

Il matrimonio same sex si potrà fare.

*La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale.**

(destinato alla pubblicazione sul n. 3/2010 di Giurisprudenza costituzionale)*

di Barbara Pezzini

1. La lettura della sentenza 138/2010, resa dalla Corte costituzionale a proposito della sospetta incostituzionalità del complesso normativo del codice civile che non consente l'accesso al matrimonio a coppie formate da soggetti dello stesso sesso, suscita una serie di interrogativi.

La pronuncia tratta separatamente i profili attinenti ai diversi profili di illegittimità costituzionale proposti nei confronti del complesso normativo¹: esamina, innanzitutto, la questione relativa all'art. 2 cost., dichiarandola inammissibile "perché diretta ad ottenere una pronuncia additiva non costituzionalmente obbligata" (punti 5/8 del *Considerato in diritto*); successivamente, tratta la questione sollevata con riferimento ai parametri individuati negli artt. 3 e 29 cost. concludendo nel senso dell'infondatezza (punto 9); infine, considera il parametro dell'art. 117, primo comma, cost., attraverso le norme interposte degli artt. 8 e 14 della CEDU, nonché 7, 9 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, concludendo nel senso dell'inammissibilità fondata sul fatto che "la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento" (punto 10).

Ci si sarebbe potuti legittimamente attendere un esito differente ?

Tutto ciò rappresenta uno *stop*² definitivo, ovvero una sostanziale, per quanto cauta, *apertura*³ nei confronti delle aspirazioni di accesso al matrimonio da parte di omosessuali ?

¹ Entrambe le ordinanze di rimessione indicavano come oggetto della questione gli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis cod. civ. nella parte in cui "sistematicamente interpretati" ovvero "complessivamente valutati" non consentono il matrimonio fra persone dello stesso sesso. Per un'ampia ed esaustiva trattazione "preventiva" dei molteplici profili costituzionali coinvolti dalla questione di costituzionalità si vedano gli atti del seminario di Ferrara "Amicus curiae" del 26 febbraio 2010, raccolti nel volume BIN, BRUNELLI, GUAZZAROTTI, PUGIOTTO, VERONESI (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, Giappichelli, 2010.

² Leggono la sent. 138/2010 in tal senso, sia pure diversificando il giudizio sulla pronuncia: adesivamente: D'ANGELO, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio "nun s'ha da fare"*, in www.forumcostituzionale.it; criticamente: SILVIS, *Il matrimonio omosessuale fra il "non s'ha da fare" dell'art. 29 ed il "si può fare" dell'art. 2 cost.*, in www.iusreporter.it; 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; ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro it.*, 2010, I, 1367; DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro it.*, 2010, I, 1369. Anche MASSA PINTO, 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, in un percorso critico approfondito ed originale delle motivazioni espresse ed implicite della sentenza, pur sottolineano che le ambiguità del modello interpretativo adottato dalla Corte scaricano sulla comunità degli interpreti l'onere di una "incerta ricostruzione", ritengono che "l'affermazione per la quale le unioni omosessuali non sono equiparabili a quelle matrimoniali" sia destinata a gravare "come un macigno sulle possibilità di scelta politica del futuro legislatore".

³ Sottolineano l'apertura della Corte D'AMICO, *Dopo la sentenza della Corte costituzionale il silenzio della politica*, in www.certidiritti.it; MENZIONE, *Unioni gay in Italia. Prospettive aperte dalla sentenza 138/2010 della Corte costituzionale*, in scienzaepace.unipi.it; STORANI, *Matrimonio gay - Motivazione aperta della Consulta: deve pensarci il Parlamento*, in www.studiocataldi.it; TONDI DELLA MURA, *La sentenza che ha difeso la parola "matrimonio"*, in www.ilsussidiario.net, rileva, e lamenta, che la sentenza avrebbe garantito che il *nomen* del matrimonio, ma non la

Quanto pesano le incertezze dell'argomentazione e le contraddizioni che, indubbiamente, sono rilevabili nella motivazione ?

Che protezione offre l'art. 2 cost. all'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso ? Qual è la portata del diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia *same sex* ? Che spazio ha la discrezionalità del legislatore richiamata nella sentenza ? È stata riconosciuta l'esistenza di un vero e proprio diritto fondamentale (con conseguenti ricadute in termini di doverosità nell'attuazione delle garanzie relative, sia pure in un processo di necessaria gradualità), ovvero rinviando alla *piena* discrezionalità del legislatore si è depotenziato il riconoscimento costituzionale (riducendolo ad una generica copertura costituzionale) ?

E che valore hanno gli argomenti "originalista" e "riproduttivo" con cui la Corte suffraga la tesi dell'incorporazione del paradigma eterosessuale del matrimonio ? oltre che plausibili, sono da riferirsi alla nozione codicistica del matrimonio o risultano direttamente e irreversibilmente incorporati nella norma costituzionale ?

Provando a sciogliere i nodi complessi e delicati che si intrecciano in queste domande, vorrei dimostrare che la sentenza 138 rappresenta –nell'insieme del suo dispositivo composito, che risolve due questioni nel senso della inammissibilità e ne rigetta una terza- una *perimetrazione della discrezionalità del legislatore in materia di trattamento giuridico delle unioni tra persone dello stesso sesso* e che la lettura unitaria che si ricava in questa chiave appare in grado di ricomporre organicamente anche oscillazioni e ambiguità delle sue argomentazioni.

Sotto il profilo, in senso lato, culturale della questione, la sentenza in oggetto si iscrive nel processo di *costruzione giuridica del genere*⁴, che viene sospinto oltre l'ambito della conformazione dei rapporti uomo-donna nel quale la funzione *costitutiva* del diritto è più comunemente riconosciuta ed accettata, anche se non ancora realmente consolidata⁵.

Inteso il *genere* come l'insieme che definisce i ruoli sociali, la posizione, le opportunità, le aspettative socialmente associate e connesse all'appartenenza all'uno o all'altro sesso⁶, il *paradigma eterosessuale*, vale a dire l'aspettativa di una proiezione affettiva e sessuale verso il sesso opposto, rappresenta indubbiamente uno dei contenuti più radicati delle *regole di genere*; contraddicendo il fatto che tale possa e debba necessariamente essere la regola fondativa ed essenziale nella costruzione del genere, l'omosessualità mette in discussione direttamente e radicalmente *l'aspettativa sociale di dualismo e complementarità* tra maschile e femminile.

Quando la condizione omosessuale si affaccia sulla scena pubblica della convivenza sociale ed, in particolare -come nei casi che hanno dato origine al giudizio di costituzionalità deciso con la

sostanza dell'istituto, posto che il catalogo dei diritti relativi sarebbe suscettibile di un'applicazione estensiva anche alle coppie omosessuali.

⁴ E, insieme, di *Sesso e sessualità*, come ben evidenzia il sottotitolo del libro di PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, il Saggiatore, Milano, 1998.

⁵ Per la ricostruzione del complesso normativo dedicato dalla Costituzione italiana alle garanzie di costruzione di rapporti di genere fondati sull'uguaglianza uomo-donna in funzione anti-subordinazione v. PEZZINI, *Donne e costituzione: le radici ed il cammino*, in *La costituzione della repubblica italiana. Le radici e il cammino*, Atti del convegno e del corso di lezioni (Bergamo, ottobre-dicembre 2005), in *Studi e ricerche di storia contemporanea*, n. 68, 2007, p. 163; e *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, in *Scritti Carlassare*, vol. III, Jovene, Napoli, 2009, p. 1159.

⁶ PICCONE STELLA, SARACENO (a cura di), *La costruzione sociale del femminile e del maschile*, Bologna, Il Mulino, 1996, ed in particolare, delle curatrici, *Introduzione. La storia di un concetto e di un dibattito*; CISLAGHI, *Pensare il genere per un'analisi complessa*, in *Genere e pari opportunità: teorie e pratiche*, Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche, n. 20, Bergamo, 2004, 9.

sentenza 138/2010⁷ - agisce rivendicando l'accertamento di una facoltà giuridicamente riconosciuta e costituzionalmente tutelata di *scegliere un partner dello stesso sesso come coniuge*, il ruolo che svolge il diritto nel costruire il genere, penetrando entro la sfera più intima della sessualità e delle relazioni affettive e sessuali, si manifesta con piena evidenza.

È l'ordinamento giuridico che viene chiamato a conformare la regola di genere, sia quando riconosce e legittima, sia, al contrario, quando disconosce e nega rilevanza giuridica alle relazioni omosessuali.

Non è pertanto difficile scorgere la complessità del confronto -politico, culturale, etico e giuridico- in materia: nel caso del riconoscimento delle coppie omosessuali (come anche a proposito di aborto, procreazione medicalmente assistita, pratiche anticoncezionali), l'intera sfera delle relazioni sessuali transita da una dimensione retta dalla necessità apparentemente "naturale" (nel senso di una necessità non governabile dalla volontà umana) ad una *dimensione pienamente relazionale*, intessuta di libere opzioni e della correlativa assunzione di nuove responsabilità personali e sociali.

Un passaggio socialmente rilevante, delicato e cruciale, che richiede l'elaborazione di nuove regole sociali e giuridiche, adeguate alle esigenze della trasformazione⁸.

Di questa sfida la Corte costituzionale sembra consapevole e, benché non manchino nella sentenza ambiguità ed incertezze, ad essa cerca di rispondere fornendo alcuni orientamenti alla discrezionalità del legislatore.

3

2. Il ragionamento della Corte si snoda, per gradi, a partire dall'art. 2 cost.

Innanzitutto, la sentenza specifica che le formazioni sociali di cui parla l'art. 2 vanno intese nel contesto di valorizzazione del modello pluralistico e vengono identificate in ogni forma di comunità, semplice o complessa, in base alla capacità di rendere possibile ed agevolare il libero sviluppo della persona nella vita di relazione. Su tale premessa definitoria, rileva che l'*unione omosessuale*, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, va annoverata fra le formazioni sociali tutelate dall'art. 2 cost. e, di conseguenza, identifica la tutela costituzionale garantita alle unioni omosessuali ricavando direttamente dall'art. 2 il *diritto fondamentale* di vivere liberamente una condizione di coppia *same sex*. La pronuncia procede, poi, qualificando il contenuto della garanzia costituzionale di tale libertà fondamentale nei termini di *riconoscimento giuridico* della coppia *same sex* ed attribuendo al riconoscimento il contenuto e la forma di una disciplina organica e generale "*finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia*".

Su queste basi -sul netto e non ambiguo riconoscimento di un diritto fondamentale al riconoscimento giuridico in forma organica delle unioni omosessuali- viene ad innestarsi la considerazione della discrezionalità spettante al legislatore in materia: premesso che le esperienze straniere confermano l'ampiezza del ventaglio delle opzioni normative in grado di soddisfare le condizioni sopra descritte, la sentenza osserva che l'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio non costituisce l'unica soluzione capace di garantire il riconoscimento giuridico cui esse hanno diritto ed attribuisce al Parlamento la funzione di individuare le forme di tutela più opportune nell'esercizio della propria discrezionalità.

Solo a questo punto la sentenza recupera anche il riferimento al parametro di uguaglianza: valorizzando, ma solo per il futuro, la funzione che la giurisprudenza costituzionale svolge nel sistema normativo tramite il controllo di ragionevolezza e prefigurando la possibilità di intervento

⁷ Rileva che analoga questione viene sollevata, contemporaneamente, in molti diversi stati GATTUSO, *Il dialogo tra le Corti*, in *La "società naturale"* cit., p. 159 sg.

⁸ MORI, *Aborto e morale. Capire un nuovo diritto*, Einaudi, Torino, 2008, p. 101.

della Corte costituzionale “*a tutela di specifiche situazioni*” in relazione alle quali emerga “*la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale*”⁹.

La discrezionalità del legislatore viene, pertanto, riconosciuta in funzione di limite rispetto alla possibilità di una pronuncia *manipolativa* (una sentenza additiva, eventualmente di principio, che, sulla base del diritto fondamentale ex art. 2 cost., affermi la doverosità del riconoscimento del matrimonio *same sex*), ma risulta anche precisamente indirizzata e delimitata; tanto è vero che risultano specificamente prefigurati persino i rimedi attivabili in caso di un esercizio carente o inadeguato della discrezionalità legislativa stessa.

In questa cornice, non sarebbe logico attribuire un rilievo eccessivo e sproporzionato a taluni passaggi della pronuncia che pure non sono privi, di per sé, di ambiguità.

È evidente che tanto il riferimento ad una “*piena*” discrezionalità del legislatore, quanto l’inciso che richiama la possibilità di riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali “*nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge*” devono essere letti ed interpretati alla luce della qualificazione di un diritto fondamentale fondato sull’art. 2 cost., e non viceversa.

Riferendosi alla “*piena*” discrezionalità, la Corte rimarca l’estensione e la portata del ruolo costituzionale riconosciuto al legislatore, assumendolo come limite all’esercizio della propria funzione senza, tuttavia, affermare la completa disponibilità di tutti gli elementi della decisione (*an, quomodo, quantum, quando*), che degraderebbe il diritto fondamentale fondato sull’art. 2 cost. ad un generico interesse non costituzionalmente tutelato.

Ed analogamente, posto che l’*an* non è disponibile, discrezionalità *nei tempi* può significare solo gradualità (nel senso di estensione progressiva di una disciplina che deve essere comunque organica e complessiva), senza consentire il rinvio ad un futuro indeterminato che metta in discussione la doverosità dell’attuazione (l’*an*). Così come la discrezionalità riferita a *modi* e *limiti* non può implicare una tutela episodica e frammentaria, limitata ad ipotesi e circostanze particolari, dal momento che il riconoscimento del diritto fondamentale richiede una disciplina *generale*.

Anche il controllo di ragionevolezza, individuato nella sentenza come spazio di intervento della Corte *a valle* dell’esercizio della discrezionalità legislativa, non dovrà dimenticare l’esigenza di una disciplina di carattere organico, affermata come il contenuto del diritto fondamentale ex art. 2 cost.; per quanto subordinata all’attivazione del controllo di costituzionalità su questioni e profili specifici dell’equiparazione di trattamento tra coppie etero ed omosessuali, la futura giurisprudenza costituzionale non potrà ignorare la necessità di connettere eventuali interventi e norme applicabili in ambiti specifici entro una cornice adeguatamente generale.

Ma la discrezionalità del legislatore, costituzionalmente orientata verso la necessità di una *disciplina di carattere generale*, potrà spingersi, sia pure nei modi e nei tempi che dovessero essere ritenuti opportuni, fino ad estendere alle coppie *same sex* la disciplina generale dei diritti e doveri tipizzata nel matrimonio ?

3. Il mio parere è che la parte successiva della sentenza, benché conclusa da un dispositivo di rigetto della questione di costituzionalità con riferimento ai parametri 3 e 29 cost., non nega affatto che la discrezionalità del legislatore potrebbe spingersi sino al riconoscimento del matrimonio omosessuale, limitandosi ad escludere che a tale risultato si possa pervenire direttamente per via ermeneutica.

⁹ A modello di tale intervento indica esplicitamente l’estensione dei diritti delle coppie coniugate alle convivenze *more uxorio* operata con le sent. 559/1989 e 404/1988.

Gli argomenti usati dalla sentenza –secondo l’approccio assai timido della Corte e non senza evidenti debolezze- nell’affrontare la disamina della portata normativa dell’art. 29 cost. (individuata come questione preliminare, che deve necessariamente precedere il vaglio dell’eventuale profilo discriminatorio¹⁰) fondano *limiti dell’interpretazione* e non possono essere convertiti in limiti della legislazione.

La Corte ritiene, usando una sorta di argomento “originalista”, che i caratteri essenziali dell’istituto del matrimonio che i costituenti avrebbero incorporato nella disposizione costituzionale vadano desunti dalla disciplina codicistica, nella quale esso è caratterizzato dal paradigma eterosessuale¹¹; e afferma che questo specifico significato del precetto costituzionale non potrebbe essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura o di una modifica della prassi interpretativa, bensì di una interpretazione totalmente creativa.

Per quanto l’utilizzo dell’argomento originalista risulti intrinsecamente debole e criticabile¹², la Corte non si spinge con ciò a sostenere che l’incorporazione (per via “codicistica”) del paradigma eterosessuale sia avvenuta una volta per tutte e risulti imm modificabile¹³: non lo fa, non solo perché ne risulterebbe un rovesciamento macroscopico della gerarchia delle fonti¹⁴, ma soprattutto perché non può contraddire le premesse che essa stessa ha chiaramente posto a proposito dei concetti di famiglia e matrimonio nell’art. 29 cost., negando qualsiasi ipotesi di “cristallizzazione” di tali istituti ed evidenziandone il rapporto con le evoluzioni della società e dei costumi, oltre che con le trasformazioni dell’ordinamento.

5

¹⁰ Ritengo, peraltro, che questa impostazione sia radicalmente criticabile e che sarebbe, all’opposto, doveroso assumere in premessa il diritto soggettivo alla pari dignità coesistente alla persona umana (ex art. 3 cost.) agendo la pretesa all’uguaglianza *direttamente* di fronte alle qualificazioni che la legge potrebbe compiere (nel caso specifico distinguendo, in relazione al matrimonio e all’art. 29 cost., tra coppie eterosessuali e coppie *same sex*): su ciò più diffusamente v. oltre par. 5.

¹¹ Come esattamente notato da MASSA PINTO, TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale cit.*, p. 6, l’argomento storicista si intreccia e si confonde con quello originalista.

¹² Non solo per le riserve di ordine generale ampiamente diffuse in dottrina nei confronti di tale impostazione, ma anche perché cercare nell’intenzione dei costituenti l’interpretazione delle norme costituzionali sulla famiglia risulterebbe particolarmente incongruo: da un lato, il dato materiale della trasformazione sociale radicale intervenuta nel corso degli ultimi sessant’anni rende irrimediabilmente invecchiati, al limite della incomprendibilità, i toni e gli accenti del dibattito costituente; dall’altro, la notevole articolazione e l’alto tasso ideologico delle posizioni espresse in sede di Costituente rendono particolarmente difficile ricavarne un orientamento univoco. Si noti peraltro che, anche se il dibattito costituente sulla famiglia appare, per molti aspetti, altrettanto ideologico di quello attuale, resta comunque più ricco di rimandi e di riferimenti alle circostanze materiali ed alle situazioni effettive in cui i diritti della famiglia e dei suoi componenti appaiono bisognosi di tutela; al punto che, guardando alla concretezza delle discussioni svolte nella Terza Sottocommissione, sorge il dubbio che, in questo campo come in generale nella formulazione delle garanzie costituzionali dei diritti sociali ed economici, l’egemonia da parte della Prima Sottocommissione abbia determinato un sacrificio eccessivo delle istanze di specificazione delle norme, a partire dal quale si è consolidato il difetto tutto italiano di un accentuato strabismo tra il piano dell’affermazione del principio ed il piano della sua attuazione, costruiti come vicende separate e prive di momenti di incontro e connessione giuridica (intervenendo nell’Adunanza Plenaria del 15 gennaio 1947, Federici contesta esplicitamente al *Comitato di redazione* di avere sacrificato “l’accuratissimo lavoro” svolto in Terza Sottocommissione da lei stessa e dalle colleghe Merlin e Noce, che aveva condotto ad un’articolata configurazione delle garanzie sociali della famiglia).

¹³ Come ritiene 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”*, nella nota pubblicata in questa rivista, contestando alla Corte di avere detto “troppo” sul punto; v. anche D’ANGELO, cit.; SPINELLI, *Il matrimonio non è un’opinione*, in www.forumcostituzionale.it.

¹⁴ TINCANI, *Del matrimonio omosessuale*, in il Mulino, 2010, p. 598, pur dando atto alla Corte di non commettere un errore così grossolano, le contesta l’uso di un’argomentazione “circolare” (“il matrimonio del codice civile è quello della Costituzione, che è il matrimonio del codice civile”).

In realtà, a me pare che la Corte si limiti a ritenere preclusa, oltre che ai giudici ordinari, anche a se stessa come giudice delle leggi, un'attività interpretativa che, scavalcando la mediazione legislativa che alla Corte appare indispensabile, proceda direttamente al riconoscimento dell'accesso al matrimonio da parte di coppie *same sex*.

Ciò che la sentenza 138, dunque, dice è che si ritiene necessaria un'espressa modificazione della disciplina legislativa per giungere all'incorporazione, nell'istituto del matrimonio, di un contenuto che in origine era ad esso totalmente estraneo: così facendo, mentre "chiude" all'integrazione *per via giudiziaria* (qualificata come un'interpretazione creativa preclusa quand'anche provenisse dal giudice delle leggi), "apre" alla trasformazione da parte del legislatore.

Nella prospettiva che sorregge la sentenza, la giurisprudenza costituzionale non può raccogliere direttamente le istanze di trasformazione ordinamentale provenienti dall'evoluzione dei costumi, che debbono necessariamente essere filtrate e mediate da un legislatore positivo (impostazione alla quale si può criticamente obiettare non solo di non muovere dalle esigenze di un'uguaglianza completamente declinata nei suoi contenuti anti-discriminazione, anti-subordinazione e anti-discriminazione¹⁵, ma anche la evidente sottovalutazione delle trasformazioni ordinamentali già presenti¹⁶).

Ma la chiara conseguenza di questa prospettiva assunta dalla Corte è anche che, qualora fosse il legislatore a spingersi sulla via del *matrimonio omosessuale* (espressione sintetica con cui si allude all'apertura dell'istituto civilistico del matrimonio, a parità di configurazione, anche a coppie dello stesso sesso, oltre che a coppie eterosessuali), gli argomenti oggi usati ai fini del rigetto della questione di costituzionalità del vigente complesso normativo (ostativo alla celebrazione di nozze *same sex*) non varrebbero affatto per dichiarare l'incostituzionalità della nuova disciplina che consentisse il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

La Corte si avvale dell'interpretazione storicizzata del matrimonio nell'art. 29 per negare che la vigente esclusione delle coppie omosessuali abbia natura discriminatoria; con ciò rileva la differenza tra unioni omosessuali e matrimonio come un dato descrittivo, senza giungere ad affermarla in senso normativo. Posta di fronte ad una trasformazione positiva dell'ordinamento nella direzione del superamento del paradigma eterosessuale (proveniente dal legislatore nazionale, ma anche, in ipotesi, sopranazionale, nonché dalla corte alla quale è riservata l'interpretazione delle norme CEDU), la Corte costituzionale non potrebbe non prendere atto della nuova configurazione, che ridurrebbe la rilevanza della differenza tra coppie etero e *same sex*. La sentenza 138 ci dice che le coppie omosessuali oggi non possono essere ritenute uguali a quelle eterosessuali (in senso descrittivo) perché solo le seconde sono contemplate dall'ordinamento ai fini del matrimonio; il nuovo contesto ordinamentale, invece, le renderebbe uguali anche di fronte al matrimonio (sempre in senso descrittivo). A questo punto, per negare la legittimità di una tale configurazione, sarebbe necessario individuare una diversa esigenza costituzionalmente tutelata (essendo venuta meno quella incorporata nell'art. 29 cost.); e sarebbe necessario che tale esigenza emergesse in modo talmente forte da superare il fermissimo divieto di discriminazione in relazione all'orientamento sessuale (saldamente fondato sull'art. 3 cost. prima ancora che sull'art. 21 della Carta di Nizza)

Conforta questa tesi anche la scelta di respingere l'argomento "*naturalista*".

¹⁵ Che è poi la critica di fondo che, come già osservato, si può muovere alla sentenza: sulla prospettiva dell'uguaglianza in senso forte in materia rinvio a quanto ho cercato di argomentare compiutamente in *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritti ?*, in *La "società naturale" cit.*, p. 5 sg.

¹⁶ In particolare, derivanti dall'ordinamento comunitario, v. oltre par. 4.

A proposito dell'interpretazione della formula "famiglia come società naturale fondata sul matrimonio" che ricorre nell'art. 29 cost., la Corte non solo dà conto dell'esistenza "*di un vivace confronto dottrinale tutt'ora aperto*", suggerendo la plausibilità di differenti ipotesi di ricostruzione della *ratio* del primo comma dell'articolo (che, peraltro, usa il matrimonio per definire la "società naturale" corrispondente alla "famiglia legittima", non la "società naturale" per definire il matrimonio), ma ne riconduce il portato normativo alla relazione tra famiglia e Repubblica¹⁷: alla famiglia, per la sua qualità di formazione sociale primaria ed essenziale nella vita degli individui, la Costituzione garantisce uno spazio di autonomia -reso evidente dal legame lessicale e di senso con il principio personalista espresso dall'art. 2 cost.-, assumendo, da un lato, la pre-esistenza di un ambito non interamente conformato dal diritto e, dall'altro, un limite per l'ordinamento stesso. Il riconoscimento alla famiglia di uno spazio di autonomia privata porta con sé la reazione alle concezioni stataliste ed alle conseguenti politiche di ingerenza del regime fascista¹⁸, il rifiuto della funzionalizzazione della famiglia e l'assunzione di una visione prospettica che ad essa guardi attraverso la valorizzazione degli interessi individuali e personali dei suoi componenti, non attraverso l'interesse pubblico generale.

Per suffragare la tesi relativa ad una differenza sostanziale tra matrimonio (tradizionale¹⁹) eterosessuale ed unione omosessuale, al fine di respingere la censura di incostituzionalità per violazione del principio di uguaglianza, la sentenza introduce anche l'argomento "*riproduttivo*" - che in realtà adombra, più che declinare compiutamente; argomento assai poco convincente di per sé²⁰ e certamente inadeguato a vincolare il legislatore futuro. La sentenza lo spende nel tentativo di rafforzare il legame tra la formulazione dell'art. 29 ed il significato tradizionale dell'istituto del matrimonio attraverso il richiamo dell'art. 30 cost. (rimasto estraneo, come parametro, alla questione sollevata): la successione "non casuale" -secondo quanto osserva la Corte- tra le norme sul matrimonio e quelle rivolte alla tutela dei figli, dimostrerebbe il peculiare rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima e -*tout court*- alla sua "(potenziale) finalità procreativa".

Ma l'argomento della funzione riproduttiva del matrimonio non è più convincente di quello originalista, al quale si lega: la finalità procreativa non è elemento giuridicamente rilevante del matrimonio né nel diritto civile, né in quello costituzionale, nel quale, semmai, l'art. 30 configura il rapporto di filiazione in modo relativamente indipendente dal matrimonio, assicurando comunque a

¹⁷ Come osservato da Moro nell'Adunanza plenaria del 15 gennaio 1947: "*Non è affatto una definizione anche se ne ha la forma esterna, in quanto si tratta di definire la sfera di competenza dello Stato nei confronti di una formazione sociale*". FRANCO, *Il same-sex marriage tra natura e artificialità*, in *La "società naturale" cit.*, p. 146, osserva in modo convincente che la *naturalità* "non costituisce il *proprium* del matrimonio né della famiglia legittima", appartenendo piuttosto alla procreazione (come qualità necessariamente connessa alla differenza di genere del corpo della donna); la famiglia legittima muterebbe, pertanto, il carattere di naturalità dal rapporto di filiazione, non dal matrimonio.

¹⁸ Ricorrono frequentemente nel dibattito costituente gli esempi negativi delle politiche fasciste di ingerenza sulla famiglia cui si intende reagire, ma viene anche addotta espressamente una reazione sul piano teorico alla teoria dei diritti riflessi (così La Pira nella seduta del 6 novembre 1946 della Prima Sottocommissione) e la contrapposizione alle concezioni contrattualistiche dell'illuminismo francese (Dossetti, seduta 30 ottobre 1946 della Prima Sottocommissione).

¹⁹ L'argomento della tradizione certamente influenza in maniera profonda e decisiva il linguaggio e le strutture stesse del pensiero della Corte, ma non è usato espressamente e direttamente: ritengo perciò che ad esso non debba essere attribuita la centralità ipotizzata da MASSA PINTO, TRIPODINA, *op. cit.*

²⁰ Valga anche il precedente nella stessa giurisprudenza costituzionale (sent. 161/1985), che ha ritenuto arbitrario attribuire "*alla capacità generativa il carattere di requisito essenziale per la validità e l'esistenza stessa di tale matrimonio*".

tutti i figli, in quanto tali, la pienezza di tutela giuridica e sociale²¹, relativizzando l'articolo 29 e la sua definizione di famiglia (legittima) e precludendo qualsiasi interpretazione che costruisca un nesso rigido tra filiazione, famiglia e matrimonio²².

4. La discrezionalità del legislatore, infine, è l'argomento decisivo per pronunciare l'inammissibilità della questione relativa al parametro dell'art. 117, primo comma, cost. con riferimento al rispetto delle norme interposte della CEDU e della Carta europea dei diritti fondamentali in materia di famiglia e matrimonio.

La sentenza sottolinea, infatti, che le norme europee richiamate rinviano alle leggi nazionali²³, confermando la centralità del ruolo del legislatore nazionale nella materia.

In realtà, un migliore collegamento del parametro dell'art. 117, primo comma cost. (proposto dal giudice *a quo* di Venezia) con l'art. 29 cost., avrebbe invece permesso di richiamare in modo più pregnante almeno l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali, dal momento che proprio la sua formulazione volutamente *neutra* rispetto al matrimonio omosessuale –che non è vietato, né imposto²⁴– ormai certamente “legittima” il superamento del paradigma eterosessuale, fornendo

²¹ Nell'art. 30 cost., al secondo e terzo comma, (“*Nei casi di incapacità dei genitori la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima*”), la compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima non considera le posizioni dei figli nella famiglia legittima, quasi a garantire una gerarchizzazione tra figli legittimi e non, ma la coesione della famiglia legittima, essenzialmente ad evitare che la famiglia legittima debba subire un'integrazione forzata nel suo nucleo di figli nati fuori dal matrimonio. La giurisprudenza costituzionale è andata progressivamente riducendo la rilevanza della clausola di compatibilità e ne ha affidato al legislatore la definizione di contenuti, sino a giungere con la sentenza 494 del 2002 ad affermare che “*mal si presta ad essere interpretata in modo tanto generico e atecnico, fino a ricomprendervi la protezione di condizioni di serenità psicologica*”; ed anche nella sent. 335/2009, che riconduce la compatibilità ad una clausola generale “*aperta al divenire della società e del costume*”, il “privilegio” della famiglia legittima opera nella concorrenza tra figli legittimi e non, ma non diventa necessario a qualificare la filiazione.

²² Considerano il rapporto coniugale *ex art. 29* ed il rapporto di filiazione, comunque sorto, *ex art. 30* come due situazioni familiari elementari e distinte CAVALERI, PEDRAZZA GORLERO, SCIULLO, *Libertà politiche del minore e potestà educativa dei genitori nella dialettica del rapporto educativo familiare*, in *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, a cura di M.De Cristoforo, A.Belvedere, Giuffrè, Milano, 1980, p. 77; LAMARQUE, *Gli articoli costituzionali sulla famiglia: travolti da un insolito (e inesorabile) destino*, in *La “società naturale” cit.*, p. 193.

In tal senso spinge ora anche la giurisprudenza della Corte EDU: *Goodwin c. Regno Unito*, 11 luglio 2002, n. 28957/95, osserva che nell'art. 12 CEDU viene “garantito il diritto fondamentale, per un uomo e una donna, di sposarsi e fondare una famiglia” puntualizzando che, tuttavia, il secondo aspetto non è affatto “una condizione del primo e l'incapacità per una coppia di concepire o di allevare un bambino non può di per sé privarla del diritto previsto dalla prima frase della disposizione in oggetto”.

Di contro, parla espressamente di uno “stretto rapporto biunivoco tra matrimonio e famiglia legittima” CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quad. cost.* 2010, p. 363; MANETTI, *Matrimonio fra persone dello stesso sesso e filiazione*, in *La “società naturale” cit.*, p. 231, sottolinea che, senza essere finalizzato alla procreazione, il matrimonio resterebbe il presupposto della filiazione “preferito” dalla Costituzione.

²³ L'art. 12 della CEDU disponendo che «Uomini e donne in età maritale hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto» e l'art. 9 della Carta di Nizza stabilendo che «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».

²⁴ Come chiarisce espressamente la nota di spiegazione che accompagna l'art. 9, redatta dal *Praesidium* della Convenzione. Nella recente decisione *Schalk e Kopf c. Austria* del 24 giugno 2010, la Corte EDU ha espressamente riconosciuto l'influenza dell'art. 9 della Carta europea ai fini della stessa interpretazione dell'art. 12 CEDU, che ne

quell'aggancio ordinamentale, ritenuto necessario dalla Corte, che ben può provenire dall'ordinamento europeo²⁵.

Così come l'art. 8 CEDU, in relazione all'art. 2 cost., avrebbe consentito di valorizzare in termini di vera e propria imprescindibilità l'attuazione delle garanzie rivolte al riconoscimento dell'unione omosessuale, intesa come espressione della doverosa tutela della "vita familiare"²⁶.

Ancor più significativo avrebbe potuto essere il riferimento al divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale ex art. 21 della Carta europea, che spingesse ad una valorizzazione del principio di uguaglianza come pretesa soggettiva, ovvero ad una più stringente necessità di giustificazione della condizione non semplicemente differenziata ma decisamente deteriore delle coppie omosessuali (che non solo non accedono al matrimonio, ma neppure ad altre forme di tutela e garanzia dei propri diritti e doveri).

5. Sull'interrogativo se la Corte costituzionale avrebbe potuto fare di più, credo non valga la pena di soffermarsi troppo a lungo²⁷.

Già sulla premessa del diritto fondamentale ex art. 2 cost. avrebbe dovuto innestarsi, se non una sentenza additiva di principio, almeno un fermo monito al legislatore, che ancora non è stato capace di adottare una regolazione delle unioni omosessuali adeguata alle esigenze affermate: il riconoscimento di un diritto inviolabile fondato sull'art. 2 cost. esige una disciplina giuridica di piena garanzia dell'accesso e del godimento del diritto stesso, la cui mancanza non può lasciare indifferenti.

9

risulta orientata nel senso del superamento del paradigma eterosessuale come contenuto necessario (v. al punto 61: *Regard being had to Article 9 of the Charter, therefore, the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants' complaint. However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State*).

²⁵ La Corte di cassazione, nella sentenza n. 6441/2009, I Sez., ha già chiaramente riconosciuto il superamento del paradigma eterosessuale del matrimonio da parte dell'art. 9 della Carta europea: ha, infatti, affermato che la formulazione dell'art. 9 "da un lato conferma l'apertura verso forme di relazioni affettive di tipo familiare diverse da quelle fondate sul matrimonio e, dall'altro, non richiede più come requisito necessario per invocare la garanzia dalla norma stessa prevista la diversità di sesso dei soggetti del rapporto" (sottolineatura ns.), pur escludendo che da tale norma derivi l'esistenza di un obbligo di adeguamento al pluralismo delle relazioni familiari da parte degli stati membri, ovvero un automatismo negli effetti di riconoscimento delle unioni omosessuali tra uno stato e l'altro.

²⁶ Successivamente alla sentenza della Corte costituzionale italiana, la Corte EDU (nella già citata *Schalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010), ha ritenuto che una relazione omosessuale riceve la protezione garantita dall'art. 8, non solo come "vita privata", ma anche come "vita familiare", innovando sul punto rispetto alla precedente giurisprudenza e sottolineando l'influenza spiegata dall'evoluzione dei costumi e del diritto comparato in materia (v. al punto 94: *Consequently the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of "family life", just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would*). Il grado e le forme di tutela garantite dall'art. 8 alle coppie omosessuali diventano pertanto comparabili con le garanzie che l'ordinamento fornisce alle coppie eterosessuali con il matrimonio, alla luce del principio di non discriminazione dell'art. 14 CEDU (v. al punto 96: *a difference of treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification; in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised*) applicato secondo la logica di *strict scrutiny* richiesta per le differenziazioni basate sull'orientamento sessuale (punto 97: *just like differences based on sex, differences based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification*).

²⁷ Avendo già risposto positivamente a questa domanda prima della sentenza, rimando agli argomenti più ampiamente spesi in *Dentro il mestiere di vivere cit.*: mi sembra, infatti, che l'impostazione adottata dalla sentenza 138/2010 non riesca a superarli convincentemente.

Una volta affermata chiaramente, come doverosità costituzionalmente fondata, la necessità di una disciplina legislativa generale dei diritti e doveri dei componenti della coppia *same sex*, sarebbe emerso lo schema di una *incostituzionalità differita*, prefigurando un successivo intervento direttamente additivo da parte della Corte costituzionale in caso di inerzia del legislatore protratta oltre un tempo ragionevole.

Ma soprattutto, come già osservato, la sentenza appare radicalmente criticabile nell'impostazione, che rovescia il rapporto più corretto tra i parametri di costituzionalità, ponendo l'uguaglianza in secondo piano rispetto agli art. 2 e 29 cost.

Invece, la questione in oggetto è, innanzitutto, *una questione che interroga l'uguaglianza*: le norme pertinenti a definire la condizione del soggetto omosessuale sono, infatti, le norme che garantiscono la pari dignità sociale di tutte le persone e l'uguaglianza *senza distinzioni di sesso*.

Il che equivale a dire che il trattamento giuridico del soggetto eterosessuale nell'ambito di una relazione di coppia eterosessuale non può essere negato al soggetto omosessuale nell'ambito di una relazione di coppia omosessuale se non in base alla obiettiva dimostrazione di una assoluta necessità finalizzata alla tutela di altro diritto costituzionalmente rilevante che risulterebbe altrimenti pregiudicato, secondo una prospettiva di stretto bilanciamento.

Di fronte al combinato disposto degli art. 3 e 29 cost., la Corte ha scelto di assumere come riferimento principale l'istituto di riferimento (il matrimonio), esaminandone, in premessa, le implicazioni ed affrontando solo successivamente la valutazione dei "termini di paragone" del caso (coppie etero e *same sex*), interrogandosi sulle loro differenze che potessero configurarsi come *ragionevolmente* rilevanti di fronte al contesto. In tal modo, l'argomentazione ha posto al centro le qualificazioni del *tertium comparationis* ed ha reso meno rigorosa la rilevazione e la valutazione delle "variabili" che si assumono come rilevanti nel segnare la condizione delle coppie dell'uno e dell'altro tipo: risultando, alla fine, ragionevole il criterio distintivo basato sul paradigma eterosessuale in quanto il legislatore avrebbe, a suo tempo, accolto tale paradigma nella disciplina legislativa.

Il problema è che, in questa impostazione, l'uguaglianza degrada da situazione soggettiva a principio informatore dell'ordinamento (*ragionevolezza*).

La pretesa soggettiva all'uguaglianza deve, invece, costituire la premessa del ragionamento, riducendone *ab initio* la complessità, perché il riconoscimento costituzionale dell'uguaglianza fondamentale degli individui precede la manipolazione normativa della realtà, che è e resta esterna alla norma fondamentale sull'uguaglianza.

La *pari dignità sociale* nella costituzione repubblicana garantisce un collegamento immediato ed inscindibile dell'uguaglianza con il soggetto titolare del diritto.

Proprio in quanto titolari di diritti, le persone non sono comparabili in base a qualsivoglia parametro, purché non arbitrario e irragionevole; la costituzione ha già provveduto a compararle, una volta per tutte, nella loro essenza: è l'essenza incorporata nella nozione costituzionale di "persona umana titolare di diritti" ad avere eliminato "ogni possibilità di eccedenza e classificazione" delle une rispetto alle altre in base alle caratteristiche personali e relazionali²⁸.

Si tratta, quindi, di verificare se, nel particolare contesto del matrimonio (come istituto costituzionale contemplato nell'art. 29 cost.) e dei diritti individuali ad esso riferiti, la pretesa di pari

²⁸ FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, tomo II, Giuffrè, Milano, 1974, p. 1089: la definizione *sociale* della dignità conferisce concretezza al riconoscimento dell'art. 3 cost., che viene messo in rapporto alla condizione relazionale del soggetto.

dignità resti configurata come tendenzialmente inviolabile²⁹, ovvero sia suscettibile di recedere, ed in che misura, a causa delle esigenze costituzionali introdotte da quel contesto comparativo specifico: esistono ragioni *-stringenti e proporzionate* in una logica di *strict scrutiny*³⁰- costituzionalmente fondate per ammettere o addirittura esigere un trattamento differenziato ?

Invero, sottoposta a *strict scrutiny*, anche l'eventuale stabilizzazione³¹ di una normativa differenziata e specifica per le sole unioni omosessuali legittimerebbe il dubbio di incostituzionalità, fondato sul fatto di avere adottato un criterio oggettivamente discriminante e stigmatizzante esclusivamente sulla base del diverso orientamento affettivo e sessuale³².

6. Al netto di ogni ragionamento critico, per ricostruire quale debba considerarsi, da qui in avanti, "lo stato dell'arte" in tema di matrimonio *same sex* bisogna muovere dagli argomenti e dall'impostazione adottata dalla sentenza 138.

Rispettando l'esigenza che sia la politica a costruire percorsi di trasformazione sociale progressiva ed a renderli accettabili al complesso della società, la risposta prudente della giurisprudenza costituzionale è una evocazione forte della responsabilità del legislatore, dinnanzi al quale dispiega, nel complesso dei suoi argomenti e nella combinazione dei dispositivi adottati, un ampio ventaglio di possibilità.

L'apertura di credito al legislatore può apparire persino ingenua o troppo generosa: la Corte sembra aver volutamente ignorato il fatto che il legislatore ha già abbondantemente dimostrato la propria

11

²⁹ Ovviamente non esiste l'ipotesi di un'uguaglianza di trattamento rivendicabile in termini assoluti, dal momento che tutti i diritti costituzionali sono soggetti al bilanciamento tra di loro e con tutti i principi costituzionali; si tratta, piuttosto, di riconoscere che, in base ai principi del personalismo e della pari dignità, tutti i diritti della persona *entrano* nel bilanciamento come pieni e non sono degradabili già prima del bilanciamento in relazione alle condizioni soggettive dei titolari.

³⁰ In *Karner c. Austria*, 24 luglio 2003, e *E.B. c. Francia*, Grande Camera, 22 gennaio 2008 la Corte di Strasburgo ha rilevato che di fronte ad una differenza di trattamento fondata sul sesso o sull'orientamento sessuale il principio di proporzionalità "non richiede meramente che la misura prescelta sia in principio adatta a realizzare l'obiettivo prefissosi. Deve altresì essere dimostrato che era *necessario* escludere le persone impegnate in convivenze omosessuali dall'ambito di applicazione della norma impugnata al fine di raggiungere tale obiettivo". Il principio è riaffermato anche nella recente *Schalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010.

³¹ Mentre in una chiave di evoluzione progressiva della legislazione, la normativa differenziata potrebbe forse essere giustificata in via puramente transitoria, argomentando in relazione alla necessità di uno spazio di valutazione e mediazione politica che tenga conto -ragionevolmente- del grado di accettazione dell'omosessualità da parte della società e della coscienza collettiva; troppo ampia, tuttavia, in quest'ordine di idee la posizione di GEMMA, *Matrimonio tra omosessuali: una soluzione doverosa, ma con i tempi necessari*, in *La "società naturale"* cit., 185 ss., che finisce per ammettere il sacrificio del principio di uguaglianza in nome di una pretesa -ma non dimostrata- opposizione nella coscienza sociale.

³² Nel volume *La "società naturale"* cit., sottolineano il carattere discriminatorio: PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere* cit., p. 15 ss.; FUSARO, *Non è la Costituzione a presupporre il paradigma eterosessuale*, p. 152 ss.; PUGIOTTO, *L'altra faccia dell'eguaglianza (e dell'amore)*, p. 283; RUGGIU, *Summa constitutio summa iniuria? Per una sentenza interpretativa che individui correttamente l'essenza della "pratica culturale" del matrimonio, supportata dall' "argomento della minoranza"*, p. 322; VERONESI, *Matrimonio omosessuale, ovvero: "È sorprendente per quanto tempo si possa negare l'evidenza, di fronte a certe cose"*, p. 389. Al contrario, per D'ALOIA, *Omosessualità e Costituzione. La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale*, sempre in *La "società naturale"* cit., p. 103, una simile disciplina esprimerebbe un ragionevole bilanciamento tra il principio antidiscriminatorio legato alle condizioni personali, e le caratteristiche oggettive, formalmente accolte dal disegno costituzionale, del matrimonio; anche ROMBOLI, *Il diritto "consentito"* cit., distinguendo tra tutela della vita familiare, costituzionalmente dovuta, e accesso al matrimonio, solo costituzionalmente lecita, afferma che una legge che disciplinasse, ragionevolmente, il rapporto di vita familiare delle coppie omosessuali in modo differente rispetto a quello delle coppie etero non sarebbe da ritenere senz'altro incostituzionale, in quanto discriminatoria e segregazionista.

riluttanza ad affrontare la questione del riconoscimento delle unioni omosessuali adottando una disciplina purchessia. Quale realistica possibilità si intravede di un'inversione di rotta tale da soddisfare l'esigenza chiaramente affermata dalla sentenza di una disciplina adeguata, una disciplina generale dei diritti e doveri della coppia che rappresenti la dovuta attuazione della garanzia costituzionale spettante alle unioni omosessuali in base all'art. 2 cost. ?

Se è vero che tutte le Corti superiori con funzioni di controllo di costituzionalità (o comunque di garanzia dei diritti fondamentali) condividono una certa reticenza ad intervenire in forma diretta sul matrimonio³³, va rimarcato che la Corte costituzionale italiana ha adottato un atteggiamento che è, sì, prudente³⁴, ma anche aperto ed interlocutorio.

La soluzione legislativa viene, infatti, non solo legittimata come via preferenziale, ma rappresentata come via *necessaria*. Inoltre, la Corte affida agli sviluppi della vicenda anche la possibilità di propri successivi e più incisivi interventi, nella forma del controllo di ragionevolezza a tutela di situazioni specifiche in cui emerga la necessità di una disciplina omogenea tra coppie coniugate e omosessuali; interventi apertamente evocati e comunque implicati dalla netta affermazione dell'esistenza di un diritto fondamentale.

Per quanto, invocata per la prima volta sul tema, abbia ritenuto di non poter prendere atto dell'inerzia del legislatore rimediando direttamente ad un *deficit* di tutela (che, pure, avrebbe potuto, senza forzature, rilevare in tutta la sua drammatica evidenza³⁵), la Corte ha comunque costruito le premesse per decidere diversamente *nel futuro*, qualora l'assenza o il difetto di regolamentazione dovessero perdurare³⁶.

In questa prospettiva, non credo sia da escludere la possibilità di una vicenda paragonabile a quella in materia di fecondazione assistita, che ha visto, nel volgere di pochi anni, una doppia pronuncia sulla legge 40/2004 da parte della Corte costituzionale che, dopo un primo cauto sottrarsi alla decisione³⁷, sospinta da un significativo attivismo giudiziario nel proporre soluzioni interpretative adeguate, è intervenuta con una decisione di accoglimento³⁸.

Quali stimoli, allora, potrebbero spingere utilmente il legislatore, i giudici comuni, le Corti europee o la Corte costituzionale ad approntare forme efficaci di garanzia *del diritto fondamentale delle unioni omosessuali*, per giungere fino alla pienezza del riconoscimento del diritto al matrimonio ?

Sarà questo nuovo interrogativo, probabilmente, a segnare il seguito più interessante della discussione sulla sentenza 138/2010.

³³ V. anche CALAFÀ, *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, in BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 171 sg.

³⁴ V. anche ROMBOLI, *Per la Corte cost. cit.*, 1368.

³⁵ Resta la critica forte alla mancata attivazione della garanzia costituzionale per tutti coloro che già oggi, in quanto partner di unioni stabili omosessuali, sono riconosciuti titolari di un diritto fondamentale costituzionale che, nella sostanza, resta totalmente inattuato.

³⁶ MASSA PINTO, TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale cit.*, p. 3, rilevando che "il principio, tuttavia, pur non esplicitato nel dispositivo, rimane affermato nelle trame della motivazione", non escludono che ad avvalersene possa cominciare direttamente qualche giudice.

³⁷ Sent. 369/2006: CELOTTO, *La Corte costituzionale «decide di non decidere» sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 3849.

³⁸ Sent. 151/2009: TRUCCO, *Procreazione assistita: la consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *Giur. it.*, 2010, p. 281. Sull'insieme della vicenda sia consentito rinviare a PEZZINI, *Tra corti e provette. Momenti di bio-diritto*, in TINCANI (a cura di), *Genesi e struttura dei diritti*, L'Ornitorinco, Milano, 2009, p. 89.

