

Coppie *same-sex* e matrimonio: quale uguaglianza dopo la sent. 138/2010

BARBARA PEZZINI*

1. La costruzione giuridica del sesso e del genere

Premetto che considero la discussione sul matrimonio *same-sex* come una questione che ci riguarda tutti e tutte, non come una questione di diritti di una minoranza: dal punto di vista del costituzionalismo si tratta di un'osservazione assolutamente marginale, anzi, irrilevante, in quanto, da un lato, un diritto che abbia un fondamento costituzionale rileva di per sé, a prescindere dal numero dei soggetti che concretamente lo agiscono e, correlativamente, dall'altro, anche la negazione o la mancata tutela del diritto in danno di uno solo o di una sola rappresenta una lesione non accettabile della costituzione e del sistema dei diritti costituzionalmente garantiti, che ha una sua imprescindibile unitarietà.

Tuttavia, credo che identificare correttamente la *ratio* ed il fondamento delle garanzie costituzionali che agiscono a tutela dell'orientamento sessuale (rivolte ad una funzione anti-discriminazione, anti-subordinazione ed anti-stigmatizzazione) sia necessario per meglio comprendere la dinamica possibile del riconoscimento e della tutela dei diritti inerenti, attraverso ed oltre la sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010.

Sempre a livello di considerazione preliminare, avendo incrociato, nel corso dei miei studi, la questione del matrimonio *same-sex* a partire dall'analisi di genere della costituzione italiana e delle sue norme sulla famiglia e il matrimonio¹, ritengo indispensabile inquadrare il tema dell'omosessualità all'interno del *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, non è difficile vedere come proprio l'aspettativa di una proiezione affettiva e sessuale verso il sesso opposto (il *paradigma eterosessuale*) costituisca uno dei contenuti più radicati delle *regole di genere*. L'omosessualità sfida e mette in discussione proprio il fatto che l'aspettativa sociale di dualismo e complementarietà tra maschile e femminile sia la regola fondativa ed essenziale nella costruzione del *genere*.

Da qui due conseguenze.

La prima riguarda l'inquadramento della questione in oggetto come una questione che interroga l'uguaglianza: le norme pertinenti a definire la condizione del soggetto omosessuale sono, innanzitutto, le norme che garantiscono la pari dignità sociale di tutte le persone e l'uguaglianza *senza distinzioni di sesso*. Il che equivale a dire 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

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Bergamo.

necessità finalizzata alla tutela di altro diritto costituzionalmente rilevante che risulterebbe altrimenti pregiudicato (in una prospettiva di stretto bilanciamento²).

La seconda concerne la collocazione del tema sullo sfondo, sociale e temporale, delle *questioni di genere*, che rende più chiaramente visibili quali siano le difficoltà che accompagnano il confronto – politico, culturale, etico e giuridico – in materia: la sfera delle relazioni sessuali transita da una *dimensione retta dalla necessità* apparentemente “naturale” (nel senso di una necessità non governabile dalla volontà umana) ad una *dimensione pienamente relazionale*, intessuta di libere opzioni e di correlativa assunzione di nuove responsabilità personali e sociali, e tale passaggio richiede la definizione di regole sociali e giuridiche adeguate e nuove. Insieme alle difficoltà, io credo sia dato scorgere in questa fase anche il farsi di un processo sociale che, una volta innescato da evidenti e già compiute trasformazioni tecnologiche e sociali, non appare facilmente reversibile; potrà scontare battute d’arresto e finanche regressioni, ma non essere definitivamente impedito. Insomma, una volta che la condizione omosessuale si rende materialmente presente come un orizzonte di vicende ed esperienze proprie dell’esistenza umana, il diritto non può sfuggire alla propria funzione sociale di regolazione; se nella materialità della condizione umana si manifestano esseri umani che chiedono di rendere giuridicamente rilevante, con il matrimonio, la relazione di coppia tra due persone dello stesso sesso, tale condizione non può restare confinata nella sfera del giuridicamente irrilevante: emerge e sfida il confronto con i principi fondamentali di uguaglianza e dignità personale.

La domanda sulla facoltà – giuridicamente riconosciuta, costituzionalmente tutelata – di scegliere un partner dello stesso sesso come coniuge rende, quindi, evidente il ruolo del diritto per costruire il *genere* agendo entro la sfera più intima della sessualità e delle relazioni affettive e sessuali; un ordinamento giuridico interpellato per riconoscere e legittimare ovvero per disconoscere e negare le relazioni omosessuali spinge esplicitamente la *costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità* oltre il terreno della conformazione dei rapporti uomo-donna (ambito in cui la funzione *costitutiva* del diritto è riconosciuta ed accettata, ma non per questo necessariamente consolidata, come testimonia le norme *anti-subordinazione* uomo-donna di cui è ricca la costituzione italiana³).

2. Le dimensioni dell’uguaglianza nella sentenza 138

Interrogata dal punto di vista dell’uguaglianza, la sentenza 138 è assolutamente deludente; il paradigma eterosessuale del matrimonio prevale ampiamente, modellandolo riduttivamente, sul paradigma dell’uguaglianza, che finisce per diventare un elemento e parametro residuale, anziché il nodo della questione.

In questa prospettiva la sentenza in questione è separabile in due parti, nelle quali, rispettivamente, nei par. 6, 7, 8 viene analizzato il contrasto con l’art. 2 cost. e nel par. 9 con gli art. 29 e 3 cost. (in una terza parte, par. 10, viene esaminato il parametro dell’art. 117, I comma cost.).

Nella prima, che sfocia in una decisione di inammissibilità per discrezionalità del legislatore, si ravvisa una apertura indubbia, benché non priva di ambiguità, ad afferma-

re il fondamento costituzionale del riconoscimento delle unioni omosessuali, in cui l'uguaglianza si affaccia solo a valle dell'esercizio della discrezionalità legislativa, come parametro della ragionevolezza delle scelte legislative.

Nella seconda, chiusa da una pronuncia di infondatezza della questione in relazione ai parametri 3 e 29 cost., il ragionamento sulla definizione eterosessuale del matrimonio – risolto con un assai discutibile argomento “originalista” e con una ancora più dubbia identificazione di una essenziale funzione (ma, forse, in questo contesto, sarebbe meglio dire “finzione”) procreativa – preclude *ab initio* la comparazione tra due condizioni dell'esistenza considerate disomogenee: la sentenza afferma testualmente che “*le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio*”.

Le ordinanze di rimessione introducevano gli articoli 2, 3 e 29 cost. in una sorta di *combinato disposto*⁴ che fonderebbe la pretesa costituzionalmente tutelata delle coppie *same sex* di accedere al matrimonio in condizioni di uguaglianza rispetto alle coppie eterosessuali, in quanto lo *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 attraverso la limitazione della libera scelta del (sex del) *partner* coniugale (art. 3).

La sentenza scioglie, invece, il combinato disposto in due questioni, che esaminano separatamente le *unioni omosessuali* alla luce dell'art. 2 cost., in quanto formazioni sociali idonee a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, ed alla luce dell'art. 29 cost. in riferimento al matrimonio; il parametro dell'art. 3 cost. compare solo *a valle* delle qualificazioni che il legislatore avrebbe compiuto in riferimento all'art. 29 cost. ovvero potrebbe compiere sulla base dell'art. 2 cost. Non viene concesso alcuno spazio alla *pretesa di pari dignità coesistente alla persona umana* in quanto tale – ed, in particolare, senza discriminazioni fondate sul sesso – che, viceversa, avrebbe imposto di giustificare specificamente l'esigenza di un trattamento differenziato in base all'orientamento sessuale, indicando, o comunque facendo chiaramente emergere, quali siano le esigenze costituzionali che lo rendono indispensabile in una logica di stretta necessità, non semplicemente di non irragionevolezza.

Nell'impostazione adottata dalla sentenza 138, la Corte degrada l'uguaglianza che deriva dall'art. 3 cost. da situazione soggettiva a principio informatore dell'ordinamento, confinandola nella dimensione del criterio di ragionevolezza applicabile dall'esterno alle scelte del legislatore (che consente una revisione di secondo grado della sua discrezionalità) e trascurandone completamente la dimensione soggettiva (che consente di agire l'uguaglianza *direttamente* di fronte alle qualificazioni che la legge compie delle condizioni personali, con la conseguenza di richiedere ragioni non solo costituzionalmente fondate, ma anche *stringenti e proporzionate*, per ammettere un trattamento differenziato⁵).

La dimensione dell'uguaglianza, nella sent. 138, non costituisce la premessa del ragionamento – vincolo iniziale di riduzione della complessità del ragionamento –, ma solo una modalità di chiusura di un percorso che il legislatore resterebbe libero di impostare definendo le condizioni rilevanti⁶: la manipolazione normativa della realtà precede e condiziona il riconoscimento dell'uguaglianza.

3. *L'apertura: il diritto fondamentale di vivere una condizione di coppia same-sex*

Fermo restando che l'impostazione della sent. 138/2010 rispetto al profilo dell'uguaglianza merita una critica radicale, inquadrando la sentenza in un arco temporale di medio e lungo periodo si può tuttavia apprezzare, in prospettiva più ampia, l'emergere della condizione omosessuale come un orizzonte di vicende ed esperienze che la natura umana ha esplicitamente consegnato al diritto (alla rilevanza giuridica).

Quali sono le risposte che la giurisprudenza costituzionale ha fornito a chi ha espressamente reso visibile la propria relazione di coppia omosessuale chiedendo di renderla giuridicamente rilevante sotto la forma di matrimonio? sono risposte definitive ovvero interlocutorie? risultano convincenti e adeguatamente argomentate?

Per rispondere a questi interrogativi è necessaria una lettura del dispositivo e delle motivazioni della sent. 138/2010 che ne interroghi gli effetti e le implicazioni sulla tutela costituzionale delle persone con orientamento affettivo e sessuale verso persone dello stesso sesso, vagliando criticamente gli argomenti che emergono nella giurisprudenza costituzionale ed ipotizzando lungo quali direttrici, in quali forme e tempi potrà darsi, in Italia, un riconoscimento giuridico delle unioni tra partner dello stesso sesso.

Partirò direttamente dal par. 8 del *Considerato in diritto* che, sia pure con estrema prudenza e più di qualche contraddizione, rappresenta, nei confronti delle relazioni di coppia omosessuali, un'apertura ed un riconoscimento che ritengo importante.

Come già rilevato, la questione di legittimità costituzionale del complesso normativo del codice civile che non consente l'accesso al matrimonio a coppie formate da soggetti dello stesso sesso era stata sollevata in relazione agli art. 2, 3, 29 e 117 cost.

Nell'argomentare l'inammissibilità della questione di costituzionalità con riferimento al parametro dell'art. 2 cost., che richiederebbe una pronuncia *additiva non costituzionalmente obbligata*, la Corte riconosce esplicitamente il rilievo dell'*unione omosessuale* come formazione sociale costituzionalmente tutelata ed afferma chiaramente, di conseguenza, il *diritto fondamentale* di vivere liberamente una condizione di coppia con altra persona dello stesso sesso, ottenendone il *riconoscimento giuridico* con i connessi diritti e doveri.

Nonostante gli elementi che la stemperano e relativizzano (innanzitutto, l'immediata esplicitazione del fatto che il riconoscimento giuridico è affidato alla discrezionalità del legislatore "*nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge*"; in secondo luogo, l'espressa definizione dell'unione omosessuale alla quale si attribuisce un rilievo costituzionale come *stabile convivenza* tra due persone dello stesso sesso), si tratta di un'affermazione importante: la sentenza riconosce un diritto fondamentale fondato sull'art. 2 cost., che gode degli attributi connessi di inviolabilità, assolutezza, indisponibilità; un diritto soggettivo che ha come contenuto la possibilità di conformare liberamente una *formazione sociale* adeguata e corrispondente al proprio orientamento affettivo e sessuale. E tale formazione sociale emerge dalla sfera dell'irrelevanza giuridica perché proprio il contesto di "*valorizzazione del modello pluralistico*" che deriva dall'art. 2 cost. ne impone il riconoscimento giuridico.

La Corte, inoltre, indica con estrema chiarezza che il *riconoscimento giuridico* della unione omosessuale/stabile convivenza *same-sex* non ha un contenuto generico o inde-

finito, bensì “*necessariamente postula*” una *disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia*.

Emergono, quindi, due punti fermi nella ricostruzione compiuta dalla Corte costituzionale: il riconoscimento di un diritto fondamentale ex art. 2 cost. e la specificazione del suo contenuto, corrispondente ad una disciplina di carattere generale di diritti e doveri dei componenti della coppia omosessuale, tra di loro e verso l'esterno.

La disciplina generale, nel ragionamento della Corte, non richiede però necessariamente (“*si deve escludere che ... possa essere realizzata soltanto attraverso*”) l'ammissione al matrimonio, potendo intervenire la discrezionalità del legislatore ad individuare quali debbano essere le forme di garanzia e di riconoscimento delle unioni suddette; di qui la formula decisoria della inammissibilità della questione, non essendo costituzionalmente vincolata la direzione della pronuncia additiva richiesta, rivolta ad un riconoscimento giuridico tramite accesso al matrimonio (le differenze nelle legislazioni dei paesi che hanno una regolamentazione legislativa applicabile alle unioni omosessuali starebbe a dimostrare lo spettro delle diverse soluzioni praticabili dal legislatore, che appaiono modelli in grado di fornire una *disciplina generale* come sopra specificato).

Su questo quadro avrebbe potuto, anzi, *dovuto* innestarsi, se non un'additiva di principio, almeno un fermo monito al legislatore, dimostratosi sin qui incapace di predisporre una regolamentazione adeguata alle esigenze affermate: il riconoscimento di un diritto fondamentale inviolabile fondato sull'art. 2 cost. esige una disciplina giuridica di piena garanzia dell'accesso e del godimento, la cui mancanza non può lasciare indifferenti.

La necessità di una disciplina generale dei diritti e doveri dei componenti della coppia avrebbe dovuto essere affermata chiaramente come una doverosità costituzionalmente fondata per il legislatore, con l'implicita conseguenza della riserva di un successivo intervento direttamente additivo in caso di inerzia o di omissione protratta oltre un tempo ragionevole (secondo lo schema della *incostituzionalità differita*).

3.1. Una sintesi delle ambiguità presenti nella motivazione: le qualificazioni della discrezionalità del legislatore

Invece, lo sviluppo dell'argomentazione “frena” e cambia il passo, se non la propria direzione: riprendendo l'inciso di poche frasi prima (“*nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge*”) la sentenza qualifica la discrezionalità del legislatore come “*piena*” e riduce la possibilità di un successivo intervento della giurisprudenza costituzionale alla necessità di tutela di situazioni “*specifiche*”, di “*ipotesi particolari*” nelle quali sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale. È chiaro, però, che, se viene riconosciuto – come certamente nella sentenza 138 – un *diritto fondamentale*, non vi è spazio alcuno per una discrezionalità legislativa anche nell'*an*.

Le (ambigue) qualificazioni che accompagnano l'affermazione del ruolo del legislatore vanno, per ciò, ridimensionate e rese compatibili con i punti di partenza del ragionamento: il riconoscimento del diritto fondamentale e la specificazione del suo contenuto costituiscono i punti fermi, i cardini dell'argomentazione alla luce dei quali sciogliere le ambiguità dei passaggi successivi che evocano il ruolo del legislatore.

In particolare, il riferimento alla “*piena*” discrezionalità vale a sottolineare l'esten-

sione e la portata del primario ruolo costituzionale riconosciuto al legislatore, che la Corte proietta su di sé come un limite dell'esercizio della propria funzione, senza affermare quella completa disponibilità di tutti gli elementi della decisione (*an, quomodo, quantum, quando*) che degraderebbero il diritto fondamentale fondato sull'art. 2 cost. ad un generico interesse non costituzionalmente tutelato. Similmente per quanto riguarda il richiamo ad una discrezionalità nei "tempi" della decisione legislativa: se l'*an* non è disponibile, discrezionalità nei tempi può significare solo gradualità, estensione progressiva della disciplina – che deve essere comunque *generale* – ma non consente il rinvio ad un futuro indeterminato che renda incerto l'*an*. E deve essere altrettanto chiaro che anche la discrezionalità riferita a *modi e limiti* non può implicare una tutela episodica e frammentaria, limitata ad ipotesi e circostanze particolari, dal momento che il riconoscimento del diritto fondamentale richiede una *disciplina generale*: anzi, anche il controllo di ragionevolezza a cui la sentenza si richiama dovrà essere coerente con l'esigenza di una disciplina di carattere generale.

Su questa via potrà agire la giurisprudenza ordinaria, cui la sent. 138 fornisce come riferimento l'inequivoca affermazione dell'esistenza di diritti costituzionalmente garantiti a tutela delle convivenze omosessuali, per l'effettivo godimento dei quali potranno essere attivate, dai titolari del diritto, le azioni ritenute necessarie.

4. La chiusura: resistenza del paradigma eterosessuale del matrimonio

Nel successivo par. 9, dichiarando infondata la questione di costituzionalità in riferimento ai parametri 3 e 29 cost., la Corte sviluppa un'argomentazione che esclude la violazione dell'uguaglianza, in quanto le "unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio", che troverebbe la sua definizione costituzionale nei termini di una relazione eterosessuale.

Di questa parte, non convincono né l'impostazione del giudizio di uguaglianza, né gli argomenti su cui si fonda la rilevazione del paradigma eterosessuale.

Sulla prima, oltre a quanto anticipato nel par. 2, va osservato che la sentenza, da un lato, pone incongruamente a confronto una *situazione di fatto* (stabile convivenza di coppia *same-sex*) con un *istituto giuridico* (matrimonio) e, dall'altro, trascura il fatto che le due situazioni differiscono non solo riguardo al genere dei componenti della coppia, ma anche alla effettiva stabilità delle forme di convivenza messe a confronto: infatti, mentre la stabilità della convivenza viene assunta come elemento indispensabile per la riconoscibilità (condizione di esistenza) della *unione omosessuale* (secondo l'espressa definizione nel par. 8), la relazione di coppia eterosessuale nel *matrimonio* è, sì, giuridicamente qualificata dall'obbligo di convivenza, ma esiste ed è riconoscibile anche qualora nei fatti la convivenza non sussista (senza contare che non sarebbe esatto affermare che il matrimonio *sia* una relazione di coppia stabile, in quanto, semmai, è l'*istituto giuridico* che garantisce una – peraltro solo relativa – stabilità alla relazione di coppia, imponendo tempi e formalità specifiche al suo scioglimento).

A sostegno della tesi del paradigma eterosessuale incorporato nella disciplina costituzionale la sentenza adduce, come già rilevato, una sorta di argomento "originalista":

posto che l'istituto giuridico del matrimonio preso in considerazione nel dibattito costituente è stato quello definito dal codice civile, indubbiamente implicante l'eterosessualità dei coniugi, e rilevato che nell'orizzonte di riferimento dei costituenti è stata considerata la sola relazione uomo-donna (per conformare innovativamente la quale è stata introdotta, dal secondo comma dell'art. 29 cost., la regola dell'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi), secondo la Corte costituzionale il superamento del paradigma eterosessuale così incorporato nel precetto costituzionale non potrebbe avvenire per via ermeneutica, perché si tratterebbe "*non di una semplice rilettura del sistema*" o dell'abbandono "*di una mera prassi interpretativa*", ma di compiere una vera e propria "*interpretazione creativa*".

La debolezza dell'argomento risiede non solo nella assenza di una convincente spiegazione del perché proprio in questo caso andrebbe esclusa l'opzione interpretativa estensiva (comunemente praticata nei confronti di tutti i c.d. "nuovi diritti"); ma anche nella contraddizione interna con i passaggi argomentativi precedenti che, all'opposto, evidenziano, da un lato, che i concetti di famiglia e matrimonio non possono ritenersi "*crystallizzati*" con riferimento all'epoca in cui la costituzione è entrata in vigore – e vanno dunque interpretati tenendo conto delle trasformazioni ordinamentali e sociali – e sottolineano, dall'altro, la mancanza di un consolidamento definitivo del significato delle formule dell'art. 29 (la sentenza parla di "*un vivace confronto dottrinale*" in proposito) – da cui non può che derivare la necessità di compiere opzioni interpretative.

La sentenza rafforza il legame tra la formulazione dell'art. 29 ed il significato tradizionale dell'istituto del matrimonio richiamando anche l'art. 30 cost.⁷: dalla successione "non casuale" – secondo quanto osserva la Corte – tra le norme sul matrimonio e quelle che assicurano la tutela dei figli, la pronuncia ricava un peculiare rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima e "alla (potenziale) finalità procreativa", che rimarca come ulteriore argomento di differenziazione rispetto all'unione omosessuale.

L'argomento della funzione riproduttiva del matrimonio risulta ancor più fragile di quello originalista: la finalità procreativa non è elemento giuridicamente rilevante del matrimonio né nel diritto civile, né in quello costituzionale, in cui, semmai, l'art. 30 configura il rapporto di filiazione in modo relativamente indipendente dal matrimonio assicurando comunque a tutti i figli, in quanto tali, la pienezza di tutela giuridica e sociale⁸, relativizzando l'articolo 29 e la sua definizione di famiglia (legittima) e precludendo qualsiasi interpretazione che costruisca un nesso rigido tra filiazione, famiglia e matrimonio⁹.

5. *Quale uguaglianza nel futuro? è possibile al legislatore l'opzione del matrimonio same-sex?*

La lettura del par. 8 sembra lasciare aperta la possibilità del *matrimonio same-sex*, quando e se il legislatore la dovesse ritenere la forma giuridica più appropriata ad una disciplina generale dei diritti e doveri della coppia omosessuale.

Quanto al par. 9, invece, se gli argomenti spesi a dimostrare il carattere eterosessuale del matrimonio scaturiscono direttamente dalla struttura della costituzione, il paradigma

eterosessuale dovrebbe considerarsi un elemento qualificante e varrebbe ad escludere, anche *pro futuro*, la legittimità costituzionale del matrimonio *same-sex*¹⁰.

Ma è davvero così?

L'aspetto più criticabile dell'argomento "originalista" consiste nel fatto che spiegherebbe la fondazione del paradigma eterosessuale *nella norma costituzionale* in base alla disciplina civilistica, quando è la costituzione che conforma la legge ordinaria, non il contrario. Mi sembra di poter osservare, però, che, letta attentamente, la sentenza non afferma affatto che l'incorporazione della nozione civilistica in quella costituzionale debba considerarsi definitiva: si limita ad osservare che "*in assenza di diversi riferimenti*" è inevitabile agganciare la nozione di matrimonio al codice civile; sostiene che l'incorporazione che ne risulta del paradigma eterosessuale non è superabile per via ermeneutica, sottinteso: *dalla sentenza* (non c'è rima obbligata *per la Corte*).

Tuttavia, l'operazione di interpretazione creativa che la Corte considera preclusa a sé stessa, qualora fosse compiuta dal legislatore cesserebbe di essere "interpretazione" per divenire produzione normativa, introducendo nel codice civile quel "diverso riferimento" che ora manca: in piena coerenza con il fatto che la definizione del matrimonio deve tenere conto delle trasformazioni dell'ordinamento e dell'evoluzione della società e dei costumi. Ed è quindi particolarmente significativo che l'associazione tra paradigma eterosessuale e matrimonio non sia fatta discendere dall'espressione "società naturale", sulla quale, anzi, viene ricordato che esiste un "vivace confronto dottrinale tutt'ora aperto"; così come è senz'altro apprezzabile che vi sia stata un'esplicita sottolineatura della impossibile cristallizzazione dei concetti di famiglia e matrimonio.

6. Un'apertura al legislatore: piena e incondizionata o sotto condizione?

Il segno complessivo della sentenza 138 è, quindi, quello di un'enorme apertura al legislatore, non solo nel senso del ventaglio di possibilità, ma anche come apertura di credito. E questo rappresenta il punto sostanzialmente più criticabile dell'impianto decisorio della sentenza 138 del 2010, dal momento che la questione del riconoscimento delle unioni omosessuali non è estranea all'agenda politica e la Corte non può ignorare che il legislatore ha ampiamente dimostrato la propria incapacità ad affrontarla con una disciplina (non già generale dei diritti e doveri della coppia, ma con una disciplina) purchessia. Un'incapacità forse neppure transitoria, perché non sembrerebbe riconducibile alle contingenze della politica, suscettibili di rapidi mutamenti, ma appartenente ad un dato strutturale del sistema politico italiano nella fase della sua faticosa strutturazione maggioritaria; nel "bipolarismo all'italiana", fortemente ideologizzato, la trattazione di temi ad alto tasso di "trasversalità", come tutte le questioni *di genere*, sembra inevitabilmente destinata a fallire (pensiamo, per esempio, all'emendamento Prestigiacomo alla legge elettorale del 2005, ai Dico, alla legge anti-omofobia, ma anche alla legge sulla procreazione medicalmente assistita).

Resta, comunque, il segno di un atteggiamento cauto, ma aperto: l'intervento del legislatore viene indicato come soluzione preferenziale, ma anche necessaria.

La Corte *oggi* non ha voluto (o, forse, ha pensato di non poter) prendere atto dell'inerzia del legislatore, ponendo direttamente rimedio ad un indubbio *deficit* di tutela (che, in realtà, sarebbe stato già pienamente rilevabile); tuttavia, anche senza voler essere ottimisti a tutti i costi, se prendiamo sul serio le implicazioni della sentenza siamo in grado di vedere come, con la sentenza 138, abbia costruito tutte le premesse per decidere diversamente *almeno domani*, se l'assenza completa o un difetto di regolamentazione dovesse permanere.

Note

¹ Mi sia permesso il rinvio a "Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la costituzione italiana", in *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, a cura di B. Pezzini, Jovene, Napoli 2008, p. 91.

² Anche R.Romboli, "Note introduttive", in *Foro.it.*, 2005, V, 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".

³ Norme presenti in modo estremamente significativo nella Carta del 1948, rinnovate dalle riforme del nuovo millennio (art. 117, 7° comma e 51 cost.): v. 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; "L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione", in *Scritti Carlassare*, vol. III, Napoli 2009, p. 1159.

⁴ Il "combinato disposto" con il parametro di uguaglianza risulta sempre particolarmente complesso: v. anche M. Bonini Baraldi, "Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale", in *Quad. cost.*, 2009, p. 885 sg. Per l'analisi delle problematiche introdotte dalle ordinanze di rimessione v. B. Pezzini, "Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?", in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino 2010. L'ampio volume raccoglie la ricca discussione "preventiva svolta" a Ferrara nell'ambito del seminario "Amicus curiae" del 26 febbraio 2010.

⁵ Secondo una logica di *strict scrutiny*: 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". Il principio viene recentemente riaffermato anche in *Schalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, in cui la Corte riconosce l'influenza dell'art. 9 della Carta europea ai fini della stessa interpretazione dell'art. 12 CEDU, che ne risulta orientata nel senso del superamento del paradigma eterosessuale come contenuto necessario; la pronuncia, inoltre, afferma per la prima volta che una relazione omosessuale riceve la protezione garantita dall'art. 8, non solo come "vita privata", ma anche come "vita familiare", innovando sul punto rispetto alla precedente giurisprudenza: grado e forme di tutela della vita familiare garantite alle coppie omosessuali diventano, pertanto, comparabili con le garanzie che l'ordinamento fornisce alle coppie eterosessuali con il matrimonio, alla luce del principio di non discriminazione.

⁶ Già osservava M. Bonini Baraldi 2009, cit., p. 889, che un simile approccio conduce a ritenere impraticabile la stessa operazione di raffronto tra relazioni familiari/coniugali e relazioni omosessuali, come

argomenta esplicitamente A. Morrone, “Art. 2”, in *Codice della famiglia*, a cura di M. Sesta, Giuffrè, Milano 2009, p. 33 sg.

⁷ Estraneo, tuttavia, in quanto parametro alla questione sollevata; piuttosto, un migliore collegamento dei parametri 29 e 117, I cost. (proposto dal giudice *a quo* di Venezia), avrebbe permesso di richiamare una norma (art. 9 Carta dei diritti fondamentali dell’UE) che (non vietando né imponendo) ormai certamente “legittima” il superamento del paradigma eterosessuale del matrimonio: si noti che la Corte di cassazione, nella sentenza n. 6441/2009, ha già chiaramente riconosciuto che la formulazione dell’art. 9 “*da un lato conferma l’apertura verso forme di relazioni affettive di tipo familiare diverse da quelle fondate sul matrimonio e, dall’altro, non richiede più come requisito necessario per invocare la garanzia dalla norma stessa prevista la diversità di sesso dei soggetti del rapporto*” (peraltro escludendo che tale norma imponga agli stati membri un obbligo di adeguamento al pluralismo delle relazioni familiari, ovvero un automatismo negli effetti di riconoscimento delle unioni omosessuali).

⁸ La clausola di compatibilità dell’art. 30 cost. (“*Nei casi di incapacità dei genitori la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima*”) riguarda essenzialmente la coesione della famiglia legittima, ad evitare che essa debba subire un’integrazione forzata nel suo nucleo di figli nati fuori dal matrimonio; la giurisprudenza costituzionale ne ha affidato al legislatore la definizione di contenuti, riducendone via via la rilevanza; ma anche quando, come nella poco convincente sent. 335/2009, ne ha proposto una “rivitalizzazione” collegando la discrezionalità legislativa al “*divenire della società e del costume*”, ha chiaramente mostrato che il “privilegio” della famiglia legittima opera – sotto il vincolo della ragionevolezza – nella concorrenza tra figli legittimi e non, senza con ciò diventare necessario a qualificare la filiazione.

⁹ Considerano il rapporto coniugale *ex art. 29* ed il rapporto di filiazione, comunque sorto, *ex art. 30* come due situazioni familiari elementari e distinte P. Cavaleri, M. Pedrazza Gorlero, G. Scullo, “Libertà politiche del minore e potestà educativa dei genitori nella dialettica del rapporto educativo familiare”, in *L’autonomia dei minori tra famiglia e società*, a cura di M. De Cristoforo, A. Belvedere, Giuffrè, Milano 1980, p. 77; E. Lamarque, “Gli articoli costituzionali sulla famiglia: travolti da un insolito (e inesorabile) destino”, in *La “società naturale”*, cit., p. 193. Di contro, parla di uno “stretto rapporto biunivoco tra matrimonio e famiglia legittima” P.A. Capotosti, “Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010”, in *Quad. cost.*, 2010, p. 363; M. Manetti, “Matrimonio fra persone dello stesso sesso e filiazione”, in *La “società naturale”*, cit., p. 231, sottolinea che, senza essere finalizzato alla procreazione, il matrimonio resterebbe il presupposto della filiazione “preferito” dalla Costituzione. La sentenza della Corte EDU *Goodwin c. Regno Unito*, 11 luglio 2002, n. 28957/95 puntualizza che il diritto fondamentale di sposarsi non è affatto condizione del diritto di fondare una famiglia – altrettanto fondamentale e garantito unitariamente al primo nell’art. 12 CEDU – e che l’impossibilità per una coppia di concepire o di allevare un bambino non può di per sé privarla dei diritti previsti dalla prima frase della disposizione (sposarsi e fondare una famiglia).

¹⁰ Adesivamente, L. D’Angelo, “La Consulta al legislatore: questo matrimonio ‘nun s’ha da fare’”, in *www.forumcostituzionale.it*; criticamente: C. Silvis, “Il matrimonio omosessuale fra il ‘non s’ha da fare’ dell’art. 29 ed il ‘si può fare’ dell’art. 2 cost.”, in *www.iusreporter.it*; M. Croce, “Diritti fondamentali programmatici, limiti all’interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale”, in *www.forumcostituzionale.it.*; R. Romboli, “Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio”, in *Foro it.*, 2010, I, 1367; F. Dal Canto, “La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale”, in *Foro it.*, 2010, I, 1369; V. Tondi Della Mura, “La sentenza che ha difeso la parola ‘matrimonio’”, in *www.ilsussidiario.net*, lamenta che la sentenza avrebbe garantito il *nomen* del matrimonio, ma non la sostanza dell’istituto, posto che il catalogo dei diritti relativi sarebbe suscettibile di un’applicazione estensiva anche alle coppie omosessuali.