



Convegno annuale
Associazione "Gruppo di Pisa"
7-8 giugno 2013
La famiglia davanti ai suoi giudici

ANTONINO SPADARO (*)

MATRIMONIO "FRA GAY": MERO PROBLEMA DI ERMENEUTICA COSTITUZIONALE – COME TALE RISOLUBILE DAL LEGISLATORE ORDINARIO E DALLA CORTE, RE MELIUS PERPENZA – O SERVE UNA LEGGE DI REVISIONE COSTITUZIONALE?

Sommario: 1. Premessa: un tema che scotta, fra pregiudizi *ideologici* e rigore di metodo *giuridico*.- 2. Metodo e interpretazione: rispetto dell'*original intent* e impraticabilità del c.d. *diritto costituzionale libero*.- 3. Gli eccessi ermeneutici da evitare: il matrimonio *eterosessuale* quale istituto "sub-costituzionale" o, per converso, quale "principio supremo costituzionale".- 4. In sintesi, le tesi a favore dell'ammissibilità costituzionale del matrimonio gay.- 5. Le argomentazioni equilibrate della Corte... 6. (*segue*): e il peso di un *obiter dictum* della sent. n. 138/2010 spesso dimenticato. Fin dove può spingersi l'"interpretazione" della Costituzione?.- 7. Conclusioni: la via giuridicamente più corretta, democratica e ragionevole della "revisione costituzionale".

1. Premessa: un tema che scotta, fra pregiudizi *ideologici* e rigore di metodo *giuridico*

Com'è noto, l'ipotesi del "matrimonio fra gay" ha suscitato un po' in tutto il mondo accese controversie e – limitandoci al solo universo occidentale: l'unico nel quale la questione è stata realmente affrontata – ha dato vita a soluzioni non casualmente molto diverse nei vari ordinamenti. Limitandoci all'Europa, ormai otto Paesi (Belgio, Francia, Islanda, Olanda, Norvegia, Portogallo, Spagna, Svezia) contemplano matrimoni di coppie dello stesso sesso, uno (Regno Unito) non ne esclude l'istituzione e 12 (Andorra, Austria, Repubblica Ceca, Danimarca, Finlandia, Germania, Irlanda, Liechtenstein, Lussemburgo, Ungheria, Slovenia, Svizzera) disciplinano comunque le unioni civili come forme di riconoscimento della coppia diverse dal matrimonio¹.

Da tempo, per varie ragioni storiche e culturali, quest'ultima poteva costituire almeno un primo tentativo di soluzione anche per l'Italia², dove però la sola ipotesi di introduzione dell'istituto (c.d. DICO) purtroppo ha determinato un putiferio di discussioni, contestualmente di varia natura: teologica, filosofica, etica, politica e, naturalmente, giuridica³.

(*) Professore ordinario di *Diritto costituzionale* - Università Mediterranea di Reggio Calabria (spadaro@unirc.it)

¹ Per un'analisi comparata globale di un quadro per altro sempre in continua mutazione e aggiornamento, v. la recente raccolta di materiali in <http://www.rivistaaic.it/osservatorio/articolo/same-sex-marriage-e-riconoscimento-delle-unioni-tra-persone-dello-stesso-sesso>.

² Ma naturalmente la colpevole mancanza nel nostro ordinamento di un'organica ed adeguata disciplina giuridica delle coppie di fatto, etero- od omosessuali che siano, non avrebbe risolto in radice il problema, visto il permanere di una presunta discriminazione dovuta all'impossibilità da parte di coppie gay – a differenza di quelle etero, *libere* di convivere o sposarsi – di aspirare a contrarre "vincolo matrimoniale". È probabile, tuttavia, che la presenza di una buona normativa avrebbe reso tale problema meno impellente e gravoso. Per un'analoga considerazione, seppur riferita alla decisione della Corte EDU Schalk and Kopf del 24 giugno 2010 (ric. n. 30141/2004), v. G. REPETTO https://diritti.cedu.unipg.it/index.php?option=com_content&view=article&id=112%3Ala-corte-di-strasburgo-si-confronta-per-la-prima-volta-con-il-matrimonio-omosessuale&catid=258%3Amatrimonio-e-famiglia&Itemid=178&lang=it

³ Più in generale la letteratura giuridica sul matrimonio fra persone di sesso diverso è ormai sterminata e sarebbe presuntuoso per chiunque, sicuramente almeno per chi scrive, ritenere di dominarla interamente. Tanto per farsi un'idea, qui basta ricordare i recentissimi lavori di F. BIONDI (*Quale modello costituzionale*) e L. CONTE (*Le unioni non matrimoniali*) al convegno del Gruppo di Pisa su "La famiglia davanti ai suoi giudici"



Sarebbe ingenuo o ipocrita ritenere che – pur distinguendosi i campi seguiti negli interventi in materia – i diversi approcci segnalati sul medesimo argomento non siano destinati, volenti o nolenti, a “intersecarsi”. Visto il carattere molto delicato e coinvolgente del tema, la *contaminazione*, o influenza, fra settori di studio diversi sembra invece un esito quasi inevitabile e costituisce – come del resto in altri settori di confine (bioetica) e comunque socialmente sensibili (*political questions*) – un rischio accettabile. Anzi, la coesistenza di diversi approcci può tradursi in un approfondimento culturale che alla fine arricchisce il dibattito. Tutto ciò, però, a due condizioni: I) che i diversi approcci seguiti vengano, di volta in volta, dichiarati *esplicitamente* dall'autore, in modo che sia evidente “da quale prospettiva”, nel particolare contesto dato, egli si esprime; e II) che il passaggio dall'uno all'altro approccio non determini una continua commistione, non degeneri quindi nel caos, ossia in una vera e propria *contaminazione metodologica*. Per esempio non guasta che, durante lo svolgimento della sua indagine giuridica, un costituzionalista riporti un punto di vista filosofico o una tesi teologica, sempre che – s'intende – precisi che “di questo” si tratta. Guasterebbe invece che tali argomentazioni *metagiuridiche* venissero “spacciate” come *giuridiche*⁴.

Ho svolto rapidamente in premessa queste brevi considerazioni/precisazioni di tipo metodologico, che invero dovrebbero risultare scontate, semplicemente perché, mai come nel caso del tema qui analizzato, le tesi sostenute non sempre sono conseguenza di una rigorosa interpretazione giuridica, ma talora piuttosto frutto di ideologie, rispettabilissime ma pur sempre ideologie. Purtroppo, però, proprio i pregiudizi *ideologici* inficiano una corretta ermeneutica *giuridica* e danno vita appunto a inaccettabili commistioni *metodologiche*⁵.

Più precisamente e per farla breve, l'unica *ideologia* di cui il giurista-costituzionalista può, anzi deve, farsi portatore nell'esercizio della sua attività di ermeneutica *giuridica* è appunto quella liberaldemocratica e personalista, che – per quanto aperta e pluralistica – ha tratti assiologici ben delineati e, per così dire, non “annacquabili”. Mi riferisco, in estrema sintesi, al complesso di valori politici derivanti dal “costituzionalismo”, corrente politico-ideale che costituisce il naturale *background* di ogni Carta.

Per la verità, il rischio di un annacquamento/svuotamento di tale ideologia è incrementato dalla particolare struttura nomologica intrinseca di buona parte delle disposizioni costituzionali, com'è noto spesso costituite da *principia*⁶. Può soccorrere, in questo caso, solo una buona ermeneutica giuridica che ci aiuti a “distinguere”. Infatti, una cosa è la presenza in un testo costituzionale di “concetti-valvola” (c.d. *ventilbegriffen*), che lasciano notevoli e fisiologici margini di discrezionalità all'interprete, permettendogli persino, in qualche caso, di imputare al Costituente concetti che questi esplicitamente non *ha* espressi (ma *avrebbe potuto* esprimere), attraverso un'integrazione naturale e ragionevole del testo – c.d. interpretazione *evolutiva* – come nel caso, per esempio, dei c.d. diritti sociali. Altra cosa è invece – si vedrà – imputare patologicamente al Costituente concetti che addirittura presumibilmente nemmeno *avrebbe voluto* esprimere, ricorrendo a superfetazioni ideologiche ben più incerte e controverse, come di fronte, per esempio, ad alcuni dei c.d. nuovi diritti. Ma la questione accennata, nei suoi tratti generali, è troppo complessa per essere affrontata qui e ora⁷.

svoltosi a Catania del 7-8 giugno 2013 (cfr. <http://www.gruppodipisa.it/?p=2649>). V. pure i testi *online* subito scaricabili dal *Forum* dei Quaderni costituzionali (L. D'Angelo, F. Calazaretti, M. Croce, M. Di Bari, A. Melani, A. Pugiotto, F. Saitto, C. Silvius, S. Spinelli) o dal sito della *Rivista* dell'AIC (F. Dal Canto, M. Di Bari, B. Pezzini, A. Ruggeri), tutti subito in evidenza su *Consulta online* come commenti alla sentenza 138/2010 della Corte costituzionale. Ma si tratta, appunto, solo della punta di un enorme *iceberg*: per una bibliografia aggiornata fino al 2012, cfr. il corposo volume di L. FRANCO, *Autonomia della famiglia e identità personale. Tra sovranità interna e sussidiarietà performativa europea*, Napoli 2012.

⁴ Cfr. L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1985, 75 ss.

⁵ Sulla questione del metodo, sia consentito rinviare ad A. SPADARO, *Ex facto (id est: ex scripto) oritur ratio scientiae iuris (Notarella sul metodo “relazionista” nel diritto costituzionale)*, in *Pol. dir.*, n.3/1996, 399 ss. e poi anche in AA.VV., *Il metodo nella scienza del Diritto costituzionale*, Padova 1997, 157 ss. L'orientamento metodologico proposto è, in estrema sintesi, quello di un diritto positivo insieme aperto e consapevole dei suoi limiti intrinseci, che sarebbe definibile (ed è definito) di “positivismo illuminato”.

⁶ Si sa che proprio la natura indeterminata dei principi costituzionali costituisce insieme un pregio e un difetto per il giurista. Cfr., per tutti, l'aureo libro di D. FARIAS, *Idealità e indeterminatazza dei principi costituzionali*, Milano 1981. Ma v. pure, ora: M. BARCELLONA, *Sul senso delle “clausole generali”*. Il diritto tra giudice e legge, in *Dem. dir.*, 1/2009, 261 ss.; V. VELLUZZI, *Clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano 2010; M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 3/2011, 345 ss.; F. DENOZZA, *Norme, principi e clausole generali nel diritto commerciale: un'analisi funzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 3/2011, 379 ss.; AA.VV. (Cognetti, Sala, Angeletti, Perfetti), *Saggi vari sulle clausole generali nel diritto pubblico/amministrativo*, in *Giur. it.*, 5/2012, 1197 ss.; F. PEDRINI, *Clausole generali e Costituzione: osservazioni introduttive*, in *Quad. cost.*, 2/2012, 285 ss.; S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano 2013.

⁷ Mi permetto di rinviare, dunque – per un approfondimento, ovviamente qui impossibile, sull'*ideologia* del costituzionalismo – se si vuole, alle mie



In ogni caso, il peso di qualunque altra “ideologia” – che non sia il fortunato *accidens* storico dell’etica pubblica *laica* del costituzionalismo – rischia di inquinare la correttezza del metodo “giuridico” usato dal costituzionalista e, alla fine, anche quando ispirata alle migliori intenzioni (per esempio, favorire la presunta espansione dei diritti), rischia, come si vedrà, di ritorcersi contro lo stesso operatore che l’ha usata. Di più: finisce inevitabilmente, e forse in qualche caso involontariamente, col favorire le teorie svalutative della Costituzione, la quale è destinata così a trasformarsi in un “pezzo di carta” non più vincolante assiologicamente (*wertfrei*). Ricordo infatti che, se a un testo scritto, non necessariamente giuridico, facciamo sempre dire “quel che vogliamo”, e non quel che “realmente” dice/non dice, esso perde di qualunque valore sul piano ermeneutico⁸.

2. Metodo e interpretazione: rispetto dell’*original intent* e impraticabilità del c.d. *diritto costituzionale libero*

La classica questione del *metodo*, come si sa, è strettamente connessa a quella, altrettanto inesauribile, dell’*interpretazione*. Senza ovviamente alcuna pretesa di mettere la parola fine su questi temi immortali, mi limito qui a segnalare che non casualmente, per esempio, nella lingua inglese *interpretation* significa sia “interpretazione” sia “creazione”. In particolare, mi sembra suggestivo l’orientamento secondo cui può dirsi *interpretazione* solo quella relativa a una disposizione con un contenuto normativo ragionevolmente chiaro, mentre forse sarebbe più giusto parlare di *creazione* di fronte a una disposizione con contenuto normativo polisenso o peggio oscuro. Ma anche a voler aderire alla diversa tesi secondo cui, invece, solo proprio quando la disposizione è polisemica entrano in gioco tutte le potenzialità dell’interpretazione, si potrebbe comunque distinguere fra innovazione *integrativa* (ad esempio, individuazione di regole concrete in attuazione dei principi costituzionali) e creazione *ex novo* (invenzione normativa al di fuori di uno sviluppo tracciato da norme di principio).

La tesi che qui si cerca di sostenere, in breve, è che, per quanto illuminata, nessuna *interpretation* di un testo costituzionale nel duplice senso ricordato – se vuole rimanere tale e non vuole tradursi nel c.d. “diritto costituzionale libero” – può sostituirsi *in toto* alla volontà del costituente (per i principi fondamentali di una Carta) o all’opera del legislatore costituzionale (per la rimanente parte del testo costituzionale). Paradossalmente questa tesi è sostenuta proprio da chi, come chi scrive, certo non teme l’influenza dell’idea di diritto “naturale”, che tanto peso ha avuto ed ha nella storia del diritto costituzionale e del diritto internazionale “positivi”.

Purtroppo il concetto oscuro di “diritto costituzionale libero” non coincide con quello di un ragionevole “diritto naturale”, ma è ben altro. Si tratta piuttosto di una sorta di ossimoro impraticabile, utile alla fine solo a descrivere un fenomeno difficilmente immaginabile e storicamente inesistente: l’“anomia giuridica”. Quest’ultima, a sua volta, è il *pendant* giuridico di un altro fenomeno, parimenti di ardua realizzazione storica: l’“anarchia politica”. Ma non si può qui indugiare su questi aspetti.

Quel che qui preme chiarire è che il diritto costituzionale di cui ora si discetta tutt’al più può, e anzi deve, essere – come a me piace dire – “illuminato” (da una istanza di giustizia, perennemente *in fieri*: se si vuole giusnaturalistica), ma resta pur sempre un diritto posto, *positivo*, e mai un diritto *libero* (o, se si preferisce, in fondo... un “non diritto”). Si noti: ciò vale sempre, sia nei sistemi di *civil law*, dove il testo costituzionale è in gran parte “scritto”, sia nei sistemi di *common law*, dove il testo costituzionale è spesso “giurisprudenziale/consuetudinario”. Senza necessariamente scomodare l’emblematico principio di “certezza del diritto”, di cui purtroppo è facile abusare, bisogna però riconoscere che proprio questo limite ermeneutico invalicabile per l’interprete – il fatto che stiamo parlando di un diritto dato, posto, *positivo* – costituisce una delle garanzie più importanti per il cittadino e una conquista storica già dello Stato legale di diritto, prima ancora che dello Stato costituzionale contemporaneo.

voci *Costituzionalismo*, per *Enciclopedia filosofica*, vol. III, Milano, Bompiani 2006, 2369 s. e *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. II, Milano 2006, 1630 ss. Fra i molti sostanzialmente nello stesso filone, cfr. spec. Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano 2007. Nei testi indicati, ulteriore bibl. Per un primo chiarimento sui c.d. nuovi diritti, v. poi il mio *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista online dell’AIC*, n. 4/2011. Ulteriori indicazioni anche *infra*, in nt. 22.

⁸ Fra le “teorie svalutative” (o di sostanziale “de-normativizzazione”) della Costituzione si segnala quella lucidamente proposta nel bel libro di G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari 2000 (su cui, se si vuole, può vedersi la mia recensione, largamente favorevole al testo anche se non adesiva alla tesi svalutativa *ivi* sostenuta, in *Riv. Dir. cost.*, n. 5/2000, 273 ss.).



Altrimenti detto: una Costituzione, proprio perché espressione di diritto positivo, non può mai contenere tutte le aspirazioni superiori di giustizia e dignità umana di cui pure è testimonianza imperfetta (approccio giusnaturalista), ma in ogni caso non può essere mai considerata un semplice pezzo di carta, o un insieme di consuetudini, da cui trarre “quel che si vuole”, o a cui far dire “quel che ci piace”, magari sulla scorta in sé legittima del *meta-canone della comparazione*⁹, secondo istanze e pulsioni più o meno contingenti (approccio del diritto costituzionale libero). Sotto quest’aspetto, bisogna essere onesti fino alla spietatezza: quando si desidera non integrare evolutivamente, ma *innovare/alterare*, la volontà dei costituenti – che esiste, è ricostruibile e in qualche caso dannatamente chiara – coerenza metodologica e correttezza ermeneutica impongono che vengano seguite le procedure che i costituenti stessi hanno indicato. Insomma, nel caso italiano, l’art. 138 Cost.

Ciò significa che l’intenzione dei costituenti (c.d. *original intent*) certo non può essere un feticcio che paralizza le potenzialità *evolutive* di un testo costituzionale, ma nemmeno può essere considerato un concetto da prendere sotto gamba. È vero, infatti, che, a differenza dell’interpretazione della soggettiva *voluntas legislatoris*, che mai può prevalere sul significato normativo oggettivo della disposizione di *legge*, la *voluntas constituentis* (anche quando implicita e/o contestualmente sottintesa) non può non incidere invece profondamente e direttamente nell’interpretazione normativa del testo *costituzionale*¹⁰.

3. Gli eccessi ermeneutici da evitare: il matrimonio *eterosessuale* quale istituto “sub-costituzionale” o, per converso, quale “principio supremo costituzionale”

È chiaro quindi che non è la questione *ideologica* che qui interessa o si desidera affrontare. Qui interessa semplicemente analizzare i profili *giuridici*, senza che venga espresso alcun tipo di opinione di merito, e quindi un “pregiudizio”, *contrario o favorevole* al matrimonio gay.

La questione è, e deve essere, appunto un’altra: se – per via solo di ermeneutica giuridica – dall’attuale testo costituzionale risulti la possibilità di un “matrimonio” gay. Francamente, nella vigenza dell’attuale art. 29 Cost., mi pare impossibile, come fare *de quadrato rotundum*, e tale orientamento è stato sostenuto da chi scrive – insieme alla connessa necessità di introdurre un’esauriente disciplina di tutte le unioni civili – in tempi non sospetti, ben prima che la Corte costituzionale si esprimesse al riguardo con la sentenza n. 138/2010¹¹.

Ora a me sembra che anche *adesso*, per gli stessi motivi *giuridici* – dopo la ricordata sentenza n. 138/2010 – non sia possibile una *revirement* nella giurisprudenza della Corte e che quindi, se si desidera perseguire quest’obiettivo, buono o cattivo: non conta dal punto di vista del metodo “giuridico”, occorra procedere per la via obbligata della revisione della Costituzione. Non è differenza da poco, perché significa che l’operazione che si andrebbe a compiere non sarebbe semplicemente *interpretativa* di un parametro esistente – ciò che la Corte, ove le fosse stato consentito, avrebbe senz’altro già fatto – ma semmai *modificativa* del parametro stesso, ciò che la Corte in nessun caso potrebbe fare, se non attraverso la *manipolazione* del testo costituzionale (il che, per altro, talora discutibilmente accade)¹².

Di più: a voler essere onesti fino in fondo, bisognerebbe riconoscere pure che – esistendo, com’è noto, limiti invalicabili persino alla revisione costituzionale (per prime, sent.ze nn.: 1146/1988, 366/1991, 73/2001) – nemmeno è

⁹ Senza scomodare le ben più complesse motivazioni di P. Häberle in merito, per limitarci alla vicenda esaminata cfr., per tutti, M. LACATENA, *Commento a Corte costituzionale, sentenza n. 138/2010*, in *Il diritto per i concorsi*, 2010, fasc. 4, 24; S. AGOSTA, *Uno sguardo sulle unioni omosessuali dalla prospettiva comparatistica: una lezione che stenta ancora ad essere imparata*, in www.forumcostituzionale.it (2011); e D. FERRARI, *La Corte costituzionale ed il Conseil constitutionnel davanti ai matrimoni omosessuali*, in *Pol. dir.*, 2-3/2012, 495 ss.

¹⁰ Sull’ardua problematica del c.d. *original intent* cfr., per tutti: AA.VV., *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di F. Giuffrè - I. Nicotra, Torino 2008; M. LUCIANI, *L’interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 1/2009, 1 ss. e, ora, P. BIANCHI, *Le trappole dell’originalismo*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, I Napoli 2011, 281 ss. La complessità del tema può dedursi già dalla semplice considerazione che, talora, anche quella che può apparire un’evidenza ermeneutica non esclude risvolti in teoria innovativi: il fatto, ad esempio, che il Costituente si sia preoccupato di garantire alcune libertà espressamente riferendole al cittadino (artt. 16,17,18, ma anche diritto di voto) fortunatamente non ha impedito infine di estenderle, sia pure con limiti ulteriori, agli stranieri. Si pensi poi allo stesso diritto di elettorato attivo e passivo alle elezioni comunali riconosciuto agli stranieri comunitari residenti in Italia dalle stesse norme comunitarie. In questi casi forse non è irragionevole, tuttavia, parlare di un costituente preoccupato essenzialmente di garantire una maggiore *intensità*, o *pienezza*, del diritto per i cittadini.

¹¹ Cfr. A. SPADARO, *Libertà di coscienza e laicità nello Stato costituzionale (sulle radici “religiose” dello Stato “laico”)*, Torino 2008, spec. 239 s.

¹² Per l’emblematica e controversa emersione, nella tipologia delle pronunzie costituzionali, anche di decisioni *manipolative* non solo del significato della legge ma *dello stesso testo costituzionale* – provocatoriamente definite non a caso “di revisione costituzionale” – cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2009, 147 ss. (e ora conformemente nella V edizione 2013 in corso di stampa).



detto che anche questa semplice operazione (procedura aggravata di revisione) sia sempre praticabile, che sia cioè sempre possibile cambiare il “parametro” di costituzionalità. Intendo dire che *non può escludersi* che la Corte consideri la famiglia come “società naturale” e il matrimonio come “*coniugio* eterosessuale” alla stregua di principi costituzionali inviolabili – rientranti nel c.d. “nucleo duro” costituzionale – e quindi irrevisionabili persino attraverso la procedura di cui all’art. 138. Piaccia o no, e per quanto improbabile come subito si dirà, da un punto di vista strettamente giuridico anche questa è un’ipotesi da mettere in conto¹³.

Ma in verità e fortunatamente non mi sembra che la Corte sia arrivata a tanto, essendosi limitata a tutelare l’esclusività dell’istituto matrimoniale fra coppie eterosessuali, secondo una tradizione pre-costituzionale chiaramente recepita nel testo della Carta, auspicando però contemporaneamente e saggiamente l’adozione di una disciplina che riconosca pienamente i diritti derivanti dalle unioni civili o di fatto, omo- o etero-sessuali. La Corte, insomma, ha fatto “tutto quel che poteva” a *Costituzione invariata*.

Naturalmente non si può sapere cosa la stessa ora farebbe di fronte a un’eventuale “revisione costituzionale” dell’art. 29, volta ad estendere l’istituto matrimoniale alle coppie gay, ma è ragionevole ritenere che – al fine di conseguire una maggiore armonia e omogeneizzazione con le norme sovranazionali (artt. 12 CEDU e 9 Carta UE o di Nizza)¹⁴ – il giudice delle leggi non solleverebbe obiezioni sulla scelta di modifica dell’attuale parametro, adeguandosi quindi all’“aggiornamento” costituzionale. Tutt’al più, se esistesse l’istituto del *dissent* nel nostro ordinamento, presumo che qualche giudice esprimerebbe una garbata *dissenting opinion*. Nient’altro.

In ogni caso, quel che è davvero molto difficile immaginare è che la Corte, dopo essersi espressa con la sent. n. 138/2010, indietreggi e cambi idea con un sorprendente *overruling*. Appare a dir poco improbabile, infatti, che essa, dopo aver qualificato come istituto *costituzionale* il matrimonio eterosessuale, ora – *re melius perpensa* – permetta al semplice *legislatore ordinario* di estendere tale istituto anche alle coppie gay, come pure è stato sostenuto in dottrina¹⁵. L’ipotesi non tiene, ma non sul piano politico e/o ideologico, bensì sul piano strettamente giuridico, come si cercherà di dimostrare, visto che – non mi stancherò di ripeterlo – bisogna affrontare la questione in stretta “punta di diritto”, perché tale è.

Ciò significa che bisognerebbe evitare ogni “eccesso” e mettere da parte le proprie “convinzioni”, per quanto buone e importanti esse ci appaiano, ancor più se suffragate da qualche fondatezza giuridica.

Gli eccessi da evitare sono, a mio avviso, due e speculari:

¹³ Non foss’altro, almeno per ragioni strettamente *logiche*. È innegabile infatti che – per rifiutare nettamente un’estensione, a mezzo di semplice interpretazione evolutiva, dell’istituto matrimoniale alle coppie gay – la Corte abbia fatto ricorso non solo all’interpretazione letterale e sistematica della Carta, ma pure all’*original intent* del costituente (che indubbiamente immaginava un matrimonio solo fra coppie eterosessuali) e abbia esplicitamente “condiviso” questa impostazione, considerandola costitutiva – verrebbe da dire: *ontologicamente* – dell’istituto del matrimonio. Derogare a tale approccio, che riconosce l’unica formazione sociale non casualmente definita “società naturale” nella Carta, potrebbe significare rimettere in discussione uno dei pilastri del nostro sistema sociale e costituzionale. Sono in ballo, insieme all’art. 29, un mucchio di questioni *fondamentali* (figli, diritti successori, adozioni, ecc.), e quindi principi, che in altri tempi la Corte non avrebbe esitato a definire “supremi”, come tali resistenti anche alla normativa comunitaria (controlimiti) e che ora non è così “automatico” considerare *sic et simpliciter* modificabili, sia pure con procedura aggravata. Questa preoccupazione trapela anche dal semplice fatto che la Corte, per tutelare i diritti delle coppie gay e di fatto, si sia limitata a rinviare all’art. 2, guardandosi bene dal coinvolgere l’art. 29. Sul punto v. spec. A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 757 e ora ID., “*Strane*” idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale, in corso di stampa negli atti del ricordato convegno di Catania, ove più precisamente si sostiene che «una deroga» al principio della famiglia eterosessuale «può pertanto essere superata unicamente a mezzo di una nuova disciplina di rango costituzionale (sempre che, nella specie, si reputi che essa non confligga con principi indisponibili dell’ordine costituzionale)».

¹⁴ In realtà, com’è noto, bisognerebbe distinguere attentamente le due disposizioni. Mentre la seconda (Carta di Nizza) non fa riferimento al matrimonio fra uomo e donna, la prima, invece, presenta un tenore letterale inequivoco nel senso di prevedere il diritto di un uomo e di una donna di sposarsi, sicché – al di là del ricordato e recente caso Schalk in controtendenza – in diverse decisioni la Corte edu aveva escluso la riconducibilità della coppia omosessuale allo schema matrimoniale dell’art. 12.

¹⁵ V., da ultimo, L. CONTE, *op. et loc. cit.* (spec. 50 s. del paper). Ma fra gli altri, prima di lei, per esempio: C. SILVIS, *Il matrimonio omosessuale fra il “non s’ha da fare” dell’art. 29 ed il “si può fare” dell’art. 2 della Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it (2010); R. ROMBOLI, *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.* 2010, fasc. 2, 1629 ss.; P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium iuris*, 2010, fasc. 10, 997 ss. E, si vedrà – sorprendentemente, viste le premesse da cui parte la sua argomentazione – A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in www.forumcostituzionale.it (2010), 21.



- I) Primo eccesso: considerare il matrimonio *eterosessuale* quale istituto giuridico sostanzialmente “sub-costituzionale”¹⁶. In realtà, la tesi secondo cui la teoria del matrimonio eterosessuale sia un semplice “postulato”, un mero “presupposto” – come tale non necessariamente di rilievo *costituzionale* – non convince. Mi sembra, anzi, che questo tipo di impostazione rischi di vedersi ritorcere lo stesso tipo di critica mossa. È singolare, infatti, la prospettiva di partenza: sfugge il fatto decisivo per cui il diritto vigente *costituzionale* non è quello che il singolo interprete “presume” o “presuppone”, ma invece quello realmente *vivente*, ossia il significato normativo – piaccia o no – estrapolato dal testo della Carta proprio ad opera della Corte costituzionale. Non si dimentichi che stiamo parlando non di un testo di *legge* – sul cui significato normativo l’interpretazione della Cassazione prevale su ogni altra, compresa quella del Giudice delle leggi – ma del testo della *Costituzione*, su cui invece la Corte costituzionale ha – deve avere – il monopolio interpretativo che appunto vincola tutti, Cassazione compresa (che infatti, a denti stretti, si adegua)¹⁷. Ciò chiarito, si eccede nel senso qui indicato, quando si pensa frettolosamente che una semplice legge *ordinaria*, che preveda un matrimonio gay, permetterebbe alla Corte di ritornare sui suoi passi, nonostante le diverse disposizioni scritte della Carta (artt. 29, 30 ecc. Cost.).
- II) Secondo eccesso: ritenere che il matrimonio eterosessuale vada inserito addirittura fra i “principi supremi costituzionali”. Questo riconoscimento estremo porterebbe a ritenere che neanche una legge *costituzionale* possa riuscire nell’intento di introdurre un matrimonio gay nel nostro ordinamento. A mio parere, solo pervenendo a questo esito la Corte mostrerebbe di cedere davvero a una tentazione *rigidamente*, sarei tentato di dire *inutilmente*, “originalista”. Ripeto: non è possibile sapere cosa farebbe la Corte in una situazione del genere, ma anche quest’ultima ipotesi sembrerebbe configurare un atteggiamento eccessivo, come se non esistessero *di fatto* oggi molteplici “tipi” di famiglie al di là di quella (c.d. naturale) eterosessuale, tutte meritevoli di tutela,

¹⁶ E’, in fondo, la posizione strisciante della Prima sezione civile della Corte di Cassazione che – con la nota (e commentata) sent. n. 4184 del 15 marzo 2012 – perviene alla tesi secondo cui il matrimonio regolarmente contratto all’estero da persone dello stesso sesso sarebbe, non tanto *inesistente*, quanto piuttosto «inidoneo a produrre qualsiasi effetto giuridico nell’ordinamento italiano». Questa teoria della “non inesistenza” del matrimonio gay si basa sul fatto che la qualificazione dell’istituto, pur essendo un «requisito minimo» dell’atto in Italia, non sia tanto un dato *costituzionale* (non «abbia assunto valenza costituzionale»), come invece ritiene il Tribunale di Latina), quanto un semplice «postulato non arbitrario». Sembra di cogliere, in quest’approccio della Cassazione, un chiaro sforzo di “arrampicarsi sugli specchi”, per lo scarto fra ciò che “si vorrebbe che fosse” il diritto vigente e “ciò che invece è” l’attuale diritto *positivo*, n.b.: anche costituzionale, diritto evidentemente non gradito ma subito dalla Cassazione. In modo non dissimile, R. ROMBOLI [La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni, in AA.Vv., *Unioni e matrimoni same sex dopo la sent. n. 138 del 2010: quali prospettive*, a cura di B. Pezzini, A. Lorenzetti, Napoli 2011, 17; ID., *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali*, in AA.Vv., *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, a cura di G. D’Elia, G. Tiberi e M.P. Viviani Schlein, Milano 2012, 637; ID., *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso: gli effetti nel nostro ordinamento dei «dicta» della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell’uomo nell’interpretazione della Corte di cassazione*, in *Foro it.*, 10/2012, I, 22 ss.] che parla di una semplice «presupposizione» della Corte costituzionale sul punto. Ma il fatto che ragionevolmente si possa parlare di “non inesistenza”, quanto agli effetti, del matrimonio gay contratto all’estero – e dunque di una “parziale” esistenza di effetti di tale matrimonio, per altro non trascrivibile – non può certo fondarsi sull’ardita e del tutto astratta tesi della Cassazione, che meramente di questo si tratta, secondo cui il matrimonio eterosessuale non avrebbe, in Italia, natura *costituzionale*. La “non inesistenza” è invece imputabile all’uso del principio di sussidiarietà nel quadro di costituzionalismo europeo multilivello, che porta a una “relativizzazione” dell’istituto matrimoniale (etero- od omo-sessuale) e dei suoi effetti nei diversi ordinamenti. Sul punto, cfr. le giuste considerazioni L. FRANCO (*op. cit.*, 199 ss., 325 ss., 351 ss., ma v. *passim*).

¹⁷ Forse non si coglie appieno il pericolo sotteso a un simile atteggiamento, che involontariamente rischia di rimettere in discussione uno dei pilastri dello Stato costituzionale contemporaneo (controllo di costituzionalità). Naturalmente, esaminare e valutare “criticamente” le sentenze della Corte non solo è lecito, ma opportuno; contestarne invece non l’operato, ma la specifica attività di *interpretazione costituzionale* è forse qualcosa di più, potendo comportare implicitamente la messa in discussione del potere, certo non “arbitrario”, che la stessa ha di decidere “cosa significhi” il testo costituzionale, quindi quale sia il contenuto *normativo* delle *disposizioni* della Carta. Segnatamente il fatto che la Corte ci dica che il Costituente ha previsto solo il matrimonio eterosessuale e che di conseguenza essa “non può”, per via ermeneutica, far dire al Costituente stesso ciò che questi non avrebbe voluto dire o nemmeno pensava di dire (ossia che l’istituto si estende anche agli omosessuali), non è un’arbitrarietà, ma semmai un’ovvietà. Fatte le debite differenze e riconosciuta la notevole diversità di contesto, mi sembra di scorgere tratti di somiglianza tra la contestazione di un’interpretazione (inappellabile) della Costituzione fatta dalla Corte e la contestazione di una sentenza definitiva (giudicata) avallata dalla Cassazione. Entrambi i fenomeni, magari ispirati a nobili fini etici, talora sembrano fondati, più che su argomentazioni tecniche e razionali, su fragili *presupposti* – qui la parola è appropriata – “ideologici” e/o “politici”. Chi scrive, inchinandosi sempre alla libertà di coscienza, aborrisce il concetto di Stato *etico* e non è certo uno “statolatra”, ma teme molto l’attacco concentrico che quotidianamente subiscono i giudici, anche costituzionali, e con essi lo Stato di diritto e l’assetto fondamentale dei suoi poteri e delle sue regole vuoi per motivi politico-personalistici, vuoi per motivi ideologici.



e come se la Corte non si fosse sempre mostrata sensibile alle connesse aperture sovranazionali in merito, a maggior ragione se tale prospettiva venisse formalizzata e suffragata da un mutamento dello stesso parametro superprimario ad opera appunto del legislatore costituzionale.

La verità è che – usando gli *ordinari* canoni interpretativi e vigente l'*attuale* testo costituzionale – nel nostro ordinamento il “matrimonio”, ci piaccia o no, chiaramente riguarda solo le coppie *eterosessuali*. Con questi caratteri, esso è istituto di rango – non super-costituzionale, né sub-costituzionale – ma appunto, oltre che civilistico, squisitamente *costituzionale*. Si tratta, a mio avviso, di un'*evidenza* ermeneutica della Carta *tout court*, ma in ogni caso è difficile negare che si tratti quantomeno di un'*evidenza* giurisprudenziale, ossia di *diritto vivente costituzionale*. Infatti, sempre che si voglia fare una «lettura non reticente» della decisione, è stato giustamente rilevato che «sul piano giuridico formale a fare testo è la pronuncia costituzionale con il suo dispositivo, peraltro già confermata dalla successiva ordinanza n. 276/2010»¹⁸.

Ciò significa, a parere di chi scrive, non solo che ovviamente non possa essere stravolta la natura (eterosessuale) del matrimonio per via interpretativa, ma anche che nemmeno potrebbe farlo il semplice legislatore ordinario. Infatti – come tutti sanno – un istituto disciplinato da una fonte di rango costituzionale giuridicamente può essere cambiato/stravolto *solo* a mezzo di fonte di pari grado, ossia attraverso una procedura di revisione ad opera del legislatore costituzionale.

Diversamente ragionando, ci troveremmo di fronte non a una semplice (!) “modificazione tacita” della Carta – della cui ammissibilità per altro tutt'oggi si discute – ma di fronte a una “modificazione tacita” *contra Constitutionem* introdotta per via legislativa, la cui ammissibilità è da sempre e in modo indiscusso esclusa.

Se, poi, si decidesse di accedere all'approccio prima ricordato del “diritto costituzionale libero”, tutto è possibile e niente è escluso. Ma s'è già detto che, in questa sede, metodologicamente ci si pone “in punta di *diritto*” e non su un piano *ideologico*.

4. In sintesi, le tesi a favore dell'ammissibilità costituzionale del matrimonio gay

In estrema sintesi, sorvolando perciò su argomenti minori, le ragioni dei sostenitori del “matrimonio gay” possono riassumersi come segue:

- non v'è un divieto espresso al matrimonio tra persone dello stesso sesso: la non trascrivibilità in Italia di un matrimonio fra gay contratto all'estero, legato a prassi interpretative pre-costituzionali, è in contrasto, con le norme CEDU (artt. 8, 12 e 14) e UE (artt. 7, 9 e 21 della Carta di Nizza) e quindi, a tacer d'altro, con l'art. 117, I c., Cost.;
- v'è un'ingiustificata discriminazione (art. 3 Cost.) perché il caso non è assimilabile alla fattispecie delle “unioni di fatto” (coperte ex art. 2), dove – a differenza del matrimonio (disciplinato dall'art. 29) – vi è una chiara scelta delle parti di non rendere giuridico il progetto di vita che li rende conviventi. In ogni caso allo stato non esiste un'adeguata e specifica disciplina delle “coppie di fatto” (omo- o etero-sessuali);
- il diritto di autodeterminazione dell'individuo (nel cui alveo rientra il diritto a sposarsi: artt. 12 e 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, 1948) deve prevalere sul concetto di famiglia come società naturale;
- il riconoscimento del diritto a contrarre matrimonio fra persone dello stesso sesso non comporta però, in sé e automaticamente, anche il diritto di adozione;
- né la Costituzione, né il diritto civile prevedono che la capacità di avere figli sia condizione per contrarre matrimonio. Tale condizione è solo eventuale e dal 1975 l'impotenza non è causa di invalidità del matrimonio;
- già ora i transessuali, ottenuta la rettifica dell'attribuzione di sesso (l. n. 164/1982), possono contrarre matrimonio con persone del proprio sesso di nascita;

¹⁸ Così A. PUGIOTTO, *op. cit.*, 20, che sottolinea pure «l'eccedenza delle argomentazioni adoperate dai giudici costituzionali» (p.3), per i quali «il paradigma eterosessuale del matrimonio è inscritto nella Costituzione» (p.12), sicché può parlarsi di «iscrizione del paradigma eterosessuale del matrimonio direttamente al parametro costituzionale» (p. 19).



Sempre cercando di mettere da parte i pregiudizi *ideologici* sul matrimonio gay – si badi: sia contrari che favorevoli – è difficile non considerare almeno una parte delle considerazioni prima ricordate di sicuro rilievo sul piano squisitamente *giuridico*. Come tali vanno esaminate, apprezzate e valutate.

5. Le argomentazioni equilibrate della Corte...

Tale esame, apprezzamento e valutazione è quel che appunto ha cercato di fare la Corte costituzionale con la notissima e commentatissima sent. n. 138/2010.

Il Giudice delle leggi innanzitutto e giustamente mette in luce il nesso sistematico fra gli artt. 29, 30 (e 31) Cost.: non si tratta, come è stato detto, di un espediente retorico, di una semplice “narrazione”, ma di un dato “giuridico”.

Segnala poi, di conseguenza, la «(potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall’unione omosessuale». Non è, come pure si è rilevato, argomento “insufficiente” o “addirittura inservibile”. A ben vedere, così facendo essa si limita semplicemente a “descrivere” un *fatto*, che riguarda entrambi i coniugi e di rilevanza meramente biologico-naturale (visto che certo è possibile anche una procreazione artificiale). Mi sembra rimarchevole l’uso non casuale, anzi accorto, dell’aggettivo *potenziale*. La Corte sa perfettamente che la capacità, o la volontà, di avere figli “non” è condizione per contrarre matrimonio: una coppia eterosessuale può quindi tranquillamente sposarsi anche se *non può* avere figli (*impotentia generandi*) o se *scelga* di non averne. I giudici di Palazzo della Consulta si guardano bene pure dal dire che *in via ordinaria* o *normalmente* il matrimonio ha finalità procreativa. Essi dicono soltanto che *potenzialmente* l’istituto matrimoniale contempla (non obbliga a) la finalità procreativa: la cosa insomma è solo possibile. Per chi? S’intende: solo alle coppie eterosessuali. Si tratta di un *fatto* costituzionalmente rilevante nel combinato disposto degli artt. 29-30-31. Stop.

Così pure, tacendo saggiamente, la Corte si guarda bene dal negare che l’eventuale riconoscimento del diritto a contrarre matrimonio fra persone dello stesso sesso non debba comportare “automaticamente” anche il diritto di adozione¹⁹.

Sia la precedente che questa sono considerazioni condivisibili e ragionevoli. Potremmo dire, anche in questo caso, ovvietà ermeneutiche²⁰. Ma evidentemente questi non sono argomenti sufficienti per giustificare l’ammissibilità di un matrimonio gay, s’intende: almeno a *Costituzione vigente*.

Infatti, in particolare, la Corte ricorda che:

- gli artt. 12 e 9, rispettivamente della CEDU e della Carta di Nizza, riconoscono a ogni uomo e donna il diritto di sposarsi e costituire una famiglia, ma esplicitamente e saggiamente *rinviano* la disciplina dell’istituto del matrimonio al legislatore nazionale. In particolare, la spiegazione dell’art. 9, allegata dal presidium della Convenzione che ha prodotto la Carta di Nizza chiarisce che «l’articolo non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni fra persone dello stesso sesso»;
- le unioni omosessuali sono formazioni sociali protette dall’art. 2, e *non* dall’art. 29 Cost.: a tali forme di «convivenza stabile spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia», ottenendone diritti e doveri «nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge». Nota bene: la Corte – dopo essersi inchinata al ruolo esclusivo del legislatore in materia – si riserva però esplicitamente «la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni [...allorché ...] sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte

¹⁹ È appena il caso di ricordare, appunto, che la “potenziale procreazione” di cui prima si parlava (fatto, prima che giuridico, biologico ed esclusivo delle coppie di sesso diverso) non è l’“adozione” di cui ora si fa cenno (fatto solo giuridico e potenzialmente di tutti i tipi di coppia). In realtà, tutta questa problematica resta drammaticamente “in sospeso”, anche perché – al di là delle diversità meramente nominalistiche tra “matrimonio” e “disciplina giuridiche fra coppie omosessuali” – quella della facoltà di adozione potrebbe forse essere l’unica, vera e grande differenza fra un potenziale “matrimonio gay” e un tradizionale “matrimonio etero”. Sarei tentato di pensare che, forse, è la vera posta in gioco: se si ambisce, non al pieno riconoscimento dei diritti di coppia (realizzabile anche attraverso i DICO), ma al “matrimonio” fra persone dello stesso sesso, presumibilmente è proprio per non essere “discriminati” in nulla dalle coppie di sesso diverso, dunque neanche nella facoltà di adozione. O no? E, del resto – se si introducesse il “matrimonio gay” – come potrebbe poi realisticamente non applicarsene fino in fondo gli effetti? È possibile che prima o poi arrivino alla Corte questioni molto concrete in cui, ad esempio, il giudice *a quo* paragonerà, ricorrendo al *tertium comparationis*, la coppia omosessuale che *vuole* adottare figli alla coppia eterosessuale che *non può* avere figli biologici, sollevando la q.l.c. sulla legge che lo consente alla seconda e non alla prima. Ad ogni modo, bene ha fatto la Corte a sorvolare per il momento sulla questione (sottintendendo quindi la distinzione fra diritto al matrimonio e facoltà di adozione).

²⁰ Cfr. D. FARIAS, *L’ermeneutica dell’ovvio. Studi sull’esplicitazione dei principi più evidenti*, Milano 1990.



può garantire attraverso il controllo di ragionevolezza». Ciò significa, senza ombra di dubbio, che la coppia coniugata e quella omosessuale per la Corte siano – *melius*: debbano essere – due “cose diverse”. Essa, infatti, si riserva il diritto di intervenire sul legislatore solo *se e quando* questa “diversità” non fosse ritenuta ragionevole. Così, da un lato c’è un monito (purtroppo debole) al legislatore perché provveda a disciplinare le unioni omosessuali, cosa che colpevolmente finora non ha fatto; dall’altro si ribadisce la necessaria *diversità* giuridica di tali unioni rispetto al matrimonio²¹. E questo la Corte non lo dice sulla base di un semplice “postulato non arbitrario” o di una mera “presupposizione” di una semplice tradizione culturale, ma sulla base del fatto che tale tradizione appare *recepta giuridicamente* dai costituenti e quindi dalla Carta.

- l’idea che il matrimonio sia soltanto l’«unione stabile tra un uomo e una donna» viene confermata dall’«intera disciplina» in materia e segnatamente da disposizioni sulla filiazione legittima (art. 231 ss. cod. civ., ma v. ora art. 1, comma 11, L. 10.11.2012, n. 219, con decorrenza dal 01.01.2013, che elimina ogni distinzione fra “figli legittimi” e “figli naturali”) e sullo scioglimento del matrimonio (art. 5, l. n. 898/1970), al punto che la Corte segnala che la mancanza della diversità di sesso può essere causa, per i più, di «inesistenza» o, per i meno, comunque di «invalidità» del matrimonio stesso. I Giudici di palazzo della Consulta non esitano addirittura a richiamare, sia pure di striscio, la formula del tribunale di Venezia – oggettivamente *tranchant* – secondo cui la «diversità di sesso dei coniugi» si colloca «nel quadro di una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio»;
- esistono, s’è visto, chiari *diritti della coppia omosessuale* come formazione sociale costituzionalmente protetta, ma la Corte non riprende esplicitamente la formulazione espressa nella sua nota e precedente giurisprudenza, secondo cui deve essere «assicurato a ciascuno il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale» (n. 161/1985). Perché? Presumibilmente perché, senza ovviamente rinnegare la propria giurisprudenza, forse non ha senso la sua mera e astratta declamazione in questo caso. Infatti, il “diritto di autodeterminazione dell’individuo” invocato dalle parti non è assoluto, e dunque schmittianamente tirannico, dovendo invece sempre “bilanciarsi” con altri valori costituzionali egualmente protetti²². Esso va “relazionato”, per esempio, con il contestuale concetto/valore costituzionale di famiglia come società naturale fondata sul matrimonio eterosessuale. Significa, in breve, che probabilmente non è solo il “matrimonio” l’unico modo (e comunque non è l’unica forma obbligata) attraverso cui si realizza il diritto all’identità sessuale, diritto che certo non è qui in discussione.
- ferma restando la necessità di non cristallizzare il concetto di famiglia, vista «l’evoluzione della società e dei costumi», la sua interpretazione «però, non può spingersi fino al punto da incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata». La memoria della famiglia come “società naturale” con «diritti originari preesistenti allo Stato» e il richiamo ai lavori dell’Assemblea Costituente confermano la scelta a favore dell’*original intent* qui compiuta dalla Corte²³. In ogni caso, la posizione assunta dal giudice delle leggi ribadisce il carattere *costituzionale*, e non semplicemente convenzionale/subcostituzionale, dell’istituto;

²¹ Sul fatto che il potere di intervento della Corte, secondo ragionevolezza, finisca col distinguere nettamente fra coppie coniugate (etero-) e coppie omo-sessuali, v. correttamente già A. PUGIOTTO, *op.cit.*, 14. Non si condivide invece quanto lo stesso A. sostiene (p.11) sull’assenza di monito. Parlo invece di un “monito debole” perché, secondo la Corte, anche l’unione omosessuale «necessariamente postula una *disciplina di carattere generale*, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia». I corsivi sono nostri: il primo (*necessariamente*) dovrebbe significare, mi pare, la doverosità di tale disciplina (monito debole); il secondo che, per la sua natura (*generale*), essa spetti “solo” al legislatore. Non convince nemmeno l’idea, sempre dell’A. prima richiamato (p. 14), che la copertura dell’art. 2, in luogo di quella dell’art. 29 Cost., “assimili” *sic et simpliciter* le convivenze omosessuali a quelle *more uxorio*. Nulla vieta, infatti, che il legislatore disciplinando la materia ex art. 2 invece *distingua* le due fattispecie. Ciò anzi appare *dovuto*. Infatti, il potere di intervento *secondo ragionevolezza* della Corte sembra rivolto proprio ad evitare non solo la confusione fra matrimonio e unioni omosessuali, ma presumibilmente anche fra queste ultime e semplici unioni di fatto di altra natura (ciò che sarebbe più che plausibile, ad esempio, in materia di adozione su cui cfr. *retro* nt. 19).

²² Per approfondimenti più generali sul punto – non *assolutezza* dei diritti, ma necessità di una loro intrinseca relazionalità o *bilanciabilità* costituzionale. Se si vuole: non semplicistica *tirannia*, ma complessa *sinfonia* dei valori giuridico-costituzionali – mi permetto di rinviare al mio *Dall’indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l’individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Pol. Dir.*, 1/2006, 167 ss.

²³ Tale scelta in realtà si presenta oscillante: da un lato, la Corte riconosce che i Costituenti «tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che [...] stabiliva (e tuttora) stabilisce che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso»; dall’altro, la



- non è violato l'art. 3 Cost. Infatti, sulla base di quanto testé detto, la Corte sembra aderire implicitamente alle posizioni del Governo, secondo cui non v'è – nel riconoscimento di questa *diversità* – «alcuna violazione del principio di uguaglianza [...] perché questo impone un uguale trattamento per situazioni uguali e trattamento differenziato per situazioni di fatto difformi». Il punto è delicato e la motivazione del Governo [«in Costituzione si rinvengono norme idonee a giustificare, entro certi limiti, distinzioni fondate sul sesso (artt. 29, 37, 51)»], è corretta, ma non irresistibile: a voler essere precisi, nel nostro caso la distinzione non è di *genere*, bensì solo di *tendenza sessuale*. Ma ovviamente ogni obiezione salta di fronte alla disciplina *giuridica* dell'istituto matrimoniale ribadita dalla Corte: descrivendo la *Costituzione* un fenomeno diverso dall'unione omosessuale, la normativa vigente «non dà luogo ad una irragionevole discriminazione».
- infine, il transessuale vive una condizione «del tutto differente da quella omosessuale e, perciò, inidonea a fungere da *tertium comparationis*». Nel primo caso la persona «è ammessa al matrimonio per l'avvenuto intervento di modificazione del sesso, autorizzato dal tribunale». Perciò, la normativa censurata «non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio».

Si possono, o no, condividere le argomentazioni della Corte, ma – con le riserve ed eccezioni indicate – esse sembrano giuridicamente fondate e complessivamente ispirate da realismo, moderazione ed equilibrio.

6. (segue): e il peso di un *obiter dictum* della sent. n. 138/2010 spesso dimenticato. Fin dove può spingersi l'«interpretazione» della Costituzione?

Probabilmente un giurista medio – non ideologizzato e/o indifferente al *politically correct* – si accontenterebbe delle considerazioni della Corte testé riportate per prendere atto che, almeno a *Costituzione invariata*, è impossibile introdurre il matrimonio gay per via: a) ermeneutica, forzando il testo costituzionale, e b) di legislazione ordinaria, anche se proprio il Parlamento viene giustamente spronato a disciplinare, e adeguatamente, le unioni civili (cosa però diversa).

Ma, seppure residuasse ancora qualche dubbio sulla natura *costituzionale* del matrimonio eterosessuale (o, *melius*, sulla natura eterosessuale del matrimonio secondo la Costituzione), mi sembra che esso dovrebbe essere dissolto da un decisivo e chiarissimo *obiter dictum* della sentenza, che purtroppo spesso viene dimenticato, credo non a caso. Il passo costituisce, in realtà, parte decisiva della sentenza, rappresentando, a mio avviso, uno dei punti di forza della motivazione.

Ma ecco il testo: «**il significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa**» (punto 9, VI c., del cons. in dir.).

Si noti bene: la Corte parla, e continuerà a farlo, di «significato del precetto costituzionale», non di tradizioni, presupposizioni, postulati *et similia*, come invece la Cassazione e una parte della dottrina si ostinano a ritenere. Se le parole hanno un senso, e ce l'hanno, la Corte ci dice insomma che il «significato» delle disposizioni *costituzionali*, dunque il loro valore *giuridico* normativo, è che il matrimonio sia istituito che riguarda persone di sesso diverso.

Ora, la portata di questo *obiter dictum* – e le importanti conseguenze giuridiche che ne discendono – sono paradossalmente riconosciuti, se ho ben inteso, dalla stessa dottrina che poi prevede l'*escamotage-scorciatoia* di ricorrere alla semplice legge ordinaria per introdurre il matrimonio gay, matrimonio considerato precluso «per via *giurisdizionale*» (sia essa l'interpretazione adeguatrice dei giudici comuni o l'intervento additivo della Corte) ma non per via *legislativa*²⁴. Proprio in relazione all'*obiter dictum* prima citato tale dottrina parla, infatti, di un «contenuto essenziale di un dato normativo positivo» che – al solito, la citazione è testuale – «permette [...] di piantare il medesimo paletto di confine anche nei confronti di eventuali scelte future del legislatore, che – par di capire – al pari dell'interprete «non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa

stessa non ritiene «cristallizzati» i concetti di famiglia e di matrimonio. Sul punto, v., fra gli altri, P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del Giudice delle leggi*, cit., 997 ss.

²⁴ Così A. PUGIOTTO, op. cit., 21.



fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata”²⁵. È pure singolare che la stessa dottrina, se ho compreso bene, ribadisca il medesimo concetto – ossia che dalla giurisprudenza costituzionale, e segnatamente dal citato *obiter dictum*, discendono precisi vincoli giuridici *nei confronti del legislatore* – con altre motivazioni. Per esempio, dichiarando che, nel riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali fatto dalla Corte, «si deve leggere in filigrana un’indicazione *in negativo* rivolta al legislatore: la futura regolazione legislativa, circoscritta espressamente “nell’ambito applicativo dell’art. 2 Cost.” (e *non* dell’art. 29 Cost.) non potrà comunque spingersi fino all’estensione del regime matrimoniale alle coppie omosessuali»²⁶.

A questo punto non si comprende, da un punto di vista logico, il nesso tra queste ultime realistiche considerazioni/constatazioni e l’assunto generale dell’*escamotage-scorciatoia* del ricorso al legislatore ordinario. Anche ammesso che la dottrina ricordata si sia limitata a riportare in termini meramente descrittivi il punto di vista della Corte, di esso comunque dovrebbe tenersi conto se pure si ammette che «sul piano giuridico formale a fare testo è la pronuncia costituzionale con il suo dispositivo»²⁷.

In breve: la Corte ha posto, o no, il ricordato «paletto di confine anche nei confronti di eventuali scelte future del legislatore»? Ha, insomma, creato un vincolo «par di capire, al pari dell’interprete» anche per il legislatore? Ha fornito, o no, «un’indicazione *in negativo* rivolta al legislatore»? Delle due l’una: o il matrimonio gay è considerato precluso «*per via giurisdizionale*» (ossia all’interprete) ma non «*per via legislativa*», o tale preclusione sussiste anche per il legislatore «par di capire, al pari dell’interprete». È chiaro che i due concetti espressi non sono armonici (*et-et*), ma alternativi (*aut-aut*). Se si preferisce, può anche dirsi: o è possibile introdurre il matrimonio gay per via di legislazione ordinaria del Parlamento, visto che la Corte non ha ritenuto di farlo in via ermeneutica, o invece la cosa è impossibile, proprio perché la giurisprudenza della Corte “vincola” il legislatore futuro, come incidentalmente e sorprendentemente viene ricordato persino da chi presume esistano margini di manovra per il legislatore ordinario. Sia l’una che l’altra tesi sono percorribili, ma certo non possono essere sostenute entrambe *contestualmente*.

Chi scrive propende seccamente per la seconda.

Del resto, perché mai quel che addirittura *non ha ritenuto di poter fare* la Corte costituzionale (modifica per via solo ermeneutica della Carta) potrebbe invece *tentare* il semplice Parlamento *attraverso una legge ordinaria*, derogatoria del testo costituzionale, vieppiù come autorevolmente *già* interpretato dalla Corte? Dove sta scritto che si può “derogare” alla Costituzione per via di legge ordinaria, una volta che addirittura la stessa Corte ha ritenuto di non poter “alterare” la volontà del Costituente, definendo con ciò il “contenuto” normativo essenziale della disposizione costituzionale? Perché – se non per furori ideologici che in modo talora sotterraneo, come una sorta di riflesso involontario, ancora percorrono la dottrina giuridica – quel che era un chiaro *parametro* per la Corte, ed è stato da essa esplicitamente indicato come tale, non dovrebbe esserlo più per il legislatore, ripeto ordinario? Perché inoltre quel che “prima” era, per la Corte, il (presunto) significato normativo del testo costituzionale non dovrebbe restare lo stesso “dopo” l’intervento del legislatore ordinario, che a quel significato ordinariamente sarebbe vincolato e invece pretende di cambiare nonostante l’interpretazione della Corte? Cosa cambierebbe?

Non nego che spesso il legislatore ordinario, con la sua produzione normativa, “contribuisce” ad *integrare* il parametro costituzionale, dando vita talora ad un parametro costituzionale allargato, extra-testuale o eterodosso, ma ciò avviene fisiologicamente solo a condizione che il fenomeno si collochi nell’ambito della stretta *attuazione* del dettato costituzionale, la coerenza con il quale non può esser messa in dubbio, pena l’invasione patologica nel campo (ben diverso ed esclusivo, perché *creativo*) del legislatore costituzionale²⁸. Nella fattispecie qui considerata, la ricordata opera di integrazione ermeneutica ad opera del legislatore è impossibile, poiché non avrebbe tanto carattere *attuativo* quanto, come ci ricorda la stessa Corte, piuttosto *creativo*. Del resto, se il Giudice delle leggi mutasse orientamento, non solo potrebbe essere accusato oggettivamente di grave incoerenza, ma implicitamente finirebbe con il riconoscere al

²⁵ Così alla lettera A. PUGIOTTO, *op. cit.*, 8 s., che a ragione cita in tal senso G.M. SALERNO, *Il vincolo matrimoniale non è suscettibile di “interpretazione creativa”*, in *Guida al diritto*, 2010, suppl. al fasc. 5 *Famiglia e minori*, 47.

²⁶ Così ancora A. PUGIOTTO, *op. cit.*, 18.

²⁷ Tale passo di PUGIOTTO, *op. cit.*, 20 era già stato ricordato.

²⁸ L’esistenza di un parametro costituzionale c.d. allargato, eterodosso o extra-testuale è una mia vecchia e fortunata tesi – suffragata da diversi argomenti di diritto positivo: legislativi e giurisprudenziali – per la quale mi permetto di rinviare a *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, n. 3/1998, 343 ss.



legislatore ordinario un potere ermeneutico sul testo costituzionale che questi, a differenza della Corte, intrinsecamente “non possiede”. Peggio: finirebbe con il riconoscere il potere d’interpretazione della Costituzione esercitato dal legislatore ordinario (secondo cui il matrimonio gay sarebbe compatibile con la Carta) come “superiore” al suo (che invece lo ha ritenuto incompatibile). Per tacer d’altro, si tratterebbe di un’inversione dei ruoli pericolosa, finora mai verificatasi in questi termini e presumibilmente inverosimile.

Ma, ritornando all’interrogativo prima formulato, tra l’interpretazione della Corte e quella del legislatore ordinario cosa cambia?

Non si dica che è cambiata la “coscienza sociale”, perché – al di là della pericolosa vaghezza di un simile concetto, soprattutto in questi tempi di diffuso populismo – in sé sarebbe argomento insufficiente e debole, dovendo la Corte, sì, tener conto *anche* della coscienza sociale, ma fermo restando che l’ultimo “faro” cui essa deve guardare, e l’unico cui è vincolata, resta *solo* la Costituzione. La Costituzione, al solito, s’intende: per quello che è realmente, ossia per quel che dice/non dice, non per quello che noi vorremmo dicesse/non dicesse. E, poi, potrebbe realmente sostenersi che dal 2010 – data della sentenza della Corte – ad oggi, in pochissimi anni, è cambiata la coscienza sociale? O, peggio, è seriamente pensabile che solo oggi la Corte percepisca e “riconosca” il cambiamento della coscienza sociale che pochi anni prima non aveva invece ritenuto costituzionalmente rilevante?

Né si dica che «poiché l’art. 29 non dice nulla sul matrimonio omosessuale, *non si può affermare che l’art. 29 vieti di includere le coppie omosessuali sotto la tutela giuridica del matrimonio*», perché si tratterebbe – preso in sé, da solo – di un modo davvero singolare di ragionare e interpretare un testo. È stato facile a una parte della dottrina obiettare che, seguendo questa “pseudo-chiave ermeneutica”, per esempio potremmo far dire alla Costituzione – la quale nulla dice sui rapporti di parentela e sulla natura monogamica del matrimonio (limitandosi genericamente a parlare di “coniugi”) – che nulla osta all’introduzione nel nostro ordinamento anche del matrimonio incestuoso e/o poligamico e, perché no?, poliandrico²⁹. Ma per dirla tutta, l’obiezione – che non è senza ragione – invero non appare del tutto irresistibile, sol che si pensi all’istituto del divorzio, anch’esso non previsto dalla Costituzione, eppure regolarmente e giustamente disciplinato dal semplice legislatore ordinario.

In realtà, al solito, sono opinabili tutte le posizioni “estreme”: sia quella di chi, nel silenzio del testo costituzionale, reputasse possibile *ogni* intervento legislativo; sia quella di chi, proprio per il silenzio del costituente, escludesse che sia possibile *qualsivoglia* tipo di intervento legislativo. Anche solo approfondendola un attimo, la questione accennata – a mio avviso – appare ben più complessa e come tale non risolvibile attraverso facili semplificazioni *a priori* e generalizzazioni *tranchant*. Il fatto che il costituente “non abbia previsto” *tutto* [possibilità di: a) divorzio; b) matrimonio fra consanguinei; c) matrimonio poligamico o poliandrico; d) matrimonio fra persone dello stesso] è fisiologico e storicamente comprensibile, ma ciò non significa che le fattispecie esaminate siano “le stesse” e nemmeno che esse possano essere poste “sullo stesso piano”. Infatti, e a ben vedere, si tratta di fenomeni che non possono essere ricondotti alla stessa matrice e che quindi non sono comodamente riassumibili sotto “lo stesso cappello”.

Inoltre, già dal semplice punto di vista della teoria generale del diritto e dell’interpretazione, per esempio, è molto controverso che si possa sostenere che “tutto ciò che non è previsto, è illecito” o invece – in modo esattamente speculare – che “tutto ciò che non è previsto, è lecito”. L’idea che possa esistere una simile *norma generale di chiusura* dell’ordinamento – volta a risolvere (nell’uno o nell’altro senso: non conta, ma comunque) astrattamente e salomonicamente le lacune istituzionali – può andar bene solo in prospettiva angustamente kelseniana e certo non riuscirebbe a risolvere i noti problemi logico-giuridici delle c.d. *lacunes de construction*. In ogni caso, sarebbe un risposta *formalistica* e assolutamente inadeguata per affrontare le sfide *assiologiche* epocali con cui si deve cimentare lo Stato costituzionale contemporaneo³⁰.

²⁹ Cfr. spec. A. RUGGERI (“*Strane*” idee sulla famiglia, op. et loc. cit.) e, ora, I. NICOTRA nella sua *Introduzione* al ricordato Convegno di Catania su “La famiglia davanti ai suoi giudici” del 7-8 giugno.

³⁰ Gli esempi prima addotti possono apparire, e sono, una semplice provocazione, ma alcune delle questioni accennate – per esempio, il matrimonio poligamico – purtroppo sono meno astratte e ipotetiche di quanto forse non possa sembrare, essendo praticamente all’ordine del giorno di alcuni Paesi che ambiscono a dar vita a modelli di società – non tanto *interculturali* (caratterizzate da una ragionevole *convivenza* sociale con integrazione culturale minima) – quanto più intensamente e genericamente *multiculturali* (in cui v’è una mera e astratta *coesistenza* sociale *senza* alcuna reale integrazione culturale minima). In questa seconda ipotesi – che chi scrive contesta per i rischi intrinseci che comporta: incoerenza giuridica, disuguaglianze, ecc. – si potrebbe immaginare la coesistenza nello stesso ordinamento di due tipi diversi di matrimonio (mono- e poli-gamico), a seconda del gruppo etnico-socio-culturale di appartenenza dichiarata del cittadino. Per approfondimenti sulla distinzione accennata mi permetto di rinviare al mio *La Carta europea dei diritti tra identità e diversità e fra tradizione e secolarizzazione*, in *Dir. pubbl. comp. ed europ.*, II/2001, 621 ss.



Insomma, e non si sta “spaccando il capello in quattro”, tutti gli esempi prima adottati andrebbero esaminati e studiati *uno per uno* in tutte le loro implicazioni e risolti, presumibilmente, in modo diverso (oltre che, s’intende e quando occorre, da un punto di vista giudiziario, caso per caso). In particolare, ciò che può essere consentito al legislatore ordinario in un caso (divorzio), non è detto che lo sia in un altro (matrimonio gay), proprio perché sono appunto casi... diversi. Starei per dire, *ontologicamente* diversi, ma mi guardo bene dal proseguire su questo terreno. Mi limito a dire semplicemente che ho forti dubbi che sia qualificabile come pienamente “costituzionale” uno Stato che non ammettesse/prevedesse il divorzio (seppure non previsto dalla Carta) o che non tutelasse adeguatamente i diritti delle coppie omosessuali (anch’esse non previste dalla Carta). Nota bene: entrambe le cose sono “fattibili” dal legislatore ordinario. Non a caso *abbiamo* una legge sul divorzio e *avremmo potuto avere* una legge sulle convivenze stabili non matrimoniali omo- od etero-sessuali (c.d. DICO), ma *non* sul “matrimonio” gay. Infatti, mentre il primo (divorzio) non era previsto, ma “nemmeno escluso” dai costituenti, il secondo (matrimonio gay) non solo non era previsto, ma “implicitamente era escluso” dal costituente, al pari dell’incesto e della poligamia. In realtà non solo il costituente italiano, ma anche il *quisque e populo* ha sempre escluso che persino “semanticamente” nel termine “matrimonio” rientrassero i significati di unioni dello stesso sesso, incestuose o poligamiche. Non sto, con ciò, esprimendo una valutazione *etica*, ma faccio solo una considerazione *descrittiva*: constato, o se si preferisce, prendo atto della differenza di approccio del costituente e dell’uomo comune nei due casi (divorzio, matrimonio gay), differenza che è importante e non può essere sottaciuta.

Insomma – in Italia e almeno per ora – il “matrimonio” appare istituito *costituzionalmente* caratterizzato dall’essere un legame non incestuoso, monogamico ed eterosessuale.

Tornando al caso qui esaminato, come già detto, dietro la contestazione di questa sentenza, alla fine si cela sempre la contestazione della stessa *interpretazione* della Carta svolta dal Giudice delle leggi, con tutti i rischi già segnalati, non perché essa appaia *giuridicamente* non argomentata, inattendibile ed arbitraria, ma semplicemente perché essa risulta *ideologicamente* “non gradita”.

La mia opinione è che invece, di fronte a una semplice legge *ordinaria* istitutiva del matrimonio gay, la Corte “manterrebbe la rotta” adottata. Quale organo libero e indipendente, con serenità dichiarerebbe l’illegittimità delle normativa per una “doppia violazione”: non solo della Costituzione, ma anche del giudicato costituzionale che di quella Costituzione ha fornito una chiara – anche se politicamente scorretta – interpretazione.

Si osservi ancora che, quando la Corte dichiara seccamente nell’*obiter dictum* che «il significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica», non intende certo riferirsi solo a se stessa (in fondo, la Corte ha già dato...e ha già detto), ma – *come onestamente riconosciuto dalla dottrina contraria* – essa si rivolge anche (se non soprattutto) al legislatore. Si tratta quindi e semmai di un utile precedente per la Corte: appunto di un «paletto di confine anche nei confronti di eventuali scelte future del legislatore» ordinario, che così – essendo messo sull’avviso – dovrebbe evitare inutili colpi di mano.

In effetti, le parole dei giudici costituzionali, che certo non sono interpreti di second’ordine della Carta, sono chiarissime e a mio avviso andrebbero soppesate attentamente e non dovrebbero ammettere o prevedere repliche, se non il fatto che in qualche altra occasione la Corte invece ha forse tentato di “forzare” il testo costituzionale...³¹. In questo caso, invece, per una volta potremmo lodare la prudenza e l’equilibrio del Giudice delle leggi.

Si può infatti non convenire con la decisione, che (s’è visto) non è priva di qualche passaggio più discutibile. Ma mi sembra evidente che in questa vicenda la Corte abbia fatto “quel che ha potuto”, mantenendosi negli stretti confini che le sono attribuiti dall’ordinamento e rifiutandosi di *abusare* degli strumenti ermeneutici di cui pure dispone, rischiando di *alterare* irrimediabilmente la volontà dei costituenti (ché di questo, in fondo, si tratta quando si dà vita a un’«interpretazione creativa»).

Insomma, forse non guasterebbe esprimere alla Corte almeno due riconoscimenti: 1) essa “non si è sottratta” alla sua funzione e ha cercato di argomentare, motivando chiaramente, il suo punto di vista, anche in senso *metodologico*; non capita spesso; 2) per quanto in astratto siano possibili “altre” letture della Carta, l’interpretazione giuridica fornita dai giudici costituzionali (visti lo *status* e le qualifiche dei componenti dell’organo) appare sicuramente la più autorevole e comunque è quella *giuridicamente definitiva*. Com’è noto, infatti, l’art. 137, u. c., Cost. esclude l’impugnabilità delle

³¹ V. le considerazioni offerte *retro* in nt. 12.



decisioni della Corte costituzionale, la quale – sotto quest’aspetto – costituisce veramente l’“organo di chiusura” del sistema.

Non si sta, con ciò, dicendo che la Corte ha sempre ragione *nel merito*, ma semplicemente che, poiché le sue decisioni sono inappellabili, essa *giuridicamente* ha però l’ultima parola. In particolare, essa *ha l’ultima parola sull’interpretazione del testo costituzionale*, e quindi sull’attribuzione allo stesso di specifici significati normativi. Infatti – ancorché un’interpretazione della Carta sia possibile, ed auspicabile, ad opera di tutti gli operatori giuridici – essa è vera, nel senso che è *giuridicamente vincolante*, “solo” quando fornita dalla Corte.

Non si tratta, com’è noto, di una peculiarità italiana: la classica questione schmittiana del *Quis interpretabitur?* è comune pressoché in tutti gli Stati in cui esiste una Corte costituzionale, ma mi rendo conto che tuttora qualcuno tende ad irritarsi. A chi non spiacerebbe, del resto, che la giurisprudenza di Palazzo della Consulta – all’origine della “produzione” di buona parte del *diritto costituzionale vivente* – demolisca le proprie teorie e interpretazioni? La cosa è mortificante, ma può essere un buon esercizio di umiltà e un prezioso antidoto alle tentazioni di onnipotenza, da cui i giuristi non sono esenti. Ma invero anche questa è roba vecchia e nota: sappiamo tutti che basta una piccola sentenza per destinare praticamente al macero volumi e trattati, rendendo inutili interi scaffali di biblioteca.

Forse è il caso di prendere atto, quindi, che l’interpretazione della Corte, ci piaccia o no, invece va accettata *giuridicamente*, nel senso che essa “è” il *diritto*, anche se fa a pugni con qualche tesi dottrinale, magari proprio con la nostra. Forse tutto ci verrebbe più facile se accettassimo *davvero* l’idea che esiste una Costituzione, che fu elaborata fra il 1946 e il 1948, e che il Costituente ha previsto un organo deputato alla sua interpretazione in senso vincolante.

In breve – dal punto di vista del *diritto positivo*: insisto, l’unico profilo che qui interessa – la Costituzione non è “quel che noi vorremmo che fosse”, ma *otra cosa*: quel che “i Costituenti volevano” e “quel che ora la Corte ci dice che sia”, con tutti i rischi ma anche i vantaggi che questo comporta³².

In conclusione, il ricordato e importante *obiter dictum* presente nella sent. n. 138/2010 – che potremmo definire di *autolimitazione ermeneutica* della Corte – pone una questione, delicatissima, riassumibile con questa domanda: fin dove può spingersi l’“interpretazione” della Costituzione? Qual è il punto di confine, e quindi di rottura, fra una fisiologica interpretazione *evolutiva* e una patologica interpretazione *creativa*?³³

La Corte in questo caso ha cercato di darsi una risposta: rispettosa non solo del Costituente (il cui *original intent* sull’istituto matrimoniale in senso eterosessuale non viene violato), ma anche del legislatore costituzionale (l’unico in grado di modificare questo assetto, che nemmeno la Corte può rimettere in discussione senza violare la Carta-parametro) e perfino del legislatore ordinario (spettando invece esclusivamente a lui, e da subito, la disciplina delle semplici unioni civili o di fatto, omo- ed etero-sessuali).

Mi sembra giusto rimarcare, fra gli aspetti positivi della decisione, anche il fatto che in futuro la dottrina potrà “ricordare” ai giudici della Consulta proprio “questo” *obiter dictum* di *autolimitazione ermeneutica*.

7. Conclusioni: la via giuridicamente più corretta, democratica e ragionevole della “revisione costituzionale”

Come spero vivamente si sia compreso, chi scrive non ha espresso qui perplessità *etico-ideologiche* verso il “matrimonio” fra persone dello stesso sesso. Addirittura forse potrei – se questa fosse la sede – tentare di addurre argomenti “filosofici”, e forse persino “teologici”, a sostegno della tesi per cui si può immaginare un’unione stabile, impegnativa e di tipo familiare (matrimonio) fra due persone adulte dello stesso sesso. Ma non è questo il luogo. Perplessità, semmai, residuerebbero in relazione ad alcuni possibili effetti, per esempio l’istituto dell’“adozione” a favore di coppie gay, ma invero per ragioni *psicologiche* legate allo sviluppo più equilibrato possibile della prole, per altro presunte (dovrei approfondire scientificamente la questione), certo non per particolari motivi o pregiudizi etico-

³² Per tutta questa complessa problematica di teoria generale sia consentito rinviare ad A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano 1994, 418 ss.; ID., *Sulla razionalizzazione del potere di autonormazione interno della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 1/1996, 127 ss. V. pure, ora, A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 10 ss.

³³ La sede non consente gli approfondimenti richiesti, ma un esempio può aiutare. A parere di chi scrive, è interpretazione *evolutiva* (fisiologica) quella che espande la portata dell’art. 21 al concetto di pluralismo radiotelevisivo e al libero accesso a internet, non essendosi con ciò menomato lo spirito della disposizione né l’*intentio constituentis* (che pure certo non prevedevano la portata delle nuove tecnologie), mentre sarebbe stata interpretazione *creativa* (patologica) quella che appunto avesse “letto” negli articoli della Carta del 1948 la possibilità di un matrimonio gay, nonostante la portata *wertgebundene* della nostra Carta e il chiaro intento deducibile dai lavori dell’Assemblea Costituente.



ideologici. Comunque si tratta di tema connesso, ma diverso e che esulava dall'argomento affrontato in questo piccolo contributo.

Qui si è soltanto esternata la notevole difficoltà ermeneutica, secondo gli ordinari canoni *giuridico-interpretativi*, a dedurre dall'attuale Costituzione italiana *vigente* – anzi *vivente* dopo la giurisprudenza costituzionale – la possibilità di un matrimonio gay. Non sembra cioè possibile un'interpretazione estensiva, o *in bonam partem*, perché – come ha detto la Corte – non più di interpretazione tradizionale si tratterebbe, bensì di attività “creativa”. Insomma, è sul noioso terreno delle valutazioni di *stretto diritto* che deliberatamente ho cercato di rimanere, senza avventurarmi per contrade apparentemente più affascinanti ma in realtà pericolose.

Ciò detto riassuntivamente, esistono ragioni sostanziali, oltre che formali, che inducono a ritenere il ricorso alla procedura giuridica di revisione costituzionale la soluzione più ragionevole per risolvere la “questione” del matrimonio gay, che sarebbe presuntuoso considerare astratta e di mero principio, proprio per il suo delicato riverbero pratico-sociale e politico.

Innanzitutto, attaccarsi rigidamente al dato *ideologico* secondo cui un “diritto” esiste ed è fondamentale indipendentemente dal suo riconoscimento *costituzionale* (implicito o esplicito) appare, dal punto di vista della metodologia *giuridica*, assai opinabile e tale impostazione sembra lontana dalle più equilibrate tendenze dello stesso “neo-giusnaturalismo”. Non a caso ho preferito parlare piuttosto di echi, non troppo lontani e pericolosi, di un incerto “diritto costituzionale libero”.

Poi, come negare – per quanto nobili possano essere considerati i *fini* – il rischio implicito nell'uso di un *mezzo* improprio: la semplice legge ordinaria? L'opinabilità della tesi secondo cui i fini giustifichino i mezzi, trova tutta la sua fondatezza nel fatto che – “derogandosi” *oggi* al testo costituzionale con legge *ordinaria* (per un fine ritenuto lecito) – lo stesso potrebbe accadere anche *domani* per un'altra legge, parimenti considerata indispensabile (ma per un fine invece illecito) ad opera di altri soggetti politici e/o culturali. Come escludere per esempio che – sulla scia “derogatoria” dei matrimoni gay introdotti per legge ordinaria – domani una più o meno raffazzonata maggioranza parlamentare decida di approvare una legge ordinaria che attenti all'indipendenza della magistratura, magari sempre sulla base di non trascurabili argomenti di diritto comparato (richiamanti i casi di importanti democrazie in cui il potere giudiziario dipende dall'esecutivo)? È chiaro che si tratta di situazioni/contexti diversi ed è pure chiaro che la cosa sembra improbabile, ma ove fosse possibile l'una perché dovrebbe essere impossibile l'altra? Io, pur contrario *in toto*, mi batterei affinché un'eventuale normativa che faccia dipendere i PM dall'Esecutivo quanto meno fosse approvata con legge costituzionale. Ci piacciono o no e per quanto il contesto sia diverso, considerazioni analoghe dovrebbero valere, a mio avviso, anche per l'introduzione del matrimonio gay. Entrambe sono importanti (e discutibili) riforme che non attentano al modello generale dello Stato costituzionale, tant'è che “altri” Stati costituzionali li prevedono, ma certo sono *attualmente* incompatibili con il “nostro” ordinamento costituzionale. Dunque è sul piano delle fonti di rango costituzionale (procedura ex art. 138), se proprio si vuole, che bisogna intervenire. A meno che, s'intende – parafrasando un aforisma che viene imputato a Giolitti («la legge per i cittadini si applica, per gli amici si interpreta») – non si reputi che «la Costituzione per i cittadini si applica, ma quando fa comodo si interpreta».

La singolare e forse drammatica verità è che – a 65 anni dall'entrata in vigore della nostra Carta – molti cominciano a rendersi conto che, per quanto bella e avanzata essa fosse, tuttavia comincia a sentire i suoi anni: non è priva di difetti e soprattutto... non sempre piace quel che dice. Per esempio, confesso che io – e già ho avuto modo di dirlo – considero una violazione del principio di laicità dello Stato l'attuale formulazione dell'art. 7, soprattutto in combinato disposto con l'art. 8 (dove le “altre” religioni non sono eguali, ma “egualmente libere”), ritenendola quasi una rottura costituzionale. Per non parlare dell'art. 22 che, interpretandolo per quel che dice (se l'italiano è una lingua), contiene implicitamente una norma *a contrario* secondo cui – per motivi *diversi* da quelli politici – è possibile cancellare la capacità giuridica, dunque, la soggettività di una persona! E potrei continuare.

In questo senso direi che più si ama la Costituzione, e la si è studiata, più ci si rende conto dei suoi pregi ma anche della sua inevitabile “storicità” e imperfezione. La cosa non deve stupire: anche la Carta, come tutti i prodotti dell'umana fatica, non è un vangelo laico e, se non può essere relativizzata, nemmeno va assolutizzata³⁴. Anche sotto quest'aspetto, *nihil novi sub sole*.

³⁴ Sulla contemporanea esistenza di un “nucleo duro assiologico universale” (proprio del modello generale dello Stato costituzionale) e di un “nucleo duro particolare” (esclusivo del singolo ordinamento costituzionale), nonché sugli speculari rischi di divinizzazione positivista della Costituzione che



Dunque – salvo i casi estremi che mettono in discussione il principio di dignità della persona umana e segnatamente la libertà di coscienza, classiche istanze di diritto naturale che attivano un insopprimibile “diritto di resistenza” – dobbiamo “riconoscere” il diritto costituzionale positivo *vigente*. A maggior ragione quando è anche *vivente*, ad opera dei tribunali costituzionali, ai quali il testo delle Carte non sempre concede sufficienti margini per un’interpretazione serenamente *evolutiva*. Non a caso per le Corti supreme si parla piuttosto di un’interpretazione *stabilizzatrice/moderatrice/equilibratrice*³⁵. Altrimenti detto: la Carta siccome interpretata dal Giudice delle leggi, va rispettata come è, sempre e integralmente, anche quando non ci piace, insomma pure quando ci sembra... “inadeguata”.

Ogni apparentemente piccolo “sbrego” della Costituzione, o se si preferisce apparentemente modesta “manipolazione” ermeneutica della Carta – fatta dal legislatore ordinario o dalla stessa Corte, non conta – è un pericoloso precedente e può diventare una rovinosa valanga, rischiando di tramutarsi in un *boomerang* per chi l’ha promosso/accettato una prima volta, seppure a nobili fini. La Costituzione può essere una garanzia per *tutti* solo a condizione che venga rispettata sempre e da *tutti*, a cominciare ovviamente dai suoi *custodi*, piaccia o no. E solo quando proprio non piace, quando cioè il testo davvero non pare adeguato – è il nostro caso – che si cerca, insieme, *tutti*, di ri-scriverne la parte controversa: proprio a questo servono le *leggi costituzionali*. Mi rendo conto che si tratta di una strada impervia, certo meno facile di una legge ordinaria o, peggio, della comoda *scorciatoia* di una sentenza costituzionale, ma a mio parere è la più corretta, se non obbligata.

A maggior ragione e in particolare – *dopo e nonostante la diversa e inequivoca interpretazione della Corte costituzionale* – ritenere sufficiente il mero riconoscimento da parte del semplice legislatore ordinario di un (presunto) diritto, sarebbe una pericolosa *forzatura* politica e giuridica, che rischierebbe di scatenare reazioni sociali imprevedibili. Negare poi che in merito l’opinione pubblica italiana, forse più di quella francese, sia non retrograda ma certo profondamente divisa, sarebbe altrettanto miope³⁶.

Anche per questi motivi, l’inevitabile discussione *pubblica* connessa alla procedura di revisione costituzionale, la *rilevanza* della stessa procedura che tocca direttamente la nostra Legge fondamentale, la connessa *solennità* dell’eventuale riconoscimento e persino l’eventualità che, in assenza della maggioranza richiesta, si celebri un referendum *costituzionale* sul punto: sono tutti fattori sostanziali “a favore” del mezzo proposto, quindi della via procedurale indicata³⁷. Ma questa, come altre ipotesi di riforma del nostro ordinamento, hanno senso e possono avere un reale seguito giuridico (*effettività*) solo se rispettose delle *procedure* costituzionali e appunto suffragate dal *consenso sociale*, s’intende: in sé non sempre necessario per il riconoscimento di un diritto, ma tanto più indispensabile quanto meno il diritto è (non semplicemente non previsto, bensì parrebbe in questo caso) *escluso* costituzionalmente.

Del resto, se veramente di “diritto fondamentale” si tratta – vista la diversità (non semplice *opacità*) di contenuti dell’attuale Carta in merito – perché non enunciarlo con il rango formale *costituzionale* che gli spetta? O si ha paura proprio della complessità della procedura, ossia si teme di non riuscire a conseguire le maggioranze parlamentari richieste? Ma non è questo il modo migliore, più democratico e ragionevole per costringere l’opinione pubblica ad interrogarsi direttamente e seriamente su temi così delicati, convincendosi dell’eventuale opportunità di questo passo, senza *subire* interpretazioni opinabili e comunque ardite (qualcuno direbbe: “vere arrampicate sugli specchi”), ma *assumendo* invece responsabilmente e collettivamente scelte politiche rilevanti?

Possibile che nel nostro Paese – piuttosto che decidere e nelle forme corrette – si pretenda che “tutto” debba essere sempre risolto per via giurisprudenziale dalla Corte costituzionale, delegando le scelte più delicate all’impossibile

inevitabilmente portano a uno *Stato etico*, potenzialmente totalitario e lesivo del principio super- e meta-costituzionale di dignità della persona umana, e segnatamente della libertà di coscienza, se si vuole, cfr. il mio *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico)*, cit., 343 ss.

³⁵ Sul concetto di interpretazione *stabilizzatrice/moderatrice/equilibratrice*, in particolare della Corte costituzionale, cfr. G. D’ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, Milano 1981, 141 ss.; G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 1989, 248 e A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 15 (ivi ulteriore bibl.).

³⁶ Nella speranza che resti il caso isolato di un folle, come dimenticare che in Francia si è arrivati all’assurdo di un clamoroso suicidio-protesta dentro la cattedrale di *Notre Dame* contro l’istituzione dei matrimoni gay?.

³⁷ Personalmente anzi non escludo che, nonostante le accese dispute e controversie tuttora esistenti in Italia, alla fine – come nel caso del divorzio e dell’aborto – l’esito di un eventuale *referendum*, sia pure nella fattispecie costituzionale, sarebbe sorprendentemente favorevole al riconoscimento del matrimonio fra persone dello stesso sesso.



creatività di soli 15 giudici? Magari, come nel nostro caso, sperando in un “aiutino”, improprio e per di più in grave ritardo, del semplice legislatore ordinario? E’ proprio questo che si vuole?