

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” (*)

di
Roberto Romboli

1. La Corte costituzionale era chiamata ad esaminare la conformità ad una serie di parametri costituzionali della normativa che escluderebbe la possibilità per le coppie omosessuali di unirsi in matrimonio, con la possibilità quindi, invero da pochi ritenuta reale, di introdurre nel nostro paese, attraverso una propria sentenza, il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

La questione poneva quindi, quasi paradossalmente ⁽¹⁾, la Corte nella condizione di collocare l'Italia tra i paesi più avanzati nella tutela delle coppie omosessuali, passando, *per saltum*, da una situazione di pressochè totale assenza di tutela e di garanzie ⁽²⁾, a quella massima (estensione del matrimonio) riconosciuta di recente solo in alcuni paesi a seguito di specifico intervento del legislatore e dopo aver sperimentato forme più “leggere” di disciplina.

L'oggetto dell'eccezione di costituzionalità era rappresentato da una serie di disposizioni del codice civile, dalle quali i giudici *a quibus* desumevano l'esclusione della possibilità di unirsi in matrimonio per le coppie del medesimo sesso, secondo un'interpretazione seguita a livello giurisprudenziale e amministrativo, che aveva portato i pubblici funzionari a rifiutare in questi casi la richiesta di pubblicazioni matrimoniali.

In realtà la necessaria differenza di sesso dei nubendi, della cui costituzionalità i giudici dubitavano, veniva derivata più che da specifiche e puntuali previsioni normative, da quella che viene definita “una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio”, tanto che correttamente, escludendo che nella specie ricorresse un caso di “vuoto di diritto” ⁽³⁾, si è parlato di impugnazione di una “norma priva di disposizione” ⁽⁴⁾ o di un diritto vivente.

Il giudice costituzionale ha concluso per la inammissibilità, riguardo a due dei quattro parametri invocati (art. 2 e 117, 1° comma, Cost.) e per la infondatezza con riferimento agli altri due (art. 3 e 29 Cost.).

La pronuncia di inammissibilità, con cui la Corte apre e chiude la motivazione, è giustificata in un caso (art. 2) in quanto i giudici rimettenti avrebbero richiesto una pronuncia additiva non a rime obbligate e pertanto esorbitante i poteri costituzionalmente ad essa attribuiti e nell'altro (art. 117, 1° comma), in quanto la questione veniva comunque a comportare scelte da ritenere proprie ed esclusive del potere legislativo.

(*) in corso di pubblicazione in *Giur. cost.*, 2010

¹ In tal senso v. PIGNATELLI, *Dubbi di legittimità costituzionale sul matrimonio “eterosessuale”: profili processuali e sostanziali*, www.forumcostituzionale.it, il quale rileva come sembri paradossale che nel nostro ordinamento giuridico, in cui non è stata introdotta neppure una forma di tutela “minima” per le convivenze extra-matrimoniali, si torni a discutere della resistenza del modello familiare tradizionale non sul fronte della tutela delle “altre” forme relazionali ma su quello, ben più avanzato, della “dilatazione” dell'istituto matrimoniale.

² In ragione della protratta inerzia del legislatore a fronte di un problema ormai da anni evidenziato. In ordine alla esperienza dei registri comunali delle unioni civili, v. ROMBOLI, E.ROSSI, *I registri comunali delle unioni civili ed i loro censori*, in *Foro it.*, 1996, 525.

³ Cfr. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in *La “società naturale” e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di Bin, Brunelli, Guazzarotti, Pugiotto, Veronesi, Torino, 2010, 4, la quale parla in proposito di una situazione di “pieno di diritto”, la cui “lettera” si chiede di rovesciare.

⁴ Così FERRANDO, *Questo matrimonio non si può fare?*, in *La “società naturale” cit.*, 155.

Nonostante il carattere processuale del dispositivo, la decisione contiene affermazioni assai importanti sul tema oggetto della questione e da ritenere, a mio avviso, assolutamente non pacifiche e scontate.

La Corte afferma infatti che l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, deve essere ricompresa fra le formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., "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".

Se è vero che già da tempo alcuni erano giunti alla stessa conclusione⁽⁵⁾, non è da dimenticare la posizione assai diffusa di quanti, al contrario, si sono espressi per una dimensione meramente soggettiva ed individuale, negando qualsiasi possibile riconoscimento alla coppia come tale⁽⁶⁾ e non è affatto da sottovalutare quindi la possibilità che gli operatori giuridici, ed in special modo i giudici, possano, a vario titolo ed effetti, richiamarsi a quelle affermazioni e farne diretta applicazione.

Le specifiche forme di riconoscimento delle coppie omosessuali non possono che spettare, ad avviso della Corte, al legislatore e non possono ridursi alla sola equiparazione a quanto previsto per le coppie eterosessuali con riguardo al matrimonio.

Sulla base di tale affermazione sembrerebbe che la Corte rimetta la materia alle scelte discrezionali del legislatore, senza escludere alcuna possibilità (il matrimonio parrebbe infatti apertamente non escluso, allorché se ne parla come di una ipotesi non esclusiva, ma per questo possibile).

Questa conclusione viene invece poi smentita, prima in maniera implicita poi esplicitamente.

Nel primo senso allorché la Corte, nel dichiarare la propria competenza a verificare la ragionevolezza di un trattamento differenziato, contrappone alla "coppia omosessuale" non quella eterosessuale, bensì la "coppia coniugata", ad indicare come la prima non possa accedere al matrimonio.

Tale conclusione risulta poi del tutto esplicita nella motivazione della infondatezza della questione con riferimento all'art. 29 Cost., del quale la Corte fornisce un'interpretazione fondata essenzialmente sulla volontà storica dei Costituenti.

Dopo aver infatti rilevato come le nozioni di famiglia e di matrimonio non possono ritenersi "cristallizzate" con riguardo al momento in cui la Costituzione entrò in vigore, dovendosi tener conto dell'evoluzione della società e dei costumi, la Corte sostiene che l'interpretazione "non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata" e che la condizione delle unioni omosessuali rimase estranea al dibattito svoltosi all'Assemblea costituente, nonostante che la stessa "non fosse certo sconosciuta". Da ciò se ne deriva che la nozione di matrimonio accolta debba ritenersi quella allora disciplinata dal codice civile, che trovava e trova il suo nucleo essenziale nella differenza di sesso dei coniugi, concludendo che "questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa"⁽⁷⁾.

⁵ BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 358.

⁶ La recente nota del Consiglio episcopale permanente del 28 marzo 2007 fa riferimento solo al possibile riconoscimento "nell'ambito dei diritti individuali, senza ipotizzare una nuova figura giuridica che sarebbe alternativa al matrimonio e alla famiglia e produrrebbe più guasti di quelli che vorrebbe sanare".

Anche CAPOTOSTI (*Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quaderni cost.*, 2010, 363), pur giudicando "pacifica" l'affermazione della Corte, sembra poi intenderla come riferita non alla coppia omosessuale come formazione sociale, ma alla garanzia dei diritti inviolabili della persona nell'ambito delle stabili convivenze omosessuali.

⁷ In senso analogo si era espresso RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come "famiglie"*, in *La "società naturale"* cit., 335 ss.

Una simile lettura dell'art. 29 Cost. conduce quindi la Corte ad escludere, con una motivazione non del tutto appagante, la violazione del principio di eguaglianza e l'esistenza di una irragionevole discriminazione, sul presupposto che "le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio" ⁽⁸⁾, individuando, subito prima, un elemento di differenziazione nella "(potenziale) finalità procreativa del matrimonio".

La Corte ritiene al tal fine non pertinente il riferimento operato nelle ordinanze di rimessione al fenomeno del transessualismo ed alla riconosciuta possibilità, per quanti abbiano ottenuto l'autorizzazione all'intervento chirurgico e la rettificazione degli atti di stato civile ai sensi della legge n. 164 del 1982, di unirsi in matrimonio con persona dello stesso sesso biologico, osservando come trattasi di ipotesi differente che pare confermare la necessità che il matrimonio avvenga tra persone di sesso diverso. Infatti la legge, sulla base dell'avvenuta rettificazione degli atti di stato civile e di cambiamento di genere, stabilisce lo scioglimento dell'eventuale precedente matrimonio (in quanto i coniugi sono ormai divenuti dello stesso sesso) e la possibilità del transessuale di unirsi in matrimonio con persona di sesso diverso da quello anagrafico acquisito.

In proposito non si può fare a meno di rilevare come, al di là della formale rettificazione degli atti di stato civile, il soggetto transessuale – al quale in varie ipotesi è concessa la rettificazione anche senza la necessità di un intervento chirurgico, quando questo possa nuocere alla sua salute ⁽⁹⁾ – divenga "uomo" o "donna" solamente per il diritto e solo a seguito della legge 164/1982.

Seguendo il ragionamento e la motivazione della Corte, sopra riassunta nei suoi passaggi essenziali, si potrebbe fortemente dubitare circa la "omogeneità al matrimonio" dell'unione di un transessuale con persona dello stesso sesso biologico, anche se diverso anagraficamente, non senza sottolineare l'evidente assenza, neppure potenziale, della finalità procreativa.

Quanto poi all'interpretazione originalista dell'art. 29 Cost., credo non possano nutrirsi dubbi circa il fatto che il fenomeno in questione non sia stato in alcun modo considerato al momento dell'approvazione della Costituzione e come lo stesso ponga problemi in gran parte analoghi a quelli esaminati a proposito del matrimonio di coppie omosessuali.

2. La questione di costituzionalità affrontata e decisa con la sentenza in esame pone tutta una serie di interessanti problemi coinvolgenti, tra l'altro, il generale principio di non discriminazione, la tutela delle minoranze, la valutazione della omosessualità nel nostro ordinamento costituzionale, la nozione di "famiglia" e di "matrimonio".

Un aspetto altrettanto importante che emerge chiaramente dalla suddetta decisione, concerne più in particolare la posizione del Giudice costituzionale e dei giudici comuni nel riconoscimento, interpretazione e tutela dei diritti fondamentali, rispetto a quella riconosciuta al legislatore, vale a dire il rapporto che in materia viene a porsi tra il diritto giurisprudenziale ed il diritto politico. A questo profilo sono principalmente dedicate le osservazioni che seguono.

A fronte della proposizione della eccezione di costituzionalità relativa alla esclusione delle coppie omosessuali dall'istituto matrimoniale, alcuni si sono interrogati se una soluzione del problema non potesse essere ottenuta dagli stessi giudici attraverso il ricorso alla c.d. interpretazione conforme, specie in considerazione della difficoltà di individuare con precisione, come detto, una specifica disposizione cui ricollegare l'effetto censurato.

⁸ Ritengono tale affermazione il vero e più significativo fondamento della pronuncia della Corte costituzionale 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*, www.dircost.unito.it

⁹ Cfr., tra gli altri, Trib. Pavia 2 febbraio 2006, *Foro it.*, 2006, I, 1596; Trib. Roma 18 ottobre 1997, *Dir. famiglia*, 1998, 1033, con nota di LA BARBERA.

Ormai da alcuni anni, come noto, la giurisprudenza costituzionale invita, in maniera sempre più pressante, il giudice a risolvere, quando possibile, i dubbi di costituzionalità attraverso l'uso dei poteri interpretativi ad esso riconosciuti, dovendo chiedere l'intervento della Corte solamente nell'ipotesi in cui non sia assolutamente possibile attribuire alla disposizione impugnata un significato costituzionalmente conforme e giungendo, a partire dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso, a dichiarare la inammissibilità della questione allorché il giudice non abbia dato prova di aver inutilmente e convincentemente sperimentato tale possibilità.

Questa giurisprudenza pare indubbiamente inserirsi nella linea progressivamente perseguita dal Giudice costituzionale – in maniera particolarmente evidente a seguito della eliminazione dell'arretrato – di una maggiore valorizzazione dell'anima “soggettiva” della giustizia costituzionale, rispetto a quella “oggettiva”, vale a dire della maggiore attenzione alla tutela dei diritti fondamentali coinvolti, rispetto alla eliminazione dall'ordinamento di leggi incostituzionali.

La ragione, a mio avviso pienamente condivisibile, in base alla quale la Corte costituzionale ha proceduto ad una notevole valorizzazione dell'opera interpretativa del giudice comune, può essere individuata principalmente nella considerazione che in molti casi una più efficace tutela dei diritti costituzionali può essere realizzata da parte del giudice, il quale solamente può tenere conto delle specificità del caso, anziché attraverso un intervento demolitorio, necessariamente generale, della Corte ⁽¹⁰⁾.

Potremmo chiederci, con riguardo alla giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni, se l'interpretazione conforme, in certi casi, rappresenti davvero una migliore tutela dei diritti fondamentali oppure un risultato più efficace sia realizzabile attraverso le “vecchie” sentenze, più o meno manipolative, di incostituzionalità, il ricorso alle quali è, come noto, riservato al Giudice costituzionale ⁽¹¹⁾.

4

¹⁰ Si pensi solo per fare qualche esempio all'ipotesi, quasi emblematica, della differenza di età tra adottanti e adottati ed alla formula impiegata, nella specie, dalla Corte, a seguito di una pronuncia di incostituzionalità, attraverso la quale il giudice è autorizzato, in sostanza, a derogare al limite di età con riguardo al caso concreto ed in applicazione dei principi indicati dalla Corte medesima (Corte cost. 24 luglio 1996, n. 303, in questa *Rivista*, 1996, 2503, con nota di LAMERQUE).

¹¹ Il che vale ad escludere che il superamento, quando possibile, dei dubbi di costituzionalità attraverso l'interpretazione conforme possa essere qualificato come la realizzazione, di fatto, nel nostro ordinamento di un controllo diffuso di costituzionalità.

In tal senso invece G.U. RESCIGNO (*Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, in questa *Rivista*, 2009, 2417), il quale rileva come una tale trasformazione di modello sia possibile solo attraverso una revisione della Costituzione, invitando di conseguenza la Corte ad abbandonare “subito e per sempre (o fino ad esplicita revisione costituzionale)” la surricordata giurisprudenza.

Ritengo invece condivisibile la posizione espressa in proposito da MODUGNO (*Inammissibilità della quaestio legitimatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, *ivi*, 2411-12), il quale parla del nostro come di un modello di “sindacato non diffuso, ma collaborativo”, nella realistica consapevolezza, che la tutela dei diritti fondamentali nel nostro paese non può essere garantita solo dai quindici giudici della Consulta, ma anche – e aggiungerei principalmente – dai giudici comuni, sulla base delle indicazioni e degli indirizzi forniti dalla Corte costituzionale.

La migliore tutela dei diritti costituzionali non potrà infatti che essere il risultato di una proficua collaborazione tra la Corte ed i giudici comuni, anche in considerazione dell'alto grado di autonomia, indipendenza e sensibilità costituzionale raggiunte dalla magistratura italiana e della pari legittimazione di entrambi tali soggetti ad interpretare la Costituzione e la legge alla luce della stessa.

In questo senso sono forse eccessive le preoccupazioni espresse, nella sua peraltro precisa e puntuale analisi, da LAMARQUE (*La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*, www.astrid.it), la quale parla di “fabbrica delle interpretazioni conformi” cui lavorano a fianco Corte costituzionale e giudici comuni (che sarebbero distinti tra loro solo per diversità di funzioni) e di un unico grande potere giudiziario “compattamente contrapposto”, in funzione contromaggioritaria, al potere politico rappresentativo.

Ciò vale, a mio avviso, per le ipotesi in cui, pur a fronte di un diritto vivente già formatosi, la Corte chiede ugualmente al giudice di superarlo attraverso un'interpretazione conforme – dovendo essa far riferimento solamente alla propria autorevolezza ed alla propria capacità persuasiva, in assenza della efficacia vincolante delle interpretazioni proposte – e soprattutto allorché il testo della legge non consenta di perseguire il risultato indicato dalla Corte attraverso l'uso dei poteri interpretativi riconosciuti dalla Costituzione e dalla legge al giudice comune.

In queste ipotesi la risoluzione del dubbio attraverso l'interpretazione conforme non pare poter produrre un effetto positivo per la tutela dei diritti, in quanto se alcuni giudici decidono di seguirla, è sempre possibile, anzi probabile, che altri non lo facciano. In ipotesi del genere sembra pertanto preferibile un intervento che elimini la legge incostituzionale, unitamente, se del caso, ad una indicazione dei principi cui il giudice (ed anche il legislatore) dovranno ispirarsi nel dare seguito all'intervento della Corte.

La questione di costituzionalità relativa alla esclusione dal matrimonio per le persone dello stesso sesso poneva, come detto, ad oggetto un diritto vivente e comunque una normativa tutt'altro che chiara, tale da sconsigliare, in materia tanto delicata, il ricorso all'interpretazione conforme, la quale avrebbe con ogni probabilità dato luogo, almeno in una prima fase, a soluzioni contrapposte da parte delle differenti autorità giudiziarie ⁽¹²⁾.

La scelta di ricorrere alla Corte costituzionale portava con sé, per le ragioni sopra sinteticamente riportate, l'aspettativa di una sentenza di incostituzionalità della normativa impugnata, nella parte in cui non consente la possibilità a due persone dello stesso sesso di unirsi in matrimonio.

L'alternativa non poteva essere vista, come pure da alcuni sostenuto, in una pronuncia interpretativa di infondatezza, con cui avanzare una lettura nel senso della possibilità, allo stato della normativa attuale, di un matrimonio tra omosessuali, in quanto in tal caso la decisione avrebbe dovuto essere di inammissibilità per non avere il giudice rimettente seguito l'interpretazione possibile e conforme a Costituzione ⁽¹³⁾.

Mentre infatti il potere di dichiarare la incostituzionalità di una legge resta, come detto, nell'esclusiva competenza della Corte costituzionale, questa, nel potere di interpretare la Costituzione e la legge alla luce di quest'ultima, non gode di poteri maggiori o diversi rispetto a quelli riconosciuti al giudice comune.

Sulla base di questo, pur del tutto condivisibile, assunto, è stato 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 ordinario ⁽¹⁴⁾.

In posizione simile si pone chi parla 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

¹² Nello stesso senso v. PINARDI, *Matrimonio, coppie omosessuali, principio di uguaglianza: per una lettura contestualizzata dell'art. 29, comma 1, Cost.*, in *La "società naturale"* cit., 299; PUGIOTTO, *L'altra faccia dell'eguaglianza (e dell'amore)*, ivi, 307; VERONESI, *Matrimonio omosessuale ovvero: "è sorprendente per quanto tempo si può negare l'evidenza, di fronte a certe cose"*, ivi, 411.

A favore invece della possibilità di risolvere il dubbio di costituzionalità attraverso un'interpretazione costituzionalmente conforme delle disposizioni impuginate, v. REALE, *Giudice ordinario e interpretazione delle norme giuridiche*, in *La "società naturale"* cit., 323.

¹³ In proposito v., volendo, ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo ... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, a cura di Carnevale e Colapietro, Torino, 2008, 89 ss. e ID, *Verso un "nuovo" utilizzo delle decisioni interpretative*, in *Quaderni cost.*, 2007, 591.

¹⁴ MASSA PINTO, *L'unione tra persone del medesimo sesso nell'attuale contesto storico-sociale: onnipotenza o impotenza della Costituzione (e della sua Corte)*, in *La "società naturale"* cit., 287 ss.

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 costituzionale ⁽¹⁵⁾.

Pur essendo condivisibile il presupposto di partenza, credo ugualmente 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 “vieta” il matrimonio tra persone dello stesso sesso, con tutte le conseguenze che da tale conclusione inevitabilmente ne sarebbero derivate.

3. In relazione alla problematica relativa al rapporto tra il diritto giurisprudenziale ed il diritto politico nella tutela dei diritti fondamentali, assume un particolare significato nella motivazione della sentenza in esame il ricorso, da parte della Corte costituzionale, all'interpretazione originalista a proposito della nozione di “matrimonio” di cui all'art. 29 Cost., per la quale viene, come detto, attribuito un rilevante significato alla volontà storica del Costituente, sia nel suo aspetto “soggettivo”, sia in quello “oggettivo” della presunta continuità del sistema giuridico con riguardo alla legislazione precostituzionale.

Ciò nonostante che la dottrina oggi dominante sia nel senso di assegnare alla volontà storica del legislatore un significato solo di carattere ausiliario nell'interpretazione del testo normativo, allo scopo di evitare una “pietrificazione” del diritto al momento della sua approvazione e di rendere possibile una lettura in senso evolutivo che tenga conto delle modificazioni sopravvenute, specie in materie e settori più sensibili alle medesime ⁽¹⁶⁾.

L'argomento originalista infatti viene a ricollegarsi, ed in certa misura a trovare fondamento, nella concezione per cui un testo normativo offre la possibilità di una sola interpretazione, l'unica che possa ritenersi esatta, per cui il ruolo dell'interprete è solo quello di renderla palese e si pone pertanto come un criterio spesso invocato contro l'attivismo giudiziario, il pluralismo interpretativo e la valorizzazione del diritto vivente.

Con riguardo all'interpretazione della Costituzione, se è vero che il criterio originalista trova una maggiore giustificazione in considerazione del fatto che trattasi di un testo scritto con la consapevolezza che lo stesso è destinato a durare nel tempo, è anche vero che proprio per questo e per la complessità del procedimento di revisione costituzionale, appare maggiormente necessaria una sua apertura a letture evolutive.

¹⁵ A. SAITTA, *Il matrimonio delle coppie dello stesso sesso alla Consulta o dei limiti dell'interpretazione costituzionale evolutiva*, in *La “società naturale”* cit., 353 ss.

¹⁶ In ordine all'argomento in esame Pinelli rilevava come “in presenza di mutamenti così drastici delle forme di convivenza come quelli che possiamo oggi registrare, un esclusivo ancoraggio dell'interprete all'intento dei Costituenti porterebbe a relegare nella sfera del giuridicamente irrilevante ogni forma di convivenza diversa dalla famiglia legittima. In tal caso, non solo sarebbero compromessi i diritti inviolabili dei conviventi di fatto e la loro pari dignità sociale, ma la realtà si vendicherebbe in un modo o nell'altro della pretesa di ignorarla, con la creazione di un circuito informale di rapporti sociali che farebbe cadere in desuetudine un intero capitolo del nostro diritto costituzionale. Pochissimi, credo, vorrebbero incamminarsi consapevolmente su una strada così disastrosa per la nostra convivenza” (PINELLI, *La nota del consiglio episcopale permanente e le norme costituzionali in tema di famiglia e formazioni sociali*, www.associazionedeicostituzionalisti.it).

In tema di diritti fondamentali, la contrapposizione tra realisti e originalisti, come è stato puntualmente rilevato⁽¹⁷⁾, si ricollega alla nota lettura dell'art. 2 Cost. come contenente un catalogo di diritti "aperto" oppure "chiuso" e ad una concezione "espansiva o totalizzante" oppure "recessiva o tollerante" della Costituzione, la quale ultima presuppone l'esistenza di uno "spazio residuo"⁽¹⁸⁾ che dovrà essere riempito da norme integrative non predeterminate da quelle esistenti e lasciate alla libera scelta democratica.

Il ricorso da parte della Corte costituzionale al criterio originalista - più frequente nei primi anni, sia per la maggiore vicinanza con il momento della approvazione della Costituzione, sia per la necessità della Corte di affermare la propria legittimazione nel sistema costituzionale⁽¹⁹⁾ - è venuto progressivamente ad essere più sporadico e quasi sempre con funzione ausiliaria e impiegato, nell'ambito dei diritti fondamentali, perlopiù in negativo ossia non per affermare la volontà del Costituente, ma per circoscriverla e dichiarare quindi libera la scelta del legislatore su tutto ciò che non si sia ritenuto di dover inserire nel testo costituzionale⁽²⁰⁾.

Nel nostro caso la Corte rileva invece come il fenomeno e le problematiche relative al matrimonio omosessuale non siano state in alcun modo considerate nella discussione all'Assemblea costituente e che ciò nonostante esse debbono ritenersi non sussumibili nella nozione di matrimonio accolta dall'art. 29 Cost., che ha tenuto come presupposto la differenza di sesso dei coniugi, significato questo non superabile in via interpretativa, in quanto ciò darebbe alla stessa carattere "creativo".

La posizione tenuta in proposito dalla Corte è stata criticata da quanti hanno sottolineato come essa potrebbe (o dovrebbe) condurre ad escludere la legittimità di qualsiasi modifica della normativa sul matrimonio esistente al momento della approvazione della Costituzione (si pensi al carattere indissolubile ed all'introduzione del divorzio)⁽²¹⁾ o come i Costituenti non avrebbero forse ricondotto le coppie omosessuali tra le formazioni sociali previste e tutelate dalla Costituzione⁽²²⁾.

Altri invece hanno apprezzato il riferimento al criterio originalista, sostenendo che "il matrimonio non è un'opinione"⁽²³⁾ e che la Corte avrebbe addirittura così "sventato l'attacco della indiscriminatezza senza limiti, della parificazione egualitaria, della equiparabilità a tutti i costi delle parole, dei significati, degli istituti e delle realtà sociali, che restano invece differenti per storia e presupposti naturali"⁽²⁴⁾.

A conferma della ricostruzione fornita della intenzione dei Costituenti, la Corte richiama l'art. 29, 2° comma, Cost., osservando come "il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi,

¹⁷ TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di Giuffrè e Nicotra, Torino, 2008, 249 ss., secondo la quale dietro la concezione originalista sta una concezione recessiva della costituzione, nel senso che tutto ciò che non è in essa disciplinato rientra nell'area di libertà dei titolari dell'indirizzo politico, mentre quella realista corrisponde ad una concezione espansiva della costituzione, nel senso che debbono ritenersi escluse solamente le ipotesi che non possono assolutamente essere ad essa ricondotte e le lacune debbono essere coperte in via di analogia con i principi costituzionali.

¹⁸ PACE, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Interpretazione costituzionale*, a cura di Azzariti, Torino, 2007, 90 ss., il quale precisa comunque come con tale espressione non si intenda indicare una situazione di "costituzionalmente irrilevante", in quanto il valore sotteso alla disposizione costituzionale che lascia libero lo "spazio residuo" vale a fornire all'interprete la via da seguire.

¹⁹ PESOLE, *L'intenzione del legislatore costituente nell'interpretazione del parametro costituzionale*, in *Lavori preparatori ed original intent cit.*, 149 ss.

²⁰ Così TRIPODINA, *L'argomento originalista cit.*, 246.

²¹ In tal senso, tra gli altri, SILVIS, *Il matrimonio omosessuale fra il "non s'ha da fare" dell'art. 29 ed il "si può fare" dell'art. 2 Cost.*, www.iusreporter.it; CROCE, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, www.forumcostituzionale.it.

²² DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro it.*, 2010, I, 1369.

²³ SPINELLI, *Il matrimonio non è un'opinione*, www.forumcostituzionale.it.

²⁴ TONDI DELLA MURA, *La sentenza che ha difeso la parola "matrimonio"*, www.ilsussidiario.net/2010/4/19

ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale”.

In proposito credo si debba concordare con quanti hanno esattamente rilevato che tale previsione, facendo riferimento ai “coniugi”, possa senza difficoltà essere interpretata in senso evolutivo e mantenere il suo significato di fondo anche con riguardo alla coppia omosessuale, imponendo il principio della necessaria parità all’interno della coppia, sia essa etero che omosessuale ⁽²⁵⁾.

Volendo procedere ad una più particolare specificazione in ordine alla ricostruzione dell’intento originario del Costituente, potremmo distinguere tra quei casi in cui il fenomeno o l’istituto, che poi verrà in considerazione, non poteva essere tenuto in conto in quanto non ancora esistente e non assolutamente prevedibile al momento dell’approvazione del testo costituzionale rispetto a ipotesi in cui invece lo stesso era senz’altro conosciuto e, nel secondo caso, a seconda che questo sia stato espressamente preso in considerazione oppure sia stato del tutto ignorato.

Il matrimonio tra coppie dello stesso sesso rientra chiaramente in questa ultima fattispecie, per cui sembrerebbe logico derivarne che la mancata considerazione avrebbe dovuto condurre, a parte ogni altra valutazione, a non escludere l’astratta possibilità di riportare i matrimoni omosessuali alla previsione dell’art. 29 Cost. ⁽²⁶⁾.

In tal senso si è espresso, sulla base di un oggetto e di parametri assolutamente analoghi, il Tribunale costituzionale portoghese in una pronuncia di pochi giorni precedente quella in esame, in cui ha sostenuto che “sebbene possa ritenersi che il matrimonio postulato dalla Costituzione, tenendo conto della realtà sociale e del contesto giuridico in cui è stata prodotta, fosse il matrimonio tra due persone di sesso diverso, può comunque concludersi con certezza che essa non contiene alcuna opzione che impedisca lo sviluppo dell’istituzione (...) attribuendo al legislatore (...) l’onere di mantenere la necessaria connessione tra il diritto e la realtà sociale e che la nozione di matrimonio è un concetto aperto, che ammette, non solo diverse conformazioni da parte del legislatore, ma anche diverse concezioni politiche, etiche o sociali, essendo affidato al legislatore ordinario il compito di cogliere e di trasfondere nell’ordinamento giuridico, in ogni momento storico, ciò che, in quel determinato momento, corrisponde alle concezioni dominanti” ⁽²⁷⁾.

8

4. Argomento di grossa rilevanza venuto in considerazione nelle discussioni e negli scritti dedicati al matrimonio per le coppie omosessuali è quello relativo alla configurabilità di un diritto costituzionale a garanzia della vita familiare della coppia omosessuale (per alcuni più specificamente di un diritto al matrimonio) ed a quali siano le conseguenze del mancato intervento del legislatore che dia concreta attuazione allo stesso, nonché i mezzi con cui far valere il proprio diritto costituzionale.

In occasioni recenti è parso di assistere ad ipotesi che potremmo definire di “diritti costituzionali accertati, ma non tutelati”, nelle quali all’affermazione della esistenza in Costituzione di un diritto,

²⁵ Nello stesso senso CROCE, *Diritti fondamentali* cit.; PEZZINI, *Dentro il mestiere* cit., 18; FUSARO, *Non è la Costituzione a presupporre il paradigma eterosessuale*, in *La “società naturale”* cit., 169; VERONESI, *Matrimonio omosessuale* cit., 418. In senso favorevole all’affermazione della Corte v. invece ANGELINI, *I “compromessi sposi”: la Corte costituzionale fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali*, www.associazionedeicostituzionalisti.it

²⁶ In tal senso anche BIN, *Per una lettura non svalutativa dell’art. 29*, in *La “società naturale”* cit., 47.

²⁷ Tribunal constitucional de Portugal 8 aprile 2010, n. 121/2010, *Foro it.*, 2010, IV, 272, con nota di PASSAGLIA, *Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica*. Il Tribunal osserva come questa posizione non significa che il matrimonio cui fa riferimento l’art. 36 della Costituzione portoghese debba ritenersi una formula vuota di contenuto a totale disponibilità del legislatore, in quanto il matrimonio, a pena di perdere il suo nucleo essenziale e quindi la posizione di protezione di un diritto (soggettivo) fondamentale, deve stabilire una comunione di vita fra due persone, regolata da una specifica legge che stabilisce effetti giuridicamente vincolanti, libera e priva di condizionamenti.

segue quella dell'impotenza a garantire lo stesso in ragione del mancato intervento del legislatore⁽²⁸⁾.

La giurisprudenza costituzionale in diverse occasioni ha invitato in queste circostanze il giudice a ricercare lui stesso la soluzione ed a garantire la tutela dei diritti fondamentali rifacendosi direttamente ai principi costituzionali. Si legge infatti in queste pronunce che "spetta al giudice, attraverso l'esercizio pieno dei poteri di interpretazione della legge e del diritto, risolvere, conformemente alla Costituzione, il problema che la *rilevata lacuna normativa* in ipotesi determina"⁽²⁹⁾ oppure che "nell'*attuale situazione di carenza legislativa*, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali"⁽³⁰⁾ (corsi aggiunti).

A fronte di un diritto fondamentale, ritenuto costituzionalmente garantito, paiono da escludere le due tesi che potremmo definire "estreme", ossia quella per cui l'applicazione giurisprudenziale di un diritto dovrebbe ritenersi non consentita, in assenza di un intervento del legislatore, consegnando così a questo (vale a dire nella sostanza alla maggioranza parlamentare) la possibilità, con la sua inerzia, di annullare l'esistenza di un diritto costituzionale⁽³¹⁾ e sembrando quindi far riemergere la distinzione tra norme programmatiche e norme precettive, esclusa dalla Corte costituzionale fin dalla sua prima pronuncia.

D'altro lato può senz'altro condurre ad eccessi, puntualmente segnalati dalla dottrina⁽³²⁾, l'assoluta libertà da parte dei giudici di determinare in concreto la nozione di "diritto inviolabile", di cui all'art. 2 della Costituzione, come mostrato dalla vicenda relativa al risarcimento dei danni non patrimoniali ed al conseguente florilegio di diritti c.d. inviolabili (bagagli non pervenuti, tacco della sposa, morte del cane ecc.).

Nessun dubbio pare potersi nutrire nella individuazione del legislatore, e quindi del potere politico, come del soggetto, di norma, più idoneo ad operare l'individuazione-concretizzazione dei diritti fondamentali, nonché ad operare l'inevitabile bilanciamento tra i diversi diritti, allorché i medesimi non siano, in concreto, congiuntamente realizzabili⁽³³⁾.

²⁸ Possiamo in proposito ricordare il caso Welby e la pronuncia del giudice romano, nella quale Pizzorusso individua una clamorosa violazione del divieto di *non liquet*, nella parte in cui dichiara inammissibile (*rectius* rigetta nel merito) un'azione civile, non perché essa sia infondata, ma perché l'attuazione di un diritto che esso riconosce come proprio del ricorrente, non sarebbe sufficientemente disciplinata dalla legge nelle sue modalità esecutive (PIZZORUSSO, *Il caso Welby: il divieto di non liquet*, in *Quaderni cost.*, 2007, 355). Con riguardo alla medesima vicenda Zagrebelsky parla di "un caso patente di 'denegata giustizia' e di annientamento pratico di un principio costituzionale" (ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 220).

Lo stesso potrebbe dirsi a proposito della vicenda che ha visto coinvolta Eluana Englaro e del conseguente conflitto tra poteri, soprattutto ragionando su alcune delle affermazioni contenute nei ricorsi alla Corte presentati dalla camera dei deputati e dal senato della repubblica (v., volendo, ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, in *Foro it.*, 2009, I, 49 ss.) o per la decisione in ordine alla questione di costituzionalità relativa all'utilizzo del cognome materno, rispetto alla quale è stato osservato come, una volta accertata l'incostituzionalità della norma impugnata (come fa la Corte), "la pronuncia di inammissibilità motivata dalla impossibilità di effettuare scelte discrezionali fra più soluzioni possibili si traduce in un vero diniego di giustizia o in una indebita dichiarazione di impotenza" (ONIDA, *Presentazione*, in *Viva vox Constitutionis*, a cura di Onida e Randazzo, Milano, 2007, XIII).

²⁹ Corte cost. 5 febbraio 1998, n. 11, in questa *Rivista*, 1998, 53.

³⁰ Corte cost. 26 settembre 1998, n. 347, in questa *Rivista*, 1998, 2632, con note di CELOTTO e di LAMARQUE.

³¹ Cfr. BIN, *Per una lettura* cit., 50, secondo cui, di fronte al disinteresse del legislatore, la difesa dei diritti costituzionali delle persone deve prevalere sulla gelosa inerzia del legislatore; BRUNELLI, *Minoranze sociali, norme discriminatorie e funzioni del giudice costituzionale*, in *La "società naturale"* cit., 53 ss.

³² BARBERA, "Nuovi diritti": *attenzione ai confini*, in *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, a cura di Califano, Torino, 2004, 19 ss.; LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quaderni cost.*, 2008, 269 ss.

³³ Non sarei comunque favorevole ad accogliere quanto di recente sostenuto, forse anche sotto l'influenza del tema specifico trattato (testamento biologico), da Ruggeri il quale, per l'individuazione e conseguente applicazione dei c.d. nuovi diritti, sembra addirittura indicare la necessità di una legge costituzionale che fissi "un pugno di indicazioni

Un intervento del legislatore appare, di norma, certamente “*opportuno*” e, quando ciò si verifichi, senz'altro “*rilevante*” per la realizzazione del diritto fondamentale.

Sul primo aspetto (opportunità), uno stimolo al legislatore può provenire dalla giurisprudenza, sia da quella costituzionale, attraverso lo strumento dei “moniti” più o meno espliciti, sia anche da quella comune e da specifiche decisioni sui casi concreti che portino ad evidenza la necessità di una disciplina della materia.

D'altra parte è anche chiaro come il legislatore non possa essere obbligato a farlo, non essendo espressamente sanzionabile l'ipotesi di omissione legislativa e come quella di non intervenire possa rappresentare una precisa scelta attraverso la quale i soggetti politici mostrino di accettare che la regolamentazione della materia sia rilasciata, almeno al momento, al diritto giurisprudenziale.

In ordine al secondo aspetto (rilevanza dell'intervento legislativo), emerge chiaramente dalla giurisprudenza costituzionale come l'intervento della Corte risulti fortemente condizionato dal fatto di decidere in ordine ad una medesima situazione ed ad uno stesso diritto fondamentale, prima o dopo che il legislatore abbia espresso in proposito la propria scelta politica.

L'elenco potrebbe essere abbastanza lungo (si pensi ad esempio al caso dell'aborto), per cui mi limito ad un caso che può risultare in certo senso emblematico e che è richiamato, ad altro fine, dalla sentenza in commento, vale a dire quello del transessualismo.

Con riguardo all'ipotesi di soggetti che, al fine di realizzare la propria personalità superando la difformità tra soma e psiche, avevano proceduto ad interventi chirurgici di carattere demolitorio e ricostruttivo fuori dal nostro paese, si pose la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni che escludevano, in questi casi, la possibilità di procedere ad una rettificazione degli atti di stato civile ed al riconoscimento del nuovo genere.

Il diritto che veniva invocato nelle ordinanze di rimessione era quello alla identità sessuale, derivato da una interpretazione dell'art. 2 della Costituzione come norma aperta. Da rilevare come in quel caso, nonostante il Presidente del consiglio dei ministri avesse deciso di non intervenire nel giudizio costituzionale ritenendo l'eccezione fondata e la legge indifendibile, la Corte costituzionale - chiamata in sostanza ad introdurre per sentenza il riconoscimento del fenomeno del transessualismo, già avvenuto in altri paesi europei, ma non ancora nel nostro - dichiarò infondata la questione, sostenendo che non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti e che il problema emergente dalle ordinanze di rinvio, certamente esistente e grave, non poteva essere risolto in termini di costituzionalità delle disposizioni impugnate⁽³⁴⁾.

Tre anni dopo il parlamento ha approvato la l. 164/1982, con cui ha dato riconoscimento e regolamentato il transessualismo consentendo, nei casi e con le modalità indicate, la rettificazione degli atti di stato civile.

La Corte di cassazione, richiamandosi espressamente a quanto sostenuto nella surricordata pronuncia costituzionale, ha quindi sollevato la questione di costituzionalità di tale legge per violazione di tutta una serie di disposizioni costituzionali.

La pronuncia della Corte costituzionale, stavolta chiamata a decidere in ordine alla scelta operata dal legislatore, si espresse in termini assai differenti a proposito dello stesso fenomeno, affermando, tra l'altro, che “la l. 164/1982 si colloca nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie e anomale”⁽³⁵⁾.

essenziali”, a loro volta da specificare da parte della legge ordinaria o di altri atti ancora, comunque posti al servizio della legge stessa (RUGGERI, *Il caso Englaro e il controllo contestato*, in “*Itinerari*” di una ricerca sul sistema delle fonti. *Studi dell'anno 2009*, Torino, 2010, XIII, 85).

³⁴ Corte cost. 1° agosto 1979, n. 98, in questa *Rivista*, 1979, 719 e 1178, con nota di BARTOLE.

³⁵ Corte cost. 24 maggio 1985, n. 161, in questa *Rivista*, 1985, 1173.

Il carattere spesso “opportuno” e sempre comunque “rilevante” dell’intervento del legislatore, non significa che questo debba essere ritenuto, in ogni caso o di norma, come “necessario e indispensabile” per la realizzazione-concretizzazione del diritto fondamentale ritenuto costituzionalmente garantito.

In proposito potremmo distinguere quelle ipotesi in cui la Costituzione “consente” una certa soluzione e disciplina, dettata come attuazione di un diritto previsto nella stessa Carta costituzionale e quelle per le quali invece la Costituzione “impone” la realizzazione, quanto meno nel suo contenuto minimo, di un determinato diritto fondamentale.

Nel primo caso appare ovviamente più ampio, e per certi versi più libero, il margine di scelta del legislatore, il quale è chiamato in proposito a valutare l’evoluzione dei risultati della scienza medica, dei costumi, della coscienza sociale ecc.

Può pertanto verificarsi che venga giudicata, in tempi diversi, ma anche tra loro abbastanza ravvicinati, non confliggente con i principi costituzionali sia una scelta limitativa o addirittura negativa con riguardo ad un determinato diritto fondamentale, sia una scelta che, al contrario, riconosca e garantisca quello stesso diritto o un particolare aspetto del medesimo.

In tal caso risulta altresì evidente come necessariamente più prudente ed attento dovrà essere l’atteggiamento e l’intervento del Giudice costituzionale e dei giudici comuni nei confronti delle scelte (o non scelte) legislative, mentre nel caso in cui la Costituzione che “imponga” (e non solo “consenta”) la realizzazione di un diritto fondamentale, la posizione della Corte costituzionale (e aggiungerei dei giudici comuni) dovrà essere più decisa e condurre, di norma e quando possibile, alla dichiarazione di incostituzionalità della disciplina “nella parte in cui non prevede”, nonché alla applicazione diretta della Costituzione da parte dei giudici ⁽³⁶⁾.

11

5. Una lettura del testo costituzionale, in linea con le previsioni contenute nella Carte europee come interpretate in particolare dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, porta a concludere nel senso che, mentre la Costituzione “consente” il matrimonio per le coppie omosessuali, “impone” una disciplina che permetta loro di realizzare una vita familiare, ossia di “vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone (...) il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”.

Per una puntuale ricostruzione della questione v. adesso LIBERALI, *Eterosessualità e funzione procreativa del matrimonio: un argomento superabile dalla Corte costituzionale*, in *La “società naturale”* cit., 231 ss.

³⁶ Ad una simile impostazione parrebbe essersi ispirato il Giudice costituzionale portoghese in due recentissime decisioni in ordine alla conformità ai principi costituzionali della previsione (o mancata previsione) del matrimonio per le coppie del medesimo sesso.

Davanti al Tribunale costituzionale del Portogallo è stata infatti proposta una questione di costituzionalità per molti versi assai simile a quella giudicata dalla nostra Corte costituzionale con la sentenza in esame. La questione è stata ritenuta infondata dal Tribunale, sul presupposto che la mancata previsione di un matrimonio tra coppie omosessuali non si pone in contrasto con il diritto al matrimonio e alla famiglia, né con la tutela della dignità umana o con il principio di eguaglianza, previsti dalla Costituzione portoghese (sent. 359/2009).

Il parlamento portoghese, nei mesi immediatamente successivi, ha approvato una legge che consente il matrimonio civile tra persone dello stesso sesso ed il Presidente della repubblica, richiamandosi alla sopra ricordata decisione del Tribunale costituzionale, ha allora impugnato, in via preventiva, la delibera parlamentare per contrasto con i principi costituzionali sopra menzionati.

Il Tribunale ha dichiarato infondata la questione, rilevando come, pur non potendosi ritenere tale disciplina come imposta dalla Costituzione, essa non viola né la garanzia dell’istituzione matrimoniale, non restringendo o negando il diritto di ognuno a contrarre (o non contrarre) matrimonio, né il riconoscimento e la protezione della famiglia alla stregua di un “elemento fondamentale della società” (sent. 121/2010).

In merito v. anche le osservazioni di 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*, www.associazionedeicostituzionalisti.it

Rispetto a questa lettura possiamo dire che, con la decisione in esame, la Corte costituzionale dice, al tempo stesso, “troppo” e “troppo poco”.

La Corte infatti, dopo aver riconosciuto il “diritto fondamentale” della coppia omosessuale ad una vita familiare opera un rinvio al legislatore, lasciando lo stesso libero di decidere circa “i tempi, modi e limiti” del suo intervento.

Seguendo le affermazioni che precedono tale rinvio, può risultare abbastanza evidente come derivi per il legislatore un obbligo di intervenire, trattandosi di dare attuazione ad un diritto fondamentale altrimenti non garantito, per cui giustamente si è parlato in proposito di una “legge costituzionalmente necessaria”⁽³⁷⁾. Tale conclusione circa l'*an* viene però inevitabilmente a subire un notevole ridimensionamento, che può giungere fino alla sua sostanziale negazione, dal riconoscimento di un'assoluta libertà in ordine ai “tempi” dell'intervento normativo.

Per questo pare potersi affermare che la Corte ha detto “troppo poco”, in quanto all'affermazione del diritto per gli omosessuali alla vita di coppia quale diritto fondamentale, avrebbe dovuto far derivare quanto meno un monito pressante al legislatore ad intervenire, minacciando, come in altre occasioni ha fatto, una dichiarazione di incostituzionalità per l'ipotesi di una perdurante inerzia dello stesso. Ciò nella considerazione che dalla Costituzione non deriva l'obbligo di estendere alle coppie dello stesso sesso l'istituto del matrimonio previsto per le coppie etero, ma che la stessa “impone” una legislazione che realizzi, per le prime, le condizioni di una vita familiare⁽³⁸⁾.

Con riguardo invece ai “limiti” ossia al contenuto dell'intervento legislativo, la Corte costituzionale pare aver detto “troppo”. Essa infatti, a differenza di quanto accaduto per il Tribunale costituzionale portoghese o di quello che avverrà per quello spagnolo, non era chiamata a pronunciarsi circa la legittimità costituzionale di una legge introduttiva della possibilità di matrimonio per le coppie omosessuali, ma circa la possibilità (o la necessità) che una simile soluzione potesse essere realizzata attraverso una propria decisione.

La Corte non si è limitata ad escludere la possibilità di introdurre il matrimonio omosessuale attraverso una dichiarazione di incostituzionalità - in linea con una lettura della Costituzione nel senso di “consentire”, ma non “imporre” - ma ha ritenuto di dover affermare - nonostante che il tema pur presente ai Costituenti non fosse stato da questi espressamente affrontato e contrariamente a quanto sostenuto da altri Giudici costituzionali e dalla stessa Corte EDU - che al legislatore ordinario è preclusa la possibilità di dare attuazione all'affermato diritto fondamentale delle coppie omosessuali attraverso la possibilità di unirsi in matrimonio.

Il riconoscimento di uno spazio libero alla scelta del legislatore, in ordine alla concreta attuazione del diritto fondamentale indicato nella sentenza costituzionale, comporta inevitabilmente una valutazione in ordine al fenomeno della omosessualità, al grado di accettazione dello stesso da parte della società e della coscienza collettiva⁽³⁹⁾, per la quale l'organo rappresentativo appare sicuramente quello più idoneo, ad evitare in proposito pericolose fughe in avanti che potrebbero risultare di fatto dannose proprio per gli interessi ed i valori che si vogliono tutelare.

In considerazione di ciò la mancata estensione del matrimonio alle coppie omosessuali potrebbe risultare non necessariamente in contrasto con la Costituzione, nonostante il riconoscimento di un diritto fondamentale di queste ad una vita familiare e la diversa disciplina rispetto alla coppie

³⁷ In tal senso CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale* cit.

³⁸ Cfr. la recentissima Corte eur. diritti dell'uomo 24 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria, la quale ha fornito un'interpretazione dell'art. 8 Cedu nel senso che l'evoluzione dei costumi porta a ritenere che la relazione omosessuale rileva non solo come “vita privata”, ma pure come “vita familiare”, allo stesso titolo della coppia eterosessuale.

³⁹ Si riferisce alla “coscienza sociale” anche GEMMA, *Matrimonio tra omosessuali: una soluzione doverosa*, ma con i tempi necessari, in *La “società naturale”* cit., 185 ss., il quale giunge ad assegnare alla stessa un rilievo forse eccessivo allorché indica come “ideale” una sentenza di rigetto della Corte costituzionale motivata dalla esistenza di una fortissima opposizione della coscienza sociale rispetto ad una disciplina che pur discenderebbe dal principio di eguaglianza.

eterosessuali trovare fondamento proprio nel suddetto spazio rilasciato alle scelte politiche e derivante dal fatto che la Costituzione “consente”, ma “non impone”.

Per la stessa ragione non sarebbe da ritenere senz'altro incostituzionale, in quanto discriminatoria e segregazionista, una legge che disciplinasse il rapporto di vita familiare delle coppie omosessuali in modo differente rispetto a quello delle coppie etero⁽⁴⁰⁾, ovviamente nel rispetto del principio di ragionevolezza.

Sulla base della pronuncia costituzionale in esame parrebbe doverne derivare che in Italia – pur sulla base di disposizioni costituzionali analoghe e di identica normativa di livello europeo rispetto ad altri paesi che hanno introdotto con legge ordinaria la possibilità di matrimonio per le coppie omosessuali – lo stesso risultato richiederebbe la complessa procedura della revisione costituzionale.

Non si può certamente escludere un possibile mutamento (o aggiustamento) della giurisprudenza costituzionale nel caso (attualmente poco probabile) che il parlamento decidesse, nonostante la pronuncia in esame, di approvare una legge siffatta, proprio in considerazione del già ricordato effetto che la scelta del legislatore non può non esercitare sul giudizio di costituzionalità.

Esiste senza dubbio uno spazio per la possibilità di chiedere un ulteriore intervento del Giudice costituzionale nell'ipotesi (probabile) in cui il parlamento non approvi una disciplina del rapporto delle coppie omosessuali, alle quali attualmente non solo è precluso il ricorso al matrimonio ma anche qualsiasi altra forma di riconoscimento che consenta loro, secondo quanto affermato dalla Corte, di realizzare il proprio di “diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone (...) il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”⁽⁴¹⁾.

La questione di costituzionalità, impostata pertanto non più riguardo al “diritto al matrimonio” quanto “alla vita familiare”⁽⁴²⁾, potrebbe avere maggiori possibilità di essere accolta, sia davanti alla Corte costituzionale e, ancora di più, davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

⁴⁰ In senso contrario invece PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere* cit., 15 ss.; FUSARO, *Non è la Costituzione* cit., 169 ss.; PUGIOTTO, *L'altra faccia* cit., 307 ss.; 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 *La “società naturale”* cit., 347 ss.; VERONESI, *Matrimonio omosessuale* cit., 411 ss.

⁴¹ Per la possibilità di un mutamento della giurisprudenza costituzionale v. MELANI, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta*, www.forumcostituzionale.it, il quale esclude la necessità di una revisione costituzionale dell'art. 29 Cost. ai fini del riconoscimento alla coppia omosessuale del diritto di sposarsi, in quanto il Giudice costituzionale avrebbe solo escluso la possibilità, per adesso, di ricorrere allo strumento interpretativo per l'equiparazione tra le diverse coppie.

⁴² In senso analogo v. PIGNATELLI, *Dubbi di legittimità costituzionale* cit.; BIN, *Per una lettura non svalutativa* cit., 47 ss.; TRIPODINA, *Costituzione e matrimonio omosessuale: quis interpretabitur?*, in *La “società naturale”* cit., 389 ss.