

Introduzione

CAPITOLO I

IL MATRIMONIO NEL SISTEMA CIVILISTICO ITALIANO

§ 1. Nozione, condizioni di validità e di esistenza dell'istituto matrimoniale	p. 6
§ 2. L'inesistenza del matrimonio contratto all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso	p. 17
§ 3. La validità interinale ovvero l'invalidità ovvero la contrarietà all'ordine pubblico	p. 20
§ 4. Sulla "tradizionale" persistenza del modello eterosessuale nel matrimonio	p. 32

CAPITOLO II

DALL FAMIGLIA ALLE FAMIGLIE: DECLINAZIONE PLURALE DEL CONCETTO COSTITUZIONALE DI «SOCIETÀ NATURALE»

§1. Genesi di una disposizione costituzionale <i>prima facie</i> ambiguamente contraddittoria	p. 44
§ 2. La famiglia come società naturale fondata sul matrimonio: tra felice ambiguità e contraddizione in termini	p. 49
§ 3. Impostazioni ermeneutiche a confronto nel segno di un'apertura o di una chiusura del dato costituzionale al matrimonio <i>gender-neutral</i> :	
a) Interpretazione originalista	p. 63
b) Interpretazione sistematica	p. 66

c) Interpretazione «tradizionale»	p. 71
d) Interpretazione storico-evolutiva	p. 75

CAPITOLO III

LA «FAMIGLIA OMOSESSUALE» DOPO LA STORICA SENTENZA N. 138 DEL 2010 DELLA CORTE COSTITUZIONALE: LE TAPPE DELL'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE

§ 1. La sentenza della Corte Costituzionale n. 138/2010.....	p. 80
§ 2. La sentenza della Corte Costituzionale n. 170 del 2014.....	p. 106
§ 3. La sentenza della Corte di Cassazione n. 4184 del 2012.....	p. 108
§ 4. La sentenza della Corte di Cassazione n. 2400 del 2015.....	p. 109

CAPITOLO IV

LA TUTELA “COSMOPOLITICA” DELLE COPPIE OMOSESSUALI

§ 1. La «seconda rivoluzione» del diritto di famiglia spagnolo: l'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso a Costituzione immutata	p. 120
§ 2. L'introduzione del matrimonio omosessuale in Portogallo: il <i>tandem</i> fra legislatore e organo di giustizia costituzionale.....	p.129

§ 3. Prassi miste di estensione del matrimonio omosessuale in Sudafrica..... p. 136

§4. Una comparazione tra il modello statunitense e la giurisprudenza delle corti europee: il problema del riconoscimento transnazionale delle unioni omosessuali p.153

Conclusioni..... p.162

Bibliografia..... p. 168

Introduzione

Dato incontrovertibile degli ultimi decenni sembra essere quello per cui l'emersione, non più trascurabile, di nuovi fenomeni sociali abbia dato vita ad una sorta di «questione della famiglia», generando quasi una “crisi d'identità” della stessa che, non riconoscendosi più necessariamente nella triade inscindibile di matrimonio - (etero)sessualità - procreazione, ha finanche indotto taluni a profetizzare la morte della formazione sociale *de qua*.

Parafrasando il pensiero di un illustre giurista si potrebbe, quindi, affermare che l'isola della famiglia, frantumandosi in un arcipelago di differenti realtà familiari, stia per essere travolta, e non più soltanto lambita, da uno *tsunami* culturale, oltre che, *strictu sensu*, giuridico.

In ambito familiare, d'altronde non può prefigurarsi alcun orizzonte che non sia destinato a sfrangiarsi con nuovi valori e contenuti che, in un dato momento storico, la società si determini ad attribuire al fenomeno “famiglia”; il passaggio dalla famiglia alle famiglie sembra, ormai, inesorabilmente realizzatosi, a conferma della intrinseca mutevolezza di un concetto plasmabile a seconda dell'evoluzione della società e dei costumi.

Certamente, non ogni fenomeno che si palesa nella realtà è idoneo a ricevere il crisma della giuridicità; tuttavia, dinanzi a fenomeni piuttosto diffusi e socialmente legittimati, il diritto, affinché sia esso stesso effettivo, non può che farsi garante delle mutevoli esigenze dell'esperienza.

Del resto, alquanto pericoloso risulterebbe ipostatizzare un'aprioristica nozione di famiglia: in tal modo, implicitamente non solo si fornirebbe un'apologia del presente nell'incapacità di comprendere il passato, ma per di più si finirebbe per limitarsi- se non addirittura trincerarsi - rispetto al futuro.

Dirimente, allora, diventa stabilire l'*ubi consistam* del concetto di "famiglia", individuare, dunque, quale sia - sempre che possa rintracciarsene alcuno - il suo contenuto minimo ed essenziale, onde evitare il rischio che il diritto, da luogo del dover-essere, si trasformi in un'acritica riproduzione della realtà, decretando in tal modo il temuto trionfo della sua neutralità.

La ben nota definizione del giurista romano Modestino in tema di matrimonio - «*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae consortium omnis vitae divini et humani iuris communicatio*» - può ritenersi ancora stringente in un panorama, come quello attuale che, sinteticamente, *supra* si è tentato di delineare, teso all'affermazione di una cultura laica a vocazione universale? Ritenere giuridicamente irrilevante la *disparitas sexus*, per secoli alla base di famiglia e matrimonio, configurerebbe solo una pretesa utopistica nel nostro ordinamento? Quale tutela per le coppie omosessuali che rivendicano l'accertamento di una facoltà, giuridicamente riconosciuta e costituzionalmente tutelata, di scegliere un *partner* dello stesso sesso come coniuge?

Diventa, allora, opportuno domandarsi come si atteggi la nostra Carta costituzionale a fronte di quell'ancestrale "diritto vivente" che postulerebbe l'eterosessualità quale condizione imprescindibile per la stessa giuridica esistenza della fattispecie matrimoniale. E contestualmente, quale sarebbe il ruolo del "diritto vigente" e quale quello, non meno rilevante, delle Istituzioni di Garanzie e dei Giudici, che proprio quei diritti fondamentali dovrebbero rendere effettivi.

Il presente lavoro di tesi muove da tali considerazioni e si sviluppa nel senso di fornire risposte, quanto più adeguate, ad interrogativi la cui portata svela la complessità del confronto politico- istituzionale, sociale, etico e giuridico, ad essi sotteso.

CAPITOLO I

IL MATRIMONIO NEL SISTEMA CIVILISTICO ITALIANO

§ 1. Nozione, condizioni di validità e di esistenza dell'istituto matrimoniale

Il nostro ordinamento difetta di una nozione giuridica di matrimonio: nel Codice civile, così come nella Costituzione, non è *apertis verbis* esplicitato l'*ubi consistam* dell'istituto matrimoniale, del quale, peraltro, la fonte codicistica, stante il ruolo di preminente importanza ricoperto nell'ambito del diritto di famiglia dall'istituto *de quo*, non manca di fornire un'analitica disciplina.

Invero, una definizione, sebbene ricavabile solo in negativo, si può rinvenire paradossalmente nella disciplina relativa ai casi di scioglimento del matrimonio¹, in cui emerge una qualificazione del vincolo matrimoniale quale «*comunione materiale e spirituale di vita dei coniugi*»: in ciò, dunque, la sua essenza.

Tuttavia, non può sottovalutarsi il dato per cui una simile configurazione attenga al solo matrimonio-*rapporto* che appare, inequivocabilmente, connotato come *fatto privato*.

Del resto, è sin dalla Riforma del 1975² - con cui, com'è noto si è abbandonata definitivamente la visione pubblicistica del

¹ Legge 1° dicembre 1970, n. 898. «*Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*». Art. 1 «*Il giudice pronuncia lo scioglimento del matrimonio contratto a norma del codice civile, quando, esperito inutilmente il tentativo di conciliazione di cui al successivo art. 4, accerta che la comunione spirituale e materiale tra i coniugi non può essere mantenuta o ricostituita per l'esistenza di una delle cause previste dall'art. 3*»

² Legge 19 maggio 1975, n. 151 *Riforma del diritto di famiglia*.

matrimonio – che il matrimonio non è più considerato atto del potere statale, bensì espressione dell'autonomia privata³.

Sicché l'autonomia privata degli sposi si esplica in quella *attitudine ad essere essi, ed essi soli, gli artefici delle proprie scelte, nel presupposto che nessun altro possa in loro vece decidere con chi vada instaurata la comunione materiale e spirituale in cui si sostanzia l'unione coniugale*⁴.

E così, finché una tale comunione esiste, l'ordinamento si preoccupa di tutelarla; ma una volta venuta meno, anche la sua tutela si arresta: l'ordinamento, infatti, non ha più ragione di salvaguardare quel vincolo che ha perso la sua stessa essenza.

Quanto finora detto concerne, tuttavia - come detto - solo un aspetto dell'istituto matrimoniale, il *rapporto*.

Appare, dunque, opportuno procedere ad analizzare ciò che viene definito, sulla base di una consolidata distinzione dottrinale, il *matrimonio-atto*.

La disciplina relativa all'atto matrimoniale ricomprende le regole che presiedono alla manifestazione del consenso tra gli sposi all'atto della celebrazione del matrimonio dinanzi all'Ufficiale di stato Civile che quel consenso raccoglie.

In quanto finalizzata alla tutela della libertà dei coniugi nella manifestazione del consenso, anche tale disciplina non può che rinviare al concetto di autonomia negoziale: plasmandosi sui paradigmi normativi dell'atto giuridico, il *matrimonio-atto* viene, pertanto, assimilato, regolato ed interpretato alla stregua di un

³ M. FORTINO, *Diritto di famiglia. I valori, i principi, le regole*, Milano, 1998, 63 ss.

⁴ G. FERRANDO, in *Il matrimonio, Trattato di diritto civile e commerciale*, fondato da A. CICU e M. MESSINEO e proseguito da L. MENGONI, Milano, 2002, 50.

negozio giuridico⁵, seppur con le dovute differenze rispetto alla categoria generale in questione.

La dottrina prevalente è concorde, infatti, nel configurare l'atto matrimoniale come negozio giuridico bilaterale, puro e solenne posto in essere da due soggetti, tradizionalmente di sesso differente, mediante la manifestazione, dinanzi all'Ufficiale dello Stato civile celebrante, della reciproca volontà di prendersi in sposi.

Le peculiari caratteristiche dell'atto di matrimonio rendono tale figura giuridica, al di là delle più disparate qualificazioni, *al di là di ogni etichetta*⁶, un *unicum* nel suo genere.

Alcuni illustri giuristi ritengono opportuno specificarne la natura *familiare*⁷, in modo da evidenziarne la sostanziale differenza con il contenuto classico del negozio giuridico. Altri studiosi, invece, convinti della necessità tanto delle dichiarazioni dei nubendi, quanto di quella dell'Ufficiale di Stato civile celebrante, preferiscono qualificarlo quale *negozio giuridico complesso*⁸.

Ad ogni modo, la previsione della bilateralità del negozio determina il definitivo superamento di quell'orientamento dottrinale teso ad attribuire natura costitutiva alla dichiarazione

⁵ M. FORTINO, *Diritto di famiglia. I valori, i principi, le regole.*, Milano, 1998, 63 ss.

⁶ G. ZANINI, *Il matrimonio*, in P. CENDON (a cura di) *Il diritto privato nella giurisprudenza. La famiglia*, Torino, 2000, 87.

⁷ M. FORTINO, in *op.cit.*, 68.

⁸ In questo senso, *inter alia*: v. A. TRABUCCHI- F. GAZZONE- M. MESSINEO, secondo i quali il matrimonio sarebbe una fattispecie complessa, formata sia dall'atto amministrativo, posto in essere dall'Ufficiale celebrante, sia dal negozio giuridico bilaterale, perfezionatosi con il consenso dei nubendi.

con cui l'Ufficiale dello Stato civile dichiara, appunto, i due nubendi uniti in matrimonio; a tale dichiarazione, pacificamente, oggi, la dottrina preferisce attribuire un mero valore certificativo.

Il matrimonio, infatti, in quanto espressione dell'autonomia privata dei coniugi, non è altro che il consenso fra gli stessi.

E se è vero che la libertà negoziale, in relazione all' *an* del matrimonio è massimamente tutelata e garantita, sia attraverso la regolamentazione della promessa di matrimonio che non è mai vincolante, sia attraverso la disciplina delle invalidità volta alla perfezione del consenso, è altrettanto vero che essa non è priva di limitazioni.

Innanzitutto, al fine di salvaguardare quei valori ritenuti preminenti dall'ordinamento, si circoscrive la possibilità di contrarre matrimonio fra determinati soggetti: la libertà relativa alla scelta del proprio *partner* è, dunque, condizionata dalle norme codicistiche in materia di impedimenti matrimoniali.

In secondo luogo, appare totalmente esclusa la libertà di scegliere uno schema negoziale diverso da quello espressamente previsto: la forma negoziale è irrinunciabile, in quanto l'atto, oltre che *legitimus*, cioè incompatibile con termini e condizioni che qualora venissero apposti sarebbero ritenuti irrilevanti, è rigorosamente tipico.

Infine, è altresì preclusa la libertà di prevedere effetti diversi da quelli che l'ordinamento riconduce alla celebrazione del matrimonio⁹.

⁹ Così opportunamente rileva F. FINOCCHIARO "Nel matrimonio le parti non possono legalmente formare il matrimonio in modi diversi da quelli previsti dagli artt. 82 ss. c.c., né possono determinare diritti e obblighi di coniugio diversi da quelli previsti

Di talché l'autonomia dei coniugi risulta, in relazione all'atto, fortemente e rigidamente tutelata in funzione della libera manifestazione del consenso, mentre è assai più limitata in relazione alla preminenza di un interesse pubblico che, in quanto interesse alla certezza del rapporto, esclude che il diritto dei coniugi alla formazione della famiglia legittima possa utilizzare strumenti giuridici diversi rispetto a quelli tipicamente previsti dall'ordinamento¹⁰.

Sebbene rappresenti l'asse portante dell'intera regolamentazione del matrimonio, l'autonomia negoziale dei coniugi viene ad atteggiarsi in modo differente nel matrimonio-atto e nel matrimonio-rapporto. In quest'ultima ipotesi, infatti, a circoscrivere l'autonomia è solo la tutela dei diritti fondamentali dei coniugi in quanto persone e la garanzia del principio d'uguaglianza¹¹ per essi specificamente sancito dalla Costituzione¹² ex art. 29 Cost.

La circostanza per cui sia *atto* che *rapporto* matrimoniale siano collocati all'interno di una dimensione privatistica non è, tuttavia,

dagli artt. 143 ss. c. c., devono solo conformarsi a quanto la legge prescrive. Essi hanno l'unico potere di consentire o non alla formazione del vincolo. Consumato tale potere, acquistano lo status di coniugi, con i connessi diritti ed obblighi, che eserciteranno o adempiranno secondo le modalità da essi concordate, in relazione alle loro condizioni sociali ed economiche, ricorrendo al giudice in caso di dissenso", in *Commentario del Codice Civile*, Modena, 1993, 89.

¹⁰ M. FORTINO, *Diritto di famiglia, op.cit.*, 90.

¹¹ M. FORTINO, *ibidem*, 93.

¹² Art. 29 – II comma Cost. «Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare».

sufficiente a rendere applicabile ad entrambi una disciplina di tipo contrattualistico.

Il matrimonio-*rapporto* sfugge inevitabilmente alle strettoie di una disciplina contrattualistica per affidarsi alla libertà morale e giuridica dei coniugi nella costruzione di una perdurante *comunione di vita materiale e spirituale*.

Il matrimonio-*atto*, sebbene subordinatamente alla previsione di opportuni adattamenti e dovuti temperamenti della normativa generale, si presta ad essere imbrigliato nelle maglie della logica contrattuale.

“*Delle condizioni necessarie per contrarre matrimonio*” è il titolo della sezione del Codice civile che racchiude in sé le disposizioni relative a quelli che tradizionalmente la dottrina distingueva in requisiti di capacità ed impedimenti.

Quanto ai primi, essi configurano i requisiti soggettivi essenziali per contrarre matrimonio, e dunque, si identificano nell'età¹³ e nella capacità di agire¹⁴.

¹³ Art. 84 c.c. – Età

«I minori di età non possono contrarre matrimonio.

Il tribunale, su istanza dell'interessato, accertata la sua maturità psico-fisica e la fondatezza delle ragioni addotte, sentito il pubblico ministero, i genitori o il tutore, può con decreto emesso in camera di consiglio ammettere per gravi motivi al matrimonio chi abbia compiuto sedici anni.||Il decreto è comunicato al pubblico ministero, agli sposi, ai genitori e al tutore.||Contro il decreto può essere proposto reclamo, con ricorso alla corte d'appello, nel termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione.

La corte d'appello decide con ordinanza non impugnabile, emessa in camera di consiglio. Il decreto acquista efficacia quando è decorso il termine previsto nel quarto comma, senza che sia stato proposto reclamo».

¹⁴ Art. 85 c. c. - Interdizione per infermità di mente

Quanto ai secondi, costituendo ostacoli normativamente sanciti alla celebrazione del matrimonio, si rinvencono nella mancanza di libertà di stato¹⁵; nell'esistenza di vincoli di parentela¹⁶, affinità, adozione ed affiliazione tra i nubendi; nella fattispecie di reato del

«Non può contrarre matrimonio l'interdetto per infermità di mente (116, 117, 119, 414 e seguenti). || Se l'istanza di interdizione è soltanto promossa, il pubblico ministero può richiedere che si sospenda la celebrazione del matrimonio; in tal caso la celebrazione non può aver luogo finché la sentenza che ha pronunciato sull'istanza non sia passata in giudicato (Cod. Proc. Civ. 324)».

¹⁵ Art. 86 c.c. - Libertà di stato

«Non può contrarre matrimonio chi è vincolato da un matrimonio precedente (65, 116, 117, 124, c.p. 556)».

¹⁶ Art. 87 c.c. - Parentela, affinità, adozione e affiliazione

«Non possono contrarre matrimonio fra loro:

1) gli ascendenti e i discendenti in linea retta, legittimi o naturali;

2) i fratelli e le sorelle germani, consanguinei o uterini;

3) lo zio e la nipote, la zia e il nipote;

4) gli affini in linea retta; il divieto sussiste anche nel caso in cui l'affinità deriva dal matrimonio dichiarato nullo o sciolto o per il quale è stata pronunciata la cessazione degli effetti civili;

5) gli affini in linea collaterale in secondo grado;

6) l'adottante, l'adottato e i suoi discendenti;

7) i figli adottivi della stessa persona;

8) l'adottato e i figli dell'adottante;

9) l'adottato e il coniuge dell'adottante, l'adottante e il coniuge dell'adottato.

I divieti contenuti nei nn. 6, 7, 8 e 9 sono applicabili all'affiliazione. || I divieti contenuti nei nn. 2 e 3 si applicano anche se il rapporto dipende da filiazione naturale. || Il tribunale, su ricorso degli interessati, con decreto emesso in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, può autorizzare il matrimonio nei casi indicati dai nn. 3 e 5, anche se si tratti di affiliazione o di filiazione naturale. L'autorizzazione può essere accordata anche nel caso indicato dal n. 4 quando l'affinità deriva da matrimonio dichiarato nullo. || Il decreto è notificato agli interessati e al pubblico ministero. || Si applicano le disposizioni dei commi quarto, quinto e sesto dell'art. 84».

delitto¹⁷ consumato o tentato commesso da uno dei nubendi sul coniuge dell'altro; nel divieto temporaneo di nuove nozze¹⁸.

La dottrina, invero, è propensa a qualificare come impedimenti il difetto dei requisiti di capacità in capo ai futuri sposi che gli impedimenti in senso tecnico. Mentre con il *nomen iuris* di condizioni necessarie per contrarre matrimonio suole riferirsi ad alcuni elementi indefettibili, la cui mancanza determinerebbe, secondo alcuni la più grave sanzione della giuridica inesistenza della fattispecie, secondo altri la sua relativa nullità. Tali requisiti essenziali, presupposti necessari per l'identificazione del negozio matrimoniale civile, sono tradizionalmente individuati nella

¹⁷ Art. 88 c.c. - Delitto

«Non possono contrarre matrimonio tra loro le persone delle quali l'una è stata condannata per omicidio consumato o tentato sul coniuge dell'altra (116, 117).||Se ebbe luogo soltanto rinvio a giudizio ovvero fu ordinata la cattura, si sospende la celebrazione del matrimonio fino a quando non è pronunciata sentenza di proscioglimento».

¹⁸ Art. 89 c.c. - Divieto temporaneo di nuove nozze

«Non può contrarre matrimonio la donna, se non dopo trecento giorni dallo scioglimento, dall'annullamento o dalla cessazione degli effetti civili del precedente matrimonio. Sono esclusi dal divieto i casi in cui lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del precedente matrimonio siano stati pronunciati in base all'art. 3, n. 2, lett. b) ed f), della L. 1° dicembre 1970, n. 898, e nei casi in cui il matrimonio sia stato dichiarato nullo per impotenza, anche soltanto a generare, di uno dei coniugi.||Il tribunale con decreto emesso in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero, può autorizzare il matrimonio quando è inequivocabilmente escluso lo stato di gravidanza o se risulta da sentenza passata in giudicato che il marito non ha convissuto con la moglie, nei trecento giorni precedenti lo scioglimento, l'annullamento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio.||Si applicano le disposizioni dei commi quarto, quinto e sesto dell'art. 84 e del comma quinto dell'art. 87.||Il divieto cessa dal giorno in cui la gravidanza è terminata».

diversità di sesso tra i futuri coniugi, nello scambio del consenso e nel rispetto della forma.

La natura di requisiti indefettibili, per quanto concerne lo scambio delle reciproche manifestazioni di volontà dei coniugi e la forma della celebrazione, deriverebbe direttamente *ex lege*, precisamente da quanto stabilito dall'articolo 117 c.c.¹⁹ ; mentre, solo indirettamente rileverebbe quale condizione *naturale* di esistenza della fattispecie matrimoniale la diversità di sesso tra i nubendi: tra gli altri, gli articoli 107²⁰ e 143²¹ c. c. nell'operare

¹⁹ Art. 117- Matrimonio contratto con violazione degli articoli 84, 86, 87 e 88.

«Il matrimonio contratto con violazione degli articoli 86, 87 e 88 può essere impugnato dai coniugi, dagli ascendenti prossimi, dal pubblico ministero e da tutti coloro che abbiano per impugnarlo un interesse legittimo e attuale.||Il matrimonio contratto con violazione dell'articolo 84 può essere impugnato dai coniugi, da ciascuno dei genitori e dal pubblico ministero. La relativa azione di annullamento può essere proposta personalmente dal minore non oltre un anno dal raggiungimento della maggiore età. La domanda, proposta dal genitore o dal pubblico ministero, deve essere respinta ove, anche in pendenza del giudizio, il minore abbia raggiunto la maggiore età ovvero vi sia stato concepimento o procreazione e in ogni caso sia accertata la volontà del minore di mantenere in vita il vincolo matrimoniale.||Il matrimonio contratto dal coniuge dell'assente non può essere impugnato finché dura l'assenza.||Nei casi in cui si sarebbe potuta accordare l'autorizzazione ai sensi del quarto comma dell'articolo 87, il matrimonio non può essere impugnato dopo un anno dalla celebrazione. ||La disposizione del primo comma del presente articolo si applica anche nel caso di nullità del matrimonio previsto dall'articolo 68».

²⁰ Art. 107 c.c. - Forma della celebrazione.

«Nel giorno indicato dalle parti l'ufficiale dello stato civile, alla presenza di due testimoni, anche se parenti, dà lettura agli sposi degli articoli 143, 144 e 147; riceve da ciascuna delle parti personalmente, l'una dopo l'altra, la dichiarazione che esse si vogliono prendere rispettivamente in marito e in moglie, e di seguito dichiara che esse sono unite in matrimonio. ||L'atto di matrimonio deve essere compilato immediatamente dopo la celebrazione».

dapprima un riferimento *gender neutral* ai *coniugi* o agli *sposi*, adoperano successivamente una terminologia sessualmente connotata che allude all'eterosessualità della relazione, *marito - moglie, padre - madre*.

L'identità di sesso²² è generalmente – tradizionalmente – ritenuta causa di inesistenza del matrimonio.

In tale categoria, di creazione squisitamente dottrinale, nettamente distinta da quelle della nullità e dell'annullamento, si riconducono tutte quelle ipotesi in cui siano ravvisabili vizi talmente gravi da non consentire la qualificazione della fattispecie come matrimonio, sia pure invalido²³.

Secondo tale impostazione, quindi, il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è idoneo alla produzione di quegli effetti (provvisoria efficacia, matrimonio putativo) che l'ordinamento pure riconduce alla celebrazione di un matrimonio nullo²⁴.

²¹ Art- 143 c. c. - Diritti e doveri reciproci dei *coniugi*.

«Con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri. ||Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione. ||Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia».

²² Osserva C. A. JEMOLO, *Il matrimonio*, in *Trattato dir. civ. it.* diretto da F. VASSALLI, III, Torino, 1957,102 «[...] all'infuori del diritto naturale o della rivelazione religiosa, è estremamente arduo forgiare una definizione universale di matrimonio che vada oltre all'unico presupposto veramente costante della diversità di sesso tra le persone che contraggono il vincolo [...]».

²³ G. FERRANDO – A. QUERCI, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Milano, 2007, 75.

²⁴ G. FERRANDO – A. QUERCI, *ibidem*,75.

Strumento utile al fine di distinguere le ipotesi in cui il matrimonio è idoneo a produrre gli effetti che gli sono propri, anche se invalido, da quelle in cui è incapace di produrre qualsiasi effetto, la categoria dell'inesistenza è intesa da alcuni quale *concetto di comodo*²⁵ dal significato polivalente a seconda delle circostanze.

La giurisprudenza, nel tentare di rintracciarne un criterio di identificazione, ha ritenuto opportuno operare un riferimento alla mancanza della forma legale del matrimonio²⁶; solo recentemente ha preferito individuare tale fattispecie nella *«mancanza della realtà fenomenica che costituisce la base naturalistica»*²⁷ dell'istituto matrimoniale²⁸.

Dottrina e giurisprudenza, alla luce di tali ultime considerazioni, non potranno non affrontare la preminente questione circa l'attuale sufficienza ed adeguatezza dei requisiti

²⁵ F. FINOCCHIARO, *Il matrimonio civile*, in *Commentario SCIALOJA - BRANCA*, II, Bologna-Roma, 1993, 51.

²⁶ Corte di Cassazione 20 settembre 1959, n. 2987, in *Foro it.* 1959, I «*l inesistenza si verifica quando non è possibile identificare alcuna fattispecie negoziale perché mancano quegli effetti necessari perché si possa avere una figura esteriore di negozio giuridico*»; Corte di Cassazione 14 febbraio 1975, n. 569, in *Dir. Fam. e Pers.* 1975 si ha inesistenza «quando profonde anomalie snaturano essenzialmente la natura e la funzione della fattispecie negoziale».

²⁷ Testualmente Corte di Cassazione 20 maggio 1976, n. 1808, in *Giur. it.* 1977, I.

²⁸ Corte di Cassazione 9 giugno 2000, n. 7877, in *Giust. Civ.* 2000, I «*la categoria dell'inesistenza, per distinguerla da quella della invalidità, richiede necessariamente dei riferimenti ad aspetti fattuali e ricorre pertanto quando manchi "quella realtà fenomenica che costituisce la base naturalistica della fattispecie" e che nel matrimonio è ravvisabile in assenza dei requisiti minimi essenziali, costituiti dal fatto che due persone di sesso diverso abbiano manifestato la volontà matrimoniale davanti ad un pubblico ufficiale*».

del matrimonio, i quali «*peraltro, soprattutto oggi, non paiono assolutamente definitivi*»²⁹.

§ 2. L'inesistenza del matrimonio contratto all'estero tra cittadini italiani dello stesso sesso

Con decreto 10 giugno 2005³⁰, il Tribunale di Latina rigetta il ricorso proposto da due cittadini italiani, entrambi di sesso maschile, avverso il rifiuto dell'Ufficiale dello stato civile del comune di loro residenza, Latina, a trascrivere nei pubblici registri il matrimonio da loro validamente contratto in Olanda.

A sostegno della loro richiesta i ricorrenti deducevano l'operatività, nell'ordinamento italiano, del principio dell'automaticità del riconoscimento del provvedimento straniero. Nella fattispecie, infatti, il rispetto delle forme previste dalla legge straniera per la valida esistenza dell'atto risultava dalla copia autentica del medesimo atto di matrimonio celebrato all'estero, e pertanto valeva ad integrare l'unica imprescindibile condizione prescritta al fine di rendere applicabile tale principio. Inoltre, obiettavano i ricorrenti - data la natura meramente certificativa e dichiarativa della trascrizione dell'atto di matrimonio, sarebbe stata preclusa, in tale fase, ogni indagine circa la sua validità o conformità all'ordine pubblico; solo in seguito all'avvenuta trascrizione sarebbero risultate legittime impugnazioni in tal senso. Infine, il complesso dei principi e dei valori che informano un ordinamento in un dato momento storico, e quindi, in sostanza

²⁹ L. LACROCE, *Concezione giuridica del matrimonio e vecchie e nuove concezioni*, nota a Corte di Cassazione 22 febbraio 2000, n. 7877, in *Giust. Civ.* 2000, I, 2897.

le norme di uno Stato membro della CE, non sarebbero potute essere per definizione contrarie ad alcun principio fondamentale di diritto internazionale. Al matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso, del quale era stata chiesta la trascrizione, poi negata, doveva quindi riconoscersi piena efficacia giuridica nel nostro ordinamento per due ordini di ragioni.

In primis, tale riconoscimento, tenuto conto dell'evoluzione nella società di realtà di tipo familiare e della necessità di armonizzare³¹ le legislazioni in materia di rapporti familiari dei vari Stati membri, appariva conforme ai principi fondamentali immanenti al nostro ordinamento e costituzionalmente garantiti.

In secundis, il rifiuto di procedere alla trascrizione dell'atto matrimoniale, validamente contratto secondo la legislazione straniera vigente che quel matrimonio contemplava, sarebbe risultato incostituzionale, perché contrario a quanto previsto dagli articoli 2 e 3 della Costituzione.

D'altra parte, l'Ufficiale di Stato Civile di Latina, trovatosi in evidente difficoltà nel trascrivere l'atto olandese, si era rivolto al Ministero dell'Interno e, conformemente alle indicazioni ricevute, ne aveva rifiutato la trascrizione richiesta.

Il Tribunale di Latina, a cui i ricorrenti proponevano regolare appello, aveva confermato la legittimità e la fondatezza di tale rifiuto, qualificando l'atto straniero di matrimonio come giuridicamente inesistente nel nostro ordinamento, ed altresì

contrario all'ordine pubblico e ai principi generali del nostro diritto.

In quanto inesistente, e quindi *privo di quella realtà fenomenica che costituisce la base naturalistica della fattispecie*³², il matrimonio tra persone dello stesso sesso non può essere disciplinato e regolato dalle norme in materia di famiglia e matrimonio, comprese quelle internazionalprivatistiche.

Il problema presenta, poi, profili di complessità maggiori nella prospettiva dell'ordinamento nel quale il matrimonio *de quo* sia stato validamente contratto.

Se, infatti, «è vero che l'ordinamento locale qualifica quel matrimonio alla stregua di un atto validamente denominabile e configurabile» come matrimonio, è altrettanto vero che «non potrebbe pretendere di estendere pure ad un altro ordinamento, quello italiano, rilevante in forza della cittadinanza delle persone interessate, la medesima qualificazione, conseguente solo alla normativa vigente nel luogo di celebrazione, ma priva di alcuna efficacia automatica in un diverso Paese»³³.

Si assiste ad un inevitabile conflitto di qualificazioni, destinate a coesistere seppur nella loro evidente contraddittorietà.

La tesi dell'irrelevanza giuridica sembra non essere più suffragata dall'attuale concezione dell'istituto matrimoniale, che

³² Corte di Cassazione 22 febbraio 2000, n. 7877, in *Giust. Civ.*, I, 2000.

³³ P. SCHLESINGER, *Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all'estero*, in *Fam. e Dir.*, 2005, 413.

pare recepire un “ideale di inclusione” su cui si fonda il pluralismo di una società aperta alle differenze³⁴.

Pertanto, non può che concludersi che mutata la società, anche la funzione e il significato del matrimonio evolvono, posto che la fondamentale ed immediata finalità della tutela [dei diritti di famiglia] è costituita dai «bisogni dell'individuo verso l'individuo»³⁵.

Il matrimonio, infatti, è istituto del diritto privato che, in un numero sempre più crescente di Paesi³⁶, ha visto abbandonare il requisito della *disparitas sexus* tra i coniugi, riflettendo gli ampi processi di rinnovamento che hanno interessato le identità, le sessualità, la riproduzione.

L'orientamento dottrinale che privilegia l'inesistenza del matrimonio contratto tra persone dello stesso sesso sembra, pertanto, rappresentare la soluzione più immediata, ma allo stesso

³⁴ P. CAVANA, *Sull'intrascrivibilità dell'atto di matrimonio validamente contratto all'estero tra persone dello stesso sesso*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2005, 2, 1268 ss.

³⁵ BIANCA, voce *Famiglia (diritti di)*, in *Noviss. Dig. It.*, VII, Torino, 1961.

³⁶ Sono quattordici gli Stati che in Europa hanno aperto le porte dell'istituto matrimoniale alle coppie costituite da persone dello stesso sesso Olanda (l. 1° Aprile 2001), Belgio (l. 1° Giugno 2003), Spagna (l. 30 Giugno 2005), Norvegia (l. 11 Giugno 2008), Svezia (l. 1° Maggio 2009), Portogallo (l. 17 Maggio 2010), l'Islanda e da ultimo l'Irlanda, con il referendum del 2015.

Sono invece 37 gli Stati USA (tra questi: New York, dopo Iowa, New Hampshire, Connecticut, Massachusetts e Vermont) che hanno legalizzato il “matrimonio omosessuale” (*rectius* tra persone omosessuali). A questi si aggiungono Canada, Città del Messico, Argentina, Uruguay, Nuova Zelanda, Sudafrica, Brasile, Argentina.

In alternativa al tradizionale modello matrimoniale sessualmente connotato, molti altri Paesi europei hanno preferito introdurre specifiche regolamentazioni per disciplinare la convivenza tra persone dello stesso sesso.

tempo anche quella che, diacronicamente, potrebbe rivelarsi meno adeguata, in quanto discordante con una futura ed altresì inevitabile evoluzione sociale e giuridica.

§ 3. La validità interinale ovvero l'invalidità ovvero la contrarietà all'ordine pubblico

Rispetto alla tesi dell'inesistenza, che, configurando l'irrelevanza giuridica delle unioni omosessuali quale limite all'applicazione delle norme in materia di famiglia e matrimonio, non offre risposte adeguate alle istanze individuali sottese a fenomeni complessi come quello di cui si tratta, appare più interessante riflettere sull'eventuale validità di un simile matrimonio nel nostro sistema giuridico.

Si procede, dunque, all'analisi delle norme che, nel Codice civile, si apprestano a fornire una dettagliata disciplina al matrimonio del cittadino italiano all'estero.

«Il cittadino è soggetto alle disposizioni contenute nella sezione prima di questo capo [art. 84 e ss.], anche quando contrae matrimonio in paese straniero, secondo le forme ivi stabilite»³⁷; quanto espressamente previsto ex art. 115 c. c. trova riscontro nella legge sull'ordinamento dello stato civile³⁸, che all'art. 16 dispone «il matrimonio all'estero, quando gli sposi sono entrambi cittadini italiani o uno di essi è cittadino italiano e l'altro è cittadino straniero, può essere celebrato innanzi all'autorità

³⁷ Art. 115 c. c. – Matrimonio del cittadino all'estero.

³⁸ “Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127”, d.P.R. n. 396/2000.

diplomatica o consolare competente, oppure innanzi all'autorità locale secondo le leggi del luogo. In quest'ultimo caso una copia dell'atto è trasmessa a cura degli interessati all'autorità diplomatica o consolare».

Il nostro ordinamento, dunque, contempla esplicitamente la possibilità per il cittadino italiano di contrarre matrimonio in uno Stato straniero.

A tale matrimonio, in virtù dell'art. 28 l. n. 218/1995³⁹, sono astrattamente applicabili la legge del luogo di celebrazione del matrimonio; la legge dello Stato nel quale, al momento della celebrazione i coniugi avevano la propria residenza; la legge dello Stato di cittadinanza del marito, o alternativamente, della moglie, al momento della celebrazione⁴⁰.

Dal combinato disposto degli articoli 28 l. n. 218/1995 e 115 c.c. si evince che la forma secondo cui il matrimonio deve essere contratto è disciplinata secondo il classico principio del *locus regit actum*, ma a condizione che l'atto sia qualificabile come tale nel rispetto di specifiche regole, prime fra tutte quelle relative alla capacità a contrarre matrimonio.

In sostanza, le forme e le procedure predisposte dalla legge italiana in relazione alla celebrazione del matrimonio divengono

³⁹ Si tratta della legge di “*Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*”.

⁴⁰ Art. 28 – Forma del matrimonio «*Il matrimonio è valido quanto alla forma se è considerato tale dalla legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale di almeno uno dei coniugi al momento della celebrazione o della legge dello Stato di comune residenza in tale momento*».

potenzialmente irrilevanti: il compito di regolarne le modalità, pertanto, sarà devoluto alla legge straniera.

Il *favor validitatis*, che ispira la disposizione internazionalprivatistica, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, vale a legittimare la celebrazione di un matrimonio, avvenuto in conformità con la legge dello Stato di comune residenza dei coniugi, anche quando il matrimonio straniero preveda istituti contrastanti con l'ordine pubblico.

E, del resto come giustamente osservato da alcuni, perchè assuma concretamente rilievo la violazione dell'ordine pubblico occorre che esso sia stato effettivamente violato nel caso di specie e non solamente astrattamente *violabile*⁴¹.

Quanto, invece, alla capacità e alle altre condizioni necessarie per contrarre validamente matrimonio all'estero l'articolo 115 c.c. richiama espressamente le disposizioni contenute nella sezione prima, capo secondo, titolo sesto del Codice civile.

Del resto, l'art. 27 della l. n. 218/1995, rubricato "*Condizioni per contrarre matrimonio*", sancisce il principio secondo cui tali condizioni siano disciplinate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento della celebrazione del matrimonio; pertanto, nel caso in cui uno dei nubendi abbia cittadinanza italiana, a prescindere dal luogo in cui il matrimonio sia contratto, si rende applicabile tale disposizione.

Alla mancanza dei requisiti previsti, a seconda dei casi, seguirà, come diretta conseguenza, la nullità o l'annullabilità dell'atto.

⁴¹ M. ORLANDI, *Matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani dello stesso sesso e sua efficacia giuridica in Italia*, in *Giur. Di Merito*, 2005, 2293.

L'Ufficiale di Stato civile, però, non potrà condurre indagini sulla validità dell'atto di cui si chiede la trascrizione; dovrà, invece, limitarsi ad accertarne l'esistenza e la non contrarietà all'ordine pubblico.

La validità del matrimonio contratto all'estero è sorretta da una vera e propria *presunzione di validità* che è tale fino a quando non venga eventualmente arrestata dall'intervento di una pronuncia giudiziale di nullità o di annullamento⁴², a seguito dell'impugnazione proposta dai soli soggetti legittimati e per una delle ragioni previste *ex art. 117 c. c.*⁴³.

Perché l'atto di matrimonio celebrato all'estero tra cittadini italiani sia valido ed efficace in Italia è necessario che, secondo le norme di diritto internazionale privato, sussistano i requisiti di validità previsti dalla *lex loci* quanto alle forme di celebrazione, e quelli stabiliti dalla legge italiana quanto allo stato e alla capacità delle persone.

Tuttavia, è bene chiarire che un atto straniero rileva giuridicamente nel nostro ordinamento nella misura in cui, richiamato espressamente dalla normativa italiana, vi si attribuiscono effetti determinati⁴⁴.

⁴² M. ORLANDI, *ibidem*.

⁴³ Art. 117- «*Matrimonio contratto con violazione degli articoli 84, 86, 87 e 88 «Il matrimonio contratto con violazione degli articoli 86, 87 e 88 può essere impugnato dai coniugi, dagli ascendenti prossimi, dal pubblico ministero e da tutti coloro che abbiano per impugnarlo un interesse legittimo ed attuale. Il matrimonio contratto in violazione dell'articolo 84 può essere impugnato dai coniugi, da ciascuno dei genitori e dal pubblico ministero [..]».*

⁴⁴ M. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato*, Napoli, 1936, 1 ss. «*la funzione tipica delle norme di diritto internazionale privato consiste nel conferire alle*

Secondo il consolidato orientamento della Corte di Cassazione, il matrimonio celebrato all'estero secondo la *lex loci* da cittadini italiani sarebbe immediatamente valido e rilevante nell'ordinamento italiano in applicazione del combinato disposto degli articoli 65⁴⁵ l. n. 218/1995 e 115 c.c.

Il matrimonio validamente celebrato all'estero sarebbe valido di per sé e indipendentemente dal fatto che ne sia stata richiesta o meno la trascrizione nei registri dello stato civile⁴⁶. La trascrizione nei registri dello stato civile avrebbe, secondo una simile impostazione, natura certificativa e di pubblicità, e non costitutiva di un atto, appunto, «*già di per sé valido sulla base del principio del locus regit actum*»⁴⁷.

Tale impostazione, però, pare prestare il fianco a talune censure che rivelano le incongruenze di cui non sembra essere scevra.

Innanzitutto, non ha consistenza giuridica il richiamo alle norme che attribuiscono immediata efficacia in Italia «ai *provvedimenti* stranieri relativi alla capacità delle persone e all'esistenza dei rapporti di famiglia» né vale all'uopo richiamare

norme straniere quella giuridicità di cui esse, appunto in quanto straniere, sono sprovviste».

⁴⁵ Testualmente dispone «*hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dalle autorità straniere dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano rispettati i diritti essenziali della difesa*».

⁴⁶ M. ORLANDI, *Matrimonio contratto all'estero*, op. cit., 2293.

⁴⁷ Così si esprime la Corte di Cassazione 19 ottobre 1998, n. 10351, in *Riv. Dir. Intern. Priv. Proc.*, 1999.

altre norme che la medesima efficacia attribuiscono «ai *provvedimenti* stranieri di volontaria giurisdizione»⁴⁸: l'atto di matrimonio non si presta ad essere assimilato ad un "provvedimento" amministrativo o giurisdizionale.

Nonostante sia soggetto a forme solenni che impongono la ricezione della reciproca volontà dei nubendi di prendersi in sposi da parte di soggetti investiti di un pubblico ufficio, il matrimonio rimane un atto negoziale.

Inoltre, gli stessi provvedimenti relativi allo stato e alla capacità delle persone e all'esistenza dei rapporti di famiglia devono essere trascritti, iscritti o annotati perché abbiano concretamente effetti in Italia.

Dalla natura meramente dichiarativa della trascrizione si ritiene non possa in ogni caso discendere *ipso iure* il suo automatismo: necessario e imprescrittibile risulterebbe comunque verificare, sulla base del diritto vigente e della legge applicabile, se quell'atto straniero, di cui appunto si chiede la trascrizione, possa essere o meno considerato atto di matrimonio.

⁴⁸ Art. 66 - Riconoscimento di provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria
«I provvedimenti stranieri di volontaria giurisdizione sono riconosciuti senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento, sempre che siano rispettate le condizioni di cui all'art. 65, in quanto applicabili, quando sono pronunciati dalle autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle disposizioni della presente legge, o producono effetti nell'ordinamento di quello Stato ancorché emanati da autorità di altro Stato, ovvero sono pronunciati da un'autorità che sia competente in base a criteri corrispondenti a quelli propri dell'ordinamento italiano».

Condizione per la trascrivibilità di un atto straniero è la sussistenza dei requisiti minimi previsti dal nostro ordinamento interno per quel tipo specifico di atto⁴⁹.

A ciò si aggiunga, infine, che nessun atto può essere riconosciuto – e, dunque, entrare a far parte del nostro ordinamento – senza il previo scrutinio che passa attraverso le maglie anche della contrarietà all’ordine pubblico.

Quest’ultima è una delle clausole generali utilizzate dal sistema nel senso appena accennato *supra* e che lo stesso riconduce a quel complesso di principi cardine dell’ordinamento giuridico, caratterizzanti la stessa natura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato momento storico. Si tratta di principi e regole inderogabili idonei a conferire all’ordinamento a cui appartengono una ben individuata ed inconfondibile fisionomia, essendo peraltro provvisti del connotato della fundamentalità che le distingue dal più ampio genere delle norme imperative⁵⁰.

La questione, di cui è per la prima volta investito il Tribunale pontino, relativa alla trascrivibilità o meno in Italia di matrimoni legittimamente e validamente celebrati all’estero tra persone dello stesso sesso, comporta inevitabilmente una riflessione sull’evoluzione che il diritto di famiglia sta compiendo negli ultimi decenni.

Le recenti introduzioni in varie legislazioni europee (e non solo) di un modello matrimoniale - che potremmo definire come indifferente al genere dei coniugi - rappresentano il limite estremo del processo di secolarizzazione degli ordinamenti contemporanei

⁴⁹ ORLANDI, *Matrimonio contratto all’estero*, *op. cit.*, 2294.

⁵⁰ Cass., 13 dicembre 1999, *Soc. Italstampi c. Soc. Pagplastika*, in *Foro it.*, 2000, I.

nel settore del diritto di famiglia da cui deriva il sostanziale abbandono del modello tradizionale matrimoniale fondato sul binomio eterosessualità -procreazione⁵¹.

Che il *bonum prolis* non rappresenti un elemento essenziale della configurazione fattuale della fattispecie matrimoniale è ormai un dato pressochè pacifico, sebbene è altrettanto indubbio che lo stesso abbia tradizionalmente ed incisivamente forgiato la disciplina dell'istituto negli ordinamenti occidentali, in relazione alle condizioni soggettive dei nubendi, agli impedimenti e ai vizi di nullità⁵².

La controversia di cui è investito il Tribunale di Latina comporta, quindi, l'analisi di due questioni, collegate ma distinte: l'una in merito alla natura giuridica del matrimonio fra persone dello stesso sesso nell'ordinamento italiano; l'altra concernente la sua *circolazione*, nel caso venga contratto all'estero in un ordinamento che legittimamente lo prevede.

Questione preliminare in tutte le fattispecie che presentino elementi di estraneità rispetto all'ordinamento interno è quella che attiene alla qualificazione dell'atto o del rapporto; solo a seguito di tale qualificazione si potrà procedere alla corretta applicazione delle norme di conflitto o alla verifica circa la sua conformità all'ordine pubblico. Applicando il criterio della *lex fori*, che nel caso di specie è quella italiana, si qualifica la fattispecie

⁵¹ P. CAVANA, *Sull'intrascrivibilità dell'atto di matrimonio validamente contratto all'estero tra persone dello stesso sesso*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2005, 2, 1270.

⁵² CAVANA, *Sull'intrascrivibilità dell'atto di matrimonio validamente contratto all'estero tra persone dello stesso sesso*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2005, 2, 1268 ss.

matrimonio sulla base del complesso normativo che disciplina l'istituto.

E, così, sempre secondo l'argomentazione seguita dai giudici di Latina, elemento essenziale ai fini della qualificazione dell'istituto matrimoniale nel nostro ordinamento *secondo una concezione che, prima ancora che nella legge, trova il suo fondamento nel sentimento, nella cultura, nella storia della nostra comunità nazionale*⁵³ è la diversità di sesso dei futuri coniugi; essa si configura quale requisito di esistenza della fattispecie matrimoniale, e non di mera nullità o invalidità, come invece accade per gli impedimenti espressamente previsti dal Codice civile.⁵⁴

Il rifiuto dell'Ufficiale di Stato Civile a trascrivere l'atto di matrimonio per mancanza dei requisiti minimi essenziali sarebbe pertanto legittimo⁵⁵.

Tale realtà, infatti, non sarebbe suscettibile di essere sussunta nella fattispecie *matrimonio* prevista dall'ordinamento italiano, comportando dunque il venir meno di quel collegamento funzionale con l'ordinamento straniero che sarebbe stato idoneo a rendere applicabile l'atto in Italia.

Tuttavia, il Tribunale, dopo aver affermato l'inesistenza di un simile matrimonio nel nostro ordinamento, valuta, inopinatamente,

⁵³Tribunale di Latina, decreto 10 giugno 2005.

⁵⁴ Si vedano specificamente gli articoli 84-86-88 del Codice civile, rispettivamente per quanto concerne l'età, la libertà di stato e il delitto.

⁵⁵ Conformemente circolare Ministero dell'Interno del 26 marzo 2001 relativa al regolamento per la revisione e semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, in *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2002, 283 «il matrimonio celebrato all'estero tra omosessuali, di cui uno italiano» non è trascrivibile perché «contrario all'ordine pubblico».

la contrarietà o meno all'ordine pubblico internazionale di quella stessa fattispecie che ha appena definito *non-matrimonio*⁵⁶.

La conclusione a cui perviene il Tribunale pontino, incentrandosi sulla contrarietà dell'atto matrimoniale all'ordine pubblico, si atteggia come uno sbarramento al riconoscimento del matrimonio omosessuale, anche qualora questo fosse contratto all'estero tra cittadini di quello Stato la cui legge non richieda come condizione per contrarre matrimonio la diversità di sesso.

La pronuncia del Tribunale è poi confermata dalla Corte d'Appello di Roma⁵⁷, che sottolinea la necessità che il riconoscimento di nuove realtà di tipo familiare trovi ingresso nella sede propria, cioè quella legislativa, rifiutando un ruolo di

⁵⁶ P. CAVANA, «In realtà, la questione posta ed affrontata dal Tribunale non appare infondata. Una prima giustificazione potrebbe risiedere nella considerazione di quella dottrina minoritaria che individua non nella *lex fori* ma nella *lex causae* il criterio di qualificazione del rapporto nell'applicazione delle norme di diritto internazionale privato. In tal caso qualificando per matrimonio quello considerato come tale nell'ordinamento di provenienza dell'atto, ci si troverebbe poi necessariamente a doverne valutare, in vista del suo ingresso nell'ordinamento interno mediante la trascrizione, la sua conformità all'ordine pubblico internazionale». Inoltre, secondo l'Autore, «nei rapporti di diritto internazionale privato la categoria che presidia l'accesso nell'ordinamento interno di atti formati all'estero è quella della loro contrarietà all'ordine pubblico, sotto cui ricadono necessariamente le varie ipotesi di difformità dell'atto rispetto ai principi fondamentali e caratterizzanti quel determinato istituto nell'ordinamento interno, ipotesi che [...] possono poi rilevare come cause di nullità o di inesistenza del medesimo», Sull'intrascrivibilità dell'atto di matrimonio validamente contratto all'estero tra persone dello stesso sesso, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2, 2005, 1268 ss.

⁵⁷ Decreto 13 luglio 2006, Corte d'Appello di Roma - Sezione della Persona e della Famiglia, in *Fam. e Dir.*, 2007.

supplenza dei giudici che passi attraverso la forzosa esportazione delle scelte operate da altre comunità.

Prendendo atto della mancanza di un'esplicita definizione del matrimonio nel sistema normativo, il Tribunale prima e la Corte capitolina poi ritengono opportuna l'individuazione del contenuto essenziale dell'istituto matrimoniale alla luce di una sua possibile evoluzione nel costume sociale oltre che nella disciplina positiva e quindi sostengono la necessità di utilizzare tutti i criteri di interpretazione *ex art. 12* delle disposizioni sulla legge in generale, criterio evolutivo incluso.

Nonostante la possibilità di un'interpretazione evolutiva dell'istituto, la Corte si allinea alla conclusione a cui perviene il Tribunale di primo grado, affermando la non trascrivibilità del matrimonio validamente contratto all'estero fra cittadini italiani dello stesso sesso per mancanza di uno dei requisiti essenziali per la sua stessa giuridica esistenza, la *disparitas sexus*.

Tali requisiti della fattispecie matrimoniale sono, infatti, pacificamente individuati da dottrina e giurisprudenza nella diversità di sesso, nel consenso delle parti e nella celebrazione.

In sintesi, l'interprete potrebbe evolutivamente determinare i requisiti imprescrittibili dell'atto matrimoniale in difetto di un'esplicita definizione normativa, sebbene esista una tradizione interpretativa che ritiene inesistente il matrimonio tra due persone dello stesso sesso: è a tale risalente interpretazione che il collegio

capitolino ritiene di aderire, nonostante prospetti *un'inattesa apertura costituzionale*⁵⁸.

*Se la Costituzione non costituisce di per sé ostacolo*⁵⁹ alla ricezione in ambito giuridico di nuove figure alle quali sia la società ad attribuire il senso e il valore dell'esperienza "famiglia"⁶⁰, tuttavia, si conferma anche in tale sede il ruolo di preminenza assoluta del Legislatore, il quale è il solo a poter dare attuazione, nelle forme che risulteranno conformi alla volontà parlamentare, quale espressione delle istanze provenienti dalla

⁵⁸ F. BILOTTA, *Un'inattesa apertura nonostante la conferma di inesistenza*, nota a App. Roma, decr., 13 luglio 2006, in *Guida al diritto*, 2006, n. 35, 59-60.

⁵⁹ *Contra* P. CAVANA, *Sull'intrascrivibilità dell'atto di matrimonio validamente contratto all'estero tra persone dello stesso sesso*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2005, 1268 ss. secondo il quale sia il Tribunale di Latina che la Corte d'appello di Roma avrebbero sottolineato, nelle loro rispettive motivazioni, la valenza costituzionale che la concezione eterosessuale del matrimonio avrebbe assunto nell'ordinamento italiano, prospettando così un implicito limite anche ad eventuali futuri interventi in materia dello stesso legislatore; CARDIA, *Matrimonio, famiglia, vita privata. Spunti di un'analisi ricostruttiva*, in *Quad. Dir. Pol. Eccl.*, I, 2002, 31 ss. ritiene che «nel momento in cui il matrimonio e la famiglia fossero svincolati dal fondamento dell'eterosessualità si supererebbero quelle che possono essere considerate le colonne d'Ercole della concezione occidentale (ma non solo) delle relazioni tra i sessi e si dovrebbe di necessità riscrivere l'alfabeto delle relazioni domestiche, elaborando nuovi principi».

⁶⁰ Contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte capitolina, DAL CANTO, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione* «Nell'ordinamento giuridico italiano vigente le nozioni di matrimonio e, conseguentemente, di famiglia, a prescindere dal rango delle fonti che delle stesse si occupano, sono in un certo senso presupposte, e dunque compiutamente determinabili soltanto facendo rinvio a categorie definitive su di un piano diverso da quello del diritto privato», in *Foro it.*, V, 2005, 277.

società, all'interno della quale è già da tempo presente il dibattito sull'argomento⁶¹.

§ 4. Sulla “tradizionale” persistenza del modello eterosessuale nel matrimonio

Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è percepito comunemente quale momento di frattura, di sconvolgimento così spinto e radicale da non essere quasi concepibile. In realtà, per comprendere appieno il significato dell'istituto matrimoniale, è utile ricostruirne innanzitutto la storia⁶², al fine di verificare la valida persistenza (o meno) di quel modello *forte*, richiamato da coloro che si oppongono ad un matrimonio indifferente al genere dei futuri coniugi, in quanto contrastante con la tradizione.

Nel diritto romano, il matrimonio costituisce un'unione fondata esclusivamente sulla libera volontà degli sposi: *consensus facit nuptias* è la formula che riassume in sé la struttura del matrimonio romano, che non richiede giuridicamente alcuna forma di celebrazione particolare. In presenza del *connubium*, cioè della capacità dipendente dallo stato giuridico dell'uomo e della donna che devono essere cittadini e liberi, dell'età pubere, in assenza di vincoli di parentela e, per i *fili familiae* sussistendo il consenso del *pater*, l'elemento determinante per il sorgere e per il venir meno del vincolo matrimoniale è l' *affectio maritalis*.

Il valore della concezione romana di matrimonio non consiste tuttavia nel solo consenso, ma anche nella volontà di costituire

⁶¹ Decreto 13 luglio 2006, Corte d'Appello di Roma –Sezione della Persona e della Famiglia, in *Guida al diritto*, 2006, V, 58 ss.

⁶² LOMBARDI, *Storia del matrimonio. Dal Medioevo ad oggi.*, Bologna, 2008, 75 ss.

un'unione stabile e duratura: «*nuptiae sunt coniunctio maris et foeminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*»⁶³.

È pertanto uno dei matrimoni meno giuridicizzati: manca di forme stabilite per la celebrazione, prevede la totale libertà dei modi e dei motivi per procedere allo scioglimento del vincolo, e affida la sanzione degli obblighi da esso derivanti ai *mores* più che allo *ius*.

Con gli imperatori cristiani viene ad essere sempre valorizzato il consenso che, però, viene ad identificare quella volontà iniziale dei coniugi che, una volta manifestata, crea il vincolo indipendentemente dalla persistenza della stessa e della comunione di vita. La cessazione della reciproca volontà di entrambi i coniugi, o di uno solo di essi, non è dunque più sufficiente a sciogliere il vincolo. La riluttanza del diritto romano ad intromettersi nel campo riservato alla vita familiare si spiega con la struttura patriarcale della famiglia romana arcaica che non tollerava l'intrusione di pubblici poteri. Emerge quindi una concezione comunitaristica del matrimonio che diventando, poi, una vera e propria alleanza tra famiglie e costituendo la base del vivere sociale, non è mai stato un fatto privato di esclusiva pertinenza della coppia.

A stabilire le regole non sarà poi solo la *familia*, intesa quale comunità, ma anche i poteri ecclesiastici e secolari.

⁶³ La celebre definizione si fa risalire al giurista MODESTINO, in *D. 23 2 1 Modestinus I.I regularum*.

Per sottrarre il matrimonio ai soprusi dei signori feudali e dei padri di famiglia, la Chiesa valorizzò il consenso degli sposi, facendone l'unica condizione di validità del vincolo.

In questo la concezione moderna del matrimonio, quale manifestazione di volontà iniziale, fonte di diritti ed obblighi regolati dal diritto, generatrice di uno status che non può cessare per volontà dei coniugi, è tributaria al diritto canonico⁶⁴.

La giurisdizione ecclesiastica non era la sola ad intervenire sul matrimonio: i poteri comunitari e familiari dettavano regole sui riti di celebrazione e sulla scelta del partner (nonostante la dottrina consensualistica), mentre le autorità secolari si arrogavano il diritto di disciplinare gli aspetti patrimoniali tra i coniugi. In seguito alla Riforma luterana, cattolici e protestanti imposero una celebrazione pubblica e religiosa del matrimonio come condizione di validità.

La secolarizzazione della società si radicalizza grazie al movimento illuminista, e il matrimonio diventa «un contratto del diritto delle genti» i cui termini non sono posti né da Dio, né dalla Natura, ma dalle parti in accordo con l'evolversi della società.

Di matrimonio civile vero e proprio si può parlare solo dopo il 1789: con la Rivoluzione francese si completa quel lungo processo volto alla separazione tra matrimonio civile e matrimonio religioso.

Le precedenti esperienze si erano limitate ad offrire ad alcune minoranze religiose la possibilità di congiungersi in matrimonio di fronte ad un pubblico ufficiale, anziché al cospetto del

⁶⁴ G. FERRANDO - QUERCI, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Ipsoa, 2007, 21.

rappresentante della religione dominante, nell'ottica, dunque, di una politica di tolleranza religiosa.

La questione del matrimonio, invece, viene affrontata per la prima volta nel quadro della riforma dello stato civile nel periodo rivoluzionario, quando esso viene ad essere considerato nient'altro che un contratto⁶⁵ fondato sull'amore e la felicità della coppia, e non più un patto di famiglia indissolubile.

Segno della rottura rivoluzionaria con la precedente tradizione è, soprattutto, l'introduzione del divorzio per mutuo consenso e incompatibilità di carattere, che accentua la rilevanza assunta dall'autonomia individuale dei coniugi anche in ordine allo scioglimento del vincolo matrimoniale.

Con l'ascesa al potere di Napoleone, il desiderio di ordine, controllo e autorità si riflette sulla disciplina apprestata all'istituzione matrimoniale. Tuttavia, il *Code Napoleon* del 1804 non rappresenta un puro e semplice ritorno al passato; alcune delle conquiste fondamentali della Rivoluzione permangono e anzi si consolidano⁶⁶, sebbene le spinte all'ugualitarismo risultassero con evidenza piuttosto stridenti con il ripristino delle gerarchie a cui era tesa la politica dell'imperatore.

Il difficile compromesso tra vecchio e nuovo emerge proprio nella parte del *Code* dedicata al diritto di famiglia.

La laicizzazione del matrimonio non viene messa in discussione, ma la libertà di scelta matrimoniale appare

⁶⁵ «*La loi ne considère le mariage que comme contrat civil*» recita la Costituzione del 1791.

⁶⁶La separazione tra Stato e Chiesa, ad esempio, si consolida, in quanto strettamente funzionale agli obiettivi egemonici dell'Imperatore.

decisamente ridimensionata⁶⁷, perché gravida di conseguenze che, sia per gli assetti patrimoniali, sia per la reputazione sociale delle famiglie, un codice borghese, come quello napoleonico, non poteva certo trascurare.

Il *Code*, nel tentativo di ristabilire l'ordine fondandolo sulla sola famiglia legittima e sull'autorità paterna e maritale, diventa un punto di riferimento importante per i legislatori del XIX secolo non solo europei.

Il nostro codice civile del 1865, infatti, ebbe a modello proprio il codice francese, pur se adattato, e in parte modificato, sulla base di alcuni principi e istituti propri degli antichi Stati preunitari.

Nonostante il riconoscimento del carattere laico del matrimonio, il codice Pisanelli non mette in discussione l'indissolubilità del vincolo e quindi non prevede l'istituto del divorzio; mentre mutua dall'esperienza francese quel modello gerarchico di famiglia che trovava la sua giustificazione nella "naturale" subordinazione della moglie al marito, capofamiglia a cui spettava il compito di provvedere al sostentamento e alla protezione della donna e dell'eventuale prole.

Ad eccezione dei regimi totalitari nazionalsocialista e fascista⁶⁸, la tendenza è quella volta a favorire la libertà di scelta del futuro coniuge, abolendo ogni tipo di restrizione imposta nei secoli

⁶⁷ Il consenso dei genitori al matrimonio era richiesto fino a 25 anni per i figli maschi e fino a 21 per le figlie; ma si estendeva oltre tali limiti di età in virtù delle conseguenze che dalla scelta matrimoniale derivavano.

⁶⁸ La famiglia è concepita quale riflesso dell'eticità dello Stato, il quale esercita su di essa un penetrante controllo. Il matrimonio costituisce atto del potere statale: pertanto, si tende a valorizzarne il momento pubblico-formale della celebrazione, a discapito di quello, di natura prettamente privatistica, costituito dal consenso.

precedenti, in relazione alla provenienza sociale o a ragioni economiche, fino ad eliminare il controllo esercitato dalla famiglia sui figli dopo la maggiore età matrimoniale, sottolineando così la dimensione affettiva di una simile scelta. Unici limiti possibili sono, dunque, i vincoli di parentela e l'esistenza di un precedente matrimonio.

Il '900 è caratterizzato da un processo di progressiva degiuridicizzazione e deistituzionalizzazione delle relazioni private e familiari: lo Stato non si eclissa ma, ad un tipo di intervento diretto a regolare normativamente ogni ambito della vita familiare, si sostituisce un intervento prevalentemente sociale a sostegno della famiglia in situazione di bisogno e di crisi.

Il diritto tende a ritirarsi dalla regolazione delle relazioni familiari, soprattutto di quelle tra coniugi, lasciata alla libera iniziativa e all'affettività dei singoli.

Ratio delle politiche di *welfare* è favorire l'autonomia individuale dei singoli componenti il nucleo familiare, evitando di interferire nelle scelte dei singoli, purché queste si rivelino rispettose di alcuni principi fondamentali: l'uguaglianza, la solidarietà e l'interesse dei minori.

L'attenzione si sposta dalle relazioni personali e patrimoniali dei coniugi, regolate sempre più all'interno della coppia, privatamente, alle relazioni tra genitori e figli, in virtù della maggiore attenzione riservata ai diritti dei minori.

Dagli anni '60 -'70, complici i movimenti studenteschi giovanili e il nuovo femminismo, cambiano le relazioni tra i sessi, e ancora di più tra le generazioni; cambiano le aspettative nei confronti del matrimonio, cambia l'atteggiamento verso la

sessualità: il modello tradizionale borghese di famiglia, per cui amore, procreazione e sessualità risultano strettamente correlati e ricondotti inevitabilmente all'interno dell'unica forma di rapporto per esso "legittimo"⁶⁹, entra in crisi.

Il ripiegarsi delle relazioni coniugali sul privato è evidentemente un elemento di forte discontinuità con il passato.

La drastica diminuzione delle regole imposte dall'esterno ha ampliato lo spazio delle negoziazioni all'interno della coppia, accentuando quella dimensione contrattualistica, che già aveva caratterizzato il matrimonio rivoluzionario, arricchendola di ulteriori profili di privatizzazione⁷⁰. Fatti salvi alcuni vincoli derivanti dal regime giuridico del rapporto coniugale e comportante diritti e obblighi reciproci (come coabitazione, fedeltà e assistenza), entrambi i coniugi sono liberi di modulare i singoli aspetti della vita familiare assecondando le proprie attitudini, le proprie esigenze e le proprie aspirazioni, senza temere ingerenze provenienti dai pubblici poteri.

Quella delle coppie omosessuali è una domanda di libertà e di assunzione di responsabilità che va in senso opposto ai processi di precarizzazione delle relazioni e di crisi del matrimonio.

Sulla base dei principi di eguaglianza e di non discriminazione abolire il requisito implicito della *disparitas sexus*, frutto di «una

⁶⁹ C. SALVI, *Natura e storia nell'evoluzione del diritto di famiglia in Italia 1942-2008*, in *Riv. Critica del Dir. Priv.*, 4, 2008, 559 ss.

⁷⁰ ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in http://www.giur.uniroma3.it/materiale/docenti/zoppini/pdf/Zoppini_2.pdf.

*consolidata e ultramillenaria tradizione»*⁷¹ che pare essere tenuta in vita solo per un mero ossequio nei confronti della stessa⁷² senza che sussistano razionali ragioni giuridiche atte a giustificarla, significherebbe portare a compimento quel processo di ampliamento della libertà di scelta matrimoniale che consentirebbe di sostituire alla domanda «*puoi sposarmi?*» la domanda «*vuoi sposarmi?*»⁷³.

Del resto, le tradizioni sono propriamente tali quando sono rispettate in ragione di un'adesione spontanea e generalizzata. Un diritto che pretenda di cristallizzare le tradizioni, impedendo loro qualsivoglia evoluzione, in realtà, finisce con l'essere non rispettoso delle stesse⁷⁴.

Fino a quando la tradizione del modello esclusivamente eterosessuale del matrimonio è stata presente come tale, finché attorno ad essa è esistito un effettivo *consensus*, non si è neppure posto il problema dell'esistenza di un implicito divieto di modelli matrimoniali alternativi. Oggi la tradizione in ordine all'unicità del modello eterosessuale del matrimonio è automaticamente venuta

⁷¹ Così i giudici lagunari nell'ordinanza 3 aprile 2009, Tribunale di Venezia sez. III civile con cui si solleva, in via incidentale, *quaestio legitimitatis* in sede di ricorso contro il rifiuto dell'Ufficiale di Stato Civile di procedere alle pubblicazioni di matrimonio richiesta da due soggetti dello stesso sesso.

⁷² M. GATTUSO, *La costituzione e il matrimonio fra omosessuali*, in Il Mulino, 2007, 452 ss.

⁷³ LALLI, *Introduzione*, in AA. VV. a cura di BILOTTA, *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato.*, Milano - Udine, 2008, 15.

⁷⁴ M. GATTUSO, *La costituzione e il matrimonio fra omosessuali*, in Il Mulino, 2007, 452 ss.

meno; ciò non implica una valutazione necessariamente positiva in merito all'opportunità di riconoscere giuridicamente modelli matrimoniali alternativi.

Tuttavia, ciò comporta non solo una pluralità ontologica di modelli alternativi, ma anche la logica necessità di giustificare la ragionevolezza costituzionale della disparità di trattamento giuridico relativa all'accesso all'istituto del matrimonio.

La differenza sessuale fra gli aspiranti coniugi, presupposto per secoli dell'attribuzione dello *status* matrimoniale, non appare più idonea a condizionare il diritto di contrarre matrimonio⁷⁵: non possono dirsi sussistenti ragioni giuridiche razionali capaci di spiegare il motivo per cui, ai fini della conclusione di un contratto matrimoniale, e cioè al fine di conferire ai propri rapporti con un'altra persona soltanto, caratterizzati da una certa pubblicità e da una particolare stabilità, un peculiare regime giuridico, bisognerebbe essere di sesso diverso, se non quella di considerare ancora quale stringente funzione sociale del matrimonio la procreazione⁷⁶.

Una tale coincidenza è ovviamente da considerarsi esclusa.

Funzione istituzionale del matrimonio è, infatti, assicurare un quadro stabile di rapporti predeterminati per legge e una somma di

⁷⁵ D. FUSARO, *Non è la Costituzione a presupporre il paradigma eterosessuale*, in AA. VV., *La «società naturale» e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. BIN- G. BRUNELLI- A. GUAZZAROTTI- A. PUGIOTTO- P. VERONESI, Torino, 2010, 151.

⁷⁶B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in AA. VV., *La «società naturale» e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. BIN- G. BRUNELLI- A. GUAZZAROTTI- A. PUGIOTTO- P. VERONESI, Torino, 2010, 1.

diritti e doveri reciproci a due persone che a quel regime di rapporti hanno inteso liberamente e pubblicamente vincolarsi.

Il nodo gordiano da risolvere si palesa, dunque, in un interrogativo: è meritevole di tutela l'istanza, proveniente dalle coppie omosessuali, di un riconoscimento giuridico delle loro unioni attraverso l'accesso all'istituto matrimoniale?

Il matrimonio, infatti, oltre ad essere una libertà fondamentale per la realizzazione della personalità individuale, è un istituto giuridico attraverso il quale si acquisiscono diritti peculiari e si assumono doveri, a cui comunque corrispondono diritti, aventi rilievo interno⁷⁷ alla coppia, ma anche esterno⁷⁸ ad essa.

⁷⁷ Nella prospettiva interna alla coppia, oltre ad essere negato il regime giuridico del rapporto coniugale, manca la tutela per la parte debole del rapporto, particolarmente delicata in caso di rottura dell'unione; in ambito patrimoniale, non vi è possibilità di optare per un regime di comunione, non sussiste il diritto al mantenimento e all'assegno alimentare, non vi è diritto agli utili per la partecipazione all'impresa familiare.

⁷⁸ Nella prospettiva esterna alla coppia vengono negate vere e proprie posizioni giuridiche soggettive vantabili nei confronti di terzi o delle Pubbliche Amministrazioni non surrogabili attraverso gli ordinari strumenti dell'autonomia privata. Non vi è per gli omosessuali che formano una famiglia alcuna tutela di carattere successorio; è possibile regolare la successione mediante testamento, ma con esclusione delle quote di legittima, sottratte all'autonomia dispositiva. Così come non vi è tutela circa il subentro nel contratto di locazione alla morte del proprio compagno o della compagna, quando questi sia il solo ad averlo formalmente stipulato; lo stesso dicasi, per il diritto all'abitazione che risulta fortemente affievolito dagli svantaggi che la coppia omosessuale subisce nell'assegnazione degli alloggi di edilizia pubblica o nell'acquisizione di sussidi finanziari per l'acquisto della prima casa; escluso è anche il diritto alla pensione di reversibilità.

Lungi dall'essere un "catalogo di diritti negati" esaustivo, la discriminazione non si limita ai soli diritti patrimoniali, ma investe anche la fruizione di diritti di natura non patrimoniale, quali, ad esempio, l'impossibilità per l'omosessuale, seppure stabilmente

Può dirsi, allora, costituzionalmente legittimo il riferimento esclusivo dell'istituto matrimoniale e delle sue peculiari conseguenze, non altrimenti garantite dal diritto, alle relazioni eterosessuali?

E, in particolare, cosa può essere eventualmente e legittimamente ospitato entro la cornice normativa di uno dei più controversi disposti costituzionali quale risulta essere l'articolo 29 Cost.

convivente da anni nell' *affectio maritalis*, di visitare il partner malato in ospedale senza il consenso dei parenti, di intervenire nelle scelte mediche in caso di incoscienza, di partecipare alle decisioni sulle esequie. Alcuni di questi diritti sono stati, recentemente, estesi in via legislativa o giurisprudenziale al convivente *more uxorio*, proprio rilevando l'ingiustificata disparità di trattamento tra i componenti delle famiglie c.d. di fatto e i membri di famiglie legittime. *A fortiori* risulta ingiustificata l'esclusione delle coppie omosessuali dal godimento di tali diritti, non tutti surrogabili attraverso gli strumenti propri dell'autonomia privata, in quanto a tali coppie è imposto un regime giuridico diverso dalla famiglia legittima, essendo preclusa la possibilità di optare per il regime matrimoniale. Il "bisogno di *status*" reclamato dalle coppie dello stesso sesso deve poter trovare soddisfazione quantomeno nella predisposizione di una disciplina analoga ed equivalente, quanto agli effetti, a quella matrimoniale; in questo senso anche M. R. MARELLA, *Il diritto di famiglia fra status e contratto. Il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza fra status e contratto*, a cura di F. GRILLINI – M. R. MARELLA, Napoli, 2001, 79: «è sensato che in sede di *law reform* si tenga in considerazione questa speciale graduazione nell'intensità del vincolo che consegue alle varie forme di riconoscimento, fino alla previsione di una disciplina analoga al matrimonio riservata alle coppie omosessuali»; COSSIRI, *Famiglie omosessuali, famiglie clandestine. La lacuna dell'ordinamento che produce discriminazione*, in *La «società naturale» op. cit.*, 79 ss.

CAPITOLO II

DALLA FAMIGLIA ALLE FAMIGLIE: DECLINAZIONE PLURALE DEL CONCETTO COSTITUZIONALE DI «SOCIETÀ NATURALE»

§1. Genesi di una disposizione costituzionale *prima facie* ambiguamente contraddittoria

«La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio.»

Il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare»: così recita testualmente l'articolo 29 della nostra Carta costituzionale, in apertura del Titolo II della Parte I, dedicato appunto alla disciplina dei Rapporti etico- sociali.

Assunta nella sua mera testualità, la previsione costituzionale *de qua* è da sempre utilizzata per fronteggiare gli attacchi che, da più fronti, minano i caratteri tipici e fondanti della famiglia tradizionalmente intesa, quella fondata sul matrimonio, a sua volta improntato sul paradigma eterosessuale⁷⁹.

In questa prospettiva, estendere il matrimonio alle coppie omosessuali o creare unioni familiari differenti da quella tradizionale costituirebbero, pertanto, operazioni costituzionalmente precluse.

In realtà, il vero ostacolo all'introduzione di riforme in tal senso non pare avere natura costituzionale, bensì squisitamente politico- sociale, coincidendo con quella persistente - ancorché immotivata - inerzia del Legislatore, che pure in questa sede si censura.

⁷⁹A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in www.forumcostituzionale.it

Che la qualificazione della famiglia come «*società naturale*» racchiuda in sé il fascino e, allo stesso tempo, la complessità esegetica della disposizione in commento è confermato dalla vivacità di un dibattito che, tutt'altro che sopito, da oltre sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione, s'interroga attorno al concetto di *naturalità* della famiglia costituzionalmente rilevante.

Sebbene non sia possibile ridurre tale formula semantica a significati univoci e fissi, una disamina attenta dei lavori svoltisi in sede di Assemblea Costituente potrebbe rivelarsi funzionale a ridurre il rischio di posizioni esegetiche estreme, trasformando in una *felice ambiguità*⁸⁰ quella che è stata definita una *contraddizione in termini*⁸¹.

E così, in sede di Assemblea Costituente, nel riproporre l'andamento del dibattito sull'articolo 2 Cost., durante la discussione relativa a quello che poi diverrà l'art. 29 Cost., vengono richiamati proprio il principio personalista e quello pluralista al fine di affrancare la tutela della famiglia da ogni sua funzionalizzazione⁸², ribadendo altresì l'opportunità che essa sia tutelata in se stessa⁸³.

⁸⁰ P. RESCIGNO, *Le formazioni sociali intermedie*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 301.

⁸¹ Celebre nel dibattito costituente (Assemblea Costituente, IV, 3283) è tale affermazione dell'on. P. CALAMANDREI a proposito della formula del 1°co. dell'art. 29 Cost.

⁸² Non passarono, infatti, le varie proposte atte ad attribuire alla famiglia il meritorio scopo di accrescere la prosperità materiale e la solidità morale della Nazione.

⁸³ Nel corso dei lavori dell'Assemblea Costituente la prima proposta, avente ad oggetto la famiglia, constava di due articoli, segnatamente gli articoli 23 e 24, che rispettivamente stabilivano: «*La famiglia è una società naturale: la Repubblica ne*

Pertanto, risulta alquanto evidente che il carattere normativo del disposto costituzionale *de quo* si rinvenga nel suo essere non una definizione, quanto piuttosto una «determinazione di limiti»⁸⁴ nei confronti del futuro legislatore che minacci di violare la sfera di autonomia riservata alla famiglia⁸⁵.

*«Non si tratta soltanto di riconoscere i diritti naturali della famiglia, ma di riconoscere la famiglia come società naturale, la quale abbia le sue leggi e i suoi diritti di fronte ai quali lo Stato nella sua attività legislativa deve inchinarsi»*⁸⁶: il potere legislativo dello Stato in materia familiare ha, pertanto, un preciso limite che si rinviene nel carattere naturale e sociale della famiglia, a conferma, tra l'altro, della intrinseca mutevolezza di un concetto plasmabile a seconda dell'evoluzione della società e dei costumi.

Certamente, non ogni fenomeno che si palesa nella realtà è idoneo a ricevere il crisma della giuridicità per il solo fatto di essere meramente esistente in natura; tuttavia, dinanzi a fenomeni piuttosto diffusi e socialmente legittimati, il diritto, affinché sia

riconosce i diritti e ne assume la tutela per l'adempimento della sua missione e per la saldezza morale e la prosperità della nazione»; «Il matrimonio è basato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi. La legge ne regola la condizione al fine di garantire l'indissolubilità del matrimonio e l'unità della famiglia».

⁸⁴ A. MORO, intervento in Assemblea Costituente del 30 ottobre 1946, in Atti Ass. Cost., VI, 634.

⁸⁵ A. LOLLO, *Società naturale e matrimonio tra omosessuali*, 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*, Torino, 2010, 215 ss.

⁸⁶ A. MORO, intervento in Assemblea Costituente del 30 ottobre 1946, in Atti Ass. Cost., VI, 634.

esso stesso effettivo, non può che farsi garante delle mutevoli esigenze dell'esperienza.

Del resto, alquanto pericoloso risulterebbe ipostatizzare un'aprioristica nozione di famiglia: in tal modo, implicitamente non solo si fornirebbe un'apologia del presente nell'incapacità di comprendere il passato, ma per di più si finirebbe per limitarsi - se non addirittura trincerarsi - rispetto al futuro.

Dirimente, allora, diventa stabilire l'*ubi consistam* del concetto di "famiglia", individuare, dunque, quale sia - sempre che possa rintracciarsene alcuno - il suo contenuto minimo ed essenziale, onde evitare il rischio che il diritto, da luogo del dover-essere (*Sollen*), si trasformi in un'acritica riproduzione della realtà, decretando in tal modo il temuto trionfo della sua neutralità.

Il ruolo dell'interprete diventa allora dirimente nel campo degli istituti familiari laddove «*i costumi [sono] più forti del diritto*»⁸⁷ e pertanto necessitano di costanti aggiornamenti, volti ad adeguare su basi diverse le medesime previsioni costituzionali: da qui l'avvicinarsi, ad ogni appuntamento con l'evoluzione della storia, di diverse opzioni esegetiche volte ad attribuire o a negare basi giuridiche alle rivoluzioni che hanno interessato la famiglia prima e il matrimonio poi.

L'istanza di un riconoscimento pubblico delle relazioni omosessuali si pone, dunque, come una "rivoluzione" sociale e culturale che rivendica un fondamento giuridico proprio nella disposizione costituzionale oggetto di analisi.

⁸⁷ A. GRASSETTI, *Famiglia* (diritto privato), in *Noviss. Dig. It., App.*, II, Torino, 1982, 50.

Pertanto, risulta lecito domandarsi se la Costituzione, e precipuamente l'articolo 29 della Carta Costituzionale, incorpori davvero una nozione ontologicamente eterosessuale di «*famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*» tale da escludere la possibilità di un riconoscimento pubblico alle coppie omosessuali o se, invece, tentare di superare tale *vulgata* per aprire le porte al matrimonio tra persone dello stesso risulti una operazione realmente possibile attraverso gli strumenti dell'interpretazione giuridica.

In una prospettiva *de iure condendo*, dunque, cosa può essere eventualmente e legittimamente compreso entro il perimetro tracciato dalla disposizione costituzionale *de qua*?

Accanto ad una valutazione inerente il profilo dell'opportunità/legittimità costituzionale relativa al riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, pare quantomeno doveroso svolgere una ulteriore valutazione, stavolta declinata in termini di necessità costituzionale, in merito all'esigenza, non più trascurabile, di una disciplina positiva della convivenza *more uxorio* omosessuale⁸⁸.

⁸⁸ Il “bisogno di *status*” rivendicato delle coppie omosessuali, infatti, verrebbe ugualmente a trovare soddisfazione attraverso la previsione di una disciplina *ad hoc* analoga ed equivalente negli effetti, patrimoniali e personali, a quelli che derivano dal matrimonio; dall'altra parte, non si potrebbe pretendere l'estensione coartata di un simile regime “forte” anche alle coppie di fatto eterosessuali. S'impone, nel rispetto della libertà di scelta, come imperativo categorico, una «graduazione nell'intensità del vincolo che consegue alle varie forme di riconoscimento» delle convivenze: «accanto all'accesso a soluzioni pensate per le coppie di fatto eterosessuali, più o meno “leggere”, rispondenti a regimi di default, più o meno, dunque, rispettose dell'autonomia privata [...] anche un regime “forte”» quasi del tutto equipollente a

§ 2. La famiglia come società naturale fondata sul matrimonio: tra felice ambiguità e contraddizione in termini

L'aver proclamato che la famiglia è una *società naturale* ha avuto indubbiamente il pregio di perseguire un duplice scopo: innanzitutto, riconoscerne a livello costituzionale l'autonomia e, in secondo luogo, ovviare al sempre possibile ripresentarsi di intrusioni statali volte ad incidere sul suo contenuto più intimo ed essenziale.

La *ratio* comune della norma si rintraccia, pertanto, nella rivendicazione dell'autonomia della sfera familiare, non anche nella pretesa di una sua sovranità. In altri termini, l'immagine della *società naturale* non configurerebbe una "fuga" dallo Stato e dal suo ordinamento⁸⁹, ma sarebbe verosimilmente l'espressione di una preesistenza, una non artificialità della struttura familiare.

I rapporti tra Stato e famiglia appaiono, quindi, rovesciati rispetto a quanto accaduto nel ventennio precedente in quanto la norma si pone come garanzia del rispetto dell'autonomia familiare, senza che tuttavia questa si trasformi in sovranità.

Si riconosce, dunque, una sfera di autodeterminazione nella quale la legge non può arbitrariamente penetrare.

quello matrimoniale, M. R. MARELLA, *Famiglie plurali. Famiglie e diritto. Rilevanza giuridica e "riconoscimento" dello stare insieme*, in www.astridonline.it

⁸⁹ Di contro, C.A. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, VII, Napoli, 1949, 57 che metaforicamente rappresenta la famiglia come quell'«isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto», preoccupandosi di salvaguardare la tradizionale configurazione familiare dalle novità dirompenti del linguaggio costituzionale.

Chiara è, inoltre, l'intenzione, in sede di Assemblea, di escludere qualsiasi rimando a concezioni giusnaturalistiche: «qui “naturale” sta per “razionale”»⁹⁰.

I Costituenti, infatti, consapevoli che «la storia va ed evolve rapidamente»⁹¹ mirano a configurare la disciplina costituzionale della famiglia come tesa alla creazione di «punti fissi» che non precludano, bensì agevolino «ulteriori sviluppi costruttivi»⁹².

È, peraltro, interessante notare come essi non rinvercano alcun collegamento non solo tra la famiglia intesa come *società naturale* e il suo preteso fondamento con il diritto naturale, ma che altresì non ritengano sussistente alcuna relazione tra tale formula e l'idea di un'inoscidabile tradizione religiosa o culturale in materia⁹³.

Nella formulazione avanzata dalla compagine di stampo cattolico, l'articolo 29 era diretto, infatti, a costituzionalizzare il divieto di divorziare e perciò qualificava la famiglia come «*società naturale fondata sul matrimonio indissolubile*».

Nel corso di accesi dibattiti, gli interventi di coloro che sollecitano la consacrazione costituzionale della perpetuità del rapporto coniugale, altresì vincolando in tal modo il futuro legislatore in senso antidivorzista, mirano a rimarcare la necessità che il disegno costituzionale di famiglia sia orientato nel senso del

⁹⁰ A. MORO, Commissione per la Costituzione, Ad. Plen., (15.01.1947).

⁹¹ Assemblea Costituente, lavori seduta del 21.04.1947.

⁹² G. DOSSETTI, Commissione per la Costituzione, Ad. Plen., (15.01.1947).

⁹³ P. VERONESI, *Costituzione, “strane famiglie” e nuovi matrimoni*, in *Quad. cost.*, 3, 2008, 577 ss.

superamento del principio individualistico a fronte dell'affermazione come impegno sociale⁹⁴.

Convinti che tale problematica, per giunta non avvertita come esigenza impellente dall'opinione pubblica⁹⁵, esulasse dalle materie di competenza costituzionale erano, invece, coloro che si opponevano alla costituzionalizzazione di tale requisito.

Non mancano, poi, le critiche tendenti a far valere le scarse prospettive realistiche di un precetto che, nel sancire la non disgregazione del vincolo matrimoniale, si poneva in netto contrasto con una concezione del matrimonio inteso come istituto fondato sul consenso e sull'affetto dei coniugi.

Si sottolinea in tal modo la dissociazione che verrebbe a sussistere fra la connotazione di indissolubilità che si vorrebbe dare all'istituto matrimoniale e la diffusa prassi di ottenere lo scioglimento del vincolo nelle aule dei tribunali, nonostante l'assenza di una legge che ammetta il divorzio, attraverso il ricorso all'annullamento, che è in sostanza chiamato «a fa[re] le veci del divorzio», sia nell'ordinamento civile, quanto in quello canonico⁹⁶.

⁹⁴In merito ai lavori della I Sottocommissione per la Costituzione, si vedano gli interventi degli onorevoli C. CORSANEGO (seduta del 30.10.1946); di G. LA PIRA e A. MORO (seduta del 5.11.1946) e G. DOSSETTI (seduta del 12.11.1946).

⁹⁵ Per la discussione in I Sottocommissione, cfr. onorevoli M. CEVELOTTI e L. BASSO (sedute del 30.10.1946 e del 5.11.1946); P. TOGLIATTI e F. DE VITA (seduta del 5.11.1946) e O. MASTROJANNI (seduta del 12.11.1946).

⁹⁶ L'intervento si deve all'on. P. CALAMANDREI che, nella seduta del 17.4.1947, mette in luce come la discrasia fra il dato giuridico e la realtà dei fatti troverebbe conferma, per quanto concerne il negozio civile, nel progressivo aumento degli annullamenti motivati sull'*impotentia coeundi*, oggetto da parte della giurisprudenza di una larga interpretazione tesa a comprendere «una specie di incompatibilità sessuale reciproca».

Il richiamo al requisito dell'indissolubilità dell'istituto matrimoniale si tradurrebbe in un vincolo inaccettabile per le generazioni future, e si mostrerebbe incompatibile con la natura e la funzione della Carta fondamentale, in cui dovrebbero trovare spazio solo quei principi condivisi dalla collettività intera ed idonei, per tale ragione, a offrire «garanzia di durabilità». Al contrario, il valore della indissolubilità «non ha in sé quel carattere di immanenza, non ha in sé quella consacrazione etica, quella portata universale che debbono avere tutti i principi che vanno consacrati nella Costituzione»⁹⁷.

Rebus sic stantibus una soluzione di compromesso si presentava lontana, anche se non irraggiungibile. Così, con votazione tormentatissima, eccezionalmente a scrutinio segreto e per soli tre voti, l'art. 29 trovò legittimo inserimento nel disegno costituzionale sulla base di una formulazione che tace sul vincolo di stabilità del modello di famiglia prescelto, lasciando al legislatore la valutazione sull'opportunità di introdurre per via legislativa l'eventuale disciplina in tema di scioglimento delle unioni matrimoniali⁹⁸.

Si realizzava l'incontro più perfetto tra i due, per così dire, giusnaturalismi, quello cristiano e quello laico⁹⁹. Se una simile

Quanto al matrimonio-sacramento, invece, il riferimento va all'istituto della dispensa del matrimonio rato e non consumato.

⁹⁷In questi termini l'intervento dell'on. C. RUGGIERO nella seduta dell'Assemblea costituente del 18.4.1947.

⁹⁸M. BESSONE, *sub* art. 29, in G. BRANCA e A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna - Roma, 1976, 20 e ss.

⁹⁹C. SALVI, *La famiglia tra neogiusnaturalismo e positivismo giuridico* in Riv. dir. civ., 2007, II (anche in www.astridonline.it) «Per il giusnaturalismo cristiano la parola

convergenza era stata possibile, e compiutamente si era realizzata nella formulazione dell'art. 29, unica e condivisa doveva esserne la *ratio*, rinvenibile nella necessità di reagire alla concezione fascista della famiglia.

Con la formula «*società naturale*» i Costituenti hanno, quindi, inteso rivendicare quell'istanza di libertà per troppo tempo sacrificata, quell'autonomia della sfera familiare che, ingiustamente, era stata annientata dalle forti ingerenze di uno Stato totalitario e totalizzante, alle cui logiche, dominate dall'interesse pubblico, la famiglia era stata costretta a genuflettersi.

Sorprende, pertanto, che sin dai primi anni successivi all'entrata in vigore della Carta, il disposto costituzionale in esame sia stato oggetto di interpretazioni che, inequivocabilmente, si collocano in senso contrario alla detta *ratio* originaria.

In un clima di fervente rinnovamento economico, sociale e culturale, come quello che caratterizza l'Italia degli anni '60, proprio in occasione del dibattito sull'introduzione di una legge che ammettesse il divorzio prima, e poi in relazione all'opportunità di operare una vera e propria riforma sistematica del diritto di famiglia, ritornano prepotentemente alla ribalta nel divergere quelle stesse impostazioni che i Costituenti erano riusciti a ricomporre ed armonizzare nell'elaborazione dell'art. 29.

natura non ha in effetti lo stesso significato che per il giusnaturalismo laico. Per il primo la natura esprime il disegno divino sul creato; per il secondo, valori che possano considerarsi in un determinato momento storico comuni, universali».

Il diritto naturale diventa strumento volto a ostacolare proposte legislative di cambiamento che si ritengono, appunto, contrarie allo stesso *jus naturale*¹⁰⁰.

Nonostante il silenzio della Costituzione, fra i primi commentatori del disposto costituzionale si palesavano proposte interpretative ancora fortemente legate alla matrice giusnaturalista cristiana della nozione di famiglia¹⁰¹, da cui si faceva discendere un'implicita adesione al connotato dell'indissolubilità del matrimonio.

Sul presupposto che l'articolo 29 rinviasse ad un modello di famiglia fondata sui principi e le regole del diritto naturale, la durata e la finalità dell'istituto, nonché l'intera vicenda familiare, risultavano sottratte alla disponibilità dei singoli; nella garanzia del 1° comma, perciò, poteva essere ricondotta solo l'ipotesi di scioglimento del vincolo matrimoniale come effetto susseguente alla morte di uno dei due coniugi.

Si tentava, pertanto, di negare il significato innovativo delle regole costituzionali e, allo stesso tempo, di preservare l'intero

¹⁰⁰ M. GATTUSO, *La Costituzione e il matrimonio fra omosessuali*, in *Il Mulino*, 2007, 452- 463 a ragione sottolinea che «ad ognuno degli appuntamenti con l'evoluzione del costume, la parte più tradizionale non ha mai mancato di fare appello all'urgenza di definire e difendere la famiglia naturale, paventandone ogni volta il crollo, il dissolvimento, la fine. [...] Anche dopo la promulgazione della Costituzione, la dottrina e la giurisprudenza invocarono a lungo la natura al fine di conservare quanto al tempo pareva naturale ai più: che dovesse comandare il marito, che il matrimonio fosse indissolubile».

¹⁰¹ F. SANTORO PASSARELLI, *Matrimonio e famiglia*, in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 25 ss.

sistema codicistico in materia familiare, il quale traduceva sul piano legale quanto ancora fortemente radicato nella tradizione.

La dottrina inizia ad interrogarsi innanzitutto sulla natura del nuovo rapporto che si instaura tra ordinamento statale e ordinamento familiare, e quindi sul tipo di riconoscimento della famiglia quale “società naturale” operato dalla norma.

A seconda della qualificazione del rapporto in questione in termini di sovranità o di autonomia, la formula con cui il Costituente ha definito la famiglia viene ad assumere significati differenti. Rispettivamente, qualificato il rapporto in termini di sovranità, l’espressione “società naturale” rinvia allo *jus naturale* come conferma della preesistenza della famiglia e della sua incondizionata autonomia, rinvenibile nel potere non solo di autoregolamentarsi, ma anche di limitare, se non di escludere, qualsiasi intervento statale nell’ambito dello svolgimento della vita familiare; definito il rapporto Stato- famiglia sulla base del principio di autonomia, alla seconda si “riconosce” un potere di autoregolamentazione che, però, non è in grado di sottrarsi in assoluto alle norme e ai principi generali del secondo e, di conseguenza, la formula “società naturale” rimanda ad una nozione elastica e dinamica di famiglia, alla famiglia in concreto rilevante.

Da una rassegna degli orientamenti dottrinali più accreditati dell’epoca si evince che l’interpretazione giusnaturalista si serve di un’impostazione di elaborazione sistematica delle altre norme

della Costituzione tesa a connotare l'ordinamento della famiglia in senso inequivocabilmente autoritario e patriarcale¹⁰².

Lungi dal delineare una prospettiva di attuazione delle previsioni costituzionali, una tale interpretazione riproponeva l'immagine di quello stesso modello familiare che l'articolo 29, così come anche il successivo articolo 30¹⁰³, avevano espressamente inteso riformare¹⁰⁴.

Tuttavia, simili costruzioni dogmatiche risultavano smentite dalle stesse disposizioni costituzionali che, sebbene riservassero ampi poteri di autoregolamentazione alla famiglia, non riconoscevano alla stessa alcun ambito di sovranità non contemplato espressamente da una disposizione positiva sulle fonti di produzione normativa.

La tendenza a qualificare come materia di sovranità le espressioni di autonomia familiare era evidentemente il prodotto

¹⁰² F. CAGGIA – A. ZOPPINI, *sub art. 29*, in Commentario alla Costituzione, 611: «*Il rinvio al diritto naturale ha anche una ricaduta sul terreno della disciplina di singoli istituti, determinando ad es. l'indisponibilità della finalità e della durata del matrimonio, un'applicazione del principio di eguaglianza temperata con l'esigenza di garantire l'unità familiare che trova il suo momento di sintesi nel ruolo autoritario affidato al marito ed, in merito alla relazione tra famiglia e organi dello Stato, l'illegittimità di forme di intervento del giudice incompatibili con il carattere sovrano dell'ordinamento familiare*».

¹⁰³ Art. 30 Cost. «È dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio.|| 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.|| La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità».

¹⁰⁴ M. BESSONE, *sub art. 29*, in G. BRANCA e A. PIZZORUSSO (a cura di), Commentario alla Costituzione, Bologna - Roma, 1976, 37 ss.

di «un'ideologia politica di genere integralista, tanto più eversiva del disegno costituzionale là dove spinge la logica di trascendenza e di separazione dello *jus naturale* fino a teorizzare un ordinamento della famiglia che “per diritto di natura” potrebbe legittimamente configgere con le direttive di fonte statale»¹⁰⁵.

Tali teorie denunciavano un atteggiamento fortemente antistatualista: contemplando una «pluralità» di ordinamenti, si intendeva sottrarre l'istituzione familiare ad ogni possibilità di intervento dall'esterno per il timore che si manifestassero fenomeni di autoritarismo statale storicamente ricorrenti e documentati, peraltro, dalla politica del diritto di famiglia praticata dal fascismo.

Tuttavia, un più corretto approccio sistematico ideologicamente puro ha consentito di scongiurare il pericolo di interventi legislativi in senso autoritario, prospettando garanzie di autonomia alla famiglia derivanti dalla complessiva *ratio legis* degli articoli 2, 29 e 30 Cost.¹⁰⁶

Dall'analisi sistematica delle disposizioni costituzionali si evince che alla qualificazione della famiglia quale «*società naturale*» non può che attribuirsi il medesimo significato di quello proprio di «*formazione sociale*»: del resto, è a quest'approdo che giunge la Corte di legittimità con la sentenza n. 138/2010, che tra breve pure si commenterà.

¹⁰⁵ M. BESSONE, *sub art. 29*, in G. BRANCA e A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna - Roma, 1976, 43.

¹⁰⁶ M. BESSONE, *sub art. 29*, in G. BRANCA e A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna - Roma, 1976, 7 ss.

L'articolo 29 altro non è, quindi, che un'esplicazione dell'articolo 2¹⁰⁷: la famiglia è qualificata come formazione sociale costituzionalmente privilegiata, forse perché la più naturale nel suo «essere un nucleo di persone che coabitano, che si danno reciproca assistenza, che contribuiscono insieme ai bisogni di ciascuno; la famiglia si colloca all'esterno della sfera del mercato e della sfera pubblica, è un luogo di relazioni interpersonali di assoluta gratuità, che non ricorre ai parametri né dell'efficienza né dell'imparzialità, ma si misura sulla vocazione solidale e associazionistica nella sua manifestazione più pura ed essenziale»¹⁰⁸.

Dalla razionale interpretazione del 1° comma deriva una definizione di famiglia storica ed elastica, in conformità con altri indici positivi presenti nella Carta, *inter alia* l'articolo 2.

Criticata è, in definitiva, l'astratta prospettabilità di un modello di famiglia indifferente agli svolgimenti storici.

Se lo scopo dell'articolo 29 Cost. si rintraccia nel delimitare l'ingerenza statale nell'elaborazione di una disciplina interna a tale formazione sociale; se finalità della norma è proteggere quanto deve essere riservato alle volontà di chi compone tale gruppo,

¹⁰⁷ M. BESSONE – G. ALPA - D'ANGELO – G. FERRANDO – M. R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto*, Zanichelli, 1997, 64: «Gli articoli 29, 30 e 31 altro non sono se non una specificazione, all'interno del gruppo familiare, delle direttive degli artt. 2 e 3 Cost., là dove la famiglia appare innegabilmente come formazione sociale ove si svolge la personalità dei singoli, di cui la Repubblica tutela i diritti inviolabili».

¹⁰⁸ B. PEZZINI, *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la Costituzione italiana*, in B. PEZZINI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Napoli, 2008, 21 ss.

allora appare più agevole fornire una spiegazione a quell'apparente «contraddizione in termini» rinvenibile nell'instaurazione di un legame genetico tra la formazione della famiglia «società naturale» e l'istituto giuridico positivo, dunque artificiale, «matrimonio».

Il negozio giuridico matrimoniale è, infatti, il solo strumento a disposizione dei Costituenti idoneo a conferire stabilità e certezza al fenomeno familiare e a consentirne *sic et simpliciter* l'identificazione in ogni momento¹⁰⁹.

Il matrimonio è pertanto l'atto di legittimazione con cui la famiglia diviene parte integrante dell'ordinamento¹¹⁰, con il suo complesso di situazioni giuridiche che la Repubblica si prefigge di garantire e proteggere.

E del resto, *tra gli istituti di diritto privato il matrimonio è probabilmente quello dove l'impronta giuridica è più impercettibile ma al contempo più intensa*¹¹¹: l'intimità e la socialità del rapporto sotteso al vincolo, sebbene possano atteggiarsi parimenti anche in assenza del vincolo stesso, sono

¹⁰⁹ P. VERONESI, *Costituzione, «strane famiglie» e «nuovi matrimoni»*, in Quad. cost., 2008, 589, secondo il quale «non c'è famiglia costituzionale senza matrimonio» in quanto «quest'ultimo consacra il passaggio da un'indistinta e spontanea società naturale al novero delle famiglie in senso stretto tali».

¹¹⁰ S. PULEO, *Famiglia. II) Disciplina privatistica: in generale*, in *Enc. Giur.*, XIV, Roma, 1989, 2.

¹¹¹ E. DEL PRATO, *Matrimonio, famiglia, parentela: prospettive di inizio secolo*, in *Diritto Privato. Studi in onore di Antonio Palazzo, Tomo Secondo, Parte Seconda, Persona- Famiglia- Successioni* a cura di S. MAZZARESE – A. SASSI, Torino, 2009, 227.

destinati a subire una radicale modificazione attraverso la loro giuridicizzazione.

Il matrimonio, in tal modo, viene a differenziarsi dagli altri accordi di diritto privato per il formalismo e la complessità procedimentale dell'atto, in vista del successivo conferimento di certezza al rapporto, destinato ad incidere sullo status delle persone e delle relazioni familiari. Da qui, l'esigenza della "pubblicità" del vincolo e, dunque, l'importanza rivestita dalla "forma". L'istituto matrimoniale, in ultima analisi, proprio in relazione a tali peculiarità, ha consentito, e tuttora consente, di imprimere ad un rapporto naturale, intimo e sociale, il suggello della giuridicità¹¹².

Esso è, in definitiva, l'indice positivo che ha permesso in modo immediato l'individuazione giuridica della famiglia nel tempo: ciò, però, non significa che possa essere ritenuto ad oggi l'unico criterio possibile, *a fortiori* se si considera che famiglia non è un concetto cristallizzabile, e che le sue funzioni e la sua struttura sono destinate a mutare nelle diverse società ed ad evolvere di pari passo con le trasformazioni economiche, sociali e culturali¹¹³.

Il radicamento di una concezione storico-relativistica della famiglia - volta a sottolinearne l'incessante interagire con fattori storici, sociali e culturali¹¹⁴- ha decretato, dunque, sebbene con fatica, il superamento, *recte* il definitivo declino, di quell'

¹¹² *Ibidem*, 228 ss.

¹¹³ G. FERRANDO, *Famiglia e matrimonio*, in *Familia*, 2001, 939 ss.

¹¹⁴ D. MANCINI, *Uguaglianza tra i coniugi e società naturale nell'art. 29 della Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, 222 ss.; M. BESSONE, *Rapporti etico sociali*, op. cit. I ss.

impostazione che a lungo si è servita dei dogmi del giusnaturalismo per continuare a fornire un valido fondamento a discutibili concezioni autoritarie e patriarcali delle relazioni familiari, nettamente antitetiche ai dettati costituzionali.

La “natura” è ora quella che ci è offerta dalla storia¹¹⁵: la famiglia, pertanto, in quanto «società naturale», è modellata dall’evoluzione sociale di cui il legislatore non può che essere interprete¹¹⁶. E così, prevalendo l’interpretazione laica «*prima con l’introduzione del divorzio, poi con l’approvazione della riforma del diritto di famiglia [...] l’impianto patriarcale della tradizione veniva travolto, assieme al principio dell’indissolubilità del matrimonio. La sconfitta dell’identificazione della famiglia con uno specifico modello [...], quello regolato dal codice civile del 1942, per adeguarla invece ai valori e ai modelli di comportamento dell’Italia di quegli anni, vide insomma perdente l’idea che la famiglia in quanto istituto “di diritto naturale”, fosse immutabile nei tratti giuridici ereditati dalla tradizione*»¹¹⁷.

¹¹⁵ C. SALVI, *Natura e storia nell’evoluzione del diritto di famiglia in Italia 1942-2008*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 4, 2008, 564.

¹¹⁶ E, del resto, l’adeguamento legislativo ai cambiamenti sociali e culturali che investono i rapporti familiari non comporta necessariamente una sterile e acritica duplicazione del dato reale, altresì non giunge a decretare il trionfo della «neutralità del diritto» in una logica dell’indifferenziato (in questi termini, *inter alia*, F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l’arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 509 ss.): se opportunamente guidato da criteri razionali vale, invece, a misurare il grado di civiltà di una nazione che si basa proprio sul riconoscimento dei diritti delle minoranze.

¹¹⁷ C. SALVI, *La famiglia tra neogiusnaturalismo e positivismo giuridico*, in www.astridonline.it

Il requisito dell'indissolubilità, proprio a fronte di tale concezione storica dell'istituto familiare, non può essere imposto dalle norme costituzionali, ma deve essere rimesso ai processi di normazione ordinaria, in quanto idonei a riflettere il modello di famiglia in concreto rilevante e perciò socialmente legittimato nei diversi momenti storici¹¹⁸.

Merita qualche precisazione l'ulteriore profilo che, a fronte del riferimento esclusivo operato dalla norma nei confronti della famiglia fondata sul matrimonio, attiene all'eventuale tutela in favore di relazioni familiari poste al di fuori della cornice matrimoniale.

Tuttavia, la questione, attualmente pregnante, ha occupato uno spazio marginale in sede di Assemblea Costituente per ragioni evidentemente contingenti: all'epoca l'unico fenomeno conosciuto, al di là di quello matrimoniale, era quello della convivenza *more uxorio*, che spesso finiva per coincidere con la relazione adulterina.

Oggi, la diffusione di modelli familiari alternativi rispetto a quello tradizionale della famiglia legittima¹¹⁹, che vanno dalle convivenze sia eterosessuali che omosessuali, alle famiglie

¹¹⁸ M. BESSONE, *La famiglia «società naturale», matrimonio civile e questione di legittimità del divorzio. In margine ai problemi di interpretazione dell'art. 29 c. 1 Cost.*, in *Trattato*, 1975, 60 secondo l'autore attraverso una lettura sistematica con l'art. 2 Cost. non potrebbe ricavarsi l'idea di un istituto che attribuisca ad un componente della coppia la potestà di imporre la continuità di un'unione ormai svuotata nei suoi contenuti di valori affettivi condivisi, di rispetto reciproco e di unanime volontà di comunanza di vita.

¹¹⁹ M. MAZZOTTA, *Le relazioni omosessuali in Italia*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2004, II, 163 ss.

ricomposte, alle famiglie poligamiche, alle famiglie monoparentali, è un dato incontrovertibile che manifesta la mutevolezza dello stesso concetto giuridico di famiglia, plasmabile a seconda dell'evoluzione della società e dei costumi.

Nonostante emerga nella realtà fattuale un nuovo modo di intendere il fenomeno "famiglia", l'intero sistema giuridico conferma un generale *favor matrimonii*: sebbene la famiglia coniugale sia la sola nozione di famiglia istituzionalizzata, tuttavia il regime matrimoniale ex art. 29 Cost. non è l'unico ed esclusivo regime della famiglia. Dalla disciplina costituzionale stessa è dato ricavare un pluralismo delle forme in materia matrimoniale *già insito nella pretesa unitarietà dell'istituzione matrimoniale medesima: ad essa, infatti, corrispondono regimi giuridici differenziati, il matrimonio civile e il matrimonio religioso con effetti civili, soggetti a discipline diverse*¹²⁰.

Non solo pluralità di famiglie, ma anche pluralità di matrimoni: dalla famiglia alle famiglie, dal matrimonio ai matrimoni.

§ 3. Impostazioni ermeneutiche a confronto nel segno di un'apertura o di una chiusura del dato costituzionale al matrimonio *gender-neutral*:

a) Interpretazione originalista

L'articolo 29, interpretato secondo il criterio letterale, presenta le caratteristiche di un «*ossimoro*», una «*proposizione impossibile*

¹²⁰ M. R. MARELLA, *Famiglie plurali. Famiglie e diritto. Rilevanza giuridica e "riconoscimento" dello stare insieme*, in www.astridonline.it «ad es. perché il secondo può essere annullato per cause che non sono contemplate dal codice civile, e che non concernono il primo».

[...] *una sorta di equivalente normativo delle scale di Escher*¹²¹: con il I comma della disposizione in esame si postula, infatti, l'esistenza di un *quid* che preesiste al diritto e quindi precede lo Stato, la «società naturale», e allo stesso tempo se ne rinviene il fondamento in un istituto giuridico positivo e pertanto artificiale, il matrimonio.

Ritenuta già in sede di Assemblea costituente come una «*contraddizione in termini*», tacciata di rappresentare un «*gravissimo errore che rimarrà nel testo della Costituzione come un'ingenuità*»¹²², sono state molteplici le interpretazioni della formula «*società naturale*» che si sono susseguite al fine di attribuire un significato ad una disposizione che ne sembrava essere priva.

Difatti, se al criterio letterale si affianca una lettura originalista della disposizione, «la stessa definizione di famiglia come società naturale rivela il suo carattere normativo» che può sintetizzarsi nell'intenzione comune ai Costituenti di prevenire limitazioni o strumentalizzazioni ideologiche imposte autoritativamente dallo Stato. Come si è tentato di argomentare nei paragrafi precedenti, in Assemblea Costituente non si raggiunse una mera soluzione compromissoria, quanto un vero e proprio accordo volto ad imporre un solenne principio di autolimitazione alla potestà legislativa dello Stato.

Per “naturalità” si deve intendere “razionalità” (così l'interpretazione originalista rivela la presenza di un'ulteriore

¹²¹ R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 10, 2000, 1066.

¹²² P. CALAMANDREI, in *Assemblea Costituente*.

figura retorica, il «falso alterato»¹²³): la struttura interna del nucleo familiare è rimessa alla razionalità della storia.

L'esigenza che la famiglia venga connotata come società naturale, e quindi come società razionale, risponde alla necessità di soddisfare un bisogno primario della persona quale essere relazionale.

La sua conformazione non è, dunque, immutabile e cristallizzata, ma muta con il mutare dei costumi sociali.

Insomma, se la natura si storicizza, la disciplina dei rapporti familiari non può che connotarsi necessariamente come relativa e dinamica¹²⁴; se dalla formula «società naturale» è dato ricavare una definizione di «famiglia» storica ed elastica, allora anche il «matrimonio», nel rappresentare l'atto fondativo del gruppo familiare, potrà assumere una configurazione aperta e dinamica in funzione dei processi di revisione che nel tempo potrebbero coinvolgere le forme e il regime dell' istituto stesso¹²⁵. Il rinvio che l'articolo 29 fa al matrimonio così come disciplinato dal Codice civile non esclude, infatti, un'evoluzione sociale o normativa dell'istituto, nei limiti, ovviamente, del rispetto delle regole e dei principi costituzionali¹²⁶.

¹²³ A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei "casi": la «famiglia come società naturale fondata sul matrimonio»* in www.forumcostituzionale.it, 2008.

¹²⁴ C. SALVI, *Natura e storia nell'evoluzione del diritto di famiglia in Italia 1942-2008*, in *Riv. crit. dir. pr.*, 2008, n. 4, 559 ss.

¹²⁵ F. CAGGIA- A. ZOPPINI, *sub art. 29 Cost.*, in R. BIFULCO- A. CELOTTO- M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 602 ss.

¹²⁶ P. VERONESI, *Costituzione, «stare famiglie» e «nuovi matrimoni»*, in www.forumcostituzionale.it, 2008.

Pertanto, l'interpretazione originalista che fa leva sulla presunta intenzione soggettiva dei Costituenti di riferirsi alla nozione di matrimonio accolta dal Codice civile del 1942, e non anche al matrimonio omosessuale (il che non stupisce), operando una sorta di «rinvio per presupposizione»¹²⁷ alla disciplina codicistica, non potrebbe comunque risultare ostativa ad un'eventuale riforma legislativa dell'istituto che evolutivamente apra alle coppie omosessuali¹²⁸.

Del resto, risulterebbe alquanto complicato, se non del tutto impossibile, ricavare un modello normativo concreto, stante il carattere non cristallizzabile dell'istituto matrimoniale¹²⁹.

La disciplina dell'istituto-membrana con il quale l'ordinamento riconosce, devolve e delimita l'area sottratta alla sua stessa azione¹³⁰ resta di esclusivo appannaggio dello Stato.

b) Interpretazione sistematica

Interpretare sistematicamente il I comma dell'articolo 29 alla luce dei principi personalista e pluralista e di eguaglianza *ex* articoli 2 e 3 e in relazione alle altre disposizioni che disegnano il

¹²⁷ F. DAL CANTO, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro it.* 2005, V, 277.

¹²⁸ Di contro, F. DAL CANTO, F. D. BUSNELLI E A. RUGGERI, per i quali il rinvio alla disciplina codicistica del matrimonio implica un riferimento ad un modello di famiglia che, pur suscettibile di sviluppi e cambiamenti, sarebbe indisponibile nel suo "nucleo essenziale", che la tradizione identifica in alcuni elementi, tra i quali figura la necessaria diversità di sesso tra i nubendi.

¹²⁹ M. R. MARELLA, *Famiglie plurali. Famiglie e diritto. Rilevanza giuridica e "riconoscimento" dello stare insieme*, in www.astridonline.it

¹³⁰ P. VERONESI, *Costituzione, «stare famiglie» e «nuovi matrimoni»*, in www.forumcostituzionale.it 2008.

quadro della disciplina costituzionale della famiglia vale ad intendere la formula «società naturale» quale «formazione sociale», sebbene privilegiata e con un ruolo preminente rispetto alle altre in quanto fondata sul matrimonio, il cui *favor* costituzionale è fuori discussione.

Tuttavia, la Carta non indica nella famiglia legittima il «canale esclusivo di riconoscimento e legalità delle relazioni di coppia e di generazione»¹³¹: del resto, se l'unica società naturale conosciuta fosse quella fondata sul matrimonio risulterebbe del tutto pleonastica la precisazione che la disposizione fa in tal senso.

Il riconoscimento dei diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio «se da un lato indica la “figura” radicata nel costume che il legislatore costituzionale ha ritenuto di individuare come oggetto di primaria tutela e come dato che condiziona la stessa potestà legislativa, d'altro lato implica e stabilisce un criterio di rapporto tra il legislatore e la realtà sociale tale da consentire ed anzi esigere la ricezione nell'ambito giuridico di nuove forme in cui il costume via via riconosca il senso e il valore dell'esperienza “famiglia”»¹³². A proposito di famiglia, «non esiste orizzonte che non possa sfrangiarsi, man mano che socialmente acquistano consistenza e legittimazione nuove modalità di relazione familiare»¹³³.

In altri termini, il modello coniugale assolverebbe ad una funzione di riferimento, ma risulterebbe comunque compreso in un

¹³¹ P. ZATTI, *Trattato di diritto di famiglia*, vol. I, Milano, 2002, 13.

¹³² P. ZATTI, in *Trattato di diritto di famiglia*, vol. I, Milano, 2002, 16.

¹³³ *Ibidem*, 16.

più vasto e versatile modello familiare delineato dalle norme costituzionali.

La c.d. teoria del non modello o del modello generale, postulando una pluralità di modi di intendere il fenomeno familiare a fronte del razionale evolversi della società, sembra ormai essersi imposta sulla più risalente, quant'anche ancora ritenuta valida da illustri Autori, teoria dell'unicità o esclusività del modello matrimoniale.

Secondo quest'ultima tesi, la famiglia costituzionalmente tutelata sarebbe esclusivamente quella coniugale. La Costituzione delineerebbe, infatti, un preciso modello di famiglia fondata sul matrimonio che sembrerebbe tuttora attuale e per nulla scalfito nel suo nucleo essenziale dall'evoluzione sociale¹³⁴. Il matrimonio non potrebbe, pertanto, essere ridotto ad una mera ipotesi eventuale.

L'esclusività del regime matrimoniale come unico regime della famiglia è ammessa a fronte di un'interpretazione del disposto costituzionale che non sia in grado di coglierne l'autentica e condivisa *ratio*, e che quindi ignori quell'istanza di libertà sottesa alla formulazione della disposizione *de qua*. L'autonomia della famiglia si esprime, oggi, in termini differenti rispetto al passato: non si tratta più solo di contenere i rischi di una sua «pubblicizzazione», quant'anche quelli derivanti da una sua «privatizzazione» che riduca la logica familiare a quella di

¹³⁴ F. D. BUSNELLI, *La famiglia nell'arcipelago familiare*, in Riv. dir. civ., II, 2002, 509 ss.

mercato che ispira il diritto civile comune¹³⁵. Disciplinare la convivenza e fondarla espressamente su basi contrattuali avrebbe il pregio di ampliare gli spazi di libertà e di accrescere il valore sociale del matrimonio di cui, in tal modo, sarebbe sottolineato il carattere di decisione particolarmente impegnativa nei suoi effetti, ma libera, autonoma, consapevole e responsabile¹³⁶.

A conferma di quanto sostenuto, la Corte costituzionale e ampiamente la dottrina¹³⁷, ormai da tempo, sono concordi nel riconoscere un fondamento costituzionale alla tutela giuridica del fenomeno in questione che, tra l'altro largamente diffuso, certamente è un ulteriore e legittimo modo di fare famiglia¹³⁸.

Del resto, la pretesa di imporre un unico modello di famiglia, a fronte di una definizione costituzionale della stessa quale *società naturale*, e dunque quale società aperta al razionale sviluppo

¹³⁵C. SALVI, , *Natura e storia nell'evoluzione del diritto di famiglia in Italia 1942-2008*, in *Riv. crit. dir. pr.*, n. 4, 2008, 559 ss.

¹³⁶ «La Costituzione indica nella famiglia fondata sul matrimonio un valore che è tale oggi se quella di vivere l'amore, la sessualità, la procreazione all'interno della famiglia è scelta [...] pienamente libera» e lo è quando a ciascuna e ciascuno viene garantita la libertà di scegliere altri percorsi, C. SALVI, *Natura e storia nell'evoluzione del diritto di famiglia in Italia 1942-2008*, in *Riv. crit. dir. pr.*, n. 4, 2008, 569.

¹³⁷ M. BESSONE, *Favor matrimoni e regime del convivere in assenza di matrimonio*, in *Dir. fam.*, 1979, 1192, il quale rileva che società naturale non è soltanto la famiglia fondata sul matrimonio, ma anche ogni altra modalità del convivere che diventi istituzione familiare provatamente stabile e impegnativa, luogo degli affetti e comunità di interessi.

¹³⁸ «La famiglia fondata sul matrimonio è una delle formazioni sociali ove si svolge la personalità dell'uomo e della donna. Sotto questo profilo, non vi è differenza qualitativa con la convivenza, quale oggi considerata dalla coscienza sociale e dall'ordinamento giuridico», C. SALVI, *Natura e storia nell'evoluzione del diritto di famiglia in Italia 1942-2008*, in *Riv. crit. dir. pr.*, n. 4, 2008, 568.

storico, darebbe prova di un insostenibile «imperialismo culturale».

Se ci si orienta nel senso dell'univocità del modello di famiglia giuridicamente rilevante, che si ritiene coincidente con quello fondato sul matrimonio, si finisce quantomeno col constatare che l'*idealtypus* proposto dal legislatore configuri «*un modello discriminante e fermo nella sua inderogabilità*»¹³⁹.

Mentre, ritenere «*compatibili con la nozione giuridica della famiglia, socialmente prima e normativamente poi, anche rapporti che pure presentino un deficit rispetto ai connotati tipici della famiglia matrimoniale*», equivarrebbe a consentire una graduazione dell'applicabilità della disciplina positiva sulla base della congruenza tra il tipo legale, assunto a modello dal legislatore, e quello concretamente rilevante¹⁴⁰.

¹³⁹ A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia. Sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, che opportunamente colloca nel senso dell'unicità del modello di riferimento F. D. BUSNELLI, *Unicità o pluralità dei modelli familiari?*; C. M. BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia- Le successioni*

¹⁴⁰ Come opportunamente rilevato da A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia. Sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 303 allo stesso modo, nell'evoluzione dogmatica del diritto di famiglia e nel ripensare i modelli normativi non si può non tener conto delle trasformazioni che concretamente investono le relazioni familiari. I tratti che precipuamente valevano a connotare il modello istituzionale di famiglia, incentrato sullo *status*, appaiono attualmente ridisegnati, quando non totalmente espunti, e pertanto si prestano a fornire un nuovo quadro normativo. È nell'autonomia privata, nella volontà quanto dell'atto tanto degli effetti, che sembra possibile ravvisare un nuovo strumento di autoregolazione degli interessi nell'ambito dei rapporti familiari.

La divergenza tra il modello legale e lo schema adottato dai privati può, a seconda dei casi, risultare più o meno rilevante: «*altro è derogare ai diritti e doveri che nascono*

c) Interpretazione «tradizionale»

Alle opzioni esegetiche finora analizzate se ne affianca una ulteriore che, sebbene non neghi la storicità e la conseguente relatività dell'accezione costituzionale di famiglia, pare volta a fondarne la stessa «oggettiva estensione» su una specifica tradizione culturale, evocativa di un'idea di famiglia quale *unione stabile tra un uomo e una donna, con i figli da loro generati*.

La *naturalità* della società familiare si identificherebbe con il suo riconoscimento sociale diffuso, consuetudinario che a sua volta non potrebbe prescindere dall'integrante ed indisponibile riferimento al matrimonio¹⁴¹. La famiglia sarebbe una società naturale in quanto fondata sul matrimonio ed il matrimonio fonderebbe la famiglia perché società naturale¹⁴².

«Il matrimonio costituisce e al tempo stesso serve la famiglia: la fonda, ma la riconosce e non potrebbe anzi fondarla senza riconoscerla»¹⁴³.

Nella consapevolezza che l'espressione «società naturale» non evochi uno stereotipo di famiglia valido in senso assoluto e che la stessa “naturalità” sia relativa e, pertanto, incapace di rinviare ad un idealtipo valido *sub specie aeternitatis*, l'orientamento

dal vincolo matrimoniale, altro è regolare gli stessi dandone una concretizzazione adeguata alle peculiarità che caratterizzano il singolo rapporto».

¹⁴¹A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 751 ss.

¹⁴²A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei “casi”: la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in www.forumcostituzionale.it, 2008 sussume questa interpretazione in una figura retorica della grammatica italiana, il palindromo.

¹⁴³A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 755 ss.

interpretativo *de quo* ritiene necessario procede ad una lettura sistematica e contestualizzata della disposizione costituzionale, al fine di stabilire quale sia la famiglia naturale a cui i Costituenti abbiano inteso riferirsi.

La famiglia naturale così risulterebbe essere quella che è radicata nel tessuto sociale, e cioè quella che tradizionalmente si fonda sul matrimonio, dunque solo quella famiglia matrimoniale saldamente e «oggettivamente» connotata dalla sussistenza di taluni imprescindibili elementi che valgono ad identificarla come unione tra un uomo ed una donna (monogamia ed eterosessualità) preposta a fini istituzionali tipici (primariamente, alla funzione procreativa). Conseguenza che non ogni forma di convivenza potrebbe prestarsi a trasformarsi in matrimonio, dato che il nucleo indisponibile dell'istituto matrimoniale ne costituisce l'essenza stessa.

Il richiamo alla tradizione finirebbe, pertanto, col vincolare in modo stringente il matrimonio e la sua disciplina legale. Quest'ultima, difatti, senza ignorare i mutamenti che la hanno investita negli ultimi decenni, non sarebbe stata scalfita nel suo "nucleo essenziale", che sembrerebbe perciò imperforabile da una contraria volontà legislativa: una normativa positiva non sarebbe idonea a minare la struttura *naturale* (e quindi tradizionalmente matrimoniale) della famiglia.

L'idea di famiglia, i suoi scopi, il suo complessivo modo di essere e di divenire, in quanto "naturali", preesistono al matrimonio, pur avendo preso forma attraverso esso.

Estendere l'accesso al matrimonio alle coppie omosessuali sarebbe, quindi, operazione preclusa al legislatore ordinario: il

“nocciolo duro”, incorporando il paradigma eterosessuale, risulterebbe modificabile solo a seguito di revisione costituzionale.

In realtà, la tenuta di questa rappresentazione va analizzata e provata giuridicamente. Innanzitutto, è doveroso sottolineare come il richiamo alla tradizione sia argomento privo di consistenza giuridica; *a fortiori* qualora tale argomento si presti ad essere utilizzato per perpetuare discriminazioni¹⁴⁴.

In relazione, poi, agli elementi che tradizionalmente costituirebbero l'essenza stessa del matrimonio diverse sono le critiche che potrebbero essere mosse.

La monogamia mantiene il suo valore giuridico solo in senso sincronico, mentre perde il suo significato in senso diacronico: «non si può avere più di un coniuge per volta, ma se ne possono avere più di uno in sequenza»¹⁴⁵.

La funzione procreativa non sembra più potersi considerare quale fine istituzionale¹⁴⁶, né quale «*dovere civico [...] a fronte di*

¹⁴⁴A proposito di tradizioni, M. SESTA *Presentazione*, in M. BONINI BARALDI, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Torino, 2005, IX, «*appare veramente singolare che Paesi di comune tradizione giuridica abbiano espresso in un tempo relativamente breve regole, tra loro molto differenziate, tali da rendere legalmente rilevanti situazioni prima del tutto sconosciute al diritto*»; l'emersione delle nuove regole muove dall'esigenza, più volte manifestata in sede comunitaria ed internazionale, di rimuovere ogni forma di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.

¹⁴⁵C. SARACENO, *Famiglie, una vicenda plurale*, in *Memoria o futuro della famiglia*, Milano, 2000, 125 ss. a seguito, ovviamente, dell'introduzione della legge sul divorzio.

¹⁴⁶L'affermazione del diritto soggettivo ad una procreazione cosciente e responsabile (art. 1 della legge 194/1978) ne è una conferma. In questo senso anche il diritto vivente giurisprudenziale della Cassazione civile che riconosce, tra i motivi che

una valorizzazione della persona umana»: altrimenti non si dovrebbero consentire le nozze tra persone anziane, tra soggetti affetti da sterilità, così come esclusi sarebbero il matrimonio del soggetto transessuale e il matrimonio celebrato in punto di morte.

Considerare la funzione procreativa potenziale quale elemento imprescindibile del matrimonio non rappresenterebbe in ogni caso una preclusione ai matrimoni tra omosessuali: gli ostacoli biologici potrebbero, infatti, essere superati attraverso le tecniche di procreazione medicalmente assistita.

La necessaria *disparitas sexus* tra i futuri coniugi appare, invece, messa in discussione dalla legge n. 164 del 1982 in materia di rettificazione di attribuzione di sesso che, nel non prevedere l'immediato ed automatico scioglimento del vincolo matrimoniale a seguito del cambiamento dell'identità sessuale originaria, già relativizza la portata del paradigma ontologico dell'eterosessualità nel matrimonio.

Su tale aspetto, tuttavia, ci si soffermerà più a lungo *infra*, allorquando si commenterà la recente sentenza resa dalla Corte Costituzionale (n. 170/2014) ed avente ad oggetto appunto il mantenimento dell'istituto matrimoniale quando uno dei due

legittimano la richiesta di divorzio, il fatto che l'altro coniuge si sia «mostrato contrario a rapporti sessuali non finalizzati alla procreazione» (Cass. Civ., sez. I, 9 ottobre 2007, n. 21099). E ancora, nel caso in cui il *partner* abbia nel frattempo mutato il proprio sesso originario, nonostante la conseguente impossibilità procreativa, lo scioglimento del vincolo matrimoniale non è automatico, ma a tal fine è comunque necessario il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione e la domanda di divorzio da parte del coniuge (*ex art. 3, legge n. 898 del 1970, come modificato dalla legge n. 74 del 1987*).

coniugi ottenga la rettificazione dell'attribuzione del proprio sesso.

d) Interpretazione storico-evolutiva

Si ritiene in ogni caso più opportuno non prescindere dal rilievo per cui la Costituzione vada contestualizzata, letta, quindi, in relazione alle ovvie ed inevitabili trasformazioni economiche, sociali, culturali e valoriali e, perciò, interpretata in senso storico-evolutivo.

Un inquadramento storicistico dell'art. 29 consente, infatti, di riferire la tutela costituzionale non ad un modello immutabile e cristallizzato di famiglia, bensì a quel modello effettivamente e concretamente presente in un dato contesto storico. Avrebbe, pertanto, il pregio di superare le obiezioni, relative alla possibilità di estendere il matrimonio anche a persone dello stesso sesso, di quanti ritengono rintracciabile nella naturalità della famiglia fondata sul matrimonio un contenuto minimo ed imprescindibile costituito da alcuni elementi (ivi compreso quello della *disparitas sexus* tra i coniugi).

Nel diritto di famiglia tanto più che in ogni altro settore giuridico, infatti, «*la realtà rispecchiata “entra” nello specchio e ne modella le fibre, ottenendo un adeguamento dello strumento alle evidenze ed alle esigenze dell'esperienza*»¹⁴⁷.

Ed un simile adattamento si reputa plausibile, ancorché auspicabile, anche attraverso il c.d. diritto vivente, e cioè

¹⁴⁷ P. ZATTI, *Introduzione*, in AA.VV., *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da ZATTI), I, Milano, 2002, IX..

attraverso un'opera applicativa ed interpretativa del diritto sensibile al mutamento del dato sociale¹⁴⁸.

Del resto, risulterebbe alquanto pericoloso accettare supinamente un'aprioristica nozione di famiglia, nell'ottica di una insensata apologia del presente che avrebbe quale conseguenza quella di non comprendere il passato più recente e di chiudersi rispetto al futuro.

L'accesso al matrimonio alle coppie omosessuali potrebbe, invece, essere garantito attraverso il tentativo, forse non vano, di rovesciare la prospettiva tradizionale¹⁴⁹.

Le famiglie naturali, quelle che esistono e si affermano diffusamente nel costume e nella coscienza sociale sarebbero infatti idonee, qualora non risultino configgenti con i valori fondamentali dell'ordinamento, a plasmare il matrimonio, in modo da adeguare l'istituto giuridico all'evoluzione sociale¹⁵⁰.

Ovviamente, perché un fenomeno nuovo possa assurgere all'attenzione del legislatore è necessario che esso sia socialmente legittimato e piuttosto diffuso, in quanto corrispondente ad un radicale mutamento di valori tradizionali della società.

Il diritto, inoltre, non potrebbe limitarsi a registrare acriticamente i dati della realtà, in quanto luogo del dover-essere,

¹⁴⁸ C. M. BIANCA, *Diritto civile, La famiglia*, II, Milano, 2005.

¹⁴⁹ Secondo cui il matrimonio identifica, fondandola, la famiglia naturale: a tal proposito A. M. BENEDETTI, *Tutto ciò che è reale è ... naturale? Riflessioni sull'art.29, 1° co. Cost.*, in *Riv. crit. dir. pr.*, n.4/2009, 590 non ha mancato di sottolineare come «l'elemento matrimonio [abbia] fagocitato l'elemento famiglia».

¹⁵⁰ A. M. BENEDETTI, *Tutto ciò che è reale è ... naturale? Riflessioni sull'art.29, 1° co. Cost.*, in *Riv. crit. dir. pr.*, n.4/2009, 589 ss.

e non dell'essere: si esige, pertanto, un controllo di conformità del nuovo fenomeno ai valori fondamentali dell'ordinamento.

Nel caso in cui il fenomeno sociale risulti concretamente diffuso e significativamente legittimato, nonché in linea con i valori fondamentali dell'ordinamento, quest'ultimo non potrà che consentire l'accesso al matrimonio della nuova famiglia: questo è evidentemente il caso delle coppie omosessuali che chiedono, esigono, pretendono una tutela effettiva dei loro diritti, a lungo sacrificati e per troppo tempo compromessi: il diritto alla vita familiare e di relazione, il diritto di sposarsi.

Il principio-famiglia può ben prescindere dal matrimonio che, in ogni caso, si ritiene essere istituto pure disancorabile dal requisito della diversità di sesso, un tempo valutato, nell'ottica jemoliana, quale unico presupposto veramente costante¹⁵¹.

In questo senso si pone il diritto dell'Unione che, mediante l'art. 9 della Carta di Nizza – a cui ormai, com'è noto, è stato riconosciuto lo stesso valore giuridico dei Trattati – ha rotto il binomio inscindibile tra famiglia e matrimonio, omettendo ogni riferimento a «uomini e donne» «al fine di disciplinare i casi in cui le legislazioni nazionali riconoscono modi diversi dal matrimonio per costituire una famiglia», senza però volere con ciò imporre ma neppure vietare «la concessione dello *status* matrimoniale (anche) a unioni tra persone dello stesso sesso».¹⁵²

E, così, qualora il matrimonio non risulti *ex se* strumento idoneo a contenere il nuovo fenomeno familiare, dovrà essere il Legislatore ad adattarne i presupposti soggettivi od oggettivi onde

¹⁵¹ C. A. JEMOLO, *Il matrimonio*, Torino, 1947, p. 3.

¹⁵² V. SCALISI, *Famiglia e famiglie in Europa*, in www.comparazionedirittocivile.it

possa trovare soddisfazione *il diritto costituzionalmente garantito di trovare, nel matrimonio, quella formalizzazione cui i componenti delle nuove realtà familiari - divenute naturali - hanno diritto di accedere*¹⁵³.

In conclusione, non ravvisandosi neppure potenziali conflitti con i principi fondanti l'ordinamento giuridico italiano, le famiglie costituite da persone dello stesso sesso, una volta divenute, in quanto socialmente reali, "naturali", dovrebbero poter accedere senza alcun limite ovvero alcuna preclusione al matrimonio.

Tutto ciò che è reale è, in tale prospettiva, parafrasando liberamente il pensiero hegeliano, "*naturale*".

Peraltro, non si ritengono ravvisabili specifiche ragioni giuridiche atte a giustificare la permanenza di una simile esclusione, se non l'inerzia di un Legislatore che, incurante dei processi evolutivi e del tutto astoricamente, persevera nel far leva su una connotazione tradizionalmente intesa del matrimonio.

Si tratta di una inerzia non più tollerabile, *a fortiori* in considerazione della debolezza degli strumenti giurisprudenziali connessa, non soltanto ai limiti derivanti dal principio di separazione dei poteri, ma anche ad una sorta di timore reverenziale dinanzi alle resistenze culturali della tradizione¹⁵⁴.

¹⁵³A. M. BENEDETTI, *Tutto ciò che è reale è ... naturale? Riflessioni sull'art.29, 1°co. Cost.*, in *Riv. crit. dir. pr.*, n.4/2009, 589 ss.

¹⁵⁴ Per ossequio alla tradizione che tautologicamente per tradizione si continua a servire, la giurisprudenza, nei pochi casi sottoposti al suo esame si è mostrata cauta nel procedere ad un'estensione della nozione di convivenza *more uxorio* anche alle coppie omosessuali.

Tuttavia, un'eventuale attività indirizzata a colmare il vuoto dell'ordinamento in relazione alla mancata previsione di una qualche forma di tutela delle coppie omosessuali, non esimerebbe il legislatore dal dovere di predisporre una disciplina *ex professo* della convivenza, comprensiva, s'intende, di quella omosessuale.

Auspicabile permane, dunque, l'effettivo superamento della tradizione in vista di una modernizzazione della società in senso democratico che s'impone in termini di necessità, in quanto improcrastinabile.

CAPITOLO III

LA «FAMIGLIA OMOSESSUALE» DOPO LA STORICA SENTENZA N. 138 DEL 2010 DELLA CORTE COSTITUZIONALE: LE TAPPE DELL'EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE

§ 1. La sentenza della Corte Costituzionale n. 138/2010

La Corte costituzionale è intervenuta per la prima volta nel 2010 in materia di *same-sex marriage* decidendo sulla questione di legittimità costituzionale del (supposto) divieto di celebrare in Italia il matrimonio tra persone dello stesso sesso sulla base di vari argomenti fatti valere dai giudici rimettenti.

I casi¹⁵⁵, approdati in via incidentale a Palazzo della Consulta, alcuni dei quali decisi con la sentenza del 15 Aprile 2010, n. 138, altri con ordinanze¹⁵⁶ che di quest'ultima ricalcano gli *itinerari*

¹⁵⁵ I cui atti di promovimento sono i seguenti: ordinanza del 3 Aprile 2009 del Tribunale di Venezia, Sez. III civile; ordinanza del 29 Luglio 2009, Corte d'appello di Trento; ordinanza del 13 Novembre 2009, Corte d'appello di Firenze; ordinanza dell'11 Dicembre 2009, Tribunale di Ferrara. N. DI MASI, *Il riconoscimento delle unioni «same-sex» al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2/2009, 335 ss. ; B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in AA. VV. , *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2010, 1., fa notare che «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 successiva 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)».

¹⁵⁶ Corte costituzionale, ordinanza del 22 Luglio 2010, n. 276 e ordinanza del 5 gennaio 2011, n. 4.

argomentativi della motivazione, sono, nella loro provocatoria semplicità¹⁵⁷, i seguenti: una coppia omosessuale chiede di procedere alle pubblicazioni di matrimonio; l'Ufficiale di stato civile si oppone contro la richiesta considerata illegittima; la coppia ricorre in sede civile avverso il provvedimento di diniego sollecitando il giudice, in via principale, ad ordinare le pubblicazioni e, in via subordinata, a sollevare la relativa questione di legittimità.

La prima richiesta viene respinta: «*a fronte di una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio come di unione di un uomo e di una donna*»¹⁵⁸ è, infatti, esclusa la praticabilità di

¹⁵⁷ L'intera vicenda, infatti, muove da una campagna promossa dall'Associazione Rete *Lenford*, avvocatura per i diritti di LGBT, e dall'Associazione radicale "Certi diritti" che, attraverso la disponibilità di 25 coppie di omosessuali, ha avuto quale obiettivo quello di tentare di ottenere per via giurisdizionale ciò che era, ed è ad oggi, impraticabile per via parlamentare, cioè il riconoscimento del matrimonio civile tra persone dello stesso sesso (*litigation strategy* o contenzioso strategico).

Per nulla azzardato, quindi, il paragone con la vicenda processuale che ha offerto al Tribunale costituzionale portoghese l'occasione di pronunciarsi sul matrimonio fra persone dello stesso sesso, anch'essa incentrata sui ricorsi di coppie omosessuali avverso il rifiuto dell'Ufficiale di stato civile di procedere alle pubblicazioni matrimoniali; *Tribunal Constitucional de Portugal*, 8 Aprile 2010, n. 121/2010, in *Foro it.*, 2010, IV, 273, con nota di P. PASSAGLIA, *Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica* (per una trattazione più approfondita si rinvia al capitolo successivo): differenti sono state però le soluzioni raggiunte nei due Paesi, come si vedrà *infra*, cap. III.

¹⁵⁸ È ciò che si legge testualmente nell'ordinanza del 3 Aprile 2009 resa dal Tribunale di Venezia, Sez. III civile. Con tale espressione i giudici lagunari respingono la richiesta formulata in via principale dai ricorrenti, ritenendo preclusa la possibilità di estendere, per via pretorile, l'istituto matrimoniale a persone dello stesso sesso.

un'interpretazione difforme da quella fatta propria dall'Ufficiale di stato civile.

La richiesta in via subordinata trova, invece, accoglimento e la *quaestio* è rimessa alla Corte costituzionale, in quanto ritenuta rilevante e non manifestamente infondata.

Pertanto, per la prima volta, con ordinanza del 3 Aprile 2009, il Tribunale di Venezia solleva allo scrutinio della Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-*bis* e 156-*bis* c.c., «*nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono a persone di orientamento omosessuale di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, per contrasto con gli artt. 2, 3, 29 e 117, 1° co. della Costituzione*».

L'ordinanza di remissione rileva sotto un duplice profilo: innanzitutto, vale a discostarsi da un orientamento giurisprudenziale consolidato che ha sempre ritenuto legittimo il rifiuto dell'Ufficiale di Stato civile di procedere alle pubblicazioni matrimoniali richieste da due soggetti dello stesso sesso; in secondo luogo, funge da apripista a tutte le altre ordinanze che ad essa hanno fatto seguito, e che, nel sollevare analoghe questioni, ne hanno condiviso oggetto¹⁵⁹, parametri¹⁶⁰ e argomentazioni.

¹⁵⁹ Si noti che l'ordinanza di remissione della Corte d'Appello fiorentina esclude, quanto all'oggetto della *quaestio*, quelle disposizioni codicistiche tese a regolare gli adempimenti riguardanti le formalità preliminari al matrimonio, con specifico riferimento alle pubblicazioni; le norme censurate sono, pertanto, in questo caso solo gli artt. 107, 108, 143, 143-*bis* e 156-*bis* del c.c.

¹⁶⁰ Quanto ai parametri costituzionali, quello costituito dall'art. 117, 1° comma Cost. è invocato dal solo Tribunale di Venezia, che lamenta la lesione del parametro in parola (per come interpretato dalla stessa Corte costituzionale, a partire dalle note sentenze

Così, in ragione delle analoghe considerazioni a cui pervengono i giudici *a quibus* lagunari e trentini, i giudici della Consulta ritengono opportuno riunire i giudizi e pronunciarsi su di essi con un'unica sentenza, risolvendo altresì un problema processuale preliminare di non poco conto, relativo all'individuazione dell'oggetto della *quaestio*; problema, quest'ultimo, che merita di essere approfondito.

Nell'avallare l'impostazione adottata dai giudici *a quibus*, secondo cui «*l'intera disciplina dell'istituto, contenuta nel codice civile e nella legislazione speciale, postula la diversità di sesso dei coniugi*»¹⁶¹, la Corte rinuncia ad una declaratoria di inammissibilità per difetto di interpretazione adeguatrice.

La Corte, muovendosi “alla ricerca di un oggetto positivamente non identificato”¹⁶², si è dapprima limitata ad accogliere la prospettiva dei giudici remittenti per giungere a conferirle poi il suo crisma di autorevolezza. Sebbene la *disparitas sexus* dei nubendi non sia *expressis verbis* imposta da alcuna disposizione normativa risulta «troppo monolitico il diritto vivente ad esso

«gemelle» nn. 348 e 349 del 2007) in ragione del fatto che la censurata disciplina codicistica, nel non prevedere l'ipotesi di *same-sex marriages* avrebbe violato vincoli derivanti sia dall'ordinamento comunitario sia da obblighi di carattere internazionale (sotto il primo profilo sono richiamate quali norme interposte gli artt. 7, 9 e 21 della Carta di Nizza; sotto il secondo profilo, invece, gli artt. 8, 12 e 14 CEDU, nell'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo).

¹⁶¹ Considerato in diritto, punto 6.

¹⁶² P. FARAGUNA, *Alla ricerca di un “oggetto positivamente non identificato”*, in AA. VV., *La «società naturale»*, op. cit., 127.

relativo»¹⁶³ perché i giudici ordinari possano procedere ad interpretazione conforme delle norme sospettate di illegittimità¹⁶⁴.

Qui l'omissione legislativa cela una norma concretamente applicata, vivente¹⁶⁵; non si tratta, pertanto, di operare in un «vuoto di diritto», bensì in un «pieno di diritto» la cui lettera deve essere rovesciata.

In questo senso, le disposizioni codicistiche che, tanto in relazione alla celebrazione, quanto con riguardo ai diritti e ai doveri dei coniugi, fanno riferimento al *marito* e alla *moglie* risultano non essere suscettibili di essere interpretate nel senso di

¹⁶³ P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del Giudice delle Leggi*, in *Studium iuris*, 10, 2010, 998.

¹⁶⁴Il dovere di interpretazione conforme o adeguatrice non sussiste qualora l'interpretazione incostituzionale godendo del favore della giurisprudenza e seguita a livello amministrativo, dia vita ad un diritto vivente.

¹⁶⁵A. PUGIOTTO, *L'altra faccia dell'eguaglianza (e dell'amore)*, in AA. VV., «*La società naturale*», *op. cit.*, 281, talmente vivente che, in Italia, fino ad oggi mai un Ufficiale di stato civile ha trascritto o pubblicato le nozze tra persone dello stesso sesso (salvo l'incredibile *qui pro quo* registratosi nel comune trevigiano di Quinto di Paese: i protagonisti della vicenda sono un 36enne italiano e il suo compagno francese che nel settembre 2008 si erano recati in California, dove era previsto il matrimonio fra coppie dello stesso sesso. Rientrati in Italia e presentato il certificato di matrimonio per farlo registrare presso il comune dello sposo italiano, l'impiegato dell'anagrafe provvedeva alla trascrizione nel registro di stato civile il 13 maggio 2009, forse tratto in inganno dal nome francese dell'altro sposo. Per cinque mesi è stato il primo matrimonio gay in Italia. Emerso l'errore burocratico, il Comune ha inviato agli sposi una raccomandata che comunica «l'annullamento dell'atto in quanto in contrasto con l'ordine pubblico interno». [Fonte: <http://www.oggitreviso.it>, *Matrimonio gay annullato. Il sindaco: rispettiamo la legge*].

consentire l'accesso al matrimonio alle coppie costituite da persone dello stesso sesso¹⁶⁶.

Il tenore testuale di numerose disposizioni codicistiche e il diritto vivente che su tale disciplina si è conseguentemente sviluppato, in sede giurisprudenziale¹⁶⁷ e nelle direttive del Ministero dell'Interno¹⁶⁸, non potrebbe essere superato per anacronismo, in forza di un'interpretazione costituzionalmente orientata e socialmente adeguata¹⁶⁹.

¹⁶⁶ M. NISTICÒ, *La Corte torna sul matrimonio omosessuale: decisa anche la questione promossa dall'ordinanza fiorentina*, nota a Corte cost., ord. 276/2010, in www.associazionedeicostituzionalisti.it «Omettere la proposizione della questione di legittimità costituzionale superando in via ermeneutica i dubbi sorti sarebbe risultato difficile oltre che non in linea con quella giurisprudenza costituzionale che definisce il tenore letterale della disposizione come l'elemento che “segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale”».

¹⁶⁷ Trib. Roma 28 giugno 1980; Trib. Latina 31 maggio-10 giugno 2005; Corte d'appello di Roma 13 luglio 2006; Trib. Firenze, sez. I civ., 3-22 ottobre 2007; Trib. Bergamo, sez. I civ., 19-21 febbraio 2009; Trib. Torino, sez. VII civ., 18 maggio-4 giugno 2009; Corte d'appello di Firenze, 27 giugno 2008; Cass. civ., sez. I, 9 giugno 2000, n. 7877.

¹⁶⁸ Ministero Interni, circolare n. 2 del 26 marzo 2001; Ministero Interni, parere del 28 luglio 2004, prot. 04006451-15100/15952; Ministero Interni, circolare n. 55 del 18 ottobre 2007, prot. n. 15100/397/0009861.

¹⁶⁹ Ciò, nella prospettiva dei 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* «come “attori” della celebrazione, protagonisti del rapporto coniugale e autori della generazione» (ord. Tr. Venezia): 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 la già citata ordinanza veneziana) sarebbe precluso all'interprete

La Corte avalla l'approdo a cui pervengono i giudici *a quibus* e precisa, definitivamente, che «*la censurata normativa del codice civile (...) contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna*», precludendo così, espressamente, la possibilità di un'eventuale e futura estensione del matrimonio per via giurisdizionale¹⁷⁰.

La Consulta, quindi, chiarito il problema processuale preliminare relativo all'oggetto, procede ad analizzare la *quaestio*, che dichiara in parte inammissibile ed in parte infondata.

Le argomentazioni sviluppate dai giudici *ad quos* concernono, nell'ordine e separatamente, le censure sollevate *sub* artt. 2, 29, 3 e 117, 1°co. Cost.

Si ritiene, pertanto, procedere seguendo la medesima successione espositiva.

Innanzitutto, nel dichiarare l'eccezione, sollevata *sub* art. 2 Cost., inammissibile *ex* art. 28 l. n. 87/1953 in quanto «*diretta ad ottenere una pronuncia additiva non costituzionalmente*

procedere ad uno stravolgimento di quella nozione, in quanto ciò costituirebbe una «forzatura» non ammissibile.

¹⁷⁰ I giudici remittenti, ritenendo esclusa la possibilità di risolvere la questione in via ermeneutica, pertanto, hanno correttamente investito del dubbio la Corte costituzionale, evitando di esercitare funzioni che non sarebbero potute rientrare tra le loro competenze istituzionali, quanto piuttosto nel campo della legislazione, con conseguente lesione del principio costituzionale di soggezione del giudice alla legge. In tal modo, inoltre, hanno scongiurato il pericolo di decisioni giudiziarie che, rese in casi sostanzialmente coincidenti, avrebbero potuto rivelarsi tutt'altro che omogenee, vista la forte probabilità che, in ragione del tenore della disciplina codicistica e dello stato del "diritto vivente", il divieto di contrarre matrimonio per persone del medesimo sesso continui a venire applicato dalla stragrande maggioranza degli altri giudici, con il risultato finale del manifestarsi di disparità di trattamento non giustificate.

*obbligata*¹⁷¹, i giudici si sono prodigati nell'elaborazione di rilevanti argomentazioni che, sebbene per certi versi possano ritenersi di portata storica, tuttavia non paiono esenti da critiche.

Da un lato, infatti, la Corte, avvalorando una tesi nient'affatto pacifica in dottrina, riconduce l'unione omosessuale «*intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso*» nell'accezione costituzionale di «*formazione sociale*» ex art. 2 Cost., della quale si spinge a fornire altresì un'esplicita definizione, ossia «*ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico*».

Ed ancora, il ragionamento della Consulta non si limita a tale – rilevantissima - riconduzione delle unioni omosessuali nell'alveo delle formazioni sociali costituzionalmente riconosciute, promosse e tutelate, si spinge oltre allorché riconosce in capo alle persone omosessuali «*il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge - il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri*».

La Corte, dunque, nel riconoscere il diritto alla vita di relazione e familiare di ogni singolo individuo, a prescindere dall'orientamento sessuale, esclude, tuttavia, che tale

¹⁷¹ La dichiarazione di inammissibilità ex art. 2 Cost. delle *quaestiones* aventi ad oggetto gli artt. 93, 96, 98, 207, 208, 143, 143-bis e 156-bis c.c. «*nella parte in cui complessivamente valutati non consentono agli individui di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso*» non deriva affatto da un preteso difetto di interpretazione adeguatrice.

riconoscimento possa realizzarsi «*soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio*»: di fronte al variegato spettro di soluzioni offerte sul tema, la scelta di «*individuare le forme di garanzia e di riconoscimento*» per tali unioni è rimessa al Parlamento «*nell'esercizio della sua piena discrezionalità*».

Sebbene, nel passaggio testuale appena riportato, la Consulta sembra, almeno apparentemente, includere il matrimonio tra le opzioni a disposizione del Legislatore al fine di attuare il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali. Invero, tale possibilità non pare più ravvisabile a fronte dell'originalismo conservatore che connota la successiva interpretazione dell'art. 29 Cost. e della irriducibilità, nel segno della tradizione, del suo nucleo essenziale.

Ambiguità e contraddizioni, dunque, di una sentenza che conferma che *la materia de qua è affidata alla discrezionalità del Parlamento* – e continua ad esserlo.

In un primo passaggio testuale la Corte, in linea con quanto avvenuto in altri Paesi europei, pare non escludere l'eventualità che il legislatore proceda ad un'estensione dell'istituto matrimoniale anche alle coppie costituite da persone dello stesso sesso; successivamente, invece, afferma che il «nucleo» dell'art. 29 prescrive l'eterosessualità dei coniugi: una legge ordinaria che travolgesse tale “essenza normativa” sarebbe, pertanto, da ritenersi illegittima¹⁷².

¹⁷²Alcuni autori, tra cui A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 757 ss., ritengono che, se inteso quale principio

L'appena rilevata contraddizione rappresenta il vero *punctum dolens*¹⁷³ della sentenza n. 138, le cui ambiguità e aporie non sembrano poter sopire il dibattito attorno ad un tema così particolarmente delicato.

In ogni caso, si noti come dall'esplicito riconoscimento del «diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia» discenda un limite *pro futuro* per il legislatore a cui sarà, d'ora in poi, precluso «*procedere al ribasso*»¹⁷⁴: non appare, cioè, più prospettabile una scissione dei diritti dei singoli componenti la coppia dallo *status*, derivante dalla relazione di coppia stessa a cui essi danno vita.

Si rivela, allora, costituzionalmente necessario un intervento normativo sul tema: del resto, non possono esistere diritti fondamentali che siano riconosciuti e non garantiti¹⁷⁵.

Tuttavia, dopo aver riscontrato la necessità costituzionale di tutelare un diritto fondamentale finora trascurato, la Corte non sembra preoccuparsi affatto di affiancare ad un simile dispositivo un invito diretto al legislatore al fine di agire tempestivamente.

La sentenza, che in realtà non contiene neppure un monito blando nei confronti del legislatore, lascia trapelare un atteggiamento fin troppo prudente della Consulta; atteggiamento che rischia di rendere vana quella nobile affermazione di

supremo dell'ordinamento, il nucleo essenziale individuato all'interno dell'art. 29 possa rappresentare un limite allo stesso potere di revisione costituzionale.

¹⁷³ Su cui si formuleranno le dovute considerazioni nel prosieguo.

¹⁷⁴ P. VERONESI, Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi, in *Studium iuris*, n. 10, 2010, 1001.

¹⁷⁵ F. CALZARETTI, *Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive?*, in www.forumcostituzionale.it

principio, il cui destino risulterebbe inesorabilmente segnato, nel senso di non produrre per lungo tempo alcun reale cambiamento in termini di tutela effettiva dei diritti delle persone coinvolte.

La Consulta, in sostanza, pare limitarsi ad affermare la necessità di un intervento normativo, senza tuttavia auspicarlo apertamente.

Quale esito di un simile *iter* argomentativo sarebbe stato plausibile aspettarsi una peculiare sentenza di accoglimento, ossia una sentenza additiva di principio: una volta constatata l'illegittimità dell'attuale situazione di vuoto normativo, l'adozione di una simile pronuncia avrebbe potuto consentire ai giudici comuni di accordare una qualche forma di tutela *medio tempore* ai diritti delle persone interessate, ovviamente subordinandola alla praticabilità nel caso di specie; altresì avrebbe dimostrato una maggiore efficacia monitoria, trattandosi comunque di una sentenza di accoglimento, nei confronti del legislatore, sebbene nel rispetto della sua competenza¹⁷⁶.

Anche a voler rimanere nell'ambito dell'ipotesi di una pronuncia di inammissibilità per discrezionalità del legislatore, non sarebbe stato peregrino attendersi un *quid pluris*, che quantomeno si sostanziasse in un più pressante invito, rivolto al Legislatore, a provvedere.

Al tal fine, la Corte, evidenziando con maggiore vigore il rango degli interessi coinvolti, avrebbe potuto manifestare apertamente

¹⁷⁶ R. PINARDI, *La corte, op. cit.*, 529-30.

l'esigenza di un intervento normativo celere, profilando altresì eventuali problemi anche con riguardo all'ambito europeo¹⁷⁷.

I giudici costituzionali procedono, poi, a valutare le censure prospettate in relazione ai parametri *sub* artt. 3 e 29 Cost., rigettando con argomentazioni *tranchant* le questioni¹⁷⁸.

Pertanto, delineando la portata del secondo parametro, i Giudici affermano che i concetti di matrimonio e famiglia, in quanto dotati della duttilità tipica dei principi costituzionali, «*non si possono ritenere “cristallizzati” con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore*»¹⁷⁹, tuttavia, non sono suscettibili di essere estesi fino a ricomprendere al loro interno anche le coppie omosessuali, in quanto «*il nucleo della norma*» non consente di «*includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata*»¹⁸⁰.

Vengono, pertanto, richiamati i lavori dell'Assemblea Costituente allo scopo di evidenziare che «*la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito*» benché il tema della «*condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta*»¹⁸¹.

Da qui i Giudici ritengono inevitabile concludere che i Costituenti quando scrissero di matrimonio si fossero riferiti all'istituto disciplinato dal codice civile del 1942 e, pertanto,

¹⁷⁷Ad es. circa il pieno rispetto della libera circolazione delle persone, come correttamente rileva R. PINARDI, *La corte, op. cit.*, 531.

¹⁷⁸In tal senso si esprime P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale, op. cit.*, 1001.

¹⁷⁹Considerato in diritto, punto 9.

¹⁸⁰Considerato in diritto, punto 9.

¹⁸¹Considerato in diritto, punto 9.

modulato sulla necessaria eterosessualità dei nubendi. In questo senso anche il successivo comma della disposizione costituzionale *de qua*, con cui si volle attribuire pari dignità e diritti alla donna all'interno della relazione di coniugio.

Secondo i giudici, questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica pena il rischio di sconfinare verso un'inammissibile «*interpretazione creativa*»¹⁸².

Simili considerazioni «*non possono che lasciare sbigottiti quanti hanno seguito la meritoria opera di attualizzazione dei principi costituzionali finora svolta dal giudice costituzionale*»¹⁸³.

Molte altre cose i Costituenti non potevano non pensare o non dissero, eppure, quando si è reso necessario, tale originalismo *conservatore* e *psicologico* non ha impedito al Giudice delle Leggi di pervenire ad interpretazioni evolutive¹⁸⁴ delle disposizioni costituzionali¹⁸⁵.

Le *nuove generazioni* di diritti, la maggior parte dei quali è stata ammessa e ricostruita dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, non avrebbero mai ottenuto cittadinanza nel nostro ordinamento se questo in esame fosse stato effettivamente l'orientamento seguito anche altrove. E ancora, paradossalmente si potrebbe rinvenire una latente contraddizione all'interno della stessa parte motiva della sentenza n. 138 del 2010, dal momento

¹⁸²Considerato in diritto, punto 9.

¹⁸³R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro it.*, 2010, 1369.

¹⁸⁴L'elenco è lungo, si pensi, a titolo esemplificativo a quanto è accaduto in tema di aborto, transessualismo, adulterio, privacy, o internet.

¹⁸⁵P. VERONESI, *op. cit.*, 1002.

che «*probabilmente i Costituenti non hanno “considerato” le coppie omosessuali neppure quando hanno elaborato il concetto di formazione sociale di cui all’art. 2 Cost.*»¹⁸⁶.

Sarebbe risultato, forse, più proficuo valorizzare quanto i Costituenti espressamente discussero, più che enfatizzare una loro tacita (ma per la Corte, a quanto pare, consapevole) scelta di non occuparsi della questione del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Dal dibattito costituente, si sarebbero potuti trarre spunti atti a rimarcare l’autentica *ratio* dell’art. 29 Cost., attribuendo in tal modo una differente portata al loro *original intent* in materia familiare.

Certamente, infatti, non fu il paradigma eterosessuale la principale preoccupazione dei Costituenti, né tantomeno la bussola che ne orientò la formulazione nei termini in cui oggi rileva. E’ un’istanza di autonomia della sfera familiare da arbitrarie ingerenze statali quella che con l’introduzione della disposizione *de qua* i Padri Costituenti intesero costituzionalizzare. Reagire alla teoria dei diritti riflessi ampiamente praticata durante il fascismo; rivendicare quell’istanza di libertà per troppo tempo sacrificata, quell’ autonomia della sfera familiare che, ingiustamente, era stata annientata dalle forti ingerenze di uno Stato totalitario e totalizzante, alle cui logiche, dominate dall’interesse pubblico, la famiglia era stata costretta a genuflettersi: in ciò l’autentica *ratio* dell’art. 29 Cost.

¹⁸⁶ F. DAL CANTO, *La corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro it.*, 2010, 1371.

L'obiettivo dei *Framers* fu, infatti, quello di delimitare i possibili interventi dell'autorità, senza altresì alcuna pretesa, né alcuna volontà di ingabbiare l'evoluzione storica delle famiglie alle realtà presenti e passate, in quanto consapevoli della stessa inevitabile caducità della realtà normativa e fattuale che avevano sotto gli occhi.

Posto che i Costituenti, allorché si occuparono di matrimonio, ebbero a modello quello disciplinato dal codice del 1942 e, dunque, un modello matrimoniale fondato sulla necessaria eterosessualità della coppia, ciò non sembra comunque ritenersi sufficiente ad impedire uno sviluppo dell'istituto civilistico che, al contrario, dovrebbe risultare aperto non solo a «diverse conformazioni da parte del legislatore ma anche a diverse concezioni politiche, etiche e sociali»¹⁸⁷ che vengono a radicarsi nella realtà.

Né decisivo risulta l'argomento tratto dal comma 2° dell'art. 29 Cost., per cui il matrimonio non potrebbe che essere eterosessuale in ragione del fatto che la previsione *de qua* appare volta a configurare una sorta di norma anti-subordinazione di genere¹⁸⁸.

Senza dubbio, infatti, tale previsione è stata pensata ed è servita (e tuttora serve) a rimuovere la condizione di svantaggio in cui la moglie veniva a trovarsi all'interno della sfera familiare rispetto al marito. Tuttavia, da un lato, la sua formulazione neutra in

¹⁸⁷ Così testualmente, in un caso analogo, la sentenza del Tribunale costituzionale portoghese dell'8 aprile 2010.

¹⁸⁸ L'espressione è utilizzata da B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, Relazione introduttiva, in AA. VV., *La «società naturale»*, *op. cit.*, 15.

relazione al genere non sembra impedire una sua estensione anche a persone del medesimo sesso; dall'altro, pare possa essere interpretata evolutivamente e, dunque, rendersi applicabile ad ogni profilo di discriminazione giuridica e morale che si manifesti (o sia introdotta legislativamente) all'interno della famiglia, anche se fondata su ragioni differenti rispetto a quella originaria che ne ha suggerito l'approvazione.

Il principio di equiparazione ha valore giuridico autonomo, a prescindere dal sesso o dalla preferenza sessuale dei futuri coniugi¹⁸⁹, perciò l'argomento *ex art. 29*, Il comma Cost. sembra potersi ritenere del tutto inconferente.

Assai criticabile si rivela l'utilizzo, alquanto singolare, che dell'argomento originalista viene fatto dai giudici della Consulta.

La motivazione che è, difatti, quasi interamente incentrata sul richiamo alla volontà storica del Costituente, si fonda, dunque, su un canone al quale solitamente la stessa Corte attribuisce una funzione ausiliaria ed integrativa¹⁹⁰.

Va escluso che detto canone, proprio in ragione della sua nota debolezza esplicativa nell'esegesi dei testi normativi, possa ritenersi dirimente nell'individuare la portata prescrittiva di una – peraltro discussa - disposizione costituzionale¹⁹¹.

¹⁸⁹D. FUSARO, *Non è la Costituzione a presupporre il paradigma eterosessuale*, in AA. VV., *La «società naturale»*, *op. cit.*, 152.

¹⁹⁰L'impianto originalista è criticato quasi unanimemente anche da chi commenta in senso adesivo la pronuncia della Corte, *inter alia* DAL CANTO, *La Corte cost.op. cit.*, 1371.

¹⁹¹R. PINARDI, *La Corte*, *op. cit.*, 532.

Con riguardo all'art. 29 Cost. la questione è, perciò, a fronte di tali criticabili ragionamenti, ritenuta *sic et simpliciter* «non fondata», in base al parametro invocato.

Principalmente sulla base di due laconiche argomentazioni¹⁹² la Corte valuta altresì «*non fondata*» la censura sollevata ex art. 3 Cost.: la censurata normativa civilistica che contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna non può dirsi in contrasto con il principio di eguaglianza «*perché essa trova fondamento nel citato art. 29 Cost.*» e «*perché la normativa medesima non dà luogo ad un'irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio*»¹⁹³.

In merito a quest'ultima considerazione la Corte ritiene opportuno ricorrere all'argomento funzionalistico, peraltro assai debole¹⁹⁴, della « (potenziale) finalità procreativa del matrimonio».

Prima facie esso risulterebbe strumentale ad escludere un'irragionevole discriminazione in relazione all'accesso al matrimonio tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali, in realtà, però, come poc'anzi argomentato, sarebbe risultato

¹⁹² R. PINARDI, *La Corte, op. cit.*, 534.

¹⁹³ Considerato in diritto, punto 9.

¹⁹⁴ *Ibidem*, 534, la debolezza dell'argomento relativo alla finalità procreativa, anche solo potenziale, del matrimonio è evidente: solo arbitrariamente potrebbe attribuirsi alla capacità generativa il carattere di requisito essenziale per la validità ed esistenza del matrimonio; a riguardo, si pensi al matrimonio del transessuale, consentito dalla l. n. 164/ 1982, oppure quello celebrato da un soggetto in punto di morte, o ancora tra due soggetti anziani, o tra soggetti irrimediabilmente sterili, si veda *inter alia* M. GATTUSO, *La Costituzione e il matrimonio fra omosessuali*, in *Il Mulino*, 2007, 456.

argomento insufficiente se non addirittura inservibile¹⁹⁵, visto che l' idoneità a contrarre matrimonio prescinde giuridicamente dalla capacità procreativa¹⁹⁶.

Del resto, in questo senso si era espressa la stessa Corte nella nota sentenza sul transessualismo¹⁹⁷, allorché si trovò a statuire che solo «*arbitrariamente*» si sarebbe potuto attribuire «*alla capacità generativa il carattere di requisito essenziale per la validità e l'esistenza del matrimonio*».

Ora, invece, ribaltando tale prospettiva, identifica nella potenzialità riproduttiva il *discrimen* tra le coppie etero- e omosessuali atto a giustificare il mancato accesso della seconda all'istituto matrimoniale: a unioni eterogenee sarebbe quindi corretto dedicare discipline ragionevolmente diverse¹⁹⁸.

La vera *ratio* del richiamo alla «*(potenziale) finalità procreativa del matrimonio*» deve essere, pertanto, ricercata nella volontà dei giudici costituzionali di correlare sistematicamente gli artt. 29 e 30 Cost., elevando ad elemento peculiare del matrimonio la filiazione, e nient'altro.

«*Non è casuale [...] che la Carta [...] dopo aver trattato del matrimonio, abbia ritenuto necessario occuparsi della tutela dei figli (art.30)*»¹⁹⁹, tuttavia la stessa accorda adeguate garanzie anche ai figli nati fuori dal matrimonio: l'art. 30 Cost. non

¹⁹⁵A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in www.forumcostituzionale.it

¹⁹⁶A questo proposito potrebbe richiamarsi l'unione matrimoniale del soggetto transessuale che, pur non essendo ostacolata dal diritto, è “obiettivamente infertile”.

¹⁹⁷Corte Costituzionale, sentenza 24 Maggio 1985, n. 161.

¹⁹⁸P. VERONESI, *Il paradigma*, op. cit., 1005.

¹⁹⁹Considerato in diritto, punto 9.

presuppone affatto il matrimonio e neppure postula la necessità che la filiazione abbia luogo solo entro i suoi confini.

Matrimonio e filiazione, dunque, secondo la Costituzione, identificano due *circuiti* distinti, contrariamente a quanto sostenuto dai giudici *ad quos*.

Si rileva, poi, un'ulteriore ambiguità della sentenza nella parte in cui viene affermato che «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio»: si profila, in tal modo, un inopinato confronto tra una realtà sociale ed un istituto giuridico. Secondo alcuni, ciò rappresenterebbe solo un'imprecisione suscettibile di essere corretta²⁰⁰, secondo altri, invece, rivelerebbe il carattere tautologico della decisione.

La Corte avrebbe così evitato di ravvisare una qualche disomogeneità ontologica tra affettività etero ed omosessuale, limitandosi ad evidenziare il mancato accesso delle unioni omosessuali all'istituto giuridico del matrimonio²⁰¹.

La Consulta definisce, infine, la *quaestio* relativa all'art. 117, comma 1, Cost., ancora, nel senso dell'inammissibilità, perché volta ad ottenere una pronuncia additiva non costituzionalmente obbligata. I giudici *a quibus* (soltanto quelli lagunari) lamentavano la lesione del parametro costituzionale *de quo*, in quanto ritenevano che la censurata disciplina codicistica, nella mancata previsione del matrimonio tra omosessuali, avesse violato i vincoli

²⁰⁰ A. MELANI, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta*, in www.forumcostituzionale.it

²⁰¹ A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in www.forumcostituzionale.it

discendenti dall'ordinamento comunitario, nonché da obblighi internazionali.

Dopo aver focalizzato l'attenzione sugli artt. 12 CEDU²⁰² e 9 della Carta di Nizza²⁰³, dedicati al diritto di sposarsi e di formare una famiglia, la Corte agevolmente e correttamente ritiene che esse non impongano «la piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali».

Sebbene non venga ignorato il passo in avanti compiuto dall'art. 9 della Carta di Nizza, rispetto a quanto precedentemente stabilito dall'art. 12 CEDU, nel senso di una sua formulazione *gender-neutral*, non può, in ogni caso, non rilevarsi che la normativa internazionale e comunitaria non menzioni un vero e proprio diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Entrambe le disposizioni rinviano alla discrezionalità del Parlamento: a conferma di ciò, valga l'eterogeneità delle discipline nazionali. In sostanza, né l'ordinamento comunitario, né quello CEDU sembrano imporre o vietare agli Stati membri la concessione dello status matrimoniale alle coppie omosessuali; essi si limitano, invece, a recepire la nozione di matrimonio

²⁰² Il quale, testualmente, stabilisce «*Uomini e donne in età maritale hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto*».

²⁰³ Esso prevede che, con formulazione sessualmente neutra «*Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio*».

delineata dai vari ordinamenti nazionali, all'insegna del più ampio pluralismo legislativo²⁰⁴.

In attesa di un auspicabile, sebbene non espressamente sollecitato dal giudice costituzionale, intervento del legislatore atto a predisporre una disciplina generale per le unioni omosessuali, la Corte riserva a sé, la possibilità, fin da ora, di intervenire «per specifiche situazioni» ed «ipotesi particolari», al fine di operare una sindacato sulla ragionevolezza di un trattamento differenziato tra la coppia coniugata e quella omosessuale²⁰⁵.

Le criticabili premesse da cui muove la pronuncia *de qua*, a cui non si è mancato di attribuire un certo sapore *retro*²⁰⁶, unitamente alle argomentazioni ambigue e contraddittorie elaborate, inducono a ritenere plausibile che la Corte torni a (ri)pronunciarsi²⁰⁷ *funditus* sulla questione, tutt'altro che sopita.

Tuttavia, al fine di controbilanciare tali critiche, appare opportuno notare che, dietro la cautela, per alcuni versi fin troppo eccessiva, manifestata dalla Consulta, può rinvenirsi una sorta di

²⁰⁴ S. RODOTÀ, *Presentazione*, in AA. VV., *Stare insieme: i regimi giuridici della convivenza tra status e contratto*, a cura di F. GRILLINI- M. R. MARELLA, Napoli, 2001, XIV.

²⁰⁵ R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro it.*, 2010, 1369.

²⁰⁶ P. VERONESI, *op. cit.*, 998.

²⁰⁷ Del resto non sarebbe la prima volta che la nostra Corte sia indotta a rivedere i propri assunti, soprattutto in relazione a temi eticamente sensibili di spessore analogo, quando non addirittura maggiore, rispetto a quello di cui si discute; *inter alia*, si pensi alla successione delle sentenze nn. 64/1961 e 126/1968 che, in materia di punizione penale dell'adulterio femminile, hanno traghettato la Consulta da una pronuncia di rigetto ad una di accoglimento.

riflesso del clima politico-istituzionale²⁰⁸ entro cui la stessa si è trovata a decidere di una questione che, tra l'altro, sembra trascendere la dimensione meramente giuridica del problema, finendo per catalizzare l'attenzione dell'intera opinione pubblica.

Alle discrasie del modello interpretativo adottato dalla Consulta consegue una sostanziale varietà ed incertezza nella ricostruzione della pronuncia n. 138/2010: secondo alcuni, essa rappresenterebbe uno stop²⁰⁹ definitivo in materia di trattamento giuridico delle unioni tra persone dello stesso sesso; secondo altri, una sostanziale apertura²¹⁰ ad una qualche forma di tutela di tali unioni, comunque ricondotte nell'alveo delle formazioni sociali *ex art. 2 Cost.*

²⁰⁸ Il rapporto tra istituzioni di garanzia e potere politico risulta, indubbiamente, essere caratterizzato negli ultimi tempi da un clima di crescente tensione; a tale contesto, poi, non può non aggiungersi anche il peso che, soprattutto in simili materie, rivestono in Italia le gerarchie ecclesiastiche del Vaticano.

²⁰⁹ Adesivamente in tal senso, A. D'ANGELO, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio "nun s'ha da fare"*, in www.forumcostituzionale.it; criticamente, invece, F. DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla "aspirazione" al matrimonio al "diritto" alla convivenza*, in www.associazionedeicostituzionalisti.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; I. MASSA PINTO – C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale "le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio" ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, in www.dircost.unito.it

²¹⁰ B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost* 2010, III, 255 ss; M. E. D'AMICO, *Una decisione ambigua*, in *Politeia*, 2010, 100, 84 ss.

A prescindere dalle diverse valutazioni, la pronuncia è stata concordemente criticata alla luce di una strategia argomentativa eccentrica ed inusuale rispetto ai suoi i suoi trascorsi²¹¹.

Il fulcro dell'intera pronuncia, il suo vero *punctum dolens*, sembra essere rappresentato dall'esegesi²¹² che i giudici si sono prodigati a fornire dell'art. 29 Cost., ed in modo particolare dal ricorso all'argomento originalista, e dunque all'*original intent* dei Costituenti.

In ogni caso, sembrano essere pacifici due punti fermi fissati dalla Consulta: l'uno concerne la rilevante riconduzione delle unioni omosessuali nell'ambito della nozione costituzionale di «formazione sociale», da cui discende l'altrettanto importante riconoscimento della loro meritevolezza di tutela; l'altro riguarda il dato per cui l'estensione dell'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali non sarebbe imposto dalla Costituzione.

²¹¹ A. RIVIEZZO, *Sulle unioni omosessuali la Corte ribadisce: "questo" matrimonio non s'ha da fare (se non lo vuole il Parlamento)*, in *Fam e dir.*, 2011, 26.

²¹² C. PINELLI esattamente osserva che «in presenza di mutamenti così drastici delle forme di convivenza come quelli che possiamo oggi registrare, un esclusivo ancoraggio dell'interprete all'intento dei costituenti porterebbe a relegare nella sfera del giuridicamente irrilevante ogni forma di convivenza diversa dalla famiglia legittima. In tal caso, non solo sarebbero compromessi i diritti inviolabili dei conviventi di fatto e la loro pari dignità sociale, ma la realtà si vendicherebbe in un modo o nell'altro della pretesa di ignorarla, con la creazione di un circuito informale di rapporti sociali che farebbe cadere in desuetudine un intero capitolo del nostro diritto costituzionale», *La nota del Consiglio Episcopale Permanente e le norme costituzionali in tema di famiglia e formazioni sociali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

La diatriba, invece, di rilievo squisitamente dogmatico, con riguardo alla possibilità di modificare la nozione di matrimonio per via legislativa, non sembra essersi placata.

Sebbene risulti pacifico che la sentenza n. 138/2010, in quanto decisione di rigetto, non possa vincolare il legislatore²¹³, la dottrina si è domandata se con tale pronuncia la Consulta abbia inteso l'art. 29 Cost. come una disposizione che *impone, consente* oppure *vieta* l'apertura delle porte del matrimonio alle coppie costituite da persone dello stesso sesso.

Secondo un primo orientamento, la Corte non fornirebbe al riguardo risposte: la stessa, infatti, non sarebbe stata interrogata in relazione ad un'eventuale riforma legislativa in tal senso, esulando tale questione dall'oggetto dell'eccezione sollevata. La preclusione, in ragione della quale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio» opererebbe solo nei confronti dei giudici, e non del legislatore.

Per l'orientamento maggioritario, invece, la Corte, con un *obiter dictum*, avrebbe ritenuto preclusa la via legislativa: nella «saldatura del testo costituzionale con il contesto normativo vigente all'epoca della sua stesura»²¹⁴ i giudici costituzionali ravviserebbero un vincolo anche per il legislatore ordinario.

Nonostante l'apparente preclusione rappresentata dal giudizio di infondatezza, si ritengono sussistenti più elementi a sostegno della tesi che accorda rilievo all'affermazione della

²¹³ Se non nel senso di renderlo edotto della circostanza per cui la norma che non consente il matrimonio tra omosessuali non viola i parametri costituzionali richiamati.

²¹⁴ M. GATTUSO, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in Trattato di dir. di fam. (a cura di P. ZATTI), www.forumcostituzionale.it

discrezionalità, *in subiecta materia*, riservata dalla Corte al legislatore.

Attraverso il riferimento alla “*piena*” discrezionalità, la Corte rimarca l’estensione e la portata del ruolo costituzionale riconosciuto al legislatore, assumendolo come limite all’esercizio della propria funzione senza, tuttavia, affermare la completa disponibilità di tutti gli elementi della decisione (*an, quomodo, quantum, quando*)²¹⁵. Posto che l’*an* non è disponibile, per discrezionalità nei tempi può intendersi solo gradualità, volta ad un’estensione progressiva di una disciplina che deve essere comunque organica e complessiva, senza mettere in dubbio la stessa doverosità dell’attuazione. Analogamente, la discrezionalità riferita a modi e limiti non può implicare una tutela episodica e frammentaria: il riconoscimento del diritto fondamentale impone una disciplina generale.

Anche il controllo di ragionevolezza, inteso come spazio di intervento a valle²¹⁶ dell’esercizio della discrezionalità legislativa,

²¹⁵ B. PEZZINI, *Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost* 2010, III, 255 ss. infatti, la piena disponibilità relativa a tutti gli elementi finirebbe per degradare il diritto fondamentale fondato sull’art. 2 cost. ad un generico interesse non costituzionalmente tutelato.

²¹⁶ M. GATTUSO, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, op. cit. in nota 32 «chiamato anch’esso a decidere sulla legittimità del rifiuto di pubblicazioni da parte dell’ufficiale di stato civile, il Tribunale di Varese, con Decreto 23 Luglio 2010, ha rilevato il “mutato quadro giurisprudenziale, sia nazionale che sovranazionale, in cui la coppia omosessuale è una formazione sociale a rilevanza costituzionale, inquadrabile nel concetto europeo di ‘famiglia’ come recepito dalla CEDU”.

Pur osservando che “*in assenza di un intervento legislativo, non surrogabile per via pretorile, non è possibile estendere alle coppie omosessuali l’istituto del matrimonio*”

non dovrà dimenticare l'esigenza di una disciplina di carattere organico, affermata come il contenuto del diritto fondamentale *ex art. 2 cost.*; per quanto subordinata all'attivazione del controllo di costituzionalità su questioni e profili specifici dell'equiparazione di trattamento tra coppie etero ed omosessuali, la futura giurisprudenza costituzionale non potrà ignorare la necessità di connettere eventuali interventi e norme applicabili in ambiti specifici entro una cornice adeguatamente generale.

Nella prospettiva che sorregge la sentenza, la giurisprudenza costituzionale non può raccogliere direttamente le istanze di trasformazione provenienti dall'evoluzione dei costumi: indispensabile è la mediazione del legislatore. Da tale concezione, per alcuni versi non condivisibile, tuttavia emerge un dato assai rilevante: qualora fosse il legislatore a spingersi sulla via del riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso gli argomenti oggi usati ai fini del rigetto della questione di costituzionalità del vigente complesso normativo non potrebbero valere per dichiarare l'incostituzionalità della nuova disciplina.

In conclusione, la Corte si avvale dell'interpretazione storicizzata del matrimonio nell'art. 29 per negare che la vigente esclusione delle coppie omosessuali abbia natura discriminatoria; tuttavia, posta di fronte ad una trasformazione positiva dell'ordinamento nella direzione del superamento del paradigma

il Tribunale ha osservato come sia *“però, possibile estendere alle stesse diritti previsti per le coppie coniugate dove emerga la necessità di un trattamento omogeneo”*; il giudice non può intervenire *“a monte”* con l'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso, ma può effettuare un'equiparazione *“a valle”*.

eterosessuale, alla Corte costituzionale non rimarrebbe che prendere atto della nuova configurazione.

Per ricostruire le prospettive *de iure condendo vel evolvendo* in tema di matrimonio tra persone dello stesso sesso pare non potersi prescindere dagli argomenti e dall'impostazione adottata dalla sentenza n. 138/2010.

La risposta prudente della giurisprudenza costituzionale è una forte richiamo alla responsabilità del legislatore²¹⁷, dinanzi al quale non manca di prospettare un ampio ventaglio di possibilità rimesse alla sua esclusiva discrezionalità.

La Corte chiamata per la prima volta ad intervenire sul tema *de quo*, ha con molta probabilità preferito non prendere atto dell'inerzia del legislatore ed evitare di porre direttamente rimedio al *deficit* di tutela, consapevole che sia compito del Parlamento individuare nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost. e nel pieno esercizio della sua discrezionalità «*le forme di garanzia e di riconoscimento*» per le unioni tra persone dello stesso sesso, riservandosi comunque «*la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni*», non escludendo, tuttavia, un suo intervento *pro futuro* più incisivo, qualora l'assenza o il difetto di regolamentazione dovessero perdurare.

§ 2. La sentenza della Corte Costituzionale n. 170 del 2014

Con la pronuncia n. 170 del 2014 la Corte Costituzionale torna sull'argomento e si occupa stavolta espressamente del tema della necessaria eterosessualità del matrimonio - e, dunque, della

²¹⁷ B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost* 2010, III, 258ss.

imprescindibile *disparitas sexus* tra i nubendi – in relazione al mantenimento dell'istituto matrimoniale quando uno dei coniugi abbia ottenuto la rettificazione dell'attribuzione del sesso.

La corte dichiara infatti illegittimi gli artt. 2 e 4 della L. 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione e di attribuzione di sesso) e di conseguenza anche l'art. 31, comma VI del D.lgs. n. 150 del 2011 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'art. 54 della L. n. 69, 18 giugno 2009) *«nella parte in cui non prevedono che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso di uno dei coniugi, che provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio, consenta, comunque, ove entrambi lo richiedano, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tuteli adeguatamente i diritti ed obblighi della coppia medesima, con le modalità da statuirsi dal legislatore»*.

Pertanto, anche in questo caso, sebbene sia consapevole del conflitto tra valori di pari rilievo costituzionale, non si spinge al di là di un monito al Legislatore.

Gli interessi in gioco, stavolta, sono quello *«dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio (e a non consentirne, quindi, la prosecuzione, una volta venuto meno il requisito essenziale della diversità di sesso dei coniugi) da una parte, e dall'altro lato, l'interesse della coppia, attraversata da una vicenda di rettificazione di sesso, a che l'esercizio della libertà di scelta compiuta dall'un coniuge con il consenso*

dell'altro non sia eccessivamente penalizzato con il sacrificio integrale della dimensione giuridica del preesistente rapporto, che essa vorrebbe, viceversa, mantenere in essere».

Tuttavia, anche a fronte di tale conflitto, il Giudice di Legittimità preferisce escludere un suo – seppure configurabile - intervento manipolativo che renda, in ipotesi di rettificazione del sesso da parte di uno dei coniugi, il divorzio non più automatico, ma meramente “*facoltativo*” e, quindi, possibile solo su richiesta dell'interessato, «*poiché ciò equivarrebbe a rendere possibile il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.*»

Sicché perdura quell'atteggiamento deferente - e già più volte riscontrato nella pronuncia n. 138/2010 - della Corte di legittimità nei riguardi della discrezionalità del Legislatore, il cui intervento, tuttavia, non cessa di essere dalla stessa auspicato come urgente, stante il *deficit* di tutela che si riscontrerà in futuro nei riguardi di analoghe situazioni a quelle sottoposte al suo esame.

§ 3. La sentenza della Corte di Cassazione n. 4184 del 2012

Anche la Corte di Cassazione, nel 2012, è chiamata per la prima ad affrontare il tema della tutela delle coppie omosessuali.

Il suo intervento ha avuto ad oggetto la trascrivibilità nel nostro ordinamento di un matrimonio contratto all'estero da parte di due cittadini italiani, nonostante il rifiuto opposto dall'Ufficiale di Stato Civile a causa dell'identità di sesso dei nubendi.²¹⁸

La Corte, dunque, afferma che «*l'intrascrivibilità dipende dalla previa e più radicale ragione, riscontrabile anche dall' Ufficiale*

²¹⁸ V. *infra* capitolo I, alle cui considerazioni, pertanto, si rinvia.

dello Stato civile in forza delle attribuzioni conferitegli, della non riconoscibilità come atto di matrimonio nell'ordinamento giuridico italiano».

Pertanto, l'intrascrivibilità non è più ricondotta alla *inesistenza* ovvero alla *invalidità* dell'atto, quanto alla sua «*inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio appunto, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano*».

§ 4. La sentenza della Corte di Cassazione n. 2400 del 2015

Nel solco tracciato dalle precedenti pronunce interviene ancora la Corte Suprema con la recentissima sentenza n. 2400 del 2015 con cui riesamina la problematica alla luce della evoluzione giurisprudenziale avvenuta *medio tempore*.

La questione, tuttavia, questa volta non ha ad oggetto la trascrivibilità del matrimonio contratto validamente all'estero da due cittadini italiani, bensì il rifiuto di procedere alle pubblicazioni matrimoniali.

In buona sostanza, nel ripercorrere gli *itinerari* già solcati, si interroga e prova a fornire risposta al nodo gordiano dell'intera vicenda: è configurabile, nell'ordinamento italiano, in assenza di un intervento legislativo ad hoc ea Costituzione immutata, un'unione matrimonialae tra persone dello stesso sesso?

La risposta, purtroppo, ancora una volta non fornisce tutele effettive ed immediate: la Corte, difatti, ribadita la riconducibilità delle unioni matrimoniali nell'ambito delle formazioni sociali riconosce l'opportunità/necessità che il Legislatore realizzi quello "statuto protettivo" delle relazioni diverse da quelle matrimoniali da tempo e su più fronti anelato, stante il contrasto evidente tra un sistema di protezione giuridica riconosciuto alla coppia

eterosessuale ed una condizione di assoluta indeterminatezza che connota gli stessi individui a seguito della rettificazione del sesso di uno dei due.

Che la Costituzione riconosca le unioni omoaffettive non pare essere traguardo sufficiente se a tale riconoscimento non segue poi una tutela effettiva dei diritti che quelle unioni presuppongono.

La giurisprudenza della Suprema Corte e della Corte Costituzionale ha quindi tentato di supplire ad un vuoto legislativo che, ahinoi, ad oggi, ancora permane.

CAPITOLO IV

LA TUTELA “COSMOPOLITICA” DELLE COPPIE OMOSESSUALI

Il dato per cui, attorno all'isola tradizionale della famiglia fondata sul matrimonio sia proliferato un «arcipelago di isole», da tempo induce a riflettere sui cambiamenti che investono, ora più che mai a mo' di *tsunami*, la materia familiare.

Un'indagine comparatistica, senza pretese di esaustività, sulla complessa problematica inerente la predisposizione di uno statuto giuridico per la tutela delle unioni omosessuali, può rappresentare un'utile occasione per individuare soluzioni che siano coerenti con la tradizione giuridica del nostro Paese e che, al contempo, si rivelino idonee ad avvicinare le nostre scelte a quelle di altri ordinamenti nazionali europei, alla luce di un'evoluzione del diritto europeo della famiglia che, attestandosi a diversi livelli., non è più ignorabile.

Infatti, sebbene l'Unione europea non abbia competenze per il diritto sostanziale della famiglia, l'attività legislativa è stata, nel suo complesso, rilevante, particolarmente per quanto concerne il diritto internazionale privato e il diritto processuale²¹⁹. Dichiarato

²¹⁹A tale proposito si segnalano, *inter alia* : il reg. (CE) n. 44/2001 del Consiglio del 22.12.2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GU* n. L 12 del 16.1.2001, 1; il reg. (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27.11.2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il reg. (CE) n. 1347/2000, in *GU* n. L338 del 23.12.2003, 1; il reg. (CE) n. 4/2009 del Consiglio, del 18.12.2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari, in *GU* n. L 7 del 10.1.2009, 1.

è, inoltre, l'obiettivo della Commissione europea di realizzare, attraverso l'elaborazione di principi condivisi, un diritto sostanziale europeo della famiglia che, tuttavia, a fronte dell'ampiezza e della specificità delle nozioni di "famiglia" e di "matrimonio" presenti nei vari ordinamenti degli Stati membri, non sembra potersi ancora ravvisare.

In realtà, il diritto dell'Unione europea sembra già in grado di condizionare le concezioni nazionali della famiglia e del matrimonio, incidendo sull'integrità delle posizioni nazionali più "tradizionali", in vista dell'esigenza di tutelare in modo effettivo i diritti fondamentali e le garanzie individuali da esso stesso riconosciuti.

Con riguardo esclusivo al riconoscimento delle coppie omosessuali, si pensi, poi, a quanto espresso in diversi atti non vincolanti²²⁰ con cui le Istituzioni dell'Unione Europea hanno manifestato il loro favore verso la piena equiparazione delle

²²⁰ In questa direzione si pongono: la Risoluzione proposta dall'eurodeputata Squarcialupi del 13 marzo 1984 o, ancor più, quella successiva Risoluzione dell'8 febbraio 1994 proposta dall'onorevole Roth, con la quale il Parlamento Europeo chiedeva alla Commissione di adoperarsi per l'eliminazione degli «ostacoli frapposti al matrimonio di coppie omosessuali» ovvero per l'introduzione di «un istituto giuridico equivalente» e, comunque, per porre fine «a qualsiasi limitazione del diritto degli omosessuali di essere genitori, ovvero di adottare o avere in affidamento un bambino».

Nelle motivazioni della successiva Risoluzione del 17 settembre del 1998 veniva ulteriormente evidenziato come il mancato riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali potesse rappresentare una discriminazione fondata sulla cittadinanza europea e come il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali operato solo in alcuni Stati Membri, potesse costituire una limitazione al diritto alla libera circolazione all'interno dell'Unione e al diritto al ricongiungimento familiare.

coppie omosessuali e delle coppie eterosessuali nell'accesso al matrimonio o ad istituti analoghi, alla luce della costruzione di valori europei comuni, condizionati e condizionanti a loro volta le scelte discrezionali dei singoli Legislatori²²¹.

La recente Risoluzione del 14 gennaio 2009 lo dimostra: con essa, infatti, il Parlamento europeo focalizzando l'attenzione sulla lesione della libertà di circolazione delle coppie omosessuali nello spazio europeo, invita i legislatori nazionali ad eliminare le discriminazioni tra coppie eterosessuali ed omosessuali e chiede alla Commissione di presentare proposte dirette a garantire l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle coppie omosessuali coniugate, legate da un'unione civile registrata al fine di garantire loro la libera circolazione in tutti gli Stati membri.

Orientamento, questo, che trova un suo preciso sviluppo nella Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea²²².

²²¹ In questo senso, la Risoluzione adottata in data 16 marzo 2000 o la Risoluzione adottata in data 4 settembre 2003 con cui si ribadisce la volontà delle Istituzioni dell'Unione europea di pervenire all'abolizione «... di qualsiasi discriminazione di cui sono ancora vittime gli omosessuali, in particolare in materia di diritto al matrimonio e all'adozione di minori»; di pervenire ad una tutela giuridica delle coppie *more uxorio* sia eterosessuali che omosessuali «... conferendo gli stessi diritti riconosciute alle persone sposate» e di adottare disposizioni al fine di «consentire alle coppie di esercitare il diritto alla libera circolazione nell'Unione», VALENTI, *Lezioni dall'Europa*, in (a cura di) BIN- BRUNELLI-GUAZZAROTTI-PUGIOTTO-VERONESI, *La «società naturale» e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2009, 369 e ss.

²²² Si noti che l'efficacia giuridica della Carta è oggi fuori discussione per effetto dell'approvazione Protocollo di Strasburgo che riconosce, ai diritti in essa formulati, la

La Carta di Nizza, infatti, esplicitamente menziona il principio di non discriminazione per motivi legati all'orientamento sessuale (art. 21); riconosce, altresì, il diritto di contrarre matrimonio e di costituire una famiglia²²³ secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio, senza effettuare alcun riferimento alla diversità di genere dei due nubendi (art. 9), come invece testualmente richiamati ai sensi dell'art. 12 della CEDU.

Tuttavia, ferma l'efficacia giuridicamente vincolante del principio di non discriminazione per orientamento sessuale nel godimento dei diritti fondamentali dei cittadini europei, è il legislatore nazionale il vero *dominus* nella definizione degli istituti giuridici che siano in grado di tutelare le coppie omosessuali nella loro vita familiare, in condizioni di piena parità rispetto alle coppie eterosessuali.

Un approccio comparatistico, allora, anche alla luce del diritto sovranazionale, potrebbe risultare assai fecondo per almeno due ordini di ragioni: in primo luogo, perché si mostrerebbe capace a porre in evidenza la molteplicità dei sistemi in cui il tema è

stessa efficacia giuridica delle norme del Trattato di Lisbona entrato di recente in vigore.

²²³Il diritto di costituire una famiglia appare, pertanto, *ex art. 9* sganciato dal diritto di contrarre matrimonio («Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia *sono garantiti* secondo le leggi nazionali che *ne disciplinano l'esercizio*»): si supera così la tradizionale unicità del modello familiare matrimoniale, postulando una pluralità di modelli familiari non contemplata dall'art. 12 CEDU («Uomini e donne in età maritale hanno il diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di *tale diritto*»).

trattato²²⁴; in secondo luogo, perché rivelerebbe l'eterogeneità delle soluzioni in relazione ad esso elaborate²²⁵.

A ciò si aggiunga il dato della perdurante attualità del tema, vivida conseguenza del marcato dinamismo delle opzioni che vanno tra loro rincorrendosi all'interno delle singole esperienze ordinamentali, e dal quale discende l'assoluta ed intrinseca precarietà delle stesse soluzioni adottate.

Nel rapportare le scelte operate da altri paesi europei²²⁶ all'ordinamento italiano, le soluzioni prospettabili attraverso cui

²²⁴ Da qui la sua qualificazione in senso cosmopolita: attualmente, sono quattordici i Paesi europei che hanno esteso l'istituto matrimoniale anche alle coppie costituite da persone dello stesso sesso, superando il principio tradizionale della necessaria eterosessualità del vincolo; allo stesso modo hanno ritenuto giuridicamente irrilevante la diversità sessuale da secoli alla base di matrimonio e famiglia il Canada, sei Stati nordamericani (tra questi, lo Stato di New York, il cui Senato locale ha approvato, con maggioranza *bipartisan*, il 25 giugno 2011, il *Marriage Equality Act*, un provvedimento che riconosce alle coppie omosessuali il diritto di contrarre matrimonio come ogni altra coppia all'interno dello Stato), Città del Messico e il Sudafrica.

In alternativa al tradizionale modello matrimoniale sessualmente connotato, molti altri Paesi europei hanno preferito introdurre specifiche regolamentazioni per disciplinare la convivenza tra persone dello stesso sesso.

²²⁵ Limitando il campo d'indagine alla sola esperienza europea, è intuitivo notare come il panorama si presti ad essere rappresentato alla stregua di un *patchwork* di soluzioni.

²²⁶P. PASSAGLIA, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei*, in

http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_II_matrimoni_o_tra_persone_stesso_sesso_12012010.pdf opportunamente rileva che in ambito europeo, in relazione all'ammissibilità del matrimonio fra persone dello stesso sesso le Costituzioni degli Stati europei oscillino tra la regola, costituita dalla pretermissione di indicazioni, e l'eccezione, consistente nell'espressa esclusione. Tuttavia, la circostanza per cui la Costituzione taccia sul matrimonio omosessuale o lo neghi non è sufficiente

dare tutela giuridica alle unioni omosessuali appaiono molteplici e collocabili a livelli differenti, a seconda della maggiore o minore intensità del riconoscimento giuridico.

Il criterio storico di analisi dei modelli comporta, tuttavia, una deroga all'esposizione secondo il criterio dell'intensità, in quanto le prime forme di riconoscimento adottate dalle socialdemocrazie scandinave sul finire degli anni Ottanta sono state realizzate non attraverso l'ampliamento del matrimonio anche alle coppie omosessuali, bensì mediante l'istituzione di istituti equivalenti, sebbene non identici a quello matrimoniale. Dapprima la Danimarca (l. 372/1989), seguita dalla Norvegia²²⁷ (l. 40/1993), dalla Svezia²²⁸ (l. 23 giugno 1994), dall'Islanda²²⁹ (l. 87/1996) e dalla Finlandia (l. 905/2001) ha, infatti, introdotto una disciplina delle «unioni registrate», strutturata sulla base del «rinvio, salvo eccezione» alla disciplina matrimoniale che, tuttavia, continua ad essere riservata alle sole coppie eterosessuali. Le disposizioni del codice civile in materia di matrimonio e quelle contenute in altre leggi nazionali riferite ai coniugi, salvo alcune eccezioni

a fornire indicazioni in ordine all'*an* e al *quomodo* della tutela della convivenza, variamente qualificabile, tra persone dello stesso sesso.

²²⁷ Con la legge 11 giugno 2008, la Norvegia apre le porte del matrimonio anche alle coppie costituite da persone dello stesso sesso.

²²⁸ La Svezia ha successivamente introdotto, nel 2009, il matrimonio anche per le coppie omosessuali.

²²⁹ Nell'estate 2010, anche l'Islanda ha legalizzato il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

espressamente previste²³⁰, si estendono alla *partnership* registrata. Uniche destinatarie dell'istituto risultano, quindi, essere le coppie costituite da persone dello stesso sesso, previa la necessaria registrazione dell'unione. In questo senso, anche la recente legge austriaca sulle unioni registrate, in vigore dal 1° gennaio 2010, che attribuisce alle sole coppie omosessuali uno status in larga parte equivalente a quello a quello matrimoniale. Affine all'esperienza delle socialdemocrazie scandinave è la soluzione tedesca della *Lebenspartnerschaftsgesetz* (l. 16 febbraio 2001), da cui, peraltro, si discosta nella previsione di maggiori limiti di assimilazione al matrimonio, quasi a voler rimarcare che la «convivenza registrata» è altra cosa rispetto all'istituto tradizionale del matrimonio²³¹.

L'opzione volta a riconoscere il massimo grado di tutela delle unioni omosessuali attraverso l'estensione dell'istituto matrimoniale anche alle coppie costituite da persone dello stesso sesso, alla luce di un principio di irrilevanza del sesso dei nubendi²³², è quella adottata da Olanda (l. 1° Aprile 2001), Belgio (l. 1° Giugno 2003), Spagna (l. 30 Giugno 2005), Norvegia (l. 11 Giugno 2008), Svezia (l. 1° Maggio 2009) a cui, recentemente, si sono aggiunti il Portogallo (l. 17 Maggio 2010) e l'Islanda (l. 11 giugno 2010).

²³⁰ Le limitazioni si riscontrano in materia di adozione, di accesso alle pratiche di procreazione assistita e, in generale, in relazione alle norme la cui *ratio* sottenda una connessione con il sesso biologico.

²³¹ La soluzione tedesca non si limita ad effettuare un mero «rinvio, salvo eccezione» alla disciplina matrimoniale, ma si spinge nel predisporre una autonoma, ancorché a quella analoga.

²³² Ad una simile soluzione non sembrerebbe essere ostativa la disposizione costituzionale italiana, “croce e delizia” del diritto di famiglia, l'articolo 29 Cost.

Al legislatore sono così riconosciuti ampi poteri in merito alla valutazione della fattibilità socioculturale e politica di un eventuale ampliamento del contenuto dell'istituto matrimoniale²³³, quale negozio giuridico in grado di adeguarsi alle mutate esigenze avvertite come preminenti dalla società.

Al livello successivo la garanzia di tutela del legame omosessuale viene attuata attraverso la predisposizione di una disciplina che, a differenza di quella emersa ai due livelli precedenti, non mira alla creazione di un nuovo *status* civile, essendo informata ad una logica di regolamentazione più "leggera". Vi rientrano, pertanto, la soluzione francese del *Pacte civil de solidarité* e quella belga sulla «coabitazione legale», sebbene tra loro eterogenee²³⁴.

L'ultimo livello appare, poi, caratterizzato da un vero e proprio vuoto di tutela per le coppie omosessuali: amaramente si constata essere attualmente il caso dell'Italia²³⁵.

²³³ PIGNATELLI, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra "istituzione" matrimoniale e "funzione" familiare*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, 243 e ss.

²³⁴ I *Pacs*, infatti, risultano intimamente connessi alla «vita di coppia» e non ad una mera «comunione di interessi», su cui è, invece, improntata l'opzione belga. Inoltre, la soluzione francese valorizza in modo più rilevante l'autonomia contrattuale dei partner, la cui volontà è comunque integrata con un contenuto normativo, in vista di talune conseguenze di diritto pubblico che dalla stipulazione del *Pacs* discendono.

²³⁵ Sembra che alcune relazioni affettive siano ritenute dal legislatore italiano non costituzionalmente rilevanti, se non addirittura portatrici di un disvalore etico-sociale. «Se è vero che i legislatori hanno una propria autonomia costituzionale nella determinazione del contenuto del matrimonio, un'autonomia costituzionale nell'individuazione di uno strumento (eventualmente) alternativo al matrimonio (come un istituto "equivalente" o uno più "leggero"), non è altrettanto vero che anche la scelta politica di non riconoscere, né tutelare le "coppie di fatto" (anche eterosessuali)

Il tentativo di ricostruire sinteticamente il quadro normativo²³⁶ di taluni ordinamenti nazionali europei ha, quindi, lo scopo non solo di instaurare un confronto, che si auspica proficuo, tra il nostro e gli altri ordinamenti che variamente hanno provveduto ad offrire una tutela giuridica alle unioni tra persone dello stesso sesso, ma anche di comparare le argomentazioni logico-giuridiche utilizzate dalla nostra Corte costituzionale e quelle elaborate dagli altri organi costituzionali pronunciatisi sul tema.

In relazione a quest'ultimo profilo, si rinvia all'esperienza sudafricana in quanto, al di là delle evidenti diversità sussistenti rispetto al nostro Paese quanto ad ordinamento, tradizione, storia e cultura giuridica, si ritiene possa apportare un efficace contributo quale eventuale parametro extra-sistemico nell'interpretazione del dettato costituzionale (sebbene la nostra Corte non ne sia avveza all'uso), in vista di una "giustizia costituzionale cosmopolitica"²³⁷.

Il rimando all'esperienza statunitense si pone, poi, nei termini di una macro-comparazione tra i due modelli, europeo e americano, volta a sottolineare la centralità del legislatore, presupposta nelle Costituzioni europee e deducibile

sia legittima e abbia un fondamento costituzionale, potendo invece essere individuato un *obbligo* ad attribuire una qualche forma di riconoscimento (liberamente individuabile) a queste forme di *formazioni sociali familiari*» PIGNATELLI, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra "istituzione" matrimoniale e "funzione" familiare*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, 243 e ss.

²³⁶ In senso adesivo alla ricostruzione prospettata, si veda anche Del Prato, *Matrimonio, famiglia, parentela: prospettive di inizio secolo*, in *Diritto Privato. Studi in onore di Antonio Palazzo, Tomo Secondo, Parte Seconda, Persona- Famiglia-Successioni* a cura di MAZZARESE – A. SASSI, Torino, 2009, 231 ss.

²³⁷ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008.

dall'inadeguatezza del controllo di costituzionalità diffuso del sistema d'oltreoceano.

§ 1. La «seconda rivoluzione» del diritto di famiglia spagnolo: l'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso a Costituzione immodificata

L'esperienza della Spagna in tema di revisione dell'istituto matrimoniale, nel senso di un'apertura dello stesso alle coppie omosessuali, risulta paradigmatica al fine di illustrare un cambiamento politico-costituzionale radicale avvenuto in assenza di revisione della Carta fondamentale, mediante una tecnica che potrebbe dirsi «legislativa-terminologica».

Con la legge n.13/2005 l'ordinamento iberico ha inteso porre fine alla tradizionale discriminazione sociale di cui sono vittime da anni le persone omosessuali: questa la *ratio* anti-discriminatoria alla base dell'intervento legislativo²³⁸, salutato con grande soddisfazione dalla comunità gay, le cui aspirazioni ad una tutela giuridica della dimensione relazionale- affettiva trovavano finalmente accoglimento. Se da un lato, dunque, la legge rappresentava il raggiungimento di un traguardo di eguaglianza a cui da anni si anelava, dall'altro suscitò non poche polemiche, venendo ad essere interpretata, soprattutto dagli ambienti prossimi

²³⁸ Testualmente «*La storia evidenzia un lungo percorso di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, discriminazione che il legislatore ha deciso di rimuovere. L'istituzione di un ambito di realizzazione personale che permetta a coloro che liberamente scelgono di intraprendere una relazione sessuale ed affettiva con persone del loro stesso sesso, di sviluppare la propria personalità ed esercitare i propri diritti in condizioni di eguaglianza, è divenuta un'esigenza dei cittadini del nostro tempo, un'esigenza a cui questa legge tenta di dare risposta.*».

alla Chiesa²³⁹, come un attacco frontale all'istituzione matrimoniale, alla famiglia e ai valori sociali e religiosi che si consideravano alla base della società spagnola.

²³⁹ La Chiesa non ha mancato di rimproverare al governo Zapatero la volontà di imporre «riforme laiciste» trascurando le profonde radici cattoliche della società spagnola. Da qui, l'invito rivolto ai funzionari pubblici dei comuni spagnoli ad esercitare l'obiezione di coscienza ed opporsi alla celebrazione di matrimoni fra persone dello stesso sesso. La possibilità di esercitare un rifiuto all'osservanza della legge, in quanto contraria ai propri convincimenti morali o religiosi, è tuttavia legittima solo nel caso in cui la legge stessa consenta l'obiezione: «non esiste » infatti «una clausola generale secondo cui le leggi si osservano solo quando sono in accordo con la propria coscienza» GUERRA, *Jueces, funcionarios y cargos públicos no pueden negarse a celebrar bodas homosexuales*, in *La Vanguardia* del 27 aprile 2005. Ancora più grave è la posizione del giudice, la cui funzione è quella di applicare la legge, interpretarla, attribuirle, nei limiti delle regole sull'interpretazione, il significato che ritiene più conforme ai principi della Costituzione. Non può non dare applicazione ad una legge per motivi di coscienza; semmai, qualora ritenga l'atto normativo in contrasto con la Carta fondamentale, ha il potere- dovere di sollevare questione di costituzionalità. Nella vicenda spagnola, i giudici hanno però abusato del potere di sollevare questioni di legittimità costituzionale per via incidentale, la cui disciplina ricalca quella italiana: infatti, le questioni sono state sollevate nell'ambito di un procedimento in cui erano chiamati a svolgere funzioni di carattere meramente amministrativo e non certo giurisdizionale. A questo proposito ROMBOLI, *Note introduttive a "La legge spagnola sul matrimonio tra persone dello stesso sesso e la tutela delle coppie omosessuali in Italia"*, *Foro it.*, V, 2005, 259-260 «ciò richiama alla mente l'analogo uso strumentale dell'incidente di costituzionalità da parte di un giudice tutelare italiano nei confronti della appena approvata legge sull'aborto, la quale prevede che la minorenni può interrompere la gravidanza, quando non ha il consenso dei genitori, con l'autorizzazione del giudice tutelare. Questi aveva sollevato una serie di questioni di costituzionalità, tutte identiche, con cui denunciava vari aspetti di incostituzionalità della legge, con l'effetto di negare sostanzialmente e definitivamente l'autorizzazione all'intervento abortivo, essendo questo possibile entro i primi tre mesi di gravidanza ed essendo invece notoriamente più lunghi i tempi di

Da qui un inevitabile e incalzante dibattito dottrinale avente, principalmente, ad oggetto il significato da attribuire alle nozioni di matrimonio e famiglia richiamate dalla Costituzione nonché la portata del loro eventuale collegamento.

La riforma del diritto di famiglia spagnolo è stata realizzata su 16 articoli del codice civile sostituendo le espressioni “marito” e “moglie”, “padre” e “madre” rispettivamente con quelle sessualmente indifferenti di “coniugi” e “genitori”. Il riconoscimento del principio dell’irrelevanza del sesso dei nubendi ha così determinato non solo un’estensione del concetto di matrimonio, ma anche la possibilità per le coppie costituite da persone dello stesso sesso di accedere all’adozione congiunta di minori. Inoltre, la legge ordinaria di riforma ha aggiunto un secondo paragrafo all’art. 44 del codice civile che, pertanto, risulta essere attualmente così riformulato: «L’uomo e la donna hanno diritto a contrarre matrimonio conformemente alle disposizioni del presente codice. Il matrimonio avrà gli stessi requisiti ed effetti quando entrambi i contraenti siano dello stesso sesso o di sesso differente»²⁴⁰.

risposta da parte della Corte costituzionale. *Che si possa in tal proposito parlare di “tradizioni costituzionali comuni”?* ».

²⁴⁰ Il secondo comma dell’art. 44 del codice civile introduce una modifica all’art. 66 dello stesso che, a seguito della riforma, stabilisce «i coniugi devono rispettarsi e aiutarsi vicendevolmente nell’interesse della famiglia»: il termine neutro “coniugi” si sostituisce a quelli sessualmente orientati di “marito” e “moglie”. Inoltre, la prima disposizione aggiuntiva, riferita all’applicazione della legge, prevede che «le disposizioni legali e regolamentari che contengono qualche riferimento al matrimonio, si intendono applicabili indipendentemente dal sesso delle parti contraenti»: conseguentemente si modificano diciassette articoli del codice civile e tre della legge

Il Governo spagnolo, prima di procedere alla presentazione del disegno di legge, aveva richiesto un parere “semantico” alla *Real Accademia Espanola* (RAE) ed un parere “giuridico” al *Consejo de Estado*. A questi si è aggiunto il *Dictatem*, non richiesto, del *Consejo General del Poder Judicial* (CGPJ).

Quanto alla problematica linguistica, la RAE ha affermato che la nozione di matrimonio desumibile dalla vigente edizione del Dizionario della Lingua Spagnola quale «unione di uomo e donna conclusa mediante determinati riti o formalità legali» manterrà, anche a seguito della Riforma, un significato immutato, non escludendo tuttavia *a priori* la possibilità di recepire un mutamento a fronte di un uso generale del termine in tale nuova accezione.

Del resto, non sono le parole a classificare la realtà, ma il contrario²⁴¹: l’accezione tradizionale della nozione di “matrimonio”, quindi, non viene a configurare un ostacolo al riconoscimento del matrimonio *gender- neutral*²⁴².

Quanto ai profili più strettamente giuridici, il Consiglio di Stato, come alto organo consultivo del Governo, nel suo

del registro civile. L’adattamento terminologico non si rintraccia solo negli artt. 116, 117 e 118 c. c. che conservano invariati il binomio marito-moglie perché disciplinando la presunzione di paternità del marito concernono il solo matrimonio eterosessuale. GÓMEZ, *La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali e la Costituzione spagnola*, in *Foro it.*, V, 2005, 267 e ss.; LAUROBA, *La legge spagnola sul matrimonio omosessuale ed i principi del diritto civile spagnolo*, in *Foro it.*, V, 2005, 272.

²⁴¹ In tal senso v. HONRUBIA, *Homesexuales, animales y otra perversiones*, in *El País*, 25 aprile 2004.

²⁴² v. PIGNATELLI, in *op.cit.* p. 277

*Dictatem*²⁴³ ha innanzitutto affermato che la Costituzione spagnola, pur non impedendo una regolamentazione legislativa delle coppie omosessuali, non la imponga, in quanto non riconosce un diritto *al* matrimonio tra persone dello stesso sesso. In secondo luogo, ha ritenuto che i diritti *del* matrimonio, ovvero quelli derivanti dal coniugio ed accordati dallo Stato alle coppie eterosessuali regolarmente sposate, potessero essere estesi alle coppie dello stesso sesso attraverso la creazione di un istituto equivalente, ma distinto da quello matrimoniale.

Il Consiglio di Stato, in sostanza, pur essendosi mostrato favorevole ad una regolamentazione delle coppie omosessuali (considerata opportuna, ma non obbligata) riteneva che essa dovesse palesarsi come differenziata²⁴⁴, e dunque collocarsi al margine del matrimonio «e non dentro di quello»²⁴⁵.

²⁴³ *Consejo de Estado*, 16 dicembre 2004, *Expediente de Anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, in www.consejo-estado.es.

²⁴⁴ «[...] posto che si tratta di un nuovo modello di coppia sarebbe coerente creare una regolazione adeguata a quel nuovo modello, che dia risposta alle sue necessità, e non inserirlo in una regolazione che corrisponde ad un modello differente».

²⁴⁵ La previsione legislativa di una tutela equivalente, ma differenziata per le coppie formate da persone dello stesso sesso avrebbe avuto il pregio, secondo l'organo consultivo spagnolo, di raggiungere il medesimo risultato auspicato dalla Riforma senza, tuttavia, comportare «un cambio traumatico, sprovvisto della certezza e della forza necessarie» per imporsi sulla società, ritenuta ancora non propriamente consapevole, MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita*, Bologna, 2007, 365 e ss.

Decisamente più intransigente il parere, non richiesto, del CGPJ²⁴⁶ che sul punto ha realizzato un dossier, *Studio sulla riforma del codice civile in materia di matrimonio tra persone dello stesso sesso*²⁴⁷, in cui ha elevato, sulla base di convinzioni che appaiono più morali o religiose che giuridiche, l'eterosessualità ad elemento costitutivo ed essenziale del matrimonio che «o è eterosessuale o non è».

A seguito di questo contributo²⁴⁸, sono stati sollevati dubbi di legittimità costituzionale, principalmente in relazione all' art. 32 della Costituzione spagnola, il cui 1° comma nell'affermare che «l'uomo e la donna hanno il diritto a contrarre matrimonio con piena eguaglianza giuridica» costituzionalizzerebbe il principio di esclusiva eterosessualità del matrimonio, vincolando altresì il legislatore ad una revisione costituzionale nell'ipotesi di una sua alterazione.

²⁴⁶ In quanto organo di governo del potere giudiziale, il CGPJ sarebbe tenuto a pronunciarsi in merito ai disegni di legge relativi a norme processuali che riguardano gli aspetti giuridico-costituzionali della tutela giudiziale dei diritti fondamentali; esulando il disegno di legge del governo relativo ai matrimoni omosessuali dalla trattazione di tali questioni, l'intervento del CGPJ appare quantomeno suscettibile di illegittimità.

²⁴⁷ *Consejo General del Poder Judicial*, 26 gennaio 2005, *Estudio sobre la reforma del Código civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo*, in www.poderjudicial.es.

²⁴⁸ Il contributo del CGPJ non si è distinto certo per sensibilità e rispetto nei confronti delle persone omosessuali, raggiungendo l'acme quando è giunto a stabilire un paragone offensivo, irrispettoso ed indegno tra le relazioni omosessuali e «quelle tra un uomo e un animale». Un paragone che non può dirsi, purtroppo, né raro, né tramontato anche al di là dei confini della penisola iberica: ultimamente, infatti, è stato riproposto in un intervento della parlamentare francese, nonché membro del PPE a livello europeo, Brigitte Barège.

Se l'art. 32 CE vincolasse davvero il contenuto del matrimonio, al legislatore che volesse modificare tale contenuto sarebbe imposta la strada della revisione costituzionale; se, al contrario, il precetto costituzionale lasciasse libero il legislatore ordinario, egli sarebbe in grado di attribuire il significato meglio rispondente all'evoluzione della società tramite una riforma legislativa.

La questione ruota, allora, attorno alla nozione di matrimonio accolta dalla Costituzione spagnola.

Il Costituente del 1978 nel porre l'art. 32 CE intendeva, certamente, riferirsi all'unione di un uomo e di una donna, ritenendo superfluo aggiungere l'espressione "fra loro" che meglio avrebbe esplicitato la necessaria eterosessualità del vincolo.

La circostanza per cui la «e» posta tra i due sessi sia stata tradizionalmente interpretata in funzione congiuntiva-relazionale²⁴⁹, non ne esclude un'ulteriore lettura evolutiva, stavolta in funzione di congiunzione in senso proprio che, basandosi sulla condizione del "singolo" coniuge, sia intesa ad esaltarne la «piena eguaglianza giuridica» all'interno del matrimonio.

Ogni dubbio di legittimità costituzionale si ritiene possa essere superato aderendo ad un'interpretazione dinamica del dettato costituzionale che «valorizzi il richiamo all'uomo e alla donna come necessari contitolari del diritto a sposarsi (*rectius*, non più l'uomo con la donna, bensì sia l'uomo che la donna indipendentemente dal sesso del coniuge)²⁵⁰».

²⁴⁹ N. PIGNATELLI, in *op. cit.* p.279.

²⁵⁰ P. PASSAGLIA, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei*, in

Agli effetti civili, l'art. 32 CE si presta a due differenti letture. Quando venne approvata la Costituzione, nel 1978, la norma servì a garantire l'eguaglianza dell'uomo e della donna sia all'atto della celebrazione del matrimonio, che nel momento successivo dell'attribuzione del relativo *status*, quale norma di anti-subordinazione di genere; tale lettura si tradusse così nelle Riforme del Codice civile degli anni Ottanta²⁵¹. Secondo tale interpretazione, il matrimonio era considerato intrinsecamente eterosessuale.

Una seconda lettura è, invece, funzionale al riconoscimento del diritto di tutti gli individui a contrarre matrimonio, in quanto l'eterosessualità non è più un suo tratto caratterizzante. Inteso quale garanzia istituzionale, il matrimonio è destinato necessariamente ad evolvere: pertanto sarà il legislatore a dover «adattare il significato e la regolamentazione in ogni fase storica alla immagine che di ess[o] si dà nella coscienza sociale, con l'unico limite invalicabile di preservare l'istituto nella sua riconoscibilità»²⁵², rappresentata unicamente dalla libera volontà dei nubendi.

E' indubbio che tradizionalmente gli elementi atti a consentirne la riconoscibilità fossero individuati nella volontà di due persone di formalizzare un'unione stabile di vita e di affetti, nella

http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_II_matrimoni_o_tra_persono_stesso_sesso_12012010.pdf

²⁵¹ Le analogie con il nostro disposto costituzionale in materia di famiglia e matrimonio sono più che evidenti.

²⁵² EXPÓSITO GÓMEZ, *La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali e la Costituzione spagnola* in Foro it. , V ,2005, 271.

disparitas sexus, nella procreazione e nell'indissolubilità del vincolo. Tuttavia, tra tutti, il solo elemento naturale, la vera essenza del matrimonio sembra essere attualmente dato dall'«unione volontaria di due persone con esclusione di altre»²⁵³.

A fronte di simili argomentazioni²⁵⁴, che si potrebbero ritenere valide analogamente nel nostro Paese, è stato possibile realizzare in Spagna ciò che in Italia sembra un orizzonte irraggiungibile: l'estensione dell'accesso all'istituzione matrimoniale anche a persone dello stesso sesso attraverso l'approvazione di una *legge ordinaria* di riforma (modificativa del Codice civile) e *senza* la necessità di una *revisione costituzionale*.

La Carta fondamentale spagnola, come del resto la nostra Costituzione, non vieta, né impone l'apertura del matrimonio alle coppie costituite da persone dello stesso sesso: promotore (o meno) di una simile tutela, in quanto interprete privilegiato dei bisogni della società che rappresenta, sarà soltanto l'organo legislativo²⁵⁵.

²⁵³Così la sentenza canadese che ha aperto al riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

²⁵⁴ Dall'articolo 32 CE, infatti, pare potersi desumere soltanto che sarebbe incostituzionale una norma che abolisse il matrimonio e che sarebbe altresì incostituzionale una disciplina dei rapporti coniugali non informata al principio di eguaglianza tra i coniugi. Del resto, nella stessa disposizione costituzionale, più volte citata, successivamente si aggiunge «la legge regolerà le forme del matrimonio...».

²⁵⁵Il diritto al matrimonio delle coppie omosessuali non sembra porsi come un problema di legittimità costituzionale, in quanto non potrebbe dirsi illegittima una norma che lo “omette”, così come non sarebbe illegittima una norma che lo “riconosce”.

In relazione ad un istituto di plurisecolare tradizione, come quello *de quo*, deve essere ribadita la centralità politica del legislatore e la sua conseguente responsabilità.

Il Legislatore iberico ha avuto senz'altro il merito di attuare ciò che sarebbe stata, a ragione, definita la «seconda rivoluzione»²⁵⁶ del diritto di famiglia spagnolo, una rivoluzione che si immaginava rimanesse solo promessa.

§ 2. L'introduzione del matrimonio omosessuale in Portogallo: il *tandem* fra legislatore e organo di giustizia costituzionale

Nell'ambito delle molteplici soluzioni elaborate nel contesto europeo in tema di regolamentazione delle unioni omosessuali, è interessante analizzare la recente vicenda portoghese perché, riguardando un ordinamento raffrontabile a quello italiano in termini di tradizione giuridica e società, offre spunti di riflessione per l'analogo dibattito sviluppatosi in Italia e approdato, da ultimo, e per il momento, alla sentenza n. 138 del 2010 della nostra Corte costituzionale. Interessante soprattutto perché mostra un intenso dialogo tra il legislatore e l'organo di giustizia costituzionale al fine di consentire l'introduzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso nel rispetto dei principi costituzionali.

²⁵⁶LAUROBA, *La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali ed i principi del diritto civile spagnolo*, in *Foro it.* V, 2005, 275: la riforma del diritto di famiglia in Spagna si completa con la l. n. 15/2005, con cui si modificano alcuni articoli del codice di procedura civile in materia di separazione e divorzio, da cui si evince la prevalenza dei bisogni del singolo su quelli della famiglia. Al servizio del singolo soggetto è concepito l'istituto familiare, e non viceversa.

Il Portogallo aveva già compiuto un primo passo verso la regolamentazione delle unioni omosessuali quando, nel 2001²⁵⁷, aveva esteso la disciplina delle unioni di fatto eterosessuali alle coppie costituite da persone dello stesso sesso, con la previsione di due “sole” eccezioni, piuttosto rilevanti, in tema di legittimazione all’adozione e di accesso alla procreazione medicalmente assistita, espressamente riservate alle coppie di sesso diverso.

Tuttavia, fino ad allora, il matrimonio continuava ad essere sessualmente connotato, e dunque, tradizionalmente ed esclusivamente “eterosessuale”.

Del resto, l’art. 1577 del codice civile portoghese disponeva «il matrimonio è il contratto celebrato tra due persone *di sesso diverso* che intendono formare una famiglia attraverso una comunione di vita, ai sensi del codice civile». *Expressis verbis* la disciplina codicistica prevedeva la diversità di sesso quale requisito dell’istituto matrimoniale.

²⁵⁷«Nel 2001 in Portogallo sono state approvate due leggi che hanno disciplinato, rispettivamente, le situazioni giuridiche della economia comune e delle unioni di fatto, sostituendo la legge 28 agosto 1999 n. 135 sulle unioni di fatto. L’unione di fatto è “la situazione giuridica di due persone, indipendentemente dal sesso, che vivano un’unione di fatto da più di due anni” (art. 1). I diritti, che garantisce la legge, sono gli stessi di coloro che vivono un’economia comune, ai quali si aggiungono, in caso di morte del convivente, benefici economici erogati dal sistema della sicurezza sociale e pensione. L’unione si scioglie per morte, per matrimonio o per volontà di uno dei membri. Nell’ultimo caso deve essere avviata la separazione legale, affinché possano essere riconosciuti diritti analoghi a quelli della separazione matrimoniale. I diritti di entrambe le leggi sono comunque più limitati rispetto a quelli previsti per il matrimonio», PANNARALE, *Le regole dell’amore. Famiglie e diritti in Italia ed in Europa*, in Pol. dir., II, 2007, 229.

Sulla base di tale articolo, la Corte d'Appello di Lisbona aveva ritenuto, dunque, legittimo il rifiuto delle autorità nazionali di celebrare il matrimonio tra due donne. Le ricorrenti si rivolgevano al Tribunale Costituzionale, lamentando, a seguito di tale rifiuto, una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale²⁵⁸ e denunciando la norma ordinaria in questione perché, in applicazione dei principi costituzionali di non discriminazione e del diritto di costituire una famiglia e di contrarre matrimonio in condizioni di piena eguaglianza, non consentirebbe anche il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Il ricorso concreto di incostituzionalità su cui è stato chiamato a pronunciarsi il Tribunale Costituzionale portoghese è solo *prima facie* tale; la sua vera natura è, invece, quella di un ricorso di incostituzionalità per omissione, la cui proposizione è preclusa, ai sensi dell' art. 283 della Carta fondamentale, ai singoli cittadini²⁵⁹.

²⁵⁸Nel 2004, è stato modificato l'art. 13 della Costituzione ed aggiunto, ai motivi di discriminazione vietata, anche l'orientamento sessuale.

²⁵⁹L'art. 283 della Costituzione portoghese dispone «Su richiesta del Presidente della Repubblica, del Provedor di Giustizia, adducendo la violazione delle regioni autonome, dei presidenti delle assemblee legislative regionali, il Tribunale costituzionale esamina e verifica il mancato rispetto della Costituzione per omissione dei provvedimenti legislativi necessari per rendere applicabili le norme costituzionali. Quando il Tribunale Costituzionale verifica l'esistenza della incostituzionalità per omissione, lo comunica all'organo legislativo competente».

Applicando argutamente a tale fattispecie l'ipotesi prevista dall' art. 280, lett. b)²⁶⁰ della Costituzione, il Tribunale glissa la questione e si pronuncia sul ricorso concreto di incostituzionalità.

Oggetto del controllo di legittimità costituzionale è l' art. 1577 del codice civile, base giuridica della *ratio decidendi* della decisione di rigetto dell' istanza di celebrazione del matrimonio delle due donne²⁶¹.

Alla questione se la Costituzione imponga il matrimonio tra persone dello stesso sesso, il Tribunale Costituzionale risponde negativamente essenzialmente per due ordini di ragione.

Innanzitutto l'organo di giustizia costituzionale può intervenire nelle limitate ipotesi in cui il ristabilimento del principio di eguaglianza consegua all'espansione di una norma generale a fronte di una caducazione di una norma eccezionale contraria a

²⁶⁰Ai sensi di tale disposizione il controllo concreto può avere ad oggetto decisioni giurisdizionali negative, ovvero decisioni che abbiano applicato una norma la cui illegittimità costituzionale è eccepita nel corso del processo, prima della decisione finale: in questo caso l'unico soggetto legittimato a proporre ricorso è la parte che, durante il processo, abbia sollevato questione costituzionale, altresì è necessario che la norma tacciata di incostituzionalità abbia costituito la *ratio decidendi* della decisione finale contestata, CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del tribunale costituzionale portoghese*, in www.associazionedeicostituzionaliti.it

²⁶¹I giudici, con un simile *escamotage*, si prestano ad offrire ai singoli cittadini uno strumento diretto di accesso alla tutela costituzionale, sulla scorta del *recurso de amparo* spagnolo.

Costituzione, ovvero all'estensione di un regime più favorevole derivante da una soluzione costituzionalmente obbligata²⁶².

Nessuna delle due ipotesi può applicarsi alla questione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso.

In secondo luogo, il riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso non rappresenta una soluzione costituzionalmente imposta, sebbene sarebbe costituzionalmente ammissibile qualora sia il legislatore ad prevederlo.

Unico soggetto legittimato a procedere all'inclusione della minoranza tramite il riconoscimento del matrimonio omosessuale è, dunque, il legislatore.

Il suo intervento non si fa attendere: con la legge 9/XI, che *Permite o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo*, il legislatore elimina dall'art. 1577 del codice civile l'inciso «due persone di sesso diverso», sostituendolo con la generica formula, priva di riferimenti al sesso, di «due persone», non superando, tuttavia, la persistente impossibilità per la coppia sposata dello stesso sesso di procedere all'adozione di minori. La legge viene, però, impugnata in sede di ricorso preventivo di costituzionalità²⁶³ da parte del Presidente della Repubblica, Cavaco Silva.

²⁶²CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del tribunale costituzionale portoghese*, www.associazionedeicostituzionalisti.it

²⁶³Il Capo dello Stato è, infatti, legittimato a sottoporre una legge, entro otto giorni dal suo ricevimento per la promulgazione, al Tribunale Costituzionale, che entro i successivi 25 giorni è tenuto a pronunciarsi sulla sua incostituzionalità o, viceversa, sulla sua costituzionalità. Se il Tribunale dichiara la legge non incostituzionale, il Presidente può, come *extrema ratio*, esercitare un veto sospensivo, richiedendo, motivatamente, entro venti giorni dalla pubblicazione della decisione, un nuovo esame

Con la decisione n. 121 dell' 8 aprile 2010²⁶⁴, il Tribunale Costituzionale portoghese ha ritenuto l'estensione della legittimazione del matrimonio alle coppie omosessuali non contraria alla norma costituzionale (art. 36) che riconosce e tutela la famiglia come elemento fondamentale della società.

La disposizione costituzionale²⁶⁵, infatti, non enuclea un concetto di "famiglia" immutabile, ma anzi fa propria una nozione aperta e dinamica alle diverse realtà sociali, una nozione atta a contenere anche quella di "famiglia omosessuale". Si evince che il nucleo duro della nozione costituzionale di matrimonio, la sua autentica essenza, sia individuabile nella comunione di vita tra due persone, con effetti regolati dalla legge.

Se è vero, quindi, che i concetti di "famiglia" e di "matrimonio" accolti dalla Carta costituzionale non possono ritenersi cristallizzati all' epoca in cui la stessa entrò in vigore; se è vero che la questione omosessuale, pur essendo plausibilmente un fenomeno noto, non fu oggetto di discussione, è altrettanto vero che l'esclusione di allora dal dibattito costituente non può suffragare, oggi, la fondatezza di un' interpretazione originalista del dato costituzionale.

del testo. Nel caso in esame, il potere di rinvio non è stato esercitato dal Capo di Stato portoghese che nel promulgare la legge, non si esime dall' esprimere il rammarico per l'omessa ricerca di una soluzione maggiormente condivisa.

²⁶⁴Il testo della sentenza è rinvenibile in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html>

²⁶⁵Testualmente dispone «1. Tutti hanno il diritto di costituire una famiglia e di contrarre matrimonio in condizione di piena eguaglianza. 2. La legge regola i requisiti e gli effetti del matrimonio e del suo scioglimento per morte o per divorzio, indipendentemente dalla forma della celebrazione».

Pertanto, muovendo comunque da una lettura “aperta” dell’art. 36, i Giudici portoghesi hanno preferito non intervenire con una pronuncia di tipo additiva, a salvaguardia della discrezionalità del Legislatore, sostenendo che il rinvio espressamente operato alla legislazione ordinaria fa sì che la nozione di matrimonio accolta sia quella radicata nella comunità portoghese.

L’ introduzione per via giurisprudenziale del matrimonio tra persone dello stesso sesso non rappresenterebbe una soluzione costituzionalmente imposta, non essendo ravvisabile alcuna “rima obbligata”²⁶⁶.

²⁶⁶Il percorso argomentativo dei giudici del Tribunale Costituzionale portoghese è perfettamente in linea con la recentissima giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di accesso al matrimonio fra persone dello stesso sesso: Corte europea dei diritti dell’uomo, *Schalf & Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, ric. n. 30141/04.

Evidenti sono, poi, le analogie tra gli *itinerari* seguiti dalla Corte europea e il percorso argomentativo sviluppato dalla Corte Costituzionale italiana nella nota sentenza n. 138 del 2010: la lettura non evolutiva degli artt. 12 CEDU e 9 della Carta di Nizza si inserisce nel solco della teoria originalista fatta propria dalla Consulta in relazione all’interpretazione dell’art. 29 Cost., tali articoli, pertanto, vengono richiamati a sostegno degli ampi margini di discrezionalità lasciati ai legislatori nazionali, e non tanto come elementi volti a valorizzare le aperture nei confronti dei nuovi modelli di relazione. L’analogia più lampante è data dal parallelismo tra il *caput* della sentenza italiana sull’ art. 2 Cost. e i passaggi della sentenza europea sull’art. 8 CEDU: entrambe le Corti, infatti, fanno rientrare le stabili unioni omosessuali, rispettivamente, nell’alveo delle «formazioni sociali» e nell’ambito della «vita familiare», lasciando comunque libero il legislatore in merito al *quando* e al *quomodo*, ma non all’*an*. A ciò, tuttavia, si affianca una radicale diversità tra i due approcci: ciò che la Corte Costituzionale affida una volta per tutte al legislatore, non essendo percorribile un’equiparazione tra matrimonio omosessuale e matrimonio eterosessuale attraverso una pronuncia di incostituzionalità della disciplina civilistica, per la Corte europea rimane un *restraint* vincolata alla presenza di certe condizioni, fra tutte quelle legate al

Sovrano è il solo organo legislativo che, qualora ritenga maturi i tempi per un' estensione dell'istituto anche alle coppie omosessuali, sarà libero di operare in tal senso.

Il radicamento dell'istituzione matrimoniale nei caratteri culturali propri di una società pone i legislatori nella condizione migliore per valutare e rispondere ai relativi bisogni in questo campo e richiede di lasciare all' iniziativa delle leggi la decisione relativa all'introduzione o meno del matrimonio omosessuale.

Non si può ignorare che talvolta, però, dietro l'inerzia del legislatore, si nasconde una precisa volontà politica di non decidere questioni che potrebbero comportare l'assunzione di un rischio troppo alto in termini elettorali²⁶⁷.

§ 3. Prassi miste di estensione del matrimonio omosessuale in Sudafrica

“Trovandosi particolarmente attratte l'una all'altra, due persone si dichiararono e decisero di mettere su casa insieme. Conosciuti dagli amici come coppia da più di un decennio, decisero che era arrivato il momento di ottenere un riconoscimento pubblico e di registrare la propria relazione, per abbracciare formalmente tutti i diritti e le responsabilità che ne

consensus standard, che comunque non sottrae la discrezionalità statale ad una supervisione della stessa Corte.

²⁶⁷ Dalla fine degli anni Novanta ad oggi, in Italia, sono stati presentati diversi progetti di legge che prospettano l'introduzione nel nostro ordinamento di forme di regolamentazione delle unioni omosessuali, sia considerate per se stesse, sia come una variante della disciplina delle “unioni di fatto”: nessuno di essi è stato in grado, fino ad oggi, di tradursi in legge.

derivavano. Come altre persone nella loro stessa situazione, volevano sposarsi. C'era solo un impedimento. Erano entrambe donne”.

Inizia così la sentenza della *Constitutional Court of South Africa* del 1° dicembre 2005, una delle decisioni più affascinanti che siano state finora elaborate in materia di riconoscimento del diritto a contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso; il degno prodotto della grande sensibilità che si conviene ai giudici costituzionali di un Paese toccato da profonde discriminazioni che, solo nel 1996, è giunto all'adozione di un testo costituzionale che bandisce ogni tipo di discriminazione, diretta o indiretta, basata sulla razza, sul genere, sul colore, sull'orientamento sessuale, sull'età, sulla disabilità, sulla religione, sulla coscienza, sul credo, sulla cultura, sulla lingua o sulla nascita²⁶⁸.

Nonostante siano già trascorsi sei anni, questa pronuncia offre diversi spunti di riflessione a partire dalla ricchezza delle argomentazioni ivi esposte, in grado di contrastare le principali obiezioni mosse dagli avversari del *same-sex marriage*.

Il giudice relatore della sentenza in esame, Sachs J., memore del recente passato tragicamente segnato dall' *apartheid*, osserva che in Sudafrica «la schiavitù è durata per un secolo e mezzo, il

²⁶⁸ «Il divieto sudafricano di non discriminare in ragione dell'orientamento è innovativo non solo per il fatto di rivestire natura costituzionale espressa- e per vincolare verticalmente ed orizzontalmente tutte le articolazioni interne del potere pubblico e privato- ma anche per essere formulato in termini generali, sicché questo è applicabile in ambito penale, lavorativo, familiare e in ogni altro settore della vita sociale» come opportunamente rilevato da MONTALTI, in *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bologna, 2007, 29-30.

colonialismo due volte tanto, e la proibizione dei matrimoni interrazziali ancor di più, e l'esplicita dominazione maschile per millenni. Tutti questi fenomeni furono apparentemente giustificati da fattori biologici e sociali presunti auto-evidenti, e furono concretizzati in precetti religiosi e in imposizioni legali; i primi due fenomeni sono oggi visti con risoluto disdegno, ed il terzo con un forte senso di vergogna ed imbarazzo. Allo stesso modo, il fatto che oggi il diritto incorpori norme convenzionali della maggioranza non diminuisce in alcun modo il loro impatto discriminatorio. Sicché proprio quei gruppi che non possono fare affidamento sul supporto popolare e su una sufficiente rappresentanza negli organi legislativi possono rivendicare i loro diritti fondamentali ricorrendo all'applicazione del *Bill of Rights*».

Posto che ciò che appariva naturale in passato oggi viene ad essere collettivamente disapprovato, e che ciò che oggi si considera moralmente riprovevole potrà ritenersi naturale in futuro, compito delle Costituzioni non sarebbe, secondo l'orientamento della *Constitutional Court*, quello di offrire la definizione di ciò che si ritiene essere naturale, ma quello, ben più nobile, di proteggere e garantire ciò che è meritevole di tutela alla luce dei principi fondamentali.

Il giudizio di costituzionalità trae origine dalle vicende di due giovani donne, Marié Adriaana Fourie e Cecilia Johanna Bonthuys da una parte, e della *Lesbian and Gay Equality Project* dall'altra: si tratta di casi che hanno impegnato i giudici di Braamfontein per sette mesi, al termine dei quali è stato redatto un unico giudizio concorrente, con dissenso solo in relazione ai rimedi.

Nel primo procedimento la coppia lesbica lamentava l'illegittimità dell'interpretazione data dell'istituto matrimoniale dal *common law* secondo cui il «matrimonio [...] è “un'unione di un uomo e di una donna, con l'esclusione, finché si conserva, di tutti gli altri”»²⁶⁹, trattandosi di un'interpretazione che, di fatto, ne impediva l'accesso agli omosessuali.

Il secondo procedimento era stato attivato dalla *Lesbian and Gay Equality Project*²⁷⁰ lamentando ulteriori profili di illegittimità inerenti, non solo al *common law*, ma anche al *Marriage Act* n. 25/1961. Quest'ultimo, nell'individuare la formula che deve essere pronunciata dall'ufficiale per la celebrazione del matrimonio, utilizza i termini sessualmente connotati di “moglie” e “marito” decretando perciò stesso l'esclusione della possibilità di un matrimonio indifferente al genere dei futuri coniugi²⁷¹.

Come spesso accade nelle decisioni che hanno un forte impatto sulla società e sulle tradizioni, e che procedono ad un *overruling* della giurisprudenza precedente, la *Constitutional Court* ha proseguito sul solco tracciato dalla Corte *a quo*, la *Supreme Court of Appeal*²⁷² (SCA), e si è prodigata a dare uno stigma di

²⁶⁹Case CCT 60/04, *Minister of Home affairs and others v. Marie Fourie and Cecilia Johanna Bonthuys*.

²⁷⁰ Organizzazione non governativa agente nel pubblico interesse a tutela dei diritti delle persone omosessuali.

²⁷¹Evidente è, pertanto, l'analogia riscontrabile con il percorso che, nel nostro ordinamento, ha fatto assumere rilevanza pubblica alla questione dei “matrimoni gay”.

²⁷²Con tale decisione la *Supreme Court of Appeal* aveva, nel novembre 2004, sviluppato la *common law definition of marriage* nel senso di includervi anche l'unione fra due persone dello stesso sesso.

autorevolezza e a fornire solide argomentazioni giuridiche ad una pronuncia già emessa²⁷³.

In sintesi i fatti: il Ministero dell'Interno aveva opposto ricorso contro la decisione della *Supreme Court of Appeal* di dichiarare l'incompatibilità costituzionale del *Marriage Act* e della definizione di *common law*, che pertanto permetteva ad una coppia omosessuale di sposarsi e di registrare la propria unione nel pubblico registro dei matrimoni. Le obiezioni del Governo si riferivano non tanto al merito della decisione, quanto al fatto che una Corte non si potesse arrogare il diritto di scavalcare l'autorità legislativa del Parlamento, attraverso lo sviluppo del *common law*.

Dalle disposizioni del *Bill of Rights*, contenuto nella Costituzione sudafricana, infatti, si sarebbe potuto ricavare un "diritto di libertà negativo" per gli omosessuali a non ricevere interferenze indebite dallo Stato nelle relazioni private, ma di certo, non si sarebbe potuto parlare di un "diritto positivo" a ricevere prestazioni pubbliche e ancor meno interventi legislativi.

La *Constitutional Court* viene, dunque, investita delle questioni di legittimità costituzionale relative alla *common law definition of marriage* e alla formula matrimoniale connotata sessualmente contenuta nel *Marriage Act*. Per i giudici, entrambe le questioni richiedono una trattazione unitaria: la problematica relativa allo sviluppo del *common law* non deve essere più affrontata separatamente ed indipendentemente da quanto espressamente

²⁷³ZUCCHINALI, *La soluzione sudafricana: una via percorribile?*, in (a cura di) BIN-BRUNELLI-GUAZZAROTTI-PUGIOTTO-VERONESI, *La «società naturale» e i suoi «nemici»*. *Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2009.

disposto dal *Marriage Act*; dal diritto di derivazione giudiziale la questione si trasla ed investe quello di provenienza legislativa.

Mediante una simile impostazione della *quaestio legitimitatis*, la Corte sarebbe stata libera di incidere con i suoi poteri *lato sensu* normativi unicamente sulla disciplina legislativa, posto che alla correzione di questa avrebbe fatto seguito un conseguente adeguamento del significato da attribuire alla *common law definition of marriage*.

La pronuncia essenzialmente affronta e sviluppa due temi: in primo luogo, se l'inesistenza di qualsivoglia previsione circa la possibilità di sposarsi per persone dello stesso sesso costituisca «*an unjust discrimination*» basata sull'orientamento sessuale di tali persone, oltre che un «*denial of equal protection of the law*» e, in secondo luogo, quale debba essere la soluzione adeguata che la Corte è tenuta ad adottare.

La maggiore attenzione riservata dai giudici sudafricani al principio di eguaglianza, rispetto a quella prestata da giudici e legislatori di altri Paesi dalla tradizione costituzionale più consolidata, inaugura un vero e proprio nuovo approccio giudiziale nel fornire risposte concrete ai casi di discriminazione. Il *leading role* assegnato al principio di eguaglianza, senza, tuttavia, escludere *a priori* il richiamo ad altre disposizioni costituzionali, deriva proprio dall'esigenza di non ledere nuovamente un tale principio, così fortemente inciso durante l'*apartheid*.

I giudici costituzionali, nella stesura del giudizio, ripropongono la sentenza della Corte Suprema e, al fine di dimostrarne la ragionevolezza delle conclusioni, procedono ad analizzare nel

dettaglio il significato dell'istituzione matrimoniale, le conseguenze giuridiche e sociali e gli svantaggi dovuti alla sua privazione²⁷⁴.

L'esclusione delle unioni omosessuali dal concetto di famiglia ha determinato sia l'impossibilità per due *partner* dello stesso sesso di accedere al matrimonio civile (diritto *al* matrimonio), sia l'esclusione da una serie di benefici di natura familiare connessi al matrimonio (diritti *del* matrimonio).

Da qui, il prevedibile effetto domino del fenomeno discriminatorio: ogniqualvolta gli *statutes* parlamentari, i regolamenti attuativi, o il *common law* rinviavano al concetto di *marriage* o ad espressioni ad esso connesse, in realtà giungevano a privare le coppie del medesimo sesso di una congerie di benefici ed opportunità riservati alle sole coppie eterosessuali²⁷⁵.

Inibire alle coppie dello stesso sesso il godimento di vantaggi provenienti dal matrimonio, impedire alle stesse l'assunzione di tutte quelle responsabilità derivanti dal matrimonio (responsabilità delle quali pure avrebbero voluto caricarsi) non rappresenta solo un inconveniente residuale di un pregiudizio radicato, sostiene il giudice Sachs, ma rinforza l'idea che gli omosessuali debbano essere trattati come ibridi biologici, ovvero esseri umani "venuti

²⁷⁴DAU, "La Corte Costituzionale del Sudafrica si esprime in modo favorevole all'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali", in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

²⁷⁵ Vero è che, recentemente, *benefits* specifici erano stati riconosciuti alle coppie di fatto, omosessuali ed eterosessuali, sebbene si fosse preferito non procedere ad una disciplina generale del fenomeno delle convivenze familiari, non diversamente da quanto accade in Italia, v. da ultimo la sent. C.Cost. n. 138 del 2010: ulteriore analogia tra i due ordinamenti.

male” che non trovano posto nella società normale e quindi non hanno diritto a godere di tutti i benefici incastonati nella Costituzione. Tutto ciò comporta anche l’affermazione di una sorta di inettitudine delle coppie omosessuali di amare, assumersi impegni e responsabilità che sfocia nell’assunto per cui, per definizione, la relazione tra due persone dello stesso sesso sarebbe meno degna rispetto a quella eterosessuale. Quando “Romeo e Giulietta” diventano “due Giuliette” il diritto preferisce confinare la questione in una sorta di limbo giuridico.

Le parole “*I do*” traslano le intenzioni personali e volontarie più intense ed intime che nascono nella sfera della libertà di un soggetto in uno dei settori maggiormente regolamentati dallo Stato e dai suoi interventi legislativi, e fanno sorgere una serie di rapporti giuridici vitalizi che coinvolgono beni materiali e progenie.

Non si tratta, quindi, di una questione di diseguaglianza a livello astratto, in quanto dall’impossibilità di accesso al matrimonio per le coppie dello stesso sesso discende l’impossibilità di accedere a tutti quei vantaggi, economici, previdenziali, assistenziali, che sono una diretta conseguenza dell’istituto in parola.

Accanto a tale forma di discriminazione, ne esistono altre che i giudici argutamente rilevano: discriminazione è, secondo i giudici sudafricani, negare ad un determinato gruppo di persone la possibilità del riconoscimento sociale per antonomasia della

propria relazione affettiva, il matrimonio²⁷⁶; così come costituisce un' ulteriore discriminazione quella relativa all'inattuabilità della scelta, diversamente garantita alle coppie eterosessuali, di sposarsi o non sposarsi, che si traduce in un'evidente violazione del diritto di autodeterminarsi.

Secondo la Corte, al fine di eliminare le discriminazioni, è necessario riconoscere alle coppie dello stesso sesso uno *status* giuridico- sociale quantomeno simile a quello riconosciuto alle coppie sposate.

In virtù del fatto che oggetto del giudizio non è un espresso divieto, come ad esempio la proibizione di una condotta omosessuale, bensì «il dato che nessuna previsione [sia] fatta per i ricorrenti, e per tutti coloro che vivono una condizione simile, di sposarsi reciprocamente», compito della Corte è stabilire, propriamente, se «la mancata inclusione delle *same-sex couples*» nel matrimonio sia costituzionalmente compatibile con le disposizioni relative al divieto di «discriminare ingiustamente direttamente o indirettamente in ragione di uno o più fattori, incluso [...] l'orientamento sessuale» e sul dovere di rispetto e protezione della «inerente dignità umana».

²⁷⁶ Si legge nella sentenza in esame «Tanto maggiore e più certa è l'approvazione istituzionale della loro unione, quanto più solido sarà il salvataggio di questa e altre unioni dall'oblio legale, e quindi più tranquille e meno vulnerabili risulteranno queste formazioni», sottolineando l'importanza del riconoscimento legale nella logica dell'inclusione delle minoranze nel processo democratico.

La Corte evita di ricorrere alla *privacy*²⁷⁷ in quanto è chiamata a stabilire se un sistema autenticamente democratico ha il dovere di offrire una protezione positiva, tramite l'estensione della disciplina statale del matrimonio, all'eguaglianza e alla dignità di una categoria vulnerabile di cittadini, contribuendo così alla creazione di un ambiente veramente libero in cui tutti possano vivere le loro relazioni affettive, nel pieno rispetto e sviluppo dell'eguaglianza, intesa in senso sostanziale, e della dignità di ogni essere umano, comprensiva del diritto all'autodeterminazione («*the affirmation of self*») e del conseguente diritto ad essere diversi («*the right to be different*»). Rispondendo positivamente alla questione, sviluppa «l'ideale di un paradigma normativo inclusivo di molteplici forme di diversità»²⁷⁸.

La Corte supera l'argomento dell'*original intent* dei Costituenti, utilizzato dai detrattori del *same-sex marriage*, sostenendo che la ragione di una non previsione costituzionale risiede nell'impossibilità di fornire un paradigma intramontabile di formazione familiare, ossia di definire «questioni strettamente correlate alla storia, alla cultura, e alle speciali circostanze sociali».

Tuttavia, dalla pretermissione a livello costituzionale non discende la negazione dei diritti fondamentali al matrimonio e alla

²⁷⁷ Il *privacy argument* assume un significato ambiguo, giacché la pretesa dei ricorrenti non è tanto la non ingerenza pubblica in questioni pertinenti aspetti e scelte di vita privata familiare, quanto il solenne riconoscimento pubblico, di fronte allo Stato e alla collettività, della loro unione.

²⁷⁸ M. MONTALTI, *Separazione dei poteri e matrimonio omosessuale*, in (a cura di) F. BILOTTA, *Le unioni tra persone dello stesso sesso*, Milano, 2008.

creazione di una famiglia, che devono, invece, realizzarsi in conformità con i valori di dignità umana, eguaglianza e libertà²⁷⁹.

Il diritto ad essere diversi tutela l'interesse ad «esprimere se stessi senza essere costretti a subire la subordinazione imposta da valori culturali e religiosi altrui», senza doversi passivamente arrendere alla “tirannia della maggioranza”.

Alla luce di simili argomentazioni, negare alle coppie omosessuali l'accesso al matrimonio si rivelerebbe lesivo del *right to be different*: costituirebbe «un duro, se non subdolo, mezzo normativo per asserire che le coppie dello stesso sesso sono *outsider* sociali, e che, come tali, non presentano i requisiti minimi per la piena considerazione morale e il rispetto che la Costituzione sudafricana intende assicurare a tutti»²⁸⁰.

²⁷⁹ Una società aperta e democratica «accoglie tutti ed accetta le persone così come sono. Penalizzare le persone per chi e ciò che sono è profondamente irrispettoso della personalità umana e lesivo dell'eguaglianza. Eguaglianza significa eguale considerazione e rispetto attraverso la differenza. Il rispetto dei diritti umani implica l'affermazione di se stessi, e non la negazione. L'eguaglianza quindi non implica un livellamento od omogeneizzazione del comportamento, o il decantare una forma come suprema, e un'altra come inferiore, ma il riconoscimento e l'accettazione della differenza». I giudici continuano ad affermare nella sentenza *de qua* che la Costituzione sudafricana, non accettando l'idea di supremazia di un gruppo, di una razza, di un sesso, di una cultura, di una religione, di un orientamento sessuale, «riconosce le variabilità degli esseri umani (genetiche e socio-culturali), afferma il diritto ad essere diversi e celebra la diversità della nazione[...].Tolleranza non significa far spazio a persone e pratiche con cui la maggioranza si sente a proprio agio, ma accogliere le espressioni di ciò che di norma si avverte come fastidioso».

²⁸⁰ Per lungo tempo, infatti, gli omosessuali sono stati considerati, come afferma la Corte, non come essere viventi, ma come «*sexual beings*», secondo un approccio, nella sentenza giustamente criticato, che ne ha ridotto l'identità ad un *quid* fondato esclusivamente sul proprio orientamento sessuale.

La pronuncia in esame si pone senza soluzione di continuità con uno degli obiettivi maggiormente perseguiti dal Sudafrica democratico: reinserire tutti i soggetti a pieno titolo giuridico nella società ed altresì elevare a principio di etica pubblica il rispetto delle differenze biologiche e sociali. La nuova democrazia non può ospitare al suo interno alcun tipo di stereotipo o pregiudizio, essendone stata da sempre afflitta la maggioranza del paese.

La Costituzione definitiva del 1996, infatti, rappresenta un momento di rottura radicale con il passato, e ancora una volta la Corte costituzionale si rende portavoce del cambiamento, attuando una sorta di giustizia restituiva che consiste nel ridare ad una categoria di persone ciò che era stato tolto loro illegittimamente²⁸¹.

Nel confutare le posizioni espresse in giudizio dai rappresentanti dello Stato, i giudici costituzionali nella chiosa della sentenza chiariscono che «l'antichità di un pregiudizio non è una valida ragione per la sua sopravvivenza».

Per evitare di incorrere in una violazione del principio della separazione dei poteri, la Corte, tuttavia, ritiene opportuno adottare una soluzione di compromesso tra il garantire di fatto immediata tutela ai ricorrenti e il rimettere l'intera questione al legislatore.

La sentenza, infatti, ha un valore sospensivo.

La *common law definition of marriage* e la sez. 30(1) del *Marriage Act n.25 of 1961* sono dichiarati *inconsistent* con il dettato costituzionale e pertanto invalidi, ma la dichiarazione di

²⁸¹ DAU, *La Corte Costituzionale del Sudafrica si esprime in modo favorevole all'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali* in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

invalidità risulta sospesa per dodici mesi, in modo da permettere al Parlamento di approvare i necessari adeguamenti legislativi in materia di diritto matrimoniale. Trascorso un anno dalla pronuncia senza che il legislatore abbia provveduto a rendere concrete le indicazioni fornite dalla Corte, la formula del giuramento contenuta nel *Marriage Act* sarà automaticamente letta nel senso di includere dopo i *nomina* di “moglie” e “marito”, anche il termine sessualmente neutro di “coniuge”.

L'*escamotage* impiegato, come spiega il giudice relatore Sachs, permette di rimediare all'incostituzionalità delle previsioni normative, non interferendo, almeno in un primo momento e forse solo in apparenza, con la discrezionalità del Parlamento, sovrano nel modificare la legge o nell'introdurre strumenti alternativi, volti ad estendere alle coppie dello stesso sesso i medesimi diritti che spettano alle coppie eterosessuali secondo Costituzione²⁸².

Ciò assume un peculiare significato, in quanto in Sudafrica, Paese di tradizione di *common law*, i giudici hanno la capacità di creare e sviluppare il diritto. I giudici costituzionali, invece, hanno preferito non assumersi la responsabilità di estendere l'istituto del matrimonio alle coppie costituite da persone dello stesso sesso, ritenendo che, sebbene le Corti abbiano il compito di rendere effettivi i diritti del *Bill of Rights*, tale funzione sia primariamente

²⁸² ZUCCHINALI, *La soluzione sudafricana: una via percorribile?*, in (a cura di) R. BIN-G. BRUNELLI- A. GUAZZAROTTI- A. PUGIOTTO- P.VERONESI, *La «società naturale» e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2009, 397 e ss.

di competenza del legislatore che ha la possibilità di decidere quale sia il modo migliore di attuare il principio di eguaglianza²⁸³.

La delicatezza del tema, del resto, impone una soluzione il più largamente condivisa e condivisibile: la Corte ha il dovere di censurare la legge, ma il vero intervento su di essa, in modo da renderla conforme al dettato costituzionale, spetta al Parlamento, in ossequio al principio di separazione dei poteri.

Un intenso dialogo tra giudici e legislatore si delinea nel disegno istituzionale, i cui contorni sono tracciati dal principio di separazione dei poteri e, quindi, dal più generale principio democratico²⁸⁴.

Data per presupposta l'esistenza di un dato normativo certo da cui partire, alle Corti dovrebbe spettare l'interpretazione della legge in armonia con la lettera e lo spirito dei valori costituzionali, mentre al Parlamento spetterebbe la funzione legislativa, intesa come attività creativa di nuovi istituti o trasformatrice di quelli tradizionali. Tuttavia, ragionando in questi termini, si finirebbe con il trascurare un aspetto assai significativo e tipico dei regimi politici democratici contemporanei, quale il graduale passaggio dall'idea di «sovranità parlamentare» all'idea di «supremazia della Costituzione», ossia del consolidamento del principio di

²⁸³ Alla stregua dei colleghi sudafricani, i giudici costituzionali italiani, nella recente sent. n. 138/2010, si affermano persuasi quanto all'*an* di una tutela giuridica per le coppie omosessuali, tuttavia ne rimettono interamente il *quomodo* alla discrezionalità legislativa, mostrando un approccio più cauto e decisamente meno coraggioso, anche perché non interamente fondato sulla solenne affermazione del principio di eguaglianza.

²⁸⁴ M. MONTALTI, *Separazione dei poteri e matrimonio omosessuale*, in (a cura di) F. BILOTTA, *Le unioni tra persone dello stesso sesso*, Milano-Udine, 2008, 69 e ss.

«sovranità dei diritti fondamentali». Nel Sudafrica attuale, che si riconosce nel valore della “supremacy of Constitution”, giudici e legislatori concorrono alla formazione delle regole nel rispetto di specifici ambiti costituzionalmente individuati o individuabili²⁸⁵. La Costituzione attribuisce alla Corte Costituzionale, alla Corte Suprema e alle Alte Corti il potere implicito di sviluppare la *common law* tenendo in considerazione gli interessi della giustizia²⁸⁶. Sviluppare il *common law* non è una mera scelta dei giudici, al contrario è un vero e proprio dovere che le Corti sono chiamate ad adempiere laddove né la legislazione, né lo stesso *common law* abbiano provveduto ad allinearsi con quanto stabilito dal *Bill of Rights*. Certamente, il legislatore può intervenire conferendo efficacia effettiva ad un diritto sancito nel *Bill* anche prima che la questione si presenti dinanzi al giudice, oppure decidendo di positivizzare, recepire o integrare *ex post* una norma di provenienza giurisprudenziale²⁸⁷.

Nel caso in esame, tuttavia, la Corte non si esime dal dettare alcuni principi guida ai quali l’assemblea legislativa deve attenersi.

²⁸⁵Quando si applicano le disposizioni del *Bill of Rights* ad una persona fisica o giuridica, le corti, al fine di dare effetto al diritto contenuto nel *Bill*, devono applicare o, se necessario, sviluppare la *common law* nella misura in cui la legislazione non dia effetto a tale diritto. Nell’interpretare la legislazione, o nello sviluppare la *common law* o la *customary law*, le corti devono promuovere lo spirito, il significato e i fini del *Bill of Rights*.

²⁸⁶Sez. 173 cost. finale.

²⁸⁷M. MONTALTI, “Separazione dei poteri e matrimonio omosessuale”, in (a cura di) F. BILOTTA, *Le unioni tra persone dello stesso sesso*, Milano-Udine, 2008, 69 e ss.

Due sono in particolare i principi di rilevanza costituzionale prospettati per arginare il pericolo di un arbitrario esercizio della discrezionalità legislativa. Innanzitutto, si nega di rimediare alla sotto- inclusività del diritto a contrarre matrimonio tramite l' *equalizing-down*, ossia negando a tutti, indifferentemente dal genere, il diritto al matrimonio. Il livellamento al ribasso, infatti, non promuoverebbe la dignità umana, né tantomeno il raggiungimento dell'eguaglianza e l'avanzamento dei diritti e delle libertà, ma creerebbe parità nell'esclusione e nell'oppressione. In secondo luogo, si avverte il Parlamento della «necessità di evitare un rimedio che all'apparenza sembri garantire eguale protezione, ma che nel far ciò finisca, per il suo contesto o il modo in cui è applicato, per riprodurre nuove forme di emarginazione», secondo il concetto del *separate but equal*.

Nel novembre del 2006, il Parlamento sudafricano approva il *Civil Union Act* e definisce l'unione civile come « l'unione volontaria di due persone di 18 o più anni, celebrata e registrata o tramite il matrimonio o tramite l'accordo civile conformemente alla procedura indicata in questo Act, ad esclusione di ogni altro per tutto il tempo della sua durata», evitando così il meccanismo di correzione automatica prospettato dalla *Constitutional Court*.

Le coppie etero- od omosessuali possono, dunque, scegliere di unirsi civilmente o tramite il matrimonio o tramite la *civil partnership*, equiparate sotto il profilo degli effetti legali. Le differenze riguardano soprattutto la forma della celebrazione: il

matrimonio può essere celebrato sia da funzionari pubblici²⁸⁸ secondo il rito civile, sia da ministri di culto religiosi accreditati dallo Stato, secondo il rito scelto dalla confessione di appartenenza²⁸⁹; la *civil partnership*, invece, è celebrata unicamente da *officer* dello Stato.

Conclusivamente si noti come le modalità argomentative e lo strumento decisionale adottato dalla *Constitutional Court of South Africa* avrebbero potuto rappresentare un valido esempio²⁹⁰, nonostante le evidenti differenze ordinamentali, di storia e cultura giuridica dei due Paesi, per il Giudice delle Leggi italiano che, nel rispetto (solo meno ipocrita di quello in realtà ostentato) della discrezionalità del Legislatore, avrebbe potuto fornire un'effettiva tutela alle coppie omosessuali, mediante un intervento volto all'attuazione dei principi costituzionali di dignità e di eguaglianza nell'evolvere della società e delle sue esigenze²⁹¹.

Altri percorsi, dunque, potevano essere battuti.

Ancora una volta, invece, la Corte costituzionale italiana sembra aver perso l'occasione per rivendicare il suo ruolo di

²⁸⁸Tuttavia, non si impedisce agli ufficiali civili di esercitare il diritto, espressamente riconosciuto, all'obiezione di coscienza alla celebrazione di una qualsiasi unione civile tra persone dello stesso sesso.

²⁸⁹Nel rispetto della libertà di coscienza, religione, pensiero, credenza e opinione, non si prescrive alcun obbligo alle confessioni religiose di celebrazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso.

²⁹⁰ La Corte Costituzionale italiana non risulta, tuttavia, essere avvezza all'uso di parametri extra- sistemici nell' interpretazione del dettato costituzionale.

²⁹¹ZUCCHINALI, *La soluzione sudafricana: una via percorribile?*, in (a cura di) R. BING. BRUNELLI- A. GUAZZAROTTI- A. PUGIOTTO- P.VERONESI, *La «società naturale» e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2009, 397 e ss.

garante dei diritti delle minoranze²⁹², preferendo rifugiarsi in argomentazioni, ambigue e contraddittorie, tese alla negazione virtuosa²⁹³ di un diritto.

§4. Una comparazione tra il modello statunitense e la giurisprudenza delle corti europee: il problema del riconoscimento transnazionale delle unioni omosessuali

Il matrimonio omosessuale rappresenta, ormai da alcuni anni, uno dei temi più discussi e controversi nell'arena del dibattito pubblico statunitense.

La geografia attuale degli USA ben potrebbe prestarsi ad essere delineata, al pari di quella europea, brevemente ricostruita in precedenza, come un *patchwork* di soluzioni tra loro *ictu oculi* eterogenee: nel Paese coesistono, infatti, le più disparate forme di tutela (o di non tutela)²⁹⁴.

²⁹² La Corte costituzionale italiana, con la sent. 138/2010 ha svelato la strutturale incapacità del discorso giurisdizionale di prospettare una lettura trasformativa dei diritti familiari degli omosessuali. Tuttavia, la modulazione di un intervento di principio sarebbe stata oltre che compatibile con una lettura evolutiva dell'art. 29 Cost., anche maggiormente adeguata a garantire una tutela giuridica alle coppie costituite da persone dello stesso sesso, in quanto sarebbe perlomeno risultata in grado di rimuovere gli ostacoli frapposti ad una legislazione di favore, senza altresì pretendere di delinearne in positivo i contenuti.

²⁹³ G. REPETTO, *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione virtuosa di un diritto*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

²⁹⁴ P. PASSAGLIA, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei*, in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_Il_matrimonio_tra_persone_stesso_sesso_12012010.pdf, 16.

Accanto ai sei Stati²⁹⁵ che, ad oggi, riconoscono alle coppie costituite da persone dello stesso sesso l'accesso all'istituto matrimoniale, ve ne sono altri in cui la tutela accordata è minima e altri ancora in cui è del tutto inesistente²⁹⁶. Alla mancanza di uniformità che caratterizza le singole discipline statali si aggiunga, poi, l'ulteriore e significativo profilo che attiene al riconoscimento interstatale delle unioni omosessuali.

La questione che in Europa può impostarsi in termini di circolazione delle persone, negli Stati Uniti viene, invece, ad inquadrarsi nelle complesse tematiche del federalismo²⁹⁷.

Pertanto, sebbene sia noto che le Istituzioni comunitarie non hanno competenza nel disciplinare la materia familiare, è altrettanto incontrovertibile il dato per cui i singoli Stati membri siano tenuti a rispettare il diritto comunitario, in modo da non pregiudicarne i principi cardine, tra cui quello della libera

²⁹⁵ Con l'approvazione della legge del 24 Giugno 2011, New York è il sesto Stato, dopo Iowa, New Hampshire, Connecticut, Massachusetts e Vermont, ad aver aperto le porte del matrimonio alle coppie omosessuali; il testo della legge newyorkese è stato votato da 33 senatori, fra cui 4 repubblicani, contro 29. Significative risultano le parole del Senatore Repubblicano Mark J. Grisanti, dopo che il suo voto è stato decisivo per la vittoria: *“Chiedo scusa a coloro che si sentano offesi. Ma non posso negare a un essere umano, a un contribuente, a un lavoratore, alla gente del mio Collegio e di questo Stato, lo Stato di New York, e a coloro che lo rendono grande gli stessi diritti che ho assieme a mia moglie”*. (www.corriere.it)

²⁹⁶ Una simile pluralità di opzioni, ovviamente, è da ricondursi all'ampio potere che, in relazione al diritto di famiglia, è riconosciuto ai singoli Stati membri dal Governo federale.

²⁹⁷ V. BARSOTTI, *Le unioni tra persone dello stesso sesso negli USA. Questioni di diritti e di federalismo*, in *Riv. cr. dir. priv.*, 4/2009, 584.

circolazione, anche qualora si trovino a legiferare in settori che esulano dalla competenza comunitaria.

Da qui, l'importanza attribuita agli effetti che la Direttiva sulla libertà di circolazione del 2004²⁹⁸ potrà avere in tema di riconoscimento transnazionale delle unioni omosessuali. Benché essa non imponga espressamente un generale dovere di riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso, prevede che un cittadino di uno Stato membro che lavora in uno Stato membro diverso possa essere raggiunto dal «coniuge» o da un «partner registrato», nel caso in cui lo Stato ospitante equipari le unioni registrate al matrimonio. Altresì, la Direttiva precisa che lo Stato ospitante è tenuto ad agevolare l'ingresso e il soggiorno del partner con cui il cittadino europeo ha una relazione stabile, potendo l'autorità nazionale svolgere «un esame accurato della situazione personale» e rifiutare il loro ingresso o soggiorno a fronte di una motivata giustificazione.

E' evidente, quindi, la necessità di garantire il più possibile l'unicità e la continuità degli *status* personali variamente attribuiti ai cittadini europei dalla legislazione degli Stati membri con cui essi sono collegati: la mancata “trasmigrazione” di tali *status* si è infatti rivelata agli occhi della stessa Corte di Strasburgo, in presenza di determinate condizioni, un potenziale ostacolo alla libera circolazione del cittadino dell'Unione. Con particolare riguardo al profilo della “libera circolazione della coppia”, tuttavia, non può ignorarsi la sussistenza di un ulteriore limite

²⁹⁸ Direttiva 29 Aprile 2004, 2004/758/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio d'Europa

costituito dall'operare delle norme di ordine pubblico: il rifiuto di riconoscere la continuità di uno *status* familiare "atipico", costituito in un altro ordinamento, potrebbe dunque rivelarsi legittimo, in quanto giustificato dalla imprescindibile necessità di salvaguardare i principi fondamentali e caratterizzanti dell'ordinamento dello Stato interessato. Molti sono ancora i problemi che possono sorgere per le coppie dello stesso sesso che, dopo aver contratto valido matrimonio in un Paese ove ciò sia legittimo, decidano di spostarsi in un altro ove ciò sia, invece, precluso²⁹⁹.

Quanto alla situazione nordamericana, occorre rilevare una preliminare distinzione tra le discipline che, a livello dei singoli Stati, concernono, l'una, la celebrazione del matrimonio, l'altra, il riconoscimento interstatale dello stesso. Ciascun ordinamento risulta, difatti, libero, nel rispetto di alcuni parametri federali, di disciplinare autonomamente il diritto di famiglia, avendo, pertanto, facoltà di determinare, discrezionalmente, chi ha il diritto di sposare chi. L'analogia con i rapporti intercorrenti fra singoli Stati membri e Unione è, allora, evidente.

²⁹⁹ M. MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita*, op. cit., 356-57 «L'automatica perdita dei diritti di coniugio per effetto del trasferimento ad altro Paese dell'UE che non ammette il matrimonio tra cittadini dello stesso sesso crea una disparità di diritti fondamentali tra i cittadini europei e ne limita notevolmente la libera circolazione nel territorio dell'UE. Da qui la necessità di elaborare un concetto di famiglia il più ampio possibile, tale da tener conto delle normative statali in tema di matrimonio e dell'evoluzione dei costumi». L'autore si auspica, quindi, l'attuazione di politiche volte a fare in modo che in ogni singolo Stato sia eliminata qualsiasi forma di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale.

Le Corti statali nel decidere se un matrimonio, valido in un dato Stato, possa essere considerato tale anche in un altro in cui non sarebbe, tuttavia, possibile celebrarlo, hanno da sempre seguito un approccio “convenzionale uniforme”, volto nel senso di accordare prevalenza al luogo della celebrazione.

Una giurisdizione avrebbe, quindi, la possibilità di riconoscere come valido in quel dato Stato un matrimonio, la cui celebrazione non sarebbe ammessa entro quegli stessi confini statali.

L’ impostazione tradizionale, però, non sembra trovare accoglimento, nella maggior parte degli Stati, qualora il matrimonio, di cui si chiede il riconoscimento, sia tra due soggetti del medesimo sesso. La deviazione dal modello classico si giustificerebbe a fronte della natura non costituzionale, bensì “meramente” giurisprudenziale, di tali regole che, dettate dall’esigenza di promuovere la cooperazione tra gli Stati, non derivano dall’idea di «full faith and credit»³⁰⁰, che, pertanto, non potrebbe rivelarsi risolutiva nell’ imporre il riconoscimento di alcun tipo di matrimonio.

Volti ad evitare che le Corti, in questa materia, si servano dell’approccio tradizionale e, dunque, diretti a scongiurare il riconoscimento di unioni celebrate altrove sulla base delle considerazioni classiche del federalismo americano, appaiono le

³⁰⁰ Si tratta della *Full Faith and Credit Clause*, prevista dall’articolo IV della Costituzione federale, secondo cui «piena fede e credito sarà dato in ciascuno Stato agli atti pubblici, ai documenti e ai procedimenti giudiziari degli altri Stati»

leggi e gli emendamenti costituzionali adottati in molti Stati nel senso dell'esclusiva eterosessualità del matrimonio³⁰¹.

Senza soluzione di continuità rispetto a tale prassi si rivela la posizione del Congresso che, mediante l'adozione del *Defence Of Marriage Act* (noto con il semplice acronimo DOMA), ha, sin dal 1996, definito il matrimonio, ai fini del diritto federale, quale «unione legale tra un uomo e una donna come marito e moglie», ed ha, altresì, espressamente legittimato³⁰² gli Stati, ignorando la clausola fondamento del federalismo americano, a non conferire efficacia a quegli atti che, pur legittimamente emanati da uno Stato, attribuiscono alle unioni omosessuali uno *status* simile al matrimonio³⁰³.

La legge, tuttora vigente³⁰⁴, sebbene contestata in punto di diritto, reca, dunque, due previsioni, l'una volta a definire i limiti

³⁰¹ V. BARSOTTI, *Le unioni tra persone dello stesso sesso negli Stati Uniti. Questioni di diritti e di federalismo*, in *Riv. cr. dir.priv.*, IV, 2009, 567 e ss.

³⁰² Testualmente «nessuno Stato, territorio, possedimento degli Stati Uniti o tribù indiana sarà tenuto a riconoscere un atto, un documento pubblico o procedimento giudiziario di un altro Stato, territorio, possedimento o tribù per quanto riguarda una relazione tra persone dello stesso sesso che si considerata matrimonio in base alla legge di tale Stato, territorio, possedimento o tribù, né sarà tenuto a riconoscere un diritto o una pretesa derivanti da tale unione»

³⁰³ «Attualmente quasi quaranta Stati hanno dato operatività a questa difesa dell'eterosessualità matrimoniale», elaborando una sorta di mini-DOMA statali, N. PIGNATELLI, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali*, in , 299.

³⁰⁴ L'attuale Presidente degli Stati Uniti, Barack Obama ha, tuttavia, dichiarato che l'amministrazione USA, nelle Corti federali, non difenderà più la legge che riconosce validità solo ai matrimoni tra uomo e donna, in quanto incostituzionale; «per una serie di fattori, tra cui una storia documentata di discriminazioni, non dovranno più essere sottoposte a maggiori controlli le classificazioni basate sull'orientamento sessuale.

della nozione di matrimonio³⁰⁵, l'altra tesa a fornire un indirizzo agli Stati membri nel senso di non procedere al riconoscimento di matrimoni omosessuali celebrati altrove negli USA³⁰⁶.

Si rileva, quindi, una notevole differenza tra l'atteggiamento del governo federale, che ha indirizzato gli Stati in senso contrario al riconoscimento dei matrimoni celebrati altrove negli Stati Uniti, e quello delle Istituzioni comunitarie, che potrebbero, invece, determinarsi ad intervenire in materia familiare, sebbene in ipotesi interstiziali, qualora il rigore delle soluzioni nazionali più "ostili" a qualunque considerazione dei legami familiari contratti in altri Stati membri non fosse più, alla luce di un'evoluzione sociale e culturale in tal senso, espressione, necessaria e proporzionata, di esigenze imperative o di interessi pubblici essenziali³⁰⁷.

Gran parte del panorama giuridico è cambiato in 15 anni, da quando il Congresso ha approvato la Doma».

³⁰⁵ P. PASSAGLIA, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei*, in

http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_II_matrimoni_o_tra_persone_stesso_sesso_12012010.pdf, 16, l'autore rileva che, senza tuttavia poter incidere direttamente sulla nozione di matrimonio accolta a livello statale, la Federazione ha optato, per quanto di sua competenza, per una configurazione dell'istituto rigorosamente eterosessuale.

³⁰⁶ La *ratio legis* è quella di negare l'applicazione automatica della *Full Faith and Credit Clause*, come del resto dimostra la formula facoltizzante utilizzata; mentre *ratio* implicita è certamente quella di "suggerire" agli Stati di non proceder nel senso di un riconoscimento dei matrimoni altrove celebrati.

³⁰⁷ L. RAVO, *Il dibattito nazionale sul matrimonio omosessuale: la prospettiva del diritto dell'Unione europea*, in *La «società naturale» e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2010, 285 ss.

Se si escludono alcuni casi³⁰⁸, pare emergere con evidenza la forte resistenza politica esercitata dal Legislatore (*rectius*, dai legislatori, federale e statali) nei confronti dell'audacia e del "riformismo" delle singole Corti Supreme statali. In un ordinamento che ha fatto parlare del «governo dei giudici», tuttavia, emerge la debolezza degli strumenti giurisprudenziali e delle logiche decisorie utilizzate, le quali sembrano mostrarsi inadeguate nel fondare il riconoscimento del diritto al matrimonio rivendicato dalle coppie omosessuali³⁰⁹.

«La legittimazione sociale, che il matrimonio, come forma più intensa di riconoscimento, dovrebbe garantire, presuppone necessariamente la legittimazione politica dell'organo che attribuisce tale riconoscimento, misurandosi (anche traumaticamente) con la tradizione»³¹⁰, soltanto il legislatore ha la forza necessaria ad imprimere a livello normativo un'accelerazione del processo di inclusione. In questo senso gli interventi delle Corti europee, attente e prudenti a non spingersi oltre i confini dell'interpretazione evolutiva, per evitare di invadere l'intangibile discrezionalità legislativa, ed eventualmente, incorrere in violazioni del principio di separazione dei poteri.

Consapevoli della rilevanza del loro ruolo nella interpretazione evolutiva dei concetti di "famiglia" e "matrimonio", le Corti

³⁰⁸ Come quello californiano caratterizzato da una certa "schizofrenia normativa" e quello del Vermont, in cui, invece, si è realizzata una virtuosa collaborazione tra Corte Suprema e Parlamento che ha condotto, infine, all'introduzione di un istituto parallelo a quello matrimoniale per le coppie omosessuali, attraverso l'adozione di una disciplina sulle unioni registrate.

³⁰⁹ N. PIGNATELLI, *I livelli europei*, op. cit., in *Riv. dir. cost.*, 2005, 295 ss.

³¹⁰ N. PIGNATELLI, *I livelli europei*, op. cit., in *Riv. dir. cost.*, 2005, 301.

europee si mostrano comunque vincolate al deferenziale rispetto del margine di apprezzamento del legislatore, alla ricerca del “giusto” equilibrio tra activism e restraint³¹¹

La discrezionalità del legislatore potrebbe ben declinarsi anche nel senso di prevedere forme di tutela alternative, senza, pertanto, necessariamente procedere ad una dilatazione dell’istituzione tradizionale; possibilità, quest’ultima, invece preclusa ai giudici, cui non rimarrebbe che arrendersi di fronte all’evidente inadeguatezza del controllo di costituzionalità ad introdurre nell’ordinamento questo “nuovo diritto”.

³¹¹G. REPETTO, «Non perdere il proprio mondo». *Argomenti dei giudici e matrimonio same-sex tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale*, in *Riv. cr. dir. priv.*, 3, 2010, 541 ss.

Conclusioni

Dapprima, si è ritenuto opportuno procedere ad analizzare l'istituto civilistico del matrimonio, così come definito (sebbene non *apertis verbis*) e disciplinato, nei suoi molteplici aspetti, dal nostro Codice civile.

Si è affrontato, poi, il tema –attualissimo- della trascrizione nel nostro ordinamento del matrimonio *same - sex* contratto all'estero tra cittadini italiani, sottolineando, attraverso un breve *excursus* storico, come sia la stessa funzione istituzionale del matrimonio a rendere più che mai necessaria, e non meramente opportuna, l'apertura dell'istituto *de quo* anche alle coppie omosessuali.

Aprire le porte del matrimonio a coppie omosessuali, del resto, non sarebbe un'operazione costituzionalmente preclusa: da qui l'analisi si estende, pertanto, alle diverse interpretazioni avente ad oggetto la previsione costituzionale dell'articolo 29.

Assunta nella sua mera testualità, la disposizione *de qua* - cruna dell'ago attraverso cui far passare i diversi tentativi, legislativi e giurisprudenziali, di innovazione della disciplina dei rapporti familiari- viene adoperata, nell'attuale discorso pubblico, come una fortezza inespugnabile, capace di respingere gli attacchi che, da più fronti, minano i caratteri tipici e fondanti della famiglia.

In realtà, si ritiene che il vero ostacolo all'introduzione di riforme in tal senso non abbia natura costituzionale, bensì squisitamente politico- sociale.

Al fine di superare le contraddizioni e le discrasie in cui si imbatte la prospettiva tradizionale, si è, poi, proceduto ad una disamina completa dei lavori che, in sede di Assemblea Costituente, hanno preceduto l'elaborazione di tale previsione.

Assolutamente non trascurabile è apparso, in seguito, approfondire quanto stabilito dalla Corte costituzionale con la sentenza 15/04/2010, n. 138 per poi procedere ad una disamina critica delle tappe che, nel giro di pochi anni, hanno segnato un composito ed interessante percorso giurisprudenziale nella materia *de qua*.

Le premesse da cui muove la prima pronuncia della Corte di legittimità, unitamente alle argomentazioni elaborate a più riprese e ribadite nelle altre pronunce successive, inducono a ritenere risolutivo il suo intervento del Legislatore.

E, del resto, riconoscere criticamente che la Corte avrebbe potuto fare di più e meglio nel difendere l'uguaglianza, non sminuisce la portata storica della pronuncia che, per la prima volta, riconosce esplicitamente le unioni omosessuali come *formazioni sociali* costituzionalmente tutelate affermando chiaramente, di conseguenza, il diritto fondamentale della coppia non solo di vivere liberamente la propria condizione con altra persona dello stesso sesso, ma di ottenerne il riconoscimento giuridico.

Nonostante le ambiguità - pure segnalate in questa, così come nelle altre pronunce che tale sentenza richiamano - è innegabile che si sia trattato di un'affermazione importante: un diritto fondamentale fondato sull'art. 2 della Costituzione, 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.

Infine, si è poi operato un raffronto di tipo comparatistico con altri ordinamenti (europei e non), da cui è apparso *ictu oculi* evidente come altri percorsi potessero – e possano - essere battuti.

Il paradigma di famiglia tradizionale - nucleare, bigenitoriale ed eterosessuale - da qualche tempo, infatti, anche nel nostro ordinamento, inizia a vacillare, forse anche alla luce di un diritto europeo della famiglia che, attestandosi a diversi livelli, non è più ignorabile.

Infatti, sebbene l'Unione europea non abbia competenze per il diritto sostanziale della famiglia, l'attività legislativa è stata, nel suo complesso, rilevante, particolarmente per quanto riguarda il diritto internazionale privato e il diritto processuale (*inter alia*: Reg. CE n.44/2001 del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale; Reg. CE n.2201/2003 del Consiglio relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale; Reg. CE n.4/2009 del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari). Dichiarato è, inoltre, l'obiettivo della Commissione europea di realizzare, attraverso l'elaborazione di principi condivisi, un diritto sostanziale europeo della famiglia che, tuttavia, a fronte dell'ampiezza e della specificità di talune nozioni presenti nei vari ordinamenti degli Stati membri (basti pensare a quelle di "famiglia" o di "matrimonio"), non sembra potersi ancora ravvisare.

Con riguardo al riconoscimento delle coppie omosessuali, si pensi a quanto espresso in diversi atti non vincolanti con cui le Istituzioni dell'Unione europea hanno espresso il loro favore verso la piena equiparazione delle coppie omosessuali e delle coppie eterosessuali nell'accesso al matrimonio o ad istituti analoghi, alla luce della costruzione di valori europei comuni, condizionati e condizionanti a loro volta le scelte discrezionali dei singoli Legislatori.

La recente Risoluzione del 14 gennaio 2009 lo dimostra: con essa, infatti, il Parlamento europeo, focalizzando l'attenzione sulla lesione della libertà di circolazione delle coppie omosessuali nello spazio europeo, invita i Legislatori nazionali ad eliminare le discriminazioni tra coppie etero ed omosessuali e chiede alla Commissione di presentare proposte dirette a garantire l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle coppie omosessuali coniugate, legate da un'unione civile registrata al fine di garantire loro la libera circolazione in tutti gli Stati membri.

Orientamento questo che trova un suo puntuale sviluppo nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (art. 21) la cui efficacia giuridica - è bene precisarlo - è attualmente fuori discussione per effetto dell'approvazione del Protocollo di Strasburgo che riconosce ai diritti in essa formulati pari efficacia giuridica delle norme del Trattato di Lisbona.

Le distanze tra ordinamento comunitario ed ordinamento italiano, tuttavia, possono, anzi, debbono essere accorciate in vista di una modernizzazione della società in senso democratico, avendo presente quell'obiettivo comune dato, da un lato, dalla

massima realizzazione della personalità di ciascun individuo e, dall'altro, dal migliore sviluppo nonché dalla maggiore protezione del *best interest* del minore.

La reticenza del *dominus* Legislatore non può rintracciare la sua *ratio* giustificativa nella presunta e strenua difesa di una sedicente tradizione culturale italiana.

Del resto, natura e tradizione sono stati per secoli argomenti ai quali ci si è appellati per continuare a perpetuare e perpetrare pesanti discriminazioni che oggi risultano, non soltanto odiose, ma del tutto illogiche ed irrazionali.

Fallace, pertanto, si rivelerebbe, ancora una volta, la scelta del Legislatore nazionale di qualificare la “*storia*”, la “*tradizione*” o la “*natura*” alla stregua di parametri normativi attraverso cui misurare l'ammissibilità o meno del riconoscimento e dell'effettivo godimento di taluni diritti connessi allo sviluppo della vita familiare.

Un dialogo costante tra Istituzioni comunitarie e Stati membri avente ad oggetto questioni di stringente attualità, ancora irrisolte, intorno ai temi più vari inerenti la materia familiare - dalla necessità e/o opportunità di una compiuta disciplina *ex professo* sulla convivenza etero ed omosessuale alla necessità e/o opportunità di aprire le porte dell'istituto matrimoniale anche alle coppie dello stesso sesso, dalla c.d. famiglia allargata all'autonomia negoziale dei coniugi, dalla fecondazione eterologa all'accesso alla procreazione medicalmente assistita alle coppie omosessuali conviventi, dall'adozione da parte del *single* alla responsabilità genitoriale, dalla monogenitorialità all'attribuzione del cognome o ancora, dal problema del riconoscimento

transfrontaliero delle coppie *same-sex* alla compromessa libertà di circolazione delle persone nello spazio comune europeo fino alla tutela *tout court* dei minori - avrebbe quantomeno il merito di creare l'illusione –forse non così vana- che un'Europa, non solo meramente economica, ma anche sociale, sia ancora possibile.

Del resto, parafrasando i giudici della *Constitutional Court of South Africa*, autori di una delle più affascinanti decisioni finora elaborate in tema di riconoscimento del diritto a contrarre matrimonio tra persone di orientamento omosessuale, «*l'antichità di un pregiudizio*», il suo radicamento diffuso, non può essere considerata «*una buona ragione per la sua sopravvivenza*».

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Matrimonio, matrimoni*, a cura di F. BRUNETTA D'USSEAU – A. D'ANGELO, Milano, 2000;

AA. VV., *La «società naturale» e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di BIN- BRUNELLI- GUAZZAROTTI - PUGIOTTO- VERONESI, Torino, 2010 (*E - book*);

AA. VV., *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato*, a cura di BILOTTA, Milano - Udine, 2008;

AULETTA, T., *Il diritto di famiglia*, Torino 1992;

BARCELLONA, *Famiglia (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, 782 ss.;

BARSOTTI, *Le unioni tra persone dello stesso sesso negli USA. Questioni di diritti e di federalismo*, in *Riv. cr. dir. priv.*, IV, 2009, 567 ss. ;

BENEDETTI, *Tutto ciò che è reale è ... naturale? Riflessioni sull'art.29, 1°co. Cost.*, in *Riv. crit. dir. pr.*, n.4/2009 , 590

BERGONZINI, *Il convitato di pietra. La posizione del Parlamento sulle unioni omosessuali*, in Aa. Vv., *La «società naturale» e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2010, 35 e ss.;

BESSONE, *sub art. 29 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna- Roma, 1976, 1 ss.;

BIANCA, *Famiglia (diritto di)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. VII, Torino 1961, 68 ss.;

BILOTTA, *Un'inattesa apertura costituzionale nonostante la conferma della inesistenza*, in *Guida al dir.*, 2006, 59 ss.;

BILOTTA, *Matrimonio «gay» all'italiana*, in *Nuova giur. civ. comm.*, Padova, 2006, 91-100

BIN R., *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium iuris*, 2000, 1066 ss.;

BIN R., *Per una lettura non svalutativa dell'art. 29*, in *La «società naturale»*, 50 ss.;

BONINI BARALDI, *Società pluraliste e modelli familiari: il matrimonio tra persone dello stesso sesso in Europa*, in *Famiglia*, 2001, 419 ss. ;

BONINI BARALDI, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Milano, 2005, 223 ss.;

BONINI BARALDI, *Il matrimonio fra cittadini italiani dello stesso sesso contratto all'estero non è trascrivibile: inesistente, invalido o contrario all'ordine pubblico?*, in nota a Trib. Latina, decr. 10 giugno 2005, *Fam. e dir.*, 418 e ss. ;

BONINI BARALDI, *Le nuove convivenze: profili internazionalprivatistici*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato diretto da Ferrando, Bologna, 2007, 1111 e ss.;

BONINI BARALDI, *“Comizi d'amore” in tempo di crisi*, in *Fam. e dir.*, 2009, 8-9, 830 e ss. ;

BUFFONE, *Riconoscibilità del diritto delle persone omosessuali di contrarre matrimonio con persone del proprio sesso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 911 e ss.;

BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 509 ss. ;

CALZARETTI, *Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive?*, in www.forumcostituzionale.it

CAGGIA – ZOPPINI, *sub art. 29*, in Bifulco, Celotto, Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 601 ss.;

CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quad. Cost.* 2010, 361;

CAVANA, *Sull'intrascrivibilità dell'atto di matrimonio validamente contratto all'estero tra persone dello stesso sesso*, in *Dir. fam. pers.*, 2005, 1268 e ss. ;

CAVANA, *La famiglia nella Costituzione italiana*, in *Dir. famiglia*, 2007, 902 ss.;

CICU, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Bologna 1978 ;

COOPER, *La morte della famiglia*, 1991;

CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale all'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2009, 726 ss. ;

CROCE, *Dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, in www.forumcostituzionale.it;

CUOCOLO, *Famiglia, I, Profili costituzionali*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XIV, Roma 1989;

D'AGOSTINO, *La coppia omosessuale, problema per i giuristi*, in *Iustitia*, 1, 1994, 80 ss.;

D'AGOSTINO, *Una filosofia della famiglia*, Milano, 2003, 140 ss.;

D'ALOIA-TORRETTA, *Questioni costituzionali in tema di famiglia (art. 29 Cost.)*, in CONFORTINI- BONILINI, *Codice ipertestuale della famiglia*, Torino, 2009, 9 ss.;

D'ANGELO, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio "non s'ha da fare"*, in www.forumcostituzionale.it;

DAL CANTO, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro it.*, 2005, V, 275 ss. ;

DAL CANTO, *Persone dello stesso sesso: a distanza di ventotto anni dalla prima pronuncia, ancora chiuse le porte alle pubblicazioni matrimoniali*, in *Foro it.*, 2008, I, 3697 ;

DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro it.*, 2010, I, 1367;

DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla "aspirazione" al matrimonio al "diritto" alla convivenza*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it;

DAU, *"La Corte Costituzionale del Sudafrica si esprime in modo favorevole all'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali"*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it;

DEL PRATO, *Matrimonio, famiglia, parentela: prospettive di inizio secolo*, in *Diritto Privato. Studi in onore di Antonio Palazzo, Tomo Secondo, Parte Seconda, Persona- Famiglia- Successioni* a cura di MAZZARESE –SASSI, Torino, 2009, 227 ss. ;

DI MASI, *Il riconoscimento delle unioni «same- sex» al vaglio della Corte Costituzionale*, in *Riv. cr. dir. priv.*, 2/2009, 335 ss. ;

DONATI, *Manuale di sociologia della famiglia*, II ed., Roma-Bari, 1999, 71 ss.;

DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982;

EXPÓSITO GÓMEZ, *La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali e la Costituzione spagnola* in *Foro it.* ,V ,2005, 267 e ss. ;

FARAGUNA, *Alla ricerca di un “oggetto positivamente non identificato”*, in Aa. Vv., *La «società naturale» e i suoi “nemici”*. *Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2010, 127 ss.;

FERRANDO, *Convivenze e modelli di disciplina*, in AA.VV., *Matrimonio, matrimonii*, a cura di Brunetta d’Usseaux - D’Angelo, Milano, 2000, 309 ss.;

FERRANDO - QUERCI, *L’invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Milano, 2007;

FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Trattato di diritto privato e commerciale*, già diretto da CICU - MESSINEO e proseguito da MENGONI, Milano, 2002, 43 ss.;

FERRANDO, *Il matrimonio gay: il testimone passa alla Consulta*, in *Resp. civ. e prev.* 2009, 1905;

FERRANDO, *Questo matrimonio non si può fare?*, in AA.VV., *La «società naturale» ed i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di BIN- BRUNELLI- GUAZZAROTTI- PUGIOTTO- VERONESI, Torino, 2010, 155 ss. ;

FINOCCHIARO, *Il matrimonio civile*, in *Commentario Scialoja - Branca*, II, Bologna - Roma, 1993 ;

FINOCCHIARO, *Il ruolo del matrimonio nell'ordinamento giuridico attuale*, Padova, 1996.

FIORILLO, *Matrimonio omosessuale. La lacuna italiana nella tutela dei diritti, alla luce della Costituzione e della normativa europea*, in *Giur.civ.*, 2009, 274 e ss. ;

FORDER, *Riconoscimento e regime giuridico delle coppie omosessuali in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 107 ss. ;

FORTINO, *Diritto di famiglia. I valori, i principi, le regole*, II ed., Milano, 2004, 63 ss. ;

FUSARO, *Non è la Costituzione a presupporre il paradigma eterosessuale*, in (a cura di) BIN- BRUNELLI- GUAZZAROTTI- PUGIOTTO- VERONESI, *La «società naturale» e i “suoi nemici”*, Torino, 2010, 151 ss.;

GATTUSO, *La Costituzione e il matrimonio fra omosessuali*, in *Il Mulino*, 2007, 452 ss.;

GATTUSO, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, capitolo tratto dal *Trattato di dir. fam.* a cura di ZATTI, in www.forumcostituzionale.it

GIACOBBE, *Il modello costituzionale della famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 48 ;

GIACOBBE, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. fam.*, 2006, III, 1219 ;

GRASSETTI, voce *Famiglia* (dir. priv.), in *Noviss. Dig. it.*, vol. VII, Torino, 1961, 50 e ss. ;

JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università di Catania*, III, 1948-1949, III, 5, 38 ss.;

LACROCE, *Concezione giuridica del matrimonio e vecchie e nuove concezioni*, nota a Corte di Cassazione 22 febbraio 2000, n. 7877, in *Giust. Civ.* 2000, I, 2897.

LAUROBA, *La legge spagnola sul matrimonio omosessuale ed i principi del diritto civile spagnolo*, in *Foro it.*, V, 2005, 272 ss. ;

LOLLO, *Società naturale e matrimonio tra omosessuali*, in Aa. Vv., *La «società naturale» e i “suoi nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di BIN- BRUNELLI-GUAZZAROTTI-PUGIOTTO-VERONESI, Torino, 2010, 215 ss.;

LOMBARDI, *Storia del matrimonio: dal Medioevo a oggi*, Bologna, 2008;

MANCINI, *Uguaglianza tra coniugi e società fondata nell'art. 29 della Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, 222 ss. ;

MARELLA, *Il diritto di famiglia fra status e contratto. Il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in *Stare insieme. I regimi giuridici della convivenza fra status e contratto*, a cura di GRILLINI – MARELLA, Napoli, 2001;

MARELLA, *Famiglie plurali. Famiglie e diritto. Rilevanza giuridica e “riconoscimento” dello stare insieme*, in www.astridonline.it ;

MASSAPINTO - TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale “le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio” ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, in www.dircost.unito.it;

MAZZOTTA, *Le relazioni omosessuali in Italia*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2004, 1, 163 ss.;

MELANI, *Il matrimonio omosessuale davanti alla Corte Costituzionale: azzardo o svolta?*, in www.forumcostituzionale.it;

MELANI, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta*, in www.forumcostituzionale.it;

MONTALTI, *La battaglia legale per il same- sex marriage in Canada e Sudafrica: eguaglianza e dignità versus libertà religiosa*, in *Giur. cost.*, 2004, 4819 ss. ;

MONTALTI, *Sudafrica: la Corte Suprema e il same- sex marriage*, in www.forumcostituzionale.it;

MONTALTI, *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bologna, 2007;

MONTALTI, *Separazione dei poteri e matrimonio omosessuale*, in (a cura di) BILOTTA, *Le unioni tra persone dello stesso sesso*, Milano - Udine, 2008, 69 ss.;

MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato*, Napoli, 1936;

MORLOTTI, *Il no della consulta al matrimonio gay*, in *Resp. civ. e prev.* 2010, VII-VIII, 1505 ;

NISTICÒ, *La corte torna sul matrimonio omosessuale: decisa anche la questione promossa dall'ordinanza fiorentina*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it;

ORLANDI, *Matrimonio contratto all'estero da cittadini italiani dello stesso sesso e sua efficacia giuridica in Italia*, in *Giur. Di Merito*, 2005, 2292 ss.

PANNARALE, *Le regole dell'amore. Famiglie e diritti in Italia ed in Europa*, in *Pol. dir.*, II, 2007, 217 ss. ;

PASSAGLIA, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei* (con contributi di AA. VV.) in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/C_C_SS_Il_matrimonio_tra_persone_stesso_sesso_12012010.pdf;

PASSAGLIA, *Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica*, in *Foro it.*, 2010, IV, 272 e ss. ;

PATRONE, *Il matrimonio tra persone omosessuali davanti alla Corte Costituzionale*, in *Quest. Giust.* 2009, 14 e ss.;

PATTI, *Il «principio famiglia» e la formazione del diritto europeo della famiglia*, in *Famiglia*, 2006, I, 531 ss.;

PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in Aa. Vv. , *La «società naturale» e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di BINBRUNELLI- GUAZZAROTTI- PUGIOTTO- VERONESI, Torino, 2010, 1 ss.;

Pezzini, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost* 2010, III, 255 ss.;

PEZZINI, *Coppie same sex e matrimonio: quale uguaglianza dopo la sent. 138/2010*, in *Politeia*, 2010, 100, 75 ss.;

PIGNATELLI, *Coppie omosessuali: la Spagna va oltre le socialdemocrazie scandinave*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, 654 ss.;

PIGNATELLI, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra “istituzione” matrimoniale e “funzione” familiare*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, 295 ss.;

PIGNATELLI, *Nozione di matrimonio e disciplina delle coppie omosessuali in Europa*, in *Foro it*, 2005, V, c. 260;

PIGNATELLI, *Dubbi di legittimità costituzionale sul matrimonio*, in *Forum di Quad. Cost.*, 2010;

PINARDI, *Matrimonio, coppie omosessuali, principio di uguaglianza: per una lettura contestualizzata dell’art. 29, 1° comma, Cost.*, in Aa. Vv., *La «società naturale» e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Torino, 2010, 273 ss.;

PINARDI, *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2010, 527 ss.;

PINELLI, *La nota del Consiglio Episcopale Permanente e le norme costituzionali in tema di famiglia e formazioni sociali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it

PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei “casi”: la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*, in www.forumcostituzionale.it;

PUGIOTTO, *L'altra faccia dell'eguaglianza (e dell'amore)*, in Aa. Vv., *La «società naturale» ed i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di BIN-BRUNELLI-GUAZZAROTTI-PUGIOTTO-VERONESI, Torino, 2010, 279 e ss.;

PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in www.forumcostituzionale.it;

RAVO, *Il dibattito nazionale sul matrimonio omosessuale: la prospettiva del diritto dell'Unione europea*, in Aa. Vv. *La «società naturale» e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di BIN- BRUNELLI- GUAZZAROTTI- PUGIOTTO- VERONESI, Torino, 2009, 285 ss.;

REPETTO, *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero: la negazione virtuosa di un diritto*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it;

RESCIGNO, *Le formazioni sociali intermedie*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 301 ss.;

RIVIEZZO, *Sulle unioni omosessuali la Corte ribadisce: “questo” matrimonio non s’ha da fare (se non lo vuole il Parlamento)*, in *Fam e dir.*, 2011, 18 ss. ;

RODOTÀ, *Presentazione*, in Aa. Vv., *Stare insieme*, a cura di Grillini – Marella, Napoli, 2001, XIV;

RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra il diritto e il non diritto*, Milano, 2006;

ROMBOLI, *Note introduttive - La legge spagnola sul matrimonio tra persone dello stesso sesso e la tutela delle coppie omosessuali in Italia*, in *Foro it.*, 2005, V, 256 ss. ;

ROMBOLI, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*, in *Giur. cost.*, 2010, II, 1629 ;

ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimoni*, in *Foro it.* , 2010, I, 1367 ;

RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategie) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 751 ss. ;

RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale ...) pretesa a connotarsi come “famiglie”*, in Aa. Vv., *La «società naturale» e i suoi nemici. Sul paradigma*

eterosessuale del matrimonio, a cura di BIN -BRUNELLI –
GUAZZAROTTI – PUGIOTTO -VERONESI, Torino, 2010, 307 e ss. ;

RUSSO, *Le idee della riforma del diritto di famiglia*, in *Studi sulla
riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1973, 23 ss ;

SALERNO, *Il vincolo matrimoniale non è suscettibile di
interpretazioni creative*, in *Guida al diritto, Fam. e min.*, 2010, 46
ss. ;

SALVI, *Natura e storia nell'evoluzione del diritto di famiglia in
Italia 1942- 2008*, in *Riv. crit. dir. pr.*, 4/2008, 559 ss. ;

SALVI, *La famiglia tra neogiusnaturalismo e positivismo giuridico*,
in www.astridonline.it ;

SANDULLI, *Rapporti etico sociali, art. 29*, in *Commentario al
diritto italiano della famiglia*, a cura di Cian – Oppo - Trabucchi,
Padova, 1992;

SANTORO PASSARELLI F., *Matrimonio e famiglia*, in *Saggi di
diritto civile*, I, Napoli, 1961;

SARACENO, *Famiglie, una vicenda plurale*, in *Memoria o futuro
della famiglia*, Milano, 2000;

SCALISI, *La famiglia nella cultura del nostro tempo*, in *Dir. fam.*,
2002, 708 ss;

SCHLESINGER, *Matrimonio tra individui dello stesso sesso
contratto all'estero*, in *Fam. dir.*, 2005, 411 e ss. ;

SCHUSTER, *Riflessioni comparatistiche sull'art. 29 della
Costituzione italiana*, in AA.VV., *Le unioni tra persone dello*

stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato, a cura di BILOTTA, Milano - Udine, 2008, 185 ss.;

SESTA, *Il matrimonio tra due cittadini italiani dello stesso sesso è trascrivibile in Italia?*, in *Fam. dir.*, 2005, 416 e ss. ;

SESTA, *Codice della famiglia*, a cura di Sesta, cit., *Sub art. 29 Cost.* ;

SILVIS, *Il matrimonio omosessuale, tra l'art. 29 e l'art. 2 della Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it;

SPINELLI, *Il matrimonio non è un'opinione*, in www.forumcostituzionale.it;

TERRANOVA, *Convivenza e situazioni di fatto*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da ZATTI, vol. I, *Famiglia e Matrimonio*, Milano, 2002, 803 ss. ;

TINCANI, *Del matrimonio omosessuale*, *Il Mulino*, 2010, IV, 594 ss.;

TINCANI, *Matrimonio omosessuale, se il codice civile prevale sulla Costituzione*, in www.micromega-online

TONDI DELLA MURA, *La sentenza che ha difeso la parola "matrimonio"*, in www.ilsussidiario.net;

TRABUCCHI, *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 19 ss. ;

UCCELLA, *La tutela generale della famiglia*, Padova, 1984;

VALENTI, *Lezioni dall'Europa*, in Aa.Vv., *La «società naturale» e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a

cura di BIN- BRUNELLI- GUAZZAROTTI- PUGIOTTO- VERONESI,
Torino, 2010, 369 ss.;

VERONESI, *Costituzione, «strane famiglie» e “nuovi matrimoni”*,
in *Quad. cost.*, 2008, 577 ss.;

VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie
del giudice delle leggi*, in *Studium iuris*, 10, 2010, 997 ss.;

VIOLINI, *Il riconoscimento delle coppie di fatto: praeter o contra
constitutionem?*, in *Quad. cost.*, 2007, 395 ss. ;

ZANINI, *Il matrimonio*, in CENDON (a cura di) *Il diritto privato
nella giurisprudenza. La famiglia*, Torino, 2000 ;

ZATTI, *Familia, Familiae - Declinazione di un'idea. I. La
privatizzazione del diritto di famiglia* , in *Familia*, 2002, 9 ss. ;

ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni
dopo*, in
http://www.giur.uniroma3.it/materiale/docenti/zoppini/pdf/Zoppini_2.pdf;

ZUCCHINALI, *La soluzione sudafricana: una via percorribile?*, in
Aa.Vv., *La «società naturale» e i suoi “nemici”. Sul paradigma
eterosessuale del matrimonio*, a cura di BIN- BRUNELLI-
GUAZZAROTTI- PUGIOTTO- VERONESI, Torino, 2010, 397 e ss.

Giurisprudenza Suprema Corte di Cassazione italiana:

Cassazione 20 settembre 1959, n. 2987, in *Foro it.* 1959, I;

Cassazione 14 febbraio 1975, n. 569, in *Dir. Fam. e Pers.* 1975;

Cassazione 20 maggio 1976, n. 1808, in *Giur. it.* 1977, I;

Cass. pen. 23 Marzo 1982, in *Giust. pen.*, 1983;

Cassazione 19 ottobre 1998, n. 10351, in *Riv. Dir. Intern. Priv. Proc.* 1999;

Cass. civ., sez. I, 9 Giugno 2000, n. 7877, in *Giust. Civ.* 2000, I;

Cass. Civ., sez. I, 9 ottobre 2007, n. 21099.

Giurisprudenza di legittimità italiana:

Corte Costituzionale, sentenza del 24 Maggio 1985, n. 161;

Corte costituzionale, sentenza del 15 Aprile 2010, n. 138;

Corte costituzionale, ordinanza del 22 Luglio 2010, n. 276;

Corte costituzionale, ordinanza del 5 Gennaio 2011, n. 4;

Corte costituzionale, sentenza del 2014, n. 170;

Corte di Cassazione, sentenza del 2012, n. 4184;

Corte di Cassazione, sentenza del 2015, n. 2400.

Giurisprudenza di merito italiana:

Trib. Roma 28 giugno 1980;

Trib. Latina, 10 Giugno 2005, in *Fam. e dir.*, 2005, 4 ss.;

App. Roma, 17 Luglio 2006, in *Guida al diritto*, 2006, n. 35, 55 ss.;

Corte d'appello di Firenze, 27 Giugno 2008;

Trib. Bergamo, Sez. I, 21 Febbraio 2009;

Ordinanza del 3 Aprile 2009 del Tribunale di Venezia, Sez. III;

Decreto del 4 Giugno 2009, Tribunale Torino, Sez. VII;

Ordinanza del 29 Luglio 2009, Corte d'appello di Trento;

Ordinanza del 13 Novembre 2009, Corte d'appello di Firenze;

Ordinanza dell'11 Dicembre 2009, Tribunale di Ferrara;

Decreto del 23 Luglio 2010, Tribunale di Varese;

Giurisprudenza straniera

Constitutional Court of South Africa, 1° dicembre 2005 ;

Tribunal Constitucional de Portugal, 8 Aprile 2010, n. 121/2010, in *Foro it.*, 2010, IV, 273 ;

Corte europea dei diritti dell'uomo - Corte CEDU, *Schalf & Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, ric. n. 30141/04.