

**La Consulta al legislatore: questo matrimonio “nun s'ha da fare”**  
(nota a Corte Costituzionale 15 aprile 2010, n. 138).

di Luigi D'Angelo \*  
(16 aprile 2010)

Con la decisione in commento il giudice delle leggi si è pronunciato sulla questione concernente l'ammissibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso nel nostro ordinamento affermando che l'unione omosessuale, pur se riconducibile all'art. 2 Cost., rappresenta tuttavia una formazione sociale non idonea a costituire una famiglia fondata sul matrimonio stante l'imprescindibile (potenziale) “*finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale*”; proseguono i giudici precisando che “*in tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione (art. 29 Cost.) 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*” concludendosi che “*in questo quadro, con riferimento all'art. 3 Cost., la censurata normativa del codice civile che, per quanto sopra detto, contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna, non può considerarsi illegittima sul piano costituzionale. Ciò sia perché essa trova fondamento nel citato art. 29 Cost., sia perché la normativa medesima non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio*”.

Dunque, la formazione sociale costituita dalla cosiddetta “società naturale” ex art. 29 Cost., presuppone, rispetto a tutte le altre formazioni sociali, un *quid* naturalistico ulteriore rappresentato dalla diversità di sesso tra i nubendi nonché dalla loro astratta idoneità a generare figli<sup>1</sup>, dovendosi pertanto escludere ogni discriminazione ex art. 3 Cost. stante la non omogeneità delle unioni omosessuali a quelle matrimoniali ammesse tanto che, opinare diversamente, significherebbe - afferma la Consulta - “*procedere ad un'interpretazione creativa... non una semplice rilettura del sistema*” non potendo pertanto il precetto costituzionale “*essere superato per via ermeneutica*”.

Con le riflessioni a seguire si intende - più che esprimere condivisione per le conclusioni raggiunte dalla Consulta (peraltro in parte similmente argomentate a quanto si era avuto modo di osservare in taluni precedenti intereventi sul tema pubblicati nelle pagine di questo sito) - valutare l'esistenza di un eventuale vincolo che la decisione in nota potrebbe porre al legislatore nella regolamentazione futura dell'unione omosessuale: sembrerebbe potersi affermare alla luce della decisione *de qua*, in particolare, che mentre il legislatore non incontrerebbe limiti nel disciplinare detta unione come destinataria di un espresso riconoscimento giuridico (coppia di fatto, stabile convivenza, ecc.), lo stesso rimarrebbe tuttavia impossibilitato nel sancire l'ammissibilità del matrimonio tra omosessuali, pena l'incostituzionalità della relativa disciplina.

Al riguardo, infatti, mentre il giudice delle leggi ha dichiarato inammissibile la questione sollevata con riferimento alla violazione dell'art. 2 Cost. - poiché, precisano i giudici, “*nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette*” -, v'è stata invece una pronuncia di infondatezza della questione con riferimento

<sup>1</sup> Altresì significativo è il passaggio argomentativo dove si legge, appunto, che “*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*”.

all'eccezionale violazione da parte della normativa codicistica degli artt. 3 e 29 Cost. sulla scorta, appunto, del (a quanto pare) ritenuto esclusivo carattere eterosessuale del matrimonio costituzionalmente contemplato.

Sul punto i giudici costituzionali se da un lato precisano 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”* da altro lato sottolineano, tuttavia, che *“detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto di 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 la fondamentale precisazione che l'eterosessualità del matrimonio costituzionalmente disciplinato presuppone la diversità di sesso tra i coniugi anche alla luce del disposto del comma 2, art. 29 Cost., il quale *“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”*.

Se dunque è lo stesso dato costituzionale ad imporre una simile conclusione ovvero quella della diversità di sesso tra i coniugi - non potendo peraltro *“il precetto costituzionale... essere superato per via ermeneutica”* -, non si vede come un intervento del legislatore possa mutare *“orientamento”* al proposito.

Alle medesime conclusioni dovrebbe viepiù pervenirsi se si dovesse ritenere che l'art. 29, comma 2, Cost. costituisce norma attuativa dell'art. 3 Cost. - nella parte in cui vieta discriminazioni basate sul sesso o di genere<sup>2</sup> - come sembra peraltro potersi desumere altresì dalle parole della Consulta che inquadra proprio nell'ambito di un rapporto di genere il principio di parità di trattamento ex art. 29, comma 2.

Ma vi è di più.

Se davvero, infatti, la decisione in nota costituisce una sorta di monito per il legislatore nel senso anzidetto, effetti ancor più pregnanti discenderebbero anche in un'ottica (futura) sopranazionale: la Consulta, nella specie, ha escluso che le norme ultrastatali invocate a parametro interposto di legittimità ex art. 117 Cost. (norme CEDU) possano imporre nel nostro ordinamento *“la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso”*, ciò stante la loro *“neutralità”* ovvero il rinvio da esse operato alle leggi nazionali. E' vero anche, tuttavia, che la stessa Corte Costituzionale in varie occasioni ha ribadito, con riferimento alle norme sopranazionali ed in particolare quelle della CEDU, che al giudice nazionale, in quanto giudice comune della Convenzione *“spetta il compito di applicare le relative norme, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti”* con la precisazione che alla stessa Corte Costituzionale *“è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve”*<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Sul punto sia consentito rinviare a D'ANGELO, *Matrimonio tra omosessuali: nessuna violazione dell'art. 3 Cost.*, in questo sito.

<sup>3</sup> Corte Costituzionale 26 novembre 2009, n. 311 in [www.consultaonline.it](http://www.consultaonline.it); in dottrina, da ultimo, RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte Cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) del 16 dicembre 2009.

Cosa accadrebbe, allora, se le norme CEDU rispetto alle quali si è oggi esclusa la prescrizione di un vincolo relativamente alla materia *de qua* dovessero in futuro essere interpretate dalla Corte CEDU in un opposto significato ovvero come legittimanti anche unioni matrimoniali omosessuali?

Una interpretazione evolutiva delle norme CEDU in parte *qua* potrebbe “aprire” ad un *revirement* interno soprattutto considerando che la Consulta sembra aver escluso la possibilità di una esegesi evolutiva delle disposizioni costituzionali?

Ebbene, aderendo all’impostazione proposta secondo cui sussisterebbe una preclusione al matrimonio tra persone dello stesso sesso ricavabile dagli stessi precetti costituzionali, la risposta al quesito formulato sarebbe “obbligata” poiché la Consulta ha affermato in varie occasioni che alla stessa “*compete, questo sì, di verificare se la norma della CEDU, nell’interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione. Il verificarsi di tale ipotesi, pure eccezionale, esclude l’operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell’art. 117, primo comma, Cost.; e, non potendosi evidentemente incidere sulla sua legittimità, comporta – allo stato – l’illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento*”<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Corte Costituzionale 26 novembre 2009, n. 311 cit.; si legge nella decisione, “*Il contenuto delle censure impone, in linea preliminare, di ricordare quale sia, secondo la giurisprudenza di questa Corte, il rango e l’efficacia delle norme della CEDU ed il ruolo, rispettivamente, dei giudici nazionali e della Corte di Strasburgo, nell’interpretazione ed applicazione della Convenzione europea. Siffatta questione è stata affrontata e decisa, di recente, dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, le quali hanno rilevato che l’art. 117, primo comma, Cost., ed in particolare l’espressione “obblighi internazionali” in esso contenuta, si riferisce alle norme internazionali convenzionali anche diverse da quelle comprese nella previsione degli artt. 10 e 11 Cost. Così interpretato, l’art. 117, primo comma, Cost., ha colmato la lacuna prima esistente quanto alle norme che a livello costituzionale garantiscono l’osservanza degli obblighi internazionali pattizi. La conseguenza è che il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, in particolare della CEDU, si traduce in una violazione dell’art. 117, primo comma, Cost. Questa Corte ha, inoltre, precisato nelle predette pronunce che al giudice nazionale, in quanto giudice comune della Convenzione, spetta il compito di applicare le relative norme, nell’interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti. Nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale comune deve, pertanto, procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica. Beninteso, l’apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte europea (Cass. 20 maggio 2009, n. 10415; Corte eur. dir. uomo 31 marzo 2009, Simaldone c. Italia, ric. n. 22644/03). Solo quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice comune, il quale non può procedere all’applicazione della norma della CEDU (allo stato, a differenza di quella comunitaria provvista di effetto diretto) in luogo di quella interna contrastante, tanto meno fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione, deve sollevare la questione di costituzionalità (anche sentenza n. 239 del 2009), con riferimento al parametro dell’art. 117, primo comma, Cost., ovvero anche dell’art. 10, primo comma, Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta. La clausola del necessario rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, dettata dall’art. 117, primo comma, Cost., attraverso un meccanismo di rinvio mobile del diritto interno alle norme internazionali pattizie di volta in volta rilevanti, impone infatti il controllo di costituzionalità, qualora il giudice comune ritenga lo strumento dell’interpretazione insufficiente ad eliminare il contrasto. Sollevata la questione di legittimità costituzionale, spetta a questa Corte il compito anzitutto di verificare che il contrasto sussista e che sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo. La Corte dovrà anche, ovviamente, verificare che il contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma CEDU, dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile dalla stessa Convenzione europea all’art. 53. In caso di contrasto, dovrà essere dichiarata l’illegittimità costituzionale della disposizione interna per violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., in relazione alla invocata norma della CEDU. Questa Corte ha*

In altri termini e conclusivamente, se dovesse essere implementato un orientamento del giudice europeo a favore del matrimonio omosessuale secondo una possibile interpretazione delle norme CEDU conferenti, detta eventualità, lungi dall'apportare modifiche al tessuto ordinamentale interno, potrebbe portare all'epilogo paventato dagli stessi giudici costituzionali ovvero la dichiarazione di incostituzionalità della legge 4 agosto 1955, n. 848 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952).

Come dire, questo matrimonio “*nun s'ha da fare*”.

\* Avvocato

---

*anche affermato, e qui intende ribadirlo, che ad essa è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve; ma alla Corte costituzionale compete, questo sì, di verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione. Il verificarsi di tale ipotesi, pure eccezionale, esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.; e, non potendosi evidentemente incidere sulla sua legittimità, comporta – allo stato – l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007)”.*