

Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale

di Marco Croce
(23 aprile 2010)

Chi scrive, assolutamente convinto che ci fossero teoricamente le basi per rintracciare le 'rime obbligate' necessarie per addivenire a una pronuncia di incostituzionalità additiva capace di colmare la carenza di strumenti legislativi che impedisce ad alcune *persone*, nel nostro ordinamento, di dare una veste legale al proprio legame affettivo, non avrebbe però mai scommesso, come tutti o quasi, sull'accoglimento della questione riguardo alle disposizioni del codice civile che regolano il matrimonio, non foss'altro che per la situazione politico-costituzionale contingente: una Corte sottoposta giornalmente a delegittimazione da parte del vertice dell'esecutivo non è certo nella condizione 'psicologica' migliore per innovare radicalmente in tema di diritti civili, soprattutto in un contesto politico che avrebbe visto, nel caso di una sentenza additiva su un tema così 'sensibile', una reazione sicuramente ancor più scomposta rispetto a quella avutasi dopo la decisione della II sez. della Corte europea dei diritti dell'uomo nel *Caso Lautsi*.

Era quindi più che comprensibile che l'anima politica della giustizia costituzionale consigliasse quella giurisdizionale di tacere, portando all'emanazione di una ordinanza di inammissibilità che avrebbe rimandato a tempi migliori lo scrutinio su una questione così lacerante (o ritenuta tale). Ci si poteva però augurare che la Corte, nelle pieghe di una scarna motivazione, trovasse modo di inserire un monito capace di mettere in mora il legislatore rispetto a un settore del diritto che ormai ci vede quasi completamente isolati nel quadro delle dinamiche della normazione in materia nell'Europa dei diritti, monito che avrebbe poi potuto fornire la base per un successivo accoglimento della questione nel caso in cui l'omissione non fosse stata, nel corso degli anni, superata.

È invece accaduto che la Consulta abbia deciso di parlare abbondantemente: e quel che ha detto lascia perplessi, in molti punti.

Nel punto 8 della motivazione, in relazione alle censure avanzate riguardo alla violazione dell'art. 2 Cost., la Corte afferma che all'unione omosessuale, formazione sociale caratterizzata dalla stabile convivenza fra due persone dello stesso sesso, 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". Che mai si vorrebbe significare con quest'inciso? Il riconoscimento della condizione di coppia (così almeno sembra di poter interpretare il testo) è un obbligo costituzionale in capo al legislatore o il riferimento ai 'tempi' sta a significare che c'è piena discrezionalità anche sull'*an* dello stesso? Se così fosse, non si capisce perché usare il termine diritto fondamentale, visto che tale non può essere considerato un diritto che può essere riconosciuto o meno dal legislatore ordinario sulla base di una valutazione discrezionale. In sostanza si tratterebbe allora solamente della impossibilità per il legislatore di frapporre ostacoli, civili, amministrativi o penali, alle unioni omosessuali (diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia), senza nessun obbligo di addivenire a un riconoscimento – subito dopo si parla infatti di "aspirazione al riconoscimento". E non ci si troverebbe dunque nemmeno dinanzi a un timido monito. Comunque sia, il periodo non appare per nulla chiaro.

Dalla lettura del punto 9, che si occupa del rigetto della questione in relazione agli artt. 3 e 29 Cost., scaturiscono le perplessità maggiori, la prima delle quali di ordine teorico generale: la Corte, dopo essersi premurata di ricordarci la duttilità dei principi costituzionali, che "vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni

dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi", sembrando inclinare dunque verso la preferenza per l'interpretazione evolutiva – definita in dottrina come "interpretazione che tende ad adattare vecchie (o relativamente vecchie) disposizioni a situazioni nuove, non previste dal legislatore storico" (R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, p. 264) – pone però un limite alla stessa davvero sconcertante, dicendo che essa "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". Con il che, l'interpretazione evolutiva si risolverebbe nell'*original intent* e tutti o quasi i diritti di 'II e III generazione' riconosciuti dal giudice delle leggi nella sua più che cinquantennale giurisprudenza non avrebbero dunque cittadinanza alcuna nell'ordinamento costituzionale.

La seconda, invece, riguarda l'ancor meno convincente inciso con il quale la Corte, appoggiandosi sul II comma dell'art. 29, formulato per parificare la condizione della donna nella coppia a quella dell'uomo, sancisce l'impossibilità di leggere la parola coniugi in un senso che consentirebbe il matrimonio a persone dello stesso sesso: "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". Ma un termine semanticamente neutro come coniugi non abbisogna certo di creatività per poter essere applicato a persone dello stesso sesso: creativa è stata sicuramente la lettura della Costituzione spagnola, dove c'è scritto testualmente uomo e donna. È l'intenzione originaria sulla cui base si legge la disposizione che carica il significante 'coniugi' di un significato – 'uomo e donna' – non superabile per via interpretativa, non certo il testo costituzionale preso in se stesso.

La terza perplessità sorge laddove si parla di "(potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale": ebbene, nel nostro ordinamento giuridico sono leciti matrimoni che non hanno nemmeno in potenza tale finalità, basti pensare al matrimonio degli sterili, per cui non è certo tale funzione a poter essere la base della distinzione che la Corte opera.

Piuttosto insoddisfacente, dal punto di vista della chiarezza e persuasività motivazionale, pure il punto 10, dove si ritorna a parlare della discrezionalità del legislatore in relazione al diritto di sposarsi e al diritto di farsi una famiglia sanciti dall'art. 9 della Carta di Nizza: anche in questo caso, come nel punto 8, non emerge esplicitamente alcun monito, dal momento che si dice solamente che, "Ancora una volta, con il rinvio alle leggi nazionali, si ha la conferma che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento". Ma, si ripete, discrezionalità anche nell'*an*? Soprattutto qui la Consulta non sembra aver colto le potenzialità della disposizione, che le avrebbero consentito almeno di dire chiaramente che, sebbene non esista un diritto al matrimonio degli omosessuali, istituto che, per come ricostruito nella decisione, è riservato ex art. 29 ai soli eterosessuali, esiste però un diritto a farsi una famiglia per gli omosessuali, che deve obbligatoriamente essere riconosciuto dal legislatore nella forma che discrezionalmente riterrà opportuna.

Infine, la Corte, richiamando le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, "elaborate sotto l'autorità del praesidium della Convenzione che l'aveva redatta (e che, pur non avendo status di legge, rappresentano un indubbio strumento di interpretazione)" ricorda che esse "con riferimento al detto art. 9 chiariscono (tra l'altro) che «L'articolo non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso»" e rimarca "che anche la citata normativa non impone la piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna": ma non imporre non significa escludere, mentre la lettura che è stata data dell'art. 29 C. esclude la possibilità di estensione dell'istituto matrimoniale. Avendo la Carta di Nizza, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, lo stesso valore delle norme dei trattati, il

nostro ordinamento dovrebbe quindi contemplare quanto meno la possibilità di tale equiparazione e, dunque, si pone un problema di compatibilità fra la lettura data dalla Corte all'art. 29 – che vieta il matrimonio tra omosessuali – e il diritto comunitario – che non lo impone ma nemmeno lo vieta –, risolvibile nel senso indicato dalla sentenza costituzionale commentata solamente ove si considerasse tale articolo della Costituzione per come interpretato dal giudice delle leggi come controlimite.

Un esito che quasi certamente nessuno, forse nemmeno i giudici costituzionali, poteva immaginare.

* Dottorando di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali nell'Università di Pisa

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali