

I

LA SENTENZA 138/2010
TRA GIUDICI E LEGISLATORE

ROBERTO ROMBOLI

LA SENTENZA 138/2010
DELLA CORTE COSTITUZIONALE
SUL MATRIMONIO TRA OMOSESSUALI
E LE SUE INTERPRETAZIONI

SOMMARIO: 1. Una premessa di metodo. – 2. La determinazione dell’oggetto della questione di costituzionalità ed il possibile ricorso all’interpretazione conforme. La presenza di affermazioni e contenuti contraddittori e la loro giustificazione con l’esistenza, accanto a quella sollevata, di altra, diversa questione “creata” dalla Corte costituzionale. – 3. La questione “creata” dalla Corte: il diritto fondamentale per le unioni omosessuali di vivere liberamente una condizione di coppia ed il rinvio al legislatore. Una decisione di “inammissibilità di principio”. – 4. La questione sollevata dai giudici *a quibus*: il diritto delle coppie omosessuali al matrimonio. L’interpretazione originalista dell’art. 29 Cost. e l’indicazione della differenza di sesso dei nubendi quale nucleo caratterizzante la nozione costituzionale di matrimonio. Il significato e valore come precedente della pronuncia per l’ipotesi dell’approvazione per legge ordinaria del matrimonio omosessuale: un *obiter dictum*. – 5. La supposta violazione dell’art. 3 Cost. e la necessità di un trattamento omogeneo tra le coppie omosessuali e quelle coniugate: il riferimento alle convivenze *more uxorio*, alla potenziale finalità procreativa ed alla legge sui transessuali quale *tertium comparationis*. La violazione degli obblighi internazionali e comunitari e l’art. 117, 1° comma, Cost. – 6. Una valutazione conclusiva: la vita familiare e di coppia e non l’accesso al matrimonio quale contenuto del diritto fondamentale riconosciuto dalla Corte costituzionale. L’affermazione dei diritti delle coppie omosessuali attraverso un’attuazione progressiva ed un’attività di collaborazione tra diritto politico e diritto giurisprudenziale come strada indicata dalla Corte. La necessità di giustificare i trattamenti differenziati anziché l’estensione di singoli diritti.

1. *Una premessa di metodo*

Il compito che mi è stato assegnato dagli organizzatori di questo convegno, se ho ben inteso, consiste nell’esporre ed analizzare le diverse letture ed interpretazioni che sono state espresse dalla dottrina in ordine alla importante decisione n. 138 del 2010 con cui la Corte costituzionale ha affrontato e deciso la questione di le-

gittimità costituzionale relativa alla disciplina del matrimonio con riguardo alla esclusione dallo stesso delle coppie omosessuali, tenendo quindi di indicare a mia volta il significato da trarre dalla motivazione della suddetta pronuncia, specie con riguardo all'influenza che essa potrà svolgere in futuro sul tema del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

La sentenza in discorso è stata, per molte ragioni, tra quelle più commentate degli ultimi anni ed ha ricevuto dalla dottrina valutazioni assai diverse sulle singole parti e sulle specifiche affermazioni di cui essa si compone, diverse anche in ragione del differente modo di rapportarsi alle stesse, per cui gli apprezzamenti e le critiche sono sovente derivate a seconda dell'aspetto preso in considerazione, secondo la classica rappresentazione del bicchiere per metà pieno e per metà vuoto.

Con riferimento al dispositivo e quindi alle conclusioni raggiunte dalla Corte, alcuni hanno ritenuto le stesse del tutto prevedibili¹, mentre altri avrebbero preferito una pronuncia a carattere additivo² o perlomeno la presenza di un monito pressante al legislatore³.

In una valutazione più generale la sentenza è stata definita, per le affermazioni troppo controvertibili in essa contenute, necessariamente di carattere interlocutorio, prevedendo quindi che tra breve la Corte sarà chiamata di nuovo a pronunciarsi sullo stesso tema ed a precisare e puntualizzare quanto sostenuto nella decisione in esame⁴, mentre per altri le stesse affermazioni sarebbero state fatte dalla Corte proprio allo scopo di fissare punti fermi, destinati quindi a durare nel tempo⁵ e si è specificamente e significa-

¹ S. SILEONI, *Perché la Consulta ha detto no al matrimonio gay. Invitando il parlamento a non nascondersi*, in *www.libertiamo.it*; P. TINCANI, *Matrimonio omosessuale, se il codice civile prevale sulla Costituzione*, in *www.micromega-online.it* (22 aprile 2010).

² R. PINARDI, *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 11, 527 ss.

³ R. CHERCHI, *La prescrittività tra testo costituzionale e legge: osservazioni a margine della sentenza 138 del 2010 sul matrimonio omosessuale*, in *www.costituzionalismo.it*.

⁴ D. GALLIANI, *La Corte costituzionale italiana e il matrimonio tra persone dello stesso sesso: punti di riflessione*, in *Politeia*, 2011, 100, 137 ss.; P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *St. iuris*, 2010, 10, 997 ss.

⁵ P. BIANCHI, *La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Giur. it.*, 2010, 3, 537 ss.

tivamente parlato, a proposito delle medesime, di una “pietra tombale”⁶ per le speranze di quanti aspiravano a veder riconosciuto il diritto al matrimonio per le coppie omosessuali o di un “macigno” per le possibili scelte future del legislatore⁷.

Con maggiore riferimento al merito della pronuncia, la stessa è stata definita come una decisione “storica”⁸, la quale sarebbe destinata a lasciare un’impronta profonda nella storia della giurisprudenza costituzionale in tema di diritti civili⁹ ed a fissare un punto da cui necessariamente partire per chiunque intenda studiare e conoscere lo “stato dell’arte” della problematica¹⁰, mentre per altri la Corte avrebbe eluso gli interessi e le posizioni costituzionali sottese alla questione ed avrebbe mostrato una totale accondiscendenza alla violazione dei diritti fondamentali, in contrasto con la funzione ad essa assegnata dalla Carta costituzionale¹¹.

In una prospettiva di collocazione della Corte costituzionale nel nostro sistema istituzionale, non è mancato chi ha denunciato che questa, nell’affrontare una questione politicamente delicata, non si sarebbe voluta esporre politicamente giustificando ciò nella considerazione che forse ad essa era stato chiesto troppo¹², mentre di tutt’altro avviso si sono mostrati coloro che hanno parlato espressamente di una “sentenza politica”¹³.

⁶ F. CALZARETTI, *Copie di persone dello stesso sesso: quali prospettive?*, in www.forumcostituzionale.it.

⁷ 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.

⁸ F. DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla “aspirazione” al matrimonio al “diritto” alla convivenza*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 1195 ss.

⁹ A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, III, cit., 2697 ss.

¹⁰ B. PEZZINI, *Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, 2715 ss.

¹¹ P. CHIASSONI, *La grande elusione. Tecnica e cultura nella giurisprudenza sul matrimonio omosessuale*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, cit., 863 ss.

¹² M. FIORINI, *Un ulteriore ritardo nel varo di regole ad hoc rallenta il processo d’integrazione europea*, in *G. dir.*, 2010, 19, 22 ss.

¹³ M. CROCE, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all’interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio; dalla Corte un preciso stop al matrimonio omosessuale*, in www.forumcostituzionale.it.

Al di là, per il momento, di qualsiasi valutazione in ordine alle surricordate affermazioni, credo si debba fin da subito sostenere che la Corte costituzionale non ha seguito una via che alcuni avevano temuto, e la stessa Corte in varie precedenti occasioni aveva percorso, vale a dire quella di “decidere di non decidere”¹⁴, come in effetti, senza troppe difficoltà, avrebbe potuto fare accomodandosi in una tranquilla pronuncia di inammissibilità giustificata dall’oscurità o dalla mancata puntualizzazione dell’oggetto oppure dalla presenza in materia di scelte discrezionali riservate al legislatore.

La Corte infatti, come cercherò di evidenziare, pur se richiamando in parte la discrezionalità del parlamento, ha ritenuto di prendere una precisa posizione in ordine all’interpretazione delle disposizioni costituzionali maggiormente coinvolte sul tema del matrimonio tra coppie dello stesso sesso.

Evidente, secondo quanto comunemente viene sostenuto con riguardo all’interpretazione dell’autorità giudiziaria, anche rispetto alle interpretazioni fornite dalla dottrina di una pronuncia del Giudice costituzionale, queste non possono non essere influenzate dalle posizioni che l’interprete assume o ritiene corrette da un punto di vista sostanziale.

Ammesso questo ritengo però deontologicamente necessario, nel tentativo di fornire una ricostruzione della posizione assunta dalla Corte, tenere separata l’opera di ricostruzione e di lettura delle affermazioni contenute nella motivazione della decisione rispetto al giudizio, positivo o negativo che sia, sulle stesse.

In altri termini vorrei sottolineare la necessità di evitare – cosa purtroppo, anche nel nostro caso, a volte accaduta – di far dire al Giudice costituzionale quello che l’interprete vorrebbe che avesse detto, anche se ciò non è avvenuto oppure di sminuire o sottovalutare certe affermazioni per valorizzarne, semmai oltre misura, altre.

Riprendendo la terminologia usata a proposito dell’ampia discussione, presente come vedremo anche in riferimento alla sentenza in discorso, circa i limiti all’interpretazione giudiziaria, direi che anche il commentatore dovrebbe contenersi entro i limiti con-

¹⁴ Per un’ipotesi molto recente, relativa alla composizione del consiglio di presidenza della Corte dei conti (Corte cost., 13.1.2011, n. 16, in *www.giurcost.it*), in dottrina V. ONIDA, *Quando la Corte non vuole decidere*, in *Rivista dell’AIC*, 2011, 2, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it* e *Postilla alla nota di commento alla sentenza n. 16 del 2011 della Corte costituzionale*, in *ibidem*.

sentiti da quanto scritto in motivazione dalla Corte, evitando letture “troppo creative”, come tali non consentite.

Con queste premesse tenterò quindi di esporre ed esaminare le interpretazioni delle più importanti affermazioni contenute nella sentenza n. 138/2010, seguendo l’andamento della motivazione della Corte.

2. *La determinazione dell’oggetto della questione di costituzionalità ed il possibile ricorso all’interpretazione conforme. La presenza di affermazioni e contenuti contraddittori e la loro giustificazione con l’esistenza, accanto a quella sollevata, di altra, diversa questione “creata” dalla Corte costituzionale*

Fin dall’inizio della sua attività la Corte costituzionale, com’è noto, ha ritenuto di non essere vincolata al significato attribuito alle disposizioni impugnate da parte dei giudici *a quibus*, ma di poter al contrario procedere essa stessa a fornire una diversa interpretazione (dando così origine e fondamento alle decisioni interpretative di rigetto).

Nella specie un primo problema riguardava appunto l’oggetto della questione di costituzionalità, in quanto non risultava del tutto chiaro, come la dottrina non ha mancato di rilevare¹⁵, se il divieto per le coppie omosessuali di potersi unire in matrimonio derivasse solamente da una “consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio” e da una interpretazione di una serie di disposizioni sparse nel codice civile o in alcune leggi speciali, nessuna delle quali contenente comunque espressamente la diversità di sesso come condizione per il matrimonio oppure da specifiche disposizioni il cui dato letterale conduceva univocamente a quel risultato.

Le conseguenze dell’accettazione di una o dell’altra delle soluzioni appena prospettate poteva risultare molto importante e addirittura decisiva per la pronuncia della Corte costituzionale, po-

¹⁵ B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (cur.), *La “società naturale” e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, Giappichelli, 2010, 4, la quale parla in proposito di una situazione di “pieno di diritto”, la cui “lettera” si chiede di rovesciare; G. FERRANDO, *Questo matrimonio non si può fare?*, in *ibidem*, 155, la quale si esprime nel senso della esistenza di una “norma priva di disposizione”.

tendosi nel primo caso ritenere ammessa (o doverosa) la cd. interpretazione conforme, la quale invece avrebbe dovuto escludersi ricorrendo il secondo.

Se la presenza di una previsione legislativa puntuale nel senso detto conduce inevitabilmente al potere-dovere del giudice, che ne sospetta il contrasto con la Costituzione, ad aprire l'incidente di costituzionalità davanti alla Corte, l'esistenza, a giudizio dell'autorità giudiziaria procedente, di un diritto fondamentale previsto e garantito dalla Costituzione, a fronte di un vuoto normativo oppure di una disciplina che, per come formulata, offra la possibilità di differenti interpretazioni, conduce a dover concludere, con la migliore dottrina, che nel primo caso sul giudice incombe l'obbligo di un'applicazione diretta della Costituzione, in quanto fonte del diritto e, nel secondo, di interpretare la normativa in senso conforme ad essa, seguendo cioè quella lettura che, possibile sotto l'aspetto della tecnica interpretativa, escluda il contrasto con la Costituzione.

In quest'ultimo caso la Corte avrebbe infatti dovuto concludere per la inammissibilità (semplice o manifesta), seguendo la nota e consolidata giurisprudenza costituzionale secondo cui una questione di costituzionalità deve essere sollevata solo allorché non siano possibili letture della disposizione impugnata che valgano a superare i dubbi di costituzionalità, per cui il giudice deve dare dimostrazione, pena la inammissibilità, di aver sperimentato, ed escluso, tale possibilità.

A parte la diversa autorevolezza, è da ritenere infatti che, nell'interpretare la legge alla luce della Costituzione, il giudice abbia gli stessi poteri e gli stessi limiti della Corte costituzionale, per cui non può ritenersi corretta la posizione di quanti sostengono che questa avrebbe la possibilità di arrivare là dove il primo non può, distinguendosi la seconda solo per il monopolio nel dichiarare l'incostituzionalità di un atto avente forza di legge, ma niente affatto nell'interpretare lo stesso in conformità alla Costituzione.

In considerazione dell'essersi formato sul punto un diritto vivente, è stato in proposito affermato come ciò dovesse escludere il ricorso all'interpretazione conforme, sia da parte del giudice che della Corte costituzionale¹⁶ o, sotto un profilo di opportunità, che una scelta dei giudici per un'interpretazione costituzionalmente

¹⁶ P. BIANCHI, *La Corte chiude le porte al matrimonio*, cit., 538 ss.

orientata li avrebbe esposti ad una smentita nei gradi successivi del giudizio, dando luogo a quello che è stato definito un “ottovolante giurisdizionale”¹⁷.

Altri invece hanno espresso una diversa posizione, a favore dell’interpretazione conforme, giudicando preferibile una tutela parziale e casistica rispetto a nessuna tutela¹⁸.

È stato anche sostenuto che l’affermazione della esistenza di un diritto degli omosessuali al matrimonio significa necessariamente accogliere una interpretazione ampia ed evolutiva della nozione di matrimonio tale da ricomprendervi anche quello tra persone dello stesso sesso, derivandone che in questo caso l’intervento demolitorio e/o additivo della Corte sarebbe risultato inutile, essendo sufficiente attribuire lo stesso significato, attraverso l’interpretazione conforme, alla nozione di matrimonio impiegata dal legislatore ordinario¹⁹.

In posizione simile si pone chi ha parlato di un “salto logico” compiuto dai giudici rimettenti, nel senso che se il termine matrimonio consente una lettura tale da aprire alle coppie omosessuali, questa lettura doveva essere seguita da loro stessi senza sollevare la questione di costituzionalità, in quanto l’operazione ritenuta non praticabile dai giudici risulta inevitabilmente tale anche per la Corte costituzionale²⁰.

¹⁷ A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010*, cit., 2707.

¹⁸ P. CHIASSONI, *La grande elusione*, cit.

¹⁹ I. MASSA PINTO, *L’unione tra persone del medesimo sesso nell’attuale contesto storico-sociale: onnipotenza o impotenza della Costituzione (e della sua Corte)*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (cur.), *La “società naturale” e i suoi “nemici”*, cit., 287 ss.

²⁰ A. Saitta, *Il matrimonio delle coppie dello stesso sesso alla Consulta o dei limiti dell’interpretazione costituzionale evolutiva*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (cur.), *La “società naturale” e i suoi “nemici”*, cit., 353 ss.

Come già ho avuto modo di sostenere (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 *Giur. cost.*, 2010, 1634), credo che nella specie fosse necessario il rinvio della questione alla Corte, sia perché poteva senz’altro parlarsi della formazione di un diritto vivente – il quale esclude, o dovrebbe logicamente escludere, il ricorso alla interpretazione conforme, pena il rischio di sentenze-suicide – sia perché il dubbio di costituzionalità, con riguardo all’oggetto, non era limitato e superabile attraverso la sola interpretazione correttiva della nozione di matrimonio, sia infine perché appariva se non necessario estremamente opportuno che fosse la Corte a fornire una lettura dell’art. 29 Cost., che avrebbe in astratto potuto condurre alla conclusione per cui tale disposizione “impone”, “consente” o

La Corte, nell'affrontare la questione sotto il parametro dell'art. 2 Cost., pare esprimersi con chiarezza per l'esistenza di un vuoto normativo, allorché si pone il problema di estendere «alle unioni omosessuali la disciplina del matrimonio civile, in guisa da *colmare il vuoto* conseguente al fatto che il legislatore non si è posto il problema del matrimonio omosessuale» (corsivi aggiunti), mentre allorché esamina la stessa sotto il diverso parametro dell'art. 3 Cost. pare esprimersi, al contrario, allorché parla della «censurata normativa del codice civile che ... *contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna*» (corsivi aggiunti).

Viene quindi naturale chiedersi come si spieghi una simile contraddizione.

Analogamente, anche se sotto diverso profilo, P.A. Capotosti rileva una contraddizione nel fatto che la Corte costituzionale nel risolvere una medesima questione conclude contemporaneamente ora per l'inammissibilità della stessa, in quanto coinvolgente scelte riservate alla discrezionalità del legislatore, ora per l'infondatezza ossia con decisione di merito²¹.

Il rilievo mi pare corretto, mentre non sarei d'accordo nel riferire la contraddittorietà rilevata ad una sorta di compromesso tra orientamenti opposti all'interno della Corte²².

Non costituisce certo una novità il fatto che il dispositivo di una sentenza della Corte contenga contemporaneamente una pronuncia processuale (inammissibilità) accanto ad altra di merito (infondatezza o incostituzionalità).

Ciò si verifica però principalmente in due occasioni: perché le questioni sollevate, e riunite dalla Corte perché connesse, sono più di una e pertanto separabili e diversamente risolvibili al momento della decisione oppure, a fronte di un'unica questione, allorché la decisione processuale riguarda solamente uno dei parametri invocati. Così ad esempio può accadere che la censura del giudice *a quo* risulti non motivata (e pertanto inammissibile) con riguardo ad un parametro, ma non agli altri (rispetto ai quali pertanto la Corte giudica nel merito).

“vieta” il matrimonio tra persone dello stesso sesso, con tutte le conseguenze che da tale conclusione inevitabilmente ne sarebbero derivate.

²¹ P.A. CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quad. cost.*, 2010, 361 ss.

²² P.A. CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso*, cit., 364.

Nel nostro caso nessuna delle due ipotesi sopra indicate pare ricorrere, trattandosi chiaramente di una questione unica e non avendo la Corte rilevato la mancanza di motivazione o altro con riguardo ai parametri di cui agli artt. 2 e 117, c. 1, Cost.

La spiegazione per entrambe le (apparenti) contraddizioni sopra rilevate deve, a mio avviso, essere individuata nel fatto che la Corte costituzionale in realtà affronta e decide due differenti questioni di costituzionalità, una delle quali è rispondente a quanto richiesto dai giudici *a quibus*, l'altra invece è creata dalla stessa Corte²³.

La prima consiste nel giudicare se la mancata previsione o l'esclusione delle coppie omosessuali dal matrimonio sia o meno contraria alla Costituzione, questione che viene affrontata principalmente con riferimento ai parametri degli artt. 3 e 29 Cost.

La seconda invece riguarda la compatibilità con la Costituzione (*sub* art. 2) della mancanza di una disciplina che regoli e tuteli la coppia omosessuale, riconoscendo alla stessa la possibilità di realizzare una vita familiare.

Con ciò possono forse trovare una spiegazione le apparenti rilevate contraddizioni a proposito del "vuoto normativo", del doppio dispositivo (di inammissibilità e di infondatezza) ed anche dell'affermazione secondo cui l'aspirazione al riconoscimento delle coppie omosessuali non può realizzarsi "soltanto" con equiparazione al matrimonio (da cui parrebbe doversi ricavare che possa realizzarsi "anche" con l'equiparazione) con l'altra per cui «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio».

3. *La questione "creata" dalla Corte: il diritto fondamentale per le unioni omosessuali di vivere liberamente una condizione di coppia ed il rinvio al legislatore. Una decisione di "inammissibilità di principio"*

Iniziando, così come fa la Corte costituzionale, dalla questione da questa "creata", appare opportuno, come alcuni non hanno

²³ Nel senso che la Corte procede a reimpostare la questione in termini organici, ragionando di formazioni sociali, si esprime pure A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente*, cit., 2702.

mancato di fare²⁴, sottolineare l'importanza, non so se definibile come storica²⁵, di alcune affermazioni contenute nella decisione in esame.

Mi riferisco alla riconduzione tra le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost. dell'unione omosessuale, «intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui 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».

Mi pare il caso di rilevare come, seppure ritenute scritte sotto dettatura della normativa e della giurisprudenza europea²⁶, si tratti di affermazioni tutt'altro che pacifiche per il nostro ordinamento e foriere di rilevanti applicazioni in un futuro molto prossimo, per alcuni versi anche da subito.

Per questo ritengo ingiustificate ed ingiustificabili, alla luce di quanto sostenuto dal Giudice costituzionale, tutta una serie di tentativi di ridurne la portata, ritenendo tali affermazioni come aventi una valenza solamente evocativa e non prescrittiva²⁷ o come rivolte non alla coppia in quanto tale, ma solamente ai suoi componenti *uti singuli* e giudicando una diversa lettura come contraria alla tutela che la Costituzione riconosce alla famiglia²⁸, anche perché non vi sarebbe spazio per una regolamentazione della posizione giuridica della coppia omosessuale, in quanto tra matrimonio e convivenza *more uxorio, tertium non datur*²⁹.

Del pari da respingere, a mio giudizio, la tesi, pure essa riduttiva, secondo cui la Corte, allorché sostiene in proposito che l'aspirazione al riconoscimento del suddetto diritto fondamentale «necessariamente postula una disciplina di carattere generale, fi-

²⁴ Tra gli altri, D. GALLIANI, *La Corte costituzionale italiana e il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, cit.; A. MELANI, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta (considerazioni a margine della sentenza n. 138 del 2010)*, in *www.forumcostituzionale.it*.

²⁵ Così F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro it.*, 2010, I, 1369 ss.; R. PINARDI, *La Corte, il matrimonio omosessuale*, cit.

²⁶ In tal senso A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente*, cit.

²⁷ V. TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali fra vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della "libertà"*, in *www.federalismi.it*.

²⁸ S. SPINELLI, *Il matrimonio non è un'opinione*, in *www.forumcostituzionale.it*.

²⁹ P.A. CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso*, cit., 363 ss.

nalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia», debba essere intesa come escludente un intervento dell'autorità giudiziaria (o della stessa Corte costituzionale) per la concreta realizzazione di tale diritto fintanto che non sarà intervenuto il legislatore³⁰.

Una simile affermazione ritengo invece debba essere più correttamente intesa nel senso che una regolamentazione generale e generalmente vincolante della materia non possa che spettare e quindi derivare dal legislatore, ma che questo non escluda affatto che, a fronte di una latitanza dello stesso, possano provvedere i giudici, sia attraverso un'applicazione diretta della Costituzione³¹, sia, quando possibile, ricorrendo all'interpretazione conforme³². In questi casi ovviamente il loro intervento non potrà che essere rivolto specificamente al caso in esame ed essere di conseguenza privo di effetti generali.

A conferma di tale lettura pare potersi richiamare il riferimento che la Corte fa al controllo di ragionevolezza che essa stessa si riserva di esercitare (su iniziativa dell'autorità giudiziaria) in relazione ad ipotesi particolari ed allorché «sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale».

Da molti è stato sottoposto a critica il rinvio operato dalla Corte alle scelte del legislatore dopo aver affermato l'esistenza di un diritto fondamentale, specialmente per la parte in cui fa riferimento ai «tempi» stabiliti dalla legge³³, in quanto un diritto fondamentale non può essere lasciato inattuato e quindi non garantito a discrezione della maggioranza parlamentare.

Per questo è stato affermato che il legislatore avrebbe, a seguito della decisione della Corte, un obbligo di intervenire e già

³⁰ A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente*, cit.

³¹ In ordine alla tutela dei diritti fondamentali, in assenza di una attuazione legislativa, attraverso l'applicazione diretta della Costituzione v., volendo, R. ROMBOLI, *Corte e diritti*, in F. DAL CANTO, E. ROSSI (cur.), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2011, 9 ss., spec. 20 ss.

³² I. MASSA PINTO, C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale*, cit.

³³ Tra gli altri, C. SILVIS, *Il matrimonio 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; M. CROCE, *Diritti fondamentali programmatici*, cit.

sarebbe stata decretata la sua inadempienza, attraverso un chiaro monito, anche se implicito³⁴.

Una interessante ed acuta lettura del passaggio in questione è stata offerta da quanti hanno considerato il riferimento “ai tempi” come rivolto non tanto all’intervento normativo (doveroso, appunto da subito), quanto alla possibilità di prevedere tempi diversi per l’effettivo riconoscimento del diritto³⁵ o ancora significativo solo di una “estensione progressiva” di una disciplina che deve essere generale, organica e complessiva³⁶.

Al proposito non appare inutile ricordare quali siano, nel nostro sistema e secondo la giurisprudenza costituzionale che lo interpretato ed attuato, i limiti agli interventi della Corte costituzionale rispetto all’attività ed alla discrezionalità del legislatore.

Lo strumento decisivo ed efficace in mano al Giudice costituzionale è all’evidenza quello della dichiarazione di incostituzionalità delle scelte operate dal legislatore quando si pongano in contrasto con i principi costituzionali e spesso la Corte non si è sottratta ad un’opera di manipolazione dei risultati normativi procedendo ad una vera e propria riscrittura del testo di legge impugnato.

A giustificazione di interventi spesso accusati di essere troppo invasivi delle scelte riservate al legislatore la Corte costituzionale è ricorso, com’è noto, alla tesi crisafulliana delle “rime obbligate”, tentando di dimostrare come la soluzione offerta dalla stessa in realtà doveva ritenersi discendere direttamente, come l’unica possibile, dai principi costituzionali. Specie in un determinato periodo, allorché il rispetto delle scelte discrezionali del legislatore poteva rischiare di far venire meno la funzione essenziale della Corte nella difesa dei diritti fondamentali e nella eliminazione di leggi incostituzionali, essa ha elaborato un nuovo tipo di decisioni, definite additive di principio, attraverso le quali procedeva alla dichiarazione

³⁴ F. CALZARETTI, *Coppie di persone dello stesso sesso*, cit.; F. Angelini, *I “compromessi sposi”: la Corte costituzionale fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali*, in *Rivista dell’AIC*, 2010, n. 0, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; 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 *ibidem*.

³⁵ F. CALZARETTI, *Coppie di persone dello stesso sesso*, cit.; R. PINARDI, *La Corte, il matrimonio omosessuale*, cit.

³⁶ B. PEZZINI, *Il matrimonio same-sex*, cit., 2719.

di incostituzionalità della legge impugnata limitandosi a fissare i principi ai quali avrebbe dovuto attenersi il legislatore nel colmare la lacuna che si veniva così a creare oppure, fino a quel momento, il giudice nel risolvere i casi che di volta in volta gli si presentavano.

Tutto ciò a fronte di una normativa esistente ritenuta in contrasto con la Costituzione, mentre ben diversa si presenta la situazione quando sia assente qualsiasi disciplina di un intero settore o situazione, ritenuta invece meritevole di tutela.

In questi casi appare difficile per un Giudice costituzionale – il quale per quanto interventista e creativo rimane pur sempre un giudice – dettare la disciplina organica e generale, dovendosi inevitabilmente limitare a fissare principi cui il legislatore dovrà attenersi nel disciplinare la materia.

In altri termini la Corte costituzionale non può dichiarare, a differenza di quanto accade per altri modelli di giustizia costituzionale, la incostituzionalità di una omissione legislativa, né obbligar il legislatore ad intervenire restando esso libero, e responsabile della propria scelta di fronte agli elettori, di non intervenire, con ciò aprendo inevitabilmente ad una soluzione dei problemi evidenziati da parte del diritto giurisprudenziale.

Nel nostro caso, e con riguardo alla questione “creata” dalla Corte e dalla stessa risolta, appariva a mio avviso impensabile che il riconoscimento dei diritti e doveri dei componenti la coppia omosessuale, tali da consentire alla stessa di vivere liberamente una vita di coppia potessero essere stabiliti dalla Corte, né l’oggetto della questione consentiva di dichiarare la incostituzionalità delle disposizioni impuginate, nella parte in cui non prevedevano tale riconoscimento.

Per questo la Corte costituzionale ha scelto per una decisione di “inammissibilità di principio”³⁷ attraverso la quale ha affermato la necessità di un intervento del legislatore a fissare una disciplina generale ed organica, fissando i principi ai quali lo stesso dovrà attenersi ed ai quali potranno riferirsi il giudice e la stessa Corte costituzionale fintanto che ciò non si sarà verificato.

³⁷ Per l’applicazione della tecnica delle additive di principio alle decisioni di infondatezza, V. ANGIOLINI, *Rigetto interpretativo “di principio” e “regole” legislative*, in *Giur. cost.*, 1993, 1413 ss.; M. D’AMICO, *Decisioni interpretative di rigetto e diritti fondamentali: una nuova strada per la Corte costituzionale?*, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 2049 ss.

4. *La questione sollevata dai giudici a quibus: il diritto delle coppie omosessuali al matrimonio. L'interpretazione originalista dell'art. 29 Cost. e l'indicazione della differenza di sesso dei nubendi quale nucleo caratterizzante la nozione costituzionale di matrimonio. Il significato e valore come precedente della pronuncia per l'ipotesi dell'approvazione per legge ordinaria del matrimonio omosessuale: un obiter dictum.*

Venendo adesso più propriamente alla questione puntuale posta dai giudici *a quibus* e relativa alla legittimità costituzionale della esclusione o mancata previsione della possibilità di unirsi in matrimonio per le coppie omosessuali, stavolta la Corte la decide nel merito, giudicandola infondata nei riguardi degli artt. 3 e 29 Cost.

Una prima scelta, assai importante, il Giudice costituzionale la opera decidendo, «per ragioni di ordine logico», di occuparsi preliminarmente del supposto contrasto con l'art. 29 Cost., seguendo in ciò un criterio di specialità di tale disposizione rispetto al più generale principio di eguaglianza e ritenendo quindi che quest'ultimo può ritenersi non violato allorché la discriminazione sia fondata e giustificata dal perseguimento di valori costituzionali, così come accade in diverse altre occasioni (si pensi solo alle disparità di trattamento fondate sulla differenza di sesso, ma giustificate dal perseguimento di finalità costituzionalmente rilevanti).

A fronte di questa conclusione, credo colgano nel segno quanti hanno rilevato la necessità di una lettura sistematica dei parametri e criticato l'avvenuto rovesciamento di quello che sarebbe dovuto essere il corretto modo di impostare il rapporto tra i due parametri invocati³⁸, dovendosi partire proprio dall'art. 3 Cost. e dal rispetto della dignità umana per poi passare a leggere e ad intendere la nozione di matrimonio di cui all'art. 29 Cost.³⁹.

Nel procedere quindi ad interpretare le nozioni di famiglia e di matrimonio, la Corte afferma dapprima che le stesse non possono

³⁸ R. CHERCHI, *La prescrittività tra testo costituzionale e legge*, cit.; P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio*, cit.; B. PEZZINI, *Il matrimonio same-sex*, cit.; A. MELANI, *Il matrimonio omosessuale*, cit.; in senso contrario invece pare F. DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte*, cit.

³⁹ P. BIANCHI, *La Corte chiude le porte al matrimonio*, cit.

ritenersi “cristallizzate” con riferimento al momento dell’approvazione della Carta costituzionale, in quanto dotate «della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretate tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell’ordinamento, ma anche dell’evoluzione della società e dei costumi», salvo poi precisare che esiste un nucleo della norma (e delle nozioni) che non può essere inciso, cosa che avverrebbe qualora si intendesse includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo nel momento in cui la Costituzione fu emanata.

Facile individuare, come puntualmente è stato fatto⁴⁰, una contraddizione tra le due affermazioni, la seconda delle quali ispirata ad un criterio originalista nell’interpretazione delle norme costituzionali⁴¹ che appariva respinto dalla prima, espressiva invece di un criterio finalistico-evolutivo.

Tentando anche in questo caso di ricostruire il pensiero della Corte, quale può essere ricavato dalla motivazione della decisione in esame, ritengo che questa abbia operato, per la ricostruzione della nozione di matrimonio di cui all’art. 29 Cost., una sorta di presupposizione rispetto a quello che era al momento dell’approvazione della Costituzione, ed era inequivocabilmente ritenuto dovesse essere, il matrimonio, ricavando ciò sia dalla disciplina codicistica allora in vigore⁴², sia dal “significato tradizionale” attribuito al medesimo.

La previsione dell’istituto nella Costituzione non ha prodotto, a giudizio della Corte, una costituzionalizzazione della disciplina del matrimonio allora vigente, ma solamente di quel nucleo qualificante l’istituto il cui mutamento porterebbe una trasformazione tale da non potersi più parlare di “matrimonio” ai sensi dell’art. 29

⁴⁰ Si è parlato in proposito di “ibrido” o di interpretazione originalista *sui generis* v., tra gli altri, P. BIANCHI, *Le trappole dell’originalismo*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, I, cit., 281 ss.; P. CHIASSONI, *La grande elusione*, cit.; M. PEDRAZZA GORLERO, L. FRANCO, *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio: note costituzionali*, in *Dir. pubblico*, 2010, 16, 1-2, 247 ss.

⁴¹ Sul criterio originalista per l’interpretazione delle disposizioni costituzionali R. ROMBOLI, *Corte e diritti*, cit., 25 ss. ed Autori ivi citati.

⁴² Per una critica, nel senso che è il codice civile a dover essere interpretato alla luce della Costituzione e non viceversa, P. TINCANI, *Matrimonio omosessuale, se il codice civile prevale sulla Costituzione*, cit.; R. CHERCHI, *La prescrittività tra testo costituzionale e legge*, cit.; P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio*, cit.

Cost., ma produrrebbe una modificazione sostanziale e tale da doversi dire che ci troviamo di fronte a qualcosa di assolutamente diverso.

Elemento essenziale di tale nucleo è costituito, sempre secondo la Corte, dalla differenza di sesso dei nubendi ed è per questo che le unioni omosessuali non possono essere considerate omogenee al matrimonio, di cui all'art. 29 Cost. e «questo significato del precepto costituzionale non può essere superato [dalla Corte] 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».

La posizione del Giudice costituzionale così ricostruita è stata, anche da chi scrive⁴³, criticata, tra l'altro, per il significato attribuito a quella che fu la volontà storica dei Costituenti (si pensi alla per certi versi rocambolesca votazione in ordine al carattere indissolubile del matrimonio⁴⁴) e per il fatto di giungere, attraverso un'apparente contraddizione in termini, ad una costituzionalizzazione della tradizione assai pericolosa per il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali (si pensi all'ampia problematica dei cd. diritti nuovi).

Senza riprendere quanto già ho avuto modo di sostenere in proposito o commentare le posizioni assunte dalla dottrina sul merito delle conclusioni cui è giunta la Corte, ciò che mi preme sottolineare per le finalità della presente relazione è la necessità di tenere separata, come ho anticipato, la ricostruzione della posizione della Corte rispetto al giudizio ed alla valutazione nel merito

⁴³ R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro it.*, 2010, I, 1367 ss.; Id., *Il diritto "consentito"*, cit., 1363 ss.

⁴⁴ La formula proposta da Giorgio La Pira ("La legge regola la condizione giuridica dei coniugi allo scopo di garantire l'indissolubilità del matrimonio e l'unità della famiglia") fu approvata a larga maggioranza in seno alla I^a Sottocommissione e poi di stretta misura (28 voti contro 25) nella Commissione plenaria.

In Assemblea costituente fu presentato, da parte dell'on. Grilli, un emendamento soppressivo del riferimento in Costituzione al carattere indissolubile del matrimonio e fu, un po' a sorpresa, richiesta, ai sensi dell'art. 97 del regolamento della camera adottato dall'Assemblea costituente, lo scrutinio segreto (modalità alla quale non si faceva ricorso dal 1881). Dopo lunga discussione circa all'una di notte del 24 aprile 1947 la votazione, a scrutinio segreto, fu favorevole all'emendamento soppressivo per soli tre voti di differenza (385 votanti: 194 a favore, 191 contrari).

della medesima, evitando una lettura della motivazione tale da far dire alla Corte quello che non ha detto, ma che avremmo voluto (e ritenuto corretto) che avesse scritto.

In tal senso non pare potersi accogliere la posizione di chi, trasferendo le affermazioni fatte dalla Corte in ordine alla questione “creata” e in riferimento all’art. 2 Cost. alla questione proposta dai giudici *a quibus*, ritiene che questa abbia lasciato libere al legislatore tutte le opzioni possibili (compresa quella del matrimonio per le coppie omosessuali), per cui la sentenza in esame andrebbe letta come “apertura e non chiusura” al matrimonio tra persone dello sesso⁴⁵.

Neppure ritengo possa condividersi l’interpretazione della parte di decisione in esame secondo la quale il limite alla “creatività” dovrebbe valere solo per l’attività di interpretazione del dettato costituzionale da parte dei giudici o della stessa Corte costituzionale, ma non per quella legislativa⁴⁶.

Il richiamo della Corte all’esistenza di un nucleo non modificabile (differenza di sesso) fa infatti chiaramente ed inequivocabilmente riferimento all’art. 29 Cost., per cui se ne deve coerentemente trarre la conclusione che la modifica di quel nucleo sia possibile da parte del legislatore, ma non nelle forme ordinarie, bensì in quelle della revisione costituzionale.

Né ritengo che argomenti contrari possano trarsi dalle ordinanze con cui la Corte ha successivamente per due volte dichiarato la manifesta inammissibilità e la manifesta infondatezza di identiche questioni sollevate da altri giudici e risolte dopo la sentenza in esame⁴⁷.

Non mi sembra affatto decisivo che nelle suddette decisioni non si riprendano gli argomenti relativi al nucleo della norma o alla funzione riproduttiva⁴⁸, in quanto ciò deriva solo dalla estrema sinteticità della pseudo motivazione delle stesse dove si specifica, da parte dello stesso giudice estensore che aveva scritto

⁴⁵ A. MELANI, *Il matrimonio omosessuale*, cit.

⁴⁶ B. PEZZINI, *Il matrimonio same-sex*, cit.

⁴⁷ Corte cost., ord. 22.7.2010, n. 276, in *Fam. e dir.*, 2011, 1, 18; ord. 5.1.2011, n. 4, in *www.giurcost.it*.

⁴⁸ Così invece B. PEZZINI, *Relazione introduttiva al Convegno “La pronuncia della Corte costituzionale sui matrimoni same-sex: quali effetti, quali prospettive?”*, Bergamo, 4.2.2011.

pochi mesi prima la motivazione della 138/2010, che «non risultano qui allegati profili diversi o ulteriori, idonei a superare gli argomenti addotti nella precedente pronuncia».

In conseguenza della lettura accolta della sentenza della Corte, per la parte in cui ha dichiarato infondata la questione di costituzionalità in riferimento all'art. 29 Cost., da varie parti si è quindi cercato di dare una risposta circa gli effetti o comunque le conseguenze della stessa nell'ipotesi (invero assai improbabile) che il legislatore italiano decidesse di approvare una legge con cui consentire il matrimonio per le coppie omosessuali.

In proposito ritengo utile, per una corretta impostazione del problema, richiamare due aspetti, di per sé ovvii ed evidenti.

Il primo è quello relativo al tipo di sentenza pronunciata ed agli effetti della medesima: trattasi di pronuncia di rigetto, per cui nessun effetto vincolante può derivare dalla stessa, se non in termini di valore di precedente, tanto più forte quanto più simile o addirittura identica risulti la nuova questione di costituzionalità che la Corte potrebbe essere chiamata a giudicare.

Da qui il secondo aspetto da ricordare: l'oggetto della questione esaminata dalla Corte non era una legge che introduce la possibilità di matrimonio omosessuale (come accaduto per il Tribunale costituzionale portoghese⁴⁹ o accadrà in Spagna, allorché il *Tribunal constitucional* deciderà di affrontare la relativa questione, pendente ormai da più di quattro anni), ma una disciplina interpretata nel senso che tale possibilità non prevede o esclude.

Questa differenza incide fortemente sul tipo di giudizio che il Giudice costituzionale è chiamato a svolgere in ordine alla interpretazione dei principi costituzionali coinvolti da una questione di costituzionalità concernente il matrimonio tra coppie dello stesso sesso.

Volendo esplicitare i differenti giudizi ai quali la Corte potrebbe essere chiamata, potremmo indicarli in tre:

a) valutare se i principi costituzionali “*impongono*” al legislatore ordinario di prevedere l'ipotesi di matrimonio omosessuale;

⁴⁹ Tribunal Constitucional Portugal, 8.4.2010, n. 121/2010, *Foro it.*, 2010, IV, 273, con osservazione di P. PASSAGLIA, *Matrimonio e unioni omosessuali in Europa: una panoramica*.

b) valutare se invece gli stessi principi “consentono” al legislatore tale ipotesi;

c) valutare se quei principi “escludono” una simile operazione legislativa.

Nel caso della questione decisa dalla Corte con la sent. n. 138/2010, essa era chiamata ad esercitare solo il giudizio *sub a*), dal momento che la soluzione dello stesso in senso affermativo avrebbe dovuto condurre ad una dichiarazione di incostituzionalità della normativa impugnata, mentre da un giudizio in senso negativo ne sarebbe dovuta discendere una dichiarazione di infondatezza.

Gli altri due giudizi (*sub b e sub c*) non erano affatto necessari, e quindi non richiesti alla Corte costituzionale, venendo gli stessi in considerazione solo nell'ipotesi in cui oggetto della questione di costituzionalità sia una legge che introduca nell'ordinamento la possibilità del matrimonio omosessuale. Come dimostrano anche le ipotesi di controllo di costituzionalità che si sono realizzate in Portogallo e in Francia su una questione in tutto simile a quella affrontata dalla Corte costituzionale con la decisione in esame.

Il Tribunale costituzionale portoghese infatti, in una pronuncia resa dalla sua prima sezione in data 9 luglio 2009, n. 359/2009, si è limitato ad escludere che il riconoscimento del matrimonio omosessuale potesse ritenersi imposto in base alle previsioni costituzionali che sanciscono i principi di dignità e di eguaglianza ed il diritto alla formazione ed alla preservazione della famiglia.

Recentemente il *Conseil constitutionnel*, con sentenza del 28 gennaio 2011, n. 2010-92 resa nell'ambito della sua nuova competenza a giudicare sulle questioni di costituzionalità in via incidentale, ha dichiarato infondata la questione di costituzionalità, rilevando come il diritto a condurre una normale vita familiare non implica necessariamente il diritto al matrimonio per le coppie omosessuali, né un diverso trattamento rispetto alle coppie eterosessuali integra una violazione del principio di eguaglianza, avendo il legislatore ritenuto che la differenza tra i due tipi di coppia possa giustificare lo stesso in relazione alle regole del diritto di famiglia e concludendo che non spetta al *Conseil* – cui è riconosciuto il compito di pronunciarsi solo sulla conformità di una disposizione normativa ai diritti ed alle libertà garantiti dalla Costituzione – sostituire il suo giudizio a quello del parlamento, il quale rimane libero di modificare la disciplina vigente o di abrogarla.

Quanto affermato dalla Corte, con riguardo all'art. 29 Cost., va oltre quanto richiesto e necessario per la soluzione della questione di costituzionalità ed assume quindi il significato di un *obiter dictum*.

5. *La supposta violazione dell'art. 3 Cost. e la necessità di un trattamento omogeneo tra le coppie omosessuali e quelle coniugate: il riferimento alle convivenze more uxorio, alla potenziale finalità procreativa ed alla legge sui transessuali quale tertium comparationis. La violazione degli obblighi internazionali e comunitari e l'art. 117, c. 1, Cost.*

L'altro parametro, accanto all'art. 29 Cost., sulla cui supposta violazione la Corte si è espressa nel merito è rappresentato dall'art. 3 Cost.

Ho già detto dell'ingiustificato pre-giudizio svolto con riguardo alla prima delle due disposizioni costituzionali, che ha condotto il Giudice costituzionale ad escludere la violazione della seconda, trovando il diverso trattamento un fondamento nell'art. 29 Cost. e nella lettura dello stesso fornita dalla Corte.

Interessanti, anche *pro futuro*, i passaggi della sentenza in esame dai quali possono ricavarsi elementi per valutare quando un trattamento differenziato tra coppie omosessuali e coppie sposate integri una discriminazione vietata dalla Costituzione oppure sia giustificato dalla realizzazione di principi costituzionali.

Un primo elemento da rilevare è l'utilizzo in due occasioni, in direzione opposta e che forse conferma l'esistenza di due differenti questioni di costituzionalità, del riferimento alla "omogeneità": in un primo caso per affermare, come detto, che «le unioni omosessuali non possono essere ritenute *omogenee* al matrimonio», nel secondo, più interessante per quanto andiamo dicendo, per sottolineare la possibilità che, in certi casi, si imponga «un *trattamento omogeneo* tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale» (corsivi aggiunti).

Rilevato con frequenza nei commenti alla decisione in esame è il richiamo fatto dalla Corte, allo scopo di garantire il "trattamento omogeneo" di cui sopra, a quanto avvenuto, in via giurisprudenziale, per la situazione delle convivenze *more uxorio*.

In proposito è stata, da un lato, rilevata l'inopportunità dell'accostamento, dal momento che solo queste ultime possono avere finalità procreative e risulterebbero in ragione di ciò meritevoli di maggiore considerazione rispetto alle coppie omosessuali⁵⁰, mentre altri hanno, all'effetto contrario, sottolineato come, a differenza di quanto accade per le coppie etero conviventi di fatto, le coppie omosessuali non hanno libertà di scelta tra unirsi o meno in matrimonio, essendo questa possibilità loro impedita dalla legge⁵¹.

Ritengo che in entrambi i casi il riferimento della Corte sia stato eccessivamente enfatizzato, dovendosi a mio avviso leggere come un esempio di quanto accaduto nel raffrontare il trattamento normativo delle coppie di fatto *more uxorio* alle coppie sposate, in una situazione indubbiamente simile a quella delle coppie omosessuali (a seguito del riconoscimento alle stesse del diritto fondamentale alla vita familiare), nel senso della mancanza di una disciplina generale ed organica sui diritti e doveri della coppia.

Ciò non esclude certamente che nel raffrontare, ai fini di verificare la necessità di un trattamento omogeneo, la condizione della coppia omosessuale a quella coniugata siano tenute in conto le particolarità della prima, non solo riguardo alla seconda, ma pure a quella dei conviventi *more uxorio*.

Un altro rilievo, pure questo ricorrente nei commenti e generalmente critico⁵², è quello relativo al passaggio della decisione in cui la Corte costituzionale fa riferimento «alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale».

Anche in questo caso appare di tutta evidenza il rilievo secondo cui la capacità procreativa, seppure potenziale, non è condizione per poter accedere all'istituto matrimoniale e quindi inutile ricordare tutte le ipotesi in cui due persone, di sesso diverso, sono ammesse al matrimonio seppure, per le più diverse ragioni, certamente non in grado di procreare.

⁵⁰ V. TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali*, cit.

⁵¹ A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente*, cit.

⁵² Tra gli altri, I. MASSA PINTO, C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale*, cit.; D. GALLIANI, *La Corte costituzionale italiana e il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, cit.; P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio*, cit.; B. PEZZINI, *Il matrimonio same-sex*, cit.

Il significato che la Corte ha inteso dare con il passaggio in questione è evidentemente un altro, vale a dire quello di evidenziare una innegabile differenza esistente tra la coppia omosessuale e quella eterosessuale, lasciando intendere che quello della capacità procreativa potrebbe costituire, in futuro⁵³, un elemento su cui fondare la legittimità di un trattamento differenziato tra le due coppie, allorché sarà chiamata a giudicare circa «la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale».

Pure oggetto di rilievi da parte dei commentatori è stata la risposta data dalla Corte con riguardo al richiamo, contenuto nelle ordinanze di rimessione, alla legge n. 164/1982 sulla rettificazione degli atti di stato civile per i transessuali quale *tertium comparationis*, specie alla luce delle affermazioni svolte sulla stessa dalla Corte costituzionale nella sentenza 161/1985.

La Corte ha affrontato l'argomento in termini tecnico-formali ed ha quindi avuto buon gioco nel rilevare la non pertinenza della legge a fungere da *tertium comparationis*, dal momento che la stessa consente il matrimonio del transessuale con altra persona, ma di sesso diverso da quello acquisito dal primo e stabilisce la nullità dell'eventuale matrimonio di colui che è stato autorizzato a mutare il sesso, evitando così la realizzazione di un'ipotesi di matrimonio tra due persone dello stesso sesso.

L'atteggiamento formalistico della Corte diviene al contempo elusivo del reale significato che i giudici *a quibus* avevano inteso dare al riferimento alla legge sui transessuali ed alla relativa giurisprudenza costituzionale.

Ciò che si voleva infatti richiamare erano i principi cui la Corte – con una sentenza al momento innovativa che faceva giustizia di altra precedente fondata sull'art. 2 Cost. come norma chiusa e comunque assai deludente per le aspettative sollevate dalla questione⁵⁴ – aveva ritenuto conforme alla Costituzione la legge che allineava l'Italia all'Europa sul fenomeno del transessualismo⁵⁵.

⁵³ Per tale rilievo pure A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente*, cit.

⁵⁴ Corte cost., 1.8.1979, n. 98, *Giur. cost.*, 1979, 719 e 1178, con nota critica di Bartole.

⁵⁵ Corte cost., 24.5.1985, n. 161, *Giur. cost.*, 1985, 1173, la quale ebbe, tra l'altro, ad affermare che «la l. 164/1982 si colloca nell'alveo di una civiltà giuridica in evolu-

Il riferimento poi al possibile matrimonio del transessuale con altra persona dello stesso genere di nascita, intendeva far presente come la differenza di sesso in questo caso fosse solo il risultato di una *fictio iuris* o comunque di una soluzione legislativa, in base alla quale un soggetto uomo – a seguito di intervento chirurgico o anche prescindendo dallo stesso – è dichiarato donna o viceversa (senza certo essere tale in natura)⁵⁶.

Qualora la Corte avesse voluto recepire l'esatto significato del richiamo alla legge sui transessuali, forse avrebbe potuto chiedersi se, in questi casi, pur rispettando la formale differenza di sesso, possa davvero dirsi che queste coppie «possano essere ritenute omogenee al matrimonio», di cui all'art. 29 Cost. e nel significato ad esso dato dai Costituenti, come ricostruito dalla stessa Corte.

L'ultima parte della decisione è dedicata alla valutazione circa una supposta violazione dell'art. 117, c. 1, Cost., per la parte in cui la normativa impugnata andrebbe a contrastare con gli obblighi internazionali (CEDU) e comunitari (Trattato di Lisbona che ha recepito la Carta dei diritti fondamentali) assunti dal nostro Paese.

Rinviando sul punto alle specifiche relazioni presenti in questo convegno, mi limito a rilevare come la Corte costituzionale ha buon gioco nel respingere le censure sopra ricordate, richiamando la giurisprudenza largamente consolidata nel senso che le Carte europee non impongono agli stati membri di approvare una legislazione che consenta il matrimonio tra persone dello stesso sesso, lasciando gli stessi liberi di decidere se farlo oppure no, in quanto nelle migliori condizioni per valutare la situazione sociale e culturale del paese⁵⁷.

Del resto una soluzione nel senso della presenza, nelle Carte europee di un diritto al matrimonio da parte delle coppie omosessuali dovrebbe comportare che tutti gli stati membri sarebbero obbligati a prevederne il riconoscimento.

Di fronte a questa ipotesi, l'essere la Corte andata oltre quanto le veniva chiesto e l'aver aggiunto l'affermazione secondo cui il

zione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie e anomale».

⁵⁶ Per tali rilievi pure P. CHIASSONI, *La grande elusione*, cit.; A. PUGIOTTO, *Una lettura reticente*, cit.

⁵⁷ Co.DU., sez. I, sent. 24.6.2010, ric. n. 30141/04, *Schalk e Kopf c. Austria*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, 3, 639 ss.

nucleo essenziale (e immodificabile in via ordinaria) dell'art. 29 Cost. richiede necessariamente la presenza di soggetti di sesso differente, ha fatto ipotizzare, da parte di alcuni, la fantomatica figura del controlimite, al fine di giustificare una mancato allineamento dell'Italia a livello europeo⁵⁸.

6. *Una valutazione conclusiva: la vita familiare e di coppia e non l'accesso al matrimonio quale contenuto del diritto fondamentale riconosciuto dalla Corte costituzionale. L'affermazione dei diritti delle coppie omosessuali attraverso un'attuazione progressiva ed un'attività di collaborazione tra diritto politico e diritto giurisprudenziale come strada indicata dalla Corte. La necessità di giustificare i trattamenti differenziati anziché l'estensione di singoli diritti*

Vorrei adesso concludere con una valutazione di carattere più generale, ma sempre nell'ottica di una lettura ed interpretazione della sentenza n. 138/2010 e delle conseguenze che dalla stessa sono state tratte da una parte della dottrina.

Una prima, e a mio avviso importante, segnalazione riguarda la posizione di quanti hanno, più o meno coscientemente, trasferito quanto la Corte ha affermato con riguardo alla garanzia, per le unioni omosessuali, di una vita familiare di coppia attraverso il riconoscimento dei connessi diritti e doveri al riconoscimento della possibilità di accedere, da parte degli stessi, all'istituto matrimoniale.

Questo lo si può riscontrare in quanti, tenendo a base solo il problema posto dai giudici *a quibus* e non la diversa questione che la Corte ha "creato", sostengono che un diritto fondamentale, quale quello affermato dalla sentenza, non può essere rimesso ai tempi del legislatore, ma deve trovare immediata applicazione e tutela, facendo esplicitamente riferimento al diritto delle coppie omosessuali al matrimonio.

Con ciò impropriamente si pongono in bocca alla Corte cose che questa non ha detto, in quanto l'importante affermazione del

⁵⁸ Cfr. D. GALLIANI, *La Corte costituzionale italiana*, cit.; P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio*, cit.; P. BIANCHI, *La Corte chiude le porte al matrimonio*, cit.; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente*, cit.

“diritto fondamentale” non fa assolutamente riferimento al diritto al matrimonio, bensì al “vivere liberamente una condizione di coppia” ossia al diritto alla vita familiare che, come mostra la giurisprudenza europea sul punto, è cosa assai diversa.

L’affermazione di un diritto fondamentale al matrimonio per le coppie omosessuali avrebbe dovuto ovviamente condurre all’acoglimento della questione di costituzionalità, mentre, come ho cercato di dire, la determinazione dello *status* della coppia omosessuale richiede necessariamente un intervento organico del legislatore, potendo la via giudiziaria intervenire solo su singoli aspetti ed in maniera casistica. Per questo la sentenza in esame può essere qualificata come una “inammissibilità di principio”.

La Corte infatti sembra prendere atto della situazione di isolamento in cui il nostro paese viene a trovarsi in Europa in materia di garanzie riconosciute alle coppie omosessuali per l’assenza di una qualsiasi disciplina e quindi di un qualsiasi riconoscimento delle stesse e, forse anche ad evitare una possibile condanna da parte dei Giudici europei, pone con chiarezza l’avvertimento secondo cui il legislatore deve intervenire seguendo i principi fissati dalla Corte.

La strada che il Giudice costituzionale pare indicare è quella della terza via segnalata nella relazione di G. Ferrando in questo convegno, ossia quella di un’attuazione progressiva, per gradi attraverso un’attività in qualche misura di collaborazione, come in altre occasioni è accaduto (si pensi, *mutatae mutandis*, alla vicenda delle coppie *more uxorio* o a quella dell’obiezione di coscienza al servizio militare), tra interventi specifici del diritto giurisprudenziale e di carattere generale del diritto politico, al quale spetta anche la funzione di valutare quale sia il grado di maturazione e di accettazione da parte della società. Una sorta di “trattamento omeopatico” verso antichi pregiudizi al fine di non urtare troppo la tradizione, come sostiene P. Veronesi⁵⁹.

L’indicazione quindi che deriva dalla sentenza della Corte pare essere quella di procedere sulla strada della verifica della ragionevolezza del trattamento riservato alle coppie omosessuali rispetto a quelle coniugate e delle ipotesi in cui questo debba essere omogeneo.

⁵⁹ P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio*, cit.

Il problema diviene, come esattamente rilevato da B. Pezzini nella sua relazione introduttiva⁶⁰, quello di stabilire quali siano i criteri da seguire allo scopo, se considerare ad esempio come regola quella della non estensione alle coppie omosessuali dei diritti e doveri della coppia sposata e solo come eccezione il caso contrario oppure, all'inverso, porsi nella logica di dover giustificare non tanto l'estensione, quanto la discriminazione.

La giurisprudenza europea si è posta chiaramente in questo secondo senso, sostenendo che le differenze di trattamento debbano sempre essere giustificate sulla base di ragioni particolarmente "imperieuses"⁶¹. Ugualmente può dirsi per la recente decisione del Tribunale costituzionale federale tedesco, il quale ha ritenuto incostituzionale un trattamento fiscale di favore per le coppie sposate rispetto a quelle omosessuali registrate, rilevando come il diverso trattamento deve fondarsi su motivazioni particolari e tali da giustificare la differenza, non potendosi giustificare solamente sulla base del compito dello Stato di tutela e difesa del matrimonio e della famiglia⁶².

Questa prospettiva, ricavabile dalla sentenza della Corte, ha posto in allarme quanti hanno visto in ciò il rischio che un progressivo riconoscimento di diritti e doveri, propri della coppia coniugata, a quella omosessuale conduca, come si sta verificando in Germania⁶³, a rendere il matrimonio un contenitore vuoto e la differenza tra le coppie una distinzione solo di facciata e non di contenuto.

Sotto una diversa ottica questa strada, del cd. doppio binario, è stata invece respinta e ritenuta incostituzionale, in quanto discriminatoria e segregazionista, una legge che disciplinasse il rapporto

⁶⁰ Si veda il contributo di B. PEZZINI, in questo volume.

⁶¹ Co.DU., sez. I, sent. 24.6.2010, ric. n. 30141/04, *Schalk e Kopf c. Austria*, cit.

⁶² *Bundesverfassungsgericht*, 21.7.2010, BVerfG 1 BvR 611/07, 1 BvR 2464/07.

⁶³ F. Saitto, *La giurisprudenza tedesca in materia di Lebenspartnerschaft tra Abstandsgebot e garanzie d'istituto. Spunti di comparazione con la sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale italiana*, in www.forumcostituzionale.it, il quale osserva come, grazie all'interpretazione del Giudice costituzionale l'istituto delle *Lebenspartnerschaft* sta lentamente conquistando una piena equiparazione con il matrimonio, da cui presto potrebbe distinguerlo solo il nome e conclude rilevando: «chissà se la Corte costituzionale mentre redigeva la sentenza guardava a *Karlsruhe* mentre pensava alla sua futura giurisprudenza...».

di vita familiare delle coppie omosessuali in modo differente rispetto a quello delle coppie etero⁶⁴.

Quali che saranno gli sviluppi futuri legati alla posizione nell'ordinamento delle coppie omosessuali, credo che la decisione in esame della Corte costituzionale segnerà comunque un momento di estrema importanza, cosa che giustifica pienamente questo incontro organizzato dall'Università di Bergamo.

⁶⁴ B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere*, cit., 15 ss.; ID., *Matrimonio same-sex*, cit.; I. RUGGIU, *Summa constitutio summa iniuria? Per una sentenza interpretativa che individui correttamente l'essenza della "pratica culturale" del matrimonio, supportata dall'"argomento della minoranza"*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (CUE), *La "società naturale" e i suoi "nemici"*, cit., 347 ss.; P. VERONESI, in *Matrimonio omosessuale ovvero: "è sorprendente per quanto tempo si può negare l'evidenza, di fronte a certe cose"*, in *ibidem*, 411 ss.; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente*, cit.

