentenza *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973), reperibile all'indirizzo <http://laws.findlaw.com/us/410/113.html>, sulla garanzia costituzionale del diritto all'aborto.

<sup>41</sup> *Varnum v. Brien*, cit.

<sup>42</sup> *In re marriage cases*, op. cit.

<sup>43</sup> Cfr. *Opinions of the Justices to the Senate*, op. cit.: «*The dissimilitude between the terms "civil union" and "civil marriage" is not innocuous; it is a consider choice of language that reflects a demonstrable assigning of same-sex, largely homosexual, couples to second-class status*».



minazione differente, ciò che invece comporta, al contrario, un accrescimento del senso di esclusione per una categoria di persone, cui sarebbe riservato un determinato regime giuridico unicamente in ragione della propria condizione personale. Le pronunce richiamate, in definitiva, evidenziano il superamento della concezione dell'istituto legato al paradigma della "funzionalizzazione eterosessuale", per affermare come costituzionalmente necessaria la garanzia dell'accesso all'istituto del "matrimonio" in quanto tale, e non in quanto forma di regolamentazione giuridica di una relazione interpersonale che garantisca particolari diritti.

4. *Osservazioni conclusive.* – Conclusivamente, a proposito del problema relativo alla possibile collisione tra la decisione della Corte in un caso come quello in esame e il limite dell'invasione della discrezionalità del legislatore, che negli Stati Uniti è da sempre particolarmente sentito ed è stato posto al centro del dibattito dei costituzionalisti proprio in conseguenza dell'attivismo della Corte che ha dato attuazione sostanziale all'*equal protection clause*<sup>44</sup>, è opportuno ricordare come quella che la Consulta è chiamata a pronunciare non debba essere considerata, a prescindere dal contenuto della decisione, come un'"ultima parola", pena l'aggravamento di quella *countermajoritarian difficulty* derivante dalla carenza di legittimazione di cui sono accusati i supremi organi giurisdizionali, in quanto non democraticamente eletti, quando si pronunciano su questioni politicamente controverse. A tal proposito si è acutamente osservato come, al contrario, tali decisioni rappresentino invece momenti nell'attività creativa di diritto alla quale tutti i poteri contribuiscono costantemente, per cui, esse comportano una scelta del giudice, «se non un'ammissione di fallibilità e provvisorietà, di cui egli dovrà dar conto in una motivazione suscettibile di innestarsi in una trama discorsiva di apprendimenti e autocorrezioni»<sup>45</sup>. Sono stati autorevolmente evidenziati i rischi insiti nel voler far dire alla costituzione "tutto o niente"<sup>46</sup>: lo stesso monito deve valere tuttavia anche per le decisioni del giudice delle leggi, l'efficacia *erga omnes* delle quali non giustifica un'estensione della loro portata al di là dell'oggetto del giudizio, con particolare riferimento, nel caso del presente dibattito, del "convitato di pietra" rappresentato dalla questione del rapporto di genitorialità, al quale costantemente si fa riferimento in relazione alla giustificazione del paradigma eterosessuale del matrimonio. La questione – si è ricordato – non è posta dalle ordinanze di rinvio ed ha basi giuridiche differenti; la decisione della Corte nel contesto normativo in cui è riconosciuta la *domestic partnership* dimostra come la tutela dell'accesso al matrimonio risponda ad una diversa e più generale istanza di riconoscimento della pari dignità sociale dei cittadini.

Non può non rimarcarsi, infine, come l'elaborazione finalizzata all'applicazione sostanzialistica di un'enunciazione neutra, propria di una costituzione ottocentesca, nella Carta italiana sia già presente nel doppio profilo della tutela del principio di uguaglianza offerta dall'art. 3, il cui secondo comma non rappresenta soltanto un'enunciazione di natura "programmatica", ma pone un preciso vincolo per l'interprete: sembra opportuno ribadire, pertanto, come è stato acutamente osservato<sup>47</sup>, che la specificazione del principio di uguaglianza propria della nostra costituzione presuppone una scelta precisa, quella di orientare alla sostanzialità l'interpretazione di tale fondamentale principio, fornendo a tale criterio interpretativo, attraverso la previsione di cui al secondo comma dell'art. 3, la legittimazione costituzionale necessaria alla sua applicazione.

---

<sup>44</sup> Cfr. C. PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, cit., in cui si ricorda come il dibattito scientifico sul problema, tutt'ora in corso sia stato avviato da A.M. BICKEL con una sua opera, del 1962, *The least dangerous branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1962.

<sup>45</sup> Così, C. PINELLI, *Il dibattito sulla legittimazione della Corte Suprema*, cit., p. 36.

<sup>46</sup> Cfr. A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come famiglie*, in questi *Atti*.

<sup>47</sup> Cfr. O. POLLICINO, *Di cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza?*, in P. CALVIERI (a cura di), *Divieto di discriminazioni e giurisprudenza costituzionale*, *Atti del Convegno del Gruppo di Pisa, Perugia, 18 marzo 2005*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 439-470, reperibile in <http://www.forumcostituzionale.it>, spec. nota 5.

ILENIA MASSA PINTO\*

## L'unione tra persone del medesimo sesso nell'attuale contesto storico-sociale: onnipotenza o impotenza della costituzione (e della sua corte)?

**SOMMARIO:** 1. Premesse: una questione di teoria della costituzione. – 2. L'ipotesi della costituzione onnipotente. – 3. L'ipotesi della costituzione impotente. – 4. Le regole del diritto costituzionale non scritto come prodotte da un già consolidato riconoscimento.

1. La questione che la corte costituzionale è chiamata ad affrontare coinvolge un nodo fondamentale di teoria dell'interpretazione costituzionale e, in quanto tale, di teoria della costituzione. Le soluzioni che potrebbero prospettarsi in riferimento alla questione di legittimità costituzionale sollevata dipendono, infatti, da una pregiudiziale fondamentale: la possibilità stessa di interrogare la costituzione – al fine di trovarvi, evidentemente, delle risposte – in materia di unione tra persone del medesimo sesso. Tutte le ordinanze di rimessione chiedono al giudice delle leggi di pronunciarsi in ordine alla riconoscibilità costituzionale del diritto dell'individuo omosessuale di contrarre matrimonio con persona del proprio sesso.

In questo breve intervento si illustreranno, da un lato, le diverse soluzioni ipotizzabili in astratto, a seconda del modo in cui viene sciolta la pregiudiziale suddetta, e, dall'altro, la ragione per la quale è necessario sostenere la tesi secondo la quale la corte dovrebbe riconoscere l'impossibilità stessa di interrogare la costituzione – e di trovarvi delle risposte – in materia di unione tra persone del medesimo sesso.

2. La prima soluzione astrattamente ipotizzabile è quella che presuppone che la costituzione sia interrogabile nel caso di specie, nella presunzione che la costituzione stessa abbia qualcosa da dire rispetto a qualsivoglia materia, e che i suoi principi orientino la disciplina legislativa di qualsivoglia fattispecie. Sulla base di tale premessa, è possibile prospettare due ipotesi argomentative.

a) La corte costituzionale riconosce il diritto costituzionale dell'individuo omosessuale di contrarre matrimonio con persona del proprio sesso. Tale riconoscimento si realizza, in ultima analisi, in forza del principio di eguaglianza, assegnando alla parola "matrimonio", che compare nell'art. 29 della costituzione, e nelle disposizioni ordinarie che ad essa fanno riferimento, il significato ampio di unione tra due persone, a prescindere dal loro sesso. Se ne deve dedurre che tutte le volte nelle quali l'ordinamento normativo si riferisce al "matrimonio" intenda ricomprendervi anche il matrimonio tra persone del medesimo sesso, in forza di un'interpretazione costituzionalmente orientata: poiché è la costituzione, sulla base di un'interpretazione evolutiva, che riconosce il matrimonio omosessuale, allora anche la disciplina ordinaria deve essere interpretata nel medesimo senso, e tutte le volte nelle quali si riferisce all'istituto matrimoniale, intende in realtà ricomprendere anche l'unione tra due persone del medesimo sesso, a prescindere dall'eventuale riferimento esplicito al sesso dei coniugi.

Se, da un lato, come sostengono i giudici *a quibus*, l'istituto del matrimonio era stato pensato e

---

\* Associato in Diritto costituzionale, Università di Torino.

disciplinato nel nostro ordinamento (sia nelle disposizioni costituzionali sia in quelle codicistiche) esclusivamente come riferito a persone di sesso diverso (Tribunale di Ferrara: «... il chiaro tenore delle norme (...) esclude la possibilità di un matrimonio tra persone dello stesso sesso e ciò si spiega con una consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna»); e se, dall'altro, è necessario oggi registrare un'evoluzione dei costumi e delle esigenze sociali (Tribunale di Ferrara: «... non si può ignorare il rapido trasformarsi della società e dei costumi avvenuto negli ultimi decenni, nel corso dei quali si è assistito al superamento del monopolio detenuto dal modello di famiglia tradizionalmente intesa ed al contestuale sorgere spontaneo di forme diverse, seppur minoritarie, di convivenza, che chiedono protezione ispirandosi al modello tradizionale e come quello mirano ad essere considerate e disciplinate: si tratta di nuovi bisogni, legati anche all'evoluzione della cultura e della civiltà, che sollecitano tutela e riconoscimento»); se tutto ciò è vero, tali premesse impongono un'interpretazione evolutiva tanto delle disposizioni costituzionali quanto, proprio alla luce di queste, delle disposizioni ordinarie: non si vede, infatti, perché si debba preferire un'interpretazione evolutiva delle disposizioni costituzionali e un'interpretazione originalista delle disposizioni ordinarie, rispetto al medesimo istituto. Se poi s'intende sostenere che l'interpretazione costituzionale è cosa diversa dall'interpretazione delle leggi ordinarie, si deve però anche precisare che i significati assegnati alle disposizioni costituzionali devono orientare l'interpretazione delle disposizioni ordinarie.

Questa prima ipotesi ricostruttiva conduce a ritenere l'esistenza di un *permesso forte* in senso proprio, ossia di una regola di diritto oggettivo che consente espressamente un dato comportamento (il matrimonio tra omosessuali). Se così si ragiona, non si può ravvisare, dunque, alcuna lacuna dell'ordinamento, e la corte costituzionale dovrebbe pronunciare una sentenza interpretativa di rigetto.

Si ripete: se nell'ordinamento esiste una regola costituzionale che riconosce il diritto dell'individuo omosessuale di contrarre matrimonio con persona del proprio sesso, poiché alla parola "matrimonio" deve essere assegnato il significato ampio, evoluto, esteso, che dir si voglia, tale da comprendere anche l'unione tra persone del medesimo sesso, allora non si ravvisa la necessità di un intervento additivo da parte della corte, essendo sufficiente assegnare il medesimo significato ampio anche alla disciplina ordinaria, attraverso un'interpretazione – sistematico-concettualistica – costituzionalmente orientata.

Quella appena indicata è la soluzione che soddisferebbe maggiormente le parti dei giudizi *a quibus*, poiché si risolverebbe nel riconoscimento sostanziale della perfetta identità tra matrimonio etero e omosessuale, anche se, paradossalmente, ottenuta con la tecnica meno incisiva dell'ordinamento, ossia con una sentenza interpretativa di rigetto.

a) La corte costituzionale riconosce il diritto costituzionale dell'individuo *tout court* a formare una famiglia, e individua, nella disciplina ordinaria, una lacuna giuridica in senso proprio, nella parte in cui l'ordinamento giuridico non consente all'individuo omosessuale la soddisfazione di questo diritto. Se è vero che la costituzione non prevede un diritto costituzionale dell'individuo omosessuale di contrarre matrimonio con persona del proprio sesso, sulla base della considerazione che nel concetto che la parola "matrimonio" esprime non rientra l'unione tra persone del medesimo sesso – e, dunque, tutte le disposizioni che si riferiscono al "matrimonio" presuppongono la differenza di sesso tra i suoi requisiti essenziali, tuttavia dalla costituzione si ricaverebbe un diritto a formare una famiglia quale nucleo sociale essenziale, *ex art. 2 Cost.* L'attuale assenza nel nostro ordinamento di una disciplina che consenta di soddisfare tale diritto determina dunque una lacuna rispetto alla quale la corte può senz'altro pronunciarsi con una sentenza di rigetto con monito al legislatore, oppure con una sentenza additiva di principio, che indichi ai giudici, in attesa dell'intervento legislativo, un criterio per individuare una regola di diritto oggettivo che consenta di soddisfare (provvisoriamente) il diritto costituzionale violato (magari proprio applicando, per via analogica, la stessa disciplina del matrimonio anche all'unione tra persone dello stesso sesso, che è e resta cosa diversa rispetto al primo).

3. Una soluzione diversa è quella che presuppone che la costituzione non abbia qualcosa da dire rispetto a qualsivoglia materia, e che i suoi principî non orientino necessariamente la disciplina legi-

slativa di qualsivoglia fattispecie. Sulla base di tale premessa, la corte costituzionale dovrebbe riconoscere che la costituzione tace in merito alla questione di legittimità costituzionale sollevata: il matrimonio omosessuale – così come ogni altra forma di unione tra omosessuali – semplicemente non è disciplinato dalla nostra costituzione.

Date tali premesse, una prima soluzione potrebbe essere quella di considerare il comportamento in questione come oggetto di un *permesso debole* in senso proprio: infatti, negli ordinamenti nei quali vige il principio della norma generale esclusiva, secondo il quale tutto ciò che non è espressamente vietato è permesso, un comportamento inqualificato deve essere considerato oggetto di un *permesso debole*, di un permesso, cioè, inteso come categoria normativa non autonoma che consiste e si esaurisce nella mera assenza di un divieto (a differenza del *permesso forte*, inteso, invece, come categoria normativa autonoma che consiste non nella mera assenza di un divieto, ma nell'espressione di ciò che è esplicitamente statuito da una norma).

Se così è, la corte non potrebbe sostituirsi, in sede interpretativa, ai giudici comuni nella loro funzione istituzionale: essa, a costituzione silente, non potrebbe imporre ai giudici una sua decisione in ordine alla situazione di incertezza derivante dalla mancanza di qualificazione di un certo comportamento quando è dubbio, in un preciso contesto storico-sociale, che tale comportamento, benché non espressamente disciplinato, non sia vietato. In questa situazione di incertezza, solo ed esclusivamente l'intervento del legislatore potrebbe evitare che ciascun giudice risolva in modo diverso il dubbio interpretativo. In particolare, l'emanazione di una «norma permissiva» in senso proprio, secondo il suggerimento proposto da Leopoldo Elia nel suo intervento al Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti sulla laicità<sup>1</sup> servirebbe (nel senso di: sarebbe al servizio del)la certezza del diritto: a seguito della sua emanazione i destinatari di essa acquisiscono, infatti, la certezza che un dato comportamento è lecito, è permesso. È questa, del resto, la funzione propria delle c.d. norme permissive<sup>2</sup>.

4. La situazione di incertezza in ordine al comportamento in questione è fuori discussione. Non solo le ordinanze di rinvio non dubitano che la mancanza di qualificazione del comportamento equivalga a permesso (debole), ma dichiarano esplicitamente che essa vale quale divieto: «in via preliminare va osservato che in mancanza di modifiche legislative in materia, il nostro attuale ordinamento non ammette il matrimonio tra omosessuali. Infatti, pur non esistendo una norma definitiva espressa, l'istituto del matrimonio, così come previsto nell'attuale sistema giuridico italiano, si riferisce indiscutibilmente solo al matrimonio tra persone di sesso diverso». A tale conclusione si perviene, però, non in forza di una norma che impone un divieto esplicito, ma in forza di «una consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna» (Tribunale di Ferrara).

Ma è proprio alla luce di tali considerazioni che diventa necessario chiarire che cosa s'intenda quando si sostiene che la costituzione tace in merito alla questione dell'unione tra persone del medesimo sesso, e che è dunque necessario aderire alla soluzione per la quale la corte si dovrebbe astenere dal pronunciarsi nel merito.

La costituzione tace. La verifica intorno al silenzio del *testo* costituzionale è assai facile: l'interpretazione letterale e originalista non consente certamente di ricomprendere nel concetto che la parola “matrimonio” esprime l'unione tra persone del medesimo sesso, per cui tutte le disposizioni che si riferiscono all'istituto matrimoniale presuppongono la differenza di sesso tra i suoi requisiti essenziali.

Tuttavia la storia insegna che i *testi* costituzionali, attraverso il ricorso ad argomenti interpretativi che fanno leva, in ultima analisi, su una presunta evoluzione dei costumi sociali e delle conoscenze tecnologiche, sono stati interrogati per ricercarvi le soluzioni a questioni problematiche che le collet-

---

<sup>1</sup> L. ELIA, *Introduzione ai problemi della laicità*, in AIC, *Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Cedam, Padova, 2008, pp. 3 ss.

<sup>2</sup> Cfr. F. POGGI, *Norme permissive*, Giappichelli, Torino, 2004, spec. pp. 155 ss.

tività si sono di volta in volta trovate ad affrontare. E le Costituzioni, in molti casi, hanno dato risposte (attraverso i risultati delle lotte politiche, in primo luogo, ma anche attraverso le ricostruzioni dogmatiche della dottrina e le sentenze dei giudici, soprattutto costituzionali) anche rispetto a questioni che non erano state nella mente di coloro che le avevano storicamente generate.

E proprio qui sta il punto. Quando è lecito interrogare (per trovare una risposta nel)la costituzione in riferimento a materie che non erano state nella mente di coloro che l'hanno storicamente generata? Riformulando la domanda in relazione al tema dei diritti fondamentali (tra i quali viene fatto rientrare il preteso diritto a contrarre matrimonio con persona dello stesso sesso), è necessario chiedersi quali siano i diritti fondamentali, oltre a quelli che si ricavano da un'interpretazione letterale e originalista della costituzione.

Anche a non voler privilegiare l'argomento letterale o originalista, e cioè anche a non voler a tutti i costi abbracciare un approccio cognitivista dell'interpretazione costituzionale, generalmente screditato in materia di diritti fondamentali, è davvero dubbio se la costituzione possa oggi essere finanche interpellata in ordine alla materia che qui interessa (e a molte altre che oggi si suole definire come eticamente sensibili). Infatti fino a quando su queste materie non si sia realizzato un *overlapping consensus* in grado di generare una sua consuetudine di riconoscimento, la costituzione non potrà essere invocata dall'una o dall'altra parte in conflitto. Sul presupposto che «un compromesso politico è, per definizione, limitato agli oggetti politicamente compromettibili e politicamente utili in funzione della “costituzionalizzazione del conflitto” che si intende realizzare, e che non comprende i principi identitari più specifici delle diverse forze costituenti», questi principî formano oggetto di «una norma costituzionale fondamentale non scritta che vieta di utilizzarli per evocare contro la costituzione un nuovo esercizio del potere costituente. La effettività di questa norma costituzionale non scritta è parte essenziale della costituzione in senso materiale. Le forze costituenti, autrici dell'armistizio, compromesso, accordo – che dir si voglia – costituzionale, lo accettano, consapevolmente, in quanto parziale; e si impegnano a non far leva su ciò che non ha potuto entrare nel compromesso, per rovesciarlo»<sup>3</sup>.

Ne deriva che, in un regime a costituzione scritta e rigida, i diritti fondamentali sono (solo) quelli scritti nella costituzione formale (intesa, però, quale espressione della costituzione in senso materiale e, dunque, non solo quelli che si ricavano da un'interpretazione letterale o originalista) e non possono essere, invece, tutte le (pur legittime) pretese di fatto (che rilevano come impulso di una lotta politica per il riconoscimento di una regola che le sancisca come diritti, appunto). Chiedere oggi, in questo preciso contesto storico-sociale, alla corte di pronunciarsi in merito all'unione tra persone del medesimo sesso, significherebbe affidare alla corte stessa il potere di creare la regola di diritto oggettivo – con la necessità di aprire le porte del ragionamento giuridico ad argomentazioni *lato sensu* “moralì”, dal momento che la lettera del testo tace sul punto – la cui mancanza impedirebbe di riconoscere il (presunto) diritto. In un regime a costituzione scritta e rigida anche la comunità degli interpreti – ivi incluse le corti costituzionali – è soggetta (nel senso che deve confrontarsi con) ai contenuti comunemente, storicamente e socialmente accettati del diritto costituzionale (anche non scritto, dunque), ma, pur sempre, propriamente e pienamente positivo: non, dunque, un insieme di tabù sedimentati da una tradizione oppressiva e discriminatoria, o, peggio, imposta a tutti da una confessione religiosa, come si ricava dalle ordinanze che hanno sollevato la questione alla corte nel caso di specie, ma regole di diritto positivo, non scritto.

La soluzione che vorrebbe assegnare alla costituzione (e alla sua corte) un ruolo, per così dire, onnipotente, e che comporta perciò la necessità di richiedere esplicite motivazioni *lato sensu* “moralì” delle interpretazioni non sostenibili dalla lettera del testo – come nel caso di specie – non fa che contribuire a un vero e proprio processo di svalutazione del diritto costituzionale incorporato, per così dire, nel testo stesso attraverso lo stratificarsi delle sue interpretazioni: un diritto costituzionale non scritto che rappresenta un patrimonio assai prezioso, perché – come la scienza del diritto ha sempre praticato, seppure non sempre teorizzato – riconoscere le consuetudini interpretative e le e-

---

<sup>3</sup> Così M. DOGLIANI, *Relativismo morale, relativismo costituzionale, principio di laicità e “scommessa pascaliana” della ragione giuridica*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 588.

laborazioni dottrinali consolidate come elementi costitutivi dell'ordinamento giuridico è una condizione indispensabile per sottoporre gli esiti dell'attività degli interpreti a controllo scientifico. Al contrario, il deliberato e consapevole ricorso a motivazioni in senso lato "moralì" trasforma il ruolo delle corti da organi che interpretano e applicano la costituzione a organi che mediano istanze e attese, che, per quanto generalmente condivise, non possono che essere rappresentate dall'organo produttivo dell'unità politica, ossia dal parlamento. L'alternativa, nel difetto di funzionamento dei meccanismi rappresentativi – come nel caso di specie – non può che essere il ricorso ai principî giuridici, intesi come dati storici e sociali, che si impongono all'interprete come dati obiettivi, come prodotti da un già consolidato riconoscimento. Laddove questi non esistono, poiché i principî non si sono (ancora?) stabilizzati in dati sociali, in istituzioni, in diritto non scritto, ma pur sempre diritto, la corte deve restituire la parola alla lotta politica. Questo è il solo modo, si ripete, per sottoporre a controllo scientifico i risultati dell'attività interpretativa delle corti – e non solo la coerenza con la quale essa viene svolta – anche nelle ipotesi estreme in cui si renda necessario l'impiego di parametri di giudizio che non possono essere individuati attraverso lineari procedimenti di attribuzione di significati a disposizioni costituzionali. Si delinea così il ruolo dei giudici costituzionali come garanti dei diritti intesi non come astratte categorie metafisiche o naturali, pretese fondate su una legge naturale che tuttavia non si limita a porre le premesse per il proprio superamento in un ordinamento civile (come avviene nel modello hobbesiano e poi nella interpretazione che di questo ha fatto il giacobinismo, per cui la legge naturale non vige in sé, ma pone le premesse affinché la legge positiva sostituisca la libertà naturale dell'uomo con la libertà civile), ma pretende di perpetuarsi anche contro l'ordinamento civile. Questa posizione si risolve nella presunzione di far valere, anche contro l'ordinamento positivo, le pretese soggettive di coloro che invocano la legge naturale stessa. Ma in questa prospettiva ciascuna pretesa di fatto evocata diventa automaticamente diritto soggettivo fondamentale, senza che sia data la possibilità di accertare empiricamente l'esistenza di una presunta legge naturale che la fondi<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Sia consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *Diritto costituzionale e tradizione: a proposito della famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio"*, in <http://www.forumcostituzionale.it>.



MARIA FEDERICA MOSCATI\*

## Tre motivi empirici e legali per dire sì al matrimonio tra persone dello stesso sesso in Italia

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. Il matrimonio tra persone dello stesso sesso quale espressione dell'autonomia individuale. – 3. Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è già parte del diritto di famiglia. – 4. Superiore interesse del minore e matrimonio tra persone dello stesso sesso. – 5. Conclusioni.

1. Il presente *Amicus curiae* è presentato in supporto della richiesta pronuncia di incostituzionalità degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis c.c.

La domanda cui si risponde seppur brevemente è: “Perché dire sì al matrimonio tra persone dello stesso sesso”?

La risposta che ne segue è basata su tre asserzioni. Primo, negare il matrimonio rappresenterebbe una grave violazione dell'autonomia individuale da parte dell'autorità pubblica. Secondo, ricerche dimostrano come il matrimonio tra persone dello stesso sesso sia parte del diritto di famiglia da lungo tempo. Terzo, in virtù della Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti del Fanciullo (1989), ogni bambino è titolare del diritto ad avere una famiglia. La Convenzione non menziona l'orientamento sessuale dei genitori.

Il fine della presente relazione è di analizzare alcune delle ragioni per le quali il matrimonio tra persone dello stesso sesso debba trovare pieno riconoscimento all'interno del sistema giuridico italiano. L'argomento principale, su cui si basa l'*Amicus brief* in questione, è che il riconoscimento legale del matrimonio tra persone dello stesso sesso costituisce un naturale sviluppo sociale e legale. Si sottolinea in tale sede, che da numerosi dati empirici si evince come il matrimonio tra persone dello stesso sesso sia entrato da lungo tempo a far parte del diritto di famiglia di numerose culture inclusa la cultura italiana. Di conseguenza, l'interpretazione, che definirei “*vintage*”, delle norme impugnate, che ha privilegiato un modello di famiglia unidirezionale basato esclusivamente sull'unione di un uomo con una donna, rappresenta una estrema violazione dei diritti umani.

Altra considerazione è che un aspetto della personalità come l'orientamento sessuale che non si concreta né in una devianza né in un pericolo per la società, non può rappresentare un limite giuridico al godimento di diritti fondamentali come il diritto al matrimonio. In particolare, in un sistema giuridico quale quello italiano scevro, a detta del dettato Costituzionale, da influenze religiose sui processi di produzione legislativa.

2. Vietare il matrimonio a coppie di partner dello stesso sesso rappresenta, a parere di chi scrive, un esempio di come l'autonomia individuale possa essere limitata dalle azioni e non-azioni della pubblica autorità.

Il concetto di autonomia individuale coinvolge innumerevoli campi di studio inclusi filosofia, politica, ed economia<sup>1</sup>. Autonomia è stata considerata quale relazione sociale<sup>2</sup>, o come una caratteri-

---

\* Senior Teaching Fellow – School of Oriental and African Studies, University of London.

<sup>1</sup> B. LEITER, e M. ROSES (eds), *The Oxford Handbook of Continental Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

<sup>2</sup> M. OSHANA, *Personal Autonomy in Society*, Aldgate Publishing, Aldershot, 2006.



stica della personalità, e come un principio normativo<sup>3</sup>. Inoltre il concetto di autonomia è stato accostato all'idea di *empowerment* e partecipazione, in particolare nel campo dei diritti delle donne, e dell'infanzia. Il fine del presente articolo non è offrire un'analisi della letteratura sull'autonomia individuale, ma sottolineare brevemente come, così come sostenuto da Baynes<sup>4</sup>, il concetto di autonomia individuale sia un termine complesso e mutevole.

Nella presente relazione la nozione di "autonomia individuale" si delinea su due fonti. La prima fonte deriva dalla caratterizzazione fornita da Nietzsche<sup>5</sup> di libertà quale autonomia, e sintetizzata nella frase "*Noi vogliamo essere chi siamo*". L'approccio di Nietzsche è importante nel contesto del matrimonio tra persone dello stesso sesso perché allude a concetti quali "identità" e "empowerment" così come utilizzati dai movimenti sociali alla fine degli anni '70, al fine di implementare i diritti delle donne, degli omosessuali, e delle comunità afro-americane. Questa componente dell'autonomia individuale è puramente privata e personale, anche se non totalmente separata dalla comunità circostante.

A questo punto, possiamo chiederci: può un individuo essere completamente autonomo e protetto all'interno di un determinato gruppo sociale? La mia risposta è sì. Tale affermazione si basa sull'analisi delle norme internazionali e nazionali a tutela dei diritti umani.

Quale naturale corollario del primo assunto, la seconda risorsa per la definizione del concetto di autonomia individuale va ritrovata nella lettura congiunta della legislazione nazionale ed internazionale in tema di autodeterminazione e di diritto alla protezione di ogni individuo. In particolare, qui il riferimento è all'articolo 7 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo nella quale è sancito che: "*tutti hanno diritto senza discriminazione ad un'eguale protezione legislativa*". Il diritto ad un'eguale protezione è ribadito in altri documenti internazionali, quali ad esempio la Carta Africana sui Diritti Umani e dei Popoli<sup>6</sup>, il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici,<sup>7</sup> e la Convenzione Europea sui Diritti Umani<sup>8</sup>. Il contraltare italiano del principio di uguaglianza è offerto dall'articolo 3 della Costituzione. In particolare l'attenzione è qui richiamata sul 2° comma dell'art. 3. Tale comma, nel sancire che «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese», supporta l'idea in base alla quale non solo gli individui nascono liberi di esprimere la propria identità, ma devono anche essere protetti da eventuali violazioni di tali identità. Tra le innumerevoli sfaccettature dell'identità rientra anche l'orientamento sessuale, la vita di coppia, la filiazione e il matrimonio. La mancata tutela giuridica di tali declinazioni dell'autonomia individuale rappresenta una violazione dell'articolo 3 della Costituzione.

In che modo la pubblica autorità viola l'articolo 3, 2° comma, della Carta Costituzionale? Violazioni di tale principio da parte della pubblica autorità ricomprendono sia le azioni, quanto le "non-azioni" come ad esempio l'assenza di legislazione a tutela di un particolare gruppo di persone, quali le coppie di persone dello stesso sesso.

Nel caso del matrimonio tra persone dello stesso sesso, la mancanza da parte della pubblica autorità è triplice. Primo, il legislatore continua a rimandare l'approvazione di una legislazione completa e coerente. Secondo, numerose corti anziché essere imparziali, e riempire lacune legislative interpretando il dettato legislativo in modo da tutelare tutti i cittadini, continuano a considerare una interpre-

---

<sup>3</sup> A. HEYWOOD, *Political Ideas and Concepts*, The MacMillan Press, London, 1994.

<sup>4</sup> K. BAYNES, *Freedom as Autonomy* in B. LEITER-M. ROSEN (eds), *The Oxford Handbook of Continental Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

<sup>5</sup> F.W. NIETZSCHE, *The Gay Science: With a Prelude in German Rhymes and Appendix of Songs*, edito da B. WILLIAMS, traduzione a cura di J. NAUCKHOFF, traduzione delle poesie a cura di A. DEL CARO, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

<sup>6</sup> Art. 3.

<sup>7</sup> Artt. 1 e 2.

<sup>8</sup> Art. 1.

tazione “*vintage*” delle norme su famiglia e matrimonio. Terzo, e qui si configura la violazione più seria, sia il legislatore sia le corti procedono come se gay, lesbiche, bisessuali, transessuali, coppie dello stesso sesso e figli di coppie di persone dello stesso sesso non esistessero.

Tale atteggiamento negligente ad osservare la società che cambia in Italia e ad adeguare l'impianto legislativo a tutela di nuovi fenomeni sociali, configura una violazione dell'articolo 3.

È da sottolineare che l'esistenza di coppie di persone dello stesso sesso e delle loro famiglie è stata ampiamente descritta in letteratura anche in Italia.

**3.** Tale sezione spiega come il riferimento alla “tradizione” e “alla cultura” sia spesso strumentalizzato dal legislatore e dalle corti.

In generale, numerose ricerche in società in Africa dimostrano come il matrimonio tra persone dello stesso sesso fosse ben conosciuto sin dalla fine del diciannovesimo secolo. Per ragioni di spazio non è possibile analizzare tutta la letteratura a riguardo. Basta in tale sede citare il lavoro dell'insigne antropologo inglese Evans Pritchard il quale riporta come tra gli Azande<sup>9</sup>, tribù che viveva essenzialmente nell'attuale Repubblica Democratica del Congo, e tra i Nuer<sup>10</sup>, stabiliti tra il Sudan e l'Etiopia, i matrimoni tra persone dello stesso sesso fossero praticati e valutati, in termini di cerimoniale ed effetti legali, come i matrimoni eterosessuali.

Muovendoci verso l'Italia, il ritrovamento a Genova di dodici “*contratti di fraternitas*”<sup>11</sup> stipulati agli inizi del 1400 in cui le parti si promettevano reciproco supporto morale e finanziario, spinge a pensare che il matrimonio tra persone dello stesso sesso non sia estraneo alla cultura italiana.

Le obiezioni a tali esempi potrebbero essere due. In base alla prima obiezione si può sostenere che i matrimoni in Africa in quanto regolati dal diritto non scritto non potessero considerarsi matrimonio in senso moderno. Tale obiezione è senza fondamento dato che è stata da tempo avallata la tesi che anche il diritto non scritto e non statale è “legge”<sup>12</sup>. Quindi l'idea che il matrimonio sia un istituto basato sulla sola unione di un uomo ed una donna è limitata da un punto di vista scientifico.

La seconda critica potrebbe riferirsi ai “*contratti di fraternitas*” e sostenere che quei contratti fossero degli *escamotage* notarili per tutelare patrimoni finanziari o evitare tassazioni ingenti, escludendo completamente l'aspetto sessuale. In caso contrario le parti avrebbero commesso il reato di sodomia punibile con la morte. In realtà anche in questo caso le ragioni sembrano propendere tutte in favore dell'inclusione del matrimonio nel tessuto culturale della società dell'epoca e dei giorni nostri. Infatti il fine perseguito dalle parti e la presenza di rapporti sessuali non sono richiesti dalle definizioni codicistiche di matrimonio offerte dalle legislazioni contemporanee. La tesi contraria sarebbe un abuso da parte dello Stato. Inoltre, l'utilizzo dell'istituto matrimoniale e della famiglia per perseguire fini economici<sup>13</sup> privati e pubblici, e scopi politici è frequente nella storia nazionale ed internazionale<sup>14</sup>.

Passando all'Italia del ventunesimo secolo, a maggior ragione si può sostenere e dimostrare che matrimonio e omogenitorialità siano parte della nostra cultura. Chiara Lalli<sup>15</sup>, in particolare, riferisce come le famiglie omogenitoriali siano innumerevoli e come i figli delle coppie intervistate non mostrino nè violazioni, nè abusi, e nè patologie psico-fisiche legate all'orientamento sessuale dei genitori.

<sup>9</sup> E.E. EVANS-PRITCHARD, *Sexual Inversion among the Azande*, in *American Anthropologist*, New Series, vol. 72, n. 6, 1428.

<sup>10</sup> E.E. EVANS-PRITCHARD, *Kinship and Marriage Among the Nuer*, Clarendon Press, Oxford, 1951.

<sup>11</sup> Copia del contratto è stata personalmente estratta presso l'Archivio Notarile di Genova, in data 27 giugno 2009.

<sup>12</sup> W. TWINING, *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*, University Cambridge Press, Cambridge, 2009.

<sup>13</sup> A. GRAMSCI, *La questione meridionale*, a cura di F. DE FELICE-V. PARLATO, Editori Riuniti, Roma, 2005.

<sup>14</sup> B. DAVID, *Family Law and Political Culture*, Sweet & Maxwell, Londra, 1996.

<sup>15</sup> C. LALLI, *Buoni genitori. Storie di mamme e papà gay*, Il Saggiatore, Milano, 2009.

Allora, perchè continuare a sostenere che le coppie omosessuali non rientrano nella cultura italiana?

Un tale approccio pecca di superficialità ed avalla il ricorso alla “cultura” per giustificare violazioni dei diritti umani come accade ad esempio per le mutilazioni genitali femminili<sup>16</sup>. Per ovviare a tale “trappola” il giurista deve concepire la cultura in termini ampi e mutevoli. Successivamente l’operatore del diritto adeguerà il dettato legislativo alle trasformazioni sociali. Solo in tal modo l’articolo 3 della Carta Costituzionale può dirsi rispettato.

4. C’è inoltre un altro fattore da considerare in supporto dell’introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso nel nostro sistema giuridica: il superiore interesse del minore.

La cornice legislativa in diritto internazionale sui diritti dell’infanzia sembra offrire un supporto al matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Infatti, in primo luogo la Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti del Fanciullo (1989) riconosce il superiore interesse del minore quale principio guida in ogni decisione che riguardi un minore<sup>17</sup>. Allo stesso tempo nel declinare in dettaglio i diritti di cui il minore è titolare, la Convenzione dedica numerose norme al rapporto tra minore e famiglia. Il minore gode del diritto ad avere una famiglia, ad avere contatti con entrambi i genitori o con chi ha svolto il ruolo di genitore<sup>18</sup>, a non essere separato dai propri genitori<sup>19</sup>, il diritto ad essere adottato<sup>20</sup>, e il diritto ad essere affidato ad altre persone qualora non vi siano persone che si occupano di lui o di lei<sup>21</sup>.

In secondo luogo, la Convenzione non fa menzione dell’orientamento sessuale dei genitori. Quindi se ne può dedurre che il diritto del minore ad avere una famiglia non dipende dall’orientamento sessuale dei genitori o di chi agisce come genitore. Inoltre, dalla lettura della Convenzione le figure genitoriali, siano esse genetiche o meno, godono dello stesso rispetto da parte degli Stati, e sono equiparate in termini di diritti e responsabilità nei confronti del minore<sup>22</sup>.

Un approccio fondato sui diritti quale quello della Convenzione sui Diritti del Fanciullo, prescindendo dall’orientamento sessuale dei genitori altrimenti si creerebbe discriminazione tra i minori stessi.

A prova di come il matrimonio tra persone dello stesso sesso possa risolversi in una migliore ed ampia implementazione dei diritti dell’infanzia, un esempio può aiutare. Gli articoli della Convenzione del 1989 sono stati il *leit motiv* che ha comportato ad esempio da un punto di vista comparatistico, l’introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso in Spagna<sup>23</sup> con eguale estensione dei diritti genitoriali alle coppie dello stesso sesso.

5. La questione innanzi la Suprema Corte a primo acchitto potrebbe apparire complessa, politica e non consona ai tempi.

In realtà la questione innanzi la Corte costituzionale è a mio avviso più semplice di quanto appaia in considerazione del fatto che la Costituzione e il Codice Civile non includono una definizione di matrimonio, nè un divieto espresso al matrimonio tra persone dello stesso sesso, nè tantomeno la differenza di sesso quale condizione essenziale per contrarre matrimonio.

<sup>16</sup> S. ENGLE MERRY, *Human Rights Law and the Demonization of Culture (And Anthropology Along the Way)*, in *Polar: Political and Legal Anthropology Review*, 2003, vol. 26, Issue: 1, p. 55.

<sup>17</sup> Art. 3.

<sup>18</sup> Art. 10.

<sup>19</sup> Art. 9.

<sup>20</sup> Art. 21.

<sup>21</sup> Art. 20.

<sup>22</sup> In particolare artt. 5 e 18.

<sup>23</sup> Intervista con Carlos Villagrasa, Professore di Diritto Privato. L’intervista non strutturata, è stata rilasciata il 18 marzo 2009, presso la UCLA-University of California in occasione della conferenza annuale di IGLAW.

Inoltre gli effetti positivi che deriverebbero dalla pronuncia di incostituzionalità delle norme impugnate gioverebbe allo stesso tempo ai singoli e alla società italiana tutta.

Primo, una pronuncia di incostituzionalità sarebbe proiezione dell'articolo 3 della Costituzione in quanto lo Stato, nell'esercizio dei suoi tre poteri fondamentali è deputato a far rispettare il principio di eguaglianza. Inoltre una tale pronuncia chiarificherebbe i limiti tra esercizio della pubblica funzione e violazione della sfera privata dell'individuo.

La scelta del partner, come affermato dalla Corte Suprema del Nepal<sup>24</sup>, ricade nell'esercizio del diritto all'auto-determinazione. Il dovere dello Stato e delle corti è di proteggere da eventuali violazioni ed abusi all'interno della coppia. Il dovere dello Stato e delle corti dunque non è quello di agire sostituendosi ai singoli.

Secondo, il matrimonio tra persone dello stesso sesso potrebbe assolvere una funzione di tutela e coesività sociale. Infatti, l'evoluzione sociale e legislativa riguardo il matrimonio di persone dello stesso sesso risponde ad innumerevoli esigenze sia private che pubbliche. Ad esempio, la ragione principale della legislazione Coquille, tribù nativo-americana dell'Oregon, riguardo il matrimonio tra persone dello stesso sesso è stata *“la protezione e promozione della salute, del benessere e dell'integrità dell'intera tribù”*<sup>25</sup>. Dunque attraverso il riconoscimento legale del matrimonio tra persone dello stesso sesso si persegue la tutela del bene pubblico.

Terzo, con una pronuncia di incostituzionalità si darebbe ampia implementazione ai diritti dell'infanzia così come sanciti dalla Convenzione sui Diritti del Fanciullo (1989). Di conseguenza, lo Stato Italiano rispetterebbe gli impegni che derivano dall'essere parte della comunità internazionale.

Non si può negare che l'attesa pronuncia della Corte Costituzionale sia una pronuncia con forte connotazione politica. Ma d'altro canto la legge è politica. I diritti sanciti nella Carta Costituzionale sono frutto di scelte politiche valide anche oggi. Scelte politiche che hanno dato esclusiva priorità ai diritti dei cittadini senza distinzione di età, credo, colore, provenienza sociale, sesso ed orientamento sessuale.

---

<sup>24</sup> 2 NJALJ (2008), pp. 262-286. Decision of the Supreme Court on the Rights of Lesbian, Gay, Bisexual, Transexual, and Intersex (LGBTI) People.

<sup>25</sup> Coquille Tribal Regulation, *Marriage and Domestic Partnership Regulation*, Chapter 741.



ROBERTO PERRONE\*

## Se la Corte rispondesse «Sì, lo voglio ... in linea di principio»: brevi riflessioni critiche sull'impiego di un'additiva a dispositivo generico

**SOMMARIO:** 1. Delimitazione del tema: l'eventualità di una pronuncia di accoglimento additiva di principio. – 2. Struttura dell'oggetto della q.l.c.: *norme-regole* e *norme-principio*. – 3. Struttura della pronuncia: carattere “non autoapplicativo” o “autoapplicativo” della stessa. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Il presente intervento si propone l'obiettivo di approfondire taluni aspetti problematici legati all'evenienza di una pronuncia favorevole all'accesso al matrimonio da parte di coppie di individui dello stesso sesso, più precisamente all'eventualità dell'adozione, da parte della Corte costituzionale, di una sentenza additiva di principio.

L'ipotesi in questione è stata prospettata da più parti come una possibile soluzione, ovvero come la soluzione preferibile, nel caso in cui il giudice delle leggi ritenesse di accogliere la questione di legittimità costituzionale sottoposta al suo esame<sup>1</sup>. Non mi soffermerò, in questa sede, sulle considerazioni che mi spingono ad opinare, nel merito, per una decisione di segno contrario (verosimilmente una pronuncia di inammissibilità per riserva di discrezionalità legislativa o, tutt'al più, un rigetto “semplice” con monito al legislatore)<sup>2</sup>. Piuttosto, intendo occuparmi dei profili di carattere processuale che mi inducono a considerare non condivisibile il ricorso alla tecnica decisoria menzionata in precedenza: tenterò infatti di evidenziare le ragioni che, a mio avviso, rendono criticabile una sentenza additiva a dispositivo generico al fine della risoluzione della questione al vaglio della Corte.

2. Per affrontare il tema testè introdotto occorre esaminare la struttura della q.l.c. al vaglio della Corte, con particolare riguardo ai profili concernenti l'oggetto della stessa.

Orbene, va detto che la questione verte sull'interpretazione combinata di diverse *disposizioni* di legge (più precisamente, e tenendo conto complessivamente di tutte e quattro le ordinanze di remissione, degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-*bis*, 156-*bis* e 231 c.c.<sup>3</sup>, dalle quali viene ricavata

---

\* Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Ferrara..

<sup>1</sup> Si vedano ad esempio, oltre alla relazione introduttiva di B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, i contributi di A. PUGIOTTO e P. VERONESI nel presente volume.

<sup>2</sup> Per riflessioni sul merito della questione rinvio al contributo di A. RUGGERI nel presente volume, la cui posizione ritengo in linea generale condivisibile.

<sup>3</sup> Sia consentito di rilevare incidentalmente che non comprendo appieno la scelta delle disposizioni sottoposte al vaglio della Corte: mentre alcune di esse (ed in particolare gli artt. 93, 96 e 98 c.c.), non contenendo riferimenti al sesso dei nubendi, non sembrano di particolare utilità per l'individuazione di una norma che escluda le coppie *same sex* dall'istituto matrimoniale, non risulta invece oggetto di censura il “vicino” art. 89 c.c., il quale pare costituire un indizio molto più significativo in tal senso. Tale disposizione, com'è noto, inibisce alla “donna” di contrarre matrimonio prima che siano decorsi trecento giorni dalla cessazione del precedente matrimonio, e ciò al fine di evitare incertezze circa l'attribuzione di paternità di nuovi figli

una *norma* volta ad escludere le coppie di persone dello stesso sesso dall'istituto matrimoniale. Si versa, insomma, in una di quelle ipotesi di "norme prive di disposizione" o "inespresse" di cui fa parola R. Guastini<sup>4</sup>. Volendo essere ancora più rigorosi, è stato lucidamente osservato che la *norma* in questione concerne le condizioni per contrarre matrimonio, aggiungendo un impedimento ulteriore rispetto a quelli testualmente previsti nel codice civile<sup>5</sup>. Se si volesse tentare una formulazione letterale della *norma*, potrebbe immaginarsi un disposto di questo tenore: «Non possono contrarre matrimonio tra loro le persone dello stesso sesso».

Orbene, sembra indiscutibile che tale *norma* abbia la struttura della *norma-regola* e non della *norma-principio*<sup>6</sup>. Piuttosto, essa potrebbe essere indizio per l'affermazione dell'esistenza, nell'ordinamento vigente, di un principio di carattere generale (cui la stessa norma sarebbe riconducibile), secondo il quale le coppie di persone dello stesso sesso sono meritevoli di un trattamento differente con riguardo all'accesso agli istituti del diritto di famiglia. Tale principio sarebbe ricavabile, oltre che dalla *norma* oggetto della q.l.c. qui in discorso, dalle diverse *norme* che escludono le coppie *same sex* da altri aspetti della vita familiare, quali l'adozione di figli minorenni<sup>7</sup>, ovvero la filiazione mediante il ricorso a tecniche di procreazione assistita<sup>8</sup>. Volgendo tuttavia lo sguardo al *petitum* delle ordinanze di rimessione, ci si avvede che è precipuamente contro la *norma-regola* che sono rivolte le censure, essendo quest'ultima ad impedire di dar corso alle domande di pubblicazione pre-matrimoniale: è della *norma-regola*, insomma, che i giudici *a quibus* chiedono la rimozione.

Orbene, tenuto conto della struttura della q.l.c., com'è stata brevemente ricostruita, può domandarsi in che modo la Consulta potrebbe provvedere sulla domanda formulata dai remittenti, ed è questo il nodo che mi propongo ora di sciogliere, pur brevemente.

3. Come ho accennato in apertura, da più parti si è auspicato il ricorso, da parte del giudice delle leggi, ad una sentenza additiva di principio. Significativamente è stato rilevato che la tutela richiesta dalle coppie omosessuali sarebbe rivolta, più che verso l'*interno* del rapporto coniugale, verso l'*esterno*: «nei rapporti sociali, nell'ambito dei quali si vogliono ottenere gli stessi effetti di visibilità, legittimità e riconoscimento nonché le stesse garanzie di tutela di cui godono marito e moglie in virtù dello *status* coniugale»<sup>9</sup>. In tale prospettiva, potrebbe permanere uno spazio di discrezionalità per il legislatore, chiamato a garantire alle coppie *same sex* l'accesso al matrimonio *ovvero* a un istituto che garantisca quelle stesse situazioni giuridiche di vantaggio *verso l'esterno* che attualmente sono conseguibili dalle coppie eterosessuali mediante il negozio coniugale. In questo senso, è stata prospettata «una pronuncia *additiva di principio* che riconosca che tutti hanno diritto alla tutela della propria vita familiare senza distinzioni fondate sull'orientamento affettivo-sessuale (in base agli artt.

---

(c.d. *turbatio sanguinis*: si v. A. FIGONE, *Lutto vedovile*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. Civ., XI, Torino, Utet, 1994, pp. 144 ss.). Tale divieto, posto in termini generali e dispensabile solo nei casi previsti dallo stesso articolo, può spiegarsi esclusivamente nella prospettiva di un matrimonio rivolto a persone di sesso diverso: è evidente, infatti, che non potrebbe esservi alcuna *turbatio* (e dunque l'impedimento risulterebbe irragionevole) se il matrimonio cessato fosse intercorso tra due donne, o se la "donna" di cui all'art. 89 c.c., una volta sciolto il matrimonio con un uomo, intendesse contrarre matrimonio con un'altra donna. Ritengo dunque che l'articolo in parola potesse essere più coerentemente fatto oggetto di censura da parte dei giudici *a quibus*, in luogo degli inconferenti artt. 93, 96 e 98 c.c.

<sup>4</sup> Cfr. R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, (già) a cura di A. CICU-F. MES-SINEO, Milano, 1998, pp. 19 ss.; ID., *L'interpretazione dei documenti normativi*, ivi, 2004, pp. 102 ss. Cfr. anche la relazione di G. FERRANDO nel presente volume.

<sup>5</sup> Si v. anche a questo riguardo il contributo di G. FERRANDO.

<sup>6</sup> Per la problematica distinzione tra *norme-principi* e *norme-regole* cfr. per tutti R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica*, cit., pp. 271 ss., nonché, per un suggerimento definitorio, R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 112-113.

<sup>7</sup> Arg. in base al combinato disposto dell'art. 6 L. 184/1983 e della *norma* che esclude le coppie omosessuali dall'accesso al matrimonio.

<sup>8</sup> Cfr. art. 5 L. 40/2004.

<sup>9</sup> Così B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere*, cit., p. 29.

2 e 29 Cost.) e pertanto dichiarare incostituzionale, per contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost., l'assenza di una norma che estenda alle coppie dello stesso sesso il matrimonio *ovvero* la tutela ed i benefici rappresentati da effetti sostanziali analoghi a quelli che il matrimonio assicura alle coppie eterosessuali»<sup>10</sup>.

A dir il vero, più che *additiva* di principio, la pronuncia in questione dovrebbe essere considerata *sostitutiva* di principio, posto che, come si è evidenziato in precedenza, sembra ricavabile dal sistema un principio vigente che sancisce la differenza di trattamento delle coppie *same sex* rispetto alle coppie eterosessuali con riguardo alla vita familiare, essendo molti aspetti della medesima preclusi alle prime. Si tratterebbe insomma di sostituire tale *norma-principio* con una *norma-principio* di segno diametralmente opposto, ai sensi della quale, in via generale, la tutela della vita familiare deve essere garantita a prescindere dalla differenza di sesso dei *partners*, con la conseguenza (non di poco conto) che ogni deviazione da tale paradigma dovrebbe considerarsi un'*eccezione* e, per essere considerata ragionevole e legittima, dovrebbe essere sorretta da *rationes* che riflettano interessi di pari rango di quelli di cui il nuovo principio è espressione<sup>11</sup>.

Al di là della precisazione da ultimo effettuata circa la qualificazione della pronuncia nei termini di *additiva* o *sostitutiva*, ritengo che una sentenza di tale tenore non rappresenti una soluzione soddisfacente alla questione sottoposta alla Corte, rivelandosi problematica sotto diversi aspetti.

Com'è noto, le sentenze a dispositivo generico nascono per ovviare alla carenza di quelle "rime obbligate" che consentirebbero un'aggiunta normativa di dettaglio da parte della Consulta<sup>12</sup>. Secondo la ricostruzione ormai pacifica, questa tipologia di pronuncia si giustifica «in considerazione della necessità di tutelare diritti costituzionali giudizialmente esigibili, senza invadere la sfera riservata alla discrezionalità del legislatore»<sup>13</sup>. L'esperienza giurisprudenziale ha mostrato che le sentenze additive di principio possono suddividersi in due sottocategorie, a seconda della capacità delle stesse di fornire agli organi dell'applicazione gli strumenti di integrazione necessari per individuare la soluzione dei casi concreti<sup>14</sup>: se possiedono questa capacità, esse sono pienamente "autoapplicative" e risultano dirette sia ai giudici che al legislatore (sono cioè "bidirezionali" – o addirittura "tridirezionali", se rivolte anche alla P.A.<sup>15</sup>; in caso contrario esse sono "non autoapplicative" e "monodirezionali", vale a dire dirette soltanto al legislatore, cui solo spetta di provvedere<sup>16</sup>.

Orbene, per quanto concerne la q.l.c. all'esame della Corte, possono darsi due alternative.

Qualora la Corte pronunziasse una decisione di accoglimento con la quale si limitasse ad affer-

<sup>10</sup> Sempre B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere*, cit., p. 30.

<sup>11</sup> È solo in tale prospettiva, a mio avviso, che potrebbe venire in rilievo il problema della filiazione, cui alcuni Autori fanno invece riferimento – a mio avviso erroneamente – al fine di rinvenire argomenti a favore o contro l'accoglimento della odierna q.l.c. Soltanto *dopo* che la Corte avesse affermato *claris litteris* un principio di piena tutela familiare per le coppie omosessuali potrebbe farsi questione della legittimità di quelle norme che inibiscono alle stesse l'accesso agli istituti preordinati all'instaurazione di un rapporto di filiazione: ciò in quanto quest'ultimo rappresenta indubbiamente un aspetto significativo (anche se non essenziale) della vita familiare. Una volta che la Corte si fosse pronunciata nel senso anzidetto, le limitazioni in questione potrebbero continuare a giustificarsi soltanto qualora risultassero funzionali alla tutela di interessi di rango almeno uguale rispetto a quello delle coppie *same sex* (che, come si è visto, nella ricostruzione operata avrebbe rango costituzionale, essendo fondato sugli artt. 2 e 29 Cost.). Verosimilmente uno di tali interessi potrebbe risiedere nel corretto sviluppo psico-fisico del minore (anch'esso dotato di copertura costituzionale), purché si riuscisse a provare che l'inserimento in un nucleo familiare non "tradizionale" sarebbe in qualche modo pregiudizievole per la posizione dell'interessato. È facile prevedere, ad ogni modo, che la Corte, qualora adottasse la pronuncia ipotizzata, non tarderebbe molto ad essere investita anche di una q.l.c. riguardante questi profili.

<sup>12</sup> Cfr. A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 150; nonché G. PARODI, *Le sentenze additive di principio*, in *Foro it.*, V, 1998, c. 161 ss., secondo il quale «Esplicita premessa dei dispositivi additivi generici è la compresenza di una pluralità di possibili soluzioni idonee, tra le quali, per espresso riconoscimento della corte, solo il legislatore è competente a scegliere».

<sup>13</sup> Così G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Giappichelli, Torino, p. 273.

<sup>14</sup> Cfr. G. PARODI, *La sentenza additiva*, cit., p. 106.

<sup>15</sup> La terminologia è di A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., p. 154.

<sup>16</sup> Sulla "autoapplicabilità" delle sentenze additive di principio si v. A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 2002, pp. 3435 ss.



mare il principio di piena tutela familiare delle coppie *same sex*, rinviando al legislatore per la determinazione dello strumento di attuazione della nuova *norma-principio*, non farebbe che adottare una sentenza a dispositivo generico “non autoapplicativa” e “monodirezionale”, risultando gli organi dell’applicazione (compresi i remittenti) impossibilitati a risolvere le controversie pendenti sulla base della normativa introdotta dal giudice delle leggi. Ciò in quanto, anche innovando sul piano dei principi, resterebbe sempre in vigore la *norma-regola* che, allo stato degli atti, impedisce ai giudici e alla P.A. di dare corso alle domande di matrimonio tra coppie dello stesso sesso.

Il rilievo non sembri eccessivamente formalistico: proprio per l’aderenza della *norma-regola* al dato testuale, risulta difficile ammettere che, rimanendo integre le disposizioni che le diedero vita, questa possa considerarsi espunta dall’orizzonte giuridico a prescindere da una specifica dichiarazione di illegittimità. Senza contare il fatto che, operando solo un’addizione/sostituzione di principio, la sopravvivenza delle disposizioni censurate alimenta il rischio che queste ultime, rimanendo intatte nella loro struttura semantica, possano produrre, *singolarmente prese*, altre *norme-regole* comunque in contrasto con la decisione della Corte (si pensi alle disposizioni sulla forma del negozio matrimoniale, che continuerebbero a menzionare il “marito” e la “moglie”, o alla disciplina del cognome maritale). Né sembra corretto ritenere che, in attesa dell’intervento del legislatore, i giudici e la P.A. possano operare un’interpretazione “adeguatrice” delle disposizioni di legge alla luce del nuovo principio: per le ragioni appena esposte tale operazione “ermeneutica” si rivelerebbe, in sostanza, una *disapplicazione* generalizzata di una *norma* (quella che pone la differenza di sesso come impedimento matrimoniale) ancora vigente, oltre che di disposizioni il cui tenore letterale sembra difficilmente equivocabile.

Per rendere pienamente “autoapplicativa” la propria decisione, invece, la Corte dovrebbe provvedere, contestualmente, alla *sostituzione* della *norma-principio* e alla *rimozione* della *norma-regola*, aprendo dunque la strada alla celebrazione dei matrimoni fra coppie omosessuali, ma con l’annuncio della possibilità, per il legislatore, di introdurre un istituto che garantisca una tutela familiare, anche *verso l’esterno*, equivalente a quella del negozio coniugale. Va detto, tuttavia, che tale sentenza verrebbe a perdere in buona parte le caratteristiche tipiche delle pronunce a dispositivo generico, giacché essa: a) interverrebbe su *norme-regole* e non solo su *norme-principi*; b) fornirebbe la soluzione del caso agli operatori del diritto (e in particolare ai remittenti), invece di lasciare che siano costoro a rinvenirla, mediante l’utilizzo dei propri strumenti ermeneutici; c) non conterrebbe un vero e proprio “monito” al legislatore, ma una semplice “apertura”, vale a dire l’indicazione di una strada (alternativa a quella già spianata dalla Corte) da poter percorrere senza il rischio di violare il giudicato costituzionale. Così stando le cose, tuttavia, le stesse finalità cui sono preordinate le pronunce a dispositivo generico (tra cui l’intento di non invadere il campo del legislatore) risulterebbero in definitiva compromesse, in quanto la struttura e gli effetti della sentenza in discorso in poco si discosterebbero da quelli di una comune additiva “di regola”<sup>17</sup>.

4. Dalle considerazioni fin qui svolte dovrebbero emergere chiaramente i profili critici che risultano connessi all’adozione della tipologia decisoria che si è presa in esame. È pur vero che, volendo essere realisti, la particolare delicatezza della questione al vaglio della Corte potrebbe suggerire, sia in caso di accoglimento che in caso di rigetto, il ricorso ad una soluzione quanto meno “impegnativa” sul piano politico e quanto più rispettosa possibile della discrezionalità del legislatore. Mi sembra, tuttavia, che l’impiego dell’additiva di principio possa rivelarsi, pur in tale prospettiva, un rimedio peggiore del male.

Come si è visto, una pronuncia di tal fatta, nella sua struttura autentica e “non autoapplicativa” (qualora cioè non sia soltanto un’additiva “di regola” combinata con l’enucleazione di un nuovo principio), si mostra del tutto inadeguata a dare risposta alla q.l.c. sollevata dai remittenti. Né mi pa-

---

<sup>17</sup> Molto efficacemente G. PARODI, *Le sentenze interpretative*, cit., c. 164, rileva che «quanto più una sentenza additiva di principio agevola l’integrazione dell’orientamento in sede di decisione del caso singolo, tanto meno risulta agevole distinguerla dalle tradizionali sentenze additive e, con la sua autonomia concettuale, smarrisce le sue stesse giustificazioni pratiche».

re auspicabile che, per ovviare a tale inconveniente, ci si affidi all'intervento degli organi dell'applicazione del diritto, ed in particolare ai giudici, in sede di interpretazione del nuovo contesto normativo. Benché sia stato fatto richiamo alla corresponsabilità dei giudici comuni nelle attività preordinate a garantire tutela alle posizioni delle coppie omosessuali<sup>18</sup>, non ritengo che questa strada sia agevolmente percorribile. Non lo è "a monte", in sede di interpretazione "adeguatrice" delle disposizioni attualmente vigenti (ciò che potrebbe-dovrebbe allora condurre la Consulta, a rigore, ad una pronuncia di inammissibilità per insufficiente sforzo interpretativo o a una interpretativa di rigetto), e non sembra esserlo nemmeno "a valle", in sede di attuazione del principio in ipotesi espresso dalla Corte costituzionale in una pronuncia a dispositivo generico: in entrambi i casi il dato testuale delle *norme-regole* esistenti, peraltro accompagnato da un diritto vivente conforme, sembra un ostacolo insuperabile in tal senso, e non sembra si possa chiedere ai giudici più di quanto la loro posizione istituzionale di soggezione alla legge consente<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Si v. ad es. l'intervento di S. LARICCIA nel presente volume.

<sup>19</sup> Cfr. al riguardo quanto criticamente sostenuto, in tema di interpretazione "adeguatrice" ed in relazione al "nuovo corso" delle interpretative di rigetto, da R. PINARDI, *L'interpretazione adeguatrice tra Corte e giudici comuni: le stagioni di un rapporto complesso e tuttora assai problematico*, in in AA.VV., *Scritti in onore di L. Carlassare*, Napoli, 2009, pp. 1523 ss., in particolare pp. 1546 ss.



ROBERTO PINARDI\*

## Matrimonio, coppie omosessuali, principio di uguaglianza: per una lettura contestualizzata dell'art. 29, 1° comma, Cost.

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. Sull'impossibilità di pervenire a una lettura adeguatrice della disciplina impugnata. – 3. Principio di uguaglianza e coppie omosessuali. – 4. (*Segue*) Le coordinate generali del problema. – 5. (*Segue*): sull'inesistenza di interessi costituzionalmente rilevanti che si oppongano al *same sex marriage*. – 6. (*Segue*): per una lettura storicamente contestualizzata dell'art. 29, 1° comma, Cost.

1. Nel mio intervento intendo svolgere qualche breve riflessione che avrà esclusivo riguardo al merito della questione sottoposta al vaglio della Corte.

Preliminare, rispetto al compito che mi attende appare discutere se i dubbi prospettati dai giudici *a quibus* individuino un (mero) problema di natura ermeneutica o una vera e propria questione di legittimità costituzionale.

2. Nella Traccia per la discussione che è stata predisposta per il nostro Incontro viene formulato, infatti, il quesito se, contrariamente a quanto argomentato nelle ordinanze di rimessione, sia possibile pervenire ad una lettura adeguatrice della disciplina impugnata tale per cui, riconosciuta, in via interpretativa, la possibilità di procedere a matrimoni tra persone del medesimo sesso, si rendesse conseguentemente superfluo un ricorso alla Corte costituzionale.

Tale evenienza, a mio parere, deve essere decisamente esclusa. E questo non tanto perché il codice civile contenga un divieto esplicito di unioni omosessuali, né tanto meno per il fatto che l'interprete debba ritenersi vincolato, sul punto, a concezioni tradizionali, e per ciò stesso immutabili, dell'istituto matrimoniale<sup>1</sup>, quanto piuttosto perché una lettura del genere del dato normativo appare preclusa sia dal tenore testuale di numerose disposizioni codicistiche – tra cui alcune oggi impuginate<sup>2</sup> – le quali, facendo esplicito riferimento alla nozione di “marito” e “moglie”, prescrivono, ritengo, in maniera inequivocabile, che il matrimonio debba essere celebrato tra individui di sesso diverso; sia dal “diritto vivente” che su tale disciplina si è del tutto conseguentemente sviluppato – in sede giurisprudenziale e nelle direttive del Ministero dell'Interno<sup>3</sup> – nel senso di escludere la possibilità, stante l'attuale quadro normativo, di *same sex* (o *same gender*, come è stato precisato nel corso del dibattito) *marriages*: trattandosi, in definitiva, di un divieto di natura implicita che si ricava, però, dalla previsione, questa sì esplicitata, secondo cui la coppia di futuri coniugi deve essere formata (anche se non necessariamente in senso biologico)<sup>4</sup> da persone di sesso diverso.

---

\* *Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Modena e Reggio Emilia.*

<sup>1</sup> Come sembra, invece, ritenere il Tribunale di Venezia che, anche sulla base della considerazione della «consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna», argomenta l'impossibilità di pervenire, nel caso di specie, ad una lettura conforme della disciplina impugnata.

<sup>2</sup> V. in particolare gli artt. 107, 108 e 143 c.c.

<sup>3</sup> Cfr., al riguardo, il materiale allegato al presente volume.

<sup>4</sup> L'allusione è alla L. n. 164 del 1982, la quale, come noto, ammette al matrimonio i transessuali che, avendo subito un intervento chirurgico di mutamento del sesso, abbiano ottenuto la conseguente rettifica anagrafica (in argomento cfr., *infra*, quanto rilevato nel par. 5).

Bene hanno fatto, pertanto, i giudici a negare la possibilità di risolvere la questione in via ermeneutica e ad investire, conseguentemente, del dubbio la Corte costituzionale. Evitando, in tal modo, di esercitare funzioni che non rientrano tra le loro competenze istituzionali, quanto piuttosto nel campo della legislazione – con conseguente lesione del principio costituzionale di subordinazione del giudice alla legge – e scongiurando altresì il pericolo di decisioni giudiziarie rese in casi sostanzialmente coincidenti, ma ciò nonostante tutt'altro che omogenee, vista la forte probabilità che, in ragione del tenore della disciplina codicistica e dello stato del “diritto vivente”, il divieto di contrarre matrimonio per persone del medesimo sesso continuasse a venire applicato dalla stragrande maggioranza degli altri giudici. Con il risultato finale del manifestarsi di disparità di trattamento non giustificate e, per giunta, particolarmente odiose in un settore della vita privata così delicato come quello di cui stiamo discutendo.

Né, aggiungo, mi pare ammissibile che ora intervenga, in via meramente interpretativa, il giudice delle leggi, come sembra invece ipotizzare il Tribunale di Venezia con la chiara allusione ad una «forzatura [ermeneutica] non consentita ai giudici (diversi da quello costituzionale)», giacché non soltanto la mancanza di un'efficacia *erga omnes* di un'eventuale pronuncia interpretativa di rigetto finirebbe per riproporre, all'evidenza, il grave inconveniente da ultimo segnalato (nonché il rischio che i giudici si “ribellino” al *dictum* della Corte con conseguenti, ripetute riproposizioni della medesima *quaestio legitimitatis*), ma è la stessa teorica praticabilità di un intervento del genere che va, a mio parere, esclusa. Dovendo ritenersi, infatti, che, alla luce del quadro costituzionale di riferimento, non risulti possibile tenere distinti i poteri (e dunque i limiti) dell'attività svolta dalla Corte e dagli (altri) giudici nei confronti dell'attività di interpretazione conforme<sup>5</sup> – essendo riservato, viceversa, alla prima, esclusivamente il compito di dichiarare incostituzionale una disposizione oppure un suo significato normativo – sicché è plausibile invece affermare che il principio, generalmente condiviso<sup>6</sup>, secondo cui attraverso l'interpretazione giuridica non si può «falsificare» la «lettera della legge» vale per ogni interprete, sia esso giudice comune o costituzionale.

3. Il problema, in altre parole, non è risolvibile sul piano ermeneutico, ma va affrontato su quello della legittimità costituzionale della disciplina impugnata. Ed in quest'ottica, ritengo, profili di illegittimità costituzionale risultano argomentabili in rapporto al principio di uguaglianza<sup>7</sup>, non essendo rinvenibili, infatti, interessi pubblici costituzionalmente rilevanti che si oppongano al riconoscimento del matrimonio tra persone del medesimo sesso e non risultando, del resto, decisivo il richiamo, in senso contrario, a quanto previsto dall'art. 29, 1° comma, Cost.

4. Stabiliamo, anzitutto, alcune coordinate di carattere generale, entro cui svolgere il ragionamento che segue, e sulle quali, credo, potremmo tutti trovarci d'accordo:

a) la libertà di contrarre matrimonio rientra tra quelle costituzionalmente garantite, nell'opinione consolidata sia della dottrina giuridica sia della Corte costituzionale<sup>8</sup>;

b) alcuni soggetti sono esclusi, per legge, dall'esercizio di tale libertà, in ragione del loro orientamento sessuale;

<sup>5</sup> Come ho tentato di dimostrare, *amplius*, in altra sede (v. infatti *L'interpretazione adeguatrice tra Corte e giudici comuni: le stagioni di un rapporto complesso e tuttora assai problematico*, in G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, IV, Jovene, Napoli, 2009, pp. 1524-1527).

<sup>6</sup> Come dimostra, mi pare – per fare solo un esempio – la lettura del recente volume a cura di G. AZZARITI, *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007, *passim* ed in particolare le conclusioni assai simili cui giungono, sul punto, G.U. RESCIGNO, M. LUCIANI, F. MODUGNO ed A. PACE, pur procedendo da premesse teoriche anche assai differenziate (cfr. rispettivamente, *ivi*, pp. 37; 44; 52 e 58; 101).

<sup>7</sup> Mentre rilevo, incidentalmente, che non mi paiono convincenti le censure mosse *ex art.* 117, 1° comma, Cost., per le medesime ragioni cui accennava, oggi, nel corso del dibattito, Antonio Ruggeri.

<sup>8</sup> Rinvio, da ultimo, per gli opportuni riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, a M. BONINI BARALDI, *Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 880.

c) siffatta caratteristica dei soggetti esclusi non è stata, dagli stessi, liberamente scelta, né tanto meno rappresenta uno stato patologico od illegale, ma rientra, piuttosto, tra quelle “condizioni personali”, di cui parla l’art. 3, 1° comma, Cost., per fondare il divieto di discriminazioni irragionevoli che su esse risultino basate;

d) il problema, di conseguenza, si risolve, sotto l’aspetto giuridico-costituzionale, nel rinvenire beni od interessi, che risultino costituzionalmente rilevanti, la cui tutela giustifichi l’esclusione di una determinata categoria di soggetti dal godimento di tale libertà. Laddove, va aggiunto, la normativa oggi impugnata interseca, sotto questo profilo, il «nucleo duro» del principio di uguaglianza – ossia uno dei sette parametri cui l’art. 3, 1° comma, Cost. fa esplicito riferimento – con tutto quanto questo comporta in ordine alla presunzione di irragionevolezza di una disciplina legislativa differenziata, salvo dimostrazione puntuale del contrario<sup>9</sup>.

5. Ora, a parte che, come è stato giustamente posto in rilievo<sup>10</sup>, sembra corrispondere, piuttosto, ad «un preciso interesse» dello Stato riconoscere «i legami che spontaneamente si consolidano tra i suoi cittadini», così da favorire «la stabilità emotiva, economica ed assistenziale» degli stessi, con indubbi riflessi positivi concernenti, tra l’altro, la creazione di «un’efficace rete di protezione» privata che risulti integrativa di quella pubblica, non credo, viceversa, che possa dimostrarsi il contrario, ovvero sia che il divieto di matrimonio tra persone del medesimo sesso sia ricollegabile, coerente od addirittura necessario (a seconda del diverso profilo del criterio di ragionevolezza che si intenda applicare) per pervenire alla tutela di un concreto bene giuridico, costituzionalmente rilevante, il quale sarebbe, all’opposto, garantito in caso di unione eterosessuale.

Così, da un lato, si potrebbe opporre all’ipotesi di ammettere al matrimonio individui del medesimo sesso il diritto dei figli, che è sicuramente rispondente ad uno specifico interesse sociale, a crescere all’interno di una famiglia adeguata. Ma a tale possibile obiezione ha già risposto, convincentemente, il Tribunale di Venezia, nell’ordinanza di rimessione, rilevando come siffatto interesse «potrebbe incidere esclusivamente sul diritto delle coppie omosessuali coniugate di avere figli adottivi», diritto che, tuttavia, «è distinto, e non necessariamente connesso, rispetto a quello di contrarre matrimonio» (come dimostra, del resto, in maniera inequivocabile, un’analisi comparata<sup>11</sup> della legislazione in materia). Senza contare, poi – come rileva lo stesso Tribunale – che già oggi, nell’ordinamento italiano ogni adozione di minorenni presuppone la valutazione di idoneità affettiva e di capacità genitoriale della coppia, ... essendo così esclusa ogni automaticità tra il matrimonio, la richiesta di adozione e la decisione del Tribunale per i minorenni».

Né fondate mi paiono quelle tesi che per giustificare il divieto in parola si rifanno ad argomenti correlati all’incapacità della coppia omosessuale di procreare<sup>12</sup>, quasi che il diritto attualmente vigente prevedesse, quale condizione per contrarre matrimonio, la capacità di avere figli e non ammettesse, viceversa, allo stesso anche coniugi irrimediabilmente sterili od addirittura dello stesso sesso biologico<sup>13</sup>; o pervengono al medesimo risultato prevedendo effetti negativi per la famiglia eterosessuale – o, più in generale, per la stessa “continuità della specie” – che discenderebbero dal rico-

<sup>9</sup> In questo senso, *ex multis*, v. già L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di uguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in *Giur. cost.*, 1984, p. 219; e P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna, 1984, p. 84. Sulla logica di *strict scrutiny* che dovrà presiedere alle riflessioni della Consulta insiste, giustamente, Barbara Pezzini, nella sua apprezzata *Relazione* introduttiva all’odierno Seminario, in part. par. 3 e 6.

<sup>10</sup> Da P. VERONESI, *Costituzione, “strane famiglie” e “nuovi matrimoni”*, in *Quad. cost.*, 2008, p. 593.

<sup>11</sup> Per la quale rinvio ad esempio a M. BONINI BARALDI, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Ipsoa, Milano, 2005; e a M. MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita*, Bononia University Press, Bologna, 2007.

<sup>12</sup> Cfr. ad esempio, in proposito, V. TONDI DELLA MURA, *La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi e la pretesa dei diritti individuali dei conviventi*, in *Quad. cost.*, 2008, pp. 106-107, il quale ricomprende tra “i presupposti antropologici” del modello costituzionale di famiglia la “trasmissione della soggettività”.

<sup>13</sup> Il riferimento è alla L. n. 164 del 1982, sul diritto al matrimonio dei transessuali, su cui si è espressa la Corte cost. con la nota sent. n. 161/1985.

noscimento normativo del *same sex marriage*: laddove, al contrario, è facile replicare, per un verso, che tale riconoscimento non produrrebbe alcuna conseguenza né sul matrimonio né sui diritti delle coppie eterosessuali, che rimarrebbero, infatti, inalterati; e per l'altro, non soltanto che nei Paesi che già prevedono tale tipo di unione si assiste ad un tasso di natalità più alto e ad uno di abortività più basso rispetto a quelli da noi riscontrabili<sup>14</sup>, ma anche che in Italia, già oggi, il «numero di matrimoni celebrati» è «in continuo declino, con un tasso di nuzialità sceso sotto la media dei paesi dell'Europa occidentale, a riprova che altre sono le politiche efficacemente dirette a tutelare la famiglia e la filiazione»<sup>15</sup>.

6. Senonché, si obietta ulteriormente, *contra* la tesi di una possibile lesione del principio di uguaglianza sta, nel caso di specie, lo stesso dettato costituzionale<sup>16</sup>. Il quale prevede, infatti, all'art. 29, che la Repubblica riconosce i diritti della famiglia quale «società naturale fondata sul matrimonio» ed in tal modo esplicita il *favor* dell'ordinamento per un solo tipo di nucleo familiare, la cui formazione venga sanzionata, per l'appunto, dalla celebrazione di un rito nuziale, e che è costituito dall'unione di un uomo e di una donna.

Ora, che i Costituenti, scrivendo di famiglia, pensassero, esclusivamente, ad unioni eterosessuali non mi pare seriamente discutibile. Che da ciò, tuttavia, possa evincersi, oggi, un argomento insuperabile per non ammettere al matrimonio coppie del medesimo sesso ce ne corre. La questione, con ogni evidenza, dipende dalla lettura che si ritenga «corretta» della formula utilizzata dall'art. 29, 1° comma, Cost. Dato che, però, sul punto – come è stato giustamente posto in rilievo<sup>17</sup> – «sono state sostenute praticamente tutte le opinioni», non posso che limitarmi, in questa sede, ad enunciare, assai rapidamente, la mia, aderendo, nei diversi passaggi, a tesi già sostenute da chi si è occupato *funditus* della tematica *de qua*.

Così, in primo luogo ritengo che il termine «naturale» utilizzato dalla Carta debba essere inteso in senso fenomenico e non giusnaturalistico, esprimendo, quindi, null'altro che l'esigenza, fortemente avvertita dai Padri fondatori<sup>18</sup>, di stabilire una linea di confine oltre la quale il legislatore non può intervenire nel regolamentare una formazione sociale che appartiene ad una sfera autonoma (e preesistente) all'ordinamento giuridico statale. A questa interpretazione del termine in oggetto induce, infatti, non soltanto la considerazione che essa è suffragata dall'analisi dei lavori preparatori<sup>19</sup>, ma anche il fatto che questa lettura appare l'unica in grado di superare l'evidente contraddizione in cui incorrerebbe, viceversa, la lettera dell'art. 29 – come già rilevava Piero Calamandrei – nel parlare di una società «naturale» ed al tempo stesso «fondata sul matrimonio», cioè su un negozio giuridico le cui caratteristiche, contingenti, sono determinate, al contrario, dalla mutevole legislazione vigente. Senza contare, poi, che questa esegesi dell'aggettivo in questione<sup>20</sup> appare in perfetta sintonia con un «principio costituzionale» di più ampio respiro, il quale, «*mutatis mutandis*, ribadisce la limitata in-

<sup>14</sup> V. ad esempio i dati forniti da M. GATTUSO, *Appunti sulla famiglia naturale e il principio di eguaglianza*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, p. 16, nota 28 (cui appartiene la frase riportata, di seguito, nel testo).

<sup>15</sup> Non intendo, poi, confutare *ex professo* pseudo-argomentazioni che mi pare, peraltro, trovino scarso spazio nel dibattito *giuridico* sul tema, quali l'esigenza di vietare matrimoni omosessuali per «rispetto della natura umana, dell'ordine pubblico sociale, o dell'integrità etica della Nazione a fronte di pratiche sessuali ritenute inaccettabili», giacché è evidente che, nel 2010, anche sulla base della spinta fornita dalla giurisprudenza sovranazionale in materia, appare «davvero ridicolo, prima ancora che reativo, contrapporre l'inclinazione omosessuale alla dignità dell'uomo o all'integrità morale del consorzio civile» (così liquida, giustamente, obiezioni del genere la Corte d'appello di Firenze nell'ordinanza di rimessione).

<sup>16</sup> Esplicito, ad esempio, in questo senso, A. MORRONE, *Art. 2*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, I, Giuffrè, Milano, 2009, p. 33, il quale, per l'appunto, sulla base, essenzialmente, della lettera dell'art. 29, 1° comma, Cost. afferma che «non è applicabile in questo ambito il principio di eguaglianza-ragionevolezza».

<sup>17</sup> Da A. MORRONE, *Art. 2*, cit., p. 26.

<sup>18</sup> In ragione della necessità di evitare il riproporsi di ingerenze autoritarie nella sfera familiare, già vissute durante l'epoca fascista.

<sup>19</sup> Per la quale rinvio senz'altro a P. VERONESI, *Costituzione*, cit., pp. 579 ss.

<sup>20</sup> Come rileva acutamente P. VERONESI, *Costituzione*, cit., p. 582.

gerenza dello Stato nelle regole interne delle più rilevanti formazioni sociali ex art. 2 Cost.: si pensi, per esempio, all'analogia *ratio* degli artt. 39 e 49».

In secondo luogo, ne discende che anche la formula che stiamo analizzando non si sottrae all'esigenza, che – come noto – è particolarmente sentita nel caso di disposizioni di rango costituzionale, di venire interpretata in maniera storicamente contestualizzata<sup>21</sup>. Il che non significa, beninteso, voler sostenere che ogni esperienza che si inveri nella prassi possa poi assurgere, per ciò stesso, al rango di “famiglia costituzionalmente rilevante” come sostiene, invece, chi obietta, polemicamente, che ammettendo il *same sex marriage* nulla potrebbe in seguito opporsi al riconoscimento di altri modelli, come quello poligamico o poliandrico di famiglia<sup>22</sup> – sia perché il rilievo appena richiamato accomuna, in realtà, esperienze sociali non omologabili, e si disvela, pertanto, per essere l'ennesima riproposizione dell'argomento della “china scivolosa” (*slippery slope*), capace, sì, di evocare scenari apocalittici, ma privo di efficacia sul piano giuridico, sia perché modelli come quelli menzionati pongono, se ben si considera – ancor prima che questioni concernenti il loro rapporto con l'art. 29 – problemi, seri, in relazione al rispetto di altre disposizioni del medesimo rango, ad iniziare dal principio di pari dignità tra uomini e donne<sup>23</sup>.

Se così è, quindi – terzo ed ultimo passaggio argomentativo – mi pare possibile affermare che, una volta interrogata, come appare necessario, alla luce dei mutamenti intervenuti nella realtà storico-sociale, la formula utilizzata dall'art. 29, 1° comma, Cost. non può valere, *ut sic*, ad escludere l'incostituzionalità del divieto di ammettere al matrimonio coppie del medesimo sesso. Qui, infatti, il mero richiamo alla “tradizione”, che viene spesso effettuato al fine di giustificare un'esegesi contraria del disposto in esame, omette di prendere in considerazione il fatto che «servire la tradizione per mero riguardo verso la stessa ... non rientra certamente tra gli scopi della giurisdizione» e che è vero, piuttosto, come si legge in un'apprezzabile pronuncia, che «l'antichità di un pregiudizio non è una buona ragione per la sua sopravvivenza»<sup>24</sup>. È proprio la *ratio*, del resto, della disposizione in parola ad impedirne, se ben si considera, una lettura del genere. Poiché risulterebbe quanto meno singolare che una norma creata – come abbiamo visto – allo scopo di evitare ingerenze statali in ambito familiare divenga poi la pietra angolare su cui costruire un ragionamento giuridico atto ad imporre, viceversa, un unico e ben determinato modello di organizzazione delle relazioni familiari, che sovrapponendo una concezione ideologica della famiglia ad una realtà sociale tutt'altro che omogenea finisca per negare i bisogni e quindi per complicare fortemente i progetti di vita di milioni di persone che in quella concezione non si riconoscono.

Né mi sembrano ostacoli insormontabili a questa lettura del precetto in parola due possibili obiezioni, anche oggi riproposte nel corso del dibattito, e cioè:

a) il fatto che il primo comma dell'art. 29 debba essere letto alla luce del secondo, il quale, introducendo una norma anti-subordinazione di genere all'interno della famiglia, collegherebbe il matrimonio al paradigma eterosessuale; e

b) la circostanza che nella formula che stiamo esaminando si parli espressamente di «matrimonio», alludendo, così, in maniera esclusiva ad un modello tradizionale di unione coniugale;

perché è vero, in senso contrario:

– sotto il primo profilo, che se è innegabile che i Costituenti – come già evidenziato – facevano esclusivo riferimento alla famiglia eterosessuale, lo è altrettanto che oggi il richiamo (generale) all'uguaglianza, che si legge nel secondo comma dell'art. 29, non va necessariamente inteso, per i

<sup>21</sup> Come riconosce, in verità, anche una parte della dottrina che si dimostra ostile alla lettura dell'art. 29 qui condivisa: cfr. infatti, al riguardo, quanto argomentato da A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 756.

<sup>22</sup> Cfr. ad esempio, in tal senso, L. VIOLINI, *Il riconoscimento delle coppie di fatto: praeter o contra constitutionem?*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 395.

<sup>23</sup> Sul punto rimando, *amplius*, alle riflessioni sviluppate da BARBARA PEZZINI, nella sua *Relazione* introduttiva, spec. par. 5.

<sup>24</sup> Per la prima frase cfr. M. GATTUSO, *Appunti*, cit., 12; per la seconda la sent. del 1° dicembre del 2005 con la quale la Corte costituzionale del Sudafrica ha rimosso, per l'appunto, il divieto di matrimonio tra persone del medesimo sesso.



motivi già esposti, in senso “originalista”<sup>25</sup>, come del resto l’utilizzo del termine “coniugi” – se si vuol stare alla lettera della disposizione indicata – non vieta, quanto meno, di fare;

– e per il secondo aspetto che, diversamente da quanto già rilevato a proposito della disciplina contenuta nel codice civile, cosa debba intendersi per matrimonio «non [è] precisamente definito» né «disciplinato, neanche in via di principio ... dalla Carta costituzionale»<sup>26</sup>. Né il significato di tale sostantivo può essere desunto, in via del tutto automatica, da quanto previsto dalla legislazione ordinaria, come insegna – se non altro – la giurisprudenza della Corte costituzionale adottata in casi simili (si pensi solo all’attribuzione di significato del termine “domicilio” di cui all’art. 14 Cost.).

In definitiva, pertanto, ritengo che se si procede, come appare doveroso, ad una lettura storicamente contestualizzata della formula in esame, questo, poi, non può non riflettersi sulla sua interpretazione di natura sistematica, sia nel senso di escludere che essa possa operare quale limite all’applicabilità, in quest’ambito, del principio di uguaglianza-ragionevolezza, sia nel senso di suggerire una lettura dell’art. 29, 1° comma, Cost. che ne sottolinei, piuttosto, le correlazioni *positive* con alcuni principi fondanti il nostro ordinamento. Venendo, dunque, a svolgere, in quest’ottica, una funzione non tanto di freno, quanto piuttosto di piena e corretta valorizzazione di tali principi, ad iniziare dal diritto inviolabile, che è riconosciuto ad ogni essere umano, di realizzare la propria personalità anche all’interno delle formazioni sociali di cui all’art. 2 Cost. e dal dovere, correlato, che è posto a carico della sfera pubblica, di rimuovere gli ostacoli che si frappongono a tale realizzazione.

---

<sup>25</sup> Cfr., nel medesimo senso, l’intervento svolto da Carlo Fusaro.

<sup>26</sup> In termini, rispettivamente, P. VERONESI, *Costituzione*, cit., p. 587; e M. SESTA, *Art. 29*, in ID. (a cura di), *Codice*, cit., p. 68.

ANDREA PUGIOTTO\*

## L'altra faccia dell'eguaglianza (e dell'amore)

**SOMMARIO:** 1. Dietro l'inerzia del Legislatore: un *mix* tra convento e caserma. – 2. La Corte costituzionale come interlocutrice privilegiata: una scelta di metodo (costituzionalmente) giustificata. – 3. Ragionando attorno all'ammissibilità delle questioni di legittimità sollevate. – 4. Né capriccio, né desiderio, ma diritto costituzionale alla propria identità. – 5. La soluzione costituzionalmente più coerente.

1. «Le persone con le lentiggini non sono considerate una minoranza da quelle senza lentiggini. [...] Perché? Perché una minoranza si considera tale solo quando costituisce una minaccia, vera o presunta, per la maggioranza. [...] Ogni minoranza, a suo modo, è aggressiva. Provoca la maggioranza ad attaccarla» ed è per questo che «continuiamo a credere che il modo migliore per togliersi dai piedi qualcosa sia ignorarla, finché non sparisce».

Incontro queste parole nelle pagine del dolente romanzo di Christopher Isherwood, *A single man*<sup>1</sup>, ed è come guardare un'istantanea dei nostri emicicli parlamentari. Dove la contrarietà al matrimonio omosessuale, come pure ad una qualsiasi legislazione a favore di forme di unione (anche tra persone dello stesso sesso) diverse dalla famiglia tradizionale, nasce fundamentalmente da una paura: che quanto riconosciuto per legge diventi scelta possibile, costume diffuso, mentalità corrente. Uscendo così dalla sfera della riprovazione sociale e morale e riuscendo a intaccare paradigmi altrimenti consolidati.

Meglio, quindi, ignorare. Meglio, cioè, non legiferare.

Questo stallo ideologico si fa forte degli attuali numeri parlamentari, ben al di là delle sole forze di maggioranza. Fino all'inverosimile. Tale va considerata l'approvazione alla Camera, il 13 ottobre scorso, di una questione pregiudiziale di costituzionalità contraria all'introduzione nel codice penale della circostanza aggravante omofobica, perché – cito testualmente – dando rilevanza all'orientamento sessuale della vittima «ricomprende qualunque orientamento, ivi compresi incesto, pedofilia, zoofilia, sadismo, necrofilia, masochismo, eccetera»<sup>2</sup>. Per il nostro Legislatore, in altre parole, non c'è soluzione di continuità tra inclinazioni patologiche o addirittura penalmente illecite e una «variante del comportamento sessuale umano» (come l'OMS qualifica l'omosessualità)<sup>3</sup>, «condizione dell'uomo degna di tutela» (come la qualifica la Cassazione civile)<sup>4</sup>. Per il nostro Legislatore l'omosessuale resta una persona malata imprigionata in un corpo deviante, quando non criminale.

Non credo serva altro per certificare un dato di fatto: sui temi che vanno dall'embrione al mo-

---

\* *Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara.*

<sup>1</sup> C. ISHERWOOD, *Un uomo solo*, tr. it. di D. Villa, Adelphi, Milano, 2009, pp. 56 e 57.

<sup>2</sup> Cfr. questione pregiudiziale di costituzionalità n. 1 [Vietti, Buttiglione, Rao, Capitanio Santolini, Volontè, Ciccanti, Compagnon, Naro], approvata alla Camera dei deputati, seduta n. 231 di martedì 13 ottobre 2009, che comporta la reiezione del testo unificato delle proposte di legge nn. 1658-1882-A di «Modifica all'art. 61 c.p., concernente l'introduzione della circostanza aggravante relativa all'orientamento o alla discriminazione sessuale».

<sup>3</sup> Risale al 17 maggio 1990 la decisione (da cui è tratta la citazione riportata nel testo) assunta dall'Assemblea Generale dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) che ha depennato l'omosessualità dall'elenco delle malattie mentali.

<sup>4</sup> Cfr. Cassazione, I sez. civ., 25 luglio 2007, n. 16417; assunto da cui la sentenza fa discendere che la libertà sessuale va «intesa anche come libertà di vivere senza condizionamenti e restrizioni le proprie preferenze sessuali», in quanto espressione del diritto alla realizzazione della propria personalità tutelato dall'art. 2 Cost.

mento in cui ci lasceranno morire, le Assemblee parlamentari dimostrano di aver smarrito la loro funzione di *agorà* tra opinioni legittimamente diverse, purché riconducibili al ceppo comune della discorsività razionale.

La logica deliberativa è ormai un'altra: è quella del peccato che si fa reato, del «*io non voglio, dunque nessuno può*», imposta con il pugno sul tavolo della conta. Un *mix* tra convento e caserma.

2. Questo contesto non va dimenticato, se si vuole valutare in termini di diritto costituzionale una campagna di affermazione civile a favore del matrimonio omosessuale, principalmente rivolta (non al Parlamento, bensì) al Giudice delle leggi.

Trovo costituzionalmente giustificato il metodo prescelto.

In questa battaglia di scopo, i mezzi prefigurano i fini. Non siamo in presenza di una disobbedienza civile: *qui la legge non è violata*. Al contrario, ci si appella alla stessa legalità dell'ordinamento che è, primariamente, legalità costituzionale. E si chiede conto di una legislazione ordinaria che, costruita attorno al paradigma eterosessuale del matrimonio, entra in tensione con alcune norme della Costituzione altrimenti orientate.

Qui non si contesta la legalità formale in nome di una legalità *rivoluzionaria*, secondo una strategia basata sull'uso alternativo del diritto (teorizzata e praticata in altre epoche nel nostro ordinamento). Al contrario. Come alle origini dello Stato di diritto, si ricorre alla tutela giurisdizionale contro un atto di potere (il rifiuto delle pubblicazioni di nozze) di cui si eccepisce l'illegittimità.

Da costituzionalista trovo straniante che, in ragione di ciò, si denunci il tentativo di mettere sotto scacco, per via giurisdizionale, la sovranità del Parlamento. Evidentemente l'ubriacatura di tutti questi anni all'insegna della cd. democrazia d'investitura, ha veicolato l'idea che la sovranità popolare si risolverebbe nel solo gesto di infilare una scheda nell'urna elettorale. Lasciando poi i cittadini muti per cinque anni, durante i quali la sola voce in capitolo sarebbe quella dei soggetti investiti di potere.

In questa vulgata c'è un errore clamoroso. L'idea, cioè, che la sovranità popolare si eserciti ad *intermittenza*. Non è così. La sovranità può essere esercitata *continuamente* attraverso *tutti* i canali di partecipazione<sup>5</sup>. Democrazia parlamentare e rivendicazione dei diritti per via giurisdizionale sono strumenti complementari, non alternativi. Il loro esercizio non è a somma zero, incrementando semmai la qualità della nostra democrazia.

Ciò vale, in particolare, quando la posta in gioco è rappresentata da diritti di minoranza. In una società pluralista, il numero non conta in materia di diritti di libertà. Non valendo il criterio quantitativo, la tutela di situazioni anche minoritarie e "anomale", se costituzionalmente fondate, s'impone.

Questa verità, da tempo smarrita nelle Aule parlamentari, abita invece a Palazzo della Consulta. Dove opera una Corte costituzionale che deve motivare le sue sentenze secondo argomenti razionali (e non attinti dalla tradizione o da un presunto diritto naturale). Una Corte che è tenuta ad un vincolo di fedeltà ai suoi precedenti, a cominciare dalle civilissime sentenze sul transessualismo (n. 161/1985), sulla violenza carnale e sul diritto alla libertà sessuale (n. 561/1987), in tema di incesto (n. 492/2002). Una Corte che è in dialogo con altre Corti e Tribunali costituzionali già pronunciatisi favorevolmente sul matrimonio omosessuale. Una Corte che – diversamente da un Legislatore datosi alla latitanza – non potrà sottrarsi ad una decisione nel merito.

3. Non vedo, infatti, ragioni di inammissibilità all'orizzonte, salvo – forse – un eccesso di motivazione *per relationem* dell'ordinanza di Trento che potrebbe esporla ad un preventivo sbarramento processuale.

Non siamo in presenza di una *fictio litis*, cioè di «una questione sollevata in un giudizio il cui unico scopo si risolve nell'impugnare direttamente la norma di legge sospettata di illegittimità costi-

---

<sup>5</sup> Come ha ammonito da sempre, anche di recente, L. CARLASSARE, *Costituzione, articolo 1*, in *Il Fatto Quotidiano*, 29 settembre 2009.

tuzionale» (sent. n. 84/2006): l'eccezione di costituzionalità, infatti, è introdotta come subordinata rispetto alla richiesta principale rivolta al giudice di ordinare le pubblicazioni rifiutate.

Né si può contestare ai giudici *a quibus* il mancato esperimento di un'esegesi costituzionalmente orientata. Il diritto vivente sul punto è così ancestrale da non lasciare spazio alcuno di manovra a differenti interpretazioni. In queste condizioni recriminare per un eccesso di timidezza dei giudici di Venezia, Trento, Firenze e Ferrara mi pare posizione velleitaria: sottoposto certamente a gravame e prevedibilmente cassato, il fai-da-te interpretativo avrebbe finito per lasciare le coppie ricorrenti sole con se stesse, a leccarsi le ferite dopo una illusoria vittoria di Pirro. Diversamente da quanto accadrà a seguito della pronuncia della Consulta, anche in caso di rigetto della *quaestio*: in una simile ipotesi, quella dei giudici costituzionali sarebbe solo la penultima parola, rimanendo pur sempre il ricorso alla Corte di Strasburgo<sup>6</sup>.

Mi auguro poi che nessuno abbia l'alzata d'ingegno di eccepire (come accadde tra gli anni '60 e '70 al comparire delle primissime sentenze manipolative) l'assenza di oggetto nella *quaestio*, in ragione del fatto che alla Corte si chiederebbe di annullare qualcosa che la legge non dice. Qui, davvero, l'omissione legislativa cela una norma concretamente applicata<sup>7</sup>: talmente vivente che, in Italia, fino ad oggi (salvo l'incredibile *qui pro quo* registratosi nel comune trevigiano di Quinto di Paese)<sup>8</sup> mai un ufficiale di stato civile ha trascritto o pubblicato le nozze tra persone dello stesso sesso.

Né mi pare fondata la critica di «approssimazione argomentativa»<sup>9</sup> rivolta alle ordinanze per l'eterogenea molteplicità di disposizioni legislative impugnate. Il lungo rosario normativo sgranato dai giudici *a quibus* nei loro atti di promovimento consegue al silenzio dell'ordinamento, che non vieta espressamente il matrimonio omosessuale. E se anche la ricostruzione sistematica del quadro legislativo fosse incompleto, certo non si configura per questo un *thema decidendum* indeterminato: una *quaestio* non deve soddisfare il requisito della completezza (quasi fosse un quesito referendario abrogativo); la Corte dispone a rimedio lo strumento dell'illegittimità consequenziale, opportunamente invocato come clausola di salvaguardia dai Tribunali di Venezia e di Ferrara (ma sempre attivabile d'ufficio). Ciò che conta è la rilevanza delle disposizioni impugnate (e neppure di tutte, solo di alcune)<sup>10</sup>.

Al confine tra inammissibilità e merito si colloca, semmai, l'eccezione secondo la quale la questione sottoposta a giudizio chiamerebbe in causa la discrezionalità del legislatore. È bene, io credo, distinguere.

Gli strumenti dell'interpretazione giuridica ci dicono che l'art. 29 Cost. consente la possibile introduzione per via legislativa del matrimonio omosessuale: di questo – come ho cercato di dimostra-

<sup>6</sup> Secondo una dinamica già sviluppatasi, ad esempio, in occasione della *vexata quaestio* relativa all'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche: cfr., per una ricostruzione dell'intera vicenda giurisprudenziale (interna e transnazionale) A. GUAZZAROTTI, *Il crocifisso visto da Strasburgo*, in *Studium iuris*, fasc. 5, 2010, pp. 494 ss.

<sup>7</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *Un rapporto non conflittuale tra Corte e giudici: il "diritto vivente" applicato alle sentenze additive*, in A. ANZON-B. CARAVITA-M. LUCIANI-M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 159-164.

<sup>8</sup> I protagonisti della vicenda sono un 36enne italiano e il suo compagno francese. Nel settembre 2008 si erano recati in California, dove è concesso il matrimonio fra coppie dello stesso sesso. Rientrati in Italia e presentato il certificato di matrimonio per farlo registrare presso il comune dello sposo italiano, a Quinto di Paese, l'impiegato dell'anagrafe provvedeva alla trascrizione nel registro di stato civile il 13 maggio 2009, forse tratto in inganno dal nome francese dell'altro sposo. Per cinque mesi è stato il primo matrimonio gay in Italia. Emerso l'errore burocratico, il Comune ha inviato agli sposi una raccomandata che comunica «l'annullamento dell'atto in quanto in contrasto con l'ordine pubblico interno». [Fonte: <http://www.oggitreviso.it>, *Matrimonio gay annullato. Il sindaco: rispettiamo la legge*].

<sup>9</sup> N. PIGNATELLI, *Dubbi di legittimità sul matrimonio "eterosessuale": profili processuali e sostanziali*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, p. 11 (il quale pure si augura che la Corte costituzionale superi l'ipotizzato ostacolo processuale).

<sup>10</sup> Andrà quindi evitato, da parte della Corte costituzionale, una replica dell'infelicitissimo precedente rappresentato dall'ord. n. 369/2006 in tema di procreazione medicalmente assistita: cfr. A. MORELLI, *Quando la Corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità consequenziale e selezione discrezionale dei casi*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, (19 novembre 2006); A. PUGIOTTO, *Questione eticamente sensibile non significa questione inammissibile*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Dalla provetta alla Corte. La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 182-183.

re altrove<sup>11</sup> – sono certo. Per ottenere una sentenza di accoglimento della Corte, però, ciò non basta. È necessario dimostrare che l'imperativo costituzionale di eguaglianza *impone* la rimozione del paradigma eterosessuale dalla disciplina matrimoniale. In termini di giustizia costituzionale, la partita si gioca tutta qui.

4. Giuridicamente (e sottolineo: giuridicamente), non è una partita persa in partenza. A condizione che venga impostata – come fa il Tribunale di Venezia – in termini di garanzia di un diritto all'*habeas corpus* e all'identità personale del soggetto omosessuale. Il quale vede amputata la sua capacità di agire in forza di un dato – il proprio orientamento sessuale – che non è un piccolo difetto di pronuncia, rimediabile con un po' di buona volontà, ma una condizione naturale. Dunque, non scelta.

Soccorre in ciò, innanzitutto, il parametro dell'art. 2 Cost. Disposizione che – si faccia attenzione – non tutela le formazioni sociali, semmai i diritti inviolabili dell'uomo come singolo e «nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». In quanto strumentali alla realizzazione della propria identità, eminentemente relazionale, le formazioni sociali servono l'individuo (e non viceversa). La famiglia legittima, «formazione sociale primaria» (sent. n. 183/1988) priva di soggettività giuridica autonoma, non fa eccezione.

Perché, allora, precluderla a chi voglia vivere al suo interno la propria omosessualità, come relazione (non solo sessuale)? Non c'è traccia nell'ordinamento giuridico di elementi che autorizzino a qualificare l'omosessualità come comportamento patologico o illecito (il che, peraltro, rende improprio il richiamo all'ordine pubblico come ostacolo al matrimonio tra persone dello stesso sesso). Se, dunque, l'omosessualità non è una malattia, perché una persona sana non potrebbe accedere a diritti eminentemente relazionali (come il matrimonio)? Perché una persona sana dovrebbe vivere relazioni malate?

La rimozione di tale preclusione non passa *esclusivamente* attraverso la scelta, rimessa al monopolio legislativo, dell'introduzione di nuovi istituti parafamiliari<sup>12</sup>. Questa a me pare una bugia che, per quanto ripetuta, resta comunque una bugia. Il vero è che, qui ed ora, il matrimonio è l'unica por-

<sup>11</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in <http://www.forumcostituzionale.it> (29 febbraio 2008).

<sup>12</sup> Tanto più se la discrezionalità legislativa trovasse espressione nella proposta di legge n. 1756, Barani e altri 54 deputati, *Disciplina dei diritti e dei doveri di reciprocità dei conviventi*, presentata alla Camera l'8 ottobre 2008, introduttiva dei c.d. "Di-Do.Re.", ultimo acronimo di una infelicitissima serie. Il testo – pensato, voluto e strutturato, sia pure a titolo personale, dai ministri Rotondi e Brunetta – presenta dichiaratamente un profilo basso, come emerge dalla sua relazione illustrativa: il rapporto di convivenza viene collocato esclusivamente all'interno del recinto tracciato dal diritto privato ma ben lontano dal diritto di famiglia; diversamente dai "Di.Co." (elaborati nella scorsa Legislatura dalle ministre di centrosinistra Bindi e Pollastrini) non contempla alcun riconoscimento pubblico né alcuna stipula di accordi negoziali capaci di rendere strutturata l'unione di fatto. Lo scopo perseguito è di natura pragmatica: stabilire un minimo di tutela di alcuni diritti individuali dei soggetti conviventi, risolvendo in tal modo specifici problemi concreti, quali l'assistenza nel caso di malattie o ricovero in ospedale, le decisioni in materia di salute e per il caso di morte (donazione degli organi, modalità delle esequie), il diritto di rimanere nell'abitazione comune in caso di decesso del convivente, il subentro nel contratto di locazione in caso di risoluzione anticipata, il dovere di prestare gli alimenti in caso di cessazione della convivenza. Punto e basta.

Con parole sincere è uno dei suoi architetti, il ministro Rotondi, a definirla una proposta minimalista, «espressione di carità cristiana (...), un bicchiere che non è manco pieno ma – diciamolo chiaramente – è quasi vuoto», contro la quale ogni polemica da parte cattolica sarebbe pretestuosa, perché equivarrebbe a «schierarsi contro un regolamento condominiale» [cfr. Radio Radicale, 6 gennaio 2009, *Unioni civili: intervista a Gianfranco Rotondi sul futuro dei "Di.Do.Re."*, in <http://www.radioradicale.it>, nonché G. ROTONDI, *Coppie di fatto, serve una disciplina per chi divide una casa*, ne *Il Tempo*, 6 gennaio 2009, 10]. I "Di-Do.Re.", infatti, non introducono alcuna figura concorrenziale alla famiglia tradizionale, che anzi – come si legge nella relazione illustrativa – la proposta intende «proteggere da tentativi, sia legislativi che giurisprudenziali, volti ad indebolirla mediante una surrettizia parificazione a situazioni che non possono aspirare alla tutela rafforzata che [la famiglia matrimoniale] gode nel nostro ordinamento».

Non è un caso che l'art. 1 della proposta di legge sia rubricato *Esclusività della famiglia* e reciti così: ai sensi dell'art. 29 Cost. «il riconoscimento della famiglia deve intendersi unicamente indirizzato verso l'unione tra due soggetti legati da vincolo matrimoniale» e, ai sensi dell'art. 31 Cost., solo alla famiglia matrimoniale «sono indirizzate, in via esclusiva, le agevolazioni e le provvidenze di natura economica e sociale» attinte dalla finanza pubblica. «Su tale principio non vi possono essere né dubbi né discussioni», come scrivono perentoriamente i firmatari della proposta.

ta di accesso ad uno *status* privilegiato, quello di coniuge, cui l'ordinamento collega «un lungo elenco di diritti mancati»<sup>13</sup> per chi ad essere coniuge non può nemmeno aspirare. Primo su tutti, la libertà di scelta della persona con la quale fondare un'unione dotata di quei caratteri di certezza e stabilità, reciprocità e corresponsività di diritti e doveri, derivanti unicamente dal matrimonio.

Ecco perché non siamo in presenza di una *political question* risolvibile solo per via legislativa. L'introduzione di futuri strumenti negoziali regolati con legge (anche se aperti a coppie omosessuali) non sarebbe affatto risolutiva. L'eguaglianza è tale solo nelle pari opportunità delle opzioni in campo rimesse alla libera determinazione del singolo (e della coppia). E quello che per la condizione eterosessuale diverrebbe *un bivio*, per l'omosessuale resterebbe pur sempre *un senso unico*, sopravvivendo il divieto di sposarsi.

In nome, poi, di quali interessi pubblici preminenti? Ha ragione Barbara Pezzini<sup>14</sup>: quelli invocati «risultano tutti superabili» perché infondati costituzionalmente o non proporzionati o inconfidenti.

Il matrimonio, per lo Stato laico, è l'unione tra due persone suggellata dal diritto. Il matrimonio – come atto e come regime giuridico – è dunque uno strumento artificiale e conformabile (non un sacramento immutabile e indisponibile). La stessa perentoria affermazione di suoi (presunti) elementi connotativi non negoziabili<sup>15</sup> è l'indizio più certo del suo divenire, perché «si cerca di definire qualcosa che, finché esisteva, non aveva bisogno di essere definita»<sup>16</sup>. Oggi, infatti, il matrimonio, non incontra (più) ostacoli nella differenza di nazionalità, religione, censo, razza e neppure – dopo la L. n. 164 del 1982 – nella condizione di transessuale. In relazione alla quale la Corte costituzionale ha affermato che «va assicurato a ciascuno il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità. Correlativamente gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscerlo, per dovere di solidarietà sociale» (sent. n. 161/1985).

Opporre il paradigma eterosessuale del matrimonio alle sole coppie gay o lesbiche sarebbe, per i giudici costituzionali, contraddire se stessi. Significherebbe abbandonare il diritto di eguale trattamento alla sorte, a come cioè le «ventitré coppie di cromosomi si sono messe in fila e hanno fatto girare la ruota della roulette»<sup>17</sup>.

**5.** Il paradigma eterosessuale del matrimonio crea incostituzionalità, perché oppone resistenza non a un capriccio, né a un desiderio, né ad una «(innaturale) pretesa»<sup>18</sup>, ma al diritto individuale alla propria identità personale.

Spetta alla Corte ripristinare l'eguaglianza violata nel suo nocciolo duro (il divieto di irragionevoli discriminazioni fondate su “distinzioni di sesso” e “di condizioni personali”, ex art. 3, 1° comma, Cost.). Il rimedio all'omissione legislativa incostituzionale passa attraverso un'additiva di prin-

<sup>13</sup> M. GATTUSO, *Appunti sulla famiglia naturale e il principio di eguaglianza (A proposito della questione omosessuale)*, in *Quest. giust.*, 2007, p. 273 e, in nota 26, un'infinita antologia di esemplificazioni.

<sup>14</sup> B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in questo stesso volume, par. 6.

<sup>15</sup> Riconducibili al tritico monogamia-esogamia-eterosessualità: cfr. L. VIOLINI, *Il riconoscimento delle coppie di fatto: praeter o contra constitutionem?*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 395. Sulla stessa lunghezza d'onda vedi anche F. DAL CANTO, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro it.*, 2005, V, pp. 275 ss.; A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, pp. 751 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi*, *ivi*, 2008, pp. 101 ss.

<sup>16</sup> A. SOFRI, *Piccola posta*, Sellerio, Palermo, 1993, p. 193. Acuta pure l'osservazione secondo la quale «anche i nomi meriterebbero un'obiezione di coscienza». Ad esempio l'espressione *coppie di fatto*: «Pensi al fatto, e vedi una stanza a ore, un parcheggio d'auto, tutt'al più un cespuglio. Essi si nasconsero». È possibile che «non siamo riusciti a trovare parole meno sordide per chiamare i fatti della vita?» (*ivi*, pp. 273-274). Meglio, allora, *unioni libere*, in luogo di coppie di fatto. Come pure diritto delle *famiglie*, in luogo di diritto di famiglia. Sono proprio le eccessive semplificazioni linguistiche a segnalare le precomprensioni ideologicamente orientate che impregnano il tema (ed i suoi tanti corollari) affrontato nel presente Seminario.

<sup>17</sup> J. EUGENIDES, *Middlesex*, tr. it. di K. Bagnoli, Mondadori, Milano, 2009, p. 26.

<sup>18</sup> L'espressione è tratta dal titolo del contributo a questo stesso volume di A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale ...) pretesa a connotarsi come "famiglie"*.

cipio: in attesa delle determinazioni legislative (vincolate così nel risultato), saranno i giudici nel frattempo a garantire l'accesso alle nozze tra coppie dello stesso sesso.

Non vedo altro strumento capace di rimuovere un'ingiustificata causa di esclusione dal matrimonio, traduzione giuridica di una paternalistica discriminazione nei confronti dell'omosessuale cui – ancora oggi – l'ordinamento sembra ipocritamente dire: «*ti accolgo per quel che sei a patto che tu non esprima quel che sei*»<sup>19</sup>. Con parole analoghe ci si è rivolti, in passato, alle donne che rivendicavano il diritto di voto o alle persone dalla differente pigmentazione che volevano sposarsi. Come allora il suffragio universale o il matrimonio interrazziale, così ora il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è un orizzonte impossibile. Semmai, un traguardo di eguaglianza.

---

<sup>19</sup> La citazione è tratta dall'articolo di L. MANCONI, *Peccherai nel segreto*, in *il Foglio*, 3 ottobre 2007.

## Il dibattito nazionale sul matrimonio omosessuale: la prospettiva del diritto dell'Unione europea

**SOMMARIO:** 1. Premessa: profili di incidenza del diritto dell'Unione europea sulla questione del matrimonio tra persone dello stesso sesso. – 2. La coppia omosessuale nell'ordinamento dell'Unione, tra parità di trattamento ... – 3. ... e libera circolazione del cittadino europeo. – 4. La resistenza del paradigma eterosessuale del matrimonio: possibili scenari di incompatibilità della normativa nazionale.

1. L'ordinamento dell'Unione europea, anche dopo le novelle introdotte dal Trattato di Lisbona, ed in particolare le disposizioni relative allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia<sup>1</sup>, non dispone di esplicite competenze normative in materia di stato civile, fatta salva la possibilità di (difficoltosi) interventi incidenti sui profili del diritto di famiglia di rilevanza transnazionale<sup>2</sup>; né sembra possibile desumere, allo stato, in forza dell'ampiezza e la specificità delle nozioni di “famiglia” e di “matrimonio” presenti nei vari ordinamenti degli Stati membri<sup>3</sup>, un modello “europeo”, sufficientemente omogeneo, che possa condizionare, sul piano dei principi generali, gli istituti nazionali (tradizionali) corrispondenti<sup>4</sup>.

---

\* Dottoranda di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Trieste.

<sup>1</sup> Titolo V del TFUE, art. 67 ss.

<sup>2</sup> L'art. 81 TFUE, relativo alla cooperazione giudiziaria in materia civile, attribuisce infatti al Consiglio la competenza ad adottare decisioni atte a determinare gli aspetti del diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali (ovvero nel campo del diritto processuale civile internazionale e del diritto internazionale privato, escludendo la previsione di regole di diritto sostanziale), che potrebbero formare oggetto di atti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria. La disposizione (già art. 65 del TCE) ha consentito l'adozione di diversi atti normativi, tra cui si segnalano: il reg. (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22.12.2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GU* n. L 12 del 16.1.2001, 1; il reg. (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27.11.2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il reg. (CE) n. 1347/2000, in *GU* n. L338 del 23.12.2003, 1; il reg. (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18.12.2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, in *GU* n. L 7 del 10.1.2009, 1. Sulla portata di tali interventi si vedano, in dottrina, P. MCEAVY, *The Brussels II regulation: how the European Community has moved into family law*, in *ICLQ*, 2002, pp. 883 ss.; I. QUEIROLO, *Separazione, annullamento, divorzio e responsabilità genitoriale: il regolamento CE 2201/2003*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, I, *Matrimonio, separazione e divorzio*, a cura di G. FERRANDO, Zanichelli, 2007, p. 1107; S. MARINO, *Il nuovo regolamento comunitario sulla cooperazione giudiziaria civile in materia di obbligazioni alimentari*, in *NGCC*, 2009, n. 12, pp. 599 ss.

<sup>3</sup> Si vedano al riguardo le considerazioni svolte da R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Stud. Iur.*, 2000, n. 10, pp. 1066 ss., nonché, in senso contrario, da S. BALLETTI, *Le coppie omosessuali, le istituzioni comunitarie e la Costituzione italiana*, reperibile in <http://www.dirittodefamiglia.it/Docs/Giuridici/Dottrina/Balletti.html>. Si veda altresì, per ulteriori indicazioni di dottrina, il contributo di S. TONOLO, *Le unioni civili nel diritto internazionale privato*, Milano, 2007, pp. 33 ss.

<sup>4</sup> Da un punto di vista “comparatistico”, la situazione appare infatti sul punto ancora piuttosto disomogenea: attualmente, nell'Unione, solo i Paesi Bassi, il Belgio e la Spagna riconoscono il matrimonio tra omosessuali; per il resto, vi sono alcuni Stati che consentono il ricorso a forme di regolamentazione diverse (si pensi al *concubinage* ed ai *Pacs* francesi, o alle “*registered partnerships*” previste dagli ordinamenti di Danimarca, Svezia, Finlandia, Lussemburgo, Germania e Regno Unito), mentre altri, tra cui l'Italia, continuano a negare l'attribuzione alle unioni omosessuali di un qualsivoglia valore legale. Per una prospettiva comparatistica, si veda F. BRUNETTA D'USSEAU, A. D'ANGELO (a cura di), *Il diritto di famiglia nell'Unione Europea*, Padova, 2005, nonché S. TONOLO, op. cit., pp. 1 ss. e F. MOSCONI, *Le nuove tipologie di convivenza del diritto europeo e comunitario*, in *RDIPP*, 2005, pp. 305 ss.



Pur tuttavia, l'incidenza del diritto dell'Unione sulla questione, assai dibattuta a livello nazionale, del matrimonio tra persone dello stesso sesso, non appare affatto argomento di mera speculazione accademica: il che giustifica ampiamente il tema affrontato nel presente studio.

Il diritto dell'Unione europea è infatti in grado di condizionare, già sin d'ora, le concezioni nazionali della famiglia e del matrimonio in un duplice modo: sia "forzando" – in senso ampliativo ovvero inclusivo – la portata degli istituti giuridici che, a livello nazionale, attribuiscono alle coppie omosessuali determinati *status*; sia consentendo (o, quantomeno in prospettiva, imponendo) la circolazione dei modelli giuridici di "famiglia" riconosciuti da taluni ordinamenti, sotto forma di matrimonio giuridico soggettivo del cittadino europeo che si sposta attraverso le frontiere.

Nell'uno come nell'altro caso, l'incidenza dell'ordinamento dell'Unione si manifesta a livello di principi e, in particolare, diritti o garanzie fondamentali dell'individuo, previsti o riconosciuti dal diritto primario, quali il principio generale dell'eguaglianza di trattamento (art. 10 TFUE), o la libertà di circolazione e di soggiorno del cittadino europeo, senza discriminazioni sulla base della nazionalità (art. 18 ss. TFUE) o dell'orientamento sessuale<sup>5</sup> e nel rispetto dei diritti fondamentali al matrimonio ed alla tutela della vita privata e familiare. Tali garanzie soggettive possono entrare in contrasto con le specifiche concezioni di famiglia fatte proprie dal diritto civile (e, talora, costituzionale) dell'ordinamento dello Stato membro di origine o di residenza del soggetto interessato.

La tensione che ne consegue è anzi sottesa alla formulazione di talune norme di diritto primario. Ad esempio, l'art. 67 del TFUE condiziona la realizzazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia al rispetto dei diritti fondamentali dell'individuo, che andrà tuttavia conciliato con il rispetto «dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri». Ma si consideri altresì come il «diritto di sposarsi e di fondare una famiglia», ai sensi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per un verso riceve una formulazione letterale che omette ogni riferimento al sesso delle persone coinvolte, per altro verso sembra vincolare l'interpretazione del termine "famiglia" alle concezioni adottate da ciascuno Stato membro<sup>6</sup>.

Il punto di equilibrio fra le opposte esigenze che vengono così in rilievo (individuali e "ordinamentali") dovrà pertanto essere individuato, caso per caso, dal giudice dell'Unione, in considerazione dei diversi diritti fondamentali o interessi concreti emergenti. La Corte di Giustizia, anche nel vigore del Trattato di Lisbona e per certi versi anticipando gli effetti di questo<sup>7</sup>, esige infatti che le competenze "ritenute" dagli Stati membri – anche nel diritto di famiglia – siano esercitate nel rispetto delle competenze dell'Unione, talora comportando, seppure in maniera incidentale o strumentale, un progressivo ampliamento dell'ambito di applicazione del diritto comunitario<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Cfr. l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 (in *GUCE C* 364 del 18 dicembre 2000), adattata e riproclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 (in *GUC* 303 del 14 dicembre 2007).

<sup>6</sup> Secondo l'art. 9 della Carta, infatti, «il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».

<sup>7</sup> Sul nuovo sistema di tutela dei diritti fondamentali, L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *DUE*, 2009, n. 3, pp. 645 ss.

<sup>8</sup> In diverse occasioni, la Corte di Giustizia è stata chiamata a valutare la compatibilità di disposizioni nazionali idonee a pregiudicare o limitare il godimento dei diritti soggettivi attribuiti dall'ordinamento dell'Unione, alla luce dei principi generali e dei diritti fondamentali riconosciuti dal diritto comunitario: la tutela è apparsa strumentale, oltre che sostanziale, poiché, laddove un'interpretazione alla luce dei diritti fondamentali delle disposizioni comunitarie sia possibile, l'effetto è di modularne l'operatività, con inevitabili ricadute sui sistemi nazionali di garanzia costituzionale, qualora le disposizioni nazionali risultino incompatibili. Cfr. ad esempio la sentenza *Mary Carpenter c. Secretary of State for Home Department*, 11 luglio 2002, C-60/00, in *Racc.*, I-6279, riguardante una cittadina filippina che, in quanto moglie di un cittadino britannico prestatore di servizi, contestava la decisione del Regno Unito di espellerla dal territorio nazionale per aver violato le norme sull'immigrazione, quale restrizione del diritto del marito ad effettuare e ricevere prestazioni di servizi. La Corte in questo caso, dopo aver ricordato che «il legislatore comunitario ha riconosciuto l'importanza di garantire la tutela della vita familiare dei cittadini degli Stati membri», ha ritenuto che la separazione dei coniugi Carpenter avrebbe nociuto alla loro vita familiare e «conseguentemente, alle condizioni di esercizio di una libertà fondamentale da parte del sig. Carpenter», rinvenendo così nel provvedimento nazionale un ostacolo contrario all'art. 49 CE, letto alla luce del diritto fondamentale al rispetto della vita familiare. Sul tema della tutela "rafforzata", cfr. N.N. SHUI-BHNE, *Margins of appreciation: National values, fundamental rights and EC free movement law*, in *E.L. REV.*, 2009, pp. 230 ss. e N. NAPOLETANO, *La nozione di "campo di applicazione del diritto comunitario" nell'ambito delle competenze della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali*, in *DUE*, 2004, pp. 680 ss.

Tale contrasto peraltro, sul piano formale, può essere altresì espresso – quanto meno in taluni Stati membri –, per la delicatezza dei principi e l'importanza dei valori ad esso sottesi, in termini di limiti al “primato” del diritto dell'Unione<sup>9</sup>: ciò sembra confortato dalla lettura del Protocollo sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea a Polonia e Regno Unito, del Protocollo sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, e soprattutto delle dichiarazioni allegate ai Trattati di Polonia e Repubblica ceca per quanto concerne l'incidenza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>10</sup>, da cui emerge la preoccupazione di tali Stati membri di assicurare la salvaguardia dei valori e le tradizioni costituzionali nazionali, inclusi quelli attinenti di diritto di famiglia, dalle possibili “interferenze” provocate dal diritto dell'Unione.

Di fronte ai dubbi che hanno alimentato il dibattito nazionale sul matrimonio omosessuale<sup>11</sup>, l'obiettivo che qui ci si pone è pertanto quello di chiarire se, e in che modo, l'ordinamento dell'Unione, non essendo attualmente prospettabile alcun intervento sul piano positivo – salvo i già evocati interventi normativi incidenti sui profili internazionalprivatistici delle questioni di diritto di famiglia di rilievo transnazionale<sup>12</sup> – possa incidere sull'integrità delle posizioni nazionali più “tradizionali”, in vista dell'esigenza di tutelare in modo effettivo i diritti fondamentali e le garanzie individuali da esso stesso riconosciuti.

La risposta potrebbe essere affermativa, ove la valorizzazione della tutela dei diritti fondamentali di cui sia titolare l'individuo collegato a più ordinamenti nazionali (esigenza cui il Trattato di Lisbona, di recente entrato in vigore, riserva un'attenzione particolare<sup>13</sup> si rivelasse capace di favorire la “circolazione” dei modelli nazionali di famiglia più permissivi. Per questa via, la tutela dei principi e dei diritti fondamentali nonché delle garanzie, connesse a tali diritti, riconosciute al cittadino dell'Unione che esercita i diritti di libera circolazione e soggiorno, potrebbe risultare strumentale al riconoscimento, nei vari Stati membri, dei legami familiari “atipici”, anche tra persone dello stesso

<sup>9</sup> Quasi a ricadere nell'ambito di quella che è nota come teoria dei “controlimiti”, ovvero un «nucleo sostanziale ed intangibile dell'identità costituzionale», la cui salvaguardia resterebbe assoggettata al controllo delle corti costituzionali degli Stati membri, che porrebbe «un limite al conferimento di diritti di supremazia all'Unione europea», su cui cfr. la nota sentenza del *Bundesverfassungsgericht* tedesco, secondo senato, del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona, par. 191 ss.

<sup>10</sup> Si tratta, rispettivamente, del Protocollo n. 21 e del Protocollo n. 30 allegati al Trattato di Lisbona e delle Dichiarazioni n. 53 e n. 61 allegate all'atto finale della conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona. Da notare, in particolare, la previsione del Protocollo n. 30 per cui la Carta non estende la competenza della CGE o di qualunque organo giurisdizionale nazionale a valutare la compatibilità della legislazione nazionale alla luce dei diritti, le libertà e i principi fondamentali in essa affermati (sulla portata del Protocollo, cfr. S. AMADEO, *Il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela “asimmetrica” dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione*, in *DUE*, 2009, pp. 692 ss.) e la dichiarazione della Polonia per cui «la Carta lascia impregiudicato il diritto degli Stati membri di legiferare nel settore della moralità pubblica, del diritto di famiglia nonché della protezione della dignità umana e del rispetto dell'integrità fisica e morale dell'uomo».

<sup>11</sup> Cfr. l'ordinanza di rimessione del 3 aprile 2009 del Tribunale di Venezia, sez. III civile (il cui testo integrale è reperibile all'indirizzo <http://www.amicuscuriae.it>), che, nel sollevare una questione di legittimità costituzionale proprio in relazione alla impossibilità, per le coppie formate da persone dello stesso sesso, di contrarre matrimonio nell'ordinamento italiano, utilizza come parametro anche l'art. 117, 1° comma, Cost., «che vincola il legislatore al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario», rinvenendo tali “vincoli” negli artt. 7, 9 e 21 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione nonché in diversi atti non vincolanti delle istituzioni europee, e del Parlamento in particolare, in cui è stata espressa la necessità di eliminare «gli ostacoli frapposti al matrimonio di coppie omosessuali ovvero a un istituto giuridico equivalente» (Ris. 8 febbraio 1994 sulla parità di diritti per gli omosessuali, in *GUCE*, 28 febbraio 1994, n. 60, p. 40), e di garantire parità di diritti alle coppie dello stesso sesso, in particolare in materia di legislazione fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali (*Relazione annuale sul rispetto dei diritti umani nell'Unione Europea del 16 marzo 2000*), nonché di adottare «iniziative legislative per eliminare le discriminazioni cui sono confrontate alcune coppie in ragione del loro orientamento sessuale» (Ris. 14 gennaio 2009 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea 2004-2008 (2007/2145(INI))).

<sup>12</sup> Di cui già in nota 2. Per un ulteriore approfondimento, S. BARIATTI, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007.

<sup>13</sup> Si veda l'art. 2 del TUE, che pone a fondamento dell'Unione il rispetto dei «valori comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini», nonché le disposizioni contenute nella Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea, cui il nuovo art. 6 TUE attribuisce «lo stesso valore giuridico dei Trattati».

sempre, contratti attraverso le frontiere. Ed invero già paiono affiorare dalla descritta prospettiva spunti interessanti, rinvenibili attraverso un'interpretazione combinata dei dati normativi e dei connessi orientamenti giurisprudenziali. Un primo profilo è quello relativo alle applicazioni "progressiste" della cosiddetta *sex equality law*<sup>14</sup>, la cui tutela è stata estesa, in via interpretativa, anche alle disparità di trattamento fondate sulle tendenze sessuali degli individui, pur con i limiti appresso delineati. Un secondo "filone" emerge, dai recenti sviluppi in materia di libertà di circolazione e di soggiorno del cittadino europeo (art. 20 ss. TFUE), per cui il riconoscimento reciproco tra gli Stati membri degli *status* personali (ma anche, in un'ottica estensiva, familiari), attribuiti dalle diverse legislazioni degli Stati membri con cui l'individuo è collegato, si rivela funzionale alla tutela dei diritti riconosciuti dall'ordinamento dell'Unione<sup>15</sup>: ciò che, nonostante le dovute cautele, sembra prospettare gli effetti più dirompenti<sup>16</sup>.

2. Il principio della parità di trattamento trova, nell'ordinamento dell'Unione, specifica espressione nel divieto di discriminazioni in base al sesso ovvero all'orientamento sessuale nel campo dell'accesso all'occupazione, le condizioni di lavoro e le prestazioni sociali ed assistenziali legate all'impiego<sup>17</sup>.

Com'è noto, la Corte di Giustizia aveva inizialmente escluso di poter ricondurre al divieto di discriminazione in base al sesso, di cui all'art. 157 TFUE, situazioni di svantaggio in materia di trattamento salariale, e connessi benefici, che colpiscono le (sole) coppie omosessuali. Tale approccio si era fondato sulla perdurante assenza di un'equiparazione normativa, derivante dal diritto dell'Unione ovvero risultante dagli ordinamenti degli Stati membri, nel trattamento giuridico delle coppie omosessuali e delle coppie coniugate formate da individui di sesso diverso. Alla luce di tale constatazione, la Corte, nel caso *Grant*<sup>18</sup>, aveva affermato come non potesse sussistere analogia, e dunque comparabilità, fra la situazione «di una persona che abbia una relazione stabile con un compagno dello stesso sesso a quella di una persona che sia coniugata o abbia una relazione stabile fuori del matrimonio con un compagno di sesso opposto»<sup>19</sup>.

Tale conclusione è stata in seguito ribaltata, perlomeno per quanto concerne gli Stati membri che abbiano autonomamente introdotto, nel loro ordinamento, forme di riconoscimento e tutela giuridica delle coppie omosessuali, com'è il caso delle "unioni solidali" previste nell'ordinamento tedesco. Nella recente sentenza *Maruko*<sup>20</sup>, infatti, la Corte ha ritenuto costitutiva di una "discriminazione diretta" in base all'orientamento o alle tendenze sessuali la previsione, di diritto tedesco, che escludeva dal beneficio della pensione di reversibilità il *partner* superstite di un'unione registrata, riservando tale beneficio al solo coniuge superstite.

---

<sup>14</sup> Ovvero il principio della parità di trattamento tra sessi in materia lavoristica, codificato nell'art. 157 TFUE ed implementato dagli atti di diritto derivato emanati su tale base giuridica (tra tutti la dir. 2000/78/CE del 27 novembre 2000, in *GU L* 303 del 2 dicembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro), su cui *infra*, par. 2.

<sup>15</sup> V. *infra*, par. 3.

<sup>16</sup> V. *infra*, par. 4, in fine.

<sup>17</sup> Cfr. i "considerando" undicesimo, dodicesimo e ventinovesimo nonché l'art. 1 della citata dir. 2000/78/CE.

<sup>18</sup> *Lisa Jacqueline Grant c. South-West Trains Ltd*, 17 febbraio 1998, C-249/96, in *Racc.*, I-62, ove la conclusione della Corte era stata nel senso che «il diniego, da parte di un datore di lavoro, di concedere una riduzione sul prezzo dei trasporti a favore della persona, dello stesso sesso, con cui il lavoratore ha una relazione stabile, qualora siffatta agevolazione venga concessa a favore del coniuge del lavoratore o della persona di sesso opposto con la quale quest'ultimo ha una relazione stabile fuori del matrimonio, non costituisce una discriminazione vietata dall'art. 119 del Trattato». Analogamente, Corte di Giustizia, 31 maggio 2001, *D e Regno di Svezia contro Consiglio dell'Unione europea*, cause riunite C-122/99 P e C-125/99 P, in *Racc.*, I-04319, par. 34 ss.: la Corte aveva in questo caso rifiutato di poter ricondurre in via interpretativa la situazione di un funzionario legato nel proprio paese di origine con una persona del suo medesimo sesso alla nozione di funzionario coniugato, al fine di concedergli un assegno di famiglia, previsto dallo Statuto del personale per le unioni coniugali.

<sup>19</sup> Cfr. la sentenza *Lisa Jacqueline Grant c. South-West Trains Ltd*, cit., parr. 32-35.

<sup>20</sup> *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, 1° aprile 2008, C-267/06, in *Racc.*, I-1757.

L'atteggiamento estensivo della Corte è rimasto tuttavia subordinato ai limiti "operativi" intrinseci al principio di non discriminazione, laddove l'equiparazione della coppia omosessuale alla coppia coniugata, nel godimento del regime patrimoniale più favorevole, viene ancorata al riconoscimento autonomo delle unioni civili nell'ordinamento dello Stato membro interessato<sup>21</sup>. La Corte lascia peraltro al giudice nazionale l'onere di accertare, in base al diritto nazionale applicabile, la sussistenza di una concreta analogia fra gli istituti civilistici coinvolti – l'unione solidale e il matrimonio – rispetto al trattamento previdenziale in questione<sup>22</sup>.

Un ulteriore sviluppo dei descritti orientamenti per quanto concerne il trattamento delle coppie omosessuali, pur condizionato dalle evoluzioni (del tutto eventuali) dei diritti dei singoli Stati membri, potrebbe far emergere nuovi profili di incompatibilità. Il principio di non discriminazione potrebbe infatti ostare a disposizioni nazionali che, non consentendo l'acquisizione dello *status* di coniuge al compagno omosessuale di un lavoratore, pur essendo la situazione della coppia comparabile a quella di due coniugi, si rivelassero pregiudizievoli al godimento di regimi retributivi, previdenziali o assistenziali, riconosciuti dalla legislazione nazionale alle coppie coniugate. Ove una tale incompatibilità fosse rinvenuta, il giudice dell'Unione potrebbe in via interpretativa imporre l'estensione alla coppia omosessuale del regime riconosciuto alla coppia (tradizionale) privilegiata. Il principio consentirebbe così di valutare la legittimità e la proporzionalità delle ragioni poste alla base dell'impedimento.

La ricostruzione prospettata rimane però offuscata dal *self restraint* che ha caratterizzato la tutela giurisprudenziale offerta in questo campo alle coppie omosessuali, dato che la portata estensiva del principio della parità di trattamento può operare soltanto se l'ordinamento dello Stato membro interessato consente di comparare, quantomeno sotto i profili interessati dalla *sex equality law*, la situazione della coppia stabile omosessuale a quella della coppia coniugata.

Appare inoltre doveroso segnalare che ulteriori limiti alla descritta lettura evolutiva potrebbero delinearsi per il fatto che la qualificazione della incapacità per una coppia di contrarre matrimonio come ostacolo potenzialmente incompatibile è per ora stata limitata al solo caso, peculiare, di coppie in cui uno dei *partners* sia transessuale, con argomentazioni che si sono rivelate strettamente legate alle circostanze fattuali del caso specifico<sup>23</sup>.

**3.** La recente giurisprudenza relativa all'esercizio effettivo della libertà di circolazione e di soggiorno riconosciuta al cittadino dell'Unione che si sposta attraverso le frontiere, e dei diritti derivati dei familiari, comunitari o *extra* comunitari, di tali soggetti migranti<sup>24</sup>, pare in grado di superare i risultati raggiungibili in applicazione del principio della parità di trattamento.

Tale opinione è confortata da alcune recenti pronunce, da cui pare desumersi la necessità di garantire il più possibile l'unicità e la continuità degli *status* personali variamente attribuiti ai cittadini europei dalla legislazione degli Stati membri con cui essi sono collegati, e in particolare dello Stato

<sup>21</sup> Cfr. *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, cit., par. 67 ss.

<sup>22</sup> *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, cit., par. 72 e 73.

<sup>23</sup> Nella sentenza *K.B. c. National Health Service Pensions Agency*, 7 gennaio 2004, C-117/01, in *Racc.*, I-00541, la Corte ha censurato, alla luce del divieto di discriminazione sulla base del sesso, l'impossibilità, per il *partner* transessuale di una cittadina inglese, di essere designato quale beneficiario della pensione di reversibilità della compagna, beneficio che la legge nazionale riservava ai coniugi superstiti, non potendo la coppia unirsi in matrimonio a causa del mancato riconoscimento della nuova identità sessuale acquisita dopo un'operazione chirurgica di cambio di sesso. La Corte ha rinvenuto «una disparità di trattamento che, pur non mettendo direttamente in causa il godimento di un diritto tutelato dall'ordinamento comunitario, incide su una delle condizioni per la sua concessione». La decisione si è allineata alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che aveva già censurato la medesima normativa inglese, per il fatto di non riconoscere l'identità psico-sessuale del soggetto transessuale operato (sent. 11 luglio 2002, *Christine Goodwin c. Regno Unito*). Si noti che la Commissione, intervenuta nel procedimento, aveva sostenuto che il trattamento sfavorevole contestato avrebbe avuto solo un collegamento remoto con il cambio di sesso del ricorrente, essendo piuttosto legato all'impossibilità per la coppia di contrarre matrimonio (cfr. par. 22 e 23 della decisione); tuttavia, la Corte non ha accolto tale prospettiva.

<sup>24</sup> Per un approfondimento dottrinale, G. STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale*, 2006, Giappichelli, oppure P. CRAIG-G. DE BURCA, *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford, 2008.

di origine (inteso in un senso, per così dire, “lato”, ovvero sia lo Stato di cui il soggetto possiede la cittadinanza che lo Stato in cui il soggetto è nato ovvero risiede abitualmente, pur non possedendone la cittadinanza): la mancata “trasmigrazione” di tali *status* si è infatti rivelata agli occhi della Corte, in presenza di determinate condizioni, un potenziale ostacolo alla libera circolazione del cittadino dell’Unione.

Si pensi, ad esempio, alla giurisprudenza della Corte in materia di determinazione del cognome: la Corte ha, in un primo momento, affermato l’incompatibilità del rifiuto opposto dall’autorità amministrativa belga ad una domanda di cambiamento del cognome dei figli minorenni di una coppia di cittadini, uno spagnolo e l’altra belga, residenti in Belgio e in possesso della doppia cittadinanza, belga e spagnola, volta a far sì che i detti figli potessero portare il cognome Garcia Weber, di cui sarebbero stati titolari in forza del diritto e della tradizione dello Stato spagnolo<sup>25</sup>; in seguito, la Corte ha esteso la prospettiva anche ai casi in cui il requisito della doppia cittadinanza non era presente, rilevando la non compatibilità con il diritto comunitario del rifiuto delle autorità tedesche di riconoscere il cognome del piccolo Leonhard Matthias, così come determinato e registrato in Danimarca – Stato ove egli era nato e risiedeva sin dalla nascita – in forza dei seri inconvenienti in cui egli sarebbe potuto incorrere, a causa della divergenza tra il cognome da sempre utilizzato nella vita quotidiana in Danimarca ed il cognome registrato in Germania (il solo Stato di cui, al pari dei genitori, possedeva la cittadinanza)<sup>26</sup>.

Il significato che se ne ricava è che, a certe condizioni, una disposizione nazionale che comporti l’impossibilità di conservare un determinato *status* può ostare al godimento dei diritti attribuiti al cittadino europeo; fatte salve giustificazioni riconducibili ad uno scopo legittimo, in grado di superare il vaglio della Corte in ordine alla valutazione delle conseguenze che l’applicazione della norma determina sulla situazione dell’interessato, ed eventualmente dei suoi familiari, in rapporto al diritto dell’Unione, alla luce dei consueti criteri di necessità e proporzionalità<sup>27</sup>.

Se il descritto orientamento fosse esteso al diritto di famiglia gli effetti sarebbero sensibili.

Si potrebbe prefigurare, infatti, l’eventualità che il mancato riconoscimento, da parte dello Stato membro ove un cittadino comunitario omosessuale andasse a risiedere (ad esempio, l’Italia), dello stato giuridico di coniuge acquisito in virtù della legislazione vigente nello Stato di cui egli ha la cittadinanza (ad esempio, l’Olanda), costituisca un ostacolo non discriminatorio alla circolazione delle persone.

Tale soluzione non sarebbe peraltro confinabile alle sole ipotesi in cui sia lo Stato membro di residenza a non prendere in considerazione gli *status* acquisiti all’estero, rifiutando di riconoscere i legami familiari con *partners* dello stesso sesso contratti conformemente alla legislazione dello Stato membro di cittadinanza. Lo schema ben potrebbe essere dilatato all’ipotesi inversa, qualora il cittadino dell’Unione che abbia contratto nello Stato di residenza un determinato legame familiare, nell’esercizio del proprio diritto di circolazione e soggiorno, ne pretenda, poi, il riconoscimento nel proprio Stato di cittadinanza<sup>28</sup>.

Potrebbe l’ordinamento dello Stato di cittadinanza “ignorare” il vincolo familiare così instaurato, senza frapporre un ostacolo al diritto di circolazione del cittadino interessato?

---

<sup>25</sup> Sent. 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello*, in *Racc.*, I-11613.

<sup>26</sup> Corte di Giustizia, sent. *Grunkin e Regina Paul c. Standesamt Stadt Niebüll*, 14 ottobre 2008, C-353/06, in *Racc.*, I-0000. Il problema nasceva dal fatto che le autorità tedesche volessero inserire nel passaporto del bambino un cognome diverso da quello registrato nello Stato di nascita del bambino, da determinarsi conformemente alla normativa tedesca. La Corte, dopo aver chiarito che «sebbene allo stato attuale del diritto comunitario le norme che disciplinano il cognome rientrano nella competenza degli Stati membri, questi ultimi, nell’esercizio di tale competenza, devono tuttavia rispettare il diritto comunitario», ha escluso che si trattasse di una discriminazione sulla base della cittadinanza, posto che il bambino e i suoi genitori possedevano la sola cittadinanza tedesca, perciò non potevano vantare alcuna discriminazione derivante dall’applicazione della normativa del proprio Stato membro. Per un commento alla sentenza, C. HONORATI, *Free circulation of names for Eu citizens?*, in *DUE*, 2009, n. 2, pp. 379 ss.

<sup>27</sup> Giustificazioni ad esempio rinvenute nella recente sent. 2 marzo 2010, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, C-135/08, non ancora pubblicata in *Racc.*, ove la Corte ha considerato compatibile, poiché giustificabile alla luce di ragioni di natura obiettiva, la decisione di revoca della cittadinanza acquisita per naturalizzazione in maniera fraudolenta da parte dello Stato membro di residenza, seppur determinante la perdita dello *status* di cittadino dell’Unione.

<sup>28</sup> Ovvero la situazione prospettata nel caso *Grunkin e Regina Paul c. Standesamt Stadt Niebüll*, cit.

In effetti, il concreto operare di simili disposizioni nazionali potrebbe rilevare ai fini dell'accentramento della sussistenza di un ostacolo all'esercizio dei diritti di libera circolazione e soggiorno, nella prospettiva degli inconvenienti che potrebbero verificarsi a causa della mancata "trasmigrazione" dello *status* familiare attribuito in forza della legge vuoi dello Stato di cittadinanza, vuoi dello Stato di residenza. Nel primo caso l'ostacolo inciderebbe direttamente sull'esercizio del diritto, essendo il soggetto dissuaso dall'andare a stabilirsi in uno Stato membro in cui il proprio legame familiare, acquisito nello Stato di cittadinanza, non sarebbe riconosciuto. Nel secondo caso la legislazione dello Stato di cittadinanza, che disconoscesse la rilevanza giuridica dell'unione tra i due soggetti come accordata dallo Stato di soggiorno, ben potrebbe, ad esempio, disincentivare l'esercizio della libertà di circolazione "in rientro", laddove la coppia, intenzionata a ritornare nello Stato membro di origine del cittadino migrante, fosse trattenuta dalla prospettiva di non veder riconosciuto il proprio legame coniugale<sup>29</sup>; ciò pur tenendo conto delle cautele previste sul piano normativo, che, nell'ottica del ricongiungimento familiare, invitano gli Stati membri ad una "interpretazione conforme" della propria legislazione nazionale finalizzata ad agevolare comunque l'ingresso ed il soggiorno del *partner* «con cui il cittadino dell'Unione abbia una relazione stabile debitamente attestata»<sup>30</sup>.

La tutela risulterebbe peraltro rafforzata ove nel mancato riconoscimento fosse altresì rinvenibile una violazione del diritto fondamentale al rispetto della vita privata e familiare, anche alla luce degli sviluppi giurisprudenziali offerti dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo<sup>31</sup>, con conseguente irrigidimento dei termini del giudizio di proporzionalità nel bilanciamento tra libertà fondamentali del cittadino comunitario<sup>32</sup> ed esigenze, in astratto meritevoli di tutela, invocate dallo Stato ospite.

Il generale *favor* per la libera circolazione sarebbe in simili ipotesi confortato dall'esigenza di salvaguardare l'applicazione uniforme dei diritti soggettivi di origine comunitaria, per evitare potenziali situazioni discriminatorie a danno dei cittadini comunitari migranti.

4. La realizzazione, in via giurisprudenziale, degli ipotizzati scenari rimane, nondimeno, assai dubbia.

Oltre ai limiti, già messi in luce, alle interpretazioni evolutive riconnesse all'applicazione della *sex equality law* nel campo dell'occupazione e delle condizioni di lavoro<sup>33</sup>, ulteriori ostacoli si collegano alla nozione comunitaria di coniugio che, sul piano positivo, sembra legata ad una concezione tradizionale di unione monogama ed eterosessuale, ancora rispondente alla sensibilità della maggioranza degli Stati membri<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> Pare invece in fatto una forzatura prospettare un pregiudizio alla libertà di circolazione "in uscita", ipotizzando che il soggetto migrante potrebbe in simili ipotesi essere dissuaso dall'esercizio stesso del diritto, come prospettato in *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie c. R.N.G. Eind*, 11 dicembre 2007, C-291/05, in *Racc.*, I-10719, ove la Corte, al par. 36, rinviene un effetto dissuasivo all'esercizio della libertà di circolazione nella «semplice prospettiva, per lo stesso cittadino, di non poter proseguire, dopo il suo rientro nel suo Stato membro di origine, una convivenza con stretti congiunti, eventualmente iniziata per effetto del matrimonio o del ricongiungimento familiare nello Stato membro ospitante».

<sup>30</sup> Art. 3, par. 2 lett. b) della dir. 29 aprile 2004, *relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*, 2004/38/CE, in *GUUE* L 158 del 30 aprile 2004, 77 (con rettifica in *GUUE* L 229 del 29 giugno 2004, 35). Da tale disposizione potrebbe derivare il diritto del cittadino comunitario a condurre con sé il coniuge del suo medesimo sesso, anche ove il legame matrimoniale non fosse riconosciuto: tuttavia, la questione è di stabilire se tale tutela possa o meno essere ritenuta sufficiente.

<sup>31</sup> Per una rassegna sull'estensione della nozione convenzionale di vita familiare e sulla portata della relativa tutela accordata dalla Corte di Strasburgo, FANNY VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 2000.

<sup>32</sup> Anche alla luce dei dati normativi che emergono in relazione alla tutela della libera circolazione del cittadino comunitario, considerando come la dir. 2004/38/CE, cit., ponga tra le primarie esigenze quella di preservare l'unità della famiglia (sesto "considerando"), assicurando il rispetto dei diritti, le libertà fondamentali e i principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in conformità con il generale divieto di discriminazione (trentunesimo "considerando").

<sup>33</sup> V. *supra*, par. 2, in fine.

<sup>34</sup> Sul punto, si veda C. RICCI, *La "famiglia" nella giurisprudenza comunitaria*, e L. TOMASI, *La nozione di famiglia negli atti dell'Unione e della Comunità Europea*, entrambi in S. BARIATTI, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007.

In effetti, la disciplina di diritto derivato ha espressamente distinto il matrimonio da altre tipologie di rapporti, rilevanti solo nella misura in cui essi siano riconosciuti e disciplinati dalla legislazione nazionale: ad esempio, includendo nella nozione di “familiare” il convivente che abbia contratto con il cittadino comunitario un’unione registrata solo «qualora la *legislazione dello Stato membro ospitante equipari* l’unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante»<sup>35</sup>.

Non è affatto certo che la Corte, in un settore così delicato, sia pronta a superare, in via interpretativa, il dato letterale della normativa derivata, come pure occasionalmente verificatosi in passato<sup>36</sup>. Un incentivo in tal senso potrebbe provenire dall’esigenza di tutelare, per il tramite della libertà di circolazione e di soggiorno del cittadino europeo, anche il diritto fondamentale al rispetto della sua vita privata<sup>37</sup>. Ma gli orientamenti maturati sinora appaiono piuttosto di segno contrario: così la Corte ha già avuto modo di riconoscere come sia pacifico che il termine “matrimonio”, secondo la definizione comunemente accolta dagli Stati membri, «designa un’unione tra due persone di sesso diverso», il che non consentirebbe di equiparare *sic et simpliciter* a tale istituto situazioni giuridiche che ne sono distinte, in specie ove il legislatore comunitario non abbia manifestato espressamente l’intenzione di giungere ad una siffatta equiparazione<sup>38</sup>.

Con particolare riguardo al profilo della “libera circolazione della coppia”<sup>39</sup>, vi è poi da considerare un ulteriore limite costituito dall’operare delle norme di ordine pubblico, ciò che potrebbe accadere ove il rifiuto di riconoscere la continuità di uno *status* familiare “atipico”, costituito in un altro ordinamento, si rivelasse imprescindibile in vista della salvaguardia dei principi fondamentali e caratterizzanti dell’ordinamento dello Stato interessato<sup>40</sup>.

L’intervento del diritto dell’Unione nel settore in esame potrebbe così essere destinato a realizzarsi soprattutto in ipotesi interstiziali, laddove il rigore delle soluzioni nazionali più “ostili” a qualunque considerazione dei legami familiari contratti in altri Stati membri non si rivelasse più, alla luce di un’evoluzione sociale e culturale in tal senso, espressione, necessaria e proporzionata, di esigenze imperative o di interessi pubblici essenziali<sup>41</sup>. Ove ciò dovesse accadere, la ricostruzione

<sup>35</sup> Art. 2 della citata direttiva 2004/38/CE, corsivo aggiunto.

<sup>36</sup> Ciò che è avvenuto, ad esempio, in materia di aiuti al mantenimento degli studenti, ove la Corte, volendo qui schematizzare un quadro in realtà complesso, ha operato, sulla base del combinato disposto di quelli che erano gli artt. 12 e 18 del Trattato, un’interpretazione innovativa di forte impatto sul diritto derivato (in specie la direttiva 93/96, poi sostituita dalla direttiva 2004/38), estendendo agli studenti – in quanto cittadini dell’Unione – i diritti di accesso alle prestazioni di protezione sociale, per tenere in qualche modo al riparo l’applicabilità del principio di parità di trattamento dal rigore delle disposizioni di diritto derivato che espressamente escludono gli studenti dal diritto al pagamento di borse di mantenimento da parte dello Stato membro ospitante. Sul tema, M. DOUGAN, *Fees, grants, loans and dole cheques: who covers the costs of migrant education within the EU?*, in *CMLR*, 2005, pp. 943 ss.

<sup>37</sup> Cfr. Corte di Giustizia, 17 aprile 1986, *Peasi Bassi c. Anne Florence Reed*, 59/85, in *Racc.*, 1283, in cui la Corte, pur negando la possibilità di assimilare il matrimonio alla convivenza ai sensi dell’art. 10 del Reg. 1612/68, aveva assicurato la tutela del diritto al ricongiungimento ad una coppia di conviventi (di sesso diverso) riconducendola ad un’ipotesi di vantaggio sociale, ricadente nell’ambito di applicazione dell’art. 7 del regolamento medesimo in applicazione del principio del trattamento nazionale. L’orientamento è stato in seguito rafforzato dalle sentt. 22 giugno 2000, C-65/98, *Safet Eyüp c Landesgeschäftsstelle des Arbeitmarktservice Vorarlberg*, in *Racc.*, p. I-4747 e 23 marzo 2006, C-408/03, *Commissione c. Belgio*, in *Racc.*, I-2647.

<sup>38</sup> Corte di Giustizia, *D e Regno di Svezia contro Consiglio dell’Unione europea*, cit., par. 34.

<sup>39</sup> L’espressione è di M. CONDINANZI, C. AMALFITANO, *La libera circolazione della “coppia” nel diritto comunitario*, in *DUE*, 2008, n. 2, pp. 399 ss.

<sup>40</sup> Per un approfondimento, M. BONINI BARALDI, *Il matrimonio tra cittadini italiani dello stesso sesso contratto all’estero non è trascrivibile: inesistente, invalido o contrario all’ordine pubblico?*, in *Famiglia e Diritto*, 2005, pp. 418 ss. Il rilievo non è da sottovalutare, a rammentare i casi in cui la Corte si è dimostrata particolarmente sensibile a tale ordine di limiti, ed incline ad una certa elasticità nel ricondurre le invocate esigenze nazionali alla salvaguardia dell’ordine pubblico: cfr. ad esempio Corte di Giustizia, 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, in *Racc.*, I-9609, ove la Corte ha riconosciuto che il divieto nazionale di sfruttamento commerciale di giochi che comportavano la simulazione di atti di violenza contro persone, in particolare la rappresentazione di omicidi attraverso un gioco *laser*, adottato per motivi di salvaguardia dell’ordine pubblico a tutela della dignità umana, non incidesse in modo ingiustificato sulla libera prestazione dei servizi, non avendo ecceduto quanto necessario per conseguire l’obiettivo perseguito.

<sup>41</sup> V. *supra*, par. 3.

messa in luce potrebbe così produrre effetti espansivi anche sulle situazioni puramente interne (ovvero fattispecie prive di connotati di transnazionalità), per effetto della nota giurisprudenza fondata sul principio di eguaglianza<sup>42</sup>: nelle ipotesi in cui fosse la disciplina nazionale a porre il cittadino in situazioni di svantaggio rispetto a quelle ricadenti nell'ambito della tutela offerta dall'ordinamento comunitario, l'esigenza di evitare paradossali situazioni discriminatorie a danno dei cittadini nazionali potrebbe infatti operare come istanza di adeguamento del diritto interno, ponendo il legislatore nazionale di fronte alla necessità di un intervento positivo reso ineludibile<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Cfr. Corte cost., 16 giugno 1995, n. 249; Corte cost., 28 febbraio 1996, n. 61 e Corte cost., 11 aprile 1997, n. 443. Per un approfondimento sulla giurisprudenza comunitaria, F. SPITALERI, *Le discriminazioni alla rovescia nella recente giurisprudenza comunitaria: rimedi insufficienti o esorbitanti?*, in *DUE*, 2007, pp. 917 ss.

<sup>43</sup> In tal senso, anche F. MOSCONI, *op. cit.*





ALICE REALE\*

## Giudice ordinario e interpretazione delle norme giuridiche

I giudici remittenti sono convinti che l'attuale previsione normativa in materia di famiglia e di matrimonio sia saldamente ancorata ai modelli offerti dalla tradizione italiana. Per questo motivo, il solo ed unico rapporto coniugale possibile è quello tra un uomo ed una donna. Inoltre, come si sintetizza nella traccia della discussione, sono convinti che «(...) sarebbe precluso all'interprete procedere ad uno stravolgimento di quella nozione (...)».

È davvero così?

È noto che l'art. 12 prel. fissa i criteri ai quali il giudice deve attenersi quando, nell'esercizio delle sue funzioni, si fa interprete della legge. In primo luogo, le norme vanno interpretate considerando il senso comunemente attribuito alle parole ed alle frasi di esse nella lingua italiana; in caso di più significati concorrenti, va scelto quello che meglio corrisponde all'intenzione del Legislatore, sia in senso soggettivo – si guarda ai lavori preparatori per scoprire quali intenti animavano il Parlamento al momento della stesura del precetto – sia in senso oggettivo, ossia ricostruendo lo scopo che obiettivamente la norma mira a realizzare. In successiva battuta e quando possibile si può ricorrere anche all'analogia ed, in ultima istanza, ai principi generali dell'ordinamento.

Nel caso di specie, l'interprete si è avvalso del criterio sistematico. Esso muove dalla considerazione che ogni norma concorre, insieme alle altre, a formare un sistema legislativo unitario, dove il significato che si assegna ad una di esse deve essere compatibile con quello che si attribuisce alle altre e dove gli elementi per l'interpretazione di una norma possono essere ricavati da altre norme.

Forme particolari di quest'ultima tecnica ermeneutica sono quella adeguatrice e quella evolutiva. In forza della prima, laddove sussiste un dubbio, il giudice interpreta la norma nel modo più adeguato ai principi della Costituzione. In proposito, si ricorda in particolare la sent. Cass. civ. n. 8827/2003 che nel valutare l'art. 2059 c.c. censurò l'inciso della disposizione “nei casi previsti dalla legge”, ravvisando in tale limitazione una lesione ad un diritto fondamentale della persona e, quindi, una violazione all'art. 2 Cost.. Lo stesso anno, la Corte Costituzionale avallò l'interpretazione della Suprema Corte, qualificandola come “costituzionalmente orientata”.

L'interpretazione evolutiva si ha, invece, nel momento in cui si attribuisce ad una norma un senso diverso da quello riconosciuto nel passato. Ciò accade quando muta il contesto reale socio-economico entro il quale la norma deve essere applicata oppure quando a trasformarsi è il sistema normativo entro il quale la norma originaria deve operare. Un esempio di applicazione di questa tecnica ermeneutica è rappresentato dalla sent. Cass. civ. n. 978/1996: dall'interpretazione evolutiva delle norme sul diritto al nome, diritto d'autore e diritto all'immagine, la Suprema Corte ricavava una forma di tutela al diritto alla identità personale. Il punto importante da sottolineare è che tale diritto, all'epoca dei fatti, non era previsto dalla legge perché, a differenza degli altri succitati, esso non era riconosciuto come valore.

Ciò premesso, l'interpretazione adeguatrice e quella evolutiva sembrerebbero offrire strumenti al giudice non tanto per interpretare quanto per creare nuove norme, sebbene nei limiti di compatibilità con la norma di legge oggetto dell'attività ermeneutica. Valga per tutti, l'esempio dell'art. 1668 c.c.;

---

\* Dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Università Milano Bicocca.

esso prevede che l'appaltatore possa subire condanna per risarcimento dei danni cagionati dalle difformità o vizi dell'opera, ma solo in caso di colpa. La sent. Cass. civ. n. 14124/2000, in conformità con la precedente pronuncia n. 4637/1983, ha stabilito che «(...) il committente che agisce nei confronti dell'appaltatore ai sensi dell'art. 1668 c.c. (...) non è tenuto a dimostrare la colpa dell'appaltatore medesimo, in quanto, vertendosi in tema di responsabilità contrattuale, tale colpa è presunta fino a prova contraria. (...)». Nel caso *de quo* la presunzione di colpa dell'appaltatore è regola sorta unicamente dall'attività giurisprudenziale.

Con riguardo al tema di cui è discussione, sollevare questione di legittimità costituzionale era veramente scelta obbligata o i giudici avrebbero potuto decidere, utilizzando i suddetti criteri interpretativi?

Premessa dell'attività esegetica, infatti, sono le ipotesi di eterogeneità dei significati attribuibili alle norme o i casi di lacuna legislativa.

Com'è noto, la Costituzione non esclude espressamente il matrimonio omosessuale così come esplicitamente non è vietato neanche dalla legge ordinaria. Entrambe non specificano nemmeno che, per l'esistenza e la validità di tale contratto, è necessaria la diversità sessuale dei nubendi.

Per il Legislatore fascista e per il Costituente non esisteva né poteva essere previsto un rapporto sponsale che non fosse quello intercorrente tra un uomo ed una donna. Inserire nel complesso di leggi in materia matrimoniale un articolo che precipuamente contenesse un tale precetto sarebbe stato inutile, perché il presupposto della diversità sessuale nella coppia era indiscutibile. Questa è l'argomentazione comunemente più utilizzata per giustificare giuridicamente l'esclusione del matrimonio omosessuale dal sistema legislativo attuale.

I sostenitori di tale orientamento partono dal presupposto che le definizioni di famiglia e di matrimonio consolidatesi per tradizione, cultura, concezioni etiche, morali e religiose descrivono entità omogenee.

Viceversa, la realtà sembra provare il contrario: in alcune culture diverse dalla nostra è tradizione che il matrimonio sia imposto dai genitori dei futuri coniugi; che il matrimonio possa celebrarsi tra un uomo e più donne, etc.

Lo stesso vale nella realtà giuridica. Nel nostro ordinamento, invero, esiste una pluralità di differenti forme e strutture familiari: la famiglia parentale, tipica del passato, era formata da un'ampia cerchia di parenti discendenti dal comune capostipite e conviventi nella medesima abitazione (oggi, per certi versi, questo tipo di famiglia ha riacquisito i suoi contorni riguardo alla successione ereditaria, le cui norme individuano quali successori legittimi i parenti entro il sesto grado); la moderna famiglia nucleare, che ricomprende esclusivamente i coniugi ed i loro figli; la famiglia legittima fondata sul matrimonio; la famiglia di fatto basata sulla convivenza; la "famiglia lavorativa", si pensi agli artt. 230-*bis* e 2083 c.c.; l'art. 1023 c.c. che individua, in relazione ai diritti d'uso e di abitazione quali sono i soggetti che costituiscono l'ambito familiare per i cui bisogni sorgono quei diritti, etc.

Discorso analogo parrebbe valere anche per il matrimonio. Esso dà vita alla famiglia legittima; è un negozio giuridico bilaterale, non patrimoniale; è un atto di autonomia privata; è un rapporto giuridico che produce effetti giuridici rilevanti anzitutto tra i coniugi: rapporti personali, patrimoniali e, in caso di prole, rapporti tra i coniugi collegati all'esercizio della potestà genitoriale sui figli minori; è anche un "fatto" se si intende attuazione effettiva di rapporto coniugale, etc.

Sotto altro e più profondo aspetto, non sembra scorretto affermare che i caratteri qualificanti l'istituto giuridico matrimoniale sono in primo luogo la volontà di dare rilevanza giuridica al sentimento che lega due persone; in secondo luogo, il fine primario di dare origine ad una comunanza di vita stabile.

L'*affectio* sia nel suo pieno significato, quindi comprensivo dell'attività sessuale, sia limitato alle sole manifestazioni spirituali sembra dominare l'istituto. E del resto, il risalto che viene dato al matrimonio come strumento giuridico diretto a realizzare l'*affectio* attraverso le sue manifestazioni appare evidente allorquando si considerino le disposizioni sulla simulazione e sull'inderogabilità dei diritti e dei doveri matrimoniali.

Forse, però, l'essenza dell'istituto andrebbe propriamente rintracciata nella comunanza di affetti e di vita, che implica assistenza spirituale e materiale reciproca, quindi diritti e doveri tra gli sposi. Infatti, uno dei caratteri pregnanti ed irrinunciabili del matrimonio è la volontà dei coniugi di stabili-

re una comunione spirituale e materiale. A comprova di ciò, si guardi la legge sul divorzio. L'art. 1 di quest'ultima indica quale primo compito del Giudice che abbia già esperito inutilmente il tentativo di conciliazione l'accertamento del venir meno in modo irreversibile da parte dei coniugi della volontà di mantenere o rinnovare la comunione spirituale e materiale.

Tutto ciò sembra ricondurci al concetto di "famiglia" a ragione del fatto che con questa espressione si vuole anche indicare proprio quell'insieme di persone nel cui seno viene assicurata l'assistenza materiale dei coniugi; viene mantenuta, cresciuta ed educata l'eventuale discendenza; viene garantita, attraverso l'obbligo di prestare gli alimenti, ai parenti ed agli affini.

Dunque, *l'affectio coniugalis*, la volontà di unirsi in una convivenza stabile e la volontà di assistenza reciproca spirituale e materiale appaiono gli elementi fondanti sia del matrimonio sia della famiglia.

Questi stessi desideri, questo stesso sentimento non potrebbero caratterizzare anche il rapporto tra persone dello stesso sesso?

Il rapporto di coniugio tra uomo e donna e quello omosessuale, a prescindere dalla scelta riguardante l'inclinazione sessuale, in che cosa differirebbero?

Potrebbe il Parlamento decidere ed imporre con legge come e verso chi devono essere orientati i sentimenti dei cittadini?

Se la Costituzione non pone un divieto esplicito al matrimonio omosessuale; se riconosce i diritti inviolabili anche nelle formazioni sociali dove l'uomo si esprime ed evolve la propria personalità e se la famiglia è ritenuta una delle formazioni sociali più importanti; se afferma l'uguaglianza dei cittadini davanti alla legge senza distinzione di condizioni personali e sociale ed impegna il Legislatore a rimuovere gli eventuali ostacoli che si frappongono alla concreta applicazione di tale principio; se la stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 161 del 1985 scrive che deve essere «(...) assicurato a ciascuno il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità. Correlativamente gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscerlo per dovere di solidarietà sociale (...)» etc., è realmente inconfutabile la chiave di lettura secondo la quale dal sistema legislativo italiano non si potrebbe evincere altro rapporto coniugale se non quello tradizionalmente inteso?

Ripartendo dalle premesse appena sopra esposte e sulla base di esse, forse esistevano i presupposti per accogliere i ricorsi, senza adire la Corte Costituzionale.

Forse, gli stessi giudici ordinari avrebbero potuto decidere la sorte di queste quattro vicende umane, attraverso un'interpretazione "costituzionalmente orientata".



STEFANO ROSSI\*

## Circumnavigando l'arcipelago familiare: scoperte o illusioni?

Con espressione metaforica, ormai classica, Jemolo paragonava la famiglia ad «un'isola che il diritto può solo lambire»<sup>1</sup>, entità chiusa per sua stessa natura entro confini e forme apparentemente immutabili.

Quest'isola è però circondata da un vasto oceano tempestoso, «dove nebbie grosse e ghiacci, prossimi a liquefarsi, danno ad ogni istante l'illusione di nuove terre, e, incessantemente ingannando con vane speranze il navigante errabondo in cerca di nuove scoperte, lo traggono in avventure, alle quali egli non sa mai sottrarsi e delle quali non può mai venire a capo»<sup>2</sup>.

Non è nostro interesse indagare questo mare in tutta la sua distesa, sarà utile invece dare uno sguardo ai confini dell'isola, facendo cabotaggio, per verificare se i flutti ne abbiano eroso le coste.

Si può notare, per iniziare, come il punto di approdo delle diverse ordinanze che hanno sollevato la questione di costituzionalità, inerente la legittimità dell'esclusione degli omosessuali dalla facoltà di contrarre tra loro matrimonio, sia propriamente procedurale (ossia attenga alle forme previste dal codice civile per la celebrazione del matrimonio), ma, tuttavia, sia volto ad incidere – se pur indirettamente – sul concetto sostanziale di famiglia, quale istituzione.

Istituzioni e procedure sono le forme principali dell'operare giuridico, ma tra di esse c'è una certa tensione che rivela modi diversi d'intendere il ruolo stesso del diritto<sup>3</sup>. Le istituzioni affondano le loro radici nella vita sociale, mentre le procedure sono prodotti artificiali sovrapposti. Perciò, se il diritto viene identificato con i processi d'istituzionalizzazione, la regola giuridica presuppone una realtà che la precede e che in qualche modo la orienta; se invece il diritto viene identificato con le procedure, allora il principio di qualificazione giuridica diventa principio costitutivo di una realtà nuova puramente artificiale<sup>4</sup>. Si può notare, tuttavia, come, nel caso della regolamentazione della famiglia legittima, istituzione e procedura siano compatibili ed anzi concorrano nel definirne i contorni e la sostanza.

In particolare il tratto che li accomuna è dato dall'inespresso, ossia il carattere eterosessuale del matrimonio e quindi della famiglia. Detta condizione non è esplicitamente formulata in alcuna disposizione costituzionale o legislativa, essendo frutto dell'elaborazione o “costruzione” degli interpreti, che, nel formulare un principio inespresso, non si sono atteggiati a legislatori, ma hanno assunto tale principio come implicito, latente, nel discorso delle fonti<sup>5</sup>.

Sicché, sotto questo profilo, l'impostazione naturalistica data al paradigma familiare viene ad in-

---

\* *Culture di Diritto costituzionale, Università di Bergamo.*

<sup>1</sup> A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, 1948, III, p. 57.

<sup>2</sup> I. KANT, *Critica della ragion pura*, Laterza, Roma-Bari, 2000, pp. 199 ss.

<sup>3</sup> F. VIOLA, *Pratiche sociali: istituzioni e procedure nel costituzionalismo*, in *Rivista di Studi Utopici*, 2 (3), 2007, pp. 97 ss.

<sup>4</sup> G. PALOMBELLA, *L'istituzione del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 20, 1990, 367.

<sup>5</sup> Così R. GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in AA.VV., *Interpretazione e diritto giurisprudenziale. Regole, modelli, metodi*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 349 per cui i principi inespressi sono frutto non di interpretazione (cioè di ascrizione di senso a specifici testi normativi, ma) di integrazione del diritto ad opera degli interpreti.

tegrare un *crittotipo*<sup>6</sup> di secondo grado, cioè un modello percepito come ovvio, il quale – a sua volta – veicola cripticamente premesse metateoriche che, una volta esplicitate e sottoposte al vaglio critico, appaiono tutt'altro che “naturalmente” fondate<sup>7</sup>.

Affrontando solo incidentalmente la questione, mi pare di poter affermare che tra le diverse opzioni ermeneutiche, quella giusnaturalista<sup>8</sup>, culturalista<sup>9</sup> e storicista<sup>10</sup>, che hanno affrontato il rompicapo interpretativo del concetto costituzionale di famiglia<sup>11</sup>, la prima di queste, nel determinare una sorta di rapporto simbiotico tra famiglia e società naturale, venga a legittimare un concetto esclusivo ed escludente che tuttavia non si riesce a giustificare sulla base di presupposti razionali.

Sostenere, infatti, il primato (monopolistico) della famiglia legittima, in quanto naturale, depone la semantica del concetto stesso, riducendolo ad un “weasel word”<sup>12</sup> privo di sostrato reale ovvero ad uno strumento di battaglia ideologica. Appare inoltre contraddittorio che i fautori dell'immanente diritto naturale rivendichino la protezione da parte del diritto positivo di istituti di cui affermano l'autoevidenza, confermando (implicitamente) in tal modo il carattere largamente equivoco del concetto di famiglia che designa, nelle diverse esperienze, gruppi sociali non omogenei quanto a criteri di appartenenza e struttura antropologica, che mutano nelle diverse società, evolvendo di pari passo con le trasformazioni economiche, sociali e culturali<sup>13</sup>.

L'argomento però è chiaramente controverso e può essere retoricamente ribaltato, rilevando come, in tema di famiglia, una troppo indifferente e globale pretesa di passivo riconoscimento verrebbe a determinare uno svuotamento nominalistico dell'istituto familiare<sup>14</sup>: in tal senso negare l'esistenza di un nucleo essenziale di contenuti, a modo di principi inderogabili, che integrano e definiscono l'istituto “famiglia” comporterebbe la pura traduzione del dato reale, e di ogni possibile andamento del costume sociale, in legittimità<sup>15</sup>.

<sup>6</sup> R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1980, pp. 3 e 109.

<sup>7</sup> Infatti un crittotipo, una volta smascherato, cessa di costituire un modello occulto e si converte, quando gli interpreti continuano a farlo proprio, in un modello mentitore. Cfr. G. LICCI, *Le immagini di scienza cripticamente presupposte nella teorizzazione della causalità giuspenalistica*, in G. COMANDÈ, G. PONZANELLI, *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 87 ss.

<sup>8</sup> G. SANTORO PASSARELLI, *Matrimonio e famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, p. 333; G. LOMBARDI, *La famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Iustitia*, 1965, pp. 3 ss.; P. CAVANA, *La famiglia nella Costituzione italiana*, in *DFP*, 2007, p. 902.

<sup>9</sup> F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *RDC*, I, 2002, p. 509; A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, 2007.

<sup>10</sup> P. BARCELLONA, *Famiglia (dir. civ.)*, in *ED*, XVI, Milano, 1967, p. 782; M. BESSONE, *Art. 29-31, Rapporti etico-sociali*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1976; R. BIN, *La famiglia alla radice di un ossimoro*, in *SI*, 2000, p. 1069; B. PEZZINI, *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la Costituzione italiana*, in ID. (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Jovene, Napoli, 2008, p. 91.

<sup>11</sup> Così per P. ZATTI, *Familia, Familiae – Declinazioni di un'idea. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, I, pp. 9 ss., tutte queste opzioni rispondono ai medesimi interrogativi: «su quali aspetti dell'esperienza affettiva e procreativa riteniamo di avere, come cittadini, attraverso il patto costituzionale, conferito giurisdizione allo Stato? Quali aspetti di questo territorio riteniamo che lo Stato possa o debba assorbire, avocando a sé la definizione dei fondamenti, delle premesse e dei simboli essenziali che ne formano il linguaggio? In termini più semplici: il legislatore può circoscrivere l'idea di famiglia come meglio crede, ascoltando una qualche dottrina o la volontà della maggioranza dei suoi cittadini rappresentata in Parlamento, o è vincolato a prestare la sua potestà normativa ad una funzione di specchio?» Così P. ZATTI, *Familia, Familiae – Declinazioni di un'idea. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2002, pp. 1, 9 ss.

<sup>12</sup> M. PEI, *Weasel Words: The Art of Saying What You Don't Mean*, Harper & Row, New York, 1978.

<sup>13</sup> G. FERRANDO, *Famiglia e matrimonio*, in *Familia*, 2001, 4, p. 939; S. RODOTÀ, *La riforma del diritto di famiglia alla prova, Principi ispiratori e ipotesi sistematiche*, in *Pol. dir.*, 1975, p. 677 che definisce quello familiare un “non modello”.

<sup>14</sup> Controvertibile è anche l'uso del concetto di “weasel word” come in F. VON HAYEK, *The Fatal Conceit: The Errors of Socialism*, Routledge, London 1988, tr. it. *La presunzione fatale. Gli errori del socialismo*, Rusconi, Milano 1997, p. 191 per cui «Come una donnola [weasel] è apparentemente capace di svuotare un uovo senza lasciare un segno visibile, così queste parole possono privare di contenuto qualsiasi termine al quale sono applicate, lasciandolo apparentemente intatto. Una “weasel word” è usata per togliere i denti a un concetto che si è costretti a usare, ma dal quale si desidera eliminare tutte le implicazioni che mettono in discussione le proprie premesse ideologiche».

<sup>15</sup> U. VINCENTI, *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 76 ss. A

E con ciò il cerchio ermeneutico si richiude di nuovo su sé stesso, lasciando irrisolta la disputa, nella misura in cui, in mancanza di un “*overlapping consensus*”<sup>16</sup> sui contenuti fondamentali, il richiamo alla natura o alla tradizione crea un’evidente asimmetria tra le concorrenti opzioni interpretative.

Superata questa digressione, si può tornare al vuoto<sup>17</sup>, pieno di significato, che esprimono le disposizioni in materia di famiglia, dalle quali germoglia diritto vivente<sup>18</sup>. Formula suggestiva quest’ultima, in particolare in questo frangente, in cui il diritto «da prodotto della vita diventa il regolatore della vita stessa: a volte con timidezza, altre volte con qualche delirio di onnipotenza [...] altre volte sottraendosi silenziosamente ai suoi compiti, senza sapere che, prima o poi, la storia è pronta a scovarlo. Ed è nel gioco dell’esistenza quotidiana che l’intreccio diventa visibile, quando il diritto si trova a dover decidere sulle questioni, sempre nuove e sempre uguali, della vita»<sup>19</sup>.

In tali termini il diritto vivente sembra sottrarsi, al solo fine di affermarsi, tramite il consolidato riferimento al presupposto dell’eterosessualità come condizione di esistenza<sup>20</sup> del matrimonio desumibile sia dalle norme codicistiche che dalla *communis opinio* in sede dottrinale<sup>21</sup>.

Tuttavia se la Corte costituzionale si arrestasse a questa semplice constatazione verrebbe meno alla sua funzione<sup>22</sup>, legittimando un’indebita inversione volta a rinvenire nel dato legislativo la definizione della nozione costituzionale dei concetti di famiglia e matrimonio, con la conseguenza paradossale che la disciplina codicistica sarebbe conforme a Costituzione, secondo la nozione di quest’ultima, determinata dalla prima<sup>23</sup>.

Si deve peraltro tener conto che la cittadella asettica e autoritaria del codice civile è stata già da tempo invasa e messa in subbuglio dall’umano<sup>24</sup>, e quindi seppure dalla lettura combinata delle disposizioni che regolano il matrimonio si desumono vincoli testuali insopprimibili, determinanti una configurazione della fattispecie che non può essere arrotondata con gli strumenti dell’analogia e dell’interpretazione, tuttavia si deve riconoscere che la riforma del diritto di famiglia del 1975 ha superato il modello di famiglia-istituzione consentendo l’avvento della famiglia-comunità<sup>25</sup>, intesa

---

sua volta si potrebbe tuttavia controreplicare che «metaforicamente, il diritto può paragonarsi ad un guanto, il quale calza tanto meglio la mano che lo indossa, quanto più le rispettive misure si rivelano coincidenti. In altre parole, elaborare una disciplina della famiglia assumendo a referente un modello organizzativo diverso da quello reale significa predisporre un complesso di regole destinate ad entrare in incessante conflitto con i bisogni reali». Cfr. G. CASSANO, *Evoluzione sociale e regime normativo della famiglia. Brevi cenni per le riforme del terzo millennio*, in *Dir. famiglia*, 2001, 3, p. 1160.

<sup>16</sup> J. RAWLS, *The Idea Of Overlapping Consensus*, in *Oxford J Legal Studies*, 1987, 7, pp. 1-25; ID., *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1996.

<sup>17</sup> In senso contrario B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*; in questo volume che sottolinea come, nel caso di specie, vi sia «un pieno di diritto». Tuttavia l’affermata saturazione giuridica in materia matrimoniale presupporrebbe la possibilità di estensione analogica o interpretativa della relativa disciplina anche alle convivenze omosessuali, che, invece, rimanendo prive di regolamentazione, rendono tangibile il vuoto normativo che le travolge. In questo senso, quando si sostiene che il carattere eterosessuale del matrimonio integra un’ipotesi di normazione senza disposizione, si rende esplicita una condizione implicita, in quanto rintracciabile solo in via interpretativa, ma tale disvelamento non viene a colmare il vuoto di diritto, anzi lo evidenzia.

<sup>18</sup> Sull’origine, evoluzione e funzione di tale concetto rinvio a A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente. Genesi, uso, implicazioni*, Giuffrè, Milano, 1994.

<sup>19</sup> E. RESTA, *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. XI.

<sup>20</sup> Questa sembra la sanzione che si ricava indirettamente dall’art. 107 c.c. secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità.

<sup>21</sup> P. SCHLESINGER, *Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all’estero*, in *Famiglia e diritto*, 2005, 4, p. 411 vedi bibliografia in nota 3.

<sup>22</sup> In questo senso concordando con G. ZAGREBELSKY che alla domanda «Che cosa è la giustizia costituzionale?» rispondeva «non dar niente per scontato» (Lezioni di Giustizia costituzionale, Torino, 2 febbraio 2007).

<sup>23</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 265.

<sup>24</sup> Parafrasando una felice metafora di P. CENDON, *Danno esistenziale ed ossessioni negazioniste*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2, p. 284.

<sup>25</sup> Già questa evoluzione dovrebbe modificare il paradigma da cui si dipana il ragionamento dei giudici: non è il matrimonio lo strumento attraverso il quale riconoscere lo *status* di famiglia anche ad un’unione omosessuale, in quanto il matrimonio (stante il suo ruolo servente) è solo il profilo formale con cui una comunità d’amore si affaccia verso la realtà normativa. In questo senso



come luogo di incontro e di vita comune, ove si stabiliscono relazioni di affetto e di solidarietà<sup>26</sup>. Il significato di tale riforma, d'altra parte, non può essere pienamente inteso se non la si pone in relazione con la parallela evoluzione legislativa nel campo del lavoro, della sessualità, della procreazione e del *welfare*, che ha modificato radicalmente i rapporti sociali.

Nel ritornare sulla metafora iniziale, si potrebbe paragonare l'attività interpretativa dei giuristi in relazione all'istituto familiare a quella dei marinai descritti da Otto Neurath: devono riparare la loro nave durante la navigazione, pezzo per pezzo, in mare aperto, non essendo possibile, anche solo immaginare, che l'imbarcazione possa un giorno venire tirata a secco per una ristrutturazione totale.

Diventa quindi necessario cercare un punto di equilibrio, una corretta sintesi tra la forza evocativa dei concetti (come appunto quello di naturalità della famiglia, che può fungere da fattore di trasformazione in chiave giuridica delle esigenze via via sentite come insopprimibili ed essenziali nella vita dell'uomo)<sup>27</sup> e il peso degli elementi testuali che non possono essere radicalmente depotenziati e collocati in una sfera di sostanziale irrilevanza e manipolabilità<sup>28</sup>.

Tale equilibrio potrà essere rinvenuto solo nella Costituzione, ed in particolare nella sua potenzialità normativa ed espansiva, che venga a collocare, attraverso la prudente opera della Corte, le disposizioni, richiamate dai giudici *a quibus* entro «un orizzonte di attesa»<sup>29</sup> aperto agli sviluppi della società ed ai suoi svolgimenti istituzionali<sup>30</sup>.

Sebbene in Costituzione manchi un riferimento espresso alla libertà di contrarre matrimonio, tuttavia, non sembra possano esservi dubbi sul fatto che un tale riconoscimento sia desumibile dall'art. 29, 1° comma, Cost.<sup>31</sup>, con cui si vincola lo Stato a rispettare non soltanto la privacy dei rapporti che si svolgono all'interno della famiglia, ma anche l'autonomia nelle decisioni e nelle scelte familiari, a partire da quella prima e fondamentale che vale a costituire, col matrimonio, tale formazione sociale.

La libertà matrimoniale, in questo senso, si iscrive tra i diritti inviolabili dell'uomo, garantiti dall'art. 2 Cost.<sup>32</sup>, in quanto diretta a consentire lo svolgimento della persona umana nella sua piena espressione in un momento fondamentale della sua esperienza esistenziale<sup>33</sup>.

Vi sono dunque due elementi rilevanti, *in primis* che, anche a livello costituzionale il diritto di contrarre matrimonio trova regolazione e tutela attraverso un principio implicito, in subordine che esso è ascrivibile tra i diritti inviolabili dell'uomo<sup>34</sup>.

due omosessuali non diventano famiglia in quanto hanno facoltà di accedere al matrimonio, ma sono famiglia, quale stabile comunità d'affetto, e quindi hanno diritto ad accedere all'istituto matrimoniale.

<sup>26</sup> Cass. civ., 10 maggio 2005, n. 9801, in *Giust. civ.*, 2005, p. 5.

<sup>27</sup> L. CALIFANO, *La famiglia e i figli nella Costituzione italiana*, in R. Nania, P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, III, Giappichelli, Torino, 2006, p. 933.

<sup>28</sup> A. D'ALOIA, P. TORRETTA, *Art. 29*, in M. Confortini, G. Bonilini (a cura di), *Codice ipertestuale della Famiglia*, Roma, 2009, p. 8.

<sup>29</sup> J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo di individuazione del diritto*, ESI, Napoli, 1983, p. 140.

<sup>30</sup> Nei limiti segnalati da A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in <http://www.costituzionalismo.it> per cui «fermo restando che la disposizione deve essere valutata nel contesto attuale, poiché lo scopo dell'interpretazione giuridica è la risoluzione di problemi attuali [...] è tuttavia pur sempre necessario che il testo sul quale ci basiamo sia in grado di sopportare il peso che vorremmo fargli portare».

<sup>31</sup> A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, p. 21, che fa rientrare la libertà di contrarre matrimonio tra i «diritti della famiglia» in forza della specifica definizione dell'art. 29 Cost.; diversamente M. BESSONE, *Art. 29-31, op. cit.*, si richiama all'art. 31 Cost., il cui 1° comma ritiene enunci «direttive che escludono la legittimità di qualsiasi politica del diritto limitativa della libertà di contrarre matrimonio».

<sup>32</sup> A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, *op. cit.*, p. 21; ID., voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, p. 24. In questo senso Corte cost., 22 gennaio 1992, n. 1, in *Giur. cost.*, I, 1992 per cui il vincolo matrimoniale si riconnette a «valori costituzionalmente protetti, e deve rimanere frutto di una libera scelta autoresponsabile, attenendo ai diritti intrinseci ed essenziali della persona umana e alle sue fondamentali istanze». Ne discende che «esso si sottrae a ogni forma di condizionamento indiretto, ancorché eventualmente imposto in origine dall'ordinamento».

<sup>33</sup> M. BONINI BARALDI, *Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale*, in P. Cendon, R. Torino (a cura di), *Trattato della realizzazione personale e risarcimento del danno*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 871 ss.

<sup>34</sup> Mi astengo dall'approfondire le molteplici implicazioni derivanti da questo secondo profilo, rilevando solo come, pur es-

Si deve quindi ricorrere all'elaborazione che di tale principio ha fatto la giurisprudenza costituzionale<sup>35</sup>, sottolineando come, anche da essa, si desuma l'affermazione, per lo più sottintesa<sup>36</sup>, del carattere eterosessuale del matrimonio, in particolare sembra prospettarsi una sorta di limite interno proprio dell'istituto<sup>37</sup>, che deroga alla stessa applicazione espansiva del principio di uguaglianza.

Sembra che al termine di questa "navigazione", si debba constatare che l'unico punto di riferimento (o di non ritorno) sia dato dal significato implicito di famiglia (e dalla sua delimitazione), come imprescindibile snodo per definire l'esito della questione sollevata<sup>38</sup>. Si tratta, di conseguenza, di una «questione politica per ragioni istituzionali»<sup>39</sup>, nel risolvere la quale «la virtù che entra in gioco è la prudenza del decidere [in quanto] i tempi difficili della fragilità della Costituzione richiedono una maggiore circospezione da parte delle Corti, di fronte al pericolo di farsi trascinare nelle contese politiche e di compromettere così la Costituzione stessa»<sup>40</sup>.

---

sendo le norme costituzionali di garanzia dei diritti inviolabili della persona, pienamente e direttamente, operanti «anche nei rapporti tra privati» (c.d. *Drittwirkung*), si può rammentare quanto affermava G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 1989, p. 248 per cui «la razionalità dei contenuti che via via si potranno ascrivere alle disposizioni di principio della Costituzione dipenderà dal modo in cui le parole e le frasi in essa contenute saranno sentite dalla coscienza collettiva».

<sup>35</sup> Sono numerosissime le sentenze e le ordinanze in cui la Corte costituzionale accenna una definizione o parafrasi il concetto di famiglia in connessione con quello di matrimonio, ricostruirlo quindi appare un'operazione simile a quella di chi compone un puzzle.

<sup>36</sup> Nella sent. 18 gennaio 1996, n. 8, in *Giur. cost.*, 1996, p. 81, nell'indicare i tratti distintivi della famiglia legittima rispetto al modello di convivenza *more uxorio* si definiscono entrambe come forme di vita comune tra uomo e donna.

<sup>37</sup> Come sembra desumersi dalla sent. 22 gennaio 1992, n. 1, *cit.*, per cui «nella sfera personale di chi si sia risolto a contrarre il matrimonio non possa, e non debba di conseguenza, sfavorevolmente incidere quanto vi sia assolutamente estraneo, al di fuori cioè di quelle sole regole, anche limitative, proprie dell'istituto». Dal che si potrebbe ipotizzare una sublimazione dei concetti di matrimonio e famiglia al rango di principi (o meglio valori) costituzionali.

<sup>38</sup> Così, partendo dall'osservazione che l'istituto famiglia ha certe caratteristiche costanti e legate ad una presunta funzione antropologica – tali da essere considerate sostanzialmente "naturali" (il carattere eterosessuale della famiglia in quanto volta al fine della procreazione) – si elevano tali caratteristiche allo *status* di principio (implicito) fondamentale per quell'istituto, vincendo le regole esistenti, o anche eventuali ipotesi di riforma (come, nel nostro caso, la previsione di restrizioni o divieti sul matrimonio tra persone dello stesso sesso). Ragion per cui l'argomento naturalistico è anche denominato «argomento del legislatore impotente». Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 378.

<sup>39</sup> A. BARAK, *A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, in *Harvard Law Review*, 2002, pp. 97 ss.; sulla questione della famiglia si esprime negli stessi termini P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei casi ed astrettezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 92.

<sup>40</sup> Si vedano le riflessioni sulle virtù passive della giustizia costituzionale di G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, *op. cit.*, pp. 301 ss.



SERGIO ROVASIO \*

## La Campagna di affermazione civile: come e perché è nata

Quando nel 2006 tra le forze politiche in Parlamento e quelle che sostenevano il Governo Prodi, si iniziò a parlare di una legge di tutela per le coppie conviventi, anche omosessuali, assistemmo ad un dibattito non del tutto adatto ad un paese laico, civile e moderno.

L'esito del confronto fu una proposta del Governo tendente al ribasso, frutto di diversi gradi di compromesso, certamente non adeguato ai bisogni delle coppie. Insieme ad alcune persone, impegnate sul fronte dei diritti civili, decidemmo così di lanciare su internet il "Manifesto per l'eguaglianza dei Diritti" che fu firmato in pochissimi giorni da diverse migliaia di persone oltre che da politici, artisti ed esponenti della società civile; questione centrale del Manifesto, ai fini dell'eguaglianza tra le persone, era (è) il raggiungimento anche in Italia di una legge che consenta l'accesso all'istituto del matrimonio civile alle coppie omosessuali, così come avviene in Spagna, Belgio, Olanda e altri Paesi.

Quello che accadde nei mesi successivi in ambito parlamentare è cosa nota: tra veti incrociati, ricatti politici di ogni tipo e solite inconcludenze partitocratiche, non si raggiunse nessun accordo fino all'annullamento di ogni possibilità di discussione e possibile approvazione di un provvedimento legislativo. Lo stesso Governo Prodi si arrese ai veti e calò il silenzio.

Nel febbraio 2008 si tenne a Firenze un seminario di giuristi, promosso da Avvocatura lgbt – Rete Lenford, che analizzò e studiò alcuni aspetti legali riguardanti vari casi di coppie omosessuali che chiedevano l'accesso all'istituto del matrimonio.

Furono elaborate idee di intervento di rottura rispetto allo status quo e furono elaborate e proposte alcune iniziative legislative. Dopo qualche settimana veniva fondata a Roma l'Associazione Radicale Certi Diritti che subito colse alcune idee elaborate al convegno di Firenze e decise di lanciare, con Rete Lenford una Campagna denominata di "Affermazione Civile".

La campagna consiste nel sollecitare le coppie omosessuali conviventi, che desiderano sposarsi, a recarsi nei Comuni di residenza, chiedere la pubblicazioni per il matrimonio e quando viene opposto il diniego presentare ricorso in Tribunale. In poche settimane diverse decine di coppie hanno presentato ricorso con il risultato che due Tribunali e due Corti d'Appello hanno rimesso alla Corte Costituzionale di valutare il merito dei ricorsi che in parte sono ritenuti fondati dai giudici.

Ciò che ci ha convinti a promuovere questa nostra campagna è la totale paralisi sul piano politico di idee e proposte innovative finalizzate a promuovere e tutelare i diritti delle persone lesbiche e gay.

La nostra speranza è che ciò che non riesce a fare la classe politica venga in qualche modo riconosciuto dalla "via legale", ovvero dall'insieme delle leggi e di quanto previsto dalla nostra Costituzione, in particolare agli artt. 3 e 29.

Sul piano dei diritti civili alcuni paesi democratici hanno potuto aggiornare le proprie leggi grazie a questa strada. Basta ricordare, per tutti, quanto avvenne nel 1955 a Montgomery, negli Stati Uniti, quando una donna di colore, Rosa Parks, su un autobus pubblico, decise di sedersi in un posto riservato ai bianchi. L'autista dell'autobus le ordinò di alzarsi, lei non lo fece e per questo fu arrestata.

---

\* Segretario Associazione Radicale Certi Diritti.

Dopo un anno e un mese la Corte Suprema degli Stati Uniti abrogò le leggi segregazioniste. Riguardo il riconoscimento dei diritti per le coppie conviventi occorre ricordare che è grazie alla “via legale” se Israele, Sudafrica e alcuni Stati USA hanno innovato in positivo la loro legislazione.

Siamo ottimisti e riponiamo fiducia nella Corte Costituzionale.

Sappiamo che prima o poi sarà possibile in Italia consentire l’accesso all’istituto del matrimonio anche alle coppie gay, non è una nostra questione privata, è semplicemente un traguardo di civiltà per il superamento delle disuguaglianze.

ANTONIO RUGGERI\*

## Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (*innaturale ...*) pretesa a connotarsi come “famiglie”

**SOMMARIO:** 1. Il capovolgimento dei termini della questione, ovverosia l'apodittica denuncia della violazione del diritto all'eguaglianza nella formazione della famiglia, prescindendo da ciò che la famiglia stessa è per Costituzione. – 2. Un'antinomia inesistente: famiglia costituzionale *versus* famiglia secondo diritto internazionale e diritto comunitario. – 3. Una nuova “famiglia”, per effetto di una (improbabile) revisione costituzionale? – 4. Una succinta nota finale: verso un rigetto “secco” con monito?

1. Tre – a me pare – le questioni cruciali evocate dal caso oggi sottoposto al nostro esame<sup>1</sup>, l'ultima delle quali, pur essendo per vero di notevole spessore teorico, sarà qui solo sfiorata, non rilevando al fine del giudizio che la Corte sarà chiamata a breve ad emettere; peraltro, alcune conclusioni con riguardo ad essa qui affacciate saranno, sia pure solo in parte (e da un peculiare angolo visuale), anticipate in occasione dell'esame della seconda questione.

Le enuncio e passo quindi a dirne con la rapidità imposta a questa riflessione; e, dunque, nell'ordine, si tratta di stabilire: *a*) se la Costituzione (segnatamente, all'art. 29) consenta di riservare i termini “famiglia” e “matrimonio” altresì ad unioni omosessuali, idonee pertanto ad essere, ove i soggetti lo vogliano, riportate agli istituti cui i termini stessi si riferiscono; *b*) se, ammesso che ciò non sia possibile, già al presente il dettato costituzionale debba considerarsi superato da una (in tesi) contraria disciplina comunitaria ovvero se sia da considerare incompatibile rispetto alla CEDU o ad altra fonte di diritto internazionale (e, in tal caso, come vada qualificata la supposta antinomia ed a quali effetti dia luogo); *c*) se possa immaginarsi che il contrasto in parola, ammesso che oggi non si dia, possa darsi un domani ovvero se possa immaginarsi un adeguamento del disposto costituzionale con le procedure dell'art. 138, in modo da dar modo anche a soggetti dello stesso sesso di poter contrarre “matrimonio” e dare così vita ad una “famiglia”.

È chiaro che lo scioglimento del primo nodo è dirimente. Ove, infatti, si ritenga che nessun ostacolo si abbia in Costituzione ai matrimoni tra omosessuali e che, dunque, la disciplina legislativa che ad essi si opponga<sup>2</sup> risulti incompatibile con la Carta, verrebbe meno la ragione di passare allo studio delle questioni restanti.

È giusto – a me pare – il modo con cui le ordinanze di rimessione (a partire da quella del tribunale di Venezia) ambientano la questione, non facendo riferimento al solo art. 29 ma a plurimi parametri costituzionali, nel loro fare, in relazione al caso, “sistema”. E, tuttavia, non può negarsi che vi sia una sorta di ordine logico-culturale (se non pure, ovviamente, positivo) tra gli stessi, dal momento che nessun rilievo possono assumere certi enunciati se non in relazione a quello che può dirsi il

---

\* *Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Messina.*

<sup>1</sup> Tratto qui solo dei profili di ordine sostanziale, non soffermandomi su quelli, pure non poco interessanti, di ordine processuale, dei quali mi riservo di dire in altra occasione.

<sup>2</sup> Assumo qui, per le ragioni ampiamente esposte nelle ordinanze di rimessione, che l'antinomia in discorso non possa essere ripianata per via interpretativa, a fronte dei numerosi ostacoli testuali rinvenibili nel dettato legislativo (e – si badi – non solo negli enunciati richiamati dalle ordinanze suddette), chiaramente orientato nel senso della diversità di sesso dei coniugi. Si aggiunga, poi, che – come si tenterà di mostrare – lo stesso dettato costituzionale si oppone ad un (pure assai problematico) esito interpretativo volto a riconoscere l'ammissibilità dei “matrimoni” tra omosessuali.

parametro naturale o principale evocato dal caso e che è, appunto, dato dall'art. 29: come dire, insomma, che è fuori posto tirare in ballo il principio di eguaglianza o altri principi ancora se prima non si chiarisce qual è l'area materiale coperta dal raggio della "famiglia" e del "matrimonio" che ne è il fondamento<sup>3</sup>.

Si pensi, infatti, subito al divieto di discriminazioni sia in base al sesso che in base all'orientamento sessuale: un fattore di disparità di trattamento, quest'ultimo, come si sa, non espressamente indicato nell'art. 3, per quanto agevolmente riportabile a quella "pari dignità sociale", di cui è parola nello stesso art., dove è anzi, a mia opinione, la radice e il fondamento dell'eguaglianza. Intendo dire che l'eguaglianza è già, *in nuce*, nella dignità, perché senza dignità non c'è eguaglianza, così come però la dignità stessa, in tanto può avere pratico senso, in quanto vi sia eguaglianza, pur non riducendosi a quest'ultima soltanto o con essa per intero identificandosi. Ad ogni buon conto, con riguardo all'orientamento sessuale, si assiste qui ad uno di quei casi in cui la trama costituzionale si fa fecondare ed alimentare da indicazioni provenienti *ab extra* (e, segnatamente, dalla CEDU e dalla Carta di Nizza), rigenerandosi semanticamente in fedeltà rispetto alla sua matrice assiologica originaria.

Ora, è chiaro che del divieto di discriminazioni può essere a buon diritto lamentata la violazione da parte di una legislazione che si opponga ai "matrimoni" tra soggetti dello stesso sesso, alla sola condizione però che previamente si riconosca l'astratta appartenenza dell'unione omosessuale alla "famiglia", nell'accezione sua propria (costituzionale, appunto). Solo che questo è proprio l'*id quod demonstrandum est*<sup>4</sup>. Allo stesso modo, per fare ora solo un esempio, nessuna discriminazione potrebbe essere appropriatamente denunciata da bambini di dieci anni che intendano "sposarsi"<sup>5</sup> o, ancora (ma sul punto si tornerà) da due fratelli, da soggetti già coniugati che intendano, in pendenza del vincolo matrimoniale, contrarre ulteriori matrimoni (poligamici o poliandrici), e via dicendo.

Ugualmente, nessuna lesione può essere denunciata del diritto all'identità sessuale o della libertà di scelta del "*partner con cui instaurare una stabile comunione di vita*"<sup>6</sup>, un diritto ed una libertà che, ovviamente, nessuno nega ma che possono (e devono) ricevere appagamento per via diversa da quella che conduce alla costituzione di una "famiglia", ove appunto si dimostri che a quest'ultima, per come delineata in struttura e funzione dalla Carta costituzionale, non possono accedere soggetti di uguale sesso<sup>7</sup>. Ancora una volta, infatti, a seconda di come si intenda la "famiglia", nella nozione fatta propria dalla Costituzione, la libertà in parola potrà (per l'accezione larga) ovvero non potrà (per l'accezione ristretta) prendere altresì corpo nella famiglia stessa, fermo restando che, ove si escludano dall'area materiale descritta nella legge fondamentale le "famiglie" costituite da soggetti dello stesso sesso, nulla osta a che la "stabile comunione di vita" possa comunque aversi in seno ad una formazione sociale riconosciuta e tutelata, in virtù del generale riferimento fattovi all'art. 2, e nondimeno caratterizzata nel regime giuridico rispetto alla peculiare formazione sociale cui fa riferimento l'art. 29<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> A questo rilievo – a me pare – non si sottrae la pur argomentata relazione introduttiva ai nostri lavori di B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in <http://www.amicuscuriae.it>.

<sup>4</sup> I copiosi richiami ricorrenti in letteratura alla giurisprudenza EDU ed a quella comunitaria in materia di divieto di discriminazioni nei campi più vari della vita sociale sono, perciò, da considerare eccentrici rispetto al caso nostro, ove si dimostri che le unioni tra omosessuali nulla hanno a che fare con la "famiglia", nella sua propria, costituzionale, accezione.

<sup>5</sup> L'esempio è meno paradossale di come a prima vista appaia, sol che si pensi che si danno – come si sa – contesti culturali nei quali i matrimoni tra bambini sono assai frequenti; il punto è, però, che – come si dirà – nulla hanno essi a che fare con la nostra tradizione, quale richiamata dalla Carta.

<sup>6</sup> ... per dirla con M. BONINI BARALDI, *Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale*, in *Quad. cost.*, 4/2009, pp. 871 ss. e 882, per il riferimento testuale (ma trattasi di affermazione assai diffusa in lett., sia antica che recente).

<sup>7</sup> Del tutto fuori centro, dunque, a me pare essere la critica (di A.Y. MELANI, *Il matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale: azzardo o svolta?*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, e di altri), secondo cui sarebbe "inimmaginabile che la Costituzione scelga il partner per qualcuno", altro essendo la scelta del *partner*, per tutta la vita o solo per un suo tratto di strada, ed altro ancora la costituzione di una "famiglia".

<sup>8</sup> Non si dimentichi che la Consulta è ferma nel voler tenere distinta la condizione della famiglia fondata sul matrimonio da quella propria di altro genere di "famiglia" (v., ad es., di recente, le sentt. nn. 86 e 140 del 2009 e l'ord. n. 7/2010).

Come si vede, dunque, il nodo avvolge proprio la nozione di "famiglia".

Ora, non è questa la sede per riprendere neppure in sunto gli annosi dibattiti che, con varietà di argomenti e di esiti ricostruttivi, si sono avuti e seguitano senza sosta ad aversi attorno alla formula costituzionale, specie con riguardo a quel "naturale" che costituisce un vero e proprio *punctum crucis*, ad oggi oggetto di controverse, sofferte qualificazioni<sup>9</sup>. Pur col costo di una eccessiva semplificazione, mi pare, nondimeno, che non diverso rilievo critico possa essere avanzato nei riguardi tanto di coloro che, a conti fatti, mostrano di ignorare l'esistenza del termine (*tamquam non esset* ...), quanto di coloro che invece lo vorrebbero caricato di plurime e discordanti valenze, finendo tuttavia, per una singolare eterogenesi dei fini, con lo svilirlo, disperdendone le non comuni potenzialità espressive.

La verità – a me pare – è che la Costituzione, qui come altrove, non dice né *tutto* né *niente*; e non è inopportuno rammentare che, a voler far dire alla Costituzione giust'appunto ciò che essa invece non dice, così come a negare ciò che dice, si perviene al risultato di renderla muta ed inservibile o, meglio, buona a tutti gli usi, secondo occasionali convenienze e personali preferenze. Con il che, per un verso, si spiana la via a libere e pressoché incontrollabili opzioni del legislatore e, per un altro verso, si dà modo agli stessi controllori di disporre di margini enormi di manovra per far valere le loro letture di un dettato costituzionale svilito a "pagina bianca", neppure in minima parte espressiva e prescrittiva<sup>10</sup>.

Così, che la famiglia si caratterizzi per i tratti della spontaneità o della originarietà (starebbe in ciò, per una diffusa opinione, la sua "naturalità"), ponendosi pertanto quale comunità preformata allo Stato, non si dubita<sup>11</sup>; solo che non in questo soltanto si risolve il suo essere "naturale", se si ha a cuore di dare un significato suo proprio, non banale o scontato, al termine, la qualifica investendo la stessa struttura del gruppo sociale cui inerisce, oltre che il suo modo di costituirsi (*spontaneamente*) e di porsi (*originariamente*) davanti all'ordinamento. Né "naturale" equivale a prendere atto, *sempre e comunque*, di ciò che in natura accade: anche gli incesti, convertiti (*innaturalmente* ...) alle volte in rapporti di consensuale e protratta convivenza, sono accadimenti di cui si ha non raro riscontro; ma solo perché (e sempre che) fondati sul consenso, sono per ciò stesso espressivi di diritti?<sup>12</sup> Forse che la Costituzione intende legittimare anche ciò che di più riprovevole esiste in ... "natura"?<sup>13</sup>

D'altro canto, che la famiglia sia data, per Costituzione, dall'unione di due (*solì*) soggetti di sesso diverso, riconoscibile dal vincolo matrimoniale che li lega<sup>14</sup>, è avvalorato, oltre che dal richiamo

<sup>9</sup> Riferimenti possono aversi da F. CAGGIA-A. ZOPPINI, *sub art. 29*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Comm. Cost.*, I, Utet, Torino, 2006, pp. 602 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi e la pretesa dei diritti individuali dei conviventi*, in *Quad. cost.*, 1/2008, pp. 101 ss.; G. FERRANDO, *Il diritto di famiglia oggi: c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in *Pol. dir.*, 1/2008, pp. 3 ss.; C. BERGONZINI, *sub art. 29*, in S. BARTOLE-R. BIN (a cura di), *Comm. br. Cost.*<sup>2</sup>, Cedam, Padova, 2008, pp. 302 ss.

<sup>10</sup> Passaggio obbligato per il riconoscimento anche dei "matrimoni" tra omosessuali è, infatti, la previa qualifica dell'art. 29 come norma "in bianco", su cui per vero convergono non pochi autori [di recente, per tutti, M. GATTUSO, *Appunti sulla famiglia naturale e il principio di eguaglianza (a proposito della questione omosessuale)*, in *Quest. giust.*, 2/2007].

<sup>11</sup> Inimmaginabili nozze contratte *manu militari*, così come inimmaginabile uno Stato (e, come subito si dirà, una stessa società) che sorga e si sviluppi senza famiglie, ovverosia prima (o facendo a meno) del loro riconoscimento.

<sup>12</sup> Si potrebbe infatti provocatoriamente osservare che i rapporti in parola sono dalla nostra cultura considerati ripugnanti in ragione delle negative conseguenze che possono aversene a carico della sana trasmissione della specie; e, tuttavia, ora per effetto dei ritrovati scientifico-tecnologici idonei ad assicurare la prevenzione delle nascite, ora ancora per impossibilità di generare o per età o per altre ragioni ancora, anche le unioni in parola potrebbero trovare giustificazione nel diritto alla non discriminazione, portato fino alle sue estreme applicazioni. Si tratta – com'è chiaro – di un argomento per assurdo, che nondimeno mette a nudo le aporie insite nella tesi che assolutizza il riconoscimento del diritto in parola.

<sup>13</sup> Con ciò – sia chiaro – non intendo affatto esprimere un giudizio di disvalore nei riguardi delle coppie di omosessuali, che non meritano di essere in alcun modo accostate agli accoppiamenti di cui è parola nel testo. Intendo solo rilevare che *non tutto ciò che è in natura è anche in Costituzione*, avendo quest'ultima – come si passa subito a dire – fatto riferimento solo a certe esperienze di vita di coppia idonee a costituire, per il tramite del matrimonio, una famiglia quale "società naturale".

<sup>14</sup> In merito al rapporto esistente tra famiglia e matrimonio, l'ossimoro cui essi, per un'acuta dottrina (R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 10/2000, pp. 1066 ss.), darebbero luogo componendosi forzatamente in una formula unitaria può, a mia opinione [*Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 4/2007, pp. 751 ss.], essere superato nel rilievo che, per un verso, la disciplina normativa del matrimonio non può che adeguarsi alla nozione-modello



alla nostra tradizione<sup>15</sup>, sicuramente operato dalla Costituente in sede di redazione del 1° comma dell'art. 29, dal “sistema” degli enunciati costituzionali, laddove è presupposta la diversità dei sessi dei soggetti coniugati, a partire dallo stesso art. 29, col riferimento in esso fatto all'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, un riferimento che – come si sa – trae origine e giustificazione proprio da un millenario passato di sostanziale disuguaglianza tra uomo e donna che si voleva fosse finalmente rimossa<sup>16</sup>, con le sole eccezioni<sup>17</sup> richieste dalla salvaguardia dell'unità familiare<sup>18</sup>.

Non risolutivo è invece il richiamo, fatto dai sostenitori del matrimonio anche tra omosessuali, all'idea secondo cui la famiglia non sempre ed esclusivamente si costituisce allo scopo della procreazione, nel mentre il rapporto di filiazione può – com'è noto – istituirsi altresì ricorrendo all'istituto dell'adozione. È vero, infatti, che “famiglie”, nell'accezione costituzionale del termine, possono aversi anche tra soggetti che palesemente non sono in grado di generare (ad es., per ragioni di età), ma è pur vero che *ordinariamente*, seppur non necessariamente, la famiglia è il luogo elettivo per la trasmissione della specie.

Altri argomenti, poi, non acquistano rilievo al piano giuridico ma solo a quello sociologico (o ad altri piani ancora), quale quello per cui al fine di un'adeguata “educazione” (in una particolarmente densa accezione) dei figli si richiederebbe di necessità l'alterità dei sessi dei genitori e il loro necessario concorso all'educazione stessa. Per un verso, infatti, possono darsi – come si sa – situazioni varie che privano i figli della presenza di uno dei genitori; per un altro verso, poi, situazioni deprecabili sul piano morale, prima ancora che su quello giuridico, possono non di rado aversi pure in seno a famiglie “canoniche”, idonee a riflettersi negativamente sull'educazione della prole, così come, all'inverso, nulla esclude che una buona educazione possa aversi da parte di soggetti conviventi dello stesso sesso. E, d'altronde, nessun divieto si ha, ad es., a che un vedovo o una vedova (o un soggetto separato) con prole vadano a convivere con altro soggetto dello stesso sesso portando con sé i figli e allevandoli nel migliore dei modi.

---

di famiglia (quale “società naturale”) ereditata dalla nostra tradizione (ma v., su ciò, I. MASSA PINTO, *Diritto costituzionale e tradizione: a proposito della famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio”*, in <http://www.forumcostituzionale.it> e P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 36 ss. e 89 ss., del quale v. inoltre *Costituzione, «strane famiglie» e «nuovi matrimoni»*, in *Quad. cost.*, 3/2008, pp. 583 ss.), nel mentre, per un altro verso, il matrimonio stesso *costituisce* (e, in questo senso, *fonda*) la singola famiglia che per effetto di esso viene a formarsi. Seguito, dunque, a non vedere la contraddizione che mi si imputa per il fatto di considerare il matrimonio, a un tempo, obbligato a *riconoscere* l'ideal-tipo di famiglia richiamato in Costituzione ed a *fondare* la (singola) famiglia (v. la risposta ad un appunto mossomi da A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei “casi”: la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, che è nel mio *Esperienze di giustizia costituzionale, dinamiche istituzionali, teoria della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 4/2008, pp. 3616 s., in nota 35).

<sup>15</sup> Singolare ragionamento, quello da taluno (come M. GATTUSO, nello scritto sopra cit.) fatto, secondo cui innumerevoli sono le tradizioni matrimoniali, dal momento che il *nostro* Costituente non poteva che far capo alla *nostra* tradizione, restando totalmente indifferente nei riguardi di altre venutesi a formare presso diversi contesti culturali. Altrimenti ritenendo, dovrebbe concludersi nel senso che la disciplina legislativa che subordina la celebrazione del matrimonio al raggiungimento di una certa età è incostituzionale siccome indebitamente discriminatoria – come si è dietro avvertito – in ragione delle appartenenze culturali. Come si viene dicendo, però, le cose non stanno affatto così.

<sup>16</sup> Come si vede, dunque, v'è tradizione e tradizione: quella secondo cui la famiglia è unione tra soggetti di diverso sesso è riconosciuta come indisponibile, siccome costitutiva della struttura stessa della famiglia ed espressiva della sua vocazione a trasmettersi come tale, integra, nel tempo; l'altra che vedeva la donna in una condizione di subordinazione rispetto all'uomo è, di contro, seccamente respinta. Sembra quasi superfluo qui rilevare non esservi contraddizione alcuna tra i due modi di porsi della Costituzione davanti all'esperienza. È infine appena il caso qui di far notare – a fronte di una critica ricorrente (ma, a mia opinione, infondata) – che il richiamo alla tradizione, per come io lo vedo nel disposto dell'art. 29, non vuole minimamente significare accoglimento di dottrine confessioniste o, come che sia, metapositive; è, di contro, puramente e semplicemente, riconoscimento di un modo di essere della società organizzata, qual è venuto consolidandosi col tempo, che preesiste allo Stato e al diritto.

<sup>17</sup> ... riguardanti, però, come si è fatto efficacemente notare da una sensibile dottrina [G. SILVESTRI, *Brevi note sull'eguaglianza “morale” dei coniugi*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 75 ss.], non già il profilo “morale” ma solo quello giuridico, risultando altrimenti senza rimedio sacrificata la dignità della persona umana.

<sup>18</sup> Si può poi fare richiamo alla “speciale adeguata protezione” assicurata alla madre ed al bambino in ambito di lavoro e, prima ancora, al riconoscimento di uguali diritti fatti alla donna lavoratrice rispetto al lavoratore, onde consentirle “l'adempimento della sua essenziale funzione familiare” (art. 37). Con il che risulta, anche su tale fronte, avvalorata la distinzione dei sessi e la correlativa tipicità dei ruoli giocata in seno alla comunità familiare.

Ancora una volta deve, tuttavia, rilevarsi che ciò che pure può aversi non è ciò che *ordinariamente* si ha o dovrebbe aversi; ed è risaputo che la diversità di genere dei genitori e la loro congiunta presenza appare essere condizione di una potenzialmente ottimale crescita e maturazione della personalità dei figli, specie di quelli in tenera età. Ed è chiaro che l'ordinamento, in sede di definizione del modello, non può che puntare alto, mirando alle migliori soluzioni di partenza, non già a quelle di ripiego, che pure in casi sfortunati della vita possono aversi<sup>19</sup>.

Il vero è che la stessa dottrina favorevole al riconoscimento dei matrimoni tra omosessuali, costretta a misurarsi con l'innegabile rilievo assegnato dal Costituente alla tradizione, non trova di meglio che rifugiarsi nell'argomento, come si sa ricorrente, che assegna un rilievo assai relativo all'originaria intenzione dell'autore del dettato costituzionale, a fronte della quale sta piuttosto un'evoluzione del costume sociale testimoniata dalla frequenza delle unioni omosessuali e dalla pressione da esse esercitate per una rinnovata lettura del dettato stesso, di cui peraltro si rendono interpreti le stesse autorità giudiziarie che hanno sollecitato il giudizio della Consulta.

In merito alla considerazione da dare all'argomento originalista qui non v'è motivo di intrattenersi. Ammesso (ma non concesso) che esso non abbia titolo per essere evocato in campo in occasione dei processi ermeneutici<sup>20</sup>, si tratta solo di stabilire se la lettera degli enunciati (e, segnatamente del 1° comma. dell'art. 29, nel suo fare “sistema” con le disposizioni a contorno), per ciò che da essa è dato desumere facendo un uso accorto, rigoroso, degli strumenti d'indagine, consenta una rilettura del testo costituzionale nel senso patrocinato dalla dottrina sopra richiamata.

Ancora una volta, come si vede, il sintagma “società naturale”, a mo' di macigno, fa da ostacolo ad un esito ricostruttivo volto ad una indiscriminata apertura a qualsivoglia unione unicamente fondata sull'*affectio* e sulla volontà, che da essa scaturisce e incessantemente si alimenta, del vivere assieme componendo una “famiglia”. Risulta male impostata la questione da parte di quanti (e, come si sa, sono tanti) fanno notare che la Carta non fa espresso *divieto* di “matrimoni” tra persone del medesimo sesso e che quella di “matrimonio” è, appunto, una nozione rimessa a discrezionali (e, perciò, mutevoli) opzioni del legislatore che, così come oggi non acconsente a matrimoni siffatti, potrebbe domani invece spianare la via alla loro costituzione.

La questione è – come si vede –, *in nuce*, di teoria della Costituzione: in buona sostanza, si viene da questi autori dicendo che la Costituzione non dice *nulla*, col fatto stesso che si aprirebbe a... *tutto*, a qualunque forma di unione coniugale<sup>21</sup>. Di modo che le stesse unioni policoniugali non rinverrebbero alcun ostacolo esplicito nella Carta alla loro ammissibilità: gli stessi principi degli artt. 2 e 3, evocati in campo a sostegno dei matrimoni tra omosessuali, potrebbero ad ugual titolo essere richiamati da soggetti che, per religione o cultura (in ampia accezione), si dichiarino favorevoli alla costituzione di “famiglie” siffatte<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Istruttiva al riguardo la disciplina delle adozioni, per ciò che attiene ai presupposti che stanno a base dell'inserimento di un figlio in una famiglia, sottoposto a condizioni e limiti nonché ad accertamenti particolarmente rigorosi.

<sup>20</sup> Varie notazioni al riguardo in F. GIUFFRÈ-I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008.

In realtà, per ragioni che non possono in questa sede essere convenientemente esplicitate, occorre – a me pare – rifuggire da entrambi i corni estremi di assegnare alla genuina intenzione del Costituente (e, più in genere, dell'autore di un documento normativo) assorbente o esclusivo rilievo in sede interpretativa ovvero di negarlo per intero. La soluzione più fruttuosa va, insomma, ricercata proprio a mezzo di siffatti, radicali (e, perciò, eccessivamente rigidi) orientamenti metodico-teorici.

<sup>21</sup> Indicativo di quest'ordine di idee il titolo di una riflessione di A.Y. MELANI, *Nella Costituzione c'è posto per tutti ... a proposito di famiglia*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, del quale v. inoltre, pure *ivi*, il già cit. *Il matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale: azzardo o svolta?*, a commento dell'ordinanza di rimessione del tribunale di Venezia. In un non dissimile ordine di idee, già, A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei “casi”*, cit.; M. GATTUSO, *Appunti*, cit., nonché, ora, M. DI MASI, *Il riconoscimento delle unioni “same-sex” al vaglio della Corte costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2/2009, pp. 335 ss., ed altri ancora.

<sup>22</sup> A volersi poi spingere ancora oltre, in questa prospettiva connotata da un relativismo assiologico esasperato, lo stesso appello alla dignità della persona, che parrebbe ostare ai “matrimoni” pluripersonali, potrebbe rivelarsi non insuperabile, vuoi per la ragione di ordine generale che la stessa dignità si presterebbe a sempre nuove letture e riletture “evolutive”, specie all'incontro con culture diverse da quella indigena dominante e tanto più ove la si consideri (ma, a mia opinione, inammissibilmente) rimessa – come alcuni vorrebbero – in ordine al suo apprezzamento all'esclusiva autodeterminazione del soggetto, e vuoi per la ragione

Le cose, tuttavia, come dovrebbe essere ormai chiaro, non stanno affatto così; e, senza qui tornare a discutere, in generale così come con riferimento al caso che specificamente ci occupa, della strutturale vaghezza e timidezza espressiva degli enunciati costituzionali, resta il fatto che una qualche capacità generativa di sensi gli enunciati stessi pur sempre posseggono, delimitando in modo ora più ed ora meno marcato l'area materiale entro cui possono essere ricercati i significati maggiormente congrui rispetto alle esigenze dei tempi e dei casi.

Il richiamo dell'interpretazione evolutiva<sup>23</sup> è qui fuori posto: in generale, perché è un dato di comune esperienza quello per cui la naturale, formidabile duttilità degli enunciati (specie di quelli della Carta) si arresta pur sempre ad un certo punto, superato il quale è la rottura dell'elastico costituzionale<sup>24</sup>; con specifico riguardo al caso nostro, poi, perché l'evoluzione del costume può portare, come ha già portato, a rivedere la disciplina dell'istituto familiare, in linea (e non già in opposizione) rispetto al dettato costituzionale, in particolare erigendo su basi egalarie i rapporti tra i coniugi (e impostando su basi parimenti nuove quelli tra genitori e figli) che, ancora nel regime prerepubblicano ispirato ad autoritarismo e paternalismo, erano palesemente squilibrati, non già però può portare – come si dirà meglio a breve – ad un ripensamento della struttura stessa della famiglia quale elemento costitutivo primigenio ed indefettibile sia della società che dello Stato.

Altre sono, perciò, le strade da battere al fine di verificare se l'ostacolo della lettera costituzionale può essere diversamente superato.

2. Viene così in rilievo la seconda questione. Può dirsi che la famiglia non sia ormai più una “società naturale”, nel senso acquisito nel corso di una tradizione le cui origini, negli ordinamenti occidentali quale il nostro, si perdono nella notte dei tempi? E non lo sia più per effetto di contrarie previsioni normative provenienti *ab extra*, internazionali o comunitarie?

Qui, parrebbe doversi distinguere, le norme internazionali e quelle comunitarie ponendosi, come si sa, in un rapporto ad ogni modo diverso con le norme di diritto interno (costituzionali e non); si vedrà, nondimeno, a momenti che, offrendo la CEDU e la Carta di Nizza indicazioni in materia tra di loro largamente sovrapponibili, la distinzione in parola, astrattamente bisognosa di essere tenuta ferma, viene praticamente a sfumare, fino a dissolversi del tutto.

Quanto al supposto contrasto con talune indicazioni contenute nella CEDU<sup>25</sup>, il discorso potrebbe subito essere chiuso rilevandosi che – a stare alla giurisprudenza inaugurata con le famose sentenze “gemelle” del 2007 – la CEDU stessa è, ad ogni buon conto, tenuta, al pari di qualsivoglia altra disciplina internazionale pattizia, a prestare ossequio alla Carta ed a prescrizioni costituzionali in genere<sup>26</sup>.

---

di ordine particolare per cui l'osservazione dell'esperienza nelle sue innumerevoli manifestazioni mostra che la dignità di un essere umano può alle volte trovarsi meno esposta in seno a “famiglie” costituite da più di due coniugi di quanto non sia in famiglie tradizionali, dove le prevaricazioni di un coniuge sull'altro sono, forse, ancora più numerose e ricorrenti di quanto non si pensi. Non è, tuttavia, lungo questa china che può muoversi – a me pare – una ricostruzione del modello costituzionale che aspiri ad un minimo di solidità e chiarezza, ponendosi a punto di riferimento dell'esperienza stessa, senza dunque prestarvi *sempre e comunque* avallo. Ciò che, insomma, ci si sforza qui di dire è che, pur non facendo luogo ad una definizione di famiglia puntuale, idonea a valere *sub specie aeternitatis*, la Costituzione ha nondimeno fatto un'opzione di fondo all'art. 29, consegnando quindi al legislatore ed ai pratici in genere una direttiva d'azione bisognosa di essere comunque preservata e trasmessa, non già dando loro un assegno in bianco buono ad essere portato all'incasso in ogni tempo e per qualunque somma.

<sup>23</sup> ... ancora di recente presente in A. PUGIOTTO e P. VERONESI, negli scritti sopra citt., e in molti altri ancora.

<sup>24</sup> Non tutto – sembra persino superfluo dover qui rammentare – può passare attraverso innovative (ma, alle volte, fin troppo temerarie) reinterpretazioni, altrimenti non sarebbe mai (o quasi mai) necessario il ricorso alla revisione costituzionale (e, in genere, alla normazione, costituzionale e non). La qual cosa, nondimeno, non equivale a negare la formidabile capacità di accoglienza, di inclusione, che è in generale propria degli enunciati costituzionali, specie di quelli di natura sostantiva (ma le stesse norme di organizzazione non di rado esibiscono, in misura particolarmente apprezzabile, una proprietà siffatta).

<sup>25</sup> ... e, segnatamente, con gli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 12 (diritto al matrimonio) e 14 (divieto di discriminazioni).

<sup>26</sup> Usa dire (e di questo pensiero si è fatta, come si sa, interprete la stessa giurisprudenza costituzionale) che la CEDU va incontro all'osservanza di *ogni* norma costituzionale, diversamente dalle norme comunitarie obbligate ad arrestarsi unicamente

Le cose tuttavia si complicano non poco, proprio ad accedere all'ordine di idee nel quale da tempo mi riconosco, secondo cui al fine della determinazione del “posto” detenuto da una norma nel sistema rileva non tanto la provenienza o la forma della norma stessa quanto la sua sostanza, vale a dire ciò che essa dispone, la sua “qualità” insomma, apprezzabile in prospettiva assiologicamente orientata. Una prospettiva, questa, che applicata alle discipline positive relative ai diritti porta naturalmente a dire che dov'è la tutela più “intensa” per i diritti stessi, lì è la norma del caso; e questo, se mal non si è colto il senso complessivo dell'ultima giurisprudenza sulla CEDU, è proprio l'ordine di idee in cui parrebbe volersi ora disporre la stessa Corte costituzionale<sup>27</sup>.

Ora, non si sta qui a dire del criterio o dei criteri in applicazione dei quali possa “pesarsi”, senza troppa approssimazione, la tutela suddetta, onde tentare di stabilire dove essa si presenti maggiormente “intensa”, per quanto – com'è chiaro – proprio qui stia il nodo sostanziale dell'intera questione. Sta di fatto che quest'ultima, in tal modo, non si risolve ma solo si sposta in avanti, dal momento che il diritto di sposarsi è fuori discussione (ed è, d'altronde, presupposto dallo stesso art. 29 Cost. che, rivisto dalla prospettiva ora adottata, non appare affatto essere in collisione con la CEDU, che peraltro – non si dimentichi – rimanda al riguardo alla legislazione nazionale)<sup>28</sup>; in discussione è, una volta di più, ciò che sono, in sé e per sé, la “famiglia” e il “matrimonio”, il diritto in parola potendo essere vantato unicamente da persone che versino nelle condizioni oggettive (o ... “naturali”) per legarsi l'una all'altra col vincolo indicato nell'art. 29<sup>29</sup>.

---

davanti ai principi di base dell'ordinamento costituzionale. Solo che, per la materia trattata e per il modo della sua trattazione, viene difficile da pensare che la CEDU stessa, al pari di altre Carte dei diritti, sia chiamata a confrontarsi (e, se del caso, a scontrarsi) con norme diverse dai principi suddetti ovvero con norme, come che sia, non “coperte” dagli stessi. Pecca, dunque, di astrattezza il ragionamento comunemente fatto a riguardo del limite *positivo* (e della sua diversa ampiezza nei due tipi di rapporti interordinamentali posti a raffronto), quando il limite *naturale* non sembra essere, ad ogni modo, diverso.

<sup>27</sup> Mi rifaccio qui alla ricostruzione operata del pensiero espresso da Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009: v., dunque, volendo, il mio *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in <http://www.forumcostituzionale.it>; pure *ivi*, v., utilmente, O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art. 10, c. 1, Cost. e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale*.

<sup>28</sup> Semmai proprio la CEDU, riconoscendo all'art. 12 a “uomini e donne” il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, parrebbe esigere la diversità di sesso dei coniugi, per quanto possa invero dirsi che non necessariamente uomini e donne dovrebbero sposarsi tra di loro ... (è ciò che s'è detto e fatto in Spagna per superare l'ostacolo della lettera dell'art. 32 della Costituzione, laddove riconosce “all'uomo e alla donna il diritto di contrarre matrimonio in piena eguaglianza giuridica”).

<sup>29</sup> ... tant'è che nulla anche da noi osta al matrimonio del transessuale con persona che posseda lo stesso sesso che egli aveva in origine e che più non possiede [v., part., la decisione della Corte EDU sul caso *Goodwin c. Regno Unito* del 2002 e la sent. n. 161/1985 della nostra Corte costituzionale; in dottrina, per tutti, E. CRIVELLI, *I transessuali e il diritto europeo*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, il Mulino, Bologna, 2007, pp. 331 ss.], nel mentre si prevede (art. 4, l. n. 164 del 1982) lo scioglimento del vincolo matrimoniale precedentemente contratto da soggetto che abbia quindi mutato sesso. Scioglimento, questo, dalla più accreditata dottrina [per tutti, M.E. LA TORRE, *La rettificazione di attribuzione di sesso. Il dato normativo e i problemi ermeneutici*, in G. FERRANDO-M. FORTINO-F. RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, vol. I del *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 1189 ss.; R. CAMPIONE, *Rettificazione di sesso*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia I*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 3187 s. e, con precisazioni, A. FEDERICI, *Identità sessuale*, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto civile nella giurisprudenza*, II, *Gli interessi protetti nella responsabilità civile*, Utet, Torino, 2005, pp. 413 ss.; diversamente, però, G. BONILINI, *La sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso a norma della l. n. 164/1982*, in G. BONILINI-F. TOMMASEO (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 273 ss.] considerato automatico, non già dipendente dalla volontà del soggetto, come darebbe invece ad intendere la novella operata dall'art. 7, l. n. 74 del 1987, all'art. 3, n. 2, l. n. 898 del 1970, se non altro per il fatto che la soluzione più persuasiva s'inscrive armonicamente in un quadro legislativo in ogni sua parte segnato dalla obbligatoria, perdurante diversità dei sessi dei coniugi, laddove l'opposta soluzione introdurrebbe surrettiziamente un caso del tutto anomalo, unico nella sua complessiva conformazione, di matrimonio *necessariamente* nato tra soggetti di sesso diverso e tenuto quindi in vita malgrado il sopravvenuto superamento della condizione iniziale richiesta per la sua formazione.

Fuori bersaglio è, ad ogni buon conto, evocare la disciplina legislativa relativa al matrimonio del transessuale a mo' di *tertium comparationis*, a sostegno della tesi della ingiustificata disparità di trattamento riservata agli omosessuali, secondo quanto propende a fare non poca dottrina (da ultimo, N. PIGNATELLI, *Dubbi di legittimità costituzionale sul matrimonio “eterosessuale”: profili processuali e sostanziali*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, spec. par. 5.3). Le due situazioni, infatti, non sono appropriatamente confrontabili; e, comunque, la condizione matrimoniale del transessuale ulteriormente, per la sua parte, avvalorata la tesi secondo cui affinché una nuova famiglia si costituisca si richiede la celebrazione di un matrimonio che può avere validamente luogo unicamente tra soggetti *in atto* di sesso diverso.

Il vero è che la CEDU fa salva (art. 12) la disciplina nazionale per ciò che riguarda la strutturale conformazione (o, meglio, il riconoscimento) della “famiglia” e del “matrimonio” che ne sta alla base. Una conclusione, questa, che non muta spostando ora il tiro e ponendo attenzione ai rapporti tra diritto interno e diritto dell’Unione, laddove ancora una volta si manifesta rispetto per discipline nazionali caratterizzanti l’“identità costituzionale” degli Stati. Il vero parametro in gioco è, infatti, l’art. 4 del Trattato di Lisbona, mentre è ininfluyente, al fine della soluzione del caso in modo favorevole al “matrimonio” degli omosessuali, il richiamo della Carta di Nizza, resa ormai giuridicamente rilevante a tutti gli effetti con l’entrata in vigore del Trattato suddetto, segnatamente dei suoi artt. 7 (con riguardo al rispetto della vita privata e familiare), 9 (quanto al diritto di sposarsi e di costituire una famiglia) e 21 (divieto di discriminazioni)<sup>30</sup> e, ancora più ininfluyente, è il richiamo di delibere delle istituzioni comunitarie (e, segnatamente, del Parlamento europeo), peraltro assai diverse per orientamento e, comunque, prive di efficacia normativa<sup>31</sup>.

Nessuna norma della Carta stessa o – il che è praticamente lo stesso – nessuna pronunzia della Corte di giustizia *fa obbligo* agli Stati membri dell’Unione di riconoscere il matrimonio tra omosessuali<sup>32</sup> (ciò che, dunque, porta ad escludere in radice l’esistenza di una possibile antinomia con norma interna che invece vieti un matrimonio siffatto); se poi vi sono, non risultano richiamate nelle ordinanze di rimessione<sup>33</sup>. È vero che vi sono ordinamenti in cui il matrimonio in parola ha ormai trovato giuridico rilievo; di qui però a dire che si sarebbe ormai formata una “tradizione costituzionale comune” in tal senso ne corre. Semmai, se proprio volessimo restare ancorati ad una nozione rigorosa di “tradizione” suddetta<sup>34</sup>, dovremmo concludere che *proprio da essa*, vale a dire dalla inesistenza di un riconoscimento diffuso (se non proprio “comune”) del matrimonio tra omosessuali, si ha ulteriore conferma della tesi qui patrocinata.

Se, poi, la conclusione dovesse ugualmente divergere da quella sopra indicata, assumendosi (ma in modo apodittico e a mia opinione essenzialmente inesatto) che il diritto dell’Unione *imponga* (e non già solo *autorizzi*) la previsione del matrimonio tra persone dello stesso sesso, ci si dovrebbe ulteriormente interrogare circa la compatibilità di un esito siffatto con i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale che, secondo dottrina e giurisprudenza corrente, stanno a “controlimite” del primato del diritto sovranazionale.

Senza adesso riprendere la questione nei suoi termini generali e avvertendo che, a mia opinione, i “controlimiti” in parola sono categoria teoricamente assai discutibile (oltre che praticamente inconsistente)<sup>35</sup>, seri dubbi possono nutrirsi a riguardo del fatto che una innovazione di sì grande portata

<sup>30</sup> L’art. 9, peraltro, al pari dell’art. 12 della CEDU, svolgendo l’indicazione di ordine generale contenuta nel cit. art. 4, fa espressamente salva la legislazione nazionale per ciò che concerne la regolamentazione del diritto di sposarsi e di costituire una famiglia.

<sup>31</sup> La stessa traccia per la discussione predisposta dagli organizzatori del nostro Seminario (e consultabile in <http://www.amicuscuriae.it>) opportunamente segnala (al punto 1.5, lett. f) la varietà dei seguiti ad esse dati dalle legislazioni nazionali, dai quali risulta che non tutti i Paesi membri dell’Unione hanno prestato ascolto alle sollecitazioni rivolte dall’Unione stessa e che, pure tra coloro che invece l’hanno fatto, i più non hanno riconosciuto agli omosessuali il diritto di dar vita a famiglie fondate sul matrimonio [indicazioni al riguardo possono aversi da L.M. DíEZ-PICAZO, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, cit., pp. 319 ss., e M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, Cedam, Padova, 2009, pp. 198 ss.].

<sup>32</sup> In argomento, v. utilmente, di recente, Cass. civ., sez. I, n. 6441/09; su di essa (e su altre decisioni ancora), la nota di B. NASCIMBENE, *Unioni di fatto e matrimonio fra omosessuali. Orientamenti del giudice nazionale e della Corte di giustizia*, in *Corr. giur.*, 1/2010, pp. 101 ss. Opportunamente segnala la mancanza dell’obbligo in parola anche N. PIGNATELLI, *Dubbi*, cit., par. 5.2, pur nel quadro di una ricostruzione complessiva del modello costituzionale complessivamente assai distante da quella qui patrocinata.

<sup>33</sup> Lo si rileva anche nella traccia per la discussione, cit. (punto 2.7). È da chiedersi se, ammesso che si dia un precetto comunitario che istituisca un obbligo siffatto, esso possa essere rinvenuto *motu proprio* dalla Corte, ad integrazione dei termini della questione e, ancora, se possa dirsi sotto ogni riguardo rispettoso dei principi di base dell’ordinamento costituzionale. Alla prima domanda, come si è però avvertito, non tocca qui rispondere; alla seconda si risponderà a momenti.

<sup>34</sup> ... che tuttavia sembra contraddetta dalla stessa giurisprudenza comunitaria, che – com’è noto – fa uso con molta libertà delle tradizioni in discorso, elaborandole e riconformandole senza sosta per le specifiche esigenze del diritto dell’Unione (e dei diritti di quanti in essa operano), senza farsi troppa cura del fatto che siano autenticamente “comuni”.

<sup>35</sup> Quest’idea, più volte espressa, può ancora di recente vedersi, volendo, nel mio *Dimensione europea della tutela dei diritti*

possa aversi senza pregiudizio dell'identità costituzionale dello Stato.

Ci si intenda. Come accennavo un momento fa, nessuna preclusione, a mio modo di vedere, si ha a che la normativa dell'Unione possa giocarsi la partita alla pari con la normativa nazionale, pur laddove siano in ballo i principi fondamentali dell'ordinamento, specie ove si tratti di apprestare la più "intensa" tutela ai diritti. I "bilanciamenti" cui si fa quotidianamente luogo in ambito interno, in ragione dei casi e delle loro più pressanti esigenze, possono, a mio modo di vedere, prendere corpo altresì nella prospettiva delle relazioni interordinamentali, senza alcun ordine preconstituito di priorità e piuttosto aprendosi ad ogni possibile esito, una volta che si convenga a riguardo del fatto che le norme in campo, pur dimostrandosi per certi aspetti idonee a porre sotto *stress* questo o quel valore, sono pur sempre provviste della copertura da parte dei valori stessi (e, segnatamente, per ciò che concerne la normativa dell'Unione, da parte di quelli menzionati all'art. 11)<sup>36</sup>.

Solo che – è qui il punto – i "bilanciamenti" presuppongono la stabile identità dei valori e la loro attitudine a trasmettersi nel tempo, rimandano cioè ad una cornice costituzionale delineata con fermezza e chiarezza e ad un contesto esso pure provvisto di connotati suoi propri ed idoneo a favorire lo svolgimento dei "bilanciamenti" in modo adeguato ai casi.

La società precede e fonda lo Stato e ne segna le dinamiche giuridiche interne, in conformità rispetto ai valori, essi pure di necessità pregiuridici ancorché resi giuridicamente visibili dai principi, che ne danno la prima e più fedele trascrizione positiva<sup>37</sup>. La famiglia è, a sua volta, la cellula primigenia attorno alla quale si costituisce e rinnova il tessuto sociale. L'Unione è composta dagli Stati che vi appartengono e dai popoli che li compongono: immaginare che l'Unione possa rifondare *ab ovo* il sostrato della società, alterando la struttura che essa stessa s'è data attingendola ad una plurisecolare tradizione diffusa negli ordinamenti nazionali e, per ciò pure, facendo smarrire alla società ed allo Stato la loro identità costituzionale appare fuori di ogni possibile scenario. Né sembra realistico prefigurare l'imposizione di un nuovo modello di famiglia originalmente elaborato in ambito europeo ed avulso dalla tradizione suddetta, un modello di cui si voglia l'affermazione nei riguardi delle varie articolazioni della struttura della *societas* familiare liberamente prescelta dagli Stati. Un atto di autorità dell'Unione su questo terreno che appiattisca le differenze presenti nelle singole realtà nazionali non potrebbe in alcun modo conciliarsi – come si è venuti dicendo – col principio fondamentale dell'Unione che vuole pienamente salvaguardate le identità costituzionali degli Stati, un principio fedelmente recepito e svolto dalla Carta di Nizza, nella parte in cui fa rimando alle legislazioni nazionali in ordine alla regolazione dei diritti inerenti alla famiglia.

**3.** Si viene così implicitamente ad ambientare nel modo giusto la terza ed ultima questione, cui nondimeno – come si diceva – si riserverà qui unicamente un cenno, non interessando il caso oggi portato alla nostra attenzione. Si può prefigurare – è da chiedersi – la cancellazione della formula della "società naturale" e/o la sua sostituzione con altra formula a mezzo di legge di revisione costituzionale? E, ancora, si può prefigurare la rimozione o, come che sia, il rifacimento della formula che prescrive l'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, che – come si è veduto – implica la necessaria diversità dei sessi dei coniugi? E, infine (e in alternativa), si può, sempre con le procedure

---

*fondamentali e tecniche interpretative*, in <http://www.federalismi.it>, 24/2009.

<sup>36</sup> Si è poi tentato di mostrare in altri luoghi (e, segnatamente, nello scritto da ultimo cit.) che, per un verso, non necessariamente la disciplina sovranazionale gode della copertura offerta dai principi della pace e della giustizia tra le Nazioni (ad es., laddove si dimostri in contrasto coi Trattati, pur non essendo stato il contrasto stesso ancora acclarato dal giudice comunitario), così come di tale copertura potrebbe invero godere la stessa disciplina interna con la prima confliggente, ove essa pure si ponga al servizio dei principi suddetti; per un altro verso, poi, sia l'una che l'altra normativa potrebbero vantare la protezione di altri principi ancora, *ratione materiae* evocati in campo.

<sup>37</sup> Sulla distinzione, che qui non occorre riprendere e sottoporre a nuova verifica, tra valori e principi, tra i molti altri v. A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, Jovene, Napoli, 2007, spec. pp. 136 ss. e 357 ss., ma *passim*; A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir., Ann.*, II, t. 2 (2008), pp. 198 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, spec. pp. 205 ss.; G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009, spec. pp. 35 ss., ma *passim*. In argomento, da ultimo, G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>.

stabilite nell'art. 138, far luogo ad una interpretazione "autentica" delle formule suddette, sì da spianare la via al riconoscimento del matrimonio anche tra omosessuali?

Escluderei, per le ragioni appena dette, quest'ultima evenienza, dal momento che si farebbe un uso improprio, irragionevole, della "autenticità" dell'interpretazione. Quanto, poi, alla prima evenienza, essa sembra ugualmente porsi come il frutto di un utilizzo distorto dello strumento costituzionale, ove si convenga che quest'ultimo, pur agendo su un enunciato normativo, in realtà intaccherebbe, operandovi una irrimediabile manipolazione, la struttura stessa del sostrato sociale che quell'enunciato sostiene e giustifica, recidendone le plurisecolari radici. E, inverso, l'enunciato rimanda al "fatto", fa luogo ad un mero riconoscimento del "fatto"; ed allora delle due l'una: o si ritiene possibile separare in modo netto, con un taglio d'accetta, società e ordinamento, dichiarandosi dunque quest'ultimo d'ora innanzi indifferente rispetto a ciò che è la prima, nella sua stessa struttura costitutiva primigenia ed elementare, oppure – e peggio – si ammette che il secondo possa contrapporsi apertamente alla prima, alla sua storia, al valore che essa rappresenta. Ebbene, è da chiedersi se l'una o l'altra eventualità possano trovare riscontro in linea di continuità evolutiva rispetto all'intero patrimonio dei fini-valori che stanno a base dell'ordine costituzionale o se non piuttosto si pongano in irrimediabile rottura rispetto ad esso, giustificandosi dunque unicamente per effetto dell'avvento di un nuovo potere costituente<sup>38</sup>. E, inverso, potrebbe dirsi che alla "rivoluzione" sociale che si sarebbe ormai consumata, col (supposto) abbattimento della originaria tradizione in fatto di famiglia e la sua sostituzione con altra, incipiente ovvero già affermata<sup>39</sup>, debba di necessità corrispondere il parimenti "rivoluzionario" suo riconoscimento da parte dell'ordinamento, in rottura dunque rispetto al diritto costituzionale vigente. Un ragionamento, questo, che – come si vede – si svolge pur sempre lungo il filo della discontinuità nello sviluppo dei rapporti sociali e, *per ciò pure*, della discontinuità costituzionale, obbligata a far da specchio alla prima.

Non mi sembra, ad ogni buon conto, proficuo indugiare oltre sul punto. In disparte, infatti, la circostanza per cui quello appena descritto appare essere uno scenario francamente irrealizzabile (un rifacimento di sì rilevante portata non essendo nell'agenda politica), è comunque ozioso discorrerne ai limitati fini dell'oggetto e delle finalità processuali del nostro incontro.

4. Ed allora, in conclusione, cosa è da aspettarsi dalla ormai imminente decisione della Corte sul caso oggi portato al nostro esame?

Ebbene, non vorrei una volta di più apparire cattivo profeta (non conto ormai più le volte in cui una mia previsione di giudizio è stata seccamente smentita ...), ma penso che ci siano tutte le condizioni per un rigetto delle questioni sollevate davanti alla Corte, magari – questo sì – accompagnato da un fermo invito al legislatore a porre mano ad una disciplina acconcia della condizione delle coppie di fatto, omosessuali e non, ponendo così fine alla "gelosa inerzia" dal legislatore stesso fin qui pervicacemente dimostrata in materie "eticamente sensibili"<sup>40</sup>. La dignità dei soggetti che danno vita alle coppie suddette, troppe volte senza ritegno mortificata, esige soluzioni adeguate, nondimeno distinte da quelle che connotano il regime della famiglia (nella sua ristretta e propria accezione)<sup>41</sup>, allo scopo di far fronte alle non poche questioni che ormai si pongono a getto continuo negli ambiti più varî di esperienza, sui quali insistono bisogni meritevoli di ogni considerazione (dal mondo del lavoro a quello dei rapporti successori, ecc.). Bisogni – tengo qui, in conclusione, a precisare – il cui

<sup>38</sup> Che poi lo stesso potere costituente e il suo prodotto oggettivato, la Costituzione, vadano incontro a limiti ad ogni modo invalicabili, in ultima istanza apprezzabili secondo una ragionevolezza assiologicamente ispirata, è un discorso assai complesso, che qui non può trovare neppure un inizio di trattazione.

<sup>39</sup> Estremamente complesso e disagiata, poi, l'accertamento circa le reali, più diffuse concezioni di "famiglia" e di "matrimonio" presenti nel tessuto sociale, come pure circa il grado del loro effettivo radicamento.

<sup>40</sup> Le espressioni del testo sono fedelmente trascritte dalla traccia per la discussione, sopra cit., punto 2.2.

La soluzione qui auspicata è prefigurata (ma non preferita) anche da N. PIGNATELLI, *Dubbi*, cit., par. 5.2.

<sup>41</sup> ... onde non aggirare in modo surrettizio il regime dalla Carta riservato alla sola famiglia, nell'accezione accolta nell'art. 29 (sul punto, volendo, già il mio *Idee sulla famiglia*, cit.).

appagamento non può essere, come invece usa ormai fare (il caso Englaro *docet*), pressoché per intero rimesso ai giudici, dalle perduranti ed imperdonabili omissioni del legislatore gravati di un peso di responsabilità, morali e giuridiche, le cui spalle non sono oggettivamente in grado di sopportare. Alla fin fine, l'idea che possano esservi tante idee di nuove “famiglie” (omosessuali e non) quanti sono i giudici e i giudizi, sol perché nessuna pur labile indicazione viene loro dalla legge, è francamente ripugnante.

Questo è, però, tutto un altro discorso, già molte volte e variamente fatto, che non siamo tuttavia oggi chiamati nuovamente a riprendere. Solo che per far fronte ai bisogni suddetti è del tutto fuor di luogo – come si è venuti dicendo – il riferimento alla “famiglia” ed al “matrimonio”, *secondo Costituzione*.





ILENIA RUGGIU\*

## Per una sentenza interpretativa che individui l'essenza della “pratica culturale” del matrimonio, supportata dall’“argomento della minoranza”

**SOMMARIO:** 1. Art. 3 e art. 29: un'antinomia all'interno del nucleo duro della Costituzione? – 2. La Corte alla ricerca dell'essenza “culturale” del matrimonio: il paradigma “eterosessuale” superato dal paradigma “romantico”. – 3. Troppa discrezionalità alla Corte? L'argomento della minoranza per corroborare l'intervento del giudice costituzionale. – 4. Conclusioni: il riconoscimento del matrimonio tra omosessuali tramite sentenza additiva o interpretativa? Le differenze rispetto alla sent. 61/2006.

1. In questo intervento verranno difese tre ragioni a sostegno di una decisione interpretativa di accoglimento della Corte costituzionale che consenta il matrimonio omosessuale: l'art. 3, l'argomento culturale per rileggere l'art. 29 e l'argomento della minoranza.

Se fosse vero che la Costituzione incorpora il paradigma eterosessuale del matrimonio, soltanto una revisione costituzionale potrebbe risolvere la battaglia civile a favore del matrimonio *same sex*. Famiglia, società naturale e matrimonio – tutti rigorosamente eterosessuali – sarebbero, infatti, i tre concetti pre-giuridici, incorporati nell'art. 29, che darebbero copertura alle norme del codice civile impugnate. Ma con tale interpretazione si verrebbe anche a creare il paradosso della *summa Constitutio summa iniuria*. Vi sono in realtà dati, sia testuali, sia interpretativi, sia istituzionali (connessi all'incapacità dell'istituto della rappresentanza politica di soddisfare alcuni diritti delle minoranze), sia culturali, che spingono ad un intervento immediato della Corte costituzionale per evitare tale paradosso.

La paura di “tirare” eccessivamente la Costituzione e chiedere troppo alla Corte potrebbe, in primo luogo, risolversi richiamando altri dati “testuali” ugualmente presenti in Costituzione. Volendo restare fedeli al “testo”, infatti, va rilevato che se fosse vero che l'articolo 29 incorpora il paradigma eterosessuale, nell'immediato e in attesa di un'ipotetica revisione, si prospetterebbe un'antinomia dentro lo stesso nucleo duro: tra l'art. 29, che escluderebbe gli omosessuali dal matrimonio, e l'art. 3, che afferma l'uguaglianza senza distinzioni di “condizioni personali” e di “sesso”. Antinomia non tollerabile per la coerenza dell'ordinamento, che potrebbe risolversi – interessando norme endo-costituzionali appartenenti entrambe al nucleo duro – con l'ormai classico “quinto metodo” di risoluzione delle antinomie: il bilanciamento. I diritti da bilanciare sarebbero quello soggettivo all'uguaglianza nel godimento del diritto al matrimonio rivendicato dagli omosessuali e quello (culturale?) degli eterosessuali a conservare l'istituto matrimoniale con la sua ultramillenaria caratteristica eterosessuale. Anche se così fosse, l'esito del bilanciamento dovrebbe essere a favore dell'art. 3, anche perché gli eterosessuali non sarebbero menomati nel godimento del proprio diritto al matrimonio. Ma forse un'altra lettura è possibile che escluda tale antinomia interna.

Se, come rilevato da Barbara Pezzini, si potesse ritenere che il paradigma eterosessuale è sì presente, ma non è “una condizione necessaria e inamovibile della norma costituzionale sul matrimonio”, forse sarebbe sufficiente chiedere alla Corte una pronuncia interpretativa. In linea

---

\* Ricercatrice di Diritto costituzionale, Università di Cagliari.

con tale posizione, si cercherà di dimostrare che l'art. 29 può essere interpretato "culturalmente" escludendovi la necessaria presenza del paradigma eterosessuale che appare, ad una più attenta analisi, recessivo rispetto a quello che potrebbe definirsi il "paradigma romantico", di cui è intrisa la cultura occidentale, e che identifica l'essenza del matrimonio in una libera scelta d'amore. Indagando più attentamente proprio dentro l'essenza culturale del matrimonio, la Corte costituzionale potrebbe aiutarci a dire che non esiste in realtà antinomia dentro la Costituzione e che, se conflitto c'è, va riportato al meno perturbante *dura lex sed lex* che è, comunque, correggibile in via interpretativa.

2. Diversi autori, tra cui Antonio Ruggeri, hanno richiamato l'importanza del dato culturale nell'interpretazione della dizione "matrimonio", osservando che vi sono ipotesi di matrimonio nemmeno pensabili all'interno del nostro orizzonte culturale/concettuale, quale il matrimonio tra bambini o tra fratelli. Il matrimonio omosessuale rientrerebbe, secondo molti, in tale impensabilità, non solo stando ad un'interpretazione storico-originalista della Costituzione, ma anche stando al presente. Alla luce dell'importanza che assume l'elemento culturale/tradizionale nell'interpretare il significato da dare all'art. 29, si impone alla Corte costituzionale un'indagine della pratica di sposarsi all'interno della società italiana e occidentale, oggi.

La ricerca della pratica culturale è, ormai dagli anni '90, un'attività che sia le corti di merito che le corti costituzionali svolgono. Invero, normalmente tale ricerca ha ad oggetto "altre" culture, minoritarie, che lottano per un riconoscimento di diritti culturali. Tuttavia, di recente è accaduto che l'interprete sia stato costretto a riflettere e ragionare anche su pratiche della maggioranza (si pensi al crocifisso) poste a rischio o da conflitti "multi-culturali" (causati da visioni del mondo provenienti da gruppi di persone la cui identità si è plasmata al di fuori del contesto culturale occidentale) o da conflitti "endo-culturali" (causati da visioni del mondo provenienti da gruppi di cittadini che hanno maturato una visione radicalmente diversa rispetto a quella della maggioranza del Paese cui appartengono)<sup>1</sup>. Entrambi i conflitti spingono un'intera società a confrontarsi con le proprie pratiche culturali, a ridiscuterle o difenderle. In tale processo sono frequenti gli errori circa la corretta individuazione della pratica, il suo carattere essenziale rispetto all'identità di chi la pratica, il suo essere viva o obsoleta, le ragioni per cui la pratica è nata e quelle per le quali continua la sua trasmissione intergenerazionale. Oggi anche noi siamo chiamati a chiederci se veramente il riconoscimento del matrimonio *same sex* è talmente estraneo alla nostra cultura da renderlo impensabile o in grado di violare e compromettere la nostra identità, il nostro "senso di sé", come accadrebbe con altre forme di matrimonio che respingiamo (dal matrimonio combinato a quello tra bambini).

A me pare che la maggioranza stia sbagliando nel leggere dentro sé stessa e nel ritrovare il tratto veramente caratterizzante la pratica culturale del matrimonio nella alterità uomo/donna. È probabilmente vero, come sostiene Antonio Ruggeri, che il matrimonio omosessuale è impensabile per la maggior parte dell'opinione pubblica, ma, forse, ciò accade perché non ci siamo interrogati a sufficienza, perché abbiamo "dimenticato" qual è il vero significato del matrimonio dentro la nostra cultura.

Alla Corte è, dunque, richiesto di aiutarci in tale percorso di ritrovamento e di riflessione. Qual è l'essenza di tale pratica culturale – che la rivendicazione degli omosessuali sembra compromettere – oggi? La Corte potrebbe, innanzitutto, assumere un approccio storico e dinamico rispetto alla cultura. Da questo emergerebbe come il matrimonio è cambiato nei secoli e, ad un certo punto, è stato oggetto di una rivoluzione, di una cesura, apportata dal romanticismo. È questa cesura che rende inconcepibile il fatto che la generazione dei nostri nonni si sposasse con matrimoni combinati. È questa cesura che ha indebolito il nesso tra matrimonio e filiazione. Tale visione, che pure è stata essenziale, è oggi culturalmente superata dalla stessa dottrina cattolica, che pone la coppia al centro del

---

<sup>1</sup> Se quello sul velo o sull'infibulazione sono tipici conflitti multi-culturali, quello sulla procreazione assistita, sull'eutanasia (espressione delle diverse visioni sulla morte che nascono dentro una stessa società) o, appunto, quello sul matrimonio *same sex*, sono esempi di conflitti endoculturali.

rapporto. È per questo che, nonostante il paradigma procreativo che gli artt. 29 e 30 sembrano includere, nessuno discute della possibilità degli anziani o delle coppie sterili di sposarsi. D'altra parte gli elementi di gratuità e solidarietà costitutivi della famiglia, essendo presenti anche in altri rapporti giuridici (ad esempio una donazione) o in altre società naturali (ad esempio un gruppo di amici, un sodalizio culturale e molte delle formazioni sociali richiamate dall'art. 2), non sono di per sé sufficienti a definire il matrimonio.

Perché possiamo pensare "il matrimonio" serve un *quid pluris*. Questo *quid pluris* è culturale (perché assente in altre culture e comparso solo in tempi relativamente recenti nella nostra) ed impregna ormai tutta la società occidentale. Si tratta dell'amore. Non viene spesso nominato e forse proprio per questo non si vede che, se un'essenza culturale oggi si vuole trovare al matrimonio, questa è quella romantica, di un'unione che esprime una libera scelta d'amore. Un amore capace di travolgere qualsiasi altro paradigma: a certe condizioni, persino quello esogamico, se pensiamo che anche il tabù ancestrale dell'incesto può diventare un "incerto del mestiere di vivere".

Quindi, o neghiamo che gli omosessuali abbiano la capacità di innamorarsi o non possiamo che riconoscere loro la possibilità di formalizzare, in modo identico a quello della maggioranza, questo che di pre-giuridico in cui la nostra cultura crede quasi irrazionalmente. D'altra parte, negare la possibilità che gli omosessuali provino un sentimento d'amore analogo, anzi identico, a quello della maggioranza è operazione complicata, perché contrastata da referenti molto solidi, sempre della cultura occidentale. Da Platone a Wilde, l'amore omosessuale è stato cantato e descritto e, del resto, le differenze nell'atto sessuale non sono rilevanti perché non esauriscono certamente ciò che noi intendiamo per amore. Letteratura classica e contemporanea, cinema, teatro e tantissimi altri prodotti culturali rivelano la pensabilità, in tutto l'occidente, dell'amore omosessuale. Un amore che può rientrare a pieno titolo nella tipologia coniata e plasmata dalla poesia greca al romanticismo come incontro d'anime, irrisistibile, che eleva le ragioni del cuore al di sopra di ogni ragione etc.

Il paradigma romantico – che postula una libera scelta nella contrazione del matrimonio – ci fa respingere l'idea dei matrimoni combinati o tra bambini, ma non rende impensabile la battaglia degli omosessuali che si rivela essere, a ben vedere, una battaglia per l'affermazione della nostra stessa tradizione. La possibilità di innamorarsi e la centralità che il sentimento romantico assume in occidente è l'elemento culturale essenziale che gli omosessuali condividono con la maggioranza e che legittima il matrimonio quale unica forma di riconoscimento. Qualunque altra – unioni di fatto, patti di solidarietà, Dico etc. – striderebbe con il legame simbolico che la nostra cultura istituisce tra matrimonio e amore, sarebbe discriminatoria e riproporrebbe analoghi problemi di costituzionalità.

3. Tuttavia – si potrebbe ribattere – se un'analisi dell'essenza culturale del matrimonio deve essere fatta per rimembrarne l'essenza, tale analisi dovrebbe, comunque, essere svolta in Parlamento. Com'è noto, uno dei problemi più rilevanti che sembra stagliarsi contro un qualsiasi intervento della Corte è il fatto che, in tal modo, si espanderebbe eccessivamente la sua discrezionalità.

Tuttavia, come Giuditta Brunelli, Andrea Pugiotto e Paolo Veronesi hanno evidenziato, appare in questo caso di particolare peso il fatto di trovarci di fronte ad una rivendicazione che promana da una minoranza. E i circuiti della rappresentanza politica, ma anche quelli di democrazia diretta – quali il referendum – sono in forte difficoltà quando si tratta di riconoscere diritti delle minoranze. Un ricco filone di studi sui referendum sconsiglia, ad esempio, che gli stessi si svolgano su minoranze perché la maggioranza quasi mai tende a supportarle. L'eccezione è rappresentata da elettorati composti da *elites* che, viceversa, tendono a "sposare" la causa della minoranza, pur facendolo soltanto quando questa chiede il godimento di diritti uguali a quelli di cui la maggioranza già gode. Perché, se si tratta di riconoscere diritti alla differenza, anche le maggioranze "d'*élite*" si rivelano restie a condividere la battaglia. Questa è una delle ragioni per cui i diritti culturali di minoranze sono stati quasi sempre riconosciuti in prima istanza in via giurisprudenziale<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> A. EISENBERG, *When (if Ever) Are referendums on Minority Rights Fair?* in D. LAYOCK (ed.), *Representation and democratic theory*, UBC press, Vancouver-Toronto, 2004, pp. 3-22. Un esempio interessante, seppure basato su osservazioni "di effettività", proviene dalla letteratura economica che si occupa di disoccupazione e legislazione sul mercato del lavoro. G. SAINT-

Per utilizzare l'argomento della minoranza, dunque, il primo quesito da porsi è se il diritto degli omosessuali al matrimonio, oltre che letto come diritto individuale, possa essere letto come diritto di un gruppo, in questo caso minoritario. Sono note le difficoltà nell'identificare una minoranza<sup>3</sup>. Nel caso degli omosessuali vi è il dato naturalistico della preferenza sessuale che li fa divergere rispetto ad un comportamento dominante.

Vi è, inoltre, il dato numerico, che in Italia li attesta al 5% della popolazione.

Vi è, infine, – ed è ciò che conta giuridicamente – l'elemento normativo, in quanto gli omosessuali hanno ottenuto un riconoscimento del loro *status*, a livello comunitario (es. direttiva 2000/78) e interno (es. D.lgs 216/2003) con l'ipotesi di discriminazione per orientamento sessuale. Ciò consente di dire che siamo di fronte ad una minoranza giuridicamente qualificata e quindi esistente. Chiarito questo punto, può osservarsi che essendo il diritto al matrimonio un diritto relazionale, esso può essere esercitato dagli omosessuali solo dentro la minoranza cui appartengono. Per queste ragioni appare convincente leggere la questione come una in cui si discute di diritti di minoranze.

Questi diritti possono classificarsi in tre livelli, in crescendo<sup>4</sup>.

Nel primo si colloca il diritto a non essere discriminati, a godere in condizioni di parità degli stessi diritti della maggioranza. Tale tipologia non presenta particolari problemi costituzionali, rientra nella copertura che tutte le costituzioni occidentali accordano agli individui e si risolve generalmente con l'uso del principio di uguaglianza, formale o sostanziale.

Un secondo gruppo di diritti delle minoranze, più avanzato nel riconoscimento, è costituito dai diritti speciali, a godere di trattamenti differenziali proprio allo scopo di conservare tratti distintivi della propria identità (es. i diritti culturali). Tali diritti speciali pongono diversi problemi costituzionali e non a caso molte costituzioni non li riconoscono. Tuttavia, anche in assenza di un intervento del legislatore, la necessità di garantire il rispetto dell'identità culturale, vista in stretta correlazione con l'identità personale, ha determinato in tale campo un notevole intervento delle Corti costituzionali (es. Canada).

Infine, un terzo gruppo di diritti delle minoranze è costituito dai cosiddetti diritti all'autogoverno che rappresentano la risposta più ambita, quando fattibile, di tutte le minoranze.

Gli omosessuali, non essendo minoranza territoriale, non rivendicano tale terza tipologia di diritti, e, per il momento, neanche la seconda. L'oggetto della loro battaglia civile è accedere, in condizioni di parità a diritti di cui la maggioranza già gode.

Vi è l'art. 3.

Vi è il significato culturale del matrimonio "romantico".

E vi è, soprattutto, il rischio che la maggioranza continui a negare *ad infinitum* questa prerogativa. Tale aspetto corrobora la necessità che sia la Corte ad intervenire.

**4.** Se i tre argomenti sviluppati (art. 3, argomento culturale, argomento della minoranza) sono convincenti, alla Corte si aprono diverse vie.

Sembrano presenti le condizioni per una sentenza additiva: le rime obbligate, infatti, si desumono dal fatto che una qualunque altra scelta del legislatore verso formule quali i patti solidali o le unioni di fatto conserverebbe, comunque, nei riguardi degli omosessuali una situazione di disuguaglianza. Infatti, pur se tali scelte divergessero soltanto nel *nomen* e non nella sostanza, si po-

---

PAUL, *The Political Economy of Labour Market Reform*, Oxford University Press, Oxford, 2000, sostiene che gli interessi dei lavoratori occupati con qualifiche medie sono predominanti nella rappresentanza politica, e che queste categorie non avranno mai reali incentivi ad attuare riforme che possano migliorare la condizione relativa dei disoccupati, essendo questi ultimi sostanzialmente privi di rappresentanza.

<sup>3</sup> F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Cedam, Padova, 2008: «le ragioni che possono determinare il riconoscimento di un gruppo come minoranza sono potenzialmente infinite. Ciò che conta in chiave giuridica, è un riconoscimento normativo, che può avvenire in modo esplicito o implicito, diretto o indiretto, da parte di fonti diverse, e prendere le mosse dalla più disparate situazioni storiche, politiche, economiche, sociali.

<sup>4</sup> F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, cit., pp. 29-34.

trebbe ritenere la legge discriminatoria sotto il profilo dell'effetto stigmatizzante richiamato da Barbara Pezzini. Tuttavia, un sentenza additiva pare sconsigliabile per l'eccessiva esposizione politica cui la Corte si sottoporrebbe e perché forse non necessaria se si condivide l'argomento culturale sopra esposto.

La soluzione suggerita è, pertanto, quella di una sentenza interpretativa, basata sul ricorso all'argomento culturale. È da discutere se dovrebbe trattarsi di interpretativa di rigetto, che però rischierebbe di essere vanificata dal diritto vivente, o di accoglimento, più incisiva e garante dei diritti della minoranza omosessuale.

Interpretando la Costituzione secondo l'essenza della pratica culturale "matrimonio", la Corte non invaderebbe il campo del legislatore e raggiungerebbe alcuni importanti risultati: assicurare, nell'immediato, la garanzia del diritto degli appartenenti alle minoranze che al giudice si sono rivolti; consentire l'avvio di un discorso sulle forme della tutela, anche legislativa, di tale interesse; evitare l'esposizione politica che deriverebbe da una sentenza manipolativa; intervenire nella conversazione costituzionale sul matrimonio *same sex* contribuendo ad identificare l'esatto significato culturale del matrimonio anche per la maggioranza.

Né bisogna temere una manipolazione del significato delle formule società naturale, famiglia e matrimonio che potrebbe essere accusata di dar adito, di fatto, ad una sentenza "di revisione costituzionale"<sup>5</sup>. Non solo queste formule non sono univoche, se si ha riguardo alla disciplina legislativa e all'interpretazione dottrinale, ma è compito di ogni interprete proporre, in presenza degli argomenti giusti per farlo, nuove interpretazioni, perché se la vecchia interpretazione si rivela in *aliquo vitiata, perdit officium suum*<sup>6</sup>.

Si propende, dunque, per una sentenza interpretativa che rilegga sia l'oggetto, ma anche il parametro art. 29. Si potrebbe ribattere che una qualche manipolazione serve: almeno una sostituzione delle espressioni "moglie e marito" contenute nel codice civile. Ma anche tali formule non appaiono necessariamente, testualmente preclusive. Ci si dovrebbe, infatti, interrogare se le espressioni "moglie e marito" siano compatibili con il matrimonio *same sex* nel senso che i coniugi si riconoscono psicologicamente, aldilà del dato biologico, in tali ruoli (in tal caso l'interpretativa sarebbe sufficiente), o se, viceversa, come emerge da studi *queer* e post-moderni, in realtà l'omosessualità dia vita ad un'autonoma identità che, non incasellandosi nei classici due generi, crea un terzo genere o addirittura nega l'esistenza stessa del genere<sup>7</sup> (in questo caso la sostitutiva sarebbe necessaria).

Resta un profilo da affrontare. Che cosa dovrebbe spingere la Corte ad un giudizio diverso rispetto a quello della sent. 61/2006 in cui, pur ammettendo addirittura una violazione del principio di uguaglianza, si rimette alla discrezionalità del legislatore?

Innanzitutto il fatto che il matrimonio è una pratica essenziale allo sviluppo dell'identità personale. Anche il cognome lo è, ma per quanto di una portata simbolica enorme, si tratta comunque di un dato nominalistico. In secondo luogo, nel caso del cognome, effettivamente si aprono più scelte al legislatore, mentre nel caso del matrimonio *same sex*, il paradigma romantico di cui è intriso il con-

<sup>5</sup> Secondo quanto osservato da A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 140-141 si tratta delle sentenze che estendono «il parametro costituzionale, attraverso un'attività "ermeneutica" che, però, non provenendo dal legislatore nelle forme aggravate di cui all'art. 138 Cost., in fin dei conti, risulta eminentemente *creativa* di "nuove" norme costituzionali».

<sup>6</sup> Paul. 16 ad Plaut. D. 50.17.1 «*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum*».

<sup>7</sup> J. BUTLER, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, 1990, tr. it., *Scambi di genere. Identità, sesso, desiderio*, Sansoni, Milano, 2004, attribuisce «l'ansia e il terrore che alcune persone provano nel diventare gay, la paura di perdere il proprio posto nel genere o di non sapere chi si sarà» alla limitazione del linguaggio che intrappola i corpi esclusivamente dentro due generi. L'autrice decostruisce il genere sostenendo che proprio l'esistenza di identità che non si riconoscono nella dicotomia uomo-donna ne mina radicalmente le basi concettuali come categoria. Il genere, per la Butler, non è altro che *performance*, che si impara da piccoli, costruito culturale cristallizzato nel linguaggio dominante, ma che non spiega la molto più complessa realtà dei corpi e del desiderio.

cetto di matrimonio e l'art. 3, rendono obbligata la scelta per un diritto identico a quello di cui gode la maggioranza. Infine, il fatto che le donne abbiano, almeno teoricamente, più possibilità di essere rappresentate degli omosessuali per il fatto che sono un gruppo discriminato, ma comunque più numeroso, e per il fatto che numerose norme di rango costituzionale prevedono norme volte a incentivare il loro accesso ai circuiti rappresentativi.

Per queste ragioni si conclude nel senso di una sentenza interpretativa di accoglimento che annulli la norma del paradigma eterosessuale del matrimonio.

ANTONIO SAITTA \*

## Il matrimonio delle coppie dello stesso sesso alla Consulta o dei limiti dell'interpretazione costituzionale evolutiva

**SOMMARIO:** 1. Si giunge alla Corte quando il Parlamento smarrisce la strada. – 2. I termini delle questioni. – 3. Il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali come obbligo costituzionale (*ex artt. 2 e 3 Cost.*). – 4. Il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali e il modello di matrimonio *ex art. 29 Cost.* – 5. Un paradosso interpretativo: maggiore rigidità del codice civile rispetto all'art. 29 Cost.? – 6. La giurisprudenza europea, meno determinante di quanto si possa pensare. – 7. Il matrimonio del transessuale: la (apparente) eccezione che conferma la regola. – 8. Semantica giuridica e presidio garantista della Costituzione: considerazioni conclusive a mo' di bilancio, auspicio e previsione.

1. Le quattro ordinanze delle quali qui si discute sollevano questioni su un tema di grande interesse costituzionalistico, in grado di coinvolgere questioni giuridiche così come passioni e controverse di ordine sociale, morale e politico, dinanzi alle quali non può restare indifferente né il lettore esperto nei vari campi delle scienze sociali, né il semplice cittadino privo di cognizioni specialistiche. I problemi dei quali si discute sono reali, ormai prepotentemente alla ribalta nella società contemporanea. Hanno la forza di mettere in discussione capisaldi delle relazioni sociali, ritenuti sicuri e indiscutibili da secoli e, quindi, non possono non dividere l'opinione pubblica, anche dopo gli interventi normativi che si sono resi necessari in quasi tutti i Paesi europei. In quasi tutti, però, non in tutti, perché nel nostro i problemi dei quali si discute sono stati sostanzialmente rimossi, se mai sono stati iscritti davvero nell'agenda della politica nazionale. Ed è proprio per questo che si è giunti al Palazzo della Consulta.

Se, infatti, il Parlamento pare sempre meno interessato a cimentarsi con i problemi dell'ampliamento delle libertà ai nuovi e sempre più complessi scenari della società contemporanea, sono i problemi sociali a reclamare una soluzione, ponendosi con la loro sola forza al centro del dibattito: il fatto bussa alle porte del diritto e reclama soluzioni e se il legislatore si dimostra sordo l'unica porta alla quale rivolgersi rimane quella della giustizia costituzionale. Nei limiti, però, di ciò che la Corte può fare.

2. Le ordinanze di rimessione pongono in evidenza numerosi problemi, tutti di grande interesse, alcuni ritenendoli già risolti in tesi, altri lasciandoli aperti perché, appunto, costituiscono oggetto del giudizio di costituzionalità. Scarnificando fino all'osso le premesse argomentative che hanno condotto i giudici remittenti a sollevare le questioni (peraltro sulla base di motivazioni sostanzialmente analoghe e nel complesso complementari a quella del Tribunale di Venezia, prioritaria anche in ordine di tempo) i punti dai quali prendere le mosse sono sostanzialmente due:

a) non è possibile interpretare le disposizioni codicistiche vigenti nel senso di consentire il matrimonio tra persone del medesimo sesso, a ciò opponendosi non soltanto la ricostruzione della volontà del legislatore quanto, e soprattutto, la lettura sistematica delle norme in tema di rapporti tra coniugi;

---

\* *Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Messina.*



b) l'insieme dei parametri richiamati (direttamente gli artt. 2, 3, 1° comma, e 29 Cost. nonché, per via del rinvio dinamico dell'art. 117, 1° comma, Cost., vari principi derivanti dagli obblighi internazionali e comunitari gravanti sullo Stato) non si limita a rendere possibili soluzioni normative che consentano il matrimonio tra persone dello stesso sesso, ma impongono già oggi la previsione dell'istituto quale unica soluzione costituzionalmente obbligata, senza la inderogabile necessità, quindi, di interventi legislativi.

c) Le premesse così fortemente semplificate escludono una terza ipotesi che, se può (*melius*, alla luce della sempre più stringente giurisprudenza della Corte in tema di ammissibilità delle questioni incidentali, “deve”) essere esclusa nel disegno argomentativo dei remittenti, va tuttavia presa in considerazione in questa sede perché nulla esclude che possa trovare riscontro e fondamento giuridico-costituzionale. Occorre, pertanto, considerare l'eventualità che i parametri di costituzionalità invocati, soprattutto di diritto interno, escludano proprio la previsione nel nostro ordinamento di una unione “matrimoniale” tra persone dello stesso sesso, a ciò ostandovi la concezione costituzionale del rapporto coniugale quale unione eterosessuale. Diversa questione, ovviamente, è quella della compatibilità della nostra Costituzione con altri tipi di unioni parafamiliari o paraconiugali che la legge può prevedere perché, anche ammettendo, per ipotesi, che la Costituzione escluda l'ampliamento dell'istituto del matrimonio alle coppie omosessuali, ciò non equivarrebbe automaticamente ad impedire altre forme di riconoscimento giuridico delle unioni del tipo di cui si discute.

Dalla condivisione di queste tre grandi questioni preliminari deriva, ovviamente, l'esito del giudizio della Corte. Se, infatti, la prima delle premesse sopra indicate, e dalla quale muovono tutti i remittenti, risultasse smentita, ossia se fosse possibile un'interpretazione evolutiva delle norme del codice civile per superare la ultramillenaria identificazione del matrimonio (e della famiglia) con quella eterosessuale, allora sarebbe possibile una sentenza interpretativa di rigetto, di tipo correttivo, che affidi alla giurisprudenza comune (e al sempre auspicabile intervento del legislatore) la definizione dell'istituto. Dalla fondatezza della seconda, invece, deriverebbe la possibilità per la Corte di emettere la sentenza additiva invocata o, in subordine, un'additiva di principio (se non in presenza di più soluzioni costituzionalmente possibili, una semplice dichiarazione di inammissibilità). Nel caso in cui, invece, si giudicasse il nostro quadro di riferimento costituzionale del tutto incompatibile con il matrimonio tra persone dello stesso sesso, la pronuncia attesa dalla Corte non potrebbe che essere di rigetto.

**3.** Il primo punto da superare, perché preclusivo di tutti gli altri, è, ovviamente, quest'ultimo, bisogna chiarire, cioè, se la nostra Costituzione sia incompatibile con il matrimonio omosessuale. Tale quesito dev'essere risolto preliminarmente e, dopo le sentt. gemelle n. 348 e 349 del 2007, ora ulteriormente chiarite nella loro portata da quelle n. 311 e 317 del 2009, non può prescindere dal quadro delle fonti europee ed internazionali, come interpretate dalle relative corti, che sono diventate parametri di legittimità costituzionale imprescindibili ogniqualvolta si controverta di diritti fondamentali e, non a caso, copiosamente richiamate nelle ordinanze in esame.

Credo che il metodo migliore, forse l'unico, per impostare correttamente il problema sia quello di prendere le mosse dai contenuti giuridici dell'istituto del quale si discute. Occorre, così, preliminarmente ribadire l'eterogeneità dei problemi posti dal matrimonio con quelli della filiazione: com'è sin troppo evidente, il matrimonio sterile (per i più vari motivi: libera scelta, problemi di salute, età dei coniugi, etc.) è, per il nostro ordinamento, ordinario e costituzionale, matrimonio *pleno iure*, dotato di identica dignità e protezione legale ed altrettanto deve dirsi per la famiglia nata dal matrimonio senza figli; la procreazione (e l'adozione) inerisce normalmente (in termini sociali, se si vuole, statistici) al matrimonio, ma quest'istituto è perfetto e completo anche in mancanza di tale eventualità.

Così ridotto al solo rapporto coniugale, secondo le norme codicistiche ed i tradizionali riferimenti di riconoscibilità sociale, il matrimonio si sostanzia in una serie di reciproci rapporti attivi a passivi riconducibili riassuntivamente nella solidarietà, nella mutua assistenza morale e materiale, nell'obbligo alla fedeltà, alla collaborazione ed alla contribuzione nell'interesse della famiglia stessa. La struttura che ne deriva, tendenzialmente stabile e permanente, costituisce, per pacifica e indiscussa

considerazione, la formazione sociale primaria nella quale si svolge la personalità umana, come tale riconducibile direttamente e sicuramente alla garanzia assicurata dall'art. 2 Cost., ancor prima che all'art. 29 Cost. Come incisivamente afferma il Tribunale di Venezia con la prima ordinanza di remissione in esame, «la famiglia è infatti la formazione sociale primaria nella quale si esplica la personalità dell'individuo e nella quale vengono quindi tutelati i suoi diritti inviolabili, conferendogli uno *status* (quello di persona coniugata) che assurge a segno caratteristico all'interno della società e che conferisce un insieme di diritti e di doveri del tutto peculiari e non sostituibili tramite l'esercizio dell'autonomia negoziale».

Così stando le cose, credo che negare alle coppie dello stesso sesso l'accesso ad un rapporto giuridico caratterizzato dagli identici diritti ed obblighi del matrimonio, sia una palese e ingiustificata violazione degli artt. 2 e 3 della nostra Costituzione. Non ci troviamo, infatti, in un terreno costituzionalmente neutro, nel quale un determinato istituto può essere previsto o meno senza ledere precetti fondamentali: in tema di libertà, infatti, la nostra Costituzione segna la strada, obbligata e a senso unico, della massima diffusione dei diritti dell'uomo, senza discriminazione alcuna, salva la lesione degli eguali diritti e delle medesime libertà riconosciute ad altri, per consentire a ciascuno, quale che sia (per quanto qui interessa) la propria tendenza sessuale, di realizzare pienamente il proprio progetto di vita.

Nel caso che ci occupa non si lede nessun diritto e nessuna libertà di terzi, sicché il riconoscimento giuridico della coppia omosessuale, con identità di diritti ed obblighi rispetto alle coppie eterosessuali, è una necessità costituzionalmente imposta e inderogabile.

4. Quanto sopra non è la soluzione, ma il luogo di osservazione dal quale ricercare una strada per venir fuori dal pantano nel quale la tradizione rischia di lasciarci invischiati. Occorre chiarire, infatti, se l'istituto al quale le coppie omosessuali devono avere accesso debba essere il "matrimonio" o un altro, dotato degli stessi contenuti giuridici ma di un diverso *nomen*.

Come proverò a chiarire, non si tratta, di una mera questione terminologica che, peraltro, già di per sé cela una discriminazione giuridica (di *status*, appunto) per la diversa considerazione sociale e giuridica dei due tipi di rapporti (unione matrimoniale per le coppie eterosessuali, unione paramatrimoniale per quelle dello stesso sesso).

I problemi, infatti, per quanto riguarda l'ordinamento costituzionale italiano non sono rappresentati né dall'art. 3 né, ovviamente, dall'art. 2 della nostra Carta ma, ruotano intorno all'interpretazione dell'art. 29 Cost. che della formazione sociale "famiglia" e del rapporto matrimoniale si occupa specificamente. Occorre chiarire, infatti, se il matrimonio preso in considerazione dalla norma costituzionale rimandi alla modellistica eterosessuale oppure se quel concetto abbia acquisito una tale elasticità da poter ricomprendere, alla luce delle trasformazioni sociali intervenute dal 1947 ad oggi, anche forme diverse di unione, ivi comprese quelle di cui qui si discute.

In buona sostanza, gli artt. 2 e 3 sicuramente consentono (per le cose dette, impongono) la creazione di istituti giuridici adeguati per non restare prigionieri delle discriminazioni figlie del paradigma eterosessuale del matrimonio, ma queste forme di unioni familiari sono riconducibili alla definizione di famiglia ex art. 29 della Costituzione?

Anche oggi, così come negli anni scorsi allorché si dibatteva sulla proposta di legge relativa ai c.d. "DICO", non sono mancati forti richiami, sia tra i costituzionalisti (Violini) che tra i civilisti (ad esempio Busnelli), ad un concetto tradizionale di famiglia nella lettura dell'art. 29 della Costituzione, definendo "eversive" interpretazioni del testo costituzionale così ampie da ricomprendere unioni omosessuali, anche perché, pur al variare delle concezioni e dei costumi sociali, un elemento sarebbe rimasto sempre e comunque immutabile in ogni accezione di matrimonio: la differenza di sesso tra gli sposi.

In effetti, le stesse ordinanze di remissione confermano esplicitamente questa concezione tradizionale. Tutti i giudici *a quibus*, infatti, nel sollevare le relative questioni di costituzionalità, hanno affermato con sicurezza che le norme del codice civile «si riferiscono al marito e alla moglie come "attori" della celebrazione (artt. 107 e 108), protagonisti del rapporto coniugale (artt. 143 ss.) e autori della generazione (artt. 231 ss.)» (così Trib. Venezia) e, in ogni caso, «il sistema vigente non può

dunque (...) essere forzato sino ad ammettere *illico et immediate* il matrimonio omosessuale» (Corte di Appello di Firenze).

Già la Corte di giustizia europea aveva affermato che «è (...) vero che dal 1989 un numero sempre maggiore di Stati membri ha istituito, a fianco del matrimonio, regimi legali che accordano un riconoscimento giuridico a forme diverse di unione tra conviventi dello stesso sesso o di sesso diverso, attribuendo a tali unioni taluni effetti identici o paragonabili a quelli del matrimonio, tanto fra i conviventi quanto nei confronti dei terzi. È chiaro tuttavia che, a parte la loro estrema eterogeneità, i suddetti regimi di registrazione di relazioni di coppia fino ad allora non riconosciute dalla legge sono, negli Stati membri interessati, distinti dal matrimonio» (Corte di Giustizia, 31 maggio 2001, *D. e Svezia c. Consiglio dell'Unione Europea*, C-122/99 P e C-125/99 P, commentata da E. Rossi).

5. L'interpretazione dell'art. 29 Cost., o meglio il superamento dei problemi posti dall'art. 29 Cost. sulla strada dell'incostituzionalità della esclusione del matrimonio omosessuale nel nostro ordinamento, appare come il vero tallone di Achille dell'ordinanza veneziana e delle altre che, sostanzialmente, si pongono sulla scia della prima. Com'è stato opportunamente notato nell'avvio di questo dibattito, i giudici *a quibus* hanno ritenuto insuperabile il modello eterosessuale del matrimonio contenuto nelle varie disposizioni codicistiche (e proprio per l'inidoneità degli strumenti ermeneutici del giudice comune ad infrangere la tralatizia concezione eterosessuale hanno sollevato la questione di costituzionalità).

Nonostante ciò, hanno interpretato evolutivamente l'art. 29 Cost., così ricavandone una figura dell'istituto matrimoniale tanto lontana dal modello tradizionale, originariamente preso in considerazione dal Costituente, da imporre una pronuncia di incostituzionalità delle norme ordinarie: «una volta escluso che sulla disposizione dell'art. 29 Cost. possa trovare fondamento il trattamento differenziato delle coppie omosessuali rispetto a quelle eterosessuali si ritiene che tale norma, proprio nel momento in cui attribuisce tutela costituzionale alla famiglia legittima – contribuendo essa, grazie alla stabilità del quadro delle relazioni sociali, affettive ed economiche che comporta, alla realizzazione della personalità dei coniugi –, lungi dal costituire un ostacolo al riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso, possa assurgere ad ulteriore parametro, unitamente agli artt. 2 e 3, in base al quale valutare la costituzionalità del divieto».

È evidente, dunque, il problema di teoria dell'interpretazione che le ordinanze omettono di affrontare: le disposizioni ordinarie offrirebbero (al giudice comune) resistenze ad interpretazioni evolutive maggiori di quelle che oppongono le formule costituzionali (sia alla Corte sia ai giudici comuni che proprio in base ai nuovi approdi interpretativi della Costituzione possono sollevare le rispettive questioni di costituzionalità).

Il percorso argomentativo dei giudici remittenti sembra così compiere un salto logico perché se la disposizione costituisce un ostacolo per l'interprete che voglia superare lo schema eterosessuale del matrimonio, l'impedimento varrebbe sia per le disposizioni ordinarie che per quelle costituzionali; se, invece, il sistema normativo delle fonti superstatuali (con le relative interpretazioni delle varie corti europee) ed il contesto sociale nel quale si effettua l'odierna interpretazione (profondamente trasfigurato rispetto a quello in cui i legislatori, ordinario e costituente, operarono) consentono di mutare la concezione dell'istituto sino a disperdere l'elemento di stabile individuazione sociale e giuridica del matrimonio (appunto, l'eterosessualità dei coniugi), non si comprende perché ciò dovrebbe valere soltanto per la Corte costituzionale e non anche per il comune interprete ed applicatore del diritto.

Secondo il Tribunale di Venezia «proprio per il chiaro tenore delle norme sopra indicate, non (è) possibile – allo stato della normativa vigente – operare un'estensione dell'istituto del matrimonio anche a persone dello stesso sesso. Si tratterebbe di una forzatura non consentita ai giudici (diversi da quello costituzionale), a fronte di una consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna». Ciò che non vien detto, però, sono le ragioni per le quali l'operazione interpretativa negata al giudice comune sulle norme legislative sarebbe consentita alla Corte, ed allo stesso giudice comune remittente, su quelle costituzionali. Non, si badi, sulle norme del codice civile della cui costituzionalità si dubita, ma sull'art. 29 della Costituzione del quale si chiede

alla Corte di dare un'interpretazione straordinariamente evolutiva a differenza di quanto sarebbe lecito sul testo delle norme di legge ordinaria.

6. Occorre, quindi, esaminare le fonti e la giurisprudenza comunitarie per verificare se non siano queste a consentire (a imporre?) una nuova e più ampia concezione dell'istituto e, quindi, una rilettura del matrimonio *ex art. 29 Cost.* anche in chiave omosessuale. Non sembra che lo stato attuale del sistema normativo comunitario e delle interpretazioni che la Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo hanno fornito sino ad oggi, consentano di spingersi così in avanti, a parte il fatto che se una tale circostanza si riscontrasse non si capirebbero, ancora una volta, le ragioni per le quali la nuova interpretazione si dovrebbe fermare al livello costituzionale e non spingersi sino alle norme codicistiche, così da ammettere al matrimonio anche le coppie dello stesso sesso, stante la mancanza di un divieto espresso da rimuovere.

Sia le norme comunitarie che l'art. 12 della Convenzione E.D.U., richiamato dai giudici veneziani nell'ordinanza di remissione, non sembrano legittimare con sicurezza così ampie aperture. La Corte di Giustizia europea, infatti, (sent. 17 febbraio 1998, *Grant. C. South-West Ltd*, C-249/96) ha affermato che «in un diverso contesto la Corte europea dei diritti dell'uomo interpreta del resto l'art. 12 della Convenzione nel senso che si applica unicamente al matrimonio tradizionale tra due persone di sesso biologico diverso (v. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentt. 17 ottobre 1986, *Rees*, Serie A, n. 106, p. 19, par. 49, e 27 settembre 1990, *Cossey*, Serie A, n. 184, p. 17, par. 43)» traendone il corollario, «che allo stato attuale del diritto nella Comunità, le relazioni stabili tra due persone dello stesso sesso non sono equiparate alle relazioni tra persone coniugate o alle relazioni stabili fuori del matrimonio tra persone di sesso opposto» competendo unicamente ai legislatori nazionali «emanare eventualmente provvedimenti atti ad incidere su questa situazione».

L'altra, e più recente, giurisprudenza citata nell'ordinanza del Tribunale di Venezia (Corte E.D.U., giudizio *Goodwin c. Regno Unito*, 17 luglio 2002) si occupa del caso, diverso quanto a presupposti di fatto, del matrimonio del transessuale che, com'è noto, nel nostro ordinamento è stato risolto dalla L. n. 164 del 1982. Ancora diverso è l'oggetto della sentenza, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, 21 dicembre 1999, n. 33290/96.

Vi è poi il riferimento agli artt. 7, 9 e 21 della Carta di Nizza, oggi, con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, fonte del diritto comunitario a pieno titolo. In particolare l'art. 9 che garantisce il «diritto di sposarsi e di costituire una famiglia», senza riferimento alcuno al sesso dei coniugi, è sicuramente un appiglio più solido delle norme della C.E.D.U., ma presenta il limite di rinviare la concreta tutela del diritto di accedere al matrimonio alle «norme nazionali che ne disciplinano l'esercizio» e, quindi, in mancanza di una consolidata (e innovativa) interpretazione in senso difforme, non sembra in grado di superare, già all'indomani della sua entrata in vigore, la concezione tradizionale (di unione eterosessuale) che ha il nostro art. 29 Cost. per gli stessi motivi che i remittenti hanno individuato a proposito delle disposizioni legislative impugnate.

7. La L. n. 164 del 1982 viene richiamata, assai efficacemente, quale *tertium comparationis* per dimostrare l'irragionevolezza del sistema normativo censurato che consente il matrimonio ai transessuali, mentre le norme censurate lo negano alle coppie omosessuali. Da ciò, peraltro, il corollario secondo il quale l'omosessuale, per contrarre matrimonio, si dovrebbe sottoporre al trauma dell'intervento chirurgico in mancanza degli elementi psicologici che costituiscono l'elemento fondamentale del fenomeno del transessualismo.

L'argomento, per quanto di sicuro rilievo, non pare decisivo perché il fenomeno del transessualismo è cosa ben diversa da quello della omosessualità. Come chiarito dalla stessa Corte con la notissima sentenza n. 161 del 1985, «nel transessuale (...) l'esigenza fondamentale da soddisfare è quella di far coincidere il *soma* con la *psiche* (come ebbe ad esprimersi il *Bundesverfassungsgericht* nella nota sentenza dell'11 aprile 1978), ed a questo effetto, di norma, è indispensabile il ricorso all'operazione chirurgica». Adeguato, grazie alla tecnica medica, il sesso anatomico a quello psicologico, nel caso del transessuale si è in presenza di una persona appartenente al nuovo sesso sotto entrambi i

profili (eccezion fatta per i non essenziali aspetti procreativi), sicché l'ammissione al matrimonio (a questo punto, eterosessuale) è la classica eccezione (apparente) che conferma la regola perché frutto della diretta applicazione delle norme vevoli normalmente. Non a caso, qualora il transessuale fosse coniugato prima dell'intervento di cambio del sesso, la legge prevede l'automatico scioglimento del matrimonio, non facendo altro che «disciplinare gli effetti giuridici di una situazione di fatto preesistente, che impone, operata la trasformazione anatomica, lo scioglimento del matrimonio tra persone (divenute) dello stesso sesso» (così Corte cost., sent. n. 161/1985).

In sintesi, tra il caso del matrimonio del transessuale e quello dell'omosessuale vi è una diversità di fatto che giustifica la diversa disciplina delle due fattispecie: nel primo caso ci si trova in presenza di due persone (divenute) di sesso diverso; nel secondo di soggetti dello stesso sesso. Si tratta, in sostanza, di due fenomeni diversi e ben distinti. È per questo rilievo in punto di fatto che il matrimonio del transessuale può essere riportato al modello costituzionale *ex art. 29 Cost.* (qui utilizzando al massimo le possibilità dell'interpretazione evolutiva), mentre quello della coppia omosessuale no: nel primo caso rimane l'elemento fondamentale della diversità dei sessi (ancorché acquisita) tra i coniugi; nel secondo no e, quindi, in base al modello costituzionale vigente, non si potrebbe parlare di matrimonio.

8. Tutto bene, dunque, *de lege lata*? Assolutamente no, tutt'altro! Il problema sociale e giuridico-costituzionale esiste ed è evidente, proprio per le ragioni messe bene in evidenza dalle ordinanze di remissione. A parte il fatto che in Italia non rileva neppure l'autonomia negoziale *in subiecta materia*, negare alla coppia omosessuale il diritto di costituire una famiglia (ancorché senza figli), di accedere ad un istituto dotato di contenuti giuridici analoghi al matrimonio è, comunque la si metta, una palese discriminazione determinata dall'orientamento sessuale. Ammettere un tale diritto, peraltro, non urterebbe con nessuna libertà altrui e nessun sovraordinato interesse statale, ammesso che su questi temi possa esistere la primazia dello Stato sui diritti fondamentali e davvero innati ("naturali") dell'uomo.

Il punto è che non si può chiedere alla Corte costituzionale di supplire in maniera così incisiva alle omissioni del legislatore. Non si può pretendere che sia la Corte a modificare interpretativamente i concetti di matrimonio e famiglia assunti a base non tanto del codice civile, quanto dell'art. 29 della Costituzione, sino a smarrire il minimo comune denominatore di una tradizione culturale e giuridica ultramillenaria, ossia l'idea dell'unione stabile di persone di sesso diverso. Senza voler neppure accennare in questa sede alle gravissime problematiche del rapporto tra linguaggio e diritto, non si possono ignorare i pericoli insiti nell'innovativa interpretazione dell'art. 29 Cost. chiesta alla Corte dai remittenti. Si rischia, infatti, a fronte di una spinta sociale (ancorché fortissima e sempre più ricorrente), ma in mancanza di ulteriori riferimenti di contesto interpretativo (normativi, giurisprudenziali interni ed europei, e – perché no? – politici), di svalutare la funzione garantista del linguaggio costituzionale, allontanando prematuramente la Costituzione dai tradizionali rinvii semantici della lettura consolidata e riconoscibile del testo, aprendo così la via ad approdi ermeneutici imprevedibili: oggi, magari condivisibilmente, nel senso della maggiore diffusione dei diritti; domani chissà a quali!

L'interpretazione tradizionale dell'art. 29 della nostra Costituzione sta, quindi, per giungere al capolinea, come le ordinanze qui in discussione dimostrano, ma non può dirsi ancora superata del tutto; d'altronde, è ancora troppo incerta la giurisprudenza dalla Corte E.D.U. sulle norme della Convenzione ed inesistente un diritto vivente sull'art. 9 della Carta di Nizza.

Esistono, però, le altre norme della Costituzione, a cominciare dagli artt. 2 e 3, nonché, tramite il primo comma dell'art. 117, le fonti comunitarie in tema di libertà, che impongono, già oggi, di intervenire per assicurare anche alle coppie omosessuali il diritto, fondamentale, ad ottenere il pieno riconoscimento giuridico della loro unione stabile, con effetti analoghi a quelli previsti per le coppie eterosessuali unite in matrimonio.

A fronte di un quadro così complesso non sembra, quindi, che ci siano le condizioni perché la Corte pronunci una sentenza additiva secca. Potrebbe aversi, ad essere ottimisti, un'additiva di principio anche se sono troppe, e troppo variegate, le soluzioni legislative che possono venir date al problema.

Non si può neppure sottacere l'eccezione di palese irrilevanza per buona parte delle norme impugnate nei giudizi *a quibus* (che, invero, sono semplici ricorsi *ex art.* 112 c.c. avverso il rifiuto dell'ufficiale dello stato civile di procedere alle pubblicazioni matrimoniali). D'altronde, l'invocazione rivolta alla Corte dal Tribunale di Ferrara di valutare «se vi sia la necessità di estendere la pronuncia anche ad altre disposizioni legislative interessate in via di consequenzialità ai sensi dell'art. 27 della L. n. 87 del 1953» tradisce, quasi freudianamente, la volontà del remittente di conferire ai giudici della Consulta una vera e propria ampia delega legislativa. Il che, com'è ovvio, non può proprio essere.

Rimane la possibilità di una pronuncia di inammissibilità con monito al legislatore. In altri tempi una simile decisione avrebbe potuto contribuire alla conclusione di un troppo lungo dibattito, favorendo l'approvazione di una legge che segnasse finalmente un ampliamento delle libertà civili, per assicurare gli strumenti giuridici necessari per la realizzazione del progetto di vita di ciascun individuo, senza discriminazione alcuna. In altri tempi, però, perché i giorni in cui questo dibattito si svolge sono quelli in cui i moniti, sotto forma di minacce di riforme costituzionali, vengono rivolti alla Corte e non da questa indirizzati al legislatore, nel rispetto dei rispettivi ruoli, per svolgere il programma di trasformazione sociale che la nostra Costituzione indica agli attori istituzionali.

Non è il caso di essere (troppo) pessimisti? In fondo, è stato il nostro Parlamento ad approvare la L. n. 164 del 1982 e ci siamo arrivati ben prima, ad esempio, del laico ed anticonformista Regno Unito. Il punto è che sono passati quasi trent'anni da allora e, considerando i progressi che i diritti di libertà hanno compiuto ultimamente, si ha l'impressione che quella sul transessualismo non sia una legge italiana del secolo scorso, ma del prossimo.



AMEDEO SANTOSUOSSO\*

## Costituzione italiana, Carta di Nizza e CEDU a proposito di *same-sex marriage*

**SOMMARIO:** 1. Il diritto europeo (UE e Consiglio d'Europa) e la Costituzione italiana oggi. – 2. Maggiore protezione e gerarchia (tra Costituzione italiana e diritto sopranazionale). – 3. Giudici e gerarchie assiologiche con il Trattato di Lisbona. – 4. Quale giudice e quale interpretazione per la Carta di Nizza a proposito di *same-sex marriage*?

1. La Corte si trova a decidere sulla legittimità costituzionale del (supposto) divieto di celebrare in Italia il matrimonio tra persone dello stesso sesso sulla base di vari argomenti fatti valere dai giudici rimettenti, che in qualche caso (Tribunale di Venezia) fanno riferimento anche alla *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (da ora in avanti Carta di Nizza).

Qui mi soffermerò in particolare sul rapporto tra norme della Costituzione, norme della CEDU e norme della Carta di Nizza e sulla tutela giudiziaria dei connessi diritti. La particolarità di questi riferimenti costituzionali e sovranazionali deriva dal fatto che, tra il momento della rimessione e quello del giudizio costituzionale, è intervenuto un elemento di novità, l'entrata in vigore della Trattato di Lisbona e l'acquisto di valore giuridico (al livello dei Trattati) della Carta di Nizza. Di ciò i giudici rimettenti non potevano tenere conto, visto che l'evento giuridico doveva ancora verificarsi e non era scontato che avvenisse, mentre la Corte costituzionale, all'opposto, non può non tenere conto.

In queste brevi note, premesso (par. 1) un quadro sintetico del diritto italiano in relazione a quello europeo (di origine EU e Consiglio d'Europa, in particolare) e (par. 2.) delineata l'operatività del criterio di maggior protezione come strumento concettuale e giuridico di raccordo, vengono poi (par. 3.) sottolineati alcuni effetti peculiari dell'acquisto di valore giuridico, al livello dei Trattati UE, da parte della Carta di Nizza e, infine, (par. 4.) vengono formulati alcuni quesiti circa la tutela giurisdizionale dei diritti in Europa e su chi siano i giudici della Carta di Nizza.

La discussione sul ruolo del diritto di origine europea, è noto, è iniziata con la firma del Trattato di Roma (1957) e continua ancora oggi nei Paesi europei, con modalità diverse e nel complesso vivaci. Nelle grandi linee, se, per un verso, il diritto comunitario e quello nazionale possono essere considerati elementi di un medesimo ordine giuridico, per altro verso, il perdurante prevalente carattere internazionale dell'Unione, rende particolarmente importante l'individuazione del modo in cui il diritto europeo entri negli ordini giuridici nazionali. Tale questione diventa ancor più complessa se si considerano le fonti giuridiche europee più ampie di quelle dell'Unione (vedi il Consiglio d'Europa) e quelle internazionali *tout court*, e se si considerano i diversi livelli di vincolatività che ciascuna di esse ha nel momento in cui viene introdotta nell'ordinamento nazionale italiano.

Sulla relazione tra diritto nazionale e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), la Corte costituzionale italiana ha avuto modo di prendere posizione nell'ottobre del 2007 con due importanti sentenze, che hanno tratto origine da una decisione della Corte di Strasburgo, che aveva ravvisato la violazione della Convenzione da parte della legislazione italiana in materia di indennizzo a seguito di esproprio per pubblica utilità<sup>1</sup>. In quella occasione la Corte aveva operato una distinzione fondamentale fra i Trattati dell'Unione europea e gli altri trattati internazionali (ad esempio,

---

\* Consigliere della Corte d'Appello di Milano, Presidente del Centro di Ricerca Interdipartimentale ECLSC, Università di Pavia.

<sup>1</sup> Si tratta delle notissime sentt. Corte cost., nn. 348 e 349, 24 ottobre 2007.



quelli in ambito Consiglio d'Europa). I primi trovano la loro legittimità nell'art. 11 della Costituzione italiana, il quale consente che i Trattati dell'Unione Europea siano recepiti (internalizzati) e che, di conseguenza, siano immediatamente e pienamente vincolanti. Al contrario, i trattati internazionali, che potremmo dire extra UE, trovano la loro legittimazione nell'art. 117 Cost. (come modificato con la riforma del 2001<sup>2</sup>, secondo il quale «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali»<sup>3</sup>). Il quadro che emerge dalle decisioni della Corte costituzionale pare essere il seguente: al vertice della scala gerarchica vi è il diritto dell'Unione europea (nella misura in cui non viola i diritti fondamentali e le libertà fondamentali); al di sotto di esso si trovano le norme costituzionali ordinarie; ad un livello ancora inferiore si trovano gli altri trattati internazionali e, infine, la legislazione nazionale. Il diritto comunitario incontra gli unici limiti imposti dal rispetto dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali, ma le fonti normative internazionali devono soddisfare tutti i limiti imposti dalla Costituzione, quelli derivanti dai diritti e dalle libertà fondamentali e quelli derivanti dalle disposizioni costituzionali ordinarie. Sotto questa luce, i trattati internazionali si collocano a un livello intermedio, tra l'art. 117 Cost. e la legislazione nazionale<sup>4</sup>.

Questo sembra essere l'ordine di idee richiamato dal Tribunale di Venezia quando fa riferimento all'art. 117, Cost.

2. In generale, in merito alla relazione tra la Costituzione italiana e le fonti normative europee e internazionali, la dottrina ha assunto due posizioni principali<sup>5</sup>. Una teoria attribuisce alla Costituzione la supremazia su tutte le altre fonti del diritto. Altri autori ritengono che le Costituzioni nazionali e le fonti normative sovranazionali (come, ad esempio, la Carta di Nizza) possano interagire in maniera orizzontale e non in modo strettamente gerarchico. Per i sostenitori di questa seconda tesi, i diritti e le libertà fondamentali possono trovare il loro riconoscimento e la loro vincolatività nelle fonti nazionali, europee, internazionali o sopranazionali, a seconda che, nello specifico caso, garantiscano il livello di maggior protezione rispetto a fonti che pure sarebbero sovraordinate secondo una scala gerarchica staticamente intesa. Il punto cruciale è quello della *maggior protezione*.

La Carta di Nizza, così come la Convenzione sui diritti umani e sulla biomedicina (Oviedo, 1997), contiene previsioni normative di questo tipo, secondo le quali nessuna delle norme in esse contenute può essere interpretata come limitativa delle garanzie riconosciute dalle norme nazionali<sup>6</sup>. Il concetto è quello della gerarchia/non-gerarchia: *non-gerarchia*, se si intende la gerarchia quale stabile posizione o classificazione a un determinato livello; *gerarchia*, se ci si riferisce alla ratio decidendi dello specifico caso, nel quale, conformemente al criterio della maggiore protezione, la preminenza di una fonte normativa sull'altra viene ricostruita e affermata su un fondamento di ordi-

<sup>2</sup> Art. 3, L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

<sup>3</sup> Nella sent. n. 349/2007 la Corte costituzionale afferma che l'art. 117 Cost. costituisce il punto di riferimento per i Trattati internazionali analizzati nello specifico caso sottoposto alla Corte (e cioè la Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo, CEDU).

<sup>4</sup> P. RESCIGNO, *Note per la costruzione di un nuovo sistema delle fonti*, in *Diritto Pubblico*, 3, 2002, p. 782; BIN-PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Giappichelli, 2009.

<sup>5</sup> Per i riferimenti bibliografici di questo paragrafo rinvio a A. SANTOSUOSSO-S. AZZINI, *Il caos di norme e istituzioni a livello mondiale: una prospettiva realistica nel campo della scienza e del diritto*, in A. Santosuosso, S. Garagna, B. Bottalico, C.A. RE- DI (a cura di), *Le scienze biomediche e il diritto*, Collegio Ghislieri, Ibis, Pavia, 2010, pp. 21-51.

<sup>6</sup> Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, art. 53: «Livello di protezione. Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri». Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina, art. 27: «Livello di protezione. Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

ne assiologico. Questo secondo tipo di ordine o gerarchia è specifico del caso e può essere contraddetto in un futuro caso (ove diverso o, se uguale, ricostruito secondo un ordine concettuale diverso, che non si può escludere che esista) oppure riconfermato in un caso simile, sempre che non vi siano dei nuovi aspetti che lo differenzino dal precedente<sup>7</sup>.

In altri termini, si può dire che un ordine gerarchico, per quanto essenziale a ogni specifica decisione (senza gerarchia non vi è neanche possibilità di ragionamento giuridico), sembra non offrire garanzie di stabilità. E anche quando un criterio appare chiaro e incontrovertito (ad esempio, quello di maggiore protezione), esso deve comunque essere interpretato e applicato da una Corte in un specifico caso. Da ciò discende che le oscillazioni, che dipendono dalla concreta applicazione del principio, possono essere assai ampie.

### 3. La stabilità del sistema e il ruolo della magistratura emergono così come temi cruciali.

Quanto alla stabilità, la Corte costituzionale italiana nel 2007 aveva ordinato la materia e aveva collocato la Convenzione europea sui diritti dell'uomo (CEDU) a un livello più basso di quello della Costituzione italiana. Tuttavia, proprio nell'ottobre 2007 era stato firmato, e aperto alle ratifiche, il Trattato di Lisbona, che riconosce pieno valore legale alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Oggi, che il Trattato è stato ratificato dai Paesi europei ed è entrato in vigore (dal 1° dicembre 2009), la Carta ha assunto il valore giuridico dei Trattati UE ed è al pari di essi vincolante.

Questo cambiamento ha una serie di effetti del tutto nuovi:

- in primo luogo, la Carta ha valore giuridico di trattato EU e, in quanto tale e secondo il sistema delineato dalla stessa Corte costituzionale nel 2007, entra nell'ordinamento italiano *via* art. 11 Cost.;
- in secondo luogo, la Carta, entrando *via* art. 11, porta con sé, per la stessa via, le norme della CEDU riprese nella stessa Carta. L'art. 52 della Carta, infatti, a proposito delle norme della CEDU riprese nella stessa Carta, stabilisce che esse hanno gli stessi significato e portata di quelle della CEDU<sup>8</sup>;
- la conseguenza è che le norme della CEDU riprese dalla Carta non entrano più nell'ordinamento italiano *via* art. 117 Cost. (come affermato dalle sentenze n. 348 e 349 della Corte costituzionale, di cui sopra). La via di ingresso cambia decisamente lo *status* della CEDU, che passa dal livello subcostituzionale, o intermedio, dell'art. 117 a quello di rango sostanzialmente costituzionale (*ex* art. 11 Cost.);
- per altro verso, è ormai operativo il criterio della maggiore protezione (art. 53 della Carta, *vedi sopra*), e può quindi accadere che, in un specifico caso, sia ritenuta prevalente la Carta rispetto alle disposizioni della Costituzione italiana. In tal modo, la Convenzione, in quanto inglobata nella Carta (*via* art. 52, cit.), entra direttamente nell'ordinamento italiano (attraverso la Carta) e in una posizione di superiorità rispetto alle stesse norme costituzionali italiane, sia pure per un singolo specifico caso.

4. In questo scenario, l'ordine che le sentt. n. 348 e 349 della Corte costituzionale avevano stabilito sembra essere già superato, con buona pace dell'equilibrio delineato dai giudici costituzionali italiani e dello spazio che essi avevano riservato alla stessa Corte italiana. Questa nuova realtà ha effetti importanti anche sull'ulteriore problema di chi debba essere il giudice della Carta. Ora, la Carta, in quanto Trattato, dovrebbe, a rigore, avere come giudice naturale la Corte Europea di Giustizia (Lussemburgo). Ma sembra guadagnare terreno la tesi della adesione della Unione Europea, come organismo politico unitario, alla CEDU<sup>9</sup>, con conseguente recupero della giurisdizione della Corte EDU (Strasburgo).

La soluzione ha, però, la caratteristica di poter funzionare pienamente solo per le statuizioni della

---

<sup>7</sup> A. SANTOSUOSSO, *Integrità della persona, medicina e biologia: l'art.3 della Carta di Nizza*, Danno e responsabilità, 2002, n. 8-9, pp. 809-816.

<sup>8</sup> Art. 52: «3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione».

<sup>9</sup> Vedi da ultimo la dichiarazione congiunta Zapatero-Van Rompuy riportata in *Il Corriere della Sera*, 3 gennaio 2010, 14 (*Semestre e Trattato al via, l'occasione del rilancio europeo*).

Carta che riprendano (e in termini letterali) quelle della CEDU, come, per esempio, fanno quelle sulla vita privata o sulla schiavitù. Al contrario, essa mostra tutti i suoi limiti quando sono in discussione norme della Carta che non hanno origine nella CEDU oppure che, pur avendo quella origine, hanno una formulazione in parte diversa.

Un esempio del primo tipo è costituito dall'art. 3 della Carta di Nizza (integrità personale), che palesemente e dichiaratamente non ha come origine la CEDU<sup>10</sup>. A quale titolo la corte di Strasburgo può essere il giudice di norme, per esempio, sul consenso informato o sulla clonazione, che chiaramente esulano dalla Convenzione e quindi dai poteri convenzionalmente stabiliti dalle parti stipulanti? Dovrà per questo tipo di norme, e solo per esse, essere possibile il ricorso alla Corte Europea di Giustizia? E se vi fossero riferimenti a norme contenute anche nella CEDU (come per es. il diritto alla vita)?

Un esempio del secondo tipo è costituito proprio dall'art. 9 della Carta che, a proposito della famiglia, stabilisce che «il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Le spiegazioni del *Praesidium* della Convenzione che ha redatto la Carta dicono testualmente: «Questo articolo si basa sull'art. 12 della CEDU, che recita: “A partire dall'età minima per contrarre matrimonio, l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto”. La formulazione di questo diritto è stata aggiornata al fine di disciplinare i casi in cui le legislazioni nazionali riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia. L'articolo non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso. Questo diritto è pertanto simile a quello previsto dalla CEDU, ma la sua portata può essere più estesa qualora la legislazione nazionale lo preveda».

In sostanza la Carta dichiara di “basarsi” sull'art. 12 CEDU, ma, nello stesso tempo, adotta una formulazione che è dichiaratamente intesa a comprendere le unioni di persone dello stesso sesso, mentre l'art. 12 CEDU esplicitamente stabilisce che siano “l'uomo e la donna” ad avere il diritto di sposarsi. Le spiegazioni del *Praesidium* non sembrano spiegare granché, almeno da un punto di vista giuridico, perché sembrano muovere dal presupposto che la Carta di Nizza abbia portata e valore giuridico stabilmente prevalenti rispetto ai sistemi nazionali. Solo così si potrebbe spiegare la preoccupazione di voler comprendere anche alcune legislazioni nazionali che consentono unioni tra persone dello stesso sesso, mentre è evidente che sarebbe stato sufficiente il criterio della maggior protezione per risolvere, nel senso della loro piena legittimità, il caso delle legislazioni di portata più ampia, che danno il diritto al matrimonio non solo a coppie eterosessuali, ma anche omosessuali. A meno che il *Praesidium* non volesse proprio prendere le distanze dall'art. 12 CEDU e sottolineare una scelta di apertura verso le unioni omosessuali.

In ogni caso, alcuni importanti interrogativi emergono. Per esempio, cosa potrebbe fare la Corte di Strasburgo ove fosse investita della questione? Sarebbe legittimata a adottare una interpretazione ampia, che tenga conto del testo della Carta? Ma potrebbe benissimo anche non sentirsi vincolata da una estensione operata da un soggetto diverso (la UE), anche perché gli stipulanti la Convenzione che non appartengono alla UE ben potrebbero ritenere che una tale interpretazione sia una ingiustificata violazione del tenore letterale della CEDU. È probabile, quindi, che la Corte EDU decida di rimanere ancorata al dato testuale dell'art. 12, che richiede la differenza di sesso per fondare una famiglia. In tal caso chi sarà il giudice della maggiore ampiezza dell'art. 9 della Carta rispetto all'art. 12 CEDU? Dovrebbe essere la Corte di giustizia?

La questione è rilevante alla luce del principio della maggiore protezione, che potrebbe, per esempio, portare fondatamente a considerare prevalente l'art. 9 della Carta di Nizza su una certa interpretazione dell'art. 29 della Costituzione italiana, secondo la quale la bisessualità sarebbe presupposto essenziale. E, si badi bene, la questione non è puramente teorica, visto che è esattamente questo uno dei profili sui quali la Corte costituzionale italiana è ora chiamata a pronunciarsi su sollecitazione del Tribunale di Venezia<sup>11</sup>. Proprio questa decisione sarà probabilmente la prima occasione

<sup>10</sup> Sul contenuto e sull'origine del tutto particolare dell'art. 3 della Carta si veda A. SANTOSUOSSO, *Integrità della persona*, cit.

<sup>11</sup> V. ordinanza di rimessione Tribunale di Venezia, 3 aprile 2009.

per la Corte costituzionale italiana di prendere posizione sul criterio di maggior protezione di cui all'art. 53 della Carta di Nizza in un caso in cui la norma della Carta può essere interpretata come quella che offre maggiore protezione.

Sullo sfondo, e più in generale, vi è l'importanza che la Corte costituzionale italiana riconosca sé stessa pienamente come il giudice anche dei diritti scaturenti dalla Carta di Nizza. Sono in gioco la tutela di diritti fondamentali, nonché il raccordo tra le Corti in Europa e, perché no, il ruolo stesso della nostra Corte.



LIVIO SCAFFIDI RUNCHELLA\*

## Brevi note sul riconoscimento delle nuove forme di convivenza *same-sex* concluse all'estero: profili internazionalprivatistici

**SOMMARIO:** 1. La dimensione internazionale della questione del riconoscimento delle coppie *same-sex*. – 2. La trascrizione del matrimonio *same-sex* concluso all'estero. – 3. Il riconoscimento delle coppie *same-sex* e il limite dell'ordine pubblico. – 4. Il riconoscimento delle coppie *same-sex* e le esigenze di continuità degli *status* familiari.

1. Negli ultimi decenni alcuni fenomeni, quali la diminuzione delle nascite e il contestuale aumento dei figli nati al di fuori del matrimonio, la riduzione dei matrimoni, la moltiplicazione dei divorzi e delle unioni informali, hanno indotto a rivisitare l'idea di coppia e a mettere in discussione l'istituto del matrimonio.

Alla perdita della dimensione pubblica della coppia tradizionale e della sua funzione generatrice, si sono sovrapposte le rivendicazioni di eguaglianza delle coppie omosessuali, finalizzate al riconoscimento di nuove forme di convivenza familiare.

In tale contesto, nel corso degli ultimi anni, la situazione si è evoluta molto rapidamente. Molti Paesi hanno introdotto, all'interno del proprio ordinamento, normative *ad hoc* per regolare le convivenze *same-sex*<sup>1</sup>; altri hanno scelto di consentire il matrimonio a tutte le coppie indipendentemente dall'orientamento sessuale. Tale ultima soluzione si muove soprattutto nell'ottica della piena realizzazione del principio di non-discriminazione, piuttosto che in quella della diversificazione dei modelli familiari, che invece si concretizza nell'introdurre un istituto "parallelo" al matrimonio, riservato sia alle coppie dello stesso sesso sia alle coppie del sesso opposto.

Se in alcuni Paesi il riconoscimento del matrimonio omosessuale è figlio della volontà politica del legislatore che è intervenuto modificando la legge sul matrimonio, in altri Paesi è figlio dell'intervento della giurisprudenza che ha reputato discriminatorio limitare l'accesso al matrimonio alle coppie omosessuali<sup>2</sup>. A fronte di uno scenario internazionale che muove nella direzione della tutela

---

\* Dottorando di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione Europea, Università "La Sapienza" Roma.

<sup>1</sup> Per un quadro completo delle leggi che hanno introdotto l'istituto dell'unione registrata si rinvia al sito web dell'International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, <http://ilga.org>, e al rapporto elaborato dal Permanent Bureau della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, *Note on Developments in Internal Law and Private International Law Concerning Cohabitation Outside Marriage, including Registered Partnership*, prel. doc. n. 11, riunione del Consiglio sugli Affari Generali della Conferenza del marzo 2008, reperibile sul web alla seguente pagina [http://www.hcch.net/upload/wop/genaff\\_pd11f2008.pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd11f2008.pdf).

<sup>2</sup> In Canada la *Superior Court of Justice* della provincia dell'Ontario, con la sentenza del 12 luglio del 2002 nel caso *Halpern v. Canada*, ha affermato che la definizione di *common law* che restringe il matrimonio alle coppie di sesso opposto è discriminatoria e contraria al principio di eguaglianza garantito dalla *Charter of Rights*, e compromette la dignità di lesbiche, gay e bisessuali. Negli Stati Uniti la questione del matrimonio omosessuale è stata affrontata per la prima volta dalla *Supreme Judicial Court* del Massachusetts, con la decisione del 18 febbraio del 2003 nella causa *Goodridge vs. Department of Public Health* (consultabile alla seguente pagina web <http://fl.findlaw.com/news.findlaw.com/cnn/docs/conlaw/goodridge111803opn.pdf>) in cui si è affermata l'incostituzionalità del divieto del matrimonio tra omosessuali, argomentando la questione nell'ottica della tutela dei diritti delle minoranze. In Sudafrica con la sentenza del 1° dicembre del 2006 (reperibile alla seguente pagina web <http://web.archive.org/web/2006104233427/www.constitutionalcourt.org.za/uhtbin/hyperion-image/J-CCT60-04>) la Corte costituzionale ha affermato che escludere l'accesso al matrimonio alle coppie *same-sex* rappresenta un'ingiusta discriminazione, considerato che il bisogno di affermazione e di protezione delle relazioni familiari delle coppie omosessuali non è in nessun modo inferiore a quello delle coppie tradizionali.

giuridica delle unioni fra persone dello stesso sesso, occorre rilevare il ritardo del nostro Paese nell'occuparsi di tali temi, che invece assumono precipua importanza in quanto incidono profondamente sull'esperienza di vita di un consistente numero di persone.

Attualmente nel nostro ordinamento non esiste infatti una disciplina organica, né di diritto materiale, né di diritto internazionale privato, che si riferisca alle "nuove" forme di convivenza familiare. La sola forma di unione stabile tra due persone che liberamente formalizzano il loro reciproco impegno dinanzi a una autorità investita di pubblici poteri è rappresentata dal matrimonio, che trova il principale fondamento giuridico nell'art. 29 Cost. quale fondamento della famiglia legittima.

La decisione della Corte Costituzionale sulla questione di legittimità costituzionale sollevata recentemente a proposito del problema dell'accesso al matrimonio per le coppie dello stesso sesso segnerà, senza ombra di dubbio, una tappa fondamentale per la condizione degli omosessuali nel nostro Paese.

Più precisamente, la Corte è chiamata a valutare se le disposizioni del codice civile che richiamano, letteralmente ed espressamente, la condizione di diversità di sesso tra i coniugi nel dettare le regole relative all'assunzione ed ai contenuti dello *status coniugale* siano compatibili con gli artt. 2, 3, 29 e 117, 1° comma, Cost. Tali disposizioni, sistematicamente interpretate, fonderebbero la pretesa delle coppie omosessuali di sposarsi alle stesse condizioni rispetto alle coppie eterosessuali, in quanto l'accesso allo *status* di coniuge è da reputarsi un diritto fondamentale e inviolabile della persona umana che non può subire discriminazioni a causa dell'orientamento sessuale.

L'importanza della decisione della Corte Costituzionale non si coglie soltanto rispetto alla possibilità delle coppie omosessuali di poter costituire un rapporto coniugale nel nostro Paese (riconoscimento interno), ma anche rispetto alla possibilità di attribuire efficacia alle nuove forme di unioni di coppia concluse all'estero (riconoscimento internazionale). Come abbiamo precedentemente rilevato, le unioni di coppia non tradizionali costituiscono un fenomeno sociale che va oltre i ristretti confini del nostro Paese. La dimensione internazionale del fenomeno delle unioni di coppia *same-sex* non necessita di alcuna giustificazione teorica. La presenza di un "elemento di estraneità" (ad es. nazionalità, residenza dei membri della coppia o alla ubicazione dei loro beni) non costituisce oggi un fenomeno insolito nella vita di coppia. È da ritenersi anzi che il numero delle "coppie internazionali" andrà aumentando nel prossimo futuro.

2. La giurisprudenza italiana si è occupata in due sole occasioni del riconoscimento internazionale del matrimonio omosessuale: si fa riferimento ai decreti pronunciati dal Tribunale di Latina il 10 giugno 2005 e dalla Corte d'Appello di Roma il 13 luglio 2006, in un caso sorto a seguito del rifiuto dell'ufficiale di stato civile di Latina di trascrivere l'atto del matrimonio celebrato nei Paesi Bassi da un cittadino italiano e da un cittadino venezuelano. I giudici aditi, in primo e secondo grado, hanno ritenuto che il matrimonio celebrato all'estero fra due uomini non potesse essere trascritto nei registri dello stato civile, poiché esso non presenta i requisiti essenziali propri dell'istituto matrimoniale come disciplinato all'interno dell'ordinamento italiano e garantito dall'art. 29 Cost. Nel nostro ordinamento infatti la diversità di sesso dei nubendi, insieme alla prestazione del consenso e alla cerimonia, costituisce uno dei requisiti essenziali al fine di ricondurre la fattispecie alla nozione di matrimonio. Se il paradigma dell'eterosessualità costituisce un elemento di premessa della nozione di matrimonio, come configurata nel nostro ordinamento, il matrimonio celebrato all'estero da una coppia *same-sex* deve valutarsi come inesistente.

In ordine alla questione della trascrivibilità del matrimonio omosessuale concluso all'estero, una sentenza di accoglimento che dichiari l'incostituzionalità degli articoli impugnati nelle parti in cui non consentono alle coppie dello stesso sesso di contrarre matrimonio, superando il paradigma dell'eterosessualità, avrebbe l'effetto di consentire alle coppie *same-sex* di poter pubblicizzare il loro *status* acquisito all'estero. Tale possibilità può costituire un vantaggio non trascurabile, in quanto permetterebbe ai membri della coppia di provare l'esistenza della loro relazione, di far valere alcuni diritti nei rapporti dei terzi o, semplicemente, di liberarsi da fastidi nei loro rapporti con la burocrazia.

Una pronuncia additiva di principio che riconosca che tutti hanno diritto alla tutela della propria vita familiare senza distinzioni fondate sull'orientamento sessuale (sulla base degli artt. 2 e 29 Cost.)

e che dichiararsi conseguentemente incostituzionale (per contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost.) la mancanza di una disciplina che consenta alle coppie dello stesso sesso di accedere al matrimonio, ovvero a un diverso istituto con effetti analoghi a quelli connessi al rapporto coniugale lascerebbe immutata l'attuale situazione, nella quale non è consentita la trascrizione del matrimonio omosessuale. Com'è noto, l'organizzazione dei registri dello stato civile si fonda infatti sul principio di tipicità degli atti trascrivibili: in mancanza di un'estensione della nozione di matrimonio risulterebbe pertanto impossibile che un atto di matrimonio *same-sex* concluso all'estero o un atto che certifichi la registrazione di un'unione civile possa essere trascritto.

3. La decisione che la Corte Costituzionale dovrà prendere nel prossimo futuro investe il diritto internazionale privato sotto un ulteriore e più significativo profilo<sup>3</sup>. L'affiorare in numerosi Stati di leggi che offrono agli omosessuali un quadro normativo volto a disciplinare la vita di coppia (contratti di convivenza, unione registrata, matrimonio) determina nel diritto internazionale privato numerosi problemi. Gli ordinamenti, come quello italiano, che ancora si rifiutano di introdurre una regolamentazione organica delle nuove forme di convivenza *same-sex* sono infatti tentati di opporre il limite dell'ordine pubblico per evitare che leggi e provvedimenti stranieri che, al contrario, disciplinano tali unioni, possano produrre effetti nel nostro sistema giuridico. In questo senso, la decisione della Corte avrà inevitabilmente delle ricadute di rilievo sul diritto internazionale privato. Essa – è lecito attendersi – offrirà infatti degli spunti significativi per valutare se le unioni di coppia *same-sex* siano o meno in contrasto con l'ordine pubblico (di cui agli artt. 16, 64, 65 della legge n. 218 del 1995 di riforma del diritto internazionale privato) che costituisce un limite all'introduzione nel nostro ordinamento di valori giuridici stranieri contenuti in norme o in provvedimenti.

L'ordine pubblico svolge infatti la funzione di tutelare l'ordinamento interno preservandone l'armonia e impedendo che il sistema di conflitto conduca il giudice italiano all'applicazione di norme straniere o al riconoscimento di provvedimenti stranieri suscettibili di produrre effetti incompatibili con i principi fondamentali che in un dato momento storico sono posti dalla Costituzione e dalle leggi a fondamento di singoli istituti giuridici e dell'ordinamento in generale.

Nella questione avente ad oggetto la trascrizione del matrimonio omosessuale, il Tribunale di Latina ha ritenuto che «allo stato dell'evoluzione della società italiana, il matrimonio fra persone dello stesso sesso contrasta con la storia, la tradizione, la cultura della comunità italiana, secondo una valutazione recepita dal legislatore e trasfusa nelle norme di legge, sia di rango costituzionale sia ordinarie». La differenza di sesso fra i coniugi viene dunque a considerarsi come un valore intangibile dell'ordinamento italiano. Pertanto un istituto che aggiri tale requisito e riconosca ai membri della coppia diritti equivalenti a quelli coniugali potrebbe ritenersi in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento.

Tale posizione è stata fortemente contestata sulla base di diverse argomentazioni.

Innanzitutto, si è evidenziato come la nostra Carta Costituzionale, nella parte dedicata ai principi fondamentali, riconosca e garantisca i diritti inviolabili dell'uomo, considerato non soltanto come singolo, ma anche come individuo inserito nei contesti sociali in cui si svolge la sua concreta esistenza.

Inoltre, secondo il principio di uguaglianza, nessuno può essere discriminato in ragione del proprio orientamento sessuale. In questo senso la tutela delle persone omosessuali non può fermarsi al mero riconoscimento della non-criminalizzazione dei loro comportamenti sessuali, ma deve comprendere anche la tutela della loro sfera sociale e affettiva. Non si può riconoscere il diritto alla vita privata limitandolo all'identità e allo sviluppo individuale, in quanto tale diritto comprende anche un obbligo in positivo, quello di garantire la costituzione e lo sviluppo di relazioni con altri esseri umani. Ciò comporta che non può esserci un'ostilità preconcepita nei riguardi delle unioni di coppia *same-sex* e che la tentazione di rifiutare sistematicamente il riconoscimento delle unioni registrate

---

<sup>3</sup> L'impossibilità di trascrivere un atto di matrimonio non incide, infatti, sulla validità sul piano del diritto internazionale privato della relazione costituita all'estero, in quanto l'atto di trascrizione ha effetto dichiarativo e non costitutivo. Le conseguenze della mancata trascrizione si riflettono nei rapporti con i terzi, ma non nei rapporti fra i coniugi.



all'estero rischia di ingenerare nel nostro ordinamento un turbamento maggiore rispetto ad un'apertura incondizionata.

Infine, secondo la teoria dell'ordine pubblico attenuato, elaborata dalla Corte di Cassazione francese, il turbamento provocato dalla legge straniera entro un ordinamento giuridico dato non può essere valutato astrattamente alla luce dei valori di diritto interno; esso dipende infatti anche dalla localizzazione della situazione giuridica che viene in considerazione. Il grado di intensità con cui opera il limite dell'ordine pubblico è in funzione del legame della situazione con quell'ordinamento. Più questi legami sono stretti, più energico sarà l'intervento dell'ordine pubblico. Se molto stretti, il limite dell'ordine pubblico interverrà in tutta la sua portata; se lievi, la clausola non opererà, salvo che gli effetti siano totalmente inaccettabili. In sede di riconoscimento di situazioni giuridiche straniere costituite all'estero – nel caso in esame le unioni di coppia *same-sex* – si ritiene che l'ordine pubblico operi in maniera più o meno intensa a seconda delle circostanze (ad esempio la cittadinanza delle persone) o a seconda che si tratti di applicare direttamente il diritto straniero per creare nel nostro ordinamento una situazione giuridica oppure che si tratti di riconoscere effetti già prodottosi all'estero. In quest'ultimo caso le esigenze di difesa dei valori dell'ordinamento sono meno forti e vengono in rilievo con un'intensità decisamente inferiore<sup>4</sup>. Seguendo tale impostazione, relativamente al riconoscimento delle unioni *same-sex* concluse all'estero si è sostenuto che l'ordine pubblico non dovrebbe opporsi quando i due membri della coppia hanno la nazionalità di uno Stato che ammette tale unione o se hanno in tale Paese la propria residenza abituale.

4. Una pronuncia della Corte Costituzionale di accoglimento dei rilievi d'incostituzionalità o una pronuncia additiva di principio che affermi il diritto alla vita familiare delle coppie *same-sex* accrescerebbe le possibilità di riconoscere sul piano internazionalprivatistico tali unioni costituite all'estero. Ciò favorirebbe il realizzarsi dell'obiettivo internazionalprivatistico della continuità e stabilità alle relazioni giuridiche collegate con più ordinamenti ed eviterebbe il prodursi di situazioni giuridiche "claudicanti", ovvero di rapporti giuridici validamente esistenti in un ordinamento e non riconosciuti in altro ordinamento con cui presentano legami significativi. Il riconoscimento delle unioni fra persone dello stesso sesso e degli effetti che derivano da tali unioni appaga, peraltro, le legittime aspettative di coloro che hanno scelto di formalizzare il proprio legame affettivo ed è indice di apertura verso valori giuridici stranieri. Una pronuncia della Corte Costituzionale di rigetto, che affermasse che il matrimonio omosessuale è incompatibile con i principi fondamentali del nostro ordinamento, al contrario, non solo impedirebbe il riconoscimento internazionale dei matrimoni celebrati all'estero, ma ostacolerebbe il riconoscimento internazionale delle altre forme di convivenza di coppia *same-sex*, quali ad esempio le unioni civili.

Tale approccio di chiusura verso le unioni di coppia *same-sex* disattenderebbe le sollecitazioni che provengono dalle stesse Istituzioni europee che da tempo invitano gli Stati a rimuovere gli ostacoli che si frappongono al matrimonio di coppie omosessuali, ovvero al riconoscimento di istituti giuridici equivalenti.

In questa direzione sembra andare anche la Corte Europea dei diritti che nella sentenza *Karner c. Austria* del 24 ottobre 2003 ha affermato che l'esigenza di tutelare la nozione di famiglia tradizionale può giustificare un diverso trattamento delle famiglie non corrispondenti a tale nozione, soltanto quando è possibile dimostrare che il trattamento differenziato è una condizione necessaria per il raggiungimento dell'obiettivo da garantire.

Nell'ambito dell'Unione Europea, accanto alle norme generali contenute nei Trattati, deve considerarsi la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il cui contenuto appare ampliare le forme di tutela previste per le coppie omosessuali. In questo senso sono indicative le disposizioni contenute all'art. 21 della Carta che sancisce il divieto di discriminazione con riguardo alle tendenze

---

<sup>4</sup> La teoria dell'ordine pubblico attenuato trova conforto anche in alcune pronunce della giurisprudenza italiana. I tribunali italiani, occupandosi di matrimoni poligamici, in più occasioni hanno ritenuto di non opporre il limite dell'ordine pubblico riconoscendo gli effetti derivanti dall'unione, ad esempio per riconoscere la legittimità dei nati dal matrimonio celebrato all'estero.

sessuali e all'art. 8 che afferma il diritto al rispetto della vita familiare. Tale ultima disposizione pone a carico degli Stati, non solo obblighi negativi rivolti a proteggere l'individuo contro ingerenze arbitrarie, ma anche obblighi positivi diretti a garantire il rispetto effettivo della vita familiare, fra cui rientra anche l'obbligo di riconoscere i provvedimenti riguardanti gli attori della vita di relazione quando questa si svolge "a cavallo" fra più ordinamenti. Ancor più significativa è la norma contenuta all'art. 9 che riconosce il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia senza alcuna specificazione relativa all'orientamento sessuale.

Sotto il profilo più strettamente legato al diritto internazionale privato comunitario, una decisione di rigetto contraddirebbe il principio generale di riconoscimento degli *status* familiari che si va delineando all'interno dell'Unione europea, attraverso la valorizzazione della cittadinanza europea e del principio di libera circolazione delle persone, secondo il quale le autorità nazionali debbono attenersi agli *status* personali e familiari che ciascuno Stato membro abbia attribuito alle persone a lui sottoposte<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> La ricostruzione di tale principio prende spunto dal ragionamento seguito dalla Corte di Giustizia per affermare il principio del mutuo riconoscimento nel settore della circolazione delle merci e trova riscontro in alcune pronunce della Corte di Giustizia in materia di diritto al nome.



## Un'opportuna sollevazione di questioni infondate

**SOMMARIO:** 1. Una sentenza di rigetto, un monito al legislatore. – 2. L'infondatezza delle questioni prospettate. – 2.1. L'inesistenza di vincoli internazionali e comunitari. – 2.2. La coppia omosessuale: possibile famiglia legittima o (mera) formazione sociale? – 2.3. Un *tertium comparationis* solo apparente: il matrimonio del transessuale. – 2.4. Il paradigma eterosessuale del matrimonio: discriminazione illegittima o differenza costituzionalmente fondata? – 3. L'opportunità del monito.

1. Le quattro ordinanze che costituiscono l'occasione del Seminario sollevano, con minime differenze, analoghe questioni di legittimità costituzionale, tutte sostanzialmente volte ad ottenere la possibilità di accedere al matrimonio per le coppie omosessuali. Tali questioni, pur essendo, come cercheremo di dimostrare, a nostro avviso non fondate, possono costituire l'occasione per la Corte di lanciare un monito al legislatore circa la necessità di riconoscere in qualche misura le coppie *same sex*, regolandone diritti e doveri. La dimostrazione di quanto affermato, che conduce a concludere per la necessità di una pronuncia di rigetto con una parte monitoria, presuppone che vengano discussi due punti e cioè (a) le ragioni per le quali riteniamo che la Corte non debba accogliere le questioni prospettate e (b) le motivazioni che ci spingono a ritenere opportuno l'inserimento nella pronuncia di un monito al legislatore nel senso poc'anzi indicato.

2. Non potendoci soffermare in più lunghe dimostrazioni, diamo per assodato che le norme impugnate dai giudici *a quibus*<sup>1</sup> presuppongono la disparità di sesso come condizione per la stessa esistenza del matrimonio e che pertanto nel nostro ordinamento questo istituto risulti, ancorché non esplicitamente, precluso alle persone omosessuali<sup>2</sup>. Né, del resto, è immaginabile un'interpretazione adeguatrice, per le ragioni richiamate tanto nella relazione di B. Pezzini quanto nell'intervento di A. Pugiotto, ai quali, su questo punto specifico, aderiamo pienamente.

Se dunque è condivisibile l'interpretazione posta in essere dai giudici rimettenti, decisamente meno lo sono gli argomenti portati a sostegno dei dubbi di legittimità. Pur dovendo necessariamente procedere con un'analisi un po' *tranchante* per i limiti di questa trattazione, cerchiamo di vedere singolarmente i parametri invocati, lasciando volutamente per ultimo l'art. 29 Cost. che, come si dirà, costituisce, a nostro avviso, il vero fulcro della questione.

2.1. Anzitutto, il Tribunale di Venezia invoca – esso solo – l'art. 117, 1° comma, Cost. in relazione ai vincoli derivanti, segnatamente, dagli artt. 8, 12 e 14 CEDU e 7, 9 e 21 della Carta dei diritti

---

\* Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico, Università di Modena e Reggio Emilia..

<sup>1</sup> Anche se, a dire il vero, la specificazione dell'oggetto del giudizio pecca sia in eccesso che in difetto, poiché da un lato alcune delle norme impugnate non presuppongono necessariamente che gli sposi siano di sesso diverso (come gli artt. 93 ss. c.c. in tema di pubblicazioni), mentre non sono impugnate altre disposizioni, dal cui tenore letterale risulta chiaramente presupposto un rapporto di tipo eterosessuale (come l'art. 87 c.c. sui divieti matrimoniali e gli artt. 89 e 140 c.c. sul divieto temporaneo di nuove nozze).

<sup>2</sup> In tal senso, del resto, è non solo la giurisprudenza ma anche la dottrina maggioritaria. Cfr., per tutti, G. FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni continuato da P. Schlesinger, vol. V, t. 1, Milano 2002, p. 278 ss. e, in giurisprudenza, Cass. civ., sez. I, 9 giugno 2000, n. 7877, reperibile in <http://www.amicuscuriae.it>.

fondamentali dell'Unione europea, ai sensi dei quali ogni persona godrebbe di un diritto al matrimonio, conformemente al proprio orientamento sessuale.

In realtà, a ben vedere, nessuna delle disposizioni (*rectius*, dei combinati disposti) citati prevede ciò che il giudice vi legge. Non la CEDU, in cui la diversità di sesso in relazione al matrimonio è esplicitamente prevista nel testo e che comunque rinvia alle legislazioni nazionali, ma nemmeno la Carta di Nizza dove, se è vero che la formulazione è volutamente diversa dalla CEDU proprio per consentire i matrimoni omosessuali, è pur anche vero che si tratta di una mera norma facoltizzante, come viene esplicitato nelle stesse spiegazioni all'art. 9, laddove si afferma chiaramente che la norma non impone l'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso, dovendosi interpretare in modo analogo all'art. 12 della CEDU, salvo che sia la legge nazionale a prevedere in tal senso.

Del resto, nemmeno nella giurisprudenza delle Corti europee si ritrova mai l'affermazione che la mancata estensione del matrimonio agli omosessuali costituisca di per sé una violazione della Convenzione o del Trattato, poiché, se nella giurisprudenza di Strasburgo vi è stata una recente apertura riguardo ai (soli) transessuali (sul cui matrimonio, si vedano le considerazioni svolte *sub* 2.3), anche la Corte di Lussemburgo si è dimostrata sempre molto prudente, giungendo al massimo a chiedere al giudice nazionale di valutare se la disciplina di un'unione registrata fosse così analoga al matrimonio che la mancata estensione di un beneficio si risolvesse in una discriminazione (il che significa, *a contrario*, che il legislatore nazionale ben può non assimilare le due discipline, senza che ciò costituisca di per sé una discriminazione vietata dal diritto comunitario<sup>3</sup>).

Da ultimo, gli atti del Parlamento europeo richiamati dall'ordinanza, sono, sì, espliciti nel richiedere agli Stati membri l'estensione dell'istituto matrimoniale agli omosessuali, ma non hanno valore giuridicamente cogente, rilevando al massimo sul piano politico<sup>4</sup>.

**2.2.** Un ulteriore parametro invocato in tutte le ordinanze di rinvio è costituito dall'art. 2 Cost., poiché il mancato riconoscimento del matrimonio omosessuale impedirebbe la realizzazione della personalità di queste persone nell'ambito di quella formazione sociale che è la loro unione.

Ora, che tali unioni siano una formazione sociale, come tale tutelata dall'art. 2 Cost., è a nostro avviso sicuramente vero e ciò dovrebbe essere oggetto del monito della Corte (su cui *infra*, paragrafo 3). Epperò, altro è dire che debbano essere in qualche misura stabiliti diritti (e doveri) anche per queste coppie *ex art.* 2 Cost., altro è ritenere che esse debbano poter accedere al matrimonio, di cui tratta l'art. 29 Cost. In realtà, in tema di famiglia, la norma cardine della Carta costituzionale è data proprio da quest'ultima disposizione, né ci pare corretto fare dell'art. 2 una clausola riassuntiva di tutte le formazioni sociali e come tale prevalente su quella norma speciale che è l'art. 29<sup>5</sup>.

In buona sostanza, dall'art. 2 discende per il legislatore un obbligo di attribuire una tutela alle coppie omosessuali, ma non ne discende affatto l'obbligo di aprire ad esse l'istituto del matrimonio, per il quale opera il diverso parametro dell'art. 29, su cui ci intratteremo a breve.

**2.3.** Le ordinanze di rinvio insistono ancora sulla violazione del principio di eguaglianza, sottolineando in particolare come il legislatore abbia ormai da tempo (e legittimamente, a giudizio della Consulta) esteso anche ai transessuali la possibilità di sposarsi, di modo che il divieto in vigore solo per gli omosessuali parrebbe una differenza di trattamento non giustificabile.

Questa posizione, a nostro avviso, si basa su un equivoco.

---

<sup>3</sup> Il riferimento è alla sentenza della Corte di Giustizia, caso *Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, 1° aprile 2008, reperibile in <http://www.amicuscuriae.it>. Alle medesime conclusioni del testo giungono C. DANISI, *Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza: il caso dell'orientamento sessuale*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, p. 14; e A.O. COZZI, *Il diritto alla pensione di reversibilità del partner di un'unione solidale registrata: la Corte di Giustizia al bivio tra il divieto comunitario di discriminazione in base all'orientamento sessuale e il diritto nazionale*, *ivi*, p. 7.

<sup>4</sup> Per tutti, S. TROILO, *I progetti di legge in materia di unioni di fatto: alla ricerca di una difficile coerenza con i principi costituzionali*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, p. 11.

<sup>5</sup> Ciò che invece pare essere sotto più profili avvenuto, sovvertendo il testo della Carta fondamentale, secondo i rilievi di E. LAMARQUE, *Famiglia (dir. cost.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. III, Giuffrè, Milano 2006, spec. p. 2421.

Il matrimonio dei transessuali, infatti, è una fattispecie ben diversa da quello tra omosessuali, perché conserva comunque l'elemento della (attuale) eterosessualità<sup>6</sup>, dato che l'appartenenza allo stesso sesso dei due coniugi è solamente un dato storico. Né si tratta di una ipocrita *factio iuris*: il coniuge transessuale non cambia sesso solo perché c'è una rettifica negli atti di stato civile che lo rende *giuridicamente* dell'altro sesso, ma in realtà, sotto il profilo *psicologico*, egli apparteneva già all'altro sesso, laddove l'intervento chirurgico non fa altro che adeguare il dato biologico ad un modo di essere nella realtà già esistente. Trascurare questa considerazione porta a riproporre la nota tesi che identifica il sesso di un individuo in un dato puramente fisico, ma si tratta di un argomento rigettato dalla stessa Corte costituzionale, che non a caso, nella celebre sentenza n. 161 del 1985 sul transessualismo<sup>7</sup>, trattando della disciplina impugnata alla luce dell'art. 29 Cost., sottolinea che il matrimonio di un transessuale successivo all'intervento chirurgico ed alla rettifica delle risultanze anagrafiche è un vero matrimonio tra un uomo e una donna, ancorché, sotto il mero profilo biologico, uno dei due coniugi alla nascita appartenesse al sesso diverso.

La norma presa a *tertium comparationis*, dunque, non può in realtà essere tale, né le considerazioni svolte dalla Corte rispetto a quella fattispecie sono «pienamente mutuabili» per il matrimonio tra omosessuali<sup>8</sup>, perché è una fattispecie diversa dal matrimonio omosessuale ed analoga, invece, a quello eterosessuale: il che porta a dire che il legislatore ha rispettato il principio di eguaglianza.

**2.4.** A questo punto, resta però l'obiezione della disparità tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali. E qui l'analisi deve spostarsi sull'art. 29 Cost., per valutare se sia questa norma a considerare diversamente le due fattispecie – e quindi legittimarne un trattamento differenziato in ragione di un interesse ritenuto meritevole di tutela – ovvero se essa stessa possa rappresentare fondamento della tesi che vede necessaria l'apertura del matrimonio alle coppie dello stesso sesso. Giungiamo così a quello che ci sembra essere il nodo centrale della questione. Cosa intende la disposizione costituzionale quando impone al legislatore di garantire, attraverso il matrimonio, il riconoscimento dei diritti della famiglia quale “società naturale”? La soluzione sta tutta, secondo noi, nel significato che proprio questa espressione assume: se la locuzione allude (esclusivamente) alla qualificazione della famiglia come entità su cui lo Stato non deve intervenire ed il concetto di naturalità equivale a socialità<sup>9</sup>, allora esso è idoneo a ricomprendere anche il matrimonio omosessuale, trattandosi di un modo alternativo ma ugualmente ammissibile «in cui si esprime il bisogno di socialità familiare»; se invece l'espressione allude ad un concetto definito e identificato, corrispondente alla famiglia tradizionalmente intesa, allora il matrimonio omosessuale deve ritenersi precluso.

Tra queste due ricostruzioni, talmente opposte da fare dell'art. 29 Cost. ora il parametro di illegittimità ora la ragione giustificatrice del divieto del matrimonio tra omosessuali, ci sembra più convincente la seconda.

Premesso che ci pare fuori discussione che l'intenzione storica dei Costituenti fosse quella di disciplinare il matrimonio come essenzialmente eterosessuale<sup>10</sup>, il vero problema è se, al di là di questo elemento invero di per sé non decisivo per sostenere la tesi che andiamo abbracciando, si possa interpretare evolutivamente l'aggettivo “naturale”. Ebbene, a nostro avviso, una tale operazione ermeneutica comporterebbe non già una semplice interpretazione evolutiva, bensì creativa, poiché si

---

<sup>6</sup> Il fatto che il matrimonio transessuale confermi la regola del dualismo di genere è sostenuto anche da B. Pezzini nella sua relazione (p. 12 del manoscritto) la quale però ci sembra giungere a tale conclusione soprattutto in relazione al dato della rettifica delle risultanze anagrafiche.

<sup>7</sup> La sentenza può essere letta in *Giur. cost.* 1985, pp. 1173 ss.

<sup>8</sup> Come invece afferma il Tribunale di Venezia nell'atto di promovimento, p. 10 dell'ordinanza.

<sup>9</sup> È la posizione, fra i tanti, di P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione: concretezza dei casi e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano 2007, p. 91, cui appartiene l'espressione citata nel testo.

<sup>10</sup> Come sembrano dimostrare, al di là del più volte richiamato dibattito sull'espressione “società naturale”, tanto i lavori preparatori (su cui v. R. BIAGI GUERINI, *Famiglia e Costituzione*, Giuffrè, Milano 1988, pp. 9 ss.) quanto lo stesso 2° comma dell'art. 29, che parlando di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi ne presuppone evidentemente la diversità di sesso. In questo senso si vedano in particolare gli interventi di G. Grasso, A. Ruggieri e A. Giorgis, ma anche dello stesso C. Fusaro, in riferimento all'*original intent*.

andrebbe ad attribuire un significato che è assai diverso da quello fatto proprio dal testo della disposizione<sup>11</sup>, laddove «i punti di vista di principio assunti dalla Costituzione valgono innanzi tutto come criteri vincolanti di comprensione e classificazione, e quindi di assimilazione o differenziazione dei fatti sociali giuridicamente rilevanti»<sup>12</sup>.

In questo contesto, a noi pare che l'espressione "naturale", lungi dall'essere una sorta di clausola generale atta ad essere riempita di contenuto a seconda dell'evolversi della coscienza sociale, evochi per definizione un concetto determinato e preciso, che consiste nella identificazione della famiglia, fondata sul matrimonio, come quella unione caratterizzata dai requisiti di monogamia, esogamia ed eterosessualità<sup>13</sup>, i quali costituiscono – pur nella possibilità, effettivamente verificatasi, di ridefinire e adeguare alcuni aspetti dell'istituto matrimoniale – il "nucleo essenziale" di esso. Ed è in particolare proprio l'eterosessualità ad apparire come il presupposto costante della nozione di matrimonio<sup>14</sup>, a dimostrazione del fatto che se tale concetto è stato recepito in Costituzione non è per l'adesione a istanze giusnaturalistiche<sup>15</sup> ma per la configurazione che l'istituto aveva (ed ha) storicamente assunto fino a fare della eterosessualità una componente essenziale ad esso connaturata<sup>16</sup>. Non a caso, è parlando di un «ordine naturale della società familiare» che la stessa Corte costituzionale, proprio nella citata sentenza sul transessualismo, conclude che correttamente si impone «operata la trasformazione anatomica, lo scioglimento del matrimonio tra persone (divenute) dello stesso sesso»<sup>17</sup>.

Non ci pare neppure che questo significhi ricorrere ad argomenti extra-giuridici<sup>18</sup>, dato che, semmai, è proprio la pretesa di chi sostiene l'interpretazione evolutiva, anche *contra litteram*, di questa locuzione a richiamare dati non testuali (come l'evoluzione storica e sociologica) per determinare l'oggetto della tutela costituzionale.

Appare poi chiaro che questa relazione tra "società naturale" e paradigma eterosessuale del matrimonio, che ritroviamo in Costituzione, trova la sua ragion d'essere in uno stretto legame con la filiazione, che resta sottesa alla naturalità<sup>19</sup>, il che sembra dimostrato anche dal "sistema" che viene a crearsi tra l'art. 29 e i due articoli, non a caso immediatamente seguenti, che trattano appunto di figli e di famiglie numerose. Né da questo si deve dedurre che la filiazione dovrebbe allora essere un elemento decisivo per la validità del matrimonio, ciò che, certamente, non è<sup>20</sup>. In realtà, a nostro avviso, la potenzialità procreativa della famiglia eterosessuale è semplicemente la ragione che giustifica, nel disegno costituzionale, la tutela privilegiata che alla stessa lo Stato è chiamato a dare attraverso l'istituzione matrimoniale, ancorché questa possa avere (e di fatto concretamente abbia) anche indubitabilmente finalità ulteriori che non ne precludono necessariamente la validità pur in assenza di figli.

Certo, se dal piano del diritto vigente passiamo a un discorso *de jure condendo*, qualora la visione della famiglia collegata alla procreazione, a nostro avviso per quanto detto sottesa alla lettera del-

<sup>11</sup> È questa l'opinione, tra gli altri, anche di A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.* 2007, p. 752, il quale ritiene non si possa banalizzare il testo costituzionale attraverso letture neutrali.

<sup>12</sup> Testualmente, Corte costituzionale, sent. n. 8 del 1996, in *Giur. cost.* 1996, pp. 81 ss., in riferimento alle differenze di trattamento tra famiglia legittima e convivenza *more uxorio*.

<sup>13</sup> Così L. VIOLINI, *Il riconoscimento delle coppie di fatto: praeter o contra constitutionem?*, in *Quad. cost.* 2007, p. 395.

<sup>14</sup> G. FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., p. 277, che richiama in particolare A.C. Jemolo.

<sup>15</sup> In tal senso, è ben vero che i lavori preparatori, e in particolare l'assai spesso richiamato intervento di A. Moro, inducono ad escludere questa conclusione. Cfr. F. CAGGIA-A. ZOPPINI, *Art. 29*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Utet, Torino 2006, pp. 602 ss.

<sup>16</sup> Così G. GRASSO, "Dico" sì, "Dico" no: prime impressioni sul disegno di legge Pollastrini-Bindi, in <http://www.forumcostituzionale.it>, p. 3, il quale parla di un «ineliminabile nesso tra la Costituzione ed una certa configurazione naturale di famiglia che è venuta storicamente ad imporsi».

<sup>17</sup> Si veda la sentenza citata a nota 7, *Cons. in dir.*, punto 12. Si tratta, peraltro, di un argomento solo apparentemente oggi contraddetto dalla riforma della legge sul divorzio che avrebbe a prima vista reso lo scioglimento del vincolo non più automatico, stante la successiva interpretazione giurisprudenziale di cui dà pienamente conto la *Relazione* di B. Pezzini, p. 13 del manoscritto.

<sup>18</sup> Come si legge, invece, ancora nella *Relazione* introduttiva, p. 20 del manoscritto.

<sup>19</sup> Si vedano, *in parte qua*, anche gli interventi di M. Manetti e di L. Franco.

<sup>20</sup> Per queste considerazioni, cfr. sempre la *Relazione* di B. Pezzini, p. 24 del manoscritto.

l'art. 29 Cost., sia ritenuta non più adeguata, la disposizione stessa potrà essere modificata<sup>21</sup>, ma ciò presuppone un intervento del legislatore nelle forme previste dall'art. 138 Cost., essendo impossibile raggiungere tale risultato attraverso la legislazione ordinaria e tanto meno attraverso l'attività del giudice delle leggi.

3. Da quanto si è detto finora, consegue che la pronuncia della Corte dovrebbe assumere, a nostro avviso, la forma di una sentenza di rigetto. Tuttavia, anche se l'infondatezza delle questioni sollevate non consente di estendere il matrimonio alle coppie omosessuali, questa può rappresentare una valida occasione per consentire alla Corte qualche puntualizzazione sulla necessità costituzionale di prevedere comunque un qualche riconoscimento di esse, sulla linea di quanto suggerito anche negli interventi di A. Ruggeri e G. Grasso.

Come si è accennato, infatti, la coppia (forzatamente) di fatto omosessuale è una formazione sociale che esige tutela *ex art. 2 Cost.*, e come la Consulta ha affermato che alcuni diritti spettano ai membri di una coppia non coniugata, così dovrebbe farlo rispetto all'analogia unione tra persone dello stesso sesso.

Certo, come a buon diritto insegna la Corte e come ritiene la maggioranza della dottrina<sup>22</sup>, non si potrà giungere ad una sostanziale equiparazione di queste famiglie a quella legittima fondata sul matrimonio, senza incorrere nella illegittimità per violazione del *favor* per quest'ultima, imposto dall'art. 29 Cost.; pur tuttavia, è a nostro avviso opportuno che il legislatore intervenga per definire in modo chiaro che il godimento di taluni diritti, previsti per i membri di una famiglia legittima, non possono essere negati a chi è membro di una unione di altro tipo. Così, ad esempio, ad avviso di chi scrive non si vede perché il diritto alla successione nel contratto di locazione in favore del partner superstite, già esteso dal coniuge anche al convivente *more uxorio* con la nota decisione n. 404 del 1988 della Consulta<sup>23</sup>, non dovrebbe valere anche nel caso che questo convivente sia dello stesso sesso.

In questa prospettiva, non sarebbe ultroneo che la Corte richiamasse nella sua pronuncia il legislatore al dovere di assicurare il godimento di alcuni diritti alle coppie omosessuali, con l'esplicito avvertimento che, ove non provveda, sarà comunque il giudice delle leggi ad introdurre ed in qualche forma modulare una siffatta tutela, lasciando prospettare il probabile accoglimento di questioni sollevate non in generale sull'accesso al matrimonio, ma, nello specifico, sulla negazione di qualcuno di questi diritti fondamentali.

Siamo, infine, naturalmente consapevoli che, come ha giustamente osservato C. Fusaro, i moniti al legislatore hanno finora ottenuto un seguito alquanto deludente<sup>24</sup>, ma riteniamo che, nel caso di specie, un avvertimento possa essere più utile del silenzio del giudice delle leggi, anche per evitare che un rigetto senza queste precisazioni possa essere interpretato come l'avallo della Corte ad una perdurante assenza del legislatore e ad un definitivo affossamento del dibattito sulla regolazione delle unioni di fatto. Spetterà poi al legislatore intervenire a dare una qualche certezza sul punto piuttosto che lasciare ancora una volta all'opera del giudice costituzionale la costruzione di un qualche profilo di tutela.

---

<sup>21</sup> Salvo accedere alla tesi di C. MORTATI (*Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Padova, 1976, p. 1165) che legge nell'espressione "società naturale" un limite alla revisione costituzionale, seguito in questo senso da R. BALDUZZI, *Il d.d.l. sui diritti e i doveri delle persone stabilmente conviventi: modello originale o escamotage compromissorio?*, in *Quad. reg.* 2007, p. 44. Sulla necessità della revisione costituzionale per riconoscere anche il matrimonio tra omosessuali insiste particolarmente A. MORRONE, *Art. 2*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, vol. I, Giuffrè, Milano 2009, pp. 34 ss.

<sup>22</sup> In giurisprudenza, si veda tra le più recenti, la decisione n. 140 del 2009, in *Giur. cost.* 2009, pp. 1513 ss., punto 3 del *Cons. in dir.*. Per la dottrina, rinviamo a A. MORRONE, *Art. 2*, cit., pp. 28 ss., e bibliografia *ivi* citata.

<sup>23</sup> In *Giur. cost.* 1988, pp. 1789 ss.

<sup>24</sup> Sul punto, per tutti, si veda da ultimo la ricostruzione di R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 135 ss.





## “*Ius ad amorem*” e insidie del matrimonio

Il silenzio che scandisce il recente dibattito legislativo in tema di unioni di fatto si è fatto davvero intollerabile. Il problema ha chiaramente una rilevanza sociale e politica, non può più essere concepito come una questione lasciata alla definizione privata, dal momento che il processo di riconoscimento e di formalizzazione può dirsi oramai avviato, se non addirittura compiuto, nella maggior parte dei Paesi europei.

Per vincere l'indifferenza giuridica verso schemi familiari alternativi si è voluto investire la Corte costituzionale del compito di introdurre una nuova nozione giuridica di famiglia, senz'altro più adeguata alla realtà sociale, senza un contestuale (e robusto) intervento legislativo capace di sorreggere il nuovo modello.

Si vuole così ammantare il matrimonio, concepito come bene giuridico cui ciascuno di noi ha diritto, di una veste moderna al fine di soddisfare il legittimo desiderio di una coppia di persone dello stesso sesso di ottenere un riconoscimento sociale e formale del loro legame.

La necessità di ottenere protezione e sicurezza deve però fare i conti, come per gli eterosessuali del resto, con l'immobilità del dato codicistico e con l'inflessibilità dell'applicazione giurisprudenziale.

Lungi dal voler proporre una difesa integralista della tradizione e dal condividere le osservazioni a volte provocatorie che sono state sollevate di fronte al tentativo di scardinare un istituto antico, fondato da sempre nel nostro ordinamento sulla regola dell'eterogeneità dei sessi, si vuole in queste poche righe rammentare quello che i sociologi vanno negli ultimi tempi insinuando. È un'istituzione condannata, è più in crisi oggi che negli anni del femminismo e della rivoluzione sessuale, della contestazione e della coppia aperta – si legge addirittura sui quotidiani.

Le ordinanze di rimessione, preziosamente argomentate, sono caratterizzate da un'esaltazione dei diritti che derivano dal matrimonio, che sembra esaurirsi nel momento della celebrazione e nell'acquisto dello *status*, visto come privilegio, di coniuge.

Non sono però solo i componenti di una coppia a riempire le vaghe formule generali contenute nel codice; la concezione del diritto a sposarsi come momento essenziale di espressione della dignità umana non può portare a concentrare e ad esaurire il matrimonio sull'accordo, sull'autofondazione, su quella che è stata definita autolegiferazione dell'amore.

Non possiamo nemmeno tentare una sintesi dell'affascinante dibattito relativo alla definizione degli obblighi derivanti dalla relazione coniugale, il cui contenuto vago, programmatico, atecnico è andato spesso intrecciandosi con quelli genitoriali. Sorge però spontanea una domanda: è ipotizzabile un'estensione *sic et simpliciter* di questi obblighi, forgiati sul modello della famiglia tradizionale? Oppure il giudice, una volta infranto il sogno di una comunione materiale e spirituale, dovrà ad esempio inventarsi nuovi parametri per dichiarare la separazione con addebito per le coppie *same sex*?

Viene da chiedersi se siano normalmente consapevoli i nubendi (etero o omo), al momento della celebrazione del matrimonio, delle difficoltà che possono rendere lo scioglimento del vincolo coniugale una strada a volte impervia.

L'ammissione al tradizionale istituto implica ovviamente la rilevanza di tutti i riflessi giuridici connessi al rapporto matrimoniale, e quindi l'applicazione della disciplina della separazione (inesi-

---

\* Ricercatore di Diritto privato, Università di Ferrara..

stente in molti ordinamenti) e dei famigerati tre anni per l'ottenimento del divorzio. Divorzio che nel nostro sistema non può fondarsi semplicemente su un accordo risolutivo del vincolo, ma necessita di un intervento, e quindi di una intromissione nella riservatezza della sfera personale, da parte del giudice.

È necessario, inoltre, avere contezza che l'aspetto di sostegno e di cura, connaturato al matrimonio, potrebbe segnare per sempre il destino degli ex coniugi, anche se nel frattempo si sono formati una nuova famiglia. Le conseguenze economiche di un'unione presto naufragata potrebbero rivelarsi strascichi non di poco momento. Mi limito a rammentare alcune recenti prese di posizione dei giudici di legittimità: «La giovane età e lo stato di separazione perdurante da oltre un decennio non giustificano la non attribuzione dell'assegno divorzile alla beneficiaria, posto che anche in tal caso valgono i normali criteri per la sua attribuzione, quali la mancanza di mezzi adeguati al mantenimento del tenore di vita tenuto in costanza di matrimonio» (Cass., 11 novembre 2009, n. 23906); «L'inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente l'assegno di divorzio va valutata avendo riguardo, non solo al tenore di vita concretamente tenuto durante il matrimonio e che sarebbe presumibilmente proseguito in caso di continuazione dello stesso, ma altresì al tenore di vita potenziale che legittimamente e ragionevolmente poteva configurarsi sulla base di aspettative maturate nel corso del rapporto» (Cass., 3 dicembre 2008, n. 28741).

Mi sembra che questi orientamenti ben rappresentino l'immobilità che caratterizza l'istituto, che non ha mostrato un carattere versatile rispetto alle nuove dinamiche sociali.

Questa rigidità non va sottovalutata, soprattutto laddove si scelga di accedere all'idea di neutralità della nozione costituzionale di matrimonio.

Il profilarsi nello scenario giurisprudenziale attuale di sanzioni risarcitorie comminate al momento della rottura del vincolo costituisce un'ulteriore e seria aggressione alla libertà dei coniugi di sciogliere il vincolo matrimoniale. È noto infatti l'orientamento sempre più favorevole ad un'espansione della responsabilità civile in ambito familiare, ad un concorso del rimedio risarcitorio con la tutela offerta dai rimedi contemplati nel primo libro del codice civile.

Si sprecano oramai le decisioni che hanno riconosciuto il diritto al ristoro per i pregiudizi subiti a causa della violazione dei doveri coniugali perpetrata dal coniuge fedifrago. Si è configurato un illecito endofamiliare anche in ipotesi di violazione del diritto di assistenza morale e materiale tra i coniugi. Si riscontrano diversi precedenti in cui è stata accolta la richiesta risarcitoria per i danni non patrimoniali subiti a causa del mancato versamento da parte del coniuge abbiente dell'assegno di mantenimento prima e di divorzio poi.

La dottrina è andata addirittura oltre, ipotizzando un'azione risarcitoria a tutela della riservatezza nei confronti delle ingerenze invasive dell'altro coniuge e coniato una nuova figura di torto denominata di *mobbing* familiare per punire i comportamenti persecutori posti in essere da un membro della famiglia.

Il calo di nuzialità sembra, quindi, destinato ad accentuarsi.

L'entusiasmo che vibrava dalle relazioni ferraresi, l'orrore per qualsiasi forma di discriminazione, la consapevolezza che ad essere in gioco non sono la dignità e i diritti di minoranze, ma di tutti noi, hanno comprensibilmente acceso in molti l'attesa – anche in considerazione del presumibile perdurare del vuoto legislativo – nei confronti di una sentenza di accoglimento da parte del Giudice delle Leggi.

A quel punto però il problema passerebbe alle Corti di merito, che verrebbero investite del compito di attualizzare, possibilmente senza incertezze ma anche senza modelli di riferimento e nuove regole, la disciplina codicistica.

PERSIO TINCANI\*

## Natura, cultura, diritto

**SOMMARIO:** 1. Introduzione – 2. Principio implicito – 3. Natura e cultura – 4. Conclusioni.

**1.** La questione della legittimità del matrimonio omosessuale nell'ordinamento giuridico italiano rappresenta un punto di particolare problematicità, soprattutto perché non esistono né norme che la ammettono in maniera esplicita né norme che, altrettanto esplicitamente, la escludono. Ciò è evidente non appena le ragioni dell'opposizione necessitano di essere formulate in termini giuridicamente significativi. In questi casi, esse prendono la forma di argomentazioni interpretative assai poco lineari e, a mio parere, per nulla conclusive né convincenti, quando si tratta addirittura di meri argomenti retorici dissimulati in discorso giuridico.

Una delle possibili strategie per sostenere l'opposizione al matrimonio omosessuale è il richiamo all'art. 29 della Costituzione come elemento ostativo. In particolare, si ritiene che il 1° comma escluda la possibilità che il matrimonio omosessuale sia compatibile con il dettato costituzionale: «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio.»

L'impossibilità del matrimonio omosessuale viene individuata nella locuzione “società naturale” che, secondo questa tesi, indicherebbe in modo chiaro l'unione eterosessuale in quanto sarebbe la sola “esistente in natura”. Pertanto, si conclude, 1) la Costituzione riconosce il matrimonio “naturale”, cioè eterosessuale; 2) la legittimità del matrimonio omosessuale è esclusa dalla lettera della Costituzione.

Ciascuna di queste conclusioni è difettosa.

In primo luogo – e prescindendo per il momento dall'analisi del concetto di “natura” – nella norma non si fa alcuna menzione di una fantomatica “famiglia naturale”. Piuttosto, si stabilisce che la famiglia è una “società naturale”, cioè una forma di unione interpersonale che sorge senza la necessità di norme giuridiche costitutive. La famiglia, così, indica un'unione preesistente alla sua qualificazione giuridica. Il corpus normativo che la riguarda, allora, si configura come un insieme di regole *regolative* o deontiche, che intervengono per disciplinare un'attività che esiste indipendentemente dall'esistenza di regole giuridiche<sup>1</sup>.

In secondo luogo, anche se si ammettesse che il senso dell'art. 29 sia quello di riconoscere il matrimonio naturale-eterosessuale, da ciò non deriverebbe un'automatica incostituzionalità del matrimonio omosessuale. Affermare che la Repubblica riconosce i diritti del “matrimonio naturale”, infatti, non equivale ad affermare che riconosce i diritti soltanto di questo, qualunque cosa sia. Pertanto, una ragione per l'illegittimità costituzionale di matrimoni diversi da quello “naturale” non potrebbe essere trovata in questa norma, che non esclude, di per sé, che altre forme di unione familiare diverse da quella “naturale” siano compatibili con i principi costituzionali.

**2.** Tuttavia, anche se non esiste una chiara chiusura nei confronti della legittimità del matrimonio omosessuale, si potrebbe sostenere che, sebbene ciò non derivi da alcuna norma in particolare (costituzionale o del diritto ordinario), essa sia in sintonia (o addirittura la sola interpretazione possibi-

---

\* *Ricercatore di Filosofia del diritto, Università di Bergamo.*

<sup>1</sup> J.R. SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, tr. it. di A. Bosco, Comunità, Milano, 1996; A.G. CONTE, *Filosofia del linguaggio normativo*, I, Giappichelli, Torino, 1989; J. RAWLS, *Two Concepts of Rules*, in *The Philosophical Review*, 64/1955.

le) con principi generali dell'ordinamento giuridico preso nel suo complesso. In effetti, si tratta di una strategia argomentativa che è piuttosto diffusa nel dibattito pubblico e scientifico su questo tema: “sebbene non esista una chiusura normativa esplicita, il matrimonio omosessuale non ha cittadinanza nel nostro ordinamento perché collide con principi fondamentali”.

Questa argomentazione, però, presenta due importanti difetti. In primo luogo, essa non è comprensibile se non si fonda sull'assunto dello *spazio giuridico pieno* in base al quale non è permesso tutto ciò che non lo è esplicitamente. La mancanza di una esplicita previsione dell'opzione omosessuale nelle norme che disciplinano il matrimonio civile, quindi, dovrebbe avere il valore di una norma ostativa. Tuttavia, l'argomento si scontra con il fatto che *esistono* norme che stabiliscono condizioni di nullità del matrimonio e condizioni in presenza delle quali si fa divieto di celebrare nozze. Ora, dato che l'argomento del “ciò che non è permesso è proibito” è un argomento necessariamente sistematico, il sostenere che alcuni divieti siano espliciti mentre altri (la maggior parte) siano impliciti disegnerebbe un sistema tanto poco coerente da mancare delle qualità essenziali che un sistema, appunto, deve possedere per essere tale. Inoltre, questa variante dell'impostazione dello *spazio giuridico pieno* consentirebbe di individuare ulteriori divieti a capriccio dell'interprete. Per esempio, e limitandoci alle norme sul matrimonio, si potrebbe sostenere che è nullo il matrimonio tra persone che non possono avere figli, dato che non esiste una esplicita previsione normativa che consente a persone sterili di unirsi in valido matrimonio (e, per di più, esistono numerose norme che riguardano i rapporti giuridici tra i genitori e la prole, i rapporti giuridici dei genitori tra di loro, i diritti dei figli minori, e così via). È ovvio che questa conclusione risulti aberrante tanto sul profilo sistematico quanto sul piano del semplice buon senso, ma il principio in base al quale è stata raggiunta è il medesimo che porta a concludere che, in mancanza di un'esplicita norma che lo consente, il matrimonio omosessuale non è giuridicamente significativo. Quindi, dal momento che l'applicazione *intermittente* di un principio *generale* è un'impossibilità logica, si deve concludere che quel principio è falso e non può essere utilizzato nell'argomentazione giuridica.

In secondo luogo, si potrebbe sostenere che l'esclusività del paradigma eterosessuale derivi da principi generali sostanziali presenti nell'ordinamento. A questo punto, però, si dovrebbe essere in grado di indicare quali siano questi principi e da quali norme siano espressi. In caso contrario, il rischio di trovarci di fronte a un argomento *passerpartout* è abbastanza evidente. Del resto, come scrive Joel Feinberg, «la conseguenza della vaghezza di un criterio è l'arbitrarietà nella sua applicazione»<sup>2</sup>.

**3.** Sebbene sia chiaro che nella Costituzione non esista alcuna menzione della “famiglia naturale”, l'errata interpretazione del testo dell'art. 29 ha guadagnato spazio nel dibattito pubblico dove, in maniera semplicistica, viene sbandierata come una ragione definitiva per individuare nel matrimonio omosessuale una chiara offesa alla norma costituzionale. Come si è visto, la lettura dell'art. 29 come riconoscimento costituzionale della “famiglia naturale” è possibile solo a patto di riscriverlo. Tuttavia, anche se prendessimo per buona questa *errata* interpretazione, non sarebbe immediatamente possibile derivare una chiusura costituzionale nei confronti del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Infatti, né il sintagma “famiglia naturale” né la sua variante “matrimonio naturale” significano ancora questo. Anzi, come cercherò subito di mostrare, non significano proprio nulla. In primo luogo, è evidente che la locuzione “matrimonio naturale” sia priva di senso, dato che il matrimonio non esiste “in natura” ma è il prodotto di norme giuridiche; cosa, questa, che sembra essere ignorata dai tanti difensori della “famiglia naturale” che, con colpevole disinvoltura, spesso utilizzano i termini “famiglia” e “matrimonio” come fossero sinonimi. In secondo luogo, come si è visto, anche se nella Costituzione esistesse un riferimento esplicito, letterale, alla “famiglia naturale”, la questione non sarebbe affatto risolta in maniera pacifica in favore di una *esclusività* del matrimonio eterosessuale.

Ciò che è vago, in effetti, è il termine “naturale”, dato che la “natura” è un concetto tutt'altro che neutrale. Al di là delle posizioni ingenuie del linguaggio volgare, e al di là delle chimere dei giusna-

<sup>2</sup> J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law – III. Harm to Self*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1986, p. 93.

turalisti che assumono senza motivare (e contro ogni evidenza) che “la natura” possieda una intrinseca qualità normativa – per di più, costituita da norme assunte a loro volta come certe e immutabili (“vere”, nel linguaggio della loro etica oggettivistica) –, è un’acquisizione ormai non in discussione, invece, che la “natura” sia una costruzione culturale. Il confine tra ciò che è “naturale” e ciò che è “artificio” è il prodotto di una *decisione* culturale, che non ha nulla a che vedere con un preteso “ordine naturale delle cose”. La tentazione di compiere una lettura del mondo esperienziale in una prospettiva finalistica, tipica delle impostazioni religiose, è svuotata di ogni fondamento già a partire dalla poderosa teoria darwiniana (che dimostra come tanto le spiegazioni mitologiche del “grande progetto in vista di un fine ultimo” quanto la più modesta proposta del lamarckismo siano erranee), per poi finire per essere confutata in modo definitivo dal lavoro dell’antropologia filosofica, fin dalla pionieristica opera di Arnold Gehlen<sup>3</sup>. Se così è, allora, parlare di “natura” o di “naturalità” significa riferirsi a un modello di natura *assunto* come valido senza che, a base di questa scelta, vi siano fondamenti migliori di quelli che avrebbero potuto farne prediligere uno diverso. Il che, quando si passa dal terreno delle scienze descrittive al terreno dei sistemi normativi, significa che la scelta di un preciso modello di natura tra gli infiniti modelli possibili è, e non potrebbe non essere, una decisione politica. Una decisione che, con una mossa linguistica, trasforma l’esito del confronto politico, cioè il risultato di equilibri di forza storici e contingenti, «in leggi della natura e della ragione»<sup>4</sup>, con l’effetto di sottrarle in maniera indebita dalle regole proprie del contesto dal quale provengono e al quale, per loro struttura ontologica, continuano ad appartenere. Come sostiene in maniera incisiva Mary Douglas, “fare ciò che è naturale” è un’affermazione che presuppone un apparato coercitivo che costringe a fare ciò che “per natura” si deve fare<sup>5</sup>.

Ogni cultura costruisce il proprio modello normativo di natura. Anzi, ricordando Freud, «il compito principale della civiltà, la sua propria ragion d’essere, è appunto di difenderci contro la natura»<sup>6</sup>, creando una natura ordinata secondo schemi culturalmente accettabili. Il salto ontologico da “natura” a “cultura” è sempre il medesimo, e non diviene meno implausibile. Si tratta ancora di quella mossa linguistica, simbolica e culturale, in base alla quale ogni cultura stabilisce che esistano cose o pratiche che sono “naturali”, con ciò intendendo “immodificabili, in quanto trovate in origine così come sono”. E, una volta definita per via culturale la natura, le pratiche e gli oggetti che sono considerati (ancora per via culturale) naturali sono resi indisponibili. Tuttavia, la percorribilità di questa strategia politica è possibile solo a patto di accettare l’inaccettabile paradigma giusnaturalistico; il che, in ultima istanza, significa che le stesse norme civili (delle quali conosciamo le procedure di promulgazione, i dibattiti che si sono sviluppati nelle assemblee attorno alla definizione del loro contenuto e del loro testo, il fatto che nell’ambito di un contesto democratico sono, nella normalità dei casi, il prodotto di una prosaica decisione a maggioranza) siano «innalzate al di sopra della società umana, estese alla natura e al divenire del mondo»<sup>7</sup>.

In un tentativo di aggirare queste difficoltà, si potrebbe sostenere che, al di là di queste riflessioni, è indubbio che gli animali superiori (tra i quali, ovviamente, la specie umana) possono riprodursi soltanto per via sessuale. Quindi, si potrebbe proseguire, è innegabile che la “famiglia naturale” possa essere soltanto quella eterosessuale. Ma anche questa obiezione è scorretta. Infatti, se è vero che l’unione tra due individui dello stesso sesso non è produttiva di discendenza, è anche vero che per essere una “famiglia” non è necessario che ci siano dei figli. A meno che, si capisce, il concetto di “famiglia” venga disegnato in modo da includere la discendenza come una condizione necessaria. Cosa che, però, non è ciò che fa la Costituzione, dal momento che riconosce la famiglia “fondata sul matrimonio” e che le norme di diritto civile che disciplinano il matrimonio non pongono la presenza di figli come una condizione necessaria per la validità dello stesso.

<sup>3</sup> Si veda A. GEHLEN, *L'uomo. La sua natura e il suo posto nel mondo*, tr. it. di C. Mainoldi, Feltrinelli, Milano, 1983.

<sup>4</sup> K. MARX-F. ENGELS, *Manifesto del partito comunista*, tr. it. di M. Monaldi, Rizzoli, Milano, 2004, p. 101.

<sup>5</sup> M. DOUGLAS, *Purezza e pericolo. Un'analisi dei concetti di contaminazione e tabù*, tr. it. di A. Vatta, il Mulino, Bologna, 1993, pp. 269-270.

<sup>6</sup> S. FREUD, *L'avvenire di un'illusione*, in ID., *Opere*, a cura di C.L. MUSATTI, Boringhieri, Torino, 2005, p. 445.

<sup>7</sup> S. FREUD, *L'avvenire di un'illusione*, cit., p. 448.

4. La mia opinione è che le ragioni di opposizione al matrimonio omosessuale non siano ragioni giuridiche, bensì morali. Anzi, moralistiche, cioè dettate dalla volontà di elevare una morale particolare a regola di diritto vincolante per tutti. Il che, nel caso italiano, significa né più né meno che la volontà politica (trasversale rispetto agli schieramenti parlamentari) di ratificare sul piano del diritto civile un divieto esistente sul piano della pastorale cattolica, in modo che ciò che è *peccato* divenga giuridicamente *illegittimo*. Tuttavia, siccome questa strategia non sarebbe retoricamente convincente, viene dissimulata in varie maniere. Per esempio, «ci si richiama alle leggi della natura per sanzionare il codice morale»<sup>8</sup> (o meglio: uno specifico codice di morale normativa); oppure, si indicano problemi di coerenza sistematica quando, in realtà, il solo problema è che il matrimonio omosessuale è incompatibile con i precetti di alcune religioni, e di una in particolare. Accade, qui, qualcosa di molto simile a quanto è capitato nel famoso caso Monica Lewinsky, dove il presidente degli Stati Uniti, Bill Clinton, era formalmente accusato di aver mentito alla nazione – e sospettato di aver favorito indebitamente la Lewinsky in cambio di favori sessuali – quando era evidente che tutto ciò costituiva una dissimulazione della *reale* accusa a suo carico, cioè l'atto immorale di adulterio<sup>9</sup>.

Il diritto deve essere impermeabile alle istanze che provengono dalla sfera della morale, nel senso che non deve recepirle? È chiaro che il punto non è questo. Il contenuto delle norme giuridiche è il prodotto di molteplici fattori, tra i quali certo l'adesione a determinati codici morali positivi è uno dei determinanti. Tuttavia, ciò rileva in sede di formulazione del contenuto della norma, e non può rilevare nella sede della sua applicazione, non se questo significa caricare *ex post* il disposto normativo con un contenuto morale specifico che non è desumibile da un'interpretazione rigorosa e coerente del testo. Diversamente, ciò non potrebbe significare altro se non la soccombenza del diritto di fronte alla morale, che diverrebbe così un ulteriore e supremo gradino nella gerarchia delle fonti.

---

<sup>8</sup> M. DOUGLAS, *Purezza e pericolo*, cit., p. 33.

<sup>9</sup> C.A.J. COADY, *Messy Morality. The Challenge of Politics*, Clarendon Press, Oxford, 2008, p. 30.

CHIARA TRIPODINA\*

## Costituzione e matrimonio omosessuale: *quis interpretabitur?*

**SOMMARIO:** 1. Matrimonio: un diritto costituzionale? – 2. Quale vincolo per quale interprete? – 3. Dei diritti delle persone omosessuali e dei poteri e doveri della Corte costituzionale. – 3.1. Del diritto al matrimonio. – 3.2. – Del diritto alla fondazione di una famiglia.

1. La questione di legittimità posta all'esame della corte costituzionale è «se l'istituto del matrimonio, così come emerge dalla legislazione italiana [ossia nella parte in cui esclude dal suo vincolo le coppie omosessuali], sia o meno in contrasto con i principi costituzionali» (Corte d'appello di Trento).

La prima domanda che tale questione impone è se il matrimonio – senza aggettivi qualificativi – sia un diritto costituzionale. Un diritto, cioè, che la costituzione riconosce in capo a tutti: a chi abbia avuto in sorte di nascere eterosessuale, come a chi abbia avuto in sorte di nascere omosessuale. Se la risposta a questa domanda dovesse risultare positiva, la Corte costituzionale dovrebbe dichiarare l'illegittimità dell'ordinamento giuridico nella parte in cui non consente la possibilità di unirsi in matrimonio alle coppie omosessuali. Se si vuole prendere sul serio la rigidità della costituzione e l'indecidibilità sui diritti in essa riconosciuti, infatti, non si può poi su di essi accedere a considerazioni che rinviano alla discrezionalità del legislatore, ponendo nelle mani della maggioranza il riconoscimento dei diritti di una minoranza: l'aspirazione fondamentale di una costituzione rigida è essere legge del più debole, anche contro la maggioranza al potere, anche contro l'opinione più popolare nella società.

È dunque il matrimonio un diritto costituzionale?

Per tentare una risposta, in un sistema di diritto positivo a costituzione rigida, occorre prendere le mosse dal testo costituzionale. Di matrimonio la nostra costituzione parla all'art. 29, ponendolo, nel 1° comma, a fondamento della famiglia legittima e vincolandolo, nel 2° comma, alla parità morale e giuridica dei coniugi. Ne parla, dunque, non per incardinare nell'ordinamento un diritto inviolabile dell'uomo, ma per indicare e disciplinare un istituto giuridico sul quale fondare un modello di famiglia non così “naturale” da non dover essere promosso dallo Stato, assicurandogli un regime giuridico privilegiato rispetto a qualsiasi altro (la lettura degli Atti dell'Assemblea costituente, d'altra parte, rivela come le parole «fondata sul matrimonio» furono avvinte in inscindibile endiadi a quelle che richiamavano la famiglia come «società naturale» proprio per arginare i rischi, paventati da molti, di un eccessivo abbandono alla “naturalità” – nel senso di libertà – nella gestione delle relazioni personali e familiari che quella ambigua formula pareva da sola incoraggiare).

D'altra parte, non v'è dubbio che con “matrimonio” i costituenti intendessero lo spozalizio di un uomo e una donna. L'ipotesi del matrimonio tra persone del medesimo genere – come emerge dagli atti dell'assemblea costituente, dai lavori preparatori del codice civile e delle altre leggi ordinarie in tema di famiglia – non compare in alcuna discussione assembleare, non tanto per consapevole scelta politica, ma in quanto neppure appartenente al mondo di idee dei legislatori concreti di allora. Nelle loro menti “matrimonio” poteva a tal punto essere solo unione di un uomo e di una donna, che non meritava neppure darne una definizione, e la diversità di sesso era così consustanziale ad esso da ritenere superflua la precisazione, sia come requisito indispensabile sia come elemento la cui assenza

---

\* Ricercatore di Diritto costituzionale, Università del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”.



potesse costituirne impedimento (tanto che l'unica base testuale del modello eterosessuale di famiglia la si rinviene nelle disposizioni codicistiche che identificano in "moglie" e "marito" due coniugi di genere differente).

2. Alla luce di tutto ciò, il vincolo di senso per cui "matrimonio" è da interpretare come unione di un uomo e una donna è dai giudici *a quibus* percepito in modo tanto forte da non poter essere scardinato con i consueti strumenti ermeneutici: la parola matrimonio è nata e vissuta, almeno sino ad oggi, così impastata con il paradigma eterosessuale, che calarla in un altro paradigma sarebbe – dice il Tribunale di Venezia – «una forzatura non consentita ai giudici (diversi da quello costituzionale), a fronte di una consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna». Non si tratta di sudditanza da parte dei giudici ordinari a un qualche vincolo di natura morale, tradizionale o religiosa: quello che i giudici sentono gravare su di sé è il vincolo di natura giuridica che vieta loro, nell'applicare la legge, di attribuirle senso altro che «quello fatto palese dal significato proprio dalle parole secondo la connessione di esse e dall'intenzione del legislatore» (art. 12 preleggi).

Si tratta di vedere se il medesimo vincolo interpretativo gravi anche sul giudice delle leggi, come sembra porre in dubbio l'inciso del Tribunale di Venezia: potrebbe la corte, con una sentenza interpretativa, trarre dalla parola matrimonio – contenuta sia nel parametro che nell'oggetto – il significato di "unione tra due coniugi eterosessuali od omosessuali"?

Per farlo dovrebbe fare una doppia interpretazione: evolutiva sul parametro e adeguatrice (rispetto all'interpretazione evolutiva) sull'oggetto. Ma, lasciando a dopo le considerazioni sull'interpretazione evolutiva e prescindendo per ora da essa, l'interpretazione adeguatrice preclusa alla Corte costituzionale se è *contra legem*, contro la lettura della disposizione (e il senso fatto palese a leggere il vocabolario della lingua italiana è "matrimonio monogamico eterosessuale") e, se è contro il diritto vivente (e l'interpretazione giurisprudenziale è costante nel far vivere il matrimonio nell'ordinamento giuridico italiano come matrimonio monogamico eterosessuale).

Non con un'interpretazione adeguatrice sull'oggetto, dunque, la corte potrebbe pervenire al risultato dell'inclusione del matrimonio omosessuale nella disciplina del matrimonio. Bensì con uno strumento di cui gli altri giudici non dispongono e di cui essa si è dotata proprio al fine di "manipolare" le disposizioni legislative non conformabili alla costituzione per via ermeneutica: con una sentenza di tipo additivo, volta a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'ordinamento giuridico nella parte in cui non consente alle coppie omosessuali di unirsi in matrimonio.

3. Il giudice delle leggi, dunque, a differenza degli altri giudici, disporrebbe dello strumento per scardinare l'attuale paradigma eterosessuale del matrimonio. La questione diviene se lo possa legittimamente impiegare: se cioè l'inclusione delle coppie omosessuali nel regime giuridico del matrimonio possa dirsi discendere dalla costituzione con i crismi delle rime obbligate.

Questo vincolo di obbligatorietà non discende – come detto – né dall'interpretazione letterale né da quella originalista dell'art. 29 Cost. Occorre dunque procedere con altri canoni interpretativi, per vedere se la necessità di una riscrittura dell'ordinamento in materia di matrimonio possa essere fatta dedotta da una lettura sistematica in chiave evolutiva dello stesso art. 29 con altri articoli della costituzione, in considerazione – come mettono in risalto le ordinanze di remissione – del «rapido trasformarsi della società e dei costumi avvenuto negli ultimi decenni», del conseguente «superamento del monopolio detenuto dal modello di famiglia normale, tradizionale», del «contestuale sorgere di forme diverse, seppur minoritarie, di convivenza, che chiedono protezione, si ispirano al modello tradizionale e come quello mirano ad essere disciplinate». Circostanze che imporrebbero «un'attenta meditazione sulla persistente compatibilità dell'interpretazione tradizionale con i principi costituzionali» (Tribunale di Venezia).

Le argomentazioni più persuasive vengono condotte dai giudici *a quibus* sulla base degli artt. 2 e 3 Cost.: le persone omosessuali, non potendo costituire una famiglia legittima fondata sul matrimonio, né potendo aspirare a realizzare una famiglia di fatto fondata sulla nascita di figli, si vedrebbero

precluso in radice il diritto alla formazione di una famiglia (art. 2), e ciò in ragione del loro sesso o, meglio, del loro orientamento sessuale e della loro condizione personale, in violazione dunque del principio di eguaglianza formale (art. 3, 1° comma), ma anche del principio di eguaglianza sostanziale, che impone la rimozione degli ostacoli che «impediscono il pieno sviluppo della persona umana» (art. 3, 2° comma). Nelle ordinanze, senza soluzione di continuità, il problema del diritto alla formazione di una famiglia trasmuta e si confonde con il diritto di sposarsi, ritenuto momento essenziale di espressione della dignità umana.

Ma soluzione di continuità vi è tra diritto alla famiglia e diritto al matrimonio e le due questioni vanno tenute distinte: una cosa è interrogare la corte sull'esistenza di «un diritto delle persone omosessuali di contrarre matrimonio con persone del proprio sesso» (Tribunale di Venezia); altra cosa è porre la questione «se gli omosessuali hanno o non hanno il diritto ad avere una famiglia» (Tribunale di Ferrara).

**3.1.** Quanto alla prima questione – il diritto al matrimonio – occorre riflettere su cosa sia oggetto del presunto diritto negato. Il matrimonio, oltre a essere un'istituzione sociale ultramillenaria, è istituto al quale si riconnette un determinato regime giuridico, carico di onori, ma anche di oneri, come sottolinea l'ordinanza della Corte di appello di Firenze, parlandone come di una medaglia luccicante, ma anche molto gravosa da portare al collo: «ai diritti coniugali si contrappongono infatti pesanti limitazioni nella sfera delle libertà individuali, quali l'obbligo di coabitazione, l'obbligo di assistenza morale e materiale, l'obbligo di fedeltà sessuale». Non che non sia un diritto sposarsi; ma lo è nei limiti, nelle forme e con le conseguenze che l'ordinamento giuridico prevede, essendo sostanzialmente un istituto che mira a garantire e promuovere una determinata forma di convivenza (la famiglia legittima) tra le altre, per fini che non sono solo privati della coppia che si sposa, ma che sono anche pubblici, tanto da imporre alla persona sposata «una posizione costringitiva che non ha eguali nell'ordinamento».

È ragionevole ipotizzare – come fa la Corte di appello di Firenze e come pure rivela la sua radice etimologica (*mater monium* indica la “maternità legale”) – che l'interesse pubblico rilevante all'origine dell'istituto giuridico del matrimonio fosse la finalità procreativa: ossia consentire la procreazione e la crescita dei figli all'interno di contesti familiari caratterizzati da unità e stabilità, con la conseguente instaurazione di rapporti giuridici certi. Ma, posto che fosse all'origine del *favor matrimonii*, è pur vero che la finalità procreativa svolge ormai un ruolo solo tendenziale nel giustificare l'instaurazione del matrimonio, istituto sicuramente accessibile alle coppie eterosessuali sterili o che scelgano di non avere figli, ma anche a transessuali che abbiano subito il mutamento di sesso (*ex* L. 164/1982), divenendo così interesse pubblico rilevante l'impegno alla stabilità e alla solidarietà all'interno della coppia, a prescindere dalla possibilità o dalla volontà procreativa.

Tuttavia quella antica *ratio* permane alla radice dell'istituto giuridico del matrimonio, e potrebbe autorizzare a considerare rimessa nelle mani del legislatore la decisione quanto ai successivi discostamenti da essa: quanto alle nuove inclusioni come quanto alle permanenti esclusioni. Il problema diviene dunque appurare se sia ragionevole (*rectius* razionale) la decisione del legislatore di riconoscere il regime giuridico del matrimonio alle coppie che incarnano il paradigma eterosessuale a prescindere dal fine procreativo, e poi anche alle coppie transessuali che il paradigma eterosessuale riproducono solo anagraficamente, lasciando escluse da tale possibilità solo le coppie omosessuali che quel paradigma per definizione non possono riprodurre. Posto in questi termini, la questione non è se alle persone omosessuali sia negato un diritto costituzionale, ma se sia razionale che dei benefici connessi a un determinato istituto giuridico possano godere solo le coppie eterosessuali (biologicamente o anagraficamente) e non anche quelle omosessuali.

Si può dire che la costituzione – nel combinato disposto degli artt. 29, 2 e 3 – imponga al legislatore ordinario l'obbligo di estensione del regime giuridico del matrimonio anche alle coppie omosessuali, e che, nell'inerzia del legislatore, tale obbligo ricada coi crismi delle rime obbligate sulla corte costituzionale, imponendole di provvedere con sentenza additiva? A me pare di no. E non tanto e non solo perché sul matrimonio omosessuale la costituzione tace, giacché la questione era fuori dall'immaginario dei costituenti. Anche se vi fosse appartenuta, non è detto che essi avrebbero deciso di risolverla in un senso o nell'altro, fissandola in costituzione (come, ad esempio, non vollero

pronunciarsi sulla questione dell'indissolubilità del matrimonio, che pure avevano ben presente). La nostra, infatti, non vuole essere una costituzione totale, che aspira a risolvere o comunque disciplinare qualsiasi conflitto che possa affacciarsi nella società, ma è, al contrario, una costituzione tollerante e temperata, che, dichiarata chiusa la discussione sul non più decidibile, considera la lotta sociale e politica sul decidibile un esito fisiologico del pluralismo, prevedendo come strumento di pacificazione dei conflitti il procedimento legislativo. Laddove la costituzione tace, volerla trascinare a tutti i costi nell'arena dei valori contrapposti costringendola a schierarsi significa riempirla di contenuti che non le appartengono, porre in discussione il suo senso complessivo e, in ultima analisi, ridurla a babele di interpretazioni contrastanti e reciprocamente irriducibili.

Il che non significa che allora la costituzione non abbia nulla da dire sul matrimonio omosessuale e che la corte costituzionale non debba essere interpellata sull'argomento. Ma con la consapevolezza che la strada dell'interpretazione evolutiva della costituzione è una strada lungo la quale i parametri sfumano, i vincoli testuali si attenuano, la discrezionalità della corte si amplia e l'unico giudizio possibile diviene quello di ragionevolezza.

E tutto ciò su una questione socialmente e politicamente scottante e controversa. Non si tratterebbe, infatti, per la corte costituzionale di ratificare un *idem sentire* affermatosi stabilmente nella società, diffuso nella comunità degli interpreti e trapassato nelle trame del diritto vivente. Si tratterebbe di uno scatto in avanti rispetto al presente; di un'autentica decisione politica, che non discende in modo obbligato dalla costituzione. In questi termini si pone la questione del *Quis interpretatur?* Può la corte costituzionale, sulla base di un'interpretazione evolutiva della costituzione, dirsi legittimata a dare con sentenza additiva una nuova definizione di matrimonio, rivoluzionaria rispetto alla nozione originaria e consolidata, inclusiva anche delle unioni omosessuali, usando il giudizio di ragionevolezza come grimaldello per scardinare il passato?

Permane la sensazione, comunque la si pensi sul merito della questione, che *hic et nunc*, al punto in cui si trova oggi il nostro ordinamento giuridico, l'eventuale apertura del matrimonio alle coppie omosessuali non possa emergere *ex abrupto* da un giudizio di (ir)ragionevolezza della Corte costituzionale, ma che siano necessari elaborazione pubblica, discussione politica, decisione parlamentare; il passaggio, insomma, attraverso il cosiddetto canale rappresentativo.

Il problema, diviene, allora quello dell'inerzia del parlamento. Da numerose legislature nelle sue aule giacciono disegni di legge che mirano a dare un riconoscimento giuridico alle unioni civili tra omosessuali e in genere tra coppie non sposate. Il problema è proprio questo: i disegni di legge "giacciono": non sono all'ordine del giorno, non vengono discussi, non vengono votati. Su questo, allora, dovrebbe e potrebbe fare utilmente leva la corte costituzionale, al fine di stimolare una decisione politica da parte del parlamento, mettendosi su una strada diversa da quella irta di spine che conduce al riconoscimento per via di sentenza del diritto al matrimonio per gli omosessuali.

**3.2.** Se, infatti, si può porre in discussione che la costituzione riconosca direttamente in capo alle persone del medesimo sesso il diritto al matrimonio, più difficilmente si può negare che riconosca come diritto di ogni persona la fondazione di una famiglia, intesa come meta «connaturata alla natura spirituale, libera, ma associata, dell'uomo» (La Pira, Assemblea costituente, 7 marzo 1947); di ogni essere umano, a prescindere da qualsiasi caratterizzazione di genere, orientamento sessuale, condizione personale. È questo l'autentico significato di famiglia come società naturale, alla quale ogni essere umano aspira per la sua stessa innata tensione alla socialità, e che lo Stato, benché possa senz'altro regolamentare, non può né imporre, né precludere, né eccessivamente ostacolare.

Particolarmente interessante è la definizione di famiglia che dà il Tribunale di Ferrara, quando pone la questione «se gli omosessuali hanno o non hanno il diritto ad avere una famiglia (nel senso di associazione totale di vita tra due persone non semplicemente diretta a soddisfare in via privata degli affetti, ma avente un interesse pubblico il cui atto fondativo deve essere serio, consapevole, responsabile e dichiarato di fronte alla comunità)». Questa definizione individua come elemento fondativo della famiglia qualcosa di differente dal matrimonio (famiglia legittima) o dalla nascita di un figlio (famiglia di fatto), e tuttavia comune a entrambi: l'assunzione di un impegno pubblico, di fronte alla comunità, di istituire un'associazione di vita tra due persone tesa alla stabilità, non al solo fine – di rilievo meramente privato – di dare saldezza ai propri affetti, ma al fine – di rilievo pubbli-

co – di garantirsi mutua assistenza, in adempimento ai doveri inderogabili di solidarietà prescritti dall'art. 2 Cost. La tutela costituzionale della famiglia diversa da quella legittima – secondo la ricostruzione che qui si propone – troverebbe la sua base testuale nell'art. 2 Cost., non solo e non tanto nella parte in cui riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, ma soprattutto nella parte in cui, esortandolo all'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà, riconosce rilevanza alle pubbliche assunzioni di impegno in questo senso.

Quello che fa una famiglia, insomma – a parte l'*adfectio* tra i suoi membri (risolto interno) – è il suo pubblico riconoscimento come tale e l'interesse che lo Stato dimostra nel tutelarla (risolto esterno), apprezzando come rilevante l'impegno di solidarietà reciproca che si pone a suo fondamento. Impegno che può essere assunto con la celebrazione di un matrimonio; con il riconoscimento di un figlio; o in qualunque altro modo l'ordinamento statuisca. È questo ciò che manca nell'ordinamento italiano: la possibilità per le coppie omosessuali di poter essere riconosciute e tutelate pubblicamente come famiglia, essendo loro preclusa sia la via del matrimonio sia quella della generazione di figli, tra le quali invece le coppie eterosessuali possono liberamente scegliere.

La corte costituzionale, allora, se non dovrebbe impegnarsi nella decisione di estendere la possibilità di matrimonio a coppie del medesimo genere, dovrebbe tuttavia, con sentenza additiva di principio, dichiarare l'incostituzionalità dell'ordinamento nella parte in cui non consente alle coppie omosessuali di divenire famiglia *ex art. 2 Cost.* e indicare al legislatore, con monito, la doverosità di rimediare a questa lesione con idonee misure protettive d'ordine positivo, in riconoscimento e a tutela di quell'interesse, che è anche pubblico, alla solidarietà reciproca all'interno di coppie omosessuali stabilmente conviventi. Il matrimonio è una delle possibili vie attraverso cui questo potrebbe accadere: la costituzione, infatti, se non prevede il matrimonio omosessuale né ne impone al legislatore il riconoscimento, neppure certo lo vieta; ma non la sola. La soluzione dell'additiva di principio più monito rilancia alla discrezionalità del legislatore la scelta dei mezzi per perseguire il risultato raccomandato.

Soluzione, questa, che oltre a garantire il diritto delle persone omosessuali di fondare una famiglia, si porrebbe come rispettosa dei ruoli istituzionali che la costituzione attribuisce a parlamento e corte costituzionale, senza contribuire alla rassegnata marginalizzazione del primo dai processi decisionali, invocando la seconda come facile e felice *remedium* alla sua *impotentia*.



FRANCESCA UGOLINO\*

## Il riconoscimento giuridico delle relazioni affettive fra persone dello stesso sesso: la questione del matrimonio omosessuale dinnanzi la Corte costituzionale

**SOMMARIO:** 1. Introduzione. – 2. Il diritto fondamentale di sposarsi e di non sposarsi come espressione del libero sviluppo della persona umana. – 3. Alcune riflessioni intorno all'articolo 29 della Costituzione.

1. Il riconoscimento giuridico delle relazioni affettive tra persone dello stesso sesso, “in varie forme si va estendendo in Europa (e non solo), senza traumi, con una crescente accettazione sociale e con un’attribuzione di diritti sempre maggiore, fino a prevedere anche la possibilità di adottare figli”<sup>1</sup>; in Italia, invece, il diritto all’espressione dell’orientamento sessuale, pur trovando riconoscimento nella giurisprudenza costituzionale ma soprattutto in quella di merito, stenta ad essere pienamente garantito nei vari ambiti della vita sociale.

Nella maggioranza dei Paesi occidentali, la questione dei diritti civili delle persone omosessuali ha assunto un ruolo sempre più rilevante nell’ambito degli interventi politico-legislativi, volti a promuovere ed a garantire la pari “dignità sociale”. In particolare, un ruolo importante, in tale materia, è stato svolto dalle istituzioni comunitarie e dal diritto da esse prodotto. La tematica del pieno riconoscimento dell’eguaglianza e della parità dei diritti degli omosessuali, ma anche bisessuali e transessuali, è stata oggetto di numerose Risoluzioni del Parlamento europeo e di Raccomandazioni del Consiglio d’Europa (a partire dalla seconda metà del 1980). Altresì, la Direttiva 2000/78/CE sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; nonché il ruolo delle corti europee, nei limiti delle proprie competenze, hanno garantito l’applicazione e il rispetto dei principi fondamentali di uguaglianza e di non discriminazione anche in base all’orientamento sessuale.

Non si può negare che, nella realtà fattuale, vengano in rilievo due esigenze non tutelate dall’ordinamento giuridico italiano<sup>2</sup>: la prima, riguarda le persone omosessuali che vogliono sposarsi e costituire una famiglia; la seconda esigenza proviene da persone eterosessuali (ma anche omosessuali) che rifiutano il matrimonio ed i vincoli che da esso derivano, ma reclamano una tutela giuridica del loro legame, analoga o diversa da quella prevista per la famiglia fondata sul matrimonio.

Oggi pare che queste due legittime esigenze non trovino una effettiva interlocuzione nella sfera politica. Difatti, in Italia nonostante la tematica concernente gli istituti e le forme di tutela riconosciute alle coppie omosessuali sia di grande interesse, sul piano politico non sono stati raggiunti risultati visto che le numerose proposte di legge in materia si sono puntualmente arenate, anche per opera del *lobbying* religioso.

In tale sede, l’attenzione sarà volta alla prima delle due esigenze sopra rilevate, dal momento che è sul riconoscimento del matrimonio fra persone dello stesso sesso che si incentrano le questioni poste davanti al giudice delle leggi.

---

\* Dottore di ricerca in Diritto pubblico comparato, Università della Calabria.

<sup>1</sup> Cfr. S. RODOTÁ, *Perché laico*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2009, p. 164.

<sup>2</sup> In riferimento alle rivendicazioni di diritti, a favore delle unioni fra persone dello stesso sesso, si veda, V. TOZZI, *La famiglia secondo lo Stato non è quella del diritto canonico*, intervento alla giornata di studio: *Famiglia o famiglie? Interrogiamo il diritto*, Macerata, 27 aprile 2007, in *Riv. Tel. Stato e Chiesa*, p. 5.

2. Le questioni di legittimità costituzionale sollevate dinanzi la Corte Costituzionale concernono gli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-*bis* e 156 c.c., nella parte in cui (sistematicamente interpretate) non consentono alle persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio. Secondo i ricorrenti, tali disposizioni violerebbero gli artt. 2, 3, 29 e 117, 1° comma, della Costituzione. Occorre precisare che l'oggetto ed i parametri costituzionali richiamati, nelle quattro ordinanze, non risultano totalmente coincidenti<sup>3</sup>.

Le suddette ordinanze appaiono particolarmente rilevanti dal momento che, in sede di applicazione del diritto matrimoniale, mai nessun dubbio era sorto sull'esclusivo accesso alle coppie eterosessuali. Fino a pochi mesi fa, la maggior parte dei giudici ha ritenuto legittimo il rifiuto dello stato civile di procedere alle pubblicazioni matrimoniali tra persone dello stesso sesso, non essendo previsto nell'ordinamento di stato civile italiano il matrimonio tra omosessuali. Esemplificativa di tale orientamento giurisprudenziale è la pronuncia della Corte d'Appello di Firenze, del 27 giugno 2008, in cui si asserisce che «è incontrovertibile la circostanza che tutta la normativa positiva afferente all'istituto matrimoniale, sia quella codicistica, sia quella speciale, sia, infine, quella di rango costituzionale, facciano espresso riferimento all'unione tra persone di sesso diverso; così come è facilmente intuibile che né il legislatore del 1942, né quello costituzionale, né quello del 1975, per evidenti ragioni storiche, potessero raffigurarsi una disciplina positiva di unioni fra persone dello stesso sesso»<sup>4</sup>.

Inoltre, i giudici si erano sempre espressi con esito negativo anche nel riconoscere le unioni omosessuali registrate all'estero; in tal senso, si ricorda la decisione del Tribunale di Latina (decreto del 10 giugno 2005) con cui si è rifiutata la trascrizione nei registri dello stato civile del matrimonio di due cittadini italiani dello stesso sesso contratto all'estero, dal momento che la «diversità di sesso dei nubendi costituisce elemento essenziale per l'identificazione, nel nostro ordinamento, della fattispecie naturalistica posta alla base dell'istituto matrimoniale, secondo una concezione che prima ancora che nella legge, trova il suo fondamento ... nella storia della nostra comunità nazionale».

Evidentemente, come rilevato nelle stesse ordinanze di remissione, in Italia, l'istituto del matrimonio sarebbe indiscutibilmente eterosessuale; difatti, alcune delle disposizioni impugnate indicano espressamente la differenza di sesso per contrarre matrimonio (artt. 107, 108, 143, 143-*bis* e 156-*bis*).

Tuttavia, non pare sorgano dubbi sul fatto che il riconoscimento del matrimonio «coinvolge profili attinenti all'autonomia ed al libero sviluppo della personalità, dal momento che il matrimonio e la scelta della persona con cui contrarlo costituiscono elementari manifestazioni della libertà individuale»<sup>5</sup>. Ciò, però, non vale per le persone omosessuali, o secondo altra definizione per le coppie omoaffettive. In altri termini, la scelta della persona con cui instaurare una stabile comunione di vita costituisce ad un tempo espressione dell'identità individuale e dell'esigenza dell'individuo di realizzarsi nel mondo degli affetti e della sessualità, ovvero, del cosiddetto «diritto al libero orientamento sessuale».

A tal proposito si ricorda che la stessa Corte costituzionale (sent. n. 561/ 1987), ha affermato che «la sessualità è uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporre liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire». Ed ancora, la Corte di Cassazione (sent. n. 1647/ 2007), ha riconosciuto l'omosessualità «come condizione dell'uomo degna di tutela, in conformità ai precetti costituzionali, assunto da cui discende che la libertà sessuale va «intesa come libertà di vivere senza condizionamenti e restrizioni le proprie preferenze sessuali», in quanto espressione del diritto alla realizzazione della propria personalità, tutelato dall'art. 2 della Costituzione».

---

<sup>3</sup> Ordinanza del Tribunale di Venezia del 3 aprile 2009; ordinanza della Corte d'appello di Trento del 29 luglio 2009; ordinanza della Corte d'appello di Firenze del 13 novembre 2009; ed infine, ordinanza del Tribunale di Ferrara dell'11 dicembre 2009.

<sup>4</sup> Cfr. Sent. del 27 giugno 2008, Corte d'Appello di Firenze.

<sup>5</sup> Sul tema si veda per tutti M. BONINI BARALDI, *Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale*, in <http://www.famiglienellacostituzione.it>, pp. 5 ss.

Nelle ordinanze in commento, l'art. 2 Cost. viene indicato come il primo parametro costituzionale con il quale confrontare il diniego di matrimonio per le coppie omosessuali, dal momento che in tale disposto costituzionale si riconoscono i diritti inviolabili dell'uomo, non solo nella sua accezione individuale ma anche relazionale e sociale. Come sottolineato in dottrina, si fa riferimento a "tutti gli uomini, individuati come portatori di valori individuali e sociali preesistenti alla stessa organizzazione statale, ma che trovano nel diritto positivo (costituzionale), la loro traduzione in posizioni soggettive giuridicamente tutelabili"<sup>6</sup>. La categoria dei diritti inviolabili viene considerata nella prospettiva della pienezza della persona umana, in cui i diritti fondamentali ed i «nuovi diritti si configurano come esplicazioni necessarie del patrimonio inviolabile della persona umana»<sup>7</sup>. Il diritto a contrarre matrimonio rientra nella categoria dei diritti fondamentali e trova tutela e riconoscimento anche in alcuni strumenti di tutela dei diritti universali. Inoltre, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, riconosce all'art. 9 il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, «garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Si ricorda che tale dichiarazione dei diritti, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (art. 6) «assume lo stesso valore giuridico dei Trattati». Il diritto o, in altri termini, la libertà fondamentale di sposarsi, inoltre, trova riconoscimento e tutela sia in senso positivo che negativo (diritto di sposarsi e diritto di non farlo) in quanto lo Stato non può imporre un determinato stato civile. Tra le diverse obiezioni poste al riconoscimento della libertà fondamentale a contrarre matrimonio per le coppie omosessuali, taluno avanza il contrasto che potrebbe sorgere con il diritto dei figli di crescere in un ambiente familiare idoneo. Sinteticamente si osserva che il diritto di adozione è un diritto che non necessariamente deve essere collegato a quello di contrarre matrimonio; difatti, diversi Paesi europei pur riconoscendo e garantendo il diritto di sposarsi anche alle coppie omosessuali, hanno espressamente escluso il diritto di adozione.

La tutela della persona umana, ex art. 2 Cost, e l'affermazione dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità, porta al corollario, contenuto nell'art. 3, ove si legge appunto quell'endiadi costituita dall'eguaglianza "davanti la legge"<sup>8</sup>. Tale formula è stata superata in quanto è nozione corrente quella secondo cui la «legge deve rispettare le "differenze", per cui eguaglianza vuol dire divieto di leggi che: violino in ogni modo la pari dignità sociale, che contempla la dignità delle persone; e divieto di leggi che pongano disparità irragionevoli di trattamento tra fattispecie meritevoli di trattamento eguale»<sup>9</sup>. Pare, dunque, opportuno sottolineare, ancora una volta, che gli omosessuali non devono essere considerati 'diversi' dagli eterosessuali: essi esprimono desideri sessuali atipici rispetto alla maggioranza delle persone ed è per questo che rivendicano eguale rispetto e considerazione.

In riferimento al divieto di irragionevoli discriminazioni, nelle diverse ordinanze, si è poi fatto richiamo all'analogia della condizione degli omosessuali con i transessuali, dal momento che a questi ultimi, in seguito alla legge n. 164 del 1982, è stato riconosciuto il diritto di contrarre matrimonio con persona di sesso anagrafico diverso, e comunque, di stesso sesso biologico. Il richiamo a tale situazione, pare particolarmente rilevante considerato che la Consulta nella sent. n. 161/1985, ha affermato che «la legge n. 164 del 1982 si colloca, dunque, nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale».

Inoltre, ha dichiarato che tale legge «si è voluta dare carico anche di questi "diversi", producendo una normativa intesa a consentire l'affermazione della loro personalità e in tal modo aiutarli a superare l'isolamento, l'ostilità e l'umiliazione che troppo spesso li accompagnano nella loro esistenza. Così operando il legislatore italiano si è allineato agli orientamenti legislativi, amministrativi e giurisprudenziali, già affermati in numerosi Stati, fatti propri, all'unanimità dalla Commissione della Corte Europea dei Diritti dell'uomo ...». Ciò nonostante, per quanto concerne la tutela dei diritti delle persone omosessuali, dalla depenalizzazione delle condotte omosessuali, avvenuta nel 1889 con il

<sup>6</sup> Così, P. CARETTI, *I diritti fondamentali, libertà e diritti sociali*, II ed., Giappichelli, Torino, 2005, p. 87.

<sup>7</sup> Cfr. F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 92.

<sup>8</sup> Cfr. P. BARILE, *Eguaglianza e tutela della diversità in Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1994, p. 53.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 54.



codice Zanardelli, fino all'attuazione della Direttiva 2000/78/CE, non pare siano state introdotte particolari misure legislative.

Ciò non toglie che la possibilità di estendere l'istituto matrimoniale e i diritti che ne conseguono anche alle coppie dello stesso sesso, «non possa prendere avvio non da un intervento del legislatore ma dei giudici»<sup>10</sup>, così come avvenuto nell'esperienza canadese; difatti, seppur inizialmente le Corti canadesi sostenevano l'impossibilità di estendere il matrimonio alle coppie *same-sex*, a partire dal 2002 numerose sono state le sentenze della Corte Suprema che hanno finito per estendere il matrimonio alle coppie omosessuali, giungendo nel 2005 all'approvazione del *Civil marriage Act*, con il quale, il *same-sex marriage* è stato legalizzato in tutto il Paese<sup>11</sup>.

Pare così desumersi, seguendo il ragionamento di alcuni autori che: «o il matrimonio è uno strumento di realizzazione della propria personalità, e allora non si giustifica il regime esclusivo che gli si attribuisce; oppure lo è, ma allora è difficile giustificare che tale regime sia limitato ad un unico modello di organizzazione familiare, con la conseguenza che vi siano persone a cui, non per loro scelta volontaria, sia impedito di giovare di questo strumento di realizzazione di se stessi»<sup>12</sup>.

**3.** In opposizione al riconoscimento del matrimonio fra persone dello stesso sesso, viene poi richiamata la norma contenuta all'art. 29, 1° comma, Cost. Come è noto, il Costituente nel redigere tale disposizione, ebbe ben presente la famiglia tradizionale, la cui forma era ispirata al modello sacramentale della religione cattolica. Ciò nonostante, si osserva che, oggi, non si può parlare di un modello c.d. tradizionale di matrimonio che vanti i caratteri di unicità ed invariabilità: «gli elementi di pluralismo e laicità, introdotti nella Costituzione non hanno mancato di produrre frutti man mano che la coscienza democratica permeava la cultura delle nuove generazioni, come ad esempio è avvenuto per la disciplina sul divorzio introdotta 20 anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione»<sup>13</sup>.

Dai lavori preparatori della Carta costituzionale, si esclude, infatti, ogni suggestione di stampo giusnaturalistico, e nel definire i «paletti valoriali» enucleabili dalla definizione della famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio» (art. 29 Cost.), si sottolineò che «il carattere normativo del disposto consisterebbe perciò e soltanto «nell'assegnare all'istituto familiare una sua autonomia originaria, destinata a circoscrivere i poteri del futuro legislatore in ordine alla sua regolamentazione». Pertanto, solo quando ciò fu chiarito, escludendosi il richiamo al diritto naturale, la formula fu accettata dalla maggioranza dell'Assemblea. La norma in discussione riafferma dunque il ribaltamento personalista e pluralista ospitato, *in primis* all'art. 2 Cost.; in coerenza alle premesse di altri articoli della Carta, in cui si è sancito che «come garanzia di una democraticità effettiva dello Stato», a quest'ultimo vanno opposti i «limiti costituiti dalla persona umana e dalle formazioni sociali alle quali la persona umana dà vita»<sup>14</sup>.

La dottrina giusnaturalistica tendeva a considerare l'ordine familiare come cristallizzato in quella società naturale, impermeabile a qualunque evoluzione dei rapporti sociali. Oggi, la dottrina prevalente afferma la natura privatistica del diritto di famiglia e quindi la mancanza di soggettività giuridica autonoma in capo ad essa. A tal proposito, si ritiene che «predicare della famiglia che essa è una «società naturale» e ad un tempo, fondata sul «matrimonio» è predicare attributi tra loro incompatibili, dato che il matrimonio è un istituto giuridico che non appartiene alle forme «naturali» dell'organizzazione sociale, ma a quelle convenzionali, determinate dalle regole contingenti poste dalla

<sup>10</sup> Cfr. L. M. DIEZ-PICAZO, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, il Mulino, Bologna, 2007, p. 324.

<sup>11</sup> Cfr. F. UGOLINO, *Riflessioni intorno al matrimonio tra persone dello stesso sesso: esperienze straniere e contesto italiano*, in N. FIORITA-D. LOPRIENO (a cura di), *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, FUP, 2009, p. 265.

<sup>12</sup> Cfr. R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studius Iuris*, 2000, pp. 1066 ss.

<sup>13</sup> Cfr., V. TOZZI, *La famiglia secondo lo Stato*, cit., p. 7.

<sup>14</sup> Sul punto, cfr. P. VERONESI, «Costituzione, «strane famiglie» e «nuovi matrimoni», in *Quad. cost.*, n. 3, settembre 2008, pp. 579-581.

legislazione vigente»<sup>15</sup>. Inoltre, si osserva che l'articolo 29, 1° comma, della Costituzione<sup>16</sup>, in correlazione con le disposizioni concernenti i diritti inviolabili della persona e il principio di eguaglianza, «assume ben altro ruolo che quello ad essa ascrivito in un clima informato a valori che non trovano più aderenza alla realtà sociale»<sup>17</sup>. Di conseguenza, in linea con i mutamenti sociali, la famiglia può configurarsi «non come luogo di compressione e mortificazione dei diritti irrinunciabili, ma come sede di autorealizzazione e di crescita segnata dal reciproco rispetto ed immune da ogni distinzione di ruoli, nell'ambito della quale i singoli componenti conservano le loro essenziali connotazioni e ricevono riconoscimento e tutela, prima ancora che come coniugi o conviventi, come persone, in adesione al disposto dell'art. 2 Cost.»<sup>18</sup>.

In conclusione, deve sottolinearsi come il tema del matrimonio tra omosessuali sia tra i più complicati e dibattuti in Italia (e non solo) in quanto in esso confluiscono aspetti concernenti la libertà di coscienza dei cittadini e interessi statali nell'istituzione del matrimonio. Epperò «le politiche di promozione e sostegno della famiglia tradizionale, benché volte ad attuare obiettivi del tutto legittimi, difficilmente possono superare il vaglio del principio di eguaglianza laddove si risolvono in effetti discriminatori, poiché l'esclusione delle coppie di persone dello stesso sesso a stento può essere considerata proporzionata, tantomeno necessaria, al perseguimento dell'obiettivo dichiarato»<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> Così R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, cit., pp. 1066 ss.

<sup>16</sup> Cfr. M. BESSONE, *Art. 29 Cost.*, in P. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1977, p. 35.

<sup>17</sup> Cfr. M. BONINI BARALDI, *Le famiglie omosessuali nel prisma*, cit., p. 14.

<sup>18</sup> Cfr. S. ROSSI, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 11.

<sup>19</sup> Sul punto cfr. M. BONINI BARALDI, *Le famiglie omosessuali nel prisma*, cit., p. 20.



VERONICA VALENTI\*

## Lezioni dall'Europa

**SOMMARIO:** 1. Breve introduzione. – 2. Il riconoscimento delle coppie omosessuali nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento dell'Unione Europea. – 3. Il matrimonio tra persone omosessuali: le prospettive per l'Italia alla luce dell'analisi comparatistica delle scelte nazionali e delle decisioni di alcune Corti costituzionali straniere.

1. L'affermazione del divieto di discriminazione per motivi legati all'orientamento sessuale, è frutto di un lungo percorso. Ha dovuto confrontarsi e superare concezioni etiche, religiose e scientifiche ben radicate nel patrimonio culturale di ciascuna società che hanno condizionato, nel tempo, le realtà giuridiche nazionali.

La cesura rispetto al passato è rappresentata, a mio giudizio, dalla dichiarazione ufficiale dell'Organizzazione Mondiale della Sanità del 1993, secondo cui "l'omosessualità è una variante naturale del comportamento umano", una *manifestazione naturale*, dunque, del pluralismo sessuale dell'esperienza umana.

Inevitabilmente, questa affermazione, oggi pacifica, segna una trasformazione nell'assetto dei rapporti sociali, facendo emergere problematiche socio-giuridiche prima trascurate ed arricchendo di nuovi significati i concetti di libertà sessuale e di diritto all'identità personale inteso, quest'ultimo, come diritto di ciascuno a vedersi rappresentato coerentemente al proprio modo di essere e di comportarsi, specie in quelle formazioni sociali, come la famiglia, in cui si sviluppa la propria personalità.

Per rendersi conto dell'entità di queste problematiche, basta ripercorrere sinteticamente la "storia" del divieto di discriminazione per motivi legati all'orientamento sessuale.

In una prima fase, caratterizzata da un clima di forti pregiudizi sociali, alimentati anche da una concezione sicuramente non laica della sessualità, la società assumeva come presupposto una valutazione negativa della condotta omosessuale, definita come condotta socialmente pericolosa, devianza psichica o come comportamento offensivo del senso pubblico del pudore e, come tale, in molti stati, anche come reato.

Dagli anni '50 agli anni '80, dunque, a livello sovranazionale e nazionale si è avviato (e concluso) un processo che ha condotto gli ordinamenti nazionali alla depenalizzazione della condotta omosessuale.

Nel corso della seconda fase (anni '90), invece, è stata promossa dalle Istituzioni europee e intrapresa dai singoli Stati, una politica volta a sanzionare ogni forma di discriminazione o comportamento omofobico in diversi ambiti, specie in quello lavorativo.

La terza fase, quella attuale, è caratterizzata dalla esigenza di individuare soluzioni giuridiche volte a tutelare la vita relazionale, familiare delle coppie omosessuali e volte, dunque, ad affermare, come in molti Stati europei è avvenuto, l'eguaglianza tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali nell'accesso al matrimonio o a istituti di diritto di famiglia analoghi.

Come sostenuto poc' anzi, promotori dell'affermazione "per tappe" del divieto di non discriminazione per orientamento sessuale sono state e sono tutt'oggi le Istituzioni dell'Unione europea e le Corti europee.

A tal proposito, tra le questioni di legittimità costituzionale sollevate da diversi giudici di merito e, in particolare, dal Tribunale ordinario di Venezia con l'ordinanza del 4 febbraio-3 aprile 2009 si annovera anche il contrasto con l'art. 117, 1° comma, Cost. che, come noto, vincola il Legislatore

---

\* *Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale, Università di Parma.*

statale e regionale al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Secondo il giudice *a quo*, infatti, gli articoli del codice civile impugnati, non consentendo alle persone omosessuali di contrarre matrimonio, sarebbero posti in violazione di quanto affermato a livello internazionale e sovranazionale e, dunque, posti in violazione dell'art. 117, 1° comma, Cost. assunto a parametro normativo interposto.

Con il presente contributo, dunque, si vuole sinteticamente offrire una ricostruzione della realtà normativa e giurisprudenziale sovranazionale ed europea e cercare di individuare, ove vi siano, i vincoli europei in grado di orientare ed/o condizionare la discrezionalità del Legislatore italiano ed/o delimitare lo "spazio" decisionale della Corte costituzionale; operare un confronto con gli ordinamenti stranieri che hanno provveduto a offrire una tutela giuridica alle unioni tra persone omosessuali e operare altresì un confronto con le argomentazioni logico giuridiche spese dalle Corti costituzionali straniere chiamate a pronunciarsi sul tema.

2. Innanzitutto, è doveroso ricordare che la CEDU ha giocato un ruolo rilevante nell'affermazione del divieto di non discriminazione per orientamento sessuale; essa ha saputo interpretare con estremo dinamismo i diritti tutelati dalla Convenzione europea, adattandoli, nel tempo, all'evoluzione delle società moderna.

Con riguardo specifico alla necessità di tutelare la vita affettiva delle persone omosessuali, la Corte ha saputo arricchire di nuovi significati la nozione di vita privata, richiamata all'art. 8 della Convenzione, il più delle volte interpretato in combinato con l'art. 14 che prevede, per l'appunto, l'eguaglianza di tutti nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciute nella Convenzione. Tale nozione è stata estesa al punto tale da ricomprendere anche e soprattutto la libertà di intrattenere relazioni intime, affettive con altre persone, in cui il sesso o l'orientamento sessuale appaiono fattori giuridicamente irrilevanti.

Questa interpretazione ha permesso di porre fine alla penalizzazione della "condotta *omo-sessuale*"<sup>1</sup>; ha permesso alla Corte di riscontrare una violazione dell'art. 8, in combinato con l'art. 14 della Convenzione, nel caso di un ricorrente portoghese discriminato, a causa del suo orientamento sessuale, nell'esercizio di diritto legati alla potestà genitoriale<sup>2</sup>; ha permesso di condannare l'Austria per aver negato, al convivente omosessuale, la legittimazione a succedere nel contratto di locazione intestato al proprio compagno, legittimazione riconosciuta *ex lege*, invece, al coniuge ed anche al convivente *more uxorio* eterosessuale<sup>3</sup>; od infine, più recentemente, ha permesso alla *Grand Chambre* della Corte di discostarsi da un suo precedente<sup>4</sup> e di condannare la Francia, per la discriminazione subita a causa del proprio orientamento sessuale, da una cittadina francese single nel procedimento volto ad accertare l'idoneità all'adozione, in un Paese (la Francia) che ammette l'accesso a tale istituto anche a persone non coniugate né conviventi<sup>5</sup>.

Nella casistica sopra menzionata, tuttavia, la CEDU non utilizza mai come parametro l'art. 12 della Convenzione, in cui viene stabilito che «uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto».

Vero che questo parametro è stato suscettibile nel tempo di interpretazione evolutiva: la Corte, per esempio, nel 2002, ha condannato il Regno Unito per violazione proprio dell'art. 12 della Convenzione, in quanto per legge era impedito alle persone transessuali, che avessero chirurgicamente mutato sesso, di contrarre matrimonio con una persona di sesso opposto<sup>6</sup>, dimostrando di assumere

<sup>1</sup> *Dudgeon v. Regno Unito*, 1981; *Norris v. Irlanda*, 1988; *Modinos v. Cipro*, 1993, consultabili sul sito internet <http://www.echr.coe.int>.

<sup>2</sup> *Salgueiro da Silva Mouta v. Portogallo*, 1999, consultabile sul sito internet cit.

<sup>3</sup> *Karner v. Austria*, 2003, consultabile sul sito internet cit.

<sup>4</sup> *Frettè v. Francia*, 2002, consultabile sul sito internet cit.

<sup>5</sup> *E. B. v. Francia*, 2008, consultabile sul sito internet cit.

<sup>6</sup> Si tratta del caso *I.R.V. v. Regno Unito* e *Goodwin v. Regno Unito* del 2002, con cui la CEDU ha superato l'orientamento espresso nei precedenti casi *Rees v. Regno Unito* del 1986 e *Cossey v. Regno Unito* del 1990, consultabili sul sito internet cit.

come presupposto un concetto di sessualità in termini di dinamica psico-fisica, non limitata al dato "naturale"-biologico.

Ma è altrettanto vero che la CEDU, proprio in tale giurisprudenza, ha offerto una definizione di matrimonio ancorata sempre alle tradizioni nazionali in ragione della quale ha escluso che la normativa statale che prevede tra i requisiti per contrarre matrimonio anche l'eterosessualità dei nubendi, possa essere dichiarata non conforme a quanto stabilito dalla Convenzione.

Sicuramente, la giurisprudenza della CEDU in tema di principio di non discriminazione in base all'orientamento sessuale ha rappresentato una solida base per l'affermazione di tale principio a livello comunitario e, più in generale, per la costruzione della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea. Proprio tale giurisprudenza ha permesso alle Istituzioni dell'Unione Europea di sviluppare un orientamento politico attento alle dinamiche sociali dei rapporti familiari.

Con riguardo esclusivo al riconoscimento delle coppie omosessuali, si pensi a quanto espresso in diversi atti non vincolanti con cui le Istituzioni dell'Unione Europea hanno espresso il loro favore verso la piena equiparazione delle coppie omosessuali e delle coppie eterosessuali.

Si pensi, per esempio, alla Risoluzione proposta dall'eurodeputata Squarcialupi del 13 marzo 1984 o, ancor più, alla successiva Risoluzione dell'8 febbraio 1994 proposta dall'onorevole Roth, con la quale il Parlamento Europeo chiedeva alla Commissione di adoperarsi per l'eliminazione degli «ostacoli frapposti al matrimonio di coppie omosessuali» ovvero per l'introduzione di «un istituto giuridico equivalente» e, comunque, per porre fine «a qualsiasi limitazione del diritto degli omosessuali di essere genitori, ovvero di adottare o avere in affidamento un bambino».

Nelle motivazioni della successiva Risoluzione del 17 settembre del 1998 veniva ulteriormente evidenziato come il mancato riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali potesse rappresentare una discriminazione fondata sulla cittadinanza europea e come il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali operato solo in alcuni Stati Membri, potesse costituire una limitazione al diritto alla libera circolazione all'interno dell'Unione e al diritto al ricongiungimento familiare.

È evidente come l'orientamento politico dell'Unione Europea si andasse manifestando via via in modo sempre meno equivoco in merito all'equiparazione delle coppie omosessuali e eterosessuali nell'accesso al matrimonio o ad istituti analoghi, alla luce della costruzione di valori europei comuni, condizionati, più sul piano politico che strettamente giuridico, dalle – e condizionanti a loro volta le – scelte discrezionali dei singoli Legislatori.

Lo dimostrano la Risoluzione adottata in data 16 marzo 2000 o la Risoluzione adottata in data 4 settembre 2003 con cui si ribadisce la volontà delle Istituzioni dell'Unione europea di pervenire all'abolizione «... di qualsiasi discriminazione di cui sono ancora vittime gli omosessuali, in particolare in materia di diritto al matrimonio e all'adozione di minori»; di pervenire ad una tutela giuridica delle coppie *more uxorio* sia eterosessuali che omosessuali «... conferendo gli stessi diritti riconosciute alle persone sposate» e di adottare disposizioni al fine di «consentire alle coppie di esercitare il diritto alla libera circolazione nell'Unione».

Lo dimostra, infine, la recente Risoluzione del 14 gennaio 2009 con cui il Parlamento europeo pone ancor più l'accento sulla lesione della libertà di circolazione delle coppie omosessuali nello spazio europeo, invitando i legislatori nazionali a eliminare le discriminazioni tra coppie eterosessuali ed omosessuali e chiedendo alla Commissione di presentare proposte volte a garantire il riconoscimento del principio del reciproco riconoscimento delle coppie omosessuali coniugate, legate da un'unione civile registrata al fine di garantire loro la libera circolazione in tutti gli Stati membri.

Orientamento, questo, che trova un suo preciso sviluppo nella Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea proclamata a Nizza del 2000, la cui efficacia giuridica è oggi fuori discussione per effetto dell'approvazione Protocollo di Strasburgo che riconosce, ai diritti in essa formulati, la stessa efficacia giuridica delle norme del Trattato di Lisbona entrato di recente in vigore.

La Carta di Nizza/Strasburgo, infatti, esplicitamente menziona il principio di non discriminazione per motivi legati all'orientamento sessuale (art. 21); riconosce il diritto di contrarre matrimonio e di costituire una famiglia secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio, senza effettuare alcun richiamo alla diversità di genere dei due nubendi (art. 9), come invece testualmente richiamati ai sensi dell'art. 12 della *Convenzione*.

Tuttavia ciò non consente di affermare che la Carta accolga una nozione di matrimonio che com-

prende anche le unioni omosessuali, come espressamente specificato nelle spiegazioni aggiornate relative al testo, in cui si legge appunto che: «l'articolo [9] non vieta né impone la concessione dello *status* matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso. Questo diritto è pertanto simile a quello previsto dalla CEDU, ma la sua portata può essere più estesa qualora la legislazione nazionale lo preveda».

Anche per quanto riguarda l'ordinamento dell'Unione Europea, si può certo affermare che, ferma l'efficacia giuridicamente vincolante del principio di non discriminazione per orientamento sessuale nel godimento dei diritti fondamentali, viene riconosciuta un'ampia discrezionalità a favore dei legislatori nazionali nella definizione degli istituti giuridici in grado di tutelare le coppie omosessuali nella loro vita familiare, in condizioni di piena parità rispetto alle coppie eterosessuali.

Ciò emerge anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee. Mi riferisco, in particolare, al caso *D-Regno di Svezia/Consiglio dell'Unione Europea* del 2001,<sup>7</sup> relativo ad un cittadino svedese, funzionario presso il Consiglio delle Comunità europee, che aveva registrato nel proprio paese l'unione stabile con un altro cittadino svedese del medesimo sesso. Unione, da cui, per espressa disposizione legislativa, discendono gli stessi effetti giuridici del matrimonio, salvo eccezioni *ex lege* previste.

Il ricorrente lamentava di aver subito una discriminazione a causa del suo orientamento sessuale, in quanto si vedeva negato l'assegno familiare spettante, invece, al funzionario coniugato.

La Corte di Giustizia non accoglieva il ricorso. Pur evitando, infatti, “di cadere” in valutazioni di ordine etico sulla «naturalità dell'istituzione familiare»<sup>8</sup>, i Giudici di Lussemburgo motivavano il rigetto evidenziando che solo in pochi Stati membri l'istituto del matrimonio era stato aperto alle coppie omosessuali, e facendo rilevare come, nell'accezione comunemente accolta dalla maggioranza degli Stati membri, il termine matrimonio potesse essere utilizzato solo per le unioni tra due persone di sesso opposto.

Lo stesso può dirsi con riguardo alla sentenza del 1° aprile 2008 pronunciata dalla Corte di Giustizia, in seguito ad un rinvio pregiudiziale operato dai giudici tedeschi chiamati a decidere su una controversia in materia previdenziale.

Si trattava di verificare, tra l'altro, se l'esclusione *ex lege* dal godimento della pensione di reversibilità della persona omosessuale, che aveva contratto una *Lebenspartnerschaft* con persona poi deceduta, costituiva una violazione del divieto di discriminazione per orientamento sessuale previsto ai sensi degli artt. 1, 2 n. 2 lett. a) della Direttiva 2000/78.

In tale caso, la Corte ravvisava una violazione del principio di non discriminazione per orientamento sessuale solo perché, a livello nazionale, il Legislatore tedesco aveva introdotto un istituto di diritto di famiglia che pone «... le persone dello stesso sesso in una posizione analoga a quella dei coniugi, per quanto riguarda la detta prestazione ai superstiti», aggiungendo poi, però, che «è compito del giudice *a quo* verificare se, nell'ambito di un'unione solidale, il partner superstite sia in una posizione analoga a quella di un coniuge beneficiario della prestazione ai superstiti prevista dal regime previdenziale di categoria ...»<sup>9</sup>.

In questa prospettiva di insieme, si può certo concludere che, a livello sovranazionale, non può essere riscontrato alcun vincolo che sia in grado da condizionare la discrezionalità del Legislatore italiano. O meglio: condividendo appieno il pensiero espresso da una parte della dottrina, a livello sovranazionale non emerge la «sussistenza di un diritto al matrimonio delle coppie omosessuali come soluzione necessaria»<sup>10</sup>, ma è sempre evidenziata l'ampia discrezionalità dei legislatori nazionali nella scelta degli strumenti giuridici attraverso cui riconoscere, in condizioni paritaria con le coppie eterosessuali, il rapporto affettivo e la vita familiare delle coppie omosessuali.

<sup>7</sup> C-267/06.

<sup>8</sup> Così E. ROSSI, in *Le unioni stabili registrate di fronte alla Corte di Giustizia*, in *Quad. Cost.*, 2001.

<sup>9</sup> Si vedano, a tal proposito, le considerazioni di A. D'ALOIA-P. TORRETTA, *Sulla tutela costituzionale della famiglia*, in G. BONILINI, M. CONFORTINI, *Codice della famiglia*, Torino, 2009.

<sup>10</sup> In particolare: N. PIGNATELLI, *Dubbi di legittimità costituzionale sul matrimonio eterosessuale: profili processuali e sostanziali*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); N. PIGNATELLI, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra "istituzione matrimoniale e "funzione" familiare*, in *Riv. dir. cost.*, 2006.

3. Quanto affermato sopra appare ancor più avvalorato se si opera, in chiave comparatistica, un'analisi degli istituti introdotti da Legislatori nazionali UE che hanno provveduto, ormai da anni, al riconoscimento del legame omosessuale. Indicativamente, come noto:

- ci sono Paesi che hanno esteso, in via legislativa, il diritto di contrarre matrimonio alle coppie omosessuali (Olanda, Belgio, Spagna e recentemente anche Norvegia, Svizzera e Portogallo);
- altri che hanno introdotto un istituto giuridico volto a dare riconoscimento unicamente al rapporto omosessuale; istituto distinto dal matrimonio, ma in grado di produrre effetti analoghi (Paesi scandinavi, Germania, Regno Unito, Repubblica Ceca e Austria che ha recentemente approvato l'*Eingetragene Partnerschaft Gesetz*);
- infine, Paesi che hanno provveduto a tutelare le convivenze senza dare rilievo all'orientamento sessuale dei contraenti (Lussemburgo e Francia).

La sintetica e non certamente esaustiva ricostruzione della normativa comunitaria ed internazionale prima proposta, se rapportata al contesto italiano, porta ad enfatizzare il ruolo del Parlamento italiano nel tutelare il rapporto affettivo tra persone omosessuali; tutela che non necessariamente deve essere attuata attraverso "l'apertura" dell'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali, potendo il Legislatore nazionale decidere di introdurre *ex novo* un istituto giuridico accessibile alle sole coppie omosessuali, dal quale far discendere effetti analoghi al matrimonio, ma da esso distinto, che troverebbe comunque una propria giustificazione costituzionale.

L'art. 29 Cost. esprime, infatti, un *favor matrimonii*, un atteggiamento di favore nei confronti della famiglia legittima quale, appunto, «società naturale fondata sul matrimonio».

Prescindendo dalle diverse letture cui tale articolo si presta, il principio del *favor matrimonii*, se da una parte potrebbe determinare l'illegittimità costituzionale di una disciplina di maggior favore della famiglia di fatto, dall'altra parte non potrebbe legittimare un atteggiamento di indifferenza sociale delle famiglie naturali caratterizzati, come la famiglia legittima, dall'*affectio*, dal desiderio di stabilità sociale, dall'aiuto materiale e spirituale reciproco.

Osta ad un modello costituzionale esclusivo di famiglia proprio l'art. 2 Cost., posto a fondamento del pluralismo sociale cui l'ordinamento giuridico si informa, e in ragione del quale la persona umana è tutelata anche nelle formazioni sociali, tra cui *tutte* le famiglie, luoghi comunque privilegiati di realizzazione e di sviluppo della personalità dei singoli e di adempimento di doveri inderogabili di solidarietà sociale<sup>11</sup>.

Rapportando le scelte operate da altri paesi europei all'ordinamento italiano, le soluzioni prospettabili attraverso cui dare tutela giuridica alle unioni omosessuali appaiono molteplici.

*Prima soluzione.* Tutelare indistintamente le convivenze *more uxorio* prescindendo dall'orientamento omo-eterosessuale delle coppie, sull'esempio dell'esperienza francese.

Tale soluzione mi sembra però quella giuridicamente meno appropriata in quanto manterrebbe ingiustificatamente la distinzione di trattamento tra coppie eterosessuali, che sarebbero doppiamente tutelate sia come conviventi sia come coniugi, e coppie omosessuali che, escluse dall'istituto matrimoniale, potrebbero essere tutelate solo come conviventi.

*Seconda soluzione.* Estendere alle coppie omosessuali la possibilità di accedere allo *status* di coniuge, aprendo a loro l'istituto matrimoniale.

A tal proposito, ritengo che l'art. 29 Cost. si presti ad una interpretazione dinamica: esso, infatti, non sembra stigmatizzare un determinato modello di famiglia; secondo una "lettura storicistica", avallata da una parte della dottrina, esso opererebbe un rinvio ad una determinata concezione di famiglia che si realizza in un determinato momento storico e, dunque, sarebbe in grado di evolversi nel tempo<sup>12</sup>.

La naturalità richiamata all'art. 29 Cost., è riferibile così alla "natura" della famiglia quale entità

<sup>11</sup> V. Corte cost. sent. n. 461/2000, n. 281/1997, n. 237/1986 consultabili sul sito internet <http://www.giurcost.it>. Per una tale lettura, cfr.: A. D'ALOIA-P. TORRETTA, *op. cit.*; A. D'ALOIA, *Sul divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale*, in *Riv. dir. cost.*, 2005.

<sup>12</sup> Tra tanti, P. BARCELLONA, voce *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1967.



di carattere innanzitutto sociale e dunque “necessaria”,<sup>13</sup> prima che giuridica; essa richiama la preesistenza di un “luogo” di autonomia privata, luogo «non interamente conformabile dal diritto ... limite per l’ordinamento stesso»<sup>14</sup>. Non è un caso, per l’appunto, che né la Costituzione né il codice civile la definiscano, presupponendola sempre.

In questa visione, si riconoscono in capo al Legislatore ampi poteri in merito alla «... valutazione della fattibilità sociale e politica di una eventuale dilatazione del contenuto dell’istituto matrimoniale»<sup>15</sup>, quale negozio giuridico in grado di adattarsi alle esigenze che, in un dato momento storico, la società avverte come preminenti.

Più in generale, fermo restando i valori supremi in cui la “comunità” democratica si riconosce, nel tempo, come tale, presupporrebbe che vi siano spazi giuridici immutabili, significa sminuire la funzione propria del diritto, la sua capacità ordinatrice e al contempo innovatrice dei rapporti sociali che si pongono, di volta in volta, meritevoli di tutela.

Da questo punto di vista, il fatto che nessuna disposizione costituzionale né legislativa richiami esplicitamente la differenza di sesso tra i nubendi quale requisiti per poter contrarre il matrimonio potrebbe a mio giudizio indurre il Legislatore ordinario a discostarsi dal modello tradizionale di famiglia legittima *eterosessista*.

Così è stato per esempio in Spagna in cui, quanto sancito all’art. 32 della Costituzione, che riconosce espressamente un diritto costituzionale dell’uomo e della donna a contrarre matrimonio non ha impedito al Legislatore, nel 2005, di aprire l’istituto matrimoniale alle persone omosessuali e dunque di «adattare il significato e la regolamentazione in ogni fase storica alla immagine che di essa si dà nella coscienza sociale, con l’unico limite invalicabile di preservare l’istituto nella sua riconoscibilità» rappresentata unicamente dalla *libera volontà* dei due nubendi.<sup>16</sup>

Così è stato in Portogallo.

L’art. 36 della costituzione portoghese, infatti, al 1° comma, stabilisce che «tutti hanno diritto di formare una famiglia e di contrarre matrimonio in condizioni di piena eguaglianza», operando poi, al 2° comma, un espresso rinvio alla legge ordinaria per la disciplina dei requisiti di accesso, degli effetti del matrimonio e delle cause del suo scioglimento. Ed infatti, era il codice civile a prevedere espressamente, come requisito per accedere al matrimonio, la diversità di sesso dei nubendi.

Proprio il riferimento alla piena eguaglianza tra i cittadini assume, però, in Portogallo un ulteriore significato. Infatti, nel 2004, è stato modificato l’art. 13 della Costituzione ed aggiunto, ai motivi di discriminazione vietata, anche l’orientamento sessuale (scelta, a ben vedere, che con riguardo al contesto istituzionale italiano, non appare, da un punto giuridico, necessaria, data la non tassatività dei motivi previsti ai sensi dell’art. 3 Cost., 1° comma, e dato che trattasi di principio affermato a livello internazionale e sovranazionale).

Estremamente interessanti, a tal proposito, sono le argomentazioni logico giuridiche spese dal *Tribunal constitucional*<sup>17</sup> che ha ritenuto non necessario pervenire, in via interpretativa, ad una ridefinizione del matrimonio previsto all’art. 36 Cost., riconoscendo, però, che le disposizioni costituzionali non ostano a che il Legislatore intervenga al fine di estendere l’istituto matrimoniale alle persone omosessuali.

Pertanto, muovendo comunque da una lettura “aperta” dell’art. 36, 1° comma, i Giudici costituzionali portoghesi hanno evitato di intervenire con una pronuncia di tipo additiva, a salvaguardia della discrezionalità del Legislatore, sostenendo che il rinvio espressamente operato alla legislazione ordinaria fa sì che la nozione di matrimonio accolta sia quella radicata nella comunità portoghese<sup>18</sup>

<sup>13</sup> Così P. BARCELLONA, *op. cit.*

<sup>14</sup> B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguagli in natura o uguali in diritto?*, in Atti del seminario “*La società naturale e il suo diritto*”, Ferrara, 26 febbraio 2010.

<sup>15</sup> Così N. PIGNATELLI, *op. cit.*

<sup>16</sup> In tal senso: E. EXPOSITO GOMEZ, *La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali e la Costituzione spagnola*, in *Foro it.*, 2007, V.

<sup>17</sup> *Acórdão* n. 359/2009, 9 luglio 2009, *Diário da República*, 2ª série, n. 241, 4 de Novembro de 2009.

<sup>18</sup> Nel citato *Acórdão*, il *Tribunal Constitucional* portoghese afferma: «*Mas a circunstância de a Constituição, no já cita-*

e riconoscendo, così, che la sede opportuna per modificare l'istituto matrimoniale sia quella legislativa.

Cosa che è avvenuta recentemente, con l'approvazione, nel dicembre 2009, della legge con cui si è provveduto a modificare l'art. 1577 del codice civile portoghese che oggi offre una definizione "neutra" rispetto all'orientamento sessuale dei nubendi, prevedendo che il matrimonio è «celebrato tra due persone che manifestano la volontà di costituire una famiglia mediante una piena comunione di vita, nei termini delle disposizione del presente codice»<sup>19</sup>.

Queste valutazioni, a mio giudizio, sono rapportabili anche al contesto italiano, sebbene l'art. 29 Cost. effettui solo un "rinvio implicito" alla disciplina codicistica la quale, a differenza del codice civile portoghese, non menziona mai la diversità di sesso tra i nubendi tra i requisiti per contrarre matrimonio, in quanto semplicemente dato per presupposto.

Il dibattito politico sviluppatosi in Spagna e la lettura delle argomentazioni logico-giuridiche espresse dal Tribunale costituzionale portoghese il quale opera, tra l'altro, una accurata ricostruzione delle scelte operate in altri Paesi sia di *civil law* e di *common law*, mettono in evidenza come le argomentazioni spese nel dibattito italiano a difesa del paradigmatico modello eterosessuale di matrimonio, siano in relata prive di rilievo giuridico, come per esempio è, a mio giudizio, la "naturale e potenziale genitorialità" dei nubendi.

Con riguardo specifico al contesto italiano, muovendo da una visione scevra da valutazioni di ordine religioso, a mio giudizio, non si può invocare la "naturale" genitorialità per escludere le persone omosessuali dal contrarre matrimonio: da una parte, infatti, il fine procreativo, legato alla concezione canonica di matrimonio, non invalida il matrimonio civile contratto con l'intesa di non avere figli o il matrimonio tra persone sterili; dall'altra, la tutela dei rapporti di filiazione è prevista da una autonoma disposizione (art. 30 Cost.) e, per di più, prescinde dal contesto familiare in cui tale rapporto si inserisce, essendo i figli nati fuori dal matrimonio equiparati ai figli nati in circostanza di matrimonio e persistendo, in capo al genitore, il dovere di educare, mantenere ed istruire i figli anche in caso di scioglimento del matrimonio.

Dal mio punto di vista, l'apertura alle coppie omosessuali dell'istituto matrimoniale, apparirebbe così una soluzione costituzionalmente conforme, in grado al meglio di garantire l'eguaglianza tra le coppie omosessuali ed eterosessuali. Tuttavia, essa non appare la soluzione costituzionalmente necessaria, a tal punto da giustificare una pronuncia additiva, anche solo di principio, volta a vincolare, in tal senso, la discrezionalità del Legislatore.

*Terza soluzione.* Sull'esempio dell'ordinamento tedesco, il Legislatore ordinario italiano potrebbe introdurre un istituto giuridico autonomo e distinto dal matrimonio, ma ad esso affine per regime giuridico che ne discende. Una tale opzione, muove però da una lettura dell'istituto matrimoniale non modificabile in via legislativa nei tratti che si reputano essenziali e, dunque, inaccessibile alle coppie omosessuali nella misura in cui si assume l'eterosessualità dei nubendi elemento che determina la stessa esistenza giuridica dell'istituto.

A tal proposito, mi sembra possa essere di qualche utilità, ricordare alcuni passaggi salienti delle argomentazioni logico-giuridiche spese al *Bundeverfassungsgericht* nel 2002<sup>20</sup>, quando, su ricorso di alcuni *Laender*, si è trovata a giudicare in merito alla conformità dell'istituto del *Lebenspartnerschafti* al dettato costituzionale. Infatti, in chiave forse ancor più stringente rispetto a quanto previsto

---

do n.º 1 do seu artigo 36.º, se referir expressamente ao casamento sem o definir, revela que não pretende pôr em causa o conceito comum, radicado na comunidade e recebido na lei civil». Ed ancora: «No tratamento da questão de saber se o direito de contrair casamento previsto na Constituição deve ser estendido ao casamento entre pessoas homossexuais devem, pois, ser excluídos quer o entendimento segundo o qual essa extensão não envolveria uma redefinição judicial do casamento, quer o entendimento segundo o qual o casamento objecto de tutela constitucional envolve uma petrificação do casamento tal como este é hoje definido na lei civil».

<sup>19</sup> Secondo quanto previsto dall'art. 2 della Lei n. 9/2010 ("Permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo), approvata l'11 febbraio 2010 e, al momento, in corso di promulgazione, il nuovo art. 1577 del codice civile portoghese stabilirà che «... Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, non termos das disposições deste Código».

<sup>20</sup> Bvf 1/01, Bvf 2/02, 17 luglio 2002.

dalla Costituzione italiana, la Costituzione tedesca, ai sensi dell'art. 6, 1° comma, accorda al matrimonio (*die Ehe*) una speciale tutela, da cui discende il dovere da parte del Legislatore di promuovere questo istituto.<sup>21</sup>

Tutela speciale, preferenziale, ma non esclusiva: secondo l'interpretazione offerta in tale circostanza dal *Bunerverfassungsgericht*, l'art. 6, 1° comma, non osta a che il Legislatore introduca *ex novo* nell'ordinamento giuridico un istituto distinto, finanche nel *nomen iuris*, dal matrimonio, ma in grado produrre effetti analoghi, al fine di regolamentare altre forme di organizzazione di vita comune, che coesistono accanto a quello costituzionalmente tutelato.

Un tale istituto, secondo i Giudici costituzionali tedeschi, non va a sminuire nemmeno il tenore promozionale della disposizione costituzionale, in quanto non pregiudica la libertà per le persone eterosessuali di contrarre matrimonio ma realizza, sebbene solo materialmente, condizioni di trattamento paritario della coppie *omo ed eterosessuali* nella libertà di scegliere o meno di contrarre matrimonio o un'unione registrata e, dunque, nella libertà di scegliere se dare rilievo giuridico, o meno, alla comunione di vita comunque posta in essere.

Si è trattato, evidentemente, di un approccio estremamente cauto e soprattutto di una soluzione che ha permesso, gradualmente, attraverso interventi legislativi susseguites nel tempo, di realizzare la piena, ma pur sempre 'materiale' equiparazione dei due regimi giuridici.

Sulla base di queste considerazioni, data l'ampia discrezionalità del Legislatore nella scelta di istituti giuridici diversi con cui poter tutelare la vita familiare omosessuale, mi sembra che possa riconoscersi alla Corte costituzionale italiana un limitato spazio decisionale.

Ritengo che, con riguardo all'esperienza sovranazionale e straniera, l'unico principio che potrebbe vincolare la Corte costituzionale sia il principio di non discriminazione per orientamento sessuale; il dovere di garantire, la realizzazione della pari dignità sociale delle persone, prescindendo dall'orientamento sessuale di ciascuno.

Pari dignità che, con riguardo al diritto di famiglia, è possibile realizzare attraverso diversi istituti giuridici, ciascuno dei quali rappresenta una scelta costituzionalmente giustificabile, alla luce dei principi e diritti enunciati in Costituzione pur presupponendo, forse sì, una diversa sensibilità politica.

Da questo punto di vista, ritengo che la soluzione prospettabile sia una decisione di inammissibilità, accompagnata però da un monito al fine di sollecitare il Legislatore a colmare questa lacuna normativa, secondo gli strumenti giuridici che riterrà più opportuni.

---

<sup>21</sup> Per un primo commento, J. WASMUTH, *La convivenza registrata tra persone dello stesso sesso e l'orientamento giurisprudenziale della Corte costituzionale tedesca*, in *Famiglia*, 2003.

PAOLO VERONESI\*

## Matrimonio omosessuale, ovvero: «È sorprendente per quanto tempo si può negare l'evidenza, di fronte a certe cose»\*\*

«Io credo che, in particolare, un uomo e una donna  
siano le persone meno adatte a sposarsi tra loro»

(M. Troisi, *Pensavo fosse amore invece era un calesse*, 1991)

**SOMMARIO:** 1. Perché il titolo. – 2. L'impossibilità di un'interpretazione adeguatrice e cenni sull'*intentio* del legislatore e dei Costituenti. – 3. L'art. 29 Cost., il "giuspositivismo temperato" e il "valore" adottato dai Costituenti. – 4. Il paradigma eterosessuale del matrimonio e la forza della "tradizione". – 5. La procreazione: un altro falso problema. – 6. Ancora sull'art. 29 Cost. e l'"interpretazione per valori". – 7. Le c.d. "interpretazioni deboli" della Costituzione. – 8. Il "diritto naturale" questo sconosciuto. – 9. L'art. 29 Cost. e il principio di uguaglianza alla prova del matrimonio gay. – 10. Conclusioni (e ipotesi di soluzione).

1. Il tema è di quelli che scottano. Anche per questo non è peregrino ipotizzare che – posta l'indiscussa rilevanza delle questioni sollevate dai giudici *a quibus* – la Corte s'indirizzi verso la sponda dell'inammissibilità. In tal caso essa potrebbe tuttavia lasciar intendere – come meglio si dirà – che la scelta di elaborare un'eventuale disciplina del *same sex marriage* vada rimessa alla sola discrezionalità del legislatore<sup>1</sup>. Ciò potrebbe comunque costituire un risultato non privo di rilievo, confermando la conciliabilità tra un simile sviluppo normativo e la Costituzione; esso aprirebbe tuttavia una serie di ulteriori questioni che si menzioneranno alla fine.

Una prognosi di tal genere – propensa ad attendersi una decisione d'inammissibilità per discrezionalità del legislatore – scaturisce peraltro dalla nota (e talvolta comprensibile) tendenza della Corte "a evitare gli scogli" più ruvidi, specie allorché il collegio non riesca a raccogliersi attorno a una tesi condivisa e il dibattito sul tema sia controverso. In tali contesti «una qualche ragione di inammissibilità, è quasi sempre possibile rilevarla»; «è facile perciò che, di fronte alle difficoltà, la Corte cerchi la via per procedere oltre»<sup>2</sup>. Anche se questo può provocare la permanenza in vigore di una norma dalla dubbia costituzionalità e l'abdicazione della Corte alla sua stessa ragion d'essere<sup>3</sup>.

Tuttavia, se è vero che la prudenza costituisce spesso una virtù per le Corti costituzionali ovunque sparse nel mondo, parrebbe pur sempre trattarsi di «una virtù limitata, non la più importante; cambiamenti rapidi e di ampio respiro possono» anzi «essere giustificati» e auspicabili, specie in presenza di palesi anacronismi e plateali inerzie legislative. L'ottica costituzionalistica mette infatti

---

\* *Associato di Diritto costituzionale, Università di Ferrara.*

\*\* J. COE, *La pioggia prima che cada*, Feltrinelli, Milano, 2007, p. 103

<sup>1</sup> Come del resto risulta ammesso dalla stessa Circolare del Ministero degli Interni n. 55 del 18 ottobre 2007, nonché dalla Corte d'Appello di Roma, decr. 13 luglio 2007 e dalla Corte d'Appello di Firenze 27 giugno 2008 (documenti reperibili sul sito <http://www.amicuscuriae.it>).

<sup>2</sup> G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, Einaudi, Torino, 2005, p. 77 s.

<sup>3</sup> G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009, p. 295.

a nudo come le prassi più radicate possano spesso offendere gli impegni assunti nella stessa Carta fondamentale, travolgendone le aspirazioni originarie<sup>4</sup>. In talune vicende, anche il nostro giudice delle leggi non ha quindi mancato di dar prova di un doveroso coraggio<sup>5</sup>.

In tale prospettiva si scandaglieranno perciò, qui di seguito, le ragioni giuridico-costituzionali per le quali si ritiene che non solo il legislatore potrebbe predisporre una disciplina legislativa del matrimonio gay, ma che – già ora – inducono a ritenere illegittimo il diritto vivente che lo esclude. Si tratta cioè di sottolineare i motivi per i quali la Corte, inquadrando il caso in base alle norme costituzionali a disposizione – meglio definite anche grazie alle nuove domande che il problema da decidere mette a fuoco – potrebbe optare, senza scandalo, per una decisione di accoglimento.

**2.** Come ben delineato nelle ordinanze di rimessione – specie in quelle di Venezia, Firenze e Ferrara – il nodo dei problemi sollevati dalle questioni di legittimità costituzionale sul tappeto va in prima battuta affrontato utilizzando i parametri degli artt. 2, 3 e 29 Cost. Nella prospettiva che si adatterà può invece trascurarsi il richiamo all'art. 117 Cost.

Un simile approccio ritiene quindi scontata l'impossibilità di evitare la *quaestio* mediante un'interpretazione adeguatrice delle norme codicistiche, la quale legittimerebbe peraltro una decisione processuale o (al più) un'interpretativa di rigetto: troppo monolitico appare infatti il diritto vivente sul punto, né risulta agevole superare con la "piroetta" di un'"interpretazione conforme" tradizioni che affondano in prassi così radicate<sup>6</sup>. Anche perché, al di là dello specifico elenco dei divieti matrimoniali di cui agli artt. 84 ss. c.c. (ove *non* si menziona la differenza di sesso), ulteriori disposti della stessa fonte pietrificano invece il paradigma eterosessuale presupposto dal legislatore<sup>7</sup>.

Quest'ultimo profilo va peraltro affrontato anche in riferimento alle norme che la Costituzione dedica al matrimonio (e, *in primis*, all'art. 29).

A tal proposito può certo ritenersi assodato che i Costituenti – come il legislatore del 1942 e del 1975 – non potevano neppure concepire la rivendicazione di una libertà matrimoniale da parte di aspiranti coniugi del medesimo sesso; pretesa che solo in tempi recenti si è via via fatta strada (non senza resistenze) tra gli stessi gay. Tuttavia, quanto emerge dalle norme costituzionali, anche ricostruendone nel dettaglio i significati semantici, la *ratio* originaria o la più mirata *intentio* di chi le ha elaborate, non risulta affatto sovrapponibile ai ben più rigidi assunti delle impugnate norme codicistiche che apertamente accolgono il paradigma eterosessuale del matrimonio.

**3.** Non è quindi casuale che, a ben vedere, nessuno dei più quotati approcci interpretativi al testo costituzionale sembrerebbe legittimare, *de plano*, il divieto del matrimonio gay. Il giuspositivismo temperato, l'interpretazione cosiddetta "per valori", le concezioni costituzionali impropriamente dette "deboli", il mero ancoraggio alla tradizione o il variegato richiamo al "diritto naturale" non paiono infatti in grado – per ragioni assai diverse – di giustificare in modo convincente il divieto del *same sex marriage*.

Nella prospettiva giuspositivista "critica" è, ad esempio, essenziale muovere dalla concreta fisionomia degli enunciati reperibili nella Carta. Anche perché – si afferma – la nostra Costituzione usa espressioni sufficientemente ampie, di per sé idonee a sostenere la progressiva evoluzione di molti istituti. Fermo restando che le disposizioni costituzionali vanno comunque valutate anche alla luce del contesto in cui vengono fatte precipitare – essendo proprio dell'interpretazione giuridica l'obiettivo di risolvere problemi attuali e concreti – quest'approccio tuttavia ribadisce che l'enunciato di

<sup>4</sup> C. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, il Mulino, Bologna, 2009, p. 97 s., p. 107 s.

<sup>5</sup> Si pensi alla dichiarazione d'incostituzionalità del reato di aborto (sent. n. 27/1975) o alla pronuncia che ha ritenuto illegittima la norma penale sull'adulterio femminile (sent. n. 126/1968).

<sup>6</sup> A favore dell'interpretazione conforme v. P. TINCANI, *Diritto, natura, diritti. L'affaire del matrimonio omosessuale*, in B. PEZZINI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto*, Jovene, Napoli, 2008, p. 173 ss.

<sup>7</sup> V. gli artt. 107, 108, 143, 143-bis e 156-bis.

volta in volta in rilievo dev'essere davvero idoneo a sopportare il peso che la modernità intende sbarcargli; e che non si può comunque, per amor di tesi, azzerare il ruolo dell'interpretazione storica e dell'intenzione dei Costituenti<sup>8</sup>.

In tal senso, alla luce – nell'ordine – dello stesso suo testo, del silenzio che (sul punto) ne accompagnò l'approvazione, del particolare tenore del dibattito che (al contrario) occupò i membri dell'Assemblea Costituente, della connessione sistematica della norma in oggetto con altri principi e regole della Costituzione (gli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost.), l'art. 29 Cost. non appare affatto in grado di edificare una solida barriera al riconoscimento dell'illegittima esclusione legislativa del matrimonio gay<sup>9</sup>.

Ritenere raggiungibile la prova della puntuale volontà dei Costituenti di non ammettere il matrimonio omosessuale – ovvero della loro volontà di consentire il matrimonio soltanto tra persone di sesso diverso – è, in realtà, privo di senso. È infatti assai difficile argomentare la consapevole intenzione psicologica dei Costituenti di escludere – con una decisione davvero prescrittiva – il matrimonio gay; richiesta che – come accennato – fino a pochi anni fa non formulavano neppure i potenziali protagonisti della libertà ora rivendicata. I Costituenti non si preoccuparono insomma di escludere scientemente gli omosessuali (o, come vedremo, i transessuali) dall'istituto del matrimonio; né pensarono precisamente di ammettere al matrimonio *solo* le coppie formate da soggetti di sesso diverso; dettero invece per scontati molti fondali della scena in cui furono chiamati a recitare la loro parte<sup>10</sup>. Essi non hanno insomma offerto – né l'avrebbero potuto – circostanziate risposte (in positivo o in negativo) a domande che non potevano neppure essere formulate in quel momento storico; implicitamente ragionando su ciò che conoscevano hanno invece plasmato regole e principi estesi al punto da essere comunque idonei ad affrontare temi e questioni che erano di là da venire.

La concreta preoccupazione dei Costituenti – così com'essa chiaramente emerge dalle serrate discussioni che interessarono l'art. 29 – si collocava infatti su un ben diverso piano.

Non il paradigma eterosessuale costituì insomma il principio/valore sul quale si concentrò l'acceso dibattito poi tradotto nel testo dell'art. 29, 1° comma, Cost.: i Costituenti vollero invece definire – in antitesi al recente passato fascista<sup>11</sup> – l'autonomia originaria della famiglia matrimoniale rispetto allo Stato; un'autonomia perciò «destinata a circoscrivere i poteri del futuro legislatore in ordine alla sua regolamentazione»<sup>12</sup>. Come perfettamente sintetizzarono taluni esponenti di spicco dell'Assemblea, quanto affermato dall'art. 29 «non è» dunque «una definizione, è una determinazione di limiti»<sup>13</sup>; né esso intende «cristallizzare la famiglia in certe superstrutture che potevano essere, o meno, storicamente giustificate centocinquanta anni fa o anche in tempi più recenti», bensì «individuare il nucleo essenziale ed aprirla – attraverso le norme che si verranno stabilendo – a quella vocazione sociale, già riconosciuta alla persona, che giustamente le compete»<sup>14</sup>. Motivo per cui – come chiosò Togliatti – appare scontato che le «forme» della famiglia saranno «storicamente determinate»<sup>15</sup>, ovvero che – come sostenne Aldo Moro – vi sarà, nel corso della storia, «un sempre più perfetto adeguamento della famiglia» al modello della «razionalità»<sup>16</sup>. La disciplina costituzionale della famiglia mirava insomma a definire (e tuttora delinea) alcuni «punti fissi, che non siano irrigidimenti della nostra vita sociale, ma che siano fondamento sicuro per ulteriori sviluppi costrut-

<sup>8</sup> A. PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in <http://www.costituzionalismo.it> (11 luglio 2006).

<sup>9</sup> Di parere contrario è però il più tenace sostenitore del metodo giuspositivista temperato: v. A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 46, nota 40.

<sup>10</sup> A.Y. MELANI, *Il matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale: azzardo o svolta?*, in <http://www.forum costituzionale.it> (30 giugno 2009).

<sup>11</sup> Ove si era imposta una particolare versione della c.d. “famiglia fascista”, microcosmo gerarchico e autoritario, in grado di reagire con prontezza agli input statali cui si riteneva funzionalizzata.

<sup>12</sup> C. MORTATI, in A.C. 23 aprile 1947, p. 3248. Per tale ricostruzione dell'*intentio* dei Costituenti si rinvia anche a E. CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale all'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 1233 ss.

<sup>13</sup> A. MORO, A.C. 18 aprile 1947, p. 3049.

<sup>14</sup> G. DOSSETTI, I Sottocommissione, 30 ottobre 1946.

<sup>15</sup> P. TOGLIATTI, Commissione per la Costituzione, Ad. plen., 15 gennaio 1947, p. 102.

<sup>16</sup> A. MORO, Commissione per la Costituzione, Ad. plen., 15 gennaio 1947, p. 102.

tivi»<sup>17</sup>. Affermazioni – queste – che aiutano a comprendere quale fosse l’effettiva tensione intellettuale dei Costituenti e come risultasse loro assai chiaro che l’evolvere delle fisionomie familiari inevitabilmente sfuggiva a qualsivoglia premonizione. Ritennero invece pressante formalizzare e proteggere l’autonomia della famiglia rispetto allo Stato, identificando nel matrimonio (non ulteriormente definito) l’atto-membrana idoneo a delimitare le realtà giuridico-familiari *in primis* tutelate dalla Costituzione. Tutto il resto – si deduce – poteva quindi essere soggetto a «ulteriori sviluppi costruttivi»<sup>18</sup>.

4. Venendo a tempi più vicini, è (anche) per queste ragioni che, nella L. n. 164/1982, e poi nella sentenza costituzionale n. 161/1985, il legislatore e la Corte hanno potuto avallare l’idea per cui – nella particolare ipotesi del transessualismo – il matrimonio tra persone dello stesso genere biologico non contrasta con l’art. 29 Cost. Ciò è insomma accaduto nonostante il fatto che un’*intentio* del genere e lo stesso fenomeno appena menzionato non fossero senz’altro concepibili dagli estensori della Carta; tuttavia, tale esito risulta pienamente compatibile con quanto affermato dalle norme costituzionali sulle famiglia, interpretate assieme ad altre specifiche previsioni dello stesso rango (gli artt. 2 e 32 Cost.)<sup>19</sup>. La legge e la pronuncia costituzionale ammettono così il matrimonio del transessuale che abbia ottenuto la rettifica chirurgica e anagrafica del sesso (evento che, in effetti, accade con regolarità nell’esperienza positiva del nostro ordinamento). Nello stesso senso si sono del resto espresse anche la Corte EDU e la Corte di giustizia<sup>20</sup>, le cui giurisprudenze – ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost. – certamente vincolano (sia pure in modo diverso) il legislatore e i giudici interni.

Se ne evince quindi, come già si diceva, la conformità a Costituzione di matrimoni che abbiano per protagonisti soggetti appartenenti allo stesso sesso biologico<sup>21</sup>: il transessuale rimane infatti geneticamente ancorato al proprio sesso di partenza nonostante le terapie e le pratiche chirurgiche cui si sottoponga. In taluni casi, poi, il matrimonio già posto in essere potrebbe continuare a produrre i suoi effetti anche laddove uno dei due coniugi proceda al solo successivo “cambio di sesso”; ciò se finalmente si ammettesse che la previsione dell’automatico scioglimento del matrimonio a causa della rettifica del sesso anagrafico di uno dei coniugi è stata abrogata dalla riforma della legge sul divorzio<sup>22</sup>.

Insomma, se il paradigma eterosessuale del matrimonio fosse davvero scolpito, senza sfumature, nel marmo della nostra Costituzione – al di là del suo obbiettivo silenzio sul punto – il legislatore, la Consulta e la giurisprudenza avrebbero dovuto assumere un atteggiamento assai diverso nei confronti del matrimonio di chi si sottoponga alla modifica chirurgica dei tratti sessuali. È poi senz’altro vero che la Corte EDU non ha mostrato un’analogia solerzia sul fronte del matrimonio gay<sup>23</sup>; ciò tuttavia non significa che non vi sia un punto di rottura oltre il quale le stesse giurisprudenze della Corte EDU o della Corte di giustizia non possano resistere; specie dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona che, pur rinviando alle legislazioni nazionali sul punto, non distingue apertamente – e, questa volta, consciamente – il sesso dei potenziali coniugi, vietando, al contempo, le discrimina-

<sup>17</sup> G. DOSSETTI, Commissione per la Costituzione, Ad. plen., 15 gennaio 1947, p. 104.

<sup>18</sup> Per citare ancora G. DOSSETTI, Commissione per la Costituzione, Ad. plen., 15 gennaio 1947, p. 104.

<sup>19</sup> È vero che, nella sent. n. 161/1985, le questioni fondate sugli artt. 29 e 30 Cost. sono dichiarate inammissibili, ma le considerazioni svolte dalla Corte nei punti 12 e 13 del *Cons. in dir.* affondano indubbiamente le unghie anche in taluni profili di merito.

<sup>20</sup> Si rinvia alla giurisprudenza riportata sul sito <http://www.amicuscuriae.it>.

<sup>21</sup> Tra gli altri, incorre quindi in un errore prospettico il Tribunale di Bergamo, sez. I civ., 19-21 febbraio 2009, in <http://www.amicuscuriae.it>, laddove afferma che il matrimonio tra due persone dello stesso sesso biologico è un istituto inesistente: già “esistono” unioni di questo tipo.

<sup>22</sup> Art. 3, 3° comma, n. 2, lett. g), L. n. 898/1970, come modificato dalla L. n. 74/1987.

<sup>23</sup> V., ad esempio, M. MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, BUP, Bologna, 2007, p. 350 ss.

zione fondate sull'orientamento sessuale. Un significativo rilievo in tal senso assumono e assumeranno poi le legislazioni che, in materia, cominciano a fioccare tra i Paesi del Continente. Modificando lentamente i c.d. principi costituzionali comuni.

In modo del tutto analogo (anche se in ben altro contesto) la Corte ha del resto argomentato nella sentenza n. 135/2002, ove ha messo nero su bianco che le «ispezioni», le «perquisizioni» e i «sequestri», testualmente menzionati all'art. 14 Cost., non vanno definiti richiamando il vocabolario noto ai Costituenti: la legge ordinaria – e, perché no, le pronunce d'illegittimità – ne possono al contrario intaccare tratti anche fondamentali, ragionando di situazioni, esigenze, innovazioni tecnologiche e opportunità neppure immaginabili al momento in cui la norma costituzionale venne a perfezionarsi<sup>24</sup>. *Mutatis mutandis*, lo stesso evidentemente vale anche per il “matrimonio” ex art. 29 Cost.

Questi argomenti appaiono altresì opponibili a chi propone una lettura della Carta fondata sulla forza della “tradizione”: non al solo passato hanno dunque rivolto lo sguardo i Costituenti, e quando ciò accaduto è stato spesso per discostarsene ed eluderne i rischi. Come meglio si dirà, anche nel dibattito sulla famiglia essi hanno invece (e più opportunamente) fatto riferimento al futuro, così rinnegando in modo espresso taluni specifici tratti della tradizione; perché al futuro – come ci confermano le sentt. n. 161/1985 e n. 135/2002 – le “parole della Carta” sono geneticamente chiamate a declinarsi.

5. Né – sempre muovendo dagli assunti dell'idea giuspositivista, ma intrecciando anche altre impostazioni – potrebbe affermarsi che, però, solo le coppie eterosessuali possono procreare, dovendosi quindi esclusivamente riferire a queste realtà quanto previsto agli artt. 30 e 31 Cost. Soltanto esse potrebbero dunque contrarre matrimonio.

A prendere sul serio tale obiezione – com'è stato spesso rimarcato – dovrebbe allora precludersi il matrimonio ai transessuali nonché a molte formazioni familiari pur composte da membri di sesso diverso (anziani, sterili, donne in menopausa, coppie non disposte a procreare, persone che contraggono le nozze in punto di morte)<sup>25</sup>; la legge, invece, opportunamente consente simili unioni e sarebbe anzi certamente incostituzionale una norma che le vietasse. Neppure l'impotenza, ai sensi dell'art. 122, 2° e 3° comma, c.c. è di per sé una causa d'invalidità del matrimonio<sup>26</sup>. La giurisprudenza, dal canto suo, nitidamente appoggia l'assunto per cui il matrimonio non reca necessariamente con sé l'evento procreativo<sup>27</sup>.

Né pare convincente ribattere che «*ab immemorabili* la riunione degli individui in famiglie abbia avuto anche (e specificamente) di mira proprio la trasmissione della specie e che il matrimonio, come rito e sostanza, sia stato “inventato” onde dare quella stabilità alla *societas* familiare che si è ritenuto non avrebbe altrimenti potuto avere»<sup>28</sup>. Ciò che valeva un tempo non vige più al presente; l'evoluzione sociale, la legge e la stessa Costituzione hanno infatti scardinato l'equazione matrimonio-figli. È stato così abrogato il reato di sterilizzazione volontaria<sup>29</sup> e annullato dalla Corte costituzionale quello di propaganda di pratiche contraccettive<sup>30</sup>; analogamente, l'art. 1, L. n. 194/1978, proclama il diritto a una procreazione cosciente e responsabile, la quale può ovviamente esprimersi anche nel decidere di non dare alla luce nessun figlio. E si tratta di eventualità che naturalmente vi-gono anche per chi sia sposato (e che, probabilmente, non passarono neppure per la mente di chi elaborò la Costituzione).

<sup>24</sup> V. ancora A. PACE, *Interpretazione costituzionale*, cit.

<sup>25</sup> Tra i molti v. M. GATTUSO, *La Costituzione e il matrimonio fra omosessuali*, in *Il Mulino*, 2007, p. 456.

<sup>26</sup> Cfr. G. FERRANDO, *Il matrimonio gay, il giudice e il legislatore*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, par. 2.

<sup>27</sup> V., ad esempio, la sent. Cass. civ., sez. I, n. 21099/2007, che, ex artt. 2 e 29 Cost., ritiene legittima la richiesta di divorzio avanzata dalla moglie in base al fatto che il marito si rifiutava di avere rapporti sessuali non finalizzati alla procreazione.

<sup>28</sup> A RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, nota 21.

<sup>29</sup> Cfr. l'art. 22, L. n. 194/1978.

<sup>30</sup> Cfr. la sent. n. 49/1971.



È perciò alquanto indicativo che, nello stesso testo della Carta, si traccino a questo riguardo due ben distinti circuiti normativi; da un lato viene collocata la famiglia matrimoniale (è il percorso delineato dagli artt. 29 e, in parte, 31 Cost.), mentre, dall'altro, si dipana la disciplina della procreazione (si tratta degli artt. 37, 30 e, in parte, 31 Cost.). Quest'ultimo circuito, ai sensi degli enunciati costituzionali, può dunque ed evidentemente intercettare anche coppie non coniugate, ovvero genitori single o adottivi, come ha del resto più volte ribadito la Consulta<sup>31</sup>. Né il qui esplicito «riconoscimento dell'essenziale funzione familiare» svolta dalla donna esclude di per sé che si diano famiglie composte da sole donne o – all'opposto – da soli uomini; tanto è vero che, ragionando in rapporto all'art. 3 Cost., la giurisprudenza costituzionale e il legislatore hanno via via esteso il ruolo dei padri nell'assistenza ai figli, giungendo in sostanza a riconoscerne la fungibilità alle madri. Né i pregiudizi sociali o le convinzioni tradizionali nei confronti del genere femminile – che l'art. 37 in qualche dose assorbe – svaniscono alla presenza di una coppia lesbica o di un transessuale.

A ulteriore conferma di ciò abbiamo peraltro l'esplicito richiamo ai figli nati fuori dal matrimonio (art. 30, 3° comma, Cost.)<sup>32</sup>: come a dire che le due vicende (matrimonio e tutela della procreazione) ben possono (e spesso debbono) procedere su binari separati. Neppure in questa prospettiva la tradizione parrebbe dunque avere argomenti da spendere. Non a caso, essa non contemplava affatto né la tutela dei figli illegittimi, né il principio dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 29, 2° comma, Cost.), né poteva giustificare la bocciatura da parte dei Costituenti (e sia pur sul filo di lana) dell'indissolubilità del matrimonio.

Una conferma diretta di quanto sinora affermato scaturisce del resto dalla citata sentenza costituzionale n. 161/1985, ove la Corte ha stabilito a chiare lettere che solo «arbitrariamente» può attribuirsi «alla capacità generativa il carattere di requisito essenziale per la validità e l'esistenza» del matrimonio<sup>33</sup>.

Nel nostro caso sarebbe comunque un errore soffermarsi troppo sull'argomento della genitorialità: si tratta infatti di un profilo del tutto irrilevante ai fini della definizione della *quaestio* ora all'esame della Corte.

6. Detto questo – e come già può intuirsi – neppure percorrendo i solchi di un'interpretazione costituzionale “per valori” pare si possa giungere a esiti tanto dissimili. A parte il rilievo che – anche in questa prospettiva – viene riconosciuto al testo, vero specchio dello “spirito” della Costituzione, rimane altresì che la sua precomprensione non va mai resa indipendente né dalle domande (anche originali) suscitate dalla modernità, né dall'intero sistema delle disposizioni entro cui la singola norma s'incastona. Quindi, mai l'interpretazione costituzionale potrebbe limitarsi all'asfittico interrogarsi sulla struttura e il mero contenuto di una singola traccia normativa, dovendo invece (e ad esempio) librarsi nelle traiettorie dell'interpretazione sistematica, utilizzando come bussola il sistema di norme-principi-valori racchiuso nell'intera trama della Carta<sup>34</sup>.

Le analogie tra gli esiti cui si giunge accedendo al metodo giuspositivista temperato o all'interpretazione per valori paiono più che evidenti; quanto concluso utilizzando il primo perfettamente si raggiunge anche seguendo le coordinate della seconda.

Così – e come già s'è tratteggiato – il valore o lo spirito ricavabili dalla norma costituzionale che richiama la famiglia e il matrimonio sono perfettamente consoni all'estensione per via legislativa o giurisprudenziale del matrimonio ai transessuali (e – ora – anche agli omosessuali). Di altri valori – come già detto – si è occupato il Costituente nel forgiare l'art. 29. Tanto più se – in chiave sistemati-

<sup>31</sup> Molto chiara è, ad esempio, la sent. n. 166/1998, spec. punto 3, del *Cons. in dir.* Nella sent. n. 183/1994, la Corte ha inoltre e chiaramente suggerito che nulla si oppone a oculte innovazioni legislative che ammettano l'adozione anche da parte di «una persona singola».

<sup>32</sup> Sul rapporto tra le tutele riconosciute a questi ultimi e quelle proprie dei figli della famiglia legittima, v., da ultimo, la sent. n. 335/2009.

<sup>33</sup> Cfr. punto 12 del *Cons. in dir.*

<sup>34</sup> F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in <http://www.costituzionalismo.it> (8 luglio 2005).

ca – vale ciò che si concluderà tra breve a proposito del principio di uguaglianza: un altro valore assolutamente prioritario nella “psicologia” dei Costituenti nonché destinato (per definizione e in tutti i suoi addentellati) a stendersi sull'intero “campo da gioco” della Carta.

7. Gli esiti non mutano in alcun modo affermando che – come sostiene chi delinea un'accezione c.d. debole di Costituzione – «quel che conta è il testo, ma il testo conta per quello che scrive e significa, non per quello che gli si può imputare *magis ut valeat* o che gli si può aggiungere per adeguarlo ai fatti e alla loro evoluzione. I Costituenti hanno perciò “irrigidito” quello che hanno scritto nel testo, null'altro: ed è questo, solo questo che può essere opposto alla politica, alle decisioni e ai comportamenti delle forze di maggioranza»<sup>35</sup>. Così ulteriormente sottolineando che va colta e valorizzata la naturale incoerenza (quando non la contraddittorietà) dei principi riversati in Costituzione, essendo tutto ciò funzionale alla stessa incorporazione del conflitto tra le varie componenti politiche e ideologiche che hanno forgiato la Carta. Andrebbe perciò rimesso alla concreta dinamica dell'evoluzione legislativa la «ricerca di equilibri mai definitivi tra i principi enunciati», dovendosi in tal senso privilegiare l'interpretazione del sistema normativo nel suo complesso e limitarsi a intervenire solo allorché «la linea seguita dagli organi politici» minacci «di collidere contro gli scogli indicati dal testo costituzionale»<sup>36</sup>. Ipotesi che potrà evidentemente profilarsi anche *sub specie* di una dichiarazione d'illegittimità costituzionale delle norme legislative ormai obsolete o delle lacune presenti nell'ordinamento.

Anche seguendo tale percorso non pare si possa quindi giungere, per ciò che attiene al matrimonio omosessuale, a conclusioni tanto diverse da quelle già adombrate ragionando degli altri approcci interpretativi alla Costituzione.

Non sorprende perciò che la Corte – come tirando idealmente le fila del discorso sin qui tracciato – abbia talvolta affermato senza sfumature che «la Costituzione vale per ciò risulta scritto in quel testo», mentre il rimanente può, al più, assumere «interesse storico-istituzionale»<sup>37</sup>. E neppure che, anche quando, per giustificare l'approdo a una pronuncia d'incostituzionalità, essa è sembrata offrire il massimo rilievo alla «intenzione del costituente», al medesimo risultato essa sarebbe potuta giungere richiamando il mero dato testuale delle norme rilevanti nel caso<sup>38</sup>.

8. Da quanto appena proposto si desume inoltre – anche volendo a tutti i costi accogliere tesi originaliste – l'effettiva debolezza di ogni impostazione tendente a coniugare l'idea di «famiglia come società naturale» con il concetto di “diritto naturale” variamente declinato<sup>39</sup>. Lo conferma il frequente richiamo dei Costituenti all'ineludibile evoluzione storica degli istituti familiari e l'adozione di norme costituzionali chiaramente contrastanti con talune tradizioni ben collaudate in materia (e talvolta desunte da una natura di certo mitizzata). Lo prova altresì il fatto che a proporre l'espressione «società naturale» fu lo stesso Togliatti<sup>40</sup>, il quale, oltre al *background* certamente non giusnaturalista, nei suoi interventi avallava in modo esplicito – come già detto – concezioni storicamente evolutive della famiglia.

Da qui le reazioni (anche veementi) che si ebbero in Assemblea Costituente nei confronti di chi voleva introdurre o pretendeva di leggere le parole del poi approvato art. 29 Cost. nel senso «che la

<sup>35</sup> R. BIN, *Che cos'è la Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 39.

<sup>36</sup> R. BIN, *Che cos'è la Costituzione*, cit., pp. 23, 40 s., 41.

<sup>37</sup> Sent. n. 47/1991, punto 3.1, del *Cons. in dir.*

<sup>38</sup> Sent. n. 429/1992. Sulle considerazioni svolte da ultimo v. L. PESOLE, *L'intenzione del legislatore costituente nell'interpretazione del parametro costituzionale*, in F. GIUFFRÈ-I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori e original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008, p. 180 e C. TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, ivi, p. 231.

<sup>39</sup> Si v. soprattutto la sintesi del dibattito all'Assemblea Costituente richiamato *supra* par. 3.

<sup>40</sup> A.C., I Sottocommissione, 5 novembre 1946.

famiglia fosse un istituto di diritto naturale con diritti propri e indipendenti dall'ordinamento statale» (e magari desunti da un'impostazione religiosa)<sup>41</sup>.

È del resto molto convincente l'affermazione per cui «se caratteristica di un regime tirannico è l'arbitrio, quello retto dal diritto naturale è il più tirannico, perché questo gran libro della natura non fornisce criteri generali di valutazione, ma ognuno lo legge a modo suo»<sup>42</sup>. Così, i teorici dello Stato liberale hanno sempre considerato naturale la libertà, ma, in altri contesti, si sono invece ritenuti del tutto consoni al diritto naturale la schiavitù, la pena di morte, il razzismo, la subordinazione della donna, l'indissolubilità del matrimonio, la punizione di taluni atti sessuali tra consenzienti (anche etero) e così via.

Se poi per "naturale" s'intendesse "esistente in natura", occorrerebbe meglio inquadrare il dato per cui la presenza di tendenze omosessuali è provata in centinaia di specie animali più o meno simili all'uomo<sup>43</sup>.

Prendendo a prestito le parole utilizzate dalla Corte costituzionale in una vicenda assai simile a quella in esame, anche l'omosessuale è del resto mosso dal suo «naturale modo d'essere»<sup>44</sup>. Inoltre, la stessa omosessualità è ormai da molti anni assunta, dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, come una naturale variante del comportamento sessuale umano. Un fenomeno che insomma "può capitare" e non è neppure detto che sia permanente nella vita di una persona.

Così come gli studi più avanzati testimoniano insomma che le razze non esistono, analogamente può concludersi nel senso che non esistono differenze "qualitative" tra comportamenti etero e omosessuali; come del resto la Consulta ha perfettamente sintetizzato quasi trent'anni fa<sup>45</sup>.

Ciò che pare invece dimostrata è la naturale tendenza umana a stabilire legami affettivi al fine di creare "alleanze" e protezioni reciproche. Allo scopo di dare cioè vita a naturali forme di socializzazione: la famiglia è, in tal senso, la esemplificazione più rilevante e diffusa di queste «formazioni sociali» (art. 2 Cost.).

Tuttavia, anche ammettendo che sia possibile raggiungere un accordo circa il criterio più opportuno per isolare quanto è davvero naturale da ciò che non lo è – e già questa parrebbe una contraddizione in termini, nulla escludendo che l'iniziale accordo non possa poi essere superato da successive evidenze e approssimazioni – rimane l'impossibilità di «dedurre un giudizio di valore da un giudizio di fatto». Sempre, «nel passaggio dalla constatazione di fatto alla prescrizione di una regola sono... introdotti surrettiziamente valori non dichiarati». Così, se l'hobbesiano "stato di natura" prevede una guerra perpetua, il fatto che tale guerra sia un male è però solo un giudizio di valore; lo stesso vale per la circostanza che i pesci grandi in genere mangiano quelli piccoli, essendo questo un male (almeno nei rapporti umani). In entrambi i casi (altri se ne potrebbero formulare), a una descrizione si sovrappone insomma un'attribuzione di valore; quindi «per affermare che un certo evento è un bene o un male» non si «fa più appello alla natura, ma a un sistema di valori presupposto alla natura», né «l'accordo sul fatto che un certo evento è naturale... implica l'accordo sulla bontà di quell'evento». Tale sistema di valori può quindi derivare dalla religione, dalla filosofia, dalla tradizione, dalla storia o da una particolare morale sociale<sup>46</sup>. Anche "procreare naturalmente" può essere – in un contesto di estrema povertà, scarsità di cibo e sovrappopolazione – un "male" (almeno per taluni).

Così, riflettendo sulla famiglia e sulle trasformazioni costanti che questa ha assunto, nella storia anche recente, con riguardo ai rapporti tra i sessi, alla volontà di procreare, al venir meno dell'indissolubilità del matrimonio, alla conseguente creazione di rapporti poligamici diluiti nel tempo, alla poligamia di fatto (conseguente all'annullamento del reato d'adulterio), al fenomeno delle famiglie

<sup>41</sup> Lo sottolinea assai nitidamente C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 135 s.

<sup>42</sup> N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milano, 1965, p. 169

<sup>43</sup> V. LINGIARDI, *Citizen gay*, Il Saggiatore, Milano, 2007, p. 62; G. JERVIS, *Pensare dritto, pensare storto*, Boringhieri, Torino, 2007, p. 83; C. LALLI, *Buoni genitori*, Il Saggiatore, Milano, 2009, p. 138.

<sup>44</sup> Sent. n. 161/1985, punto 4 del *Cons. in dir.*

<sup>45</sup> Sent. n. 161/1985, punto 4 del *Cons. in dir.*

<sup>46</sup> Tutte le citazioni sono tratte da N. BOBBIO, *Giusnaturalismo*, cit., pp. 172 ss., 190

variamente ricomposte, al modo in cui è mutato il concetto stesso di matrimonio<sup>47</sup>, si evince quanto essa «sia una costruzione sociale, intenzionale, che adotta e manipola i dati di natura, più che semplicemente rispecchiarli, e mette in discussione il concetto di natura stessa»<sup>48</sup>. Come scrisse Carlo Esposito, l'espressione “società naturale” «attribuisce rilievo giuridico alla constatazione di fatto che, tra i membri della famiglia, non sussistono solo freddi vincoli giuridici, ma legami affettivi, sentimentali spontanei e di sangue (legami “naturali” che ... rendono la famiglia “società naturale”)»<sup>49</sup>. E che il matrimonio consente d'individuare senza problemi come realtà anche giuridica.

9. Qualunque sia l'approccio entro cui ci si collochi, è comunque essenziale verificare come l'art. 29 Cost. reagisca “al contatto” con altre disposizioni costituzionali e alle loro *rationes*; all'interpretazione sistematica fanno peraltro riferimento pressoché tutte le opzioni appena rammentate. Anche in questa prospettiva si raggiunge infatti una lampante conferma dell'opportunità d'interpretare le norme costituzionali sulla famiglia senza rinnegare la loro qualità «trasformatrice»<sup>50</sup> e «proiettiva»<sup>51</sup>, mai finalizzata a giustificare il passato solo perché tale, ma aperta invece a numerose e sempre possibili trasformazioni.

Il principio di uguaglianza *ex art. 3 Cost.* riveste un ruolo essenziale in questo percorso, funzionando, di per sé, «come una critica profonda nei confronti delle prassi tradizionali» e dell'originalismo. Tale principio – il quale incorpora altresì un vero e proprio diritto<sup>52</sup> – testimonia infatti, più di ogni altro, che le tradizioni, nel nostro ordinamento, vanno comunque “giudicate” e non meccanicamente “replicate”. In altri termini, anche le tradizioni, pur se assorbite in leggi risalenti nel tempo, devono in ogni caso provare di essere tuttora valide *ex art. 3 Cost.*: nessuna apertura di credito nei loro confronti è insomma scontata. «Il fatto che un'idea sia di vecchia data», nonché conforme alla volontà della maggioranza, «non garantisce» perciò ch'essa «sia anche giusta», ragionevole, adeguatamente ponderata. Il principio di uguaglianza proibisce insomma discriminazioni dirette e indirette operate in base al sesso, alla razza, alle condizioni personali ecc., anche se queste appaiono assai radicate nel passato, quasi ovvie per la mentalità dei Costituenti o dell'epoca in cui essi hanno operato, difficili da estirpare in tempi brevi o forse mai del tutto superabili<sup>53</sup>. Su questi profili, l'art. 3, comma 1, Cost. prescrive insomma un'«uguaglianza assoluta»<sup>54</sup>.

Così, l'uguaglianza sancita, ad esempio, dalla Costituzione degli Stati Uniti non va interpretata come se impedisse solo talune forme di discriminazione nei confronti delle persone di colore, bensì nel senso di vietare le discriminazioni razziali *tout court*. Insomma, il diritto costituzionale americano sarebbe assai diverso (e alquanto peggiore) se il principio d'uguaglianza fosse stato pietrificato prendendo a modello l'originalismo psicologico dei padri: la segregazione razziale e le discriminazioni sessuali opererebbero ancora a pieno regime, mentre la libertà di parola risulterebbe alquanto costretta<sup>55</sup>. Ma – sul fronte dei diritti – anche il nostro stesso ordinamento ci apparirebbe oggi assai arretrato ove il legislatore, i giudici e la Corte costituzionale non avessero consentito il pieno espandersi della forza propulsiva dell'art. 3 Cost. (oltre che di numerose altre norme costituzionali)<sup>56</sup>.

<sup>47</sup> Sull'incessante evoluzione storica dell'istituto matrimoniale (tuttora in corso) v. D. LOMBARDI, *Storia del matrimonio*, il Mulino, Bologna, 2008, *passim*.

<sup>48</sup> C. SARACENO, *Famiglie, una vicenda plurale*, in AA.VV., *Memoria o futuro della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 129.

<sup>49</sup> C. ESPOSITO, *Famiglia e figli*, cit., p. 138.

<sup>50</sup> C. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, cit., p. 96 s.

<sup>51</sup> B. PEZZINI, *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale del matrimonio secondo la Costituzione italiana*, in ID. (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto*, cit., p. 115 s.

<sup>52</sup> Sull'uguaglianza non solo come principio ma anche come diritto v. R. BIN, *Diritti e argomenti*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 44 s.

<sup>53</sup> C. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, cit., pp. 97, 109.

<sup>54</sup> L. PALADIN, voce *Eguaglianza (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 533.

<sup>55</sup> C. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, cit., p. 125.

<sup>56</sup> Solo per fare qualche esempio, si pensi all'art. 32 Cost. e a talune sue più recenti applicazioni in materia di “fine vita”, al modo in cui si è andata progressivamente delineando la libertà religiosa, alla disciplina dell'aborto, conseguente alla sent. cost. n. 27/1975, a quanto già s'è detto in materia di transessualismo, al grande tema della parità di genere.

L'art. 3 Cost., con tutta la sua portata sui fronti dell'uguaglianza, della ragionevolezza e del bilanciamento dei diritti, costituisce insomma un volano sempre attivo, destinato a fornire nuovi energie e colori a quanto già scolpito in Costituzione.

In tal senso, il principio di uguaglianza, «in quanto valore fondante, e perciò inviolabile», vietando che le stesse condizioni personali siano «fonte di qualsivoglia discriminazione nel trattamento giuridico delle persone»<sup>57</sup>, costituisce uno strumento essenziale anche nell'interpretare l'art. 29 Cost. Esso permette infatti di rispondere a una serie di dubbi che derivano dalla necessità di calare quest'ultima norma in realtà sociali e familiari neppure razionalizzabili al tempo dei Costituenti<sup>58</sup>.

Tale è dunque la prospettiva entro la quale – come mettono in luce le ordinanze di rimessione – va affrontato il quesito se sia discriminatorio impedire agli omosessuali di scegliersi liberamente il coniuge. Divieto che palesemente collide, oltre che con il testuale richiamo alle «condizioni personali» di cui all'art. 3, 1° comma, Cost., altresì con il riconoscimento di taluni diritti già ricostruiti e sanciti, sia pure in altri contesti, dalla stessa Corte costituzionale. Si pensi al diritto all'identità personale ex art. 2 Cost., assunto (a tutto tondo) come il «diritto ad essere se stesso, inteso come rispetto dell'immagine di partecipe della vita associata, con le acquisizioni di idee ed esperienze, con le convinzioni ideologiche e religiose, morali e sociali che differenziano, ed al tempo stesso qualificano, l'individuo ... di guisa che a ciascuno è riconosciuto il diritto a che la sua individualità sia preservata»<sup>59</sup>. Oppure si rifletta sulla stessa libertà matrimoniale (artt. 2 e 29 Cost.), consacrata come un vero e proprio diritto fondamentale nella sent. n. 445/2002<sup>60</sup>.

A nulla vale perciò obiettare che – come talvolta si ripete – il divieto di sposare un partner del proprio stesso sesso vige tanto per gli eterosessuali quanto per gli omosessuali (e, dunque, non vi sarebbe alcuna deroga all'uguaglianza). Similmente del resto ragionò lo Stato della Virginia allorché la Corte Suprema degli Stati Uniti fu chiamata a pronunciarsi sul divieto di matrimoni interrazziali vigente in quei territori: proibizione operante, all'evidenza, sia per i bianchi, sia per le persone di colore. Il giudice americano affermò invece che un simile divieto, apparentemente neutro, risultava funzionale all'affermazione della supremazia bianca; anche impedire il matrimonio omosessuale è strumentale ad affermare la supremazia di un modello di comportamento nonché degli stereotipi che disegnano i ruoli sociali e sessuali di uomini e donne<sup>61</sup>.

Non è inoltre neppure vero che, nel nostro caso, il divieto agirebbe a prescindere dall'orientamento sessuale degli aspiranti sposi (come accadeva di certo per il colore della pelle nella proibizione dei matrimoni interrazziali); è infatti evidente che impedire a un omosessuale di sposare un partner del suo stesso sesso significa inevitabilmente limitarne la libertà matrimoniale senza incidere affatto sul ventaglio di scelte rimesse agli eterosessuali<sup>62</sup>. Ciò significa insomma che un simile argomento poggia su un «presupposto di fatto erroneo», il quale può evidentemente tradursi in una violazione dell'art. 3, 1° comma, Cost. e, più precisamente, in una discriminazione non in base al sesso ma all'orientamento sessuale<sup>63</sup>.

Nella vicenda in esame è insomma plasticamente visibile la presenza di una maggioranza sociale che irragionevolmente limita le scelte matrimoniali e familiari dei singoli componenti di una mino-

<sup>57</sup> Sent. n. 163/1993, punto 3 del *Cons. in dir.*

<sup>58</sup> Lo affermò lo stesso Aldo Moro, durante il dibattito in Assembla Costituente: nell'art. 29 Cost. «“naturale” sta per “razionale”», non potendosi «escludere che la famiglia abbia un suo processo di formazione storica, né si vuol negare che vi sia un sempre più perfetto adeguamento della famiglia a questa razionalità nel corso della storia» (Commissione per la Costituzione, Ad. Plen., 15 gennaio 1947, p. 102).

<sup>59</sup> Cfr. la sent. n. 13/1994, punto 5.1 del *Cons. in dir.* Cfr. M. BONINI BARALDI, *Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 881 s.

<sup>60</sup> Sulla violazione della libertà matrimoniale v. A.Y. MELANI, *Il matrimonio omosessuale*, cit., p. 3 e M. BONINI BARALDI, *Le famiglie omosessuali*, cit., pp. 874 s., 880.

<sup>61</sup> C. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, cit., p. 277 ss.

<sup>62</sup> Analogamente, M. MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione*, cit., p. 375.

<sup>63</sup> L.M. DIEZ-PICAZO, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, il Mulino, Bologna, 2007, p. 326.

ranza; tuttavia, ancorare la legittimità di una discriminazione all'opinione maggioritaria significa negare che la stessa Costituzione possa vigere – come deve – anche contro il volere dei più. Per questo infatti vengono forgiate le Carte rigide: per proteggere i diritti e i principi in esse sanciti anche contro le volontà avverse dell'opinione pubblica o di maggioranze occasionalmente al potere<sup>64</sup>. Precisamente a questo serve altresì costituzionalizzare il principio di uguaglianza: «ad attaccare le convinzioni sociali diffuse, non a confermarle»; a demolire in modo più o meno repentino le tradizioni e le tentazioni discriminatorie, non a reitarle senza tregua e – soprattutto – senza ragione<sup>65</sup>. Anche questo era dunque un essenziale valore dei Costituenti.

Neppure sul fronte della ragionevolezza, né su quello del bilanciamento dei diritti – prospettive comunque derivate dall'art. 3 Cost. – paiono chiaramente individuabili gli interessi o i pericoli che legittimerebbero il diritto vivente teso ad ammettere solo i matrimoni tra partner di sesso diverso. Non risultano insomma affatto chiari i motivi per i quali il divieto continui a vigere, posto che, per verificare la ragionevolezza di una norma, la Corte pretende che il giudizio s'incentri «sul perché la legge operi, all'interno dell'ordinamento, quella specifica distinzione»<sup>66</sup>, essendosi inoltre mostrata alquanto sensibile a colpire le incongruenze «che ostacol[ino] la realizzazione di un diritto inviolabile dell'uomo»<sup>67</sup>.

La disciplina dei matrimoni gay non produrrebbe certo (ammesso e non concesso che ciò meriti simili premure) un incremento degli impulsi omosessuali già presenti nella popolazione, né determinerebbe un calo della natalità, tanto è vero che – pur dovendosi sottolineare la complessità di un simile dato – nei Paesi in cui le unioni omosessuali sono variamente regolamentate si riscontra un tasso di nuovi nati superiore a quello italiano<sup>68</sup>.

Né – come già si è detto – il matrimonio va unicamente percepito nella dimensione procreativa, la quale segue invece binari (giuridici e fattuali) ben diversi; del resto – oltre a quanto già si è illustrato con riguardo alla disciplina “separata” che la Costituzione dedica alla cura della prole – è assodato che gli stessi omosessuali (come gli etero) procreano o possono procreare anche al di fuori del matrimonio.

E neppure si comprendono le ragioni per cui, come ancora si dice, ammettendo il matrimonio gay, dovrebbe poi giustificarsi il ritocco del divieto di monogamia o della prescrizione sull'esogamia<sup>69</sup>. A parte che significative esperienze straniere confermano l'inesistenza di una simile “china scivolosa”, rimane che la monogamia e l'esogamia – per le stesse ragioni che le rendono opportune nell'attuale contesto – dovranno comunque pianamente applicarsi anche agli eventuali matrimoni gay a venire.

Del resto, la monogamia costituisce una diretta applicazione del principio di uguaglianza morale e giuridica dei coniugi (da predicarsi anche per i componenti di una coppia gay)<sup>70</sup>. La poligamia, introducendo una «relazione asimmetrica tra marito e mogli», risulta infatti difficilmente compatibile con i principi costituzionali di uguaglianza tra i generi (art. 3 Cost.) e della parità coniugale (art. 29, 2° comma, Cost.)<sup>71</sup>. Il divieto d'incesto – come ha chiarito la Corte – non trova poi giustifica-

---

<sup>64</sup> Sul punto, con riguardo al caso del matrimonio omosessuale, v. M. MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione*, cit., p. 474.

<sup>65</sup> C. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, cit., pp. 112 s., 269.

<sup>66</sup> Sent. n. 441/2000, punto 3 del *Cons. in dir.*

<sup>67</sup> Sent. n. 183/1988, punto 4 del *Cons. in dir.*

<sup>68</sup> M. GATTUSO, *La Costituzione e il matrimonio fra omosessuali*, cit., p. 460.

<sup>69</sup> Tra gli altri v. L. VIOLINI, *Il riconoscimento delle coppie di fatto: praeter o contra constitutionem?*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 395. Con altri argomenti ma similmente negli esiti (in riferimento alla poligamia), v. A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia*, cit., p. 7 s.

<sup>70</sup> La poligamia pone quindi un problema di pari dignità tra donne e uomini, avallando, ad esempio, «una concezione delle donne che non possiamo accettare»: A. D'ALOIA, *Sul divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale tra “identità individuale” e pluralismo sociale*, in C. CALVIERI (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 345.

<sup>71</sup> A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei “casi”: la famiglia come “società naturale” fondata sul matrimonio*, in <http://www.forumcostituzionale.it>, par. 7.

zione né in ragioni biologiche né tanto meno morali, essendo invece imposto dalla necessità di evitare perturbazioni alla vita familiare; tanto è vero che, a parte la commissione di altri reati, esso necessita del «pubblico scandalo», perfezionandosi, inoltre, anche laddove non siano coinvolti consanguinei<sup>72</sup>.

Né – ancora – l’ammettere il *same sex marriage* colliderebbe con la prescrizione dell’uguaglianza morale e giuridica dei «coniugi» di cui all’appena citato art. 29, 2° comma, Cost. (espressione peraltro neutra rispetto al sesso). Se è infatti vero che la norma venne discussa e originariamente concepita per riequilibrare i rapporti di genere all’interno della famiglia, rimane che la sua *ratio* appare pianamente trasferibile anche agli eventuali coniugi omosessuali, impedendo, sulla scia del passato, che questa fondamentale formazione sociale si possa dotare di un “capo” o, comunque, di una configurazione gerarchia e asimmetrica tra i suoi componenti.

Non è quindi affatto chiaro, *ex art. 3 Cost.*, il motivo per cui taluni diritti riconosciuti alle coppie etero siano a priori (e ancora) sottratte a quelle omosessuali<sup>73</sup>. Tanto più che – come abbiamo visto e come opportunamente sottolineano i remittenti – già si ammette l’estensione del diritto ora precisamente rivendicato dai gay anche all’analogo caso dei transessuali. Un ulteriore (e classico) sintomo – quest’ultimo – della violazione del principio d’uguaglianza; la quale si riscontra allorché le situazioni messe a raffronto «presentino tratti di somiglianza tali da farle considerare *relativamente* uguali», ossia se risultino accomunate «da un carattere o un attributo considerato rilevante»<sup>74</sup>.

**10.** In definitiva, per la *quaestio* ora all’esame della Corte valgono – nel merito – le stesse considerazioni che quest’ultima nitidamente espresse allorché venne chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della legge n. 164/1982: anche nel nostro caso è in gioco un’«esigenza incoercibile» della persona, «alla cui soddisfazione» il singolo «è spinto e costretto dal suo naturale modo d’essere». Né ciò si traduce in un danno a se stesso o ad altri (e, in special modo, a chi ha contratto un matrimonio tradizionale).

Nell’ottica «di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie e anomale», è quindi opportuno farsi «carico di questi “diversi” per consentire la realizzazione della loro personalità e così aiutarli a superare l’isolamento» in cui abitualmente versano. Ed ancor più rilevante appare perciò valorizzare il passaggio della sentenza in cui la Corte sottolinea – come già ricordato – la differenza solo quantitativa e non qualitativa tra i sessi<sup>75</sup>. Lo conferma del resto anche la scienza: «alcune persone sono maggiormente o esclusivamente attratte... da persone dello stesso sesso; altre sono maggiormente o esclusivamente attratte da persone dell’altro sesso. Perché ciò accada non è stato ancora spiegato in modo soddisfacente»<sup>76</sup>. Si tratta di naturali e innocue varianti del comportamento sessuale umano.

Insomma, se tutto ciò corrisponde al vero – e vale, come si è detto, anche per i transessuali – come può legittimarsi un diritto vivente che ostinatamente discrimina i gay, negando loro taluni diritti pur ricavabili dalla Costituzione (libertà matrimoniale compresa)? Una disciplina che, in aggiunta, li priva del godimento di snodi essenziali del principio personalista<sup>77</sup>? E indirettamente potrebbe legittimare comportamenti ostili nei loro confronti?

Nonostante ciò – e come già si accennava all’inizio – sono tuttavia alte le probabilità che la Corte opti per un decisione processuale, deducendo il ventaglio delle possibili scelte discrezionali rimesse

<sup>72</sup> Sent. n. 518/2000, punto 2.1 del *Cons. in dir.*

<sup>73</sup> R. ROMBOLI, *Note introduttive*, in *Foro it.*, 2005, p. V, par. 3 in fine.

<sup>74</sup> G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, 51. Il corsivo non è testuale.

<sup>75</sup> Cfr. sent. n. 161/1985, punto 4 del *Cons. in dir.*

<sup>76</sup> V. LINGIARDI, *Citizen gay*, cit., p. 19.

<sup>77</sup> M. BONINI BARALDI, *Le famiglie omosessuali*, cit., p. 888.

al legislatore; una tesi già utilizzata in taluni casi di pur palese anacronismo normativo<sup>78</sup>. Essa potrebbe insomma ribadire che – sulla falsariga di quanto accaduto anche in altri Paesi<sup>79</sup> – spetta al Parlamento decidere se estendere il matrimonio anche ai gay ovvero se consentire loro di concludere soltanto altre forme di unione civile. Soluzione che pone problemi di non poco conto: essa infatti comunque impedirebbe ai gay di sposarsi e nuovamente offrirebbe maggiori margini di scelta alle coppie etero. Né parrebbe accettabile riservare ai soli gay la possibilità di accedere a simili opzioni; in tal caso sarebbero infatti gli eterosessuali a denunciare la violazione del principio di uguaglianza e di ragionevolezza.

Ove invece optasse per l'incostituzionalità delle norme impugnate dai giudici *a quibus*, i richiami codicistici ai “coniugi”, al “marito” e alla “moglie” dovrebbero semplicemente essere interpretati, sostituiti o completati nel senso di comprendere anche i partner dello stesso sesso. Senza particolari difficoltà, ciò consentirebbe di espandere la medesima normativa ora in vigore per le unioni eterosessuali anche a quelle gay.

Qualche problema potrebbe peraltro sorgere dal tenore degli artt. 143-*bis* e 156-*bis* c.c., disciplinanti l'uso del cognome del marito: la Corte potrebbe qui sottolineare l'esistenza di una potenziale pluralità di soluzioni aggredibili dal legislatore<sup>80</sup>. Ulteriori perplessità suscita poi l'impugnazione, ad opera del solo Tribunale di Venezia, degli artt. 93, 96 e 98 c.c., in materia di “pubblicazioni”: a parte l'insussistente motivazione sul punto, resta che queste previsioni appaiono comunque ragionevoli anche laddove si ammettesse il *same sex marriage*.

Del tutto irrilevante (in senso tecnico) è invece interrogarsi se ciò dovrebbe altresì comportare conseguenze sul tema dell'adozione: un profilo che spesso (e illegittimamente) viene usato da schermo alla discussione sul matrimonio omosessuale. Si tratta, all'evidenza, di un problema del tutto diverso da quello in esame, ancorato, come si è detto, ad altre norme costituzionali e legislative, il quale – se del caso – potrebbe costituire l'ipotizzabile oggetto di una nuova (e del tutto eventuale) *quaestio* d'illegittimità<sup>81</sup>.

Una via intermedia tra la pronuncia d'inammissibilità e quella d'accoglimento “manipolativo” o interpretativo potrebbe individuarsi nell'utilizzo di un'additiva di principio. La Corte potrebbe cioè rimarcare che, nell'ordinamento, esiste un'evidente lacuna: alle coppie omosessuali è infatti impedito di dar luogo a qualsivoglia realtà familiare giuridicamente tutelata; ai gay è insomma impedito accedere al conseguente *status* comprendente diritti e doveri. Mentre gli etero e i transessuali possono insomma scegliere se sposarsi o meno – optando tra due “regimi” giuridici assai diversi delle loro unioni – per le coppie gay il destino è invece segnato; ciò darebbe quindi luogo a «un assoluto vuoto di tutela» nei loro confronti<sup>82</sup>. La Corte potrebbe quindi sancire l'incostituzionalità di una simile omissione, lasciando al legislatore la scelta tra una serie di soluzioni: prospettiva che – come già detto – lascerebbe comunque aperta la questione se privare le coppie gay della possibilità di contrarre matrimonio, instradando necessariamente la loro scelta su altri binari, non costituisca comunque un modo, sia pur più elegante, di discriminarle<sup>83</sup>.

In tal caso la Corte sottolineerebbe peraltro che un intervento legislativo in materia è indispensabile, senza però dismettere la propria funzione di garante della legittimità costituzionale dell'ordi-

<sup>78</sup> Si v., ad esempio, la sent. n. 183/1994, sull'adozione delle persone singole, ovvero la sent. n. 61/2006, punto 2.2.e 2.3 del *Cons. in dir.* (in materia di trasmissione del cognome della madre ai figli) poi ribadita dall'ord. n. 145/2007.

<sup>79</sup> Per una rassegna ragionata v., ad esempio, N. PIGNATELLI, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra “istituzione” matrimoniale e “funzione” familiare*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, spec. p. 246 ss. e M. MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione*, cit., *passim*.

<sup>80</sup> Analogamente a quanto la Corte ha concluso nella sent. n. 61/2006, con riguardo al cognome da attribuire ai figli: una decisione d'inammissibilità determinata soltanto dalla mancanza di una “rima obbligatoria” e non certo dalla sottolineata incostituzionalità della disciplina vigente (accertata ma non dichiarata).

<sup>81</sup> Il cui esito parrebbe però segnato, almeno ai sensi della già citata sent. n. 183/1994

<sup>82</sup> Tale formula è, ad esempio, usata dalla Corte nella sent. n. 309/1999, punto 6 del *Cons. in dir.*

<sup>83</sup> Come conclude la Corte costituzionale del Sudafrica nella sua nota pronuncia del 2005 (sulla quale v., ad esempio, M. BONINI BARALDI, “Comizi d'amore” in tempo di crisi, in *Fam. e dir.*, 2009, p. 834)



namento; e il matrimonio tra persone del medesimo sesso, ai sensi del principio coniato dalla stessa Corte, diverrebbe, nel frattempo, possibile.

Ciò detto, rimane la comoda scappatoia dell'inammissibilità; sempre che la Corte non si convinca che un simile esito darebbe corpo a una «denegata giustizia» o, peggio, a un «alibi della propria pusillanimità»<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> Sono parole di G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, cit., p. 365.

MATTEO M. WINKLER\* E GRAZIELLA ROMEO\*\*

## «Yet footnotes matter»: osservazioni a margine di una tradizione

«Gay marriage is not a radical step;  
it is a profoundly humanizing, traditionalizing step».

(A. SULLIVAN, *Virtually Normal. An Argument About Homosexuality*,  
Picador, London, 1995, p. 185)

**SOMMARIO:** 1. Una o due note a piè di pagina. – 2. Il Tribunale di Venezia si rivolge oltreconfine. – 3. Il diritto “fondamentale” di contrarre matrimonio. – 4. Quando si dice uguaglianza, si dice pari dignità. – 5. Conclusioni.

1. Dieci anni fa Anthony Grafton pubblicava un saggio sulla storia delle note a piè di pagina. Secondo il professore di Princeton, nel corso della storia l’uso delle note pareva somigliare sempre meno al lavoro di un professionista e sempre di più a una «discarica di rifiuti»<sup>1</sup>. Eppure, talvolta le note a piè di pagina contenute in una sentenza sono in grado di determinare importanti corsi giurisprudenziali.

Ne è un esempio la formula applicativa del principio di uguaglianza, che negli Stati Uniti è stata inaugurata dalla Corte Suprema proprio in una nota a una sentenza del 1938<sup>2</sup>. In molte pronunce di *common law*, poi, le note fungono da fonte critica<sup>3</sup>, in altre da sfogo polemico<sup>4</sup>. Anche i giudici di casa nostra non sono da meno: nella versione dattiloscritta dell’ordinanza del tribunale di Venezia del 3 aprile 2009 si ritrovano almeno due note molto interessanti<sup>5</sup>.

Nella prima il tribunale, nel descrivere la condizione di «categorie di persone che storicamente abbiano subito illegittime discriminazioni e che si debba presumere siano particolarmente suscettibili di subire ulteriori trattamenti ingiustificatamente sfavorevoli», fa cenno alla giurisprudenza americana in materia di «classe sensibile»<sup>6</sup>. La seconda nota, invece, riferendosi al divieto di matrimonio interrazziale o interreligioso e alla punizione degli atti omosessuali, cita una sentenza della Corte costituzionale del Sudafrica del 2005, mettendo a fuoco che «l’antichità di un pregiudizio non è una buona ragione per la sua sopravvivenza»<sup>7</sup>. Grafton ha dunque ragione: «yet footnotes matter».

---

\* Dottore di ricerca in Diritto internazionale dell’economia, Università Bocconi; LL.M., Yale Law School; Avvocato in Milano.

\*\* Dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Milano.

<sup>1</sup> A. GRAFTON, *La nota a piè di pagina. Una storia curiosa*, Sylvestre Bonnard, Milano, 2000, p. 17.

<sup>2</sup> *United States v. Carolene Products*, 304 U.S. 144 (1938), p. 153, nota 4, ove la Corte inaugura la felice formula delle «discrete and insular minorities» sulla quale la giurisprudenza successiva fonderà il regime delle «suspect classes».

<sup>3</sup> In molti casi le note riportano riferimenti giurisprudenziali e dottrinali: v. *In re Marriage Cases [Six Consolidated Appeals]*, p. 43, Cal. 4<sup>th</sup>, 757, (2008).

<sup>4</sup> Si veda ad esempio *Lawrence*. Cfr. *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 589-590 (2003) (Scalia, J., diss.).

<sup>5</sup> Trib. Venezia, ord., 3 aprile 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 911.

<sup>6</sup> Trib. Venezia, 3 aprile 2009, cit., pp. 913-914. In questi casi, spiega il tribunale nella nota, «nella giurisprudenza statunitense si parla ... di “suspect class”, ossia di categoria in relazione alla quale ogni intervento dello Stato che operi una discriminazione sulla base dell’appartenenza ad essa deve presumersi sospetto, e incostituzionale fino a prova contraria».

<sup>7</sup> Trib. Venezia, 3 aprile 2009, cit., p. 914 (*supra* nota 5).

2. Le due note sono profondamente legate. Da un lato, la categoria della «classe sensibile», quale requisito necessario per un'analisi più pregnante del sindacato di costituzionalità secondo la giurisprudenza statunitense richiede che la suddivisione dell'elettorato in classi effettuata dal legislatore non sia uno strumento di oppressione di una minoranza rispetto alla maggioranza politicamente dominante. E non vi è dubbio che le persone omosessuali, le quali certamente sono minoranza, «siano tra i gruppi con indice di gradimento più basso», oggetto di una «ostilità [che] non è propria di nessun altro gruppo nell'elettorato»<sup>8</sup>. Stante questo pregiudizio, è il legislatore che deve dimostrare che la classificazione non ne è il diretto risultato, bensì risponde a una precisa finalità di natura politica. Come fu scritto oltre un secolo fa dal giudice Harlan a margine di una sentenza che ebbe tutt'altro esito, «[r]ispetto ai diritti civili, tutti i cittadini sono uguali di fronte alla legge ... [perché] in base alla Costituzione e agli occhi della legge, non può esservi ... alcuna classe di cittadini che sia superiore, dominante e destinata automaticamente a governare»<sup>9</sup>. In questo senso, l'autorità giudiziaria ha il diritto-dovere di intervenire nel processo politico, per riassicurare che l'equilibrio democratico venga ripristinato nei confronti di una maggioranza sorda alle istanze delle minoranze. «Assoggettando la legge che prende di mira determinate minoranze a un'analisi più stringente, la Corte [suprema] sta offrendo protezione al pluralismo politico»<sup>10</sup>. Era questo, d'altronde, il significato di quella nota a piè di pagina del 1938 ed è questo, oggi, il cuore del principio di uguaglianza.

3. Dall'altro lato, il richiamo fatto dai giudici lagunari alla tradizione ci ricorda che sono tanti gli schermi dietro i quali si nascondono le discriminazioni. Il tribunale di Venezia ne richiama alcuni: l'etica, la tradizione e la religione. Se ne possono aggiungere altri: la natura, la predisposizione alla procreazione, l'inadeguatezza delle persone omosessuali, l'inadeguatezza della società stessa e via dicendo.

Quanto alla tradizione, l'analogia dell'odierna questione rispetto a quella della segregazione razziale è fin troppo facile. Se l'interprete si andasse a leggere ciò che il legislatore pensa veramente della tradizione e le motivazioni usate per riempirne il concetto, forse quel termine sarebbe meno utilizzato nel dibattito sull'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali. «Il matrimonio tra bianchi e neri», tuonava nel 1912 un membro del Congresso americano in relazione al divieto di matrimonio interrazziale allora in vigore, «è rivoltante... È un'aberrazione e ripugnante. Sovverte la pace sociale. Distrugge la supremazia morale, e da ultimo ... condurrà la nazione ad un conflitto fatale ... Sradichiamo e sterminiamo ora questa lebbra avvilita, demoralizzante ... e disumana»<sup>11</sup>.

Del resto, a queste argomentazioni non erano – e non sono oggi – estranee istanze di ordine religioso. «Dio Onnipotente ha creato la razza bianca, nera, gialla, malese e rossa e le ha poste in continenti diversi. ... Il fatto che abbia separato le razze dimostra che non ha inteso che le stesse si mischiassero», scriveva un giudice della Virginia nel 1965. Due anni dopo, un'unanime Corte suprema dichiarava il divieto di matrimonio interrazziale contrario al principio di uguaglianza. Dietro a quel divieto, infatti, si nascondeva – ma in realtà la giurisprudenza non l'ha mai tenuto veramente celato – «il dogma assertivamente stabilito e incontrovertibile [della] natura inferiore di tutte le persone di razza non caucasica»<sup>12</sup>. Quel divieto, dunque, ha rappresentato per secoli una frattura del principio di uguaglianza, perché, come scrisse la Corte suprema, «indubbiamente, limitare la libertà di contrarre matrimonio esclusivamente a causa di classificazioni razziali viola il cuore del principio di uguaglianza»<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> Così, nel descrivere il risultato di un sondaggio condotto negli Stati Uniti, A. KOPPELMAN, T. BARRINGTON WOLF, *A Right To Discriminate?*, Sheridan Books, Ann Arbor, 2009, p. 92.

<sup>9</sup> *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S., pp. 537, 557 (1896) (Harlan, J., diss.).

<sup>10</sup> E. GERSTMANN, *The Constitutional Underclass. Gays, Lesbians, and the Failure of Class-Based Protection*, University of Chicago Press, Chicago, 2004, p. 27.

<sup>11</sup> Congr. Rec., 62<sup>d</sup> Congr., 3<sup>d</sup> Sec., Dec. 11, 1912, pp. 502-503.

<sup>12</sup> *People v. Hall*, 4 Cal. 399 (1854).

<sup>13</sup> *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967).

Ci sembra che queste conclusioni si possano raggiungere anche con riferimento al requisito eterosessuale del matrimonio civile. Il diniego di accesso al matrimonio, infatti, si atteggia «come l'affermazione ufficiale che la relazione omosessuale non ha la stessa statura e la stessa dignità della relazione eterosessuale»<sup>14</sup>.

A ben vedere, si tratta di una differenza di sostanza. In particolare, nel caso sopra citato del 1967 la Corte suprema aveva notato che «la libertà di sposarsi, o di non sposarsi, ... è insita nell'individuo»<sup>15</sup>. In questo senso, «esiste un nesso cruciale tra la schiavitù e le barriere imposte dalla legge al matrimonio. La schiavitù non è semplicemente la soggezione dei neri rispetto ai bianchi, bensì è la deumanizzazione dei neri, una forma di degradazione che ha trovato chiara espressione ... nel diniego alle persone di colore del loro diritto fondamentale di sposarsi»<sup>16</sup>. Quindi il diritto fondamentale di contrarre matrimonio – che sarebbe incomprensibile se non consistesse nel diritto di sposare «una persona di propria scelta» – è profondamente legato all'individuo e la sua privazione corrisponde esattamente a un processo di deumanizzazione di una classe di persone.

4. In termini di dignità personale ragiona altresì la Corte costituzionale del Sudafrica – nella pronuncia richiamata dal tribunale di Venezia – nel dichiarare incostituzionale la definizione di matrimonio elaborata nell'ambito della *common law* e tesa a riconoscerne l'infettibile carattere eterosessuale<sup>17</sup>. Nel *reasoning* dei giudici sudafricani, il divieto di matrimoni tra persone dello stesso sesso richiama la questione dell'eguaglianza nella sua dimensione di pretesa soggettiva, prima ancora che di criterio-guida del giudizio di ragionevolezza della legge. In questo senso, la valorizzazione della portata antidiscriminatoria e al contempo emancipatoria del principio di eguaglianza è massima. In effetti, in quel divieto i giudici costituzionali rinvennero soprattutto il profilo della mortificazione della dignità umana, espresso nell'obbligo di mantenere l'impegno reciproco, assunto consapevolmente dalla coppia omosessuale, in una “zona d'ombra” sociale, prima che giuridica. L'*unfair discrimination* che circonda l'unione tra persone dello stesso sesso, insomma, priva costoro della possibilità «di partecipare a un'unione rispettabile e profonda, giuridicamente e socialmente riconosciuta, che conferisce privilegi e si caratterizza per una serie di obbligazioni automatiche»<sup>18</sup>.

Far leva sull'uguaglianza consente dunque di scardinare la ricostruzione tradizionale della necessaria natura eterosessuale del legame matrimoniale. Tanto più in un contesto giuridico e sociale in cui il paradigma del matrimonio neppure può dirsi necessariamente ancorato allo scopo della procreazione<sup>19</sup>.

Concludendo diversamente, si dovrebbe accettare che non esiste altra possibilità per gli omosessuali di formalizzare la loro relazione se non nelle forme della convivenza, con sostanziale ridimensionamento dei diritti e degli obblighi riconosciuti rispetto a ciò che conseguirebbe dallo *status* coniugale. Ciò equivarrebbe a sostenere che la legge attribuisce alla promessa affettiva delle coppie di persone dello stesso sesso un *valore* inferiore (quasi *deteriore*) rispetto a quella formulata nell'ambito di una coppia eterosessuale, giungendo così a sancire la marginalità sociale di una fascia della popolazione, individuata esclusivamente attraverso il riferimento all'orientamento sessuale. Il profi-

<sup>14</sup> *In re Marriage Cases*, 43 Cal. 4<sup>th</sup> 118.

<sup>15</sup> *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 12.

<sup>16</sup> R. BURT, *Overruling Dred Scott. The Case for Same-Sex Marriage*, in 17 *Widener L.J.*, 2007, p. 73.

<sup>17</sup> *Minister of Home Affairs v. Fourie e Lesbian and Gay Equality Project and Eighteen Others v. Minister of Home Affairs*, risp. CCT 60/04 E CCT 10/05, in 32 *Comm. L. Bull.*, 2006, p. 151, la norma colpita dalla declaratoria di incostituzionalità è la Sec. 30 del *Marriage Act* che prescriveva al celebrante l'impiego di una formula implicante il riferimento al carattere eterosessuale del matrimonio.

<sup>18</sup> Cfr. *Minister of Home Affairs v. Fourie*, cit., par. 1, p. 152.

<sup>19</sup> Peraltro, ciò consente alla Corte sudafricana di non affrontare il problema dell'adozione da parte delle coppie omosessuali regolarmente sposate. Invero, anche le esperienze europee di riconoscimento del *same sex marriage* mostrano come la separazione tra il diritto di contrarre matrimonio e l'adozione sia percorribile per via legislativa. Si pensi al caso olandese: v. N.J. PATTERSON, *The Repercussions in the European Union of the Netherland's Same Sex Marriage Law*, in 2 *Chi. J. Int'l. L.*, 2001, p. 303.

lo formale (dell'eguaglianza come ragionevolezza intrinseca della legge) si salda dunque a quello sostanziale.

Il prisma delle disuguaglianze, lungi dal venir ricondotto ad unità attraverso un'opera di omogeneizzazione delle differenze, viene esaltato e (ri)letto alla luce della pari dignità sociale. Nella *Rainbow Nation*, sorta sulle macerie dell'*apartheid*, non si trova altra via per realizzare gli ideali di una società giusta e plurale che non sia quella del massimo riconoscimento della "diversità". Non si tratta di un percorso argomentativo privo di difficoltà teoriche per i giudici costituzionali, pur in presenza di testo costituzionale che vieta espressamente la disparità di trattamento per ragioni legate all'orientamento sessuale. La Corte di quel Paese si mostra ben consapevole dell'esistenza di opinioni differenti nella società sudafricana. Nondimeno, ritiene di non potersi sottrarre al dovere di un'interpretazione costituzionalmente orientata delle regole della *common law*.

Vi è da dire che la sentenza richiamata rappresenta l'ultimo passaggio di un processo di progressivo riconoscimento di tutele in favore degli omosessuali. Già nel 1999, infatti, il Sudafrica aveva riconosciuto il diritto al ricongiungimento familiare anche al convivente straniero omosessuale di un cittadino sudafricano, aprendo la via ad una giurisprudenza sensibile al tema dell'eguaglianza<sup>20</sup>. È proprio questo *incremental approach* – espressione cara alla dottrina americana<sup>21</sup> – ad accomunare le pronunce della Corte costituzionale sudafricana a quelle della Corte canadese<sup>22</sup>. È singolare che i giudici italiani, nelle loro ordinanze di rimessione degli atti alla Corte costituzionale, non abbiano fatto riferimento all'esempio canadese. In effetti, quest'ultimo appare interessante sotto diversi profili.

Si tratta, infatti, di un Paese in cui il riconoscimento del *same sex marriage* è avvenuto all'esito di un processo di progressiva estensione dei diritti agli omosessuali. A partire dall'equiparazione dei regimi di convivenza *more uxorio*, si è sviluppata una giurisprudenza favorevole al riconoscimento alla perfetta eguaglianza tra la posizione delle *same sex couples* e quella delle coppie eterosessuali<sup>23</sup>. È un esempio al quale la dottrina americana guarda con un certo interesse e che conferma come la questione di cui si discute si scontri in primo luogo con l'antichità di un pregiudizio e il consolidamento di una tradizione, i quali hanno trovato un solido riconoscimento in una norma giuridica. In altri termini, sembra che le difficoltà stiano più nel persuadere che non nell'argomentare. Lo sforzo "finale" nella direzione del pieno riconoscimento di una posizione paritaria anche nel godimento del diritto al matrimonio è stato affidato in questi Paesi alle Corti costituzionali. Il percorso dei piccoli passi, insomma, ha trovato una sintesi nell'approdo conclusivo delle loro argomentazioni.

Di certo, è un compito ingrato per le Corti. Non mancano di riconoscerlo i giudici d'oltreoceano, così come quelli sudafricani. Anzi, su questo versante si registrano talune opinioni parzialmente dissenzienti<sup>24</sup>. Così, nella sentenza *Furie*, il giudice Farlam sostiene che la Corte avrebbe dovuto limitarsi ad una pronuncia di costituzionalità provvisoria e lasciare al Parlamento due anni di tempo per occuparsi della questione. Non è dunque la conclusione in diritto ad essere il cuore del *dissent*, ma il dispositivo della sentenza. Può la Corte sostituirsi al legislatore, aggiungendo alla legge qualcosa che essa non dice o, addirittura, che pare escludere? I giudici sudafricani rispondono, in maggioranza, che è opportuno farlo, per evitare il perpetuarsi di una condizione di emarginazione sociale tanto odiosa quanto irragionevole.

Si è tentati di pensare che la giovane democrazia costituzionale sudafricana mostri un'adesione

<sup>20</sup> Cfr. *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs*, CC 10/99.

<sup>21</sup> V. A. ALQUIST, *The Migration of Same-Sex Marriage from Canada to the United States: an Incremental Approach*, 30 in *U. La Verne L. Rev.*, 2008, p. 200. V. A.W. MCREYNOLDS, *What International Experience Can Tell U.S. Courts About Same-Sex Marriage*, in 53 *UCLA L. Rev.*, 2005, p. 1073.

<sup>22</sup> Cfr. *Re Same-Sex Marriage*, (2004) 3 S.C.R. 698, su cui W. HOGG, *Canada: the Constitution and Same-Sex Marriage*, in 4 *Int'l. J. Const. L.*, 2006, p. 712. La Corte suprema canadese venne adita dal Governo in sede consultiva, al fine di valutare la costituzionalità del *Civil Marriage Act 2005* (Bill C-38), che aveva sostituito la dizione «two persons» alle parole «one man and one woman» presenti nella legge che disciplinava il matrimonio.

<sup>23</sup> Le prime sentenze a ritenere incostituzionale il divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso furono rese dalle Corti federali di merito delle tre province dell'Ontario, della British Columbia e del Quebec. Cfr. A. ALQUIST, *The Migration*, cit., p. 201.

<sup>24</sup> Cfr. la *dissenting opinion* di J. FARLAM in *Minister of Home Affairs et al. v. Fourie et al.*, p. to 1 in 32 *Commw. L. Bull.*, cit., pp. 154-155.

tanto genuina quanto “ingenua” – inconsapevole, cioè, delle difficoltà conseguenti – all’ideale di una società pluralistica e aperta nei confronti di tutte le possibili declinazioni dell’uguaglianza (e della diversità). Eppure, è difficile non concordare con i giudici costituzionali quando rilevano che l’esclusione del matrimonio tra persone dello stesso sesso si traduce non solo nell’emarginazione sociale, ma nell’imposizione del silenzio, dell’ombra e della vergogna su un legame umano, spontaneo e rispettabile in quanto espressione della libertà di ciascuno di essere se stesso.

5. Il riferimento fatto dal tribunale lagunare sia alla dottrina delle classi sospette sia all’inammissibilità di discriminazioni dettate da ragioni quali l’etica, la tradizione o la religione non è, dunque, casuale. Esso trova un chiaro riscontro nella giurisprudenza straniera. Ma trova pure un fondamento nella nostra Costituzione.

Anzitutto, nell’art. 2 che, dando rilevanza costituzionale alle relazioni interpersonali, rigetta chiaramente istituti che siano espressione soltanto del pregiudizio o della volontà della maggioranza o di un’asserita volontà popolare. Il diritto non è ciò che piace al popolo, con buona pace di Roland Freisler, quando è in gioco la dignità sociale di una classe di cittadini. Poi, ovviamente, nell’art. 3, il quale assegna a tutti i cittadini «pari dignità sociale» e dunque dovrebbe disconoscere discriminazioni sancite dalla legge in relazione a «condizioni personali e sociali».

Queste norme richiedono che il requisito eterosessuale del matrimonio si fondi su giustificazioni pregnanti. La giurisprudenza, finora, non ne ha trovata nessuna diversa dalla tradizione. Non sono mancate, peraltro, sia in dottrina sia in giurisprudenza soluzioni, talvolta pure singolari<sup>25</sup>. E anche alcuni parlamentari – va detto – si sono impegnati molto in questo senso, quando nel progetto di legge S 1469, depositato al Senato nel marzo 2009, hanno presentato le loro motivazioni alla richiesta di modificare l’art. 29 della Costituzione in senso esclusivamente eterosessuale: «[n]on dare alle coppie omosessuali le stesse prerogative riservate a quelle eterosessuali non è una discriminazione, poiché il matrimonio non ha a che fare con il legame affettivo»<sup>26</sup>.

Grafton scriveva: «il testo persuade, le note dimostrano». Vi è solo da sperare che sul tema del matrimonio tra persone dello stesso sesso ci si ponga sempre un unico obiettivo davvero ragionevole: la persuasione.

---

<sup>25</sup> Così ADAMI, *Spigolature in punta di penna: il matrimonio dei diversi. La parità dei diritti fra coniugi e il cognome dei figli*, in *Stato civile italiano*, 1980, p. 526 (citato da P. TINCANI, *Le nozze di Sodoma. La morale e il diritto del matrimonio omosessuale*, L’Ornitorinco, Milano, 2009, p. 27), ritiene che il legislatore del 1942) «intese per “marito” l’essere umano dotato di un certo apparato trasmittente e per “moglie” quell’altro essere umano dotato di un certo apparato ricevente» (*sic*).

<sup>26</sup> Disegno di legge costituzionale n. S 1469, XVI Legislatura, comunicato alla Presidenza del Senato in data 19 marzo 2009, a firma Malan e altri, intitolato *Modificazione dell’art. 29 della Costituzione in materia di matrimonio*, pp. 4-5.



ROBERTA ZUCCHINALI\*

## La soluzione sudafricana: una via percorribile?

La Corte Costituzionale non è il primo giudice costituzionale ad essere investito di una questione di costituzionalità riguardante previsioni normative che escludono (*rectius*: non disciplinano) la facoltà per coppie omosessuali di accedere all'istituto del matrimonio.

Tra le decisioni più suggestive, per argomentazione e matrice giuridico-culturale, in tale contesto possiamo ricordare la sentenza della *Constitutional Court of South Africa* del 1° dicembre 2005, i cui risvolti possono assumere un particolare significato nell'ambito di una circolazione virtuosa dei formanti giurisprudenziali, rispetto alla prossima decisione che la nostra Corte Costituzionale è chiamata a pronunciare, poiché, nonostante siano trascorsi cinque anni, questa pronuncia offre notevoli spunti di riflessione. L'analisi della citata sentenza rappresenta inoltre un osservatorio privilegiato per individuare l'esistenza di un nucleo duro di principi a livello costituzionale che si inquadrano nell'ambito di un processo, attualmente in fase di sviluppo, caratterizzato dal dialogo tra Corti costituzionali volto all'elaborazione e messa in relazione di un *corpus* di norme e principi universali.<sup>1</sup>

Ai nostri fini, si deve osservare come la sentenza, commentata ed esaminata dalla dottrina sia italiana che straniera, sia stata accolta con favore sottolineandone gli aspetti peculiari ed in particolare la ricchezza delle argomentazioni ivi esposte, in grado di contrastare le principali obiezioni mosse dagli avversari del *same-sex marriage*<sup>2</sup>.

Si può quindi procedere, ripercorrendo alcuni dei passaggi più rilevanti della sentenza per valutare se sia possibile indurre l'uso della giurisprudenza costituzionale straniera per risolvere problemi ermeneutici di norme nazionali. Date per presupposte le evidenti differenze ordinamentali, di storia e cultura giuridica tra Sudafrica ed Italia, il primo dato degno di interesse attiene proprio alla somiglianza del percorso che ha portato ad assumere rilevanza nello spazio pubblico alla questione dei "matrimoni gay": in entrambi i casi<sup>3</sup>, infatti, i giudizi di costituzionalità hanno tratto la propria origine da un'esigenza di fondo, avvertita da una coppia di persone dello stesso sesso e che l'ordinamento non era in grado di soddisfare.

---

\* *Cultore di Diritto costituzionale, Università di Bergamo.*

<sup>1</sup> La Corte costituzionale sudafricana peraltro rappresenta un punto di riferimento per qualsiasi studio sulla circolazione dei modelli giurisprudenziali. Essa infatti fa ampio uso della giurisprudenza straniera, anche grazie alla previsione contenuta nella *section 39* della Costituzione. Cfr. T. GROPPI, *La circolazione della giurisprudenza canadese sulla Carta dei diritti e delle libertà*, Relazione al convegno *La Carta canadese dei diritti e delle libertà*, Genova 28-29 settembre 2007, p. 6; A. LOLLINI, *La circolazione degli argomenti: metodo comparato e parametri interpretativi extra-sistemiche nella giurisprudenza costituzionale sudafricana*, in *DPCE*, 1/2007.

<sup>2</sup> Cfr. M. MONTALTI, *Sudafrica: La Corte Suprema e il same-sex marriage*, in <http://www.forumcostituzionale.it>; M. MONTALTI, *Il felice epilogo del same sex marriage in Sudafrica*, in *Quad. cost.*, 2006, p. 344; B. PEZZINI, *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la Costituzione italiana*, in B. PEZZINI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Jovene, Napoli, 2008, pp. 114-118; M.F. VALLE, *Matrimonio y Diversidad Sexual: La Lección Sudafricana*, in <http://www.anuariodh.uchile.cl>; P. DE VOS, *A judicial revolution? The court-led achievement of same-sex marriage in South Africa*, in <http://www.utrechtlawreview.org>, vol. 4, Issue 2 (June 2008).

<sup>3</sup> Per il Sud Africa, in particolare, Case CCT 60/04, *Minister of Home affairs and others v. Marie Adriana Fourie and Cecilia Johanna Bonthuis*; Case CCT 10/05 *Lesbian and gay equality project and others v. Minister of Home affairs and others*.



In particolare nel primo procedimento<sup>4</sup> una coppia lesbica lamentava l'illegittimità dell'interpretazione data all'istituto matrimoniale dalla *common law* secondo cui «[the] marriage in South Africa is “a union of one man with one woman, to the exclusion, while it lasts, of all others”» (par. 2), che di fatto impediva agli omosessuali di accedervi.

Il secondo procedimento era stato attivato dalla *Lesbian and Gay Equality Project*, lamentando altri profili di illegittimità relativi, oltre alla *common law*, al *Marriage Act* n. 25 del 1961, con riferimento all'articolo 30(1) che nell'individuare la formula che deve essere seguita dall'ufficiale per la celebrazione del matrimonio, utilizza i termini “wife” e “husband”, terminologia che esclude di per sé la possibilità di accesso al matrimonio da parte di coppie *same-sex*.

La Corte sudafricana, nel confermare la sentenza emessa – unificando i procedimenti – dalla *Supreme Court of Appeal*, si è prodigata nel dare uno stigma di autorevolezza e solide argomentazioni giuridiche per essenzialmente due questioni: innanzitutto se l'inesistenza di qualsivoglia previsione circa la possibilità di sposarsi per persone omosessuali costituisca «an unjust discrimination» basata sull'orientamento sessuale di tali persone, oltre che un «denial of equal protection of the law» (sez. 5) e quindi, in secondo luogo, quale debba essere la soluzione adeguata che la stessa Corte deve adottare.

Prima di addentrarsi nell'esame delle peculiarità di questa pronuncia, è necessario ricordare come tale decisione sia stata adottata dalla Corte costituzionale di un Paese toccato dalle discriminazioni e che solo nel 1996 è giunto all'adozione di un testo costituzionale che bandisce ogni tipo di discriminazione, diretta o indiretta, che si basi sulla razza, sul genere, sul sesso sulla maternità, sullo stato civile, sulle origini etniche o sociali, sul colore, sull'orientamento sessuale, sull'età, sulla disabilità, sulla religione, sulla coscienza, sul credo, sulla cultura, sulla lingua o sulla nascita, come enuncia l'art. 9 paragrafo 3 del *Bill of rights*.

A prima vista può sembrare paradossale che il Sudafrica sia giunto ad ammettere la necessità di estendere lo *status* matrimoniale a coppie *same-sex* con largo anticipo rispetto ad altri paesi che vantano una tradizione costituzionale – soprattutto sotto il profilo dell'uguaglianza – più consolidata, che tuttavia sono ancora lontani da un riconoscimento di tale portata; in realtà si può ipotizzare che la grande attenzione prestata dai giudici costituzionali sudafricani proprio al rispetto del principio di uguaglianza derivi dall'esigenza primaria di non ledere nuovamente tale principio già largamente inciso durante l'*apartheid*, che fa parte di un passato recente per il Sudafrica.

Tale decisione sembra emergere da una presa di coscienza della propria peculiarità, ossia di essere un paese multiculturale ed eterogeneo per eccellenza, che conduce alla necessità di “non escludere nessuno” dalla società.

In questo senso è più facile comprendere la grande sensibilità (testimoniata dalla lunghezza stessa del testo della decisione) con cui i giudici costituzionali sudafricani si sono approcciati al tema.

Nell'argomentare l'incostituzionalità delle previsioni normative che non prevedono la possibilità per le coppie omosessuali di contrarre matrimonio, la Corte non fa mistero circa il fatto che già diverse pronunce hanno aperto la strada al riconoscimento di pari diritti alle persone omosessuali.<sup>5</sup>

I giudici costituzionali prendono atto della mancanza di un esplicito diritto di sposarsi all'interno del *Bill of Rights*, cosa che vale analogamente per la Costituzione italiana, ma affermano che da ciò non necessariamente discende una assoluta carenza di tutela di tale diritto da parte della Costituzio-

---

<sup>4</sup> Questa causa trae origine dall'impugnazione da parte del Ministero dell'interno della decisione n. 232/2003 con cui la *Supreme Court of Appeal* aveva ritenuto necessario reinterpretare la nozione di matrimonio secondo la *common law* alla luce del principio di non discriminazione per orientamento sessuale. Tale decisione è stata esaminata e commentata da M. MONTALTI, *La battaglia legale per il same-sex marriage in Canada e Sudafrica: eguaglianza e dignità umana versus libertà religiosa*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 4819, V. VALENTI, *Omosessualità e principio di non discriminazione. Un caso di studio: l'esperienza sudafricana*, in C. CALVIERI (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale. Atti del Seminario di Perugia del 18 marzo 2005*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 471-486; F.R. DAU, *La Corte Costituzionale del Sudafrica si esprime in modo favorevole all'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>.

<sup>5</sup> Per una ricostruzione della cd. *equality jurisprudence* citata nella sentenza, si rinvia a V. VALENTI, *Omosessualità e principio di non discriminazione. Un caso di studio: l'esperienza sudafricana*, cit., pp. 475-480 a M. MONTALTI, *La battaglia legale per il same-sex marriage in Canada e Sudafrica: eguaglianza e dignità umana versus libertà religiosa*, cit., ed a F.R. DAU, *La Corte Costituzionale del Sudafrica si esprime in modo favorevole all'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali*, cit.

ne, così come allo stesso modo la Costituzione non nega «*the right to be treated equally and with dignity in the exercise of that right*»; dopodiché si soffermano sulle discriminazioni subite negli anni da persone omosessuali e basate solamente su questa caratteristica, criticando quell'approccio che da sempre ha ridotto l'identità di tali soggetti ad un'identità fondata esclusivamente sul proprio orientamento sessuale, considerandoli, come afferma la Corte non come esseri viventi, ma come «*sexual beings*» (par. 52).

In questi termini, l'esclusione di persone omosessuali dal matrimonio non farebbe altro che rinnovare e perpetrare gli stereotipi su cui quelle discriminazioni si sono fondate, soprattutto se «*protecting the traditional institution of marriage as recognised by law may not be done in a way which unjustifiably limits the constitutional rights of partners in a permanent same-sex life partnership*» (par. 54).

Per quanto riguarda le obiezioni di tipo religioso al matrimonio *same-sex* è significativa l'affermazione contenuta in sentenza secondo cui riconoscere l'importante ruolo che la religione assume nella società non significa che questa debba essere usata quale strumento interpretativo della Costituzione, sicché lo stesso discorso può essere esteso alle tradizioni: nessuno mette in discussione la loro importanza a livello sociale, ma esse non devono impedire il rispetto dei diritti costituzionali fondamentali. Affrontando il tema spinoso del concetto di "naturalità" di un determinato ordine di cose, la Corte sudafricana nega che si tratti di un concetto statico, riconoscendo i naturali tratti dinamici, che mutano nel tempo e nello spazio; sottolinea la Corte sudafricana che «*when the Universal Declaration was adopted, colonialism and racial discrimination were seen as natural phenomena, embodied in the laws of the so-called civilised nations*» (par. 102).

Ciò che era naturale in passato oggi è collettivamente disapprovato, ciò che oggi consideriamo moralmente riprovevole molto probabilmente ci sembrerà naturale in futuro: compito delle Costituzioni non è quello di definire ciò che si ritiene essere naturale, ma di proteggere e garantire ciò che è meritevole di tutela alla luce dei principi fondamentali.

Questa è l'obiezione che si può muovere a quella parte della dottrina che si oppone al matrimonio *same-sex* e che anche in Italia tende a "piegare" il valore della tradizione al fine di limitare la possibilità di estendere il matrimonio alle coppie omosessuali, non fosse altro perché le tradizioni, basate spesso su pregiudizi, non sempre sono "conformi a costituzione" e soprattutto perché troppo facile è l'equazione tradizione-etica.

Si tratta di sfere che inevitabilmente interrogano il diritto, ma dalle quali il diritto non deve necessariamente dipendere.

Anche il regime dell'*apartheid* è stato per decenni un "elemento tradizionale" in Sudafrica, dove ad esempio i matrimoni interrazziali erano proibiti; allo stesso modo nel nostro paese (e non solo) l'esclusione delle donne dal diritto di voto è stata per lungo tempo "normale".

In questi termini, i valori costituzionali fondamentali su cui si basa la decisione sono due: l'uguaglianza anche e soprattutto come «*equal concern and respect across difference [that] does not presuppose the elimination or suppression of difference*» (par. 60) e quindi intesa come uguaglianza in senso sostanziale e la dignità di ogni essere umano all'interno della quale rientrano «*the affirmation of self*» e «*the right to be different*».

I giudici costituzionali, analizzando l'istituto matrimoniale, si concentrano sulle dirette conseguenze da esso derivanti in termini giuridici che possono essere riassunte nella formula «*reciprocal duty of support*» (par. 65); l'impossibilità di accedere al matrimonio per coppie omosessuali non è una questione di disuguaglianza a livello astratto, ma potremmo considerarla un moltiplicatore di disuguaglianza, poiché da essa, a catena, discende l'impossibilità di accedere a tutti quei vantaggi, anche di tipo economico, previdenziale e assistenziale, che sono diretta conseguenza del matrimonio.

Forse è proprio questa la discriminazione avvertita più pesantemente dalle coppie *same-sex*, al di là dell'altrettanto avvertita esigenza di un riconoscimento sociale della propria relazione attraverso la forma del matrimonio.

La discriminazione sta anche nel fatto di negare alle coppie omosessuali una scelta, che diversamente è garantita alle coppie eterosessuali, ossia la scelta di sposarsi o meno; ciò comporta di conseguenza una violazione del proprio diritto di autodeterminazione.

Secondo la Corte per eliminare le discriminazioni è necessario riconoscere la possibilità per le

coppie *same-sex* di ottenere uno *status* giuridico-sociale equivalente a quello riconosciuto in capo alle coppie sposate (par. 81).

Nel confutare le posizioni espresse in giudizio dai rappresentanti dello stato, i giudici costituzionali, ribadendo la propria precedente giurisprudenza, affermano che la potenzialità procreativa non è una caratteristica essenziale delle relazioni coniugali, tenendo conto dell'esistenza di coppie non in grado di procreare, di coppie in età avanzata, o che ad ogni modo non desiderano avere figli o relazioni sessuali, decisioni che comunque attengono alla sfera strettamente personale e privata delle persone.

Nemmeno la tesi sostenuta anche da autorevole dottrina italiana<sup>6</sup>, secondo cui la Corte costituzionale dovrebbe tenere conto, nel decidere di tale questione di costituzionalità, del *sentire comune* della maggioranza contraria all'estensione del matrimonio anche alle coppie omosessuali, resiste all'affermazione della Corte sudafricana secondo cui «*the test, whether majoritarian or minoritarian positions are involved, must always be whether the measure under scrutiny promotes or retards the achievement of human dignity, equality and freedom*». Se infatti l'obiettivo della Costituzione è quello di garantire la coesistenza di diverse concezioni di vita (par. 94) il fatto che un determinato pregiudizio abbia più o meno ampia diffusione non può giustificare di per sé la legittimità (par. 113). In termini di bilanciamento di diritti che possono venire in gioco, la Corte evidenzia come garantire alle coppie *same-sex* l'accesso al matrimonio non ostacoli in alcun modo il diritto delle coppie eterosessuali a sposarsi nella forma che desiderano, secondo i dettami della propria religione (par. 111).

La Corte sudafricana, come detto in precedenza, conclude quindi riconoscendo che «*the failure of the common law and the Marriage Act to provide the means whereby same-sex couples can enjoy the same status, entitlements and responsibilities accorded to heterosexual couples through marriage, constitutes an unjustifiable violation of their right to equal protection of the law under section 9(1), and not to be discriminated against unfairly in terms of section 9(3) of the Constitution*», e che «*such failure represents an unjustifiable violation of their right to dignity in terms of section 10 of the Constitution*».

La Corte, tuttavia, pur riconoscendo l'incostituzionalità sia delle previsioni della *common law* che del *Marriage Act*, ai sensi dell'art. 172 (1)(b) della Costituzione sudafricana, sospende il giudizio di incostituzionalità, rimettendo la questione alla competenza del Parlamento, affinché intervenga per eliminare la discriminazione nei confronti delle coppie *same-sex*<sup>7</sup>, con l'indicazione che se il Parlamento rimarrà inadempiente, le norme della *common law* e del *Marriage Act* saranno lette in modo da estendere l'istituto del matrimonio anche alle coppie omosessuali.<sup>8</sup>

Come spiega la Corte nelle parole del giudice relatore Sachs, questa soluzione permette di porre rimedio all'incostituzionalità delle previsioni normative, non interferendo al contempo con la discrezionalità del Parlamento, libero di modificare la legge o di introdurre strumenti alternativi volti ad estendere alle coppie *same-sex* gli stessi diritti che spettano alle coppie eterosessuali secondo Costituzione.

Ciò assume un particolare significato se si considera che, essendo il Sudafrica appartenente all'area dei paesi di *common law*, i giudici hanno una peculiare capacità di creare e sviluppare il diritto.

I giudici costituzionali, invece, hanno preferito non assumersi la responsabilità di estendere l'istituto del matrimonio alle coppie *same-sex*, affermando che se è vero che le corti hanno il compito di rendere effettivi i diritti del *Bill of Rights*, dall'altro lato tale funzione spetta in primo luogo al legislatore (par. 138) e che deve essere quindi primariamente riconosciuta al Parlamento la possibili-

<sup>6</sup> A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in <http://www.forumcostituzionale.it>.

<sup>7</sup> Il Parlamento sudafricano il 14 novembre 2006 ha emanato il *Civil Union Act*, che estende anche alle coppie omosessuali la possibilità di contrarre matrimonio, mantenendo intatto al contempo il *Marriage Act*, soluzione che ha dato adito a non poche critiche.

Per un approfondimento della questione si rinvia a M. MONTALTI, *Il felice epilogo del same sex marriage in Sudafrica*, cit., a P. DE VOS, *A judicial revolution? The court-led achievement of same-sex marriage in South Africa*, cit., ed a M.F. VALLE, *Matrimonio y Diversidad Sexual: La Lección Sudafricana*, cit.

<sup>8</sup> In particolare la Corte afferma che in tale caso dopo l'espressione "or husband" del *Marriage Act*, si dovrebbe leggere anche l'espressione "or spouse", al fine di ricomprendere anche le coppie *same-sex*.

tà di decidere quale sia il modo migliore di attuare il diritto di uguaglianza (par. 139); secondo i giudici alla Corte spetta il dovere di censurare la legge, mentre il vero intervento su di essa, volto a renderla conforme al dettato costituzionale, spetta al Parlamento, nel rispetto del principio di separazione dei poteri. La Corte costituzionale sudafricana ha così scelto una soluzione di compromesso tra il garantire di fatto immediata tutela ai ricorrenti e il rimettere l'intera questione al legislatore, proprio perché ha avvertito la delicatezza del tema, che non può essere sottovalutato, ma deve essere il più possibile condiviso e condivisibile da tutti,<sup>9</sup> pur sacrificando nell'immediato la giustizia nel caso di specie. Tuttavia la Corte non si esime dal dettare alcuni principi-guida ai quali il Parlamento deve attenersi.

Innanzitutto il primario obiettivo del Parlamento è quello di eliminare le effettive disparità di trattamento generatrici di disuguaglianza, da cui consegue che «*the law concerned with family formation and marriage requires equal celebration, not equal emarginalisation*» (par. 149).

In secondo luogo il Parlamento deve evitare di adottare soluzioni che formalmente garantiscano una tutela equivalente, ma che di fatto generino comunque forme di discriminazione ed emarginazione, secondo il concetto del «*separate but equal*».

Questa è la linea seguita dai giudici sudafricani.

Ai nostri fini non ha particolare rilevanza esaminare quale sia stata la scelta adottata dal Parlamento sudafricano, ma capire se le modalità argomentative e lo strumento decisionale adottato dalla Corte sudafricana possano essere presi in considerazione dalla nostra Corte.

Senza dubbio, al di là delle differenze letterali, è pacifico che i principi di uguaglianza e dignità su cui si fonda di fatto la decisione della Corte sudafricana sono comuni alla nostra Costituzione. Di conseguenza una normativa che non permettesse alle coppie omosessuali di avere lo stesso riconoscimento, anche sociale, garantito alle coppie eterosessuali tramite la possibilità di accedere al matrimonio, violerebbe sia la dignità di tali persone sia il principio di uguaglianza in senso sostanziale.

Sebbene, a differenza di altri ordinamenti costituzionali, la nostra Corte costituzionale non faccia spesso uso, nell'interpretazione del dettato costituzionale, di parametri extra-sistemici,<sup>10</sup> non è da escludere che nel proprio argomentare essa subisca l'influenza degli stili e contenuti argomentativi fatti propri della giurisprudenza costituzionale di altri paesi e nel caso di specie del Sudafrica.

La soluzione adottata dalla Corte sudafricana potrebbe altresì essere di esempio per il nostro giudice delle leggi che, pur riconoscendo l'illegittimità dell'esclusione delle coppie omosessuali dalla disciplina del matrimonio, tema di invadere la sfera di discrezionalità riservata al legislatore a norma dell'art. 28 della legge n. 87/1953.

In questo senso, pur non esistendo nel nostro ordinamento costituzionale uno strumento decisionale analogo a quello adottato dalla Corte sudafricana, si potrebbe ipotizzare la scelta a favore di una sentenza additiva di principio, la cui *ratio*, pur con i dovuti distinguo, sembrerebbe avvicinarsi alla soluzione accolta in Sudafrica.

Questa soluzione è altresì la più auspicabile per garantire, nel rispetto della discrezionalità del legislatore, un'effettiva tutela attraverso un intervento che sia il più possibile puntuale e volto all'attuazione dei principi costituzionali nell'evolvere della società e delle sue esigenze, affinché tali principi non rimangano astratti, ma trovino concretezza nella vita reale.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Nei par. 136-137 infatti si afferma che «*this is a matter involving status that requires a remedy that is secure [...]. The greater and more secure the institutional imprimatur for their [ndr. delle coppie omosessuali] union, the more solidly will it and other such unions be rescued from legal oblivion, and the more tranquil and enduring will such unions ultimately turn out to be*».

<sup>10</sup> Per un approfondimento si rinvia per ragioni di brevità a A. LOLLINI, *La circolazione degli argomenti*, cit.

<sup>11</sup> In B. PEZZINI, *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la Costituzione italiana*, cit., pp. 115-116, si fa riferimento alla c.d. funzione proiettiva e trasformativa che accomuna la nostra Costituzione a quella sudafricana.



1. Elettori legislatori? *Il problema dell'ammissibilità del quesito referendario elettorale* (Ferrara, 13 novembre 1998), 1999, pp. XII-284.
2. Il "caso Previti". *Funzione parlamentare e giurisdizione in conflitto davanti alla Corte* (Ferrara, 28 gennaio 2000), 2000, pp. XIV-298.
3. Stranieri tra i diritti. *Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione* (Ferrara, 26 gennaio 2001), 2001, pp. XVIII-250.
4. Rogatorie internazionali e dintorni. *La legge n. 367 del 2001 tra giudici e Corte costituzionale* (Ferrara, 29 gennaio 2002), 2002, pp. XVIII-294.
5. La parità dei sessi nella rappresentanza politica. *In occasione della visita della Corte costituzionale alla Facoltà di Giurisprudenza di Ferrara* (Ferrara, 16 novembre 2002), 2003, pp. X-254.
6. Il "caso Cossiga". *Capo dello Stato che esterna o privato cittadino che offende?* (Ferrara, 14 febbraio 2003), 2003, pp. XX-460.
7. La laicità crocifissa? *Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici* (Ferrara, 28 maggio 2004), 2004, pp. XXII-340.
8. Ai confini del "favor rei". *Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia* (Ferrara, 6 maggio 2005), 2005, pp. XXIV-388.
9. La grazia contesa. *Titolarietà ed esercizio del potere di clemenza individuale* (Ferrara, 24 febbraio 2006), 2006, pp. XXXII-340.
10. All'incrocio tra Costituzione e CEDU. *Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo* (Ferrara, 9 marzo 2007), 2007, pp. XXII-270 (e-book).
11. Dalla provetta alla Corte. *La legge n. 40 del 2004 di nuovo a giudizio* (Ferrara, 18 aprile 2008), 2008, pp. XXVI-232 (e-book).
12. Il lodo ritrovato. *Una quaestio e un referendum sulla legge n. 124 del 2008* (Ferrara, 27 marzo 2009), 2009, pp. XXII-306 (e-book).
13. La «società naturale» e i suoi "nemici". *Sul paradigma eterosessuale del matrimonio* (Ferrara, 26 febbraio 2010), 2010, pp. XXVI-402 (e-book).