

GIOVANNI DAMELE

Sulle motivazioni della recente sentenza
della Corte Costituzionale italiana in materia
di matrimonio omosessuale.

*Con un confronto con la giurisprudenza
del Tribunal Constitucional portoghese**

*La forma que se ajusta al movimiento
no es prisión, sino piel del pensamiento*

OCTAVIO PAZ

1. Sulla recente sentenza della Corte Costituzionale italiana in materia di matrimonio omosessuale – 2. Excursus comparativo: il caso portoghese – 3. Conclusioni.

* L'articolo riprende un testo presentato il 12 maggio 2010 presso il seminario informale di argomentazione giuridica della Faculdade de Direito della Universidade Nova de Lisboa, e si avvale anche del lavoro svolto, nello stesso contesto, da Lécia Vicente e Teresa Violante. Sulle argomentazioni della sentenza italiana, un articolo preciso e dettagliato è stato successivamente pubblicato da Ilenia Massa Pinto e Chiara Tripodina nella sezione "Studi sulle tecniche interpretative" dell'"Archivio di diritto e storia costituzionali" (*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*). A questo esauriente articolo si rimanda per ogni ulteriore approfondimento sulla sentenza italiana.

1. *Sulla recente sentenza della Corte Costituzionale italiana in materia di matrimonio omosessuale*

La vicenda è nota: il Tribunale di Venezia è chiamato a pronunciarsi in un giudizio promosso da due persone omosessuali contro l'ufficiale di stato civile del Comune di Venezia, che ha rifiutato di procedere alla pubblicazione di matrimonio richiesta dagli stessi. Lo stesso tribunale decide quindi di sollevare la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli articoli 2, 3, 29 e 117 (primo comma) della Costituzione e agli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis del codice civile "nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso". Analogo *iter* giuridico era intrapreso dalla Corte di appello di Trento, a seguito di un reclamo proposto da due coppie omosessuali contro un decreto del Tribunale di Trento "che aveva respinto l'opposizione formulata dai reclamanti nei confronti di un provvedimento dell'ufficiale di stato civile del Comune di Trento", con il quale il funzionario "aveva rifiutato di procedere alle pubblicazioni di matrimonio richieste dagli opposenti", rifiuto giudicato appunto legittimo dal Tribunale.

Può essere interessante esaminare rapidamente le argomentazioni con le quali il giudice delle leggi ha giustificato il proprio giudizio di inammissibilità e, in secondo luogo, confrontare la vicenda italiana con l'analogo iter giudiziario e legislativo che si è dipanato, pressappoco nello stesso periodo, in un altro paese dalla cultura giuridica, e non solo giuridica, simile a quella italiana: il Portogallo.

Vale la pena rilevare, anzitutto, come nelle sue motivazioni la Corte Costituzionale abbia esplicitamente incluso l'unione omosessuale "intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso» sotto la categoria della "formazione sociale», richiamando quindi esplicitamente

l'articolo 2 della Costituzione e chiarendo la necessità di un riconoscimento giuridico dei diritti e dei doveri, “nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge». A che cosa alluda questo inciso, la Corte lo rende esplicito immediatamente dopo, quando afferma che “si deve escludere [...] che l’aspirazione a tale riconoscimento [...] possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio”. Spetta quindi al Parlamento, “nell’ambito applicativo dell’art. 2 Cost.” e “nell’esercizio della sua piena discrezionalità”, individuare “le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette”¹. Quindi: le unioni omosessuali appartengono a quelle “formazioni sociali” nelle quali si “svolge” la personalità dell’individuo, e pertanto i diritti inviolabili dell’uomo vanno riconosciuti e garantiti anche all’interno di questa particolare “formazione sociale”, ma questo non significa che ciò possa essere automaticamente messo in atto equiparando le unioni omosessuali al matrimonio (e neppure lo vieta, si potrebbe aggiungere): spetta in ogni caso al legislatore stabilire i modi di questo riconoscimento.

Le ragioni di questa posizione, appaiono di seguito, quando la Corte Costituzionale inizia, “per ragioni di ordine logico”² (che in realtà sono ragioni semplicemente dettate dal contenuto della disposizione) dall’art. 29 della Costituzione, che stabilisce, nel primo comma, che “la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”, aggiungendo nel secondo: “il matrimonio è ordinato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell’unità familiare”. Il punto, naturalmente, è la già tanto discussa qualificazione di “società naturale” attribuita alla famiglia,

¹ Sent. 138/2010, punto 8, *Considerato in diritto*

² Punto 9, *Considerato in diritto*

una locuzione della quale, sia detto per inciso, è già stato da più parti evidenziato (e non senza buone ragioni, a opinione di chi scrive), il carattere ossimorico. Per chiarirne il senso, la Corte sceglie in questo caso di ricorrere all'argomento psicologico³, affermando che “con tale espressione, *come si*

³ È l'argomento per cui “a ciascun enunciato normativo deve essere attribuito il significato che corrisponde alla volontà dell'emittente o autore dell'enunciato, cioè del legislatore in concreto, del legislatore storico. Il fondamento di questo argomento risiede nella dottrina imperativistica della legge, nella dottrina cioè per cui la legge è un comando, rivolto dal superiore all'inferiore: il comando si manifesta in un documento, e attribuire significato al documento vuol dire risalire alla volontà di cui il documento è espressione”, GIOVANNI TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 364. Ai fini della presente analisi, si preferirà prendere in considerazione gli argomenti elencati da Giovanni Tarello e ripresi da CHAÏM PERELMAN in *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* (1976; tr. it., *Logica giuridica. Nuova retorica*, Giuffrè, Milano, 1979). Altre proposte di cataloghi di “argomenti interpretativi”, più o meno intersecanti l'elenco tarelliano, possono essere individuati in, per esempio, AULIS AARNIO, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht etc., 1987, cap. III; PIERLUIGI CHIASSONI, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Giuffrè, Milano, 1999, cap. V; ENRICO DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino, 1999, capp. IV e V; RICCARDO GUASTINI, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, parte III; LUIGI LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1981, pp. 53 ss.; FRANÇOIS OST-MICHEL VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1989, pp. 50 ss.; ROBERT S. SUMMERS, MICHELE TARUFFO, *Interpretation and Comparative Analysis*, in N. MAC-CORMICK, R.S. SUMMERS (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Dartmouth, Aldershot, 1991, pp. 464-465. Si veda inoltre GEORGES KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique*, L.G.D.J.,

desume dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente, si volle sottolineare che la famiglia contemplata dalla norma aveva dei diritti originari e preesistenti allo Stato, che questo doveva riconoscere⁴ (corsivo mio). Come si vede, fa qui capolino anche l'argomento naturalistico, nella versione dell'ipotesi del "legislatore impotente"⁵. E tuttavia si scorge una qualche esitazione da parte della Corte a ricorrere a un argomento che, in società post-tradizionali e multi-etiche, rischia di essere poco persuasivo. Si giustifica così il ricorso all'argomento psicologico, che sposta sui padri costituenti l'onere dell'argomentazione basata sull'ineludibile forza della natura delle cose. La strategia si chiarisce, infatti, nelle righe successive: dopo aver premesso che "i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere 'cristallizzati'" (apparentemente evitando, quindi, il ricorso all'argomento naturalistico), la Corte precisa però che l'interpretazione "non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata"⁶. Ora, tralasciando per il momento il fatto che riconoscere che un concetto non è "cristallizzato" significa pressappoco sottintendere che esso possa essere in seguito modificato "in modo tale da includere

Paris, 1965; ULRICH KLUG, *Juristische Logik*; Ilmar Tammelo, *Outlines of Modern Legal Logic*, Steiner, Wiesbaden, 1969.

⁴ Punto 9, *Considerato in diritto*.

⁵ L'argomento naturalistico "si fonda su concezioni del diritto per le quali i rapporti sociali trovano in sé stessi, nella loro natura, nella natura dell'uomo, nella natura delle cose, la loro disciplina [...]. La legge che volesse 'far forza' alla natura non sarebbe 'vera' legge o non sarebbe 'efficace'", G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 378.

⁶ Punto 9, *Considerato in diritto*

fenomeni e problematiche” sorte successivamente, è chiaro che il perno dell’argomento diventa qui la qualificazione di quel “nucleo della norma” le cui caratteristiche, si dice, non possono essere toccate dall’interpretazione. A questo scopo, la Corte torna a far ricorso all’argomento psicologico, ampliandone in qualche modo la portata: “come risulta dai citati lavori preparatori, la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta” e ancora “i costituenti, elaborando l’art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un’articolata disciplina nell’ordinamento civile”⁷. Quindi: quando intesero parlare di famiglia, i costituenti lo fecero pensando solo alla famiglia eterosessuale perché: a) con l’espressione “naturale” si riferirono, in pratica, a un ben preciso modello di famiglia ritenuto preesistente a ogni ordinamento giuridico, e che quindi poteva da quest’ultimo essere semplicemente riconosciuto; b) nessuno, durante i lavori di redazione del testo costituzionale, pose il problema delle unioni omosessuali, nonostante l’esistenza degli omosessuali non fosse ignota ai padri costituenti (si direbbe che questo intende la Corte con la frase “benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta”); c) in ogni caso, quando discussero della famiglia, i padri costituenti lo fecero avendo in mente il modello già riconosciuto nell’ordinamento giuridico italiano, vale a dire nel codice civile. Dunque, la posizione dei costituenti che definisce il “nucleo” intangibile della norma sembra fondarsi su tre elementi: il primo è eminentemente di tipo naturalistico, e non richiede, a questo punto, ulteriori specificazioni. Il secondo è essenzialmente basato sul silenzio del legislatore e sulla sua decisione (assunta per meditata e

⁷ Punto 9, *Considerato in diritto*

consapevole) di non includere sotto una determinata categoria (famiglia) un fenomeno (unioni omosessuali) che pure non doveva ignorare. Il terzo, infine, apre la strada al ricorso all'argomento storico⁸, poiché "in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile, entrato in vigore nel 1942, che, come sopra si è visto, stabiliva (e tutt'ora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso"⁹. In tutti e tre i casi, se ne dovrebbe concludere che il "nucleo» intangibile della norma sarebbe l'identificazione della famiglia con l'unione eterosessuale. A rafforzare questa qualificazione giunge, infatti, in ultimo, il ricorso all'argomento sistematico, nella versione della cosiddetta *sedes materiae*¹⁰: "Non è casuale, del resto, che la Carta costituzionale, dopo aver trattato del matrimonio, abbia ritenuto necessario occuparsi della tutela dei figli (art. 30), assicurando parità di trattamento anche a quelli nati fuori del matrimonio, sia pur compatibilmente

⁸ È l'argomento per cui, "essendo dato un enunciato normativo, in mancanza di espresse indicazioni contrarie si deve ad esso attribuire lo stesso significato normativo che tradizionalmente veniva attribuito al precedente e preesistente enunciato normativo che disciplinava la stessa materia nella medesima organizzazione giuridica, ovvero lo stesso significato normativo che tradizionalmente veniva attribuito all'enunciato normativo contenuto in un documento capostipite di altra organizzazione", G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 367.

⁹ Punto 9, *Considerato in diritto*

¹⁰ "In una prima accezione, per 'sistema' si intende la disposizione degli enunciati normativi che è stata prescelta dal legislatore: ad esempio la disposizione degli articoli, dei capi, dei titoli di un codice. In questa accezione di 'sistema', l'argomento sistematico altro non è che l'argomento secondo cui agli enunciati si deve dare quell'interpretazione che è suggerita dalla loro collocazione nel 'sistema del codice'", G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 376.

con i membri della famiglia legittima. La giusta e doverosa tutela, garantita ai figli naturali, nulla toglie al rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima e alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale". La coerenza sistematica rappresentata dalla vicinanza tra l'articolo riguardante la famiglia e quello dedicato alla tutela dei figli indicherebbe il "rilievo costituzionale" attribuito alla (potenziale) "finalità procreativa del matrimonio", che "vale a differenziarlo dall'unione omosessuale"¹¹. Il matrimonio cui si riferisce il testo costituzionale è quello, dice la Corte, inteso nel suo "significato tradizionale": col che, in chiusura dell'argomentazione, riaffiora quell'argomento naturalistico che, come abbiamo visto, rimane sottotraccia lungo tutto lo svolgersi del discorso. Il "significato tradizionale" è, "in ultima analisi" quel "significato del precetto costituzionale" che "non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa"¹². Ne consegue che, poiché "le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio", gli articoli del codice civile in questione non sono incostituzionali neppure con riferimento all'art. 3 Cost., poiché (data la ricostruzione appena conclusa dell'articolo 29), essi non danno luogo a una "irragionevole discriminazione" ma, bensì, a una discriminazione fondata nello stesso testo costituzionale¹³.

Le argomentazioni della Corte si concludono poi, sostanzialmente, con due argomenti. Il primo è in risposta al rilievo, fatto dai ricorrenti, secondo il quale il divieto

¹¹ Punto 9, *Considerato in diritto*

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*

opposto al matrimonio omosessuale costituirebbe un trattamento diseguale rispetto al diritto di sposarsi riconosciuto dalla stessa corte [sentenza 161 del 1985] a coloro che hanno cambiato sesso. Qui la Corte ha, ovviamente, buon gioco nel ricorrere all'argomento *a fortiori*¹⁴: la sentenza del 1985 costituisce in realtà "un argomento per confermare il carattere eterosessuale del matrimonio"¹⁵. Il secondo, prende le mosse dal riferimento (come si faceva già, ovviamente, nel ricorso), all'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che "nell'affermare il diritto di sposarsi rinvia alle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio". Ne consegue, a favore della decisione della Corte, il ricorso all'argomento *ab exemplo*¹⁶: "ulteriore riscontro di ciò si desume, come se già si è accennato, dall'esame delle scelte e delle soluzioni adottate da numerosi

¹⁴ È l'argomento per cui, "essendo data una norma giuridica che predica un obbligo o un'altra qualificazione normativa di un soggetto o di una classe di soggetti, si deve concludere che valga (che sia valida, che esista) una diversa norma che predichi la stessa qualificazione normativa di un altro soggetto o classe di soggetti che si trovi in situazione tale da meritare, a maggior ragione del primo soggetto o classe di soggetti, la qualificazione che la norma data accorda al primo soggetto o classe di soggetti", G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 355.

¹⁵ Punto 9, *Considerato in diritto*

¹⁶ In questo caso si tratta, ovviamente, di riferimento ad altri ordinamenti. Attraverso questo argomento, si attribuisce a un enunciato normativo "quel significato che gli è già stato attribuito da qualcuno, e per questo solo fatto". Si tratta di un argomento "che invita ad attenersi [...] alla prassi applicativa consistente nel prodotto dell'interpretazione ufficiale o giudiziale, ovvero all'interpretazione della dottrina". In questa versione dell'argomento, comparatistica, si tratta di prassi applicative proprie di ordinamenti diversi. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 372.

Paesi che hanno introdotto, in alcuni casi, una vera e propria estensione alle unioni omosessuali della disciplina prevista per il matrimonio civile oppure, *più frequentemente*, forme di tutela molto differenziale e che vanno, dalla tendenziale assimilabilità al matrimonio delle dette unioni, fino alla chiara distinzione, sul piano degli effetti, rispetto allo stesso”¹⁷ (corsivo mio).

2. *Excursus comparativo: il caso portoghese*

Una situazione del tutto analoga, come si diceva all’inizio, si è andata delineando, nello stesso periodo, in Portogallo¹⁸. Qui, il *Tribunal Constitucional* è stato investito della questione a seguito di una vicenda giudiziaria assai simile a quella italiana. Due conviventi omosessuali, che si erano visti rifiutare le pubblicazioni di matrimonio presso la 7^a *Conservatória do Registo Civil* di Lisbona, avevano, infatti, fatto ricorso contro la decisione, la quale veniva tuttavia confermata tanto in prima istanza, quanto in appello, in quanto conforme con la lettera degli articoli 1577 e 1628 (comma *e*) del *Código Civil*¹⁹. Vale la pena di iniziare

¹⁷ Punto 10, *Considerato in diritto*

¹⁸ Occorre ricordare, a questo proposito, che in Portogallo le cosiddette “unioni di fatto”, anche tra persone dello stesso sesso, avevano già ottenuto riconoscimento e tutela legale con la legge n. 7 dell’11 maggio 2001 che, revocando la legge n. 135 del 28 agosto 1999 (la quale a sua volta tutelava l’unione di fatto, ma la definiva con esplicito riferimento alla differenza di sesso, cioè come “a situação jurídica das pessoas de sexo diferente que vivem em união de facto há mais de dois anos”), equiparava le unioni di fatto eterosessuali a quelle omosessuali, conferendo la tutela legale indipendentemente dall’identità sessuale dei conviventi.

¹⁹ Art. 1577 (“Noção de casamento”): “Casamento é o contrato

considerando le argomentazioni, in sede di appello, del *Tribunal da Relação* di Lisbona²⁰. Anche in questo caso, come nel caso italiano e com'è, del resto, prevedibile, le argomentazioni degli appellanti si imperniavano principalmente sulla violazione dei principi contenuti negli articoli 13 (principio di eguaglianza)²¹, 36 (famiglia, matrimonio e filiazione)²² e 67 (famiglia)²³ della Costituzione della Repubblica Portoghese (d'ora in poi CRP) e di quanto disposto nell'articolo 405 del *Código Civil* (principio della libertà

celebrado *entre duas pessoas de sexo diferente* que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código” (corsivo mio); art. 1628 (“Casamentos inexistentes”), comma e): “É juridicamente inexistente [...] o casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo”.

²⁰ Tribunal da Relação de Lisboa, Acórdão 6284/2006-8, 15/02/2007.

²¹ “1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, situação económica, condição social ou orientação sexual”. Da notare che il riferimento finale all'orientamento sessuale é stato aggiunto nel 2004 in sede di revisione costituzionale (Lei Constitucional n. 1/2004), completando così l'iniziale formulazione del principio d'eguaglianza. Un aspetto questo particolarmente sottolineato dagli appellanti, secondo i quali questo “rinforzo” della formulazione originaria ha di fatto un solo significato: impedire costituzionalmente che alcuni cittadini portoghesi possano essere discriminati in ragione del loro essere omosessuali.

²² “1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”

²³ “1. A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros”.

contrattuale)²⁴. In particolare, in relazione al principio di eguaglianza sancito dall'art. 13 CRP, gli appellanti richiavano esplicitamente un passo di una precedente sentenza nella quale, facendo riferimento al parametro della *ragionevolezza intersoggettiva*²⁵ e all'argomento sistematico, il *Tribunal Constitucional* evidenziava come l'incostituzionalità di una norma per violazione del principio di eguaglianza dipenda dall'irragionevolezza delle (eventuali) discriminazioni e dalla mancanza di "consonanza" con il sistema costituzionale²⁶. Come già è apparso chiaro dalla sentenza della Corte Costituzionale, tale argomento può ovviamente e agevolmente essere utilizzato per sostenere anche la posizione opposta, vale a dire la costituzionalità (per non violazione del principio di eguaglianza) dei due citati articoli del codice civile portoghese sul matrimonio: basta, infatti, che la discriminazione sia in questo caso giustificata in quanto ragionevole, o *in sé* o perché in consonanza o con il "sistema costituzionale" o con l'intero ordinamento giuridico portoghese. Ogni argomentazione si sposta quindi, anche in

²⁴ "1. Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver 2. "As partes podem ainda reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei".

²⁵ Giudizio di ragionevolezza formulabile in termini di eguaglianza: per questo e per gli altri argomenti si rimanda anche alla sezione "Tecniche interpretative della Corte Costituzionale" in "Archivio di diritto e storia costituzionali", <http://www.dircost.unito.it>.

²⁶ "Assim, a caracterização de uma norma como inconstitucional, por violação do princípio da igualdade, depende, em última análise, da ausência de fundamento material suficiente, isto é, falta de razoabilidade e consonância com o sistema constitucional", Tribunal Constitucional, Acórdão n 309/85, cit. in Tribunal da Relação de Lisboa, Acórdão, ponto 8 (22^a), *Relatório*.

questo caso, verso la qualificazione di ragionevolezza della discriminazione in questione. Si tratta di una strategia argomentativa ovviamente privilegiata in casi simili, quando il punto è la violazione o meno del principio di eguaglianza di fronte all'apparire di nuove situazioni che modificano il quadro dei rapporti sociali precedentemente regolato dall'ordinamento giuridico. Basti pensare, in questo caso, alla celebre sentenza della Corte Costituzionale italiana sull'adulterio femminile del 23 novembre 1961, nelle cui motivazioni l'ingiustificabilità della discriminazione era rigettata con un ricorso all'argomento della coerenza²⁷ e con un ancor più massiccio ricorso all'argomento naturalistico, nella sua versione, in particolare, di riferimento al *common sense*²⁸. Una strategia analoga è quindi ravvisabile nelle

²⁷ Argomento della coerenza orizzontale interlegislativo: "Del resto, nel disporre un siffatto trattamento, il legislatore penale, lungi dall'ispirarsi a sue limitate particolari vedute, non ha fatto che adeguarsi a una valutazione dell'ambiente sociale che, per la sua generalità, ha influenzato anche altre parti dell'ordinamento giuridico; come può chiaramente desumersi, tra l'altro, dall'art. 151 del Codice civile, il quale per l'adulterio della moglie consente l'azione di separazione in ogni caso, mentre per l'adulterio del marito la subordina alla condizione che il fatto costituisca una ingiuria grave a danno della moglie" (Corte Costituzionale, Sentenza 64/1961, punto 3, *Considerato in diritto*). Col che, vale notare, la Corte Costituzionale faceva riferimento alla coerenza dell'articolo in questione del Codice Civile (il 559) con un'altra norma dello stesso Codice Civile (anch'essa precedente quindi all'entrata in vigore della costituzione repubblicana), la cui costituzionalità, anche in questo caso alla luce dello stesso art. 3 della Costituzione, era tutt'altro che scontata.

²⁸ Valga come esempio, tra i molti possibili, il commento che nelle motivazioni si fa dell'art. 29 della Costituzione, sottolineando come la qualifica di "naturale", attribuita alla famiglia nel primo comma, "se non ha un preciso contenuto giuridico, ha certamente implicito il richiamo e

motivazioni del *Tribunal da Relação* lisboneta (così come in quelle, come vedremo, del *Tribunal Constitucional*), seppur, anche in questo caso, con un ricorso all'argomento naturalistico piuttosto ancillare e di certo meno invadente rispetto a quello della (anche per questo) celeberrima sentenza del 1961²⁹. Per parte sua, nel rigettare il ricorso, il *Tribunal da Relação* di Lisbona rilevava, infatti, che se da un lato l'articolo 36 CRP non contiene norme "chiuse", rimettendo così al legislatore ordinario il compito di regolamentare tanto i requisiti quanto gli effetti del matrimonio³⁰, dall'altro bisognava evidenziare come il legislatore costituzionale, distinguendo tra "famiglia" e "matrimonio" (l'articolo 36 CRP parla appunto di "famiglia, matrimonio e filiazione"), avesse "rivelato implicitamente" [sic] di non ignorare le coordinate fondamentali del matrimonio nell'ordinamento

il riconoscimento del tradizionale concetto della famiglia, quale tutt'ora vive nella coscienza del popolo" (punto 4, *Considerato in diritto*).

²⁹ Valga come esempio, nella sentenza del *Tribunal da Relação*, la citazione di un passo da Jorge Miranda e Rui Medeiros (*Constituição portuguesa anotada*, Coimbra editora, Coimbra 2007, pag. 397) nel quale si sottolinea come il matrimonio non viene garantito dalla costituzione come una realtà astratta, completamente manipolabile e suscettibile di una libera conformazione da parte della legge: un esempio di argomento naturalistico, nella sua versione di "ipotesi del legislatore impotente" ("O casamento não é, pois, garantido como uma realidade abstracta, completamente manipulável pelo legislador e susceptível de livre conformação pela lei. Pelo contrário, como é próprio de uma garantia institucional, não faz sentido que a Constituição conceda o direito a contrair casamento e, ao mesmo tempo, permita à lei ordinária suprimir ou desfigurar o seu núcleo essencial").

³⁰ "O artigo 36º da Constituição da República Portuguesa não contém normas fechadas, remetendo para o legislador ordinário a regulamentação dos requisitos e efeitos do casamento e até a sua forma de celebração" (Acórdão 6284/2006-8, IV).

giuridico portoghese, tra le quali, appunto, dev'essere inclusa la differenza di sesso tra i coniugi, sancita dagli articoli 1577 e 1628 del *Código Civil*³¹.

Veniamo dunque al ricorso presso il *Tribunal Constitucional*, conclusosi con sentenza di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale (9 luglio 2009) e che costituisce, in un certo senso, l'analogo della sentenza italiana³². Occorre notare immediatamente che la strategia del giudice delle leggi portoghese non differisce da quella dei giudici in appello, ma la precisa ulteriormente. Anche in questo caso, l'accento è posto soprattutto sulla coerenza *sistematica* del testo della costituzione con l'insieme dell'ordinamento: una strategia che fa leva sul fatto che la CRP, all'articolo 36, usa genericamente i termini "famiglia" e "matrimonio" senza ulteriori specificazioni. I giudici costituzionali portoghesi, come quelli italiani, rovesciano, in un certo senso, la strategia dei ricorrenti, preferendo, si può dire in parole povere, interpretare la costituzione alla luce del codice civile anziché viceversa (come richiesto dai ricorrenti), salvaguardando così ovviamente la costituzionalità degli articoli del codice civile in questione, la "sistematicità" dell'ordinamento ed escludendo l'esistenza di un conflitto tra norme. Non manca certamente, anche in questo caso, il ricorso all'argomento naturalistico, soprattutto in relazione al legame tra matrimonio e procreazione: argomento rafforzato dal fatto che la disciplina delle unioni civili (così come del resto l'attuale legge sul matrimonio omosessuale) preclude alle coppie omosessuali la possibilità di

³¹ "Ao autonomizar o casamento [...] o legislador constitucional *revelou implicitamente* não ignorar as coordenadas estruturais delimitadoras do casamento na ordem jurídica portuguesa. E [...] entre o núcleo essencial figura a celebração do contrato de casamento por pessoas de sexo diferente" (Acórdão 6284/2006-8, V).

³² Tribunal Constitucional, Acórdão 359/2009.

adottare. Tuttavia, il tono dell'argomentazione è dato da argomenti di tipo storico³³, *a coherentia* o sistematico³⁴, o, più in generale, da un atteggiamento interpretativo "restrittivo" quale quello che può essere espresso dal brocardo *ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*³⁵. La ragione di questa preferenza non è data solo dalla forse minor persuasività, nelle società contemporanee, dell'argomento naturalistico (cui si accennava prima), ma dal fatto che in questo caso la CRP non contiene nulla di simile alla qualificazione di "società naturale" attribuita dalla Costituzione Italiana alla famiglia.

Date queste premesse, e così tracciato il quadro normativo, appare quindi del tutto coerente l'esplicito rifiuto, da

³³ "A recepção constitucional do conceito histórico de casamento como união entre duas pessoas de sexo diferente radicado intersubjectivamente na comunidade como instituição não permite retirar da Constituição um reconhecimento directo e obrigatório dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo". (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.^a edição, Coimbra, 2007, pág. 362), punto 10, *Fundamentos*.

³⁴ "Mas a circunstância de a Constituição, no já citado n.º 1 do seu artigo 36.º, se referir expressamente ao casamento sem o definir, revela que não pretende pôr em causa o conceito comum, radicado na comunidade e recebido na lei civil, configurado como um 'contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente'", punto 10, *Fundamentos*. Argomento sistematico-concettualistico (dogmatico): cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 377.

³⁵ "Na verdade, se o legislador constitucional pretendesse introduzir uma alteração da configuração legal do casamento, impondo ao legislador ordinário a obrigação de legislar no sentido de passar a ser permitido a sua celebração por pessoas do mesmo sexo, certamente que o teria afirmado explicitamente, sem se limitar a legitimar o conceito configurado pela lei civil; e não lhe faltaram ocasiões para esse efeito, ao longo das revisões constitucionais subsequentes", punto 10, *Fundamentos*.

parte del *Tribunal Constitucional*, di ogni interpretazione “creativa” o che, sotto questa luce, assumerebbe il carattere di una decisione di carattere additivo, definita “di dubbia legittimità a fronte del principio di separazione dei poteri”³⁶. Ma appare altrettanto coerente il richiamo diretto al legislatore, al quale il *Tribunal Constitucional* rinvia ogni ulteriore decisione in materia.

Richiamo che, nel caso portoghese, è stato colto dal governo, attraverso un disegno di legge recentemente approvato dal Parlamento. È così accaduto che, a brevissima distanza di tempo, il *Tribunal Constitucional* sia stato nuovamente investito della questione. In questo caso è stato, infatti, il Presidente della Repubblica portoghese, Aníbal Cavaco Silva, a inviare al *Tribunal Constitucional*, seguendo le proprie prerogative costituzionali, il disegno di legge, al fine di ottenere una valutazione preventiva della costituzionalità del testo, prima di apporvi la propria firma (o, eventualmente, di opporre il veto)³⁷. Il ricorso si fondava

³⁶ “Na verdade, a decisão que julgasse inconstitucional as normas impugnadas teria claramente um carácter aditivo, de duvidosa legitimidade em face do princípio da separação de poderes”, punto 14, *Fundamentos*.

³⁷ Secondo l’articolo 136 della CRP, il presidente della Repubblica può opporre il veto, ovvero rifiutarsi di firmare un disegno di legge. Il veto può fondarsi sulla base di una decisione preventiva del *Tribunal Constitucional*, che si pronuncia per la incostituzionalità (in tutto o in parte) del disegno (veto per incostituzionalità) o su ragioni politiche (veto politico). Il disegno torna così all’Assemblea della Repubblica. Se quest’ultima conferma l’approvazione con voto a maggioranza, il presidente è obbligato a promulgare il decreto. In questo caso, essendogli stata preclusa la possibilità di un veto per incostituzionalità (stante la pronuncia del *Tribunal Constitucional* sulla costituzionalità del testo) e di fronte all’espressa volontà della maggioranza dell’Assemblea della Repubblica di confermare senza

sul fatto che il disegno di legge, che modifica la redazione degli articoli 1577, 1591, 1690, n. 1, del Codice Civile, in pratica sostituendo i passi relativi a “due persone di sesso differente” con la nuova dizione “due persone”, sia da considerarsi non conforme al concetto costituzionale di matrimonio e, di riflesso, al concetto costituzionale di famiglia, così come accolto dal n. 1 dell’articolo 36 della costituzione³⁸. Occorre notare, per inciso, che gli spazi per questo ricorso sembravano esserci, data la preoccupazione da parte dei giudici costituzionali, nella precedente sentenza, di qualificare il concetto di matrimonio come unione eterosessuale anche alla luce di quell’articolo del testo costituzionale. E tuttavia, il *Tribunal Constitucional* ha deciso questa volta, a larga maggioranza (ma non all’unanimità) di pronunciarsi per la costituzionalità del testo. Del resto, è

modifiche il disegno di legge, il presidente della Repubblica ha infine rinunciato alla possibilità del veto politico e ha apposto la propria firma, infine promulgando la legge che legalizza in Portogallo il matrimonio omosessuale.

³⁸ Art. 36 CRP (Família, casamento e filiação): “1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade. 2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração. 3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos. 4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação. 5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos. 6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial. 7. A adopção é regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas céleres para a respectiva tramitação”.

facile comprendere perché. Nella sentenza precedente, le argomentazioni della Corte si fondavano essenzialmente, come abbiamo visto, su considerazioni di carattere sistematico, suffragate dal fatto che la costituzione portoghese non qualifica ulteriormente il concetto di famiglia, mostrando così (era l'argomentazione sia dei giudici costituzionali sia della corte di seconda istanza) di adattarsi al concetto di famiglia contenuto nel codice civile. Spettava poi al legislatore, eventualmente, decidere se modificare oppure no tale concetto. Una volta avvenuta questa modifica, non dovrebbe quindi apparire contraddittoria la decisione del *Tribunal Constitucional*: resta sullo sfondo l'argomento sistematico, ma nel frattempo le coordinate dello stesso sistema sono state modificate esplicitamente dal legislatore.

3. Conclusioni

L'arsenale argomentativo (alquanto simile) utilizzato tanto dalla Corte Costituzionale italiana quanto dal *Tribunal Constitucional* portoghese non appare certo né sorprendente né insolito, data la natura della questione e la scelta, in entrambi i casi, di addivenire a una interpretazione in senso restrittivo. Il ricorso ad argomenti di taglio "originalista"³⁹ o

³⁹ Si è alternativamente parlato, in questo caso, di posizione "intenzionalista", "originalista" o "storicista". In particolare, STANLEY L. PAULSON (*Attribuire intenzioni ad entità collettive: due prospettive scettiche*, in "Ars Interpretandi", 1998) preferisce il termine "intenzionalista", laddove parlano di "originalismo", ad es., PAUL BREST (*The Misconceived Quest for the Original Understanding*, Boston University Law Review, 60 (1980), pp. 204-238) e ANTONIN SCALIA (*Originalism: The Lesser Evil*, in "University of Cincinnati Law Review", 57 (1988-89), pp. 849-865). RONALD DWORKIN, che ha lungamente dibattuto

“psicologico”, notava già Tarello, favorisce “la fissità dell’applicazione normativa” e “richiede per ogni mutamento l’azione dell’organo legislativo”⁴⁰, ed è ancora sovente privilegiato dagli interpreti, anche dai giudici costituzionali, laddove preferiscano evitare una interpretazione più marcatamente “creativa”, in ragione ad esempio del carattere controverso della materia su cui sono chiamati a giudicare. Ne consegue chiaramente, come si è giustamente notato proprio in relazione al caso della Corte Costituzionale, che “l’uso dell’argomento originalista si trova in netta prevalenza in sentenze che rigettano la questione di legittimità costituzionale, e dunque fanno salva la legge ordinaria”⁴¹. D’altro canto, com’è ben noto, nel caso italiano è l’articolo 12 delle preleggi a riferirsi esplicitamente a tale argomento, favorendo in tal senso la conservazione di una *forma mentis* imperativista e “intenzionalista” negli interpreti⁴². Il ricorso,

l’argomento, utilizza “storicismo” (si veda, in particolare, *Law’s Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986; trad it. *L’impero del diritto*, Il Saggiatore, Milano, 1989) e “originalismo” (si veda, ad esempio, *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2006, in part. pp. 117-139).

⁴⁰ GIOVANNI TARELLO, *L’interpretazione della legge*, cit., p. 367. Si veda anche, sempre a partire dalla prospettiva del catalogo di Tarello, MAURO BARBERIS, *Pluralismo argomentativo. Sull’argomentazione dell’interpretazione*, in http://www2.units.it/etica/2006_1/BARBERIS.pdf.

⁴¹ C. TRIPODINA, *L’argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in *Archivio di Diritto e Storia Costituzionali – Tecniche interpretative della Corte Costituzionale* (www.dircost.unito.it/SentNet1.01/studi/Tripodina_Argomento_originalista.pdf), p. 3.

⁴² Il primo comma dell’articolo 12 delle disposizioni preliminari al Codice Civile recita infatti: “Nell’applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio

in sede interpretativa, all'argomento originalista ha già suscitato e suscita molte discussioni, sulle quali non possiamo soffermarci esaustivamente in questa sede⁴³. Basti segnalare come si siano evidenziate da più parti le difficoltà insite nell'attribuire un'intenzione a un organo collegiale, le cui decisioni, oltretutto, sono frutto di negoziazioni che

delle parole secondo la connessione di esse, e dall'intenzione del legislatore" (corsivo mio). Da tempo si discute se questa prescrizione debba intendersi indirizzata anche all'interpretazione costituzionale, considerata l'inferiorità gerarchica e l'antioriorità cronologica del testo rispetto alla Costituzione stessa. Sul tema, si veda G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007. Più in particolare, sul primo comma dell'articolo 12 si veda R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 396 s.

⁴³ Per una disamina esauriente si veda CHIARA TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, cit. Per quanto riguarda Dworkin, Paulson ha ben riassunto come per lui "il progetto intenzionalista non è come l'intenzionalista stesso lo concepisce, e cioè la scoperta storico-giuridica dell'intenzione costituzionale in quanto fatto psicologico [...]. La strategia di Dworkin è chiara: poiché vi saranno, in taluni casi, difficoltà nel determinare l'intenzione di un individuo, a maggior ragione ve ne saranno dove si tratti di determinare l'intenzione di un corpo collettivo, di un gruppo di individui. Elaborare un concetto di intenzione legislativa o costituzionale impone delle scelte. La "chiusura" (di una interpretazione) non è parte di una concezione psicologica dell'interpretazione costituzionale, ed essa richiede pertanto una giustificazione. Nonostante insista nell'affermare di stare rispondendo a domande empiriche, il teorico è costretto a compiere scelte poggianti su fattori incontestabilmente non-empirici" (STANLEY L. PAULSON, *Attribuire intenzioni ad entità collettive: due prospettive scettiche*, cit.). Si veda RONALD DWORKIN, *Questioni di principio*, il Saggiatore, Milano, 1985; *Il dominio della vita. Aborto, eutanasia e libertà individuale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1994.; *Justice in Robes*, cit.

lasciano strategicamente inespressi gli eventuali punti di disaccordo⁴⁴. Ad ogni modo, il ricorso principale all'argomento sistematico, all'argomento storico e in generale alla direttiva della coerenza⁴⁵ (cronologica e

⁴⁴ Dworkin ha negato che determinare l'"intenzione costituzionale" consista realmente "nel (...) catturare ciò che un'intenzione collettiva, considerata come un fatto psicologico complesso, realmente è". "Non [c']è nessun indiscutibile fatto – nessuna intenzione 'reale' fissata nella storia indipendentemente dalle nostre opinioni intorno alla pratica giuridica o costituzionale propriamente detta" (DWORKIN, *Questioni di principio*, cit., p. 46). Anche GIOVANNI TARELLO (in *L'interpretazione della legge*, cit. pp. 365 s.) evidenzia la problematicità di ogni ricostruzione delle intenzioni di un'assemblea legislativa, in particolare "quando l'iter e le procedure di formazione dei documenti legislativi sono troppo complessi e vi partecipano troppe persone in troppi successivi momenti. Ciò, in ogni caso, non avviene allorché all'iter di formazione del documento partecipano portatori di diversi e confliggenti interessi, volontà e pretese, e questi soggetti pervengono a una soluzione di compromesso non già sulla norma bensì sulla formula, cioè sull'enunciato normativo, proprio in grazia della sua interpretabilità in sensi diversi e confliggenti; in questi casi, ovviamente, si attua nella sostanza una delegazione di potere normativo agli operatori dell'interpretazione, i quali potranno basarsi o farsi convincere dai più disparati argomenti, tranne che da quello relativo alla volontà psicologica del legislatore storico". Nello stesso senso RICCARDO GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., p. 394, ed ENRICO DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 399. Si vedano inoltre STANLEY L. PAULSON, *Attribuire intenzioni ad entità collettive: due prospettive scettiche*, cit., e ANDREI MARMOR, *What Does the Law Say? Semantics and Pragmatics in Statutory Language*, in PAOLO COMANUCCI, RICCARDO GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2007*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 127-140.

⁴⁵ Intendo qui "direttiva" nel senso in cui la intende PIERLUIGI CHIASSONI (*Codici interpretativi. Progetto di voce per un Vademecum*

topografica) del sistema sono in questo caso del tutto conseguenti.

Più problematica sembra, invece, all'interno della stessa argomentazione, l'utilizzazione dell'argomento naturalistico. Per quanto anch'esso, seppur con un ruolo, come abbiamo visto, marcatamente ancillare, si inserisca nella medesima strategia, *latu sensu*, conservatrice, appare evidente, nel dipanarsi stesso dell'argomentazione, una sempre maggiore difficoltà, da parte delle corti, a ricorrere esplicitamente, se non esclusivamente, a questo tipo di argomento. Della sua indebolita carica persuasiva abbiamo detto. Resta da notare come tale relativa debolezza si fondi anche sulla sua sempre più scarsa capacità di tenere nel tempo, evitando pronunce contraddittorie nel volgere di pochi anni⁴⁶. Sotto

giuridico, in PAOLO COMANDUCCI, RICCARDO GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 2002/2003*, Giappichelli, Torino, 2004, pp 55-124) includendo il "canone" o "argomento" interpretativo "della coerenza" della disciplina giuridica (o *argumentum a coherentia*) tra le "direttive di compatibilità sistemica negativa", la cui funzione, in quanto "direttive secondarie", è disciplinare "l'uso dei codici (e/o direttive) primari", tra i quali Chiassoni include il "codice" naturalistico ("a una disposizione si deve attribuire il significato suggerito dalla 'natura' delle 'cose' o del 'rapporto' regolato" e le varie versioni di interpretazione psicologica. Tale direttiva "vieta di desumere dalle singole disposizioni, come loro significati tutto considerato corretti, delle norme esplicite che siano logicamente incompatibili con altre norme – formalmente, o comunque assiologicamente – superiori del sistema" (si veda, in part., le pp. 67, 69 e 76-78).

⁴⁶ Torna di nuovo l'esempio della sentenza 64 del 23 novembre 1961, completamente rovesciata, com'è noto, solo sette anni dopo dalla sentenza 126 del 16 dicembre 1968. Altro esempio, sempre in qualche modo fondato sul *common sense* viene dalla sentenza con cui nel 1965 la Corte Costituzionale aveva escluso che il reato di "incitamento a pratiche contro la procreazione" (art. 553 cod. pen.),

quest'aspetto, la strategia argomentativa della corte lusitana si è potuta svolgere più agevolmente, laddove la posizione della Corte Costituzionale appare più ambigua, legata da un lato al riferimento alla "società naturale" contenuto nell'articolo 29 della Costituzione, interpretato restrittivamente, e dall'altro alla volontà, in ossequio anche a una sensibilità più contemporanea, di non "cristallizzare" il concetto di famiglia. Tuttavia, è intorno a questa metafora della "cristallizzazione" che si concentrano le principali ambiguità della sentenza della Corte italiana.

Su queste ambiguità si è già scritto molto, e probabilmente la migliore attestazione della loro esistenza è proprio il carattere marcatamente differenziato dei commenti che sono stati fatti alla sentenza, talora mirati ad evidenziare le aperture, tal'altra a sottolineare le chiusure della Corte⁴⁷. L'analisi condotta fin qui aveva appena l'intento di

sulla cui base veniva incriminata qualsiasi propaganda sui contraccezioni, fosse contrario alla libertà di espressione, giustificandolo, appunto, con il limite del buon costume (Sent. 9/1965). A distanza di soli 6 anni (Sent. 49/1971) la Corte ha però giudicato illegittima la disposizione proprio per contrasto con l'art. 21 Cost. con queste parole: "il problema della limitazione delle nascite ha assunto, nel momento storico attuale, una importanza e un rilievo sociale tale, ed investe un raggio di interesse così ampio, da non potersi ritenere che, secondo la coscienza comune e tenuto conto del progressivo allargarsi dell'educazione sanitaria, sia oggi da ravvisare un'offesa al buon costume nella pubblica trattazione dei vari aspetti di quel problema" (Punto 3, *Considerato in diritto*).

⁴⁷ Si veda ad esempio la rassegna riportata in www.giurcost.org/decisioni/2010/0138s-10.html. Tra i molti commenti, di segno opposto, alla sent. 138/2010 si segnala LUIGI D'ANGELO, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio "nun s'ha da fare"*, in www.forumcostituzionale.it; CLAUDIO SILVIS, *Il matrimonio omosessuale fra il "non s'ha da fare" dell'art. 29 ed il "si può fare" dell'art. 2 cost.*, in www.iusreporter.it; M.

rendere evidente l'interna contraddizione, sul piano proprio della struttura argomentativa del discorso giustificativo, di una sentenza che, si potrebbe dire, "a parole" apre a un'interpretazione evolutiva del diritto, ma poi, come evidenzia la stessa tipologia degli argomenti utilizzati, si muove tendenzialmente nel senso opposto. La metafora della "cristallizzazione" oppone, figurativamente, la fissità del mondo minerale al carattere "evolutivo" di quello biologico, il solido al liquido, l'adattabilità e malleabilità alla rigidità e inflessibilità. Orbene, la Corte ha utilizzato, di fatto, una batteria di argomenti che, almeno nell'uso prevalente e sicuramente nell'uso che ne è stato fatto in questo contesto, si presentano come agenti tra i più indicati per questa ipotetica transizione di fase del diritto. Già di per sé, il ricorso *en passant* all'argomento naturalistico, al tema della "tradizione" o della "natura delle cose" o del "senso comune" si presenta

CROCE, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, in www.forumcostituzionale.it, oltre al già citato articolo di ILENIA MASSA PINTO, CHIARA 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. Più propensi a sottolineare le aperture della Corte MARILISA D'AMICO, *Dopo la sentenza della Corte costituzionale il silenzio della politica*, in www.certidiritti.it; EZIO MENZIONE, *Unioni gay in Italia. Prospettive aperte dalla sentenza 138/2010 della Corte costituzionale*, in scienzaepace.unipi.it; PAOLO M. STORANI, *Matrimonio gay - Motivazione aperta della Consulta: deve pensarci il Parlamento*, in www.studiocataldi.it; BARBARA PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte Costituzionale*, in "Giurisprudenza costituzionale", n. 3/2010. Cfr. anche AA.VV., *La "società naturale" e i suoi "nemici. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010.

come una possibile causa di “cristallizzazione”. E non è certo l’unica. Di fatto, per ragioni strategiche e retoriche, la Corte Costituzionale italiana ha evitato di porre eccessivamente l’accento sull’argomento naturalistico, affermando appunto esplicitamente di non voler cristallizzare il concetto giuridico di famiglia, ma ha poi di fatto cristallizzato lo stesso concetto utilizzando piuttosto l’argomento storico o originalista e quello sistematico. In un modo, oltretutto, che se è servito a celare appena il ricorso all’argomento naturalistico, non ha potuto nascondere del tutto la reale influenza di questo stesso argomento (e delle sue implicazioni politico-ideologiche) sui fondamenti della decisione. In altre parole, dando l’apparenza di non voler “chiudere” l’interpretazione una volta per tutte, ha in realtà rafforzato la propria strategia “conservatrice”, offrendo argomenti ancor migliori (è il caso di dirlo) per una lettura restrittiva della decisione.

Su questo punto, vale ancora la pena di avanzare tre considerazioni. La prima, riguarda il ricorso all’argomento genetico o psicologico in sede di interpretazione costituzionale. Si è accennato al dibattito su questo tema, correlato in particolare sull’estensibilità o meno dell’articolo 12 delle preleggi alla stessa interpretazione costituzionale (v. sopra, n. 42). Che si possano dare interpretazioni “estensive” della lettera della Costituzione, o interpretazioni che oltrepassino la ricerca dell’“intenzione” del legislatore costituente o la disamina di quanto esplicitamente affermato nei lavori preparatori, appare ovvio: si pensi, per limitarci a questioni in qualche misura tangenti con quella in esame, alla sentenza 161 del 1985, della medesima Corte Costituzionale, concernente le “norme in materia di rettificazione di attribuzioni di sesso”. O, per restare nello stesso caso, alle motivazioni del *giudice a quo*, che sottolinea, citando tra l’altro un intervento di Aldo Moro nell’Assemblea Costituente e rovesciando così, in un certo senso, l’argomento originalista, come il significato dell’espressione “società naturale” non sia

“quello di riconoscere il fondamento della famiglia in un non meglio definito ‘diritto naturale’, quanto piuttosto di affermare la preesistenza e l’autonomia della famiglia – come comunità originaria e pregiuridica –, dallo Stato, così imponendo dei limiti al potere del legislatore statale”. Più appropriatamente, continuano le motivazioni della decisione del Tribunale di Venezia, “il fatto che la tutela della tradizione non rientri nelle finalità dell’art 29 Cost. e che famiglia e matrimonio si presentino come istituti di carattere aperto alle trasformazioni che necessariamente si verificano nella storia, è poi indubitabilmente dimostrato dall’evoluzione che ha interessato la loro disciplina dal 1948 ad oggi”, considerato che “il codice civile del 1942 recepiva un modello di famiglia basato su di un matrimonio indissolubile e su di una struttura gerarchica a subordinazione femminile”⁴⁸. C’è insomma qui una concezione più “evolutiva” del diritto.

⁴⁸ Tribunale di Venezia, Sezione III civile, Ordinanza 3 aprile 2009 – Motivazione. Questo il passo di Aldo Moro riportato dalla sentenza: “[la formula ‘la famiglia è una società naturale’] non è affatto una definizione, anche se ne ha la forma esterna, in quanto si tratta in questo caso di definire la sfera di competenza dello Stato nei confronti di una delle formazioni sociali alle quali la persona umana dà liberamente vita”. E ancora: “Non si vuole dire con questa formula che la famiglia sia una società creata al di fuori di ogni vincolo razionale ed etico. Non è un fatto, la famiglia, ma è appunto un ordinamento giuridico e quindi qui ‘naturale’ sta per ‘razionale’. D’altra parte non si vuole escludere che la famiglia abbia un suo processo di formazione storica, né si vuole negare che vi sia sempre un più perfetto adeguamento della famiglia a questa razionalità nel cono della storia; ma quando si dice ‘società naturale’ in questo momento storico si allude a quell’ordinamento che, perfezionata attraverso il processo detta storia, costituisce la linea ideale della vita familiare. Quando si afferma che la famiglia è una ‘società naturale’, si intende qualche cosa di più dei diritti della famiglia. Non si tratta

Che poi considerazioni di quest'ultimo tipo possano essere più "adeguate" all'interpretazione costituzionale di quelle fondate su un punto di vista originalista è appunto, l'abbiamo visto e detto, la ragione della contesa. In questa sede, ci limitiamo a chiedere che tipo di giustificazione possa essere fondata sull'affermazione che "come risulta dai citati lavori preparatori, la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta". Basare l'interpretazione della lettera della Costituzione su una tale ricostruzione dell'intenzione del legislatore significa veramente evitare un'interpretazione "creativa"? I padri costituenti, stabilendo l'eguaglianza tra i coniugi senza fare esplicito riferimento all'adulterio, intendevano accettare implicitamente il differente trattamento tra l'adulterio femminile e maschile contenuto nel Codice? I giudici costituzionali del 1960 sembravano pensarla così, i giudici costituzionali del 1968 sbrigativamente dichiararono la stessa norma incostituzionale sulla base dell'eguaglianza del cittadino di fronte alla legge e dell'eguale condizione dei coniugi. Quale delle due decisioni appare più "creativa"? La prima, che ricollega "l'affermazione dell'esigenza dell'unità familiare" contenuta nell'articolo 29 alla definizione, contenuta nel primo comma dello stesso articolo, della famiglia come società naturale, attribuendo ai costituenti l'intenzione di usare questa definizione priva di "un preciso contenuto giuridico" per riaffermare il "tradizionale concetto della famiglia, quale tuttora vive nella coscienza del popolo", o la seconda, secondo cui l'adulterio dimostra semplicemente

soltanto di riconoscere i diritti naturali alla famiglia, ma di riconoscere la famiglia come società naturale, la quale abbia le sue leggi ed i suoi diritti di fronte ai quali lo Stato, nella sua attività legislativa, si deve inchinare".

“l’avvenuta rottura di tale unità, sicché non si vede quale sia la ragione della discriminazione”? Più in particolare, e tornando all’argomento del silenzio dei costituenti sulle unioni omosessuali, affermare che i padri costituenti non ignoravano l’esistenza di *persone* omosessuali dice qualcosa circa la regolamentazione delle *unioni* omosessuali? E ancora, in casi come quello dell’articolo 29, non si potrebbe ravvisare uno di quei casi di “soluzione di compromesso [...] sull’*enunciato* normativo” ravvisati da Tarello, che, proprio a causa della loro “interpretabilità in sensi diversi e confliggenti” si configurano, “nella sostanza”, come una “delegazione di potere normativo agli operatori dell’interpretazione, i quali potranno basarsi o farsi convincere dai più disparati argomenti, *tranne che da quello relativo alla volontà psicologica del legislatore storico*”? E in effetti, si potrebbe dire, i giudici costituzionali avrebbero ben potuto farsi convincere dal solo argomento naturalista. L’argomentazione sarebbe stata forse più coerente, ma sarebbe anche stata più persuasiva?

La questione è, allora, ancora un’altra, e veniamo con questo alla seconda considerazione. La questione, cioè, riguarda l’uso che, soprattutto in casi come questo, i giudici costituzionali fanno degli argomenti. Che appare, vale la pena di sottolinearlo ancora una volta, un uso eminentemente retorico⁴⁹. Nel senso che, soprattutto in presenza di questioni controverse nelle quali è poco chiaro o determinato il carattere del testo da interpretare (come nel

⁴⁹ Si veda, sull’uso retorico degli argomenti giuridici, ENRICO DICCIOTTI, *Regola di riconoscimento e concezione retorica del diritto*, in “Diritto e Questioni Pubbliche”, n. 7-2007 (www.dirittoquestionipubbliche.org) e *Sobre la inadecuación del modelo deductivo para la reconstrucción de las justificaciones interpretativas de los jueces*, in “Doxa”, 20, 1997, pp. 91-129.

caso della definizione di “società naturale”, ad esempio, che gli stessi giudici costituenti definivano nella sentenza del 1960 sull’adulterio “priva di un preciso contenuto giuridico”), la finalità persuasiva è spesso prevalente su qualsiasi altra considerazione, ivi compresa, ad esempio, la coerenza interna dell’argomentazione. Usando due metafore tratte dal gergo militare, si può dire che a volte i giudici ricorrono agli argomenti giuridici come l’artiglieria al “tiro a granata”. Non un unico colpo preciso sull’obiettivo, ma una manciata di proiettili destinati a colpire un’area assai più ampia, nella speranza che almeno uno vada a segno. La quantità degli argomenti, fuor di metafora, spesso ha la meglio sulla qualità, e, soprattutto, sulla stretta coerenza tra di loro. Altre volte, gli argomenti assumono invece la funzione di “cortine di fumo”, la cui finalità è celare dietro ad argomenti di tono tecnico-giuridico (coerenza del sistema, continuità topografica, riferimento ai lavori preparatori...) decisioni dal carattere francamente politico.

Come si colloca, in questo quadro, la sentenza della Corte sul matrimonio omosessuale? Sulle ambiguità e incoerenze abbiamo già detto. Quanto al suo carattere “politico”, non dovrebbe essere questo il caso: qui i giudici, come anche nel caso portoghese, rinviavano la questione al legislatore. Decidono di non decidere: cedono il passo alla politica. Ma come deve essere giudicata questa non-decisione? Veniamo allora alla terza e ultima considerazione. Si potrebbe valutare dal punto di vista consequenzialista l’uso, ad esempio, dell’argomento originalista? In questo caso, la stessa scelta compiuta dalle due corti apparirebbe nettamente distinta, se si guarda al contesto politico. Il *Tribunal Constitucional* portoghese poteva intravedere se non la direzione in cui il parlamento lusitano si sarebbe mosso, certamente la volontà, dimostrata da una discussione parlamentare in corso, con votazioni e mozioni presentate, di affrontare attivamente la questione. La stessa

cosa non si può dire della Corte Costituzionale italiana, e sostenere che con una sentenza argomentata in tal modo la Corte incoraggi una discussione parlamentare sul tema mi sembra una leggera forzatura. Valga allora, come commento finale, ancora un passo di Giovanni Tarello sul ricorso all'argomento originalista (ma che potrebbe essere esteso all'intera strategia argomentativa della Corte su questo caso) e su come esso incoraggi "la fissità dell'applicazione normativa" e richieda "per ogni mutamento l'azione dell'organo legislativo", il che, nei casi in cui lo stesso organo legislativo "è immobilista o è costretto ad essere immobile", concorre "a determinare notevoli tensioni all'interno della società e dell'organizzazione giuridica"⁵⁰.

⁵⁰ GIOVANNI TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 367.