

Dubbi di legittimità costituzionale sul matrimonio “eterosessuale”: profili processuali e sostanziali

di Nicola Pignatelli

SOMMARIO: 1. L'art. 29 Cost. tra tecniche di “apertura” e di “chiusura” dell'istituto matrimoniale - . 2. La “naturalità” dell'eterosessualità: un “falso” religioso, scientifico e culturale. - 3. La questione di legittimità costituzionale come fisiologico paradosso. - 4. Il contenuto delle ordinanze di rimessione. - 5. I possibili esiti del giudizio costituzionale tra “rime obbligate” e discrezionalità del legislatore. - 5.1. I profili di ammissibilità. - 5.2. I profili di merito relativi agli artt. 29, 117, 1° comma, Cost., 2 Cost. - 5.3. I profili di merito relativi all'art. 3 Cost. - 6. Una conclusione sulla legittimazione della Corte costituzionale.

1. L'art. 29 Cost. tra tecniche di “apertura” e di “chiusura” dell'istituto matrimoniale

Di recente sono stati sollevati da più giudici in più giudizi taluni dubbi di legittimità costituzionale sulla disciplina codicistica del matrimonio, che -nella interpretazione oggetto della questione di legittimità- nega alle coppie omosessuali l'accesso a tale istituto. E' evidente come l'esito del giudizio costituzionale attivato dipenderà dal significato che i giudici costituzionali intenderanno attribuire all'art. 29 Cost.

Prima di affrontare il contenuto delle ordinanze ed i possibili esiti processuali intendo svolgere alcune notazioni preliminari: a) la prima, relativa ai corollari tecnici che derivano dalle varie impostazioni ermeneutiche che insistono sull'art. 29 Cost. (§ 1); b) la seconda, relativa alla inutilità dell'impostazione “anti-storicistica” ai fini della difesa della eterosessualità del matrimonio; c) la terza, relativa ad un paradosso proprio del nostro ordinamento (§ 3).

Quanto alla prima notazione preliminare, deve rilevarsi una molteplicità di soluzioni possibili che ruotano intorno all'art. 29 Cost., come corollari tecnici di due impostazioni ermeneutiche che insistono sul *nomen* “naturale”, contenuto nella norma costituzionale, attribuendo ad esso una accezione “storicistica-razionale” ed una antinomica accezione “anti-storicistica” (della cui debolezza ai fini della negazione delle relazioni omosessuali si dirà nel paragrafo successivo).

In sintesi -rinviano alla ampia letteratura in materia¹-, da una parte, sta questa ultima tesi, che valorizza il carattere pregiuridico dell'istituto familiare, quale corpo che vive fuori dalla storia, e la cui forma sarebbe quella che la natura ha prodotto in origine, nella notte dei tempi; in questa logica tale impostazione, nella sua forma naturalistica in senso stretto, connessa al regno animale, evoca uno scenario proprio del positivismo scientifico ottocentesco.

Tuttavia questa tesi, in una sua variante torica, assume uno stampo “confessionale”, qualora si sostenga -come nella cultura giudaico-cristiana- che quella natura originaria è espressione di un disegno divino, rivelato attraverso Testi sacri, o uno stampo “tradizionalistico”², qualora si tenda a far coincidere la parola “naturale” con l'immutabile

¹ Per una recente riflessione sul significato dell'art. 29 Cost. alla luce dei lavori dell'Assemblea costituente si veda la suggestiva e puntuale ricostruzione di P. VERONESI, *Costituzione, “strane famiglie” e “nuovi matrimoni”*, in *Quad. cost.*, 2008, 577 ss., ove si trovano ampi riferimenti bibliografici. Cfr. anche il classico di M. BESSONE, *29 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di G. Branca), Bologna-Roma, 1976, 1 ss.

² Di recente questa tesi è stata autorevolmente sostenuta da A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategie) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 751 ss.; F. DAL CANTO, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro it.*, 2005, V, 257 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi e la pretesa dei diritti individuali dei conviventi*, in *Quad. cost.*, 2008, 101 ss.; L. VIOLINI, *Il riconoscimento delle coppie di fatto: praeter o contra constitutionem?*, in *Quad. cost.*, 2007, 395.

ethos, il costume, il sangue di un popolo, ossia con un solido *consensus gentium*. Non può negarsi tra l'altro come la tesi "confessionale" sia intimamente connessa alla filosofia giusnaturalistica, sul presupposto che è il diritto troverebbe fondamento su un disegno divino (quindi sulla natura), assumendo la dimensione del diritto naturale.

In realtà nella storia occidentale (come tenteremo di mettere in evidenza nel § 2) l'impostazione "confessionale"(-giusnaturalistica) e quella "tradizionalistica" si sono spesso (anche se non sempre) confuse, svelando tutta la loro reale dimensione storico-politica.

In questa prospettiva può parlarsi più generalmente di una impostazione "anti-storicistica" (nella sua versione naturalistica, confessionale e tradizionalistica), sulla base della quale *la Repubblica riconosce la famiglia come società naturale-eterosessuale fondata sul matrimonio. In tale logica si apprezza una simbiosi tra famiglia, eterosessualità e matrimonio.*

Lontana da questa impostazione sta la tesi "storicistica", alla luce della quale la famiglia *non è ma si fa* nella storia³, trasformandosi in relazione a fattori di carattere economico, politico, istituzionale, sociale, estetico, erotico, ormonale; in questa logica l'art. 29 Cost. assume la funzione di una norma «in bianco» a carattere recettizio⁴: *la Repubblica riconosce la famiglia come una formazione sociale in progressiva evoluzione fondata sul matrimonio, la cui nozione giuridica è rimessa al legislatore ordinario o addirittura ai giudici alle luce di tale evoluzione.*

In astratto accedendo alla tesi "storicistica" l'apertura dell'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali -quindi la scelta inclusiva- sarebbe possibile attraverso 3 strumenti: 1) in una logica di storicismo "forte" si potrebbe sostenere che i *giudici comuni* possano aprire il matrimonio in via pretoria attraverso una *interpretazione conforme* a Costituzione; 2) in una prospettiva storicistica, che riconosca, invece, la univocità del significato letterale del codice civile e la eterosessualità come elemento essenziale del matrimonio, spetterebbe al *legislatore ordinario* modificare la disciplina normativa affermando il principio della irrilevanza del sesso dei *nubendi* (come è accaduto in Olanda, in Belgio e in Spagna, in cui il legislatore ordinario ha modificato il codice civile sostituendo alla parole «marito» e «moglie» quella neutra di «coniugi»); 3) in una altra prospettiva storicistica, qualora il legislatore ordinario per scelta politica o per una sensibilità "anti-storicistica" decida di non aprire il matrimonio, spetterebbe eventualmente alla *Corte costituzionale* pronunciarsi sulla legittimità del codice civile, su sollecitazione di giudici *a quibus* che abbiano rilevato la impossibilità di realizzare tale apertura in via interpretativa⁵. In questo caso si tratta di ragionare -come faremo alla luce delle recenti ordinanze di rimessione- sulle soluzioni aperte dinanzi alla Corte nel vuoto generato dal rinvio dell'art. 29 Cost. (che si assume) "in bianco"; in tale logica alla Corte è rimesso il sindacato di ragionevolezza sulla interpretazione storica della nozione di "naturalità", ossia il sindacato sulla ragionevolezza della scelta di non rilevare normativamente la evoluzione della famiglia verso la omosessualità.

Accedendo invece alla tesi "anti-storicistica" sembrano aprirsi due corollari tecnici: 1) in una prospettiva di *coerente* "anti-storicismo" l'apertura dell'istituto matrimoniale dovrebbe

³ P. DONATI, *Manuale di sociologia della famiglia*, Bari, 1998, 34 ss.

⁴ Questa la nota impostazione di T. MANCINI, *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell'art. 29 Cost.*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 223 ss. In senso analogo, più di recente, si sono espressi P. VERONESI, *Costituzione, "strane famiglie" e "nuovi matrimoni"*, cit., 577 ss.; A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*, in www.forumcostituzionale.it, 1 ss.; R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, 1066 ss..

⁵ In realtà non può escludersi che un giudice, pur accedendo alla tesi storicistica e ammettendo una possibile evoluzione normativa, decida di non sollevare questione di legittimità costituzionale, sul presupposto che il diritto al matrimonio non costituisce un diritto fondamentale. Cfr. in tal senso Corte d'Appello di Firenze, 30 giugno 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 3695; Corte di Appello di Roma, 13 luglio 2006, in *Foro. it.*, 2008, I, 3695.

essere *sottratta alla stessa revisione costituzionale*, sul presupposto che la natura (sia essa considerata naturalisticamente in quanto tale sia essa espressione della volontà divina sia essa una immutabile tradizione culturale) non può essere modificata neppure con un procedimento parlamentare aggravato⁶; 2) in una logica di *incoerente* “anti-storicismo” -talune volte prospettata nel dibattito politico da alcune forze parlamentari al solo fine di neutralizzare la problematica- l’apertura del matrimonio alle coppie omosessuali sarebbe possibile soltanto a seguito di una *revisione dell’art. 29 Cost.*; tuttavia questa tesi non ha alcun pregio né fondamento razionale, visto che, assumendo una “natura” (quale quella eterosessuale della famiglia) come immutabile, essa non potrebbe essere modificata neppure con lo strumento giuridico più “incisivo” che l’ordinamento giuridico riconosca.

Ciò posto risulta evidente come le ordinanze, di cui si dirà tra poco, si pongano nella prospettiva “storicistica” vista *sub 3*). Deve auspicarsi (prescindendo per un attimo dal dispositivo) che la Corte costituzionale risponda ai dubbi di legittimità costituzionale nella stessa prospettiva, negando una volta per tutte che l’art. 29 Cost. possa essere letto in una logica “anti-storicistica”, come peraltro la dottrina maggioritaria afferma da tempo o come sembra potersi desumere dalla volontà dei Costituenti.

La impostazione “anti-storicistica” -per le ragioni di cui si dirà nel § 2- risulta essere teoricamente *debole*, essendo riconducibile (nella sua versione confessionale e tradizionalistica) nella stessa dimensione “storica” e comunque *inutile* ai fini della difesa della eterosessualità (sia nella sua versione naturalistica che in quella confessionale e tradizionalistica), visto che l’eterosessualità non sembra essere né un elemento naturale né avere un fondamento sacro né essere un elemento sociale immutabile.

Per provare ad argomentare queste affermazioni sembra necessario affrontare, prima di tutto, la tradizione di stampo “confessionale”, propria della cultura cristiana (ossia l’ostacolo più forte per l’apertura del matrimonio), per quanto questa si sia legata in modo quasi inscindibile alla impostazione “tradizionalistica” e con essa confusa, tanto da creare un blocco ermeneutico unico.

2. La “naturalità” della eterosessualità: un “falso” religioso, scientifico e culturale

Non saprei dire se “all’interno” dell’art. 29 Cost. si annidi -come è stato finemente rilevato- un «ossimoro»⁷, un «palindromo»⁸, un «falso alterato»⁹ o una altra figura della retorica letteraria; certamente ognuna di esse sottende una idea culturale, una opzione di politica costituzionale ed ermeneutica, come sintetizzate nel paragrafo precedente. Più semplicemente vorrei rilevare, in via liminare, come il dibattito sociologico, filosofico e giuridico sull’art. 29 Cost. sia stato condizionato da una ulteriore figura retorica, da una *metafora* che sta (non “all’interno” ma) “all’esterno” della disposizione costituzionale.

La condanna delle relazioni omosessuali, come fatti *contro-natura*, ha un fondamento patristico, è il prodotto di una interpretazione deviata (-metaforica) dei testi sacri del cristianesimo, che si vorrebbe introiettare nella Costituzione attraverso il veicolo linguistico della parola “natura”, in un tentativo di legare il presunto naturalismo sotteso da tale parola con la dottrina teologica-confessionale, secondo la quale per volontà di Dio -come retoricamente ricostruita- *in natura* devono esistere esclusivamente relazioni eterosessuali; in tal senso la avversione contro le relazioni omosessuali è più

⁶ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1976, II, 1165.

⁷ R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, cit., 1066, che rievoca suggestivamente la «contraddizione in termini» di cui ha parlato Calamandrei in sede Costituente.

⁸ A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei “casi”*, cit., 7, che sintetizza in tale figura retorica la posizione di A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategie) della Costituzione*, cit., 751 ss.

⁹ A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei “casi”*, cit., 3.

schiettamente il prodotto di una opzione politica fatta propria in via retorica da una tradizione culturale.

*La avversione nei confronti delle coppie dello stesso sesso biologico non trova un proprio fondamento naturalistico-deistico neppure in seno alla cultura giudaico-cristiana*¹⁰. Gli studi filologici più autorevoli hanno messo in evidenza l'assenza della parola "natura" nei Vangeli; quelli che sono definiti dalla cultura cristiana "gli insegnamenti di Gesù" nulla dicono sui vizi contro natura, sui principi naturali come principi morali¹¹. La condanna delle relazioni omosessuali dovrebbe fondarsi su un passo del Vecchio Testamento (*Genesi 19*), in cui si narra la storia della città di Sodoma che ha dato il *nomen* (sodomia¹²) alle lingue latine per classificare, distinguere e condannare i rapporti tra persone dello stesso. In realtà l'interpretazione di quel passo in chiave sessuale sembra essere il prodotto di una lettura postuma(-medioevale) non supportata dal dato testuale, in cui non vi è nessun riferimento univoco ai rapporti erotici. La dottrina maggioritaria sostiene, infatti, che la città di Sodoma fu distrutta per il trattamento inospitale nei confronti degli angeli inviati dal Signore e non certamente per il tentativo di violenza sessuale sugli stessi¹³. La vicenda di Sodoma è soltanto una trasposizione figurata e retorica, fondata su una lettura deviata dei testi sacri, di un canone sociale che la cultura giudaico-cristiana ha tentato di legittimare¹⁴. La peccaminosità della "deviazione" omosessuale (intesa come allontanamento da un modello maggioritario) è il prodotto di una tradizione teologica, che per la sua stessa origine "storico-politica" deve ritenersi *a fortiori* soggetta a mutamenti e cedimenti. Ogni tradizione, in quanto tale, porta con sé una tensione e un istinto irrazionale di conservazione; tuttavia ogni canone culturale che appartiene alla società può mutare con essa. Non può negarsi, infatti, come la avversione alla omosessualità si sia storicamente affermata (a propria volta) come un *cedimento della cultura classica* e della *neutralità* della fenomenologia relazionale¹⁵.

¹⁰ Per un quadro storico più ampio sia consentito rinviare a N. PIGNATELLI, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra "istituzione" matrimoniale e funzione "familiare"*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, 243 ss.

¹¹ In tal senso argomenta approfonditamente J. BOSWELL, *Cristianesimo, tolleranza, omosessualità*, Milano, 1989, 184 ss.

¹² I canonisti intendono per sodomia l'appagamento cosciente dell'istinto carnale in qualsiasi modo contrario alla natura e cioè qualsiasi *coitus libidinosus vel cum persona indebita vel in vase indebito*. La sodomia perfetta consiste nell'unione sessuale tra due persone dello stesso sesso, cioè nel *concupitus masculi cum masculo aut foemina cum foemina*. La sodomia imperfetta consiste in qualsiasi unione tra persone di sesso diverso non *ad procreationem ordinata*. Cfr. Su tali definizioni A. D'AVACK, *Omosessualità (diritto canonico)*, in *Enc. dir.*, 1980, 92 ss.

¹³ J. BAILEY, *Homosexuality and the Western Christian Tradition*, Londra, 1955, 234 ss.; J. McNEILL, *The church and the Homosexual*, Kansas city, 1976, 42 ss.; M. POPE, *The interpreter's Dictionary of the Bible*, Nashville, 1976, 415 ss.

¹⁴ Nel Vecchio Testamento l'unico passo in cui si parla di atti omosessuali (quali forma di abominio) si trova nel *Levitico 18*, che la cultura giudaico-cristiana non ha mai richiamato per fondare l'avversione contro tali fatti sociali, sul presupposto che la legge mosaica intendeva per abominio (*toevah*) non la violazione della legge e della giustizia divina ma più semplicemente l'infrazione della purezza rituale. In questo senso la ricostruzione di J. BOSWELL, *Cristianesimo*, cit., 132 ss. Lo stesso Autore rileva come alla maggioranza dei cittadini romani questa critica del Vecchio Testamento contro il comportamento omosessuale sarebbe parsa «arbitraria come la proibizione di tagliarsi la barba». Tra l'altro proprio nel Vecchio Testamento si incontrano molte relazioni omosessuali, come quelle tra Saul e Davide, Davide e Gionata, Ruth e Naomi. Deve comunque precisarsi come il Catechismo della Chiesa cattolica (canone 1081), a fondamento della condanna della omosessualità, citi oltre al *Levitico 18* anche le *Lettere di Paolo ai Romani* (I, 26-27) e *ai Corinzi* (I, 6,10).

¹⁵ Nelle opere classiche -come è noto- non vi è mai la specificazione erotica delle relazioni da due maschi. Omero nell'*Iliade* nulla dice su quale fosse il rapporto tra Achille e Patroclo eppure Eschine in *Contro Trimarco* osserva come «l'intensità del loro legame fosse evidente». La specificazione non era necessaria, era evidente che fosse una "naturale" relazione d'amore. La vaghezza e l'ambiguità delle distinzioni dei rapporti sessuali (che in realtà appaiono tali alla luce dei nostri canoni sociali), la mancanza di un *nomen* che qualificasse le relazioni tra persone dello stesso sesso possono essere spiegate con l'assenza di una contrapposizione tra un modello maggioritario di relazioni eterosessuali ed un modello minoritario di relazioni omosessuali. Aristofane (*Nuvole* 1075) non a caso parla del desiderio omosessuale come di una «necessità naturale» come potevano essere il mangiare, il bere, il ridere; Senofonte (*Hiero* 1033) qualifica

Questa “neutralità” relazionale, a cui si informava la cultura classica, è stata sostituita e vinta da una categoria della “contrapposizione” (valoriale), alla luce della quale taluni fatti sociali (le relazioni omosessuali) sono diventati una minoranza¹⁶. Deve comunque precisarsi che l’origine dell’intolleranza verso le forme d’unione omosessuale non sia imputabile direttamente alla lettura retorica dei testi sacri del cristianesimo, essendo stata tale lettura una *legittimazione postuma* di un canone sociale già affermato tra il III-IV d.c.¹⁷. La dottrina cristiana soltanto tra il XIII-XIV d.c. avrebbe consolidato e legittimato, da un punto di vista teleologico e filosofico, tale canone sociale. La condanna dell’omosessualità si è affermata come una adesione della Chiesa cattolica ad un sentire sociale, supportata da una interpretazione retorica dei testi sacri, che portò gli omosessuali, accanto ai briganti, alle streghe, alle prostitute, ai vagabondi, ad essere annoverati nel coacervo dei «reietti del Medioevo».¹⁸

Certamente la fonte più autorevole dell’ortodossia cattolica fu rappresentata dalla *Summa theologiae* di S. Tommaso d’Aquino¹⁹; in queste pagine risiede il discrimine tra il naturale e l’innaturale, tra il solito e l’insolito. In una relativa accezione fu qualificato come «naturale» ciò che non è soggetto alla ragione ed è comune agli uomini e agli altri esseri viventi, ossia ciò che è funzionale alla conservazione della specie, come il mangiare e i rapporti sessuali; l’omosessualità, invece, era qualificata come un «vizio contro natura», perché non conosciuta tra agli animali.

Nell’ultimo decennio, in cui il fronte di tutela degli omosessuali si è spostato dalla dimensione meramente individuale a quella relazionale, connessa al riconoscimento pubblico della unione affettiva, la cultura cristiana ha riproposto il postulato della presunta innaturalità delle relazioni omosessuali²⁰, tentando di valorizzare la parola “naturale”,

l’omosessualità come parte della «natura umana». Nella cultura classica la mancanza di una categoria dell’omosessualità era intimamente connessa all’assenza di un paradigma (eterosessuale) di valore alla luce del quale proiettare simmetricamente su altre tipologie relazionali un disvalore etico-sociale. Sul tema cfr. il suggestivo quadro di E. CANTARELLA, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Roma, 1988.

¹⁶ J. BOSWELL, *Cristianesimo*, cit., 77, secondo cui «le maggioranze creano in ogni caso le minoranze, con la loro decisione di classificarle. I mancini sono statisticamente meno numerosi in tutte le società umane, ma sono realmente una minoranza solo dove l’uso preferenziale di una mano implica un significato sociale e la gente ritiene suo dovere classificare i concittadini su tale base».

¹⁷ Gli studi più attenti hanno dimostrato, infatti, come l’ostilità verso l’omosessualità sia sorta durante il periodo di dissoluzione dell’Impero Romano (III-IV d.c.), quando l’affermazione dell’assolutismo imperiale, la crisi economica e il progressivo processo di ruralizzazione avrebbero determinato forti mutamenti sociali e il consolidarsi di una morale sempre più intransigente, legata a vincoli di sangue, alla terra, al valore della famiglia nucleare come unità economico-produttiva. Probabilmente in questo substrato affonda storicamente le radici la condanna dell’omosessualità come deviazione rispetto ad un modello *divenuto* maggioritario, la cui conservazione, in un momento storico di forte insicurezza, svolgeva una funzione di tutela sociale; l’istituzione dell’Impero sembrava essere sostituita dalla istituzione della famiglia, che lavorava la terra. Cfr. la ampia ricostruzione storica di J. BOSWELL, *Cristianesimo*, 156 ss. e i relativi riferimenti bibliografici.

¹⁸ A. McCALL, *I reietti del Medioevo*, Milano, 1987, 153 ss. In questa sede poco rilevano le complesse ragioni che portarono il cristianesimo ad alimentare la condanna contro l’omosessualità. Si può semplicemente evocare la situazione di indebitamento dei contadini cristiani nei confronti degli usurai ebrei, contro cui furono alimentate campagne d’odio; in un momento di crisi e austerità, la lussuria, la ricchezza, il piacere e il sesso venivano condannati. Tra l’altro tale condanna si legò indissolubilmente alla lotta contro i movimenti ereticali, inclini a tali pratiche, mostrando in alcuni casi un legame ancestrale con la cultura classica.

¹⁹ Cfr. V.J. BOURKE, *The Nicomachean ethics and Thomas Aquinas*, e M.B. CROWE, *St. Thomas and Ulpian’s Natural Law*, in A. MURER (a cura di), *St. Thomas Aquinas, 1274-1974: Commemorative Studies*, Toronto, 1974.

²⁰ Anche Giovanni Paolo II, le cui posizioni su alcuni temi sociali sono state apprezzate anche nel mondo laico, definì nell’*Angelus* del 19 giugno 1994 le coppie omosessuali come una «deplorabile distorsione di ciò che dovrebbe essere una comunione di amore di vita tra un uomo e una donna». Cfr. anche la Costituzione pastorale del II Concilio Vaticano sulla Chiesa nel mondo contemporaneo, *Gaudium et spes*, 7 dicembre 1965; la lettera Apostolica *Familiaris Consortio* del 22 dicembre 1981.

attraverso la quale si vorrebbe introiettare nella Costituzione (art. 29) il canone della eterosessualità.

In realtà, come abbiamo tentato di dire, la corrispondenza biunivoca che si vorrebbe instaurare tra *eterosessualità* e *natura* si poggia su un artificio "retorico", ossia su una *scelta politica* della Chiesa cattolica di legittimare un canone sociale (quello dell'eterosessualità delle relazioni) affermatosi in un certo momento *storico*, attribuendo ad esso il crisma della naturalità, alla luce di una interpretazione deviata dei testi sacri. Risulta così evidente la *debolezza* teorica di questa impostazione, inesorabilmente riconducibile nella sfera della dimensione "storicistica".

Ciò posto, una volta "rotto" il legame tra *natura* ed *eterosessualità* in seno alla impostazione "confessionale", la parola "naturale" (contenuta nell'art. 29 Cost.), anche qualora le si riconosca un significato trascendente, intendendo la natura espressione di un disegno divino, risulterebbe *inutile* per la difesa della attuale contenuto del matrimonio, visto che non corrisponderebbe al paradigma della artificiale naturalità eterosessuale della dottrina cristiana, espressione -come detto- in di una scelta storico-politica di avversione all'omosessualità.

Per questa ragione, anche qualora si ammetta (ma non si conceda) che la parola "naturale" dell'art. 29 Cost. abbia un significato "confessionale"-a stretto rigore- dovrebbe dimostrarsi, al fine di difendere l'eterosessualità relazionale che esista (da qualche parte) la parola (un testo) di Dio (o di un Dio) che vuole l'esclusività delle relazioni eterosessuali. Tale prova non è data, così come in una prospettiva strattamenmte "naturalistica" (sganciata da un disegno divino) non è provato che in natura non esistano rapporti omosessuali tra gli animali²¹. In questo senso appare *inutile* anche l'uso della impostazione "naturalistica" al fine di difendere la eterosessualità del matrimonio.

Quanto alla impostazione "tradizionalistica", posto il suo intimo legame -di cui si è detto- con la cultura "confessionale", è sufficiente rievocare quanto affermato in relazione alla *evoluzione* storica dalla tradizione classica alla tradizione medioevale; tale evoluzione svela in modo solare come ogni tradizione culturale appartenga alla storia dei popoli e muti al mutare delle convinzioni di quelli, come hanno riconosciuto anche i giudici costituzionali tedeschi proprio in relazione al contenuto eterosessuale del matrimonio²². E' l'analisi storica che nega la configurabilità teorica di una natura immutabile della tradizione, mutevole in quanto tale, per il fatto stesso di dover subire una *traditio*, un passaggio, sempre insidioso, anche quando un patrimonio culturale e sociale sembra essersi sedimentato e cementato. Anche sotto questo profilo il postulato secondo cui la parola "naturale" coincida con una immutabile tradizione eterosessuale appare *debole*, perché la tradizione è tale per un lasso di tempo (anche lungo ma sempre relativo) e fino a prova contraria, ed *inutile*, perché è la storia stessa che dimostra la esistenza di una (altra) tradizione (classica) omosessuale.

In tale logica nessun elemento ostativo alle relazioni omosessuali può scorgersi nell'art. 29 Cost., pur in una sua interpretazione "anti-storicistica".

In altre parole, oltre alla "debolezza" teorica della naturale eterosessualità "confessionale" e di quella "tradizionalistica", inesorabilmente smascherabili rispettivamente come scelte

²¹ Gli etologi hanno provato il contrario, rilevando la frequenza dei rapporti omosessuali tra bisonti, trichechi, scimmie, elefanti, giraffe, iene. Cfr. L. VASEY, *Homosexual Behaviour in Animals, An Evolutionary Perspective* Sommer, Cambridge, 2006, *passim*; B. BAGEMIHL, *Biological Exuberance: Animal Homosexuality and Natural Diversity*, St. Martin's Press, 1977, *passim*.

²² Appare in tal seno significativa una pronuncia dei giudici costituzionali tedeschi (4 ottobre 1993), che ha negato la illegittimità del mancato riconoscimento del diritto di sposarsi, affermando che il matrimonio è *tradizionalmente* un'unione tra un uomo e una donna e che non sussiste alcuna testimonianza di un qualsiasi «*progresso sociale*» in grado di alterare questa fondamentale premessa, avendo fatto emergere *a contrario* la possibilità, in astratto, che sopravvenga un diverso significato del parametro costituzionale.

storico-politiche e mutevoli costumi sociali (intimamente connessi), credo che invocare la "natura" non sia neppure "utile" a chiudere per sempre il matrimonio alle coppie omosessuali né accedendo alla originaria impostazione "naturalistica", perché bisognerebbe dimostrare che tra gli animali non esistono rapporti omosessuali, né accedendo alla relativa variante "confessionale", visto che in nessuna sacra scrittura si legge che l'omosessualità è un vizio contro natura, né accedendo alla variante "tradizionalistica", visto che la tradizione, in quanto tale è mutevole e cedevole, come si è mostrata la cultura classica e come si è già mostrata (in più Stati europei e americani) la stessa cultura sociale originariamente connessa alla dottrina cristiana proprio in riferimento all'istituto matrimoniale (e più specificatamente alla posizione della donna, alla dissolubilità dell'istituto e di recente anche in riferimento al sesso dei coniugi).

Posta questa necessaria e preliminare relativizzazione del mito "naturale" della eterosessualità e ricondotto anche il canone cristiano della eterosessualità nell'alveo della dimensione "storico-politica"²³, in una diversa prospettiva ("storicistica", appunto) si tratta certamente di capire se il costituzionalismo, al fine di incidere sulla tradizione giudaico-cristiana, che è stata in alcuni casi recepita da opzioni normative e codicistiche, avrà la stessa forza che la cultura giudaico-cristiana ebbe per innovare la tradizione classica, trasformando l'omosessualità da *topos* sociale a *vizio contro-natura*.

Le questioni di legittimità costituzionale formulate di recente sulla disciplina codicistica del matrimonio si inseriscono proprio in questo ampio scenario, in seno al quale ogni tradizione giunge (prima o poi) alla propria prova di "resistenza", come è accaduto per la concezione classica dinanzi alla dissoluzione dell'Impero Romano.

3. La questione di legittimità costituzionale come fisiologico paradosso

Non può negarsi come la suddetta tradizione "anti-storicista" (i cui profili naturalistici, confessionali e tradizionalisti risulta difficile distinguere nel dibattito attuale) non soltanto abbia prospettato come unica soluzione possibile quella della eterosessualità del matrimonio, attraverso una lettura orientata (e retorica, per quanto detto sin qui) della naturalità contenuta nell'art. 29 Cost., ma è riuscita anche a proiettare la propria forza persuasiva al di là dell'art. 29 Cost., giungendo ad inibire -anche con accorati appelli ai parlamentari cattolici- l'approvazione di una disciplina normativa di tutela "leggera" delle coppie di fatto (sia eterosessuali che omosessuali), riconducibile sotto la copertura costituzionale dell'art. 2 Cost. Il naufragio politico del disegno di legge dei DICO di iniziativa del Governo di centro-sinistra, caratterizzato da talune contraddizioni²⁴ ma ispirato da un nobile intento di attuazione costituzionale, ha svelato l'idea -che ha permeato il Parlamento- secondo la quale il riconoscimento giuridico di altre forme di relazione sociale avrebbe determinato una lesione dell'onore dell'istituto matrimoniale e con esso una violazione dell'art. 29 Cost. La scelta politica di "non approvazione" del ddl governativo ha trasformato il *favor* costituzionale riservato alla famiglia matrimoniale in una irragionevole *esclusività* costituzionale²⁵.

²³ Una recente conferma può trarsi dallo stesso appello (22 aprile 2004) che le principali confessioni religiose spagnole hanno congiuntamente sottoscritto, a seguito della scelta normativa promossa dal Governo Zapatero di "aprire" l'istituto matrimoniale, affermando che il «matrimonio eterosessuale fa parte della storia della società nel nostro ambito culturale», valorizzando il profilo storico-tradizionale e non quello naturalistico-divino.

²⁴ Su tali contraddizioni sia consentito rinviare a N. PIGNATELLI, *I DICO tra resistenze culturali e bisogni costituzionali*, in *Quest. Giust.*, 2007, 249.

²⁵ Anche sul punto possono rilevarsi delle contraddizioni relative alla dottrina cristiana. G. CASELLI, *Quando la chiesa disciplinava le unioni di fatto*, in *Quest. Giust.*, 2007, 276 ss. rileva «un cavallo di Troia in terra fidelium»: il canone 17 del I Concilio di Toledo (400d.c.) espressamente prevede la liceità della convivenza con una concubina purchè sia una sola e «venga tenuta come moglie».

Oggi sembra certamente paradossale come nel nostro ordinamento giuridico, in cui non è stata introdotta neppure una forma di tutela “minima” per le convivenze extra-matrimoniali, si torni a discutere della resistenza del modello familiare tradizionale non sul fronte della tutela delle “altre” forme relazionali ma su quello -ben più avanzato- della “dilatazione” dell’istituto matrimoniale. Questa è certamente una di quelle naturali fughe in avanti che può generare la logica del sindacato di costituzionalità in via incidentale, in cui la sensibilità dei giudici comuni può prospettare “dubbi” di legittimità costituzionale, funzionali alla tutela dei diritti, che vanno ben al di là delle “certezze” di non tutela o dei timori del Parlamento.

4. Il contenuto delle ordinanze di rimessione

Allo stato attuale sono rilevabili quattro ordinanze di rinvio alla Corte costituzionale, che per la omogeneità relativa all’oggetto e ai parametri invocati, verranno ragionevolmente riunite in un unico giudizio. Deve precisarsi tra l’altro come in questa ondata abbiano certamente svolto un ruolo decisivo, in qualità di difensore, l’avv. Francesco Bilotta, che da anni si occupa anche a livello scientifico di questi temi e più in generale la rete Lenford²⁶, che aveva reso pubblico una sorta di “bando”, con cui si invitavano le coppie dello stesso sesso, che avessero desiderato accedere all’istituto matrimoniale, a rivolgersi alla stessa associazione per congegnare un “giudizio” o più “giudizi”, all’interno dei quali sollecitare su istanza di parte una questione di legittimità costituzionale. Tale giudizi sono stati “provocati” a seguito della richiesta avanzata da alcune coppie dello stesso sesso di ottenere le pubblicazioni di matrimonio; come poteva presumersi, infatti, i competenti ufficiali dello stato civile hanno opposto il proprio *rifiuto* alla pubblicazione, contro il quale le coppie omosessuali hanno proposto ricorso, generando il giudizio utile ai fini del sollevamento dei dubbi di legittimità costituzionale.

La prima questione di legittimità è stata sollevata dal Tribunale di Venezia in data 3 aprile 2009. Nel caso di specie l’ufficiale dello stato civile ha motivato il proprio provvedimento di rifiuto facendo riferimento alla diversità di sesso quale elemento essenziale del

²⁶ Sui documenti relativi a questa vicenda e sul ruolo della associazione cfr. www.retelenford.it.

matrimonio²⁷, la cui mancanza determinerebbe la *inesistenza* dell'istituto e non la semplice invalidità.

I ricorrenti hanno chiesto al giudice *in via principale* di ordinare all'ufficiale di stato civile di procedere alla pubblicazione del matrimonio, prospettando la possibilità di una apertura del matrimonio in via meramente interpretativa, ed *in subordine*, qualora il giudice ritenesse non esperibile la via ermeneutica ed univoco il significato del codice civile, di sollevare questione di legittimità costituzionale su quelle norme (specificatamente indicate) da cui si desume il contenuto eterosessuale del matrimonio alla luce degli artt. 2, 3, 10, 2° comma, 13, 29 Cost.

Il Tribunale di Venezia ha ritenuto di non poter percorrere la *via principale* prospettata dai ricorrenti, affermando chiaramente che «*pur non esistendo una norma definitoria espressa, l'istituto del matrimonio, così come previsto nell'attuale ordinamento italiano, si riferisce indiscutibilmente solo al matrimonio tra persone di sesso diverso.....Reputa il tribunale che proprio per il chiaro tenore delle norme sopra indicate non sia possibile -allo stato della normativa vigente- operare un'estensione dell'istituto del matrimonio anche a persone dello stesso sesso*».

In *via subordinata* ha così deciso di sollevare questione di legittimità costituzionale su quelle norme codicistiche (artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis, 156 bis c.c.), la cui *interpretazione sistematica* non consente che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, invocando quattro parametri costituzionali:

- art. 2 Cost.: le norme codicistiche risulterebbero in contrasto con il diritto inviolabile di sposarsi, riconosciuto come tale anche a livello internazionale (art. 8 e 12 CEDU, artt. 12 e 16 Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo) e a livello comunitario (art. 7 e 9 della Carta di Nizza); il giudice *a quo* valorizza il diritto di sposarsi come *libertà di scegliere il coniuge*, il cui contenuto non può essere compresso in assenza di altri interessi costituzionali prevalenti.
- art. 3 Cost: inoltre le norme codicistiche risulterebbero in contrasto (non soltanto con il principio anti-discriminatorio in senso classico ma anche) con il principio di ragionevolezza, nella logica del *tertium comparationis*. Il giudice *a quo* sostiene, infatti, l'irragionevolezza della disparità di trattamento degli omosessuali rispetto alle persone

²⁷ Nella motivazione del provvedimento di rifiuto si legge: «*Considerato che l'istituto del matrimonio, nell'ordinamento giuridico italiano è inequivocabilmente incentrato sulla diversità di sesso dei coniugi, desunte dall'insieme delle disposizioni che disciplinano l'istituto del matrimonio, tanto che tale diversità di sesso costituisce presupposto indispensabile, requisito fondamentale per la fattispecie del matrimonio, a tal punto che l'ipotesi contraria, relativa a persone dello stesso sesso, è giuridicamente inesistente e certamente estranea alla definizione del matrimonio, almeno secondo l'insieme delle normative tuttora vigenti; Richiamato il decreto 10 giugno 2005 del Tribunale di Latina, relativo ad una richiesta di trascrizione di matrimonio, contratto all'estero, tra persone dello stesso sesso, nel quale viene specificato che: "...Alla luce di quanto precede deve allora concludersi che elemento essenziale per poter qualificare nel nostro ordinamento la fattispecie matrimonio è la diversità di sesso dei nubendi ed in tal senso si è pronunciata la Corte di Cassazione che nel distinguere in subiecta materia la categoria dell'inesistenza da quella della nullità, ha precisato che ricorre l'ipotesi dell'inesistenza quando manchi quella realtà fenomenica che costituisce la base naturalistica detta fattispecie, individuandone i requisiti minimi essenziali nella manifestazione di volontà matrimoniale resa da due persone di sesso diverso davanti ad un ufficiale celebrante (Cass. n. 7877/2000; 1304/1990; 1808/1976). D'altronde non è senza ragione che, nel nostro codice civile, tra gli impedimenti al matrimonio (quali età, capacità, libertà di stato, parentela, delitto - artt. 84, 86, 87, 88 c.c.-) non è prevista la diversità di sesso dei coniugi e ciò ovviamente non perché tale condizione sia irrilevante, bensì perché essa, a differenza dei semplici impedimenti, incide sulla stessa identificazione della fattispecie civile che, nel nostro ordinamento, possa qualificarsi matrimonio". Visto il parere del Ministero dell'interno espresso con nota del 28.07.2004, prot. 04005452 - 15100/15952, nel quale viene specificato che: "...in merito alla possibilità di trascrivere un atto di matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso, si precisa che in Italia tale atto non è trascrivibile in quanto nel nostro, ordinamento non è previsto il matrimonio tra soggetti dello stesso sesso in quanto contrario all'ordine pubblico, ai sensi dell'art. 18 del DPR 396/2000».*

transessuali, i quali, una volta sottoposti ad operazione chirurgica, possono accedere all'istituto matrimoniale (l. 164/1982). Sarebbe privo di una ragione giustificatrice tutelare normativamente l'identità sessuale nella vita relazionale dei transessuali e non anche quella degli omosessuali.

- art. 29 Cost: tale norma costituzionale risulta violata sul presupposto che il riferimento alla famiglia come società naturale fondata sul matrimonio non si esaurisce in un modello tradizionale eterosessuale (secondo la prospettiva "anti-storicistica") ma evoca una nozione evolutiva, recettiva delle trasformazioni sociali e storiche. Tale lettura troverebbe un riscontro nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente e nella stessa evoluzione che ha riguardato il diritto di famiglia fino ad oggi.

- art. 117, 1° comma, Cost.: il giudice rileva, secondo la tecnica della norma "interposta", che le norme codicistiche sarebbero in contrasto con il diritto comunitario e con taluni obblighi internazionali e quindi indirettamente con la stessa norma costituzionale (art. 117, 1° comma, Cost.) che impone al legislatore statale di rispettare tali limiti sovranazionali. Più specificatamente le norme interposte violate sarebbero, quanto al diritto internazionale, gli artt. 8, 12 e 14 CEDU, e, quanto al diritto comunitario, l'art. 9 della Carta di Nizza.

La ordinanza del Tribunale di Venezia ha svolto una funzione "pilota" per altre tre *analoghe* ordinanze, che, pur non avendo un *oggetto* e *parametri* totalmente coincidenti, accedono al comune assunto interpretativo della inesistenza del matrimonio omosessuale (a normativa vigente) e appaiono sotto il profilo motivazionale strutturalmente omogenee. Più specificatamente nella ordinanza della Corte di Appello di Trento del 9 luglio 2009 si dubita degli artt. 107, 108, 143, 143 *bis*, 156 *bis* c.c., e art. 64 DPR 396/2000 alla luce degli artt. 2, 3, 29 Cost.; nella ordinanza della Corte di Appello di Firenze del 13 novembre 2009 si dubita degli artt. 107, 108, 143, 143 *bis*, 156 *bis* alla luce degli artt. 2, 3, 29 Cost.; nella più recente ordinanza del Tribunale di Ferrara del 16 dicembre 2009 si dubita degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 *bis*, 156 *bis*, c.c. alla luce degli artt. 2, 3, 29 Cost.²⁸.

E' evidente come tali giudici *a quibus* abbiano valorizzato una concezione "storicistica" dell'art. 29 Cost., pur ritenendo non esperibile la via interpretativa al fine di aprire l'istituto matrimoniale (in tal senso confermando la opzione interpretativa degli ufficiali dello stato civile). Tale riconoscimento della dimensione storica della "naturalità" della famiglia e dell'istituto matrimoniale rappresenta un evidente superamento di quella giurisprudenza che ha, invece, affermato la antinomica concezione "anti-storicistica". Deve rammentarsi, infatti, come in altre vicende processuali i giudici competenti, dinanzi ai quali era stato impugnato il rifiuto di procedere alle pubblicazioni, abbiano deciso di non attivare il giudizio costituzionale, palesando una idea immutabile e indisponibile (non solo per i giudici stessi ma anche per il legislatore ordinario) di famiglia matrimoniale²⁹; è evidente come, qualora

²⁸ Deve precisarsi come l'ordinanza della Corte di Appello di Trento sia meramente adesiva a quella "pilota" di Venezia, limitando la propria motivazione ad una sorta di sintesi di quest'ultima, pur garantendo processualmente alle parti il diritto di costituirsi dinanzi alla Corte costituzionale (a differenza della ipotesi della mera sospensione del giudizio). L'ordinanza della Corte di Appello di Firenze ribadisce il contenuto di quella veneziana, pur aggiungendo alcune considerazioni sulla debolezza del fine procreativo come fonte di legittimazione della eterosessualità del matrimonio. L'ordinanza del Tribunale di Ferrara ribadisce le motivazioni della ordinanza veneziana quanto agli artt. 2 e 3 Cost., pur sviluppando ulteriori argomentazioni in relazione all'art. 29 Cost.

²⁹ In tal senso cfr. Tribunale di Roma, 28 giugno 1980, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, 170, con nota di T. GALLETTO, *Identità di sesso e rifiuto di pubblicazione per la celebrazione del matrimonio*. In tale vicenda processuale il giudice ha rilevato, infatti, che il significato proprio della parola matrimonio ricavato «consultando un qualsiasi dizionario della lingua italiana» fosse «sicuramente quello che sta ad indicare l'unione dell'uomo con la donna per formare la famiglia» e come fosse proprio questa «l'accezione recepita dal legislatore». Tale significato si intendeva tra l'altro «recepito dalla stessa Carta costituzionale, come si evince dagli artt. 29, 30 ne 31 Cost.» ed in questo senso sottratto a qualsiasi intervento del legislatore ordinario. Anche Corte d'Appello di Firenze, 30 giugno 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 3695 ha ritenuto legittimo il rifiuto delle pubblicazioni, senza sollevare questione di legittimità costituzionale. Tuttavia in questo caso il giudice,

si accedesse ad una lettura naturalistica, confessionale o tradizionalistica dell'art. 29 Cost., il sindacato di costituzionalità vedrebbe neutralizzato, risultando il codice civile meramente "ricognitivo" di una norma costituzionale immodificabile.

5. I possibili esiti del giudizio costituzionale tra "rime obbligate" e discrezionalità del legislatore

5.1. I profili di ammissibilità

Non può negarsi come la pluralità delle norme codicistiche invocate potrebbe porre dei problemi relativi alla *ammissibilità* della questione di costituzionalità. I giudici *a quibus*, infatti, hanno sottoposto dei dubbi di legittimità sul significato normativo "eterosessuale" del matrimonio, come ricostruito in via sistematica attraverso la composizione di una molteplicità di disposizioni (impugnate); tali disposizioni avrebbero «*un chiaro tenore letterale*» (ord. Trib. Venezia), non potendo «*l'interprete far dire alla norma ciò che era ad essa del tutto estraneo*» (ord. Corte App. Trento).

Tuttavia gli stessi giudici *a quibus* si sono soffermati principalmente sulle motivazioni relative alla fondatezza della questione, alla luce della spiegazione del significato dei parametri invocati, senza delimitare in modo puntuale l'*oggetto* del giudizio e senza esplicitate in modo chiaro l'*iter* logico, con cui è stato attribuito ad esso un significato "eterosessuale". Sembra mancare nelle ordinanze un approfondimento relativo alla "scelta" delle disposizioni del codice civile e alla "interpretazione" di esse, con il rischio che la Corte dichiari inammissibili le questioni per una approssimativa individuazione dell'oggetto e per una carente motivazione relativa al suo significato; forse i giudici comuni (confidando maggiormente nell'uso della illegittimità costituzionale consequenziale³⁰) avrebbero potuto più semplicemente limitare i dubbi all'art. 107 c.c. relativo alla "forma della celebrazione", ossia al suo momento *costitutivo*, in cui si utilizzano le parole «marito» e «moglie», da cui sembra potersi desumere in modo più immediato l'elemento della eterosessualità e su di esso avrebbero potuto spendere maggiori argomentazioni. Tali *nomina*, invece, non sono stati adeguatamente valorizzati al fine di dimostrare che il significato del codice civile (come crediamo) sia davvero tale³¹.

Nella auspicabile ipotesi in cui la Corte decidesse di superare questa approssimazione argomentativa, intervenendo finalmente su questa problematica, non sarebbero rilevabili altri profili di inammissibilità.

pur affermando che il codice civile non viola alcun diritto fondamentale, ha rilevato che non sarebbe comunque escluso che «il legislatore possa farsi interprete del mutato sentire del corpo sociale». Su questa pronuncia cfr. F. DAL CANTO, *Persone dello stesso sesso: a distanza di ventotto anni dalla prima pronuncia, ancora chiuse le porte alle pubblicazioni matrimoniali*, in *Foro it.*, 2008, I, 3697. Analoga resistenza verso l'accesso delle coppie omosessuali all'istituto del matrimonio all'intero del nostro ordinamento è stato espresso dal Tribunale di Latina, 10 giugno 2005, la cui decisione di ritenere non trascrivibile un matrimonio contratto all'estero da persone dello stesso sesso è stata confermata da Corte di Appello di Roma, 13 luglio 2006, in *Foro it.*, 2008, I, 3695. Tuttavia anche in quest'ultimo caso, come visto sopra, il giudice, pur non sollevando questione di legittimità costituzionale, non ha escluso una possibile evoluzione normativa. Cfr. su questa pronuncia F. BILLOTTA, *Un'inattesa apertura costituzionale nonostante la conferma della inesistenza*, in *Guida al dir.*, 2006, 59 ss. Tra l'altro anche l'Amministrazione ministeriale, pur negando che si possano trascrivere matrimoni contratti all'estero, non ha escluso la possibilità di una evoluzione normativa relativa al contenuto del matrimonio. Cfr. circolare Ministero dell'Interno n. 55/2007.

³⁰ Nelle ordinanze dei Tribunali di Venezia e Ferrara si legge -come una mera clausola di stile- «*valuterà la Corte, qualora ritenesse la questione fondata, se vi sia la necessità di estendere la pronuncia se vi sia la necessità di estendere la pronuncia anche ad altre disposizioni legislative interessate in via di consequenzialità ai sensi dell'art. 27 l. 87/1953*».

³¹ Cfr. Corte Cass., 9 giugno 2000, n. 7877, secondo cui i requisiti minimi essenziali del matrimonio consistono nella sussistenza di due persone di sesso diverso che abbiano manifestato la volontà matrimoniale davanti ad un ufficiale celebrante.

In primo luogo la volontà, pubblicamente manifestata, da parte dell'associazionismo omosessuale di provocare un giudizio "utile" ai fini del sollevamento della questione di costituzionalità non è sufficiente a realizzare processualmente una *litis ficta*³²; la costruzione "politica" dell'incidente di costituzionalità e la sua funzione "manifesto" non negano tecnicamente la maggiore ampiezza dell'oggetto del giudizio *a quo* rispetto alla questione di legittimità, potendo certamente rilevarsi che «il giudizio di partenza aveva un proprio specifico oggetto e non era solo un pretesto per sollevare la questione medesima»³³.

Inoltre, in punto di rilevanza, il giudice *a quo* (del Tribunale di Venezia, la cui ordinanza abbiamo preso come proprio riferimento), rileva in modo chiaro come l'applicazione delle norme indicate sia ineliminabile nell'iter logico-giuridico necessario alla decisione: in caso di dichiarazione di fondatezza della questione sollevata il rifiuto alle pubblicazioni dovrebbe ritenersi illegittimo, mentre in caso di infondatezza, la normativa codicistica imporrebbe una pronuncia di rigetto del ricorso.

Sembra inoltre improbabile che la Corte costituzionale dichiari l'inammissibilità per violazione dell'obbligo di *interpretazione conforme* a Costituzione da parte del giudice *a quo*, sul presupposto che dal significato delle disposizioni codicistiche impugnate (qualora si ritenga sufficientemente motivato) dovrebbe desumersi in modo univoco e chiaro una "chiusura" all'accesso delle coppie omosessuali al matrimonio; tale univocità semantica e concettuale emerge -come detto- dall'uso delle parole «marito» e «moglie» (proprio quei *nomina* che alcuni legislatori europei -in Olanda, Belgio e Spagna-, una volta ritenuto di essere legittimati ad intervenire con legge ordinaria, hanno sostituito con la neutralità della parola «coniugi»). E' ragionevole pensare che la pretesa di una interpretazione conforme debba arrestarsi dinanzi alla oggettività della volontà politica del legislatore.

E' impensabile inoltre, sotto ulteriore profilo, che la Corte costituzionale, accedendo ad una impostazione "storicistica" forte (cfr. § 1), rimetta la risoluzione della problematica alla sfera ermeneutica, alla magmaticità del pluralismo culturale dei giudici comuni. In questo caso il contenuto del matrimonio, lo *status* civile e sociale connesso al coniugio rischierebbero di perdere la loro unicità e certezza giuridica, certamente necessaria alla società civile e al principio di uguaglianza.

Tra l'altro in tale improbabile ipotesi la Corte costituzionale dovrebbe chiedere al potere giudiziario di porre in essere un giudizio di "assimilazione" che ha già manifestato tutta la propria debolezza, viste le forti critiche provenienti da parte delle dottrine e di alcune forze politiche, quando taluni giudici si sono limitati a riconoscere in via interpretativa *singoli diritti* dei coniugi ai conviventi omosessuali, alla luce di una valorizzazione della analoga "funzione" familiare o più semplicemente della analoga comunità di affetti e di interessi sottesa alla coppia (non coniugata)³⁴. *A fortiori* riteniamo che i giudici costituzionali non potrebbero lasciare "soli" i giudici comuni, privi della necessaria legittimazione ad incidere su un istituto così storicamente immortale e così intimamente connesso ad una tradizione culturale che lo vuole immutabile e indisponibile.

Né si sarebbe potuto tollerare, in un momento prodromico al giudizio, che gli *ufficiali dello stato civile*, dinanzi ai quali si sono presentati le coppie omosessuali, *disapplicassero* le norme codicistiche ritenute incostituzionali (neppure per un grottesco errore come quello

³² Così puntualmente E. CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale all'esame della Corte costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionasti.it, 2.

³³ Questo il carattere distintivo che nega la sussistenza di una *fictio litis* secondo la autorevole impostazione di A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2001, 144.

³⁴ Sulla problematica della esperibilità della interpretazione analogica ai fini della estensione dei diritti dei coniugi alle coppie di fatto sia consentito rinviare a N. PIGNATELLI, *La convivenza senza matrimonio nella giurisprudenza costituzionale*, in C. Calvieri (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2006, 182 ss.

della amministrazione comunale di Quinto di Paese³⁵). Il sindacato diffuso di costituzionalità da parte della P.A., pur autorevolmente e suggestivamente sostenuto³⁶, non ha avuto seguito nella giurisprudenza amministrativa e costituzionale. Le Amministrazioni, infatti, sono soggette al principio di legalità in senso classico (avendo l'obbligo di applicare la legge) e sono prive di un potere di disapplicazione delle norme sospette di incostituzionalità; i provvedimenti amministrativi adottati sulla base di una norma costituzionalmente illegittima trovano la loro naturale sede di censura in seno al processo in cui vengono impugnati, all'interno del quale il giudice è legittimato a sollevare questione di costituzionalità sulla norma posta a fondamento del potere amministrativo, come è accaduto nel caso di specie. Per la medesima ragione in un ordinamento che abbia normativamente previsto l'apertura del matrimonio alle coppie omosessuali gli ufficiali dello stato civile, pur ritenendo tale disciplina incostituzionale, non potrebbero disapplicarla, essendo privi del potere di sindacare le leggi, né potrebbero fare appello alla obiezione di coscienza, qualora non sia normativamente prevista da una espressa disposizione³⁷.

Prima di chiudere queste riflessioni, deve rilevarsi come la Corte costituzionale non possa neppure dichiarare l'inammissibilità per *mancato esercizio del potere di disapplicazione* da parte dei giudici *a quibus* in relazione alla invocazione, quali parametri, delle *norme sovranazionali*.

Quanto agli obblighi internazionali (CEDU; Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo), assunti come lesi, è sufficiente rilevare alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (sent. 348 e 349/2007) che il giudici *a quibus* non avrebbero potuto disapplicare le norme del codice civile, dovendo -come hanno fatto- utilizzare il diritto internazionale pattizio come norme "interposta", ossia come veicolo di illegittimità costituzionale verso l'art. 117, 1° comma, Cost.

Quanto invece ai vincoli comunitari, si potrebbe sostenere che l'art. 9 della Carta di Nizza, che tutela il diritto di sposarsi, alla luce della ratifica del Trattato di Lisbona, assuma una diretta applicabilità, alla luce della quale l'antinomia tra codice civile e diritto comunitario avrebbe dovuto essere risolta attraverso la disapplicazione del primo. In realtà questa impostazione non è condivisibile perché l'art. 9 della Carta di Nizza non sembra assumere una portata direttamente precettiva quanto al necessario contenuto dell'istituto matrimoniale, per le ragioni di cui si dirà tra poco. A questo si aggiunga che sul potere di disapplicazione (*rectius*, in-applicazione) insiste la stessa inopportunità (e imprevedibilità) evocata in relazione all'interpretazione conforme, che dovrebbe indurre la Corte costituzionale ad evitare di dichiarare l'inammissibilità in tal senso.

Altrettanto e analogamente debole sarebbe inoltre una richiesta di interpretazione conforme a diritto comunitario.

5.2. I profili di merito relativi agli artt. 29, 117, 1° comma, 2 Cost.

Posta la opzione "storicistica" sottesa alle ordinanze di rinvio, per le ragioni sopra esposte, deve essere rilevata una debolezza relativa all'uso dell'art. 29 Cost., quale parametro di

³⁵ Vale la pena richiamare una singolare vicenda che ha avuto luogo nel Comune di Quinto di Paese, in provincia di Treviso, dove un ufficiale dello stato civile ha trascritto (13 maggio 2009) per errore il matrimonio contratto tra due uomini a San Francisco, probabilmente tratto in inganno dalla neutralità di uno dei due nomi dei coniugi. L'Amministrazione comunale di recente, a distanza di cinque mesi dalla trascrizione, ha agito in imbarazzata autotutela, rilevando la illegittimità del relativo provvedimento.

³⁶ V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano, 1967. Sulla problematica, più di recente, cfr. M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell'Amministrazione*, Milano, 2002.

³⁷ Così R. ROMBOLI, *Note introduttive - La legge spagnola sul matrimonio tra persone dello stesso sesso e la tutela delle coppie omosessuali in Italia*, in *Foro it.*, 2005, V, 265.

legittimità costituzionale. Tale norma costituzionale *legittima* il sindacato di costituzionalità ma difficilmente potrà essere assunta a motivo decisivo della fondatezza dei dubbi di legittimità.

Più precisamente l'art. 29 Cost., se interpretato come una norma "in bianco", come una norma di contenuto recettizio, che rimette al legislatore ordinario la valutazione della fattibilità sociale e politica di una eventuale dilatazione del contenuto dell'istituto matrimoniale, negandone la sua immutabilità, non potrà neppure dirsi che assuma un significato *costituzionalmente necessario* alla luce del quale la Corte costituzionale potrebbe sentirsi solidamente legittimata a dichiarare illegittime le norme del codice civile, che negano l'accesso al matrimonio alle coppie omosessuali. Una volta ammessa l'esistenza di un rinvio per presupposizione al legislatore ordinario, la scelta del legislatore dovrà essere valutata (più ragionevolmente e con maggiore oggettività) alla luce di *altri* parametri costituzionali. Una dichiarazione di illegittimità costituzionale alla luce dell'art. 29 Cost., ed in particolar modo alla luce della evoluzione del proprio significato connesso alla evoluzione della coscienza e del costume (*rectius*, una illegittimità costituzionale sopravvenuta per mutamento sociale del parametro)³⁸, sarebbe più "debole" del medesimo dispositivo fondato sulla lesione di altre norme costituzionali.

In realtà risulta improbabile anche una dichiarazione di illegittimità costituzionale fondata sulla operatività della tecnica della norma "interposta" ex art. 117, 1° comma, Cost. Da una ricomposizione del quadro normativo internazionale e comunitario non può desumersi, infatti, la sussistenza di un diritto al matrimonio delle coppie omosessuali come soluzione *necessaria*. Dal quadro sovranazionale, come si è tentato di dimostrare in altra sede³⁹, emerge, invece, l'obbligo per i legislatori statali di apprestare una forma di tutela per le coppie omosessuali, anche attraverso la costruzione di un istituto giuridico *equivalente*; in definitiva può parlarsi di una *discrezionalità legislativa sia in riferimento alla definizione del contenuto del matrimonio sia in relazione alla individuazione di istituti giuridici equivalenti*.

Da una ricognizione relativa agli Stati europei emerge la esistenza di un pluralità di "livelli" di tutela (attraverso una pluralità di istituti giuridici). Tale pluralità è il prodotto di un quadro normativo "aperto" (tale sia in riferimento al diritto comunitario sia in riferimento al diritto convenzionale EDU). Lo stesso Parlamento europeo, di cui si riconosce comunemente la audacia delle proprie risoluzioni⁴⁰, ha affermato una logica "a doppia velocità", invitando gli Stati membri a predisporre in favore delle coppie omosessuali l'apertura del matrimonio o l'introduzione di un istituto giuridicamente equivalente.

Più specificatamente, quanto alla nozione di matrimonio, deve rilevarsi come la giurisprudenza della Corte di giustizia europea⁴¹ come quella della Corte EDU⁴², che ha

³⁸ Sulla problematica della illegittimità sopravvenuta al mutamento della coscienza sociale cfr. S. PANUNZIO, *Incostituzionalità «sopravvenuta», incostituzionalità «progressiva» ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1988.

³⁹ Sia consentito rinviare a N. PIGNATELLI, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra "istituzione" matrimoniale e funzione "familiare"*, cit., *passim*.

⁴⁰ Cfr. le risoluzioni dell'8 febbraio 1994 «sulla parità di diritti per gli omosessuali nella comunità», dell'8 aprile 1997 sul «rispetto dei diritti dell'uomo nell'Unione europea nel 1995», del 17 settembre 1998 «sulla parità dei diritti degli omosessuali nell'Unione europea», del 16 marzo 2000 «sulla situazione dei diritti umani nell'Unione europea (1999)», del 4 settembre 2003 «sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea (2002)».

⁴¹ Corte giustizia, 31 maggio 2001, *D. e Svezia c. Consiglio dell'Unione europea*, C-122/99 P e C-125/99 P, in *Gius. civ.*, 2001, I, 2581;

⁴² Corte europea dei diritti, 17 ottobre 1986, *Rees c. Regno Unito*, Serie A, n. 106, secondo cui «il diritto di sposarsi garantito dall'art. 12 CEDU fa riferimento al matrimonio tradizionale tra persone biologicamente di sesso diverso. Ciò risulta altresì dalla lettera dell'articolo, là dove si evince con chiarezza che l'art. 12 si preoccupa fundamentalmente di proteggere il matrimonio in quanto fondamento della famiglia»; nello stesso senso successivamente v. Corte europea dei diritti, 27 settembre 1990, *Cossey c. Regno Unito*, serie A, n. 184; 30 luglio 1998, *Sheffield e Horsham c. Regno*

ispirato la prima, pur avendo affermato in modo chiaro che allo stato attuale il significato normativo dell'istituto matrimoniale è *eterosessuale*, non escludono in realtà una possibile evoluzione normativa (quindi accedendo chiaramente ad una interpretazione "storicistica"); alla luce di tali giurisprudenze non può certamente dirsi cristallizzata e indisponibile la scelta dei legislatori statali, che può subire evoluzioni non soltanto per scelta politico-normativa (come è avvenuto in Olanda, Belgio e Spagna, in cui è stato modificato il codice civile) ma anche a seguito degli esiti del controllo di costituzionalità, a patto che -potrebbe farsi derivare come corollario- non si faccia valere, quale parametro, un "nuovo" significato *europeo* di matrimonio (che non c'è ancora, come è dimostrato peraltro dalla quantità recessiva degli Stati che hanno dilatato tale nozione).

Una conferma di questa natura evolutiva e dinamica della "dimensione europea" (sia in relazione al contenuto del matrimonio sia in relazione alla individuazione di istituti alternativi), in cui sono i legislatori nazionali ad essere protagonisti, può leggersi nello scarto tra l'art. 12 CEDU, in cui vi è un riferimento univoco all'uomo e alla donna, e l'art. 9 della Carta di Nizza, secondo cui «il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti *secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio*». Da questa ultima norma, come è stato autorevolmente rilevato⁴³, emergono due elementi: a) la sussistenza di una molteplicità di opzioni dei legislatori, a cui l'art. 9 cit. né impone né vieta la concessione dello *status* matrimoniale alle coppie omosessuali; b) la non coincidenza tra *matrimonio* e *famiglia*, non dovendo quest'ultima risolversi necessariamente nei confini del primo. Tali elementi fondano l'«autonomia delle legislazioni nazionali» in relazione alla pluralità delle opzioni possibili, valorizzando il «pluralismo culturale» degli Stati⁴⁴.

A tal proposito deve rilevarsi come sia lo stesso Tribunale di Venezia nella propria ordinanza a mettere in evidenza che «*altri Paesi prevedono un istituto riservato alle unioni omosessuali (ci si riferisce alla Lebenspartnerschaft tedesche e alle registered partnership inglesi) con disciplina analoga a quella del matrimonio o al quale è stata semplicemente estesa la disciplina matrimoniale, con l'esclusione delle disposizioni inerenti la potestà sui figli e l'adozione (Svezia, Norvegia, Danimarca, Finlandia, Islanda). Fra i Paesi che ancora non hanno introdotto il matrimonio o forme paramatrimoniali, molti comunque prevedono forme di registrazione pubblica delle famiglie comprese quelle omosessuali (Francia, Lussemburgo, Repubblica Ceca)*». Evidentemente tale rilievo indebolisce l'impianto della ordinanza, costruita intorno ad una richiesta di una pronuncia additiva, fondata sulla presunta sussistenza di una soluzione necessaria, connessa al diritto di sposarsi negato dal codice civile agli omosessuali.

Dovrebbe più ragionevolmente sostenersi che dal quadro sovranazionale possa desumersi un *diritto fondamentale alla vita familiare*, di cui il diritto di sposarsi è soltanto una possibile forma di attuazione; in questa logica l'omissione legislativa riguarderebbe non il diritto al matrimonio della coppia omosessuale ma il diritto ad accedere ad un istituto che sia idoneo a garantire la vita familiare e all'interno di essa la identità della persona. In altre parole si potrebbe forse ragionare in modo più certo del diritto a veder tutelata e disciplinata la *funzione familiare*, la comunità di affetti, l'unità di vita, la reciprocità degli obblighi e dei doveri, non ritenendo l'istituto matrimoniale l'unica soluzione giuridicamente possibile al fine di attuare tale diritto fondamentale.

In questa prospettiva appare debole, al fine di ottenere una pronuncia di illegittimità costituzionale additiva sulle norme invocate, anche l'uso dell'art. 2 Cost., come diritto

Unito, Serie A, n. 66; Commissione europea, 9 ottobre 1989, *C. e L.M. c. Regno Unito*, su ric. n. 14753/89, non pubblicata. In queste pronunce emerge peraltro un'intima connessione tra il matrimonio ed il fine della procreazione. In senso contrario sembra andare Corte europea dei diritti dell'uomo, 17 luglio 2002, *Goodwin c. Regno Unito*.

⁴³ S. RODOTÀ, *Presentazione*, in F. Grillini, M.R. Marella (a cura di), *Stare insieme*, Napoli, 2001, XIV.

⁴⁴ Così ancora S. RODOTÀ, *Presentazione*, cit., XIV.

inviolabile consistente nella libertà di scelta del *partner*⁴⁵. Il diritto alla scelta del compagno o della compagna di vita è certamente un diritto fondamentale ma si esercita e si attua *soltanto* all'interno degli istituti giuridici costruiti normativamente dal legislatore. E' improbabile che la Corte costituzionale dichiari illegittime le norme impugnate per violazione della libertà di scelta del *partner*, sul presupposto che è lo stesso art. 29 Cost., nella accezione "storicistica", che legittima una tutela della libertà di scelta *del coniuge* soltanto una volta che il legislatore abbia definito la nozione di coniuge (in senso eventualmente anche omosessuale).

In una diversa prospettiva la Corte costituzionale ha affermato l'utilità dell'art. 2 Cost. in senso al sindacato di costituzionalità, al fine di colmare talune omissioni legislative, quando ha dichiarato incostituzionali quelle norme che riconoscevano un *singolo* diritto fondamentale ai coniugi, negandolo invece alle coppie di fatto; si pensi alla vicenda relativa al diritto a succedere nel contratto di locazione in caso di morte del *partner*⁴⁶. Tuttavia risulta evidente la profonda differenza tra l'uso (praticabile) dell'art. 2 Cost. al fine di estendere uno specifico diritto, proprio dell'istituto matrimoniale, al di fuori di esso e l'uso (impraticabile) dell'art. 2 Cost. al fine di scardinare la nozione stessa di matrimonio e l'unità giuridica dello *status* connesso.

Tra l'altro nelle ordinanze di rinvio la libertà di scelta del *partner* è fondata sul quadro sovranazionale, da cui -come detto- possono trarsi altre indicazioni e non elementi decisivi al fine di sostenere tale lettura.

In definitiva sembra di poter rilevare come né l'art. 29, né l'art. 117, 1° comma, né l'art. 2 Cost. possano legittimare una sentenza che dichiari costituzionalmente illegittima la disciplina del matrimonio nella parte in cui non riconosce il diritto di sposarsi alle coppie omosessuali.

Certamente si condivide l'assunto secondo il quale non vi sarebbero ragioni costituzionali (né razionali) ostative all'apertura dell'istituto matrimoniale⁴⁷, tuttavia la Corte, alla luce delle considerazioni derivanti dall'analisi dei suddetti parametri, dovrebbe rilevare che spetti al legislatore ordinario modificare la disciplina del matrimonio, qualora ritenga che la forma (tra le molteplici) più idonea a riconoscere le relazioni omosessuali sia quella del matrimonio. Il sindacato di costituzionalità, infatti, sembra doversi inesorabilmente arrestare dinanzi al fatto che il diritto fondamentale in gioco non è il diritto al matrimonio ma il diritto ad avere una famiglia, la cui effettività può essere garantita attraverso una pluralità di istituti giuridici.

⁴⁵ In questa logica non appare condivisibile la tesi di M. GATTUSO, *Appunti sulla famiglia naturale e il principio di eguaglianza*, in *Quest. Giust.*, 2007, secondo cui «Se l'ordinamento prevede un istituto denominato matrimonio si deve necessariamente affermare il diritto a scegliere liberamente la persona che si vuole sposare»; l'Autore evoca una suggestiva ma non utile posizione della Corte Suprema del Massachusetts, *Goodridge vs. Department of Public Health*, 18 novembre 2003, che ha affermato che «il diritto a contrarre matrimonio significa ben poco se non include il diritto a sposare la persona di propria scelta».

⁴⁶ Cfr. Corte cost. sent. 404/1988. In senso analogo cfr. anche Corte cost. sent. 310/1989. La Corte ha negato che possa invocarsi la violazione dell'art. 2 Cost. in riferimento ai diritti successori (sent. 310/1989), al diritto all'adozione (sent. 287/1994), ai diritti di natura patrimoniale (sent. 2/1998), ai diritti in materia pensionistica (sent. 461/2000). Inoltre ha ritenuto che esulino dalla copertura dell'art. 2 Cost. le "cause di non punibilità" (ord. 121/2004). Questa giurisprudenza si è sviluppata intorno alle coppie di fatto eterosessuali ma non vi sono ragioni ostative alla estensione di tali principi anche alle coppie omosessuali, quali formazioni sociali.

⁴⁷ A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*, cit., 15 ss.

Alla luce di tale “limite” potrebbe risultare ragionevole un *sentenza monito*⁴⁸ nei confronti del legislatore, con cui la Corte solleciti il Parlamento a introdurre nel nostro ordinamento un istituto di riconoscimento giuridico della “funzione” familiare⁴⁹ delle coppie omosessuali, in conformità a quanto può desumersi dal quadro comunitario e convenzionale. In tal caso dovrebbe auspicarsi che tale sollecitazione eserciti sul Parlamento una forza persuasiva maggiore dei timori e delle resistenze che hanno caratterizzato la vicenda relativa ai DICO.

5.3. I profili di merito relativi all'art. 3 Cost.

La Corte costituzionale potrebbe giungere, invece, ad un esito assai più “incisivo” qualora ritenesse di valorizzare l'uso dell'art. 3 Cost. come parametro di legittimità. Tuttavia è improbabile che un esito diverso, rispetto a quello visto sopra, possa essere fondato sullo spirito originario di tale norma costituzionale, ossia sulla sua dimensione anti-discriminatoria, particolarmente enfatizzata nella ordinanza della Corte di Appello di Firenze⁵⁰.

Il giudizio costituzionale potrebbe, invece, essere ancorato ad un elemento più forte, maggiormente oggettivo, aderente all'art. 3 Cost. nella dimensione trilatera della *ragionevolezza*. Potrebbe risultare decisiva l'assunzione a *tertium comparationis*, posta in essere dal Tribunale di Venezia, della «*analoga situazione delle persone transessuali che, ottenuta la rettificazione di attribuzione di sesso in applicazione della l. 14-4-1982 n. 164 possono contrarre matrimonio con persone del proprio stato di nascita*»⁵¹. E', infatti, privo

⁴⁸ Non appare del tutto condivisibile la tesi di F. FIORILLO, *Matrimonio omosessuale. La lacuna italiana nella tutela dei diritti, alla luce della Costituzione e della normativa europea*, in *Giur.civ.*, 2009, 274, che prospetta la ipotesi di una pronuncia “additiva di principio”, sul presupposto che la lacuna a cui la stessa Autrice si riferisce risiede -a nostro avviso- non nel codice civile (rispetto al quale sarebbe giustificata un'additiva di principio) ma nell'ordinamento giuridico (rispetto al quale sembra più ragionevole l'utilizzo di una sollecitazione monitoria). Nel senso, invece, della infondatezza, con auspicabili osservazioni sulla necessità di provvedere a qualche forma di riconoscimento, si esprimono E. CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale all'esame della Corte costituzionale*, cit., 4; F. DAL CANTO, *Il matrimonio omosessuale all'esame della Corte costituzionale*, in corso di pubblicazione in *Il Sole 24 ore*.

⁴⁹ Nella giurisprudenza costituzionale vi è già una valorizzazione della funzione familiare delle forme di relazione extra-matrimoniale; la Corte, infatti, pur avendo affermato una diversità strutturale tra rapporto coniugale e convivenza *more uxorio* (coppie di fatto eterosessuali), ha riconosciuto la sussistenza di elementi comuni relativi «*ad aspetti particolari*», alla luce dei quali può fondarsi una analogia (sent. 8/1996). Proprio alla luce di tale comparabilità è stato ammesso un controllo di ragionevolezza sulle norme che riconoscono un diritto ai coniugi ma non anche ai conviventi, fino all'utilizzo di pronunce additive (sent. 404/1988; 310/1989). Da questa giurisprudenza costituzionale dovrebbe desumersi una speculare considerazione e valorizzazione per la funzione familiare delle coppie omosessuali.

⁵⁰ Nell'ordinanza fiorentina si legge «*Siccome il baluardo eretto dall'art. 3 Cost. impedisce poi nel modo più categorico che la contingente inclinazione sessuale possa costituire motivo di discriminazione tra i cittadini, bisogna ritenere che la libertà di scegliere un coniuge dotato di un certo sesso piuttosto che di un altro sia garantita dall'ordinamento, esattamente allo stesso modo in cui il principio d'uguaglianza assicura la libertà di scegliere un coniuge di una razza piuttosto che di un'altra, di una religione piuttosto che di un'altra, di una condizione personale piuttosto che di un'altra*».

⁵¹ Nella ordinanza del Tribunale di Venezia si legge inoltre che «*Al riguardo va rammentato che la coerenza con la Costituzione della legge n° 164/1982 è stata riconosciuta dalla Corte Costituzionale con la sentenza n° 165 del 6-5-1985 e che le valutazioni espresse dalla Corte sulla norma sospettata d'incostituzionalità confortano la tesi qui sostenuta, essendo stata riconosciuta la legittimità costituzionale non tanto sulla base del fatto che i soggetti abbiano compiuto e portato a termine un trattamento medico chirurgico e che vi sia stato il provvedimento del Tribunale (che tramite una sorta di fictio iuris attribuisce il sesso opposto), ma sulla base di argomenti di ben più ampio respiro.*

In particolare, la Corte ha definito l'orientamento del transessuale come "naturale modo di essere" sostenendo che la legge sospettata d'incostituzionalità "si è voluta dare carico di questi "diversi" ponendo una normativa intesa a consentire l'affermazione della loro personalità e in tal modo ad aiutarli a superare l'isolamento, l'ostilità e l'umiliazione che troppo spesso li accompagnano nella loro esistenza così operante il legislatore italiano si è allineato agli orientamenti legislativi, amministrativi e giurisprudenziali, già affermati in numerosi Stati, fatti propri, all'unanimità dalla Commissione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (decisione 9 maggio 1978, nel caso Daniel

di una ragione giustificatrice tutelare normativamente, attraverso il matrimonio, l'identità sessuale nella vita relazionale dei transessuali⁵² e non anche quella degli omosessuali. Deve precisarsi come la stessa Corte costituzionale (sent. 161/1985), chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della suddetta legge, non abbia certamente affermato che il matrimonio, in cui uno dei coniugi sia un transessuale, è legittimo alla luce di una ricomposizione "chirurgica" del paradigma eterosessuale; non è la ripristinata e artificiale diversità di sesso a fondare tale matrimonio. Al contrario la Corte costituzionale in tale occasione ha rilevato come la disciplina «*si è voluta dare carico di questi "diversi" ponendo una normativa intesa a consentire l'affermazione della loro personalità e in tal modo ad aiutarli a superare l'isolamento, l'ostilità e l'umiliazione che troppo spesso li accompagnano nella loro esistenza*». E' evidente come la ratio della norma valorizzata dai giudici costituzionali risieda nella tutela della «*identità sessuale*», nella tutela del benessere e dell'equilibrio della persona, che soltanto all'interno della vita relazionale-matrimoniale trovano la loro piena realizzazione e il loro pieno sviluppo.

Se questa è la posizione espressa in passato, la Corte costituzionale, per non contraddire se stessa, dovrebbe coerentemente giungere ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme del codice civile che negano alle coppie omosessuali il diritto a contrarre matrimonio. Questa soluzione sarebbe imposta dalla mancanza di una qualunque ragione per differenziare la situazione dei transessuali da quella degli omosessuali, posto che anche la identità sessuale e il benessere di quest'ultimi dovrebbe essere tutelato all'interno della vita di relazione e posto che l'accesso al matrimonio della persona transessuale non è ancorato in alcun modo alla ipocrita assicurazione sociale che il rapporto di coniugio sia comunque artificialmente eterosessuale. In questa logica si può persino prescindere dal confutare le presunte ragioni ostative (*rectius*, discriminatorie) -invocate spesso con violenza retorica dai nemici della società "aperta"- relative ad un'etica universale, alla necessità della capacità procreativa, all'ordine pubblico, al buon costume, alla tutela della salute e magari alla salubrità degli ambienti pubblici.

A questo si aggiunga come nella stessa sent. 161/1985 sul transessualismo -in una parte di essa (*Considerato in Diritto n. 12*) poco citata dalla dottrina e non richiamata dal Tribunale di Venezia- i giudici costituzionali affermino in modo solare, rilevando la infondatezza (anche) dei dubbi sollevati sulla l. 164/1982 in relazione dell'art. 29 Cost., come non via sia alcun attentato all'ordine naturale della vita (nonché la assoluta irrilevanza della capacità procreativa come elemento ostativo al matrimonio): «*la norma*

Oosten Wijck contro Governa belga) e la cui adozione in tutti gli Stati membri della Comunità è stata caldeggiata con una proposta di risoluzione presentata al Parlamento Europeo nel febbraio 1983 (...) la legge n. 164 del 1982 si colloca, dunque, nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori di libertà e dignità, della persona umana".

In tale pronuncia si coglie l'attenzione della Corte nell'evidenziare le illegittime discriminazioni subite in precedenza dalle persone transessuali, con affermazioni pienamente mutuabili anche per gli omosessuali. La Corte è sembrata attenta a rispettare il principio secondo il quale il giudizio di costituzionalità deve essere ancora più pregnante ove il sospetto riguardi categorie di persone che storicamente abbiano subito illegittime discriminazioni e che si debba presumere siano particolarmente suscettibili di subire ulteriori trattamenti ingiustificatamente sfavorevoli².

Invero la legge n° 164 del 1982 ha profondamente mutato i connotati dell'istituto del matrimonio civile consentendone la celebrazione tra soggetti dello stesso sesso biologico ed incapaci di procreare, valorizzando così l'orientamento psicosessuale della persona. Con riferimento all'assetto normativo sistemico delineato l'identità di sesso biologico non può essere legittimamente invocata per escludere gli omosessuali dal matrimonio. Se è vero, infatti, che fattore meritevole di tutela è l'orientamento psicosessuale della persona, non appare in alcun modo giustificata la discriminazione tra coloro che hanno naturale orientamento psichico che li spinge ad una unione omosessuale, e non vogliono pertanto effettuare alcun intervento chirurgico di adattamento, né ottenere la rettificazione anagrafica per conseguire un'attribuzione di sesso contraria al sesso biologico, - ai quali è precluso il matrimonio -, e i transessuali che sono ammessi al matrimonio pur appartenendo allo stesso sesso biologico ed essendo incapaci di procreare».

⁵² Sulla problematica cfr. R. ROMBOLI, *La libertà di disporre del proprio corpo*, sub art. 5, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 257 ss.

o meglio le norme censurate vengono indubbiamente sulla base della ricorrente argomentazione per cui, essendo il mutamento di sesso del transessuale meramente apparente, di talché costui continua, in realtà, ad appartenere al sesso originario, lo sconvolgimento dell'"ordine naturale della società familiare" conseguente alla rettificazione giudiziale dell'identità sessuale, del tutto ingiustificata, offenderebbe il dedotto parametro costituzionale sia nell'ipotesi di scioglimento del precedente matrimonio sia qualora il transessuale, ottenuta la rettificazione giudiziale, contraesse (nuovo) matrimonio.

Ora a tacere della considerazione che, nella prima delle ipotesi considerate, l'ordine naturale della società familiare è sconvolto non dalla rettificazione anagrafica del mutamento di sesso e neppure dalla sentenza che lo riconosce, ma dalla sindrome transessuale da cui è affetto il soggetto interessato, limitandosi il legislatore a disciplinare gli effetti giuridici di una situazione di fatto preesistente, che impone, operata la trasformazione anatomica, lo scioglimento del matrimonio tra persone (divenute) dello stesso sesso; a tacer ancora che, nella seconda ipotesi, il giudice a quo, quando non prospetta conseguenze meramente eventuali e di fatto del riconosciuto mutamento di sesso, per le quali, peraltro, l'ordinamento prevede adeguati rimedi (ci si riferisce alla circostanza che il transessuale abbia taciuto al coniuge la propria condizione), perviene ad affermazioni erronee, come nel passo in cui sostiene che il transessuale dopo l'intervento chirurgico non ha capacità copulativa, o in quello dove assume addirittura l'inesistenza del matrimonio da costui contratto, e così arbitrariamente attribuisce alla capacità generativa il carattere di requisito essenziale per la validità e l'esistenza stessa di tale matrimonio; decisivo è il rilievo che l'attore nel giudizio a quo non ha mai contratto matrimonio, mentre la circostanza che egli possa contrarlo in futuro, ottenuta che avesse la rettificazione giudiziale dell'attribuzione del sesso, è puramente eventuale».

Tuttavia tra la ragionevolezza di questo dubbio di legittimità costituzionale e una sentenza di accoglimento vive un mare, quello problematico della legittimazione della Corte costituzionale.

6. Una conclusione sulla legittimazione della Corte costituzionale

In conclusione sembra di poter dire che il quadro costituzionale non imponga al legislatore ordinario come "rima obbligata", come scelta costituzionalmente necessaria, l'apertura dell'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali, sul presupposto che la *vita familiare* delle persone può essere tutelata (come emerge chiaramente dal quadro europeo) attraverso una pluralità di istituti giuridici (e non necessariamente attraverso il matrimonio). Tuttavia dinanzi alla Corte costituzionale sta tutto il peso di un autorevole e suggestivo precedente, relativo ai transessuali, alla luce del quale le norme del codice civile appaiono irragionevolmente "diverse", negando l'accesso al matrimonio alle coppie omosessuali.

Una soluzione di illegittimità costituzionale, sotto quest'ultimo profilo, rappresenterebbe un elemento di novità rispetto al quadro europeo attuale, visto che negli Stati (Olanda, Belgio, Spagna), in cui si è assistito ad una dilatazione del matrimonio, tale dilatazione è avvenuta a seguito di una scelta politica del *legislatore ordinario* (su iniziativa governativa) e soprattutto in un panorama normativo diverso, visto che in tutti quegli Stati già esistevano forme di riconoscimento giuridico delle convivenze extra-matrimoniali.

In Italia, invece, si assisterebbe ad una ipotetica apertura non soltanto da parte di un organo diverso dal Parlamento ma anche in un quadro di assoluto vuoto di riconoscimento

giuridico di altre forme di convivenza, potendo così immaginarsi un effetto traumatico e un impatto politico assai forte, tale da indurre i giudici costituzionali ad una attenta valutazione sul piano della propria legittimazione nell'ordinamento giuridico.

Sarebbe irrealistico pensare che tali elementi valutativi non permeino il processo, visto che gli stessi giudici costituzionali avranno sotto gli occhi le forti tensioni che negli USA hanno caratterizzato i rapporti tra sindacato (diffuso) di costituzionalità e potere politico, che ha tentato talune volte di rispondere e "resistere" alle dichiarazioni di illegittimità costituzionali in materia di matrimonio con l'approvazione di emendamenti costituzionali nel senso della eterosessualità dell'istituto. Valga per tutti la peculiare vicenda dello Stato della California, dove il significato del matrimonio -tra controllo di costituzionalità, potere di revisione costituzionale e esito referendario- è mutato tre volte nel giro di un esiguo lasso temporale⁵³.

In caso di una eventuale pronuncia di illegittimità costituzionale non sarebbe certo impensabile che l'attuale maggioranza parlamentare decida di intraprendere una battaglia di difesa della eterosessualità del matrimonio attraverso una modifica "anti-storicistica" dell'art. 29 Cost. Queste considerazioni sull'uso disinvolto del potere di revisione costituzionale sono evidentemente rafforzate dalle ultime vicende relative alla volontà di mano-mettere la Costituzione al fine di "resistere" ad una nota pronuncia di illegittimità costituzionale in materia di immunità presidenziali.

Tuttavia i rischi di "resistenza" non potrebbero essere fugati neppure qualora fosse (per assurdo) il legislatore statale (realisticamente un nuovo legislatore, che non corrisponde neppure alla attuale opposizione) ad approvare una modifica del codice civile, visto che tale scelta normativa potrebbe essere sottoposta a una bocciatura referendaria da parte del corpo elettorale, concretizzandosi «una forte e pericolosa battuta d'arresto proprio per il riconoscimento delle coppie omosessuali»⁵⁴.

Per ragioni di *opportunità costituzionale* potrebbe forse essere preferita una evoluzione "graduale" del nostro ordinamento, come è avvenuto soprattutto in Olanda e Belgio, in cui l'apertura del matrimonio è stata preparata attraverso una progressiva inclusione sociale delle coppie omosessuali, riconosciuta giuridicamente attraverso istituti "alternativi". Per questa evoluzione graduale serve certamente una sollecitazione *monitoria* della Corte costituzionale, in assenza della quale (e in attesa di soluzioni più audaci) si continuerà a sostenere che l'art. 29 Cost. fonda la *esclusività*⁵⁵ della famiglia eterosessuale matrimoniale e legittima il "non riconoscimento" di qualsiasi altra forma relazionale, fino a legittimare il naufragio anche di soluzioni "leggere", come era quella dei DICO.

⁵³ Cfr. le efficaci osservazioni di E. RAFFIOTTA, *Il caso californiano sul divieto di same ex marriage: al popolo l'ultima parola*, in *Quad. cost.*, 2009, 702 ss.

⁵⁴ R. ROMBOLI, *Note introduttive*, cit., 258.

⁵⁵ I giudici costituzionali tedeschi con la sentenza 17 luglio 2002, dovendo decidere sui dubbi di costituzionalità della legge sulla Lebenspartnerschaftsgesetz, sollevati da alcuni Lander, si sono pronunciati sulla legittimità della convivenza registrata rispetto al parametro costituzionale rappresentato dall'art. 6, 1° comma, GG, che predispone una «particolare protezione» per il matrimonio, affermando chiaramente che tale *specialità* non possa risolversi in una *esclusività* di tutela.

