

# Matrimonio tra persone dello stesso sesso

Capitolo tratto dal Trattato di Diritto di Famiglia  
diretto da Paolo Zatti

---

# MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO

di Marco Gattuso

1. Il dibattito sull'apertura del matrimonio alle persone dello stesso sesso — 2. La giurisprudenza nei Paesi di common law — 3. La giurisprudenza nei Paesi europei — 4. Le carte sovranazionali e la giurisprudenza di Strasburgo — 5. La decisione della Corte Costituzionale — 6. La tutela delle unioni omosessuali (rinvio)

## 1. Il dibattito sull'apertura del matrimonio alle coppie dello stesso sesso.

Il tema della tutela delle unioni omosessuali<sup>1</sup> ha assunto negli ultimi anni rilevanza sempre maggiore, sino alla recente discussione sull'apertura del matrimonio civile alle coppie dello stesso sesso. Sino a pochi anni orsono la dottrina italiana aveva limitato la propria analisi alla constatazione della necessaria natura eterosessuale del matrimonio, reputando l'identità di sesso dei nubendi causa di inesistenza oppure di invalidità<sup>2</sup>. Poiché la differenza di sesso non è imposta da alcuna disposizione normativa, si è parlato a tale proposito di una «norma priva di disposizione»<sup>3</sup> che trova fondamento in «una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio»<sup>4</sup>. Soltanto di recente, su impulso della giurisprudenza che ha sollevato questione di illegittimità costituzionale<sup>5</sup> ed in forza di molteplici rilievi comparatistici, anche in Italia è maturata una discussione più accurata sulle ragioni del denegato accesso al matrimonio<sup>6</sup>. Sulla questione, che mette in discussione

<sup>1</sup> Su cui *Infra*, Parte III, Cap. X.

<sup>2</sup> *V. retro*, Cap. VII, Sez. II, Par. 4. Cfr. al riguardo, diffusamente anche FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2002.

<sup>3</sup> FERRANDO, *Questo matrimonio non si può fare?*, in *La «società naturale» ed i suoi «nemici»*. *Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di BIN, BRUNELLI, GUAZZAROTTI, PUGIOTTO, VERONESI Torino 2010 155.

<sup>4</sup> È l'espressione utilizzata nell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Venezia su cui v. oltre nota 5.

<sup>5</sup> Tribunale di Venezia, III sezione civile ordinanza 3 aprile 2009 (est. Guerra) in *Resp. civ. e prev.* 2009, 1905, con nota di FERRANDO, *Il matrimonio gay: il testimone passa alla Consulta*; in *Nuova Giur. Civ. Comm.* 2009, 911 con nota BUFFONE *Riconoscibilità del diritto delle persone omosessuali di contrarre matrimonio con persone del proprio sesso*; Corte d'Appello di Trento sezione civile, ordinanza 29 luglio 2009; Corte di appello di Firenze, I sezione civile, ordinanza 3 dicembre 2009; Tribunale di Ferrara ordinanza 14 dicembre 2009. Ad ulteriore commento delle ordinanze v. anche BONINI BARALDI, «*Comizi d'amore» in tempo di crisi*, in *Fam. e dir.*, 2009, 8-9, 830; CRIVELLI *Il matrimonio omosessuale all'esame della Corte Costituzionale* in *Giur. Cost.* 2009, 726; FIORILLO *Matrimonio omosessuale: la lacuna italiana nella tutela dei diritti, alla luce della Costituzione e della normativa europea* in *Giur. Merito* 2009; MELANI *Il matrimonio omosessuale davanti alla Corte Costituzionale: azzardo o svolta?* in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); PATRONE *Il matrimonio tra persone omosessuali davanti alla Corte Costituzionale* in *Quest. Giust.* 2009, 143; PIGNATELLI, *Dubbi di legittimità costituzionale sul matrimonio*, in *Forum di Quad. Cost.*, 2010.

<sup>6</sup> Per un quadro generale, cfr. i fondamentali: *Amore civile, dal diritto della tradizione al diritto della ragione*, a cura di DE FILIPPIS e BILOTTA, Milano Udine 2010; *Le unioni tra persone dello stesso sesso - Profili di diritto civile, comunitario e comparato* a cura di BILOTTA Milano-Udine, 2008; BONINI BARALDI, *Le nuove convivenze tra disciplina straniera e diritto interno*, Milano 2005; BONINI BARALDI, *La famiglia*

le stesse nozioni di “famiglia” e di “matrimonio”, la Corte Costituzionale è addivenuta ad una prima pronuncia di rigetto<sup>7</sup>, la cui interpretazione, anche a causa di una sua evidente indeterminatezza ed ambiguità, non ha sopito il dibattito<sup>8</sup>. Il tema ha interessato anche numerose altre Corti di legittimità, che hanno dichiarato l’incompatibilità costituzionale del divieto di matrimonio, oppure hanno rimandato alla competenza del legislatore ordinario, con una sorta di dialogo globale che ha ad oggetto, essenzialmente, la medesima interrogazione: che relazione sussista tra il principio di eguaglianza formale e la nozione di famiglia, ormai estesa anche alle unioni omosessuali<sup>9</sup>.

Sette nazioni europee hanno già aperto il matrimonio alle coppie omosessuali (Olanda, Belgio, Spagna, Norvegia, Svezia, Portogallo e Islanda). In quattro Paesi

*de-genere Matrimonio omosessualità e costituzione*, Milano-Udine 2010. Numerosissimi interventi di grande interesse in *La «società naturale»* cit..

<sup>7</sup> Corte Costituzionale sentenza n. 138 del 2010 (che decideva sulle eccezioni proposte da Tribunale Venezia e Corte d'Appello Trento), in Foro it. 2010, parte I, 1367 con nota DAL CANTO *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale* e ROMBOLI *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*; anche in Fam. e Dir. 2010, 653, con nota GATTUSO *La Corte Costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*. Successivamente, con ordinanza n. 276 del 2010, in Fam. e Dir. 2011, pag 18 con nota RIVIEZZO *Sulle unioni omosessuali la corte ribadisce: “questo matrimonio non s’ha da fare (se non lo vuole il legislatore)”*, e con ordinanza n. 4 del 2011, la Corte ha deliberato sulle questioni di legittimità proposte dalla Corte d'Appello Firenze e dal Tribunale di Ferrara.

<sup>8</sup> Oltre a quelli citati nella nota n. 4, sulla sentenza si segnalava, già a pochi mesi dal suo deposito, un inconsueto diluvio di commenti: CAPOTOSTI *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010* in Quad. Cost. 2010, 361; MORLOTTI *Il no della consulta al matrimonio gay* in Resp. civ. e prev. 2010, 7-8, 1505; PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in Giur. Cost 2010, III, 255 e *Coppie same sex e matrimonio: quale uguaglianza dopo la sent. 138/2010* in Politeia, 2010, 100, 75; 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, II, 1629; SALERNO, *Il vincolo matrimoniale non è suscettibile di interpretazioni creative*, in Guida al diritto, Fam. e min., 2010, 46; VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in Studium iuris, n. 10, 2010, 997 ss.; CALZARETTI, *Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); CROCE, *Dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, ivi; D’ANGELO, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio “nun s’ha da fare”*, ivi; MELANI, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta*, ivi; PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio* ivi; SILVIS, *Il matrimonio omosessuale, tra l’art. 29 e l’art. 2 della Costituzione*, ivi; SPINELLI, *Il matrimonio non è un’opinione*, ivi; CHIASSONI *En attendant Godot la Corte Costituzionale e il matrimonio tra persone dello stesso sesso: spunti di riflessione* in Politeia, 2010, 100, 93; DAL CANTO *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla “aspirazione” al matrimonio al “diritto” alla convivenza* in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it); D’AMICO *Una decisione ambigua* in Politeia, 2010, 100, 84; GALLIANI *La Corte e il matrimonio tra persone dello stesso sesso* in Politeia, 2010, 100, 104; LALLI *I paradossi della sentenza 138* in Politeia, 2010, 100, 137; MASSA PINTO, 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 [www.dircost.unito.it](http://www.dircost.unito.it); TONDI DELLA MURA, *La sentenza che ha difeso la parola “matrimonio”* in [www.ilsussidiario.net](http://www.ilsussidiario.net); TINCANI, *Del matrimonio omosessuale*, il Mulino, 2010, 4 594 e *Matrimonio omosessuale, se il codice civile prevale sulla Costituzione* in [www.micromega-online](http://www.micromega-online). Sull’ordinanza n. 276/2010 v. anche NISTICÒ *La corte torna sul matrimonio omosessuale: decisa anche la questione promossa dall’ordinanza fiorentina* in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

<sup>9</sup> Per un quadro notevole di diritto comparato, non solo europeo, cfr. *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei* a cura di PASSAGLIA (con contributi di AA. VV.) nel sito web della Corte Costituzionale, sezione documenti.

(Lussemburgo, Andorra, Finlandia e Slovenia) leggi analoghe sono state annunciate dal governo o sono già in corso d'approvazione in Parlamento mentre nel Regno Unito è in corso di approvazione una legge che consentirà la celebrazione delle unioni omosessuali anche nei luoghi di culto.

Fuori d'Europa, hanno aperto il matrimonio per via legislativa Canada, Argentina e due distretti del Messico<sup>10</sup>, mentre la riforma è stata imposta dalle Corti supreme in Sudafrica, in cinque Stati degli U.S.A. (Massachusetts, Connecticut, Iowa, New Hampshire, Vermont) e nel distretto della capitale, Washington D.C.<sup>11</sup>. Di recente la Corte suprema del Nepal ha ordinato al Legislatore una definizione *gender neutral* di matrimonio<sup>12</sup>. In Israele la Corte suprema ha ammesso la registrazione dei matrimoni celebrati all'estero<sup>13</sup>.

Per contro, i matrimoni gay sono vietati dalle costituzioni statali di ventinove Stati degli U.S.A. ed in quindici nazioni (Lettonia, Lituania, Polonia, Bulgaria, Bielorussia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Ucraina, Honduras, Ecuador, Congo, Kenya, Ruanda e Uganda).

La dottrina italiana appare nettamente divisa. Un orientamento cd. *anti-storicistico* nega ogni possibilità d'apertura, ritenendo che l'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso sarebbe impedita dalla Costituzione e potrebbe essere introdotta soltanto con legge di revisione costituzionale<sup>14</sup> o, forse, neppure con tale modalità<sup>15</sup>. All'opposto, gli indirizzi *storicistici* ritengono possibile una ridefinizione del matrimonio con legge ordinaria<sup>16</sup> oppure ritengono che l'apertura sarebbe già imposta senz'altro dalla Costituzione<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> Distretto di Città del Messico e Stato di Coahuila.

<sup>11</sup> Sulle questioni ancora pendenti nei Paesi di *common law* v. *Infra* par. 2; anche in Brasile è ancora pendente una questione di legittimità costituzionale.

<sup>12</sup> Corte suprema del Nepal, sentenza 17 novembre 2008.

<sup>13</sup> Corte suprema d'Israele, sentenza 21 novembre 2006 *Yosri Ben Ari and others v DPA Ministry of Interior*.

<sup>14</sup> DAL CANTO *Le coppie* cit. 20; D'ALOIA *Omosessualità e Costituzione. La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale* in *La «società naturale»*, cit. 128; GIACOBBE *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?* *Dir. Fam.* 2006, 03, 1219; RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategie) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 751, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come "famiglie"*, 5, in *La «società naturale»* cit. 307; SPINELLI, op. cit.; TONDI DELLA MURA, *La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi e la pretesa dei diritti individuali dei conviventi*, in *Quad. cost.*, 2008, 101 ss.; VIOLINI, *Il riconoscimento delle coppie di fatto: praeter o contra constitutionem?*, in *Quad. cost.*, 2007, 395.

<sup>15</sup> Rileva difatti acutamente che in «una prospettiva di *coerente* "anti-storicismo" l'apertura dell'istituto matrimoniale dovrebbe essere *sottratta alla stessa revisione costituzionale*, sul presupposto che la natura (sia essa considerata naturalisticamente in quanto tale sia essa espressione della volontà divina sia essa una immutabile tradizione culturale) non può essere modificata neppure con un procedimento parlamentare aggravato» PIGNATELLI, *Dubbi* cit. 17.

<sup>16</sup> PIGNATELLI, *Dubbi* cit. 19; ROMBOLI *Il diritto "consentito"* cit., 1640; SCHUESTER *Riflessioni comparatistiche sull'art. 29 della Costituzione italiana* in *Le unioni tra persone dello stesso sesso* cit., 185.

<sup>17</sup> BRUNELLI, *Minoranze sociali, norme discriminatorie e funzione del giudice costituzionale*, in *La «società naturale»* cit., 45. MELANI, op. cit.; PUGIOTTO *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio* in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?* in *La «società naturale»* cit. 15 ss.; VERONESI *Costituzione, «strane famiglie» e «nuovi matrimoni»* *Quad. Cost.* 2008; sulle ragioni che dovrebbero indurre a ritenere costituzionalmente illegittimo il divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso, sia consentito

Nonostante la dottrina unanime consideri il diritto di sposarsi quale diritto fondamentale della persona a norma degli artt. 2 e 29 della Carta costituzionale, gli argomenti evocati pro e contro il riconoscimento di tale diritto a prescindere dal genere del partner sono molteplici e possono essere ricondotti ad alcuni temi di fondo che, nelle diverse sfumature, si presentano in maniera pressoché identica in Italia come all'estero, in dottrina come in giurisprudenza.

L'orientamento più radicale è da riconnettere ad un'impostazione di stampo giusnaturalistico, che rinviene nella locuzione "società naturale" contenuta nell'art. 29 Cost. il richiamo ad una sorta di *jus naturale* della famiglia<sup>18</sup>. Tale impianto non è condiviso dalla dottrina largamente maggioritaria, la quale ha rimarcato da tempo come la nozione di famiglia accolta nell'ordinamento non sia costante e come la formula adottata nella Costituzione «non voglia significare un rinvio (di qualsiasi sorta) a non identificate forme di diritto naturale o comunque prestatuale»<sup>19</sup>. Secondo l'opinione più diffusa «la Costituzione assume la famiglia quale essa è offerta dalla realtà sociale»<sup>20</sup>, ritenendosi da alcuni che il legislatore costituzionale abbia posto senz'altro, secondo una nota definizione, «una norma in bianco, rinviando alla concezione della famiglia del momento storico in cui la norma dell'art. 29 è destinata ad operare»<sup>21</sup>. L'espressione "società naturale" contenuta nell'art. 29 sarebbe invece espressione dell'esigenza fortemente avvertita dal Costituente di prevenire limitazioni o strumentalizzazioni indotte autoritativamente a fini ideologici, come era accaduto in epoca fascista<sup>22</sup>. Secondo un orientamento, tale impostazione

---

rimandare anche a GATTUSO *Costituzione e matrimoni fra omosessuali*, in *Il Mulino* 2007, 452; *Appunti su famiglia naturale e principio di uguaglianza (A proposito della questione omosessuale)*, in *Quest. Giust.* 2007, 261 e *Il dialogo tra le corti in La "società naturale" cit.*, 159

<sup>18</sup> GRASSETTI voce *Famiglia (diritto privato)* in *N.ss D. I.*, VII, 1961, 50; SANTORO PASSARELLI *Matrimonio e famiglia* in *Saggi di diritto civile I*, 1961, 333; LOMBARDI, *La famiglia nell'ordinamento italiano in Iustitia* 1965, 3. Sull'impostazione giusnaturalistica, con ampi rilievi critici e con rassegna degli orientamenti informati in tale senso, cfr. BESSONE, *Rapporti etico-sociali: art. 29*, in *Commentario della Costituzione*, 1977, 12 e BESSONE e ROPPO *Il diritto di famiglia. Evoluzione storica*, 1977. Per un approccio alla questione del matrimonio omosessuale ancorato al giusnaturalismo, CAVANA *La famiglia nella costituzione italiana* in *Dir. Fam.* 2007, 902.

<sup>19</sup> SANDULLI *Rapporti etico sociali, art. 29*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. CIAN - G. OPPO - A. TRABUCCHI, 1992, 9. Cfr. anche RESCIGNO, *Enc. It.*, voce «Famiglia», p. 3 (ora in *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni di diritto di famiglia*, 2000, XIX); BARCELLONA voce «Famiglia (dir. Civ.)» in *Enc. Del Diritto*, vol. XVI, 1967, 779; BESSONE *Rapporti etico-sociali cit.*, 18.

<sup>20</sup> FINOCCHIARIO, *Matrimonio* in *Comm. del Codice Civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, 1971, 26. Cfr., ancora, SESTA *Diritto di famiglia* 2005, 2 per cui «la qualifica di società naturale può essere intesa come riferimento alle forme concrete che la realtà familiare assume in un determinato contesto sociale, si potrebbe dire che la Costituzione vuole che l'ordinamento - piuttosto che adottare normativamente un modello rigido di famiglia - si relazioni al concreto atteggiarsi dei rapporti familiari»

<sup>21</sup> MANCINI *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell'art. 29 Cost.*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 223.

<sup>22</sup> Cfr. il vecchio testo dell'art. 147 c.c., che vincolava i genitori ad educare i figli in conformità al «sentimento nazionale fascista» ed il Regio D.L. 17 novembre 1938, n. 1728 che limitava la libertà matrimoniale degli ebrei (per ampi riferimenti cfr. VERONESI *Costituzione cit.*, 579). Secondo la fortunatissima espressione di Jemolo, utilizzata per rivendicare l'autonomia della famiglia, da posizioni cattolico-liberali, nei confronti delle ingerenze dello stato fascista, la famiglia è una «isola che il mare del diritto deve solo lambire», *La famiglia e il diritto* in *Annali Fac. Giu. Univ.*, Catania 1948, II, 38. Sulla necessità che il legislatore non imponga proprie concezioni ideologiche al tessuto sociale, ma che il diritto

consentirebbe di sussumere allora anche la coppia omosessuale nella nozione di famiglia di cui all'art. 29 Cost in conformità all'attuale manifestazione delle esigenze sociali<sup>23</sup>.

Un altro argomento correntemente addotto per motivare la preclusione del matrimonio alle unioni omosessuali rimanda all'*originaria intenzione* del Legislatore ed ha assunto valenza centrale nell'apparato motivazionale della citata sentenza n. 138/2010 della Corte Costituzionale. È indubbio, difatti, che i membri dell'Assemblea Costituente nel richiamare le nozioni di "famiglia" e di "matrimonio" non ebbero a considerare la possibilità di unioni tra persone dello stesso sesso. La dottrina pressoché unanime ritiene l'argomento cd. "originalista" assai debole, posto che appare «connaturata alle Costituzioni in quanto fonti destinate a durare nel tempo, la capacità di rispondere ad esigenze neppure ipotizzabili da coloro che le hanno un tempo elaborate»<sup>24</sup>. Si è rilevato, inoltre, che poiché i costituenti neppure si prefigurarono la possibilità che un giorno le coppie omosessuali potessero chiedere di sposarsi, non si potrebbe sostenere che l'art. 29 Cost. sia stato scritto proprio per impedire tale eventualità<sup>25</sup>.

Parte della dottrina fa tuttavia riferimento anche alla *tradizione*, in particolare alla tradizione interpretativa che ha visto da sempre l'istituto giuridico del matrimonio confinato alle sole relazioni eterosessuali. L'ordinamento presupporrebbe una «tradizione sedimentata da tempo immemorabile» che dovrebbe valere quale vincolo invalicabile per il diritto positivo<sup>26</sup>. Si è detto, in particolare, che «gli istituti giuridici restano vincolati alla storia che li ha generati ed alle necessità sociali interessate: non può esserne ignorata la realtà di riferimento, né è possibile estenderne indiscriminatamente i confini semantici» e che l'apertura alle coppie omosessuali concreterebbe una «manipolazione semantica» del termine

---

di famiglia rifletta «al modo di uno specchio» lo stato dell'evoluzione delle relazioni familiari nel contesto sociale, cfr. ZATTI, *retro, Introduzione*, 3. Per Sandulli, l'art. 29 impone al Legislatore di salvaguardare «una sfera nell'ambito della quale l'ordinamento statale si asterrà dal penetrare, rispettoso dei valori e dei sentimenti individuali», *op ult. cit.*, 9. I lavori dell'Assemblea Costituente sul tema della famiglia sono stati ripercorsi da ultimo da CAGGIA ZOPPIN *Art. 29 in Commentario alla Costituzione* a cura di BIFULCO, CELOTTI, OLIVETTI. Sul punto prende adesso nettamente posizione anche la Corte Costituzionale nella sentenza n. 138 del 2010, ove dando atto del «vivace confronto dottrinale tuttora aperto», afferma che «i concetti di famiglia e matrimonio non si possono ritenere "crystalizzati" 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» e che con l'espressione "società naturale" «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».

<sup>23</sup> È l'impostazione che sottende alle ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale ed è sostenuta in dottrina da quanti ammettono il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

<sup>24</sup> VERONESI *Costituzione*, cit. p. 585.

<sup>25</sup> In questi termini BIN, *Per una lettura non svalutativa dell'art. 29*, in *La «società naturale»* cit., 50.

<sup>26</sup> V. ad es. MASSA PINTO *Diritto costituzionale e tradizione: a proposito della famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»* in *Forum cost.* 2008, la quale lamenta un attacco alle tradizioni svolto a suo avviso su argomentazioni metagiuridiche, mentre «si tratta piuttosto di avvinghiarsi alla tradizione come il naufrago alla zattera nella tempesta della complessità infinita nella quale l'uomo si trova a vivere». Per un'approfondita disamina in relazione alle motivazioni della Corte Costituzionale cfr. MASSA PINTO, TRIPODINA, *Sul come* cit.

matrimonio<sup>27</sup>. L'argomentazione è stata criticata in quanto sostanzialmente tautologica. Innanzi alla necessità di confrontare una tradizione interpretativa con le esigenze concrete che emergono dalla realtà sociale e con il principio di eguaglianza, la stessa finisce difatti per fare appello soltanto alla stessa tradizione interpretativa (anche le corti americane hanno parlato di «*circular reasoning*»<sup>28</sup>). Si è anche osservato come ogni tradizione interpretativa contenga in sé la possibilità di un suo aggiornamento, come dal diritto positivo e dalla lingua naturale emergano più indizi di un'evoluzione della nozione di famiglia e di matrimonio e, da ultimo, come la difesa delle tradizioni non rientri, per sé, tra gli scopi della giurisdizione, dovendo il giudice valutare di volta in volta la loro compatibilità con il catalogo dei diritti fondamentali previsti dal diritto positivo<sup>29</sup>.

L'approccio è stato precisato da un orientamento, che si definisce *intermedio*, per il quale non si dovrebbe negare in linea di principio la natura storica delle nozioni di famiglia e di matrimonio, dovendosene individuare nondimeno una sorta di nucleo essenziale che, tradizionalmente, comprende, accanto all'*eterosessualità*, anche *monogamia* ed *esogamia*<sup>30</sup>. In tale impostazione la nozione di famiglia come «unione tra soggetti di diverso sesso» deve essere «riconosciuta come indisponibile, siccome costitutiva della struttura stessa della famiglia ed espressiva della sua vocazione a trasmettersi come tale, integra, nel tempo»<sup>31</sup>. L'individuazione di tale «nucleo» essenziale varrebbe quale limite all'interpretazione, consentendo di scongiurare sconfinamenti pretori nell'interpretazione «creativa», suscettibile di stravolgere il significato delle norme costituzionali<sup>32</sup>. L'impostazione è stata contraddetta sul rilievo che «il nesso che viene così costruito tra i tre elementi non ha, in realtà, basi giuridiche» poiché «monogamia ed esogamia hanno un proprio autonomo e differente fondamento costituzionale, che riposa per la prima sul principio di uguaglianza uomo-donna e per la seconda sulla tutela dell'equilibrio dell'istituzione familiare», mentre non si rinviene un analogo fondamento per la differenza di genere<sup>33</sup>. Si deve osservare, oltre a tutto, come gli stessi autori che sostengono tale approccio, pur muovendo

<sup>27</sup> TONDI DELLA MURA, *La sentenza* cit..

<sup>28</sup> Corte suprema del Massachusetts, *Goodridge v Department of Public health* decisione del 18.11.2003 n. 08860.

<sup>29</sup> Sull'evoluzione del termine «matrimonio» in Paesi affini al nostro si è già detto; sui dati che emergono dai trattati europei v. *infra* par. 4; sull'evoluzione della lingua naturale si è rilevato, ad es., come tanto il Webster's che l'Oxford English Dictionary richiamino l'unione tra due persone dello stesso sesso sotto la voce «matrimonio».

<sup>30</sup> VIOLINI, *Il riconoscimento* cit. 395.

<sup>31</sup> RUGGERI *Le unioni* cit., 307.

<sup>32</sup> Si è suggerito, difatti, come sia «un dato di comune esperienza quello per cui la naturale, formidabile duttilità degli enunciati (specie di quelli della Carta) si arresta pur sempre ad un certo punto, superato il quale è la rottura dell'elastico costituzionale» e come «far dire alla Carta tutto su... tutto equivale, in buona sostanza, a non farle dire... niente.» (RUGGERI *Le unioni* cit., 307). Anche la Corte Costituzionale nella sentenza n. 138/2010 (su cui v. *Infra* par. 5) ha fatto riferimento ad un «*nucleo della norma*», il quale segnerebbe il discrimine tra «*interpretazione evolutiva*», in quanto tale legittima, ed «*interpretazione creativa*», che non dovrebbe essere ammessa poiché inciderebbe su tale nucleo.

<sup>33</sup> PEZZINI *Dentro il mestiere* cit., 15.

dal richiamo ad un nucleo che ritengono *immutabile*, giungano di fatto a dare centralità al senso comune *attuale*, il che dunque non precluderebbe future evoluzioni<sup>34</sup>.

Ulteriori argomenti attengono, ancora, all'affermata *funzione procreativa* della famiglia, la quale non potrebbe essere ascritta ad una coppia omosessuale<sup>35</sup>. L'affermazione è stata ripresa da una parte della dottrina tedesca, tenuto conto della particolare accezione di famiglia che si assume recepita nella Legge fondamentale (art. 6, I LF), la quale escluderebbe la qualificazione di "famiglia" finanche per l'unione matrimoniale eterosessuale senza figli<sup>36</sup>. Anche in Italia si è rilevato come la funzione procreativa della famiglia sarebbe presupposta dalla Costituzione, in particolare dall'art. 30, per cui «anche attraverso il coordinamento tra gli artt. 29 e 30 Cost. il modello acquisito in seno alla Costituzione è inequivocabilmente riconducibile ad un tipo di formazione sociale che presuppone l'esistenza di un rapporto eterosessuale»<sup>37</sup>. È stato evidenziato, per contro, come nel nostro ordinamento non sia possibile confinare la nozione di vita coniugale alle sole coppie con figli. Non dovrebbe dubitarsi, infatti, del diritto al matrimonio anche per chi non possa procreare a causa dell'età, di patologie, dell'avvenuto cambiamento di sesso o di qualsiasi altra ragione<sup>38</sup>; «oggi, anche in Italia, il matrimonio civile non è più istituzionalmente orientato alla procreazione» così che «cade in tal modo uno dei tradizionali argomenti contrari al matrimonio tra persone dello stesso sesso»<sup>39</sup>. Si è anche osservato come l'art. 30 Cost. protegga la prole in ogni caso, anche se fuori dal matrimonio<sup>40</sup>. Per altro verso, il problema non pare tanto se lo scopo originario del matrimonio fosse o meno la riproduzione

<sup>34</sup> RUGGERI sottolinea la necessità di non pervenire «ad esiti ricostruttivi non soltanto discosti dall'originaria intenzione dei suoi redattori (il cui rilievo secondo la più accreditata opinione è pur sempre relativo) ma - ciò che più importa - dal senso comune (e, perciò, oggettivo) attribuito alle espressioni in parola, per l'uso fattone nelle pratiche (giuridiche e non) correnti» *Idee* cit., 752. Anche DAL CANTO, criticando l'approccio strettamente originalista della Corte Costituzionale, ritiene che la stessa avrebbe dovuto indagare il «significato che, a distanza di oltre sessant'anni dall'entrata in vigore della Carta costituzionale e tenuto conto dell'attuale contesto storico e sociale, era possibile oggi attribuire a tale locuzione testuale», *La Corte* cit. 1371.

<sup>35</sup> Seppure dottrina e giurisprudenza si stiano già occupando anche del fenomeno della cd. omogenitorialità, cfr. ad es. OBERTO *Problemi di coppia, omosessualità e filiazione* in *Dir. Fam. Pers.*, 2010, 802.

<sup>36</sup> Cfr. con ampi riferimenti PASSAGLIA, *Il matrimonio* cit. 46.

<sup>37</sup> GIACOBBE, op. cit. 1224.

<sup>38</sup> ad es. lo stato di detenzione a vita, cfr. Corte Suprema Stati Uniti d'America *Turner vs Safely*, 1 giugno 1987

<sup>39</sup> FERRANDO *Il matrimonio gay*, cit., 2346. Cfr. anche VERONESI, *Il paradigma*, cit. 1005, il quale osserva come la stessa Corte Costituzionale «nella nota sentenza sul transessualismo (...) non ebbe alcuna retrosia a statuire che solo "arbitrariamente" può attribuirsi "alla capacità generativa il carattere di requisito essenziale per la validità e l'esistenza del matrimonio"». Anche la Corte di Strasburgo trattando il tema del matrimonio del transessuale e dei matrimoni gay ha rilevato che «l'incapacità di una coppia di concepire o di allevare figli non può essere considerata *per se* ragione per negare il diritto al matrimonio» (*Goodwin v. Regno Unito*, 17 luglio 2002; *Schalk and Kopf v. Austria*, 24 Giugno 2010).

<sup>40</sup> La dottrina sottolinea come il regime matrimoniale appaia incidere propriamente sul piano delle relazioni orizzontali, ove prevale l'autonomia privata, a fronte delle relazioni verticali ove prevalgono i diritti del minore aventi rilevanza pubblica (cfr. ad es. SESTA *Diritto di famiglia* cit., 32).

della specie, quanto se l'esercizio del diritto a sposarsi da parte delle coppie omosessuali possa impedire o rendere più gravosa tale funzione.

Altre argomentazioni, imperniate sulla necessità di "difendere la famiglia" ed i "valori tradizionali", appaiono di scarso rilievo giuridico posto che presuppongono un sentimento di superiorità dell'orientamento eterosessuale, incompatibile con il principio di eguaglianza e non discriminazione, e che l'apertura del matrimonio, in ogni caso, «nulla toglie alla famiglia tradizionale»<sup>41</sup>. Più ragionata appare quell'opinione che osteggia l'apertura del matrimonio alle unioni omosessuali paventando che un così radicale discostamento dall'originario concetto di famiglia potrebbe dare la stura alle rivendicazioni più disparate, col pericolo di rendere indeterminati i concetti costituzionali, a detrimento della difesa dei suoi valori fondanti. Seguendo tale teorica del «piano inclinato» (*slippery slope*) si dovrebbero vietare i matrimoni gay per non essere costretti, più avanti, ad aprire le porte alla poligamia, ai matrimoni tra minori, ai matrimoni incestuosi<sup>42</sup>. È stato evidenziato, di contro, come l'ancoraggio alle tradizioni non sia in grado d'opporre la necessaria resistenza avverso rischi di incrinature del tessuto costituzionale poiché, si è detto, «se c'è una categoria che si usura col tempo ... questa è esattamente la tradizione»<sup>43</sup>. Il pericolo di "scivolamento" dovrebbe essere prevenuto, piuttosto, ponendo il limite su basi razionali in una prospettiva di rigoroso bilanciamento degli interessi. Si è rilevato infatti come in tutte le ipotesi sopra menzionate sia possibile individuare il pericolo di lesione di interessi o diritti di terzi o degli stessi coniugi, mentre non è mai stato indicato alcun interesse o diritto di terzi, o degli stessi nubendi, che possa assumersi leso nel momento in cui due adulti consenzienti decidano di sposarsi<sup>44</sup>.

Secondo l'impostazione *storicista*, se la disparità di trattamento non può essere giustificata sulla base di una pretesa differenza ontologica tra unioni omosessuali ed eterosessuali e se si ritiene venuto meno l'antico argomento della *naturalità* delle sole relazioni affettive tra uomo e donna<sup>45</sup>, la piena equiparazione delle unioni omosessuali alle unioni eterosessuali apparirebbe imposta dall'art. 3, I comma, Cost.. A norma dei trattati europei il *discrimen*

<sup>41</sup> «A chi sostiene che il riconoscimento del matrimonio omosessuale contrasti con la tutela della famiglia garantita dall'art. 29, si è obiettato che è assai improbabile che questo provochi una fuga dal matrimonio tradizionale, induca i mariti o i futuri sposi ad abbandonare mogli e fidanzate per formare coppie *unisex*» FERRANDO *Il matrimonio gay*, cit., 2348. Le statistiche confermano, in effetti, che nei Paesi che riconoscono i diritti delle unioni omosessuali i tassi di nuzialità e natalità sono di molto superiori a quelli italiani, così come i tassi di abortività sono di molto inferiori ai nostri (cfr. GATTUSO *Costituzione* cit., 460)

<sup>42</sup> RUGGERI, *Le unioni*, cit., 308; VIOLINI, *Il riconoscimento* cit., 395.

<sup>43</sup> PUGIOTTO *Alla radice* cit., 9.

<sup>44</sup> Si è rilevato che «il trattamento giuridico del soggetto eterosessuale nell'ambito di una relazione di coppia eterosessuale non può essere negato al soggetto omosessuale nell'ambito di una relazione di coppia omosessuale se non in base alla obiettiva dimostrazione di una assoluta necessità finalizzata alla tutela di altro diritto costituzionalmente rilevante che risulterebbe altrimenti pregiudicato, secondo una prospettiva di stretto bilanciamento», PEZZINI *Il matrimonio* cit., 10.

<sup>45</sup> Come appare imposto dalla definizione dell'Organizzazione mondiale della sanità, per cui l'omosessualità è una naturale «variante del comportamento umano», Decisione OMS del 17 maggio 1990.

tra legami «familiari» e «non familiari» è individuato, infatti, nella sussistenza o meno di una comunione spirituale e materiale caratterizzata da reciprocità dei sentimenti e dei doveri di assistenza, e non nella diversità di genere dei soggetti<sup>46</sup>. Si è parlato a tale proposito di “paradosso” dell’art. 29 Cost., posto che una norma creata per garantire l’invulnerabilità di tale sfera personalissima della persona dall’interventismo statale verrebbe richiamata proprio per imporre un concezione ideologica scollata dalle esigenze di cura, di affetto, di reciproca solidarietà espressa da una parte, seppure minoritaria, della comunità sociale<sup>47</sup>.

Con riguardo alle ragioni che dovrebbero indurre ad un ripensamento del tema, si è anche rilevata la necessità di indagare la consistenza del diritto costituzionale alla *libertà matrimoniale*<sup>48</sup>. Si è detto a tale proposito che «la questione rilevante non è se il matrimonio fra le persone dello stesso sesso sia tanto radicato nelle nostre tradizioni da essere un diritto fondamentale, ma se la libertà di scegliere il proprio *life partner* sia tanto radicata nelle nostre tradizioni»<sup>49</sup>.

Seguendo tale orientamento, un intervento dello stesso giudice costituzionale non dovrebbe ritenersi precluso dalla salvaguardia delle prerogative del potere legislativo poiché nella specie non si tratta di creare “nuovi diritti” ma di rimuovere un divieto all’accesso ad un diritto fondamentale già previsto nell’ordinamento<sup>50</sup>.

## 2. La giurisprudenza nei Paesi di common law.

Come detto, la questione del matrimonio omosessuale è stata oggetto di numerose sentenze di diverse Corti supreme nei Paesi di *common law* che hanno discusso gli argomenti, pro e contro, sopra menzionati<sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> V. *Infra* par. 4.

<sup>47</sup> GATTUSO *Appunti* cit. 272.

<sup>48</sup> FERRANDO, *Il matrimonio gay* cit., p. 2346, sottolinea come «in dottrina è ormai acquisito che la libertà matrimoniale intesa sia nella sua accezione positiva come libertà di contrarre matrimonio con la persona prescelta sia in quella negativa come libertà di non sposarsi e di convivere senza matrimonio costituisce diritto fondamentale della persona tutelato dall’art. 2 Cost), così che (...) Si tratta di un diritto che deve essere garantito a tutti in posizione di eguaglianza, come momento essenziale di espressione della dignità umana (art. 3)» così che «solo la prova in concreto che un determinato effetto contrasti con diritti di pari rilevanza costituzionale potrebbe giustificare una soluzione contraria».

<sup>49</sup> Alaska Superior Court *Brause v. Bureau of vital statistic*, 27 febbraio 1998

<sup>50</sup> Il problema si è posto nel dibattito americano ove diverse Corti avevano ritenuto che tra i diritti *deeply rooted in the Nation’s history and tradition*, tutelati dalla Costituzione americana, non vi sarebbe il «diritto di sposare una persona dello stesso sesso» (analogamente nella opinione dissenziente in *Lawrence v Texas*, 2003, il giudice Antony Scalia, rifiutando di ricondurre il tema del delitto di sodomia alla libertà sessuale, rilevava l’inesistenza nella Costituzione americana di un... «right to sodomy»). Anche da noi la questione andrebbe posta ex art. 3, I comma, Cost, non necessitando della individuazione di un nuovo diritto da inserire in un eventuale catalogo aperto ex art. 2.

<sup>51</sup> Per una analisi estremamente accurata della giurisprudenza di *common law* cfr. MONTALTI *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bologna 2007; v. anche CALLARO *The same-sex marriage negli Stati Uniti d’America*, Padova 2006.

Dopo una serie di risalenti pronunzie sfavorevoli<sup>52</sup>, la prima apertura si è avuta nel 1993 con la sentenza della Corte suprema delle Hawaii il cui verdetto è stato tuttavia bloccato da una legge di revisione costituzionale<sup>53</sup>. Ha fatto seguito la pronuncia della Corte suprema del Vermont<sup>54</sup>, che ha dichiarato illegittima l'esclusione degli omosessuali dai benefici del matrimonio, con conseguente introduzione di unioni civili per legge ordinaria. Come reazione, il 21 settembre 1996 è stato approvato dal Congresso il *Defence of marriage act* (cd. *DOMA*), in forza del quale i matrimoni gay non sono riconosciuti a livello federale ed il loro riconoscimento non è reso obbligatorio per gli altri Stati<sup>55</sup>. Come già segnalato, in moltissimi Stati federati sono state approvate leggi, spesso ratificate con referendum, che definiscono espressamente il matrimonio come unione tra uomo e donna.

La svolta è giunta con la sentenza emessa nel 2003 dalla Corte suprema del Massachusetts, con la quale la corte di Boston (la città prossima all'università di Harvard, culla del diritto nordamericano) ha dichiarato incostituzionale il divieto di sposare una persona del proprio sesso<sup>56</sup>.

La Corte bostoniana, dopo avere rilevato che il significato legale di "matrimonio" nel *common law* è da sempre riferito all'unione tra uomo e donna, ha ritenuto che ciò «non possa tuttavia precludere l'esame della questione di costituzionalità», atteso il profondo significato, anche simbolico, di una «istituzione sociale della massima importanza». Sottolineando, difatti, come il matrimonio civile sia «allo stesso tempo un impegno profondamente personale verso un altro essere umano ed una celebrazione intensamente pubblica degli ideali di reciprocità, amicizia, intimità, fedeltà e famiglia» e segnalando, altresì, le innumerevoli conseguenze legali del matrimonio in termini di benefici ed obblighi giuridici, la Corte ha rilevato come, sottoposta la disparità di trattamento a *strict scrutiny*, emerga l'insussistenza di ragioni che consentano di giustificare il diverso trattamento tra coppie sulla base del genere dei componenti ed è giunta a ritenere che il divieto di matrimonio «costituisca una profonda e dolorosa sofferenza per un concreto segmento della comunità, senza ragioni razionali», così da imporre una «ridefinizione del matrimonio».

Due anni più tardi, nel 2005, la Corte Suprema del Sudafrica ha imposto al legislatore di rimuovere entro un anno il divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> Corte Suprema del Minnesota *Baker v. Nelson*, 15 ottobre 1971; Corte suprema di Washington *Andersen v. King County*, 2006. Per un commento di alcune di queste pronunce v. MONTALTI cit., 414 e ss..

<sup>53</sup> Corte suprema delle Hawaii *Baehr v. Lewin* del 5 maggio 1993. Un percorso analogo anche in Alaska: Corte superiore Alaska *Brause v. Bureau of vital statistic*, cit..

<sup>54</sup> Corte suprema del Vermont *Baker v. State* del 20 dicembre 1999.

<sup>55</sup> Lo Stato di New York riconosce tuttavia i matrimoni celebrati in altri Stati, ed alcuni altri Stati (tra cui la California, che contempla una unione civile riservata ai gay con diritti identici al matrimonio) li riconoscono come unioni civili.

<sup>56</sup> Corte suprema del Massachusetts *Goodridge v. Department of Public Health* del 18 novembre 2003.

<sup>57</sup> Corte Suprema del Sudafrica *Minister of Home Affairs v. Fourie*, dell'1 dicembre 2005.

Nell'argomentazione della Corte è stato sottolineato il parallelo tra questione omosessuale e questione razziale, che molta fortuna ha avuto nelle successive pronunce di altre Corti. Richiamando la nota decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti, *Loving v. Virginia*, che nel 1967 aveva dichiarato l'incostituzionalità del divieto di matrimoni tra persone di razza diversa, la Corte ha citato la decisione della Corte superiore della Virginia per cui i matrimoni interraziali sarebbero stati vietati per ragioni naturali («il Signore onnipotente creò le razze bianca, nera, gialla, malese e rossa e le dispose nei diversi continenti (...) il fatto che separò le razze mostra che non voleva che si mescolassero»)<sup>58</sup>. Secondo la Corte sudafricana, la garanzia costituzionale nei confronti delle minoranze non potrebbe arrestarsi adesso innanzi ad un'argomentazione esclusivamente “*denotational*” poiché «i diritti per loro natura si atrofizzano se vengono congelati: quando le condizioni umane mutano e le idee di giustizia e di equità evolvono, anche le concezioni dei diritti assumono nuova trama e significato».

Nel 2005 è stata chiamata a giudicare sulla medesima questione anche la Corte Suprema del Canada, cui erano stati posti quattro quesiti nell'ambito del processo che avrebbe condotto il Parlamento, con legge 20 luglio 2005, a riformare la definizione giuridica di matrimonio in termini *gender-neutral* («l'unione legittima ed esclusiva di due persone»)<sup>59</sup>.

La Corte canadese, seguendo percorso analogo a quello delle altre corti supreme, ha ricordato il suo precedente nel quale stabilì che la donna doveva essere considerata «*persona idonea*» alla nomina a pubblico ufficiale, nonostante i «precedenti legali risalenti sino al diritto romano»<sup>60</sup>, rilevando, in particolare, come «il ragionamento per concetti cristallizzati (*frozen concepts*) è contrario ad uno dei più fondamentali principi dell'interpretazione costituzionale canadese, per il quale la Costituzione è come un albero vivente (*a living tree*) che, per mezzo dell'interpretazione evolutiva, affronta e compone le diverse realtà della vita moderna».

Negli ultimi anni, altre tre Corti supreme americane (California, Connecticut e Iowa) hanno seguito la strada già segnata da Boston e Johannesburg<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Corte Suprema degli Stati Uniti *Loving v. Virginia* 12 giugno 1967, nella quale si rileva che «la libertà di sposarsi è riconosciuta da tempo come uno dei diritti personali essenziali per la ricerca della felicità».

<sup>59</sup> Posto che il divieto di matrimonio era stato già rimosso da diverse corti territoriali e da interventi legislativi in alcune province, il Canada si caratterizza per una sorta di «modulo misto», così MONTALTI cit., 425.

<sup>60</sup> È il cd. *Persons case*, Corte suprema del Canada *Edwards v. Canada*, 18 ottobre 1929. Sino a tale decisione la definizione legale di «persona» a norma della Costituzione canadese non includeva la donna sull'assunto che la giurisprudenza al tempo della promulgazione del British North America act del 1857 non la comprendeva e che i costituenti, se l'avessero voluta includere, l'avrebbero dovuto dire espressamente.

<sup>61</sup> Corte suprema California *In Re Marriage Cases* del 15 maggio 2008; Corte suprema Connecticut *E. Kerrington v. Commissioner of Public Health*, 10 ottobre 2008; Corte suprema Iowa *K. Varnum v. Timothy J. Brien*, del 3 aprile 2009.

La Corte Suprema della California ha osservato come nel suo, notissimo, precedente *Perez v. Sharp* del 1948 la stessa non avesse mancato di ridefinire l'istituto del matrimonio nonostante «il fatto che divieti legali di matrimoni interraziali esistessero sin dalla fondazione dello Stato». Tale precedente, ad avviso della Corte, «chiarisce come la storia di per sé non è invariabilmente una guida appropriata per la determinazione del significato e dello scopo di tale fondamentale garanzia costituzionale».

La decisione della Corte Suprema californiana è stata rovesciata a fine 2008 da un referendum popolare che con una maggioranza del 52% ha ridefinito nuovamente il matrimonio come istituto eterosessuale. Un'ulteriore evoluzione si è avuta, ancora, con la decisione del 2010 con la quale la Corte distrettuale del Nord California ha dichiarato illegittimo l'esito del referendum poiché i diritti fondamentali non potrebbero essere nella disponibilità delle maggioranze. Si è aperto così un conflitto, dagli esiti assai incerti, con il potere legislativo, persino quando esercitato mediante referendum popolare<sup>62</sup>.

È utile sottolineare la saldatura operata da tutte le Corti di *common law* tra questione omosessuale e questione razziale. Le decisioni sono influenzate grandemente dalla precedente giurisprudenza sui matrimoni interraziali ed hanno ripreso le argomentazioni già utilizzate negli anni cinquanta e sessanta per fronteggiare le discipline razziste che limitavano la libertà matrimoniale, tracciando un parallelo tra divieto di sposare una persona dello stesso genere e divieto di sposare una persona di diversa razza, tra discriminazione razziale e sessuale, tra razzismo e omofobia.

### 3. La giurisprudenza nei Paesi europei.

Mentre nei Paesi di *common law* le Corti hanno dichiarato in più occasioni l'illegittimità del divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso, le Corti europee sono intervenute per sancire per lo più le scelte già intraprese dai legislatori nazionali, senza addivenire mai, sino ad oggi, ad una dichiarazione di incostituzionalità. Il diverso atteggiamento delle Corti europee è da ascrivere al paventato rischio di sovrapposizioni tra poteri, senza che ciò escluda, peraltro, che le stesse si facciano garanti di un deciso intervento a tutela dei diritti fondamentali<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> Corte distrettuale del Nord California *Perry v. Schwarzenegger* del 4 agosto 2010 che ha dichiarato l'illegittimità della *Proposition 8*. Analoga sfida è stata lanciata da Corte distrettuale del Massachusetts, *Commonwealth of Massachusetts v. HHS* e *Gill v. Office of Personnel Management*, 8 luglio 2010, che ha dichiarato l'illegittimità del *Defense of Marriage Act*.

<sup>63</sup> Si è rilevato come «la via europea al riconoscimento delle unioni omosessuali sia caratterizzata da una buona dose di flessibilità» riconoscendo «ai legislatori nazionali una certa discrezionalità nella determinazione dei modi in cui prevedere la formalizzazione delle coppie omosessuali, nel segno di un pluralismo che tuttavia non può significare mancata tutela di diritti fondamentali», FERRANDO, *Il matrimonio gay* cit. 913.

A parte alcuni precedenti risalenti<sup>64</sup>, si segnala innanzitutto la pronuncia della Corte Costituzionale belga con la quale è stato rigettato il ricorso avverso la legge del 13 febbraio 2003 che ha consentito il matrimonio anche tra persone dello stesso sesso<sup>65</sup>

I ricorrenti, sottolineando d'essere «cittadini cattolici romani e cristiani protestanti» lamentavano che il Legislatore avesse attribuito «un altro contenuto ed un altro significato all'istituzione del “matrimonio”» modificando così la natura dell'istituto al quale essi stessi avevano aderito (da cui il loro interesse ad agire). La Corte belga, premesso che la Legge ha modificato il matrimonio civile e non quello religioso, sul quale non ha alcuna incidenza, ha rigettato il ricorso rilevando come «le regole del matrimonio eterosessuale non sono modificate in nulla». Secondo la Corte «appartiene al legislatore il compito di determinare la natura e le condizioni del matrimonio», così che in seguito alla riforma il legislatore avrebbe dato atto di non concepire più il matrimonio come istituto finalizzato essenzialmente alla procreazione ma «come un'istituzione avente per scopo principale la creazione, tra due persone, d'una comunità di vita durevole, i cui effetti sono regolati dalla legge» e dunque «avuto riguardo a tale concezione del matrimonio (la creazione d'una comunità di vita durevole) la differenza tra le persone che vogliono formare una tale comunità con persone dell'altro sesso e le persone che vogliono formare una tale comunità con persone del proprio sesso non è tale da fare escludere le seconde dalla possibilità di sposarsi».

La Corte Costituzionale portoghese si è occupata della questione con due diverse sentenze, avendo rigettato nel 2009 la questione di illegittimità costituzionale sollevata avverso le norme del codice civile che presupponevano la diversità di genere, salvo confermare nel 2010 la legittimità del matrimonio gay introdotto per via legislativa<sup>66</sup>.

Nella prima pronuncia del 2009 la Corte ha ritenuto il matrimonio un'istituzione diretta a difendere determinati valori sociali, in particolare «il diritto dei figli ad essere educati dai loro genitori biologici». Secondo la Corte, allora, l'estensione del matrimonio alle coppie dello stesso sesso richiederebbe il riconoscimento nell'ordinamento d'una «definizione più ampia di matrimonio», non più connessa alla procreazione ma intesa come «relazione privata tra due persone adulte diretta a

<sup>64</sup> Corte suprema dei Paesi Bassi, 19 Ottobre 1990, *Hoge Raad*, in *Nederlandse Jurisprudentie* 1992, nr. 129; Corte costituzionale spagnola, 11 luglio 1994; Corte Costituzionale ungherese 13 Marzo 1995. Anche il BVG si è occupato del matrimonio tra persone dello stesso sesso soltanto in una decisione che risale al 1993, definendo il matrimonio ai sensi del paragrafo 6 del *Grundgesetz* come l'unione tra uomo e donna, osservando come non fossero riconoscibili indizi sufficienti per ritenere un cambiamento nella «comprensione del significato del matrimonio», *Bundesverfassungsgericht* 27 maggio 2008. Come acutamente osservato, parrebbe così «emergere *a contrario* la possibilità che sopravvenga un diverso significato del parametro costituzionale» (PIGNATELLI, *Dubbi cit.*, 6; analoghi rilievi anche in PASSAGLIA, *op. cit.*, 47).

<sup>65</sup> Corte Costituzionale del Belgio, sentenza n. 159 del 2004.

<sup>66</sup> Tribunale Costituzionale del Portogallo, sentenza n. 359 del 9 luglio 2009 e sentenza n. 121 dell'8 aprile 2010, in *Foro it.*, 2010, IV, 272, con nota di PASSAGLIA, *Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica*; v. anche 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*, in [www.associazionedeicostituzionaliti.it](http://www.associazionedeicostituzionaliti.it).

soddisfare essenzialmente necessità proprie» e tale scelta non potrebbe essere ritenuta di competenza del Tribunale costituzionale. In mancanza di tale ridefinizione, difatti, una decisione favorevole «avrebbe chiaramente *un carattere additivo*». Seguendo l'indicazione della Corte, il legislatore portoghese, con disegno di iniziativa governativa approvato il 22 dicembre 2009, ha effettivamente percorso la strada della riforma, modificando il codice civile, così che dal maggio del 2010 il matrimonio è stato aperto anche alle coppie dello stesso sesso. Chiamata a valutare la legittimità di tale legge ordinaria, la Corte l'ha confermata rilevando che, mentre «si può dire senza esitazione che il matrimonio che i costituenti si rappresentarono fu il matrimonio tra persone di sesso opposto, al contempo si può concludere certamente che non vi fu alcuna opzione deliberata nella materia nel senso di vietare un'evoluzione dell'istituto matrimoniale. Il problema era politicamente e giuridicamente sconosciuto, così che l'elemento storico deve essere manovrato con cautele ancora maggiori di quelle che generalmente già merita nell'interpretazione del test costituzionale».

Da ultimo la questione di legittimità costituzionale è stata affrontata anche dal *Conseil Constitutionnel* francese, che non si è discostato dall'orientamento fin qui seguito dalle altre corti europee, stabilendo che la questione è di stretta competenza del potere legislativo<sup>67</sup>.

Nella stringata motivazione la Corte ha rammentato i limiti del proprio controllo di legalità, rilevando che il diritto di svolgere una vita familiare normale non implica necessariamente il diritto di sposarsi per le coppie dello stesso sesso e che il legislatore ha piena competenza nella valutazione se la differenza tra la situazione della coppia dello stesso sesso e la coppia composta da un uomo ed una donna possa giustificare una differenza di trattamento con riguardo al diritto di famiglia.

Analoga decisione di rigetto era stata adottata anche dalla Corte Costituzionale austriaca che si è limitata a richiamare la pregressa interpretazione dell'art. 12 CEDU il quale «non richiede che il concetto di matrimonio, volto alla fondamentale possibilità di generare, debba essere esteso a relazioni di diversa natura»<sup>68</sup>. Due giudizi sono ancora pendenti avanti alla Corte Costituzionale spagnola<sup>69</sup> ed a quella irlandese<sup>70</sup>.

Di rilievo appare anche la recente sentenza del BVG che ha ritenuto illegittima la norma tedesca che in materia di matrimonio del transessuale imponeva al coniuge di divorziare preventivamente al fine d'ottenere l'accertamento giudiziale del cambiamento di sesso, osservando il grave pregiudizio che la disposizione crea alla persona imponendole di scegliere tra il diritto fondamentale alla identità sessuale ed il diritto fondamentale a mantenere la relazione matrimoniale<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> Conseil Constitutionnel, 28 gennaio 2011.

<sup>68</sup> Verfassungs-gerichtshof, 12 dicembre 2003

<sup>69</sup> avverso la legge che nel 2005 ha introdotto il matrimonio.

<sup>70</sup> *Gilligan & Zappone*, avverso il diniego di riconoscimento di un matrimonio celebrato in Canada.

<sup>71</sup> BVG 27 maggio 2008 cit. in *Il matrimonio* cit. a cura di PASSAGLIA.

#### 4. Le carte sovranazionali e la giurisprudenza di Strasburgo.

La Carta europea dei diritti fondamentali, ormai in vigore<sup>72</sup>, all'art. 9 ha individuato in capo ad ogni persona «il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia». Pur non imponendo formule predefinite ai legislatori nazionali poiché il diritto è riconosciuto «secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio», la Carta ha compiuto una scelta storica poiché proprio al fine di non escludere le coppie omosessuali ha optato per un'espressione diversa da quella contenuta nell'art. 12 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e le libertà fondamentali per cui «uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi». La dottrina ha rilevato come «in tal modo si apre la via al riconoscimento delle coppie omosessuali e dello stesso matrimonio tra omosessuali»<sup>73</sup>.

La novità contenuta nella Carta ha influenzato, a sua volta, l'interpretazione dello stesso art. 12 della C.E.D.U.. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, è stata chiamata a verificare la compatibilità dell'esclusione delle coppie omosessuali dall'istituto matrimoniale. La stessa ha dichiarato legittimo il codice civile austriaco nella parte in cui non prevede il matrimonio gay ritenendo che l'eventuale apertura del matrimonio sia rimessa ai singoli Paesi. La Corte ha colto tuttavia l'occasione per due *revirement* di portata storica espressamente esplicitati e destinati a segnare un vero e proprio spartiacque in questa materia<sup>74</sup>.

Con una sorta di affascinante “dialogo tra le Carte”, i giudici di Strasburgo hanno richiamato proprio l'art. 9 della Carta della U.E. per modificare la propria interpretazione dell'art. 12 della C.E.D.U., annunciando che «la Corte non considererà più che il diritto di sposarsi ai sensi dell'art. 12 debba essere necessariamente limitato al matrimonio tra persone di sesso opposto»<sup>75</sup>.

Richiamata la propria pregressa giurisprudenza per cui le famiglie *de facto* sono da ricondurre nella nozione di «vita familiare» e premesso che «le

<sup>72</sup>La Carta di Nizza è stata recepita dal Trattato di Lisbona, modificativo del Trattato sull'Unione europea e del Trattato che istituisce la Comunità europea, entrata definitivamente in vigore il 1° dicembre 2009.

<sup>73</sup>FERRANDO *Il matrimonio gay* cit., 1905. Come osservato dalla Corte di Cassazione, l'art. 9 «non richiede più come requisito necessario per invocare la garanzia dalla norma stessa prevista la diversità di sesso dei soggetti del rapporto» (Sez. 1, Sent. n. 6441 del 17/03/2009).

<sup>74</sup>*Schalk and Kopf v. Austria*, cit.. Per una prima analisi della sentenza sia consentito rimandare a GATTUSO *La Corte* cit.. Commentano la sentenza, DANISI *La Corte di Strasburgo e i matrimoni omosessuali: vita familiare e difesa dell'unione tradizionale* in Quad. Cost. 2010, 867; SILEONI *La Corte di Strasburgo e i matrimoni omosessuali: il consenso europeo, un criterio fragile ma necessario* *ibidem*, 870; WINKLER *Le famiglie omosessuali nuovamente alla prova della Corte di Strasburgo* in *La Nuova Giur. Civ. Comm.* 2010, I, 1337.

<sup>75</sup>L'interpretazione data dalla Corte all'art. 12 riecheggia il perdurante dibattito nella dottrina spagnola, ove il tenore letterale dell'art. 32 («*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*») non ha impedito il prevalere dell'interpretazione (imposta dal Legislatore ordinario), secondo cui tale norma indicherebbe i soggetti titolari del diritto a contrarre matrimonio (il diritto, cioè, deve essere riconosciuto a ogni uomo e a ogni donna), senza limitarne la facoltà di scegliere liberamente il partner.

coppie dello stesso sesso hanno la stessa capacità delle coppie di sesso diverso di entrare in relazioni stabili e impegnative», i giudici europei hanno ritenuto che sarebbe oramai “artificiale” (!) mantenere la pregressa distinzione tra omosessuali ed eterosessuali, annunciando che le relazioni omosessuali non saranno più comprese soltanto nella nozione di «vita privata», ma nella nozione di «vita familiare» pure contenuta nell’art. 8<sup>76</sup>. Dunque, per la Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali le unioni omosessuali sono «famiglia».

La decisione dei giudici di Strasburgo per cui la Convenzione non obbliga ad un uguale accesso al matrimonio anche per le unioni omosessuali si fonda, tuttavia, sulla necessità di assicurare un consenso generale sulle proprie decisioni, limitandosi al riconoscimento di uno standard minimo tratto dai principi comuni agli Stati firmatari (cd. «argomento consensualistico o statistico»). La Corte osserva, difatti «che il matrimonio ha profonde radici sociali e culturali che possono differire grandemente da una società all’altra. La Corte conferma che non deve affrettarsi a sostituire il proprio giudizio a quello delle autorità nazionali, meglio posizionate per valutare e rispondere ai bisogni della società».

Tenuto conto che nelle more del procedimento l’Austria aveva introdotto un istituto paramatrimoniale per le coppie gay, la Corte ha osservato che «considerato che al momento i ricorrenti possono accedere all’istituto della *partnership* registrata, la Corte non è chiamata ad esaminare se la mancanza di qualsiasi mezzo di riconoscimento legale per le coppie dello stesso sesso possa configurare una violazione dell’art. 14, preso in congiunzione con l’art. 8». La notazione è di un qualche rilievo per un Paese come l’Italia che manca, invece, di qualsiasi riconoscimento pubblico delle unioni omosessuali.

Sarà di particolare interesse verificare nel prossimo periodo gli effetti delle novità normative ed interpretative nelle materie di competenza dell’Unione europea, con particolare riguardo alla libertà di circolazione. La questione si pone sia per i ricongiungimenti familiari sia, più in generale, per i riflessi dell’eventuale interruzione dello *status* matrimoniale (conseguente allo spostamento da un Paese all’altro) sulla stessa nozione di *cittadinanza europea* e sulla salvaguardia del principio di non discriminazione sancito dall’art. 21 della Carta di Nizza e dall’art. 14 C.E.D.U..

I Trattati europei, pur avendo valenza diretta soltanto nel loro campo di applicazione, agiscono anche quali potenti strumenti interpretativi per il giudice nazionale anche nell’applicazione del diritto statale. Con la nozione europea di «famiglia» è chiamato, allora, a confrontarsi anche quell’indirizzo che ritiene che «del divieto di discriminazioni può essere a buon diritto lamentata la violazione (...)

---

<sup>76</sup> La Corte in passato aveva compreso la tutela delle coppie omosessuali nel principio del rispetto della vita privata (art. 8), piuttosto che nel rispetto della vita familiare. Sulla copiosa giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di tutela della unioni omosessuali vedi: in materia penale *Dudgeon v. the United Kingdom*, 22 ottobre 1981; *Norris v. Ireland*, 26 ottobre 1988; *Modinos v. Cyprus*, 22 aprile 1993; di ammissione al servizio militare *Smith and Grady v. the United Kingdom* nn. 33985/96 e 33986/96; di età del consenso *L. and V. v. Austria*, nn. 39392/98 e 39829/98; di idoneità genitoriale *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, n. 33290/96; di adozione *Fretté v. France*, n. 36515/97; *E.B. v. France*, n. 43546/02; di successione nel contratto di locazione *Kamer v. Austria*, n. 40016/98; cfr. anche *Infra* Parte III, Cap. X

alla sola condizione però che previamente si riconosca l'astratta appartenenza dell'unione omosessuale alla famiglia, nell'accezione sua propria (costituzionale, appunto)»<sup>77</sup>.

## 5. La decisione della Corte Costituzionale.

Come detto, la nostra Corte Costituzionale si è occupata per la prima volta della legittimità del divieto di matrimonio per le coppie omosessuali con la sentenza n. 138 del 2010<sup>78</sup>.

I giudici rimettenti hanno ritenuta preclusa un'interpretazione adeguatrice della legge ordinaria, attesa la sussistenza di norme del codice civile che, tanto con riguardo alla celebrazione che all'indicazione dei diritti e dei doveri dei coniugi, fanno riferimento espresso al "marito" ed alla "moglie"<sup>79</sup>. Per contro, l'art. 29 parla soltanto di «coniugi»<sup>80</sup>. Per quanto attiene alle specifiche censure di legittimità, i remittenti hanno ripreso buona parte degli argomenti evidenziati dalla dottrina e dalla giurisprudenza estera, segnalando, con riguardo al parametro di cui all'art. 2 Cost., come tra i diritti inviolabili della persona debba essere annoverato il «diritto di sposarsi»; con riguardo all'art. 3, I comma, Cost., come il medesimo vieti irragionevoli disparità di trattamento – anche con riguardo alla possibilità di sposarsi riconosciuta ai transessuali - e come l'esclusione degli omosessuali dal diritto di contrarre matrimonio non abbia «alcuna giustificazione razionale»; con riguardo all'art. 29 Cost., come lo stesso debba intendersi quale norma di garanzia diretta ad assicurare il rispetto da parte del Legislatore delle relazioni affettive familiari quali "naturalmente" si manifestano nel contesto sociale, precludendo l'imposizione di scelte ideologiche; con riferimento, infine, all'art. 117, comma 1, Cost., come tra i «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali» si rinvenivano anche norme che statuiscono il diritto fondamentale al matrimonio (art. 12 C.E.D.U. e art. 9 della Carta di Nizza).

L'eccezione è stata rigettata con una doppia pronuncia, di inammissibilità e di infondatezza.

---

<sup>77</sup> RUGGERI *Le unioni* cit., 336, che parlava di «loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come "famiglie"».

<sup>78</sup> La vicenda (nell'ambito della campagna di promozione civile promossa dall'associazione di avvocati Rete Lenford e dall'associazione radicale Certi Diritti) trae origine dalla richiesta di pubblicazione degli atti di matrimonio da parte di alcune coppie formate da persone dello stesso sesso, inoltrata all'ufficiale dello stato civile. Il rifiuto opposto da questi veniva contestato dagli istanti avanti ai competenti Tribunali i quali dubitavano della legittimità costituzionale degli articoli del codice civile (artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis e 156 bis del codice civile) «nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso», ravvisando la violazione degli artt. 2, 3, 29 e 117, comma 1, Cost.. Con riguardo alle ordinanze di remissione e relativi commenti v. *retro* nota 4.

<sup>79</sup> Artt. 107 e 198 c.c. ove si parla di «dichiarazione degli sposi di prendersi in marito e moglie» ed art. 143 c.c. «con il matrimonio marito e moglie acquistano gli stessi diritti ed assumono gli stessi doveri».

<sup>80</sup> Da questo punto di vista non paiono cogliere nel segno le critiche di quanti hanno ritenuto incoerente il ragionamento dei giudici rimettenti per avere creduto ammissibile un'interpretazione includente del testo costituzionale e non del testo del codice. In questo senso v. anche ROMBOLI *Il diritto "consentito"* cit. con ampi riferimenti bibliografici sull'interpretazione conforme ed il sindacato diffuso di costituzionalità.

In relazione alla dedotta incompatibilità dell'implicito divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso con il *diritto di sposarsi* ex art. 2 Cost. ed al parametro ex art. 117 Cost (relativo agli obblighi internazionali) la Corte ha ritenuto la questione *inammissibile* ex art. 28 della L. n. 87 del 1953, perché «diretta ad ottenere una pronuncia additiva non costituzionalmente obbligata». La Corte ha ritenuto che «l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso» rientri nella nozione di «formazione sociale» ex art. 2 Cost., «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». Secondo la Consulta «si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio», poiché «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».

Con riguardo agli artt. 3 e 29 Cost., la Corte è addivenuta, invece, ad una pronuncia di *infondatezza*. La Corte ha rilevato come i costituenti, elaborando l'art. 29 Cost. non potessero che dare per presupposta «la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942», osservando come «non *sia* casuale, del resto, che la Carta costituzionale, dopo aver trattato del matrimonio, abbia ritenuto necessario occuparsi della tutela dei figli» e rammentando la «(potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale». La Corte ha rilevato la necessità di interpretare le norme in senso evolutivo, ritenendo tuttavia che «detta interpretazione 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». Per la Corte «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», concludendo quindi che «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio».

Mentre una parte dei commentatori ha salutato la decisione come una difesa del tradizionale valore della famiglia<sup>81</sup>, altri ne hanno criticato l'impianto soprattutto per un'inversione dell'ordine logico, ritenendo che la preventiva definizione della nozione di matrimonio abbia precluso un'adeguata considerazione della portata del principio di eguaglianza<sup>82</sup>.

A prescindere dalle diverse valutazioni, la pronuncia è stata concordemente criticata per un'evidente ambiguità della motivazione che ha lasciato irrisolti diversi

---

<sup>81</sup> DAL CANTO *Le coppie* cit.; D'ANGELO, *La Consulta*, cit.; SPINELLI cit., 3, TONDI DELLA MURA *La sentenza* cit.

<sup>82</sup> CRIVELLI *Il matrimonio* cit.; D'AMICO *Una decisione* cit.; MELANI, op. cit.; PEZZINI, *Il matrimonio* cit.; PUGIOTTO, *Una lettura* cit.; VERONESI *Il paradigma* cit. e, volendo, GATTUSO *La Corte*. Percorso analogo - ma solo da questo punto di vista - è stato seguito anche dalla Corte di Strasburgo che ha anteposto il vaglio dell'art. 12 (matrimonio) all'art 14 (non discriminazione) della CDEU (*Schalk and Kopf v. Austria*).

aspetti<sup>83</sup>. La decisione è stata giudicata in modo particolarmente negativo per il richiamo preponderante all'argomento cd. "originalista" (secondo l'intenzione del Legislatore)<sup>84</sup>. Non è mancato, in ogni caso, chi, pur dissentendo aspramente dall'esito della decisione, ha rilevato come si sia comunque «almeno in presenza di una strategia argomentativa di natura giuridica, non extragiuridica né metagiuridica»<sup>85</sup>. La Corte, in effetti, centrando tutta la motivazione sull'esame del significato del termine "matrimonio", ha evitato ogni richiamo alla nozione di "società naturale" ed ogni rinvio ad argomenti connessi al giusnaturalismo, a pretese differenze ontologiche tra omosessuali ed eterosessuali ecc... Anche il rapido cenno alla «(potenziale) finalità procreativa del matrimonio», che per le ragioni già dette sarebbe stato argomento assai insicuro<sup>86</sup>, è apparso «inteso semplicemente a ricostruire, ancora, la volontà dei costituenti»<sup>87</sup>. Tra i passaggi più discussi, l'assunto della Corte per cui «*le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio*», ove la Corte sembra mettere inopinatamente a confronto una realtà sociale con un istituto giuridico. Secondo alcuni interpreti si tratterebbe di una «imprecisione» dei giudici costituzionali che potrebbe essere corretta sostituendo al termine «matrimonio» la locuzione «unioni eterosessuali»<sup>88</sup>. Più esattamente, si dovrebbe intendere che la Corte abbia voluto evitare di enunciare una qualche disomogeneità ontologica tra affettività etero ed omosessuale, che sarebbe stata insostenibile alla luce dell'art. 3, I comma Cost. e dell'art. 21 della Carta di Nizza, e che si sia limitata ad evidenziare, con espressione forse poco felice, il ravvisato mancato accesso delle unioni omosessuali all'istituto giuridico del matrimonio civile. Più che un'imprecisione, dunque, si tratterebbe del riflesso del carattere eminentemente tautologico della decisione.

La decisione della Corte, in ogni caso, si segnala per due punti fermi che appaiono espressi con sufficiente nettezza: le unioni omosessuali sono formazioni sociali che in forza della Carta Costituzionale sono meritevoli di tutela; l'apertura del matrimonio non è imposta dalla Costituzione. Su entrambi questi assunti, con rilievi più o meno critici e con accenti diversi, concordano tutti i commentatori.

<sup>83</sup> Si è parlato di una strategia interpretativa «alquanto eccentrica rispetto ai suoi trascorsi», «inusuale», che lascia «opacità da chiarire» (RIVIEZZO *Sulle unioni* cit., 26), con una «motivazione che risulta quasi interamente incentrata sul richiamo della volontà dei costituenti» (DAL CANTO *La Corte* cit., 655), addivenendo ad una presa di posizione che «appare ambigua» (CRIVELLI *Il matrimonio* cit., 8). Sottolinea come sia «sin d'ora prevedibile che la stessa Corte costituzionale sarà chiamata, prima o poi, a (ri)pronunciarsi *funditus* sulla questione in quanto troppo controvertibili ... appaiono le argomentazioni da essa utilizzate nella sentenza; di contro, troppo repentini risultano invece i "cambi di marcia" che investono questi temi. È quindi sensato attendersi ulteriori sollecitazioni affinché la Corte possa rivedere i propri assunti» (VERONESI *Il paradigma* cit., 997).

<sup>84</sup> L'impianto originalista è criticato pressoché unanimemente anche da chi commenta in senso adesivo la decisione della Corte Costituzionale (v. ad es. DAL CANTO *Le coppie* cit., per cui «è senz'altro da escludere che a tale canone interpretativo, al quale solitamente la Corte attribuisce una funzione ausiliaria ed integrativa, possa riconoscersi, come nel caso di specie, un ruolo così determinante»). Più Autori hanno notato come la Corte si discosti dall'intenzione del legislatore persino nella stessa sentenza, ove riconosce che le unioni omosessuali sono formazioni sociali ex art. 2 Cost..

<sup>85</sup> PUGIOTTO, *Una lettura* cit., 8.

<sup>86</sup> *Retro* par. 1.

<sup>87</sup> DAL CANTO *La Corte* cit., 1373.

<sup>88</sup> MELANI, cit., 2. Similmente altra opinione per cui tale asserzione (così corretta dall'interprete) racchiuderebbe anzi «la decisione fondamentale della sentenza» (MASSA PINTO, TRIPODINA, *Sul come* cit.).

Sono, invece, oggetto di dibattito le conclusioni cui la Corte sarebbe giunta con riguardo alla possibilità di modificare la nozione di matrimonio per via legislativa. Ci si è chiesti, cioè, se la Corte abbia letto l'art. 29 Cost. come una disposizione che "impone", "consente" o "vieta" l'apertura del matrimonio alle coppie dello stesso sesso. Pur essendo «evidente che dalla pronuncia n. 138/2010, in quanto decisione di rigetto, non può discendere alcun limite in capo al legislatore, tranne quello di prendere atto che la norma che vieta il matrimonio omosessuale non viola i parametri costituzionali richiamati nel dispositivo»<sup>89</sup>, la diatriba appare di indubbio rilievo dogmatico. Secondo un orientamento la Corte non avrebbe assunto alcuna posizione al riguardo, esulando dall'oggetto dell'eccezione di illegittimità la questione d'una eventuale riforma per legge ordinaria<sup>90</sup>. Per conseguenza si dovrebbe intendere che le unioni omosessuali «non possono essere ritenute omogenee al matrimonio» *per via di interpretazione giurisprudenziale*<sup>91</sup>. Per l'orientamento maggioritario, invece, la Corte, con un *obiter dictum*, implicitamente o forse espressamente, avrebbe ritenuta preclusa la via legislativa. La saldatura del testo costituzionale al contesto normativo vigente all'epoca della sua scrittura sarebbe infatti tale da configurare una vera e propria definizione costituzionale di matrimonio che avrebbe incorporato il paradigma eterosessuale, così da escluderne una rilettura anche per tale via<sup>92</sup>. L'intento della Corte di ravvisare un vincolo costituzionale anche per il legislatore ordinario si desumerebbe, in particolare, dall'aver dichiarata *infondata* la questione ex art. 3 e 29 Cost., mentre per il primo orientamento la soluzione opposta dovrebbe desumersi dal giudizio di *inammissibilità* rispetto al "diritto di contrarre matrimonio" ex art. 2<sup>93</sup>. È stato anche osservato come alcune letture della sentenza

<sup>89</sup> DAL CANTO *Le coppie* cit. 19.

<sup>90</sup> Alla Corte, infatti, è stato chiesto se l'art. 29 imponga il riconoscimento del matrimonio tra omosessuali, mentre non è stato chiesto se l'art. 29 possa consentire tale apertura.

<sup>91</sup> D'AMICO *Una decisione* cit.; GALLIANI *La Corte* cit.; MELANI, op. cit.; PEZZINI, *Il matrimonio* cit.; SILVIS, *Il matrimonio* cit. e, volendo, GATTUSO, *La Corte* cit. 663. Per Pezzini un ulteriore indizio in questo senso può essere tratto dalle successive due ordinanze n. 276/2010 e 4/2011 nelle quali la Corte Costituzionale sintetizza la propria decisione rilevando che: «l'art. 29 Cost. si riferisce alla nozione di matrimonio definita dal codice civile come unione tra persone di sesso diverso, e questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica», *La sentenza 138 parla ai giudici* in Atti del Convegno su *La pronuncia della Corte Costituzionale sui matrimoni same sex: quali effetti, quali prospettive?*, Bergamo, 4 febbraio 2011, in corso di pubbl.

<sup>92</sup> CAPOTOSTI, *Matrimonio* cit. 361; DAL CANTO *La Corte* cit., 657; SALERNO, *Il vincolo matrimoniale* cit.. In senso analogo, seppure criticamente anche: ROMBOLI *Il diritto "consentito"* cit. 1641; v. anche VERONESI, *Il paradigma* cit che tuttavia precisa che «il passaggio testuale tracciato dalla Consulta non è certo nitido nelle sue ricadute – e forse è eccessivo trarne le conseguenze appena ipotizzate – ma, anche per questo, il dubbio persiste»; PUGIOTTO, *Una lettura* cit., 22, il quale propone anche una lettura alternativa (un «possibile *escamotage* interpretativo cui la Corte potrebbe in futuro agganciare un'auspicabile correzione giurisprudenziale») per cui «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*».

<sup>93</sup> Rileva come «il doppio dispositivo ... pone seri interrogativi circa la effettiva portata della decisione» CAPOTOSTI, *Matrimonio* cit. 361. Si è anche parlato «di due sentenze diverse» contenute nella pronuncia,

appaiano influenzate in qualche misura dalle opzioni culturali degli interpreti, con una certa mescolanza tra interpretazione e giudizio sulla stessa.

Nonostante l'apparente preclusione rappresentata dal giudizio di *infondatezza*, sussistono nondimeno più elementi per sostenere che la Corte lasci libertà al Parlamento. In tutta la motivazione, difatti, la Corte non introduce alcun elemento espressamente diretto a condizionare la discrezionalità del Legislatore. Non emergono dunque elementi univoci che consentano di ritenere che abbia inteso discostarsi da tutta la sua pregressa giurisprudenza in materia familiare ove non aveva mai inteso coartare, in un senso o nell'altro, la volontà parlamentare, a maggior ragione in forza di una esegesi meramente "originalista"<sup>94</sup>. L'ancoraggio proposto dalla Corte all'intenzione soggettiva dei costituenti pare strettamente connesso alla necessità di prevenire interpretazioni "creative", d'evitare cioè fughe in avanti giurisprudenziali, di salvaguardare il principio di tripartizione dei poteri, come potrebbe già desumersi dall'indicazione per cui «questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica». È stato osservato, inoltre, come la lettura dell'art. 29 alla luce della nozione civilistica è operata dalla Corte «in assenza di diversi riferimenti», che ben potrebbero venire, dunque, dal legislatore<sup>95</sup>. Dalla sentenza non emerge inoltre alcun argomento per sostenere che l'apertura del matrimonio violi diritti od interessi di terzi o della famiglia eterosessuale e che dunque si contrapponga alla *ratio* di garanzia dell'art. 29. Si deve evidenziare, allora, che persino all'affermazione che l'art. 29 incorpori il paradigma eterosessuale e protegga unicamente il matrimonio tradizionale, non segue che le norme ordinarie sul matrimonio eterosessuale non possano essere legittimamente integrate da una norma che estenda l'istituto ad altre ipotesi.

## 6. la tutela delle unioni omosessuali (rinvio)<sup>96</sup>

---

che segnalano probabilmente un conflitto all'interno della Consulta (così BRUNELLI Atti del Convegno su *La pronuncia* cit.). Per ROMBOLI il problema potrebbe essere aggirato assumendo che la Corte con la dichiarazione di inammissibilità abbia risposto non alla domanda posta dai remittenti (se l'art. 2 garantisca il «diritto di sposarsi») ma ad una domanda che la Corte si sarebbe posta da sé: se sia costituzionale la mancata tutela delle unioni omosessuali, *La sentenza 138/2010 e le sue interpretazioni*, Atti del Convegno su *La pronuncia* cit.. Non è in effetti dubbio che la Corte argomentando sull'art. 2 abbia preferito ragionare di «formazioni sociali, smarcandosi in tal modo dalla prospettiva personalistica cui volevano astringerla i giudici remittenti», così PUGIOTTO *Una lettura* cit.6. A causa dell'ambiguità del testo, ogni opzione interpretativa impone in qualche modo una precisazione del suo contenuto.

<sup>94</sup> La lettura appare conforme non solo alla pregressa giurisprudenza della Corte, ma anche alla giurisprudenza costante di tutte le altre corti costituzionali ed in consonanza rispetto alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo che, come detto, ha rinvio alla discrezionalità nazionale. Si deve rammentare, peraltro, come i giudici di Strasburgo abbiano fondato la loro decisione sulla ravvisata carenza di «*European consensus*», così che un'interpretazione forzata della nostra Costituzione, probabilmente contro l'intenzione degli stessi interpreti che oggi la propugnano, la potrebbe esporre in futuro ad un, immotivato quanto azzardato, conflitto con gli stessi *Bills of rights* europei. Per la dottrina più radicale, invece, in questo caso non dovrebbe chiarirsi la portata dell'art. 29, ma dovrebbe addivenirsi senz'altro alla «dichiarazione di incostituzionalità della legge 4 agosto 1955, n. 848» con la quale l'Italia ha ratificato la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, D'ANGELO *La Consulta*, cit., 4.

<sup>95</sup> PEZZINI *Coppie* cit. 82.

<sup>96</sup> *Infra* Parte III, Cap. X.

La dottrina ha sottolineato l'affermazione della Corte Costituzionale del «diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia», ritenuta da alcuni «di portata storica»<sup>97</sup>. Oltre che rimandare al legislatore ordinario per la regolamentazione delle unioni omosessuali, la Corte ha affermato che resta «riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni» ove «sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza». L'affermazione della sussistenza d'un diritto fondamentale ex art. 2 Cost. conduce dunque ad assicurare tutela giuridica ogni qualvolta sia riscontrabile la necessità d'una eguale protezione. È apparso in particolar modo assai significativo che la Corte abbia preannunciato l'intenzione di porre a confronto la coppia omosessuale e la coppia *coniugata*. Si è lamentato, da alcuni, che la sentenza avrebbe così garantito soltanto il *nomen* del matrimonio, ma non la sua sostanza, «con la paradossale conseguenza di lasciare inestensibile il solo contenitore (l'istituto del matrimonio), non già il relativo contenuto (i diritti della famiglia)»<sup>98</sup>, salutandosi, da altri, l'avvio d'un diffuso controllo di costituzionalità «a valle»<sup>99</sup>. Sarà dunque di grande interesse verificare gli sviluppi della giurisprudenza italiana nel prossimo periodo, tanto nei casi, sempre più numerosi, di coppie omosessuali che hanno figli, che in tutte quelle situazioni in cui la presenza o meno di figli non assuma specifica rilevanza.

---

<sup>97</sup> DAL CANTO, *La Corte* cit. 1367. Per alcune puntualizzazioni v. tuttavia PUGIOTTO *Una lettura* cit., 22.

<sup>98</sup> TONDI DELLA MURA *La sentenza* cit. Per SPINELLI cit., 3 emerge «il rischio ... di arrivare ad una sorta di equiparazione di fatto tra famiglia legittima ed altre forme di convivenza, venendosi potenzialmente ad arginare l'affermazione di non equiparazione sancita in altra parte della sentenza».

<sup>99</sup> Chiamato anch'esso a decidere sulla legittimità del rifiuto di pubblicazioni da parte dell'ufficiale di stato civile, il Tribunale di Varese, con Decreto 23 luglio 2010, ha rilevato il «mutato quadro giurisprudenziale, sia nazionale che sovranazionale, in cui la coppia omosessuale è una formazione sociale a rilevanza costituzionale, inquadrabile nel concetto europeo di "famiglia" come recepito dalla CEDU». Pur osservando che «in assenza di un intervento legislativo, non surrogabile per via pretorile, non è possibile estendere alle coppie omosessuali l'istituto del matrimonio» il Tribunale ha osservato come sia «però, possibile estendere alle stesse diritti previsti per le coppie coniugate dove emerga la necessità di un trattamento omogeneo. E, allora, conseguentemente, il giudice non può intervenire a monte ai fini dell'introduzione del matrimonio omosessuale, ma può intervenire a valle, al fine di riconoscere alla coppia omosessuale diritti che le debbono essere tributati in conseguenza di una situazione di omogeneità che rende irragionevole un trattamento diverso da quello che l'ordinamento riserva alla coppia eterosessuale. L'equiparazione "a valle" o, se meglio si vuol dire, "il riconoscimento dal basso" è irrettabile dove si prenda atto dei binari ermeneutici della Corte di Strasburgo, che, come si è visto, hanno incluso nel concetto di famiglia la coppia omosessuale ed hanno riconosciuto alla stessa il diritto di sposarsi». Per il Tribunale di Varese, «come afferma la dottrina, i diritti umani più che diritti veri e propri sono "processi" ovvero il risultato delle lotte civili, sociali e giudiziarie che gli esseri umani affrontano al fine di avere accesso ai beni primari per la loro vita. E, allora, come hanno scritto i commentatori, il mutato quadro giurisprudenziale è senz'altro "una prima storica occasione per avviare un cammino».