

## Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio \*\*

di Andrea Pugiotto \*

**SOMMARIO:** 1. Qual'era la posta in palio? Sposarsi. – 2. Le strategie di fondo della Corte: fare dell'art. 29 Cost. (e non dell'art. 3 Cost.) il perno della propria decisione. - 3. (*Segue*): agganciare la propria decisione alla definizione giuridica di matrimonio (tenendosi alla larga da argomenti non giuridici quali la tradizione o il diritto naturale). - 4. Un passaggio processuale preliminare: la Corte non sanziona la mancata interpretazione conforme a Costituzione da parte dei giudici *a quibus*. - 5. Il significato delle formule adoperate nel dispositivo: l'inammissibilità della *quaestio* relativa all'art. 2 Cost. - 6. (*Segue*): l'infondatezza della *quaestio* relativa all'art. 29 Cost. - 7. Il recupero dell'argomento funzionalistico: la «(potenziale) finalità procreativa del matrimonio». - 8. Il prospettato sindacato di ragionevolezza «in relazione ad ipotesi particolari» di trattamento non omogeneo tra «coppia coniugata» e «coppia omosessuale». - 9. Il «nucleo» irriducibile dell'art. 29 Cost. (e le sue ricadute sul piano della normazione interna e sovranazionale). - 10. L'argomento (formalistico) tratto dalla disciplina legislativa relativa ai transessuali. - 11. Indirizzare il legislatore verso sponde diverse dal matrimonio: il riconoscimento delle unioni omosessuali come formazioni sociali ex art. 2 Cost. - 12. Uno sguardo distratto all'esperienza degli altri ordinamenti. - 13. La sentenza n. 138/2010 come precedente insuperabile? Suggerimento per un futuro *overruling*. - 14. Il monopolio eterosessuale del matrimonio (e i suoi costi sociali).

1. Come sempre accade alle pronunce destinate a lasciare un'impronta profonda nella storia della giurisprudenza costituzionale in tema di diritti civili, era inevitabile che la sentenza n. 138/2010 finisse sotto la lente d'ingrandimento della comunità degli interpreti.

Troppo importante l'occasione. Il nodo giuridico del mancato riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, già da tempo oggetto di riflessione giuridica<sup>1</sup>, veniva per la prima volta tradotto in *quaestio legitimitatis* grazie a quattro ordinanze di rinvio<sup>2</sup>, subito sottoposte ad attentissimo

\*\* Il presente contributo è destinato agli Scritti in onore di Franco Modugno

\* Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara

1

La letteratura in argomento è oramai copiosa. Ci si limita qui alla segnalazione dei soli lavori monografici più recenti: M. MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bononia University Press, Bologna 2007; F. BILOTTA (a cura di), *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario, comparato*, Mimesis edizioni, Milano-Udine 2008; M. BONINI BARALDI, *La famiglia de-genere. Matrimonio, omosessualità e Costituzione*, Mimesis edizioni, Milano-Udine 2010. Per una ricognizione (peraltro inevitabilmente parziale) di contributi dottrinali in tema ospitati nelle riviste giuridiche italiane, cfr. la *Nota redazionale* alla sentenza costituzionale n. 138/2010 in *Giust. civ.*, 2010, I, 1301-1302.

<sup>2</sup> Cfr. Tribunale di Venezia, Sez. III civile, ordinanza del 3 aprile 2009; Corte d'appello di Trento, ordinanza del 29 luglio 2009; Corte d'appello di Firenze, ordinanza del 13 novembre 2009;

scrutinio da parte della dottrina<sup>3</sup> in vista della decisione cui veniva così chiamato il giudice delle leggi. Il successivo profluvio di commenti dedicati alla relativa pronuncia trova la sua ragione anche nelle tante stazioni toccate lungo il suo articolato tragitto argomentativo: il tema delle discriminazioni e della tutela di una minoranza; le modalità d'interpretazione del parametro costituzionale; i rispettivi ruoli istituzionali di (ma anche le possibili sinergie tra) giudici comuni, Corte costituzionale e legislatore nel garantire i diritti fondamentali; le definizioni giuridiche di matrimonio, famiglia, unione omosessuale, formazione sociale.

E' accaduto così che, nella babele di letture e valutazioni seguite al pronunciamento della Corte, sia andato smarrito l'autentico punto focale dell'intera vicenda. Essa, infatti, trovava la sua genesi in una mirata campagna di affermazione civile<sup>4</sup> messa in atto grazie alla disponibilità di 25 coppie omosessuali, la cui finalità dichiarata era «la più convenzionale e tradizionale che si possa concepire: sposarsi»<sup>5</sup>. Di fronte alla sperimentata impraticabilità politica della via parlamentare, si intendeva ottenere per via giurisdizionale il riconoscimento del matrimonio civile tra persone dello stesso sesso, impostando tale rivendicazione non più come opzione politico legislativa ma come rimozione costituzionalmente imposta di un'illegittima discriminazione<sup>6</sup>.

---

Tribunale di Ferrara, ordinanza dell'11 dicembre 2009, tutte consultabili al sito [www.amicuscuriae.it](http://www.amicuscuriae.it), nella sezione di documentazione predisposta per il Seminario "preventivo" ferrarese, svoltosi il 26 febbraio 2010, sul tema *La «società naturale» e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*.

Per una riflessione plurale e interdisciplinare dedicata ai profili processuali e di merito delle questioni di legittimità poste alla Corte costituzionale vedi ora R. BIN – G. BRUNELLI - A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino 2010 (e-book).

In precedenza, a commento degli atti di promovimento indicati nella nota antecedente, cfr. G. BUFFONE, *Riconoscibilità del diritto delle persone omosessuali di contrarre matrimonio con persone del proprio sesso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 918 ss.; M. BONINI BARALDI, *"Comizi d'amore" in tempo di crisi*, in *Famiglia e dir.*, 2009, fasc. 8-9, 830 ss.; E. CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale all'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2009, 1238 ss.; F. DAL CANTO, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: la parola alla Corte costituzionale*, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); G. FERRANDO, *Il matrimonio gay: il testimone passa alla Consulta*, in *Resp. civile e previdenza*, 2009, fasc. 9, 1905 ss.; F. FIORILLO, *Matrimonio omosessuale: la lacuna italiana nella tutela dei diritti, alla luce della Costituzione e della normativa europea*, in *Giur. merito*, 2009, 1839 ss.; A. MELANI, *Il matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale: azzardo o svolta?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 30 giugno 2009; B. NASCIBENE, *Unioni di fatto e matrimonio tra omosessuali. Orientamenti del giudice nazionale e della Corte di Giustizia*, in *Corr. giur.*, fasc. 1, 101 ss.; J. PATRONE, *Il matrimonio tra persone omosessuali davanti alla Corte costituzionale*, in *Quest. Giust.*, 2009, fasc. 4, 147 ss.; N. PIGNATELLI, *Dubbi di legittimità sul matrimonio "eterosessuale": profili processuali e sostanziali*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); A. VESTO, *L'identità di sesso e il matrimonio: una strada percorribile?*, in *Dir. fam.*, 2009, 1045 ss.

Promossa dall'Associazione radicale "Certi diritti" con l'assistenza legale dell'Avvocatura rete Lenford: cfr. [www.affermazionecivile.it](http://www.affermazionecivile.it).

<sup>3</sup> G.M. FELICETTI, *Le coppie che ricorrono alla Corte sono la punta di un iceberg sommerso*, in R. BIN – G. BRUNELLI, - A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, cit., 135.

<sup>4</sup>

<sup>6</sup>

Elevare tale obiettivo a parametro di giudizio della sentenza n. 138/2010 è quanto s'intende qui fare. Sforzo non inutile, a fronte di talune sue letture che, nonostante l'esito negativo, accreditano la possibilità di una futura estensione legislativa dell'istituto matrimoniale anche alle coppie omosessuali<sup>7</sup>.

Sia chiaro: anch'io sono convinto della compatibilità costituzionale di un matrimonio tra persone dello stesso sesso<sup>8</sup>. Ritengo tuttavia che una lettura non reticente della sentenza in esame conduca ad esiti opposti. E ciò non solo per il suo dispositivo quanto, soprattutto, per l'eccedenza di argomentazioni adoperate dai giudici costituzionali, tanto più che la Corte «non era chiamata a pronunciarsi circa la legittimità costituzionale di una legge introduttiva della possibilità di matrimonio per le coppie omosessuali, ma circa la possibilità (o la necessità) che una simile soluzione potesse essere realizzata attraverso una propria decisione»<sup>9</sup>.

E' una tesi che (purtroppo) dimostrerò attraverso la ricognizione delle tante strategie argomentative presenti (o deliberatamente omesse) nella sua motivazione, tutte egualmente finalizzate a recintare entro la dimensione esclusivamente eterosessuale l'istituto matrimoniale. Non mancherò tuttavia di prefigurare<sup>10</sup> un possibile *escamotage* interpretativo cui la Corte potrebbe in futuro agganciare un'auspicabile correzione giurisprudenziale, tanto più

---

Cfr. S. ROVASIO, *La campagna di affermazione civile: come e perché è nata*, in R. BIN – G. BRUNELLI, - A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, cit., 303-304.

<sup>7</sup> All'indomani della pubblicazione della sentenza n. 138/2010, il comunicato dell'Associazione radicale "Certi diritti" segnala – tra i punti rilevanti della decisione «favorevoli alle coppie gay» - che il concetto di matrimonio «non è cristallizzato dall'art. 29 della Costituzione e quindi non è precluso alla legge disciplinare il matrimonio tra gay, anche se restano possibili per il legislatore soluzioni diverse» (in [www.certidiritti.it](http://www.certidiritti.it)). In dottrina la tesi è stata sostenuta da V. ANGIOLINI, *Sulle coppie gay l'Alta corte non chiude*, in *l'Unità*, 16 aprile 2010; C. SILVIS, *Il matrimonio omosessuale fra il "non s'ha da fare" dell'art. 29 ed il "si può fare" dell'art. 2 della Costituzione*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) e - con argomentazioni più sorvegliate - M. GATTUSO, *La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Famiglia e diritto*, 2010, 663-664; 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 (in corso di pubblicazione); P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *Studium iuris*, 2010, fasc. 10 (in corso di pubblicazione).

<sup>8</sup> Cfr. A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 29 febbraio 2008; ID., *L'altra faccia dell'eguaglianza (e dell'amore)*, in R. BIN – G. BRUNELLI, - A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, cit., 277 ss. (ma anche in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)).

<sup>9</sup> L'opportuno rilievo è di R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio*, cit., § 5.

<sup>10</sup> Vedi, *infra*, il § 13.

opportuna se solo deciderà di guardare ai costi sociali<sup>11</sup> derivanti dal confermato monopolio eterosessuale del matrimonio.

2. L'attenzione va prestata, innanzitutto, alla scelta della Corte costituzionale di disattendere l'impostazione personalistica data alla *quaestio legitimitatis* dai giudici remittenti.

Il cardine attorno al quale ruotano gli atti di promovimento è l'esistenza di un diritto al matrimonio quale diritto fondamentale *ex art. 2 Cost.*, necessariamente inclusivo della libera scelta del proprio coniuge «*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*» (Corte d'Appello di Firenze). Ad alcune persone (gay e lesbiche) l'esercizio di tale diritto è precluso in forza di un proprio tratto esistenziale, l'orientamento sessuale, che non solo non è «*né patologico né illegale*» (Tribunale di Venezia e Tribunale di Ferrara) ma è addirittura annoverabile tra le caratteristiche della persona (« *sesso » e « condizioni personali »*) costituzionalmente protette. Il paradigma eterosessuale del matrimonio, dunque, limitando l'esercizio di un diritto individuale fondamentale lede l'essenza stessa dell'*art. 3 Cost.*, in assenza di un interesse pubblico preminente idoneo a giustificare – in misura proporzionata e necessaria – una simile ingerenza nella sfera dell'autodeterminazione. Così impostato, quello prospettato alla Corte costituzionale è un problema di «*potenziale violazione delle libertà individuali e del diritto alla realizzazione personale*»<sup>12</sup>.

E' una narrazione che si colloca pienamente nel solco del costituzionalismo moderno. Essa ha il pregio di declinare la garanzia dell'*art. 2 Cost.* al servizio dell'individuo, secondo un corretto rapporto di mezzo a fine che fa della famiglia legittima («*formazione sociale primaria*»<sup>13</sup> priva di soggettività giuridica autonoma) lo strumento per la realizzazione dell'identità eminentemente relazionale della persona.

Per sottrarsi alla logica stringente delle ordinanze di rimessione, la Corte costituzionale – molto opportunamente – evita la prestidigitazione di taluni (pseudo)argomenti pure spesi nel dibattito dottrinale. Così, ad esempio, il sofisma – già svelato come tale da altre Corti - secondo il quale non vi sarebbe alcuna discriminazione tra omosessuale ed eterosessuale, posto che entrambi sono egualmente titolari del diritto di sposarsi con persona di sesso differente: per un verso, è chiaro a tutti che «*compiere tale scelta richiederebbe la negazione dell'orientamento sessuale della persona*»<sup>14</sup>; per altro verso, è altrettanto evidente che «*non ha senso essere titolari di un diritto al matrimonio, se poi non si può*

<sup>11</sup>

Vedi, *infra*, il § 14.

<sup>12</sup> M. BONINI BARALDI, *La famiglia de-genere*, cit., 77.

<sup>13</sup> Come si legge nella sentenza costituzionale n. 183/1988, Considerato in dritto, punto 4.

<sup>14</sup>

Così la Corte Suprema della California, *Re Marriage Cases*, 15 maggio 2008.



scegliere con chi sposarsi»<sup>15</sup>. Così, ancora, la tesi che, riducendo l'orientamento sessuale a mera pratica sessuale, restringe la dimensione omosessuale nella sfera esclusivamente privata, in quanto tale sottratta ad interventi giuridici statali invasivi dell'autonomia individuale (come, appunto, la possibile giuridificazione matrimoniale del rapporto omosessuale): in realtà, l'accezione oramai acquisita di orientamento sessuale include le sfere della relazione, della responsabilità e della cura interpersonali, è «manifestazione dell'identità personale e modalità di esplicazione di fondamentali interessi e bisogni della persona», come tale esposta «anche a rischi di aggressione negativa, per mezzo del silenzio, dell'omissione, della mancanza di riconoscimento» da parte dell'ordinamento<sup>16</sup>.

La scelta dei giudici costituzionali segue altre strade. Reimposta la *quaestio legitimitatis* in chiave organicistica, muovendo dalla definizione giuridica di matrimonio, che – secondo la Corte - postula la differenza di sesso tra coniugi. La normativa che «*contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna [...] trova fondamento nel citato art. 29 Cost*»<sup>17</sup>, interpretato alla luce del criterio storico<sup>18</sup> e sistematico<sup>19</sup>: per questo, «*le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio*». Trattandosi di situazioni non omogenee, la normativa vigente «*non dà luogo ad una irragionevole discriminazione*», anzi – si potrebbe chiosare – implementa coerentemente il principio di eguaglianza che impone a situazioni diverse discipline ragionevolmente differenti: da qui l'infondatezza della *quaestio* relativa alla denunciata violazione dell'art. 3 Cost. Semmai, in quanto formazione sociale, l'unione omosessuale trova copertura costituzionale nell'art. 2 Cost. ed il suo riconoscimento giuridico va realizzato secondo modalità rimesse alla discrezionalità legislativa<sup>20</sup>.

Giocando sul doppio binario dell'art. 29 Cost. quale espressione di un *favor* per la famiglia legittima (eterosessuale) e dell'art. 2 Cost. quale suo «tenue

---

<sup>15</sup>

Così la Corte EDU, caso *Goodwin c. Regno Unito*, 17 luglio 2002.

<sup>16</sup> M. BONINI BARALDI, *La famiglia de-genere*, cit., rispettivamente 87 e 90.

<sup>17</sup> Considerato in diritto, punto 9 (da cui sono tratte tutte le citazioni testuali della sentenza riportate nel presente paragrafo).

<sup>18</sup> Declinato nei termini dell'*original intent* dei Costituenti: vedi, *infra*, § 9.

<sup>19</sup> La sentenza mette in diretta correlazione il comma 1 dell'art. 29 Cost. con il suo comma 2 «*che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale*» (Considerato in diritto, punto 9). Il che è certamente vero sul piano storico, ma svaluta totalmente la formulazione neutra della disposizione costituzionale, che parla di «coniugi» (e non di marito e moglie), aprendosi così a letture non incompatibili con la dimensione della coppia di persone dello stesso sesso.

Quanto al nesso sistematico tra gli artt. 29 e 30 Cost. tracciato in sentenza, si rinvia a quanto verrà detto, *infra*, § 10.

<sup>20</sup>

Peraltro, come si vedrà, non pienamente libera: cfr., *infra*, § 11.

contrappeso»<sup>21</sup>, la Corte ragiona di formazioni sociali, smarcandosi in tal modo dalla prospettiva personalistica cui volevano astringerla i giudici remittenti. Resta così ai margini della sua narrazione il diritto individuale ad essere eguali a se stessi (secondo la propria identità sessuale) attraverso l'esercizio del diritto al matrimonio, benché entrambi nient'affatto sconosciuti alla giurisprudenza costituzionale pregressa<sup>22</sup>.

E' un approccio culturalmente rassicurante: la famiglia autentica è una sola (quella eterosessuale). La coppia omosessuale finisce nel novero delle unioni *borderlines*, formazioni sociali - non equiparabili in alcun modo alla famiglia come società naturale fondata sul matrimonio – il cui requisito essenziale è quello della «*stabile convivenza*»<sup>23</sup>, così da rendere «sostanzialmente irrilevanti le caratteristiche dei membri che [ne] fanno parte»: convivenze «amicali, parentali, di persone di sesso diverso e di persone dello stesso sesso»<sup>24</sup>, fino a potervi provocatoriamente includere «situazioni che nulla hanno di familiare, come la convivenza solidale tra me e il mio gatto»<sup>25</sup>. In un simile contesto, la connotazione omosessuale dell'unione trascolora e la dilatazione dell'istituto matrimoniale è evitata, preservandone così la sua connotazione tradizionale.

In termini strettamente giuridici, la strategia argomentativa adottata presenta, per la Corte, un altro indubbio vantaggio. Escludendo una qualsiasi forma di discriminazione in atto, i giudici costituzionali non devono neppure impegnarsi nella ricerca (giuridicamente davvero impervia<sup>26</sup>) di un interesse pubblico preminente capace di giustificare – in misura proporzionata e strettamente necessaria – la deroga all'eguaglianza di trattamento tra coppie

<sup>21</sup>

M. BONINI BARALDI, *La famiglia de-genere*, cit., 77 (ma anche 146)

<sup>22</sup>

Con riferimento alla libertà sessuale si pensi – ad esempio – alla sentenza n. 561/1987 («Essendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporre liberamente è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire») o alla sentenza n. 161/1985 (citata per esteso, *infra*, § 10). Di diritto al matrimonio la Corte costituzionale parla già nella sentenza n. 27/1969, declinandolo nella sua accezione sia di libertà positiva (sentenza n. 445/2002) che di libertà negativa (sentenza n. 166/1998).

<sup>23</sup> Considerato in diritto, punto 8. E' un requisito che rende insufficiente - per riconoscere l'unione omosessuale quale formazione sociale costituzionalmente rilevante -, l'esistenza di un semplice «patto» tra le due persone dello stesso sesso: così M. Costantino, *Individui, gruppi e coppie (libertà illusioni passatempi)*, in *Foro. It.*, 2010, I, 1701.

<sup>24</sup>

A. MATTIONI, *Costituzione, solidarietà e convivenze stabili*, in AA. VV., *Riconoscere le unioni omosessuali? Un contributo alla discussione*, in *Aggiornamenti Sociali*, 2008, 440.

<sup>25</sup>

M. BONINI BARALDI, *La famiglia de-genere*, cit., 147.

<sup>26</sup>

Eloquente, sul punto, la ricognizione infruttuosa compiuta da B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in R. BIN – G. BRUNELLI, - A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, cit., 17-18, secondo la quale «gli argomenti che vengono più frequentemente addotti per negare il matrimonio *same sex* risultano tutti superabili: non costituzionalmente fondati, non proporzionati, inconfidenti».

omosessuali ed eterosessuali. Ne sono comodamente esonerati: da qui la laconicità della parte motiva della sentenza relativa alla denunciata violazione dell'art. 3 Cost., quando invece – essendone in gioco il suo nucleo centrale – si sarebbe altrimenti imposto uno scrutinio di costituzionalità particolarmente stretto.

3. Molto criticato per la sua intrinseca contraddittorietà è il passaggio della sentenza in cui la Corte riconosce all'art. 29 Cost. la «*duttilità propria dei principi costituzionali*», salvo poi cristallizzarne il contenuto essenziale entro un suo «*nucleo*» individuato attraverso l'argomento dell'intenzione originaria del Costituente<sup>27</sup>. Qui la Corte attraversa un sentiero argomentativo molto impervio, ma strategico per mantenere la sua narrazione sul piano del diritto positivo.

La Corte evita di giustificare costituzionalmente il paradigma eterosessuale attraverso il richiamo sociologico ad «*una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio*»<sup>28</sup>. La scelta di individuare, all'interno del concetto di famiglia costituzionale, alcuni pochi irriducibili elementi denotativi facendo leva sulla nostra tradizione si rivelerebbe, infatti, una strategia argomentativa debolissima<sup>29</sup>. Collegabile al rifiuto di tale strategia è la mancata attivazione dei propri poteri istruttori, cui pure la Corte costituzionale era stata sollecitata a fare: un'indagine statistica sul «*numero delle coppie formate da persone dello stesso sesso che vivono sul territorio italiano*» e sul «*numero dei cittadini italiani che hanno richiesto o hanno già ottenuto di contrarre matrimonio (o un'unione ad esso equiparata)*» nei Paesi, comunitari e non, dove ciò è legalmente possibile<sup>30</sup>,

<sup>27</sup>

Questo il passaggio testuale cui si fa riferimento: «*E' vero che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi. Detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata*» (Considerato in diritto, punto 9).

<sup>28</sup> Considerato in diritto, punto 6 (dove la Corte riprende testualmente un'espressione adoperata nell'atto di promovimento del Tribunale di Venezia).

<sup>29</sup>

Cfr. A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei "casi"*, cit., 9 ss.; *contra*: I. MASSA PINTO, *Diritto costituzionale e tradizione: a proposito della famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 11 luglio 2008.

Anche chi, in dottrina, ha espresso la convinzione che il fulcro della sentenza n. 138/2010 vada cercato nel valore prescrittivo riconosciuto ad una tradizione sedimentata da tempo immemorabile, che configura il matrimonio come l'unione tra persone di sesso diverso, riconosce però che tale argomento è occultato dalla Corte ed emerge in superficie solo attraverso «una serie di indizi seminati nella motivazione – senza tuttavia che siano mai elevati alla dignità di *ratio decidendi*»: I. MASSA PINTO – C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio»*. Ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010, in *Arch. dir. e storia cost.*, sezione Tecniche interpretative della Corte costituzionale ([www.dircost.unito.it](http://www.dircost.unito.it)), 17.

avrebbe infatti – realisticamente – dimostrato tutto l’anacronismo di un richiamo agli usi e costumi d’italica memoria.

La Corte evita anche di giustificare il paradigma eterosessuale del matrimonio piegando il dato normativo costituzionale ad una accezione metagiuridica di «società naturale», peraltro non rinvenibile nel dibattito costituente<sup>31</sup>.

Opta invece per un percorso argomentativo diverso. Mette a valore un criterio ermeneutico certamente discutibile, ma praticato e praticabile: l’*original intent* dei Costituenti. La sua persuasività è davvero controvertibile<sup>32</sup>; tuttavia – rispetto alle precedenti – siamo almeno in presenza di una strategia argomentativa di natura *giuridica*, non extragiuridica né metagiuridica.

Proprio perché ancorata al contenuto essenziale di un dato normativo positivo, tale opzione argomentativa – rispetto alle precedenti - presenta inoltre il valore aggiunto di precludere al giudice comune il superamento del paradigma eterosessuale: «Questo 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»<sup>33</sup>.

Permette inoltre 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 fenomeni e

<sup>30</sup> Cfr. la memoria di costituzione, datata 14 luglio 2009, depositata per conto delle parti private G.M. e S.G., dagli avvocati Alessandro Giadrossi, Francesco Bilotta e Roberto Di Mattei (inedita, *paper*, 49-50). Ivi si richiedeva inoltre l’acquisizione di relazioni e pareri di istituzioni o esperti circa l’«*impatto dell’attuale prassi interpretativa che esclude le persone dello stesso sesso sul loro benessere psicosociale*».

<sup>31</sup>

Come la stessa Corte riconosce, «con tale espressione, come si desume dai lavori preparatori dell’Assemblea costituente, si volle sottolineare che la famiglia contemplata dalla norma aveva dei diritti originari e preesistenti allo Stato, che questo doveva riconoscere» (Considerato in diritto, punto 9). La sua finalità, in altri termini, era quella di circoscrivere la competenza legislativa rispetto all’originaria autonomia dell’istituto familiare, come è ben dimostrato da P. VERONESI, *Costituzione, «strane famiglie» e «nuovi matrimoni»*, in *Quad. cost.* 2008, 579-583. Per una ricostruzione analitica dei lavori in Assemblea Costituente sul punto vedi ora V. CAPORRELLA, *La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi dell’art. 29 e il dibattito della Costituente*, in [www.storicamente.org](http://www.storicamente.org), all’interno del dossier «Fare e disfare famiglia».

<sup>32</sup> Per una visione complessiva del problema, nella prospettiva della giurisprudenza costituzionale, cfr. F. GIUFFRÈ – I. NICOTRA (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino 2008, in particolare L. PESOLE, *L’intenzione del legislatore costituente nell’interpretazione del parametro costituzionale*, ivi, 140 ss. e G. GALIPÒ, *Convivenze di fatto ed original intent del Costituente nella giurisprudenza costituzionale*, ivi, 343 ss.

<sup>33</sup>

Considerato in diritto, punto 9.



*problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata*<sup>34</sup>: pena altrimenti l'illegittimità costituzionale della legge introdotta<sup>35</sup>.

4. L'impossibilità di superare per via interpretativa il paradigma eterosessuale del matrimonio trova conferma anche in un'altra, preliminare, tappa del giudizio di costituzionalità in esame.

Assumendo la prospettiva dei giudici *a quibus* secondo cui «l'intera disciplina dell'istituto, contenuta nel codice civile e nella legislazione speciale, postula la diversità di sesso dei coniugi»<sup>36</sup>, la Corte costituzionale apre le porte ad un proprio giudizio nel merito della *quaestio*, rinunciando ad una declaratoria d'inammissibilità per difetto di interpretazione adeguatrice.

Invero, il dato legislativo in oggetto non presenta ostacoli letterari espliciti insuperabili per una sua interpretazione difforme da quella tradizionale<sup>37</sup>. Tuttavia la scelta dei giudici *a quibus* di impugnarlo nel suo comune significato vivente appare doppiamente condivisibile. Sul piano strettamente giuridico, è agevole prefigurare la revisione nei successivi gradi di giudizio di isolate decisioni estensive del matrimonio civile alle coppie omosessuali, costrette così dentro un ottovolante giurisprudenziale dal fine corsa certamente sfavorevole alla loro rivendicazione<sup>38</sup>. Sul differente (ma correlato) piano di politica del diritto, le resistenze parlamentari al matrimonio tra persone dello stesso sesso sono sotto gli occhi di tutti e «rimuovere il problema, solo perché il divieto è implicito e fondato su un'omissione, equivarrebbe a fingere che il problema non sussiste»<sup>39</sup>.

Escludendo in partenza la praticabilità di una lettura conforme a Costituzione diversamente orientata, la Corte sbarra così le porte alla possibilità di una futura apertura al matrimonio omosessuale per via giurisdizionale, inibendo un'interpretazione evolutiva delle norme disciplinanti l'istituto matrimoniale.

Del resto – è stato detto - «non si può nemmeno ritenere che sia un colpo di martello del giudice a segnare il passo di questi cambiamenti, piuttosto che una votazione parlamentare»<sup>40</sup>. Neppure se quel giudice risponde al nome di Corte costituzionale, il cui intervento dovrebbe solo seguire (e mai precedere) quello del

<sup>34</sup> Considerato in diritto, punto 9.

<sup>35</sup>

In tal senso, decisamente, 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.

<sup>36</sup>

Considerato in diritto, punto 6.

<sup>37</sup> Cfr. per gli opportuni riferimenti normativi, il punto 1.4 della *Traccia per la discussione* in R. BIN – G. BRUNELLI, - A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, cit., XX.

<sup>38</sup>

In tal senso mi ero già espresso alla vigilia della pronuncia della Corte: A. PUGIOTTO, *L'altra faccia dell'eguaglianza*, cit., 281.

<sup>39</sup>

M. BONINI BARALDI, *La famiglia de-genere*, cit., 37.

<sup>40</sup>

S. SILEONI, *Perché la Consulta ha detto no al matrimonio gay. Invitando il Parlamento a non nascondersi*, in [www.libertiamo.it](http://www.libertiamo.it), 21 aprile 2010.

legislatore, chiamato ad assumersi la responsabilità politica di una scelta normativa tra i vari beni costituzionali in gioco<sup>41</sup>.

Dissentito da tale impostazione, per più di un motivo. L'incostituzionalità è altrettanto grave e va rimossa sia che derivi da una scelta legislativa esplicita che da una sua (voluta e persistente) omissione. Nella logica della rigidità costituzionale, la Corte «ha il dovere di applicare i limiti che la Costituzione impone» all'intero ordinamento, composto di disposizioni esplicite come di norme implicite (ma viventi) ed «eluderebbe la responsabilità che deve a ogni membro del pubblico se [le] considerasse [...] non soggette» al proprio vaglio<sup>42</sup>. Nel caso in esame, peraltro, non si chiedeva alla Corte costituzionale la creazione di un nuovo diritto fondamentale<sup>43</sup>, bensì la rimozione di una discriminazione contraria alla Costituzione e la sottoposizione di tutte le coppie (omosessuali ed eterosessuali) al medesimo regime di stabilità, certezza, reciprocità e corresponsività di diritti e doveri nascenti solo dal matrimonio<sup>44</sup>, salvaguardando così un diritto già esistente ed includendovi chi illegittimamente ne è escluso. Infine - come si vedrà al termine dell'indagine - con la sentenza n. 138/2010 la Corte non si è fatta problema alcuno a circoscrivere la discrezionalità del futuro legislatore, sia pure in direzione esattamente contraria a quella auspicata dai giudici remittenti.

**5.** Argomenti ulteriori a favore del monopolio eterosessuale del matrimonio, si ricavano da una corretta comprensione delle formule decisorie adoperate nel dispositivo della sentenza n. 138/2010.

La questione sollevata in riferimento all'art. 2 Cost. «*deve essere dichiarata inammissibile, perché diretta ad ottenere una pronuncia additiva non costituzionalmente obbligata*»<sup>45</sup>. Si nega così che la Costituzione imponga l'estensione della disciplina del matrimonio civile alle unioni omosessuali. Più avanti, nel prosieguo della parte motiva della sentenza dove si ragiona sul

---

<sup>41</sup>

Per questo argomento cfr. R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro it.*, 2010, I, 1367, ed ora, con maggiori approfondimenti, ID., *Il diritto "consentito" al matrimonio*, cit., §4.

<sup>42</sup>

Parafrasando la Corte Suprema della California, 15 maggio 2008, *Re Marriage Cases*.

<sup>43</sup>

Come invece ritiene, criticamente, A. MORRONE, *Sub Art. 2*, in *Codice della famiglia*, I, a cura di M. SESTA, Giuffrè, Milano, 2009, 34-35.

<sup>44</sup> Logica, questa, perfettamente compresa dalla Corte Suprema della California, 15 maggio 2008, *Re Marriage Cases*, laddove riconosce ai ricorrenti «come essi non stiano cercando di creare un nuovo diritto costituzionale – il diritto al “*same sex-marriage*” – o di cambiare, modificare o (come alcuni hanno suggerito) “deistituzionalizzare” l’istituto del matrimonio esistente. Al contrario, i ricorrenti sostengono che, interpretato correttamente, il diritto costituzionale al matrimonio riconosce alle coppie formate da persone dello stesso sesso gli stessi diritti e vantaggi – accompagnati dai medesimi responsabilità e obblighi – che tale diritto costituzionale riconosce alle coppie di persone di sesso opposto».

<sup>45</sup>

Considerato in diritto, punto 5.

significato essenziale dell'art. 29 Cost., ciò che la Costituzione *non impone* si trasforma in un vero e proprio *divieto*<sup>46</sup>.

Si inserisce qui uno dei passaggi più controversi (e fraintesi) della sentenza n. 138/2010. Affermando che anche una forma di riconoscimento giuridico dell'unione omosessuale, diversa dal matrimonio, «*necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia*»<sup>47</sup>, la Corte non intende *obbligare* il legislatore ad intervenire per colmare la lacuna ordinamentale, ma semplicemente *escludere* la praticabilità di un proprio intervento additivo. Il significato del passaggio citato è dunque minimalista: solo il legislatore (e non la Corte) *potrà* regolare i diritti ed i doveri della coppia omosessuale; da qui la formula processuale dell'inammissibilità della *quaestio* sollevata.

Questa lettura è corroborata dall'assenza di un esplicito monito al legislatore affinché rimedi quanto prima al rilevato vuoto normativo<sup>48</sup>. In tale prospettiva si spiegano anche le generose (e davvero poco stringenti) qualificazioni adoperate in sentenza con riferimento alla discrezionalità legislativa in materia: «*spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette*», implementandole «*nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge*»<sup>49</sup>.

**6.** Diversa è la formula che il dispositivo contiene in riferimento alla sospetta violazione dell'art. 29 Cost. Qui la Corte non decide nel senso

<sup>46</sup>

Vedi, *infra*, § 9.

<sup>47</sup>

Considerato in diritto, punto 8 (sottolineatura non testuale).

<sup>48</sup> Sull'assenza di un vero e proprio monito concordano anche R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali*, cit., 1370; P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio*, cit., § 3. *Contra*: E. MENZIONE, *Matrimonio gay, una sentenza nel vuoto*, ne *il Manifesto*, 16 aprile 2010, secondo il quale dal ragionamento della Consulta emergerebbe «con chiarezza il riconoscimento di un *deficit* gravissimo di tutela delle coppie omosessuali e quindi un forte richiamo al legislatore».

<sup>49</sup>

Considerato in diritto, punto 8 (sottolineature non testuali). In dottrina c'è chi ne ha dedotto l'assenza di un obbligo costituzionale ad intervenire gravante sul legislatore: M. CROCE, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 23 aprile 2010; I. MASSA PINTO – C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio»*, cit., 2-3.

Il passaggio è tuttavia controverso e si presta a letture più promettenti per i diritti delle coppie omosessuali: cfr. F. ANGELINI, *i “compromessi sposi”: la Corte costituzionale fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali*, in [www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it](http://www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it), 2 luglio 2010, 2; E. CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, *ivi*, 9-10; F. CALZARETTI, *Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 31 maggio 2010, 2; M. GATTUSO, *La Corte costituzionale sul matrimonio*, cit., 657-658; R. ROMBOLI, *Il diritto “consentito” al matrimonio*, cit., § 5.

dell'inammissibilità nel rispetto della discrezionalità legislativa: esito, questo, che almeno avrebbe – sia pure implicitamente - riconosciuto uno spazio costituzionalmente praticabile per l'introduzione, *ope legis*, del matrimonio omosessuale.

La sentenza n. 138/2010, invece, entra nel merito della *quaestio*. E dichiarandola - *sic et simpliciter* - «*non fondata*» ci dice che tale esito dipende direttamente dal parametro costituzionale invocato (l'art. 29) e non da un'errata interpretazione da parte dei giudici *a quibus* delle disposizioni legislative impugnate (la cui lettura è anzi condivisa dalla Corte<sup>50</sup>).

Non siamo dunque in presenza di una decisione interpretativa di rigetto, rovesciabile attraverso una differente lettura del dato normativo fatto oggetto d'impugnazione. Il paradigma eterosessuale del matrimonio è iscritto nella Costituzione, non nell'ordinamento legislativo: questo significa l'adoperata formula del rigetto semplice<sup>51</sup>.

7. La sentenza n. 138/2010 valorizza anche la «*(potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale*»<sup>52</sup>. Come si spiega questo sorprendente recupero dell'argomento funzionalistico?

Solo apparentemente mira a individuare quell'interesse pubblico preminente capace di escludere un'irragionevole discriminazione, rispetto all'accesso al matrimonio, tra coppie eterosessuali e coppie di persone dello stesso sesso: data la strategia argomentativa prescelta in sentenza, il cui fulcro è l'art. 29 Cost. (e non l'art. 3 Cost.), la Corte non ne aveva affatto bisogno<sup>53</sup>. La potenzialità procreativa, a tal fine, è peraltro argomento, prima ancora che insufficiente, addirittura inservibile<sup>54</sup>. Infine, il giudice delle leggi non può certo ignorare che

<sup>50</sup>

Come già si è visto, *supra*, § 4.

<sup>51</sup> Su questo specifico punto (ma solo su questo) non posso che concordare con L. VIOLINI, «*Sì, il matrimonio è solo tra uomo e donna*», intervista di V. Daliso, in *Avvenire*, 15 aprile 2010, e L. D'ANGELO, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio "nun s'ha da fare"*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 16 aprile 2010, 1-2.

Per una critica alle formule processuali adoperate nel dispositivo della sentenza n. 138/2010 vedi P.A. CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quad. cost.* 2010, 361 ss., che, ritenendo la regolamentazione della convivenza omosessuale «una violazione dell'art. 29 stesso», contesta le dichiarazioni di inammissibilità contenute nella sentenza, perché basate su un'inesistente discrezionalità del legislatore in materia.

<sup>52</sup>

Considerato in diritto, punto 9.

<sup>53</sup>

Vedi, *supra*, § 2.

<sup>54</sup>

«Anche se l'istituto giuridico del matrimonio civile può aver tratto ampiamente origine dall'esigenza di promuovere una relazione stabile per la procreazione e l'allevamento della prole (...) il diritto costituzionale a contrarre matrimonio non è mai stato inteso come appannaggio esclusivo degli individui che siano fisicamente capaci di generare figli»: così la Corte Suprema della California, 15 maggio 2008, *Re Marriage Cases.*,



l' idoneità a contrarre matrimonio prescinde giuridicamente dalla capacità di procreare e dall' idoneità alla genitorialità<sup>55</sup>.

La spiegazione del richiamo alla funzione potenzialmente procreativa del matrimonio va, evidentemente, cercata altrove. Per la narrazione della Corte è indispensabile correlare sistematicamente gli artt. 29 e 30 Cost.<sup>56</sup>, al fine di valorizzare quale elemento peculiare del matrimonio la filiazione *e non altro*. Se, infatti, l'accento venisse posto – come pure andrebbe fatto – sul matrimonio quale mezzo di realizzazione della propria personalità, fondato sul consenso e la volontà reciproca dei coniugi, capace di creare un legame stabile giuridicamente riconosciuto e formalizzato, l'orientamento sessuale risulterebbe del tutto irrilevante ai fini dell' esclusione dal regime matrimoniale. Viceversa, finalizzandolo alla procreazione, si eleva retoricamente a tratto distintivo del matrimonio «l' unica insuperabile differenza tra coppie formate da persone dello stesso sesso e coppie formate da persone di sesso diverso»<sup>57</sup>.

Non è da escludere, inoltre, che tale passaggio sia inserito a futura memoria, come possibile giustificazione di trattamenti disomogenei tra coppie coniugate e unioni omosessuali in riferimento a quegli istituti giuridici dove abbia rilievo la presenza di figli (ad esempio l' adozione), secondo uno schema logico che salda in un medesimo circuito normativo la disciplina del matrimonio e la disciplina della filiazione<sup>58</sup>.

**8.** La Corte costituzionale inquadra l' unione omosessuale tra le formazioni sociali *ex art. 2 Cost.*, così fondandole costituzionalmente ma rimettendo alla discrezionalità legislativa le relative forme di garanzia e di riconoscimento. A se stessa riserva «*la possibilità d' intervenire a tutela di specifiche situazioni [...] . Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e*

<sup>55</sup> Sulla dimensione – a un tempo – *overinclusive* e *underinclusive* della vigente legislazione matrimoniale, se rapportata alla necessità di fare della famiglia il luogo privilegiato per la procreazione dei figli, vedi M. BONINI BARALDI, *La famiglia de-genere*, cit., 122.

<sup>56</sup> «*Non è casuale, del resto, che la Carta costituzionale, dopo aver trattato del matrimonio, abbia ritenuto necessario occuparsi della tutela dei figli (art. 30), assicurando parità di trattamento anche a quelli nati fuori dal matrimonio, sia pur compatibilmente con i membri della famiglia legittima. La giusta e doverosa tutela, garantita ai figli naturali, nulla toglie al rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima ed alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall' unione omosessuale*» (Considerato in diritto, punto 9).

<sup>57</sup> Così, ma in senso critico, la Corte Suprema del Massachusetts, 18 novembre 2003, in *Goodridge c. Department of Public Health*.

<sup>58</sup> Per tale prospettiva vedi, ad esempio, M. MANETTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso e filiazione*, in R. BIN – G. BRUNELLI, - A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, cit., 231 ss.. Sulle ragioni giuridiche che esigono invece di tenere «nettamente distinte la disciplina dei legami coniugali da quella riservata al rapporto di filiazione» vedi P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio*, cit., § 6.

*quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza»<sup>59</sup>.*

La necessità di garantire (non in generale, ma solo) «*in ipotesi particolari*» lo stesso trattamento giuridico tra «*coppia coniugata*» e «*coppia omosessuale*» conferma la loro irriducibilità ad un'identica disciplina matrimoniale<sup>60</sup>. Paradossalmente, uno dei passaggi della sentenza più “favorevoli” alle coppie di persone dello stesso sesso è, nel contempo, tra i più decisivi nel certificare il paradigma eterosessuale del matrimonio.

La situazione delle unioni omosessuali, rispetto alla famiglia legittima, viene così assimilata a quella delle convivenze *more uxorio* (cui si riferiscono le sentenze n. 559/1989 e n. 404/1988, citate dalla Corte). E' un grave errore di prospettiva. Le persone dello stesso sesso, diversamente dai conviventi di fatto, *non* scelgono di rinunciare volontariamente al regime giuridico matrimoniale: semplicemente, ad esse è giuridicamente precluso accedervi. Il preannunciato giudizio di ragionevolezza non potrà dunque scorrere lungo i consumati binari della giurisprudenza costituzionale relativa alle coppie di fatto, dove il discrimine messo a valore dalla Corte è sempre il rispetto dell'autonomia privata e l'assenza della condizione matrimoniale<sup>61</sup>. Il giudice della ragionevolezza normativa dovrà cercare altrove le cause di giustificazione di trattamenti disomogenei tra coppie coniugate e coppie gay proprio perché - parafrasando la sentenza in esame - le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee alle coppie di fatto.

**9.** L'esistenza di un nucleo irriducibile all'interno dell'art. 29 Cost., secondo il quale solo l'unione tra uomo e donna è suscettibile nel concetto costituzionalmente originario di matrimonio, preclude anche la possibilità di superarne il paradigma eterosessuale giocando sul rinvio al regime matrimoniale del codice civile.

Tentazione, questa, cui si è indotti dalla stessa sentenza n. 138/2010, laddove afferma che «*i Costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile. Pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile*

<sup>59</sup> Considerato in diritto, punto 8.

<sup>60</sup>

E' questo il dato di fondo, subito segnalato all'indomani della pubblicazione della sentenza: cfr. A. PUGIOTTO, *Il no alle nozze gay. «Così la Consulta conferma l'ipocrisia»*, intervista di D. Vaccarello, in *l'Unità*, 19 aprile 2010.

<sup>61</sup> Proprio per tale ragione, molto efficacemente M.GATTUSO, *La Corte costituzionale sul matrimonio*, cit., 659, colloca l'unione omosessuale in uno spazio normativo intermedio tra coppia coniugata e coppia convivente. Lo stesso Autore compie inoltre una ricognizione delle materie dove il controllo di ragionevolezza della Corte potrebbe rimediare a trattamenti già oggi ingiustificatamente disomogenei tra coppie coniugate e unioni omosessuali. Segnalano invece il pericolo che, per tale via, si possa arrivare ad aggirare il divieto di equiparazione, sancito in sentenza, tra coppie coniugate e unioni omosessuali, S. SPINELLI, *Il matrimonio non è un'opinione*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 27 aprile 2010, 4; V. TONDI DELLA MURA., *La sentenza della Corte che ha difeso la parola matrimonio*, in [www.ilsussidiario.net](http://www.ilsussidiario.net), 19 aprile 2010, 2.

*concludere che essi 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»<sup>62</sup>. Passaggio argomentativo per lo meno discutibile, quasi che la definizione costituzionale di matrimonio dipendesse dalla sua definizione legislativa, secondo un improprio rovesciamento gerarchico delle fonti normative che, per di più, trasforma l'oggetto del giudizio di costituzionalità in parametro<sup>63</sup>. Ma se la critica è fondata (e lo è), non si può allora far leva su una novazione della disciplina codicistica per dedurne poi un'intervenuta innovazione sul differente e più elevato piano del disposto costituzionale.*

Del resto, se le parole hanno un senso, il nucleo di una norma costituzionale è sottratto alla disponibilità del legislatore ordinario, in forza della rigidità della Carta fondamentale<sup>64</sup>. Di più: se inteso come principio supremo dell'ordinamento<sup>65</sup>, il contenuto minimo essenziale così individuato all'interno dell'art. 29 precluderebbe anche la possibilità di una sua revisione costituzionale. Di più ancora: fungerebbe da controlimita ad eventuali atti normativi comunitari impositivi del riconoscimento giuridico del matrimonio omosessuale<sup>66</sup>.

Peraltro, già ora il nucleo duro dell'art. 29 Cost. parrebbe porre problemi di compatibilità costituzionale per la normativa CEDU, il cui art. 12, pur senza imporlo, ammette la possibilità di una legislazione nazionale favorevole al matrimonio tra persone dello stesso sesso: opzione legislativa che l'art. 29 Cost. come letto dalla sentenza n. 138/2010, invece, vieta<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> Considerato in diritto, punto 9.

<sup>63</sup>

Per tale critica, ad esempio, vedi P. TINCANI, *Matrimonio omosessuale, se il codice civile prevale sulla Costituzione*, in [www.micromega-online](http://www.micromega-online), 22 aprile 2010.

<sup>64</sup> In tal senso F. DAL CANTO, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro it.*, 2005, V, 279. Osserva però M. LACATENA, *Commento a Corte costituzionale, sentenza n. 138/2010*, in *Il diritto per i concorsi*, 2010, fasc. 4, 24, «come nessuno dei paesi che hanno espressamente esteso l'istituto del matrimonio alle coppie omosessuali abbia ritenuto di dover modificare la Costituzione, limitandosi, invece, ad incidere sul codice civile attraverso una legge ordinaria» (p. 25 e nota 25, con riferimento ad Olanda, Belgio e Spagna)

<sup>65</sup> Così - sulla scia di C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Cedam, Padova 1976, II, 1165 - A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 757.

<sup>66</sup>

Cfr. - con accenti preoccupati - M. CROCE, *Diritti fondamentali programmatici*, cit., 3; P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio*, cit., § 7.

<sup>67</sup> Segnala l'antinomia - alla luce delle note sentenze costituzionali nn. 348 e 349/2007 - L. D'ANGELO, *La Consulta al legislatore*, cit., 3-4. L'ipotesi acquista maggior spessore all'indomani della sentenza della Corte EDU *Schalk and Kopf v. Austria*, 24 giugno 2010, pronunciatasi sul tema del mancato accesso al matrimonio per una coppia di persone dello stesso sesso: cfr. M. GATTUSO, *La Corte costituzionale sul matrimonio*, cit., 660, e - per una più riduttiva lettura della citata decisione - E. CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze*, cit., 11-13; S. SILEONI, *Corte EDU e matrimoni omosessuali*, in *Quad. cost.*, 2010, fasc. 4 (in corso di pubblicazione).

10. Rovesciando la prospettiva dei giudici remittenti, la Corte costituzionale trae anche dalla disciplina legislativa relativa ai transessuali ulteriore argomento contro il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

A suo avviso, infatti, «*le posizioni dei transessuali e degli omosessuali non sono omogenee*»<sup>68</sup> perché la finalità della legge n. 164 del 1982 in materia di rettificazione di attribuzione di sesso è consentire una corrispondenza tra soma e psiche, possibile solo attraverso l'intervento chirurgico e la conseguente rettificazione anagrafica. Ed è proprio questa modificazione sessuale autorizzata giudizialmente a rappresentare la *conditio sine qua non* per ammettere il transessuale al matrimonio: «*Il riconoscimento del diritto di sposarsi a coloro che hanno cambiato sesso, quindi, costituisce semmai un argomento per confermare il carattere eterosessuale del matrimonio, quale previsto nel vigente ordinamento*».

Qui la strategia argomentativa della Corte rasenta il formalismo, dato che «il transessuale rimane geneticamente ancorato al proprio sesso di partenza: il suo matrimonio con un soggetto appartenente al suo sesso originario è, quindi, un'unione solo *apparentemente* eterosessuale ma *biologicamente* omosessuale»<sup>69</sup>.

Omette inoltre di considerare il dato giuridico più rilevante: la circostanza che lo scioglimento del vincolo matrimoniale, nel caso in cui il *partner* abbia nel frattempo mutato il proprio sesso originario, presuppone il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione e la domanda di divorzio da parte del coniuge (*ex art. 3, legge n. 898 del 1970, come modificato dalla legge n. 74 del 1987*). La legge n. 164 del 1982, dunque, non comportando l'immediato ed automatico scioglimento del vincolo matrimoniale in caso di cambiamento dell'identità sessuale originaria, già relativizza la differenza di genere quale carattere ontologico del matrimonio<sup>70</sup>.

La narrazione seguita dai giudici costituzionali, inoltre, oscilla su un crinale davvero pericoloso, laddove condiziona l'ammissione al matrimonio all'«*avvenuto intervento di modificazione del sesso, autorizzato dal tribunale*». Così facendo essi sembrano non avvedersi che il mutamento chirurgico del sesso biologico, posto come passaggio ineludibile per il riconoscimento e l'esercizio di

---

<sup>68</sup>

Considerato in diritto, punto 9 (anche per la citazione testuale immediatamente successiva).

<sup>69</sup> P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio*, cit., § 6 nota 64.

<sup>70</sup>

A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei "casi"*, cit., 12 e 14; in tema cfr. ora M. PEDRAZZA GORLERO – G. FRANCO, *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio: note costituzionali*, in *Diritto pubblico*, 2010 (in corso di pubblicazione), § 9, i quali individuano un altro momento di crisi del paradigma eterosessuale nelle conseguenze ordinamentali di un matrimonio omosessuale celebrato in un Paese straniero nel pieno rispetto della *lex loci*. Ed è proprio nella forma di un sindacato di legittimità delle norme di diritto internazionale privato, laddove non consentono il riconoscimento in Italia del matrimonio omosessuale celebrato in altro paese (perché ritenuto contrario all'ordine pubblico), che si ipotizza una riproposizione del problema alla Corte costituzionale: cfr. M. FIORINI, *Un ulteriore ritardo nel varo di regole ad hoc rallenta il processo d'integrazione europea*, in *Guida al dir.*, 2010, n. 19, 26.



un diritto fondamentale, scivola pericolosamente verso la dimensione di una sorta di trattamento sanitario obbligatorio lesivo della dignità della persona<sup>71</sup>.

Chiude il cerchio il silenzio - davvero assordante - della Corte sulle civilissime affermazioni della sua sentenza n. 161/1985, pure formalmente richiamata, con cui ebbe a scrutinare la costituzionalità della legge n. 164 del 1982. E dove si affermava che deve essere «assicurato a ciascuno il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità. Correlativamente gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscerlo, per dovere di solidarietà sociale». Come era stato segnalato<sup>72</sup>, ciò rafforzava l'interpretazione dei giudici *a quibus* che riconosce la possibilità per gli omosessuali di dar luogo ad una formazione sociale all'interno del quadro giuridico del matrimonio, quale strumento necessario alla effettiva garanzia dei loro diritti di personalità: su tali basi era del tutto coerente invocare la protezione di tale diritto in forza di entrambi i commi dell'art. 3 Cost.. Proprio la strada che la sentenza n. 138/2010 ha inteso (deliberatamente) non percorrere: meglio, dunque, ignorare l'ostacolo rappresentato dal proprio precedente, semplicemente silenziandolo.

**11.** Uno degli aspetti più rimarcati – in positivo – della sentenza n. 138/2010 è l'accezione costituzionale di formazione sociale in essa espressa. Definita come «ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico», la Corte vi annovera anche l'unione omosessuale, «intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri»<sup>73</sup>.

La dottrina sottolinea la «portata storica»<sup>74</sup> di tale riconoscimento che rende possibile – secondo altri: impone – «una più ampia tutela delle persone di orientamento omosessuale»<sup>75</sup>, fino ad assumerlo addirittura a «punto chiave del ragionamento» della Corte<sup>76</sup>. Sono valutazioni che, con molta probabilità,

<sup>71</sup> Come segnalato al punto 2.6. della *Traccia per la discussione* in R. BIN – G. BRUNELLI, - A. GUAZZAROTTI – A. PUGIOTTO – P. VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, cit., XXIII.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> Considerato in diritto, punto 8.

<sup>74</sup>

L'espressione è adoperata sia da M. GATTUSO, *La Corte costituzionale sul matrimonio*, cit., 657, sia da F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro it.*, 2010, I, 1370.

<sup>75</sup> D. PERRONE, *Commento a Corte costituzionale, sentenza 138/2010 (G.U. 21/04/2010)*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2 luglio 2010, 4.

<sup>76</sup>

E. MENZIONE, *Matrimonio gay, una sentenza nel vuoto*, cit.

andrebbero ricondotte ad una più giusta misura. Tale riconoscimento, infatti, appare scritto sotto dettatura: sono la natura pluralistica della Costituzione e l'adesione del nostro ordinamento all'UE e alla CEDU ad imporlo<sup>77</sup>.

Nella logica del presente commento, tuttavia, altro è il profilo su cui richiamare l'attenzione. In quel riconoscimento 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.*»<sup>78</sup> (e non dell'art. 29 Cost.) non potrà comunque spingersi fino all'estensione del regime matrimoniale alle coppie omosessuali.

Non inganni il passaggio testuale laddove la sentenza, compiendo un sommario esame delle legislazioni in materia adottate in altri paesi, nega che il riconoscimento giuridico delle coppie tra persone dello stesso sesso possa realizzarsi «*soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio*»<sup>79</sup>, con ciò dunque includendolo (apparentemente) tra il novero delle opzioni possibili: che il regime matrimoniale sia escluso dall'orizzonte delle soluzioni costituzionalmente ammesse deriva dalla (successiva) interpretazione originalista dell'art. 29 Cost e dal suo irriducibile nucleo<sup>80</sup>.

La sentenza n. 138/2010, al più, legittima dunque un regime “a doppio binario” conseguente all'introduzione di futuri strumenti negoziali regolati con legge (e aperti anche a coppie omosessuali) alternativi al matrimonio. Soluzione del cui carattere non discriminatorio si può seriamente dubitare: l'eguaglianza, infatti, è tale solo nelle pari opportunità delle opzioni in campo rimesse alla libera determinazione del singolo (e della coppia) e quello che per la condizione eterosessuale diverrebbe *un bivio*, per la condizione omosessuale resterebbe pur sempre *un senso unico*, sopravvivendo il divieto di sposarsi<sup>81</sup>.

**12.** Considerata la strategia di fondo seguita dalla Corte, non stupisce che la sua sentenza eviti di entrare in dialogo con le pronunce di altri giudici costituzionali stranieri, che sul tema hanno espresso posizioni ben più avanzate: il

---

<sup>77</sup>

Già da *illo tempore* in dottrina si riconducevano le unioni omosessuali sotto l'ombrello dell'art. 2 Cost.: P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna, 1984, 358. E' vero, tuttavia, che l'estraneità delle unioni omosessuali al contenuto delle garanzie fissate (non solo dall'art. 29 Cost., ma anche) dall'art. 2 Cost. è stata ancora di recente sostenuta dal Governo, in occasione dei ricorsi statali contro lo Statuto toscano e lo Statuto umbro, poi risolti nelle sentenze nn. 372 e 378/2004. Analoga posizione di chiusura si ritrova pure nella *Nota del Consiglio Episcopale permanente*, datata 28 marzo 2007 (sulla quale vedi le critiche di C. PINELLI, *La nota del consiglio episcopale permanente e le norme costituzionali in tema di famiglia e formazioni sociali*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) )

<sup>78</sup>

Considerato in diritto, punto 8.

<sup>79</sup>

Considerato in diritto, punto 8 (sottolineatura non testuale).

<sup>80</sup> Come si è già argomentato: vedi, *supra*, § 9.

<sup>81</sup>

A. PUGIOTTO, *L'altra faccia dell'eguaglianza*, cit., 283.

riferimento è alle vicende statunitensi, sudafricana, canadese e – coeva alla sentenza n. 138/2010 – portoghese<sup>82</sup>.

I richiami alla dimensione transnazionale sono invece piegati alla tesi sposata dalla Corte: l'eterogeneità delle discipline nazionali (a dimostrazione che non si impone necessariamente l'estensione del regime matrimoniale alle coppie omosessuali)<sup>83</sup>; il rinvio alla legislazione nazionale in ambito CEDU e UE, senza alcuna valorizzazione né del fraseggio sessualmente neutrale dell'art. 9 Carta di Nizza (sul punto innovativo rispetto all'art. 12 CEDU)<sup>84</sup>, né di alcune recenti pronunce della Corte di Strasburgo<sup>85</sup>. Così impostato il dato comparato e sovranazionale, è gioco facile concluderne che, in materia, non si impone «*la piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna*»<sup>86</sup>. Come volevasi dimostrare.

### 13. E' il momento di riepilogare.

L'impostazione organicistica data alla soluzione della *quaestio*. Il ricorso al criterio ermeneutico dell'*original intent*. L'esclusione di una possibile interpretazione conforme a Costituzione del dato legislativo impugnato, diversamente orientata. La negazione (attraverso la dichiarata inammissibilità della questione relativa all'art. 2 Cost.) che la Costituzione imponga l'estensione del regime matrimoniale alle coppie di persone dello stesso sesso. L'iscrizione del paradigma eterosessuale del matrimonio direttamente al parametro costituzionale

---

<sup>82</sup>

Amplie indicazioni bibliografiche in M. PEDRAZZA GORLERO – G. FRANCO, *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio*, § 10, nota 150.

<sup>83</sup> Cfr. Considerato in diritto, punto 8.

<sup>84</sup> Cfr. Considerato in diritto, punto 10.

<sup>85</sup> Corte EDU, *Kozak v. Poland*, 2 marzo 2010 e successivamente, in senso analogo, la già segnalata Corte EDU *Schalf and Kopf v. Austria*, 24 giugno 2010, entrambe ripercorse da M. PEDRAZZA GORLERO – G. FRANCO, *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio*, § 10, note 171-173.

<sup>86</sup>

Considerato in diritto, punto 10. Il quadro normativo comparato è in continuo divenire, al punto che i contributi antologici anche più recenti necessitano già di aggiornamento: da ultimi, G. Vagli, *L'approvazione della legge che consente il matrimonio tra omosessuali in Portogallo*, in *Quad. cost.*, 2010, 603 ss.; D. PERRONE, *Commento a Corte costituzionale*, cit., 2-3; P. PASSAGLIA, *Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica*, in *Foro it.*, 2010, 273 ss. (anche con riferimento alla coeva sentenza del Tribunale costituzionale portoghese, 8 aprile 2010, n. 121 del 2010, sulla quale vedi E. CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze*, cit., 11-13). Quanto alla complessa vicenda californiana, vedi G. MARZULLI, *Legislazione costituzionale diretta e controllo di legittimità sostanziale: le sentenze dei Marriage Cases e la "naturale" flessibilità della Costituzione nella "democrazia ibrida"*, in *Dir. pubbl. comp. europeo*, 2010, 308 ss. ed ora – per i suoi recentissimi sviluppi – il contributo di G. BRUNELLI, *Imparare dagli altri: la pronuncia della United States District Court for the Northern District of California sul same-sex marriage*, in corso di pubblicazione negli *Scritti in onore di Franco Modugno*.

(attraverso il rigetto semplice della questione relativa all'art. 29 Cost.). Il recupero dell'argomento funzionalistico circa la potenziale natura procreativa del matrimonio. La possibilità di un medesimo regime giuridico tra coppia coniugata e coppia omosessuale circoscritta solo a particolari ipotesi (e dunque esclusa in generale). Il nucleo irriducibile individuato all'interno dell'art. 29 Cost. quale limite ad innovazioni normative (nazionali e sovranazionali) favorevoli al matrimonio omosessuale. L'argomento tratto dalla disciplina legislativa relativa ai transessuali. L'inquadramento dell'unione omosessuale quale formazione sociale all'interno dell'art. 2 Cost. (ma fuori dall'art. 29 Cost.). Il dato normativo comparato e sovranazionale come conferma della pluralità di soluzioni normative alternative al regime matrimoniale omosessuale. Fin qui i numerosi argomenti spesi nella sentenza n. 138/2010 paragonata ad una «pietra tombale»<sup>87</sup> o ad un «macigno»<sup>88</sup> sulla strada dell'estensione del matrimonio alle coppie di persone dello stesso sesso.

Metterli in fila non vuol dire necessariamente dividerli: tutti – nessuno escluso – risultano confutabili, come già molti commenti alla sentenza n. 138/2010 hanno sostenuto, con ampia facoltà di prova. Resta tuttavia un dato di fondo: sul piano giuridico formale a fare testo è la pronuncia costituzionale con il suo dispositivo, peraltro già confermata dalla successiva ordinanza n. 276/2010<sup>89</sup> così come – facile previsione – altrettanto accadrà quando verrà affrontata la *quaestio* promossa dal Tribunale di Ferrara (ad oggi ancora pendente).

Residua un modo per superare simili ingombranti precedenti? Forse sì. Senza, peraltro, costringere la Corte a rinnegare (integralmente) la strategia interpretativa di fondo seguita nella pronuncia esaminata. Provo a tratteggiare *l'escamotage*.

Come rilevato in una delle memorie costitutive di parte<sup>90</sup> a proposito delle unioni omosessuali, «è certo che il fenomeno sussistesse anche ai tempi della Costituente [...] ma in quanto non socialmente rilevante non poteva essere preso allora in alcuna considerazione (né in positivo, né in negativo). Ciò vuol dire che non si è optato per la famiglia eterosessuale a scapito di quella omosessuale, riservando a questa una minore dignità sociale e giuridica. Semplicemente non la si è presa in considerazione». Ma se così è, il silenzio dell'art. 29 Cost. sulle coppie omosessuali non può essere letto come implicita esclusione<sup>91</sup>: «poiché

<sup>87</sup> F. CALZARETTI, *Coppie di persone dello stesso sesso*, cit., 1.

<sup>88</sup> I. MASSA PINTO – C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio»*, cit., 18.

<sup>89</sup> L'ordinanza n. 276/2010 dichiara, con riferimento all'art. 2 Cost., la manifesta inammissibilità e, con riferimento agli artt. 3 e 29 Cost., la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità sollevate dalla Corte d'appello di Firenze.

<sup>90</sup> Cfr. la già ricordata memoria di costituzione, datata 14 luglio 2009, depositata per conto delle parti private G.M. e S.G., dagli avvocati Alessandro Giadrossi, Francesco Bilotta e Roberto Di Mattei (inedita, *paper*, 17), che – per la relativa documentazione storica – rinvia al volume di G. GORETTI – T. GIARTOSIO, *La città e l'isola. Omosessuali al confino nell'Italia fascista*, Donzelli, 2006.

<sup>91</sup>



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*; di conseguenza non è possibile affermare neppure che sia incostituzionale l'eventuale *scelta discrezionale del legislatore di dare riconoscimento anche al matrimonio omosessuale*<sup>92</sup>

In altri termini, la sentenza n. 138/2010 non certificherebbe un divieto costituzionale assoluto per il matrimonio tra persone dello stesso sesso, limitandosi ad escludere che si tratti di una soluzione costituzionalmente imposta: la sua introduzione è dunque preclusa *per via giurisdizionale* (sia essa l'interpretazione adeguatrice dei giudici comuni o l'intervento additivo della Corte) ma non *per via legislativa*. Così riletta, la pronuncia della Corte costituzionale avrebbe introdotto un divieto di natura *modale*, ma non di *merito*.

**14.** Nel frattempo – in attesa di un intervento legislativo che davvero non si intravede all'orizzonte – l'istituto matrimoniale è e resterà precluso alle coppie omosessuali. Benché vidimato dalla Corte costituzionale, il paradigma eterosessuale del matrimonio si traduce in un vero e proprio privilegio per le coppie di persone di sesso differente, esprime un monopolio esclusivo penalizzante le unioni omosessuali.

Non ci si illuda, però, che una simile scelta non comporti alcun costo sociale. Quando si nega il riconoscimento di taluni diritti (*iura*) ad una minoranza, si perpetua la narrazione di un modello dominante rispetto al quale comportamenti alternativi vengono percepiti come devianti e marginali, esponendo così quella minoranza ad un pregiudizio sociale rinsaldato dal diritto (*lex*). Con la sua sentenza la Corte contribuisce, dunque, a conservare la riserva mentale corrente verso le unioni omosessuali come «mimesi del matrimonio tradizionale», «parodia della coniugalità eterosessuale», «simulacro del matrimonio»<sup>93</sup>, in ragione di un loro (presunto) originario difetto di fabbricazione.

Purtroppo, la storia e la cronaca (nera) insegnano che una minoranza, privata di un diritto, è più debole ed esposta all'emarginazione (quando non all'aggressione). Assumendo questa prospettiva, non è forzato il parallelo tra la condizione omosessuale e l'essere ebreo: gli omosessuali «come gli ebrei possono passare per normali, infatti non sei mai sicuro chi è gay e chi no, come non sai chi

---

Si tratterebbe di un'operazione interpretativa non diversa da quella compiuta in sentenza a proposito dell'art. 2 Cost., cui viene ricondotto – come si è visto, *supra*, § 11 – il fenomeno delle unioni omosessuali, certamente estraneo alla *original intent* dei Costituenti quando ragionarono di formazioni sociali costituzionalmente garantite: sul punto, ad esempio, F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, cit., 1371.

<sup>92</sup>

I. MASSA PINTO – C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio»*, cit., 8 (corsivi testuali), che così proseguono: «Dimostrato che i Costituenti pensarono e vollero disciplinare esclusivamente il matrimonio eterosessuale, non ne discende, insomma, che al legislatore resti preclusa la possibilità di estendere tale disciplina al matrimonio omosessuale».

<sup>93</sup> Le citazioni testuali sono di M. BONINI BARALDI, *La famiglia de-genere*, cit., rispettivamente 12 e 24.

è un ebreo. Inoltre, sia gli ebrei che i gay sono pochi»; tuttavia «a differenza degli ebrei, che non hanno scelto la propria identità, rimane però sempre il sospetto che i gay l'abbiano fatto volontariamente, un giudizio che, data la valutazione dell'omosessualità, implica sempre una colpa»<sup>94</sup>.

E' un parallelo che inquieta, specie se si considera che «*le discriminazioni nei confronti degli ebrei, lesive dei diritti fondamentali e della dignità della persona, hanno assunto consistenza normativa con un complesso di provvedimenti che hanno toccato i diversi settori della vita sociale*», tra i quali – con il regio d.l. 17 novembre 1938, n. 1728 – proprio la «*materia matrimoniale*»: colpisce oggi che a rammentarcelo, con queste parole, sia proprio una non lontana sentenza della Corte costituzionale<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup>

La citazione è tratta dal colloquio di A. Di Lellio con Edmund White, *Interviste dal XX secolo: i gay*, allegato a *Liberal*, 1999, n. 60, 49.

<sup>95</sup>

Sentenza n. 268/1998, Considerato in diritto, punto 5.