

***Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale:
dalla “aspirazione” al matrimonio al “diritto” alla convivenza****

di Francesco Dal Canto

Sommario. 1. Premessa; 2. Il paradigma eterosessuale nella legislazione vigente; 3. La “famiglia come società naturale” in Assemblea costituente; 4. L’interpretazione evolutiva, ma non creativa, dell’art. 29, comma 1, Cost. e il “peso” della tradizione; 5. L’interpretazione sistematica dell’art. 29, comma 1, Cost.: l’uguaglianza dei coniugi, la finalità procreativa e il “nucleo essenziale” del matrimonio; 6. Il paradigma eterosessuale e il principio d’eguaglianza; 7. Il matrimonio omosessuale nell’ordinamento sovranazionale e la recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell’uomo; 8. Le prospettive.

1. Premessa

In una recente pronuncia della Corte costituzionale¹, già sottoposta ad approfondito esame da parte della dottrina², può leggersi che all’unione omosessuale, “intesa come stabile

1

* Contributo destinato alla pubblicazione negli *Scritti in onore di Franco Modugno*.

¹ Corte cost., sent. n. 138/2010, successivamente confermata con ord. n. 276/2010. Nella pronuncia si dichiara in parte inammissibile e in parte infondata la questione di costituzionalità - promossa dal Tribunale di Venezia e dalla Corte d’appello di Trento per presunta violazione degli art. 2, 3, 29 e 117, 1° comma, Cost. - di alcuni articoli del codice civile “nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso”. I giudizi da cui sono scaturite le ordinanze erano stati promossi all’indomani di provvedimenti di rifiuto da parte dell’ufficiale dello stato civile di procedere alle pubblicazioni matrimoniali di due persone dello stesso sesso.

² A commento della sentenza cfr., tra gli altri, F. Calzaretti, *Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive*, in www.forumcostituzionale.it, P. A. Capotosti, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quad. cost.*, II, 2010, 361ss., E. Crivelli, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, M. Croce, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all’interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, in www.forumcostituzionale.it, L. D’Angelo, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio “nun s’ha da fare”*, in www.forumcostituzionale.it, F. Dal Canto, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro it.*, 2010, I, 1369, I. Massa Pinto-C. Tripodina, *Sul come per la Corte costituzionale “le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio” ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, in www.dircost.unito.it, A. Melani, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta*, in www.forumcostituzionale.it, B. Pezzini, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in www.forumcostituzionale.it, R. Romboli, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro it.*, 2010, I, 1367, Id., *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, C. Silvis, *Il matrimonio*

convivenza tra due persone dello stesso sesso”, spetta “il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”.

Si tratta di un'affermazione destinata ad assumere una portata storica³: una tesi che in più occasioni è stata prospettata in dottrina⁴, pur tra le critiche di una parte minoritaria della stessa e di alcuni ambienti culturali, riceve qui il netto avallo della giurisprudenza costituzionale. Così come la Corte aveva da tempo affermato l'esistenza del “diritto di contrarre matrimonio, discendente dagli articoli 2 e 29 della Costituzione”⁵, lo stesso Giudice costituzionale riconosce ora il diritto alla convivenza omosessuale e segnala l'esigenza che il legislatore provveda ad approntare un corrispondente sistema di garanzie. Tale diritto può iscriversi a pieno titolo nel catalogo di quelli c.d. “nuovi”, ovvero “diversi, *ulteriori* (rispetto a quelli comunemente conosciuti), *emergenti* cioè dalla evoluzione sociale”, prospettabili “indipendentemente da un loro riconoscimento normativo”⁶.

Nella medesima citata pronuncia, la Corte costituzionale stabilisce pure che “si deve escludere tuttavia che l'aspirazione a tale riconoscimento - che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia - possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio” e che anzi “le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio”. Per il Giudice delle leggi l'art. 29 Cost., laddove esso richiama i concetti di “famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”, deve intendersi riferito esclusivamente alla coppia eterosessuale e “questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa”.

2. Il paradigma eterosessuale nella legislazione vigente

Il percorso argomentativo seguito e le diverse affermazioni svolte dalla Corte costituzionale offrono, da diverse angolature, innumerevoli spunti di interesse.

Innanzitutto, un primo problema che si presentava, ai fini della stessa ammissibilità della questione - nella quale, lo si ricorda, si lamentava l'illegittimità del divieto per due persone dello stesso sesso di unirsi in matrimonio - era quello riguardante l'individuazione del

*omosessuale fra il “non s'ha da fare” dell'art. 29 ed il “si può fare” dell'art. 2 della Costituzione, in www.forumcostituzionale.it e S. Spinelli, *Il matrimonio non è un'opinione*, in www.forumcostituzionale.it.*

³ Si è trattato, innanzi tutto, del primo caso in cui una questione attinente alla rivendicazione di diritti da parte di coppie omosessuali è giunta dinanzi al Giudice costituzionale e uno dei primi casi in assoluto in cui la giurisprudenza, compreso i giudici comuni, ha affrontato tali problematiche. Per i pochi precedenti ai quali è possibile fare riferimento sia consentito il rinvio a F. Dal Canto, *Persone dello stesso sesso. A distanza di ventotto anni dalla prima pronuncia, ancora chiuse le porte alle pubblicazioni matrimoniali*, in *Foro it.*, 2008, I, 3697ss.

⁴ Cfr., per tutti, E. Rossi, *Famiglia fondata sul matrimonio e unioni civili: profili costituzionali ed evoluzione giuridica*, in *Questione giustizia*, 2000, 455ss.

⁵ Corte cost., sent. n. 445/2002.

⁶ F. Modugno, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 1.

suo stesso oggetto, atteso che, com'è stato notato⁷, “non c'è nella legislazione una norma espressa che assuma il paradigma eterosessuale quale requisito positivo per la celebrazione e/o per la validità/esistenza del matrimonio”.

Le ordinanze di remissione, in effetti, individuano l'oggetto in un coacervo di articoli del codice civile “nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possono contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso”⁸. La Corte costituzionale accoglie tale impostazione e prende le mosse proprio dalla constatazione per la quale esiste nell'ordinamento italiano una norma che vieta il matrimonio omosessuale, dal momento che “l'intera disciplina dell'istituto, contenuta nel codice civile e nella legislazione speciale, postula la diversità di sesso dei coniugi”, e ciò “nel quadro di una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio”.

Da notare come la predetta deduzione costituisca il risultato di un processo argomentativo, proposto dai giudici remittenti e condiviso nella sostanza dalla Corte, articolato su due momenti. In primo luogo si fa ricorso all'argomento letterale: pur ammettendo che “nel nostro sistema il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è previsto né vietato espressamente”, si osserva che in diverse disposizioni del codice civile ci si riferisce al “marito” e alla “moglie” come attori della celebrazione (artt. 107 e 108) e protagonisti del rapporto coniugale (art. 143), con la conseguenza che “per il chiaro tenore delle norme sopra indicate non sia possibile - allo stato della normativa vigente - operare un'estensione dell'istituto del matrimonio anche a persone dello stesso sesso” (ordinanza del Tribunale di Venezia). Anzi, tale argomento risulta ulteriormente rafforzato, nella motivazione della pronuncia costituzionale, in forza della constatazione per la quale il presupposto dell'eterosessualità “emerge non soltanto dalle norme censurate, ma anche dalla filiazione legittima (...) e da altre norme ...”, nonché dalla normativa in materia di ordinamento dello stato civile.

In secondo luogo, il ragionamento teso a dimostrare la presenza nell'ordinamento italiano di una norma implicita di divieto del matrimonio omosessuale viene supportato attraverso l'esplicito riferimento alla “tradizione”, osservandosi che il mancato riconoscimento per le coppie dello stesso sesso del diritto di contrarre matrimonio si radica in una “consolidata e ultramillenaria nozione”; argomento, quest'ultimo, fatto proprio esplicitamente dal Giudice delle leggi.

L'impostazione sul punto seguita dalla Corte costituzionale appare condivisibile. In effetti è opinione largamente condivisa che vi sia nella legislazione italiana un complesso di norme che non si limitano semplicemente a presupporre il paradigma dell'eterosessualità, ma addirittura lo incorporano, assumendolo come regola normativa⁹. Riservandoci di tornare più diffusamente su tale profilo, interessa qui evidenziare come tale conclusione sia condizionata

⁷ B. Pezzini, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in *La “società naturale” e i suoi “nemici”*. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotta, P. Veronesi, Torino, 2010, 3 (e-book).

⁸ Nella motivazione dell'ordinanza del Tribunale di Venezia può leggersi che “l'istituto del matrimonio nell'ordinamento giuridico italiano è inequivocabilmente incentrato sulla diversità di sesso dei coniugi” e che tale requisito, in linea con alcuni, pur rari, precedenti della Corte di cassazione (Cass. n. 7877/2000, 1304/1990 e 1808/1976), può essere qualificato alla stregua di un “presupposto indispensabile”, la cui assenza produce non un mero impedimento alla celebrazione del matrimonio ma la stessa “inesistenza della fattispecie”.

⁹ Così, ancora, B. Pezzini, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, cit., 4.

in modo decisivo dal rinvio a categorie quali la storia e la tradizione: poiché nessuna delle disposizioni oggetto della questione di costituzionalità afferma espressamente la natura eterosessuale del matrimonio, “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”¹⁰.

Convincente, d'altra parte, appare anche la scelta operata dalla Corte di non sanzionare con una decisione di inammissibilità il mancato tentativo dei giudici remittenti di prodursi nella interpretazione adeguatrice delle disposizioni legislative censurate. Pur in assenza di una previsione esplicita che vieta il matrimonio omosessuale, infatti, il “diritto vivente” sul punto era “così ancestrale da non lasciare spazio alcuno di manovra a differenti interpretazioni”¹¹; e del resto un eventuale esperimento tentato in tale direzione avrebbe comportato il concreto rischio di condurre a “soluzioni contrapposte da parte delle differenti autorità giudiziarie”¹².

3. La “famiglia come società naturale” in Assemblea costituente

Numerosi sono i parametri rispetto ai quali la Corte costituzionale sottopone a scrutinio la norma che vieta il matrimonio omosessuale: si tratta, in particolare, degli artt. 2, 3, 29, comma 1, e 117, comma 1, Cost.

Il primo profilo che viene esaminato nel merito è quello che attiene alla compatibilità della norma *sub iudice* con l'art. 29, comma 1, Cost., laddove si prevede che “la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”. Tale censura si pone, in effetti, in una posizione di pregiudizialità rispetto alle altre, le quali possono essere prospettate soltanto a condizione che si acceda all'idea, condivisa in effetti dai giudici remittenti, della neutralità della nozione costituzionale di matrimonio. Come è stato notato, ancorché con specifico riguardo alla prospettata violazione del principio d'eguaglianza, “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)”¹³.

E' la stessa Corte che, prendendo le mosse, “per ragioni di ordine logico”, dalla predetta censura, dapprima evoca il “vivace confronto dottrinale tuttora aperto”, riguardante la corretta interpretazione da attribuire alla formula “famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”, per poi soffermarsi sul dibattito svoltosi in Assemblea Costituente¹⁴.

¹⁰ G. Conti, *La struttura naturalmente liquida della famiglia*, in *La “società naturale” e i suoi “nemici”*, cit., 80.

¹¹ A. Pugiotto, *L'altra faccia dell'uguaglianza (e dell'amore)*, in *La “società naturale” e i suoi “nemici”*, cit., 309.

¹² R. Romboli, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*, in corso di pubblicazione in *Giur.cost.* e in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹³ A. Ruggeri, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come famiglie*, in *La “società naturale” e i suoi “nemici”*, cit., 336.

¹⁴ Su tale dibattito cfr. M. Bessone, *Sub art. 29, Rapporti etico-sociali*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 1976, 1ss., F. Caggia-A. Zoppini, *Sub art. 29*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Torino, 2006, I, 601ss., nonché, più di recente, P. Veronesi, *Costituzione, “strane famiglie” e “nuovi matrimoni”*, in *Quad. cost.* 2008, 577ss. e

Prima di esaminare le argomentazioni svolte dalla Corte, può essere utile una breve digressione per richiamare quella lontana discussione, premettendo, tuttavia, che, a giudizio di chi scrive, alla sua ricostruzione tanto la dottrina quanto la Corte hanno mostrato di attribuire un ruolo eccessivo.

Il confronto sull'art. 29 Cost. seguì per molti aspetti, sebbene con toni meno accesi, quello che si svolse sull'art. 2 Cost.: peraltro, una volta prevalsa la linea dei Costituenti cattolici sul tema del pluralismo sociale, alcune delle affermazioni di maggior rilievo contenute nell'art. 29 finirono per apparire ai più un sorta di conseguenza necessaria. Non stupisce, a questo proposito, che la stessa formula di famiglia come "società naturale" fu concepita proprio dall'on. Togliatti, nella convinzione, probabilmente, che la stessa fosse, almeno nelle forme, un po' meno "impegnativa" dell'altra, di matrice cattolica, che parlava di "unità naturale".

Nella sostanza, l'art. 29 finì per rappresentare una sorta di "quadratura del cerchio" rispetto ad una duplice esigenza manifestata dagli stessi Costituenti di area cattolica: da una parte, quella di affermare in modo esplicito che la famiglia era una comunità preesistente allo Stato; dall'altra, che tale nucleo naturale era altresì individuabile in una ben precisa forma di organizzazione sociale, vale a dire nella famiglia coniugale tradizionale fondata sul matrimonio. Formulazione che, non a caso, nella versione licenziata dalla Commissione dei Settantacinque, poi non approvata dall'Assemblea per un pugno di voti, conteneva anche un riferimento esplicito al carattere della "indissolubilità" del legame matrimoniale.

Difficile - soprattutto dopo la soppressione del riferimento all'indissolubilità - non notare l'esistenza di una latente contraddizione tra le due componenti della definizione di famiglia - società naturale e matrimonio - le quali, come taluno ha efficacemente notato, avrebbero finito, una volta declinati nel testo dell'art. 29, per dare vita ad una sorta di "ossimoro"¹⁵. In effetti, da una parte si rivendica la naturalità della famiglia come bene precedente rispetto allo Stato, e quindi anche rispetto al diritto, dall'altra si aggiunge che la famiglia alla quale ci si riferisce è proprio quella fondata sul matrimonio, tipico istituto giuridico regolato dallo Stato e dal diritto.

Può essere notato, d'altra parte, come tale contraddizione non fosse, in senso stretto, e come sovente capita di osservare con riguardo ad altre disposizioni costituzionali, la conseguenza della natura di compromesso ideologico che caratterizza la Costituzione italiana¹⁶. Al contrario, la presunta antinomia si dispiegava per lo più all'interno della stessa impostazione cattolica, dal momento che i due obiettivi che costituiscono la ragione d'essere

B. Pezzini-A. Lorenzetti, *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, in corso di pubblicazione.

¹⁵ R. Bin, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2002, 1066ss. che tuttavia, più di recente, ha manifestato l'esigenza di abbandonare il diffuso atteggiamento svalutativo nei confronti di tale disposizione, teso appunto ad evidenziarne la struttura "intimamente ossimorica", proponendo di individuare l'*original intent* nella seguente affermazione "minimalista": "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" (così R. Bin, *Per una lettura non svalutativa dell'art. 29*, in *La "società naturale" e i suoi "nemici"*, cit., 47).

¹⁶ Sul carattere compromissorio della formula "famiglia come società naturale", cfr., per tutti, P. Rescigno, *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto di famiglia*, Torino, 2000, 1ss.

della predetta formulazione (la famiglia come entità pregiudiziale e, allo stesso tempo, fondata sul matrimonio) erano entrambi il portato di quella impostazione. Insomma, se compromesso vi fu, di compromesso "atipico" dovrebbe forse parlarsi.

Semmai occorre notare come la natura ossimorica dell'art. 29 non fosse affatto percepita come tale dai Costituenti, anche quelli non cattolici, nella misura in cui era difficile all'epoca pensare che vi potessero essere dei modelli "naturali" di famiglia alternativi a quelli riconducibili al matrimonio civile (al tempo indissolubile e modellato in buona sostanza su quello canonico). In definitiva, occorre tenere conto del fatto che il difficile connubio tra i concetti di società naturale e di matrimonio venne registrato da molti osservatori del tempo alla stregua, addirittura, di un'"endiadi"¹⁷.

E' certamente vero che non fu il paradigma eterosessuale a rappresentare il valore sul quale si concentrò il dibattito poi tradotto nel testo dell'art. 29, comma 1, Cost. e che la preoccupazione principale dei Costituenti fu quella soprattutto di definire, in antitesi al recente passato fascista, l'autonomia originaria della famiglia matrimoniale rispetto allo Stato e al futuro legislatore¹⁸. Così come è vero che il termine "naturale", associato a quello di famiglia, non assumeva, per la maggior parte dei Costituenti, alcun sapore di natura giusnaturalistica, bensì intendeva segnalare un'esigenza di "razionalità", ovvero di rispondenza ad un bisogno primario della persona quale essere relazionale, ravvisando in tale formazione sociale il primo degli ordinamenti giuridici, marcando così, ancora, un'esigenza di autonomia dai poteri pubblici¹⁹.

Ciò detto, ricavare da tali constatazioni che il modello di "famiglia come società naturale" a cui i Costituenti intesero riferirsi, pure aperto ad assumere forme diverse in armonia con le trasformazioni che avrebbero interessato la società, fosse del tutto fluido quanto alla sua struttura essenziale, pare davvero una forzatura storica. Gli "ulteriori sviluppi costruttivi"²⁰ ai quali per i Costituenti poteva in futuro essere soggetto il modello familiare erano in effetti immaginabili soltanto all'interno dell'idea di famiglia "come società naturale fondata sul matrimonio"; idea che gli stessi Costituenti non definirono in modo puntuale non perché ritenevano che andasse lasciata indefinita, ma perché, esattamente al contrario, erano convinti che la sua definizione, almeno nei tratti essenziali (monogamia, esogamia, e appunto eterosessualità), fosse tanto univoca e incontestata da potersi ritenere "presupposta".

¹⁷ Cfr., sul punto, C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova 1976, 1165ss., il quale, com'è noto, legge nell'espressione "società naturale" di cui all'art. 29 Cost. un limite alla revisione costituzionale.

¹⁸ Come ricorda P. Veronesi, *Matrimonio omosessuale, ovvero: "è sorprendente per quanto tempo si può negare l'evidenza, di fronte a certe cose"*, in *La "società naturale" e i suoi "nemici"*, cit., 414.

¹⁹ Possono leggersi, al riguardo, le affermazioni di A. Moro (Commissione per la Costituzione, Adunanza plenaria, seduta del 15 gennaio 1947, 102): "... la famiglia è una società naturale. Che significa questa espressione? Escluso che qui "naturale" abbia un significato zoologico o animalesco, o accenni a 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 si tratta soltanto di riconoscere i diritti naturali della 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".

Da notare, peraltro, che anche lo stesso on. Aldo Moro avesse in mente un preciso modello familiare quando sottolineava, sempre nel dibattito in Assemblea costituente, il ruolo esclusivo e peculiare della famiglia quale "cellula creatrice della società".

²⁰ G. Dossetti, Commissione per la Costituzione, Adunanza plenaria, seduta del 15 gennaio 1947, 104, richiamato anche da P. Veronesi nel contributo citato alla nota n. 18.

Come la Corte costituzionale chiarisce nella sent. n. 138/2010, i Costituenti discussero di un istituto che aveva già “una precisa conformazione ed un’articolata disciplina nell’ordinamento civile”, dal momento che essi “tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942”. In definitiva, secondo un orientamento ben noto, l’art. 29 Cost. non ha accolto una precisa definizione di famiglia per la ragione che, nella mente dei Costituenti, tale norma, attraverso il riferimento alla formula di “società naturale fondata sul matrimonio”, ha operato un rinvio per presupposizione alla disciplina codicistica, laddove, come sopra evidenziato, le disposizioni “incorporano e sostanziano” il paradigma dell’eterosessualità.

4. L’interpretazione evolutiva, ma non creativa, dell’art. 29, comma 1, Cost. e il “peso” della tradizione

Se quella sopra richiamata fu l’intenzione dei Costituenti, è vero che l’evoluzione sociale, la crisi dei rapporti familiari tradizionali e il progressivo consolidarsi di modelli culturali differenziati hanno contribuito a rendere più marcata, almeno agli occhi di alcuni osservatori, la potenziale contraddizione presente nel dettato costituzionale, cui sopra si è accennato. Nel corso degli oltre sessant’anni che ci separano dall’entrata in vigore della Costituzione tale aporia è stata ora negata ora avvertita, nella dottrina e nella società civile, con intensità diverse.

Due, peraltro, sono le principali ricostruzioni che si sono contrapposte, cui sono andate ad aggiungersi diverse posizioni intermedie. Da un lato la tesi, da tempo avanzata da un certo numero di giuristi di orientamento cattolico, che, anche andando oltre il comune sentire dei Costituenti, hanno inteso accreditare una lettura giusnaturalistica di tale disposizione, accentuando oltremisura i passaggi dai quali si evince il carattere pregiuridico dell’istituto familiare (società “naturale”) e professando l’idea di una famiglia quale organismo astorico ed immutabile. Per tale orientamento l’esatta individuazione del modello costituzionale di famiglia deve essere operata attraverso il ricorso alle tradizioni culturali e alla coscienza comune, sul presupposto implicito, e certamente opinabile, che “la tradizione” conduca all’individuazione di un modello di famiglia assolutamente statico: appunto quello “naturale”, che sarebbe monogamico, eterosessuale, potenzialmente aperto alla procreazione, nonché, almeno fino al 1970, anche indissolubile²¹.

Dall’altra, in senso contrario, l’indirizzo seguito da chi opta per un’interpretazione di tipo storicistico dell’art. 29 e legge l’aggettivo “naturale”, collegato alla famiglia, nel senso dell’“essenzialità” di tale formazione sociale, tenuto conto dell’innata “socialità” dell’uomo. In questa diversa prospettiva la fisionomia della famiglia è destinata a mutare nel corso della storia e con l’evoluzione della società, assumendo connotati continuamente mutevoli. L’art. 29 diviene, in questa visione, disponibile in linea di principio ad ogni opzione interpretativa, una sorta di norma “in bianco”, “neutrale” appunto, un mero rinvio alla concezione di

²¹ Cfr., tra gli altri, C. Grassetti, voce *Famiglia (diritto privato)*, in *Nss.D.I.*, VII, 1961, 50ss., G. Santoro Passarelli, *Matrimonio e famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 333 e G. Lombardi, *La famiglia nell’ordinamento italiano*, in *Iustitia*, 1965, 3ss.

famiglia che si realizza in un dato momento storico, e quindi interamente nella disponibilità delle scelte del legislatore²².

Da notare come, paradossalmente, sebbene da prospettive opposte, anche in questa concezione il ruolo del potere politico nell'opera di definizione del modello familiare sia in fondo del tutto passivo: lo Stato si limita a registrare la "tradizione", più o meno mutevole, e a codificarla nel diritto positivo.

Sono state prospettate, infine, letture dell'art. 29 Cost. che si collocano su posizioni intermedie rispetto alle due precedenti e che, prescindendo qui dai diversi percorsi argomentativi seguiti, pur non disconoscendo la relatività e la storicità della nozione costituzionale di famiglia, postulano l'esistenza di un "nucleo duro" della stessa di cui il legislatore ordinario non potrebbe liberamente disporre. Tale contenuto minimo essenziale, definibile, come nel prosieguo meglio si argomenterà, attraverso il ricorso al radicamento nel tessuto sociale e alla tradizione, includerebbe proprio l'elemento della diversità di sesso tra i coniugi²³.

La Corte costituzionale, nella pronuncia più volte citata, ha scelto con decisione quest'ultimo indirizzo interpretativo. Essa ha dapprima ammesso la necessità di sottoporre le nozioni di famiglia e di matrimonio richiamate dalla Costituzione ad una interpretazione logico-evolutiva, dunque non fondata esclusivamente sugli enunciati testuali ma aperta a recepire le trasformazioni del contesto culturale, sociale, tecnologico. Si tratta, com'è stato autorevolmente notato, di quel tipo di interpretazione che "esplicita (o propone) *significati già racchiusi o, comunque sia, proponibili* per i testi costituzionali, prescegliendo quei significati i quali, pur inimmaginabili al tempo della enunciazione dei testi, si presentano come possibilità future rispetto al tempo in cui fu enunciato il testo, ma presenti al tempo dell'applicazione" (c.vi aggiunti)²⁴.

Il Giudice delle leggi ha osservato, in proposito, che "i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere 'cristallizzati' con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi". Tuttavia - ha aggiunto la Corte - "detta interpretazione (...) non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata". Come risulta infatti dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente - ha puntualizzato ancora il Giudice delle leggi -

²² Cfr. Mancini, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell'art. 29 della Costituzione*, in *Riv.dir.civ.*, 1963, I, 223ss., P. Barcellona, voce *Famiglia (dir.civ.)*, in *Enc.dir.*, XVI, 1967, 780ss., S. Rodotà, *La riforma del diritto di famiglia alla prova, Principi ispiratori e ipotesi sistematiche*, in *Pol. dir.*, 1975, 677, che definisce quello familiare un "non modello", nonché, più di recente, tra i costituzionalisti, A. Pugiotto, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*, in *www.forumcostituzionale.it* e P. Veronesi, *Costituzione, "strane famiglie" e "nuovi matrimoni"*, in *Quad. cost.*, 2008, 577ss.

²³ Cfr., tra gli altri, F. Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv.dir.civ.*, 2002, spec. 520s., A. Ruggeri, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad.cost.*, 2007, 751ss., V. Tondi della Mura, *La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi e la pretesa dei diritti individuali dei conviventi*, in *Quad.cost.*, 2008, 101ss. e, volendo, F. Dal Canto, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro it.*, 2005, V, 275ss.

²⁴ Così F. Modugno, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 217.

“la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta” e “questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un’interpretazione creativa”. E ancora: “si deve ribadire, dunque, che la norma non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto”.

La conclusione cui giunge il Giudice delle leggi appare in linea di principio condivisibile, per quanto, allo stesso tempo, non del tutto convincente sembra il percorso argomentativo prescelto onde supportare tale esito.

Condivisibile, in particolare, appare la motivazione laddove la Corte distingue tra interpretazione evolutiva e interpretazione creativa. Com’è stato osservato²⁵, “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”. L’interpretazione evolutiva, in altre parole, non esplicita qualsiasi significato del testo costituzionale, ma soltanto quelli “già racchiusi” nella norma o, comunque sia, “proponibili”²⁶.

Convince assai meno, invece, il passaggio nel quale la Corte paventa il rischio che la norma costituzionale possa essere oggetto di un’interpretazione che la modifichi “in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata”. Come se la corretta individuazione del nucleo indisponibile del concetto di famiglia ai sensi dell’art. 29 Cost., e in particolare il riconoscimento dell’eterosessualità quale requisito necessario, dipendesse esclusivamente dalla circostanza che “la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di assemblea”, e ciò “benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta”.

In altre parole, la motivazione risulta quasi interamente incentrata sul richiamo della volontà storica dei Costituenti e sulla loro tacita, ma per la Corte (in un certo qual modo) consapevole, scelta di non occuparsi della questione del matrimonio omosessuale. Il giudice costituzionale, dunque, non nega che le disposizioni costituzionali possano e debbano essere interpretate tenendo conto delle trasformazioni intervenute nella società, ma ritiene, più raffinemente, che attraverso le tecniche interpretative non sia legittimo attribuire al testo della Costituzione significati che, nel corso dei lavori preparatori, pur collegati a fenomeni conosciuti, non sono stati presi in considerazione.

Ma il ragionamento, appunto, non convince. Sebbene infatti si possa condividere l’idea che la volontà storica del costituente sia meritevole di un rispetto maggiore rispetto a quella derivante dall’intenzione originaria del legislatore ordinario²⁷, è senz’altro da escludere che a

²⁵ M. Cavino, *Struttura delle disposizioni normative e senso della tradizione*, in *La “società naturale” e i suoi “nemici”*, 64.

²⁶ Cfr. ancora F. Modugno, *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, cit., 217. In senso analogo a quanto sostenuto nel testo, cfr. A. Ruggeri, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso*, cit., 341, che osserva che “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”.

²⁷ Cfr., per tutti, L. Pesole, *L’intenzione del legislatore costituente nell’interpretazione del parametro costituzionale*, in AA.VV., *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, Torino, 2008, 140ss.

tale canone interpretativo, al quale solitamente la Corte attribuisce una funzione ausiliaria ed integrativa, possa riconoscersi, come nel caso di specie, un ruolo così determinante²⁸.

La circostanza che la condizione omosessuale fosse già conosciuta nel periodo in cui si svolse il dibattito in Assemblea costituente, e tuttavia “non presa in considerazione”, non pare quindi ragione da sola sufficiente a trasformare automaticamente un’interpretazione potenzialmente “evolutiva”, come è avvenuto per altri fenomeni, in un’interpretazione necessariamente “creativa”, e dunque illegittima. Del resto, come si è notato²⁹, la disciplina in materia di matrimonio si è già inevitabilmente allontanata da quella che era vigente al momento dell’approvazione della Costituzione - si pensi al già evocato carattere di indissolubilità del matrimonio - senza contare che, con tutta probabilità, i Costituenti non “considerarono” le coppie omosessuali neppure quando misero mano al concetto di formazione sociale, di cui all’art. 2 Cost., all’interno del quale il Giudice costituzionale inserisce ora senza alcun indugio tale forma di convivenza.

Dunque l’interpretazione originalista non avrebbe dovuto avere un peso così decisivo per giustificare la non sussumibilità del matrimonio omosessuale nella nozione di “famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”. E in questo ripiegare della motivazione sull’argomento originalista sembra di scorgere una certa ritrosia da parte della Corte nell’impiegare un argomento che, pur ben presente, non viene speso in modo dichiarato; in particolare, pur avendo la Corte mostrato di attribuire alla tradizione un peso rilevante allo scopo di orientare l’interpretazione dell’art. 29 Cost., la stessa sceglie di mantenere tale riferimento sottotraccia e di lasciare che esso sia desumibile soltanto attraverso “una serie di indizi seminati nella motivazione, senza tuttavia che siano mai elevati alla dignità di *ratio decidendi*”³⁰.

Questa cautela pare eccessiva. Forse può comprendersi in relazione alle critiche che la dottrina ha avuto modo di indirizzare, nel dibattito accesosi all’indomani del promovimento della questione di costituzionalità, nei confronti dell’ipotesi di un ricorso a tale criterio “meta-giuridico”, accompagnando tale prospettiva, per lo più, con valutazioni di segno negativo³¹. Ma in realtà il ruolo giocato dalla tradizione nel caso di specie merita di essere meglio precisato: tale rinvio, a noi pare, non vuol rappresentare un omaggio alla tradizione in sé e per sé considerata, intesa quale fondamento autonomo ed esclusivamente extragiuridico³², ma un ricorso ad essa nella misura in cui è capace di disvelare, nell’ambito dell’attività interpretativa, il significato degli enunciati normativi. La tradizione, in altre parole, contribuisce, in questo come in altri casi, a scoprire “il senso proprio delle parole”, a comprendere il testo; com’è stato osservato “l’ermeneutica è centrata sulla nozione di

²⁸ Cfr., in senso analogo, R. Romboli, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare*, cit.

²⁹ M. Croce, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all’interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, in www.forumcostituzionale.it.

³⁰ I. Massa Pinto-C. Tripodina, *Sul come per la Corte costituzionale “le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio*, cit., 17.

³¹ Cfr. M. Cavino, *Struttura delle disposizioni e senso della tradizione*, cit., 64.

³² B. Pezzini, *Dentro il mestiere di vivere*, cit., 16, per la quale le argomentazioni che rinviano alla tradizione non sembrano convincenti “per la loro intrinseca contraddittorietà, per una certa arbitrarità dei riferimenti, per il ricorso ad un fondamento extra-giuridico”.

tradizione: non c'è un testo nella comprensione sociale e spirituale che può essere isolato dal suo *pedigree* storico”³³.

E del resto, quella “consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio” cui sia i giudici remittenti che la Corte rinviano per interpretare la legislazione ordinaria, estraendo da quest’ultima la norma di divieto del matrimonio omosessuale, è la medesima della quale doveva tenersi conto anche sul piano dell’interpretazione del diritto costituzionale. Su questo specifico profilo, come si è notato³⁴, le disposizioni costituzionali offrono all’interprete le stesse “resistenze” ad interpretazioni evolutive di quelle che si incontrano con riguardo alla legislazione ordinaria. Non si può rivolgersi alla tradizione, attribuendo ad essa una precisa “consistenza giuridica”, quando si tratta di giustificare, a livello legislativo, l’esistenza del divieto del matrimonio omosessuale, e poi negare, od oscurare, la legittimità di tale richiamo quando si tratta di interpretare la nozione costituzionale di “famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”.

Dunque, la ragione principale per la quale la Corte avrebbe dovuto leggere la formula “famiglia come società naturale” - e con essa la nozione di matrimonio - nel senso di non ricomprendervi le unioni omosessuali era da ricercare, a giudizio di chi scrive, più che nell’originaria *intentio* degli estensori della norma - elemento che avrebbe potuto giocare un ruolo al più “di rinforzo”, insieme a quello, di cui di seguito si dirà, dell’interpretazione sistematica con le altre disposizioni costituzionali in tema di famiglia - nel significato che, a distanza di oltre sessant’anni dall’entrata in vigore della Carta costituzionale, anche tenendo conto dell’attuale contesto storico e sociale, doveva oggi attribuirsi a tale locuzione testuale. Locuzione che conserva ancora, necessariamente interpretata alla luce del suo “*pedigree* storico”, un “nucleo duro” di significato che risulta incentrato, tra l’altro, anche sul presupposto della diversità di sesso dei coniugi.

11

5. L’interpretazione sistematica dell’art. 29, comma 1, Cost.: l’uguaglianza dei coniugi, la finalità procreativa e il “nucleo essenziale” del matrimonio

Il percorso argomentativo che ha condotto la Corte costituzionale a rigettare la questione di costituzionalità con la sent. n. 138/2010 si è snodato anche attraverso argomentazioni “minori”, utilizzate a supporto delle due principali: quella “esplicita”, l’*intentio* dei Costituenti, e quella “ombra”, la tradizione.

³³ Così G. Palombella, *La conoscenza nell’interpretazione. Un modello per la giurisdizione*, in *Democrazia e diritto*, 1997, II, 158, richiamato anche da M. Cavino, *Struttura delle disposizioni e senso della tradizione*, 64, cui si rinvia anche per gli ulteriori argomenti spesi “a difesa” del ricorso alla tradizione.

In questo senso non convince del tutto il parallelo proposto da G. Brunelli, *Minoranze sociali, norme discriminatorie e funzione del giudice costituzionale*, in *La “società naturale” e i suoi “nemici”*, cit., 53, tra il caso di specie e la vicenda riguardante il riconoscimento dei diritti politici alle donne, consumatasi, com’è noto, nei primi anni del ‘900. In quel caso, infatti, a differenza di quello oggi esaminato, il rifiuto da parte della giurisprudenza di estendere un diritto fondamentale non aveva alcun fondamento testuale nello Statuto albertino o nella legislazione elettorale ma si giustificava esclusivamente con il rinvio ad una “consuetudine interpretativa” completamente sganciata dal diritto positivo.

³⁴ Cfr. A. Saitta, *Il matrimonio delle coppie dello stesso sesso alla Consulta o dei limiti dell’interpretazione costituzionale evolutiva*, in *La “società naturale” e i suoi “nemici”*, cit., 357.

In primo luogo, nel ribadire che il significato “tradizionale” dei concetti di famiglia e di matrimonio non possono essere superati per via ermeneutica, il Giudice delle leggi precisa che “in tal senso orienta” anche il secondo comma dell’art. 29 Cost., laddove si afferma il principio dell’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, previsione che “ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale”.

Tale argomento non ha persuaso chi, pur riconoscendo che effettivamente questa fu l’originaria *intentio* dei Costituenti, ha osservato come in effetti niente impedisca, nella prospettiva, ancora, di una interpretazione evolutiva, di ritenere tale previsione perfettamente applicabile anche all’interno di una coppia omosessuale³⁵. L’obiezione è in effetti ragionevole, anche se pare arduo negare come sia l’intero complesso delle disposizioni costituzionali dedicate alla famiglia (artt. 30, 31 Cost.) a presupporre piuttosto chiaramente la diversità dei sessi dei coniugi; e inoltre, il secondo comma dell’art. 29 Cost. fa riferimento all’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi con i “limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell’unità familiare”, precisazione con la quale si intendeva giustificare le numerose ipotesi di subalternità normativa della donna presenti nella disciplina legislativa della famiglia e che testimonia, quindi, di come la disposizione trovi non soltanto la sua origine ma anche la sua principale ragion d’essere proprio con riguardo alle disuguaglianze sostanziali tra uomo e donna.

In secondo luogo, la Corte, nel ribadire che la Costituzione si riferisce al matrimonio “nel significato tradizionale di detto istituto”, segnala, *ad abundantiam*, la non casualità della circostanza per la quale la stessa Carta, dopo aver disciplinato la famiglia e il matrimonio, si sia occupata della tutela dei figli (art. 30), ciò che dimostrerebbe il “rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima ed alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall’unione omosessuale”.

Si tratta di un’affermazione che ha esposto la Corte a molteplici rilievi critici.

Anche ammettendo che l’interesse pubblico più rilevante cui mirano le disposizioni costituzionali, attraverso una loro lettura sistematica, sia quello alla tutela dei figli, tuttavia giustificare il paradigma eterosessuale del matrimonio con il ricorso all’argomento della potenzialità riproduttiva della coppia pare un tentativo incompatibile con la realtà dei fatti, numerose essendo le ipotesi in cui il matrimonio eterosessuale non ha, neppure “in potenza”, tale caratteristica, e per di più non giuridicamente argomentabile, anche tenuto conto dei mutamenti radicali che hanno riguardato, sotto questo profilo, lo stesso regime giuridico familiare³⁶. In fondo, oggi, la finalità procreativa svolge “un ruolo solo tendenziale nel giustificare l’instaurazione del matrimonio”, istituto accessibile (peraltro non certo da ora) sia alle coppie eterosessuali sterili o che scelgano di non avere figli, sia, ad esempio, alle persone transessuali che abbiano ottenuto il mutamento di sesso (ai sensi della legge n. 164/1982). Ed inoltre, l’autonomia tra matrimonio e capacità procreativa può essere desunta, in senso

³⁵ Cfr. da ultimo R. Romboli, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare*, cit.

³⁶ Su quest’ultimo aspetto cfr. P. Veronesi, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Milano, 2007, 81 ss., e A. Pugiotto, *Alla radice costituzionale dei “casi”*, cit., 11. La stessa Corte costituzionale, del resto, ha avuto modo esplicitamente di negare che alla capacità generativa possa essere riconosciuto il carattere di requisito essenziale per l’esistenza e la validità del matrimonio (Corte cost., sent. n. 161/1985).

contrario, anche dalla circostanza per la quale coppie eterosessuali che, “per natura”, non sono in grado di procreare possono comunque avere figli attraverso gli istituti della procreazione medicalmente assistita o dell’adozione.

Le predette affermazioni, svolte da una larga parte della dottrina, pur condivisibili, non sembrano cogliere nel segno, rivelandosi, almeno in parte, il frutto di una sorta di equivoco. Si tratta, in particolare, di intendersi sul significato da attribuire al termine “potenziale”. Nessuno nega, infatti, che, per diverse ragioni, la funzione principale del matrimonio non sia più quella di generare figli, tuttavia il fuoco della questione è un altro: è pur vero, infatti, che è la sola famiglia eterosessuale a rientrare all’interno di un “modello” che, *in astratto e ordinariamente* - in questo senso, *potenzialmente* - rappresenta “il luogo elettivo per la trasmissione della specie”³⁷: “luogo” cui la Costituzione italiana riconosce una particolare rilevanza quando si riferisce alla famiglia fondata sul matrimonio. Può essere, beninteso, che questo modello non sia più adeguato ai bisogni e alle domande che provengono dalla società attuale e che dunque abbia necessità di essere ridefinito alla luce delle intervenute trasformazioni; ma ciò non toglie che questo sia il modello tratteggiato nell’art. 29 Cost.

Vi è poi un altro argomento frequentemente utilizzato nel dibattito intorno al matrimonio omosessuale. In particolare, chi in dottrina accoglie la tesi della “neutralità” della nozione costituzionale di famiglia fa notare che dei tre caratteri nei quali, tradizionalmente, si riconosce il “contenuto essenziale” di tale nozione - l’eterosessualità, l’esogamia e la monogamia - il primo sarebbe il solo a risultare privo di effettive basi giuridiche, potendo gli altri due, invece, beneficiare di un fondamento costituzionale autonomo. Il carattere monogamico del matrimonio, in particolare, troverebbe il suo fondamento nell’esigenza di tutela dell’equilibrio dell’istituzione familiare, mentre l’esogamia si porrebbe a presidio del principio di uguaglianza. Soltanto l’eterosessualità, in definitiva, sarebbe “non giuridicamente argomentabile”³⁸.

Dinanzi a tali argomenti si può forse replicare nei termini seguenti.

Innanzitutto, è possibile preliminarmente constatare che, anche dalla prospettiva di chi rifiuta di riconoscere il carattere dell’eterosessualità quale *conditio sine qua non* dell’istituto familiare, le nozioni costituzionali di famiglia e di matrimonio non appaiono completamente neutre e aperte ad ogni tipo di trasformazione, essendo pacifico, anche per chi si pone in tale ottica, che alcuni contenuti non possono comunque connotare tale modello, e ciò indipendentemente dal fondamento costituzionale da cui si ricavano tali limitazioni.

In proposito, e per inciso, possono qui essere richiamate due recenti pronunce rese dal Tribunale costituzionale portoghese³⁹, le quali, avendo affrontato la medesima problematica nello stesso periodo di tempo, sono spesso evocate dalla dottrina al fine di segnalare le differenze di approccio rispetto alla sentenza della Corte italiana. In esse si afferma che quello di famiglia è sì “un concetto aperto, adattabile alle diverse realtà sociali”, tuttavia ciò non significa che il matrimonio sia “una formula vuota di contenuto a totale disponibilità del

³⁷ A. Ruggeri, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso*, cit., 339.

³⁸ Cfr. B. Pezzini, *Dentro il mestiere di vivere*, cit., 17.

³⁹ Tribunal constitucional de Portugal, nn. 359/2009 e 121/2010, quest’ultima pubblicata in *Foro it.*, 2010, IV, 272ss, con nota di P. Passaglia, *Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica*. In argomento cfr. anche E. Crivelli, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

legislatore”, essendo esso, al contrario, dotato di un “contenuto essenziale” che consiste nello “stabilimento di una comunione di vita tra due persone”. Nessuna norma “in bianco”, dunque, neppure nella nozione di famiglia ai sensi della Costituzione portoghese, ma, nel caso, indicazioni di contenuto diverse da quelle che la Corte italiana ha ritenuto di estrarre dall’art. 29 Cost.

Inoltre, partendo dalla questione della monogamia, è forse lecito dubitare che sia sempre possibile invocare, quale unica ragione ostativa alla legittimazione del matrimonio poligamico, una lesione del principio d’eguaglianza, argomentando che “la poligamia sembra introdurre una relazione asimmetrica tra marito e mogli, di difficile compatibilità con i principi costituzionali della eguaglianza tra generi (art. 3) e della parità coniugale (art. 29 Cost.)”⁴⁰. E’ questo certamente un argomento serio, ma, a parere di chi scrive, risente eccessivamente della circostanza che negli ordinamenti ove tale modello è diffuso, vale a dire in molti paesi islamici, tale fenomeno si accompagna alla negazione effettiva della parità dei diritti tra uomini e donne, come dimostra del resto la circostanza che, anche in ambito matrimoniale, è in effetti soltanto l’uomo che in tali ordinamenti può avere più mogli (poliginia), mentre la donna può avere un solo marito. Nell’ipotesi di un matrimonio poligamico che ponesse nelle stesse condizioni di partenza gli uomini e le donne (poliginia e poliandria), forse il principio d’eguaglianza - che certamente potrebbe essere sempre invocato, data la relazione comunque asimmetrica del rapporto - rappresenterebbe un’arma ben più spuntata nei confronti di una libera e spontanea accettazione di quel tipo di relazione affettiva; e allora, forse, si dovrebbe tornare a ragionare del “modello” di famiglia.

14

Per quanto poi attiene al requisito matrimoniale della esogamia, e al divieto di incesto cui solitamente esso si collega, si è osservato come quest’ultimo si fondi “né in ragioni biologiche né tanto meno morali, essendo invece imposto dalla necessità di evitare perturbazioni alla vita familiare”⁴¹. Ma è dubbio che tale argomento non abbia niente a che vedere con l’esistenza di quel nucleo essenziale della nozione costituzionale di famiglia che invece si vorrebbe per tale via disconoscere; la stessa Corte costituzionale⁴², del resto, in una pronuncia sovente richiamata allo scopo di supportare la conclusione contraria a quella qui prospettata, ragionando intorno a quale fosse il bene giuridico protetto dalla norma che vieta l’incesto, lo ha in effetti individuato nell’intento “di evitare perturbazioni della vita familiare”, ma ha altresì ravvisato che tale finalità corrisponde anche “a punti di vista morali o religiosi circa la concezione della famiglia”.

6. Il paradigma eterosessuale e il principio d’eguaglianza

Una larga parte della dottrina ha attribuito un rilievo decisivo all’argomento in forza del quale la norma che vieta il matrimonio omosessuale si sarebbe posta in chiara violazione del principio d’eguaglianza, perché non consentirebbe a coloro che hanno un determinato orientamento sessuale di scegliere liberamente il proprio coniuge.

⁴⁰ A. Pugiotto, *Alla radice costituzionale dei “casi”*, cit., 11.

⁴¹ P. Veronesi, *Matrimonio omosessuale, ovvero: “è sorprendente per quanto tempo si può negare”*, cit., 423.

⁴² Corte cost., sent. n. 518/2000.

Si è osservato, ad esempio, che il caposaldo sul quale fondare la risposta alle richieste sottese alle ordinanze dei giudici *a quibus* doveva essere cercato “nel parametro dell’uguaglianza, affermato dall’art. 3, interpretato come principio di non discriminazione” e che l’eventuale “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”⁴³. E si è ricordato che il principio d’uguaglianza impone di sottoporre ad uno scrutinio stretto di legittimità le “tradizioni”, le quali, “pur se assorbite in leggi risalenti nel tempo, devono in ogni caso provare di essere tuttora valide *ex art. 3 Cost.*”, laddove si vieta che le “condizioni personali” possano essere fonte di qualsivoglia discriminazione nel trattamento giuridico delle persone. Dunque “impedire a un omosessuale di sposare un *partner* del suo stesso sesso significa inevitabilmente limitarne la libertà matrimoniale”, ciò che si traduce in una discriminazione non in base al sesso ma all’orientamento sessuale⁴⁴.

E anche le ordinanze di remissione con le quali la questione è stata promossa dinanzi alla Corte costituzionale hanno speso con forza l’argomento dell’uguaglianza, osservando, ad esempio, che “la norma che esclude gli omosessuali dal diritto di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso non ha alcuna giustificazione razionale” (Tribunale di Venezia) e si presenta come irragionevolmente discriminatoria. Si è ritenuto, in altre parole, che l’art. 3 impedisse che la contingente inclinazione sessuale potesse costituire motivo di discriminazione tra cittadini attraverso la limitazione della possibilità di scegliere un coniuge dotato di un certo sesso.

Onde rafforzare le censure riguardanti il profilo dell’uguaglianza alcuni giudici *a quibus* hanno altresì svolto un parallelo con la situazione in cui si trovano le persone transessuali, le quali, ottenuta la rettificazione di attribuzione di sesso biologico ai sensi della legge n. 164/1982, possono contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso originario⁴⁵. Argomento ripreso anche dalla dottrina, che ha scorto un ulteriore sintomo della violazione del principio d’uguaglianza nella scelta di non riconoscere agli omosessuali quello stesso diritto che già l’ordinamento riconosce al “caso analogo” dei transessuali⁴⁶.

La Corte costituzionale, in verità, ha definito la “questione” dell’uguaglianza assai rapidamente. Ha avuto gioco facile, in particolare, nell’affermare che, anche alla luce della corretta interpretazione dell’art. 29 Cost., “le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio” e dunque “la normativa medesima non dà luogo ad una irragionevole discriminazione”.

Tornano qui utili le considerazioni svolte in precedenza, circa la priorità logica che deve essere riconosciuta alle censure riguardanti l’art. 29 Cost. Da esse si desume che è possibile invocare la lesione del principio d’uguaglianza soltanto sul presupposto che previamente si riconosca l’astratta riconducibilità delle coppie omosessuali alla nozione costituzionale di

⁴³ C. Fusaro, *Non è la Costituzione a presupporre il paradigma eterosessuale*, in *La “società naturale”*, cit., 169.

⁴⁴ P. Veronesi, *“E’ sorprendente per quanto tempo si può negare”*, cit., 420.

⁴⁵ Cfr., per tutti, R. Romboli, *La libertà di disporre del proprio corpo*, sub art. 5, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 257ss.

⁴⁶ Cfr. ancora P. Veronesi, *Matrimonio omosessuale, ovvero: “è sorprendente per quanto tempo si può negare”*, cit., 423.

“famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”; presupposto che tuttavia la Corte, come si è visto, ha considerato infondato.

E anche il riferimento alla legge n. 164/82 sembra fuori bersaglio. La previsione per la quale l'ordinamento italiano consente il matrimonio tra due persone del medesimo sesso biologico esclusivamente “a seguito di intervenute modificazioni dei caratteri sessuali” (art. 1) di uno dei due, e della successiva attribuzione a quest'ultimo, con provvedimento dell'autorità giudiziaria, del sesso opposto, all'evidenza rafforza anziché indebolire il paradigma tradizionale che vede nell'eterosessualità un presupposto essenziale del matrimonio⁴⁷. E in questa direzione è andata la Corte costituzionale, laddove ha puntualizzato che quella delle persone transessuali è “condizione del tutto differente da quella omosessuale e, perciò, inidonea a fungere da *tertium comparationis*”, talché “il riconoscimento del diritto di sposarsi a coloro che hanno cambiato sesso (...) costituisce semmai un argomento per confermare il carattere omosessuale del matrimonio, quale previsto nel vigente ordinamento”.

7. Il divieto di matrimonio omosessuale nell'ordinamento sovranazionale e la recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo

Infine, una diversa censura che la Corte è stata chiamata a valutare atteneva alla presunta violazione, in ipotesi perpetrata dalla norma di divieto del matrimonio omosessuale, dell'art. 117, comma 1, Cost., laddove si stabilisce che la potestà legislativa deve essere esercitata nel rispetto, tra l'altro, dei “vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”.

A questo proposito erano state richiamate nelle ordinanze di remissione, oltre ad una serie di risoluzioni del Parlamento europeo con le quali gli Stati erano stati esortati a “porre fine agli ostacoli frapposti al matrimonio di coppie omosessuali”⁴⁸, tutta una serie di disposizioni contenute in fonti internazionali e dell'Unione europea. Tra di esse, in particolare, gli artt. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁴⁹ e 9 della Carta di Nizza⁵⁰; previsioni che, pur impiegando una terminologia lievemente diversa, fanno entrambe espresso riferimento al “diritto di sposarsi” e di “costituire una famiglia”.

Tuttavia tali richiami non potevano apparire alla Corte costituzionale affatto decisivi. Quanto alle risoluzioni del Parlamento europeo, occorre notare come esse siano dirette a sollecitare gli stati membri, alternativamente, ad estendere l'istituto matrimoniale alle coppie

⁴⁷ Sia qui consentito il rinvio a F. Dal Canto, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro it.*, 2010, I, 1369. Non a caso, come nota A. Saitta, *Il matrimonio delle coppie dello stesso sesso*, 358, nel caso in cui il transessuale sia coniugato prima dell'intervento di cambio del sesso, la legge prevede lo scioglimento del matrimonio (ancorché, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 74/1987, tale scioglimento, non del tutto ragionevolmente, non è più “automatico”, come segnala B. Pezzini, *Dentro il mestiere di vivere*, cit., 10).

⁴⁸ Cfr. la nota risoluzione dell'8 febbraio 1994, i cui contenuti sono stati successivamente ribaditi nel 2000, nel 2003 e nel 2006.

⁴⁹ Ai sensi della quale “uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto”. Tale previsione, come si sa, integra, quale norma interposta, il parametro di costituzionalità *ex* art. 117, comma 1, Cost., come ha riconosciuto esplicitamente la Corte costituzionale nelle note pronunce nn. 348 e 349 del 2007.

⁵⁰ Ai sensi della quale “il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio”. Tale previsione, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, intervenuta nel dicembre 2009, ha assunto il medesimo valore giuridico dei Trattati comunitari.

formate da persone dello stesso sesso, oppure - lasciando agli stati la possibilità di optare per soluzioni più “caute” - ad introdurre nelle legislazioni nazionali “istituti giuridici equivalenti”, e dunque non coincidenti con l’istituto matrimoniale⁵¹. Del resto sono soltanto tre, ad oggi, gli stati dell’Unione europea che hanno esteso *tout court* il preesistente istituto matrimoniale alle persone dello stesso sesso - Belgio, Olanda e Spagna - mentre molti altri ordinamenti hanno preferito introdurre forme diverse di riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali, per quanto talora anche assai simili al matrimonio⁵², come nel caso della Norvegia e della Svezia, o in quello più recente del Portogallo, tutti ordinamenti nei quali è stata prevista l’impossibilità per la coppia sposata dello stesso sesso di accedere all’istituto dell’adozione dei minori.

Anche il riferimento agli artt. 12 CEDU e 9 della Carta di Nizza assume una forza relativa, tenuto conto che tali disposizioni fanno rinvio alle “leggi nazionali” per la disciplina delle modalità del concreto esercizio del diritto di sposarsi. Com’è stato osservato con specifico riguardo all’Unione europea, il sistema comunitario considera gli istituti della famiglia e del matrimonio come nozioni giuridiche presupposte, né impedendo né obbligando gli stati alla concessione dello *status* matrimoniale alle unioni omosessuali, favorendo in definitiva su questo tema il più ampio pluralismo culturale e legislativo⁵³.

E ancora, non può non ricordarsi come alla relativa “spregiudicatezza” delle risoluzioni del Parlamento europeo e alla tendenziale apertura delle Carte abbia fino ad oggi corrisposto un’evidente prudenza delle Corti, sia quella comunitaria che quella europea dei diritti dell’uomo, le quali, senza sostanziali cambiamenti di rotta negli ultimi anni, accolgono “pacificamente” il principio in base al quale la diversità di sesso tra i coniugi è elemento strutturale dell’istituto matrimoniale “alla luce della tradizione degli stati europei”⁵⁴; tanto che si è parlato, a tale proposito, di una vera e propria “nozione comunitaria di matrimonio”⁵⁵.

E la Corte, a ragione, nella sent. n. 138/2010 conferma l’“inutilizzabilità” del riferimento al diritto sovranazionale ai fini della risoluzione della questione prospettata, dichiarando sotto questo profilo inammissibile la questione e puntualizzando, con particolare riguardo alle due disposizioni sopra richiamate, che “la citata normativa non impone la piena

⁵¹ Cfr. E. Rossi, *L’Europa e i gay*, in *Quad.cost.*, 2000, 405.

⁵² Cfr. N. Pignatelli, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra “istituzione” matrimoniale e “funzione” familiare*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2005, 264ss. e P. Passaglia, *Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica*, in *Foro it.*, 2010, IV, 273.

⁵³ Cfr. S. Rodotà, *Presentazione* a F. Grillini e M.R. Marella (a cura di), *Stare insieme*, Napoli, 2001, XIV.

⁵⁴ Cfr., tra le altre, Corte europea dei diritti, 17 ottobre 1986, n. 106 e 27 settembre 1990, n. 184; Corte giust., 31 maggio 2001, C-122/99 P e C-125/99 P. Nella nota decisione del 2002 della Corte di Strasburgo (caso *Goodwin c. Regno Unito* dell’11 luglio), ampiamente citata dalla dottrina che si è occupata della questione e richiamata nelle ordinanze di remissione qui richiamate, la dichiarazione di contrarietà alla CEDU del divieto per il transessuale di contrarre matrimonio con persona del suo stesso sesso originario non sembra in effetti sconfessare i ricordati precedenti orientamenti, ma anzi, come prima si accennava, indirettamente li rafforza: essa difatti si fonda proprio sul presupposto dell’intervenuto mutamento di sesso di uno dei membri della coppia, mentre la legislazione britannica viene censurata laddove, discriminatoriamente, non riconosce a tale mutamento alcun valore giuridico (cfr., in argomento, L. Trucco, *Il transessualismo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo alla luce del diritto comparato*, in *DPCE*, 2003, 381).

⁵⁵ B. Pezzini, *Matrimonio e convivenze stabili omosessuali, Resistenza del paradigma eterosessuale nel diritto comunitario e difficoltà del dialogo con le legislazioni nazionali (nonostante la Carta dei diritti fondamentali)*, in *Riv.dir.pubbl.*, 2001, 1519.

equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna”. “Ancora una volta” - ribadisce il Giudice costituzionale - “si ha la conferma che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento”.

Da notare che, a distanza di pochi mesi dalla richiamata decisione, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo è intervenuta sulla questione del matrimonio omosessuale, mostrando, pur con qualche differenza di approccio, una certa consonanza di vedute con il Giudice italiano⁵⁶. Nella richiamata decisione, infatti, il Giudice di Strasburgo, pronunciandosi per la prima volta sul tema, ha innanzi tutto osservato che la formula utilizzata nell'art. 12, laddove espressamente ci si riferisce all'“uomo” e alla “donna”, letta alle luce delle altre disposizioni in tema di diritti fondamentali, denota certamente la volontà degli estensori della Carta, nel 1950, di riferirsi al solo matrimonio eterosessuale⁵⁷; e tuttavia - ha aggiunto la Corte - la medesima disposizione può essere interpretata oggi, alla luce dell'evoluzione sociale, nel senso di non escludere una soluzione diversa, ancorché da tale affermazione non derivi alcun obbligo in capo agli stati nel senso di provvedere all'estensione dell'istituzione matrimoniale alle coppie omosessuali.

Ancora, la Corte europea riconosce che il diritto “fondamentale” al matrimonio non è subordinato alla possibilità di procreare figli ma aggiunge che tuttavia tale constatazione non suggerisce alcuna conclusione con riguardo alla questione del matrimonio omosessuale⁵⁸. E inoltre, pur riconoscendo che le unioni omosessuali, al pari di quelle eterosessuali, rientrano nella nozione di “vita familiare”, ai sensi dell'art. 8 CEDU, per il Giudice di Strasburgo ciò non comporta alcuna conseguenza automatica in termini di riconoscimento del diritto ad unirsi in matrimonio.

In ultima analisi, per la Corte l'art. 12 della CEDU non impone, né impedisce, agli Stati di garantire il matrimonio alle persone dello stesso sesso⁵⁹, essendo riservata alla discrezionalità dei legislatori nazionali una scelta eventuale in tal senso, dal momento che l'istituto matrimoniale è profondamente “radicato nei caratteri culturali propri delle diverse società”, ciò che pone il Giudice europeo nell'impossibilità di sostituirsi alle “autorità nazionali”, le quali si trovano nella “condizione migliore per valutare e rispondere ai relativi bisogni della società in questo campo”⁶⁰.

⁵⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Schalk e Kopf v. Austria*, 24 giugno 2010, ric. n. 30141/04, consultabile in www.unhcr.org/refworld/docid/4c29fa712.html.

⁵⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, cit., 55: “The choice of wording in Article 12 must thus be regarded as deliberate. Moreover, regard must be had to the historical context in which the Convention was adopted. In the 1950s marriage was clearly understood in the traditional sense of being a union between partners of different sex”.

⁵⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, cit., 56: “...the Court has already held that the inability of any couple to conceive or parent a child cannot be regarded as *per se* removing the right to marry (...). However, this finding does not allow any conclusion regarding the issue of same-sex marriage”.

⁵⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, cit., 63: “In conclusion, the Court finds that Article 12 of the Convention does not impose an obligation on the respondent Government to grant a same-sex couple like the applicants access to marriage”.

⁶⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, cit., 62: “In that connection the Court observes that marriage has deep-rooted social and cultural connotations which may differ largely from one society to another. The Court reiterates that it must not rush to substitute its own judgment in place of that of the national authorities, who are best placed to assess and respond to the needs of society”.

Nella decisione della Corte europea, come si è anticipato, non possono non scorgersi, al fianco degli evidenti punti di contatto, anche delle altrettanto evidenti differenze di impostazione rispetto al percorso argomentativo seguito dalla Corte costituzionale italiana. Se per i giudici di Strasburgo, infatti, l'eventuale scelta di estendere la previsione del matrimonio alle coppie omosessuali è del tutto legittima, ancorché rimessa alla decisione delle singole autorità nazionali, e dunque in primo luogo ai legislatori, per la Corte italiana l'art. 29, correttamente interpretato, sembrerebbe invece impedire in radice tale eventualità.

Torneremo nel paragrafo successivo su quest'ultima affermazione. Ora è sufficiente segnalare come tale disarmonia non sembri poter comportare particolari conseguenze per l'ordinamento italiano: in proposito, ciò che appare invece decisiva è la constatazione per la quale la Convenzione dei diritti dell'uomo, per come interpretata dalla Corte europea, non contiene alcun parametro vincolante con riguardo alla questione del matrimonio omosessuale, con la conseguenza che gli ordinamenti nazionali, sia nella forma di un provvedimento di natura legislativa che, eventualmente e a maggior ragione, in quella di una presa di posizione contenuta nella stessa Carta fondamentale, sono del tutto liberi, almeno con riferimento a tale specifico profilo, di compiere le scelte ritenute più appropriate.

8. Le prospettive

E' tempo di tirare le fila del discorso e indicare le possibili prospettive.

La Corte costituzionale, dunque, da un lato chiude le porte al matrimonio omosessuale e, dall'altro, riconosce il diritto fondamentale alla libera convivenza - ovvero, per riprendere le parole della Corte europea, alla "vita familiare" - per le coppie formate da persone dello stesso sesso.

Quanto al primo aspetto, ci si è chiesti se la pronuncia possa essere letta come un mero rinvio alle scelte del legislatore, che dunque avrebbe dinanzi a sé la possibilità di optare per una qualsiasi delle soluzioni concretamente praticabili, compresa quella di provvedere ad una riforma volta ad estendere alle unioni omosessuali la disciplina del matrimonio, ovvero se si tratti di una sorta di rinvio "condizionato", in considerazione della non percorribilità proprio di quest'ultima soluzione, che si sostanzierebbe in un'interpretazione "creativa" della Carta costituzionale⁶¹.

Ora, è evidente che dalla pronuncia n. 138/2010, in quanto decisione di rigetto, non può discendere alcun limite in capo al legislatore, tranne quello di prendere atto che la norma che vieta il matrimonio omosessuale non viola i parametri costituzionali richiamati nel dispositivo. Tuttavia, in considerazione dell'effetto di "precedente" che è ragionevole possa derivare da tale pronuncia, pare arduo ritenere che un eventuale futuro intervento legislativo volto ad introdurre il matrimonio omosessuale possa essere considerato dalla Corte costituzionale, nel caso di un nuovo giudizio, tra le soluzioni "né obbligate, né impedito"

⁶¹ Sul punto cfr. R. Romboli, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare*, cit., E. Crivelli, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione delle competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del tribunale costituzionale portoghese*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, nonché, volendo, F. Dal Canto, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, cit., 1372.

nell'ordinamento italiano vigente, e dunque "consentite". Più ragionevole appare invece concludere che, alla luce dell'interpretazione dell'art. 29 Cost. operata dalla Corte, una tale prospettiva possa essere ritenuta incostituzionale, non potendo il legislatore ordinario attribuire al concetto di matrimonio un significato incompatibile con quello di "famiglia come società naturale" delineato dalla Carta costituzionale. In questo ordine di idee, dovrebbe concludersi che il predetto risultato potrà essere legittimamente conseguito nell'ordinamento italiano soltanto previa revisione dell'art. 29 Cost.⁶².

Con riguardo infine al secondo aspetto, è stata giustamente da più parti criticata l'estrema prudenza con la quale la Corte si è rivolta al legislatore, lasciando nella sua piena discrezionalità non soltanto - salvo quanto si è appena osservato - la scelta circa "i modi e i limiti" dell'invocata disciplina, ma anche i suoi "tempi" di realizzazione, senza alcun accenno ad una qualche esigenza di celerità, che pure poteva essere giustificata sia in ragione del rango degli interessi coinvolti che di un esame delle soluzioni adottate dalle legislazioni degli ordinamenti stranieri, entrambi aspetti che il Giudice delle leggi mostra di avere ben presenti.

Allo stato attuale, come si è notato⁶³, il "nuovo" diritto fondamentale alla vita familiare della coppia omosessuale, in assenza di un riconoscimento giuridico e di un connesso sistema di garanzie, sembra rientrare tra quelli "accertati ma non tutelati"; siamo dunque di fronte ad una "legge costituzionalmente necessaria"⁶⁴, attuativa di un diritto fondamentale, i cui tempi di realizzazione, tuttavia, sono interamente "nelle mani" del legislatore, con il rischio concreto che un'affermazione di principio di grande portata possa essere destinata a non produrre per lungo tempo alcun reale cambiamento in termini di tutela effettiva dei diritti delle persone coinvolte.

Il Giudice costituzionale ha ritenuto evidentemente di non potersi spingere oltre, riservandosi peraltro, per il futuro, la possibilità d'intervenire, attraverso il giudizio di ragionevolezza, a tutela di specifiche situazioni, in relazione ad ipotesi particolari, qualora si verifichi la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale.

Se è ragionevole che la scelta dello specifico tipo di tutela da riconoscere alle convivenze omosessuali non ricada sui giudici comuni né sulla Corte costituzionale, essendo allo scopo necessari "elaborazione pubblica, discussione politica, decisione parlamentare"⁶⁵, tuttavia non può non sottovalutarsi il problema dell'inerzia del Parlamento. Da numerose legislature si discute della questione del riconoscimento giuridico delle unioni civili, ma i risultati, come si sa, sono stati assai deludenti e niente lascia pensare ad un imminente cambiamento di rotta.

⁶² Sulla necessità della revisione costituzionale per riconoscere il matrimonio omosessuale cfr., tra gli altri, A. Morrone, *Art. 2*, in M. Sesta (a cura di), *Codice della famiglia*, vol. I, Milano 2009, 34ss.

⁶³ Cfr., ancora, R. Romboli, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare*, cit.

⁶⁴ E. Crivelli, *Il matrimonio omosessuale*, cit.

⁶⁵ C. Tripolina, *Costituzione e matrimonio omosessuale. Quis interpretabitur?*, in *La "società naturale e i suoi nemici"*, cit., 392s.

In questo senso non è affatto escluso che la prospettiva più realistica, certo non la più soddisfacente, possa essere quella che vede la Corte tornare in futuro sulla questione⁶⁶ per stigmatizzare con maggior forza l'esistenza di tale grave lacuna normativa.

⁶⁶ Cfr. N. Pignatelli, *Dubbi di legittimità costituzionale sul matrimonio "eterosessuale": profili processuali e sostanziali*, in www.forumcostituzionale.it, che in particolare ritiene che la questione di costituzionalità, per avere maggiore successo dinanzi alla Corte costituzionale, dovrebbe essere impostata con specifico riguardo al diritto "alla vita familiare".