

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Prefazione</i>	XV
<i>Traccia per la discussione</i>	XIX

RELAZIONE INTRODUTTIVA

DENTRO IL MESTIERE DI VIVERE: UGUALI IN NATURA O UGUALI IN DIRITTO? di BARBARA PEZZINI	1
--	---

DISCUSSIONE

LA CEDU, L'UE E IL MATRIMONIO OMOSESSUALE. INFONDATEZZA DELLA <i>QUAESTIO EX ART. 117</i> , 1° COMMA, COST. DELLA DISCIPLINA CODICISTICA SUL MATRIMONIO di LUCA ANDRETTO	25
MITI E REALTÀ NELLA DISCIPLINA DELL'UE IN TEMA DI FAMIGLIA OMOSEX di ELISABETTA BERGAMINI	31
IL CONVITATO DI PIETRA. LA POSIZIONE DEL PARLAMENTO SULLE UNIONI OMOSESSUALI di CHIARA BERGONZINI	35
PER UNA LETTURA NON SVALUTATIVA DELL'ART. 29 di ROBERTO BIN	41
MINORANZE SOCIALI, NORME DISCRIMINATORIE E FUNZIONE DEL GIUDICE COSTITUZIONALE di GIUDITTA BRUNELLI	45

	<i>pag.</i>
UNA QUESTIONE D'INTERPRETAZIONE? BREVI CONSIDERAZIONI SULL'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE di ROSANGELA CASSANO	47
NOTE SUL PERCORSO EVOLUTIVO CONCERNENTE LA NOZIONE DI GRUPPO FAMILIARE di ROBERTA CATALANO	51
STRUTTURA DELLE DISPOSIZIONI NORMATIVE E SENSO DELLA TRADIZIONE di MASSIMO CAVINO	53
ALLA LATITANZA DELLA POLITICA RISPONDE LA CORTE? E SE NON LEI CHI? di CLARA COMELLI	57
TRA POLITICA E ISTITUZIONI: COSTRUIRE UNA SOCIETÀ MIGLIORE È COMPITO DI TUTTI di ANNA PAOLA CONCIA	59
IL MATRIMONIO ETEROSESSUALE: CREPUSCOLO DI UN PARADIGMA di LUCILLA CONTE	61
LA STRUTTURA NATURALMENTE LIQUIDA DELLA FAMIGLIA di GIAN LUCA CONTI	65
IL MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO GENERE: L'ELOQUENZA DEL SILENZIO NORMATIVO di PAOLA CORSINI	75
FAMIGLIE OMOSESSUALI, FAMIGLIE CLANDESTINE. LA LACUNA DELL'ORDINAMENTO CHE PRODUCE DISCRIMINAZIONE di ANGELA COSSIRI	79
ESISTE UN'OBBLIGAZIONE CONVENZIONALE O COMUNITARIA VOLTA A CONSENTIRE IL MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO? di ALESSIA OTTAVIA COZZI	85
IL DIRITTO AL MATRIMONIO RICONOSCIUTO DALL'ART. 12 CEDU ALLA LUCE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE E DELLA CORTE EDU di ELISABETTA CRIVELLI	91

MATRIMONIO OMOSESSUALE E COSTITUZIONE: NÉ OBBLIGATO, NÉ VIETATO di SALVATORE CURRERI	97
OMOSESSUALITÀ E COSTITUZIONE. LA TORMENTATA IPOTESI DEL MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO DAVANTI ALLA CORTE COSTITUZIONALE di ANTONIO D'ALOIA	101
MATRIMONIO E LIBERTÀ SESSUALE di ALFREDO DE FRANCESCO	109
COSTITUZIONE NATURALE E <i>RÈGLE DE DROIT</i> . ESEGESI MINIMA DEL CONCETTO DI FAMIGLIA OLTRE L' <i>IPSE DIXIT</i> E LE SUE IMMEDIATE CONSEGUENZE di SEBASTIANO DONDI	115
IL MATRIMONIO COME DIRITTO FONDAMENTALE PER LE PERSONE OMOSESSUALI TRA UGUAGLIANZA, RISERVATEZZA E AUTODETERMINAZIONE di ELENA FALLETTI	121
ALLA RICERCA DI UN "OGGETTO POSITIVAMENTE NON IDENTIFICATO" di PIETRO FARAGUNA	127
LE COPPIE CHE RICORRONO ALLA CORTE SONO LA PUNTA DI UN <i>ICEBERG</i> SOMMERSO di GIAN MARIO FELICETTI	133
QUESTO MATRIMONIO NON SI PUÒ FARE? di GILDA FERRANDO	137
IL <i>SAME-SEX MARRIAGE</i> TRA NATURA E ARTIFICIALITÀ di LUIGI FRANCO	145
NON È LA COSTITUZIONE A PRESUPPORRE IL PARADIGMA ETEROSESSUALE di CARLO FUSARO	151

	<i>pag.</i>
L'AMORE AI TEMPI DELLA COSTITUZIONE. OMOSESSUALITÀ E MATRIMONIO FRA PRECLUSIONI COSTITUZIONALI E MONITI DISATTESI di GUIDO GALIPÒ	155
IL DIALOGO TRA LE CORTI di MARCO GATTUSO	159
MATRIMONIO TRA OMOSESSUALI: UNA SOLUZIONE DOVEROSA, MA CON I TEMPI NECESSARI di GLADIO GEMMA	165
UNA PROSPETTIVA COMPARATA SUL MATRIMONIO OMOSESSUALE: CANADA E STATI UNITI di GIANLUCA GENTILI	171
TALVOLTA LA COSTITUZIONE NON DICE (ANCORA) TUTTO CIÒ CHE VORREMMO DICESSE di ANDREA GIORGIS	177
DUE TESI SULL'IRRIDUCIBILITÀ DEL PARADIGMA ETEROSESSUALE DEL MATRIMONIO di GIORGIO GRASSO	181
L'ESTENSIONE ALLE COPPIE OMOSESSUALI DELL'ACCESSO AL MATRIMONIO CIVILE: LA STRADA MAESTRA PER UN DIRITTO COSTITUZIONALE DELLA FAMIGLIA "PRESO SUL SERIO" di LUCA IMARISIO	187
GLI ARTICOLI COSTITUZIONALI SULLA FAMIGLIA: TRAVOLTI DA UN INSOLITO (E INESORABILE) DESTINO di ELISABETTA LAMARQUE	191
IL DIRITTO DELL'INDIVIDUO OMOSESSUALE DI CONTRARRE MATRIMONIO CON PERSONA DEL PROPRIO SESSO: UN DIRITTO COSTITUZIONALE DEL SECOLO XXI? di SERGIO LARICCIA	195
TRANSESSUALISMO, OMOSESSUALITÀ E MATRIMONIO di MARIAENZA LA TORRE	201

	<i>pag.</i>
ETEROSLESSUALITÀ E FUNZIONE PROCREATIVA DEL MATRIMONIO: UN ARGOMENTO SUPERABILE DALLA CORTE COSTITUZIONALE di BENEDETTA LIBERALI	207
SOCIETÀ NATURALE E MATRIMONIO TRA OMOSESSUALI di ANDREA LOLLO	215
SÌ, LO VOGLIO di JOËLLE LONG	219
MATRIMONIO E FILIAZIONE: LEGAME INDISSOLUBILE? di ANNA LORENZETTI	225
MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO E FILIAZIONE di MICHELA MANETTI	231
LA FAMIGLIA COME “SOCIETÀ NATURALE”. ALCUNE CONSIDERAZIONI FILOSOFICO-GIURIDICHE SULLA VAGHEZZA DI UNA FORMULA di VALERIA MARZOCCO	237
“NATURALITÀ” DELLA FAMIGLIA FRA DIRITTO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE di VINCENZO MARZUILLO	241
<i>RIGHT TO MARRY E SAME-SEX COUPLES:</i> SPUNTI DI RIFLESSIONE COMPARATISTICA DALLA RECENTE EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE STATUNITENSE di GAETANO MARZULLI	247
L’UNIONE TRA PERSONE DEL MEDESIMO SESSO NELL’ATTUALE CONTESTO STORICO-SOCIALE: ONNIPOTENZA O IMPOTENZA DELLA COSTITUZIONE (E DELLA SUA CORTE)? di ILENIA MASSA PINTO	255
TRE MOTIVI EMPIRICI E LEGALI PER DIRE SÌ AL MATRIMONIO TRA PERSONE DELLO STESSO SESSO IN ITALIA di MARIA FEDERICA MOSCATI	261
SE LA CORTE RISPONDESSE «SÌ, LO VOGLIO ... IN LINEA DI PRINCIPIO»: BREVI RIFLESSIONI CRITICHE SULL’IMPIEGO DI UN’ADDITIVA A DISPOSITIVO GENERICO di ROBERTO PERRONE	267

	<i>pag.</i>
MATRIMONIO, COPPIE OMOSESSUALI, PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA: PER UNA LETTURA CONTESTUALIZZATA DELL'ART. 29, 1° COMMA, COST. di ROBERTO PINARDI	273
L'ALTRA FACCIA DELL'EGUAGLIANZA (E DELL'AMORE) di ANDREA PUGIOTTO	279
IL DIBATTITO NAZIONALE SUL MATRIMONIO OMOSESSUALE: LA PROSPETTIVA DEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA di LINDA MARIA RAVO	285
GIUDICE ORDINARIO E INTERPRETAZIONE DELLE NORME GIURIDICHE di ALICE REALE	295
CIRCUMNAVIGANDO L'ARCIPELAGO FAMILIARE: SCOPERTE O ILLUSIONI? di STEFANO ROSSI	299
LA CAMPAGNA DI AFFERMAZIONE CIVILE: COME E PERCHÈ È NATA di SERGIO ROVASIO	305
LE UNIONI TRA SOGGETTI DELLO STESSO SESSO E LA LORO (<i>INNATURALE</i> ...) PRETESA A CONNOTARSI COME "FAMIGLIE" di ANTONIO RUGGERI	307
<i>SUMMA CONSTITUTIO SUMMA INIURIA?</i> PER UNA SENTENZA INTERPRETATIVA CHE INDIVIDUI CORRETTAMENTE L'ESSENZA DELLA "PRATICA CULTURALE" DEL MATRIMONIO, SUPPORTATA DALL'"ARGOMENTO DELLA MINORANZA" di ILENIA RUGGIU	319
IL MATRIMONIO DELLE COPPIE DELLO STESSO SESSO ALLA CONSULTA O DEI LIMITI DELL'INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE EVOLUTIVA di ANTONIO SAITTA	325
COSTITUZIONE ITALIANA, CARTA DI NIZZA E CEDU A PROPOSITO DI <i>SAME-SEX MARRIAGE</i> di AMEDEO SANTOSUOSSO	333

BREVI NOTE SUL RICONOSCIMENTO DELLE NUOVE FORME DI CONVIVENZA <i>SAME-SEX</i> CONCLUSE ALL'ESTERO: PROFILI INTERNAZIONALPRIVATISTICI di LIVIO SCAFFIDI RUNCHELLA	339
UN'OPPORTUNA SOLLEVAZIONE DI QUESTIONI INFONDATE di SIMONE SCAGLIARINI	345
<i>"IUS AD AMOREM"</i> E INSIDIE DEL MATRIMONIO di ARIANNA THIENE	351
NATURA, CULTURA, DIRITTO di PERSIO TINCANI	353
COSTITUZIONE E MATRIMONIO OMOSESSUALE: <i>QUIS INTERPRETABITUR?</i> di CHIARA TRIPODINA	357
IL RICONOSCIMENTO GIURIDICO DELLE RELAZIONI AFFETTIVE FRA PERSONE DELLO STESSO SESSO: LA QUESTIONE DEL MATRIMONIO OMOSESSUALE DINNANZI LA CORTE COSTITUZIONALE di FRANCESCA UGOLINO	363
LEZIONI DALL'EUROPA di VERONICA VALENTI	369
MATRIMONIO OMOSESSUALE, OVVERO: «È SORPRENDENTE PER QUANTO TEMPO SI PUÒ NEGARE L'EVIDENZA, DI FRONTE A CERTE COSE» di PAOLO VERONESI	377
« <i>YET FOOTNOTES MATTER</i> »: OSSERVAZIONI A MARGINE DI UNA TRADIZIONE di MATTEO M. WINKLER e GRAZIELLA ROMEO	391
LA SOLUZIONE SUDAFRICANA: UNA VIA PERCORRIBILE? di ROBERTA ZUCCHINALI	397

Prefazione

La scelta di quale tema trattare nel tradizionale appuntamento di Amicus Curiae è caduta su una quaestio legitimitatis che attiene alla sfera dei diritti di soggetti appartenenti ad una minoranza. Che riguarda, dunque, tutti, come sempre quando è in gioco lo statuto costituzionale delle libertà civili.

L'annuale seminario "preventivo" ferrarese prende le mosse da quattro ordinanze di rinvio dalla diversa provenienza geografica: Tribunale di Venezia, 3 aprile 2009 e Corte d'Appello di Trento, 29 luglio 2009 (entrambe già pubblicate in G.U.), Corte d'Appello di Firenze, 3 dicembre 2009 e Tribunale di Ferrara, 14 dicembre 2009 (alla data dell'appuntamento ferrarese non ancora pervenute alla cancelleria della Corte costituzionale). Tutte chiedono che il Giudice delle leggi si pronunci in ordine alla riconoscibilità costituzionale del diritto dell'individuo omosessuale di contrarre matrimonio con persona del proprio sesso.

La dinamica dei casi, che ora approdano per via incidentale a Palazzo della Consulta, è seriale. Una coppia omosessuale chiede di procedere alle pubblicazioni di matrimonio; l'ufficiale di stato civile oppone rifiuto alla richiesta considerata illegittima; la coppia ricorre in sede civile avverso il provvedimento di diniego, sollecitando il giudice – in via principale – ad ordinare le pubblicazioni rifiutate e – in via subordinata – a sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale; il giudice civile, esclusa la praticabilità di un'interpretazione del dato normativo difforme da quella seguita dall'ufficiale di stato civile, promuove la quaestio perché rilevante e non manifestamente infondata.

I themata decidenda prospettati non sono perfettamente sovrapponibili.

Non lo sono nei parametri invocati: gli artt. 2, 3 e 29 Cost., cui solo il Tribunale di Venezia aggiunge anche l'art. 117, 1° comma, Cost. Non lo sono anche per le disposizioni legislative impugnate che, variamente combinate, risultano essere gli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis, 231 c.c., «nella parte in cui, complessivamente valutati, non consentono agli individui di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso» (così la Corte d'Appello di Trento, ma analoghe formule sono adoperate anche dagli altri remittenti). Alcuni giudici a quibus, peraltro, ricorrono alla clausola di salvaguardia a tenore della quale «valuterà la Corte, qualora ritenesse la questione fondata, se vi sia la necessità di estendere la pronuncia anche ad altre disposizioni legislative interessate in via di consequenzialità ai sensi dell'art. 27 della L. n. 87 del 1953» (così i Tribunali di Venezia e di Ferrara).

La lettura degli atti di promovimento permette agevolmente di individuare in quella di Venezia l'ordinanza-pilota: ad essa fanno espresso rinvio i giudici di Trento e di Firenze, mentre quello di Ferrara ne ricalca la lettera per larga parte della propria parte motiva. Anche le altre ordinanze, tuttavia, introducono inediti profili argomentativi rispetto alla capofila.

Comune è la ricostruzione della disciplina complessiva dell'istituto matrimoniale, di cui si esclude un'interpretazione evolutiva e costituzionalmente orientata. Il silenzio dell'ordinamento – che non prevede né vieta espressamente il matrimonio omosessuale – viene inteso come norma implicita di esclusione, in considerazione delle numerose disposizioni che presuppongono la differenza di sesso nel rapporto coniugale. L'interpretazione assunta fotografa così «una consolidata e ultramillenaria

nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna» (Tribunale di Venezia e di Ferrara) che «trova il suo fondamento nel sentimento, nella cultura, nella storia della nostra comunità nazionale» (così l'ufficiale di stato civile nella citazione del Tribunale di Ferrara). Interpretazione, peraltro, confermata dalle determinazioni del Ministero degli Interni in materia: vengono citate la circolare n. 2 del 26 marzo 2001; il parere del 28 luglio 2004, prot. 04006451-15100/15952; la circolare n. 55 del 18 ottobre 2007, prot. n. 15100/397/0009861.

È proprio l'ipotesi di partenza della giuridica inesistenza del matrimonio omosessuale a rivelarsi costituzionalmente dubbia, anche alla luce di un'evoluzione sociale e – altrove, ma non in Italia – ordinamentale che impone «un'attenta meditazione sulla persistente compatibilità dell'interpretazione tradizionale con i principi costituzionali» (Tribunali di Venezia e di Ferrara).



Ad entrare in tensione è, innanzitutto, l'art. 2 Cost. laddove riconosce i diritti inviolabili dell'uomo anche all'interno della famiglia quale primaria formazione sociale che conferisce uno status (quello di persona coniugata e come tale titolare di diritti ed obblighi peculiari) non surrogabile attraverso gli strumenti dell'autonomia negoziale privata. Alla sfera dell'art. 2 Cost. è riconducibile anche il diritto di sposarsi quale libertà fondamentale – positiva e negativa – della persona, inclusiva della scelta autonoma del proprio coniuge secondo il proprio individuale orientamento sessuale «né patologico, né illegale» (Tribunali di Venezia e Ferrara).

Il secondo parametro invocato è l'art. 3 Cost.: se nel diritto di contrarre matrimonio trova espressione la dignità della persona, esso non può incontrare preclusione in discriminazioni derivanti dal sesso o dall'orientamento sessuale, «allo stesso modo in cui il principio d'uguaglianza assicura la libertà di scegliere un coniuge di una razza piuttosto che di un'altra, di una religione piuttosto che di un'altra, di una condizione personale piuttosto che di un'altra» (Corte d'Appello di Firenze). È, questa, una libertà di scelta che non travalica limiti posti a tutela di beni costituzionalmente rilevanti, pur evocati nel dibattito dottrinale ma – secondo i giudici a quibus – cedevoli o giuridicamente ultronei: il rispetto della natura umana, la sicurezza e l'ordine pubblico, l'integrità etica della Nazione, la tradizione, la funzione procreativa come finalità propria della famiglia matrimoniale quale «granaio dello Stato», il diritto dei figli a crescere in un idoneo contesto familiare.

Particolare rilievo viene dato alla legge n. 164 del 1982 (ed alla relativa sentenza costituzionale n. 161/1985) in materia di rettificazione di attribuzione di sesso che, già oggi, consente la celebrazione o la conservazione del vincolo matrimoniale anche se il partner abbia nel frattempo mutato il proprio sesso originario: allo stato del giure, dunque, si registra una disparità irragionevole tra la condizione dell'omosessuale e l'analoga situazione del transessuale (cfr. le ordinanze dei Tribunali di Venezia e Ferrara).

Anche l'art. 29, 1° comma, Cost. entra in gioco: non come ostacolo giuridico da superare, semmai come «ulteriore stimolo ad ammettere il matrimonio omosessuale» (Corte d'Appello di Firenze). Dell'invocata disposizione costituzionale, infatti, i giudici a quibus mettono a valore la formulazione neutrale, la sua genealogia ricostruita attraverso una lettura non banalizzata dei lavori in Assemblea Costituente; ne declinano l'attributo «naturale» in senso fenomenico e non giusnaturalistico, valorizzandone la funzione giuridica di limite alle ingerenze dello Stato legislatore nell'autonomia familiare. Così riletto, si arriva ad escludere che rientri nelle finalità dell'art. 29 Cost. la tutela di un modello familiare tradizionale, peraltro da tempo oggetto di inarrestabile trasformazione nei costumi sociali e nella stessa disciplina legislativa, anche sulla spinta di «storiche» sentenze della Corte costituzionale (come tutti gli atti di promovimento argomentano).

È il solo Tribunale di Venezia ad invocare anche il parametro dell'art. 117, 1° comma, Cost., inquadrando il problema «nazionale» all'interno del più dinamico quadro transnazionale e comparato. Entrano così in gioco quali norme interposte gli artt. 8, 12, 14 della CEDU (nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo) e gli artt. 7, 9, 21 della Carta di Nizza (successivamente all'ordi-

nanza di rimessione entrata in vigore a seguito del rinvio materiale ad essa contenuto nel Trattato di Lisbona). Si richiamano i numerosi atti delle Istituzioni europee favorevoli a rimuovere gli ostacoli che si frappongono al matrimonio di coppie omosessuali. Si segnala, in materia, l'evoluzione «nel diritto di molte nazioni di civiltà giuridica affine alla nostra» (ultime, in ordine di tempo, il Portogallo e – successivamente alla data del seminario ferrarese – l'Argentina e l'Islanda) che hanno accolto «una nozione di relazioni familiari tale da includere le coppie omosessuali».

Se un movente c'è stato, da parte degli organizzatori, è da ricercarsi nella volontà di dare visibilità e dignità accademica ad un problema giuridico, delicato e complesso, troppe volte banalizzato (quando non ridicolizzato) e troppe poche volte fatto oggetto di un confronto scientifico davvero rispettoso dei differenti punti di vista culturali e delle sue tante implicazioni costituzionali.

Ciò spiega perché, al servizio di un dibattito prevedibilmente divisivo, abbiamo ritenuto necessario offrire a tutti una ricca Documentazione normativa e giurisprudenziale (anche inedita) ed una Traccia per la discussione di ampio respiro, capace al tempo stesso di arginare possibili tracimazioni argomentative.

Abbiamo chiesto a Barbara Pezzini (Ordinaria di Diritto costituzionale nell'Università di Bergamo) di assumersi il compito, quest'anno particolarmente difficile, di ripercorrere l'intera vicenda oggetto del nostro Seminario. Non chiediamo mai al relatore di turno di farsi carico di tutte le posizioni presenti nel dibattito dottrinale, certi che la messa in sicurezza del taglio plurale e dialettico di Amicus Curiae stia nel massimo di libertà possibile sempre garantita a tutti i partecipanti al nostro dibattito (ora ripercorribile attraverso la sua registrazione integrale audiovideo, fruibile nel ridenominato sito <http://www.amicuscuriae.it>). Così è stato anche in tale occasione: lo testimoniano i tantissimi contributi ospitati in questo volume e le molte competenze che in essi trovano espressione (costituzionalisti, privatisti, studiosi di diritto comunitario, filosofi del diritto, avvocati, magistrati, politici). Questa ricchezza di tesi e soluzioni è stata certamente agevolata da una relazione introduttiva che, senza celare un orientamento critico nei confronti del paradigma eterosessuale del matrimonio, ha saputo porre ad un'Aula Magna piena fino all'inverosimile tutti gli interrogativi cui i giudici costituzionali saranno chiamati a dare risposta. A Barbara Pezzini, dunque, va il nostro sincero ringraziamento per la sua disponibilità, il suo impegno, le sue capacità.

L'udienza nella quale saranno discusse dalla Corte costituzionale le questioni poste dal Tribunale di Venezia e dalla Corte d'Appello di Trento ha già una data: il 23 marzo prossimo venturo.

Per far sì che Amicus Curiae 2010 non venisse meno alla sua dichiarata finalità, siamo stati costretti ad imporre termini draconiani a tutti coloro che desideravano contribuire in forma scritta a questa riflessione preventiva, riuscendo così a costruire il presente volume davvero in un fazzoletto di tempo. Ai tanti Colleghi che lo hanno reso possibile, grazie ad un incredibile sforzo collettivo (massimamente) collaborativo, va la nostra riconoscenza. Un ringraziamento tutto particolare rivolgiamo alla dottoressa Claudia Palandri ed al dottor Nicola Lucchi (per l'indispensabile supporto sul versante informatico del nostro seminario) e a Flavio Romani (che ci ha fatto dono di una locandina particolarmente originale proprio perché assai poco accademica).

È il 13° della serie Amicus Curiae: se la durata restituisce la misura esatta delle cose, della loro qualità e della loro vitalità, possiamo ritenerci soddisfatti.

ANDREA PUGIOTTO

Traccia per la discussione

[In **neretto** sono indicati i documenti scaricabili alla pagina web <http://www.amicuscuriae.it>]

1. La dinamica dei casi e le questioni di legittimità sollevate

1.1. Le **quattro ordinanze di remissione** alla Corte costituzionale nascono a seguito del ricorso al giudice civile da parte di cittadini dello stesso sesso a cui è stato rifiutato dall'ufficiale di stato civile di procedere alla pubblicazione di matrimonio dagli stessi richiama. I ricorrenti hanno chiesto al Tribunale (*ex art. 98, 2° comma, c.c.*), in via principale, di ordinare all'ufficiale di stato civile di procedere alla pubblicazione del matrimonio (e quindi di riconoscere il diritto delle persone omosessuali di contrarre matrimonio con persone del proprio sesso) e, in via subordinata, di sollevare la questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale.

Le **ordinanze di Venezia e Ferrara** sono emanate dai rispettivi Tribunali civili, in sede di ricorso contro il rifiuto dell'ufficiale di stato civile; le **ordinanze di Firenze e Trento** sono emanate dalla Corte di appello in sede di reclamo nei confronti del decreto emanato dal Tribunale civile, che respingeva il ricorso degli interessati.

1.2. L'*oggetto* dell'impugnazione alla Corte costituzionale costituisce il primo problema.

Non esiste – com'è noto – alcuna disposizione legislativa del nostro ordinamento che espressamente richieda la differenza di genere per contrarre matrimonio. Però, come motiva l'ufficiale di stato civile di Venezia, la necessaria diversità di sesso dei coniugi si desume «*dall'insieme delle disposizioni che disciplinano l'istituto del matrimonio, tanto che tale diversità di sesso costituisce presupposto indispensabile, requisito fondamentale per la fattispecie del matrimonio, a tal punto che l'ipotesi contraria, relativa a persone dello stesso sesso, è giuridicamente inesistente e certamente estranea alla definizione del matrimonio, almeno secondo l'insieme delle normative tuttora vigenti*».

L'individuazione delle disposizioni da impugnare risulta, di conseguenza, tutt'altro che agevole:

[a] l'**ordinanza del Tribunale di Venezia** le individua negli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 *bis* e 156-*bis* c.c., «nella parte in cui, *sistematicamente interpretati*, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso». Negli stessi termini le **ordinanze della Corte d'appello di Trento e del Tribunale di Ferrara**, che però aggiunge l'art. 231 c.c. (paternità del marito);

[b] l'**ordinanza di rinvio della Corte d'appello di Firenze** ha impugnato solo gli artt. 107, 108, 143, 143-*bis* e 156-*bis* c.c.

Alcuni giudici *a quibus*, peraltro, ricorrono alla clausola di salvaguardia a tenore della quale «*valuterà la Corte, qualora ritenesse la questione fondata, se vi sia la necessità di estendere la pronuncia anche ad altre disposizioni legislative interessate in via di consequenzialità ai sensi dell'art. 27 della L. n. 87 del 1953*» (così i Tribunali di Venezia e di Ferrara).

1.3. Di per sé, impugnare una disposizione per ciò che omette di prevedere non è affatto un fenomeno anomalo, ma anzi il metodo normale che si impiega per chiedere una pronuncia additiva.

Analogamente, è normale che la richiesta di rinviare la questione di legittimità alla Corte sia posta dalla parte interessata in via subordinata, essendo preceduta dalla richiesta priorità di soddisfare direttamente la pretesa dell'istante attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni in questione.

1.4. Di solito la questione di costituzionalità è sollevata perché il giudice non ritiene che il testo della disposizione consenta la forzatura interpretativa proposta. Tuttavia in questo caso la disposizione non contiene ostacoli letterali espliciti, se non il riferimento ai ruoli di «marito» e di «moglie» (a cui accennano gli artt. 107 e 108), ai loro reciproci diritti e doveri (art. 143), e all'uso del cognome (artt. 143-bis e 156-bis), oltre ovviamente alle norme sulla filiazione (che però sono scarsamente rilevanti, perché si applicano allo stesso modo anche alla filiazione naturale: sent. n. 166/1998).

L'ostacolo all'interpretazione adeguatrice è individuato nel significato consolidato dell'espressione «*sposi*» e «*coniugi*», che sarebbe così radicato nella tradizione da potersi ritenere – come motiva l'ufficiale di stato civile veneziano – come incidente «*sulla stessa identificazione della fattispecie civile che, nel nostro ordinamento, possa qualificarsi matrimonio*»: in questo modo si supera l'esigenza di un'interpretazione in senso restrittivo delle cause di divieto di matrimonio elencate dagli artt. 84-89 c.c. (tra le quali non c'è il riferimento al sesso), come sarebbe richiesto dall'art. 112 c.c. («*L'ufficiale dello stato civile non può rifiutare la celebrazione del matrimonio se non per una causa ammessa dalla legge*»).

In altri termini, oggetto dell'impugnazione è una *norma di diritto vivente*, sostenuta dalle interpretazioni univoche provenienti da giudici ordinari (il precedente specifico sono le decisioni del **Tribunale di Latina, 31 maggio-10 giugno 2005** e della **Corte d'appello di Roma, 13 luglio 2006**, nel caso della trascrizione del matrimonio contratto in Olanda), dalla Cassazione (che più volte a proposito del matrimonio si è riferita, sia pure sempre in *obiter dicta*, a «*quella realtà fenomenica che costituisce la base naturalistica della fattispecie*», includendovi la diversità di sesso dei nubendi: cfr. da ultimo **Cass. Civ., sez. I, 9 giugno 2000, n. 7877**), e dalle autorità amministrative (ad esempio le direttive del Ministero degli Interni: cfr. **circolare del 26 marzo 2001, n. 2; parere del 28 luglio 2004; circolare del 18 ottobre 2007**).

1.5. Chiaramente individuati sono invece i *parametri* che si presumono lesi: gli artt. 2, 3, 29 e 117, 1° comma, Cost., quest'ultimo però richiamato solo dall'atto di promovimento veneziano.

Chiaramente individuate sono anche le relative *questioni*:

[a] L'art. 2 Cost. sarebbe lesa perché le norme impugnate limitano il diritto a formare una famiglia, nucleo sociale essenziale, senza che vi sia un interesse pubblico rilevante che giustifichi tale limitazione.

[b] L'art. 3, 1° e 2° comma, Cost. sarebbe lesa in quanto il diritto di contrarre matrimonio costituisce un momento essenziale di espressione della dignità umana, che deve essere garantito a tutti, senza discriminazioni derivanti dall'orientamento sessuale, ma anzi con l'obbligo dello Stato di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (questo profilo è sottolineato in particolare dall'**ordinanza della Corte d'appello di Trento**);

[c] L'art. 3, 1° comma, Cost. sarebbe lesa inoltre sotto un diverso più specifico profilo: per la ingiustificata discriminazione tra coloro che desiderano formare un'unione omosessuale senza effettuare alcun intervento chirurgico di mutamento del sesso (né ottenere la conseguente rettificazione anagrafica del sesso biologico), e i transessuali che (subito quell'intervento e ottenuta la conseguente rettifica anagrafica) sono ammessi al matrimonio pur appartenendo allo stesso sesso biologico ed essendo incapaci di procreare (cfr. L. 14 aprile 1982, n. 164, sulla cui legittimità la Corte si è espressa con la nota sent. n. 161/1985).

[d] L'art. 29 Cost. sarebbe leso in quanto tale norma segna il limite oltre il quale il legislatore non può spingersi (se non per garantire i valori “costituzionalizzati” dell'eguaglianza tra coniugi, dell'unità familiare, del mantenimento, istruzione ed educazione dei figli) nella regolamentazione della famiglia come «*società naturale*», formazione sociale autonoma dallo Stato, in continua spontanea evoluzione, non affatto ancorata alla tutela del “matrimonio tradizionale” o a uno specifico concetto di famiglia imposto dallo Stato. Sull'art. 29 Cost. si giunge così a fondare – in ipotesi – un “diritto al matrimonio”, dal quale verrebbero ingiustamente esclusi gli omosessuali (questo profilo è sottolineato in particolare dall'**ordinanza del Tribunale di Ferrara**).

[e] L'art. 117, 1° comma, Cost. (richiamato dalla sola **ordinanza del Tribunale di Venezia**) subirebbe una lesione poiché il legislatore italiano verrebbe meno al rispetto di vincoli derivanti sia da obblighi internazionali che dall'ordinamento comunitario. Sotto il primo profilo assumono rilievo, quali “parametri interposti”, gli **artt. 8** (diritto al rispetto della vita privata e familiare), **12** (diritto al matrimonio) e **14** (divieto di discriminazione) della CEDU, come interpretati dalla Corte di Strasburgo. Tali norme estendono la nozione di “vita privata” dalla tutela dell'identità personale alla vita di relazione, garantendo (in particolare nella **sentenza della Corte EDU Goodwin c. Regno Unito, 17 luglio 2002**) la libertà di scegliere con chi sposarsi anche ai transessuali (con ciò concordando con la sent. n. 161/1985 della Corte costituzionale). Per quanto riguarda gli obblighi comunitari, vengono richiamate le norme della **Carta di Nizza** (che ha acquisito piena efficacia giuridica grazie al Trattato di Lisbona, entrato in vigore dopo l'emanazione delle ordinanze) che include tra i diritti fondamentali dell'UE il rispetto della vita privata e familiare (**art. 7**), il diritto a sposarsi ed a costituire una famiglia (**art. 9**, che non traccia distinzioni di sesso) e a non essere discriminati (**art 21**).

[f] Inoltre, le ordinanze fanno riferimento a numerosi **atti di indirizzo delle istituzioni comunitarie** che invitano gli Stati a rimuovere gli ostacoli che si frappongono al matrimonio di coppie omosessuali ovvero al riconoscimento di istituti giuridici equivalenti. Si tratta di atti di indirizzo che hanno indotto gran parte degli Stati membri a dotarsi di legislazioni che rimuovono il divieto di sposare una persona dello stesso sesso (Olanda, Belgio, Spagna). O introducono istituti appositi per le unioni omosessuali (Germania e Regno Unito) con disciplina analoga a quella del matrimonio. O che estendono ad essi la disciplina matrimoniale, salvo – talvolta – le disposizioni inerenti la potestà sui figli e l'adozione (Svezia, Norvegia, Danimarca, Finlandia, Islanda). O, comunque, che prevedono forme di registrazione pubblica anche delle famiglie omosessuali (Francia, Lussemburgo, Repubblica Ceca).

2. Strategie argomentative dei giudici a quibus e interrogativi per la discussione

2.1. Tutte le ordinanze muovono dallo stesso presupposto: che la disciplina del Codice civile, benché non espressamente, sia comunque saldamente ancorata ad una visione tradizionale della famiglia, basata sulla necessaria differenza di genere dei coniugi. Si tratterebbe di un “diritto vivente” non superabile “per anacronismo”, in forza di un'interpretazione “costituzionalmente orientata” e “socialmente adeguata”.

Ciò – secondo i giudici remittenti – per due ragioni principali. Anzitutto perché la disciplina codicistica del matrimonio contiene riferimenti espliciti alla diversità dei ruoli del *marito* e della *moglie*: tali disposizioni, costituendo la base testuale del modello tradizionale di famiglia, vengono coinvolte nell'impugnazione proprio perché impediscono di adeguare la disciplina vigente in via di mera interpretazione. In secondo luogo perché, di fronte alla «*consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna*» (così l'**ordinanza del Tribunale di Venezia**) sarebbe precluso all'interprete procedere ad uno stravolgimento di quella nozione.

2.2. L'argomentazione sale quindi di un livello, passando dall'interpretazione della legge ordinaria al piano meta-interpretativo: qual è il limite oltre il quale l'interprete non può spingersi, per non invadere il campo del legislatore?

Non si tratta, come è evidente, della fedeltà al testo legislativo, che è fuori discussione (benché, come osserva il **Tribunale di Venezia**, «*nel nostro sistema il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è né previsto, né vietato espressamente*»), ma della capacità dell'interprete di incidere su modelli e nozioni consolidate. Vi sono innovazioni che, sebbene appaiano sollecitate da una corretta lettura dei principi costituzionali o da impulsi che provengono dagli ordinamenti sovranazionali, fuoriescono – secondo le autorità remittenti – dai poteri del giudice comune e costituirebbero una «forzatura» non ammissibile.

Non è un punto di vista lontano da quello espresso dal Parlamento (ma smentito dalla Corte costituzionale) nella vicenda del conflitto di attribuzione conclusosi con l'ordinanza d'inammissibilità n. 334/2008, promosso contro la Cassazione (e la Corte d'appello di Milano), rea di aver “inventato” principi di diritto “nuovi” in materie “eticamente sensibili”, che il legislatore vorrebbe conservare alla sua gelosa inerzia.

È anche l'eco di ciò che ebbe a dire la Cassazione nel 1906, annullando la sentenza del Tribunale di Ancona (estensore Lodovico Mortara) che riconosceva l'elettorato attivo alle donne: «*Riforme di questa natura nella sfera del pubblico diritto non possono [essere introdotte] senza una lunga e studiata preparazione e senza una matura ponderazione di tutte le conseguenze che in qualunque senso potranno da esse derivare e ripercuotersi su tutta la vita dello Stato[...] altrimenti non è interpretare la legge facendo rientrare nella sua formola nuovi casi e nuove esigenze che virtualmente e come in germe fossero già da esse contenuti, ma è usurpare l'opera legislativa senza che l'innovazione a cui si apre l'adito possa essere giustificata dalla maturità del bisogno che, trattandosi di riforme di ordine pubblico, soltanto il legislatore è in grado di riconoscere, e senza che la medesima innovazione possa essere circondata da quei temperamenti e da quelle cautele che si reputassero necessarie o convenienti*».

2.3. Le ordinanze sono esplicite nell'affermare che ciò che è precluso al giudice comune non lo è però alla Corte costituzionale.

Ciò sarebbe indiscutibile se esistesse una disposizione di legge così chiara da non ammettere interpretazioni contrarie senza la sua rimozione. Ma così non è, come si è visto. Alla Corte costituzionale, dunque, è richiesto non tanto di rimuovere specifiche disposizioni, quanto di dichiarare illegittima una concezione del matrimonio appartenente alla tradizione, sicuramente presente agli estensori del codice e della riforma legislativa del diritto di famiglia, considerata implicita nella legislazione vigente. Ma la Corte costituzionale, in quanto giudice della legittimità delle leggi, ha poteri *ontologicamente* diversi da quelli del giudice, oltre al monopolio nell'annullamento di specifiche disposizioni di legge?

2.4. Un profilo particolare va poi segnalato nel modo di argomentare delle ordinanze. L'*interpretazione della legislazione vigente* è esplicitamente basata su un approccio “originalista”: la nozione di matrimonio assunta è quella che avevano in mente gli estensori del codice e della riforma del diritto di famiglia. Viceversa l'*interpretazione dell'art. 29 Cost.* segue l'orientamento opposto: per quanto sia innegabile che i Costituenti avessero ben presente l'immagine della famiglia tradizionale, si rifiuta l'idea di una “pietrificazione” della nozione di matrimonio impiegata in Costituzione, sottolineando anzi come la nozione di “famiglia” e la posizione dei coniugi in essa abbiano subito una profonda trasformazione nella giurisprudenza costituzionale, adeguandosi al mutamento sociale (cfr., in particolare, l'**ordinanza del Tribunale di Ferrara**, netta nel rifiutare l'approccio ermeneutico “originalista”).

Così argomentando, il peso specifico della nozione tradizionale di matrimonio non è sempre uguale: esso impedirebbe un'interpretazione evolutiva della legislazione ordinaria, ma non ostacole-

rebbe affatto l'interpretazione evolutiva dell'analogia nozione costituzionale. È quindi vero che l'interpretazione costituzionale è cosa diversa dalla interpretazione delle leggi?

2.5. Nelle ordinanze si accoglie un'interpretazione precisa dell'art. 29 Cost., che mette in relazione la "naturalità" della famiglia con il diritto di realizzare la propria personalità. Si accredita perciò un "diritto alla famiglia", alimentato dal bisogno "naturale" di formare il nucleo essenziale della socialità, collegandolo così al diritto inviolabile di realizzare la propria personalità nelle formazioni sociali (art. 2 Cost.) e all'obbligo dello Stato di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della personalità (art. 3, 2° comma, Cost.).

Siffatto diritto, derivabile prioritariamente dall'art. 29 Cost., non manca di riconoscimenti nella stessa giurisprudenza costituzionale (cfr., ad esempio, le sentt. nn. 46/1993 e 445/2002) e nel diritto transnazionale (cfr. l'art. 16 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948; l'**art. 12 della CEDU**, resa esecutiva in Italia con la legge 4 agosto 1955, n. 848; l'**art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea**, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000).

Inoltre, richiamando i lavori in Assemblea costituente, si legge nella proposizione secondo cui «*la Repubblica riconosce i diritti della famiglia*» una tutela dell'autonomia del nucleo familiare, posto al riparo dalle interferenze degli apparati pubblici, cui è preclusa l'imposizione di modelli precostituiti o ideologici di assetto organizzativo o limitazioni al diritto di sposarsi non strettamente legate ad interessi pubblici costituzionalmente rilevanti: osserva, in merito, **il Tribunale di Venezia** che l'art. 29 sancisce «*la preesistenza e l'autonomia della famiglia – come comunità originaria e pregiuridica – dallo Stato, così imponendo dei limiti al potere del legislatore statale*».

Le formazioni famigliari sono dunque viste come formazioni "naturali" nel senso che costituiscono un dato sociologico, spontaneo, evolutivo, che attraverso il matrimonio chiede allo Stato di garantire quel quadro stabile di rapporti giuridici che del matrimonio è la conseguenza. È, questa, un'interpretazione dell'art. 29 Cost. condivisibile?

2.6. Nella logica dei giudici *a quibus*, la legislazione sulla rettifica anagrafica del mutamento di sesso (L. 14 aprile 1982, n. 164) e la conseguente sentenza n. 161/1985 della Corte costituzionale svolgono una funzione dimostrativa di assoluto rilievo.

Dalla legge si ricava un argomento di peso: esiste già nell'ordinamento italiano la previsione di un matrimonio che unisce due persone che hanno lo *stesso sesso biologico*, con indubbia attenuazione della inderogabilità (mediante legge ordinaria) del paradigma tradizionale della eterosessualità dei coniugi. Ciò chiama in causa il principio di eguaglianza: può l'effettuazione o meno di un intervento chirurgico di mutamento del sesso costituire valida giustificazione della disparità di trattamento nel godimento di un diritto costituzionale (quale sarebbe il "diritto alla famiglia" in base alla lettura di cui al punto precedente)? O si nega che quello sia un diritto costituzionalmente garantito, o il mutamento chirurgico del sesso biologico, posto come condizione al riconoscimento del diritto, diverrebbe una sorta di trattamento sanitario obbligatorio lesivo della dignità umana.

Dalla sentenza 161/1985 della Corte costituzionale si ricavano argomenti sostanziali importanti per sostenere l'inscindibilità tra orientamento sessuale e diritti della personalità: secondo la Corte, infatti, deve essere «*assicurato a ciascuno il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità. Correlativamente gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscerlo, per dovere di solidarietà sociale*». Ciò rafforza l'interpretazione che riconosce nella possibilità per gli omosessuali di dar luogo ad una formazione sociale, garantita dallo stesso quadro giuridico del matrimonio, uno strumento necessario alla effettiva garanzia dei loro diritti di personalità: su tali basi diventa possibile invocare la protezione di tale diritto da parte dell'art. 3 Cost., sia nel 1° che nel 2° comma.

2.7. Come sempre più spesso accade, attorno alla questione del riconoscimento del matrimonio omosessuale gravita un complesso di atti e di giurisprudenza degli organismi europei e delle Corti di Lussemburgo o di Strasburgo.

Le ordinanze non sembrano individuare norme giuridiche capaci di esprimere *un obbligo* a carico degli Stati di riconoscere il matrimonio tra persone dello stesso sesso: o si tratta di atti d'indirizzo oppure di precedenti giurisprudenziali che applicano più genericamente il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale (vedi da ultimo **Corte di Giustizia CE, sentenza Tadao Maruko**, in C-267/06, 1° aprile 2008).

La ricostruzione del quadro normativo transnazionale fatto dai giudici *a quibus* è corretto? O, al contrario, si possono individuare nell'ordinamento CEDU, internazionale, comunitario, disposizioni che costringano la discrezionalità degli Stati nel riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali?

2.8. Il richiamo insistito alle soluzioni che buona parte degli Stati membri dell'UE ha apprestato o (come ultimamente anche il Portogallo) sta apprestando per dare un assetto giuridico alle unioni omosessuali è elemento rilevante per quanto riguarda il c.d. limite dell'ordine pubblico internazionale.

Tale argomento acquista rilievo nei casi (cfr. **Tribunale di Latina e Corte d'appello di Roma**) in cui sia in discussione la trascrizione in Italia di matrimoni contratti in altri paesi (come si può sostenere *ex art. 16, 1° comma, L. 31 maggio 1995, n. 218 e, con specifico riferimento alla trascrizione dei matrimoni, ex art. 18 del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396*).

È invece argomento che appare eccentrico nei casi da cui sono sorti gli atti di promovimento in discussione. Secondo le **direttive del Ministero degli Interni** seguite dagli ufficiali di stato civile, il rifiuto delle pubblicazioni matrimoniali richieste si giustificerebbe (anche) in forza della loro contrarietà all'ordine pubblico. I giudici *a quibus* hanno invece considerato irrilevante tale motivazione, trattandosi semmai di ordine pubblico "interno". È corretta questa svalutazione della tesi ministeriale?

È accreditabile la tesi per cui le restrizioni conseguenti al perdurante divieto di riconoscimento delle unioni omosessuali costituirebbe un restringimento indebito dei diritti attinenti alla libertà di circolazione e di stabilimento dei cittadini comunitari, come si accenna nell'**ordinanza del Tribunale di Venezia**, citando delibere del Parlamento Europeo (da ultima **Risoluzione 14 gennaio 2009** sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea 2004-2008)?

3. Attorno alla costituzione di parti e all'intervento di terzi davanti alla Corte costituzionale

3.1. Merita attenzione una notazione di carattere processuale contenuta nell'**ordinanza del Tribunale di Firenze**. In passato – vi si legge – di fronte a questioni di legittimità sollevate da altri giudici «*condividendosi tale scelta, sarebbe stato sufficiente disporre la sospensione del procedimento accodandosi alle pregresse iniziative di quegli Uffici*».

Si tratta della ben nota prassi applicativa dell'art. 295 c.p.c. sulla sospensione del processo in attesa che la Corte costituzionale definisca il giudizio incidentale promosso da altri giudici. Una prassi frustrante quel tanto di tutela del diritto di difesa che nel giudizio costituzionale è assicurato alle parti del processo principale: il giudice che sospenda il processo senza sollevare a sua volta la questione di legittimità, infatti, impedisce alla parti del suo giudizio di proporre eventuali integrazioni alla *quaestio* sollevata da altro giudice, oltre a precludere alle stesse parti di far valere le proprie argomentazioni costituendosi di fronte alla Corte costituzionale.

3.2. Riformato nel 1990 l'art. 295 c.p.c., i casi di sospensione legale sono diventati tassativi e qualsiasi provvedimento di sospensione assunto fuori di essi è impugnabile. Questo è quanto stabilito dalla **Corte di Cassazione, sentenza 24 novembre 2006, n. 24946**, con specifico riferimento proprio alla sospensione in attesa di decisione della questione di costituzionalità sollevata in altro giudizio: «*in altri termini – afferma la Cassazione – la sospensione del giudizio come conseguenza*

della detta pregiudiziale presuppone necessariamente che venga sollevata la relativa questione senza che possa valere per giustificare una sospensione ai sensi dell'art. 34 c.p.c. l'efficacia "erga omnes" della [...] eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale».

3.3. Eppure continuano a verificarsi casi di giudici che, pur valutando rilevante e non manifestamente infondata la *quaestio legitimitatis*, sospendono il giudizio principale senza promuoverla (perché già pendente davanti al Giudice delle leggi). È accaduto proprio in riferimento ad una (mancata) questione di costituzionalità del matrimonio tra omosessuali: cfr. **Tribunale di Pavia, ordinanza di sospensione del 29 settembre 2009, n. 1648** e la conseguente **istanza di revoca presentata dalle parti** del relativo giudizio.

Tali provvedimenti – si è detto – sono autonomamente impugnabili. Si può però ipotizzare, in simili casi, che le parti indebitamente private della facoltà di partecipare al giudizio costituzionale pendente possano allora costituirvisi?

È vero che, anche di recente, la Consulta ha negato rilevanza alla circostanza che l'intervento sia dispiegato da un soggetto che è parte in un giudizio analogo in cui, tuttavia, il giudice non ha ritenuto di sollevare la questione, posto che l'ammissibilità di tale intervento «*contrasterebbe con il carattere incidentale del giudizio di legittimità costituzionale, in quanto l'accesso delle parti a detto giudizio avverrebbe senza la previa verifica della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione da parte del giudice a quo*» (ordinanza n. 393/2008). Ma, appunto, in casi come quello di Pavia, tale verifica è stata positivamente esperita (anche se poi il giudice non vi ha dato corretto seguito processuale).

3.4. La Corte costituzionale ha ripetutamente escluso che possano costituirsi, nel giudizio incidentale di legittimità delle leggi, soggetti che non sono parti nel giudizio principale. Tale principio di rigida corrispondenza processuale, tuttavia, è stato in alcune ipotesi eccezionalmente derogato, ad esempio a favore di soggetti pubblici portatori di interessi collettivi e diffusi, titolari di attribuzioni incise dalla disciplina sottoposta a sindacato di costituzionalità (fra gli altri, la Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri; il Consiglio nazionale forense: cfr. le sentt. nn. 456/1993 e 171/1996) o portatrici di un interesse specificamente proprio e qualificato (fra gli altri, la Congregazione cristiana dei Testimoni di Geova; l'Unione delle Comunità ebraiche italiane: cfr. le sentt. nn. 178/1996 e 235/1997).

Simili precedenti possono rappresentare un possibile varco per l'ammissibilità di (probabili) richieste di intervento a Palazzo della Consulta da parte di soggetti giuridici di natura associativa impegnati nella tutela e nell'affermazione dei diritti della c.d. comunità LGBT?

Oppure, trattandosi il loro di un mero interesse di fatto, quel varco è da considerarsi non percorribile, come già accaduto in precedenti occasioni (cfr., *ex plurimis*, la dichiarata inammissibilità delle richieste di intervento avanzate dall'Unione italiana delle Associazioni Venatorie e della Federazione della caccia; da FIAT e Confindustria; dalla S.I.A.E.; da CGIL, CISL e UIL.; dalla C.E.I.: cfr. le decisioni nn. 95 e 421/1995; 220 e 313/1996; 390/1999).

4. Il perimetro della discussione

4.1. Le questioni che le ordinanze pongono alla Corte costituzionale attengono strettamente alla legittimità costituzionale del (supposto) divieto di celebrare in Italia il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Il problema della trascrizione del matrimonio contratto all'estero (cfr. **Tribunale di Latina e Corte d'appello di Roma**) potrà, dunque, rientrare nei temi trattati nel seminario non come argomento autonomo, ma solo se e in quanto possa risultare rilevante per rispondere alle questioni poste dai giudici *a quibus*.

4.2. Il *thema decidendum* prospettato alla Corte è *solo* quello della legittimità del divieto di matrimonio omosessuale. Non rientra, quindi, nei temi di questo seminario la discussione del possibile riconoscimento legislativo di altre forme di unione civile e dei loro regimi giuridici (ivi compresi i relativi progetti di legge presentati in Parlamento), dei registri comunali delle coppie di fatto, *et similia*.

Tuttavia, tra le strategie argomentative che la Corte potrebbe adoperare in risposta alle questioni poste dalle ordinanze dei giudici *a quibus* potrebbe rientrare il richiamo – *ex art. 28, L. 11 marzo 1953, n. 87* – alla discrezionalità del legislatore nella determinazione delle forme di riconoscimento delle unioni omosessuali e dei diritti e obblighi conseguenti. La loro varia tipologia (testimoniata dall'eterogeneo quadro normativo di diritto comparato) potrà perciò essere richiamata solo laddove si intenda avanzare, sulla base dell'interpretazione dei precetti costituzionali, un'ipotesi circa le direttive che la Corte potrebbe prospettare nei "moniti" o "raccomandazioni" inseriti nell'eventuale "delega" al legislatore.

BARBARA PEZZINI*

Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?

SOMMARIO: 1. Una questione (di genere) nuova. – 2. Una questione complessa. – 2.1. L’oggetto della questione. – 2.2. Il parametro. – 3. Come si interroga l’uguaglianza? – 3.1. Soggetti davanti alla legge: la pretesa all’uguaglianza come diritto soggettivo. – 3.2. Il contesto comparativo. – 3.3. I termini di paragone. – 3.3.1. Il confronto tra omosessuali e transessuali. – 4. Al dunque: il matrimonio ed il suo inquadramento costituzionale. – 5. Una prima indicazione e una domanda a proposito di matrimonio *same sex*. – 6. Il paradigma eterosessuale nel matrimonio. – 7. Il fondamento costituzionale di una piena equiparazione delle unioni etero- ed omosessuali nel matrimonio. – 8. Quale decisione? – 8.1. La piena uguaglianza e dignità delle persone: una sentenza di accoglimento (parzialmente sostitutiva). – 8.2. La discrezionalità del legislatore: un’additiva di principio ... – 8.3. ... l’inammissibilità ... – 8.4. ... i moniti al legislatore. – 8.5. In conclusione (le ragioni contro l’ipotesi del rigetto).

1. Dopo che il legislatore e la politica hanno inutilmente girato a vuoto¹ intorno alla questione di una regolamentazione delle unioni di fatto, che avrebbe potuto fornire una prima risposta in termini di riconoscimento e tutela giuridica della condizione delle coppie omosessuali, la questione viene ora direttamente posta davanti al giudice delle leggi, cui si chiede di pronunciarsi sulla questione della compatibilità delle norme che non consentono la celebrazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso con la Costituzione, sotto il profilo dell’uguaglianza di fronte ai diritti fondamentali².

Una prima fondamentale novità è che le questioni sollevate portano direttamente sulla scena del giudizio di legittimità costituzionale le parole e l’identità profonda – l’attribuzione di valore intrinseca alla propria esperienza vitale – della condizione omosessuale come condizione umana. Questo rende materialmente presente la condizione omosessuale come un orizzonte di vicende ed esperienze che la natura umana ci consegna perché il diritto le regoli: in “*natura*”, nella materialità della vita umana esistono esseri umani che stanno chiedendo di rendere giuridicamente rilevante, con il matrimonio, la relazione di coppia tra due persone dello stesso sesso. La vita pone la domanda, interroga il diritto, ed il diritto (di un ordinamento giuridico dato) deve una risposta. Come sempre, i “*casì*”³ ci portano *dentro il mestiere di vivere*, e spesso ci avvicinano al suo nocciolo più intimo, dove

* Ordinaria di Diritto costituzionale, Università di Bergamo.

¹ Di un legislatore “recalcitrante” parla G. GALIPÒ, *Convivenze di fatto ed original intent del costituente nella giurisprudenza costituzionale*, in I. NICOTRA-F. GIUFFRÈ (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008; di “naufragio” politico del d.d.l. sui DICO N. PIGNATELLI, in *Dubbi di legittimità costituzionale sul matrimonio “eterosessuale”: profili processuali e sostanziali*, (paper), p. 7.

² V. in <http://www.retelenford.it> per il ruolo della rete Lenford nel fornire assistenza legale a questi casi e promuovere e sostenere l’iniziativa come forma di azione anche politica – che ha indubbe assonanze con l’appello rivolto nel 1906 alle donne da parte di Maria Montessori ad iscriversi nelle liste elettorali in assenza di una norma positiva che prescrivesse il sesso maschile come requisito o negasse esplicitamente al genere femminile l’iscrizione.

³ I casi pendenti davanti alla Corte sono attualmente: la questione sollevata in via incidentale dal Tribunale di Venezia in sede di ricorso contro il rifiuto opposto dall’ufficiale di stato civile alle pubblicazioni di matrimonio richieste da due uomini, con l’ordinanza del 3 aprile 2009 che ha, in sostanza, aperto la strada a tutte le altre (registro ordinanze della Corte cost. n. 177/2009, pubblicata in *GU* 1/7/2009, n. 26); l’ordinanza del 9 luglio 2009 della Corte d’Appello di Trento, in sede di reclamo contro il decreto del Tribunale che aveva respinto il ricorso contro il rifiuto di pubblicazioni (reg. ord. n. 248/2009, pubblicata in *GU* 14/10/2009, n. 41). Analoghe questioni sono state già sollevate anche dalla Corte d’appello di Firenze, con ordinanza del 13 novembre 2009 e dal Tribunale di Ferrara, ordinanza del 14 dicembre 2009. Con pragmatismo degno di miglior causa adducendo fini di economia processuale, il Tribunale di Pavia il 30 settembre 2009, condividendo *apertis verbis* oggetto, parametri e argomentazioni dell’ordinanza “capostipite” veneziana, ha disposto un rinvio a data che presume succes-

persone vive, in carne ed ossa, con corpi, intelligenze e cuori, portano la molteplicità delle proprie storie ed esperienze.

Ma qui è necessaria una precisazione.

I casi ci interrogano sul matrimonio omosessuale: i temi del matrimonio e della famiglia muovono e mettono in circolo gli archetipi culturali profondamente – e spesso inconsapevolmente – radicati in tutti/e noi a strutturare i *rapporti di genere*; e, tanto più, il tema dell'omosessualità interroga radicalmente il rapporto *tra sesso e genere*.

Se, infatti, il *genere* definisce i ruoli sociali, la posizione, le aspettative socialmente associate e connesse all'appartenenza all'uno o all'altro sesso, proprio l'aspettativa di una proiezione affettiva e sessuale verso il sesso opposto (il paradigma eterosessuale) costituisce uno dei contenuti più radicati delle regole di genere: l'omosessualità, mettendo in discussione l'aspettativa sociale di dualismo e complementarietà tra maschile e femminile come regola fondativa e unica del genere, apre interrogativi che ci pongono a confronto con i nodi strutturanti e più intimi della nostra identità personale, di quella di ciascuno e ciascuna di noi.

Il tema che affrontiamo chiede cosa risponda il diritto interrogato dalla domanda sulla possibilità di scegliere un partner dello stesso sesso come coniuge; ma, come detto, è un tema che, di per sé e molto oltre la soglia della piena consapevolezza di ciascuno, tocca in noi le corde più profonde dell'esperienza di vita, rimanda a tutte le immagini che associamo alla famiglia, ai nodi dell'affetto, delle radici, dell'amore, del sesso, dello sguardo che proiettiamo sul futuro, delle esperienze – positive e negative – di gratuità e dono tipicamente associabili alla famiglia.

Il mestiere di vivere *di ciascuno e ciascuna di noi* (e non solo quello – forse un po' strano, *queer* per antonomasia – degli omosessuali) interroga dunque il diritto su questo sfondo di questioni intime e cruciali dell'esistenza.

Questo si riflette in argomentazioni mediamente più faticose che in altri ambiti, perché meno soccorre il giurista la possibilità di astrarre dal caso attraverso i formanti giuridici del proprio ragionamento; la *precomprensione* dell'interprete⁴ ha, in questi casi e su questi temi, un ruolo mediamente più significativo, al quale dobbiamo, corrispondentemente, più attenzione.

Ma la domanda di matrimonio *same sex* è posta: cosa risponde il diritto?

Il dubbio sulla *naturalità* del paradigma eterosessuale, sulla sua accettazione indiscussa, è insi-

siva alla decisione della Corte costituzionale: la discrezionalità che il giudice (mancato) a quo si riserva è stata puntualmente contestata dalla difesa dei ricorrenti, insieme all'uso del rinvio in funzione di una sospensione (che, come tale, è considerata abnorme dalla giurisprudenza della Cassazione (civ. 2006, n. 24946 e penale 23 marzo 1982, in *Giust. pen.*, 1983). Il Tribunale di Torino, invece, il 4 giugno 2009, dichiarando di non condividere il precedente veneziano, ha respinto l'eccezione di incostituzionalità argomentando, da un lato, sulla giuridica inesistenza del matrimonio al di fuori del paradigma eterosessuale e, dall'altro, negando l'esistenza di diritti fondamentali rilevanti *ex art. 2 Cost.*, in quanto la legislazione “non impone una limitazione o compressione al diritto di effettuare scelte” coerenti con l'orientamento omosessuale, né vieta di intrattenere relazioni o intraprendere convivenze omosessuali. In precedenza, oltre al caso risalente del 1980 avanti il Tribunale di Roma (in *Giur. it.*, 1982, I, II, c. 169), più recentemente coppie *same sex* avevano bussato invano, per quanto consta, al Tribunale (2007) e alla Corte d'appello di Firenze (27 maggio 2008, v. G. FERRANDO, *Il matrimonio gay, il giudice, il legislatore*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 2344) e al Tribunale di Bergamo (21 febbraio 2009, ordinanza che, da un lato, richiama una nozione di matrimonio “frutto della evoluzione secolare del diritto privato che, seppure implicita, fa parte del sentire comune mai messo in discussione” – al che sia consentito obiettare: c'è sempre una prima volta ... e ormai le volte formalmente agite davanti agli ufficiali di stato civile sono almeno 9 – e, dall'altro, liquida sbrigativamente l'eccezione di incostituzionalità negando che dagli artt. 2 e 3 Cost. derivi un diritto di rilevanza costituzionale a contrarre matrimonio “a prescindere dalla norme positive che regolano in concreto l'istituto”, con una curiosa inversione del rapporto tra costituzione e legislazione ordinaria).

Per il rifiuto di trascrizione in Italia di matrimonio gay celebrato in Olanda, v. Trib. Latina, 10 giugno 2005 (decr.), in *Fam. dir.*, 2005, 411, con commenti di P. SCHLESINGER, *Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero*, e M. BONINI BARALDI, *Il matrimonio tra cittadini italiani dello stesso sesso contratto all'estero non è trascrivibile: inesistente, invalido o contrario all'ordine pubblico*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 86, con nota di F. BILOTTA, *Matrimonio (gay) all'italiana*; App. Roma, 13 luglio 2006, in *Fam. dir.*, 2007, p. 166, con nota di M. SESTA, *Il matrimonio estero tra due cittadini italiani dello stesso sesso è trascrivibile in Italia?*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 166.

⁴ P.G. MONATERI, *Interpretazione del diritto*, in *Dig. priv.*, Utet, Torino, 1993, p. 47, parlando di precomprensione distingue (richiamando ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Camerino, 1983, ed. orig. 1972) gli argomenti ostentati per giustificare la decisione (*Argumentation*) e l'insieme dei motivi che sono veri determinanti della decisione interpretativa (*Motivation*).

nuato: cosa risponde il diritto quando ad una tradizione che ha a lungo accettato il paradigma eterosessuale come elemento proprio del matrimonio, senza neppure averne una vera consapevolezza, si contrappongono soggetti che mettono in discussione il paradigma nelle loro vite e, di conseguenza, per il diritto stesso?

2. La questione in discussione si presenta anche decisamente complessa da un punto di vista strettamente giuridico, nel senso che richiede precisazioni e riflessioni in ordine all'oggetto, non meno che in ordine al parametro.

2.1. Non c'è nella legislazione una norma espressa che assuma il paradigma etero-sessuale quale requisito positivo per la celebrazione e/o per la validità/esistenza⁵ del matrimonio, ma c'è, secondo un'opinione largamente condivisa, ancorché non monolitica, un complesso di norme che non si limitano semplicemente a presupporre tale paradigma, ma lo incorporano, assumendolo come regola normativa in modo assai chiaro, tanto da non consentirne il superamento – secondo i giudici *a quibus* – per via di un'interpretazione adeguatrice; l'oggetto della questione viene quindi proposto facendo riferimento alle disposizioni del codice civile che richiamano letteralmente ed espressamente la condizioni di diversità di sesso tra i coniugi nel dettare le regole relative all'assunzione ed ai contenuti dello *status coniugale*: tali disposizioni vengono identificate negli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 *bis*, 156 *bis* (ordinanze Venezia, Trento) e 231 c.c. (ordinanza Ferrara)⁶.

Una intrinseca incertezza nell'identificazione dell'oggetto è resa palese dal richiamo esplicito (nelle ordinanze di Venezia e Ferrara) alla possibilità di una dichiarazione di illegittimità costituzionale consequenziale ai sensi dell'art. 27 L. 87/1953; nel contempo, una certa difficoltà nell'impostazione della questione traspare dall'intreccio tra argomentazioni che rinviano ad un dato letterale non superabile (la disciplina codicistica del matrimonio, che identifica esplicitamente in *moglie e marito* due coniugi di genere differente, costituirebbe la base testuale del modello eterosessuale di famiglia legittima) ed altre che alludono ad una interpretazione consolidata e tradizionale (una «*consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna*» afferma l'ordinanza del Tribunale di Venezia, mentre quella fiorentina si appella all'autorità del Devoto-Oli preclusiva di diversa ipotesi interpretativa).

Prendo molto sul serio i dubbi sollevati dalla traccia al punto 2.2 (anche perché sono particolarmente sensibile all'analogia con la vicenda del 1906 e le sue argomentazioni), tuttavia non credo che si possa convincentemente affermare che, nella prospettazione dell'oggetto da parte delle ordinanze di cui discutiamo, ci sia stato un vero e proprio scivolamento “dall'interpretazione della legge ordinaria al piano meta-interpretativo”. Mi muovo, sul punto, con una certa cautela perché non mi sembra di avere raggiunto una sistemazione del tutto persuasiva della questione e sono molto interessata agli sviluppi della discussione odierna sul punto specifico; tuttavia, a me sembra che, per quanto sia vero che non c'è una disposizione che prescrive positivamente l'eterosessualità come requisito, ci sono una serie di disposizioni che interpretate secondo la loro lettera – non ambigua – incorporano e sostanziano il paradigma; e mi sembra che i tentativi di proporre in via diretta una interpretazione che supera e contraddice il significato delle parole (anziché chiedere alla Corte costituzionale di dichiarare l'incostituzionalità di tali previsioni) risultino sbrigativi o viziati da un certo formalismo⁷.

⁵ La giurisprudenza ricorre alla nozione di inesistenza del matrimonio *same-sex* (Cass. civ. sent. 7877/2000, che richiama Cass. n. 1808/76 e parla di una “realtà fenomenica che costituisce la base naturalistica della fattispecie” richiedendo come requisiti minimi essenziali due persone di sesso diverso che abbiano manifestato la volontà matrimoniale davanti ad un ufficiale celebrante); in dottrina la tesi tradizionale secondo cui il matrimonio omosessuale andrebbe considerato inesistente è stata messa in discussione preferendosi parlare di annullabilità: v. G. FERRANDO, 2008, cit.; M. BONINI BARALDI, 2005, cit., p. 422.

⁶ L'ordinanza di Firenze si limita agli artt. 107, 108, 143, 143 *bis*.

⁷ P. TINCANI, *Diritto, natura, diritti. L'affaire del matrimonio omosessuale*, in B. Pezzini (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto, Un itinerario di ricerca plurale*, Jovene, Napoli 2008, p. 173; F. BILOTTA, 2006 cit., p. 95 si limita ad osservare che non ponendosi espressamente alcun divieto al matrimonio tra persone dello stesso sesso “è ad esse estensibile la relativa disciplina”.

Nella vicenda del 1906⁸ che ha fermato il movimento suffragista italiano vi era davvero un vuoto normativo: vuoto di diritto che la sentenza della Corte d'appello di Ancona aveva riempito di argomenti giuridici e che la sentenza della Cassazione riempie con il richiamo della natura. Per questo il caso è paradigmatico della costruzione giuridica del genere ad opera del diritto⁹; la semplice esistenza di una sola sentenza divergente dimostra che per produrre e mantenere l'esclusione delle donne dalla cittadinanza politica è necessario un *ordinamento giuridico* e non basta un preteso *ordine naturale delle cose*; per questo solo fatto l'esclusione delle donne dal voto cessa di essere una *differenza naturale*, per divenire a tutti gli effetti una *discriminazione giuridica*, che si realizza e può operare solo per il tramite della forza della sentenza.

A differenza del caso del 1906 – nel quale, è bene ricordare, non c'era né una costituzione rigida, né una corte costituzionale che potesse accertare l'incostituzionalità della lacuna – e a differenza dell'esempio, pure richiamato dalla traccia, del conflitto di attribuzione conclusosi con l'ordinanza d'inammissibilità n. 334/2008 (promossa dalle Camere contro gli organi della giurisdizione che avevano applicato principi di diritto ricavati direttamente dalla costituzione in un ambito, quello delle dichiarazioni di volontà anticipate in ordine al trattamento di fine vita – c.d. testamento biologico), in cui mancava una norma specifica, per ammettere la celebrazione di un matrimonio tra persone dello stesso sesso si dovrebbe agire non in un *vuoto di diritto*, ma in un *pieno di diritto* la cui "lettera" va rovesciata.

2.2. Quanto al parametro, tutte le ordinanze introducono gli artt. 2, 3 e 29 Cost., in una sorta di combinato disposto che fonderebbe la pretesa costituzionalmente tutelata delle coppie *same sex* di accedere in condizioni di uguaglianza al matrimonio, in quanto l'accesso allo *status* di persona coniugata e la libertà di sposarsi (art. 29) vengono qualificati come diritti fondamentali e inviolabili della persona umana (art. 2) che non possono, proprio in quanto fondamentali e inviolabili, tollerare discriminazioni fondate sulla *condizione personale* e sul *sex* delle persone, in particolare limitando la libera scelta del (sex del) *partner* coniugale (art. 3).

Si tratta di una questione che interroga l'uguaglianza in merito al godimento (titolarità ed esercizio) di un diritto fondamentale, e chiede, in radice, se la libertà di contrarre matrimonio si estenda alla caratteristica del sesso del partner, se configurare un limite di scelta fondato sul sesso del partner violi i diritti fondamentali della persona e l'uguaglianza tra le persone.

Lascero solo sullo sfondo il richiamo – nella sola ordinanza di Venezia – dell'art. 117, 1° comma, Cost. con riferimento alle norme interposte CEDU (art. 8 e 12), da un lato, ed al primato delle norme comunitarie della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 7 e 9), dall'altro. Mi sembra che, nell'economia delle questioni sollevate, il richiamo delle norme europee e comunitarie e della giurisprudenza relativa serva piuttosto a rafforzare i parametri costituzionali già indicati, portando argomenti che consentano di meglio e più saldamente identificare i diritti fondamentali già autonomamente fondati sugli artt. 2, 3 e 29 Cost. (ulteriormente argomentando sull'esistenza e la natura di diritti fondamentali della libertà di sposarsi, della libertà di fondare una famiglia, del diritto individuale al rispetto della vita privata e familiare, che, enunciati e riconosciuti dalle norme europee, rilevano nella costituzione italiana tramite l'art. 2 e/o 29 Cost.). Sul punto, tra le tante osservazioni pur possibili e necessarie¹⁰, mi limito ad osservare che il richiamo delle norme della Carta europea – indicata nelle ordinanze come documento che pur non pienamente vincolante è espressione

⁸ R. ROMANELLI, *Circa l'ammissibilità delle donne al suffragio politico nell'Italia liberale. Le sentenze pronunciate dalla magistratura nel 1905-1907*, in P. PEZZINO-G. RANZATO (a cura di), *Laboratorio di storia. Studi in onore di Claudio Pavone*, Franco Angeli, Milano, 1994, p. 144; G. BRUNELLI, "Foeminae ab omnibus officiis civilibus et publicis remotae sunt" ovvero: l'esclusione delle donne dalla sfera pubblica nello stato liberale italiano, in L. DESANTI-P. FERRETTI-A.D. MANFREDINI (a cura di), *Per il 70° compleanno di Pierpaolo Zamorani, Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di facoltà*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 31 ss.

⁹ B. PEZZINI, *Donne e costituzione: le radici ed il cammino*, in *La costituzione della repubblica italiana. Le radici e il cammino*, Atti del convegno e del corso di lezioni (Bergamo, ottobre-dicembre 2005), in *Studi e ricerche di storia contemporanea*, n. 68, 2007, p. 163.

¹⁰ V. B. NASCIMBENE, *Unioni di fatto e matrimonio fra omosessuali. Orientamenti del giudice nazionale e della Corte di giustizia*, in *Corr. giur.*, 1/2010, p. 101.

di principi costituzionali condivisi – ha ormai acquisito con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona “lo stesso valore giuridico dei trattati” (art. 6 TUE) e che non è indicato nell’ordinanza veneziana l’art. 21 della Carta dei diritti fondamentali, particolarmente significativo perché enuncia espressamente il divieto di discriminazione fondata sull’*orientamento sessuale*; rinvio poi ad alcune osservazioni successive (par. 8.2) circa l’esistenza di un *principio di salvaguardia della discrezionalità del legislatore* che permea le norme internazionali e comunitarie.

3. Il “combinato disposto” con il parametro di uguaglianza è sempre complesso¹¹; la combinazione dei parametri costituzionali permette, infatti, di muovere la prospettazione del tema tra impostazioni differenti.

Se si assume, in premessa, come rilevante un diritto soggettivo alla pari dignità coesistente alla persona umana, la pretesa all’uguaglianza viene agita direttamente di fronte alle qualificazioni che la legge potrebbe compiere rispetto alle concrete situazioni di disuguaglianza; di conseguenza gli altri elementi della combinazione (nel nostro caso il matrimonio come istituto costituzionale ed i diritti individuali riferiti al matrimonio) si configurano come le circostanze specifiche in ordine alle quali misurare l’ipotesi dell’esistenza e, nel caso, l’estensione di ragioni costituzionalmente fondate per ammettere o addirittura esigere un trattamento differenziato: ragioni che devono essere qualificabili nei termini di *stringenti* e *proporzionate* (in una logica di *strict scrutiny*¹²). Nella prospettiva del giudizio *ex art. 3 Cost.* non si tratta di indicare o modulare termini di paragone, ma piuttosto di verificare se, nel particolare contesto di riferimento, la pretesa di pari dignità resti [configurata come tendenzialmente] inviolabile¹³, ovvero sia suscettibile di recedere, ed in che misura lo sia, per le esigenze costituzionali introdotte da quel contesto comparativo specifico e in stretta relazione a siffatte esigenze (in una prospettiva di bilanciamento)¹⁴. Il *riconoscimento costituzionale diretto* dell’uguaglianza fondamentale degli individui precede la manipolazione normativa della realtà, che è e resta esterna alla norma fondamentale sull’uguaglianza.

Se, invece, si assume come riferimento principale l’istituto o il contesto di riferimento (in questo caso, il matrimonio), il ragionamento ne esamina, in premessa, tutte le circostanze e le implicazioni costituzionalmente rilevanti e solo successivamente – non si tratta tanto di successione temporale quanto logica – affronta la valutazione dei “termini di paragone” introdotti dal caso, per valutare se siano portatori di differenze (condizioni di fatto differenziate) ragionevolmente rilevanti di fronte al contesto. L’uguaglianza derivabile come parametro dall’art. 3 Cost. degrada da situazione soggettiva a principio informatore dell’ordinamento; per quanto la ragionevolezza debba confrontarsi con l’esistenza di una pretesa soggettiva all’uguaglianza e con le “differenze sospette” – quindi utilizzare, alla fine, le stesse modalità di *strict scrutiny* viste sopra – lo svolgersi del ragionamento e dell’argomentazione pone al centro le qualificazioni del *tertium comparationis* e consente di introdurre maggiori variabili nei passaggi del ragionamento e soprattutto nella scelta delle situazioni e condi-

¹¹ V. anche M. BONINI BARALDI, *Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale*, in *Quad. cost.*, 2009, pp. 885 ss.

¹² In *Karner c. Austria*, 24 luglio 2003, e *E.B. c. Francia*, Grande Camera, 22 gennaio 2008 la Corte di Strasburgo ha rilevato che di fronte ad una differenza di trattamento fondata sul sesso o sull’orientamento sessuale il principio di proporzionalità “non richiede meramente che la misura prescelta sia in principio adatta a realizzare l’obiettivo prefissosi. Deve altresì essere dimostrato che era *necessario* escludere le persone impegnate in convivenze omosessuali dall’ambito di applicazione della norma impugnata al fine di raggiungere tale obiettivo”.

¹³ Ovviamente non c’è mai un’uguaglianza di trattamento rivendicabile in termini assoluti, dal momento che tutti i diritti costituzionali sono soggetti al bilanciamento tra di loro e con tutti i principi costituzionali; si tratta, piuttosto, di riconoscere come sia costruita, dai principi del personalismo e della pari dignità, la condizione della persona umana di fronte ai diritti fondamentali: tutti i diritti della persona *entrano* nel bilanciamento come pieni, non sono degradabili già prima del bilanciamento in relazione alle condizioni soggettive dei titolari.

¹⁴ Anche R. ROMBOLI, in *Foro it.*, 2005, V, p. 256, osserva che “la questione delle coppie omosessuali dovrebbe essere quindi impostata non nel senso di individuare quali diritti riconosciuti alla coppia etero siano estensibili alle prime, bensì, al contrario, di giustificare, alla luce di prevalenti valori costituzionali, perché alcuni diritti riconosciuti alla seconda non siano estensibili alle coppie omosessuali”.

zioni confrontabili¹⁵. Lo *strict scrutiny* o la pretesa soggettiva all'uguaglianza non costituiscono, come sopra, la premessa del ragionamento – il vincolo iniziale e la riduzione *ab initio* della complessità del ragionamento –, ma solo una modalità di chiusura del ragionamento stesso.

Nel nostro caso, poi, anche l'ordine logico in cui vengono affrontate le questioni è tanto più rilevante dal momento che non abbiamo punti di partenza (precedenti) consolidati da cui partire, né dati letteralmente inequivocabili nelle norme costituzionali sul matrimonio ovvero a proposito di omosessualità.

3.1. A me pare che, su questo sfondo, per una convincente impostazione delle questioni si debba, in premessa, qualificare la condizione costituzionale dei soggetti che rivendicano diritti come condizione di dignità ed uguaglianza personale.

Risulta, da quanto già detto, che il nodo centrale della questione richiede di *assumere la pretesa all'uguaglianza come un vero e proprio diritto soggettivo*: l'uguaglianza garantita dalla costituzione è, *prima e innanzitutto*, pretesa soggettiva che limite al potere discrezionale del legislatore; è il *diritto del cittadino* di fronte alle qualificazioni legislative ed al trattamento delle concrete situazioni di disuguaglianza. Mi sembra, anche, che questa sia la strada che consente di governare gli altrimenti inestricabili nodi della qualificazione delle differenze su cui – in questo, come in altri casi, di volta in volta – ci interroghiamo come differenze obiettivamente esistenti nella realtà materiale delle cose o come valutazioni giuridiche¹⁶.

La *pari dignità sociale* nella costituzione repubblicana garantisce un collegamento immediato e inscindibile dell'uguaglianza con il soggetto titolare del diritto, che ancora e radica il trattamento di tutti i soggetti componenti la comunità alla concretezza e all'immediatezza di una loro pari ordinazione. In quanto soggetti titolari di diritti, le persone non sono semplicemente comparabili in base a qualsivoglia parametro purché non arbitrario e irragionevole, perché sono già state comparate dalla costituzione nella loro essenza, un'essenza che elimina “ogni possibilità di eccedenza e classificazione” degli uni rispetto agli altri in base alle loro caratteristiche, ed in particolare in base alle caratteristiche personali e *relazionali* (nella misura in cui la definizione *sociale* della dignità conferisce concretezza al riconoscimento, rapportandolo alla condizione relazionale del soggetto¹⁷).

È, questo, del resto, il modo che consente di saldare seriamente i due commi dell'art. 3 Cost., le due facce della medaglia dell'uguaglianza, formale e sostanziale, e di connetterle sistematicamente a tutte le norme costituzionali che specificano condizioni e contesti in cui vive l'uguaglianza. Questa è la prospettiva in cui l'uguaglianza costituzionale agisce: attivando processi di inclusione, che aprono a nuovi soggetti l'accesso a spazi giuridici prima o altrimenti preclusi (*uguaglianza in funzione anti-discriminatoria*), e, prima ancora, leggendo le differenze di condizioni come un assetto di potere ed affermando l'esigenza fondativa e fondante di rimuovere la costruzione di gerarchie giuridiche (*uguaglianza in funzione anti-subordinazione*) e di modificare le strutture sociali ed i modelli di pensiero che riproducono discriminazioni e disuguaglianza (*uguaglianza in funzione anti-stigmatizzazione*).

3.2. Il contesto comparativo definito dalle ordinanze richiama e combina tra loro gli art. 2 e 29 Cost: la pretesa di uguaglianza si confronta con il matrimonio come istituto costituzionale e si misura in relazione ai diritti individuali riferiti al matrimonio.

Nel contesto comparativo entrano, così, tutti i problemi e le difficoltà interpretative delle nozioni

¹⁵ Come osserva M. BONINI BARALDI 2009, cit., p. 889, si tratta dell'approccio che conduce taluno a ritenere impraticabile la stessa operazione di raffronto tra relazioni familiari/coniugali e relazioni omosessuali: sul punto v. A. MORRONE, *Art. 2*, in M. SESTA (a cura di), *Codice della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 33 ss.

¹⁶ S. NICCOLAI, *Differenze come cose o come valutazioni*, in F. CERRONE-M. VOLPI (a cura di), *Sergio Panunzio, Profilo intellettuale di un giurista*, Jovene, Napoli 2007, 477; non solo la norma, ma anche i fatti sono valutati dall'interprete che già li determina in vista delle qualificazioni giuridiche che attribuisce loro e contemporaneamente ha una precomprensione delle norme che ritiene applicabili, in un vero “circolo ermeneutico”: P.G. MONATERI, cit., p. 47.

¹⁷ Il riferimento è a G. FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, t. II, Giuffrè, Milano, 1974, p. 1089.

costituzionali di famiglia e matrimonio¹⁸: il matrimonio, come noto, si configura come istituto costituzionale attraverso una disposizione (l'art. 29 Cost.) strutturalmente complessa e ambigua nella sua costruzione, con una formula apparentemente definitoria, che non definisce ma delimita e orienta la funzione legislativa alla "leggerezza" (diritto leggero), e con regole effettive; e la famiglia, a sua volta, rileva in costituzione come famiglia legittima fondata sul matrimonio ma anche come famiglia di fatto, società naturale riconosciuta e qualificata nella sua funzione dall'art. 2, ma anche dall'art. 30 e da altre norme costituzionali (36, 37, 34) che non ancorano le norme in essi espresse alla condizione legittima, ma ai ruoli e alle responsabilità familiari.

(Sulle interpretazioni del rilievo costituzionale di famiglia e matrimonio torneremo necessariamente nei paragrafi successivi.)

Nel contesto comparativo entrano anche, attraverso l'art. 2 Cost., i diritti individuali che al matrimonio e alla famiglia si allacciano: l'ordinanza veneziana, rimarcato l'emergere di diritti inviolabili che devono trovare tutela – ai sensi dell'art. 2 – nella famiglia in quanto formazione sociale primaria, indica suggestivamente l'esistenza di un diritto allo *status* coniugale, inteso come *segno* caratteristico nella società e come *insieme di diritti e doveri* non sostituibili tramite l'autonomia negoziale. Più in generale rileva il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia (significativamente distinti nell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. come, se vogliamo, negli artt. 2 e 29 Cost.); la libertà matrimoniale va intesa sia nella sua accezione positiva come libertà di contrarre matrimonio con la persona prescelta¹⁹, sia in quella negativa come libertà di non sposarsi e di convivere senza matrimonio²⁰.

3.3. Guardando alla materialità della questione, la pretesa all'uguaglianza è agita da soggetti (di entrambi i sessi) che intendono sposare una persona del loro stesso sesso (anagrafico²¹) ed assume come riferimento soggetti (di entrambi i sessi) cui è consentito sposare una persona di sesso differente dal proprio; il dato materiale, di una differenza fattuale e non normativamente qualificata tra i termini di paragone è costituito dal sesso dei due soggetti che vogliono costituire tra di loro il vincolo matrimoniale. L'elemento di differenziazione assunto nel raffronto consiste nel carattere eterogeneo ovvero omogeneo del sesso dei nubendi, da qualificare giuridicamente rispetto al matrimonio: la questione di costituzionalità posta in relazione all'accesso al matrimonio non pretende di interrogare tutte le differenze tra omo- ed eterosessuali, ma solo la possibilità che due persone dello stesso sesso possano sposarsi.

Detto altrimenti, l'accesso al matrimonio eterosessuale non implica di per sé neppure un *focus* sull'*orientamento sessuale* eterosessuale, dato che, per il diritto, l'indagine sull'orientamento sessuale dei nubendi e/o dei coniugi, finché le loro scelte siano assunte in mutuo accordo, non è in primo piano (l'omosessuale – si intende: la persona con un orientamento sessuale verso persona del suo stesso sesso – non può sposare una persona del proprio sesso, ma può sposarne una di sesso opposto; l'eterosessuale – la persona con un orientamento sessuale verso persona dell'altro sesso – può sposare una persona di sesso opposto, ma non può sposare una persona del suo stesso sesso; che poi l'eterosessuale non chieda, di fatto, di sposare una persona del suo stesso sesso, per quanto socialmente rilevante, non lo è – in senso stretto – giuridicamente).

¹⁸ Per una recente ricostruzione dello scontro tra i filoni interpretativi, v. A. MORRONE, cit., pp. 25 ss.

¹⁹ Sulla portata della libertà di scelta della persona da sposare, si veda l'interpretazione di M. GATTUSO, *Appunti sulla famiglia naturale e il principio di eguaglianza*, in *Quest. Giust.*, 2007, 274, per il quale l'esistenza stessa del matrimonio implicherebbe il diritto alla scelta libera della persona da sposare, salvi – aggiungerei – i limiti fondati sulla necessità di tutela di altri principi costituzionali; Gattuso richiama in proposito la posizione della Corte Suprema del Massachusetts, *Goodridge vs. Department of Public Health*, 18 novembre 2003, che ha affermato che «il diritto a contrarre matrimonio significa ben poco se non include il diritto a sposare la persona di propria scelta»; lo contesta N. PIGNATELLI, cit., p. 15, per cui diritto alla scelta del compagno o della compagna di vita è certamente un diritto fondamentale ma si esercita e si attua *soltanto* all'interno degli istituti giuridici costruiti normativamente dal legislatore e che preferisce fare riferimento ad un *diritto fondamentale alla vita familiare*, di cui il diritto di sposarsi è soltanto una possibile forma di attuazione.

²⁰ La stessa Corte costituzionale ne ha garantito l'effettività, sotto entrambi i profili (sent. n. 445/2002 e n. 166/1998)

²¹ Quello che rileva è il sesso anagrafico, indipendentemente dal fatto che sia originario o rettificato, v. par. seguente.