

“FAMIGLIE” DI OMOSESSUALI E FAMIGLIE DI TRANSESSUALI: QUALI PROSPETTIVE DOPO CORTE COST. N. 138 DEL 2010?

SOMMARIO: 1. L'opzione di metodo qui fatta per uno studio che si interroghi circa le prospettive aperte, in merito all'accesso al matrimonio di persone dello stesso sesso, dall'orientamento espresso dalla Corte costituzionale, senza tornare a discutere della solidità d'impianto ed interna coerenza di quest'ultimo ma muovendo dai punti fermi fissati nella sent. n. 138 del 2010. – 2. I vari modi d'intendere il dettato costituzionale sulla famiglia (con specifico riguardo alla tesi che ne svislisce il significato, rilevando una supposta incoerenza nella relativa definizione), il rimando dalla Carta fatto alla nostra tradizione, in tal modo incorporata nella lettera dell'enunciato costituzionale, e la conseguente necessità di far ricorso alla via della revisione costituzionale in vista del suo eventuale superamento, fatto nondimeno salvo il caso che quest'ultimo possa essere sollecitato da una (allo stato, però, insussistente) indicazione della giurisprudenza europea. – 3. La tesi secondo cui la chiusura al matrimonio fatta nei riguardi degli omosessuali concreterebbe una violazione del principio di eguaglianza e la sua critica, in nome del bisogno di ambientare la valutazione circa il rispetto dell'eguaglianza stessa entro l'area segnata dall'art. 29, con riferimento cioè alla nozione costituzionale di “famiglia”. La questione riguardante i tratti di omogeneità (che pertanto richiedono uniformità di trattamento) e quelli di disomogeneità (che giustificano un regime differenziato) delle coppie di omosessuali rispetto alle coppie di coniugati. – 4. Ancora sul richiamo fatto dalla Carta alla tradizione che, una volta fattasi disposizione normativa, pure a seguito della sua eventuale (ma fortemente discussa e discutibile) trasformazione, obbligherebbe in ogni caso a far luogo alla revisione costituzionale al fine di consentire agli omosessuali l'accesso al matrimonio. – 5. Dalla disciplina relativa ai transessuali una conferma del carattere eterosessuale della coppia coniugata: la questione relativa allo scioglimento del matrimonio dapprima contratto dal transessuale e l'ipotesi che lo stesso sia invece tenuto fermo, anche (e soprattutto) nell'interesse dei figli, previo però un riconoscimento in tal senso con legge costituzionale in deroga all'art. 29. – 6. Una succinta notazione finale: si rende palese il bisogno di una disciplina legislativa duttile, che quindi si rimetta a soluzioni articolate e differenziate nella pratica giuridica (specie giudiziale) e che abbia la sua stella polare, al fine di stabilire quanta parte del regime relativo alla coppia coniugata possa estendersi alla coppia di omosessuali, in particolar modo nell'interesse preminente della prole.

1. L'opzione di metodo qui fatta per uno studio che si interroghi circa le prospettive aperte, in merito all'accesso al matrimonio di persone dello stesso sesso, dall'orientamento espresso dalla Corte costituzionale, senza tornare a discutere della solidità d'impianto ed interna coerenza di quest'ultimo ma muovendo dai punti fermi fissati nella sent. n. 138 del 2010

La condizione degli omosessuali vive, da noi come altrove, un tempo di attesa, segnato da molte incertezze ed anche vera e propria inquietudine: il passaggio dallo stato attuale ad un altro (con specifico riguardo al riconoscimento a tali soggetti del diritto ad accedere al matrimonio) si teme, infatti, da parte di alcuni che possa mettere in crisi la struttura stessa della società e, di riflesso, dello Stato, nel mentre, dal fronte opposto, si replica da parte di altri che se ne avrebbe un guadagno sia per i singoli che per la società e lo Stato, un significativo passo in avanti nelle conquiste di libertà e un autentico progresso per l'intera collettività. In un caso e nell'altro, si tratterebbe di una svolta, di una “rivoluzione” epocale, di ordine culturale prima ancora che giuridico, gravida di implicazioni e valenze.

* Intervento alle IV Giornate italo-spagnolo-brasiliane di Diritto Costituzionale su *Le discriminazioni in base all'orientamento sessuale (la condizione degli omosessuali e dei transessuali nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale)*, Fortaleza (Brasile) 20-21 ottobre 2011.

Se, in special modo, si torna a riflettere sulla vessata questione concernente l'accesso al matrimonio da parte di persone dello stesso sesso, verrebbe ad essere ripensata l'idea stessa di famiglia (o, meglio, una certa idea di famiglia); e, mutando la conformazione di questa, verrebbe ad essere ristrutturata su basi nuove la trama delle relazioni sociali fino ad esserne quindi coinvolta l'intera comunità politica organizzata¹. La famiglia, infatti, secondo una tesi risalente e tuttavia ad oggi largamente accreditata, preesiste allo Stato ed è, anzi, condizione di esistenza dello Stato stesso. Ad essere rigorosi, quest'ultimo non è davvero, fino in fondo, un ente "originario", come invece comunemente si pensa, dal momento che si costituisce come unione di individui legati dalla condivisione di bisogni elementari di vita e di valori alla luce dei quali quei bisogni richiedono di essere appagati, nella misura consentita dalle condizioni oggettive di contesto: unione di individui che, però, a loro volta, sono dapprima uniti in "famiglie". Di modo che può anche dirsi che lo Stato è, nella sua essenza, *aggregazione di famiglie* e che perciò non ci sarebbe in mancanza di queste. Poi, è anche vero che in seno alla comunità politica vi sono altre formazioni sociali parimenti originarie, a partire dalle confessioni religiose (forse, le prime, eccezion fatta per la famiglia, a venire storicamente alla luce), le quali possono non di rado (ed anzi perlopiù hanno) proiezione ultrastatuale, persino universale (com'è appunto per la Chiesa cattolica).

Di tutto ciò, com'è chiaro, non è questo il luogo per approfondimenti, interessando qui fermare l'attenzione unicamente sul rapporto tra famiglia e Stato.

Ora, il connotato originario della famiglia è stato messo a fuoco e posto in speciale rilievo dalla Carta costituzionale, con la definizione in essa data della famiglia stessa quale "società naturale fondata sul matrimonio". Si gioca tutta qui, attorno a questa formula, la partita avviata da quanti puntano al riconoscimento, presente o futuro², del matrimonio tra omosessuali.

Si è in molte sedi discusso, con varietà d'impostazione e svolgimenti, su questa cruciale questione, una discussione alla quale anche chi scrive non si è sottratto³. Non reputo tuttavia ora conveniente fare l'ennesimo racconto delle tesi, assai articolate e non di rado ben argomentate, prospettate dall'una e dall'altra parte⁴. Per quanto ciò non sia privo d'interesse teorico, francamente mi pare che giovi a poco, tanto più con riferimento ad opinioni manifestate prima della sent. n. 138 del 2010, con cui il giudice delle leggi ha fatto una buona volta chiarezza sull'annosa questione prendendo partito per uno degli schieramenti in campo, con talune precisazioni tuttavia di non secondario interesse, promettenti ulteriori sviluppi della vicenda. Con la decisione in parola, infatti, piaccia o no, siamo tutti chiamati a misurarci, per l'impulso che se ne potrebbe avere per certi svolgimenti della pratica giuridica a venire⁵. In questo studio mi interrogo dunque proprio su questi ultimi, muovendo dalle indicazioni date dalla Corte, della cui solidità di impianto e interna coerenza non intendo, per la mia parte, discutere, e ragionando piuttosto attorno alle prospettive che potrebbero anche tra non molto aprirsi, allo scopo di venire incontro, in forme comunque rispondenti al

¹ Intendo qui il sintagma nella sua più larga accezione, riferendomi sia, e in primo luogo, alle comunità costituite in Stati, cui nondimeno circoscrivo ora la mia analisi (con specifico riguardo allo Stato cui appartengo e nel quale vivo ed opero), e sia pure ad altre formazioni di ordine politico generale, tanto se preesistenti quanto se successive alla nascita degli Stati stessi, tra le quali principalmente, per ciò che qui maggiormente interessa, l'Unione europea, che tuttavia appare ad oggi essere un ente "costituzionale" *in progress* (sulla sua natura e complessiva conformazione, come pure sulle principali vicende che ne hanno segnato lo sviluppo e le prospettive della sua ulteriore evoluzione, può, volendo, vedersi P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*³, Giappichelli, Torino 2010).

² Presente, se si ammette che già l'attuale dettato costituzionale consenta il riconoscimento in parola, bisognoso quindi di aversi o a mezzo di una disciplina legislativa allo scopo adeguata ovvero a mezzo di un deciso intervento della giurisprudenza; futuro, se, di contro, si ritiene che il dettato stesso, così com'è, osti al riconoscimento in parola, per aversi il quale sarebbe giocoforza modificare la Carta costituzionale. Su tutto ciò, più avanti.

³ Ho rappresentato il mio punto di vista a più riprese: volendo, possono dunque vedersi i miei *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 4/2007, 751 ss., nonché in www.forumcostituzionale.it, e *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come "famiglie"*, Intervento al Seminario su *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Ferrara 26 febbraio 2010, a cura di R. Bin - G. Brunelli - A. Guazzarotti - A. Pugiotto - P. Veronesi, e-book, Giappichelli, Torino 2010, 307 ss., nonché in www.forumcostituzionale.it.

⁴ Un chiaro quadro delle principali opinioni sul tema può, ora, vedersi in R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 3/2011, del quale v. pure, utilmente, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Giur. cost.*, 2/2010, 1629 ss.; *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro it.*, 2010, I, 1367 ss., e, da ultimo, la relazione alle nostre Giornate, dal titolo *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali nell'esperienza italiana*, in *paper*, spec. al § 3.

⁵ La Corte ha quindi confermato l'impianto argomentativo della sent. n. 138 in altre decisioni (v., part., sent. n. 276 del 2010 e ord. n. 4 del 2011, con la nota di G. COSCO, *Le unioni omosessuali e l'orientamento della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 4/2011, 845 ss.).

modello costituzionale fattosi “diritto vivente”, a taluni pressanti, intensamente avvertiti bisogni dei soggetti che hanno orientamento omosessuale⁶.

La Corte – si diceva – ha messo dei punti fermi, talmente fermi da non aversene alcun segno che possa avallare l’ottimistico avviso espresso da una sensibile dottrina⁷ per prossime, sostanziali innovazioni al verdetto in parola, se non pure per dei veri e propri *revirements* giurisprudenziali. Per quanti sforzi abbia fin qui fatto, anche tentando di distaccarmi da mie convinzioni in precedenza rappresentate, non vedo infatti alcun appiglio, neppure in qualche passaggio argomentativo a mo’ di *obiter dictum* inscritto nella decisione⁸, che possa dar fiato all’avviso suddetto, incoraggiandone la riproposizione, nella speranza di far mutare idea al giudice costituzionale.

Il primo dei punti fermi in parola, quello davvero risolutivo⁹, è che la Corte ha condiviso la tesi di quanti, in tempi antichi e recenti, vedono nel matrimonio esclusivamente l’unione di persone di sesso diverso: una nozione, questa – dice la Corte, riprendendo l’efficace affermazione del tribunale di Venezia che, con altri, aveva sollevato la questione –, che appare essere frutto di una consolidata e ultramillenaria tradizione¹⁰, fatta quindi propria dalla Costituzione (col riferimento al carattere “naturale” del consorzio familiare¹¹).

Il dettato costituzionale – aggiunge poi significativamente la Corte – non si presta sul punto ad interpretazione evolutiva, dal momento che quest’ultima “non può spingersi fino al punto d’incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata”.

Ancora, non “pertinente” appare agli occhi del giudice delle leggi il riferimento alla condizione dei transessuali, ammessi alle nozze con persone del loro stesso sesso originario, che anzi ulteriormente avvalora il carattere eterosessuale del matrimonio, dal momento che solo a seguito della registrazione presso gli uffici dello stato civile del mutamento di sesso conseguente all’intervento chirurgico che lo realizza è consentito al transessuale l’accesso al matrimonio, così come avvalora la tesi per cui la generazione della prole non è condizione della costituzione del vincolo matrimoniale non essendo quest’ultimo a tale scopo necessariamente servente, pur se ad esso tendenzialmente mirando¹².

⁶ Analoga prospettiva è stata adottata anche in altre riflessioni, sia individuali che collettive, tra le quali ultime rammento qui quella avutasi in occasione dell’incontro di studio su *La pronuncia della Corte costituzionale sui matrimoni same sex: quali effetti, quali prospettive?*, svoltosi a Bergamo il 4 febbraio 2011, per iniziativa di B. Pezzini, i cui *Atti* sono in corso di stampa per i tipi della Jovene. Altre indicazioni più avanti.

⁷ Tra gli altri, A. MELANI, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta*, in www.forumcostituzionale.it; R. ROMBOLI, *Il diritto “consentito” al matrimonio*, cit., 1642, che torna a prospettarsi il caso, già prefigurato da N. Pignatelli e da altri (ivi cit. in nt. 42), che la questione possa essere nuovamente sollevata in relazione al diritto alla “vita familiare” (con riguardo al quale, però, un avallo delle opzioni fatte dalle legislazioni nazionali è stato, non molto tempo addietro, dato dalla Corte EDU, nella sua pronuncia del giugno 2010 sul caso *Schalk e Kopf c. Austria*, più avanti richiamata). Ulteriori svolgimenti sul punto, dello stesso R. ROMBOLI, sono ora in *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, cit., spec. al § 2. Infine, V. PETRI, *Discriminazioni in base all’orientamento sessuale (matrimonio e convivenza)*, in www.gruppodipisa.it.

⁸ ... e con ogni probabilità dettato, come non di rado si ha, allo scopo di venire, in una certa misura, incontro al contrario orientamento di qualche giudice rimasto in minoranza.

⁹ Di un’autentica “pietra tombale” messa dalla Corte sul matrimonio tra persone dello stesso sesso ha discorso F. CALZARETTI, *Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive?*, in www.forumcostituzionale.it.

¹⁰ Gli stessi giudici comuni (e, tra questi, principalmente proprio il Tribunale di Venezia) che avevano sollecitato il verdetto della Consulta hanno, d’altronde, mostrato di condividere questa opinione, tanto da non ritenere possibile l’esperimento del tentativo d’interpretazione conforme nei riguardi delle numerose disposizioni del codice civile che presuppongono la diversità di sesso degli sposi.

¹¹ ... il quale, dunque, non vuole far alcun richiamo ad un diritto metapositivo, “laico” o religioso che sia. Non è inutile questa puntualizzazione a fronte della critica ricorrente mossa da quanti reputano che la tesi patrocinata da coloro che tenacemente si oppongono al matrimonio tra omosessuali sia fatta praticamente sotto dettatura della Santa Sede o, comunque, risenta del “preorientamento” religioso di chi ne sia portatore. In particolare, in merito al preorientamento, di questo o di qualunque altro segno, non reputo qui di dover dire nulla, anche perché non sono solito psicanalizzare me stesso o pretendere di psicanalizzare altri, se non appunto rammentare che nessuno può darsene immune. Per la mia parte, posso solo testimoniare – mi si conceda, con onestà d’intelletto – che il ragionamento fatto, in questa come pure in precedenti sedi, corre sul filo di argomenti di stretto ordine giuridico, quali mi sono suggeriti dalla lettura degli enunciati costituzionali, dalla conoscenza della loro storia e, soprattutto, per ciò che qui specificamente interessa, dalle indicazioni venute dalla giurisprudenza costituzionale.

¹² Fuori centro sono, a mio modo di vedere, tanto la tesi di chi difende il modello costituzionale di famiglia facendo appello alla vocazione alla trasmissione della specie che sarebbe propria di quest’ultima, quanto l’opposta opinione di chi quel modello strenuamente combatte facendo notare che possono darsi molti casi di famiglie legalmente costituite e legalmente perduranti malgrado l’assenza di prole. V’è, insomma, del vero in ciascuna di tale vedute, pur con una evidente esasperazione degli argomenti addotti a proprio sostegno. È fuori discussione che ancora oggi il matrimonio assolva ad un funzione di tendenziale stabilizzazione del rapporto di coppia, la famiglia allo stesso tempo ponendosi quale “luogo” privilegiato per la trasmissione della specie; è altrettanto fondato tuttavia il

L'unione omosessuale, "intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso"¹³, rientra, nondimeno, tra le formazioni sociali riconosciute e garantite dall'art. 2 cost.: ad essa, dunque, "spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri".

Quattro cose sono dunque certe: a) che la Costituzione non è, in fatto di matrimonio, "aperta", non rimane cioè silente né si presenta come "neutra", secondo quanto invece vigorosamente argomentato dai sostenitori della tesi favorevole alle nozze tra omosessuali, sia prima che dopo l'adozione della pronuncia del 2010¹⁴; b) che l'apertura in parola non può neppure essere frutto di una *temporis ratione* aggiornata ricostruzione del dettato costituzionale, non consentita né dalla lettera né dalla *ratio* della norma costituzionale, dal momento che ne verrebbe stravolto il "nucleo" espressivo della norma stessa, la sua ragion d'essere e, con essa, l'identità dell'istituto matrimoniale; c) che omosessuali e transessuali appartengono – per dirla con linguaggio da scienze esatte – ad "insiemi" diversi, incomunicabili, il regime giuridico degli uni rimanendo dunque, ad ogni modo, diverso da quello degli altri¹⁵; d) che gli omosessuali godono di un diritto fondamentale (a vivere *liberamente*¹⁶ la loro condizione di coppia), il cui pieno esercizio è nondimeno rimesso a futura disciplina legislativa: una disciplina, peraltro, la cui adozione è demandata, in ordine ai tempi ed ai contenuti, a valutazione discrezionale dello stesso legislatore.

Facendo capo a questi punti, giova ora svolgere alcune rapide notazioni, preparatorie di una succinta riflessione finale, specie per ciò che potrebbe farsi in vista di una incisiva riforma di un "esistente", giuridico e normativo, da molti considerato, *indipendentemente dallo schieramento di appartenenza*, comunque inappagante, non oltre modo tollerabile.

2. I vari modi d'intendere il dettato costituzionale sulla famiglia (con specifico riguardo alla tesi che ne svislaccia il significato, rilevando una supposta incoerenza nella relativa definizione), il rimando dalla Carta fatto alla nostra tradizione, in tal modo incorporata nella lettera dell'enunciato costituzionale, e la conseguente necessità di far ricorso alla via della revisione costituzionale in vista del suo eventuale superamento, fatto nondimeno salvo il caso che quest'ultimo possa essere sollecitato da una (allo stato, però, insussistente) indicazione della giurisprudenza europea

La tesi dell'"apertura" del dettato costituzionale si presenta sotto forma di numerose varianti, *quodammodo* "graduate" l'una rispetto all'altra.

C'è chi ritiene che il dettato costituzionale, così com'è, offra il riconoscimento di un diritto fondamentale che, se non soddisfatto, comporterebbe, a un tempo, la violazione dell'art. 29 e, soprattutto, una discriminazione vietata dal principio di eguaglianza, di cui all'art. 3 (richiamato ora solo nel suo primo comma, ora anche nel secondo).

C'è chi invece ritiene che la Costituzione non *prescriva* che *debba* ovvero *possa* riconoscersi anche il matrimonio tra omosessuali ma ne *consenta* la introduzione con legge: una introduzione che, tuttavia, per una tesi – diciamo così – *hard*, non appare essere il frutto di una scelta discrezionale del legislatore (libera

rilevo che essa può validamente costituirsi ovvero resistere pur in difetto di prole. Non è su questo terreno insomma che si rinvergono le ragioni decisive a sostegno dell'una o dell'altra tesi.

¹³ Si faccia caso all'accento volutamente posto dalla Corte sulla "stabile convivenza", quale condizione richiesta al fine di poter ricondurre l'unione in parola sotto l'ombrello dell'art. 2. La qual cosa, poi, solleva un mucchio di problemi, specie per ciò che concerne la durata della convivenza stessa, le modalità del suo accertamento, ecc.

¹⁴ Tra i molti, R. CASSANO, *Una questione d'interpretazione? Brevi considerazioni sull'interpretazione costituzionale*, in AA.VV., *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, cit., 48; pure *ivi*, S. CURRERI, *Matrimonio omosessuale e Costituzione: né obbligato, né vietato*, 97 ss.; A. LOLLO, *Società naturale e matrimonio tra omosessuali*, 216 s.; I. MASSA PINTO, *L'unione tra persone del medesimo sesso nell'attuale contesto storico-sociale: onnipotenza o impotenza della costituzione (e della sua corte?)*, 257; L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4/2010, 1105 ss., che discorre di una "dilemmatica formulazione" del disposto costituzionale.

¹⁵ ... in linea, peraltro, ad un indirizzo fin qui seguito dalla Corte di giustizia, ancorché fatto oggetto di plurime ed incisive notazioni critiche (v., part., O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Giuffrè, Milano 2005, 233 ss. e G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli 2011, 240 ss.). Non si trascuri, ad ogni buon conto, che la Carta di Nizza-Strasburgo, ormai dotata del medesimo valore del trattato che la richiama, espressamente chiede di essere interpretata alla luce della CEDU e, perciò, in buona sostanza, della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale pure non si è ad oggi espressa per l'uguale condizione e il parimenti uguale trattamento degli omosessuali e dei transessuali.

¹⁶ Sul significato e le pratiche implicazioni dell'avverbio, v. part. l'analisi di V. TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della libertà*, in www.federalismi.it, 17/2010, spec. al § 3.2.

appunto nell'*an*), piuttosto ponendosi come obbligata per effetto dell'azione a tenaglia esercitata dagli artt. 2 (dov'è il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo, a partire dal "diritto dei diritti", quello alla integra salvaguardia della dignità) e 3 (che stabilisce l'eguaglianza senza distinzione di sesso e "condizioni personali e sociali"); per un'altra tesi, *soft*, sarebbe invece interamente rimesso al legislatore assumere l'iniziativa della disciplina di tale specie di matrimonio, ad ogni buon conto compatibile con la lettera del dettato costituzionale, pur laddove dovesse concretarsi, come molti auspicano, nella pura e semplice estensione del regime valevole per la coppia eterosessuale. Nessun rilievo poi praticamente si dà anche da parte dei sostenitori di questa tesi (e, ovviamente, a maggior ragione, dai fautori della prima) all'*original intent* del Costituente, superabile per effetto di una rilettura "evolutiva" dell'enunciato costituzionale¹⁷.

Da quanto però se ne dice in Corte cost. n. 138 del 2010, appare chiaro che nessuna delle tesi (e delle loro "varianti") ora succintamente richiamate possa trovare accoglienza.

Per la mia parte, vorrei particolarmente insistere sul punto che esse siano rigettate non tanto dall'originaria intenzione dei *framers* (il cui orientamento, nondimeno, mi sembra innegabile) quanto dalla lettera del dettato costituzionale: in primo luogo, per il significato ad essa assegnato a quel "*naturale*" che, stranamente, seguita ad essere sottovalutato anche dai più avveduti studiosi sostenitori della opinione non accolta dalla Corte e che però pesa come un macigno lungo la via che porta alla meta da questi studiosi ambita¹⁸; in secondo luogo, poi, per il vigoroso e coraggioso richiamo fatto all'eguaglianza, *morale* prima ancora che *giuridica*, dei coniugi, che suona chiara e decisa contestazione di un'esperienza plurisecolare svantaggiosa per il sesso femminile¹⁹.

Non si tratta, infatti, di ammettere – ciò che credo nessuno contesta e, per ciò che può qui interessare, neppure io contesto – il dato elementare e di comune esperienza secondo cui le tradizioni possono mutare, per quanto sia tutto da dimostrare che si sia davvero ormai formata una nuova "coscienza sociale", come con una certa ambiguità si è soliti chiamarla, talmente consolidata e diffusa da premere con forza irresistibile verso il riconoscimento dei matrimoni tra omosessuali²⁰. È chiaro che enunciati "aperti" (davvero "*aperti*"...) si prestano ad esiti interpretativi di vario segno nel corso del tempo. Qui però – è questo il punto – la Carta non è rimasta *indifferente* verso la tradizione che vede esclusivamente composta la

¹⁷ È infatti assodato che nessun riferimento alla condizione degli omosessuali venne fatto nel corso dei dibattiti alla Costituente; ed è parimenti assodato che si considerava indiscutibile il carattere eterosessuale della coppia, secondo quanto riconosciuto anche dai fautori della tesi della parificazione (e, tra questi, R. ROMBOLI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, cit., § 2). Fuori bersaglio mi sembra, perciò, il rilievo di R. BIN, *Per una lettura non svalutativa dell'art. 29*, in AA.VV., *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, cit., 43 s., a cui opinione proprio l'argomento originalista giocherebbe a beneficio del riconoscimento del matrimonio anche tra omosessuali, non essendo l'art. 29 stato scritto allo scopo di vietarlo. Il punto è però che il *solo* matrimonio avuto in mente dal Costituente era quello tra persone di diverso sesso: un modello dunque "chiuso" – piaccia o no – alla coppia eterosessuale, non pure *possibilmente* "aperto".

In generale, sui limiti ai quali va incontro l'originaria intenzione del Costituente un interessante confronto tra i vari punti di vista si è avuto in occasione del Seminario del Gruppo di Pisa tenutosi a Catania il 5 ottobre 2007 su *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, Giappichelli, Torino 2008, cui adde, ora, A. CARIOLA, *La "tradizione" costituzionale: contro l'original intent nell'interpretazione della Costituzione*, in *Studi in onore di L. Arcidiacono*, II, Giuffrè, Milano 2010, 521 ss.

¹⁸ Sulla centralità del termine "nel fraseggio della disposizione costituzionale" opportunamente insiste anche M. CAVINO, *Struttura delle disposizioni normative e senso della tradizione*, in AA.VV., *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, cit., 54. In argomento, v. pure, utilmente, V. TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali*, cit., spec. al § 1, ma *passim*.

¹⁹ Come si è tentato di mostrare in altra sede, v'è dunque "tradizione" e "tradizione": quella fatta propria dal Costituente e da quest'ultimo giudicata indiscutibile (tanto da non essersene appunto discusso in sede di scrittura della Carta) attiene alla struttura eterosessuale della coppia coniugata; quella invece decisamente rigettata (e che, però, come si sa, si è dovuto non poco attendere e faticare prima che se ne avesse riscontro nell'esperienza, dove peraltro di tanto in tanto torna a pretendere di affermarsi) attiene al rapporto di coppia, un tempo palesemente squilibrato a danno del sesso femminile.

Mi si consenta, al riguardo, una notazione fortemente critica verso una certa lettura strumentale – se posso esprimermi con franchezza – prospettata da molti autori, che fanno osservare come la lettera del disposto relativo all'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi (col solo limite dell'unità della famiglia) non si opponga al carattere omosessuale della coppia. Ebbene, come tutti ben sanno, interpretazione letterale non vuol dire interpretazione "letteralistica", che astragga dunque dalla storia e dal tempo, dal contesto sociale e giuridico entro cui sono maturate certe vicende nei cui riguardi il Costituente ha preso coraggiosamente (per quei tempi...) partito, non celando la propria avversione. Si faccia, dunque, buon uso dei canoni che presiedono all'interpretazione, di ciascuno di essi e di tutti assieme, pur laddove l'esito non dovesse essere di nostro gradimento!

²⁰ Un'accorta dottrina, già in pendenza del giudizio di costituzionalità quindi sfociato nella sent. n. 138 del 2010, ha peraltro avvertito che l'interpretazione evolutiva, perlomeno nel caso nostro, non porta ad un "esito univoco" [E. LAMARQUE, *Gli articoli costituzionali sulla famiglia: travolti da un insolito (e inesorabile) destino*, in AA.VV., *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, cit., 191]. Dal suo canto, anche una fine studiosa nettamente orientata a favore del riconoscimento del matrimonio tra omosessuali ha dovuto ammettere che il riconoscimento stesso non costituirebbe la ratifica "di un *idem sentire* affermatosi stabilmente nella società" bensì "uno scatto in avanti rispetto al presente" (C. TRIPODINA, *Costituzione e matrimonio omosessuale: quis interpretabitur?*, in AA.VV., *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, cit., 360).

struttura del matrimonio quale unione tra persone di sesso diverso; ha scritto – ce ne dà ora conferma, con l'autorevolezza che gli è propria, il giudice delle leggi – che la famiglia si ha (si “fonda”) quando si ha il matrimonio così com'è per la tradizione fatta propria nel nostro Paese²¹.

Dopo la decisa presa di posizione del giudice delle leggi, se ne ha insomma che il superamento del dettato costituzionale non potrebbe che aversi – a quanto pare – con le forme allo scopo stabilite e, dunque, a mezzo di legge di revisione adottata ex art. 138²². A meno che non si reputi allo scopo necessario e sufficiente lo strumento della legge ordinaria, in quanto però utilizzato in obbedienza ad un vincolo di natura internazionale o sovranazionale, ex art. 117, l c.

Qui, si pone la complessa questione se la “copertura” a beneficio della legge possa venire, in egual modo o misura, ad opera sia del diritto dell'Unione europea che del diritto internazionale pattizio (e, segnatamente, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo)²³, senza peraltro trascurare la circostanza per cui, in prospettiva, a seguito del perfezionamento dell'adesione dell'Unione alla CEDU, quest'ultima potrebbe, per l'aspetto ora fatto oggetto di specifico esame, acquistare un rilievo non dissimile rispetto a quello posseduto dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria (o, come a me piace dire, “eurounitaria”).

Sta di fatto che ad oggi nessuna imposizione ci viene fatta, come la stessa sent. n. 138 del 2010 non trascura di evidenziare, dagli impegni internazionali e sovranazionali contratti dal nostro Stato.

Ancora di recente, in *Schalk e Kopf c. Austria* del 24 giugno 2010 la Corte EDU ha stabilito che l'art. 12 della CEDU non impone alle legislazioni nazionali, cui espressamente la Convenzione rinvia, di introdurre il matrimonio tra soggetti dello stesso sesso²⁴. È pur vero, tuttavia, che l'unione tra tali soggetti rientra nella nozione di “vita familiare”, di cui all'art. 8 della Convenzione: un disposto, questo, che nondimeno non è violato se alcuni diritti (con specifico riguardo alla adozione ed alla procreazione medicalmente assistita) conseguenti al matrimonio non sono ad essi estesi.

Su ciò che è possibile riconoscere a tutte le coppie e ciò che è invece tipico delle sole coppie coniugate tornerò, per una breve riflessione di ordine generale, a breve. Per il momento, giova – come si diceva poc'anzi, in sede di posizione delle basi metodiche di questa analisi – restare entro il recinto degli argomenti adottati dalla Corte costituzionale a sostegno del suo verdetto, verificandone quindi le possibili implicazioni.

Ebbene, se il matrimonio in senso proprio, vale a dire nell'accezione costituzionale del termine, è ristretto alle sole persone di diverso sesso e se la famiglia, essa pure nella sua propria, costituzionale accezione, è fondata – secondo la testuale, stringente indicazione della Carta – sul matrimonio, se ne ha l'impossibilità di qualificare come “famiglie” non solo le unioni tra soggetti di uguale sesso ma ogni unione non poggiante sul vincolo matrimoniale.

Il punto è di cruciale rilievo e merita che su di esso ci si soffermi ancora una volta, sia pure con la rapidità imposta a questa riflessione.

Una sensibile, fine dottrina ha messo in rilievo l'aporia ricostruttiva (si è detto, un vero e proprio “ossimoro”) che mina l'edificio costituzionale nella parte in cui, per un verso, si qualifica la famiglia come “società naturale”, preesistente allo Stato, e, per un altro verso, la si fa poggiare su un dato “artificiale”, il

²¹ Singolare è poi la tesi, che si confuta da sé e sulla quale pertanto non torno qui ad indugiare, che le tradizioni possono essere, così come invero sono, le più varie da un Paese all'altro. Per la Carta costituzionale, infatti, nessun rilievo ha il modo con cui vanno le cose altrove, interessando soltanto qual era – e qual è – la tradizione del nostro Paese, la nostra essendo – è persino banale dover qui rammentare – la “Costituzione della Repubblica italiana”.

²² Si badi però che la Corte nulla ha detto, e nulla invero doveva dire, circa la esistenza di eventuali limiti alla revisione costituzionale qui astrattamente prospettata, la cui realizzazione nondimeno, per ragioni varie, giudico alquanto remota (v., infatti, gli svolgimenti che subito seguono nel testo).

²³ A stare agli sviluppi fin qui maturati dalla giurisprudenza, le forme di rilievo interno e il regime complessivo delle due specie di norme cui si fa riferimento nel testo sono, ad ogni modo, diversi. La distanza, nondimeno, a mia opinione, si accorcia sensibilmente (fino in qualche punto ad azzerarsi del tutto) sul terreno su cui prende corpo la salvaguardia dei diritti fondamentali, tanto più ove si convenga a riguardo del fatto che le norme che l'apprestano, quale che ne sia l'origine o la forma, godono tutte di eguale protezione o – come suol dirsi – di “copertura” negli artt. 2 e 3 della Carta, nel loro fare “sistema” con gli artt. 10 e 11 e coi principi fondamentali restanti. Non si trascuri poi la circostanza per cui la Carta di Nizza-Strasburgo espressamente chiama i suoi interpreti a volgersi verso la CEDU, alla cui luce la Carta stessa vuole che si abbia la ricognizione di senso dei propri enunciati.

²⁴ Lo ammettono anche quanti (e, tra questi, ora S. AGOSTA, *Uno sguardo sulle unioni omosessuali dalla prospettiva comparatistica: una lezione che stenta ancora ad essere imparata*, comunicazione alle nostre Giornate, in www.forumcostituzionale.it, § 1) non celano la propria preferenza per una disciplina delle unioni omosessuali orientata nel senso della sostanziale assimilazione alle unioni matrimoniali tra persone dello stesso sesso.

matrimonio, quale istituto regolato dal diritto e, dunque, soggetto a discipline mutevoli col passare del tempo²⁵.

Non torno ora a confutare quest'argomento, che invero mi parrebbe non irresistibile²⁶, sol che si pensi che nel suo primo frammento la norma costituzionale, volendosi da se medesima asservire alla nostra tradizione, riconosce nella famiglia una unione tra persone di diverso sesso, mentre il secondo chiama l'ordinamento, in ciascuna delle sue espressioni soggettive od organiche e funzionali²⁷, a dare forma giuridica al riconoscimento stesso attraverso l'istituto matrimoniale.

Una sola cosa infatti qui conta; ed è che v'è famiglia (nel significato suo proprio) solo dove v'è matrimonio: matrimonio tra le *sole* persone che possono dar vita appunto ad una famiglia.

La c.d. "famiglia di fatto" è, dunque, come si è fatto notare altrove²⁸, una *contradictio in adiecto*: perlomeno, così è da ritenere a portare alle sue ultime, conseguenti applicazioni l'indicazione costituzionale; e così è pure, perciò, per le coppie omosessuali.

Di contro, molti propendono a far luogo ad una *innaturale scissione tra famiglia e matrimonio*, muovendo da una nozione larga della prima e, tuttavia, debordante – come qui pure si viene dicendo – dall'alveo costituzionale²⁹. Diciamo piuttosto che le coppie di fatto (e qui convengo: indipendentemente dal carattere mono- ovvero etero-sesuale) sono unioni "parafamiliari", che somigliano per taluni aspetti ma si distinguono per altri dalla sola famiglia costituzionalmente riconosciuta.

Il punto è stabilire dove si giustifica e dove invece no, per Costituzione, tanto l'assimilazione quanto la diversificazione.

3. La tesi secondo cui la chiusura al matrimonio fatta nei riguardi degli omosessuali concreterebbe una violazione del principio di eguaglianza e la sua critica, in nome del bisogno di ambientare la valutazione circa il rispetto dell'eguaglianza stessa entro l'area segnata dall'art. 29, con riferimento cioè alla nozione costituzionale di "famiglia". La questione riguardante i tratti di omogeneità (che pertanto richiedono uniformità di trattamento) e quelli di disomogeneità (che giustificano un regime differenziato) delle coppie di omosessuali rispetto alle coppie di coniugati

In realtà, nel momento in cui si pone mente ai possibili connotati complessivi di una unione "parafamiliare", quali risultanti da una nuova disciplina legislativa che si faccia carico di taluni bisogni largamente ed intensamente avvertiti da coloro che la compongono, si tratta proprio di interrogarsi su quali siano i tratti comuni e quali invece quelli diversi che contraddistinguono siffatta unione da quella familiare *stricto sensu*, sì da richiedere, gli uni, un trattamento uniforme, gli altri uno differenziato. E ciò, proprio in applicazione del principio di eguaglianza, che – come si sa – prescrive l'adozione di discipline tipizzate per fattispecie parimenti tipiche.

Del tutto fuor di luogo è, al riguardo, la critica, pure affacciata da una sensibile dottrina, secondo cui la preclusione al matrimonio fatta per gli omosessuali ridonderebbe in un discriminato, irragionevole trattamento, in violazione del principio di eguaglianza³⁰, così come fuori centro è – a me pare – il rilievo per

²⁵ Sopra tutti, R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 10/2000, 1066 ss., ma già C. GRASSETTI, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, a cura di P. Calamandrei e A. Levi, I, Barbera, Firenze 1950, 294 s., il quale, a sua volta, si rifà ad un'indicazione di P. Calamandrei, e dopo di lui molti altri.

²⁶ Ma v., sul punto, i rilievi mossi da A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio"*, in www.forumcostituzionale.it, e la replica che è nel mio *Esperienze di giustizia costituzionale, dinamiche istituzionali, teoria della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 4/2008, 3616 s., in nt. 35.

²⁷ E dunque: quale legislazione (di qui la disciplina codicistica, con le numerose modifiche avutesi nel corso del tempo), amministrazione (apparato di organi competenti in materia: ufficiali dello stato civile, ecc.), giurisdizione.

²⁸ Rimando su ciò, ancora una volta, ai miei scritti dietro citt. in nt. 3. Prendo nondimeno atto del fatto che ormai in dottrina e giurisprudenza non è più controversa l'ammissione di tipi di famiglia diversi da quella legittima e tanto numerosi da comporre un vero e proprio "arcipelago" (secondo l'efficace espressione di F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in AA.VV., *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scalisi, Giuffrè, Milano 2004, 251 ss., quindi da molti ripresa).

²⁹ Confesso, dunque, che mi sfugge il significato di pensieri, quale quello espresso da R. BIN, *Per una lettura non svalutativa dell'art. 29*, cit., 43 (e, in buona sostanza, da altri), secondo cui "la disposizione costituzionale non tutela affatto l'istituzione familiare, ma solo il regime giuridico del matrimonio", ammettendosi nondimeno subito appresso che la Costituzione "tutela un regime del matrimonio coerente con la tradizione italiana".

³⁰ L'argomento è stancamente ripetuto, a mo' di vero e proprio *refrain*, in letteratura, anche da parte di studiosi di certo non sprovveduti.

cui si darebbe una insanabile antinomia tra il principio stesso e il modello di famiglia risultante dall'art. 29³¹. Né, infine, sembra condivisibile la tesi che intravede un ordine di priorità tra l'art. 3 e l'art. 29, criticandosi la Corte per non aver anteposto l'uno all'altro³².

L'eguaglianza infatti non è un *a priori* decontestualizzato, fuori del tempo e dello spazio. Di contro, essa rimanda ai contesti, nei quali s'inscrive, acquista senso, pretende osservanza. Il principio in parola, insomma, ha pur sempre bisogno di appoggiarsi ad un'altra o ad altre norme, che delimitino l'area entro cui va fatta in modo appropriato la verifica dell'eventuale discriminazione di trattamento³³.

Ora, qui il *tertium comparationis*, alla luce del quale operare il riscontro del carattere ragionevole ovvero irragionevole della esclusione degli omosessuali dal matrimonio, prima ancora che venire da disposizioni, di ordine generale ovvero particolare, contenute nel codice civile o in leggi comuni, viene dalla stessa Carta costituzionale: dall'art. 29, appunto, che circoscrive alle sole coppie eterosessuali l'accesso al matrimonio. Per questa ragione non v'è, non può esservi, un *prima* ed un *dopo* nei rapporti tra i disposti costituzionali suddetti ma un *insieme* logico-temporale, in obbedienza al canone sistematico che ha la sua più saliente realizzazione nello stesso documento costituzionale, ancor prima che al piano in cui si svolgono i rapporti tra fonti diverse (e graduate), a seconda cioè dei modi con cui nell'esperienza si combinano e incessantemente rinnovano le relazioni tra le norme costituzionali e quelle subcostituzionali in genere.

D'altro canto, ammesso (ma non concesso) che si dia un'antinomia tra il principio di eguaglianza e il modello costituzionale di famiglia, di cui all'art. 29, essa sarebbe comunque "apparente"³⁴, assistendosi in tal caso ad una di quelle *rottture della Costituzione* che – come si sa – si concretano laddove, fissato un principio (specie quello di eguaglianza), la stessa Carta ad esso apporta una "deroga" con riguardo ad alcuni soggetti od organi e per determinate fattispecie (si pensi, ad es., alle guarentigie dei parlamentari, alla irresponsabilità del Capo dello Stato per il compimento di atti in esercizio delle funzioni, alla ricostituzione in qualsivoglia forma del disciolto partito fascista, ecc.)³⁵.

Tutto ciò ovviamente non toglie che anche gli omosessuali abbiano il diritto di vedere finalmente riconosciute come meritevoli di tutela le istanze di cui sono portatori: non già però attraverso la loro confluenza e lo sbocco nell'istituto matrimoniale che, per dettato costituzionale – piaccia o no –, è ristretto alle sole coppie eterosessuali bensì attraverso modi tipici ed adeguati alla loro condizione fissati in una disciplina parimenti tipica, che in parte attinga a quella matrimoniale e in parte però da essa (*ragionevolmente...*) si discosti.

La giurisprudenza costituzionale già da prima della decisione del 2010, cui qui specificamente si guarda, ha riportato le coppie in discorso a quelle formazioni sociali in cui gli individui si riuniscono al fine della piena realizzazione della loro personalità, il cui complessivo significato è, in via generale, riconosciuto dall'art. 2 della Carta.

Con la sent. n. 138, poi, il giudice delle leggi ammette, sì, che i componenti le coppie suddette godono di un diritto fondamentale, il cui appagamento è tuttavia rimandato a disciplina futura, obbligata a venire alla luce ma "nei tempi, nei modi e nei limiti" stabiliti dallo stesso legislatore³⁶.

Qui, invero si coglie un punto di debolezza nell'impianto argomentativo che sorregge la decisione. Non tanto – a me pare – per il fatto di chiamare in campo il legislatore al fine di apprestare la dovuta tutela alla peculiare formazione sociale in parola (molti sono infatti i diritti fondamentali, specie quelli a prestazione, che senza l'*interpositio legis* rimarrebbero lettera morta), quanto per la ragione che, specie col riferimento ai "tempi", la pronunzia da se medesima si offre alla maliziosa interpretazione per cui si darebbe sin d'ora un generoso avallo alla perdurante inerzia del legislatore. Una inerzia che, nella specie, temo possa non essere sanzionata (o, comunque, efficacemente contrastata) ricorrendo alla usuale "supplenza" dei giudici, secondo

³¹ Tra gli altri, I. RUGGIU, *Per una sentenza interpretativa che individui l'essenza della "pratica culturale" del matrimonio, supportata dall'argomento della minoranza*, in AA.VV., *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, cit., spec. 319. Di "una tensione assai forte" tra l'art. 29 e l'art. 3 discorre R. BIN, *Per una lettura non svalutativa dell'art. 29*, cit., 43.

³² La tesi, pur finemente argomentata, può ora vedersi nuovamente proposta da R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale*, cit., spec. al § 4, e *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, cit., § 3.

³³ Rimando sul punto nuovamente al mio *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso*, cit., 307 ss.

³⁴ ... nel senso che si è tentato di precisare nel mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*⁵, Giappichelli, Torino 2009, 25 ss.

³⁵ L'antinomia sarebbe invece "reale" ove la deroga venisse da fonte subordinata alla Costituzione, così come peraltro ritenuto da quanti giudicano incostituzionali le disposizioni del codice civile che chiudono alla sola coppia eterosessuale l'accesso alle nozze.

³⁶ Una disciplina, dunque, costituzionalmente obbligatoria ma non a contenuto costituzionalmente vincolato, soprattutto non vincolata nei tempi.

l'auspicio invece anche nella circostanza rinnovato dalla più sensibile dottrina³⁷, a motivo dell'impegno di normazione al quale il legislatore è chiamato³⁸.

Non si trascuri che, allo scopo di vedere compiutamente appagate le istanze di cui gli omosessuali si fanno portatori, la Corte ritiene che debba soccorrere una "disciplina di carattere generale": un invito (più che un "monito"...³⁹), questo indirizzato al legislatore, che esprime un punto di vista certamente rispettabile ma che, per un verso, sembra eccedente i termini della questione sottoposta alla Corte, mentre, per un altro verso, appare discutibile, sia in sé e per sé e sia pure al piano, per dir così, della strategia più adeguata a centrare l'obiettivo, sol che si pensi che, forse, proprio il metodo opposto del *sector by sector approach* e della gradualità delle acquisizioni potrebbe rivelarsi la carta vincente. L'unica cosa certa, ad ogni buon conto, è che il giudice costituzionale si riserva di far luogo, se adito, a valutazioni caso per caso, attinenti a singole fattispecie o interessi, conformemente peraltro ad una sua generale vocazione coltivata nei campi più vari di esperienza.

La Corte ha, infatti, dichiarato di essere sempre pronta a sanzionare i casi di mancata estensione della disciplina prevista per le famiglie fondate sul matrimonio alle "famiglie" prive del fondamento stesso, in presenza di connotati omogenei, come tali bisognosi appunto di non dissimile trattamento, allo stesso tempo lasciando però intendere di essere parimenti pronta a sanzionare indebite assimilazioni: nell'un caso e nell'altro, in violazione del principio di eguaglianza⁴⁰.

Si tratta a questo punto di stabilire se la presunzione giochi nel senso della uniformità ovvero in quello della differenziazione delle discipline. Decisamente a favore del primo corno dell'alternativa si è schierata una sensibile dottrina che non ha celato la propria preferenza per il pieno, uguale riconoscimento della identità di regime⁴¹. Una opzione, questa, che pianamente, linearmente discende da quella lettura *per astrazione* dell'art. 3, cui si è dietro fatto cenno e che, nondimeno, non appare essere legittimata dall'art. 29, col quale la futura, nuova regolamentazione è pur sempre chiamata a fare i conti.

Se la famiglia in senso stretto è quella di cui si è detto, è chiaro che non si può acconsentire a ricostruzioni, pur finemente argomentate e sensibili verso istanze comunque meritevoli di attenzione, che tuttavia, nei fatti, si traducano in un sostanziale aggiramento del dettato costituzionale, fino a pervenire al suo pratico svuotamento, auspicandosi l'avvento di discipline positive che, salvo marginali diversità di norme riferite ai due tipi di coppie qui prese in esame, in buona sostanza ne appiattiscono la condizione⁴².

V'è insomma una fatto di misura, come sempre in ultima istanza apprezzabile *secondo ragionevolezza*, che spinge nel verso di una moderata, "mite", assimilazione di regime, riferita a specifici interessi o situazioni, di lì in avanti dovendo piuttosto avere il sopravvento la diversità di regime a fronte di

³⁷ V., infatti, quanto se ne dice negli scritti, dietro citt., di R. ROMBOLI, specie in quello consegnato per gli *Atti* del nostro incontro di oggi.

³⁸ ... fermo restando che – come si preciserà più avanti – la disciplina legislativa è sollecitata a porre le basi per interventi dei giudici, articolati in relazione ai casi, comunque necessari.

³⁹ Direi così, oltre che per quanto si è appena rilevato, anche per la ragione che nessuna minaccia intravedo nella parte motiva della pronuncia ora annotata che possa far preludere ad una prossima "conversione" della stessa da decisione di rigetto in una di accoglimento, salvo che la questione non sia diversamente, sostanzialmente riformulata (nel qual caso non di vera e propria "conversione" di una originaria, medesima questione dovrebbe ragionarsi bensì di una questione nuova).

⁴⁰ I precedenti, d'altronde, non fanno difetto: ad es., Corte cost. n. 404 del 1988 ha consentito al convivente *more uxorio* di subentrare al conduttore defunto nella locazione di un'unità abitativa; più di recente (ord. n. 204 del 2003), si è tuttavia puntualizzato che "la convivenza *more uxorio*, basata sull'*affectio* quotidiana, liberamente ed in ogni istante revocabile, presenta caratteristiche così profondamente diverse dal rapporto coniugale da impedire l'automatica assimilazione delle due situazioni al fine di desumerne l'esigenza costituzionale di una parificazione del trattamento" (un richiamo a queste e ad altre pronunzie è anche in F. CECAMORE, *Le politiche regionali di sostegno alla famiglia*, in AA.VV., *La garanzia dei diritti sociali nel dialogo tra legislatori e Corte costituzionale*, a cura di P. Bianchi, Plus, Pisa 2006, 135 ss. e V. TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali*, cit., spec. al § 3.1).

⁴¹ Così, B. PEZZINI, nella sua pregevole relazione introduttiva al Seminario su *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, cit., dal titolo *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, 1 ss. e, della stessa, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 3/2010, 2715 ss., seguita ora anche da R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale*, cit., spec. al § 6, e *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, cit., e da altri.

⁴² ... ad imitazione di quanto è già avvenuto o sta avvenendo altrove, come nell'esperienza tedesca, in cui il matrimonio si è trasformato in "un contenitore vuoto e la differenza tra le coppie una distinzione solo di facciata e non di contenuto" (così, ancora R. ROMBOLI, nello scritto per ult. cit., § 4). Un chiaro quadro delle assai varie discipline legislative adottate in altri Paesi, corredato da fini argomenti a sostegno dell'unione tra omosessuali, può ora vedersi in S. AGOSTA, *Uno sguardo sulle unioni omosessuali*, cit.; v., inoltre, utilmente P.M. PUTTI, *Nuovi modelli di relazioni familiari tra prospettive di apertura ed esigenze di confronto*, in *Dir. fam. pers.*, 2/2009, 826 ss. Ed è appena il caso qui di rilevare di sfuggita come la diversità delle soluzioni normative invalse, specie nei territori degli Stati di cui si compone l'Unione europea, sia prova, a me pare, inconfutabile della mancanza di una "tradizione costituzionale comune", nella nota accezione affermata per il tramite della coraggiosa e fattiva giurisprudenza della Corte di giustizia.

diversità di formazioni sociali, una sola delle quali, quella per Costituzione tipica, provvista del fondamento dato dal matrimonio e che perciò gode del *favor* a questo accordato.

Quel che è certo, al tirar delle somme, è che lo stato attuale delle cose è palesemente inadeguato a venire incontro a pressanti bisogni dei soggetti dello stesso sesso che danno vita ad una unione parafamiliare. Credo di poter dire che tutti conveniamo a riguardo del fatto che ad essere esposta a grave, vistosa sofferenza è, *in nuce*, la dignità dei soggetti stessi, che è bene indisponibile, anzi è la *Grundnorm* e il *Grundwert* assieme che sta a fondamento della società e dello Stato⁴³. E su ciò è urgente nuovamente interrogarsi al fine di vedere quali dei bisogni stessi risultino maggiormente “scoperti” e se, come un momento fa si diceva, appunto convenga prenderli tutti assieme in considerazione, facendoli oggetto di una sola disciplina legislativa, ovvero se non giovi piuttosto seguire il metodo che porta alla produzione di discipline parcellizzate, ad oggetto specifico e circoscritto.

4. Ancora sul richiamo fatto dalla Carta alla tradizione che, una volta fattasi disposizione normativa, pure a seguito della sua eventuale (ma fortemente discussa e discutibile) trasformazione, obbligherebbe in ogni caso a far luogo alla revisione costituzionale al fine di consentire agli omosessuali l'accesso al matrimonio

L'alternativa a quest'indirizzo, che – come si vede – si allinea fedelmente all'indicazione della Corte, mantenendosi entro la cornice del diritto costituzionale vigente, è quella della revisione del diritto stesso, sempre che la si giudichi possibile, vale a dire compatibile (se non proprio in tutto conforme...) rispetto ai principi fondamentali dell'ordinamento⁴⁴.

Il richiamo all'art. 3, per le ragioni sopra esposte, appare nuovamente essere non risolutivo, ed anzi – a dirla tutta – eccentrico.

Il cuore della questione sta, ancora una volta, nel tessuto sociale, in questo si radica ed esprime, richiedendo quindi al diritto di conformarsi alla sua struttura.

Il Costituente ha fatto – come si è veduto – un espresso richiamo alla tradizione quale fattore identificante la famiglia. Ove si ritenga che la tradizione stessa sia da considerare ormai superata, non rimarrebbe che prenderne atto, adeguandovi il dettato costituzionale⁴⁵. Il punto è però che – come si segnalava poc'anzi – indici sicuri, univocamente attendibili, in tal senso non si hanno.

Non poche volte i “fatti”, gli elementi costitutivi dell'esperienza e da questa attinti, entrano a comporre il parametro costituzionale, si fanno cioè per la loro parte parametro, ponendosi pertanto a base di giudizi di costituzionalità secondo ragionevolezza (in una delle sue forme maggiormente espressive, quale congruità cioè, a un tempo, rispetto a fatti e rispetto a valori o, se più piace, a fatti assiologicamente qualificati)⁴⁶.

Ora, il mutamento della tradizione – ammesso, ma non concesso, che si sia avuto o, con maggiore cautela, che sia in corso –, vale a dire la sostituzione alla vecchia tradizione di una nuova, già maturata o, forse meglio, incipiente, non autorizza, nella specie, a considerare *già al presente* riconosciuti ovvero “consentiti” i matrimoni tra omosessuali, giusta la premessa, dietro rilevata, secondo cui il dettato dell'art. 29 ha recepito la tradizione *così com'era* (e, con ogni probabilità, *così come ancora oggi è...*). Detto altrimenti, l'interpretazione evolutiva non è qui possibile, non già – come si faceva dianzi notare – perché vi osterebbe l'*original intent* bensì perché debordante rispetto alle potenzialità espressive del testo⁴⁷.

⁴³ Della dignità come valore “superconstituzionale” si discorre già in A. RUGGERI e A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.; ulteriori sviluppi, più di recente, nel mio *Dignità versus vita?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 1/2011. Altre indicazioni, più avanti.

⁴⁴ Ma v. sul punto i rilievi manifestati, già in tempi non sospetti, da un'autorevole dottrina (C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*⁹, II, Cedam, Padova 1976, 1165).

⁴⁵ È vero che non ogni “fatto” può farsi diritto, tanto più diritto costituzionale, che non è, per sua naturale, indeclinabile vocazione, mera o piatta legittimazione dell'esistente. È, però, pur vero che contro la forza prepotente del “fatto” non v'è ostacolo che tenga; e i “fatti” che pure dovessero, con buoni argomenti, essere qualificati come eversivi dell'ordine costituzionale, trasmettendo dunque siffatta loro proprietà alle leggi che se ne facciano interpreti, hanno pur sempre modo di farsi valere. La teoria poi discetterà se si sia in presenza di innovazioni positive nella continuità ovvero nella discontinuità costituzionale.

⁴⁶ Indicazioni ed esempi possono vedersi in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁴, Giappichelli, Torino 2009, 71 ss.

⁴⁷ L'elastico costituzionale – mi è venuto di dire in altre occasioni (*Le unioni tra soggetti dello stesso sesso*, cit., 312) – può insomma essere tirato ma pur sempre fino ad un certo punto, oltre il quale è la sua rottura (un richiamo a questa indicazione è anche in

Sul punto non vorrei, nondimeno, qui nuovamente, ulteriormente intrattenermi, dopo averlo già fatto altrove. Non siamo infatti chiamati a discutere se possa, o no, aversi il rifacimento del dettato costituzionale per le vie tracciate nell'art. 138⁴⁸; siamo chiamati a discutere se possa aversi una legge ordinaria che apra al matrimonio tra omosessuali ovvero se ad esso possa aprire la giurisprudenza, ove si faccia portatrice di un indirizzo divergente da quello manifestato con la sent. n. 138 del 2010.

L'una cosa la considero inibita dal quadro costituzionale vigente; l'altra, pur non potendosi escludere in partenza⁴⁹, mi parrebbe ad oggi assai improbabile, anche (ma non solo) in ragione della fermezza di posizione manifestata nella decisione suddetta, di fresca emissione.

5. Dalla disciplina relativa ai transessuali una conferma del carattere eterosessuale della coppia coniugata: la questione relativa allo scioglimento del matrimonio dapprima contratto dal transessuale e l'ipotesi che lo stesso sia invece tenuto fermo, anche (e soprattutto) nell'interesse dei figli, previo però un riconoscimento in tal senso con legge costituzionale in deroga all'art. 29

L'ultimo punto che vorrei qui rapidamente toccare, prima di chiudere con una succinta notazione finale, riguarda la condizione dei transessuali, ancora una volta rivista alla luce della pronunzia del 2010 del giudice delle leggi, per le indicazioni che possono aversene sia al piano positivo e sia pure a quello della pratica giuridica quotidiana, specie giudiziale.

Giusta la premessa per cui la disciplina che riguarda tali persone non ha rilievo al fine della soluzione della questione relativa al matrimonio tra omosessuali e giusta altresì l'affermazione fatta dalla Corte secondo cui l'accesso al matrimonio consentito ai transessuali è conferma del fatto che il matrimonio stesso è disponibile unicamente per soggetti di sesso diverso, se ne ha (o, meglio, se ne dovrebbe avere) che, per effetto del mutamento di sesso civilmente annotato, il vincolo matrimoniale dovrebbe considerarsi *ipso facto* (ed *ipso iure*) cessato.

Il punto è stato – come si sa – fatto oggetto di molte discussioni, con argomenti rappresentati dall'una e dall'altra parte di non poco peso e spessore.

Ancora una volta, non giova qui riprenderli uno ad uno. Sta di fatto che la distanza ravvisata dal giudice costituzionale tra le due situazioni, quella dell'omosessuale che pretenda di accedere al matrimonio

A. D'ALOIA, *Omosessualità e Costituzione. La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale*, in AA.VV., *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, cit., 103 in nt. 6).

⁴⁸ Il ricorso alla procedura aggravata, di cui all'art. ora cit., presenta nondimeno una pratica utilità che la procedura prescritta per l'adozione delle leggi comuni non è usualmente in grado di offrire; ed è di far emergere con immediata evidenza, per effetto dei larghi consensi richiesti in seno alle assemblee parlamentari per la venuta alla luce della legge di revisione costituzionale, se è davvero mutata, o no, la "coscienza sociale" in fatto di composizione di quella struttura elementare della società (e dello Stato) che è la famiglia. Oltre tutto, la circostanza per cui le leggi di revisione, se approvate a maggioranza assoluta, soggiacciono a conferma mediante referendum può, per la sua parte, costituire un indice altamente attendibile dell'effettivo mutamento della coscienza stessa. Ed è appena il caso qui di rilevare che assai remota appare la probabilità che una legge siffatta, una volta appunto confermata dalla volontà popolare, possa quindi essere caducata dalla Corte costituzionale.

Tutto ciò, nondimeno, ha pur sempre un valore relativo: in primo luogo, per il fatto che non è detto che le leggi costituzionali risultino sempre dalla occasionale convergenza delle forze politiche degli opposti schieramenti presenti in Parlamento, secondo quanto peraltro è talora accaduto anche per riforme di un certo respiro, quale quella con cui è stato riscritto il Titolo V della Parte II della Carta (e, per quanto una nutrita dottrina abbia con vigore deplorato il fatto, facendosi portatrice dell'idea secondo cui la convergenza suddetta sarebbe comunque richiesta, specie per riforme di particolare rilievo, l'eventualità che essa invece non si abbia è pur sempre da mettere in conto). In secondo luogo, va considerato che il riscontro del reale orientamento della pubblica opinione potrebbe ugualmente aversi anche in relazione a discipline rivestite della forma della legge ordinaria, esse pure – come si sa – soggette a referendum. Con una non secondaria precisazione tuttavia; ed è che, mentre il referendum costituzionale – piaccia o no – non è sottoposto ad un previo giudizio di ammissibilità da parte della Corte costituzionale, il referendum abrogativo invece vi è esposto (e, come si sa, il giudizio stesso è stato non di rado espresso con molto, forse invero troppo, rigore). A conti fatti, l'unica vera differenza tra le discipline venute alla luce con le procedure (e le leggi) ora poste rapidamente a raffronto è data non tanto dall'ampiezza del parametro, nondimeno diversa (per le leggi costituzionali, i soli principi fondamentali; per le leggi comuni, ogni norma costituzionale), quanto dal "tasso" di legittimazione – per dir così – di cui ciascuna specie di procedura (e legge) gode e, perciò, dal conseguente "preorientamento" del giudice costituzionale (e, prima ancora, verosimilmente, dell'autorità remittente), che – come si faceva un momento fa notare – sarà con ogni verosimiglianza tentato di non caducare l'atto legislativo rivestito di forma solenne.

⁴⁹ Quante volte, d'altronde, si è assistito a bruschi, imprevisi rovesciamenti di giurisprudenza, anche rispetto ad anteriori prese di posizione rappresentate come salde ed incrollabili? La stessa "coscienza sociale", cui in relazione al caso nostro si è da molti fatto appello, in un senso o nell'altro, ha costituito – come si sa – oggetto di strumentali e disinvolti utilizzi da parte della giurisprudenza (si pensi, per tutti, al caso dell'infedeltà del coniuge di sesso femminile, dapprima diversamente, più gravemente trattata sul piano penale, un trattamento dalla Corte giustificato, e dopo pochi anni invece giustamente in modo eguale trattata: in un caso e nell'altro, in nome di una "coscienza sociale" con stupefacente rapidità evolutasi...).

e quella del transessuale, dà ulteriore conferma della bontà della tesi, di cui si è fatta portatrice una sensibile dottrina⁵⁰, secondo cui dopo l'intervento chirurgico (e la relativa registrazione agli atti dello stato civile) il matrimonio dapprima contratto non può più proseguire: non lo consente, ancora una volta, quel modello di famiglia che – piaccia o no – è stato fatto proprio dalla Carta.

Non è certo come stanno le cose nelle pratiche di ciascun Comune; temo però che in molti di essi le cose vengano diversamente da come dovrebbero andare secondo modello, lo scioglimento del matrimonio dipendendo da un atto di volontà dei soggetti ed a questo restando ad ogni buon conto interamente condizionato⁵¹.

La questione, se riguardata da una prospettiva di più largo raggio, idonea a proiettarsi oltre la dimensione del rapporto di coppia, appare assai complessa, sol che si pensi che non sono in gioco unicamente gli interessi di cui i componenti la coppia stessa sono portatori ma anche quelli di terzi, a partire proprio dai figli, verso i quali l'intera trama degli enunciati costituzionali mostra, giustamente, una speciale, prioritaria considerazione.

Diritti e doveri dei genitori verso i figli, ovviamente, non si discutono: quelli erano e quelli restano⁵². Si tratta tuttavia di stabilire in quale modo e misura alle operazioni di bilanciamento tra interessi costituzionalmente protetti partecipino gli interessi che fanno capo ai figli, se cioè essi spingano (o, diciamo con maggiore cautela, *possano* spingere) per il mantenimento del legame matrimoniale (nel caso, naturalmente, che questa sia pure la volontà dei genitori) ovvero se ulteriormente avvalorino la soluzione favorevole all'immediato scioglimento del legame stesso.

Ora, a me pare che nessuna sicura indicazione si abbia al riguardo, né nell'uno né nell'altro senso. Può darsi il caso che l'interesse prioritario dei figli sia per la prosecuzione del matrimonio, sempre che appunto voluta dai genitori; può darsi, di contro, il caso opposto. Ecco, forse, questa potrebbe davvero essere materia per una nuova disciplina di rango costituzionale che, laddove orientata nel senso del mantenimento della definizione attuale di famiglia quale "società naturale fondata sul matrimonio", eccezionalmente acconsenta ad una deroga in nome dell'interesse preminente della prole⁵³.

Né varrebbe opporre, allo scopo di tenere per qualsivoglia caso fermo il modello costituzionale, che sia il soggetto che si sia sottoposto all'intervento di mutamento di sesso e sia pure il coniuge sapevano a cosa sarebbero andati incontro e, dunque, avevano altresì messo in conto i riflessi che dalla decisione presa si sarebbero avuti a carico del loro legame e della prole.

L'argomento, infatti, non sarebbe, ad ogni buon conto, risolutivo, vuoi per la preminente ed insuperabile ragione per cui davanti alla possibile incisione della dignità della persona umana, impedita a realizzare il proprio progetto di vita, non v'è interesse opposto, pur meritevole di tutela, che tenga, giusta la tesi che – come si è sopra rammentato – vede nella dignità stessa un valore "supercostituzionale", non

⁵⁰ Per tutti, M.E. LA TORRE, *La rettificazione di attribuzione di sesso. Il dato normativo e i problemi ermeneutici*, in AA.VV., *Famiglia e matrimonio*, vol. I, t. II, del *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, Giuffrè, Milano 2002, 1189 ss., della quale v. pure, ora, *Transessualismo, omosessualità e matrimonio*, in AA.VV., *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, cit., 201 ss. In argomento, ora, B. PEZZINI, *Transgenere in Italia: le regole del dualismo di genere e l'eguaglianza*, relaz. alle nostre Giornate, §§ 3.2 e 4.3 del *paper*.

⁵¹ Pendente, al momento in cui si scrive, un caso che ha fatto molto discutere (sul quale la comunicazione alle nostre Giornate di A. LORENZETTI, *Il caso Bernaroli. Quali soluzioni per un sistema «incartato»?», a seguito di ricorso presentato alla Corte di Cassazione da Alessandra Bernaroli avverso la pronunzia della Corte d'Appello di Bologna che ha dichiarato sciolto il matrimonio dalla stessa contratto con altra donna prima del mutamento di sesso, malgrado la volontà manifestata da entrambi i coniugi a favore del mantenimento del vincolo coniugale.*

Merita, inoltre, di essere segnalata una recente decisione del tribunale di Roma, sez. I, n. 5896 del 2011 (in *Guida al diritto*, 7-8/2011, 15 s.; dello stesso tribunale, v., già, una decisione del 1997, in *Dir. fam.*, 3/1998, con nota di M.C. LA BARBERA, *Transessualismo e mancata volontaria, seppur giustificata, attuazione dell'intervento medico-chirurgico*, 1033 ss.), con cui si è ammessa la rettifica degli atti dello stato civile anche in mancanza dell'intervento chirurgico che determini il mutamento del sesso, considerandosi dunque prioritario il profilo psichico rispetto a quello fisico. Una pronunzia che, tuttavia, assai problematicamente può considerarsi in linea con le indicazioni date da Corte cost. n. 138 del 2010, sol che si pensi che, per effetto della stessa, viene spianata la via all'eventuale matrimonio tra persone che hanno sesso diverso legalmente ma non pure fisicamente.

⁵² Centrale rilievo è giustamente assegnato all'interesse prioritario della prole anche con riguardo alle vicende conseguenti alla crisi del rapporto matrimoniale: ad es., per ciò che attiene all'affido dei figli, che può ugualmente essere congiunto malgrado lo scioglimento del matrimonio sia da ricondurre all'orientamento omosessuale di uno dei coniugi (su ciò, per tutti, G. OBERTO, *Problemi di coppia, omosessualità e filiazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2/2010, 802 ss.; in giurisprudenza, di recente, Trib. Nicosia, ord. 14 dicembre 2010).

⁵³ La presunzione, in conformità alla regola costituzionale, dovrebbe dunque essere nel senso dello scioglimento del vincolo, salva la prova del contrario, bisognosa di essere offerta nel singolo caso. Non basta, tuttavia, allo scopo di tenere in piedi il matrimonio la sola volontà delle parti, spettando al giudice di stabilire di volta in volta quale sia il vero, preminente interesse della prole.

bilanciabile con qualsivoglia altro valore⁵⁴, e vuoi ancora per il fatto che in nessun caso o modo può ammettersi una sofferenza per i soggetti più deboli ed esposti (i figli, appunto), dei quali – come si è rammentato – la Carta vuole farsi speciale cura, in nome di un rigoroso (ma rigido e, a conti fatti, irragionevole) attaccamento al modello, costi quel che costi.

L'interesse dei figli – come si viene dicendo – non può che essere valutato di volta in volta⁵⁵, di modo che qui più che altrove si manifesta palese l'opportunità di una disciplina positiva che si traduca in una sorta di “delega” al bilanciamento in concreto rimesso agli operatori (e, segnatamente, ai giudici), secondo il prudente apprezzamento dettato dalle circostanze.

Le ragioni sopra esposte inducono poi a ritenere obbligata la via della normazione con legge costituzionale, trattandosi di una deroga all'idea di famiglia e di matrimonio accolta dalla Carta⁵⁶.

Allo stato – come si diceva – il problema, a quanto pare, in alcuni Comuni non si pone, laddove sia cioè rimessa alla volontà delle parti la prosecuzione dell'esperienza matrimoniale. Se tuttavia la prassi in discorso – ché appunto di mera prassi si tratta, frutto di una distorta lettura del dettato costituzionale, quale risultante alla luce del “diritto vivente” – dovesse un domani cambiare, non resterebbe, a mia opinione, che il soccorso prestato dallo strumento della legge costituzionale allo scopo di tenere in vita il rapporto matrimoniale originario.

6. Una succinta notazione finale: si rende palese il bisogno di una disciplina legislativa duttile, che quindi si rimetta a soluzioni articolate e differenziate nella pratica giuridica (specie giudiziale) e che abbia la sua stella polare, al fine di stabilire quanta parte del regime relativo alla coppia coniugata possa estendersi alla coppia di omosessuali, in particolar modo nell'interesse preminente della prole

Il succinto riferimento appena fatto ai non pochi né lievi problemi che si pongono, specie per ciò che concerne la salvaguardia (fin dove possibile...) di condizioni di vita serena per i figli, aiuta ad impostare nel modo più adeguato e rispondente al modello la questione, cui si è già dietro fatto cenno, relativa ai profili di uniformità ed a quelli invece di differenziazione del regime riguardante la coppia di omosessuali rispetto al regime relativo alla coppia di coniugati.

Senza che se ne possa ora dire in dettaglio e con la dovuta estensione, due sole indicazioni di ordine generale mi pare emergano con sufficiente chiarezza dall'analisi fin qui condotta.

La prima è che una disciplina esaustiva con legge (non importa ora se costituzionale ovvero ordinaria) è da considerare in partenza inadeguata allo scopo: diciamo pure, *irragionevole*. Forse, in nessun campo di esperienza risalta, con uguale nitore e nettezza di caratteri di quelli che si hanno nel campo da noi osservato, il bisogno di far luogo ad una disciplina strutturalmente duttile, aperta a quei bilanciamenti secondo i casi che solo nella pratica giuridica (e, segnatamente, nella pratica giudiziale) possono prendere, nel modo più conveniente, forma. Se la futura disciplina della condizione familiare (*rectius*, “parafamiliare”) degli omosessuali ha da venire alla luce, secondo una tesi vigorosamente proposta (e, a quanto pare, fatta propria dalla Corte), con un solo atto connotato da organicità e compiutezza, ebbene la disciplina stessa non potrà che risultare composta da enunciati fatti a maglia larga⁵⁷, che si esprimano cioè a mezzo di

⁵⁴ Secondo la felice immagine di un'autorevole dottrina, la dignità è infatti la “bilancia” su cui si dispongono i beni bisognosi di bilanciamento (G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it); altra pur sensibile dottrina la considera invece un bene assoggettabile alle operazioni di bilanciamento (G. GEMMA, *Dignità Umana: un disvalore costituzionale?*, in *Quad. cost.*, 2/2008, 379 ss., e M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, Jovene, Napoli 2009, 1060 ss.).

⁵⁵ ... se non altro in ragione della varietà delle circostanze. E così diverso è il caso di minori incapaci d'intendere e di volere rispetto al caso di minori che invece siffatta incapacità non abbiano, il caso di minori che siano afflitti da peculiari problemi di ordine psichico, di salute in genere, ecc.

⁵⁶ ... mentre, a seguire l'opposta opinione patrocinata da coloro che danno una diversa lettura del dettato costituzionale, la novità qui auspicata potrebbe aversi con legge comune, quando non addirittura, *omisso medio*, per mano della giurisprudenza. Si assisterebbe, in quest'ultima eventualità, ad uno di quei casi di applicazione diretta della Costituzione, in merito alla quale, di recente, il dibattito si è – come si sa – riaperto, specie sotto la spinta emotiva di alcuni casi, quale quello Englaro, che hanno avuto larga, particolarmente avvertita e sofferta, risonanza nella pubblica opinione.

⁵⁷ ... e, tuttavia, non larghissima, risultando altrimenti vanificato lo scopo della produzione della legge in parola: col duplice inconveniente, per un verso, che permangono in buona sostanza le originarie carenze di dettato normativo e, per un altro verso, che resti gravemente squilibrato il rapporto tra giudici e legislatore, concedendosi a conti fatti ai primi una cambiale in bianco pronta all'incasso secondo congiunturali esigenze.

disposizioni di principio, rimettendosi quindi per i loro opportuni svolgimenti a norme create per ciascun caso dall'operatore di turno⁵⁸.

La seconda è che la disciplina in parola ha la stella polare, da cui trae l'orientamento nei sofferti percorsi che portano al suo inveramento nell'esperienza, nell'interesse dei figli, più (e prima ancora) che in quello dei componenti la coppia. Laddove tale interesse solleciti la uniformità di trattamento rispetto al regime della famiglia, ex art. 29 cost., questo *deve* aversi, trovandosi altrimenti in sofferenza l'intero quadro costituzionale, sottoposto ad una torsione intollerabile che, con ogni verosimiglianza, non lo lascerebbe indenne. Se, di contro, i figli non vi sono ovvero non subiscono, secondo il finale e prudente apprezzamento dei giudici, alcuna menomazione della loro condizione per effetto di una disciplina che tenga ad ogni modo distinta la condizione della famiglia da quella delle unioni "parafamiliari", ebbene siffatta peculiarità di trattamento *può* (e *deve*) aversi, siccome discendente dalla unicità irripetibile del modello familiare, ex art. 29, e dal *favor* per esso chiaramente enunciato⁵⁹.

E, invero, nello scenario da ultimo rappresentato, si riespande ed afferma in tutto il proprio vigore il modello costituzionale, nella parte in cui considera un valore in sé la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio"; come tale, bisognoso di essere in ogni modo preservato e promosso, perché da siffatta salvaguardia e promozione ne hanno diretto ed immediato beneficio non solo i componenti le singole istituzioni familiari ma l'intera comunità politicamente organizzata⁶⁰.

⁵⁸ Anche però discipline settoriali richiedono di essere provviste della necessaria elasticità di disposto, dal momento che persino per una stessa fattispecie possono darsi circostanze meritevoli di differenziato trattamento, quale in ultima istanza non può che essere definito ad opera dei pratici e, segnatamente, dei giudici.

⁵⁹ Le vicende riguardanti i matrimoni nei quali uno dei componenti la coppia abbia in seguito cambiato sesso ovvero i matrimoni cui tali soggetti accedano dopo l'intervento chirurgico possono costituire, per l'aspetto ora indicato, un utile punto di riferimento anche per ciò che concerne la complessiva definizione del regime delle coppie di omosessuali. Si tratta, nondimeno, come si è venuti dicendo, di questioni che vanno sempre risolte caso per caso.

⁶⁰ Ancora di recente, un'ulteriore, particolarmente istruttiva testimonianza e riprova del valore della famiglia in sé e per sé si è avuta da Corte cost. n. 245 del 2011, con cui è stata annullata la previsione legislativa che richiedeva il possesso del permesso di soggiorno da parte di soggetti stranieri desiderosi di accedere al matrimonio, consentendosi in tal modo le nozze anche agli immigrati in modo irregolare. L'interesse a costituire una nuova famiglia (nell'accezione costituzionale del termine), un interesse – ha tenuto a precisare la Corte – di cui è ovviamente portatore anche l'aspirante coniuge cittadino, ha dunque la meglio su altre, pur esse meritevoli e contrastanti istanze (in argomento, le note di R. CONTI, *La scala reale della Corte Costituzionale sulla tutela della CEDU nell'ordinamento interno*, in *Corr. giur.*, 9/2011, 1243 ss., spec. 1262 ss. e M. DI BARI, *La lettura in parallelo delle sentenze n. 138/2010 e n. 245/2011 della Corte Costituzionale: una breve riflessione*, in www.forumcostituzionale.it, a cui opinione la seconda decisione sarebbe portatrice di una *ratio* non compatibile con quella sottesa alla prima, cui è posta a raffronto, venendone pertanto sollecitato lo stesso giudice delle leggi a rivedere la propria posizione di chiusura ai matrimoni tra persone dello stesso sesso: una contraddizione che, francamente, non vedo, altro essendo il diritto fondamentale al matrimonio riconosciuto a tutti gli uomini ed altra cosa i presupposti, le condizioni e i limiti al suo esercizio, tra cui v'è appunto, a giudizio della Corte, quello del carattere eterosessuale della coppia).