

## **SPAGNA: La sentenza del Tribunal Constitucional del 6 novembre 2012 sul matrimonio omosessuale, tra “polisemia” e normalizzazione \***

di Lucilla Conte  
(2 dicembre 2012)

### *1. Premessa*

Dopo sette anni di attesa, il Tribunal Constitucional spagnolo si è pronunciato (STC n. 198/2012) sul recurso de inconstitucionalidad della Ley 13/2005 promosso dai deputati del Grupo Popular. La Ley 13, costituita da un articolo unico, aveva inciso su varie disposizioni del Código Civil in tema di diritto a contrarre matrimonio e, in particolare, aveva aggiunto all'articolo 44 un secondo comma che recita “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Nell'opinione dei ricorrenti, “mediante esta simple reforma de unas cuantas palabras del Código Civil se vendría modificar la conception secular, constitucional y legal del matrimonio como unión de un hombre y de una mujer” (pagina 2 del dattiloscritto della sentenza, reperibile al sito <http://www.tribunalconstitucional.es>), snaturando il concetto di matrimonio e “haciendo de una institución con unos contornos tan definidos y universales una institución polisémica, borrosa y disponible” (pag. 3).

Il 6 novembre 2012, otto giudici costituzionali (1 astenuto, 3 contrari) su 12 hanno ritenuto di “desistimar” tale ricorso, non ritenendo decisivi i numerosi profili di incostituzionalità rilevati dai ricorrenti (se ne contano otto, relativi agli articoli 32, 10.2, 14 in lettura combinata con gli articoli 1.1 e 9.2, 39.1, 2 e 4, 53.1, 9.3 e 167 della Costituzione spagnola). La sentenza, cui si allegano anche un'opinione concorrente e tre opinioni dissenzienti è particolarmente ricca ed articolata e permette – anche per via della pluralità di riferimenti al suo interno al contesto europeo ed internazionale – di formulare alcune brevi riflessioni sulle problematiche di diritto costituzionale che si ricollegano all'introduzione di una nozione allargata e costituzionalmente compatibile di matrimonio.

In particolare, all'interno della pronuncia si segnalano almeno tre profili di particolare interesse, riconducibili alla ricostruzione dell'istituto matrimoniale a partire dal principio di eguaglianza, alla riflessione sul concetto di “cultura giuridica” come ausilio all'interpretazione evolutiva del testo costituzionale e, da ultimo, ai profili di carattere linguistico che costituiscono un elemento di fondamentale importanza nella ricostruzione della definizione del concetto giuridico di matrimonio.

E' necessario, innanzitutto, precisare che i profili di incostituzionalità individuati dai ricorrenti in relazione sono molteplici e chiamano in causa, tra l'altro, il rispetto del principio di gerarchia normativa, l'interpretazione delle disposizioni costituzionali in tema di diritti fondamentali in conformità alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la potenziale violazione del contenuto essenziale di un diritto

---

\* Scritto sottoposto a *referee*.

costituzionalmente determinato e la necessità di seguire il procedimento di revisione costituzionale.

## 2. Il parametro costituzionale decisivo: l'art. 32 CE

Il Tribunal constitucional, tuttavia, individua come principale motivo del ricorso quello relativo alla compatibilità dell'articolo unico della Ley 13/2005 con l'articolo 32 CE. Quest'ultimo stabilisce al primo comma che "El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica" e al secondo comma che "La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos".

Nell'opinione dei ricorrenti il dettato costituzionale in tema di matrimonio indubbiamente si riferisce all'eterosessualità dei coniugi: a supporto di questa affermazione vengono richiamati il significato etimologico della parola matrimonio e la sua derivazione dal termine *mater*, la definizione di quest'ultimo riscontrabile nel Diccionario de la Real Academia de la Lengua ("union de un hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales"), l'interpretazione datane, in particolare, dal Consejo del Estado e dalla Dirección General de los Registros y el Notariado, oltre che dalla Corte EDU in relazione all'art. 12 della Convenzione (è da segnalare tuttavia il successivo *overruling*, in tema di interpretazione dell'articolo 12 della Convenzione, manifestato dalla Corte EDU nella pronuncia *Shalk e Kopf c. Austria* del 2010, per cui "the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex", § 62) e, soprattutto, i lavori preparatori in sede costituente, in cui il riferimento all'uomo e alla donna venne preferito a quello più generale ai coniugi o a "toda persona" e in cui fu viva e presente l'esigenza di sancire l'eguaglianza tra i coniugi come necessaria conseguenza della differenza in base al sesso che caratterizza l'unione matrimoniale (pp. 5-6). In sintesi, si ritiene che la Ley 13/2005, presenti un carattere eccezionalmente innovativo, in grado di incidere sul sistema normativo relativo alla famiglia, a partire dallo svuotamento di "conceptos jurídicos seculares como el de padre, madre, esposo y esposa" (p. 3) e perciò si ponga in forte discontinuità con i limitati (se pur significativi) precedenti che hanno inciso sulla configurazione istituzionale del regime giuridico del matrimonio (come ad esempio l'accesso dei transessuali al matrimonio in seguito alla rettificazione anagrafica del sesso, o come il riconoscimento delle unioni di fatto omosessuali da parte delle Comunità Autonome), oltre che con la tradizionale definizione del matrimonio "per differenziazione" rispetto alle convivenze *more uxorio*, e con esplicito riferimento all'eterosessualità dei coniugi (il matrimonio "entre un hombre y una mujer" è definito come un "derecho constitucional que genera *ope legis* una pluralidad de derechos y deberes" nella STC 184/1990, richiamata nella pronuncia in commento, p. 8).

Di particolare interesse sono le argomentazioni svolte dall'Abogado del Estado, che dopo aver individuato come l'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso sia inquadrabile tra le opzioni a disposizione del legislatore nazionale, posto che la Spagna si colloca tra gli ordinamenti

ascrivibili al “modello intermedio o facoltativo”, essendo quest’ultimo né vietato né imposto dalla Costituzione (p. 16). L’opzione legislativa favorevole all’introduzione del matrimonio *same - sex* rappresenterebbe, inoltre, quella maggiormente rispettosa del principio di eguaglianza, determinando una piena equiparazione delle coppie eterosessuali ed omosessuali di fronte alla possibilità di optare per il regime matrimoniale o per la convivenza di fatto (p. 18).

L’Abogado del Estado, al contrario, aveva manifestato una certa perplessità nei confronti di un’interpretazione etimologica dell’art. 32 CE, la quale inevitabilmente si rapporta al contesto storico in cui venne elaborata la disposizione (“No hay duda de que historicamente ni el constituyente ni el legislador español se plantearon la posibilidad del matrimonio homosexual”), precisando che il mancato riferimento in Costituzione all’(eventuale) omosessualità dei coniugi non derivava soltanto dalla tradizionale e sedimentata nel tempo concezione di matrimonio come unione tra un uomo e una donna, ma altresì dal fatto che l’omosessualità, altrettanto tradizionalmente, in passato non era stata presa in considerazione dal diritto se non a finalità repressive (p. 19). Questa notazione è di particolare interesse in quanto può determinare un significativo depotenziamento del criterio storico-etimologico, in favore di una interpretazione evolutiva delle disposizioni costituzionali che tenga conto della progressiva integrazione dell’omosessualità all’interno della coscienza sociale. Quest’ultima, definita come “normalización social de la homosexualidad” (a questo proposito, è significativo che l’Editoriale apparso sul quotidiano *El País* all’indomani della sentenza, il 7 novembre, 2012, si intitolasse proprio “La normalización”, [elpais.com/elpais/2012/11/07/opinion/1352245279.html](http://elpais.com/elpais/2012/11/07/opinion/1352245279.html)) costituisce il risultato di un procedimento “per tappe” che ha avuto inizio con la riconduzione dell’orientamento sessuale come espressione del diritto al libero svolgimento della personalità individuale, è proseguito con l’inclusione della discriminazione in base all’orientamento sessuale all’interno del più generale divieto di discriminazioni sancito dall’art. 14 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle libertà fondamentali, e si conclude con il riconoscimento alle coppie dello stesso sesso del diritto a contrarre matrimonio (p. 21).

A corredo e valorizzazione di questo percorso, l’Abogado del Estado indica numerosi esempi del composito quadro europeo in cui gli Stati hanno optato per il matrimonio omosessuale *tout-court* oppure hanno approvato unioni registrate aperte a persone dello stesso sesso con effetti identici al matrimonio (salva la differenza in riferimento al *nomen*), e con qualche differenziazione in tema di accesso all’adozione (in proposito è richiamato il composito quadro di tutela riscontrabile all’interno delle Comunità Autonome, p.22). Inoltre, vengono segnalati i risultati di studi sociologici e statistici sul grado di accettazione del matrimonio omosessuale all’interno della società spagnola (in particolare, il Barómetro del Centro de Investigaciones Científicas del giugno 2004 – quindi un dato precedente alla riforma – secondo cui il 67% della popolazione riteneva che le coppie omosessuali stabilmente conviventi abbiano il diritto a vedersi riconosciuti gli stessi diritti e doveri delle coppie eterosessuali e 66, 2% della popolazione si definiva favorevole al matrimonio tra persone dello stesso sesso, p.23). L’indagine allegata dall’Abogado del Estado è significativa in quanto i dati in essa

contenuti non sono dissimili da quelli presenti nell'indagine Istat "La popolazione omosessuale nella società italiana", i cui risultati, resi pubblici il 17 maggio 2012, segnalano come la maggioranza dei rispondenti (62,8%) sia d'accordo con l'affermazione "è giusto che una coppia di omosessuali che convive possa avere per legge gli stessi diritti di una coppia sposata", mentre decisamente inferiore è la percentuale (43,9%) di rispondenti che concordano con l'affermazione "è giusto che una coppia omosessuale si sposi se lo desidera" (dati reperibili al sito <http://www.istat.it/it/archivio/62168>).

### 3. Il matrimonio come "garantía institucional" e "derecho constitucional"

La pronuncia della Tribunal Constitucional si fa carico di una ricostruzione dell'istituto matrimoniale attraverso l'analisi del suo duplice profilo di "garantía institucional" e di "derecho constitucional" e attraverso queste due "griglie" concettuali riesce ad inquadrare da un lato l'indiscutibile rilievo pubblico dell'istituto, dall'altro il suo ineliminabile carattere di diritto fondamentale dell'individuo.

La categoria della "garantía institucional" (adottata dal Tribunal Constitucional a partire dalla STC 32/1981) "persigue la proteccion de determinadas instituciones constitucionalmente reconocidas frente a la acción legislativa que pueda intentar suprimirlas o desnaturalizarlas" e inoltre "no asegura un contenido concreto o un ambito competencial fijado de una vez por todas, sino la preservacion de una institucion en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tempo y lugar" (STC 32/1981, FJ 3). Pertanto, a parere del Tribunale, è lo stesso concetto di "garantía institucional" ad imporre un margine di discrezionalità al legislatore ordinario nel modularne, in concreto, il contenuto, salva la preservazione del suo "nucleo essenziale" (FJ 7, p.37). Il Tribunal Constitucional, pertanto, necessariamente collega lo sviluppo del concetto di "garantía institucional" ad un'interpretazione evolutiva della Costituzione in tema di matrimonio, individuando come il nucleo essenziale di quest'ultimo ("comunidad de afecto que genera un vinculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que posen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar com, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes qui conforman la institución y manifestandolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordinamento" (FJ 9, pp. 41-42) non risulti intaccato dalla riforma del 2005. L'eguaglianza dei coniugi, la libera volontà di contrarre matrimonio con la persona scelta e la manifestazione di tale volontà nelle forme stabilite dal diritto costituiscono le "notas esenciales" del matrimonio, presenti prima della riforma attuata con la Ley 13/2005 e che da essa non risultano alterate. L'apertura del matrimonio attuata, per via legislativa, nei confronti di coppie formate dallo stesso sesso si configura come un'opzione ammissibile che non altera, ma integra, la garantía institucional. L'interpretazione della Costituzione in una prospettiva evolutiva è strettamente collegata, a parere del Tribunal Constitucional, al concetto di "cultura jurídica". Questa non viene intesa in senso "letterale" come l'insieme delle nozioni che formano il giurista, ma è piuttosto descritta

come l'opportunità di arricchire l'interpretazione letterale, sistematica, originalista dei testi giuridici attraverso l'"observación de la realidad jurídicamente relevante", e in particolare del dato per cui "actualmente casi todas la democracias de corte occidental han elaborado algún instrumento legal que concede derechos a las pareja del mismo sexo (FJ 9, 43), del fatto che in dottrina si manifesta "una tendencia creciente a reconocer que el hecho de que el matrimonio entre personas del mismo sexo se integre en la institucion matrimonial, es una realidad susceptible de ser asumida en nuestra cultura juridica" (FJ 9, p. 46), e da ultimo – ma non meno importante – che l'apertura del matrimonio a coppie dello stesso sesso costituisce "una opción no excluida por el constituyente" e compatibile con il dettato dell'art. 32 CE.

In riferimento alla qualificazione come "derecho fundamental" del diritto a contrarre matrimonio, il Tribunal Constitucional ricorda come quest'ultimo costituisca un diritto a titolarità individuale ma non ad esercizio individuale (data la sua indiscutibile rilevanza pubblica, la necessità del mutuo consenso e la derivazione *ope legis* di una serie di diritti e doveri ad esso necessariamente collegati) e di cui è opportuno, al fine di verificare la compatibilità costituzionale della Ley 13/2005, verificare il contenuto essenziale (operazione che impone un raffronto tra il linguaggio delle disposizioni normative e il significato che concretamente veicolano, al fine di individuare se sia ravvisabile uno snaturamento oppure se queste siano ancora riconoscibili). Anche in questo caso, il Tribunal Constitucional individua come la Ley 13/2005 non abbia intaccato il contenuto del diritto a contrarre matrimonio, ma il solo regime di esercizio, avendo aperto l'accesso all'istituto matrimoniale anche alle coppie dello stesso sesso, senza pregiudicare l'analogo diritto già precedentemente concesso alle coppie eterosessuali. Si ritiene dunque che il legislatore ordinario abbia individuato un'opzione costituzionalmente compatibile, rispettosa del contenuto essenziale del diritto e consistente nella piena equiparazione della coppie eterosessuali ed omosessuali di fronte alla possibilità di contrarre matrimonio (con riequilibrio della prospettiva della scelta in relazione alla mera convivenza *more uxorio*) e coerente con la promozione della persona umana, come singolo o all'interno "de los grupos en que se integra", che costituisce un obiettivo costituzionalmente determinato all'art. 9.2 CE (MIGUEL ANGEL PRESNO LINERA, in proposito, rileva come la Ley 13/2005 costituisca "un buen ejemplo de concreción política de lo constitucionalmente posible", *Matrimonio igualitario y Constitución*, [www.lne.es/sociedad-cultura/2012/11/07/matrimonio-igualitario-constitucion/1323084.html](http://www.lne.es/sociedad-cultura/2012/11/07/matrimonio-igualitario-constitucion/1323084.html)).

Un ulteriore elemento di interesse all'interno dell'argomentazione del Tribunal Constitucional risiede nell'affermazione per cui matrimonio e famiglia costituiscono beni costituzionali differenti, collocati all'interno di separate disposizioni costituzionali per espressa volontà del costituente di non costruire un concetto costituzionale di famiglia unicamente basata sul matrimonio, ma di accordare eguale protezione tanto alla famiglia matrimoniale (con o senza discendenza) quanto alla famiglia di fatto (con o senza discendenza). In questa prospettiva si è registrata l'evoluzione, all'interno della giurisprudenza della Corte EDU (*X, Y e Z. c. Regno Unito* del 1997 e *Van Der Heijden c. Paesi Bassi*, 2012) della nozione di vita familiare espressa all'art. 8 CEDU.

Viene inoltre scrutinata la compatibilità costituzionale della Ley 13/2005 con l'art. 39 CE, che ha riformato l'art. 175 del Código Civil attribuendo (poiché non si allude espressamente all'orientamento sessuale dei membri della coppia) alle coppie coniugate la possibilità di adottare. Il Tribunal rileva come in ipotesi di adozione, tanto da parte di persona singola quanto da parte di una coppia coniugata, non vi sia un'astratta incompatibilità tra orientamento omosessuale del/dei potenziale/i adottant/i e l'interesse superiore del minore, la cui concreta realizzazione costituisce l'obiettivo di un procedimento che chiama in causa poteri pubblici, amministrativi e giudiziari, al fine di una adeguata valutazione caso per caso.

#### *4. Elementi di interesse all'interno delle opinioni separate*

Il profilo dell'adozione da parte di coppia coniugata omosessuale è quello in cui si registrano le più forti critiche all'interno delle opinioni dissenzienti allegata alla sentenza in commento. In particolare, i giudici rilevano un eccesso di semplificazione da parte del legislatore, che non avrebbe considerato il fatto che l'orientamento sessuale dei genitori possa configurarsi come un fattore dirimente nella valutazione del *best interest* del minore ad essere collocato all'interno di un nucleo familiare idoneo (voto particolar discrepante dei giudici Rodriguez Arribas e Gonzalez Rivas).

Sempre con riferimento alle opinioni separate dei giudici del Tribunal, si segnalano altresì le critiche al concetto di "cultura jurídica" utilizzato all'interno della pronuncia, ritenuto indeterminato, oscuro, rubricato a mero "sociologismo giuridico" (voto particolar concorrente del giudice Aragón Reyes, che contiene altresì alcune critiche di metodo relative ad un utilizzo strumentale del diritto comparato) e all'utilizzo dell'interpretazione evolutiva. Quest'ultima è individuata come uno strumento pericoloso, in grado di alterare irrimediabilmente il contenuto delle disposizioni costituzionali fino a renderle un "receptaculo vacío" (voto particolar discrepante del giudice Ollero Tassara) e determinando la configurazione del Tribunal Constitucional come "potere costituzionale permanente" (voto particolar concorrente del giudice Aragón Reyes).

Non mancano poi rilievi in favore di una necessaria valorizzazione del collegamento tra il concetto eterosessuale di matrimonio e la naturale finalità procreativa (opinione del giudice Rodriguez Arribas) e un'aspra critica al radicalismo individualista che derubrica le istituzioni a mero corollario di diritti e che sembra integrare una nuova versione dell'uso alternativo del diritto (opinione del giudice Ollero Tassara).

Fuor di dubbio, il voto particolar concorrente del giudice Aragón Reyes appare quello di maggiore interesse in quanto, pur condividendo la decisione del Tribunal, formula alcuni rilievi di metodo che mettono a fuoco quelle che sono le caratteristiche maggiormente qualificanti della pronuncia, vale a dire l'utilizzo del concetto di "cultura jurídica" e l'utilizzo del concetto di interpretazione evolutiva non solo in relazione all'attuale contesto sociale, ma anche, per così dire *a ritroso*, in relazione all'intento originario del costituente

(che non ha vietato, e forse in ipotesi neppure avrebbe escluso, il matrimonio tra persone dello stesso sesso).

Partendo da quest'ultimo, il giudice Aragón Reyes giudica sovrabbondante, oltre che contraddittorio, il concetto di interpretazione evolutiva accolto all'interno della sentenza, ritenendo che sarebbe stato preferibile utilizzare un'argomentazione più sobria, applicando, in presenza di una clausola costituzionale dal tenore letterale aperto (quale è l'art. 32 CE), la massima *in dubio pro legislatoris*, dal momento che la funzione della giurisprudenza costituzionale è prima di tutto determinare non se una legge sia "costituzionale" ma se sia "non incostituzionale".

Il concetto di "cultura giuridica" appare senza dubbio un elemento controverso all'interno della sentenza (a partire dalla sua derubricazione a "sociologismo giuridico" da parte del giudice Aragón Reyes all'interno sua opinione concorrente), in quanto si richiama non agli elementi "tradizionali" che caratterizzano la formazione del giurista, quanto piuttosto agli elementi che "conformano" l'esperienza del giurista stesso e che appartengono ad una pluralità di "universi", anche eventualmente separati dal diritto, che coinvolgono l' "observación de la realidad social jurídicamente relevante".

Definire questa attività come una mera esperienza di carattere sociologico o antropologico sarebbe tuttavia riduttivo: l'avverbio "giuridicamente" determina infatti una necessaria selezione all'interno dei materiali da "esaminare", prima fra tutti l'evoluzione del significato di determinati concetti all'interno della legislazione e della giurisprudenza nazionale, internazionale ed europea, le relative conseguenze sul piano dei diritti che possono prescindere tanto da una riforma di un dettato costituzionale che in astratto si configura come aperto, tanto dalla attestazione del nuovo significato all'interno di pure autorevoli fonti quali i dizionari della lingua. Questi ultimi, infatti, presentano una tendenza alla conservazione, tanto in entrata, quanto in uscita (si pensi alle parole in disuso, che tuttavia vengono espunte molto tempo dopo le loro reale scomparsa tra i parlanti) e rappresentano uno strumento di cui il giurista può, legittimamente, servirsi mantenendo tuttavia uno sguardo critico.