

FABRIZIO MASTROMARTINO

*Il giudicato costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso:
quale discrezionalità per il legislatore italiano?*

ABSTRACT

This paper presents a critical analysis of the Italian constitutional case-law on the topic of same-sex marriage, resulting from judgments 138/2010 and 170/2014 of the Constitutional Court. Through a concise survey of some other similar jurisdictional experiences – namely France and Portugal – the article focuses on the peculiarities of the Italian case in order to understand whether the Italian legislator, taking account of the judgments of our Court, could extend marriage to same-sex couples. The thesis defended here is that, on the basis of an interpretation of art. 29 Cost. grounded on the (so-called) historicist approach, extending marriage to same-sex couples in the Italian law is not unconstitutional.

Questo articolo presenta un'analisi critica del giudicato costituzionale italiano sul matrimonio tra persone dello stesso sesso derivante dalle sentenze 138/2010 e 170/2014. Attraverso una sintetica rassegna di altre analoghe vicende giurisdizionali – Francia e Portogallo – l'articolo si concentra sulle peculiarità del caso italiano, allo scopo di comprendere se, tenendo conto delle sentenze della nostra Corte sul tema, sia possibile per il legislatore italiano estendere il matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso. La tesi sostenuta è che, sulla base di un'interpretazione dell'art. 29 Cost. fondata su un orientamento (cosiddetto) storicista, l'apertura del matrimonio alle unioni omosessuali nell'ordinamento italiano non è incostituzionale.

KEYWORDS

Same-sex marriage; constitutional interpretation; Italian constitutional case-law; art. 29 Cost.; comparative law.

Matrimonio tra persone dello stesso sesso; interpretazione costituzionale; giudicato costituzionale italiano; art. 29 Cost.; diritto comparato.

FABRIZIO MASTROMARTINO*

*Il giudicato costituzionale in tema di matrimonio tra persone dello stesso sesso:
quale discrezionalità per il legislatore italiano?*

1. *Introduzione* – 2. *La sentenza 138/2010: la decisione e l'argomentazione della Corte* – 3. *La peculiarità del caso italiano in un'ottica comparatistica* – 4. *Profili critici della 138/2010: logica e ideologia dell'interpretazione costituzionale* – 4.1. *Un'interpretazione adeguatrice di inversa direzione*
4.2. *Il declassamento dell'interpretazione evolutiva a interpretazione "creativa"*
5. *L'art. 29 della Costituzione italiana: orientamenti interpretativi a confronto* – 5.1. *Una difesa dell'orientamento storicista* – 6. *La sentenza 170/2014: una decisione nel solco della 138/2010* – 7. *Conclusioni*

1. *Introduzione*

L'analisi svolta in queste pagine è intesa principalmente ad esaminare il giudicato costituzionale italiano sulla questione del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Com'è noto, esso discende dall'ormai notissima sentenza n. 138 del 15 aprile 2010, sulla quale mi soffermerò ampiamente, e dalla assai più recente sentenza n. 170 dell'11 giugno 2014, cui mi limiterò a fare solo qualche significativo riferimento.

Con questo intento – dopo una rapida sintesi della 138/2010 (§ 2) – mi propongo i seguenti obiettivi: chiarire, nell'ambito del tema, in cosa consiste la peculiarità del caso italiano (§ 3); criticare, sotto il profilo tecnico-giuridico e ideologico, l'interpretazione dell'art. 29 Cost. – realizzata nella 138/2010 (§ 4) e semplicemente richiamata senz'altro aggiungervi nella 170/2014 (§ 6) – discutendo i diversi orientamenti presenti in dottrina e difendendo, tra questi, quello storicista (§ 5); infine, trarre qualche riflessione conclusiva sulle finalità che la Corte costituzionale sembra voler perseguire con queste sentenze nel dialogo con un legislatore contraddistinto da pervicace inerzia legislativa (§ 7).

2. *La sentenza 138/2010: la decisione e l'argomentazione della Corte*

Per quanto molto noti, è senz'altro utile rammentare, seppure in estrema sintesi, i contenuti principali del dispositivo e dell'argomentazione della Corte nella 138/2010.

La pronuncia si compone di un doppio dispositivo, equamente distribuito per i quattro parametri costituzionali che i giudici rimettenti hanno richiamato ai fini dell'esame della legittimità costituzionale di un insieme di articoli del Codice civile, che sistematicamente interpretati non consentono di contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso. Le questioni sollevate in riferimento agli artt. 2

* Docente a contratto di Filosofia del diritto, Università degli Studi Roma Tre. E-mail: fabrizio.mastromartino@uniroma3.it.

Cost. e 117, primo comma, Cost., sono state dichiarate inammissibili. Le questioni sollevate in riferimento agli artt. 29 Cost. e 3, primo comma, Cost. sono state dichiarate non fondate.

Per quanto attiene all'art. 2 («La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»), la questione è stata dichiarata inammissibile, essendo stata sollevata dai giudici rimettenti allo scopo esplicito di ottenere una pronuncia additiva, che in questo caso, a parere della Corte, non era costituzionalmente obbligata.

In merito a questo parametro costituzionale, la Corte ha però affermato un'interpretazione assai innovativa. Ha infatti dichiarato che l'espressione «formazione sociale» denota «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»¹. Ha poi annoverato tra le formazioni sociali così definite l'unione omosessuale, in quanto «stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso» e ha affermato che alle persone coinvolte in tali unioni «spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone [...] il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri», «nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge». Si richiede, insomma, ha proseguito la Corte, «una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia». Pertanto, ha concluso, questo riconoscimento non può essere realizzato «soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio»².

A sostegno di questo argomento, la Corte ha richiamato «la diversità delle scelte operate» dai Paesi che hanno dato riconoscimento giuridico alle unioni omosessuali. «Spetta – dunque – al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità», – ha affermato la Corte – «individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni»³.

Anche con riguardo all'art. 117, primo comma, Cost. («La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali») la Corte, per analoghe ragioni, ha concluso per una dichiarazione d'inammissibilità. Nella questione in esame le norme cui fare riferimento sono contenute nell'art. 12 della CEDU e nell'art. 9 della Carta di Nizza⁴, che «prevedono specificamente il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia»⁵. A giudizio della Corte, entrambe, «nell'affermare il diritto di sposarsi rinvia[no] alle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Sicché «anche la citata normativa non impone la piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna». «Si ha la conferma», ha affermato la Corte, «che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento». Tale conclusione, secondo il giudice costituzionale, è ancora una volta confortata dalla diversità di soluzioni predisposte dagli altri Paesi europei, che vanno dalla «estensione alle unioni omosessuali della disciplina prevista per il matrimonio civile» alla previsione di forme di tutela sul piano degli effetti assimilabili o solo parzialmente differenti rispetto all'istituto matrimoniale.

¹ Per questa e le citazioni che seguono, cfr. Corte costituzionale 138/2010, par. 8, *Considerato in diritto*.

² Secondo ANGELINI 2014, 102, la riconduzione delle unioni omosessuali nell'ambito delle formazioni sociali protette dalla Costituzione, realizzata dalla Corte, equivale alla «più importante [...] affermazione del diritto all'orientamento sessuale nel nostro ordinamento».

³ Corte costituzionale 138/2010, par. 8, *Considerato in diritto*.

⁴ Art. 12 CEDU: «Uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto»; art. 9 Carta di Nizza: «Il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».

⁵ Per questa e le citazioni che seguono, cfr. Corte costituzionale 138/2010, par. 10, *Considerato in diritto*.

Per quanto, invece, attiene all'art. 29 («La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio»), la questione è stata dichiarata non fondata. Illustrando la sua interpretazione dell'art. 29, la Corte ha richiamato i lavori preparatori dell'Assemblea costituente, affermando che la famiglia fu considerata «società naturale» in quanto le si attribuivano «diritti originari e preesistenti allo Stato, che questo doveva riconoscere»⁶. Ha poi affermato che

«i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere “cristallizzati” con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi».

La Corte ha proseguito il ragionamento interrogandosi sui limiti entro i quali può dispiegarsi l'interpretazione evolutiva delle disposizioni costituzionali, giungendo a sostenere che «detta interpretazione [...] non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata». Ha poi ricordato che nella discussione tenutasi durante i lavori della Costituente la questione delle unioni omosessuali non fu mai presa in considerazione, avendo i costituenti tenuto presente, per la formulazione della disposizione costituzionale, «la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942». Ha dunque concluso il ragionamento dichiarando che «questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere a un'interpretazione creativa». Il matrimonio, a giudizio della Corte, va infatti differenziato dall'unione omosessuale in forza della «(potenziale) finalità procreativa» che caratterizzerebbe il matrimonio e che manca, per sua stessa natura, alla coppia omosessuale.

Riguardo all'art. 3 («Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali»), infine, la questione è stata dichiarata non fondata. La Corte ha infatti affermato che la normativa del codice civile in tema di matrimonio, che contempla soltanto l'unione tra un uomo e una donna, non è illegittima sul piano costituzionale, poiché «trova fondamento nel citato art. 29 cost.», e «perché la normativa non dà luogo a una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio».

Con questa pronuncia, di cui si sono rapidamente richiamati i passaggi principali, la Corte ha deciso di aggirare il problema più fondamentale e di più immediata comprensione tra le questioni di legittimità sollevate, cioè la questione intorno alla ragionevolezza del diverso trattamento che l'ordinamento italiano prevede per le unioni eterosessuali e per quelle omosessuali nell'ambito della disciplina del matrimonio. Nella motivazione, la strategia adottata dalla Corte è stata incentrata sulla separazione della questione di legittimità relativa all'art. 2 da quella concernente l'art. 3, la cui necessaria connessione era stata al contrario fermamente sostenuta dai giudici rimettenti. Questa separazione – che la Corte non ha giustificato – è stata intanto realizzata distanziando l'esame delle due questioni, tra loro interponendo la disamina della questione relativa all'art. 29, ed è poi risultata ingigantita in forza della decisione della Corte di collocarle nell'alveo di dichiarazioni di diverso genere, l'una d'inammissibilità, l'altra d'infondatezza.

⁶ Per questa e le citazioni che seguono, cfr. *Ibid.*, par. 9, *Considerato in diritto*.

3. *La peculiarità del caso italiano in un'ottica comparatistica*

Com'è noto, la decisione della Corte ha suscitato un dibattito appassionato e vivacissimo nella dottrina, da cui è scaturita – com'è stato detto – una vera e propria «babele di letture»⁷. Si è cioè progressivamente venuto a formare un labirinto argomentativo nel quale non è facile orientarsi e che è andato sviluppandosi attorno a quello che rappresenta «il vero snodo della decisione»⁸: le incerte prospettive che la decisione della Corte apre (o chiude) rispetto a un eventuale intervento legislativo che autorizzasse i matrimoni fra persone dello stesso sesso. Ciò che non è chiaro insomma – e su cui la dottrina appare ancora profondamente divisa – è se il giudicato costituzionale della sentenza non opponga limiti oppure precluda, consenta o vieti l'azione del legislatore che intendesse aprire il matrimonio alle unioni omosessuali.

A me pare che la questione possa trovare adeguata soluzione solo se, in un'ottica comparatistica, si estende la visuale di lettura ad altre esperienze costituzionali, a noi molto vicine, in cui i giudici delle leggi sono stati chiamati a pronunciarsi sul paradigma eterosessuale del matrimonio.

Al di là delle innegabili specificità di ciascuna vicenda, si può affermare – senza tema di smentite – che si è andato formando in anni recenti un certo consenso europeo sulla questione del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Si tratta di un consenso – si badi bene – che non verte su questioni di carattere sostanziale, bensì determinato dal semplice fatto che giudici delle leggi di diversi Paesi hanno ritenuto che sul matrimonio e, in generale, sul riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali dovesse essere il legislatore, e non la giustizia costituzionale, ad intervenire (un consenso che, peraltro, contraddistingue le Corti europee rispetto all'orientamento scelto dalle Corti supreme degli Stati federati americani, contrassegnato, all'opposto, da spiccato attivismo giudiziale)⁹.

Elemento comune alle vicende più significative che hanno interessato gli Stati membri dell'Unione Europea – il riferimento è al Portogallo, alla Francia e alla Spagna – è, infatti, la discrezionalità riconosciuta dai giudici delle leggi al legislatore nella disciplina della materia.

Esemplare – sotto certi aspetti – è il caso francese, dove al riconoscimento della libertà d'azione del legislatore ordinario è seguita la convalida costituzionale del suo legittimo esercizio¹⁰. Con la decisione n. 669 del 17 maggio 2013, il *Conseil constitutionnel* ha infatti convalidato la riforma legislativa «ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe» – questo il titolo della legge n. 404-2013 adottata dall'*Assemblée nationale* il 23 aprile 2013 e promulgata definitivamente all'indomani del nulla osta del *Conseil* – rigettando il ricorso in sede preventiva, presentato da oltre trecento parlamentari tra deputati e senatori, dopo aver respinto, due anni prima con la sentenza n. 92 del 28 gennaio del 2011, un ricorso in via incidentale con cui si eccepeva la costituzionalità della preclusione del matrimonio alle coppie omosessuali.

Con la sentenza resa al principio del 2011, il *Conseil* aveva affrontato una delle prime *questions prioritaires* di costituzionalità rivoltegli, in base alla riforma costituzionale entrata in vigore il 29 novembre del 2010. La Corte di cassazione aveva interpellato il *Conseil* affinché si pronunciasse sulla presunta incostituzionalità delle disposizioni del Codice civile che, sistematicamente interpretate, precludevano il matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso. Due anni dopo la negativa pronuncia del *Conseil*, sulla questione è intervenuto il legislatore, che ha riformato la disciplina codicistica del matrimonio introducendo una (ri)definizione dell'istituto – che, ai sensi del

⁷ PUGIOTTO 2011, 2698.

⁸ VERONESI 2010, 1007.

⁹ Su cui si rinvia a MASTROMARTINO 2013, cap. 3.

¹⁰ Più diffusamente: MASTROMARTINO 2013, 114-118.

novellato art. 143, prevede che «*le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe*» – ed adattandovi le altre disposizioni di legge in materia. Chiamato ad esaminare la costituzionalità della riforma legislativa, il *Conseil constitutionnel*, stavolta in sede di giudizio preventivo, ha coerentemente riaffermato la discrezionalità del legislatore sul tema del matrimonio, dando via libera alla promulgazione della legge.

Non meno incontroverso è poi il caso portoghese, in cui la discrezionalità del legislatore ha potuto dispiegarsi senza vincoli grazie a un chiaro intendimento progressista del Tribunale costituzionale, aperto a una concezione non già statica bensì dinamica della Costituzione¹¹. Pochi giorni prima della sentenza della nostra Corte costituzionale, esattamente l'8 aprile del 2010, il *Tribunal Constitucional* portoghese rigettava il ricorso presentato, in via preventiva, dal Presidente della Repubblica, ai sensi dell'art. 278 della Costituzione, contro la Legge 9/XI, varata dal Parlamento l'11 febbraio dello stesso anno, che ha aperto il matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso¹².

L'anno precedente il Tribunale, in sede di controllo concreto di costituzionalità, aveva escluso – con la sentenza n. 359 del 9 luglio 2009 – che l'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali dovesse ritenersi obbligata in base alle disposizioni costituzionali che sanciscono i principi di dignità della persona e di uguaglianza di fronte alla legge e il diritto alla formazione e tutela della famiglia (artt. 13 e 36 Cost.). Il Tribunale era stato investito della questione in cui veniva eccepita la costituzionalità della disposizione del Codice civile – art. 1577 – che definisce “matrimonio” «il contratto celebrato tra due persone di sesso diverso che intendono formare una famiglia attraverso una comunione di vita, ai sensi delle disposizioni del Codice civile». A motivazione della sentenza di rigetto, il Tribunale aveva affermato che, in assenza di un intervento legislativo nella materia, «una decisione che giudicasse incostituzionali le norme impugnate avrebbe chiaramente un carattere additivo, di dubbia legittimità in rapporto al principio di separazione dei poteri»¹³.

Coerentemente al ragionamento esposto nella decisione del 2009, il Tribunale, con la sentenza del 2010, ha poi dato via libera alla legge che ha aperto il matrimonio alle coppie omosessuali, attraverso la modifica del citato art. 1577 del Codice civile, sostituendo all'accezione esclusivamente eterosessuale del matrimonio – attraverso l'eliminazione dell'inciso «due persone di sesso diverso» – il paradigma *gender-neutral* («due persone»), inclusivo anche delle unioni omosessuali.

Infine, non diversa è la conclusione cui è approdato il *Tribunal constitucional* spagnolo, che ha confermato la costituzionalità della legge che ha aperto il matrimonio alle coppie omosessuali,

¹¹ Più diffusamente: MASTROMARTINO 2013, 111-114.

¹² Con la Legge n. 7 dell'11 maggio 2001, il legislatore portoghese precedentemente aveva esteso alle coppie dello stesso sesso la disciplina disposta a tutela delle unioni di fatto tra persone di sesso diverso, già regolata dalla Legge n. 135 del 28 agosto 1999. L'intervento legislativo prevedeva due importanti eccezioni in tema di legittimazione all'adozione e di accesso alla procreazione medicalmente assistita, entrambe consentite solo alle coppie di sesso diverso ed espressamente escluse per quelle omosessuali. La riforma legislativa che ha aperto il matrimonio alle coppie omosessuali ha mantenuto la preclusione all'adozione. Nulla ha previsto in materia di procreazione medicalmente assistita.

¹³ Cfr. *Tribunal constitucional*, n. 359 del 9 luglio 2009, par. 14. La sentenza è consultabile nel portale on-line: www.tribunalconstitucional.pt. Il Tribunale ha escluso di poter ricorrere a una pronuncia additiva, sostenendo che il caso sottopostogli non rientra in nessuna delle due ipotesi previste per questo tipo di sentenza: «É certo que o Tribunal tem utilizado, por vezes, quer no âmbito da fiscalização abstracta, quer no da fiscalização concreta da constitucionalidade, este tipo de decisão para defender o princípio da igualdade contra discriminações de certas categorias de pessoas. Todavia, tal utilização restringe-se, por via de regra, aos casos em que está em causa a expansão de um regime geral, em virtude da eliminação de normas especiais ou excepcionais contrárias à Constituição, ou ainda a extensão de um regime mais favorável que seja de configurar como uma solução constitucionalmente obrigatória. Nenhuma destas hipóteses se verifica no caso em apreço, pelas razões apontadas».

modificando in via interpretativa il parametro costituzionale allo scopo di rimuovere un (presunto) limite espresso alla valutazione discrezionale del legislatore ordinario¹⁴.

Ebbene, sotto questo aspetto – cioè per ciò che riguarda il riconoscimento da parte del giudice costituzionale della discrezionalità del legislatore (ordinario) relativamente alla disciplina giuridica del matrimonio – la pronuncia della nostra Corte costituzionale non ha orientato in diversa direzione. Come si è infatti ricordato, la Corte ha giudicato inammissibili le questioni di costituzionalità relative agli artt. 2 e 117, primo comma, Cost., adducendo che la loro soluzione implica valutazioni riservate al legislatore: la Corte ha deciso di non accogliere il ricorso, rifiutandosi di rispondere con una pronuncia additiva, poiché diversi le sono apparsi i modi idonei ad eliminare l'incostituzionalità effettivamente riscontrata e la scelta tra di essi compete al legislatore.

Questo elemento comune, però, nel caso italiano assume un'importanza soltanto relativa davanti a ben più sostanziali e significative differenze rispetto alle altre vicende richiamate. Una prima differenza risiede nel fatto che, nel confronto con le altre esperienze ricordate, solo nel caso italiano le coppie formate da persone dello stesso sesso non avevano potuto beneficiare di alcuna sorta di riconoscimento giuridico prima che la questione approdasse al giudice delle leggi. Il legislatore francese aveva infatti istituito il *PACS (Pacte Civil de Solidarité)* nel 1999, prevedendo l'accesso indifferenziato a tutte le coppie, fossero queste formate da persone di sesso diverso o dello stesso sesso¹⁵; in Portogallo, sin dal 2001, le coppie omosessuali potevano godere delle tutele previste dalla disciplina delle unioni di fatto; in Spagna, infine, prima che, nel 2005, entrasse in vigore la legge che ha esteso il matrimonio alle unioni omosessuali, in tredici comunità autonome su diciassette erano previste forme di unioni registrate non precluse alle coppie formate da persone dello stesso sesso¹⁶.

Ciò tenuto in conto, una pronuncia della Corte costituzionale che avesse esteso il matrimonio alle coppie omosessuali avrebbe segnato un oggettivo salto di qualità, in termini di tutela giuridica, superando in un balzo la perdurante inerzia legislativa che, nella materia, contrassegnava – e che, diversamente dalle altre esperienze europee richiamate, *tuttora* contrassegna – la situazione italiana. Sotto questo aspetto, il nostro giudice delle leggi si è trovato ad affrontare la questione in una posizione senza dubbio diversa da quella degli altri tribunali costituzionali, chiamati a verificare la conformità costituzionale di modifiche normative al codice civile introdotte dai rispettivi legislatori nazionali¹⁷.

Ma, nel confronto tra il caso italiano e gli altri qui considerati, la differenza più significativa risiede nel fatto che gli altri giudici delle leggi hanno deciso di lasciare spazio all'intervento del legislatore ordinario, escludendo espressamente, e senza ambiguità, di riconoscere al carattere eterosessuale del matrimonio una «matrice costituzionale»¹⁸. La nostra Corte, come vedremo, ha invece, di fatto, costituzionalizzato il paradigma eterosessuale del matrimonio. Ma se è così: *quale discrezionalità rimane al legislatore italiano?*

¹⁴ Con la sentenza n. 198 del 6 novembre 2012, il *Tribunal constitucional* spagnolo ha respinto il ricorso depositato il 30 settembre 2005 da oltre settanta deputati del *Grupo Popular* – gruppo parlamentare del *Partido Popular* – contro la riforma legislativa, realizzata dalla *Ley* n. 13 del primo luglio 2005, che ha aperto il matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso attraverso la modifica di alcune disposizioni del *Código civil*. Su questa vicenda si rinvia a MASTROMARTINO 2013, cap. 2.

¹⁵ Con Legge n. 944 del 15 novembre 1999 (*Du Pacte Civile et de Solidarité*).

¹⁶ Per una sintetica rassegna sullo stato del riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali in Europa, si veda PASSAGLIA 2010, 273-277. Più diffusamente: TORINO 2012.

¹⁷ SPERTI 2013, 250.

¹⁸ Lo sottolinea, in un intervento recente, anche DI BARI 2014, 3.

4. Profili critici della 138/2010: logica e ideologia dell'interpretazione costituzionale

Interrogandosi sulle prospettive che la sentenza della Corte apre (o chiude) con particolare riferimento al legislatore ordinario che intendesse dare riconoscimento giuridico alle unioni omosessuali, una nutrita schiera di autorevoli commentatori è giunta alla conclusione per la quale, in forza dell'interpretazione dell'art. 29 Cost. fissata dal giudice delle leggi nel quadro dell'argomentazione volta a motivare l'infondatezza della questione di costituzionalità, al legislatore sarebbe precluso riformare la disciplina codicistica del matrimonio estendendolo alle coppie formate da persone dello stesso sesso¹⁹.

Chi propende per questa lettura del giudicato costituzionale dimentica però che questa presunta costituzionalizzazione del paradigma eterosessuale del matrimonio realizzata dalla Corte consiste in un vero e proprio *obiter dictum*, come tale di dubbio rilievo nel quadro complessivo della pronuncia. Alla Corte infatti era stato chiesto, dai giudici rimettenti, di valutare *solo* se le disposizioni costituzionali invocate dai ricorrenti imponessero (o meno) l'apertura del matrimonio alle unioni omosessuali, non *anche* se i parametri considerati (con particolare riferimento all'art. 29) consentissero (e consentano) o, al contrario, precludessero (e precludano) al legislatore ordinario di intervenire in tal senso²⁰.

Se anche si vuol disconoscere questo rilievo critico, si dovrebbe comunque almeno dubitare – per le ragioni di cui si dirà – della correttezza tecnico-giuridica dell'argomentazione della Corte, come pure della concezione ideologica dell'interpretazione costituzionale che essa sembra supporre.

4.1. Un'interpretazione adeguatrice di inversa direzione

Nell'interpretazione dell'art. 29 Cost. esposta dalla Corte, con la quale si è voluto costituzionalizzare il paradigma eterosessuale del matrimonio, la tecnica interpretativa impiegata è criticabile essendo fondata su un'illegittima inversione della gerarchia normativa. Per definire il parametro di controllo, la Corte ha infatti assegnato eccessiva considerazione alle fonti sub-costituzionali²¹, da cui ha tratto acriticamente il significato della nozione di matrimonio, riducendolo a quello risultante dalla sua disciplina codicistica vigente. In questo modo la Corte ha trasformato l'oggetto del giudizio di costituzionalità in parametro, realizzando un «improprio rovesciamento gerarchico delle fonti normative»²².

Il carattere aporetico di questa operazione ermeneutica appare evidente²³: la Corte era stata interpellata affinché valutasse la costituzionalità delle norme codicistiche sul matrimonio alla stregua dell'art. 29; ha risposto a questa sollecitazione, interpretando, all'opposto, la disposizione costituzionale alla stregua di quelle codicistiche, finendo ovviamente per convalidarle. In questo modo, il matrimonio disciplinato dal codice si è costituzionalmente autodisciplinato, fornendo esso stesso la nozione costituzionale del matrimonio²⁴.

A questo proposito, una parte della dottrina ha parlato correttamente di inversa interpretazione adeguatrice (o di «interpretazione adeguatrice alla rovescia»²⁵), dalla Costituzione al Codice del 1942 e non viceversa: un'operazione che è stata giustamente giudicata del tutto incongruente, poiché, com'è ovvio, le norme ordinarie non possono vincolare i precetti della Costituzione²⁶. La natura normativa della

¹⁹ Tra gli altri: CALZARETTI 2010; COLAIANNI 2010; CRIVELLI 2010; D'ALOIA 2012, 14 s.; SPADARO 2013.

²⁰ *Contra*: SPADARO 2013, 16.

²¹ CHERCHI 2010, 5.

²² PUGIOTTO 2010, 15.

²³ TINCANI 2010.

²⁴ COLAIANNI 2010, 852.

²⁵ LUZZATI 2012, 215; BARBERIS 2013, 200.

²⁶ LUZZATI 2012, 218. Stigmatizzava come «assurdi» i «tentativi di interpretare la Costituzione alla luce del codice civile» – una «operazione contraddetta [...] dai principi in materia di gerarchia delle fonti» – già RODOTÀ 1975, 666.

Costituzione rispetto alle fonti inferiori ne risulterebbe infatti evidentemente vanificata: ciò di cui peraltro è ben consapevole la Corte stessa, che, in una sentenza successiva, ha affermato chiaramente che «in tutte le sedi giurisdizionali (e quindi non solo in quella costituzionale) – e dunque *prima di tutto* in quella costituzionale – occorre interpretare le leggi ordinarie alla luce della Costituzione, e non viceversa»²⁷.

4.2. *Il declassamento dell'interpretazione evolutiva a interpretazione "creativa"*

Se poi, nell'*obiter dictum* enunciato dalla Corte, si vuol vedere l'uso di un argomento non già giuridico – per quanto, come si è visto, formalmente viziato – bensì meta- o extra-giuridico, l'argomentazione della Corte presta il fianco ad altri, non meno importanti, rilievi critici.

Secondo alcuni commentatori, la Corte, ancorando all'art. 29 il paradigma eterosessuale del matrimonio, non avrebbe fatto altro che «costituzionalizzare la tradizione» incorporata nel regime giuridico positivo dalla vigente disciplina codicistica²⁸. Sicché una legge che intendesse aprire il matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso, sconfessando il suo significato tradizionale – innegabile presupposto del dibattito svoltosi in Assemblea costituente –, sarebbe preclusa al legislatore, che, impotente davanti a un paradigma culturale di ultramillenaria memoria, non potrebbe che arrendersi di fronte all'inalterabile natura delle cose²⁹. In linea con questa lettura vagamente essentialista, s'è poi levata la voce di chi, paventando la cancellazione del «senso originario» (*original meaning*) della nozione di «matrimonio», ha insistito sulla preservazione del suo «significato naturale, comunemente inteso»³⁰.

Queste alternative interpretazioni del ragionamento esposto dalla Corte, che pure hanno trovato un certo consenso in dottrina, appaiono entrambe criticabili. È infondata infatti, e comunque oggi sotto il profilo epistemologico superata, la concezione che entrambe implicitamente suppongono: una concezione che vede nella tradizione un «elemento costitutivo *immodificabile* del significato delle parole», come se dei termini che compongono una disposizione normativa fosse possibile «dare una sola interpretazione»³¹.

D'altra parte, è pur vero che questa concezione, oggi del tutto screditata, forse non è distante da quella in effetti fatta propria dalla Corte, là dove dichiara – in un passaggio della motivazione che si è già richiamato – che il paradigma eterosessuale del matrimonio, precedentemente assorbito nell'art. 29 Cost. attraverso interpretazione originalista, «non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi, bensì di procedere a un'interpretazione creativa»³².

In margine a questo commentatissimo passaggio dell'argomentazione della Corte, si può però obiettare che l'uso dell'espressione «interpretazione creativa» suggerisce – evidentemente erroneamente, come ammoniva Giovanni Tarello – che «il discorso legislativo abbia un significato proprio e principale, indipendente dalle attività interpretative degli utenti»³³.

Inoltre, con particolare riferimento all'art. 29 Cost., pare lecito chiedersi in che senso il superamento del paradigma eterosessuale del matrimonio sarebbe da ritenersi, come afferma la Corte, l'esito di un'interpretazione inevitabilmente «creativa». L'impressione è piuttosto che, nell'ambito dell'articolata argomentazione svolta dalla Corte, l'espressione «interpretazione creativa» sia usata con mera

²⁷ Corte Costituzionale 1/2013, par. 8.1, *Considerato in diritto*.

²⁸ ROMBOLI 2011, 18.

²⁹ MASSA PINTO, TRIPODINA 2010, specie 8-10, nonché MASSA PINTO 2012. *Contra*: BIANCHI 2011, 540 s.

³⁰ BORDONALI 2011, 567 e 572.

³¹ CHERCHI 2010, 5.

³² Corte costituzionale 138/2010, par. 9, *Considerato in diritto*.

³³ TARELLO 1980, 38.

connotazione dispregiativa e che la Corte abbia voluto agitarne la bandiera al solo scopo di mascherare l'opzione ideologica retrostante all'interpretazione scelta, in modo da presentare il suo principale orientamento concorrente, l'interpretazione evolutiva, come effettivamente non percorribile in quanto viziato da (presunta) «impraticabilità tecnica»³⁴.

Atteniamoci invece all'accezione non già valutativa ma rigorosamente esplicativa dell'espressione «interpretazione creativa». Sempre seguendo la lezione di Giovanni Tarello, con essa si intende

«l'esito dell'attività dell'interpretazione che consiste nell'individuazione di una norma, la quale non può essere considerata uno dei significati attribuibili – secondo le regole linguistico-semantiche del contesto sociale, culturale e organizzativo, in cui l'interprete opera – a un enunciato o a una combinazione di enunciati del discorso legislativo»³⁵.

Se teniamo conto di questa definizione allo scopo di valutare un'interpretazione dell'art. 29 che includa nel matrimonio non solo le unioni eterosessuali ma anche quelle omosessuali, dovrebbe apparire chiaro che è ingiustificato usare lo spauracchio dell'interpretazione «creativa» per stigmatizzare quella che piuttosto sarebbe una semplice re-interpretazione estensiva della disposizione costituzionale. Aggiungo: non solo è ingiustificato, ma è anche fuorviante, perché evidentemente ben più «creativa» sarebbe per esempio l'interpretazione che, riservando il matrimonio alle sole unioni omosessuali escludendo le coppie formate da persone di sesso diverso, sostituisce *integralmente* il suo presunto significato originario³⁶.

A fondamento della pronuncia della Corte non vi sono dunque cogenti motivi di ordine tecnico-giuridico, ma solo opinabili ragioni di carattere ideologico o comunque in senso lato culturale. A testimonianza di ciò sta l'*obiter dictum* affermato dal Tribunale costituzionale portoghese, che nella sentenza n. 359 del luglio 2009 aveva negato che l'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali dovesse ritenersi obbligata in base alle disposizioni costituzionali che sanciscono i principi di dignità della persona e di uguaglianza di fronte alla legge e il diritto alla formazione e tutela della famiglia (artt. 13 e 36 Cost.). In questa pronuncia, il Tribunale, del tutto opportunamente, aveva così escluso *inequivocabilmente* di accettare «la concezione secondo la quale il matrimonio oggetto di tutela costituzionale comporta la pietrificazione del matrimonio quale è oggi definito nel codice civile, escludendo il riconoscimento giuridico di altre comunioni di vita tra le persone»³⁷.

Alla nostra Corte sarebbe stato insomma ben possibile *tecnicamente*, se non ricorrere a una pronuncia additiva, almeno adottare un'interpretazione che non chiudesse la porta all'azione del legislatore che intendesse estendere il matrimonio alle unioni omosessuali. L'art. 29 della Costituzione italiana ben si presta infatti a un'interpretazione *gender-neutral* volta a meglio comprendere le trasformazioni sociali e culturali che in anni recenti hanno interessato il concetto di famiglia e l'istituto

³⁴ CHIASSONI 2010, 93.

³⁵ TARELLO 1980, 36 s.

³⁶ CHIASSONI 2010, 97. Differente è la ricostruzione che, in senso critico, svolge Luzzati, che ritiene – in base a un diverso modo di intendere la linea di confine tra interpretazione «ordinaria» e interpretazione «creativa» – che il limite opposto dalla Corte viene oltrepassato nella sua stessa argomentazione dalla Corte medesima. In rapporto alla questione del matrimonio tra persone dello stesso sesso, con riferimento all'art. 29 Cost., Luzzati sostiene che: «Qui siamo di fronte a un silenzio, ad un vuoto che può essere riempito in due modi diametralmente opposti: o con un'interpretazione *restrittiva* che usa l'argomento *a contrario* (il costituente tacque perché lo escluse), o con un'interpretazione *estensiva* che si sforza di adeguare la norma ai cambiamenti sociali; «ma *entrambe* [...] sono creative, *tutt'e due* vanno oltre la "lettera", per quanto in direzioni diverse». Quella adottata dalla Corte «era quella più prudente, o forse la più timida e conformistica, *tuttavia ciò non la rende meno creativa*». LUZZATI 2012, 218 s.

³⁷ *Tribunal constitucional*, n. 359 del 9 luglio 2009, par. 10.

giuridico del matrimonio. Nulla, sotto il profilo strettamente costituzionale, la esclude; tanto più che, diversamente da altri casi, nel nostro testo costituzionale non vi è alcun riferimento espresso al paradigma eterosessuale delle unioni familiari (coniugate o meno) – si pensi, ad esempio, all’art. 32 della Costituzione spagnola che stabilisce invece che: «l’uomo e la donna hanno diritto a contrarre matrimonio in condizioni di piena eguaglianza».

5. *L’art. 29 della Costituzione italiana: orientamenti interpretativi a confronto*

La disposizione normativa contenuta nell’art. 29, primo comma, della Costituzione italiana ammette innegabilmente una pluralità di significati. Non a caso ha sempre suscitato notevoli problemi di interpretazione, dovuti soprattutto alla formula che qualifica la famiglia «società naturale fondata sul matrimonio». Se, da un lato, se n’era subito denunciato il carattere ossimorico, essendo l’espressione con cui si definisce la famiglia nel testo costituzionale logicamente viziata poiché mette insieme, collegandoli inestricabilmente, qualcosa che «richiama al diritto naturale» con il matrimonio, «che è un istituto di diritto positivo»³⁸; dall’altro, è stata presto autorevolmente evidenziata la natura *solo* «fortemente evocativa» dell’espressione, indebitamente sprovvista «di precisazioni di ordine testuale necessarie per valutarne il significato positivo»³⁹.

Non stupisce allora che, a distanza di oltre sessanta anni dalla promulgazione della Carta, la dottrina sia ancora oggi significativamente divisa. Ad essere oggetto di controversia è, in particolare, l’espressione “società naturale”, il suo significato, sul quale, ogni volta che la nozione di famiglia è misurata su nuove situazioni o pretese originate dalla trasformazione dei costumi sociali, si torna inevitabilmente a discutere⁴⁰. È attorno a questo nodo interpretativo che si sono formati tre orientamenti antagonisti: comunemente si usa infatti distinguere una posizione di impostazione giusnaturalista, una posizione di impostazione storicista e una terza posizione generalmente chiamata intermedia, che trova origine nella critica delle altre due impostazioni.

Secondo l’orientamento giusnaturalista, l’espressione “società naturale” equivale alla formula “società di diritto naturale”, la quale evoca una società, la famiglia, i cui componenti sarebbero titolari di diritti naturali, come tali inviolabili. La famiglia, così intesa, si presenta come un soggetto storico, immutabile, sottratto alla potestà dello Stato, poiché rispetto a questo preesistente e precostituito, ed indifferente alle trasformazioni sociali e culturali⁴¹.

Secondo l’orientamento storicista, la dimensione naturale della famiglia – ciò che fa di essa appunto una società naturale – risiede nel fatto che la sua costituzione risponde a un’esigenza connaturata all’essere umano, un bisogno primario e insopprimibile, vincolato all’espressione della sua spontanea socialità, che lo Stato è tenuto a proteggere. Sicché la famiglia, così intesa, si presenta come

³⁸ Cfr. l’intervento di Piero Calamandrei nella seduta del 23 aprile del 1947 all’Assemblea costituente, in AA.VV. 1971, vol. II, 1201: «Dal punto di vista logico ritengo che sia un gravissimo errore che rimarrà nel testo della nostra Costituzione come una ingenuità, quella di congiungere l’idea di società naturale – che richiama al diritto naturale – colla frase “fondata sul matrimonio” che è un istituto di diritto positivo. Parlare di una società naturale che sorge dal matrimonio, cioè, in sostanza, da un negozio giuridico è, per me, una contraddizione in termini».

³⁹ BESSONE 1977, 13.

⁴⁰ BIONDI 2013, 23.

⁴¹ Tale posizione incontra il favore della Chiesa cattolica ed è sostenuta da una parte minoritaria ma assai autorevole della dottrina: GRASSETTI 1961, 50 ss.; LOMBARDI 1965, 3 ss.

una realtà aperta alle dinamiche sociali; non già unica e assoluta, bensì plurale e relativa, venendo ad assumere la forma dei modelli che si realizzano in un dato momento storico⁴².

Secondo la posizione intermedia, infine, il carattere naturale della famiglia non risiederebbe, né in un astratto codice di natura, né nei contingenti e imprevedibili esiti dei processi storico-evolutivi, bensì nell'elemento più radicato della cultura e della tradizione della comunità cui apparteniamo. Di questo elemento, affermano i sostenitori di tale accostamento, il matrimonio, in quanto istituto giuridico inteso alla tutela del legame affettivo tra due persone di sesso diverso, è parte integrante ed essenziale. Sicché la famiglia viene a configurarsi come una formazione sociale che, pur suscettibile di sviluppi determinati dalle trasformazioni sociali e culturali, possiede un "nucleo duro" indisponibile, che coincide con le peculiari caratteristiche che la società percepisce come costitutive dell'istituto matrimoniale tradizionale⁴³.

Questo terzo orientamento prende forma dalle critiche mosse alle due posizioni che tradizionalmente ha assunto la dottrina. Chi difende la posizione intermedia osserva che gli altri orientamenti finiscono per assegnare al diritto – legislativo nel primo caso e costituzionale nel secondo – una funzione assai marginale, risultando esso «vincolato al recepimento ora di una nozione immutabile ad esso trascendente di modello familiare, ora del mero portato dell'evoluzione sociale»⁴⁴. In particolare, viene notato, l'orientamento storicista finirebbe per svuotare di contenuto la disposizione costituzionale, menomandone la portata normativa, facendo di essa una "norma in bianco" da cui deriverebbe al legislatore, così sciolto da ogni vincolo, la piena «libertà di definire fin nella sua essenza la nozione costituzionale di famiglia»⁴⁵.

A ben guardare, però, questa critica, pur suggestiva non persuade. Anzi è proprio la posizione intermedia, assieme all'orientamento di impostazione giusnaturalista, a prestare il fianco ad obiezioni.

L'orientamento giusnaturalista appare assai debole, come tutti quegli accostamenti che, nell'interpretazione di una disposizione normativa di diritto positivo, evocano il diritto naturale. Peraltro, tale orientamento eleva a diritto naturale, come tale immutabile, il testo costituzionale, senza tuttavia specificarne il contenuto; sicché l'insistenza sulla preesistenza della famiglia rispetto allo Stato, quale dato giuridico inevitabilmente successivo e secondario in rapporto all'astratta configurazione del diritto naturale, si risolve in un presupposto meramente formale da cui risulta un'immagine indistinta della famiglia, la cui definizione rimane fatalmente indeterminata.

D'altra parte, anche la posizione intermedia, rimandando alla più radicata tradizione comune alla nostra società, muove da un elemento tendenzialmente indeterminato, e comunque soggetto – sia pure in misura più ridotta – alle trasformazioni sociali e culturali: ciò che avvicina questa posizione all'orientamento storicista. Ma soprattutto, vincolando la definizione della tradizione all'istituto matrimoniale, risultato di una convenzione giuridica di carattere legislativo e non costituzionale,

⁴² Cfr. per tutti: MANCINI 1963, 223 ss.; BARCELLONA 1967, 780 ss., secondo cui per individuare il denotato del concetto di famiglia si deve «far leva esclusivamente sui modi di rilevanza concretamente riscontrabili in un determinato sistema positivo». In termini simili, si legga quanto scrivono LUCIANI 1998, 153: «La qualifica di "società naturale" sta semplicemente ad indicare che la Costituzione dà per scontato l'impulso dell'uomo alla formazione di una famiglia, obiettivo che lo Stato non potrebbe legittimamente precludere né eccessivamente ostacolare, proprio perché si tratta di una meta "naturale" della vita umana», e più recentemente MANETTI 2010, 5, secondo la quale «la "società naturale" si identifica nella comunità nascente da bisogni spontanei o istintivi delle persone, che danno luogo alla creazione di forme di vita nuove e diverse in armonia con le esigenze scaturite dall'interiorità dei soggetti, oltre che imposte dalla realtà esterna». Per una ricostruzione esemplare di questo orientamento, BIN 2000, 1066 s.

⁴³ DAL CANTO 2005, 279; RUGGERI 2007, 755 s. Cosicché, secondo l'illuminante ricostruzione critica proposta da BIN 2000, 1067, la famiglia verrebbe a consistere in un concetto di ordine culturale.

⁴⁴ DAL CANTO 2005, 278.

⁴⁵ DAL CANTO 2005, 278. Cfr. anche BUSNELLI 2002, 514.

finisce per schiacciare la famiglia sul dato giuridico-positivo di formazione precedente alla Carta, essendo la disciplina del matrimonio contenuta nel Codice civile del 1942. Si realizza così un ribaltamento della gerarchia delle fonti, in forza del quale la disposizione costituzionale, nella parte in cui si riferisce alla famiglia, viene interpretata in base a una fonte di ordine inferiore rispetto alla quale, al contrario, dovrebbe possedere una vincolante normatività. Questo palese scostamento da un generale principio sul rapporto gerarchico fra fonti normative – che in questo caso è di carattere materiale⁴⁶ – dispiega peraltro l'originaria natura contraddittoria dell'art. 29, traducendo compiutamente l'incoerenza risultante dal collegamento tra ciò che si presume naturale, la famiglia, e un istituto giuridico positivo, il matrimonio, in un vizio normativo, poiché orienta erroneamente l'interprete a leggere il testo costituzionale in base alla disciplina codicistica e non, come invece sarebbe corretto, la legge in base alla Costituzione.

5.1. *Una difesa dell'orientamento storicista*

L'orientamento storicista appare viceversa assai più persuasivo. Prende atto del carattere perlopiù evocativo della formulazione della Carta; valorizza le scarse indicazioni in essa contenute, ponendole secondo un'ottica sistematica nell'alveo del principio personalista così desumendo la natura di formazione sociale della famiglia; assegna infine al legislatore, nonché in via secondaria alla giurisprudenza, il compito di vivificare il dettato costituzionale in modo da garantirne la longevità e l'attualità, ovvero la costante idoneità alle mutevoli condizioni sociali e culturali. Ne risulta una complessiva valorizzazione della Costituzione, delle (inarrestabili) dinamiche sociali, nonché una rinnovata fiducia nella capacità della politica e degli operatori del diritto nel saperle decifrare e nel rispondere equamente alle esigenze, individuali e collettive, che ne scaturiscono.

Questa lettura della disposizione costituzionale esclude, del tutto correttamente, che la famiglia abbia un carattere statico – fermo a una tradizione che si pretende incontrovertibile, come richiederebbe la posizione cosiddetta intermedia – o addirittura immutabile – come vorrebbe un ormai desueto orientamento giusnaturalista. C'è però un dato sul quale convergono tutti e tre gli orientamenti: il mutamento di prospettiva rispetto al passato che – secondo una comune interpretazione dei lavori della Costituente⁴⁷ – si realizza, attraverso il riferimento alla “società naturale”, con la rivendicazione costituzionale dell'autonomia della sfera familiare dallo Stato⁴⁸.

È un modo di intendere la famiglia, guardata come una (micro)società preesistente e precostituita alle istituzioni statuali, che segna il trapasso irreversibile da una «concezione autoritaria e organicista della famiglia», propria dell'esperienza fascista – che ne esaltava il carattere giuspubblicistico funzionalizzandolo al controllo sociale nell'interesse superiore dello Stato –, a un modello di famiglia che, sottraendola alla potestà statale, ne afferma l'autonomia e la “naturale” libertà⁴⁹. Con la nuova

⁴⁶ Sul concetto di “gerarchia normativa”, si veda l'analisi ricostruttiva svolta da PINO 2014, specie 23-36.

⁴⁷ Cfr. per tutti: POCAR, RONFANI 1998, 21; LAMARQUE 2006, 2418.

⁴⁸ Si ricordino al proposito gli interventi di A. MORO nelle sedute del 30 ottobre e del 6 novembre 1946 della I Sottocommissione dell'Assemblea costituente, in AA.VV. 1971, vol. VI, 635 e 647: «Poiché la famiglia è la cerchia sociale nella quale l'uomo si esprime più naturalmente, va considerata, in quanto tale, come un limite dello Stato [...] come garanzia della stessa democrazia. Il valore giuridico dell'affermazione, contenuta nell'articolo in discussione, sta quindi nel riconoscere costituzionalmente che lo Stato ha dinanzi a sé delle realtà autonome da cui esso stesso prende le mosse, sia pure a sua volta influenzandole». «Dichiarando che la famiglia è una società naturale, si intende stabilire che la famiglia ha una sua sfera di ordinamento autonomo nei confronti dello Stato, il quale, quando interviene, si trova di fronte ad una realtà che non può menomare né mutare».

⁴⁹ SALVI 2008, 563-565. Cfr. anche MARELLA, MARINI 2014, 11. Un'esemplificazione del modello di famiglia promosso dall'esperienza fascista – tratto da un progetto di Carta del diritto, presentato nel 1940 a Pisa in un convegno

disciplina costituzionale della famiglia si realizza insomma una rottura con il passato che, in accordo con una nuova visione del rapporto tra individuo (società) e Stato, si sostanzia, già nel dettato costituzionale, in un «cambiamento [...] epocale nella vita delle persone e nel costume sociale»: rispetto al matrimonio, finalmente ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, e rispetto alla prole, mediante l'affermazione di un principio di eguaglianza tra figli naturali e figli legittimi⁵⁰.

Questa nuova concezione, in cui si dispiega il modello coerentemente personalista cui la nostra Costituzione inequivocabilmente si ispira, è stata poi chiaramente confermata dal laborioso processo di rinnovamento del diritto di famiglia, avviato nei primi anni '70 e culminato nella riforma del 1975. Essa – com'è stato giustamente osservato – «è valsa a demistificare la definizione [di famiglia] accolta dalla nostra Costituzione»⁵¹, convalidandone una lettura culturalmente non anacronistica, che intese il carattere “naturale” della famiglia come contrassegno del suo modellarsi secondo l'evoluzione sociale, così consentendo un adeguamento legislativo ai cambiamenti sociali e culturali dei rapporti familiari pienamente conforme al dettato costituzionale⁵².

È un'attenzione alle dinamiche sociali che non è certo mancata nemmeno nelle pronunce della Corte costituzionale, la quale ha progressivamente abbandonato una visione risalente della famiglia risultante da un inopinato concetto tradizionale che esauriva la relazione familiare nella famiglia composta da genitori (coniugati) e figli (legittimi)⁵³. Già dalla seconda metà degli anni '80, la Corte ha infatti qualificato la famiglia «formazione sociale primaria», prima in riferimento alla famiglia costituita dalle coppie conviventi *more uxorio*, poi a quella composta da genitori adottandi e figli adottati, aprendo così le maglie del modello tradizionale mediante un inconfondibile inquadramento dei rapporti familiari nella cornice personalista tracciata dal disegno costituzionale⁵⁴.

Del resto, all'indomani della riforma del '75 la più autorevole dottrina aveva orientato verso una lettura dell'art. 29 Cost. che contemplatesse «un'analisi del sistema complessivo delle norme di ordinamento costituzionale della famiglia»: un'interpretazione sistematica che pareva necessaria per dare corpo al dettato del primo comma in forza del suo carattere fortemente evocativo⁵⁵. Il collegamento con l'art. 2 Cost. appariva, già allora, del tutto opportuno, in virtù della «naturale attitudine [della famiglia] ad esser formazione sociale in continua evoluzione [...] per garantire ai suoi membri l'integrale sviluppo della loro personalità»⁵⁶. Ne derivava «un nuovo modello di famiglia, ordinato sul principio di libertà di espressione e di tutela dei valori della persona» e correttamente informato a uno schema pluralista, principio costitutivo della struttura sociale dell'odierno ordinamento costituzionale⁵⁷.

Soltanto in questo modo la formula con cui il testo costituzionale definisce la famiglia («società naturale fondata sul matrimonio») poteva presentarsi come «una locuzione tutt'altro che escludente [...] in grado di accogliere ed assorbire senza particolari traumi le modificazioni che il tempo ha impresso alla fisionomia dell'uno come dell'altra»⁵⁸. Così intesa, la famiglia può dirsi allora

di giuristi e raccolto in AA.VV. 1943 – è richiamato da FROSINI 1977, 88: «La famiglia è il nucleo fondamentale della società nazionale. L'unità e la saldezza morale ed economica della famiglia sono garanzie della forza della Nazione. Lo Stato riconosce il carattere religioso dell'atto di fondazione della famiglia; rende inattaccabile il patrimonio di essa; stabilisce gli organi dei poteri familiari, ne controlla l'attività e, nel difetto, li sostituisce».

⁵⁰ MANETTI 2010, 4.

⁵¹ FROSINI 1977, 89.

⁵² SALVI 2008, 564 s.

⁵³ Cfr. Corte costituzionale 64/1961 e Corte costituzionale 79/1969.

⁵⁴ Cfr. rispettivamente: Corte costituzionale 237/1986 e Corte costituzionale 140/2009; Corte costituzionale 183/1988.

⁵⁵ BESSONE 1977, 13.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ BESSONE 1977, 4.

⁵⁸ MARZOCCO 2012, 89.

“*naturalmente*” suscettibile di evoluzione, essendo la comunità che più spontaneamente si forma nella società e che pertanto più immediatamente rispecchia le esigenze primarie di ciascun individuo⁵⁹. Essa, soprattutto per opera della Corte costituzionale – che ha ricondotto le convivenze, cioè le famiglie non coniugali, nell’alveo dell’art. 2 Cost. –, è ormai riconosciuta nelle sue variegate determinazioni «un fenomeno sociale»⁶⁰, come tale soggetto a incessanti trasformazioni, essendo necessariamente plurale il modo in cui ciascun individuo svolge la sua personalità⁶¹.

Ma è esattamente questo nesso – tra l’art. 29 e l’art. 2 – ad essere paradossalmente depotenziato dall’interpretazione resa dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 138/2010, la quale ha voluto imporre una concezione ideologica della famiglia, modellata sulla nozione tradizionale del matrimonio così come inquadrato dalla disciplina codicistica, richiamando una disposizione costituzionale, l’art. 29, che i costituenti intesero prevedere allo scopo di garantire l’inviolabilità della sfera familiare dell’individuo – come tale personalissima – dall’interventismo dello Stato⁶².

Ebbene, se la famiglia è – come di fatto è (nella realtà ben più che nelle opinioni di chi ne difende o ne critica il modello tradizionale) – necessariamente mobile e soggetta a costante evoluzione, deve esserlo anche il matrimonio. Non si può ostacolare il libero ed incontenibile sviluppo della famiglia attraverso la costituzionalizzazione del paradigma eterosessuale che del matrimonio contrassegna indiscutibilmente la versione storico-tradizionale⁶³. Piuttosto, assai più ragionevole, da un punto di vista costituzionale, sarebbe guardare al matrimonio come a una struttura sociale, giuridicamente definita, «storicamente aperta ai processi di revisione del suo regime (e delle sue forme)» allo scopo di conformarla «alle esigenze di una formazione sociale [la famiglia] assolutamente peculiare»⁶⁴.

Secondo questo modo di intendere la famiglia e il matrimonio, l’art. 29 potrebbe essere allora ben più correttamente interpretato alla stregua di una *garanzia di istituto*⁶⁵: del matrimonio e, prima ancora, della famiglia, che il matrimonio – secondo la formulazione della disposizione – “fonda”, nel

⁵⁹ A conferma di questa concezione, si può oggi fare riferimento a quanto stabilito dalla Corte di cassazione, che, giudicandole favorevolmente, ha fatto proprie le «importanti novità» contenute nella sentenza della Corte EDU (*Schalk e Kopf c. Austria* del 24 giugno 2010), la quale ha affermato che «in considerazione del fatto che dal 2001 [...] ha avuto luogo in molti Stati Membri una rapida evoluzione degli atteggiamenti sociali nei confronti delle coppie omosessuali» e che «a partire da quel momento un notevole numero di Stati Membri ha concesso il riconoscimento giuridico alle coppie omosessuali», «data quest’evoluzione la Corte ritiene artificiale sostenere l’opinione che, a differenza di una coppia eterosessuale, una coppia omosessuale non possa godere della vita familiare ai fini dell’articolo 8» della Convenzione; «conseguentemente la relazione dei ricorrenti, una coppia omosessuale convivente con una stabile relazione di fatto, rientra nella nozione di vita familiare, proprio come vi rientrerebbe la relazione di una coppia eterosessuale nella stessa situazione». Cfr. Corte di cassazione, n. 4184 del 15 marzo 2012, par. 3.3.3, specie lett. b).

⁶⁰ BILOTTA 2011, 70; nonché BILOTTA 2013, 182.

⁶¹ Insistono sulla necessità di un’interpretazione storicista dell’art. 29: FERRANDO 2011, 32 e TORINO 2012, 269.

⁶² GATTUSO 2011, 801 s.; nonché GATTUSO 2007, 272.

⁶³ Orienta in questa direzione ancora la Corte di cassazione, che, nuovamente richiamando la sentenza della Corte EDU, citata *supra*, nt. 59, secondo la quale «il diritto al matrimonio, riconosciuto dal combinato disposto degli artt. 12 della Convenzione e 9 della Carta [di Nizza], include anche quello al matrimonio di persone dello stesso sesso», dichiara che «il limitato ma determinante effetto dell’interpretazione della Corte Europea», di sicuro rilievo anche per l’ordinamento italiano, «sta nell’aver fatto cadere il postulato implicito, il requisito minimo indispensabile a fondamento dell’istituto matrimoniale, costituito dalla diversità di sesso dei nubendi». Cfr. Corte di cassazione, n. 4184 del 15 marzo 2012, par. 4.1.

⁶⁴ BESSONE 1977, 31. In termini analoghi, SAPORITI 2010, 70.

⁶⁵ Com’è noto, la nozione di “garanzia di istituto”, o “garanzia istituzionale”, risale alla dottrina tedesca degli anni ’20 del secolo scorso, che impiega questa espressione per distinguere la protezione predisposta da una disposizione costituzionale che enuncia un diritto soggettivo dalla garanzia contenuta nella medesima onde proteggere l’istituto giuridico cui si riferisce il diritto soggettivo enunciato.

senso che della famiglia costituisce, ad oggi, la massima forma di protezione legale⁶⁶. Se al tempo in cui la Costituzione entrò in vigore l'art. 29 doveva servire essenzialmente a preservare la famiglia da indebite intromissioni da parte dei pubblici poteri, onde scongiurare un nuovo autoritarismo dello Stato, oggi, anche in virtù di una lettura sistematica del testo costituzionale, la disposizione costituzionale, in quanto garanzia di istituto, ha assunto nell'ambito del modello pluralista una diversa funzione, che è quella di mezzo di approfondimento della tutela dei diritti di cui essa è posta a garanzia⁶⁷. Sicché essa, mutuandoli dall'esperienza cui si riferisce, potrebbe acquisire «nuovi significati» secondo le «pratiche di libertà» in cui si realizza l'esercizio dei diritti fondamentali da essa tutelati⁶⁸: il diritto di ognuno di formare una famiglia e di unirsi in matrimonio.

Ora, la famiglia costituita da una coppia formata da persone dello stesso sesso consiste senz'altro in una pratica di libertà che l'art. 29, per via dell'art. 2, ha la funzione di proteggere. Ma è una tutela che l'ordinamento costituzionale avrà compiutamente apprestato solo quando il matrimonio verrà aperto alle unioni omosessuali: un'esigenza, questa, che se soddisfatta non comporta peraltro in nessun modo una limitazione dei diritti garantiti dall'art. 29⁶⁹. Ben lungi dal procurare un pregiudizio all'esercizio di questi diritti, l'istituzione del *matrimonio egualitario*⁷⁰ – *gender-neutral* o semplicemente “per tutti”⁷¹ – ne rappresenterebbe, piuttosto, finalmente la piena garanzia.

6. La sentenza 170/2014: una decisione nel solco della 138/2010

Analogo discorso critico a quello svolto nei parr. 4.1 e 4.2 in relazione alla sentenza n. 138 del 2010 si può infine ripetere allorché si consideri la sentenza 170/2014 (dell'11 giugno), con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionali gli artt. 2 e 4 della Legge 14 aprile 1982, n. 164, che stabilivano lo scioglimento automatico del matrimonio (a prescindere, cioè, dalla espressa volontà dei coniugi) a seguito di rettificazione di sesso da parte di uno dei due soggetti coniugati.

In questa pronuncia, si trova peraltro confermato quanto si è detto poc'anzi a proposito del rapporto tra famiglia e matrimonio nell'ambito del testo costituzionale, che è un rapporto di subalternità del matrimonio rispetto alla famiglia e non viceversa. Pur giudicando il rapporto tra due coniugi, a seguito di rettificazione di sesso da parte di uno dei due, non più inquadrabile nel modello matrimoniale (tanto che la Corte, per automatico effetto della rettificazione, ritiene i due coniugi non più sposati), la Corte

⁶⁶ In termini simili mi pare esprimersi BILOTTA 2011, 72, là dove richiama la funzione propria del matrimonio «di meccanismo di tutela giuridica della famiglia».

⁶⁷ Cfr. SCHILLACI 2014, 200.

⁶⁸ SCHILLACI 2014, 201. Viceversa, aggiunge l'autore, 202, «ogni irrigidimento dogmatico, ogni pretesa di cristallizzare l'universo delle relazioni affettive e familiari all'immagine ricevuta in un determinato momento storico, ha l'effetto di appiattare la garanzia di istituto sulla conservazione di assetti tradizionali, annullando la sua funzione di spazio di promozione della libertà e, dunque, di articolazione *dinamica* del rapporto tra Costituzione ed esperienza storica».

⁶⁹ TINCANI 2009.

⁷⁰ Scriveva BOBBIO 1995, 31, che «l'eguaglianza di tutti in qualcosa, e l'eguaglianza di alcuni (appartenenti a una determinata categoria) in qualche cosa possono dirsi richieste egualitarie solo se eliminano una diseguaglianza precedente. Così si chiama egualitaria una legge che estenda il suffragio alle donne, o un'altra che elimini una discriminazione razziale». Una legge che estendesse il matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso eliminerebbe una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale. Sicché si tratterebbe di una norma eguagliatrice che, liberando alcuni da un impedimento che incide sul pieno svolgimento della propria personalità, conferendo una libertà li renderebbe (più) uguali. Sull'opportunità di usare questa espressione in riferimento al problema dell'estensione del matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso, cfr. anche BILOTTA 2013, 174 s. In senso critico, DANESI 2014.

⁷¹ Il riferimento è alla locuzione “*mariage pour tous*”, preferita all'espressione “*mariage homosexuel*”, o equivalenti, dai sostenitori della recente legge che in Francia ha esteso il matrimonio alle unioni fra persone dello stesso sesso.

riconosce d'altra parte il «pregresso vissuto, nel cui contesto quella coppia ha maturato reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale»⁷². Si potrebbe dire cioè che, sciolto il matrimonio, permane però la famiglia, che come tale deve sempre poter trovare adeguato riconoscimento giuridico⁷³.

Diversamente dalla 138/2010, la 170/2014 è una pronuncia di accoglimento, pur se la dichiarazione d'incostituzionalità è temperata nella sentenza da un dispositivo additivo dagli effetti assai dubbi in rapporto al giudice rimettente, che è la Corte di Cassazione⁷⁴. La Corte costituzionale ha infatti dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme contestate «nella parte in cui non prevedono» che lo scioglimento del matrimonio

«consenta, comunque, ove entrambi [i coniugi] 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»⁷⁵.

Ma sul piano della motivazione, la Corte ha riproposto in modo pressoché invariato i medesimi argomenti presenti nel suo celebre precedente (la 138/2010). Le due pronunce, per quanto attiene all'interpretazione dell'art. 29, risultano infatti viziate dagli stessi difetti e dalle stesse lacune argomentative: lacune che, nella nuova decisione, appaiono ancora più evidenti là dove la Corte evoca un presunto «interesse dello Stato a non modificare il modello eterosessuale del matrimonio» («e a non consentir[e]» del matrimonio «la prosecuzione, una volta venuto meno il requisito essenziale della diversità di sesso dei coniugi»⁷⁶, essendo «il perdurare del vincolo matrimoniale tra soggetti del medesimo sesso, in contrasto con l'art. 29 Cost.»⁷⁷. Il paradigma eterosessuale, assorbito dall'art. 29 Cost., consisterebbe peraltro secondo la Corte in un «caratter[e] fondamentale dell'istituto del matrimonio»⁷⁸.

La Corte si limita ad evocare questo presunto interesse dello Stato, senza però nulla argomentare⁷⁹: ciò che sembra testimoniare ancora una volta la volontà della Corte di evitare di discutere la (presunta) ragionevolezza della discriminazione realizzata dalla preclusione del matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso. Ma, com'è noto, è possibile difendere la ragionevolezza di una legge solo allorché la limitazione di un diritto fondamentale (il diritto di sposarsi, per esempio, o, nel caso discusso dalla Corte, il diritto di mantenere in vita il matrimonio contratto anche a seguito di rettific-

⁷² Corte costituzionale 170/2014, par. 5.1.

⁷³ Paradossalmente è proprio la Corte, in un altro passaggio della motivazione, a sovrapporre impropriamente, erroneamente identificandoli, matrimonio e famiglia, là dove afferma che «anche a colui (o colei) che cambia il proprio sesso non resta impedito di formare una famiglia, contraendo nuovo matrimonio con persona di sesso diverso da quello da lui (o lei) acquisito per rettifica», *ivi*, par. 5.2, secondo cpv. Sul punto, cfr. WINKLER 2014.

⁷⁴ Discutono approfonditamente i possibili effetti giurisdizionali della decisione della Corte, approdando a conclusioni opposte, PEZZINI 2014 e VERONESI 2014, specie 14. Con la sentenza n. 8097 del 21 aprile 2015, la Corte di cassazione ha posto fine alla vicenda dichiarando che la sentenza 170/2014 della Corte costituzionale «non può che comportare la rimozione degli effetti della caducazione automatica del vincolo matrimoniale sul regime giuridico di protezione dell'unione, fino a che il legislatore non intervenga a riempire il vuoto normativo, ritenuto costituzionalmente intollerabile, costituito dalla mancanza di un modello di relazione tra persone dello stesso sesso all'interno del quale far confluire le unioni matrimoniali contratte originariamente da persone di sesso diverso e divenute, mediante la rettificazione del sesso di uno dei componenti, del medesimo sesso». In sintonia con questa decisione si è poi espresso, su un caso analogo, il Tribunale di Milano, sez IX civ., 22 aprile 2015.

⁷⁵ *Dispositivo*, Corte costituzionale 170/2014.

⁷⁶ *Ibid.*, par. 5.6, secondo cpv.

⁷⁷ *Ibid.*, par. 5.6, quarto cpv. In questo passaggio la nostra Corte sembra far proprio, pressoché letteralmente, l'orientamento espresso dalla Corte EDU nel caso *H. c. Finlandia*, 13 novembre 2012, par. 48, là dove essa fa riferimento a «the State's interest to maintain the traditional institution of marriage intact».

⁷⁸ Corte costituzionale 170/2014, par. 5.6, terzo cpv.

⁷⁹ PEZZINI 2014.

cazione di sesso da parte di uno dei coniugi qualora entrambi lo richiedano) venga legislativamente stabilita allo scopo di salvaguardare concorrenti interessi costituzionalmente protetti⁸⁰.

È probabile che la Corte abbia, nuovamente, voluto evitare di discutere la questione per la semplice ragione che non vi è alcun interesse concorrente da bilanciare. Un interesse concorrente non può infatti certamente ravvisarsi nel (presunto) interesse dello Stato alla conservazione, alla non modificazione, dell'istituto del matrimonio, così com'è disciplinato dal Codice civile (dato che in passato, prima l'Assemblea costituente poi il legislatore, hanno già significativamente alterato l'istituto, stabilendo l'eguaglianza giuridica e morale dei coniugi e introducendo il divorzio). Allo stesso modo, è evidente che questo interesse non può risiedere nel mantenimento della tradizione culturale, che associa al matrimonio il solo paradigma eterosessuale. In questa tradizione, infatti, si identifica ormai solo una parte della società italiana. Il fatto che essa continui (forse) ad essere maggioritaria è comunque irrilevante, essendo l'estensione del matrimonio alle unioni omosessuali palesemente da realizzarsi in difesa di una minoranza.

7. Conclusioni

Una pronuncia come quella elaborata dalla Corte nella 170/2014 rappresentava, probabilmente, lo strumento migliore di cui la Corte, senza recedere da quanto aveva affermato nel suo precedente (138/2010), poteva disporre per realizzare due obiettivi. Il primo obiettivo era quello di sollecitare con fermezza il legislatore a provvedere a dare riconoscimento giuridico alle unioni omosessuali: da notare è infatti il ben più fermo, e speriamo persuasivo, monito rivolto al legislatore, che, secondo quanto ha dichiarato la Corte, deve assolvere questo compito «con la massima sollecitudine»⁸¹. L'altro obiettivo, che la Corte ha voluto inequivocabilmente perseguire, era poi quello di orientare il legislatore verso una disciplina intesa non già all'estensione del matrimonio alle unioni omosessuali, bensì alla differenziazione di queste dalle coppie eterosessuali tramite l'introduzione legislativa di un istituto diverso dal matrimonio, che la Corte chiama, senza precisarne i contenuti, «convivenza registrata»⁸²: sembra orientare verso questa ricostruzione delle intenzioni della Corte il fatto che nella motivazione la Corte affermi che è «compito del legislatore introdurre una forma *alternativa (e diversa dal matrimonio)*»⁸³ per dare riconoscimento giuridico alle coppie formate da persone dello stesso sesso.

Certo è che, se già prima di quest'ultima sentenza, un *revirement* della Corte appariva improbabile, ora forse è definitivamente da escludersi.

D'altra parte – per le ragioni qui addotte – è lecito ritenere altrettanto improbabile che la Corte, chiamata a giudicare un'eventuale legge che estendesse il matrimonio alle unioni omosessuali, la

⁸⁰ BRUNELLI 2014.

⁸¹ Corte costituzionale 170/2014, par. 5.6, sesto cpv. Cfr. CONTI 2014, 41 s., nt. 115. Si tratta inequivocabilmente di un nuovo invito rivolto al legislatore – dopo il monito espresso dalla Corte nella 138/2010 e rimasto indebitamente inascoltato, come espressamente denunciato dal Presidente emerito della Corte Prof. F. Gallo nella sua *Relazione* del 12 aprile 2013 [sulla quale si sofferma diffusamente MANNELLA 2013, IX-XII] – ma stavolta dotato, in quanto contenuto in una pronuncia di accoglimento, di una forza persuasiva assai maggiore di quella espressa nella decisione precedente, che era di rigetto con monito. Appare infatti come un ulteriore tentativo di ottenere risposta da un legislatore inerte, non più con un mero invito a legiferare, ma ora attraverso l'annullamento di una parte (pur marginale) dell'articolata disciplina legislativa del matrimonio. Sul punto, cfr. RUGGERI 2014, 3 e BIANCHI 2014, 3.

⁸² *Dispositivo*, Corte costituzionale 170/2014. PEZZINI 2014 ha giustamente notato che la convivenza registrata così laconicamente indicata dalla Corte «è solo un contenitore vuoto sino a che il legislatore non ne definisce la disciplina».

⁸³ Corte costituzionale 170/2014, par. 5.6, sesto cpv.

dichiarerebbe incostituzionale⁸⁴. Il matrimonio tra persone dello stesso sesso non ha infatti nulla d'incostituzionale poiché non pregiudica alcun interesse concorrente costituzionalmente protetto.

⁸⁴ Analogamente: MANNELLA 2013, 41 e 43-46. Di opposto avviso: VERONESI 2014, 4 e 7; BIONDI 2014, 1s.

Riferimenti bibliografici

- AA.VV. 1943. *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, Arti grafiche Pacini Mariotti.
- AA.VV. 1971. *La costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Roma, Tipografia della Camera dei deputati.
- ANGELINI F. 2014. *Quando dirsi "sì" fa la differenza. Modelli di famiglia e orientamento sessuale*, in SCHILLACI A. (ed.), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Roma, Carocci, 93 ss.
- BARBERIS M. 2013. *Eguaglianza, ragionevolezza e diritti*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2013, 191 ss.
- BARCELLONA P. 1967. *Famiglia (dir. Civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. XVI, 779 ss.
- BESSONE M. 1977. *Art. 29*, in BRANCA G. (ed.), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, Zanichelli, 1 ss.
- BIANCHI P. 2011. *La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in «Giurisprudenza italiana», 2011, 537 ss.
- BIANCHI P. 2014. *Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo*, in «Forumcostituzionale.it», 7 luglio 2014, 1 ss.
- BILOTTA F. 2011. *L'interpretazione delle norme vigenti: il ruolo dell'avvocato*, in PEZZINI B., LORENZETTI A. (eds.), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, Jovene, 43 ss.
- BILOTTA F. 2013. *Il matrimonio per le coppie dello stesso sesso: le ragioni del sì*, in TORINO R. (ed.), *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma, Roma TrE-Press, 173 ss.
- BIN R. 2000. *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in «Studium iuris», 10, 2000, 1066 ss.
- BIONDI F. 2013. *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, disponibile in www.gruppodipisa.it (consultato il 27/11/2014), 2013, 1 ss.
- BIONDI F. 2014. *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in «Forumcostituzionale.it», 24 giugno 2014, 1 ss.
- BOBBIO N. 1995. *Eguaglianza e libertà*, Torino, Einaudi.
- BORDONALI S. 2011. *Il matrimonio tra conservazione, evoluzione e fughe in avanti*, in «Il diritto di famiglia e delle persone», 2011, 547 ss.
- BRUNELLI G. 2014. *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. "divorzio imposto"*, disponibile in www.articolo29.it (consultato il 27/11/2014).
- BUSNELLI F.D. 2002. *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in «Rivista di diritto civile», 2002, 509 ss.
- CALZARETTI F. 2010. *Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive*, in «Forumcostituzionale.it», 31 maggio 2010, 1 ss.
- CERCHI R. 2010. *La prescrittività tra testo costituzionale e legge: osservazioni a margine della sentenza 138 del 2010 sul matrimonio omosessuale*, in «Costituzionalismo.it», 2010, 1 ss.
- CHIASSONI P. 2010. *En attendant Godot. La Corte costituzionale e il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in BORSELLINO P. (ed.), *Matrimonio omosessuale. Diritto, morale, politica*, in «Notizie di Politeia», 100, 2010, 93 ss.
- COLAIANNI N. 2010. *Matrimonio omosessuale e Costituzione*, in «Corriere giuridico», 2010, 845 ss.
- CONTI R. 2014. *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dei giudici di merito*, disponibile in www.questionegiustizia.it, 24 giugno 2014, 1 ss.
- CRIVELLI E. 2010. *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, in «Rivista AIC», 2 luglio 2010, 1 ss.

- D'ALOIA A. 2012. *Le coppie omosessuali e lo "schema" costituzionale della famiglia e del matrimonio. Note sulla sentenza della Corte costituzionale n. 138 del 2010*, in PRISCO S. (ed.), *Amore che vieni, amore che vai... Unioni omosessuali e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 3 ss.
- DAL CANTO F. 2005. *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in «Il Foro italiano», 2005, 275 ss.
- DANESI G. 2014. *Tra fallacia naturalista e fallacia egualitarista. A proposito di un libro di Fabrizio Mastro Martino*, in «Diritto e questioni pubbliche», 14, 2014, 1115 ss.
- DI BARI M. 2014. *Commento "a caldo" della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale: quali prospettive?*, in «Osservatorio costituzionale - AIC», giugno 2014, 1 ss.
- FERRANDO G. 2011. *La "via legislativa" al matrimonio same-sex*, in PEZZINI B., LORENZETTI A. (eds.), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Napoli, Jovene, 31 ss.
- FROSINI V. 1977. *Il diritto di famiglia nella teoria generale del diritto*, in «Il Foro italiano», V, 1977, 84 ss.
- GATTUSO M. 2007. *Appunti su famiglia naturale e principio di uguaglianza (A proposito della questione omosessuale)*, in «Questione giustizia», 2007, 1 ss.
- GATTUSO M. 2011. *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in ZATTI P. (ed.), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. I, Tomo I, Milano, Giuffrè, 793 ss.
- GRASSETTI C. 1961. *Famiglia (dir. Priv.)*, in *Novissimo digesto*, Torino, Utet, 48 ss.
- LAMARQUE E. 2006. *Famiglia (dir. cost.)*, in CASSESE S. (ed.), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2418 ss.
- LOMBARDI G. 1965. *La famiglia nell'ordinamento italiano*, in «Iustitia», I, 1965, 3 ss.
- LUCIANI M. 1998. *I punti qualificanti della disciplina costituzionale dei rapporti etico-sociali. La famiglia*, in NEPPI MODONA G. (ed.), *Stato della Costituzione*, Milano, Mondadori.
- LUZZATI C. 2012. *Principi e principi. La genericità nel diritto*, Torino, Giappichelli.
- MANCINI T. 1963. *Uguaglianza tra coniugi e società naturale nell'art. 29 Cost.*, in «Rivista di diritto civile», 9, 1963, 220 ss.
- MANETTI M. 2010. *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in «Rivista AIC», 2 luglio 2010, 1 ss.
- MANNELLA F. 2013. *I "diritti" delle unioni omosessuali. Aspetti problematici e casistica giurisprudenziale*, Napoli, Editoriale scientifica.
- MARELLA M.R., MARINI G. 2014. *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- MARZOCCO V. 2012. *Famiglia e matrimonio al vaglio della Corte Costituzionale: sul tempo della Costituzione*, in PRISCO S. (ed.), *Amore che vieni, amore che vai... Unioni omosessuali e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 83 ss.
- MASSA PINTO I., TRIPODINA C. 2010. *Sul come per la Corte costituzionale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio»*, disponibile in http://www.dircost.unito.it/SentNet1.01/studi/MassaPinto_Tripodina_Unioni_omosessuali.pdf (consultato il 27/11/2014), 1 ss.
- MASSA PINTO I. 2012. *La superbia del legislatore di fronte alla 'natura delle cose'*, Torino, Giappichelli.
- MASTROMARTINO F. 2013. *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Napoli, Editoriale scientifica.
- PASSAGLIA P. 2010. *Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica*, in «Il Foro italiano», 2010, 272 ss.
- PEZZINI B. 2014. *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, disponibile in www.articolo29.it (consultato il 27/11/2014).

- PINO G. 2014. *Interpretazione e "crisi" delle fonti*, Modena, Mucchi.
- POCAR V., RONFANI P. 1998. *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, Laterza.
- PUGIOTTO A. 2011. *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in RUOTOLO M. (ed.), *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2697 ss.
- RODOTÀ S. 1975. *La riforma del diritto di famiglia alla prova*, in «Politica del diritto», 1, 1975, 661 ss.
- ROMBOLI R. 2011. *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpretazioni*, in «Rivista AIC», 2011, 1 ss.
- RUGGERI A. 2007. *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in «Quaderni costituzionali», 2007, 751 ss.
- RUGGERI A. 2014. *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in «Consulta online», Studi, 2014, 1 ss.
- SALVI C. 2008. *Natura e storia nell'evoluzione del diritto di famiglia in Italia. 1942-2008*, in «Rivista critica del diritto privato», 26, 2008, 559 ss.
- SAPORITI M. 2010. *Esiste la famiglia naturale?*, Milano, Mimesis.
- SCHILLACI A. 2014. *Costruire il futuro. Omosessualità e matrimonio*, in SCHILLACI A. (ed.), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Roma, Carocci, 195 ss.
- SPADARO A. 2013. *Matrimonio "fra gay": mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, in «Forumcostituzionale.it», 9 settembre 2013, 1 ss.
- SPERTI A. 2013. *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle corti costituzionali*, Pisa, Pisa University Press.
- TARELLO G. 1980. *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè.
- TINCANI P. 2009. *Le nozze di Sodoma*, Milano, L'Ornitorinco.
- TINCANI P. 2010. *Del matrimonio omosessuale*, in «il Mulino», 4, 2010, 594 ss.
- TORINO R. 2012. *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo e italiano*, Torino, Giappichelli.
- VERONESI P. 2010. *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in «Studium iuris», 2010, 997 ss.
- VERONESI P. 2014. *Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014*, in «Forumcostituzionale.it», 6 luglio 2014, 1 ss.
- WINKLER M. 2014. *La Corte costituzionale si pronuncia sul caso del divorzio "imposto": luci e ombre*, disponibile in: www.articolo29.it (consultato il 27/11/2014).