

16 novembre 2010

La prescrittività tra testo costituzionale e legge: osservazioni a margine della sentenza 138 del 2010 sul matrimonio omosessuale

di Roberto Cherchi

1. Dell'assenza dei presupposti di una decisione additiva: i controversi confini del diritto al matrimonio nel quadro normativo interno ed europeo.

La sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale ha dichiarato la non illegittimità degli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis del codice civile, «nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso».

Tale sentenza suscita perplessità per ciò che concerne la motivazione.

Come è stato posto in evidenza^[1], i percorsi ricostruttivi possibili erano essenzialmente due: quello che muove dall'interpretazione sistematica degli artt. 2, 3 e 29 Cost., alla luce del disposto dell'art. 12 della Cedu e dell'art. 9 della Carta di Nizza, e quello che valorizza l'art. 29 Cost. come norma speciale sul matrimonio e la famiglia. In base al combinato disposto degli artt. 2, 3 e 29 Cost., dell'art. 12 della Cedu e dell'art. 9 della Carta di Nizza, la Corte costituzionale avrebbe potuto ritenere discriminatoria la carenza di una disciplina del matrimonio o delle unioni civili tra persone dello stesso sesso. La scelta di incentrare la motivazione sull'art. 29 Cost., senza peraltro proporre un'interpretazione evolutiva della formula "società naturale", viceversa, ha portato alla dichiarazione di infondatezza della questione di legittimità costituzionale posta ex artt. 3 e 29 Cost.

Occorre precisare che nessuno dei testi normativi invocati come parametro contiene la previsione espressa del divieto o del diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso. Nella CEDU esiste una disposizione che collega matrimonio e famiglia e fa espresso riferimento al sesso dei coniugi (art. 12: "uomini e donne, in età matrimoniale, hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto"), e altro articolo in cui è regolato il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), che è il fondamento normativo della tutela dei rapporti

familiari e affettivi diversi dalla famiglia tradizionale. Secondo la Corte EDU, da tali disposizioni discendono in capo agli Stati non solo obblighi negativi (dovere di astensione, non interferenza) ma anche obblighi positivi di attuazione e implementazione[2]. Tuttavia, data l'esistenza di un doppio binario di tutela delle relazioni familiari e la mancanza di una esplicita previsione del diritto al matrimonio omosessuale, non appare possibile fondare su tale disciplina la necessità costituzionale di equiparazione tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali per ciò che concerne il diritto al matrimonio[3].

Una significativa apertura è rinvenibile nella Carta dei diritti dell'Unione europea, il cui art. 9 prevede che "il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio". Il fatto che in tale articolo non si indichi specificamente il sesso dei coniugi, a differenza di quanto previsto dalla CEDU, potrebbe consentire un'interpretazione costituzionale evolutiva del matrimonio e della famiglia[4]. Neanche questo documento, tuttavia, prevede espressamente il diritto al matrimonio omosessuale, e non si può escludere che la disciplina sul diritto a sposarsi sia interpretata in senso tradizionale[5]. D'altro canto, il quadro normativo europeo di contorno è decisamente orientato alla lotta alla discriminazione per tendenze sessuali. Si pensi, in particolare, alle norme sulla lotta alla discriminazione nel trattato sul funzionamento dell'Unione europea(artt. 10, 19 e 21 TFUE); alla direttiva comunitaria 78/2000 sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; al decreto legislativo di attuazione della medesima (d. lgs. 216/2003); all'art. 21 della Carta di Nizza, secondo cui è vietata *qualsiasi* forma di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. A ciò si aggiungano alcuni precedenti giurisprudenziali della Corte di Strasburgo sul tema del matrimonio tra persone dello stesso sesso[6].

La conclusione che ci pare la Consulta avrebbe potuto trarre, in base al diritto interno ed europeo, è che la disciplina vigente ha carattere discriminatorio nella parte in cui non prevede il *diritto al matrimonio o alle unioni civili tra persone dello stesso sesso*. Ci pare peraltro di poter sostenere che erano carenti i presupposti per una decisione additiva "a rime obbligate". La mancata previsione di un diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso nella Costituzione e nelle carte europee dei diritti, la contestuale previsione di un diritto alla vita privata e familiare e, altresì, l'analisi comparatistica delle soluzioni adottate in altri ordinamenti europei e occidentali, inducono a ritenere che la carenza normativa attualmente esistente potrebbe essere colmata, oltre che con l'istituto matrimoniale, anche mediante istituti giuridici equivalenti al matrimonio. In secondo luogo, occorre osservare che la Costituzione e la disciplina legislativa ordinaria mettono in correlazione il matrimonio, la famiglia e la filiazione. Sebbene una famiglia – omosessuale o eterosessuale – possa esistere senza figli, la filiazione è sempre possibile attraverso l'adozione, istituto nel quale vengono in evidenza non solo gli interessi dei coniugi, ma soprattutto quelli dei figli adottivi (Corte cost. 857/1988)[7]. La ponderazione di tali interessi, in considerazione dell'assenza nella famiglia omosessuale della figura del padre o della madre, rende necessaria una riflessione parlamentare, il che di per sé vale ad escludere l'omogeneità del *tertium comparationis*, necessario presupposto di una pronuncia additiva[8]. In ultima analisi, una decisione "a rime obbligate" in tale contesto sarebbe stata, ad avviso di chi scrive, una forzatura costituzionale.

La domanda che ci poniamo è quindi se dalla Costituzione, dalla CEDU e dalla Carta dei diritti potessero desumersi indirizzi normativi così chiari da giustificare l'adozione di una sentenza additiva di principio, con la quale, secondo una delle ipotesi formulate prima della decisione, il giudice delle leggi avrebbe potuto censurare, "per contrasto con gli articoli 2 e 3 Cost., l'assenza di una norma che estenda alle coppie dello stesso sesso il matrimonio ovvero la tutela ed i benefici rappresentati da effetti sostanziali analoghi a quelli che il matrimonio assicura alle coppie eterosessuali"[9]. Anche in questo caso la risposta è, ad avviso di chi scrive, in senso negativo. In primo luogo, infatti, una decisione siffatta sarebbe stata *ultra petitum*: a una domanda processuale chiaramente circoscritta (l'addizione semplice di una norma che consenta le pubblicazioni matrimoniali anche alle coppie *same sex*) avrebbe dovuto fare seguito un dispositivo dal contenuto amplissimo, perplesso e caratterizzato da un potenziale

seguito legislativo binario. *Medio tempore* il giudice *a quo* avrebbe avuto il potere, in ottemperanza alla decisione, di ordinare le pubblicazioni, dando un seguito alla decisione dando alla decisione un seguito potenzialmente diverso rispetto a quello parlamentare.

In assenza di prescrizioni costituzionali esplicite sul sesso dei coniugi, sulle unioni civili, sui diritti civili e sociali che *devono* essere riconosciuti alle coppie omosessuali, l'unica decisione coerente con la Costituzione a nostro avviso sarebbe potuta essere una sentenza “monito” che, in base agli artt. 2, 3 e 29 Cost., evidenziasse l'esigenza di una disciplina legislativa diretta a introdurre il matrimonio omosessuale o istituti giuridici equivalenti, in conformità a numerose risoluzioni adottate dal Parlamento europeo e al quadro normativo sovranazionale^[10]. Sotto questo profilo, è stato evidenziato, la sentenza 138 del 2010 è carente: l'affermazione secondo cui una forma di riconoscimento delle unioni civili omosessuali rende necessaria “una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare i diritti e i doveri i componenti della coppia” non costituisce, infatti, un chiaro monito al legislatore, ma solo un passaggio della decisione utilizzato per escludere la possibilità di un intervento additivo^[11].

E' ben vero che una sentenza “monito” avrebbe avuto “solo l'effetto di rimandare ad un tempo futuro ed incerto la tutela effettiva di interessi costituzionalmente rilevanti, senza realistiche prospettive di un intervento legislativo capace di articolare le scelte che sarebbero necessarie”^[12]. D'altro canto, la Corte costituzionale non è organo competente ad esercitare la funzione legislativa, anche in presenza di una crisi del Parlamento e dei partiti come luoghi di rappresentanza e di composizione di interessi e ideali. In assenza di parametri normativi chiari e univoci, necessario presupposto di una decisione “a rime obbligate”, alla Corte costituzionale non può che competere un controllo *a posteriori*, una “correzione” costituzionale dei processi di integrazione politica contenuti negli atti normativi primari, mentre in tale contesto una sentenza additiva avrebbe frustrato la duplice esigenza di garantire la prescrittività costituzionale senza tradire la fiducia nella Costituzione da parte di tutti i gruppi sociali^[13].

In ogni caso, una sentenza “monito” avrebbe dato inizio a un discorso sull'interpretazione costituzionale, ben potendo la Consulta, in caso di una protratta inerzia del legislatore che avesse frustrato la soddisfazione degli interessi sottostanti il diritto costituzionale evocato, adottare una decisione additiva di principio al termine di un successivo giudizio.

2. Una motivazione discutibile: una (malcelata) “pietrificazione” della Costituzione inibisce sia l'allargamento della platea dei titolari di un diritto costituzionale che la discrezionalità del legislatore.

Il percorso seguito dalla Corte costituzionale è stato, invece, differente. La Consulta ha infatti ridotto il peso degli argomenti fondati sulle fonti europee e incentrato la propria argomentazione quasi esclusivamente sull'art. 29 Cost., seguendo un percorso che appare criticabile.

Secondo la Corte costituzionale, “i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere ‘cristallizzati’ con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, *perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali* e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi. Detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto di incidere sul nucleo della norma, *modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata*. Infatti, come risulta dai citati lavori preparatori, la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta. I costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile. Pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che, come sopra si è visto, stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. [...] *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. [...] Non è casuale, del resto, che la Carta costituzionale, dopo aver trattato del matrimonio, abbia ritenuto necessario occuparsi della tutela dei figli (art. 30), assicurando parità di trattamento anche a quelli nati fuori dal matrimonio, sia pur compatibilmente con i membri della famiglia legittima. La giusta e doverosa tutela, garantita ai figli naturali, nulla toglie al rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima ed alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale” (corsivi aggiunti).

La Consulta sembra affidarsi al significato letterale dell'art. 29, co. 1, Cost., e motiva la lettura del testo con un'interpretazione storica e una basata sulla volontà del legislatore; segue, con valenza confermativa, l'interpretazione sistematica. Sotto vari profili, tuttavia, la scelta metodologica della Consulta appare criticabile.

In primo luogo viene infatti in evidenza, a dispetto di quanto sostenuto dal giudice delle leggi, la “pietrificazione” dell'art. 29, co. 1, Cost., ossia l'attribuzione alla disposizione del significato che le era proprio al momento della scrittura, desumibile “dalla situazione giuridica sub-costituzionale vigente al momento dell'entrata in vigore della norma costituzionale”[14]. Sotto questo profilo il ragionamento della Corte costituzionale è contraddittorio. Da una parte, infatti, si sostiene che i concetti di famiglia e matrimonio sono “duttili”, “non possono essere ‘cristallizzati’”, possono essere aggiornati tenendo conto delle trasformazioni dell'ordinamento, della società e dei costumi. Dall'altra, però, si ritiene che l'interpretazione non possa incidere sul “nucleo della norma”, includendo “fenomeni e problematiche” non considerate dall'Assemblea costituente. La diversità tra i sessi è pertanto considerata consustanziale alla parola ‘matrimonio’. Se quindi le formule costituzionali sono per definizione “duttili”, ma i concetti di matrimonio e famiglia non lo sono, sembrerebbe di intendere che a “pietrificare” i significati sotto il profilo del sesso dei coniugi concorra non solo e non tanto la disciplina codicistica del 1942, ma soprattutto la tradizione plurimillenaria (e prescristiana) che del dibattito costituente era il presupposto, da cui deriverebbe il significato delle parole ‘matrimonio’ e ‘famiglia’[15]. Ciò che appare criticabile è la considerazione delle fonti sub-costituzionali, e in particolare della tradizione, come implicito elemento costitutivo *immodificabile* del significato delle parole. Se si accettano i postulati della distinzione tra significante e significato e dell'indefettibilità dell'interpretazione con riferimento a ogni proposizione normativa[16], l'irrigidimento del significato di una o più parole nella proposizione pone la Consulta ai confini di un errore metodologico da “formalismo interpretativo”, secondo cui di alcune disposizioni, repute chiare, sarebbe possibile dare una sola interpretazione[17].

In secondo luogo, appare improprio desumere l'inammissibilità del matrimonio omosessuale dal fatto che il tema non fu esaminato dal Costituente. La Costituzione fu scritta in un periodo storico nel quale, data la discriminazione sociale subita dagli omosessuali, neppure era ipotizzabile la regolazione giuridica di qualunque forma di unione tra gli stessi. Solo nel 1990 l'organizzazione mondiale della sanità ha “derubricato” l'omosessualità da malattia a “variante naturale del comportamento umano”: non appare quindi corretto sostenere, come ha fatto il giudice delle leggi, che “la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta”. Sul matrimonio omosessuale in Assemblea costituente non ci fu – perché in quel tempo non poteva esserci – una riflessione.

In terzo luogo, è bene precisare che la “pietrificazione” non è l'unica tecnica interpretativa idonea ad assicurare la prescrittività costituzionale, né è espressione della “neutralità” della Consulta rispetto agli interessi in gioco. Si pensi alla differenza di metodo che caratterizza la Corte costituzionale austriaca e quella italiana in tema di ricostruzione del riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni. Mentre la Corte costituzionale austriaca interpreta le disposizioni applicando la teoria della “pietrificazione” (*Versteinerungstheorie*) [18], la Corte costituzionale italiana ha seguito l'opposto approccio della flessibilizzazione delle competenze legislative, decidendo di non circondare l'autonomia legislativa regionale di “garanzie ferree” (Corte cost. 303/2003) [19]. Se la metodologia non è unica, è evidente che

a dispetto dell'apparente *self restraint* del giudice delle leggi la scelta della tecnica interpretativa implica un'influenza sull'individuazione dei significati.

Infine – *last but not least* – muovendo dal postulato secondo cui la funzione principe di una Costituzione è quella di coniugare il principio maggioritario con la tutela dei diritti e la separazione dei poteri, occorre evidenziare che se di regola l'uso dell'argomento “originalista” implica l'espansione dell'area dei diritti costituzionalmente garantiti o quella della discrezionalità del legislatore[20], al contrario nel caso di specie la “pietrificazione” ha ristretto, contestualmente, l'ambito di operatività della regola di maggioranza e l'area dei diritti delle minoranze. Da una parte, infatti, l'irrigidimento dei significati costituzionali sembra precludere la rivisitazione degli stessi in via legislativa; dall'altra, considerata l'importanza degli orientamenti sessuali nella scelta di un compagno o compagna di vita, tale interpretazione determina di fatto l'esclusione degli omosessuali dal godimento del diritto fondamentale a contrarre matrimonio.

Si potrebbe certo sostenere che la decisione non sacrifica diritti, ma interessi che non trovano protezione nell'art. 29 Cost., e che al contrario la decisione è posta a tutela di diritti espressamente previsti dalla Costituzione, i “diritti della famiglia”. Sotto il primo profilo, si ribadisce che il rebus costituzionale non può che essere risolto attraverso l'interpretazione delle formule costituzionali in esame. Per ciò che concerne la tutela dei “diritti della famiglia”, se la *ratio* della formula “società naturale”, come messo in evidenza dalla Corte costituzionale, è quella di proteggere la famiglia da ingerenze statali analoghe a quelle che avevano caratterizzato il ventennio fascista[21], non è chiara quale menomazione tali diritti subirebbero a causa del matrimonio omosessuale. L'unica lesione ipotizzabile è l'indiretta riduzione del finanziamento dei diritti sociali di cui la famiglia tradizionale gode secondo la legislazione vigente; poiché tuttavia tale menomazione attiene a diritti di prestazione, essa non può essere considerata una indebita interferenza statale nelle dinamiche “naturali” della famiglia. A venire in rilievo contro la rivisitazione della nozione di matrimonio, come già posto in evidenza, può essere la tutela dei diritti degli eventuali figli adottivi, piuttosto che quella dei diritti della famiglia in senso tradizionale: argomento, questo, che come si è anticipato avrebbe dovuto indurre la Consulta a decidere nel senso dell'inammissibilità.

3. *Il convitato di pietra: la prescrittività costituzionale.*

Come si è posto in evidenza, la decisione trascura le potenzialità evolutive della Costituzione insite nel rapporto tra la stessa e le fonti sub-costituzionali, in particolare le fonti primarie e la consuetudine, intese non nella loro dimensione statica (secondo la teoria della pietrificazione), ma in quella dinamica. E' ben vero, infatti, che una regola convenzionale o tradizionale può stabilizzarsi al punto da fondersi – e confondersi – con la disposizione: la tradizione può essere percepita come *la* norma[22]. D'altro canto, tale stabilizzazione non impedisce l'evoluzione della regola convenzionale o tradizionale e quindi, in ultima analisi, una nuova interpretazione della formula costituzionale.

In un ordinamento caratterizzato da una forma di stato democratica e da una forma di governo parlamentare monista, un fattore di rivisitazione dei significati costituzionali può essere l'entrata in vigore di una legge. La teoria della pietrificazione coglie infatti soltanto l'aspetto “statico” dell'influenza della legge sulla Costituzione, e ne frustra la capacità della stessa di determinare l'evoluzione dell'interpretazione costituzionale (*rectius*, del suo spirito, secondo l'accezione propria della sentenza 121/1957). Come è stato evidenziato, “il collegamento sistematico tra l'ordinamento costituzionale e l'ordinamento di settore opera nelle forme di un rinvio ‘mobile’ ai concetti di quest'ultimo, consentendo che le innovazioni normative che intervengono a livello di legislazione ordinaria riflettano il loro spirito innovatore anche sul piano costituzionale”[23]. Tale collegamento tra Costituzione e legge è spesso praticato dalla Corte costituzionale, nella cui giurisprudenza “è costante ... lo sforzo di non interrompere i legami tra i due ordinamenti, in modo che le evoluzioni dell'uno svecchino le categorie dell'altro, ma anche che, nel verso opposto, i principi del secondo impongano la coerenza sistematica

nello sviluppo del primo”[24].

Con riferimento all’art. 29 Cost., dalla relativa laconicità (e, nei limiti che si sono evidenziati, elasticità) delle formule costituzionali impiegate e dall’assenza di un divieto espresso di matrimonio omosessuale avrebbe potuto far seguito l’introduzione in via *legislativa* del matrimonio tra persone dello stesso sesso. In un eventuale successivo giudizio di legittimità costituzionale, poi, si sarebbero potuti addurre argomenti favorevoli o contrari alla legittimità costituzionale del nuovo istituto. Nell’eterna dialettica tra la Costituzione e le fonti primarie, l’esito di questo ipotetico giudizio si sarebbe esaurito nella valutazione di quale dei due atti normativi – la Costituzione e la legge – dovesse avere nel caso di specie un effetto conformativo. Anche se non può dirsi che l’interpretazione di una Costituzione scritta sia compito esclusivo del Parlamento e dei partiti[25], l’adozione di una legge può costituirne comunque un momento essenziale, un sintomo inequivoco del fatto che, nella comunità politica, una maggioranza di rappresentanti ha attribuito al testo determinati significati. Viceversa, il *petitum* rivolto alla Corte costituzionale ha implicato un’inversione dei termini del discorso giuridico: si è perseguita l’evoluzione dell’ordinamento legislativo come conseguenza necessaria dell’interpretazione della Costituzione (come se questa prevedesse, con formule inequivoche, il diritto al matrimonio omosessuale), e non eventualmente l’interpretazione degli art. 2, 3 e 29 Cost., sul cruciale punto del sesso dei coniugi, dall’evoluzione dell’ordinamento legislativo.

E’ ben vero che la rivisitazione radicale di un significante costituzionale mediante legge è un’operazione difficile e rischiosa per la prescrittività costituzionale. Quando una convenzione o consuetudine “interpretativa” è radicata, la sua evoluzione è vischiosa e richiede un consenso significativamente sedimentato nella comunità degli interpreti in ordine all’adeguatezza al significante del nuovo significato. Al contrario, una spericolata acrobazia interpretativa in una decisione del giudice delle leggi rischia di minare l’idea di Costituzione in senso prescrittivo, l’aspirazione alla durata propria delle Costituzioni. Anche l’uso di una nuova legge per “rileggere” la Costituzione è una tecnica interpretativa che, se da un lato sembra ridurre la discrezionalità della Corte costituzionale, dall’altro aumenta l’influenza del legislatore: in tal modo si può “attenuare il rigore dell’enunciato costituzionale per ‘normalizzarlo’ con gli istituti disciplinati dalla legislazione ordinaria”[26]. Con specifico riferimento al matrimonio, il pericolo insito in eventuali acrobazie interpretative è stato in questi termini evidenziato: “la verità ... è che la Costituzione, qui come altrove, non dice né tutto né niente; e non è inopportuno rammentare che, a voler far dire alla Costituzione giust’appunto ciò che essa invece non dice, così come a negare ciò che dice, si perviene al risultato di renderla muta ed inservibile o, meglio, buona a tutti gli usi, secondo occasionali convenienze e personali preferenze. Con il ché per un verso si spiana la via a libere e pressoché incontrollabili opzioni del legislatore e, per un altro verso, si dà modo agli stessi controllori di disporre di margini enormi di manovra per far valere le loro letture di un dettato costituzionale svilito a ‘pagina bianca’, neppure in minima parte espressiva e prescrittiva”[27].

Le preoccupazioni per la tenuta della prescrittività costituzionale sono sicuramente condivisibili, soprattutto in tempi nei quali le trasformazioni del sistema dei partiti e della cultura politica sottopongono l’idea di Costituzione in senso prescrittivo a pericolose sollecitazioni. Una vicenda analoga, che ha coinvolto il rapporto tra significante, significato e prescrittività costituzionale, è ravvisabile nella contestata prassi dell’approvazione dei “maxiemendamenti” nel procedimento legislativo. Il Presidente della Repubblica Ciampi, nel messaggio di rinvio alle Camere della legge sull’ordinamento giudiziario del 16 dicembre 2004, affermò l’incoerenza di tale prassi con la *ratio* delle norme costituzionali che disciplinano il procedimento legislativo. A tali doglianze fece seguito la replica del Presidente del Senato Pera, il quale sostenne che in definitiva l’art. 72 della Costituzione parla di approvazione dei disegni di legge “articolo per articolo”, ma non reca una definizione della parola utilizzata. Con riferimento a tale prassi, il Capo dello Stato difendeva una visione prescrittiva della Costituzione, nella quale il significato delle parole “articolo” ed “emendamento” si desumeva da una antica tradizione culturale costituzionale, risalente almeno alla stesura da parte di Bentham del suo

saggio per gli Stati generali francesi[28]. Di contro, a nostro avviso l'approccio nichilista dell'allora Presidente del Senato Pera implicava una visione negativa o riduttiva della prescrittività costituzionale. A queste conclusioni, tuttavia, non giungiamo in forza di una acritica adesione all'approccio originalista, ma in base alla considerazione che, nel caso della prassi dei "maxiemendamenti", l'interpretazione tradizionale è funzionale alla salvaguardia del principio del bilanciamento dei poteri. Al contrario, la "pietrificazione" perseguita nella sentenza sul matrimonio omosessuale ha assunto una valenza restrittiva tanto della regola di maggioranza quanto della platea dei titolari di diritti posti a limite della stessa. Il richiamo alla tradizione rafforza lo "spirito" della Costituzione nel caso dei "maxiemendamenti", e lo indebolisce nel caso del matrimonio omosessuale.

In ultima analisi, la tecnica argomentativa utilizzata può dirsi adeguata se e nei limiti in cui la prescrittività costituzionale ne risulti rafforzata. Così come carente dei necessari presupposti appariva la domanda di una decisione additiva, allo stesso modo appare metodologicamente inadeguata l'interpretazione seguita dalla Corte costituzionale. Di contro, una sentenza monito della Corte costituzionale, che evidenziasse la necessità costituzionale di una disciplina legislativa del matrimonio o dell'unione civile tra persone dello stesso sesso, lungi dal minare la prescrittività costituzionale, avrebbe consentito il prosieguo del discorso pubblico sul matrimonio e la famiglia e lasciato impregiudicata l'autonomia della politica nella regolazione di questi istituti, senza impedire un eventuale controllo di legittimità a posteriori da parte del giudice delle leggi. In ogni caso, in nessun ordinamento il diritto scritto può prescindere dal momento dell'interpretazione. Una visione prescrittiva della Costituzione non presuppone necessariamente la cristallizzazione dei significati, né l'individuazione di un solo significato possibile: anche quando si fa ricorso alla tradizione non si rinuncia a interpretare la disposizione, ma si attribuisce alla medesima un significato tradizionale.

Rimane aperto il quesito se, dopo tale decisione, esistano percorsi argomentativi idonei a superare la rigidità di questa motivazione, per giungere a ritenere non illegittima una legge che introducesse il matrimonio tra persone dello stesso sesso. L'ammissibilità di una "rilettura" in via legislativa dei concetti costituzionali di matrimonio e famiglia è tuttora incoraggiata, ad avviso di chi scrive, da tre argomenti. In primo luogo, in nessun testo normativo esiste un esplicito divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso. In secondo luogo, in base alla legislazione e alla giurisprudenza costituzionale, è possibile rinvenire una pluralità di interpretazioni contrastanti degli enunciati 'matrimonio', 'famiglia' e 'società naturale'. Tali pluralità e contrasti sono specchio di lacerazioni culturali e conflitti di interessi che si sono manifestati, sia pure non con riferimento al matrimonio *same sex*, sin dall'Assemblea costituente, in cui si confrontarono, su posizioni diverse, componenti cattoliche e laiche. Questa relativa "flessibilità" dei concetti giuridici fondamentali che vengono in rilievo nella decisione, sia pure sotto profili diversi da quello della diversità dei coniugi, porta a ritenere metodologicamente inadeguata la "pietrificazione" dei significati costituzionali e potrebbe costituire un argomento a fondamento di una decisione di segno diverso[29].

Infine, la "pietrificazione" perseguita dalla Consulta potrebbe essere superata mediante la valorizzazione del quadro normativo integrato tra Costituzione e norme europee. La non illegittimità di una legge che introducesse il matrimonio omosessuale potrebbe essere sostenuta non invocando un improbabile *revirement* relativo al significato dell'art. 29 Cost., ma *aggiungendo* a tale significato quelli desumibili dai testi normativi europei (e dalla giurisprudenza della Corte Edu e della Corte dei giustizi). Tale operazione impone naturalmente di valorizzare il contenuto dei diritti previsti da tali carte internazionali, piuttosto che quella parte di tali disposizioni che prevede un rinvio alle leggi nazionali. In altri termini, muovendo da quell'approccio che postula l'interpretazione costituzionale come "spremitura" del maggior numero di significati possibili dagli enunciati normativi[30], "sotto il segno della continuità, o meglio, dell'accumulazione di senso delle disposizioni costituzionali"[31], il significato dell'art. 29 Cost. potrebbe essere integrato da ulteriori significati, *diversi e con lo stesso non incompatibili*, discendenti dall'interpretazione delle carte internazionali dei diritti, cui si può ascrivere una diversa (e più ricca) idea

di matrimonio e famiglia.

Esistono due riflessioni, già richiamate nelle pagine precedenti, che potrebbero essere utilizzate per sostenere tale giudizio di “non incompatibilità”: quella secondo cui gli orientamenti omosessuali non sono patologici, ma sono una variante naturale del comportamento umano, e quella - menzionata nella decisione - secondo cui l’Assemblea costituente neppure prese in considerazione l’ipotesi del matrimonio e della famiglia omosessuale, in quanto in quel tempo non era socialmente rilevante^[32]. Se quindi appare sostanzialmente impossibile ascrivere all’art. 29 Cost. significati ulteriori, è da ritenersi che il significato “pietrificato” non inibirebbe la formazione di nuovi significati costituzionali derivanti dall’interpretazione delle carte internazionali dei diritti già considerate. In ultima analisi, quindi, nel quadro della “Costituzione integrata” si potrebbe costruire il percorso argomentativo utile a evitare una dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge sul matrimonio tra persone dello stesso sesso.

[1] A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, pubblicazione destinata agli scritti in onore di Franco Modugno e anticipata da www.associazionedeicostituzionalisti.it, p. 4.

[2] Cfr. G. Ferrando, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo, continuato da Luigi Mengoni, Giuffrè, Milano, 2002, p. 5.

[3] Cfr. G. Ferrando, *Il matrimonio*, cit., p. 7.

[4] Sul punto v. G. Ferrando, *Il matrimonio*, cit., p. 8; N. Pignatelli, *Dubbi di legittimità costituzionale sul matrimonio “eterosessuale”: profili processuali e sostanziali*, in www.forumcostituzionale.it, 2010, p. 15.

[5] Così A. Ruggeri, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come “famiglie”*, cit., p. 9.

[6] Sul punto v. A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010*, cit., p. 19., che fa riferimento a , e segnatamente Corte edu kozak vs. poland, 2 marzo 2010, e Schalf and Kopf v. Austria, 24 giugno 2010.

[7] Sul punto v. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, Cedam, 2003, cit., p. 127.

[8] Non a caso, nella elaborazione dottrinale precedente la decisione si era evidenziato che comunque, nel caso in cui la sentenza fosse stata una decisione additiva, il legislatore sarebbe potuto intervenire in seguito per escludere espressamente l’adozione, in analogia a quanto previsto dagli ordinamenti di Norvegia, Danimarca e Finlandia: cfr. B. Pezzini, *Dentro il mestiere di vivere*, cit., p. 28.

[9] Cfr. B. Pezzini, *Dentro il mestiere di vivere*, cit., p. 30.

[10] Cfr. A. Pugiotto, *Alla radice costituzionale dei “casi”: la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, 2008, in www.forumcostituzionale.it, p. 14; N. Pignatelli, *Dubbi di legittimità costituzionale sul matrimonio “eterosessuale”*, cit., p. 14.

[11] In questo senso A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010*, cit., p. 11.

[12] Così B. Pezzini, *Dentro il mestiere di vivere*, cit., p. 30.

[13] Su questa duplice “vocazione” della Corte costituzionale cfr. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1988 pp. 52 ss.

[14] Così R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., p. 22.

[15] In questo senso v. I. Massa Pinto - C. Tripodina, 2010, *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 *Archivio di diritto e storia costituzionali*, www.dircost.unito.it, 2010, pp. 10 ss.

[16] Ex plurimis, cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 63-64, R. Guastini, *Realismo e antirealismo nella teoria dell'interpretazione*, in *Ragion pratica*, 2001, pp. 43, 48-49 e passim)

[17] Così M. Jori, *Il formalismo giuridico*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 51 s.

[18] Cfr. H. Schaffer, *Il federalismo austriaco*, in A. Pace, *Quale, dei tanti federalismi? Atti del Convegno internazionale organizzato dalla facoltà di giurisprudenza dell'università “La Sapienza”, Roma, 31 gennaio – 1 febbraio 1997*, Cedam, Padova, 1997, p. 153; A. Zei, *Viaggio nelle costituzioni europee: l'Austria*, in www.giuffrè.it, 2003.

[19] Cfr. F. Benelli, *La “smaterializzazione” delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo titolo V della Costituzione*, Milano, 2006, pp. 16-17 e passim.

[20] Cfr. C. Tripodina, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in *Archivio di diritto e storia costituzionali*, www.dircost.unito.it, 2010, p. 18.

[21] Sul punto cfr. A. Pugiotto, *Alla radice costituzionale dei “casi”*, cit., p. 5; M. Bonini Baraldi, *Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale*, in *Quad. cost.*, 2010, p. 896.

[22] Cfr. G. U. Rescigno, *Le convenzioni costituzionali*, Padova, Cedam, 1972, p. 34.

[23] Cfr. R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., p. 23.

[24] Cfr. R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., p. 24.

[25] Sul punto v. M. Dogliani, *La codificazione costituzionale. Diritto costituzionale e scrittura, oggi*, in L. Carlassare (a cura di), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa. Atti del convegno di Ferrara. 2-3 maggio 1997*, Cedam, Padova, 1998, p. 61

[26] Cfr. R. Bin, *Diritti e argomenti*, cit., p. 25.

[27] Così A. Ruggeri, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come “famiglie”*, cit., p. 3; in senso analogo v. A. D'Aloia, *Omosessualità e Costituzione. La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte Costituzionale*, 2010, in www.forumcostituzionale.it, p. 5.

[28] Cfr. J. Bentham, *La tattica parlamentare*, opera estratta dai manoscritti di Bentham da S. Dumont, 2 voll. 8°, Napoli, Tipografia Francese, 1820, ora in A. Brunialti, biblioteca di scienze politiche, vol. IV, parte seconda, Unione tipografico-editrice torinese, 1888, pp. 769 ss. V. anche A. Manzella, *Se l'emendamento diventa blitz*, in *Il Sole 24 ore*, 15 settembre 2002; A. Deffenu, *La degenerazione*

iper-maggioritaria delle procedure parlamentari nell'iter di approvazione della 'legge Cirami', in F. Caprioli (a cura di), *La nuova disciplina della rimessione del processo*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 36. Ci si consenta altresì di rinviare a R. Cherchi, *Il Governo di coalizione in ambiente maggioritario*, Jovene, Napoli, 2006, p. 109.

[29] Seppure, infatti, sia un'opinione condivisa il fatto che l'art. 29 Cost. abbia stabilito un nesso esplicito tra matrimonio e famiglia (il *favor matrimonii*) (in questo senso v. G. Ferrando, *Il matrimonio*; cit., p. 2; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit. pp. 16, 125-126; G. Cassano, *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, tomo I, *Famiglia e matrimonio*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 13; S. Asprea, *La famiglia di fatto in Italia e in Europa*, cit., p. 15), manca tuttavia una *communis opinio*, tra gli interpreti, sul significato di tali formule normative.

Per quanto concerne il “matrimonio”, è noto che secondo la tradizione culturale e giuridica occidentale – precristiana in quanto risalente al diritto romano – il matrimonio presuppone la diversità di sessi dei coniugi. Questa antichissima consuetudine, che pure in tempi recenti è stata oggetto di rivisitazione critica in alcuni ordinamenti occidentali, trova implicita conferma nella disciplina del codice civile vigente, che distingue i coniugi in marito e moglie; a tale disciplina si collega l'art. 29, co. 2 Cost., che prescrive la parità tra i coniugi in antitesi al regime di disparità giuridica previsto dal codice civile del 1942. D'altro canto, né la Costituzione né il codice civile prescrivono espressamente la diversità dei sessi.

Per ciò che concerne il termine “famiglia”, esso è utilizzato nella Costituzione e nella legislazione in modo non univoco. Si pensi alla nozione di famiglia rinvenibile nell'articolo 30 Cost. In un primo momento, la Corte costituzionale ha inteso in termini ampi i diritti dei membri della famiglia legittima, che potevano determinare un sacrificio della posizione successoria del figlio naturale, includendovi la cerchia parentale fino al sesto grado (Corte cost. 54/1960). In seguito, la Consulta ha mutato questo indirizzo e ha sostenuto il principio secondo cui un eventuale sacrificio dei diritti dei figli naturali è ragionevole solo se è posto a favore del coniuge e dei figli che compongono la famiglia ristretta, nucleare (Corte cost. 79/1969). Si pensi altresì alla famiglia nell'art. 31 Cost. Per una parte della dottrina, la famiglia evocata da questa disposizione può essere intesa in senso ampio, in modo da consentire la cura di soggetti malati, deboli, anziani, appartenenti a una cerchia parentale più ampia. Si pensi ancora all'art. 36 Cost., laddove si parla di diritto a una retribuzione idonea ad assicurare a sé e alla propria famiglia il diritto alla sussistenza, formula che induce parte della dottrina a valorizzare il dato della convivenza. Anche l'ordinamento legislativo da talvolta rilievo a rapporti familiari più ampi rispetto a quelli della famiglia nucleare. Si pensi a peculiari tipi di famiglie disciplinate in funzione di specifici interessi: la famiglia colonica (art. 2142 c.c.); la famiglia anagrafica (art. 4 d.p.r. 30 maggio 1989, n. 223); la famiglia che esercita l'impresa familiare (art. 230-bis c.c.). Si pensi, infine, al rilievo che le reti di parentela assumono in numerosi istituti nell'ordinamento legislativo (Sulle diverse nozioni di famiglia nell'ordinamento cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 20; G. Ferrando, *Il matrimonio*, cit., pp. 8-10).

Infine, non appare sedimentato un significato univoco della formula “società naturale”, che assume un rilievo cruciale nel ragionamento giuridico sull'ammissibilità del matrimonio omosessuale.

Parte della dottrina, di ispirazione cattolica e giusnaturalista, utilizza questa formula per ricondurre il regime giuridico della famiglia a principi di carattere religioso ed etico, a ordinamenti diversi rispetto a quello positivo. Di recente è stato evidenziato un collegamento tra la formula “società naturale” e l'idea di famiglia propria della tradizione culturale italiana, in virtù di una “metanorma consuetudinaria di riconoscimento” (Cfr. A. Ruggeri, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 767.). Si considera la famiglia come società “naturale” preesistente alla Costituzione e al diritto positivo e si afferma l'esistenza di un dovere costituzionale in capo al legislatore di non interferire

con la stessa, con l'unica eccezione del vincolo costituzionale (in senso contrario alla tradizione) della riforma dello squilibrio storicamente esistente tra marito e moglie (cfr. A. Ruggeri, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come "famiglie"*, 2010, in www.forumcostituzionale.it, pp. 4-5). Questa impostazione implica la "pietrificazione" della regola della diversità di sesso dei coniugi, la cui modifica richiederebbe una legge di revisione costituzionale della quale, peraltro, si pone in dubbio la legittimità, evocandosi la violazione dei principi supremi (cfr. A. Ruggeri, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come "famiglie"*, cit., p. 9).

A conclusioni diverse si giunge, invece, se si sostiene che la formula "società naturale" implica la necessaria relatività e storicità dei principi che informano l'ordinamento della famiglia. Quest'ultimo approccio è il presupposto per l'eventuale evoluzione del regime giuridico dell'istituto, in corrispondenza alle esigenze che vengono in essere nella società (In questo senso v. F. Caggia-A. Zoppini, *Sub art. 29 Cost.*, in R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet, Torino, 2006, pp. 605-606; G. Cassano, *Il diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, cit., pp. 14-15; S. Asprea, *La famiglia di fatto in Italia e in Europa*, cit., p. 4, pp. 11 s.; R. Bin, *Per una lettura non svalutativa dell'art. 29*, 2010, in www.forumcostituzionale.it, p. 4; B. Pezzini, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, relazione generale tenuta al Convegno "La società naturale e il suo diritto", *Amicus Curiae*, Ferrara 26 febbraio 2010, dattiloscritto, p. 9.). Almeno sul tema della "società naturale, tuttavia, la Consulta ha assunto una chiara posizione nella decisione in esame, ritenendo che tale frammento di norma fondi il riconoscimento alla famiglia di diritti "originari", che lo Stato deve riconoscere. In tal modo, la Corte costituzionale ha assunto una posizione che ha, al tempo stesso, una valenza antistatalista e organicista.

[30] Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, p. 18 ss., p. 79 ss.

[31] M. Dogliani, *La Costituzione italiana del 1947 nella sua fase contemporanea*, in *Costituzionalismo.it*, fascicolo 2/2003, Costituzione/Riforma costituzionale.

[32] Su questo punto v. le osservazioni di A. Pugiotto, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010*, cit., p. 20.