

LA CORTE TORNA SUL MATRIMONIO OMOSESSUALE: DECISA ANCHE LA QUESTIONE PROMOSSA DALL'ORDINANZA FIORENTINA

Nota a Corte cost., n. 276/2010

1. L'atto introduttivo del giudizio e la decisione della Corte.

Con l'ordinanza n. 276 del 22 luglio 2010 la Corte costituzionale è tornata sulla questione della legittimità costituzionale delle disposizioni del codice civile che precludono l'accesso al matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso, in questa occasione nel giudizio introdotto dall'ordinanza di rimessione della Corte d'Appello fiorentina del 3 dicembre 2009¹, di poco successiva agli atti introduttivi del giudizio già definito con la sentenza n. 138 dell'aprile scorso².

Anche in questo caso, l'occasione della questione di legittimità costituzionale sorge dal reclamo proposto da una coppia di persone dello stesso sesso avverso l'atto dell'Ufficiale dello Stato Civile con il quale era stata respinta la richiesta di procedere alle pubblicazioni di matrimonio; a differenza, però, di quanto avvenuto nel giudizio principale svoltosi di fronte al giudice veneziano, il giudice di primo grado aveva confermato il diniego³ opposto dall'Ufficiale di Stato Civile «reputando l'istituto matrimoniale inaccessibile alle persone dello stesso sesso» senza sollevare alcuna questione di costituzionalità⁴ e si è, dunque, dovuto *attendere* che la vicenda giudiziaria giungesse sino alla Corte d'Appello per l'introduzione del giudizio costituzionale⁵.

* Deve avvertirsi che nelle more della pubblicazione di questa breve nota la Corte si è pronunciata anche sulla questione di legittimità costituzionale promossa con l'ordinanza del Tribunale di Ferrara del 11.12.2009 (ord. n. 4 del 2011), dichiarandola, com'era prevedibile, manifestamente inammissibile in riferimento all'art. 2 Cost. e manifestamente infondata in riferimento agli artt. 3 e 29 Cost. (v. par. 2.1.)

¹ In Gazz. Uff., 1° s.s., n. 16 del 2010. L'ordinanza è reperibile anche in www.amicuscuriae.it, fra i documenti del seminario ferrarese «La "società naturale" e i suoi "nemici"».

² Corte cost., n. 138 del 2010, in *Foro it.*, 2010, I, 1361, con osservazioni di R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, e di F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*.

³ Trib. Firenze, decreto 06.02.2009.

⁴ Abbastanza singolare il modo – forse un po' sbrigativo – con cui il giudice di primo grado aveva senz'altro escluso che il diritto di sposarsi avesse dignità di diritto fondamentale, e soprattutto affermato che «le garanzie e le forme di tutela discendenti dal matrimonio [...] possono essere raggiunte anche con gli ordinari strumenti dell'autonomia privata». Del resto, anche altre occasioni i giudici comuni hanno ritenuto, in situazioni simili, di non azionare il giudizio di costituzionalità, limitandosi a respingere il reclamo avverso il rifiuto di procedere alle pubblicazioni senza investire la Corte; in tal senso v. Trib. Roma, 28 giugno 1980, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, con nota di T. GALLETTO, *Identità di sesso e rifiuto di pubblicazione per la celebrazione del matrimonio*, e App. Firenze, 30 giugno 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 3695, con nota di F. DAL CANTO, *Persone dello stesso sesso: a distanza di ventotto anni dalla prima pronuncia, ancora chiuse le porte alle pubblicazioni matrimoniali*.

⁵ È noto che le questioni sorgono tutte in applicazione di una campagna di affermazione civile promossa dall'associazione *Certi diritti* e tradottasi in una *litigation strategy* opportunamente elaborata grazie al ruolo cruciale svolto dalla *Rete Lenford*, che ha *consegnato* i giudizi proprio al fine di portare la questione di fronte al giudice costituzionale; sul punto v., oltre ai siti ufficiali delle associazioni citate, anche S. ROVASIO, *La campagna di affermazione civile: come e perché è nata*, in R. BIN – G. BRUNELLI – A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (cur.), *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, Torino, 2010 e G.M. FELICETTI, *Le coppie che ricorrono alla Corte sono la*

Come già avvenuto di fronte al Tribunale di Venezia ed alla Corte d'Appello di Trento, il giudice *a quo* ha, prima di investire della questione la Consulta, argomentato circa le ragioni che impediscono un'interpretazione delle norme rilevanti nel senso di un'estensione dell'istituto del matrimonio anche a persone dello stesso sesso e, solo in un momento (logicamente) successivo, motivato circa la rilevanza (invero abbastanza scontata) e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale⁶. L'impossibilità di addivenire ad un'interpretazione estensiva delle norme civilistiche sul matrimonio è argomentata dal giudice rimettente a partire dall'art. 12 delle c.d. preleggi, che «impone d'interpretare le norme senza stravolgere il significato delle parole attraverso le quali si manifesta l'intenzione del legislatore» e induce quindi a ritenere che la nozione (evidentemente anche quella *giuridica*) di matrimonio possa essere ricavata con l'aiuto del dizionario, secondo il quale esso deve appunto essere inteso come «il rapporto di convivenza dell'uomo e della donna»⁷. Da questo punto di vista, dunque, omettere la proposizione della questione di legittimità costituzionale superando in via interpretativa i dubbi sorti sarebbe risultato, in effetti, praticamente difficile, oltre che non perfettamente in linea con quella giurisprudenza costituzionale (non sempre concretamente rispettata) che definisce il tenore letterale della disposizione come l'elemento che «segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale»⁸.

punta di un iceberg sommerso, ivi. Assai simile, peraltro, è la vicenda processuale che ha offerto al Tribunale costituzionale portoghese l'occasione di pronunciarsi sul matrimonio fra persone dello stesso sesso, anch'essa incentrata sui ricorsi di coppie omosessuali contro il rifiuto dell'Ufficio dello Stato Civile di procedere alle pubblicazioni; v. Tribunal Constitucional de Portugal, 8 aprile 2010, n. 121/2010, in *Foro it.*, 2010, IV, 273, con nota di P. PASSAGLIA, *Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica*. Si attende a breve, peraltro, anche una decisione del *Conseil Constitutionnel* sul punto, recentissimamente investito di una *question prioritaire de constitutionnalité* da parte della *Cour de cassation (première chambre civile, arrêt n. 1088 del 16.11.2010)* avente ad oggetto gli artt. 75 e 144 del *Code civil* interpretati nel senso in cui precludono l'accesso al matrimonio delle coppie omosessuali, della cui costituzionalità si dubita sia in riferimento ai preamboli alle Costituzioni del 1946 e del 1958 (parte del *bloc de constitutionnalité*) che in riferimento all'art. 66 della Costituzione del 1958, che obbliga l'autorità giudiziaria alla garanzia delle libertà individuali.

⁶ Il tribunale di Venezia aveva infatti ritenuto che interpretare le norme rilevanti nel senso di consentire l'accesso al matrimonio alle coppie di persone dello stesso sesso costituisse una forzatura non consentita ai giudici ordinari, ma certamente consentita a quello costituzionale, mentre la Corte d'Appello di Trento aveva concluso che, pur nell'inesistenza di una norma espressamente diretta al divieto di matrimonio *same sex*, «dall'esame della disciplina complessiva è chiaramente ricavabile un principio fondamentale da cui si evince che il matrimonio è stato concepito e configurato al fine di regolamentare l'unione tra individui di sesso diverso nonché i rapporti giuridici ad essa inerenti e da essa nascenti». Quanto, invece, alla motivazione circa la non manifesta infondatezza della questione sollevata, si deve rilevare che il giudice rimettente ha ritenuto che le ordinanze di rinvio della Corte di Appello di Trento e del Tribunale di Venezia contenessero «argomentazioni pregevoli e di ampio respiro» e che fosse dunque semplicemente il caso di rinviare «in linea di massima alle corpose motivazioni dei giudici già remittenti, [limitandosi] ad aggiungere brevi considerazioni» circa la sospetta incostituzionalità della preclusione al matrimonio rispetto all'individuo di orientamento omosessuale, sia dal punto di vista proprio della tutela dei suoi diritti inviolabili, sia dal punto di vista della supposta violazione del principio di non discriminazione, e dovendosi dunque concludere che «se [...] nessuna forma di ostracismo per i legami omosessuali trova fondamento nell'attuale realtà giuridica e sociale, ormai avvezza al pluralismo delle esperienze e delle sensibilità in cui può astrattamente manifestarsi l'assetto dei rapporti in senso lato familiari, non si scorge quale valore costituzionale antitetico possa seriamente controbilanciare l'accesso al matrimonio reclamato a gran voce dagli individui d'inclinazione omosessuale».

⁷ Dizionario *Devoto-Oli*, citato nell'ordinanza. Per quanto per certi versi singolare, il ricorso al dizionario per la individuazione della nozione di matrimonio rilevante per il diritto non è un inedito assoluto: già altro giudice, infatti, aveva ritenuto che la nozione accolta dal legislatore fosse proprio quella ricavabile «consultando un qualsiasi dizionario della lingua italiana»; v. Trib. Roma, 28 giugno 1980, cit. Peraltro, deve rilevarsi che non mancano dati di natura squisitamente giuridica per sostenere la natura eterosessuale del matrimonio per come disegnato dalle disposizioni codicistiche; in particolare, anche tralasciando l'analisi – forse più complessa – delle norme sulla filiazione e di quelle sul divorzio, basterebbe probabilmente porre l'accento sull'art. 107 cod. civ., ove è palese il riferimento al «marito» ed alla «moglie».

⁸ V. Corte cost., n. 219 del 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 3420, con osservazione di E. TURCO, *La riparazione della custodia cautelare eccedente l'entità della pena irrogata: la Consulta dilata gli argini dell'art. 314 c.p.p.* A favore, invece, di una soluzione ermeneutica volta a risolvere il dubbio di costituzionalità attraverso un'interpretazione conforme delle disposizioni impugnate v. A. REALE, *Giudice ordinario e interpretazione delle norme giuridiche*, in *La «società naturale»*..., cit.

Ulteriore elemento probabilmente degno di osservazione, che vale invece a differenziare (almeno in certa misura) l'ordinanza in commento dalla sentenza 138, concerne la differenza di oggetto e di parametro dei due giudizi: le norme indubiate sono infatti, in questo caso, soltanto gli artt. 107, 108, 143, 143**bis** e 156**bis** del codice civile, rispetto ai quali il dubbio di costituzionalità che la Corte è chiamata a risolvere concerne i soli parametri degli artt. 2, 3 e 29 della Costituzione⁹. A prescindere, però, dai termini del giudizio di costituzionalità, probabilmente identici nella sostanza a quelli relativi alle q.l.c. già decise¹⁰, la Corte ha ritenuto di riunire in un unico giudizio le sole questioni introdotte dalla Corte di Appello di Trento e dal Tribunale di Venezia, *rimandando* la decisione sull'ordinanza fiorentina alla pronuncia in commento.

Quanto al contenuto della decisione della pronuncia in commento, in essa il Giudice costituzionale, ripercorse brevemente le ragioni esposte dal rimettente, si limita a rilevare che la Corte «ha già esaminato la questione di legittimità costituzionale delle norme in questa sede censurate, in riferimento ai parametri costituzionali qui richiamati» e che, poiché «non risultano qui allegati profili diversi o ulteriori, idonei a superare gli argomenti addotti nella precedente pronuncia» la questione va dichiarata manifestamente inammissibile in riferimento all'art. 2 e manifestamente infondata in riferimento agli artt. 3 e 29, in piena aderenza (né ci si poteva verosimilmente aspettare che la Corte giungesse a conclusioni differenti) con quanto affermato nella sentenza n. 138.

2. I diritti dei componenti la coppia omosessuale: uno sguardo al possibile assetto futuro della loro tutela.

Volendo provare a immaginare quali possano essere gli sviluppi futuri della vicenda in oggetto, vi è da chiedersi, in primo luogo, se sia verosimile aspettarsi indicazioni da parte della Corte costituzionale ulteriori rispetto quelle ricavabili dalla sentenza n. 138 (e da quelle, sostanzialmente identiche, ricavabili dalla decisione in commento) al momento in cui verrà decisa la questione promossa dall'ordinanza del Tribunale di Ferrara; in secondo luogo, se sia plausibile un intervento del legislatore, stante l'ossequio prestato alla sua discrezionalità¹¹, volto a dettare una disciplina organica della materia, e quale potrebbe essere l'esito di un eventuale giudizio di costituzionalità su tale normativa; infine, quale potrà essere il ruolo che la Corte, da un lato, ed i giudici comuni, dall'altro, potranno svolgere in relazione alla tutela dei diritti delle coppie omosessuali (e degli individui che le compongono) nei prossimi anni. Sembra, in effetti, che dal modo in cui

⁹ Si ricorderà, infatti, che l'ordinanza della Corte d'Appello di Trento e quella del Tribunale di Venezia avevano ad oggetto anche gli artt. 93, 96 e 98 cod. civ., e che il giudice Veneziano aveva sollevato la questione anche in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost.: dal giudizio definito con l'ordinanza in commento dunque sono (formalmente) escluse quelle disposizioni tese a regolare gli adempimenti riguardanti le formalità preliminari al matrimonio, con specifico riferimento alle pubblicazioni.

¹⁰ Al punto che si era affermato, all'indomani della proposizione dei dubbi di costituzionalità da parte dei giudici *a quibus*, che «allo stato attuale sono rilevabili quattro ordinanze di rinvio alla Corte costituzionale, che per la omogeneità relativa all'oggetto e ai parametri invocati, verranno ragionevolmente riunite in un unico giudizio»; v. N. PIGNATELLI, *Dubbi di legittimità costituzionale sul matrimonio "eterosessuale": profili processuali e sostanziali*, in www.forumcostituzionale.it.

¹¹ Brevemente, si ricorda solo che secondo quanto si legge nella sentenza 138, il diritto dei componenti della coppia omosessuale al riconoscimento giuridico della loro condizione sarà ottenuto «nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge»; sul ricorso alle pronunce di inammissibilità nelle *political questions* e sul correlato rischio di creazione di diritti costituzionali accertati, ma non tutelati, v., da ultimo, E. ROSSI, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore*, prerelazione per il convegno ventennale dell'associazione «Gruppo di Pisa», 12 novembre 2010.

questi diversi fattori potranno agire, e soprattutto dal modo in cui si combineranno (se si combineranno), deriverà l'assetto futuro del riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali, nonché dei diritti (e doveri) dei soggetti che le compongono.

2.1. L'*ultima* ordinanza.

Alla Corte costituzionale resta da decidere, ad oggi, la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Ferrara nel dicembre scorso¹², anch'essa sorta in un giudizio *a quo* avente ad oggetto il ricorso promosso da una coppia di persone dello stesso sesso avverso il provvedimento dell'Ufficiale dello Stato Civile di rifiuto di procedere alla pubblicazione di matrimonio.

Data la sostanziale identità sia delle situazioni concrete all'origine delle vicende processuali che delle richieste avanzate dalle parti, anche l'*iter* argomentativo del giudice ferrarese appare, in prima analisi, affine a quello degli altri rimettenti, con particolare riferimento alle argomentazioni del giudice di Venezia. Anche in questa occasione, infatti, il giudice *a quo* osserva preliminarmente che «in mancanza di modifiche legislative in materia, il nostro ordinamento non ammette il matrimonio tra omosessuali» rinvenendo il relativo divieto in una serie di disposizioni del codice civile, oltre che nell'ordinamento dello stato civile (d.p.r. 396/2000)¹³. Il rimettente esclude dunque di poter addivenire ad un'interpretazione della normativa rilevante tale da garantire alle coppie omosessuali l'accesso all'istituto e, solo successivamente, motiva (ampiamente) circa la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione proposta. A tal proposito, il primo dei dubbi sollevati dal giudice *a quo* concerne la compatibilità del divieto di matrimonio omosessuale con l'art. 2 Cost., sul presupposto che «il diritto di sposarsi configura un diritto fondamentale della persona» e con l'avvertenza che ad esso non corrisponde affatto il diritto delle coppie omosessuali di avere figli adottivi, che deve evidentemente essere ritenuto (ontologicamente e) giuridicamente distinto da quello. Secondo parametro di riferimento invocato dal giudice è l'art. 3 Cost.; infatti, coerentemente con l'impostazione dell'ordinanza, «poiché il diritto di contrarre matrimonio è un momento essenziale di espressione della dignità umana, esso deve essere garantito a tutti», anche alla luce delle innovazioni portate all'ordinamento dalla l. 164/1982, che ha consentito senz'altro la celebrazione del matrimonio «tra soggetti dello stesso sesso biologico ed incapaci di procreare»¹⁴. Infine, e con riferimento al primo comma dell'art. 29 (espressamente definito «disposizione in sé neutra»), il giudice rimettente ne suggerisce un'interpretazione evolutiva, sganciata dall'*original intent* del Costituente, nell'ambito della quale per *famiglia* si possa intendere «quella associazione totale di vita tra due persone non semplicemente diretta a soddisfare in via privata degli affetti, ma avente un interesse pubblico il cui atto fondativo deve essere serio, consapevole, responsabile e dichiarato di fronte alla

¹² Trib. Ferrara, ord. 11.12.2009, in G.U., 1° s.s., 16 giugno 2010, iscritta al reg. ord. n. 169/2010.

¹³ Appare tuttavia abbastanza singolare che il rimettente, non senza una certa contraddittorietà di fondo, pur indicando le norme del codice civile e dell'ordinamento dello stato civile il cui «chiaro tenore [...] esclude la possibilità di un matrimonio tra persone dello stesso sesso», abbia cura di premettere, introducendo le proprie argomentazioni, che «il codice civile non indica espressamente la differenza di sesso fra i requisiti per contrarre matrimonio».

¹⁴ Nel sostenere che l'identità di sesso biologico non possa essere invocata per escludere gli omosessuali dal matrimonio sulla base della disciplina prevista per i transessuali, infatti, si ritiene che debba essere precisato come la persona transessuale non muti, neanche con l'intervento chirurgico, il proprio sesso biologico, ma solo quello esteriore e – per così dire – *artificialmente attribuito*.

comunità»¹⁵. Non pare quindi di poter evidenziare, in riferimento all'atto introduttivo della questione di legittimità costituzionale ancora da decidere, la presenza di argomentazioni nettamente differenti rispetto a quelle fatte proprie dagli altri rimettenti, né, a ben vedere, ulteriori ad esse; deve certamente, però, rilevarsi che il giudice ferrarese non sembri voler insistere particolarmente sull'illegittimità costituzionale del divieto di matrimonio omosessuale in relazione all'art. 29 Cost., ma preferisca concentrare le proprie osservazioni sui parametri costituiti dagli artt. 2 e 3 della Costituzione, sottolineando che è proprio dalla natura di diritto fondamentale del diritto di sposarsi, da declinarsi sia nella sua accezione positiva che negativa¹⁶, che dovrebbe emergere la necessità di garantirlo a tutti evitando discriminazioni basate sulle condizioni personali e sociali, e dunque illegittime.

Sulla base della brevissima analisi delle deduzioni del giudice rimettente, e rilevato come anche in questo caso non vi sia completa identità di oggetto e di parametro fra questo giudizio e quelli precedentemente definiti¹⁷, deve concludersi che non è verosimile immaginare che la Corte ritenga di addivenire a soluzioni diverse da quelle già raggiunte nella sentenza 138 e confermate dalla pronuncia in commento. Più ragionevole appare, invece, prevedere che la Consulta tornerà a rilevare di aver già esaminato la questione di legittimità costituzionale delle norme che impediscono l'accesso al matrimonio alle coppie omosessuali, nuovamente dichiarandola (manifestamente) inammissibile rispetto all'art. 2 Cost. e (manifestamente) infondata in riferimento agli artt. 3 e 29 Cost.

2.2. L'improbabile intervento del legislatore.

Se, dunque, appare improbabile ipotizzare che la Corte si esprima, giudicando della questione di legittimità costituzionale promossa nel giudizio principale in corso di fronte al giudice di Ferrara, diversamente da come si è espressa sino ad oggi, occorre pur sempre rilevare che la Consulta non è stata chiamata a giudicare della legittimità costituzionale di una legge volta ad estendere l'accesso al matrimonio alle coppie omosessuali, ma ad introdurre, in assenza di una qualsiasi legislazione sul tema, una rilevante modifica dell'istituto matrimoniale, la cui intera disciplina (non solo codicistica) senz'altro postula la diversità di sesso

¹⁵ Non dissimile appare la concezione di famiglia elaborata, nel campo del diritto penale, rispetto all'ambito di applicazione del delitto di maltrattamenti in famiglia, in riferimento al quale si è inteso che «il richiamo contenuto nell'art. 572 c.p. alla "famiglia" deve intendersi riferito ad ogni consorzio di persone tra la quali, per strette relazioni e consuetudini di vita, siano sorti rapporti di assistenza e solidarietà per un apprezzabile periodo di tempo»; v., *ex multis* e da ultimo, Cass. pen., sez. VI, 22 maggio 2008, n. 20647, in *Riv. pen.*, 2008, 9, 881. Del resto è stato osservato che il matrimonio stesso è una formazione sociale e che, dunque, «la sua speciale posizione non impedisce che le comunità di vita fondate sulla convivenza acquisiscano la protezione dell'art. 2 Cost., ove realizzino il mutuo affetto e sostegno»; v. M. MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in questa rivista, n. 0 del 2010. Con specifico riferimento alle coppie omosessuali, la loro qualificazione quali formazioni sociali era già affermata, in dottrina, sin dai primi anni ottanta; v. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 358, seppur sostanzialmente negata, anche recentemente, dal Consiglio Episcopale Permanente; v. C. PINELLI, *La nota del Consiglio Episcopale Permanente e le norme costituzionali in tema di famiglie e formazioni sociali*, in questa rivista, 22 maggio 2007.

¹⁶ Si legge infatti nell'ordinanza che il diritto di sposarsi «è un diritto inteso sia nella sua accezione positiva di libertà di contrarre matrimonio con la persona prescelta (così anche Corte cost. n. 445/2002), sia in quella negativa di libertà di non sposarsi e di convivere senza formalizzare l'unione (così Corte cost. 13-5-1998, n. 166)».

¹⁷ Le disposizioni indubiate dalla Corte ferrarese sono infatti gli artt. 93, 96, 98, 197, 108, 143, 143bis, 156bis e 231 del codice civile e, anche in questo caso, manca ogni riferimento all'art. 117, comma 1, Cost. (il riferimento è ovviamente al dispositivo, mentre nel corpo motivazionale dell'atto è presente il richiamo espresso all'ambito sovranazionale).

dei coniugi¹⁸. Tale considerazione, nonché quella del riconoscimento espresso della qualificazione dell'unione omosessuale come formazione sociale ai sensi dell'art. 2 Cost. e del «diritto fondamentale» dei soggetti che formano tale unione «di vivere liberamente una condizione di coppia» induce ad interrogarsi circa il ruolo che il legislatore potrebbe svolgere nel garantire il riconoscimento giuridico di tale condizione e dei diritti ad essa connessi.

Ove infatti si dovesse ritenere che le argomentazioni della Corte fondino limiti all'interpretazione estensiva delle norme vigenti, ma non alla loro riformulazione per via legislativa, non si dovrebbe poter escludere che un eventuale intervento del legislatore, potenzialmente diretto all'introduzione del matrimonio omosessuale, sia da considerarsi costituzionalmente legittimo, poiché «gli argomenti oggi usati ai fini del rigetto della questione di costituzionalità del vigente complesso normativo (ostativo alla celebrazione di nozze *same sex*) non varrebbero affatto per dichiarare l'incostituzionalità della nuova disciplina che consentisse il matrimonio tra persone dello stesso sesso»¹⁹. Diversamente, ove si dovesse ritenere non solo che la Costituzione non impone l'estensione della disciplina del matrimonio civile alle unioni omosessuali, ma anzi che radicalmente la vieta, risulterà precluso tanto all'interprete quanto al legislatore «spingersi fino al punto di incidere sul nucleo della norma» costituzionale che conferma il paradigma eterosessuale del matrimonio e del rapporto di coniugio²⁰.

Incerto appare dunque l'esito della vicenda anche nel caso in cui fosse il legislatore (ordinario) a introdurre il matrimonio omosessuale nell'ordinamento italiano; da un lato, il rapporto tra giudice costituzionale e legislatore potrebbe considerarsi delineato negli stessi termini in cui lo ha inteso la Corte portoghese, dapprima escludendo che la Costituzione imponesse l'apertura al matrimonio omosessuale ed in un secondo momento, intervenuto il legislatore, ritenendo tale estensione consentita; dall'altro, non mancano elementi nelle decisioni rese dalla Corte costituzionale sul matrimonio omosessuale che inducono a ritenere completamente preclusa la possibilità di un suo riconoscimento per via legislativa. È questo, in effetti, un nodo argomentativo centrale, che peraltro le due decisioni rese dalla Corte sul matrimonio omosessuale non sembrano chiarire definitivamente: da un lato, infatti, la Corte afferma che l'aspirazione al riconoscimento dell'unione omosessuale non può realizzarsi «soltanto attraverso una equiparazione» con il regime

¹⁸ A tal proposito occorre rilevare che, ove si dovesse concludere che comunque il divieto di matrimonio omosessuale sia di per sé incostituzionale, senz'altro «l'incostituzionalità è altrettanto grave e va rimossa sia che derivi da una scelta legislativa esplicita che da una sua (voluta e persistente) omissione» (così A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in www.forumcostituzionale.it); per altro verso, però, ragioni di opportunità possono indurre a ritenere che in una decisione avente ad oggetto una legge eventualmente introduttiva del matrimonio omosessuale la Corte sarebbe potuta giungere a conclusioni non identiche a quelle affermate nella sentenza 138.

¹⁹ B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in corso di pubblicazione in *Giur. cost.*, n. 3 del 2010 e reperibile in questa rivista. In particolare, secondo l'Autrice, la decisione della Corte preclude l'attività interpretativa che proceda direttamente al riconoscimento dell'accesso al matrimonio da parte di coppie omosessuali (sia essa attività del giudice comune o di quello costituzionale), *chiudendo* così rispetto all'integrazione per via giudiziaria, ma *aprendo* alla trasformazione legislativa.

²⁰ In tal senso v. A. PUGIOTTO, *op. ult. cit.*; cfr. F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro it.*, 2010, I, 1369, secondo il quale «il parlamento italiano [...] ha dinanzi a sé diverse alternative onde provvedere a «sanare» l'attuale assenza di tutela dei diritti delle coppie omosessuali. Tra le varie opzioni soltanto una parrebbe preclusa: la scelta di estendere il regime matrimoniale alle coppie omosessuali. Arduo infatti ritenere che una tale soluzione possa farsi rientrare tra quelle «né obbligate, né impedita» nell'ordinamento italiano vigente; più ragionevole appare invece concludere che, alla luce dell'interpretazione dell'art. 29 Cost. operata dalla Corte, una tale prospettiva debba essere ritenuta incostituzionale, non potendo il legislatore ordinario attribuire al concetto di matrimonio un significato incompatibile con quello di «famiglia come società naturale» delineato dalla Carta costituzionale».

matrimoniale, lasciando intravedere la possibilità che essa possa però realizzarsi *anche ed eventualmente* tramite tale equiparazione, in ipotesi attuata con intervento del legislatore ordinario; d'altro lato, però, la Corte afferma anche che l'interpretazione evolutiva dell'art. 29 Cost. «non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma» che, quindi, confermerebbe il paradigma eterosessuale del matrimonio, con la conseguenza di rendere costituzionalmente illegittima la legge ordinaria introduttiva del matrimonio *same sex* che il legislatore italiano intendesse adottare²¹.

A prescindere, però, dall'interpretazione del dispositivo della sentenza 138 e dell'ordinanza in commento (e soprattutto dalla sua interpretazione in relazione alle argomentazioni contenute nel *Considerato in diritto* della prima decisione)²² non pare che il parlamento italiano abbia dimostrato particolare sensibilità alle tematiche e, in particolar modo dopo una sentenza della Consulta che sembra poter essere interpretata (anche) nel senso di precludere un intervento del legislatore introduttivo del matrimonio *same sex*, è difficile immaginare che l'attuale maggioranza intenda includere nella propria *agenda politica* un simile impegno²³.

Certamente, però, un intervento del legislatore sembra richiesto dalla Corte, per quanto attraverso un monito relativamente *debole*²⁴, al fine di dettare una disciplina organica²⁵ volta al riconoscimento giuridico del diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia. Anche a tal proposito, tuttavia, non può sfuggire che di fronte ad un legislatore verosimilmente poco attento ai diritti delle coppie omosessuali l'invito ad attivarsi «nei tempi» preferiti inevitabilmente rischia di non essere colto, con la conseguenza che il diritto fondamentale a vivere liberamente una condizione di coppia, non potendo certamente restare privo di tutela, ove essa venga domandata sarà verosimilmente garantito dai giudici comuni e da quello costituzionale.

2.3. Il ruolo della Corte e dei giudici comuni.

Quanto alle modalità concrete attraverso le quali garantire il diritto dei componenti dell'unione omosessuale a vivere liberamente la propria condizione di coppia, occorre premettere che certamente dal riconoscimento di tale diritto non potrà che derivare la necessità di apprestarne la dovuta tutela di fronte ad eventuali violazioni o menomazioni.

21 V. la ricostruzione sul punto di P. Veronesi, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium iuris*, n. 10 del 2010, 997 ss.

22 Per una critica dello strumentario processuale adoperato dalla Corte per tradurre in un dispositivo congruente le argomentazioni addotte in motivazione v. P.A. CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quad. cost.*, 2010, 361 ss.

23 Ciò anche in considerazione del fatto che iniziative culturalmente ben più rassicuranti di quelle eventualmente volte all'introduzione nell'ordinamento italiano del matrimonio omosessuale sono comunque presto *naufagate*; in particolare sui c.d. *Dico* v. almeno E. ROSSI, *La costituzione e i Dico, ovvero della difficoltà di una disciplina legislativa per le convivenze*, in *Pol. dir.*, 2008, 107; S. TROILO, *I progetti di legge in materia di unioni di fatto: alla ricerca di una difficile coerenza con i principi costituzionali*, in B. PEZZINI (cur.), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Napoli, 2008, 219 ss.; L. BARBIERA, *Le convivenze paraconiugali – dai Pacs ai Dico*, Bari, 2007; G. DE MARZO, *Brevi considerazioni sul disegno di legge in tema di Dico*, in *Foro it.*, 2007, V, 61; M. DOGLIOTTI – A. FIGONE, *Famiglia di fatto e Dico: un'analisi del progetto governativo*, in *Famiglia e dir.*, 2007, 416; R. ALESSE, *Quando i «dico» non trovano «pacs»*, in *Quad. cost.*, 2007, 838; N. PIGNATELLI, *I Dico tra resistenze culturali e bisogni costituzionali*, in *Questione giustizia*, 2007, 249; I. AMBROSIO – F. BASILE, *I Dico: cronaca di una morte annunciata?*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2007, 376; G. GIACOBBE, *Famiglia e Dico: una impossibile convivenza*, in *Legalità e giustizia*, 2006, 191.

24 Si noti, a tal proposito, che in dottrina si è anche sostenuto che l'invito rivolto dalla Corte al legislatore sia formulato in termini così poco incisivi da non costituire neppure un vero e proprio monito; v. ancora P. Veronesi, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, cit.

25 La necessità di una disciplina organica, che permetta di escludere la (fuorviante) logica del *caso per caso*, sembra essere sostenuta dalla Consulta laddove invita il legislatore a predisporre gli strumenti normativi necessari ad un riconoscimento giuridico «con i connessi diritti e doveri» del diritto in questione.

Tale compito risulterà anzitutto affidato, se il legislatore dovesse – come pare ragionevole attendersi – rimanere inerte, ai giudici comuni e, nell’ambito dello *spazio* che la Corte ha inteso riservare a se stessa, anche a quello costituzionale; ove infatti un giudice ritenesse la sussistenza di un diritto fondamentale in capo ad un soggetto, deve escludersi che si possa addivenire ad una soluzione del caso concreto inidonea a garantirne la tutela²⁶, eventualmente richiedendosi al giudice (anche comune) di ricercare *in prima persona*, seppur in una situazione caratterizzata dalla carenza di disciplina legislativa, l’interpretazione idonea ad assicurare la protezione dei beni costituzionali la cui titolarità in capo al soggetto è riconosciuta²⁷.

Quanto all’ambito all’interno del quale dovrebbe risultare declinato l’intervento della Corte costituzionale, è la Consulta stessa a definirlo, precisando 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», però «restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d’intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze *more uxorio*)», posto che «può accadere [...] che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa corte può garantire con il controllo di ragionevolezza».

Non sembra, dunque, che si possa nutrire alcun dubbio sulla possibilità che la Corte intervenga, ove opportunamente sollecitata dai giudici comuni, ad eliminare (o *correggere*) i molti aspetti della vigente disciplina che possano determinare irragionevoli discriminazioni a danno delle coppie omosessuali (e degli individui che le compongono). Probabilmente, però, in termini più dubitativi si può affermare che la Corte possa rigidamente muoversi sui binari della sua pregressa giurisprudenza in tema di *coppie di fatto*²⁸, e ciò non tanto perché coppie eterosessuali ed omosessuali siano ontologicamente incomparabili, quanto perché è l’ordinamento, nel precludere alle seconde l’accesso al matrimonio, ad imporne una considerazione differente rispetto alle prime.

Del resto proprio la Corte costituzionale, in una sua meno recente decisione, ha chiarito che una completa equiparazione fra coppie eterosessuali di fatto e coppie coniugate risulterebbe lesiva dei diritti (anche costituzionalmente tutelati) dei componenti la coppia di fatto, i quali hanno pur sempre esercitato una scelta in tal senso, così che «la imposizione di norme, applicate in via analogica, a coloro che non hanno voluto assumere i diritti e i doveri inerenti al rapporto coniugale si potrebbe tradurre in una inammissibile violazione della libertà di scelta tra matrimonio e forme di convivenza»²⁹. Lo stesso argomento, evidentemente, non risulta applicabile, quantomeno non *automaticamente*, alle coppie formate da individui dello stesso sesso,

²⁶ In tal caso, infatti, si realizzerebbe una violazione del divieto di *non liquet*, che senz’altro deve considerarsi principio vigente (anche) nell’ordinamento italiano ai sensi del riferimento al «diniego di giustizia» di cui all’art. 3 della l. 117/1988; v. A. PIZZORUSSO, *Il caso Welby: il divieto di non liquet*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2007, 355 ss.

²⁷ V., in termini, Corte cost., n. 347 del 1998, in *Foro it.*, 1998, I, 3042.

²⁸ Su cui v. almeno S. ROSSI, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in B. PEZZINI (cur.), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto*, cit. e S. ASPREA, *La famiglia di fatto*, Milano, 2009.

²⁹ Corte cost., n. 166 del 1998, in *Giur. it.*, 1998, 1783, con osservazione di COSSU, in cui si legge anche che «la convivenza *more uxorio* rappresenta l’espressione di una scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito in dipendenza dal matrimonio: da ciò deriva che l’estensione automatica di queste regole alla famiglia di fatto potrebbe costituire una violazione dei principi di libera determinazione delle parti».

poiché la loro condizione di *coppia di fatto* non è conseguenza di una scelta dei soggetti direttamente coinvolti, ma di una scelta del legislatore (e del giudice costituzionale).

Quanto, invece, al ruolo che potranno svolgere i giudici comuni, esso pare dipendere soprattutto dalla portata che, nel prossimo futuro, assumerà l'affermazione della Corte circa il diritto di vivere liberamente la condizione di coppia, la cui titolarità è riconosciuta in capo ai soggetti dell'unione omosessuale.

Se, infatti, i giudici intenderanno prestare tutela a tale diritto *in prima persona*, senza cioè tornare a coinvolgere la Corte, allora risolveranno essi stessi, come spesso avvenuto per le coppie di fatto eterosessuali, il complesso bilanciamento fra i diritti dei componenti la coppia omosessuale ed i diritti o principi che con essi potranno configgere. In tal senso, potrebbe forse ipotizzarsi che i giudici possano estendere alle coppie omosessuali, in via interpretativa, le risultanze dei (pochi) interventi legislativi e giurisprudenziali sinora posti in essere a tutela delle coppie di fatto eterosessuali. Così, potrebbe concludersi che il diritto a vivere liberamente la propria condizione di coppia postuli, ad esempio, l'applicabilità alle coppie omosessuali della disciplina di cui alla l. 354/1975 in tema di permessi ai detenuti, o della giurisprudenza di legittimità in tema di maltrattamenti in famiglia e di impresa familiare³⁰.

Resta scontato che tal modo di procedere, pur essendo idoneo ad assicurare una qualche forma di tutela di fronte a regimi giuridici riconosciuti come discriminatori, comporta pur sempre l'esistenza del rischio naturalmente connesso alla logica del «caso per caso», che crea non pochi problemi all'interprete e rischia di determinare delle vistose diseguaglianze, talvolta persino inevitabili in assenza di una disciplina organica della materia. Tuttavia, ed in certa misura *paradossalmente*, proprio questo approccio potrebbe *mettere in mora* il legislatore più di quanto non abbia potuto (voluto) fare la Corte: di fronte a livelli di tutela differenti, assicurati dai diversi giudici chiamati a risolvere i singoli casi devoluti alla loro cognizione, potrebbe infatti emergere con maggior forza la necessità di un intervento del legislatore, volto a dettare (almeno) le linee essenziali di una disciplina di portata generale.

³⁰ Proprio in tema di impresa familiare v. Cass., 15 marzo 2006, n. 5632, in *Famiglia, persone e successioni*, 2006, 995.