



## **LE COPPIE OMOSESSUALI FRA IL VINCOLO (ELASTICO?) DELLE PAROLE E L'ARTIFICIO DELLA 'LIBERTÀ'**

di

**Vincenzo Tondi della Mura**

*(Professore ordinario di Diritto costituzionale, Facoltà di Giurisprudenza  
- Università del Salento)*

22 settembre 2010

1.

Scriveva Giovanni Testori che le parole hanno una loro forza irriducibile, proveniente dal significato cui rinviano e dall'esperienza che inverano, che non può essere ignorata ("Ciò che importa è dirle, certe parole. / Una volta dette / non lasciano più pace...") <sup>(1)</sup>. Ciò a meno di non stravolgere la realtà sottesa alle parole stesse e di misconoscerne la storia di provenienza <sup>(2)</sup>, sino ad esporsi al peso delle relative conseguenze (in tal caso "anche le parole, sì, anche loro / ci punteranno contro il dito!") <sup>(3)</sup>.

Come per le parole è anche per gli istituti giuridici, posto che, riprendendo la lezione di Costantino Mortati <sup>(4)</sup>, il fenomeno giuridico rappresenta su scala sociale la proiezione del fenomeno individuale. Anche gli istituti giuridici restano vincolati alla storia che li ha generati e alle necessità sociali interessate: non può esserne ignorata la realtà di riferimento, né è

---

<sup>1)</sup> G. TESTORI, *Conversazione con la morte*, Rizzoli, Milano, 1978, 72.

<sup>2)</sup> Sull'importanza del dato semantico per il diritto, v. per tutti R. ORESTANO, *'Diritto' Incontri e scontri*, Il Mulino, Bologna, 1981, 265 ss.

<sup>3)</sup> G. TESTORI, *ivi*, 19. Con pari accenti L. GIUSSANI, *Si può vivere così? Uno strano approccio all'esistenza cristiana* (1994), Rizzoli, Milano, 2007, 304: "(...) per i fatti più che per le parole, perché anche la parola è un fatto: per dire certe parole occorre una fatica, infatti, non tutti le dicono".

<sup>4)</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9 ed., Cedam, Padova, 1975, I, 3 ss.

possibile estenderne indiscriminatamente i confini semantici, quasi a poterli trasformare in contenitori senza vincoli di forma e di capienza.

Orbene, questo caposaldo del vivere umano emerge anche dalla lettura della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale in tema di unioni omosessuali, nonché dalla successiva ordinanza n. 276/2010. Con tale pronuncia la Consulta ha sventato l'attacco della indiscriminatezza senza limiti, della parificazione indifferenziata, dell'egualitarismo a tutti i costi delle parole, dei significati, degli istituti e delle realtà sociali, che restano invece differenti per storia e presupposti naturali <sup>(5)</sup>. Ha dichiarato infondata la pretesa equiparabilità fra unioni omosessuali e famiglia legittima, posto che l'istituto del matrimonio rimane vincolato al "significato tradizionale" accolto in Costituzione e al "carattere eterosessuale" dei coniugi <sup>(6)</sup>. Le due figure "non possono essere ritenute omogenee" (ex art. 29 Cost.) e non può rinvenirsi una "irragionevole discriminazione" (ex art. 3 Cost.) nella mancata estensibilità della disciplina del matrimonio civile alle unioni omosessuali, in ragione dello specifico "rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima e alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio" <sup>(7)</sup>.

Si tratta, come è evidente, di presupposti discriminanti insormontabili, che rifuggono da ogni tentativo di manipolazione semantica. Pur affermando che "l'evoluzione della società e dei costumi" imponga non già una "cristallizzazione", bensì una "duttilità" dei termini e dei principi costituzionali coinvolti, la Corte ha precisato che tale operazione ermeneutica non può essere indiscriminata: "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

---

<sup>5)</sup> Vale insomma per la famiglia - un'istituzione che come *unione tra un uomo e una donna* si pone nel quadro di una "consolidata ed ultramillenaria" tradizione (per riprendere C. cost., n. 138/2010, § 6 del *Considerato in diritto*) e che nella Costituzione italiana riveste il carattere di *cellula creatrice della vita sociale* (sui presupposti di tale configurazione, formulata da Aldo Moro, sia consentito il rinvio a V. TONDI DELLA MURA, *Famiglia e sussidiarietà, ovvero: dei diritti (sociali) della famiglia*, in *Dir. soc.*, 2005, 530) - quanto sottolineato più in generale per il costituzionalismo, che della nostra cultura istituzionale è il substrato culturale: la relativa parola non può essere usata a fini descrittivi se non a rischio (o addirittura con l'intenzione) di velare le differenze, mistificando la realtà. Sulle ragioni che militano nel senso dell'uso esclusivamente prescrittivo del termine costituzionalismo v. per tutti A. PACE, *Le sfide del costituzionalismo nel XXI secolo*, in *Dir. pubbl.*, 2003, spec. 893 ss.

<sup>6)</sup> C. cost., n. 138/2010, § 9 del *Considerato in diritto*.

<sup>7)</sup> C. cost., n. 138/2010, *ivi*. In termini riassuntivi la successiva ord. n. 276/2010 ha ricordato come la questione affrontata dalla sentenza sia stata dichiarata non fondata, "sia perché l'art. 29 Cost. si riferisce alla nozione di matrimonio definita dal codice civile come unione tra persone di sesso diverso, e questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, sia perché (in ordine all'art. 3 Cost.) le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio". Nel medesimo senso già A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come "famiglie"*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Atti dei seminari "preventivi" ferraresi, *Amicus curiae*, 26 febbraio 2010, Giappichelli, Torino, in corso di pubblicazione.

alcun modo quando fu emanata”<sup>(8)</sup>. In tal caso, infatti, non si tratterebbe tanto di “una semplice rilettura del sistema”, o di una diversa “prassi interpretativa”, bensì di una vera e propria “interpretazione creativa”. Del resto, come potrebbe essere considerato altrimenti il trarre spunto dalla mancata previsione legislativa delle unioni omosessuali, per valutare detto silenzio normativo non già quale impedimento alla (indebita) equiparazione alla disciplina della famiglia legittima, bensì quale “vuoto”<sup>(9)</sup> da integrare in senso conforme alla medesima disciplina?

Né, tantomeno, dovrebbe sorprendere il fatto che solo apparentemente la Corte abbia fatto ricorso all’argomento originalista come limite all’interpretazione evolutiva, attenendosi piuttosto ad una più rigida “concezione prescrittiva della sedimentazione della tradizione immemorabile”; concezione per la quale “il paradigma eterosessuale del matrimonio” costituisce “un dato sociale, un dato storico, una istituzione, diritto non scritto, un dato normativo oggettivo, propriamente e pienamente positivo”<sup>(10)</sup>. Una tale sorpresa, infatti, manca di considerare l’incidenza che il contesto di riferimento assume nella positivizzazione del testo normativo, sino a vincolare ai relativi parametri culturali (prima ancora che giuridici) l’attività legislativa, d’interpretazione costituzionale e finanche costituente. Nemmeno il potere costituente, invero, può essere considerato come “un potere in-costituito che decide le norme dal nulla”<sup>(11)</sup>, essendo piuttosto vincolato a quel complesso organico di principi e di regole fondamentali desumibile dai valori portanti di un popolo, la cui traduzione in un testo scritto e complesso, qual è la Carta costituzionale, identifica la profonda e autentica cifra

---

<sup>8)</sup> *Ibidem*. Vengono in mente i rilievi di A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, a proposito del fatto che “la «naturalità» del modello non evoca (...) una sorta di stereotipo di «famiglia» buono per qualunque tempo e luogo” (ivi, 755), né consente di considerare lo stesso quale mero “«contenitore» che la legge può riempire a proprio piacimento”, sino a consentire la commutazione in matrimonio d’ogni forma di convivenza (ivi, 758). In senso adesivo F. Dal CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro it.*, 2010, I, 1367 ss.; *contra*, R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, ivi. Per contro, sui “rischi di essere oppressi da una costituzione «totalizzante»” e sulle ragioni dell’anti-totalitarismo costituzionale, R. BIN, *Che cos’è la Costituzione?*, in *Quad. cost.*, 2007, 29 ss.; nel medesimo senso ID., *Per una lettura non svalutativa dell’art. 29*, in R. BIN (et al.) (a cura di), *La “società naturale” e i suoi “nemici”*, cit. Si v. tuttavia i rilievi critici di M. COSTANTINO, *Individui, gruppi e coppie (libertà illusioni passatempo)*, in *Foro it.*, 2010, I.

<sup>9)</sup> C. cost., n. 138/2010, § 7 del *Considerato in diritto*.

<sup>10)</sup> I. MASSA PINTO e C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale “le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio”*. Ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010, in *Arch. dir. storia cost.* ([www.dircost.unito.it](http://www.dircost.unito.it)), 2010, 12.

<sup>11)</sup> Così, in senso critico, P. HÄBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (1982), tr. it. a cura di J. LUTHER, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, Carocci, Roma, 2001, 35; ID., voce *Potere costituente (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 2000.

giuridica di quel medesimo popolo <sup>(12)</sup>. Per comprendere la valenza di tale limitazione, basterebbe interrogarsi su quali sarebbero state le conseguenze sul piano della legittimità e dell'effettività, ove, per assurdo, il Costituente italiano del '47 (espressione democratica dei partiti del CLN e della resistenza al regime fascista) avesse riproposto un impianto costituzionale di tipo nuovamente hegeliano e statalista.

Per tale via, (almeno questa volta) resta inesorabilmente frustrata la più generale aspirazione interpretativa di quella prassi che, sulla scorta dei nuovi bisogni sociali provenienti dalla realtà globalizzata <sup>(13)</sup>, rinviene in ogni dove lacune normative da colmare in via creativa (si pensi alla nota sentenza sul «caso Englaro») <sup>(14)</sup>. Parimenti, resta mortificata quella tendenza a stimolare l'intervento giurisprudenziale e costituzionale, al precipuo fine di provocare la sostituzione in via interpretativa di quelle opzioni di politica del diritto legislativamente sancite e mal sopportate. In definitiva, resta vanificata la spinta verso un inedito modello di «Stato giurisdizionale», volto non più a stabilizzare il sistema normativo, bensì ad innovarne i caratteri anche se a discapito della chiarezza del testo normativo, della pari determinazione legislativa e dell'organicità costituzionale della disciplina degli istituti e dei diritti coinvolti.

La spinta in contestazione, infatti, non è tanto collocabile nel classico modello di «Stato giurisdizionale», tradizionalmente fondato su decisioni certe, prevedibili e tali da garantire la “conservazione dello *status quo* sociale e dei diritti acquisiti, in corrispondenza alla tendenza conservatrice di qualsiasi giurisprudenza” <sup>(15)</sup>. Piuttosto, essa tende verso nuove e diverse configurazioni di tale modello, fornendo implicita legittimazione a decisioni sempre meno certe e prevedibili, rivolte non più solamente al caso singolo, ma alla generalità dei consociati in quanto (anche) destinate ad assicurare un collegamento diretto con il corpo sociale; in

---

<sup>12)</sup> P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, 25, 71, 119, 237; E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Torino, 1998, 27 ss. Nonché sia consentito il rinvio a V. TONDI DELLA MURA, *Primi rilievi metodologici sui fattori di condizionamento delle riforme*, in *Dir. soc.*, 2009, 47 ss.

<sup>13)</sup> Insistono sulle nuove problematiche derivanti da tale dinamica, fra gli altri: J. ALLARD – A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit* (2005), trad. it. a cura di C. Maggiori, *La mondializzazione dei giudici. Nuova rivoluzione del diritto*, Macerata, Liberilibri, 2006, 4 ss.; B. MARKESINIS – J. FEDTKE, *Judicial Recourse to Foreign Law: A New Source of Inspiration?* (2006), tr. it. a cura di A. Taruffo, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, Il Mulino, Bologna, 2009, 90; P. CAROZZA, *Il traffico dei diritti umani nell'età post-moderna*, in L. ANTONINI (a cura di), *Il traffico dei diritti insaziabili*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2007, 81 ss.; M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei «nuovi diritti»*, in *Quad. cost.*, 2009, 537 ss.; S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009; L. VIOLANTE, *Magistrati*, Einaudi, Torino, 2009, 4 ss.

<sup>14)</sup> Sulle problematiche per molti versi inedite, derivanti dall'eventuale decisione giudiziaria recettizia di opzioni interpretative transnazionali, formulate da Corti straniere sulla scorta di differenti sistemi valoriali e veicolate dalla rete della «globalizzazione giudiziaria», sia consentito il rinvio a V. TONDI DELLA MURA, *I rischi della competizione regolativa e valoriale fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del «caso Englaro»)*, in *Teoria Dir. Stato*, 2009, 362 ss.

<sup>15)</sup> C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität* (1932), trad. it. a cura di P. Schiera, *Legalità e legittimità*, in *ID., Le categorie del “politico”*, Il Mulino, Bologna, 1972, 216.

definitiva, decisioni tali da consentire alla regola così formulata di inserirsi (se non proprio *ingerirsi*) nel sistema normativo in via immediata, in modo da aggirare le resistenze parlamentari eventualmente manifestate al riguardo <sup>(16)</sup>.

Il tutto, con uno “slittamento organizzativo” e con uno “spostamento del centro di autorità” dalla legge alla giurisdizione per via di mero fatto, al di fuori (e a prescindere) dalla procedura di revisione costituzionale <sup>(17)</sup>, secondo una tendenza che, se certo è molto diffusa e quasi generale nei sistemi a democrazia incerta <sup>(18)</sup>, nell’attuale contesto pare trovare minori argini e anticorpi meno efficaci <sup>(19)</sup>. E ciò, quasi che la via giurisdizionale sia più libera e capace di quella legislativa, ovvero, peggio ancora, quasi che la rappresentanza popolare sia un fastidioso ingombro per la definizione della regola da approntare, da demandare pertanto alla competenza dei soli organi giurisdizionali anche nel caso di materie soggette a riserva assoluta di legge <sup>(20)</sup>.

2.

Diversa questione è quella riguardante l’ammissibilità e la prescrittibilità di una “disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia” omosessuale <sup>(21)</sup>.

---

<sup>16)</sup> Sulla distinzione negli attuali sistemi democratici tra le decisioni generali e astratte e l’applicazione concreta delle disposizioni, affidata agli organi dotati di legittimazione tecnico-attitudinale, v. per tutti V. CRISAFULLI, voce *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1959, 255; ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, II ed., Cedam, 1971, 18 ss.; A. D’ATENA, *Lezioni di diritto costituzionale*, II ed., Giappichelli, Torino, 2006, 54 ss.; G. PITRUZZELLA, *Quello che Barberis non dice: primato della tecnica, concorrenza tra fonti e tra ordinamenti, applicabilità diretta del diritto europeo ovvero delle nuove ragioni del «governo dei giudici»*, in AA. VV., *Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale*, (Annuario AIC 2004), Cedam, Padova, 2008, 61; da ultimo F. VARI, *Concepito e procreazione assistita. Profili costituzionali*, Cacucci, Bari, 2008, 106 ss.

<sup>17)</sup> M. ESPOSITO, *Note minime sul periclitare del confine tra legge e giurisdizione*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 22 giugno 2009.

<sup>18)</sup> L. MEZZETTI, *Le democrazie incerte. Transizioni costituzionali e consolidamento della democrazia in Europa orientale, Africa, America Latina, Asia*, Torino, 2000.

<sup>19)</sup> Così in Brasile l’attivismo giudiziario è particolarmente avvertito come tema e più ancora come problema dello svolgimento della democrazia liberale; v. ora R. GESTA LEAL, *La responsabilità politica dell’attivismo giudiziario. Aspetti teorico-pratici dell’esperienza brasiliana*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 1-2010; P. LOGROSCINO, *Brasile: la “parzializzazione” delle modifiche tacite della Costituzione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, 1786 ss.

<sup>20)</sup> Sulla questione, che da sola merita ben altri approfondimenti, nella prospettiva della valorizzazione del ruolo degli organi rappresentativi ai fini della decisione politica sui diritti fondamentali, si v. fra gli altri: E. LAMARQUE, *L’attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2008, 269 ss.; M. LUCIANI, *Costituzionalismo iredico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1661 ss.; PF. GROSSI, *Principio democratico e giurisdizione. Il giudice tra etica, diritto e legge*, La Sapienza Editrice, Roma, 1998, 3 ss.; G. ROLLA, *Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali*, in *Quad. cost.*, 1997, 440 ss.

<sup>21)</sup> C. cost., n. 138/2010, § 8 del *Considerato in diritto*.

Dal punto di vista processuale, la questione è stata autonomamente individuata e parimenti considerata dal Giudice delle leggi, pur non comparendo nelle ordinanze di rimessione, né rientrando nel *thema decidendum* sottoposto a giudizio; giudizio, del resto, limitato alla sola verifica della legittimità costituzionale di alcuni articoli del codice civile regolanti la disciplina matrimoniale, “nella parte in cui, complessivamente valutati, non consentono agli individui di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso” <sup>(22)</sup>. In tal senso, essa è stata trattata a margine della più generale disamina della normativa censurata e, di rimando, è stata affrontata a seguito della dichiarazione d’inammissibilità del quesito principale con riferimento al parametro sancito dall’art. 2 Cost., stante l’accertata impossibilità di richiedere un intervento additivo a contenuto non costituzionalmente obbligato in materia riservata alla discrezionalità del legislatore <sup>(23)</sup>.

Di qui, la rilevabile “natura decisoria” della richiamata dichiarazione d’inammissibilità <sup>(24)</sup> e la relativa strumentalità esercitata nella specie in ragione degli effetti di merito prodotti. Nell’economia processuale della sentenza e nella sequenza delle relative argomentazioni, infatti, tale dichiarazione ha offerto al Giudice delle leggi l’occasione per esorbitare dall’oggetto del giudizio e per indicare precise opzioni di politica del diritto, diversamente non enucleabili, da porre a sostanziale rimedio di quanto deciso. E così, riscontrata l’inevitabilità costituzionale della disciplina del matrimonio alle unioni dello stesso sesso (e ciò finanche alla luce del parametro astrattamente più comprensivo ed elastico, qual è quello dell’art. 2 Cost.), la Corte si è affrettata a chiarire che un simile diniego non è comunque tale da vanificare l’aspettativa di un eventuale riconoscimento dei diritti e dei doveri dei componenti della coppia omosessuale. Ha infatti escluso che “l’aspirazione a tale riconoscimento (...) possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio” <sup>(25)</sup>, aggiungendo che “nell’ambito applicativo dell’art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell’esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette” <sup>(26)</sup>.

Per tale via, considerato il carattere *extra petitum* e non necessario della precisazione della Consulta, deve ritenersi che la prescrizione dell’intervento parlamentare sancito dalla sentenza non sia tanto da intendere in senso «manipolativo», alla stregua di un eventuale «monito» reso

---

<sup>22)</sup> C. cost., n. 138/2010, § 2 del *Considerato in diritto*, con riferimento alla normativa censurata dall’ordinanza della Corte di appello di Trento (artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis cod. civ.); in senso analogo il § 1 con riguardo all’ordinanza del Tribunale di Venezia.

<sup>23)</sup> C. cost., n. 138/2010, § 5 del *Considerato in diritto*. In termini analoghi l’ord. n. 276/2010.

<sup>24)</sup> Su cui più in generale A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009, 132.

<sup>25)</sup> C. cost., n. 138/2010, § 8 del *Considerato in diritto*.

<sup>26)</sup> *Ibidem*.

al legislatore ad integrazione della dichiarazione d'inammissibilità della questione principale; piuttosto, sia da considerare - per così dire - in senso *compensativo*, alla stregua della prospettazione di un indirizzo di politica del diritto rivolto al legislatore, al fine di favorire la composizione della complessa domanda sociale sottesa alla questione sollevata <sup>(27)</sup>, così venendo incontro a quella “campagna di affermazione civile a favore del matrimonio omosessuale, principalmente rivolta (non al Parlamento, bensì) al Giudice delle leggi” <sup>(28)</sup>. Il tutto, quasi che dal rigetto di una questione di legittimità costituzionale possa derivare a carico della Consulta l'onere di fornire una soluzione normativa quantomeno sostitutiva di quella invocata dall'ordinanza di rimessione.

3.

Venendo poi al merito della questione, resta equivoco il percorso argomentativo impiegato dalla Corte a sostegno dell'opportunità costituzionale del prescritto intervento parlamentare. Per un verso, sviluppando uno schema da tempo elaborato in dottrina <sup>(29)</sup>, anche le unioni omosessuali, al pari di quelle *more uxorio*, sono state ricondotte nell'ambito della più comprensiva fattispecie sancita dall'art. 2 Cost. Per altro verso, tuttavia, nonostante il medesimo riferimento costituzionale, diverse sono state le relative implicazioni con riguardo alla definizione dei criteri da impiegare nella formulazione del catalogo dei diritti e doveri coinvolti; ciò non tanto in ragione della differenza ontologica fra le due figure (in realtà

---

<sup>27)</sup> Diversamente, sull'opportunità riconosciuta alla Corte e variamente sostenuta alla vigilia della sentenza, di trarre spunto dalla questione in giudizio, per ribadire l'improrogabilità di una soluzione legislativa al problema delle unioni omosessuali, alla vigilia della sentenza convenivano in vario modo: R. BIN, *Per una lettura non svalutativa dell'art. 29*, cit.; E. CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale all'esame della Corte costituzionale*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2010; F. DAL CANTO, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: la parola alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2008; A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso*, cit.; In tal senso, sottolineano variamente la rilevanza della decisione: F. ANGELINI, *I “compromessi sposi”: la Corte costituzionale fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali*, in *Riv. Ass. it. costituzionalisti*, 0/2010; E. CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, in *Riv. Ass. it. costituzionalisti*, 0/2010; M. GATTUSO, *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Fam. dir.*, 2010, 656 ss.; N. PIGNATELLI, *Dubbi di legittimità costituzionale sul matrimonio “eterosessuale”: profili processuali e sostanziali*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2010; C. SILVIS, *Il matrimonio omosessuale fra il “non s'ha da fare” dell'art. 29 ed il “si può fare” dell'art. 2 della Costituzione*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2010.

<sup>28)</sup> A. PUGIOTTO, *L'altra faccia dell'eguaglianza (e dell'amore)*, in R. BIN (et al.) (a cura di), *La “società naturale” e i suoi “nemici”*, cit.

<sup>29)</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, 358; R. ROMBOLI – E. ROSSI, I registri delle unioni civili e i loro censori, in *Foro it.*, 1996, III, 529; E. ROSSI, *L'Europa e i gay*, in *Quad. cost.*, 2000, 405. Nel medesimo senso, si v. successivamente: A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in ID. (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Giuffrè, Milano, 2003, XXXII; F. DAL CANTO, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro it.*, 2005, V, 275ss.; N. PIGNATELLI, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra “istituzione” matrimoniale e “funzione” familiare*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, 288 ss.

nemmeno presa in considerazione), bensì per un dissimile (e contraddittorio) modo d'intendere le situazioni giuridiche implicate.

### 3.1.

Quanto alla convivenza *more uxorio*, è noto il risalente orientamento assunto dalla Corte alla luce dei molteplici parametri presi a riferimento (specialmente gli artt. 2, 3 e 29 Cost.). Attesa l'esigenza dei conviventi di privilegiare le ragioni della "soggettività individuale" <sup>(30)</sup> su quelle dell'obiettività istituzionale <sup>(31)</sup>, la Consulta ha considerato l'informalità del relativo vincolo affettivo; vincolo che, sebbene caratterizzato da "un consolidato rapporto" di convivenza <sup>(32)</sup>, ovvero da un "accertato grado di stabilità" <sup>(33)</sup>, è pur sempre "rifuggente da qualificazioni giuridiche di diritti e obblighi reciproci" <sup>(34)</sup>, in quanto "liberamente e in ogni istante revocabile da ciascuna delle parti" <sup>(35)</sup>. L'"impegno bilaterale quotidiano" <sup>(36)</sup> profuso dai conviventi, nondimeno, piuttosto che restare costituzionalmente indifferente, è stato positivamente valutato in ragione del più generale rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche (art. 2 Cost.) <sup>(37)</sup>. Particolare attenzione è stata mostrata verso gli interessi coinvolti <sup>(38)</sup>, giacché, "per le basi di fondata affezione che li saldano e gli aspetti di solidarietà che ne conseguono, siffatti interessi appaiono meritevoli indubbiamente, nel tessuto delle realtà sociali odierne, di compiuta obiettiva valutazione" <sup>(39)</sup>. Il tutto, ovviamente, a condizione di non superare le ragioni di divergenza con l'istituzione familiare e di non avallare "la pretesa identità di posizione tra convivente e coniuge" <sup>(40)</sup>. Il distinto ruolo attribuito alla volontà delle parti, infatti, è direttamente connesso alla differente natura dei due modelli, posto che solo nel

---

<sup>30)</sup> C. cost., n. 8/1996, § 2 del *Considerato in diritto*; in senso analogo C. cost., n. 166/1988, § 3 del *Considerato in diritto*: "nel preferire un rapporto di fatto [le parti] hanno dimostrato di non voler assumere i diritti nascenti dal matrimonio" (corsivo non testuale).

<sup>31)</sup> "Nel rapporto di coniugio, maggior rilievo [è riconosciuto] alle esigenze obiettive della famiglia come tale, quale stabile istituzione sovraindividuale" (*ibidem*).

<sup>32)</sup> C. cost., n. 237/1986, § 3b) del *Considerato in diritto*.

<sup>33)</sup> C. cost., n. 310/1989, § 2 del *Considerato in diritto*.

<sup>34)</sup> *Ibidem*.

<sup>35)</sup> C. cost., n. 8/1996, § 2 del *Considerato in diritto*; in senso analogo nn.: 45/1980, 423, 404, 1122/1988, 310/1989, 352/2000, 121/2004.

<sup>36)</sup> C. cost., n. 8/1996, § 3 del *Considerato in diritto*.

<sup>37)</sup> C. cost., n. 237/1986, § 3b) del *Considerato in diritto*. Si v. inoltre C. cost., nn.: 561/1987, 13/1994, 297/1996, 120/2001.

<sup>38)</sup> Si pensi all'estensione al convivente della facoltà di astensione dalla testimonianza, disposta dall'art. 199 c.p.p. anche a seguito dell'invito formulato al riguardo dalla Corte nella sent. n. 6/1977.

<sup>39)</sup> C. cost., n. 237/1986, § 3b) del *Considerato in diritto*.

<sup>40)</sup> C. cost., n. 352/2000, § 2 del *Considerato in diritto*.



matrimonio trovano compimento la perseguita “stabilità e certezza” del vincolo e la “reciprocità e corrispettività dei diritti e doveri” coinvolti <sup>(41)</sup>.

Considerata l'accertata natura non istituzionale della convivenza *more uxorio*, diviene comprensibile il motivo per cui non sia ravvisabile alcuna antitesi fra il “trattamento non omogeneo” <sup>(42)</sup> costituzionalmente riservato alle due figure e la relativa “identità di disciplina” <sup>(43)</sup>, talora riconosciuta o riconoscibile su singole e specifiche situazioni attraverso il controllo di ragionevolezza della Corte. Una tale identità, infatti, è pur sempre contingente e occasionale, rimanendo in ogni caso differenti sia i relativi presupposti costituzionali, sia i percorsi logici ed ermeneutici all'uopo impiegati. Nel caso della convivenza *more uxorio*, del resto, la tutela approntata non è rivolta tanto alla coppia in sé, quanto ai relativi componenti singolarmente considerati; questi possono così beneficiarne solamente in ragione della più generale “protezione dei diritti inviolabili dell'uomo nelle formazioni sociali” ai sensi dell'art. 2 Cost. <sup>(44)</sup>.

Significativo al riguardo è il riconoscimento della titolarità del diritto a succedere nel contratto di locazione in caso di morte del conduttore, sancito dalla Corte oramai da tempo anche a favore del convivente di una coppia di fatto priva di prole naturale. Si tratta di un riconoscimento che prescinde dalla condizione della coppia, derivando piuttosto dalla peculiare qualificazione del diritto coinvolto. Una volta considerato quest'ultimo quale “diritto sociale all'abitazione collocabile fra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost.” <sup>(45)</sup>, la Corte ha valutato prevalente il connesso diritto di abitazione del convivente del conduttore rispetto al diritto di proprietà del locatore, ferma restando la “diversificata condizione del coniuge da quella del convivente *more uxorio*” <sup>(46)</sup>.

La rilevata conformità a Costituzione della delimitazione della sfera di tutela riconosciuta al convivente (da definirsi con riferimento non già alla natura della coppia di appartenenza, bensì al solo catalogo dei diritti di cui all'art. 2 Cost.), ha così indotto la Corte a respingere le ulteriori richieste di parificazione con la condizione del coniuge, avanzate a più riprese dai giudici rimettenti. In tal senso, nel caso di cessazione della convivenza in mancanza di prole naturale, non è stato riconosciuto al convivente il diritto di succedere al conduttore nel contratto di locazione di un immobile ad uso abitativo, non rinvenendosi nella specie alcuna

---

<sup>41)</sup> C. cost., n. 45/1980, § 4 del *Considerato in diritto*.

<sup>42)</sup> C. cost., n. 140/2009, § 3 del *Considerato in diritto*.

<sup>43)</sup> *Ibidem*.

<sup>44)</sup> *Ibidem*, ma già C. cost., n. 237/1986.

<sup>45)</sup> C. cost., n. 404/1988, § 3 del *Considerato in diritto*; in senso analogo n. 559/1989, § 3 del *Considerato in diritto*.

<sup>46)</sup> *Ivi*, § 5 del *Considerato in diritto*.

irragionevole disparità con la condizione di coniuge, né rilevandosi la violazione del diritto fondamentale all'abitazione, invece riconosciuto in presenza di prole naturale <sup>(47)</sup>; ciò, per l'appunto, in considerazione della più volte rilevata "diversità che caratterizza la convivenza *more uxorio* rispetto al rapporto coniugale, tale da impedire l'automatica parificazione delle due situazioni, ai fini di una identità di trattamento fra i rispettivi regimi" <sup>(48)</sup>.

### 3.2.

Quanto alle unioni omosessuali, si inquadra nell'orientamento tratteggiato la scelta della Corte di valutare la relativa rilevanza alla luce dell'art. 2 Cost. Non può dirsi altrettanto, tuttavia, con riguardo alle argomentazioni utilizzate e alle conclusioni rassegnate. Al proposito è rilevabile una forzatura (apparentemente solo) semantica, che ha inciso sullo sviluppo assiologico della sentenza, caratterizzandone e sviandone il percorso logico e argomentativo. E' stata attribuita al ruolo delle formazioni sociali una qualificazione non pacifica e nemmeno congruente, che è stata poi parimenti applicata ai diritti coinvolti, imprimendo agli stessi una potenzialità contenutistica e applicativa tanto illimitata, quanto vaga e tendenzialmente conflittuale.

La nozione di formazione sociale è stata preliminarmente delimitata in senso funzionale. Essa è stata riferita non già ad ogni comunità "ove si svolge" la personalità del singolo, secondo il disposto dell'art. 2 Cost., bensì, più restrittivamente, ad "ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il *libero sviluppo* della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico" <sup>(49)</sup>. Una volta introdotto per le formazioni sociali il discrimine funzionale del *libero-sviluppo* personale, è stato enucleato un diritto specularmente caratterizzato. E così, dopo essere stata annoverata nell'ambito della nozione di formazione sociale "anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso", è stato riconosciuto a queste ultime "il diritto fondamentale di vivere *liberamente* una condizione di coppia" <sup>(50)</sup>. Di qui, per l'appunto, il prescritto intervento a carico del Parlamento, al fine di individuare "nei tempi,

---

<sup>47)</sup> C. cost., n. 559/1989, § 3 del *Considerato in diritto*: "Il diritto umano a non perdere il tetto sotto cui si è protratta la convivenza è dunque rafforzato dal munus a provvedere all'interesse morale e materiale della prole generata mediante la conservazione della compagine domestica nella stabilità della dimora".

<sup>48)</sup> C. cost., ord. n. 7/2010, ma già ord. n. 204/2003. Sul punto si v. F. VARI, *Contributo allo studio della famiglia nella Costituzione italiana*, I, Cacucci, Bari, 2004, 107.

<sup>49)</sup> C. cost., n. 138/2010, § 8 del *Considerato in diritto* (corsivo non testuale).

<sup>50)</sup> *Ibidem* (corsivo non testuale).

nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge”, le “forme di garanzia e di riconoscimento” per le unioni suddette e “per i connessi diritti e doveri” (<sup>51</sup>).

L’insistenza sul requisito della «libertà», utilizzato dalla Corte al duplice (e inedito) fine di selezionare le formazioni sociali costituzionalmente rilevanti e di assicurare idonea garanzia ai diritti per tale via riconosciuti, pone la necessità di un previo chiarimento sull’accezione semantica attribuita al termine; ciò al fine di verificare la consequenzialità logica e la congruità costituzionale del relativo impiego. Ove adoperato in senso meramente negativo, infatti, lo stesso si mostrerebbe inconferente, se non proprio inutilmente restrittivo; nondimeno, anche ove inteso in senso positivo, apparirebbe egualmente inconferente, oltretutto suscettibile di applicazioni di dubbia legittimità costituzionale.

Quanto alle formazioni sociali, il discrimine sul requisito della «libertà» appare inutilizzabile e fuorviante in entrambe le accezioni attribuibili al termine.

Ove inteso in senso meramente negativo, l’impiego del requisito della «libertà» rinvierebbe alla pari sequenza terminologica utilizzata negli anni ’70, per contrastare una valorizzazione indifferenziata delle formazioni sociali e per delimitare la portata della relativa nozione sulla scorta di rigidi (e invasivi) criteri discriminatori. Si trattava di una delimitazione funzionale volta a riconoscere e garantire le formazioni sociali non già in quanto tali, bensì solamente “nella misura in cui *consentono e favoriscono il libero sviluppo* della persona” (<sup>52</sup>); ciò con un duplice effetto prescrittivo: per un verso, restringere lo scopo interessato, riducendolo dal più neutrale e comprensivo “*svolgimento*” della personalità del singolo (secondo il disposto dell’art. 2 Cost.), al più invasivo e selettivo “*sviluppo*” personale, secondo un concetto “sicuramente non oggettivo e non indifferente rispetto ad una scelta di valore”, stante l’estrema difficoltà di accertare cosa possa intendersi per “sviluppo della persona” (<sup>53</sup>); per altro verso, circoscrivere i margini di autonomia e di organizzazione delle formazioni sociali, affermando il prioritario riferimento ai diritti fondamentali, da garantire anche all’interno delle stesse.

Anche ove inteso in senso positivo, tuttavia, l’impiego del requisito della «libertà» rinvierebbe ad una medesima ricostruzione prescrittiva dell’art. 2 Cost. In questo caso, per giunta, l’insistenza sullo sviluppo positivo della persona all’interno delle formazioni sociali

---

<sup>51</sup>) *Ibidem*.

<sup>52</sup>) A. BARBERA, Art. 2, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, *Principi fondamentali*, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1975, 109 (corsivo non testuale).

<sup>53</sup>) E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova, 1989, 133, il quale nota pure come nel corso dei lavori costituenti “era escluso qualsiasi riferimento all’espressione *si sviluppa*, preferendosi quella *si integra e si preferisce*” (ivi, 140 – corsivo testuale). Sul punto si v. inoltre: E. BALBONI, *Diritti sociali e doveri di solidarietà*, in *Il Mulino*, 1987, 710; B. CARAVITA, *Oltre l’eguaglianza formale*, Cedam, Padova, 1984, 124.

risulterebbe già insita nel disposto dell'articolo stesso <sup>(54)</sup>, senza bisogno di ulteriore precisazione.

Nondimeno, indipendentemente dalla sostenibilità dell'interpretazione prescrittiva e non descrittiva dell'art. 2 Cost. <sup>(55)</sup>, deve rilevarsi l'eccedenza processuale della questione affrontata dalla Corte rispetto a quella sottoposta a giudizio; giudizio – giova ribadire – riguardante non già la questione dell'indipendenza del singolo all'interno delle formazioni sociali, bensì quella dell'estensibilità della disciplina codicistica del matrimonio alle unioni omosessuali. Da tale punto di vista, in definitiva, l'insistenza sul discrimine della «libertà» in tema di formazioni sociali, quale che sia l'accezione ermeneutica accolta, si dimostra egualmente inutilizzabile e fuorviante, sia perché inutilmente (e discutibilmente) restrittiva, sia perché forzosamente assiologica, posto che le formazioni sociali appaiono ontologicamente create per lo sviluppo della persona <sup>(56)</sup>.

Analoghi rilievi valgono a proposito dell'ulteriore impiego del requisito della «libertà», formulato con riguardo alla sfera dei diritti del singolo.

Ove inteso in senso negativo, il richiamo alla «libertà» quale *assenza di divieto*, o quale *indipendenza* non solo dai «poteri privati» <sup>(57)</sup>, ma anche (con una priorità logica e cronologica) dai «poteri pubblici», nulla aggiungerebbe ad una tutela di per sé già ampiamente riconosciuta e garantita dalla Costituzione. Di talché la precisazione che “il diritto fondamentale di vivere una condizione di coppia” debba esplicarsi “*liberamente*” <sup>(58)</sup>, se volta a sottolineare la necessaria assenza di prescrizioni, vincoli o limitazioni indebite, ancorché riferita alle persone dello stesso sesso si mostrerebbe del tutto inconferente. Essa, se mai, sulla scorta di una classica distinzione analitica dei diritti inviolabili, potrebbe essere intesa come sintomatica di una possibile natura «funzionale» e non «individualistica» del diritto implicato. Quest'ultimo sarebbe così annoverabile non già fra i diritti “attribuiti all'«uomo» come tale, (...) per l'appagamento egoistico dei suoi bisogni e desideri individuali”, bensì fra i diritti “attribuiti al singolo nella sua specifica qualità di membro o di partecipe di determinate comunità, per le funzioni che in esse il singolo deve esplicare”, con la conseguenza di far derivare dalla relativa partecipazione “il contenuto ed i limiti del diritto”

---

<sup>54)</sup> E. ROSSI, *Le formazioni sociali*, cit., spec. 138 ss.

<sup>55)</sup> Su tale seconda prospettiva si v. soprattutto M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, 579.

<sup>56)</sup> P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, 67.

<sup>57)</sup> Su cui si v. fra gli altri: G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1970, 5 ss.; V. ONIDA, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. AMATO - A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, I, *Diritto pubblico generale*, Il Mulino, Bologna, 1997, 103.

<sup>58)</sup> *Ibidem* (corsivo non testuale).

medesimo <sup>(59)</sup>. Una tale ipotesi, tuttavia, si tradurrebbe in una “interiore delimitazione” <sup>(60)</sup> nell’esercizio del diritto in questione, con la paradossale conseguenza di osteggiare, anziché favorire, la vaga e generica prospettiva di «libertà» desumibile dalla formulazione impiegata dalla Corte.

Anche l’accezione positiva del requisito della «libertà» in tema di diritti del singolo, tuttavia, presenterebbe analoghi limiti ermeneutici. Ove riferita al «libero sviluppo della persona», per un verso, sarebbe ininfluente, considerato che il *favor* verso «il pieno sviluppo della persona» (art. 3, comma 2, Cost.) è posto a fondamento dell’intero sistema costituzionale e che la vera e primigenia norma sul libero sviluppo personale è proprio consacrata nel riconoscimento dei diritti inviolabili dell’uomo (art. 2 Cost.) <sup>(61)</sup>; per altro verso, rischierebbe di essere equivoca e fuorviante, rinviando – ancora una volta – alla prospettiva prescrittiva del «libero sviluppo della persona», da intendersi come “un «*compito*» da realizzare e non solo come un «*dato*» da rispettare”, tale, insomma, da assicurare alle libertà costituzionali una “forza espansiva” esclusivamente rimessa alla Costituzione materiale e alle forze politiche, sociali e culturali che la determinano, secondo i presupposti della catalogazione «aperta» dell’art. 2 Cost. <sup>(62)</sup>.

Nel medesimo senso, ancor più equivoco e fuorviante apparirebbe poi il riconoscimento alle persone dello stesso sesso del “diritto fondamentale di vivere *liberamente* una condizione di coppia” <sup>(63)</sup>. Attesa la genericità della formulazione, si tratterebbe di un diritto dalla natura giuridica non dichiarata e dalla collocazione costituzionale incerta, sospesa fra i «nuovi» diritti e quelli solamente «impliciti»; un diritto non meglio declinato, né altrove positivizzato, privo di una chiara struttura e di un ben identificabile contenuto (quali «facoltà» e quali «poteri» potrebbero mai derivare dal c.d. diritto di vivere *liberamente* una vita di coppia?) <sup>(64)</sup>; in definitiva, un diritto dalla valenza più *evocativa* che propriamente prescrittiva.

---

<sup>59)</sup> C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell’ordinamento italiano*, (1958), ora anche in *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, a cura di D. Nocilla, Giuffrè, Milano, 1992, 120. In senso critico si v. tuttavia A. BALDASSARRE, voce *Diritti inviolabili*, in *Enc. giuridica*, Treccani, Roma, 1991, ora anche in *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997, spec. 49.

<sup>60)</sup> A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, III ed., I, 2003, 84.

<sup>61)</sup> Si v. per tutti F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995, 6 ss.

<sup>62)</sup> A. BARBERA, *Art. 2*, cit., spec. 90-91 (corsivo testuale).

<sup>63)</sup> C. cost., n. 138/2010, § 8 del *Considerato in diritto* (corsivo non testuale).

<sup>64)</sup> In termini analoghi, a proposito dell’enucleazione del diritto «fondamentale» di abitazione ricavato dalla Corte costituzionale (sent. n. 404/1988) sulla scorta dell’elenco «aperto» desunto dall’art. 2 Cost., si v. in senso critico A. PACE, *Il convivente more uxorio, il «separato in casa» e il c.d. diritto «fondamentale» all’abitazione*, in *Giur. cost.*, 1988, 1801 ss.; sulla diversa struttura dei diritti individuali, ID., *Eguaglianza e libertà*, in *Pol. dir.*, 2001, 158.

### 3.3.

A ben vedere, l'insistenza manifestata dalla Corte sul requisito della «libertà» in tema di unioni omosessuali appare ininfluyente e fuorviante solo sul piano giuridico-costituzionale; non può dirsi altrettanto, invece, su quello fattuale e politico, che è poi il piano della coscienza sociale, ovvero dell'ambito dalla cui evoluzione si ritiene desumibile la legittimazione del giudice ad «aprire» il catalogo dei diritti inviolabili sanciti dall'art. 2 Cost. e ad assicurare apposita copertura costituzionale a quei diritti non espressamente previsti<sup>(65)</sup>. Su tale ultimo piano, anzi, è rinvenibile una certa coincidenza di significato rispetto a quanto *evocato* dalla sentenza in senso certamente funzionale al relativo percorso logico e argomentativo; con la conseguenza che la «nuova pretesa di libertà» riconosciuta dalla Corte, in quanto ritenuta strettamente annessa al *libero-sviluppo* personale, ripropone anche nella specie, sia pure implicitamente, la questione dell'«apertura» del catalogo dei diritti fondamentali. Non per nulla, nella sequenza delle argomentazioni svolte dalla sentenza, dal riconoscimento del “diritto fondamentale di vivere *liberamente* una condizione di coppia” è stata fatta derivare la prescrizione a carico del Parlamento di “individuare le forme di garanzia e di riconoscimento” riguardanti sia le unioni omosessuali, sia (soprattutto) i “connessi diritti e doveri”<sup>(66)</sup>. Di qui, per l'appunto, i richiamati rilievi critici sul *diritto* enucleato dalla sentenza in commento, in ragione della relativa potenzialità contenutistica e applicativa tanto illimitata, quanto vaga e tendenzialmente conflittuale.

In particolare, al pari di quanto maturato in taluni orientamenti politico-culturali, anche nella sentenza in commento la locuzione «libertà» sembra esprimere qualcosa di diverso e più ampio rispetto a quanto costituzionalmente inteso anche nelle pari esperienze continentali<sup>(67)</sup>; sembra porsi in termini di assolutezza, quale dimensione dell'essere *tout court*, scevra dai vincoli derivanti dal sistema di riferimento, dal bilanciamento fra i diritti implicati e dal contenuto delle situazioni di afferenza. Pur incentrandosi sulla sfera individuale, essa sembra insomma discostarsi per eccesso sia dalla libertà di ispirazione giacobina, consistente nel potere “di fare tutto ciò che non nuoce ai diritti degli altri”<sup>(68)</sup>, sia dalla mera

---

<sup>65</sup>) A. BARBERA, *Art. 2*, cit., 80 ss.; per un'ampia ricostruzione si v. P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Giappichelli, Torino, 2006, 55.

<sup>66</sup>) C. cost., n. 138/2010, § 8 del *Considerato in diritto* (corsivo non testuale).

<sup>67</sup>) F.F. SEGADO, *La dignità della persona come valore supremo dell'ordinamento giuridico spagnolo e come fonte di tutti i diritti*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2010; F. PEDRINI, *Il libero sviluppo della personalità nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale. Un diritto per tutte le stagioni?* in *Quad. cost.*, 2006, 161 ss.

<sup>68</sup>) *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (1789), art. 4; *Atto costituzionale del 24 giugno 1793*, art. 6; *Costituzione della Repubblica francese del 5 Fruttidoro anno III* (22 agosto 1795), art. 2. Al

autodeterminazione del singolo, non sopportando le limitazioni che in entrambi i casi gravano sulle pretese individuali <sup>(69)</sup>. Piuttosto, sembra porsi quale *potenzialità illimitata* rivolta al potere pubblico per una tutela positiva e non già negativa delle pretese coinvolte.

Ad interessare, del resto, non è tanto la tutela della mera dimensione sentimentale o sessuale della coppia omosessuale *dall'ingerenza* del potere pubblico, da tradurre in una pretesa garantistica di tipo solamente negativo; interessa, piuttosto, la proiezione sociale e promozionale della coppia medesima, da tradurre in una pretesa di tipo positivo. Pretesa, tuttavia, che inevitabilmente deborda dalla sfera individuale interessata, coinvolgendo altresì quella dei soggetti in vario modo collegati, sino ad impegnare sia l'intero sistema giuridico-sociale (con riguardo alle garanzie dello Stato sociale), sia il più ampio contesto socio-culturale cui tale dinamica afferisce.

Così accadendo, si ripropone nella specie il principale impedimento rilevato più in generale verso il riconoscimento dei «nuovi diritti». Al pari degli altri, infatti, pure questi ultimi, una volta riconosciuti, rinviano ad una relazionalità e pongono in essere un modello sociale, che si raccorda con gli altri modelli e con la sfera dei diritti altrui, sino ad incidere sulle relative connotazioni costituzionali. Il tutto, con la conseguente inesorabile “alterazione dell'equilibrio tracciato dalle norme costituzionali tra i diritti e i doveri” sanciti <sup>(70)</sup>, venendo assicurato in via di fatto ai «nuovi diritti» un “regime privilegiato” <sup>(71)</sup> a discapito di quello statuito per le libertà e per i diritti previsti in Costituzione.

### 3.4.

La questione si complica ulteriormente quando, dal “diritto fondamentale di vivere *liberamente* una condizione di coppia”, si passa ad affrontare il tema dei diritti e doveri “*connessi*” con “la condizione di coppia” omosessuale, ovvero dei “diritti e doveri *dei*

---

riguardo si v. fra gli altri: A. BARBERA, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, in ID. (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari, 1997, 5 ss.; M. FLORES, *Storia dei diritti umani*, Il Mulino, Bologna, 2008, 49 ss.

<sup>69)</sup> Su cui si v., rispettivamente, V. ONIDA, *La Costituzione*, Il Mulino, Bologna, 2 ed., 2007, 61; S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Teoria Dir. Stato*, 2009, spec. 287 ss.

<sup>70)</sup> S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione*, cit., 278.

<sup>71)</sup> Così P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2002, 39; si v. inoltre A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento*, cit., XXVII (“In alcune ipotesi, le nuove traduzioni sostanziali dei diritti, i nuovi significati, si confrontano con quelli tradizionali, producono la necessità di una rimodulazione e comunque evidenziano inedite prospettive di bilanciamento o rischi «degenerativi»”); A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 26-27; F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Vita e Pensiero, Milano, 1999, 125; 212; A. VIGNUDELLI, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2010, V ed., 621; nonché, sia consentito il rinvio a V. TONDI DELLA MURA, *La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi e la pretesa dei diritti individuali dei conviventi*, in *Quad. cost.*, 2008, 122.

componenti della coppia” medesima <sup>(72)</sup>). In tal caso ad essere in discussione, prima ancora della catalogazione, è la previa identificazione della categoria stessa. Da tale punto di vista, paradossalmente, la sentenza è più problematica per quello che non dice, piuttosto che per quello che dice, aprendo la via a prossimi contenziosi e ad ulteriori interventi della Consulta.

A rendere perplessi non è solo l’anomalia di una prescrizione dagli incerti contorni giuridici, riguardante la positivizzazione di diritti e doveri “connessi” con una formazione sociale rilevabile solamente in via di fatto (la stessa configurazione dell’unione omosessuale quale “stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso” <sup>(73)</sup>), del resto, è un dato meramente descrittivo, la cui prescrittibilità sottende ben altre questioni di politica del diritto).

Perplessità maggiori derivano dall’incertezza riguardante la sfera d’incidenza e l’ambito di riferimento della prescrizione in questione.

Quali dovrebbero essere i diritti in discussione? I diritti riguardanti la mera sfera delle libertà individuali? Ipotesi, in realtà, minimale e per molti versi inutile, trattandosi di diritti già garantiti “a tutti” e “senza distinzione di sesso” dalla Costituzione medesima (art. 3, comma 1). I diritti più costosi e competitivi concernenti la sfera pubblica delle garanzie sociali? Ipotesi, in questo caso, più delicata, presentando il rischio di innescare una pericolosa competizione finanziaria con la famiglia legittima ai fini della utilizzabilità delle poche risorse pubbliche a disposizione; risorse, del resto, costituzionalmente assicurate alla (sola) famiglia legittima in ragione della “(potenziale) finalità procreativa del matrimonio”, pure riconosciuta dalla stessa sentenza in commento <sup>(74)</sup>. I diritti, infine, riferibili al completamento affettivo e procreativo della coppia medesima, da realizzarsi a mezzo dell’inseminazione eterologa, se non proprio dell’adozione dei minori? Ipotesi che tuttavia arriverebbe al crudele paradosso di privare *ope legis* i minori del diritto di godere di due figure genitoriali di sesso differente, pur di soddisfare in modo prioritario e assoluto l’invocato diritto alla procreazione e/o alla genitorialità <sup>(75)</sup>.

---

<sup>72)</sup> C. cost., n. 138/2010, § 8 del *Considerato in diritto* (corsivo non testuale).

<sup>73)</sup> *Ibidem* (corsivo non testuale).

<sup>74)</sup> *Ivi*, § 9 del *Considerato in diritto*.

<sup>75)</sup> Problematica, questa, che è stata considerata come una sorta di “convitato di pietra” nel giudizio in questione (così, in senso critico, B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?* in R. BIN (et al.) (a cura di), *La “società naturale” e i suoi “nemici”*, cit., dattil, 22) e che, tuttavia, non è eludibile (A. D’ALOIA, *Omosessualità e Costituzione. La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale*, *ivi*). Significativamente, del resto, è stato evidenziato (E. ROSSI, *Il diritto all’identità sessuale tra ordinamento interno ed europeo*, in A. D’ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione*, cit., 220) come il diritto all’identità sessuale debba essere valutato “in relazione” sia “al concetto di famiglia”, sia “ai diritti propri di altri soggetti ed in particolare dei minori”, non potendosi prescindere “da quello che viene oramai comunemente riconosciuto come il *best interest* del minore”.



Con ben altra chiarezza la Costituzione distingue in ambito matrimoniale fra i «diritti dei membri della famiglia legittima» (art. 30, comma 3, Cost.) e i «diritti della famiglia» (art. 29, Cost.). Si tratta di una ripartizione dalla valenza, rispettivamente, intersoggettiva e sociale, a seconda delle esigenze coinvolte (di tipo privatistico e pubblicistico) <sup>(76)</sup>. Nel primo caso <sup>(77)</sup>, il riferimento è a quel tipo di diritti indissolubilmente inerenti alla persona, sottoposti a quella “relativizzazione” <sup>(78)</sup> derivante dal conseguito *status* familiare e dalle connesse limitazioni a tutela dell’«unità familiare» (art. 29, comma 2); con la conseguenza che i diritti di libertà personale, domicilio, corrispondenza, circolazione e soggiorno, fede religiosa, pensiero e, finanche, procreazione, sono bilanciati e proporzionati alle finalità della famiglia, in modo da favorire l’esercizio delle relative funzioni istituzionali <sup>(79)</sup>, come poi sancito dagli artt. 143 e 160 cod. civ. <sup>(80)</sup>. Nel secondo caso, invece, il riferimento è a quei “settori del diritto pubblico dove sono organizzate le garanzie pubbliche della famiglia” <sup>(81)</sup> (artt. 30 comma 2, 31, 34 comma 4, 36 comma 1, 37 comma 1); sono così considerati quei diritti sottoposti a quella “integrazione” <sup>(82)</sup> derivante dall’appartenenza alla comunità familiare, esercitabili non già *uti individui*, bensì *uti socii* <sup>(83)</sup>, al fine di sovvenire alle necessità della comunità medesima.

Per contro, l’assenza nella sentenza di una chiarezza pari a quella richiamata si riflette negativamente tanto sulla prescrizione a carico del Parlamento della previsione di una “disciplina di carattere generale”, quanto sulla riservata possibilità della Corte medesima di intervenire “a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze *more uxorio*)”; evenienza verificabile “in relazione ad ipotesi particolari”, allorché sia riscontrabile

---

<sup>76)</sup> Sia consentito il rinvio a V. TONDI DELLA MURA, *La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi*, cit., 113 ss.

<sup>77)</sup> C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana* (1951), ora anche in *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, 137; P. VIRGA, *Diritto costituzionale*, V ed., Palermo, 1961, 528; da ultimo, F. VARI, *Contributo allo studio della famiglia*, cit., 82;

<sup>78)</sup> A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giuridica*, Treccani, Roma, 1990, ora anche in *Diritti della persona*, cit., 185.

<sup>79)</sup> Tali diritti, insomma, trovano “nei poteri della famiglia limiti che sarebbero inammissibili se la Costituzione non ne riconoscesse la possibilità”, C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione*, cit., 137; PF. GROSSI, *Lineamenti di una disciplina della famiglia nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in ID., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Cedam, Padova, 2005, 166.

<sup>80)</sup> LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Utet, Torino, 1985, 891; A.M. SANDULLI, *Art. 29 Cost.*, in G. CIAN - G. OPPO - A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al diritto italiano della famiglia*, I, Cedam, Padova, 1992, 22-23.

<sup>81)</sup> L. MENGONI, *La famiglia nell’ordinamento giuridico italiano*, in AA.VV., *La famiglia crocevia della tensione tra “pubblico” e “privato”*, Vita e Pensiero, Milano, 1979, 286; nonché sia consentito il rinvio a V. TONDI DELLA MURA, *Diritto al congedo straordinario per l’assistenza al soggetto disabile: verso una preferenza estesa ai familiari diversi dai genitori?* in *Giur. cost.*, 2005, 2007 ss.

<sup>82)</sup> A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 185.

<sup>83)</sup> PF. GROSSI, *La famiglia nella evoluzione della giurisprudenza costituzionale*, in G. DALLA TORRE (a cura di), *La famiglia nel diritto pubblico*, Edizioni Studium, Roma, 1996, 8.

“la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, [da] garantire con il controllo di ragionevolezza”<sup>(84)</sup>.

Sul piano della prescritta “disciplina di carattere generale” resta anzitutto incerta la natura dei diritti da positivizzare, se individuale o istituzionale (a seconda della riconducibilità del relativo contenuto e dei connessi limiti alla mera soggettività del singolo, ovvero alla comunità d’afferenza), come pure se esercitabile *uti individui* oppure *uti socii* (a seconda della relativa imputabilità direttamente ai singoli componenti, oppure indirettamente anche alla comunità d’afferenza). Il rilievo non è da poco: nel primo caso, i diritti riconosciuti ai componenti della coppia omosessuale manterrebbero invariata l’originaria absolutezza, rimanendo esenti dalle pressanti limitazioni che invece insistono sui diritti coniugali; nel secondo caso, i diritti riconosciuti in via mediata alla coppia omosessuale legittimerebbero quest’ultima ad avanzare quelle pretese sociali costituzionalmente riservate alla sola coppia coniugata. In entrambi i casi, comunque, troverebbero conferma le critiche mosse verso il “regime privilegiato” riconosciuto ai «nuovi diritti» a discapito di quelli previsti in Costituzione<sup>(85)</sup>, come pure resterebbe comprovata la prospettiva *potenzialmente illimitata* sottesa al requisito della «libertà» utilizzato nella sentenza.

Sul piano del controllo di ragionevolezza della Corte, come pure su quello dell’intervento legislativo a carico del Parlamento, resta altresì incerto il criterio da utilizzare ai fini della catalogazione dei diritti in questione, stante l’inidoneità di quello preso a riferimento. L’individuazione dei singoli diritti, infatti, è stata posta in relazione con la condizione della coppia coniugata, allo scopo di assicurare alla coppia omosessuale un “trattamento omogeneo” in “relazione ad ipotesi particolari”, ovvero a “tutela di specifiche situazioni”<sup>(86)</sup>. Proprio il conseguimento di una tale «omogeneità», tuttavia, è stata ampiamente contestata dalla medesima Consulta, a proposito tanto delle coppie eterosessuali, quanto di quelle omosessuali.

Con riguardo alle prime - come già rilevato -, la giurisprudenza costituzionale ha costantemente rimarcato la legittimità del “trattamento non omogeneo”<sup>(87)</sup> riservato alla coppia coniugata e a quella *more uxorio*, sottolineando il carattere contingente e occasionale della relativa “identità di disciplina”<sup>(88)</sup> talora riscontrabile in relazione a singole e specifiche

---

<sup>84)</sup> C. cost., n. 138/2010, § 8 del *Considerato in diritto*.

<sup>85)</sup> P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, cit., 39; si v. inoltre: S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione*, cit., 278; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 26-27; nonché, sia consentito il rinvio a V. TONDI DELLA MURA, *La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi*, cit., 122.

<sup>86)</sup> C. cost., n. 138/2010, § 8 del *Considerato in diritto*.

<sup>87)</sup> C. cost., n. 140/2009, § 3 del *Considerato in diritto*; nonché da ultimo n. 7/2010.

<sup>88)</sup> *Ibidem*.

situazioni; ciò sul presupposto che la tutela approntata in tali evenienze non è rivolta tanto alla coppia in sé, quanto ai relativi componenti singolarmente considerati, in ragione della più generale “protezione dei diritti inviolabili dell’uomo nelle formazioni sociali” ai sensi dell’art. 2 Cost.<sup>(89)</sup>.

Con riferimento alle coppie omosessuali, del pari, la stessa sentenza in commento, in altra parte della motivazione, ha chiaramente evidenziato le ragioni per le quali “le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio”, stante lo specifico “rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima e alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio”<sup>(90)</sup>.

Per non dire che proprio il riferimento a tale ultima finalità impedisce una «omogeneità» di trattamento fra le convivenze *more uxorio* e le unioni omosessuali. Il comune fondamento costituzionale (art. 2 Cost.), infatti, non comporta la necessità e neanche la legittimità di un siffatto regime tra le due figure, considerando che solo le prime sono potenzialmente idonee a svolgere alcune delle funzioni proprie della famiglia legittima (significativi al riguardo sono i riconoscimenti della giurisprudenza costituzionale con riferimento al rapporto di filiazione)<sup>(91)</sup>.

Per contro, la riservata possibilità della Corte di garantire con il controllo di ragionevolezza, sia pure “in ipotesi particolari” quella «omogeneità» di trattamento altrove variamente contestata, oltre ad accentuare l’incertezza sul tema e a fornire illogici e contraddittori presupposti per prossimi interventi legislativi, espone la giurisprudenza costituzionale ad un rischio costituzionalmente non dovuto<sup>(92)</sup>. E invero, se il matrimonio rimane un istituto realizzato a misura della famiglia «naturale» (art. 29, comma 1, Cost.) e insuscettibile d’adattamento a modelli di convivenza di altro genere, non così potrebbe avvenire per il catalogo dei relativi diritti, esposto invece alla possibilità di un’applicazione estensiva, indiscriminatamente aperta alle coppie diverse da quella «legittima» (art. 30, comma 2, Cost.). Il tutto, con la paradossale conseguenza di lasciare inestensibile il solo contenitore (l’istituto del matrimonio), non già il relativo contenuto (i diritti della famiglia), quasi che non esista un nesso di strumentalità fra il primo e i secondi in ragione della specificità costituzionale del primo.

---

<sup>89)</sup> *Ibidem*.

<sup>90)</sup> C. cost., n. 138/2010, § 9 del *Considerato in diritto*.

<sup>91)</sup> F. VARI, *Contributo allo studio della famiglia*, cit., 102.

<sup>92)</sup> In senso analogo S. SPINELLI, *Il matrimonio non è un’opinione*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) (27 aprile 2010).

E così, in definitiva, la possibilità di emancipare le parole dal loro significato originario e di lucrare i vantaggi della “interpretazione creativa” rischia nuovamente di fare capolino.