



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN "DIRITTO COSTITUZIONALE"

CICLO XXV

COORDINATORE Prof. Andrea Pugiotto

*La vicenda costituzionale del matrimonio omosessuale.
Una prospettiva di Diritto costituzionale e di "Law and Literature"*

Settore Scientifico Disciplinare IUS/08

Dottorando

Dott.ssa Conte Lucilla

Tutore

Prof. Veronesi Paolo

Anni 2010/2012

stirring dull roots with spring rain

PREFAZIONE

CAPITOLO I

PREMESSA DI METODO (E ANTICIPAZIONE DI ALCUNE POSSIBILI OBIEZIONI) 1

- 1.1 La prospettiva di ricerca..... 1*
- 1.2 La vicenda del matrimonio omosessuale come fatto costituzionalmente rilevante (sent. Cost. n. 138/2010)..... 11*
- 1.3 Interpretazioni e interpreti della Costituzione..... 23*
- 1.4 La prospettiva originalista e il necessario riferimento al linguaggio. 28*
- 1.5 La narrazione costituzionale della famiglia e del matrimonio: la prospettiva di Law and Literature come opportunità di studio 31*

CAPITOLO II

MATRIMONIO E CORTE COSTITUZIONALE: APPUNTI SULLA PROSPETTIVA DELLA NARRAZIONE 39

- 2.1 La scelta dell'argomento del matrimonio omosessuale come vicenda problematica sotto i profili del diritto e del linguaggio..... 39*
- 2.2 La peculiarità del giudice costituzionale di fronte al linguaggio e il ruolo della Corte costituzionale come "narratore esterno" 44*
- 2.3 La narrazione costituzionale del matrimonio: complessità ed esiti di alcune pronunce costituzionali sul tema..... 49*
- 2.4 La narrazione costituzionale del matrimonio: tre percorsi esemplificativi..... 56*

CAPITOLO III

MATRIMONIO E FAMIGLIA (ANCHE DI FATTO) 67

- 3.1 Il matrimonio: aspetti giuridici e simbolici 67*
- 3.2. Il matrimonio attraverso due vicende giurisprudenziali emblematiche: 78*
 - a) la vicenda del transessualismo in Italia 78*
 - b) la sentenza della Corte EDU Gas e Dubois c. Francia..... 87*
- 3.3 È possibile scindere, una volta per tutti, i concetti di famiglia e matrimonio? 93*
- 3.4 L'analisi della famiglia di fatto ai fini della presente indagine..... 96*
- 3.5 Dopo la sentenza n. 138/2010: il quadro di riferimento europeo in tema di unioni omosessuali e la sua ricezione da parte della giurisprudenza 101*

<i>3.6 Dal “trobar clus” all’implementazione di significato. Appunti per una lettura dei primi riferimenti giurisprudenziali successivi alla sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale (anche) alla luce della teoria sociologica di Erich Köhler sulla lirica trobadorica</i>	<i>111</i>
--	------------

CAPITOLO IV

IL RUOLO DELLA PAROLA ALL’INTERNO DI UNA VICENDA COSTITUZIONALE 117

<i>4.1 Dal “trobar clus” al “mot tornat”: ulteriori spunti di riflessione derivanti dalla lirica provenzale</i>	<i>117</i>
<i>4.2 Il significato costituzionale di una ricomposizione del linguaggio attivata dal giudizio in via incidentale.....</i>	<i>122</i>
<i>4.3 Il ruolo delle amministrazioni locali e della società civile</i>	<i>126</i>
<i>4.4 I materiali interpretativi e linguistici emersi all’interno di questo percorso: quale uso da parte del legislatore?.....</i>	<i>130</i>
<i>4.5 La prospettiva di diritto e letteratura conduce alla valorizzazione del ruolo della parola come elemento di giustizia all’interno di una vicenda costituzionale.....</i>	<i>134</i>

CONCLUSIONI

<i>1. La rapida evoluzione del contesto europeo ed internazionale.....</i>	<i>139</i>
<i>2. Il tema della genitorialità: prospettive per un suo utilizzo al fine di una futura e ulteriore “messa a fuoco” del tema del matrimonio omosessuale</i>	<i>142</i>
<i>3. La difficile ed articolata applicazione del principio di eguaglianza</i>	<i>147</i>
<i>4. «Il romanzo e il caso»: elementi per una teoria pragmatica della “narrazione costituzionale”</i>	<i>154</i>
<i>5. La lirica trobadorica nell’interpretazione sociologica di Erich Köhler: ulteriori spunti di riflessione per il costituzionalista</i>	<i>157</i>

BIBLIOGRAFIAI

APPENDICE DI GIURISPRUDENZA XXXI

Prefazione

Nel febbraio del 2010, in occasione del seminario preventivo Amicus curiae, a Ferrara si discusse, in una proficua giornata di studi, del matrimonio omosessuale o meglio –secondo il titolo originale del seminario- della “società naturale” e dei suoi nemici, con un richiamo “forte” all’articolo 29 della Costituzione invocato (tra gli altri) come parametro. Circa un mese dopo, la Corte costituzionale si sarebbe pronunciata sulla questione di legittimità sollevata in prima battuta dal Tribunale di Venezia e dalla Corte d’Appello di Trento (avrebbero fatto seguito, successivamente, le ordinanze della Corte d’Appello di Firenze e del Tribunale di Ferrara) in relazione ad un complesso di articoli del Codice civile che, unitariamente e sistematicamente considerati, non permettevano il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Per chi scrive, quella giornata, e i corposi atti che ne seguirono, costituirono una preziosa lezione.

Di che cosa si parlò, in quella giornata? Indubbiamente il “caso difficile” portato al supremo test costituzionale, e perciò protagonista, era quello della possibile estensione del diritto a contrarre matrimonio ad una platea più ampia di soggetti. Ma in quella sede emersero, se pure con intensità differente, le principali problematiche costituzionalistiche: dalla possibile estensione e dilatazione il significato dei termini presenti in Costituzione ai rapporti tra Corte costituzionale, giudici e legislatore; dalla possibilità per il testo costituzionale di seguire - attraverso un’interpretazione evolutiva - il trascorrere del tempo, adattandosi a nuove esigenze e bisogni manifestatisi nella società, al timore di un suo “stravolgimento” tale da pregiudicarne la tenuta complessiva.

Per questi motivi, chi scrive ritiene che il seminario Amicus Curiae del 2010 costituì una preziosa lezione di un giorno: anche per i dubbi e le incertezze che seguirono.

In quella sede, infatti, emersero con forza, al di là del merito della questione che sarebbe stata di lì a poco stata esaminata dalla Corte, due diversi orientamenti “di metodo” nello studio di questioni sensibili come quella dell’accesso costituzionalmente vietato/imposto/permesso all’istituto matrimoniale: l’uno che ritiene

– si potrebbe dire - che il diritto “basti a se stesso”; l’altro che (pur senza mai smarrire la bussola costituzionale) affiancava suggestioni ulteriori (letterarie, storiche, antropologiche, linguistiche). Si tratta di orientamenti differenti, ma non avversi: si potrebbe dire che, nei contributi presentati in occasione di quella giornata di studi essi siano spesso compresenti, se pure con intensità diverse.

L’idea di fondo che chi scrive maturò fu la seguente: è possibile che, in relazioni a certi casi difficili che interrogano con forza il diritto, quest’ultimo debba recuperare la sua accezione più piena, tornando ad essere scienza umanistica. Senza abbandonare il proprio rigore, ma aprendosi a suggestioni ulteriori che – lungi dall’essere mero esercizio “colto”- siano d’ausilio alla riflessione e alla ricerca.

Lo scopo del lavoro che qui si introduce è perciò quello di tentare un’analisi della questione inerente il matrimonio omosessuale come “problema” di diritto costituzionale, attraverso gli strumenti del diritto costituzionale e in una prospettiva (quella del linguaggio e, in particolare, della narrazione) che potrebbe apparire non convenzionale, eccentrica o inutile. Come nella lunga notte raccontata da Dickens nel Canto di Natale, questi tre “fantasmi” (non convenzionalità, eccentricità, inutilità) non hanno mai abbandonato chi scrive. La prospettiva di Law and Literature è perciò accolta solo nella misura in cui partecipa alla riflessione di diritto costituzionale, senza sostituirsi ad essa.

La tesi prende le mosse dalla sentenza n. 138 del 2010 attraverso la quale la questione del matrimonio omosessuale assurge al rango di “fatto” costituzionalmente rilevante: nei quattro capitoli sono sviluppati analiticamente i nodi manifestatisi (senza essere del tutto sciolti) proprio all’interno della pronuncia: l’interpretazione del testo costituzionale con particolare riferimento al suo linguaggio (Capitolo I); la peculiarità del giudice costituzionale in relazione a questa attività (Capitolo II); il problematico rapporto (ora di avvicinamento, ora di distinzione giuridica) tra matrimonio e convivenza more uxorio (Capitolo III); il difficile ruolo di ricomposizione del linguaggio giocato dalla Corte costituzionale attivata dai giudici a quibus e il complessivo ruolo svolto dalla parola all’interno della vicenda costituzionale, in particolare nel giudizio in via incidentale (Capitolo IV).

Di fronte a questi nodi interpretativi, la soluzione proposta è quella dell'utilizzo di una prospettiva di Law and Literature: l'unica, a parere di scrive, in grado di sostenere e valorizzare la complessità costituzionalistica della vicenda. Il punto di vista del diritto costituzionale sarà integrato dalla prospettiva definita della "narrazione costituzionale" (Capitolo II) e dal richiamo ad una fortunata ed originale teoria letteraria su ciò che potrebbe sembrare quanto di più lontano dal diritto, vale a dire la lirica dei trovatori medievali) (Capitolo III). Questa lettura permetterà di tenere insieme il passato, il presente e il futuro della vicenda costituzionalistica del matrimonio omosessuale, attraverso una lettura più consapevole dei materiali giurisprudenziali, delle proposte legislative, delle analisi in tema di interpretazione costituzionale.

Il materiale giurisprudenziale (individuato all'interno della giurisprudenza costituzionale, di legittimità e di merito in ambito italiano; nella giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di Giustizia; nella giurisprudenza di altre Corti non italiane sullo stesso tema) è stato raccolto e schedato in un arco di tempo che va dal 2010 ai primi mesi del 2013, in un'ottica di arricchimento non meramente quantitativo, bensì qualitativo, delle argomentazioni svolte nella tesi. In sostanza, si darà senza dubbio conto delle evoluzioni e delle tendenze giurisprudenziali in atto, ma particolare attenzione sarà rivolta alle pronunce che presentino al loro interno le argomentazioni maggiormente suggestive, originali e convincenti. La ricerca che (volutamente) non assume un taglio comparatistico è tuttavia permeabile agli orientamenti giurisprudenziali formati in altri ordinamenti nella misura in cui possano offrire ulteriori spunti di riflessione sul tema oggetto di indagine.

CAPITOLO I

PREMESSA DI METODO (E ANTICIPAZIONE DI ALCUNE POSSIBILI OBIEZIONI)

Homo sum humani nihil a me alienum puto
TERENZIO

Sommario: 1.1 *La prospettiva di ricerca*; 1.2 *La vicenda del matrimonio omosessuale come fatto costituzionalmente rilevante (sent. Cost. n. 138/2010)*; 1.3 *Interpretazioni e interpreti della Costituzione*; 1.4 *La prospettiva originalista e il necessario riferimento al linguaggio*; 1.5 *La narrazione costituzionale della famiglia e del matrimonio: la prospettiva di Law and Literature come opportunità di studio.*

1.1 *La prospettiva di ricerca*

Il presente studio ha l'obiettivo di indagare i profili costituzionalistici relativi alla questione del (possibile) riconoscimento del matrimonio omosessuale all'interno dell'ordinamento italiano.

La richiesta, proveniente da parti della società e che da anni, carsicamente, riemerge nel dibattito politico, di riconoscere alle coppie dello stesso sesso ora la possibilità di registrare la propria unione, ora di accedere all'istituto matrimoniale, a mio parere costituisce un *fatto* costituzionale di grande rilievo, un *test* che, se pure ciclicamente rinviato o respinto, ricorre e impone lo scioglimento di un nodo che avvolge e racchiude problematiche estremamente varie e complesse: tutte di rilievo costituzionale.

La prospettiva accolta sarà quindi quella del diritto costituzionale: a partire dall'analisi delle fonti sul tema, nella piena consapevolezza che il dettato ossimorico¹ dell'articolo 29 Cost. non abbia perduto il suo carattere di enigmatica sfida

¹ R. BIN, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *St. Iuris*, 2000, 1066 ss.

per l'interprete, soprattutto in una prospettiva di analisi sistematica con altri articoli della Costituzione (in particolare, l'articolo 3 Cost.)².

Il contributo della dottrina sui temi di riconoscimento giuridico delle unioni civili³ (eterosessuali e omosessuali) e sul matrimonio omosessuale è testimoniato da

² S. RODOTÀ, nella *Prefazione* a M. M. WINKLER, G. STRAZIO, *L'abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Il Saggiatore, Milano, 2011, 11, ha sottolineato come l'eguaglianza costituisca la «grande e inadempita promessa della modernità», soprattutto nella sua declinazione di «eguaglianza come dignità sociale», attraverso l'interpretazione sistematica degli artt. 2 e 3 della Costituzione, in grado, potenzialmente, di sciogliere l'«equivoco» dei rapporti tra Costituzione e Codice civile in tema di inquadramento e definizione dell'istituto del matrimonio e che ha determinato, all'interno della sentenza n. 138/2010 l'inversione «storica e metodologica» dei parametri rappresentati dagli artt. 3 e 29 Cost, attribuendo a quest'ultimo una posizione sovraordinata rispetto a primo, *ivi*, 14.

³ La questione del riconoscimento giuridico delle unioni (anche) omosessuali è stata oggetto di attenti studi negli anni che precedono la sentenza della Corte costituzionale n. 138/2010 (soprattutto in relazione al dibattito originatosi da una pluralità di proposte e disegni di legge – che mai tuttavia vennero in concreto tradotti in legge - in tema di disciplina giuridica delle convivenze), come dimostrano gli scritti di M. MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita*, Bononia University Press, Bologna, 2007; L. PANNARALE, *Le regole dell'amore*, in *Pol. Dir.*, 2007, 217 ss.; G. C. CASELLI, *Quando la Chiesa disciplinava le unioni di fatto*, in *Quest. Giust.*, 2007, 276; N. PIGNATELLI, *I DICO tra resistenze culturali e bisogni costituzionali*, in *Quest. Giust.*, 2007, 249; M. SESTA, *Una disciplina giuridica per le convivenze*, Il Mulino, 2007, 442 ss.; G. FERRANDO, *Il diritto di famiglia oggi: c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in *Pol. Dir.*, 3 ss.; E. ROSSI, *La Costituzione e i DICO, ovvero della difficoltà di una disciplina giuridica per le convivenze*, *Pol. Dir.*, 2008, 107. Di grande interesse per gli sviluppi successivi, oltre che per l'indicazione delle tendenze dottrinali in atto in relazione alla questione delle convivenze e del matrimonio omosessuale, il dibattito tra Antonio Ruggeri e Paolo Veronesi sulla rivista *Quaderni Costituzionali* e documentato nei seguenti contributi: A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 2007, 751 ss. e P. VERONESI, *Costituzione, "strane famiglie" e "nuovi matrimoni"*, in *Quad. Cost.*, 2008, 577 ss.

Un fondamentale contributo alla discussione sul tema è poi contenuto nel volume a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book) che raccoglie gli Atti del Seminario preventivo *Amicus Curiae*, svoltosi a Ferrara il 26 febbraio 2010 nell'imminenza della pronuncia della Corte costituzionale sulla questione di legittimità, sollevata in relazione ad un complesso di articoli del Codice civile che, unitariamente considerati, non consentono il matrimonio tra persone dello stesso sesso (e su cui v. infra, § 1.2). Per un'analisi ragionata delle riflessioni della dottrina precedenti e successive alla sentenza cost. n. 138 del 2010, cfr. L. CONTE, *«Impara una quantità di cose dai dotti»: la vicenda del matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale e nello "specchio" della dottrina*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Giuffrè, Milano, 2012.

un complesso di riflessioni, numerose e plurali, che potrebbero – a prima vista – apparire di difficile sistematizzazione.

È tuttavia possibile effettuare, perlomeno, una scansione di tipo cronologico e tematico, che ha privilegio, se non altro, di evidenziare le principali tendenze dottrinali in atto.

Già prima della pronuncia della Corte costituzionale n. 138 del 2010 erano già stati individuati i nodi fondamentali della questione del possibile riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso nell'ordinamento italiano.

Il primo riguardava l'interpretazione dell'art. 29 Cost., e in particolare del comma 1 che, come è noto, stabilisce che: «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio». Questa formulazione accosta con un esito evocativo ma, fondamentalmente ambiguo- i concetti di “famiglia”, “società naturale” e “matrimonio”, i quali rimandano, da un lato, alla “naturalità” dei rapporti affettivi e, dall'altro, all'artificialità del matrimonio come istituto giuridico dal quale derivano determinate conseguenze previste dall'ordinamento⁴.

Nell'analisi del testo dell'art. 29 Cost. si è rivelato di grande importanza lo studio del dibattito in Assemblea Costituente⁵, soprattutto in con riferimento alla corretta interpretazione del concetto di «società naturale», scelto dai Costituenti per

⁴ E pertanto, «non si può volere il matrimonio senza quelle conseguenze, né si possono volere quelle conseguenze senza il matrimonio», R. BIN, *La famiglia nella Costituzione: alla radice di un ossimoro*, cit., 1068.

⁵ Ricostruito con completezza da P. VERONESI, *Costituzione, “strane famiglie” e “nuovi matrimoni”*, cit., 579 ss. Lo studio del contesto storico in cui ebbe luogo, in Assemblea costituente, il dibattito sull'art. 29 chiama in causa (con esiti, tuttavia, non sovrapponibili), il concetto dell'intenzione originaria del costituente: vale a dire, dell'orizzonte di significato presente ai Costituenti nel momento in cui elaborarono tale disposizione. Parte della dottrina ha ritenuto di poter valorizzare l'*original intent* del Costituente, nel senso di una possibile “estrazione” dal testo costituzionale di un significato “minimo”, ancora attuale e utilizzabile in una prospettiva neutrale e maggiormente inclusiva, (R. BIN. *Per una lettura non svalutativa dell'art. 29*, in *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, cit., 41), oppure avente una mera funzione “suppletiva” rispetto ad una futura e più solida elaborazione politica della questione (C. TRIPODINA, *Costituzione e matrimonio omosessuale: quis interpretabitur?*, in *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, cit., 360). In favore di una richiamo *all'original intent* come ratificazione costituzionale di concezioni tradizionalmente sedimentate nel tempo, cfr. L. VIOLINI, *Il riconoscimento delle coppie di fatto: praeter o contra constitutionem?*, in *Quad. Cost.*, 2007, 395.

tracciare il confine tra autonomia familiare e Stato, impedendo la funzionalizzazione di quella da parte di questo, come era avvenuto nella appena precedente esperienza del regime fascista. Tuttavia, nonostante la presenza di questo dato storico e ricostruttivo, una parte della dottrina riteneva che fosse opportuno riconoscere un rapporto di «strumentalità necessaria» tra matrimonio e famiglia, per cui il «tipo-famiglia» risulta «dalla combinazione di due elementi: l'unione tra due soggetti di diverso sesso, e il matrimonio, mescolati assieme sì da rendersi indistinguibili ed entrambi appunto ormai in via consuetudinaria riconosciuti ad ugual titolo componenti la famiglia, che solo dalla congiunta considerazione prende forma e significato»⁶.

Una tesi meno orientata alla ruolo svolto dalla tradizione nella costruzione, nel tempo, del concetto di matrimonio, sottolineava, invece, come «se neppure i testi sacri delle varie religioni rifuggono una lettura aggiornata delle “verità” in essi riportate, figuriamoci una Costituzione che edifica i suoi capitelli in prossimità del principio pluralista, intendendo per di più dare voce alla “concretezza” delle situazioni umane»⁷. L'istituto matrimoniale, pertanto, rispetto al concetto (sempre più ampio) di famiglia, non risulta dunque “servente”, ma può configurarsi come un «istituto membrana»⁸ che separa la famiglia legittima dalla famiglia di fatto.

Un secondo elemento di indagine riguardava il rapporto tra famiglia, matrimonio e filiazione che, pur non venendo in rilievo all'interno della questione di legittimità costituzionale sottoposta alla Corte costituzionale, è stato oggetto di analisi da parte di alcuni studiosi, che hanno sottolineato come risultasse «evidente che le coppie dello stesso sesso mirano non soltanto al riconoscimento ufficiale della propria unione ma anche – come è del tutto comprensibile - al riconoscimento della possibilità (eventuale, come per le coppie omosessuali) di formare una famiglia, intesa come un gruppo composto da genitori e figli»⁹; per altri, «ammettere il matrimonio omosessuale» poneva, necessariamente, il problema «di accettare anche

⁶ A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, cit., 757.

⁷ P. VERONESI, *Costituzione, “strane famiglie” e “nuovi matrimoni”*, cit., 583.

⁸ P. VERONESI, *Costituzione, “strane famiglie” e “nuovi matrimoni”*, cit., 584.

⁹ M. MANETTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso e filiazione*, in *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, cit., 234.

la genitorialità (ovviamente nelle forme possibili: adozione e procreazione medicalmente assistita) per queste coppie; o altrimenti di trovare una giustificazione razionale al fatto che (solo) ad un matrimonio sia preclusa la protezione genitoriale»¹⁰.

Un ulteriore aspetto preso in considerazione dalla dottrina riguardava il ruolo del legislatore in relazione al riconoscimento della unioni omosessuali, a vario titolo definito come «convitato di pietra» (che dunque partecipa, ma non agisce), collocato in una condizione di «stallo ideologico» o, più severamente, «latitanza politica»; d'altro canto, si prendeva in esame il contesto normativo in cui si collocava l'inerzia legislativa: un contesto che, se indubbiamente segnava l'esistenza di una lacuna in termini di una disciplina generale, in concreto manifestava anche una "pienezza" di diritto, nel senso della saturazione di significato da parte delle disposizioni codicistiche riguardanti la disciplina delle pubblicazioni e della celebrazione del matrimonio¹¹.

Poste queste prime premesse teoriche, che verranno completate dall'analisi della sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale e dei commenti dottrinali ad essa successivi, su cui si tornerà *infra*¹², il lavoro di ricerca, volutamente, prende sul serio, e vorrebbe dare maggiore risalto, alla richiesta "forte" sottesa alla più generale domanda di un riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso: vale a dire quella relativa al matrimonio.

¹⁰ A. D'ALOIA, *Omosessualità e Costituzione. La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale*, in *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, cit. 105. Cfr., *contra*, A. LORENZETTI, *Matrimonio e filiazione: un legame indissolubile?*, in *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, cit., 227, la quale evidenzia come: «la pretesa esclusività delle funzioni di cura in capo alla famiglia eterosessuale» sia «comunque messa già in discussione dall'accesso (quantomeno in linea teorica, laddove non consentita dall'ordinamento) all'adozione e alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di *single* e coppie omosessuali».

¹¹ Cfr., a questo proposito, B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in *La «società naturale» e i suoi "nemici"* (di cui costituisce la Relazione introduttiva), cit., 4 e G. FERRANDO, *Questo matrimonio non si può fare?*, *ivi*, 137, che ricorda come nel caso del matrimonio gay «manca la "disposizione", ma non la "norma". Non si tratta di trovare una regola nuova, ma di rovesciare quella esistente, pacificamente applicata dalle autorità giurisdizionali e amministrative».

¹² § 1.2.

Il rilievo critico formulabile di fronte a questa impostazione potrebbe essere quello di sottovalutare le prospettive di tutela offerte da altri strumenti quali, ad esempio, le convivenze registrate, rifiutando la negoziazione argomentativa che potrebbe viceversa assestarsi più proficuamente su tappe intermedie. Questo senza dubbio è vero, ma l'ipotetica obiezione trascura il profilo anche e soprattutto costituzionalistico della richiesta di accesso al matrimonio: una richiesta chiara, precisa, circostanziata che colpisce nel suo nucleo duro un istituto dalla doppia anima: di diritto privato e di (indiscutibile) rilievo pubblico.

Non verrà in ogni caso tralasciata l'analisi delle ipotesi e delle prospettive di tutela che, più realisticamente in rapporto ai tempi del dibattito e della decisione politica, vengono elaborate anche (e soprattutto) dalla giurisprudenza, in relazione a quella parte della sentenza n. 138 del 2010 in cui la Corte costituzionale ravvisa l'esigenza di un eventuale trattamento omogeneo, sulla base dell'applicazione del principio di ragionevolezza, tra coppie coniugate e coppie dello stesso sesso¹³.

Tuttavia, i nodi costituzionalistici connessi all'accesso "allargato" all'istituto matrimoniale, non potrebbero essere adeguatamente analizzati, e quindi sciolti, se si valutasse la richiesta del riconoscimento del diritto al matrimonio *come se*, in modo del tutto fungibile, si trattasse di una richiesta al riconoscimento di una convivenza registrata. Senza dubbio, la "lotta" per l'accesso al matrimonio coinvolge e comprende il riconoscimento di una serie di diritti che potrebbero essere garantiti anche attraverso lo strumento delle *partnership* registrate. Ma non si tratta, come è ovvio, della stessa cosa.

La domanda di accesso al matrimonio da parte di soggetti che non sono tradizionalmente ricompresi tra quelli tipici del rapporto (un uomo e una donna) formula una richiesta di fronte alla quale l'ordinamento non può più essere lo stesso. Essa impone un salto di qualità, una riflessione articolata e complessa sulla Costituzione, sulla sua interpretazione, sui rapporti con le fonti ad essa gerarchicamente subordinate, sul ruolo dei giudici ordinari, sull'inazione protratta del Parlamento, sul ruolo della Corte costituzionale di fronte a una richiesta che nasce dai fatti e si fa domanda, problema, questione di diritto costituzionale.

¹³ Corte Cost., n. 138/2010, punto n. 8 del *Considerato in diritto*.

La seconda obiezione da muoversi nei confronti di questo lavoro potrebbe essere quella di strumentalizzare la lotta per un diritto, e il dibattito giuridico ad esso collegato, per formulare riflessioni teorico generali. La domanda relativa all'allargamento della platea dei soggetti che possono contrarre matrimonio potrebbe essere infatti considerata una sorta di pretesto in quanto ascrivibile indubbiamente ai "casi difficili" che sempre più frequentemente mettono alla prova gli ordinamenti giuridici¹⁴.

Così non è, e la prova della impossibile strumentalizzazione del caso sta proprio nella peculiarità, nell'infungibilità del concetto di matrimonio che non risulta, anche sul piano simbolico, neppure parzialmente scalfita dalla frammentazione progressiva (e verificabile sotto il profilo storico) della dimensione dell'unità familiare¹⁵.

Un'ulteriore obiezione, strettamente collegata a queste ultime riflessioni, potrebbe derivare dallo scarso fascino dell'istituto matrimoniale il quale, nel tempo, avrebbe ceduto il passo a forme più "leggere" di convivenza. Se da un lato, e vale a dire sul versante delle coppie eterosessuali questo può essere vero (e riconducibile a una pluralità di fattori, quali, fra gli altri, la precarietà del lavoro e la dimi-

¹⁴ Per una lettura critica di questa prospettiva di indagine, V. ANGIOLINI, *Costituzione tollerante, Costituzione totale ed interpretazione nella disciplina delle libertà* in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994, 16 ss., per cui: «in Italia come altrove, parecchi problemi che solo venti anni addietro si discutevano in chiave "politica", e cioè come problemi non giuridici, sono oggi discussi come problemi interpretativi di diritto costituzionale».

¹⁵ E' stato ricordato come il concetto di «famiglia tradizionale stabile e coesa» sia difficilmente riscontrabile in una prospettiva di lungo periodo: «Se (...) adottiamo una prospettiva di lunga durata, siamo portati a ridimensionare l'immagine di una famiglia del passato stabile, armoniosa, coesa e a mettere in luce piuttosto gli elementi di flessibilità ed elasticità che hanno per secoli caratterizzato la formazione della coppia nell'Europa occidentale, consentendole di adattarsi ai continui mutamenti» e ancora: «In un'ottica di lungo periodo la stabilità è un'eccezione. La famiglia tradizionale non sembra dunque rappresentare un modello da contrapporre alla precarietà di oggi. Le differenze sono altre». Di conseguenza, «La domanda di riconoscimento giuridico che oggi proviene in particolare dalle coppie omosessuali può essere interpretata come una tendenza a rafforzare i legami di solidarietà, collaborazione, reciproco aiuto, non diversamente da quanto si proponevano i concubini di antico regime», D. LOMBARDI, *Storia del matrimonio. Dal Medioevo a oggi*, Il Mulino, Bologna, 9 ss., 2008.

nuzione delle risorse disponibili per le politiche sociali¹⁶), è, d'altro canto, un dato di fatto quello per cui esistono nuove forme di unione che «si affacciano oggi prepotentemente sulla scena e chiedono un riconoscimento giuridico. Difficile pensare a una crisi del matrimonio e della famiglia di fronte alle nuove realtà delle famiglie ricostituite e delle coppie omosessuali. Il senso di responsabilità e solidarietà, oltre che la dimensione affettiva, si estende e conquista rapporti diversi da quello coniugale¹⁷».

L'oggetto di questo studio è, pertanto, dato dall'indubbio rilievo costituzionalistico posto dalla questione dell'accesso al matrimonio da parte di soggetti "altri" rispetto a quelli civilisticamente, tradizionalmente e originariamente intesi come parti del rapporto in discorso.

Vorrei sottolineare come tale questione, che pure coinvolge profili storici, sociologici, etici e filosofici, si ponga come essenzialmente pratica e urgente (anche se, nell'agenda parlamentare, tendenzialmente recessiva di fronte all'attuale esigenza di fronteggiare la situazione di crisi economica di sistema), e come tale debba essere affrontata.

A questo punto, la prospettiva di *Law and Literature*¹⁸ accolta nel presente lavoro potrebbe prestare il fianco ad ulteriori obiezioni: nulla infatti pare più inutile

¹⁶ D. LOMBARDI, *Storia del matrimonio*, cit., 250. Sul punto si vedano anche le considerazioni svolte da G. BRUNELLI, *Famiglia e Costituzione: un rapporto in continuo divenire*, in C. MANCINA-M. RICCIARDI, *Famiglia italiana. Vecchi miti e nuove realtà*, Donzelli, Roma, 2012, 69 ss.

¹⁷ D. LOMBARDI, *Storia del matrimonio*, cit. 248.

¹⁸ Per un'introduzione in lingua italiana allo studio dei rapporti tra diritto e letteratura, A. SANSONE, *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*, Giuffrè, Milano, 2001, 1 ss., la quale inquadra il campo di indagine di Diritto e Letteratura «nella ricognizione di aspetti della problematica e dell'esperienza giuridica esposti nelle opere letterarie e dell'esame del contributo della letteratura nella formazione della cultura giuridica [e definibile come la prospettiva del Diritto *nella* letteratura]». L'area di studi definita Diritto e Letteratura «si occupa, inoltre, della valutazione di ipotesi di estensione dei metodi della critica letteraria all'analisi del ragionamento giuridico e all'interpretazione della norma giuridica e della sentenza giudiziaria [definibile come la prospettiva del Diritto *come* Letteratura]» ed individua il primo contributo italiano sul tema nel volume di A. D'AMATO, *La letteratura e la vita del diritto*, Ubezzi & Dones, Milano, 1936. In area angloamericana, in cui gli studi di diritto e letteratura prendono inizio a partire dalla pubblicazione dei saggi di J. WIGMORE, *A List of Legal Novels*, in 2 Ill. Law Rev. 574, del 1908 e B. N. CARDOZO, *Law and Literature* in 14 Yale Rev. 699, del 1924-25, si segnalano, per il carattere ricostruttivo e teorico – generale, i contributi di M. ARISTODEMOU, *Law & Literature. Jour-*

neys from Her to Eternity, Oxford University Press, New York, 2000; K. DOLIN, *A critical introduction to Law and Literature*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007. Il volume *Diritto e letteratura. Prospettive di ricerca*, a cura di C. FARALLI e M. P. MITTICA, Aracne, Roma, 2010, raccoglie i contributi presentati in occasione del primo convegno nazionale della Società italiana di diritto e letteratura (ISLL) organizzato a Bologna nel 2009, tra cui si segnalano in particolare quelli di G. TUZET, *Finzioni giuridiche. E' possibile una teoria unificata?*, ivi, 75 ss. e A. VESPAZIANI, *Costituzionalità e narratività*, ivi, 123 ss. Alcune questioni di diritto e letteratura (se pure in volumi non integralmente – o dichiaratamente – ascrivibili a quest'area di ricerca), sono inoltre sviluppate da F. OST, *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, Il Mulino, Bologna, 2004, da E. DIENI, *Finzioni canoniche. Dinamiche del "come se" tra diritto sacro e diritto profano*, Giuffrè, Milano, 2004; da F. GALGANO, *Il diritto e le altre arti. Una sfida alla divisione fra le culture*, Editrice Compositori, Bologna, 2009; da J.B. WHITE, *The Legal Imagination. Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Little, Brown and Co., Boston, 1973; da R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Clarendon, Oxford, 1986 e da M. NUSSBAUM, *Poetic Justice*, Beacon Press, Boston, 1995. Precise questioni sul metodo nell'ambito degli studi di Diritto e letteratura sono affrontate da R. POSNER, *Law and literature. A misunderstood relation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988; R. WEISBERG, *Poethics: Toward a Literary Jurisprudence, Poethics and Other Strategies of Law and Literature*. Columbia University Press, 1992; G. BINDER, R. WEISBERG, *Literary Criticisms of Law*, Princeton University Press, Princeton, 2000; M. P. MITTICA, (cur.) *Law and Literature. A Discussion on Purposes and Method*. *Proceedings of the Special WS on Law and Literature held at 24th IVR World Conference in Beijing*, ISLL Papers 2010, versione .pdf consultabile al sito www.lawandliterature.org (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013). Un paragrafo (dal titolo «In che cosa il diritto è simile alla letteratura» è inserito nel Capitolo IV («Cercare una guida in alter discipline: diritto, letteratura e matematica») del volume di L.H. TRIBE e M. C. DORF, *Leggere la Costituzione. Una lezione Americana*, Il Mulino, Bologna, 2005, 111 ss., in cui si legge il seguente passaggio: «Poiché la Costituzione è essa stessa un testo, tutti i necessari presupposti per comprendere i testi ovviamente trovano applicazione anche in relazione alla Costituzione. La domanda da porsi (...) è se ci siano o meno *ulteriori* presupposti impliciti». Questi ultimi «conferiscono senso al testo costituzionale» e «sono più controversi di quelli che danno senso al linguaggio in generale» (...) Il punto critico (...) consiste nel fatto che il bisogno di ricorrere a valori extracostituzionali non è limitato al problema di che cosa *sia* la Costituzione, ma si estende al problema di ciò che la Costituzione *significhi*: e almeno quest'ultimo è un problema giuridico», ivi, 114-115, in corsivo nel testo. R. GUASTINI, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2006, 754, distingue, a questo proposito (all'interno delle concezioni politiche della costituzione diffuse nella cultura giuridica) tra una concezione "classica" di Costituzione, «suggerita dall'art. 16 della Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789) secondo la quale la funzione di ogni Costituzione è l'organizzazione, la distribuzione e – in ultima analisi – la limitazione del potere politico, allo scopo di proteggere le libertà dei cittadini» e «la concezione (moderna, anzi contemporanea) secondo la quale la funzione della costituzione è organizzare la società civile (e non solo i pubblici poteri) e modellare i rapporti sociali (e non solo i rapporti politici tra lo stato e i cittadini)» e che veicola «l'idea, per così dire, che la costituzione contenga un progetto dettagliato di "società giusta"».

Un contributo di grande importanza, decisivo per gli sviluppi e gli esiti della presente tesi, è rappresentato dallo scritto di R. COVER, *Nomos and Narrative*, 97 Harv. L. Rev. 4

della letteratura a servire gli scopi del diritto, tanto più in un ambito, come quello oggetto di questo studio, in cui i nodi storici, etici e simbolici sono senza dubbio già presenti.

In realtà, la riflessione di diritto e letteratura che sarà condotta nel presente lavoro, avrà esclusivamente un fine pratico: gli strumenti letterari (siano essi analisi del linguaggio o vengano utilizzati nella prospettiva della narrazione) saranno utilizzati solo ove ritenuti utili.

La presunzione di utilità della letteratura all'interno di un'analisi giuridica che coinvolga la questione, di rilievo costituzionale, inerente all'accesso al matrimonio da parte di soggetti ulteriori rispetto a quelli tradizionalmente intesi, sta proprio nella riconduzione della letteratura ad attività umana e pratica. Non mero diletto, quindi, non mero esercizio retorico, ma strumento al servizio della conoscenza e della comprensione.

«Il problema del diritto è problema di ogni uomo e si pone quotidianamente a ciascuno di noi; forse perciò nel simbolizzarne i termini possiamo, ancor prima che ai dotti, ricorrere ai saggi e, ancor prima che agli studiosi, ai poeti». Con queste parole Tullio Ascarelli apriva la conferenza intitolata *Antigone e Porzia*, pronunciata nel 1955 all'Istituto culturale italo-cileno di Santiago¹⁹. La prospettiva individuata da Ascarelli per cui “il problema del diritto è problema di ogni uomo” può verosimilmente saldarsi al passo terenziano riportato in epigrafe, nel senso che l'esperienza umana, intrinsecamente problematica, possa ricevere dal diritto e dalla letteratura -discipline entrambe umanistiche- preziosi, anche se non alternativi, strumenti di conoscenza.

1983-1984, la cui versione in italiano è contenuta in R. COVER, *Nomos e Narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, a cura di M. Goldoni, Giappichelli, Torino, 2008.

¹⁹ T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, conferenza pronunciata all'istituto culturale italo-cileno di Santiago nel 1955, pubblicata nella *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1955, 756, ora in T. ASCARELLI, *Problemi giuridici, Tomo primo*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 5 ss.

1.2 *La vicenda del matrimonio omosessuale come fatto costituzionalmente rilevante (sent. Cost. n. 138/2010)*

Come è noto, con la sentenza n. 138 del 2010²⁰ la Corte costituzionale si pronuncia sul tema del c.d. “matrimonio omosessuale”, dichiarando la questione di legittimità costituzionale relativa ad un complesso degli articoli del Codice civile che, sistematicamente considerati, non permettono il matrimonio tra persone dello stesso sesso, inammissibile (in relazione agli articoli 2 e 117, comma 1° Cost.) e infondata (in riferimento agli articoli 29 e 3 Cost.).

La quaestio di legittimità costituzionale venne sollevata, in prima battuta, dalle ordinanze del Tribunale di Venezia e della Corte d’Appello di Trento (sulle quali la Corte si pronuncia con la sentenza n. 138/2010) e, successivamente, dalla Corte d’Appello di Firenze (quaestio su cui la Corte si pronuncia in termini di manifesta inammissibilità e manifesta infondatezza con l’ordinanza n. 276/2010) e dal Tribunale di Ferrara (quaestio su cui la Corte si pronuncia, sempre in termini di manifesta infondatezza e manifesta inammissibilità, con l’ordinanza n. 4 del 2011).

La vicenda costituzionale trae origine, in tutti e quattro i casi, dal rifiuto, opposto dall’Ufficiale dello stato civile, di procedere alla pubblicazioni di matrimonio richieste da una coppia di persone dello stesso sesso.

L’Ufficiale dello stato civile non fa altro che applicare il codice civile che, inequivocabilmente, fa riferimento ai termini “marito” e “moglie”. Al contrario, la Costituzione, all’art. 29, non fa riferimento al sesso dei coniugi, ma parla unicamente di “famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”. E’ proprio lo “scarto” tra le disposizioni del Codice civile (sessualmente connotate) e l’art. 29 Cost, (che tale connotazione non prevede), che permette ai giudici a quibus di individuare in quest’ultimo il parametro (insieme agli articoli 2, 3 e 117, primo comma Cost.)

²⁰ Corte Cost. n. 138/2010 in *Foro it.*, 2010, parte I, 1367 con nota di F. DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio tra omosessuali* e R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio* e in *Fam. e Dir.*, 2010, 653, con nota di M. GATTUSO, *La Corte Costituzionale e il matrimonio tra persone dello stesso sesso*.

sulla base del quale lamentare l'illegittimità costituzionale della disciplina codicistica sul matrimonio.

E' proprio all'interno delle ordinanze di rimessione – in particolare, quelle del Tribunale di Venezia e del Tribunale di Ferrara - che si manifesta una vera e propria riconsiderazione del parametro di cui all'art. 29 Cost., sganciato da una lettura "tradizionalista", smentita dai dati ricavabili dai lavori dell'Assemblea costituente, del concetto di "società naturale" ed ancorata, per il tramite dell'art. 3 Cost., al diritto di contrarre matrimonio come diritto fondamentale.

La sentenza cost. n. 138 del 2010 è una pronuncia a pieno titolo celebre, che è stata diffusamente commentata²¹.

²¹ Per una raccolta coordinata dei contributi sulle prospettive che si aprono dopo la sentenza n. 138 del 2010, cfr. B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011 e A.A.VV., *Discriminação por orientação sexual, a homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional* (Atti delle IV giornate Italo – Spagnolo - Brasiliane di Diritto Costituzionale, Conceito, Florianópolis, 2012) al cui interno si segnalano, in particolare, i contributi di R. ROMBOLI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali nell'esperienza italiana*, *ivi*, 89-109; A. RUGGERI, *"Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, *ivi*, 111-133; S. AGOSTA, *Uno sguardo sulle unioni omosessuali dalla prospettiva comparata: una lezione che stenta ancora ad essere imparata*, *ivi*, 163-189; M. CARDUCCI, N. MUSARDO, *Istituzioni, formazioni sociali diverse dalla famiglia e condizione degli omosessuali in Italia*, *ivi*, 215- 246. Ulteriori e singoli riferimenti bibliografici saranno segnalati, di volta in volta, in nota.

Si evidenziano da subito, in particolare, i contributi di P. A. CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, in *Quad. Cost.*, 2010, 361 ss., che si concentra sulla duplicità del dispositivo – di inammissibilità e infondatezza – riconducibile ad una soluzione "di compromesso" tra opposti orientamenti all'interno della Corte costituzionale e che è definito come un fattore di «squilibrio» all'interno della pronuncia da R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio e il diritto "garantito" alla vita familiare in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Giur. Cost.*, 2010, 1629 ss.; R. CHERCHI, *La prescrittività tra testo costituzionale e legge: osservazioni a margine della sentenza 138 del 2010 sul matrimonio omosessuale*, www.costituzionalismo.it (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013); M. MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, ora negli *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Editoriale scientifica, Napoli, vol II., 2011, 1573 ss., che ribadisce l'essenziale introduzione, all'interno del dibattito sul matrimonio omosessuale, della tematica della filiazione; I. MASSA PINTO, C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio». Ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, www.dircost.unito.it (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013), analizzano il testo della pronuncia sotto il profilo delle tecniche argomentative in esso riscontrabili, individuando in particolare un "occultamen-

È possibile tracciare una “mappatura” di tale pronuncia, proprio a partire dai parametri costituzionali esaminati dalla Corte costituzionale.

La Corte ritiene che la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all’art. 2 Cost. debba essere dichiarata inammissibile «perché diretta ad ottenere una pronuncia non costituzionalmente obbligata»: senza dubbio alle unioni omosessuali «intese come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso» spetta il «diritto fondamentale a vivere liberamente la propria condizione di coppia». Esse sono da annoverarsi tra le formazioni sociali che ricadono sotto la tutela dell’art. 2 Cost. in quanto luoghi ove la personalità individuale trova occasione

to” dell’argomento dell’impotenza del legislatore a scardinare la tradizione sedimentata, attraverso l’utilizzo, in prossimità di esso, dell’argomento originalista. L’argomento della tradizione nel suo intreccio con l’argomento originalista è sviluppato altresì da P. BIANCHI, *Le trappole dell’originalismo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, 281 ss.; R. PINARDI, *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, 527 ss.; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in www.forumcostituzionale.it (ultimo accesso all’url in data 18/3/2013), ora anche in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, vol. III, 2697;.; Il (problematico) riferimento alla discrezionalità del legislatore è sviluppato in B. PEZZINI, *Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, *Giur. Cost.*, 2010, 2719 e P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, *St. Iuris*, 2010, 997 ss.; sono presenti inoltre contributi che evidenziano le criticità di un’eventuale interpretazione estensiva delle disposizioni costituzionali, tra i quali si segnalano V. TONDI DELLA MURA, *La coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l’artificio della “libertà”*, www.federalismi.it; A. RUGGERI, “Famiglie” di omosessuali e “famiglie” di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?, cit., 111 ss.; M. PEDRAZZA GORLERO, L. FRANCO, *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio. Note costituzionali*, in *Dir. Pubbl.*, 2010, 247-298; numerosi contributi a margine della sentenza n. 138/2010 sono presenti in B. PEZZINI- A. LORENZETTI, *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011, tra cui si segnalano in particolare, sotto il profilo delle insoddisfacenti argomentazioni fornite dalla Corte costituzionale in relazione al principio di eguaglianza G. BRUNELLI, *Le unioni omosessuali nella sentenza n. 138/2010: un riconoscimento senza garanzia?*, *ivi*, 143 ss.; I. RUGGIU, *L’argomento culturale sotteso alla sent. 138/2010*, *ivi*, 161 ss. e, in relazione ai possibili sviluppi di una ricezione giurisprudenziale della stessa, R. ROMBOLI, *La sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio omosessuale e le sue interpretazioni*, *ivi*, 3 ss.; B. PEZZINI, *La sentenza 138/2010 parla (anche) ai giudici*, *ivi*, 95 ss; M. GATTUSO, *La giurisprudenza e le unioni same-sex*, *ivi*, 117 ss.

di sviluppo e, riguardo alle quali «spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare forme di garanzia e riconoscimento»²².

Tuttavia, a parere della Corte, si deve «escludere (...) che l'aspirazione a tale riconoscimento possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio»²³, dal momento che «l'intera disciplina dell'istituto postula la diversità di sesso dei coniugi, nel quadro di “una consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio”»²⁴. Inoltre, la Corte sottolinea che potrà intervenire, «a tutela di specifiche situazioni» qualora «sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza»²⁵ (nel solco della propria giurisprudenza in materia

²² Corte cost., n. 138/2010, punto n. 5 del *Considerato in Diritto*.

²³ Corte cost., n. 138/2010, punto n. 8 del *Considerato in Diritto*.

²⁴ Corte cost., n. 138/2010, punto n. 6 del *Considerato in Diritto*.

²⁵ Corte cost., n. 138/2010, punto n. 8 del *Considerato in Diritto*. Sul principio di ragionevolezza e sulle applicazioni di quest'ultimo all'interno della giurisprudenza della Corte costituzionale, cfr. A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001, 38-39 per il quale «In virtù del principio di ragionevolezza, in particolare, il valore dell'eguaglianza giuridica tradizionalmente intesa si è trasformato nel principio (oggettivo) per cui il legislatore deve trattare in modo eguale situazioni *ragionevolmente* eguali e, all'opposto, in maniera dissimile situazioni *ragionevolmente* diverse» e che rileva come sul versante della giurisprudenza costituzionale «i rapporti tra il principio di eguaglianza e l'idea della ragionevolezza s[iano] venuti alla luce solo in maniera graduale e non sempre secondo uno sviluppo storico lineare, ma, piuttosto, attraverso un percorso fatto di ripetuti e alterni momenti di slancio e di ritorno, in una dialettica tra *judicial activism* e *judicial self-restraint* nei confronti di differenti letture – di cui non è sempre chiara la matrice propriamente dottrinale oppure giurisprudenziale – dell'eguaglianza giuridica applicata al giudizio sulle leggi», e G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000, 3 ss., il quale ravvisa – al netto dell'ineliminabile “opacità” e “ambiguità” del termine – tre accezioni di “ragionevolezza”: come «predicato di una disparità di trattamento introdotta da una classificazione legislativa» (e che costituisce il significato «originario ed immediato di ragionevolezza»); come «predicato del contenuto della disposizione in sé considerata» e, da ultimo, strumento per rilevare «l'incompatibilità logica della norma con la sua dimensione sintattica o l'incoerenza della disposizione con altre dello stesso atto normativo» (contraddittorietà intrinseca) oppure disarmonia della disposizione legislativa rispetto a logiche ordinamentali» (contraddittorietà estrinseca). L'affermazione della «logica della ragionevolezza» all'interno del giudizio costituzionale (e, in particolare, nei casi di applicazione del principio di eguaglianza) secondo Scaccia, esprime «l'insufficienza delle logiche rigidamente deduttive a governare il giudizio sulle leggi», (*ivi*, 19-20) e costituisce un canone «onnivoro» (date le molteplici regole d'uso e la sua indefinibilità in astratto) che giocoforza impone alla decisione il recupero di «saldezza argomentativa, rigore espressivo, coerenza

di convivenze *more uxorio*, come testimoniano anche le due sentenze n. 404 del 1988 e n. 559 del 1989 espressamente richiamate).

Parimenti, è dalla Corte ritenuta inammissibile la questione ex art. 117, primo comma Cost. - prospettata dal solo Tribunale di Venezia - in quanto non è ravvisabile (a partire dall'art. 12 della Convenzione EDU, che dispone che uomini e donne in età maritale hanno il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto e dall'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali UE che stabilisce il diritto di sposarsi - senza fare riferimento al sesso dei coniugi- garantito secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio), un obbligo convenzionale o comunitario a concedere lo status matrimoniale a persone dello stesso sesso²⁶.

Con riferimento, invece, ai parametri di cui agli artt. 3 e 29 Cost., la Corte costituzionale entra nel merito della questione, operando tuttavia (per ragioni "di ordine logico") un'inversione nell'analisi dei parametri, concentrandosi all'interpretazione dell'art. 29 e lasciando l'art. 3 sullo sfondo, depotenziandolo significativamente.

In sintesi, la Corte costituzionale ritiene che il concetto di "società naturale" vada inteso nel senso della scelta dei Costituenti di fare riferimento ad una realtà preesistente e tradizionalmente connotata dall'eterosessualità dei coniugi. Questo aspetto costituisce una sorta di nucleo duro di significato, interno alla previsione

concettuale, per non essere accettata come manifestazione di un potere non arbitrario», *ivi*, 184.

Per un'analisi del principio di ragionevolezza nel diritto civile, cfr. S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 1 ss., il quale tenta di ricondurre (se pure con qualche perplessità in relazione all'orientamento consolidato della Corte di Cassazione in tema di non sottoponibilità dell'autonomia contrattuale all'esame di ragionevolezza da parte del giudice, poiché questo determinerebbe un parametro di controllo esterno alla volontà delle parti, cfr., *ivi*, in nota n. 25) la ragionevolezza all'interno delle clausole generali di interpretazione del contratto e, successivamente, formula alcune interessanti affermazioni quale quella per cui la funzione della ragionevolezza potrebbe assolvere alla funzione di «canone di valutazione e criterio di decisione, che si affianca ad altri canoni e criteri presenti nell'analisi del giurista, tra cui la tradizione», precisando tuttavia come la tradizione «non p[ossa] porsi in contrasto con la ragione e la sua autorità deve essere sottoposta a verifica mediante criteri di ragionevolezza. La tradizione infatti non si impone soltanto per forza propria, poiché richiede capacità di convincimento e quindi ragionevolezza», *ivi*, 21.

²⁶ Cfr. Corte cost., n. 138/2010, punto n. 10 del *Considerato in Diritto*.

costituzionale, in grado di resistere all'«evoluzione della società e dei costumi»²⁷, e incidendo sul quale si procederebbe non più ad interpretazione “evolutiva”, bensì ad interpretazione “creativa”²⁸.

Il principio di eguaglianza – si diceva – rimane sullo sfondo, ed è depotenziato in relazione alla *quaestio* proposta: la Corte lo valorizza come elemento di riequilibrio, nel contesto matrimoniale, dei rapporti tra i sessi (art. 29, comma secondo); postula una ontologica “non omogeneità” tra coppia omosessuale e matrimonio; giudica non pertinente, sempre sotto il profilo dell’applicazione del principio di eguaglianza, il richiamo (contenuto nell’ordinanza veneziana) alla l. n. 164/1982 (Norme in materia di rettificazione dell’attribuzione di sesso) poiché il riconoscimento del diritto di sposarsi a coloro che hanno cambiato sesso «costituisce semmai un argomento per confermare il carattere eterosessuale del matrimonio, quale previsto dal vigente ordinamento»²⁹.

In dottrina, già nei commenti a prima lettura della sentenza n. 138, veniva sottolineato come la duplicità del dispositivo costituisse un elemento quantomeno “problematico” «considerando che la pronuncia sull’infondatezza presuppone un esame sul merito della questione, mentre la declaratoria di inammissibilità attiene essenzialmente alla carenza di requisiti formali dell’ordinanza di rimessione»³⁰.

Gli elementi di critica nei confronti della pronuncia si sono principalmente appuntati sulla laconica trattazione della *quaestio* in relazione al parametro dell’art.

²⁷ Corte cost., n. 138/2010, punto n. 9 del *Considerato in Diritto*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*. Questa considerazione appare messa in crisi dalla più recente giurisprudenza in tema di effetti della sentenza di rettificazione dell’attribuzione di sesso sul precedente matrimonio o in tema di persistenza della convivenza coniugale qualora uno tra i due coniugi abbia intrapreso un percorso volto al mutamento di sesso, pur in assenza di rettificazione anagrafica del sesso (sul punto, v. *infra*, Capitolo III, § 3.2).

³⁰ P. A. CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, cit., 361 ss., il quale rileva come «il ragionamento seguito dalla Corte nella vicenda in esame» conduca «a riconoscere un peso prevalente al *caput* della sentenza relativo alla pronuncia di infondatezza rispetto a quello sull’inammissibilità», di cui risulta più difficile individuare il «fondamento», ivi, 363. Sulla duplicità del dispositivo come fattore di “squilibrio” all’interno della pronuncia, cfr. R. ROMBOLI, *Il diritto “consentito” al matrimonio e il diritto “garantito” alla vita familiare in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*, in *Giur. Cost.*, 2010, 1629 ss.

3 Cost., il quale risulta subordinato all'analisi dell'art. 29 Cost.: a questo proposito, si è parlato di «sostanziale esclusione, nel ragionamento della Corte, del profilo discriminatorio», in quanto la Corte, nella sua analisi «non (...) parte dalla considerazione della realtà sociale e dalla domanda di riconoscimento di un diritto che da essa proviene, ma dalla definizione di un istituto giuridico, i cui presunti caratteri costitutivi ed essenziali (frutto di una tradizione ormai immemorabile) non potrebbero subire improprie alterazioni»³¹. Altrove, è stato sottolineato come «giocando sul doppio binario dell'art. 29 Cost. quale espressione di un *favor* per la famiglia legittima (eterosessuale) e dell'art. 2 Cost. (...) la Corte ragiona di formazioni sociali, smarcandosi in tal modo dalla prospettiva personalistica cui volevano astringerla i giudici remittenti. Resta così ai margini della sua narrazione il diritto individuale ad essere eguali a se stessi (secondo la propria identità sessuale)»³².

È stato poi sottolineato come la Corte, accanto alla questione sollevata dai giudici rimettenti, abbia “creato” un'altra e diversa questione, relativa al «diritto fondamentale per le unioni omosessuali di vivere liberamente una condizione di coppia» e sulla cui disciplina (quanto a tempi e modi di attuazione) si effettua un rinvio al legislatore³³.

Numerosi contributi si sono soffermati sull'analisi del “ruolo” spettante al legislatore dopo la pronuncia della Corte, soprattutto in relazione a quel passaggio in cui la Corte stessa enuncia per le unioni omosessuali, il «diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi, e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con connessi diritti e

³¹ G. BRUNELLI, *Le unioni omosessuali nella sentenza n. 138/2010: un riconoscimento senza garanzia?*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI, in *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, cit., 146.

³² A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in www.forumcostituzionale.it (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013), § 2, e poi anche in *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, III, 2697 ss.

³³ R. ROMBOLI, *La sentenza 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio omosessuale e le sue interpretazioni*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di) *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, cit., 11 ss.

doveri»³⁴. In particolare, è stato messo in luce come l'affermazione di un diritto fondamentale non possa ritenersi condizionata ad un intervento, incerto nell'an e nel quomodo, del legislatore³⁵. Secondo altri, invece, la doverosità dell'intervento legislativo (posto il carattere fondamentale del diritto in questione) non sarebbe in discussione, intendendo l'inciso «nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge» come «estensione progressiva» di una disciplina generale, organica e complessiva³⁶.

La sentenza n. 138/2010 è stata analizzata anche sotto il profilo delle tecniche argomentative contenute al suo interno, tra le quali, in particolare, è stato riscontrato il ritorno alla tecnica dell'interpretazione della Costituzione secondo l'intenzione originaria dei costituenti, riscontrabile nel seguente passaggio: «Infatti, come risulta dai 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. I costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile. Pertanto, 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 (...) stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere di sesso diverso»³⁷.

Il richiamo all'intenzione originaria del Costituente è stato oggetto di numerose riflessioni, e definito un «passaggio argomentativo per lo meno discutibile, quasi che la definizione costituzionale di matrimonio dipendesse dalla sua definizione legislativa, secondo un improprio rovesciamento delle gerarchie delle fonti normative che, per di più, trasforma l'oggetto del giudizio di costituzionalità in para-

³⁴ Corte Cost., n. 138/2010, punto n. 8 del *Considerato in diritto*.

³⁵ M. CROCE, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un preciso stop al matrimonio omosessuale*, in www.forumcostituzionale.it (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013); C. SILVIS, *Il matrimonio omosessuale fra il "non s'ha da fare" dell'art. 29 e il "si può fare" dell'art. 2 della Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013).

³⁶ B. PEZZINI, *Il matrimonio same-sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2010, 2715 ss.

³⁷ Corte cost., n. 138/2010, punto n. 9 del *Considerato in diritto*.

metro»³⁸. Inoltre, l'interpretazione originalista, che pure «può ritenersi sicuramente un criterio di interpretazione che può e deve essere usato allo scopo di ricavare sia il significato di una specifica disposizione, sia la scala valoriale complessivamente posta dal Costituente alla base del patto fondativo» può tuttavia «svolgere un ruolo negativo allorché lo stesso assuma un peso decisivo per l'interpretazione del dettato costituzionale, vincolando, anche quando la lettera della Costituzione non lo imponga, al significato storicamente dato dal Costituente con riguardo alla situazione presente al momento dell'approvazione della Carta costituzionale»³⁹.

Inevitabilmente, poi, in seguito alla pronuncia della Corte, la dottrina di è dovuta (nuovamente) confrontare con l'analisi dei concetti di famiglia, matrimonio e società naturale, sui quali all'interno della sentenza vengono offerti spunti contraddittori: dall'unione (o famiglia?) omosessuale cui è riconosciuto il «diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi, e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con connessi diritti e doveri»⁴⁰, alla famiglia legittima, che trae origine da matrimonio e di cui rispecchia «la (potenziale) finalità procreativa (...) che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale»⁴¹.

³⁸ A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, cit., § 9. Analizzano l'argomentazione "originalista" della Corte anche R. PINARDI, *La Corte, il matrimonio omosessuale e il fascino (eterno?) della tradizione?*, cit., 527 ss.; P. BIANCHI, *Le trappole dell'originalismo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, cit., I, 281 ss. e I. MASSA PINTO e CHIARA TRIPODINA che, nello studio sulle tecniche interpretative pubblicato sul sito www.dircost.unito.it (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013), dal titolo *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*, ritengono che l'argomento originalista occulti in realtà «un altro argomento: l'argomento del legislatore impotente (...) a scardinare la tradizione sedimentata da tempo immemorabile», *ivi*, 2 ss.

³⁹ R. ROMBOLI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali nell'esperienza italiana*, in *Discriminação por orientação sexual, a homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, cit., 97.

⁴⁰ Corte cost., n. 138/2010, punto n. 8 del *Considerato in Diritto*.

⁴¹ Corte cost., n. 138/2010, punto n. 9 del *Considerato in Diritto*. Sul punto, cfr. P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale e le aporie del giudice della legge*, *St. Iuris*, 2010, 997 ss.; I. RUGGIU, *L'argomento culturale sotteso alla sent. 138/2010*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI, *Unioni e matrimoni same.sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, cit., 161 ss. e, *contra*, V. TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali tra il vincolo*

Si potrebbe, pertanto, dire, che la sentenza n. 138/2010 sia composta da due “anime”: l’una più “conservatrice”, sostanzialmente legata all’intangibilità del nucleo duro del concetto di matrimonio, costituito dall’eterosessualità dei coniugi e ritenuto insuperabile per via interpretativa; l’altra più “progressista”, nel senso della riconducibilità della coppia (anche) omosessuale tra le formazioni sociali all’interno delle quali il singolo sviluppa la propria personalità e, soprattutto, della possibilità, che la Corte riserva a se stessa, di valutare l’opportunità di un trattamento omogeneo tra coppia omosessuale e coppia coniugata, sulla base dell’applicazione del principio di ragionevolezza, come a suo tempo ebbe a fare in relazione alle convivenze *more uxorio*.

Al di là dell’individuazione dei profili più conservatori o progressisti riscontrabili all’interno della pronuncia, è indubbia la svalutazione sia della richiesta iniziale di un ampliamento della definizione “acquisita” di matrimonio⁴², sia delle osservazioni svolte dai giudici *a quibus* in relazione al principio di eguaglianza (art. 3 Cost., richiamato come parametro da tutte le ordinanze)⁴³.

(elastico) delle parole e l’artificio della libertà, in *www.federalismi.it*; M. PEDRAZZA GORLERO, L. FRANCO, *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio. Note costituzionali*, in *Dir. Pubbl.*, 2010, 247 ss.; A. RUGGERI, “Famiglie” di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010, in *Discriminação por orientação sexual, a homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, cit., 117.

⁴² Sulla contrapposizione tra “definizione acquisita” e “definizione proposta” di matrimonio contenuta nelle ordinanze di rimessione, sia consentito rinviare a L. CONTE, *La sentenza costituzionale n. 138/2010: alcuni profili linguistici di interesse giuridico* in B. PEZZINI- A. LORENZETTI, *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010*, cit., 210

⁴³ Proprio in relazione alla «sostanziale esclusione, nel ragionamento della Corte, del profilo discriminatorio» la dottrina più attenta ha rilevato come questa decisione risulti «assai insoddisfacente» G. BRUNELLI, *Le unioni omosessuali nella sentenza n. 138/2010: un riconoscimento senza garanzia?* in B. PEZZINI-A. LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010*, cit., 146, per la quale la decisione «non ravvisa nelle norme impugnate una violazione dell’art. 3, c. 1, Cost., la cui interpretazione viene fra l’altro subordinata a quella dell’art. 29 Cost. Non si parte dalla considerazione della realtà sociale e dalla domanda di riconoscimento di un diritto che da essa proviene, ma dalla definizione di un istituto giuridico, i cui presunti caratteri costitutivi ed essenziali (frutto di una tradizione ormai immemorabile) non potrebbero subire improprie alterazioni».

Ciò tuttavia non significa che la sentenza n. 138/2010 non costituisca un fatto costituzionalmente rilevante, oltre che un punto di partenza di grande interesse per gli sviluppi di questa ricerca.

Attraverso la significativa attivazione dei giudici *a quibus* (a loro volta, sollecitati da una capillare ed efficace campagna di affermazione civile⁴⁴) la vera e propria “questione” del matrimonio omosessuale giunge al cospetto della Corte costituzionale, determinando l’invocazione di una serie di parametri costituzionali. Tra questi si evidenzia l’ambiguo riferimento, contenuto nell’art. 29 Cost., alla “famiglia come società naturale fondata sul matrimonio”.

E’ significativo notare come tale articolo riceva, nella presente vicenda, una sorta di duplice trattamento: da un lato è “decostruito” dall’analisi dottrinale, sulla base della puntuale individuazione del “come” tale clausola abbia avuto origine nel dibattito in Assemblea Costituente⁴⁵ (in alcun modo inglobando, nella concetto di “società naturale”, l’eterosessualità dei coniugi); dall’altro è irrigidito dall’analisi operata dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 138, nel senso dell’individuazione dell’eterosessualità dei coniugi come parte del “nucleo duro” intangibile e immodificabile per via interpretativa, del concetto di matrimonio presente nel testo costituzionale.

Di fronte a questo esito, il dibattito sull’articolo 29 della Costituzione sembrerebbe ormai sterile, non potendo condurre ad altro se non alle due vie sopra indicate: da un lato la puntuale ricostruzione del contesto in cui ebbe luogo la sua formulazione, eventualmente “smascherandone” le pretese caratteristiche di istituto di diritto naturale⁴⁶; dall’altro la sua partecipazione ad una tradizionale, “conso-

⁴⁴ Sul punto si rinvia a S. ROVASIO, *La campagna di affermazione civile: come e perché è nata* in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, cit., 305 ss.

⁴⁵ P. VERONESI, *Costituzione, “strane famiglie” e “nuovi matrimoni”* in *Quad. Cost.*, 2008, 577 ss.

⁴⁶ V. CAPORRELLA, *La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi e il dibattito della Costituente*, articolo contenuto nel Dossier *Fare e disfare famiglia* in www.storicamente.org (ultimo accesso all’url in data 18/3/2013). Una puntuale ed approfondita indagine sui «“paletti valoriali” enucleabili dalla definizione della famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio”» così come desumibili dai lavori preparatori della Carta costituzionale è svolta da P. VERONESI in *Costituzione, «strane famiglie» e «nuovi matrimoni»*, cit., 579 ss., il quale rileva come: «La formulazione testuale [dell’art.

lidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo con una donna”⁴⁷.

L’analisi della vicenda costituzionale relativa al cosiddetto “matrimonio omosessuale” risulterebbe tuttavia impoverita se si facesse riferimento unicamente all’art. 29 Cost. il quale, come si è visto, proprio per via della sua persistente ambiguità non appare ancora riducibile ad una visione unitaria⁴⁸. Inoltre, in esso, i concetti di famiglia e matrimonio si saldano strettamente, con risultati che percorrerebbero strade eccentriche rispetto alle riflessioni che verranno condotte in queste prime pagine, e che vorrebbero invece partire da una analisi più generale del principio di eguaglianza⁴⁹.

Come è stato infatti notato già prima della sentenza n. 138 del 2010, «Posto che [nell’art. 29] si fonda la libertà e il diritto di sposarsi, e dare luogo così ad una famiglia “privilegiata”, ogni limitazione introdotta dal Codice civile al “diritto di sposarsi” trova giustificazioni sufficienti a resistere ad un test di ragionevolezza, e non si scontra con i divieti di discriminazione contenuti nel “nucleo forte” dell’art. 3.1 Cost.; ma il divieto (non esplicito) di coniugarsi imposto alle coppie omosessuali incappa invece proprio in uno dei divieti di discriminazione espressi dalla

29 Cost.], corroborata dai lavori preparatori della Carta, esclude in radice – contro le prime apparenze - ogni suggestione di stampo giusnaturalistico: non è perciò fortuito che l’espressione “società naturale” sia addirittura proposta da Togliatti, né che le reiterate preoccupazioni di sue forzate letture in chiave ideologica – sollevate a più riprese dalle componenti di sinistra- siano prontamente raffreddate dalle misurate repliche democristiane. L’obiettivo della previsione era quindi quello di respingere la teoria dei “diritti riflessi”, assiduamente praticata durante il fascismo».

⁴⁷ Ord. Trib. Venezia, sezione III civ., 3.4.2009, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1907 ss.

⁴⁸ E’ stato notato come «dai lavori preparatori non si ricava una traccia sufficientemente chiara del significato che i costituenti volevano attribuire al[l’art. 29], troppe essendo state le “anime” che hanno inciso sulla sua elaborazione. (...) Univoca l’interpretazione non può essere perché la disposizione è stata composta attraverso il più arduo dei compromessi», R. BIN, *Per una lettura non svalutativa dell’art. 29* in R. BIN, G- BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *La «società naturale»*, cit., 41

⁴⁹ Si ritiene infatti che nella sentenza costituzionale n. 138/2010 non sia stata valorizzata a sufficienza la connessione tra principio di eguaglianza, pieno sviluppo della persona, e principio di ragionevolezza, già rilevata da P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, 73 ss. In particolare, il principio di eguaglianza trova espressione in un «nucleo forte», «che comprende la tutela del cittadino di fronte ai privilegi e agli atti discriminatori, e in «un ambito ulteriore, che comprenderebbe la garanzia diffusa contro l’irrazionalità della legge», *ivi*, 87.

Costituzione e crea una tensione assai forte tra l'art. 29.1 e l'art. 3.1: il primo non si può interpretare senza sciogliere la difficile contraddizione con il secondo»⁵⁰.

È proprio attraverso l'indagine su questa tensione, già attentamente individuata ancora prima dell'esito della sentenza, che si manifesta l'importanza della creazione di uno spazio di discussione costituzionale sulla vicenda del matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale e sulle vie d'accesso all'istituto matrimoniale: quest'ultimo coinvolge, infatti, in modo diretto ed evidente il principio di eguaglianza.

1.3 Interpretazioni e interpreti della Costituzione

«È un dato di fatto che le costituzioni scritte sono testi normativi suscettibili di piegarsi ed adattarsi alle vicende storico-politiche in maniera maggiore che non i testi di legislazione ordinaria». Con queste parole si apre un articolo ormai risalente di G. Zagrebelsky intitolato *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*⁵¹. In esso viene ribadito come «ogni qual volta le norme di di-

⁵⁰ R. BIN, *Per una lettura non svalutativa dell'art. 29*, cit., 43.

⁵¹ G. ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1970, 904 ss.

Per un più generale riferimento alla teoria dell'interpretazione, come è ovvio senza pretese di completezza, L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, CEDAM, Padova, 1954; E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1955; T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1957, 351-373; G. LAZZARO, *L'interpretazione sistematica della legge*, Giappichelli, Torino, 1965; G. LUMIA, *In tema di interpretazione e di applicazione del diritto*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1966, 305-313; A. PENSOVECCHIO LI BASSI, *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1972; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980; M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Franco Angeli, Milano, 1982; G. LOMBARDI, *L'interprétation de la Constitution*, Editions Universitaires de Fribourg, Fribourg, 1988; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2006, 743 ss. e *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di diritto civile e commerciale già diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da P. Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 2011; L. PALADIN, *Costituzione, preleggi e codice civile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1993, I, 19-39; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996; P. RICOEUR, *Interpretazione e/o argomentazione*, in *Ars interpretandi*, 1996, 77 ss.; U. SCARPELLI, P. DI LUCIA, M. JORI (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, LED, Milano, 1994; C. LUZZATI,

ritto consentono alternative, l'assetto concreto che risulterà dipenderà, all'interno delle possibilità offerte dal diritto, da elementi extranormativi che possono notevolmente variare in presenza dello stesso ordinamento. Nel diritto costituzionale

L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto, Giuffrè, Milano, 1999; F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, CEDAM, Padova, 2012.

Per una ricostruzione del dibattito sulla interpretazione costituzionale è possibile fare riferimento a A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni Costituzionali*, 2001, 35 ss., e al dialogo tra lo stesso Autore e Franco Modugno, in occasione dell'incontro su "*Interpretazione costituzionale ed interpretazione per valori. Due diverse prospettive a confronto*" che ebbe luogo il 12 maggio 2005 a Roma, Università La Sapienza (contributi reperibili al sito www.costituzionalismo.it, ultimo accesso all'url in data 18/3/2013). La prospettiva di MODUGNO parte dal dato per cui «Nei contesti umani, culturali e sociali – imprescindibili nell'interpretazione giuridica in genere (...) è stimolato al massimo un atteggiamento valutativo dell'interprete nei confronti dei principi e valori fondamentali, fondanti e costitutivi del complessivo assetto politico e sociale». In questo scenario, la «specificità dell'interpretazione costituzionale o della Costituzione consist[e] nella peculiare (prevalente) natura o struttura degli enunciati costituzionali formulati in modo da poter esprimere principi o meglio da consentire la costruzione di principi, da indicare gli scopi da perseguire, più che in precise norme di condotta, secondo la classica tripartizione deontica (obbligo, divieto, permesso)», *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in www.costituzionalismo.it, cit., rispettivamente pagine 2 e 4 (corsivo testuale). La prospettiva assunta da PACE è, invece, riconducibile ad un "giuspositivismo temperato", e può essere riassunta nella constatazione per cui: «Il fatto di ritenere che la Costituzione sia prevalentemente un insieme di "regole" (...) non esclude, ovviamente, l'applicabilità ad esse delle teorie dell'argomentazione cui Modugno, come altri, fa riferimento. Significa però che il testo – che per Gadamer, come per Heidegger, è solo un "progetto" incompiuto (che acquista compiutezza solo con l'interpretazione) – non andrebbe considerato come un progetto "di massima", ma come un progetto "esecutivo", essendo in esso prevista anche la disciplina del diritto proclamato», *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in www.costituzionalismo.it, cit., 6. È stato sottolineato come la tensione tra i due atteggiamenti interpretativi, successivamente esplicitati nel dibattito tra Pace e Modugno, sia espressiva «della crisi del modello giuridico del mondo d'oggi (...) aggravata dalla rivoluzione che si è venuta determinando nel sistema delle fonti, ormai chiaramente svincolato dalla logica piramidale di impronta stualistica» e in cui «il giudice ordinario ved[e] sottoposta la sua analisi interpretativa ad un duplice filtro in chiave di valori: quello di derivazione comunitaria, che sempre più sovente ipotizza il riferimento a principi costituzionali comuni, e quello della nostra Corte costituzionale, la quale, pur da tempo avendo abbandonato il modello delle sentenze interpretative di rigetto, tende oggi ad affermare la necessità (sulla base di un procedimento accertativo diffuso e non accentrato) del riferimento ai valori costituzionali, dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale laddove il giudice *a quo* non abbia preventivamente verificato la possibilità di attribuire alla norma denunciata un significato diverso da quello censurato e tale da superare i dichiarati dubbi di incostituzionalità», N. LIPARI, *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 866. Il punto di vista dello studioso di diritto civile sul tema è delineato altresì da P. G. MONATERI, *Interpretare la legge (I problemi del civilista e le analisi di diritto comparato)*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 531 ss.

ciò che è caratteristico è l'alto numero di incognite di cui occorre tener conto e da cui dipende in conclusione ciò che sarà la realizzazione del modello astratto delineato nei testi». E ancora: «É tuttavia vero che le costituzioni possono in generale essere più facilmente svuotate e aggirate, pur se non apertamente violate, rispetto ad altri corpi normativi»⁵².

In questi passaggi preliminari risultano del tutto evidenti i problemi principali in tema di interpretazione successivamente individuati dalla dottrina costituzionalistica in relazione alla vicenda del possibile riconoscimento del matrimonio omosessuale.

La richiesta, formulata nelle ordinanze di rinvio, di valutare la compatibilità costituzionale del riconoscimento del matrimonio proprio in riferimento, tra gli altri, all'articolo 29 Cost. – il quale definisce la famiglia come “società naturale fondata sul matrimonio”- imponeva una riflessione sulla possibilità di interpretare il testo costituzionale in senso “evolutivo”, vale a dire in relazione al mutamento dei tempi, da un lato, e dall'altro sull'opportunità di scongiurare uno stravolgimento (o meglio, uno svuotamento) di quest'ultimo⁵³.

In ogni caso, è evidente come la questione dell'interpretazione costituzionale (la quale, alternativamente, può indicare il «complesso dei procedimenti di attribuzione di significato (...) o il complesso dei risultati di quei processi», oppure «il procedimento (o il risultato del procedimento) di attribuzione di una funzione, di un valore, di un ruolo, di un rilievo specifico alla Costituzione – scritta o non scritta che sia – tanto nella dinamica degli assetti istituzionali quanto nel contesto del mutamento sociale»⁵⁴), unitamente a quella relativa alla qualificazione e alla peculiarità degli interpreti costituzionali siano elementi che complicano il quadro – già piuttosto articolato- di base.

La vicenda che interroga il possibile riconoscimento del matrimonio omosessuale nel nostro ordinamento impone un utilizzo accorto dei concetti di “interpre-

⁵² G. ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione*, cit., 909.

⁵³ Su questo punto, anche se con accenti diversi, R. BIN, *Per una lettura non svalutativa dell'art. 29*, cit 41 ss. e A. RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione* in *Quaderni Costituzionali*, 2007, 751 ss.

⁵⁴ L. GIANFORMAGGIO, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1985, 65-66.

tazione” e di “interprete”, in relazione ora alla Costituzione, ora, più in generale, al complesso normativo che interessa la materia del matrimonio.

Le riflessioni più accorte e precedenti la pronuncia della Corte infatti hanno sottolineato come la vicenda del matrimonio omosessuale andasse necessariamente valutata anche alla luce ora del “pieno”, ora del “vuoto” di diritto ad esso collegato⁵⁵, risultando sterile, o perlomeno miope, un’analisi appuntata unicamente sul tenore delle norme costituzionali invocate come parametro.

In effetti, l’analisi del contenuto, in particolare, dell’articolo 29 Cost. condotta in sede preventiva (vale a dire, prima della pronuncia della Corte), pur coinvolgendo i temi dell’interpretazione evolutiva oppure originalista (su cui si tornerà *infra*, § 1.4), implicava ulteriori riflessioni di carattere storico e sociologico tutto sommato eccentriche rispetto all’attività interpretativa in sé e per sé considerata.

Dopo la pronuncia della Corte costituzionale si è avuto un ritorno fisiologico ad una maggiore concretezza sul piano interpretativo. Ciò è dovuto ad una serie di fattori tra i quali la sostanziale “chiusura” operata dalla Corte in relazione ad una possibile interpretazione evolutiva dell’articolo 29 Cost. e il recupero, da parte della giurisprudenza, delle argomentazioni maggiormente “pragmatiche” – o comunque spendibili nella prospettiva di una tutela immediata- contenute nella sentenza n. 138 (diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, riconducibile nelle formazioni sociali di cui all’art. 2 Cost.; necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale attraverso il controllo di ragionevolezza).

In riferimento alla qualificazione di “interprete”, se si assume che le fattispecie concrete che sollecitano l’attività di quest’ultimo costituiscano «un momento di incontro tra l’interprete stesso e altri soggetti che vivono contemporaneamente, ciascuno nel proprio ruolo, il suo stesso modello culturale; così che la vicenda interpretativa può essere definita come un momento particolare della realtà sociale e culturale più ampia comune all’interprete e agli altri occasionali protagonisti della

⁵⁵ Si vedano, sul punto, le riflessioni di B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?* in R. BIN-G. BRUNELLI-A. GUAZZAROTTI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI, *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, cit., 4 e G. FERRANDO, *Questo matrimonio non si può fare?*, *ivi*, 155.

fattispecie concreta⁵⁶», allora sembra possibile apprezzare, e valorizzare, la pluralità degli interpreti intervenuti nella vicenda costituzionale in esame.

I giudici *a quibus*, la dottrina, e infine la Corte, e, di seguito, da ultimo, nuovamente, i giudici ordinari e la Corte di Cassazione hanno arricchito, attraverso le proprie argomentazioni, il dibattito e la riflessione sul tema del matrimonio omosessuale e della sua attuale compatibilità con l'ordinamento italiano⁵⁷.

Ciò dimostra da un lato la fondamentale importanza dell'essere stata posta, sul punto, questione di legittimità costituzionale, che necessariamente coinvolge una pluralità di soggetti, e, in particolare, di interpreti; dall'altro evidenzia come tutte le teorie che considerano «l'interprete come un attore solitario, soggetto schiacciato dall'improbabile fatica di ricondurre all'interno di un sistema l'oggetto particolare della sua azione», risultino «inadeguate in relazione all'esigenza pratica e normativa dell'interpretazione giuridica proprio perché non ne colgono la natura umana e, quindi, sociale⁵⁸».

Sempre all'interno dell'articolo già citato, Zagrebelsky rilevava come: «la costituzione non è un universo linguistico a sé, autosufficiente. Non è tale e neppure potrebbe esserlo, il corpo legislativo più completo che si possa immaginare, e meno che mai lo è una costituzione composta di pochi articoli per intendere i quali è necessario continuamente fare riferimento a nozioni tratte altrove» E, poco più ol-

⁵⁶ M. CAVINO, *Interpretazione discorsiva del diritto. Saggio di diritto costituzionale.*, Giuffrè, Milano, 2004, 127. Sul punto, cfr. altresì F. BILE, *Interpretare e giudicare: tecnica e valori in tre vicende esemplari*, in *Giust. civ.*, 2011, 115, il quale individua nell'interpretazione «il necessario momento di raccordo tra la *staticità* dell'enunciato e la storicità (e quindi, la *mutevolezza*) dell'esperienza sociale che quell'enunciato intende disciplinare» (corsivi testuali).

⁵⁷ Sul più recente utilizzo di alcune argomentazioni contenute nella sentenza n. 138/2010 da parte del Tribunale di Reggio Emilia (13.2.2012) e della Corte di Cassazione civile, sez. I, n. 4184 (15.3.2012) sia consentito rinviare a L. CONTE, *Matrimonio, famiglia e circolazione di modelli: prospettive di metodo per il giurista*, in E. RAFFIOTTA (a cura di), *Le nuove esigenze di tutela dei diritti della persona*, Thomson Reuters Aranzadi, in corso di pubblicazione. In particolare a giudizio della Corte di Cassazione, nella sentenza n. 138 sono contenute «nuove ed importanti affermazioni di cui il giudice comune deve comunque tenere conto nella risoluzione dei casi volta a volta sottopostigli» ed aventi «rilevanti conseguenze sul piano della tutela giurisdizionale dell'unione omosessuale» (Corte di Cassazione civile sez. I, n. 4184 del 15/3/2012, motivazione in *Diritto*, punto 3.2).

⁵⁸ M. CAVINO, *Interpretazione discorsiva del diritto*, cit., 125.

tre: «spesso le disposizioni costituzionali sono sintesi composte di poche parole di complesse esperienze storiche cui si vuol fare riferimento globalmente, spettando poi all'interprete sceverare i possibili contenuti, avvalendosi del grado di libertà che deriva dalla stessa struttura sintetica della formula costituzionale»⁵⁹.

La non autosufficienza dell' "universo linguistico" contenuto nella Costituzione impone quindi una particolare accortezza dell'interprete attraverso un'analisi linguistica, storica e sistematica delle disposizioni in essa contenute⁶⁰.

1.4 *La prospettiva originalista e il necessario riferimento al linguaggio.*

In chiusura del precedente paragrafo si rifletteva sull'immagine della Costituzione come "universo linguistico non autosufficiente"⁶¹.

Questo dato, che è indubbiamente fattuale, potrebbe prestarsi ad un accoglimento, per così dire, incondizionato, della prospettiva originalista⁶²: vale a dire

⁵⁹ G. ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione e interpreti della Costituzione*, cit., 913.

⁶⁰ Cfr. E. DIENI, *Finzioni canoniche*, cit., 140, per cui «Dal punto di vista linguistico, il linguaggio giuridico, come ogni linguaggio non primitivo, è essenzialmente intessuto di metafore, giacché tutte le parole che esprimono concetti immateriali sono derivate per metafora da parole che designano oggetti sensibili, benché ciò non sia ordinariamente percepito a causa del fatto che la maggior parte di questi concetti sono metafore morte»; sul punto, cfr. anche P. FIORELLI, *Storia giuridica e storia linguistica*, in *Annali di storia del diritto*, 1957, 3-25.

⁶¹ G. ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione e interpreti della costituzione*, cit., 913.

⁶² La prospettiva originalista è ravvisabile in presenza dell'attribuzione ad un enunciato normativo del «significato che corrisponde alla volontà dell'emittente o autore dell'enunciato, cioè del legislatore in concreto, del legislatore storico», G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 364. Sull'utilizzo dell'argomento originalista come argomento del legislatore «impotente a sradicare la tradizione sedimentata da tempo memorabile», I. MASSA PINTO, C. TRIPODINA, *Sul come per la Corte costituzionale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio»*, cit., 10. Sulla distinzione, elaborata in ambito statunitense, tra originalismo storico «per cui l'interprete fornisce il significato originario di una clausola costituzionale utilizzando dei casi modello e ipotizzando le risposte che i Framers avrebbero dato alle domande poste in un contesto temporalmente differente» e l'originalismo controfattuale «secondo cui l'interprete torna con la mente al periodo in cui la Costituzione è stata scrit-

che, nel caso in cui si riscontrasse una non autosufficienza delle disposizioni costituzionali sotto il profilo del significato, si potrebbe in ogni caso ricorrere, secondo le parole di Sunstein, agli «obiettivi generali degli autori della costituzione»⁶³.

Sunstein distingue tra un “originalismo debole”, in base al quale « gli obiettivi generali degli autori della costituzione e di coloro che l’hanno ratificata meritano rispetto e attenzione considerevoli» e un “originalismo forte”, sostenuto dal giudice della Corte Suprema Antonin Scalia, secondo il quale «le visioni particolari di quegli autori e ratificatori sono decisive, e non solamente rilevanti»⁶⁴.

Il problema fondamentale della prospettiva originalista si concretizza nella possibile sovrapposizione di originalismo e tradizionalismo. Quest’ultimo presenta alcuni vantaggi, tra i quali «le sue scarse pretese e il suo effetto di ancoraggio: far sì che le persone non debbano pensare ogni volta daccapo a cosa fare. Se pen-

ta o emendata al fine di chiedersi come gli Autori avrebbero affrontato una determinata questione», A. BRUNO, *La neutralità assiologica dell’originalismo. Gli stati uniti nella dead hand of the past*, in F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (cur.), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2008, 303.

Una completa ricostruzione della pluralità degli orientamenti interpretativi definiti come “originalisti” all’interno della dottrina americana è svolta da A. M. POGGI, *L’ “intenzione del Costituente nella teoria dell’interpretazione costituzionale. Spunti per una sua definizione all’interno della dottrina americana dell’ “original intent of the framers”*, in *Dir. Pubbl.*, 1997, 153 ss. L’Autrice individua, infatti, almeno due accezioni di originalismo, come richiamo alla «storicità della Costituzione non riconducibile alla contingenza storica che può motivare l’emanazione degli atti normativi», *ivi*, 161, e come fattore di razionalizzazione dell’«alto tasso di incidenza delle convinzioni politiche e ideologiche dei singoli giudici sulle decisioni», *ivi*, 181.

Il dibattito interno alla dottrina americana tra originalisti e realisti (che presenta qualche punto di tangenza con la contrapposizione tra i fautori dell’interpretazione originalista, letterale o evolutiva) è richiamato, oltre che da POGGI, *cit.*, 165, anche da A. VESPAZIANI, *Il bilanciamento dei diritti nella cultura giuridica statunitense*, in *Dir. Pubbl.*, 2001, 457 ss., soprattutto in relazione all’argomento, sostenuto dai fautori dell’originalismo, “della contaminazione” della purezza e della neutralità dei valori giuridici «con discutibili scelte politiche». Quest’ultimo, inoltre, riconduce il *revival* dell’utilizzo dell’interpretazione originalista, all’inopportunità, da parte delle Corti post - Warren e che volevano collocarsi rispetto ad essa in posizione di discontinuità, di fare ricorso al principio dello *stare decisis*, *ivi*, 475.

⁶³ C. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Il Mulino, Bologna, 2001, 124.

⁶⁴ C. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, *cit.* 124.

sare ogni volta daccapo è una ricetta per l'instabilità e l'errore, il tradizionalismo, in democrazia e nel diritto costituzionale, sembra essere parecchio allettante»⁶⁵.

Nella sentenza n. 138 del 2010, la Corte costituzionale ha utilizzato l'argomento originalista, introducendolo - si potrebbe dire - come criterio di separazione tra "interpretazione evolutiva" e interpretazione creativa".

Quest'ultima, infatti, come si è visto, non potrebbe spingersi a incedere sull'immodificabile "nucleo della norma" (l'art. 29), includendo in esso «fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata»⁶⁶.

L'utilizzo dell'argomento originalista il quale, vale la pena ricordare, costituisce un criterio né extragiuridico, né metagiuridico ma, appunto, pienamente giuridico⁶⁷, presenta nella vicenda del matrimonio omosessuale qualche indubbia criticità: *in primis* perché si sovrappone all'argomento della tradizione poco sopra sottolineato, soprattutto se si accoglie - come qui si intende fare - la prospettiva di Sunstein per cui «l'opera di definizione dei diritti, compresi i diritti costituzionali, non dovrebbe essere fondata su un'indagine della tradizione»⁶⁸.

E' opportuno tuttavia rilevare come l'applicazione stessa dell'argomento originalista quale (eventuale) vettore di replica della tradizione, nasca in un contesto preciso, muovendo dall'idea della (spesso peraltro consapevole, e perciò voluta) non autosufficienza linguistica e concettuale del testo costituzionale: «nella storia del costituzionalismo statunitense, e di molte altre nazioni, la tradizione è stata

⁶⁵ SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, cit., 95. Al contrario, S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, cit., 21, sottolinea come «L'autorità della tradizione - e del significato che quest'ultima ha assegnato a principi e clausole generali - non comporta (...) rinuncia alla ragione» e prosegue affermando che, se «La ricerca di una soluzione adeguata non può prescindere dai dati offerti dalla tradizione», dall'altro canto «Il modo di pensare del giurista dipende da ciò che viene tramandato, ma non deve limitarsi ad esso, occorrendo un continuo adattamento all'esistente». Sul punto, con particolare riferimento al diritto a contrarre matrimonio, cfr. M. MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, cit., 475, il quale rileva come la «possibilità che la percezione sociale di ciò che costituisce matrimonio p[ossa] mutare ed evolvere nel tempo, così come pure le norme che ne regolano l'accesso e il funzionamento».

⁶⁶ Corte costituzionale, n. 138/2010, considerato in diritto, punto n. 9.

⁶⁷ A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sentenza n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, cit., § 3.

⁶⁸ SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, cit., 97.

spesso invocata per colmare le lacune lasciate dal testo, dalla struttura, dalla storia e dalle argomentazioni filosofiche»⁶⁹.

Per queste ragioni l'argomento originalista, se pure dotato della dignità di criterio giuridico, dovrebbe più opportunamente collocarsi come recessivo a fronte di un'analisi approfondita del testo sotto il profilo del linguaggio più che del contesto storico e culturale esistente al tempo della sua originaria formulazione⁷⁰.

1.5 La narrazione costituzionale della famiglia e del matrimonio: la prospettiva di Law and Literature come opportunità di studio

In questa prima fase, e soprattutto nell'ottica della proposta metodologica relativa all'adozione di una prospettiva di tipo narrativo⁷¹, sarebbe poco utile distinguere i concetti di famiglia e matrimonio all'interno della giurisprudenza costituzionale.

Si potrebbe dire, anzi, che proprio nel contesto precedente e successivo alla sentenza n. 138/2010 il concetto di matrimonio, nell'elaborazione dottrinale, tenti

⁶⁹ SUNSTEIN, *A cosa servono le costituzioni*, cit., 95. Contro la concezione dell'argomento originalista come elemento di "svalutazione" della Costituzione, ma, al contrario, favorevole ad una «ipervalutazione [attraverso l'utilizzo dell'argomento originalista] della rigidità della costituzione e del suo carattere di documento scritto nella sua lettura stretta, storicamente autentica», C. TRIPODINA, *L'argomento originalista in materia di diritti fondamentali* in F. GIUFFRÈ. I. NICOTRA, *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 253.

⁷⁰ Sul tema si rinvia alle riflessioni di P. BIANCHI, *Le trappole dell'originalismo*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, cit., I, 283, il quale da subito nota criticamente come: «Pur ove si voglia ammettere che (in origine, appunto) sia esistita l'unitaria e omogenea intenzione del Costituente, pur volendosi concedere che essa sia stata conoscibile e – almeno dagli operatori del diritto - conosciuta, pur concedendo che abbia dato luogo ad un testo univocamente interpretabile, dobbiamo tuttavia chiederci quale effetto dobbiamo attribuire ad un insieme di fattori (il trascorrere del tempo, il modificarsi del contesto sociale, economico, culturale, il consolidarsi nel testo costituzionale di precedenti giurisprudenziali) non previsti e non prevedibili».

⁷¹ Sul concetto di "narrazione" e "meta narrazioni" nel diritto, G. MINDA, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York and London, 1995 e J. -F. LYOTARD, *La condizione post-moderna. Rapporto sul sapere*, Feltrinelli, Milano, 2001.

di affrancarsi da quello di famiglia, imponendo un ragionamento sul solo rapporto orizzontale tra i coniugi e non sulle relazioni verticali con i figli⁷².

È pur vero che la costruzione giuridica dei concetti di famiglia e matrimonio avviene all'interno di un percorso lungo e risalente nel tempo, tracciato principalmente dalla giurisprudenza costituzionale e che nella giurisprudenza costituzionale trova il suo luogo elettivo attraverso cui, significativamente, manifestarsi. Per questa ragione, le pronunce della Corte costituzionale in tema di famiglia e matrimonio sembrano prestarsi più di altre ad un'analisi secondo un modello narrativo.

Gli elementi caratterizzanti quella che vorrei definire come prospettiva narrativa possono essere sinteticamente definiti nella possibilità di costituire un racconto che si sviluppa nel tempo in modo sufficientemente coordinato, nel fatto che questo racconto sia indirizzabile ad un uditorio plurale, identificabile e determinabile a priori, anche se non nella sua totalità; nell'individuazione di un soggetto, anch'esso determinato, che funga da narratore, dotato di speciale autorevolezza e capacità persuasiva e, da ultimo, nella possibilità di un arricchimento culturale dei soggetti che partecipano alla narrazione, attraverso un'opera di ricomposizione del linguaggio⁷³.

⁷² Sottolineano questa distinzione, in particolare, P. VERONESI, *Costituzione, «strane famiglie» e «nuovi matrimoni»*, cit., 591 ss. e *Matrimonio omosessuale*, cit., 379, P. TINCANI, *Natura, cultura, diritto* in *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, cit., 355 e A. LORENZETTI, *Matrimonio e filiazione: legame indissolubile?*, ivi, 225.

⁷³ Si intende, in proposito, prendere le mosse dalla teoria elaborata da Roman Jakobson sulle funzioni della lingua, che individua sei elementi, o “centri”, o “fuochi” di un atto di comunicazione. Essi sono in primis i due poli opposti costituiti da emittente e ricevente, tra i quali si collocano il codice, il messaggio, il contatto e il contesto. La prevalenza di uno di questi elementi di volta in volta determina una funzione diversa assunta dall'atto linguistico: informativa (in cui l'atto di comunicazione è incentrato sul contesto); conativa (atto di comunicazione incentrato sul ricevente), fatica (atto di comunicazione funzionale a stabilire o consolidare il contatto tra emittente e ricevente), metalinguistica (quando l'atto di comunicazione è incentrato sul codice stesso), emotiva (quando il “fuoco” dell'atto di comunicazione è l'emittente medesimo), poetica (quando l'atto di comunicazione è incentrato non tanto sul messaggio quanto sulla forma dello stesso), M. BERRETTA, *Linguistica ed educazione linguistica. Guida all'insegnamento dell'italiano*, Einaudi, Torino, 1978, 116 ss.

In questo senso, la prospettiva narrativa e l'approccio di *Law and Literature* (nella sua particolare accezione di *Law as Literature*⁷⁴) coincidono, nella misura in cui «law is inevitably a matter of language⁷⁵». Secondo Kieran Dolin: «Poetry, writing that is imaginative rather than instrumental, is a way of envisaging alternative worlds, of coming to term with traumatic experience by embodying it in verbal imagery and narrative». Allo stesso modo, Robert Cover individua come: «No set of legal institutions or prescriptions exists apart from the narratives that locate it and give it meaning»⁷⁶.

Edoardo Dieni aveva formulato un'ulteriore specificazione delle prospettive di *Law in Literature* e *Law as Literature*, individuando come «Delle due prospettive principali sviluppate dagli studi di *Law & Literature*, quella del diritto *nella* letteratura e quella del diritto *come* letteratura (...) è la seconda che sembra qui rilevante in maggior misura. Mentre infatti lo studio del diritto *nella* letteratura si interessa al "... modo in cui nella narrativa vengono descritti gli avvocati, le indagini giudiziarie, le leggi, nonché il rapporto tra il singolo individuo e la ricerca della giustizia"⁷⁷», lo studio del diritto *come* letteratura, «nasce "... dall'idea che il narrare storie sia pertinente agli studi giuridici poiché, come ha affermato Robert Cover (...) "il diritto non è che una storia, come le altre, da interpretare"⁷⁸. Lo *ius* è *in fabula*, allora, non solo quando le storie narrate dalla letteratura si occupano

⁷⁴ Per una distinzione tra le due prospettive ravvisabili all'interno dell'ambito di studio denominato "Law and Literature" si rinvia a G. BINDER, R. WEISBERG, *Literary Criticism of Law*, Princeton University Press, Princeton, 2000, 3. In particolare, mentre la prospettiva denominata "Law in Literature" si configura come la critica di opere letterarie concernenti temi di rilievo giuridico, la prospettiva di "Law as Literature" «employs the techniques and principles of literary criticism, theory, and interpretation to better understand the writing, thought, and social practice that constitute legal systems and offers these techniques and principles as tools for reforming those legal systems» (corsivo aggiunto).

⁷⁵ K. DOLIN, *Law and Literature: a critical introduction*, cit., 2007, p. 2.

⁷⁶ R. COVER, *Nomos and Narrative*, 97 *Harv. L. Rev.* 4 1983-1984, 4.

⁷⁷ E. DIENI, *Finzioni canoniche*, cit., 128-129, citazione interna da R. H. WEISBERG, *Diritto e letteratura*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, III, Roma, Treccani, 1993, 107.

⁷⁸ E. DIENI, *Finzioni canoniche*, cit., 128-129, citazione interna da R. COVER, *Justice Accused*, Yale University Press, New Haven, 1950, 1-7.

del diritto, ma anche nel senso del diritto *in veste di* storia narrata: *ius in fabula=ius sive fabula*»⁷⁹.

La prospettiva narrativa, quindi, partecipa tanto della vita della letteratura quanto di quella del diritto, ovviamente se considerata sul versante pratico: non artificio, né *fictio*, ma strumento di interpretazione della realtà, vale a dire, del “problema del diritto come problema di ogni uomo”, per ritornare alle parole di Ascarelli prima ricordate.

La prospettiva più ampiamente definibile come “letteraria” richiama dunque la possibilità di «encourage the lawgiver to eschew mechanistic regulation in favor of an open-minded pluralism, to become an empathetic, inclusive and imaginative architect of the common good»⁸⁰.

Questa visione delle cose, che vorrebbe intrecciare saldamente *human subjectivity* e *legal realm*⁸¹ produce essenzialmente due conseguenze: la prima relativa alla formazione culturale del giurista (un giurista letterato è o potrebbe essere un più valente giurista, in grado di comprendere meglio l’esperienza umana?) e la seconda maggiormente pratica e “di sistema”, relativa all’utilizzo di strumenti interpretativi appartenenti alla critica letteraria ai fini di ricomporre lo “scollamento” tra dottrina giuridica e contesto culturale⁸².

É sulla seconda tra le conseguenze sopra indicate che nel presente studio si ha l’obiettivo di sviluppare alcune riflessioni. L’interpretazione del *legal realm* attraverso gli strumenti della *human subjectivity*, in primis quelli della critica letteraria, appare maggiormente verificabile e praticamente applicabile, soprattutto in relazione a questioni particolarmente sensibili come il matrimonio omosessuale.

Non si ritiene tuttavia di poter accogliere questa prospettiva in modo totalizzante e “anti- gerarchico”: Maria Aristodemou sottolinea come «both law and literature are (...) signs on a page. Both the legal and literary worlds are constructed by and depend for their definition and existence on words. (...) Both law and lite-

⁷⁹ E. DIENI, *cit.*, 128-129.

⁸⁰ G. BINDER, R. WEISBERG, *Literary Criticism of Law, cit.*, 4.

⁸¹ M. ARISTODEMOU, *Law & Literature. Journeys from Her to Eternity*, Oxford University Press, New York, 2000, 13.

⁸² M. ARISTODEMOU, *Law & Literature. Journeys from Her to Eternity, cit.*, 10.

rature are artificial constructs, concepts, or abstractions like time or identity, aiming to create and, especially in law's case, to impose, order out of chaos»⁸³, e ciò è senza dubbio vero. Tuttavia, queste suggestive identità non sembrano poter condurre alla conclusione per cui Diritto e Letteratura non debbano rimanere discipline separate. E questo non in ragione di una impostazione gerarchica⁸⁴, ma del carattere necessariamente servente (e non per questo, avvilito) della Letteratura nell'interpretazione giuridica complessivamente intesa.

La stesso nome conferito all'ambito di studio denominato Law and Literature sembra far presupporre la priorità del discorso giuridico su quello letterario: una priorità che ben evidenzia le finalità anche e soprattutto pratiche di questa disciplina.

L'immagine del giurista "nel suo labirinto" (the lawyer in his labyrinth)⁸⁵, disorientato dall'arbitrarietà delle categorie e delle classificazioni giuridiche, dall'imperscrutabilità del concetto di giustizia e impegnato, con grandi difficoltà, a ricercare un qualche criterio ordinatore, è suggestiva ma non persuasiva. Questa concezione corre da un lato il rischio di comportare un eccessivo affidamento nella letteratura come strumento di comprensione del diritto, dall'altro svalorizza il linguaggio giuridico a mera (e spesso arbitraria) categorizzazione in cui è difficile discernere un disegno complessivo.

La prospettiva che si intende adottare nel presente studio rifiuta sia l'analisi del linguaggio e dell'esperienza giuridica come una particolare forma di letteratura (e quindi il versante che potremmo definire "puramente descrittivo" di *Law as Literature*), sia l'analisi dello sviluppo e della descrizione di determinate categorie giuridiche all'interno delle opere letterarie (il versante di *Law in Literature*). L'indagine verterà quindi sull'utilizzo delle categorie concettuali dell'analisi del

⁸³ M. ARISTODEMOU, *Law & Literature*, cit., 1.

⁸⁴ Come invece rileva M. ARISTODEMOU, *Law & Literature*, cit., 4, per cui: «is part of the inspiration of the Law and Literature project that divisions we make between different ways of reading, writing, and learning and between different disciplines are therefore cultural rather than natural, constructed rather than given. Such divisions, which are created but also depend on our linguistic practices, are, furthermore, hierarchical, made by those with an interest in presenting their vision of the truth as superior to that of other peoples».

⁸⁵ M. ARISTODEMOU, *Law & Literature*, cit., 271.

testo come strumenti di comprensione di determinati fenomeni giuridici considerati nella loro concretezza di casi. Il fatto che il diritto sia, indubbiamente, parte di una cultura, non dovrebbe generare confusione sull'indubbia esistenza di una gerarchia di strumenti per la sua interpretazione, tra i quali la letteratura non potrebbe mai occupare il posto principale. La funzione della letteratura ai fini dell'interpretazione dei fenomeni giuridici è quella di completamento rispetto all'utilizzo di altri più appropriati strumenti ermeneutici. E' tuttavia innegabile che la letteratura condivida con il diritto le caratteristiche di linguaggio pubblico e persuasivo e svolga, non in competizione, ma in auspicabile collaborazione con il diritto, un processo di "rinegoziazione" di significati⁸⁶.

È proprio questa attività ad offrire alcuni spunti interessanti nella vicenda processuale costituzionale relativa al riconoscimento del matrimonio omosessuale nell'ordinamento italiano.

Si è trattato, come è evidente, di una vicenda che coinvolge una molteplicità di profili anche extragiuridici (storico, sociologico, etico) di cui, più o meno pervasivamente, è stato intessuto tutto il dibattito giuridico su un tema che, oltre ad essere politicamente sensibile, implicava, a livello preliminare, (anche) puntuali ed argomentate riflessioni di carattere linguistico sul significato di alcuni termini come matrimonio, famiglia, società naturale.

È interessante notare come molti contributi della dottrina, in particolare quelli elaborati nell'imminenza della pronuncia della Corte costituzionale sul matrimonio omosessuale, richiamassero suggestioni letterarie⁸⁷. Non si ritiene che questo

⁸⁶ M. ARISTODEMOU, *Law & Literature*, cit., 13.

⁸⁷ La tendenza è ravvisabile, in particolare, nei contributi raccolti in occasione del seminario preventivo *Amicus Curiae* organizzato presso l'Università degli Studi di Ferrara il 26 febbraio 2010 e pubblicati nel volume a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, cit. In particolare si segnalano riferimenti letterari, ai fini di un preliminare inquadramento della problematica costituzionale esaminata, nei contributi di A. PUGIOTTO, *L'altra faccia dell'eguaglianza (e dell'amore)*, che richiama *L'altra faccia dell'amore*, titolo italiano del film del 1970 *The Music Lover* di Ken Russell ispirato alla vita del musicista Čajkovskij, e che riporta in epigrafe una citazione iniziale dal romanzo di C. Isherwood, *A single man*, *ivi*, 279 ss.; P. VERONESI, *Matrimonio omosessuale, ovvero: «E' sorprendente per quanto tempo si può negare l'evidenza, di fronte a certe cose»* (citazione nel titolo da J. Coe, *La pioggia prima che cada*), *ivi*, 377; M. M. WINKLER e G. ROMEO, «Yet

dato possa essere di mera casualità, o rifletta semplicemente una tendenza stilistica che si sta affermando negli studi giuridici. Al contrario, l'idea di fondo che sembra emergere è proprio un utilizzo degli strumenti letterari come elementi per una più piena comprensione di una realtà giuridicamente controversa.

Francesco Galgano, ragionando di diritto e letteratura⁸⁸, aveva isolato tre distinti ambiti di indagine: il diritto nella letteratura (assimilabile alle definizioni di *law in literature* di cui poco sopra si è discusso); la letteratura nel diritto (ovvero, lo scrivere di diritto come forma di letteratura persuasiva, assimilabile alla retorica, classificata da Aristotele tra i generi letterari); la letteratura oltre il diritto (ovvero, i casi in cui il giurista «si fa letterato oltre il diritto, ossia scrittore di vere e proprie opere letterarie»⁸⁹). Come è evidente, nella tripartizione così individuata non sembra esservi spazio per la peculiare prospettiva, interna agli studi di *Law and Literature* e denominata *Law as Literature* in senso ampio, e non quindi soltanto come “letteratura nel diritto”, per usare l'espressione coniata da Galgano. Lo stesso Autore, nell'esemplificare la categoria della “letteratura oltre il diritto”, praticata da «giuristi che hanno utilizzato la loro penna, affinata dallo scrivere di diritto, per dedicarsi a tutt'altro genere di letteratura⁹⁰», «professionisti del diritto (...) che al mestiere di giurista hanno alternato l'opera di narratori⁹¹» manifesta in modo evidente gli imbarazzi di un approccio totalizzante (“oltre il diritto”) alla letteratura da parte del giurista, individuando, più semplicemente, l'esistenza di una sorta di vizio genetico, «una questione di cromosomi» che porta il giurista a muoversi sui due terreni, contigui ma pur sempre distinti, rappresentati dal diritto e dalla letteratura.

La contiguità tra questi piani è dunque geneticamente determinata: non impone perciò repentine e irrimediabili scelte di campo e sembrerebbe presupporre che il

footnotes matter», *Osservazioni a margine di una tradizione*, (citazione da A. GRAFTON, *La nota a piè di pagina. Una storia curiosa*, Sylvestre Bonnard, Milano, 2000), *ivi*, 391 ss.; B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?* (citazione dal romanzo di C. Pavese, *Il mestiere di vivere*, mediata da un precedente utilizzo della stessa all'interno di Corte cost., n. 494/2002), *ivi*, 1 ss.

⁸⁸ F. GALGANO, *Il diritto e le altre arti*, cit., 25 ss.

⁸⁹ F. GALGANO, *Il diritto e le altre arti*, cit., 31.

⁹⁰ *Ibidem*, 33.

⁹¹ *Ibidem*, 34.

giurista possa avvalersi degli strumenti letterari con maggiore profitto continuando nella sua attività “di elezione” invece di rinnegare la propria formazione e le categorie interpretative studiate ed interiorizzate⁹².

Il modello narrativo sopra schematicamente proposto come prospettiva di indagine su casi particolarmente sensibili e difficili che mettano alla prova la tenuta del testo costituzionale, si impone per la sua capacità di tenere programmaticamente distanti (se pure in grado di comunicare tra loro) i piani dell’interpretazione giuridica e letteraria. Evitando inutili commistioni, la prospettiva letteraria non aspira a sostituirsi a quella giuridica, ma offre un argine al “labirinto” in cui il giurista potrebbe trovarsi prigioniero.

⁹² Cfr. sul punto F. GALGANO, *Il diritto e le altre arti*, cit., 33, il quale ricorda come: «nessun nesso con il diritto si ritrova neppure nell’opera non giuridica di Francesco Carnelutti. Quando, in età ormai avanzata, fu colto da crisi mistica, tenne conversazioni radiofoniche su temi di religione e scrisse anche un commento al *Pater noster* e un altro all’*Ave Maria*. Fui preso, quando ne venni a conoscenza, dalla curiosità di vedere come, da giurista quale pur sempre era, si fosse accostato al passo del *Pater Noster* in cui si esorta a “rimettere i debiti ai vostri debitori”. Nel brano evangelico dal quale quel passo è tratto, che è quello del servitore infedele, si parla proprio di remissione dei debiti in senso tecnico (il servitore, che dal magnanimo padrone aveva ottenuto la remissione dei propri debiti, si astiene a sua volta dal rimetterli ai propri debitori). Restai deluso: Carnelutti si era qui dimenticato di essere giurista. Aveva colto solo il senso allegorico, quello del perdono dei peccati. Suppongo che ai suoi clienti, se debitori inadempienti, non esitasse a notificare decreti ingiuntivi».

CAPITOLO II

MATRIMONIO E CORTE COSTITUZIONALE: APPUNTI SULLA PROSPETTIVA DELLA NARRAZIONE

Sono i valori freddi, l'esercizio del voto, le formali garanzie giuridiche, l'osservanza delle leggi e delle regole, i principi logici, a permettere agli uomini in carne e ossa di coltivare personalmente i propri valori e sentimenti caldi, gli affetti, l'amore, l'amicizia, le passioni e le predilezioni di ogni genere.

CLAUDIO MAGRIS

SOMMARIO: 2.1 *La scelta dell'argomento del matrimonio omosessuale come vicenda problematica sotto i profili del diritto e del linguaggio*; 2.2 *La peculiarità del giudice costituzionale di fronte al linguaggio e il ruolo della Corte costituzionale come "narratore esterno"*; 2.3 *La narrazione costituzionale del matrimonio: complessità ed esiti di alcune pronunce costituzionali sul tema*; 2.4 *La narrazione costituzionale del matrimonio: tre percorsi esemplificativi*.

2.1 *La scelta dell'argomento del matrimonio omosessuale come vicenda problematica sotto i profili del diritto e del linguaggio*

Il passo riportato in epigrafe è contenuto in una lezione tenuta da Claudio Magris presso l'Università Complutense di Madrid nel febbraio 2006¹ in cui l'Autore, indagando i rapporti tra diritto e letteratura individua come questi due universi di significato, all'apparenza distinti e inconciliabili, partecipino della

¹ Pubblicata "a puntate" su *Il Foglio* del 3 e 4 marzo 2011 (rispettivamente, con i seguenti titoli – a dire il vero poco coerenti con l'impianto complessivo del testo della lezione - *Altro che diritto, la letteratura preferisce di gran lunga la trasgressione. Parola di Magris* e *Il diritto della Porzia shakespeariana, che con un cavillo salva il corpo del mercante di Venezia*), ora contenuta in M. MARCHESIELLO, R. NEGRO (a cura di), *Il diritto allo specchio della letteratura. Materiali di lettura per giuristi e non*, De Ferrari, Genova, 2010.

“terribilità” e della “malinconia” che sono parte dell’esperienza umana. La letteratura, in passato, ha guardato “con astio” al diritto considerato arido e prosaico in confronto ai «valori “caldi” del sentimento». Tuttavia, la sopravvivenza della possibilità di godere dei valori caldi è garantita dai valori freddi ascrivibili alla razionalità del diritto e all’esercizio della logica nel diritto².

La lezione di Magris è illuminante perché scardina da un lato la distinzione rigida tra diritto e letteratura, dall’altro riabilita il diritto attraverso il confronto (e non più lo scontro) con l’universo letterario. Da questo confronto, infatti, il diritto risulta rafforzato in nome della preminenza dei valori “freddi” sopra richiamati, e completato: semplificando, potrebbe dirsi che l’universo letterario esiste ed è realizzabile nella sua pienezza grazie al diritto, che stabilisce le regole e le garanzie di tutela del cittadino «senza le quali gli individui non sarebbero liberi»³.

La contrapposizione evocata tra valori “caldi” e valori “freddi” di cui sarebbero portatori, rispettivamente, la letteratura e il diritto, è di grande utilità nell’impostare i termini delle questioni che verranno affrontate nel presente capitolo.

² Questo il passo nella sua versione integrale: «Tanta letteratura ha guardato con astio al diritto, considerandolo arido e prosaico rispetto alla poesia e alla morale. Democrazia, logica e diritto sono spesso disprezzati dai retori vitalisti quali valori “freddi” in nome dei “valori caldi” del sentimento. Ma quei valori freddi sono necessari per stabilire le regole e le garanzie di tutela del cittadino, senza le quali gli individui non sarebbero liberi e non potrebbero vivere la loro “calda vita”, come la chiamava Saba. Sono i valori freddi – l’esercizio del voto, le formali garanzie giuridiche, l’osservanza delle leggi e delle regole, i principi logici – a permettere agli uomini in carne e ossa di coltivare personalmente i propri valori e sentimenti caldi, gli affetti, l’amore, l’amicizia, le passioni e le predilezioni di ogni genere.

A differenza di chi declama le profonde ragioni del cuore pensando che in realtà esista soltanto il suo cuore, la legge parte da una conoscenza più profonda del cuore umano, perché sa che esistono tanti cuori, ognuno con i suoi insondabili misteri e le sue appassionate tenebre, e che proprio per questo soltanto delle norme precise, che tutelano ognuno, permettono al singolo individuo di vivere la sua irripetibile vita, di coltivare i suoi dei e i suoi demoni, senza essere impedito né oppresso dalla violenza di altri individui, come lui preda di inestricabili complicazioni del cuore, ma più forti di lui (...). Certo, nessuna norma generale può capire – e dunque veramente giudicare – i sentimenti (...). La ragione e la legge hanno spesso più fantasia del cuore, capace solo di sentire le proprie inestricabili complicazioni e incapace di immaginare che esistano pure quelle altrui».

³ Citazione dal passaggio riportato nella nota precedente.

Essa, infatti, è riproducibile con evidenza in relazione alla questione del riconoscimento giuridico del matrimonio omosessuale. Si potrebbe tuttavia obiettare che avendo il legislatore competenza generale, dovrà occuparsi giocoforza anche della disciplina degli affetti e cioè dei valori “caldi” anzidetti, senza che sia necessario un richiamo all’universo letterario e linguistico.

In realtà, tale richiamo è funzionale, come si è detto, all’impostazione del problema: se, cioè, analizziamo la questione del riconoscimento giuridico del matrimonio omosessuale come un problema giuridico *e linguistico*.

La vicenda della richiesta di giuridicizzazione, attraverso l’istituto matrimoniale, del legame affettivo tra soggetti dello stesso sesso implica infatti problematiche ulteriori inerenti l’interpretazione e di cui il richiamo alla tradizione⁴ o all’*original intent*⁵ dei Costituenti rappresentano soltanto alcune sfaccettature.

Il punto di partenza della riflessione che si vorrebbe condurre è costituito proprio dall’impostazione del problema giuridico (anche) come problema linguistico e letterario:

Il “problema” linguistico è identificabile con la questione definitoria, relativa all’isolamento e all’identificazione concettuale della nozione costituzionale di matrimonio. Il “problema” letterario, d’altro canto, concerne la sicura ascrivibilità della tematica della legislazione sugli affetti all’ambito dell’incontro/scontro tra valori caldi e valori freddi, e quindi tra il peso storico e simbolico della nozione di matrimonio sedimentata e acquisita nel sostrato culturale e la domanda di una estensione giuridica dell’ambito di applicazione (anche in base ai relativi “picchetti”⁶ posti dal testo costituzionale sul tema). Inoltre, senza dubbio comprende anche lo sforzo di ricomposizione linguistica operato dagli attori costituzionali, particolarmente intenso data la complessità e la delicatezza del tema.

⁴ Il riferimento alla «consolidata e ultramillenaria» tradizione per cui per matrimonio si intende «l’unione di un uomo e di una donna», è citato per la prima volta nell’ordinanza di rinvio del Tribunale di Venezia, sez. civ. III del 3.4.2009, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1907.

⁵ Cap I, §1.4.

⁶ L’espressione si ritrova in R. BIN, *L’ultima fortezza. Teoria della Costituzione e dei conflitti di attribuzione*, Milano, Giuffrè, 1996, 67 ss.

L'obiettivo vorrebbe essere quello di superare il "tradizionale" utilizzo preliminare, e quindi tendenzialmente statico, delle categorie linguistiche e letterarie, per un loro utilizzo integrato e dinamico: non più come mero riferimento culturale, ma come spunto operativo integrato nel tessuto della riflessione costituzionale.

L'idea di fondo è quella per cui la riflessione di natura definitoria inerente il concetto di matrimonio, adeguatamente sviscerata in sede preliminare, successivamente ridotta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 138 del 2010 e (ormai) non più imputabile all'ambiguità del dettato costituzionale, abbia comunque prodotto un risultato.

Esso consiste nell'aver reso visibile il procedimento della ricerca del significato *attraverso* la Costituzione, percorrendo un *iter* sufficientemente lungo e complesso e *comunque* fecondo, anche se in fine assestatosi nel solco della tradizione.

L'impressione è che la vicenda del matrimonio omosessuale davanti alla Corte sia stata troppo in fretta archiviata, con la presa d'atto da parte della dottrina (in parte rassegnata, in parte cautamente ottimista, in parte ancora confortata nelle previsioni formulate prima della pronuncia) che "tutto cambia, perché nulla cambi" e con la consapevolezza che il quadro europeo si evolve con maggiore velocità e offre sempre nuovi spunti e sollecitazioni⁷.

⁷ Su questo punto, si rinvia alle conclusioni, cautamente ottimiste, di B. PEZZINI, *La sentenza 138/2010 parla (anche) ai giudici*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI, *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010*, cit., 115, che si riferisce al «pluralismo richiamato dalla stessa sentenza 138: [in base a cui] "per formazione sociale deve intendersi 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"; la sentenza specifica che le formazioni sociali di cui parla l'art. 2 Cost. vanno intese nel contesto di valorizzazione del modello pluralistico e vengono identificate in ogni forma di comunità, semplice o complessa in base alla capacità di rendere possibile ed agevolare il libero sviluppo della persona nella vita di relazione. Siffatta visione pluralistica impedisce di ritenere consegnata nella Costituzione una gerarchia a priori delle formazioni sociali di carattere familiare, che prepone la famiglia fondata sul matrimonio all'unione familiare di fatto; solo una concreta considerazione di circostanze obiettive può rendere, eventualmente, giustificata una limitata preferenza». Tali conclusioni sono ribadite anche nel successivo scritto, della stessa Autrice, in *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di Cassazione 4184/2012* (in particolare al § 1. *Il paradigma eterosessuale incrinato*), pubblicato su www.forumcostituzionale.it (ultimo accesso all'url in

Perché, dunque, avvatarsi e riflettere su una vicenda ormai conclusa, peraltro in modo poco esaltante per i soggetti del caso concreto che vedono porre nel nulla la pretesa di riconoscimento giuridico della propria unione?

La risposta a questa domanda è necessariamente complessa. Da un lato, infatti, il tema, nel nostro ordinamento, continua ad essere oggetto di dibattito⁸, se pure carsicamente (e con toni ed esiti sostanzialmente improduttivi); dall'altro, la vicenda del riconoscimento giuridico del matrimonio omosessuale costituisce un efficace banco di prova per l'applicazione degli strumenti letterari all'analisi di diritto costituzionale.

Queste ragioni tuttavia non sarebbero sufficienti se non fosse possibile riscontrare (come si intende fare) lo scopo pratico, consistente nel completare la riflessione costituzionalistica sul tema, rendendola più efficace e persuasiva anche e soprattutto in relazione ai possibili sviluppi futuri della vicenda⁹.

data 18/3/2013), e destinato, con ulteriori integrazioni, alla pubblicazione nell' e-book curato da R. TORINO, *Diritto, omosessualità, famiglia. Il diritto alla vita familiare delle coppie formate da persone dello stesso sesso*. Inoltre, è stato rilevato come l'art. 29 della Costituzione, nell'interpretazione abbracciata dalla Corte costituzionale nella sentenza 138, assurga «a vero e proprio limite all'applicazione, nel caso, del principio di uguaglianza», in controtendenza rispetto alla «giurisprudenza straniera che ha demolito il paradigma eterosessuale atualizzando – appunto - il principio di uguaglianza». Pur escludendo nell'immediato tanto un *overruling* da parte della Corte sull'art. 29 quanto un intervento normativo del legislatore italiano in materia di unioni civili, «rimane –nel medio termine- una speranza: che, *pro futuro* e gradatamente, la soglia sino alla quale potrà elevarsi il trattamento delle coppie gay evocato dalla Consulta appaia straordinariamente vicina a quella propria delle unioni matrimoniali. Lo proverebbero indirettamente i richiami alla piena discrezionalità del Parlamento e all'esempio dei legislatori stranieri, i quali, in tali circostanze, hanno spesso adottato istituti pressoché assimilabili al matrimonio (benché altrimenti definiti). Una strategia spesso finalizzata a non urtare troppo frontalmente le istanze della tradizione, attivando però una sorta di “trattamento omeopatico” nei confronti di antichi pregiudizi», P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, cit., 1008.

⁸ Emblematico può rivelarsi l'accento a quanto accaduto all'Assemblea nazionale del Partito Democratico svoltasi a Roma il 14 luglio 2012, in cui alla decisione dell'ufficio di presidenza di non procedere al voto (tra l'altro) sull'ordine del giorno formato dall'on. Concia e da altri 40 delegati e volto ad equiparare il matrimonio gay a quello civile, si è scatenata una vera e propria *bagarre* in seguito alla quale tre delegati hanno restituito la propria tessera in segno di protesta.

⁹ Sui quali si rinvia alle riflessioni di P. VERONESI, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi* in *St. Iuris*, 2010, 1007 ss.

Per J. Pelikan: «Both the New Testament and the Constitution are set within hystorical periods that are endowed with a special aura by their traditions and that carry a unique authority for their communities»¹⁰. Nella speciale *aura* che contraddistingue la Costituzione, e da cui promana una “unique authority”, risiede la particolare importanza dell’indagine sul significato dei concetti costituzionali.

Tale indagine – è bene ricordare - dovrà tenere conto (e non arretrare di fronte alla constatazione) del fatto che «le espressioni linguistiche sono caratterizzate da una certa quota, variabile ma mai del tutto eliminabile, di indeterminatezza, di “porosità” concettuale»¹¹. Completezza, coerenza e razionalità, infatti, sono «paradigmi caratterizzanti la scienza giuridica, e non pretese qualità irrinunciabili della legislazione»¹².

In questo senso, appare attuale il monito formulato da Uberto Scarpelli, secondo cui all’attività degli organi legislativi e giurisdizionali necessariamente si accompagna «l’attività di preparazione, di commento e di critica di studiosi che hanno tra i loro compiti principali *il miglioramento del linguaggio di cui i legislatori e i giudici si servono: il linguaggio giuridico*»¹³.

2.2 *La peculiarità del giudice costituzionale di fronte al linguaggio e il ruolo della Corte costituzionale come “narratore esterno”*

Nei paragrafi precedenti si è fatto riferimento all’ “interprete” inteso in senso onnicomprensivo, come operatore giuridico.

In questa sede invece si tratterà, in particolare, della Corte costituzionale.

¹⁰ J. PELIKAN, *Interpreting the Bible and The Constitution*, Yale University Press, New Haven and London, 2004, 85.

¹¹ R. BIN, *L’ultima fortezza*, cit., 63.

¹² R. BIN, *L’ultima fortezza*, cit., 63 ss.

¹³ U. SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Istituto Editoriale Cisalpino, Milano, 1955, 27. Lo stesso Autore, nella *Prefazione*, sottolinea come: «Il diritto è nella vita dell’uomo troppo importante perché gli studiosi che ne trattano non debbano cercare, mediante una preliminare analisi delle parole, di porsi nelle migliori condizioni per giudicarlo». In questo senso, «l’analisi linguistica non è fine a sé stessa, ma preparazione alla discussione e controllo di giudizi», *ibidem*, 6.

Nella vicenda del matrimonio omosessuale, da cui prende le mosse questo lavoro, è evidente la funzione interpretativa esercitata, in prima battuta, dai giudici *a quibus*, attraverso una riflessione ricca e articolata all'interno delle ordinanze di rimessione le quali, indubbiamente, costituiscono il prezioso materiale che la Corte si trova a esaminare¹⁴. Tuttavia il ruolo del giudice costituzionale nella vicenda (anche letta attraverso la chiave narrativa sopra individuata) è peculiare.

La Corte costituzionale infatti, in quanto interprete qualificato della Costituzione, partecipa della speciale *aura* di quest'ultima che, come ha specificato Pelikan nel passaggio sopra citato, conferisce una speciale autorità al testo costituzionale nei confronti della comunità di riferimento.

Di conseguenza, la Corte costituzionale oltre ad esercitare – come è ovvio - il ruolo di giudice e interprete, costituisce parte della narrazione costituzionale. Potremmo dire, infatti, che essa incarna il ruolo del narratore esterno, privo di una soggettività definita all'interno della fabula e dell'intreccio e che tuttavia partecipa, sia pure indirettamente, degli avvenimenti¹⁵.

¹⁴ Sulla ricchezza degli spunti presenti nelle ordinanze di rinvio, sia consentito rinviare a L. CONTE, *La sentenza costituzionale n. 138/2010: profili linguistici di interesse giuridico*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI, *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010*, cit., 210 ss. In particolare, tutte le ordinanze di rinvio (Tribunale di Venezia e Corte di Appello di Trento e, successivamente, Corte di Appello di Firenze e Tribunale di Ferrara, presentano uno schema che si articola nel costante dialogo tra la “definizione acquisita” di matrimonio («unione di un uomo e di una donna») confortata da una «consolidata e ultramillenaria tradizione», e una pluralità di definizioni di matrimonio “proposte” dai giudici *a quibus* e che invocano un’accezione maggiormente inclusiva di matrimonio, qualificato come diritto fondamentale, e sottolineando la rapida trasformazione della società e dei costumi, negano il valore precettivo della tradizione, e, d’altro canto, individuano nel matrimonio una posizione costringitiva “che non ha eguali nell’ordinamento” (Corte di Appello di Firenze), se pure temperata dall’insostituibilità dello *status* di coniuge e dall’emersione di nuovi bisogni legati all’evoluzione della cultura e della civiltà “che sollecitano tutela e riconoscimento, imponendo un’attenta mediazione tra sulla persistente compatibilità di della normativa vigente con i principi costituzionali” (Tribunale di Ferrara).

¹⁵ Per l’indicazione di alcuni esempi che coinvolgono il ruolo della Corte costituzionale come narratore esterno si rinvia, nel presente Capitolo, ai successivi paragrafi 2.3. e 2.4. Per un inquadramento dei concetti di *fabula* (l’insieme degli elementi di una storia nel loro ordine logico e cronologico) e *intreccio* (l’insieme degli elementi di una storia, nella successione in cui l’autore li dispone), cfr. M. BACHTIN, *Epos e romanzo* in V. STRADA (a cura di), *Problemi di teoria del romanzo: metodologia letteraria e dialettica storica. Scritti di G. Lukács, M. Bachtin e altri*. Einaudi, Torino, 1978,70 e T. TODOROV, G. L.

A questa affermazione si potrebbe obiettare che tale ruolo male si adatterebbe ad un organo dotato di un relevantissimo potere decisionale, *in primis* quello di dichiarare l'incostituzionalità di una legge o di un atto avente forza di legge.

Se però si guarda all'attività interpretativa della Corte costituzionale in un *continuum* temporale non soltanto nel momento della formulazione del dispositivo, risulta chiaro che l'attività di sistematizzazione e di sintesi operata da quest'ultima all'interno delle singole vicende costituzionali cui essa partecipa nella misura del caso concreto portato alla sua attenzione ben si può identificare con la posizione del "narratore esterno"¹⁶.

A questo punto è utile verificare con quale tipologia di linguaggio la Corte possa confrontarsi nell'esercizio del suo ruolo di giudice-interprete e di narratore.

Tradizionalmente si distingue tra linguaggio descrittivo e linguaggio prescrittivo¹⁷: una distinzione che richiama quella sopra ricordata tra letteratura e diritto e – come ricordato da Magris - tra i valori "caldi" e i valori "freddi" di cui ora l'una ora l'altra sarebbero espressione. Mentre il linguaggio descrittivo serve a registrare esperienze, il linguaggio prescrittivo definisce «a soggetti direttamente individuati o a soggetti che si trovino in date situazioni, linee e modi di comportamento»¹⁸.

BRAVO (a cura di), *I formalisti russi. Teoria della letteratura e metodo critico*, Einaudi, Torino, 2003, 12.

¹⁶ Il ruolo del "narratore esterno" trova il suo sviluppo iniziale all'interno della narrativa degli *exempla* medievali, modelli culturali e letterari ad un tempo, di cui, a partire dal XII secolo si diffondono repertori (gli *Specula Historiae* di Vincenzo di Beauvais, il *Tractatus de diversis materiis predicabilibus* di Stefano di Borbone, l'*Alphabetum narrationum* di Arnolfo di Liegi). L'*exemplum*, che «trae la sua validità proprio dall'aver il carattere di "secolare ed avita sapienza", divenendo agli occhi del pubblico degno di fede, autorevole (...) cerca di fondarsi su *auctoritates* universalmente accettate», oppure, «si preoccupa di attestare che il fatto è realmente accaduto allegando testimoni oculari o almeno la voce pubblica. Per ciò stesso l'esperienza individuale dello scrivente o del parlante viene messa in secondo piano», S. GUGLIELMINO, H. GROSSER, *Il sistema letterario. Guida alla storia letteraria e all'analisi testuale*, Principato, Milano, 1995, I A, *Duecento e Trecento*, 87 - 88.

¹⁷ U. SCARPELLI, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, cit., 15 ss. Per una distinzione tra "definizioni persuasive" e "definizioni politiche", L. LANTELLA, *Pratiche definitorie e proiezioni ideologiche nel discorso giuridico* in A. BELVEDERE, M. JORI, L. LANTELLA (cur.), *Definizioni giuridiche e ideologie*, Giuffrè, Milano, 1979, 98 ss.

¹⁸ U. SCARPELLI, *Il problema della definizione*, cit., 23.

La distinzione tra linguaggio descrittivo e linguaggio prescrittivo - piuttosto labile al di là delle indicazioni fornite dagli analisti del linguaggio - in relazione all'attività del giudice costituzionale si rivela particolarmente utile: le pronunce della Corte partecipano infatti di entrambi i linguaggi (descrittivo nel Ritenuto in fatto e nel c.d. "fattino" - con cui si apre il Considerato in Diritto e che, rispetto al Ritenuto in fatto, può manifestare alcune significative differenze - e descrittivo/prescrittivo nel Considerato in diritto), ambedue utilizzati nella redazione della pronuncia.

Il linguaggio descrittivo, nella prospettiva del giudice (costituzionale), potrebbe apparire recessivo e limitato all'esposizione dei fatti. Così però non è, in quanto la descrizione, e quindi la narrazione operata dalla Corte costituzionale, ha un rilievo peculiare nell'ordinamento: è spiegazione della realtà costituzionale, da parte di un organo dotato di massima autorevolezza, in relazione a un caso concreto e contestualmente determinato.

In particolare, è stato rilevato come, all'interno del giudizio di legittimità costituzionale, il confronto tra disposizione impugnata e parametro non integri unicamente un «confronto logico – astratto tra due disposizioni (legislativa e costituzionale)», ma determini altresì «un controllo fortemente condizionato dalla realtà oggetto della disciplina impugnata»¹⁹.

In quest'ottica, il ruolo della Corte consiste nell'elaborazione continua del proprio testo di riferimento (la Costituzione) che, come tutti i testi, costituisce una «macchina presupposizionale» la quale «esige dal lettore un fiero lavoro cooperativo per riempire spazi di non - detto o di già - detto rimasti, per così dire, in bianco»²⁰.

¹⁹ G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del "fatto" nelle decisioni della Corte*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996, 249. Cfr., da ultimo, M. AINIS, *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale. Appunti per una ricerca*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, cit., I, 7 ss., il quale distingue, in tema di fatti rilevanti, tra fatti naturali, economici, scientifici, politici, amministrativi e sociali: in questi ultimi «esercita un peso decisivo l'evoluzione del costume, o più in generale della cultura collettiva».

²⁰ U. ECO, *Lector in fabula. La cooperazione interpretativa nei testi narrativi*, Bompiani, Milano, 1979, 25.

In una prospettiva non dissimile, è stato sottolineato, con riferimento alle norme costituzionali di principio, il fatto che queste ultime postulino «un ragionamento interpretativo che si muove tra due termini di raffronto: da un lato le espresse dichiarazioni della Costituzione e dall'altro la situazione di fatto in cui il giudizio della Corte si colloca»²¹. Questa situazione determina, inoltre, il grande rilievo da attribuirsi all'uso, da parte della Corte «di quei poteri conoscitivi che consentano al giudice delle leggi di garantire l'effettività della tutela dei diritti costituzionali», accertando «in modo attendibile se le limitazioni legislativamente poste alle libertà civili non conducano ad una illegittima compressione o riduzione del diritto»; il riferimento agli elementi di fatto permette inoltre una maggiore controllabilità del percorso argomentativo seguito dalla Corte costituzionale all'interno della pronuncia²².

Individuando le “condizioni elementari di una sequenza narrativa”, U. Eco richiama alcuni requisiti fondamentali proposti dalla Poetica aristotelica²³. Essi so-

²¹ G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del «fatto» nelle decisioni della Corte*, cit., 256.

²² G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del «fatto» nelle decisioni della Corte*, cit., 258. La necessità di una emersione chiara, all'interno delle ordinanze di rimessione, «[de]i fatti percepiti dal remittente» come condizione affinché possa esercitarsi un controllo, da parte della Corte costituzionale, sulla plausibilità delle argomentazioni dei giudici *a quibus* è rilevata da P. VERONESI, *I poteri davanti alla Corte. “Cattivo uso” del potere e sindacato di legittimità costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1999, 182, il quale sottolinea come «anche per la rilevanza, come per i presupposti dei decreti legge, per i conflitti ex art. 68, o promossi contro atti del potere giudiziario, o avverso atti legislativi del Governo, l'analisi della Corte si affianca a una sfera di valutazioni che essa stessa considera riservata ad altri soggetti, e quindi non ritiene di poter sostituire *in toto*». Lo stesso Autore ricorda i casi (in particolare, le sentenze nn. 29 e 161 del 1995, nn. 84, 270 e 330 del 1996 e l'ordinanza n. 432 del 1996, citate, *ivi*, in nota 77, pagina 180) in cui la Corte costituzionale ha rivendicato la propria competenza «a sindacare l'esistenza dei presupposti della decretazione, o meglio, di poterne verificare, appunto “l'evidente mancanza”», utilizzando con frequenza i percorsi argomentativi utilizzati nella giurisprudenza sui conflitti, ritagliando l'ambito dei propri interventi nello svolgimento dell'attività di controllo per evitare il rischio di «sovrapp[osizione] delle proprie valutazioni a quelle riservate alla competenza di altri poteri dello Stato», *ivi*, 181.

²³ U. ECO, *Lector in fabula*, cit., 107 ss.

no: *a*) un agente; *b*) uno stato iniziale; *c*) una serie di mutamenti orientati da cause; *d*) un risultato finale (anche se transitorio o interlocutorio)²⁴.

Questa serie di requisiti «permette di individuare un livello narrativo (una *fabula*) anche in testi che apparentemente narrativi non sono»²⁵.

Risulta evidente l'applicabilità di questi requisiti tanto alla vicenda del processo costituzionale complessivamente intesa [soprattutto in riferimento all'elemento *sub d*) in quanto il risultato finale, "anche se transitorio o interlocutorio", ben può identificarsi con la soluzione del "caso" formulata dalla Corte], quanto alle singole pronunce del giudice costituzionale. Queste ultime saranno oggetto di analisi nel paragrafo che segue.

2.3 La narrazione costituzionale del matrimonio: complessità ed esiti di alcune pronunce costituzionali sul tema

Come si è visto sopra, è possibile individuare una "struttura" narrativa sia nella vicenda del processo costituzionale, complessivamente intesa come un percorso di avvicinamento alla pronuncia della Corte, sia all'interno della pronuncia stessa, in particolare nella motivazione non solo in fatto, ma anche in diritto.

A questo punto è però possibile individuare un ulteriore elemento aggiuntivo, rispetto a quelli sopra indicati, identificabile nel peculiare ruolo della Corte come interprete qualificato della Costituzione. Quest'ultima rappresenta un testo dotato non tanto di struttura quanto, piuttosto, di *significato* narrativo. Come è già stato ricordato, il testo costituzionale è infatti dotato di un' "aura speciale" in relazione

²⁴ Eco, in questo senso, riprende gli spunti teorici offerti da H. LAUSBERG, *Elementi di retorica* (1949), trad. it. Il Mulino, Bologna, 1997, 13.

²⁵ U. ECO, *Lector in fabula, cit.*, 108 ss. Questa concezione viene ulteriormente sviluppata dall'Autore in uno scritto successivo: «Noi pensiamo che nel mondo reale debba vigere il principio di Verità (Truth) mentre nei mondi narrativi deve valere il principio di fiducia (Trust). Eppure (...) il modo in cui accettiamo la rappresentazione del mondo reale non è diverso dal modo in cui accettiamo la rappresentazione del mondo possibile rappresentato da un libro di finzione», U. ECO, *Sei passeggiate nei boschi narrativi. Harvard University Norton Lectures 1992-1993*, Bompiani, Milano, 1994, 109-110.

alla comunità di riferimento²⁶ e costituisce perciò parte di un *epos*, di una sorta di racconto collettivo - «For every constitution there is an epic²⁷», secondo le parole di R. Cover - in perenne tensione tra la realtà e le prospettive e gli obiettivi costituzionalmente determinati.

L'interpretazione e l'attribuzione del *legal meaning* a partire dal *nomos* coinvolge quindi, necessariamente, processi collettivi di attribuzione di significato²⁸, in cui la Corte costituzionale svolge senza dubbio un ruolo nevralgico.

Nel presente paragrafo l'attenzione sarà rivolta principalmente ai concetti di struttura narrativa più sopra identificati: vale a dire, sul testo di alcune pronunce e sul ruolo narrativo della Corte costituzionale nell'elaborazione di tali testi.

Tale ruolo è esercitato utilizzando (forse non del tutto inconsapevolmente) lo stile formulare²⁹ spesso presente nella narrazione epica e consistente nell'utilizzo di frammenti di frasi, ripetuti nel corso del racconto (che era orale) per agevolarne la memorizzazione da parte dell'uditorio³⁰.

L'utilizzo dello stile formulare per frammenti da parte delle Corti costituzionali è particolarmente evidente in area di Common Law.

Proprio in relazione al tema del diritto a contrarre matrimonio uno studio pubblicato nel giugno 2010³¹ ha evidenziato l'utilizzo del frammento che definisce il matrimonio «one of the basic civil rights of a man» (contenuto in una pronuncia della Corte Suprema degli Stati Uniti risalente al 1942 riguardante un caso di sterilizzazione coatta degli habitual criminals³²) sia nella famosa pronuncia *Loving c.*

²⁶ J. PELIKAN, *Interpreting the Bible and the Constitution*, cit. in nota n. 36.

²⁷ R. COVER, *Nomos and Narrative*, cit., 4.

²⁸ R. COVER, *Nomos and Narrative*, cit., 11.

²⁹ Esempi di stile formulare presenti all'interno di pronunce delle supreme giurisdizioni saranno individuati nel presente paragrafo (in relazione all'esperienza statunitense) e nel successivo paragrafo 2.4, in riferimento ad alcune pronunce della Corte costituzionale.

³⁰ Per un accenno alle caratteristiche di questo stile, L. LULLI, *Narrare in distici. L'elegia greca arcaica e classica di argomento storico-mitico*, contenuto nella collana *Quaderni di seminari romani*, Quasar, Roma, 2011, 105.

³¹ A. R. DUBLER, *Sexing Skinner: history and the politics of the right to marry*, 110 Col. Law Rev. 5 2010, 1348 ss.

³² *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942).

*Virginia*³³ del 1967 relativa al tema dei matrimoni interrazziali, sia successivamente (se pure su impulso iniziale degli avvocati delle parti lese dalla *Proposition 8*, David Boies e Ted Olson³⁴), anche all'interno della più recente causa *Perry c. Schwarzenegger* (2010), discussa innanzi alla Corte distrettuale della California.

Non a caso, a questo proposito si è parlato di «survival language» proprio per indicare come l'espressione per cui il matrimonio è «one of the basic civil rights of man», abbia manifestato una significativa permanenza anche al di là della circostanza concreta in cui è stata utilizzata (la tutela del diritto a procreare, irrimediabilmente compromesso dall'*Habitual Criminal Sterilization Act* del 1935), e quindi, a parere della Corte Suprema, anche del diritto a contrarre matrimonio³⁵.

Il fatto che, nella causa originaria, la funzione procreativa fosse indissolubilmente legata al matrimonio non ha impedito l'utilizzo della felice “formula” per cui il matrimonio è «one of the basic civil rights of man» anche in chiave progressista. Ciò è avvenuto nella causa inerente la costituzionalità della proposta di modifica referendaria votata nel 2008 e volta ad un “irrigidimento” del dettato della Costituzione californiana con l'obiettivo di escludere le coppie dello stesso sesso dalla possibilità di contrarre matrimonio.

Costituisce quindi un dato di fatto, soprattutto nei sistemi di Common Law, ma non estraneo neppure a quelli di Civil Law, la circolazione di formule che, svincolate dal contesto originario della pronuncia in cui sono state elaborate (verosimilmente, una pronuncia delle corti superiori, dotate di maggiore autorevolezza e pertanto degne di essere ricordate), transitano, “raffinandosi,” ed eventualmente modulandosi con elementi ulteriori, all'interno di successive pronunce, fino, in certi casi, a fungere da chiave per il “ribaltamento” di argomentazioni sostenute in precedenza.

³³ 388 U.S. 1 (1967), che espressamente cita *Skinner v. Oklahoma* («[m]arriage is one of the “basic civil rights of man”, fundamental to our very existence and survival. *Skinner v. Oklahoma*»).

³⁴ Complaint for Declaratory, Injunctive, or Other Relief at 1, *Perry v. Schwarzenegger*, No. CV09-2292VRW (N. D. Cal May 22, 2009), che cita sia *Loving c. Virginia* (388, U.S. 1, 12) sia *Skinner v. Oklahoma* (316 U. S., 541).

³⁵ «We are dealing here with legislation which involves one of the basic rights of man. Marriage and procreation are fundamental to the very existence and survival of the race», *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U. S. 541 (1942).

Questo fenomeno si verifica senza dubbio per l'esigenza di rispondere a criteri di coerenza all'interno della giurisdizione, e quindi di certezza e uniformità nell'applicazione del diritto. Esso è tuttavia valutabile anche da un punto di vista "fenomenico", vale a dire dell'impatto sul processo (necessariamente ampio e plurale) di attribuzione di significato del quale la Corte costituzionale costituisce il principale collettore.

In altre parole, il ricorrere di formule, di frammenti di proposizioni utilizzate in precedenti pronunce per argomentare concetti giuridici, serve ovviamente alla tenuta di un sistema complessivamente dotato di coerenza, ma costituisce altresì il prodotto di un procedimento di selezione operato dalla Corte nello spiegare e quindi, risolvere, il caso concreto.

L'autorevolezza della Corte costituzionale, determina che le proprie pronunce, non solo di accoglimento, ma anche di rigetto (soprattutto quelle interpretative) e, talvolta, anche quelle di inammissibilità, costituiscano oggetto di attenzione da parte di un uditorio che è necessariamente più ampio di quello costituito dalle parti del giudizio *a quo* (parti, appunto, non necessarie nello svolgimento del giudizio...) e che attende una, se pure parziale, spiegazione della realtà, attraverso la riflessione giuridica e costituzionale sul caso.

Ho utilizzato il termine, volutamente generico e ampio, di "spiegazione" perché in grado di servire alle tre essenziali funzioni del linguaggio: conoscitiva (trasmissione di informazioni), precettiva (diretta a influire sui comportamenti dei destinatari della comunicazione), espressiva (diretta a suscitare emozioni o stati d'animo)³⁶.

Come è stato sottolineato, esistono commistioni tra queste tre funzioni³⁷, cosicché un determinato linguaggio, a seconda delle circostanze, potrebbe servire ad

³⁶ La tripartizione si ritrova in F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010, 8 ss. L'Autore, a sua volta, si richiama alla classificazione accolta da G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974, 136 ss.

³⁷ F. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico*, cit., 12.

una funzione diversa da quella sua tipica (es. linguaggio descrittivo o espressivo con funzione precettiva o persuasiva)³⁸.

Questa commistione è verificabile anche attraverso l'analisi della struttura delle pronunce della Corte, che al loro interno presentano un momento descrittivo (il ritenuto in fatto), un momento descrittivo - precettivo e persuasivo (l'argomentazione condotta nel considerato in diritto), un momento precettivo (il dispositivo)³⁹.

La parte di maggiore interesse ai fini di questa ricostruzione è costituita dal Considerato in diritto in quanto in esso è particolarmente evidente la commistione dei linguaggi descrittivo, precettivo ed espressivo (o persuasivo): tutti funzionali alla costruzione della motivazione e quindi all'identificazione del percorso logico che conduce al dispositivo.

La presenza di questa pluralità di linguaggi determina che il considerato in diritto rivesta un ruolo importante nella narrazione costituzionale del caso, che non è la mera narrazione dei fatti (per essa sarebbe sufficiente il ritenuto in fatto), ma è la spiegazione del problema costituzionalmente affrontato.

La Costituzione, testo di riferimento in questo giudizio, è scritta anch'essa secondo questa pluralità di linguaggi: ora descrittivo, ora precettivo, ora espressivo⁴⁰.

³⁸ Distingue tra motivazioni dimostrative e motivazioni persuasive A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1996, 104 ss., pur rilevando come: «Le differenza fra una motivazione deduttiva ed una retorica [siano] assai semplici da cogliersi in astratto, assai meno in pratica», *ivi*, 105. L'Autore inoltre rileva come la motivazione della sentenza costituzionale sia «volta alla realizzazione di una intesa fra i protagonisti del rapporto (Corte costituzionale, e soggetti portatori degli interessi sostanziali dedotti in giudizio)». Tale intesa «è possibile solo se il linguaggio [della motivazione] si spiega su un terreno culturale e assiologico comune agli "attori", sicché l'efficacia coordinatrice della motivazione non resta insensibile al fondamento consensuale degli argomenti linguistici e concettuali utilizzati, ma, al contrario, ne è una diretta ed immediata conseguenza», *ivi*, 112.

³⁹ v., *infra*, § 2.4.

⁴⁰ Si deve a J. L. AUSTIN, *Come fare cose con le parole*, Marietti, Genova – Milano, 2008 (IX ristampa), 11, l'individuazione di un'ulteriore tipologia di linguaggio: il linguaggio «performativo», il cui nome «deriva, ovviamente, da *perform*, il verbo usuale con il sostantivo "azione": esso indica che il proferimento dell'enunciato costituisce l'esecuzione di un'azione – non viene concepito semplicemente come semplicemente dire qualcosa». Il classico esempio di linguaggio performativo è riconosciuto dall'Autore nel «si» pro-

È, perciò, indubbio che il giudice costituzionale, nella redazione della pronuncia, debba confrontarsi anche con la funzione espressiva di determinati enunciati contenuti in Costituzione. In questa sede, la possibilità di leggere la Costituzione (anche) attraverso i criteri che presiedono l'analisi di un testo narrativo non intende ignorare la nota distinzione tra norme costituzionali precettive e programmatiche⁴¹, né (soprattutto con riferimento agli enunciati definiti come “descrittivi”), mettere in discussione la validità e la «normatività» di quest'ultima, che è stata definita «quella sua particolare forza che deriva dalla qualità morale della sua origine, e che ne prescrive la continuità»⁴².

nunciato nel corso di una cerimonia nuziale. In questa sede, si è ritenuto di analizzare il testo della Carta costituzionale sulla base della tripartizione: descrittivo, precettivo, espressivo (con la consapevolezza, tuttavia, che non pochi possano essere i casi di sovrapposizione): in ogni caso, nel testo della Costituzione sono individuabili esempi di linguaggio descrittivo: su tutti, l'art. 12 “La bandiera della Repubblica è il tricolore italiano: verde, bianco e rosso, a tre bande verticali di eguali dimensioni”, ma anche l'art. 29, comma 1 in cui la famiglia è definita come “società naturale fondata sul matrimonio”; l'art. 55. 1 “Il Parlamento si compone della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica; l'art. 87.1 “Il Presidente della Repubblica è il capo dello Stato e rappresenta l'unità nazionale; l'art. 92.1 “Il Governo della Repubblica è composto dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dai Ministri che costituiscono insieme il consiglio dei Ministri”, e poi ancora l'art. 114 sulla composizione della Repubblica; l'art. 121 sugli organi della Regioni, l'art. 135.1 relativo alla composizione della Corte costituzionale; costituiscono esempi di linguaggio espressivo (da intendersi nella sua accezione di forma più intensa di linguaggio descrittivo), gli articoli 1 (“L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione”; 5 (limitatamente alla formulazione “La Repubblica, una e indivisibile”); 13 (per cui “La libertà personale è inviolabile”, così come il domicilio (art. 14) e la libertà e la segretezza delle corrispondenze e di ogni altra forma di comunicazione (art.15); 27.3 “Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato”; 97, in tema di “buon andamento e imparzialità” dell'amministrazione”; 98 comma 1 “I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione”; 101 “La giustizia è amministrata in nome del popolo. I pubblici ufficiali sono soggetti soltanto alla legge”) e, infine, persuasivo [presente nella maggior parte degli articoli della Costituzione in cui è espresso un comando esplicito, ossia riconoscibile per via dell'utilizzo di forme verbali quali potere, dovere, avere diritto, conformarsi, riconoscere, promuovere, tutelare, garantire; oppure implicito, attraverso l'utilizzo del predicato nominale, per esempio negli artt. 39 (“L'organizzazione sindacale è libera”), 41 (“L'iniziativa economica privata è libera”), 42 (“La proprietà è pubblica o privata”)].

⁴¹ V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952.

⁴² M. DOGLIANI, *Validità e normatività delle Costituzioni (a proposito del programma di Costituzionalismo.it)*, in *www.costituzionalismo.it*, 18 gennaio 2005 (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013).

Se dunque si pongono a mente i passaggi finora esaminati, la distanza tra il testo Costituzionale nella sua interpretazione e applicazione e la prospettiva della narrazione risulta alquanto ridotta.

Le disposizioni costituzionali sulla famiglia e, per quel che qui maggiormente interessa, sul matrimonio, sono dotate tanto di forza espressiva quanto di forza prescrittiva, e ciò determina la loro potenziale ambiguità («Quali sono i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio? Ognuno può metterci dentro quello che vuole» scriveva, all'apparenza rassegnato, Carlo Esposito⁴³).

La «continua sollecitazione ed espansione» che coinvolge enunciati costituzionali all'apparenza ambigui potrebbe, secondo un'interpretazione pessimista, o prudente, condurre ad una «deriva concettuale» che porti questi ultimi a divenire, inevitabilmente, «altro»⁴⁴.

Nel senso positivo che qui invece si vorrebbe accogliere, tale sollecitazione ed espansione è non soltanto inevitabile, ma auspicabile, in quanto comporta una periodica e salutare analisi della tenuta non solo del *testo* costituzionale, ma del *sistema costituzionale* complessivamente inteso facente capo alla Corte costituzionale, imponendo un'analisi che, oltre ad essere, come è ovvio, giuridica, non può non farsi anche racconto dello sviluppo dell'*epos* (inteso in questo caso letteralmente, come parola) costituzionale nel tempo.

Questa sollecitazione mette in moto un meccanismo ad un tempo giuridico-costituzionale e insieme culturale di grande interesse, imponendo alla comunità di soffermare la propria attenzione su un caso che da singolare acquista portata generale.

⁴³ C. ESPOSITO, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana* in *La Costituzione italiana. Saggi*, CEDAM, Padova, 1954, 135 ss.

⁴⁴ M. PEDRAZZA GORLERO, L. FRANCO, *La deriva concettuale dei concetti di famiglia e matrimonio. Note costituzionali*, in *Diritto Pubblico*, 2010, 247-248. In particolare, viene sottolineato come si abbia una “deriva” «quando un elemento scorre in un altro serbando la propria identità, ma accettando i mutanti contorni segnati dal reciproco trascorrere. La deriva di un concetto prevede che esso possa estendersi oltre la prima realtà che lo identifica, comunicandosi alle altre con le quali condivide uno o più dei suoi elementi costitutivi. E' una rete le cui maglie si dilatano fino al limite di massima capacità, oltre il quale il concetto collassa, divenendo altro», *ivi*, 248.

Per la sua soluzione, tale caso spesso richiede che un soggetto dotato di speciale autorevolezza riprenda le fila di discorsi eventualmente già iniziati in passato, recuperi frammenti ancora servibili, sintetizzi regole e principi adattandoli al presente: questo ruolo, come si è visto, è esercitato dalla Corte costituzionale⁴⁵.

2.4 La narrazione costituzionale del matrimonio: tre percorsi esemplificativi

Per individuare alcune applicazioni dello stile formulare da parte della Corte costituzionale si analizzeranno, a fini esemplificativi, tre percorsi all'interno della giurisprudenza della Corte in tema di famiglia e matrimonio, relativi all'adulterio femminile, alla libertà di contrarre matrimonio e ai limiti di età fissati dalla legge in relazione all'età degli adottanti e degli adottati;

L'individuazione di questi tre percorsi non ha pretesa di completezza, in quanto esclude, da un lato, la prospettiva della genitorialità omosessuale che pure costituisce un elemento da prendere necessariamente in considerazione nell'ambito dell'analisi della vicenda costituzionale del matrimonio omosessuale; dall'altro, le analogie e le differenze tra matrimonio e convivenze *more uxorio*. Entrambi saranno oggetto di specifica trattazione nel Capitolo III.

⁴⁵ Con particolare riferimento alla vicenda processuale costituzionale relativa al riconoscimento del matrimonio omosessuale e alla conseguente attivazione di un complesso di riflessioni giuridico - linguistiche sul tema, vale la pena citare il contributo di Ilenia RUGGIU, *Diversity as a Public Good? Cultural Identity in Legal Narratives*, contenuto in S. NICCOLAI, I. RUGGIU (a cura di), *Dignity in Change. Exploring the Constitutional Potential of EU Gender and Anti-Discrimination Law*, European Press Academic Publishing, Firenze, 2010. L'Autrice rileva come «Incorporating diversity in the constitutional value system makes culture be perceived, instead of a fixed set of elements (language, dress, ceremonies, etc) that need protection through cultural rights, as a semiotic space in which society, and consequentially law, can be regenerated with new meanings», *ivi*, 182 (corsivo aggiunto).

a) *L'adulterio femminile*

Le pronunce n. 64/1961⁴⁶ e n. 126/1968⁴⁷ costituiscono un “distico” di grande interesse riguardante la compatibilità con la Costituzione dell'articolo 559 c.p. che puniva l'adulterio femminile.

⁴⁶ Corte cost., n. 64/1961, in *Giur. Cost.*, 1961, 1224 ss, con nota di C. ESPOSITO, *Sulla punizione del solo adulterio femminile*, *ivi*, 1230 ss., particolarmente critica laddove nota che «se la Corte avesse avuto buona memoria dei propri orientamenti e delle disposizioni dell'art. 3 avrebbe proprio all'opposto dovuto dire che di per sé l'art. 3, stabilendo che il sesso non possa essere posto a base di alcuna discriminazione giuridica, ha escluso che i dati dell'esperienza comune, la prevalente opinione della opportunità di trattare diversamente nelle leggi gli appartenenti dell'uno e dell'altro sesso, possano avere alcun rilievo nelle leggi, ed avrebbe aggiunto anzi che la Costituzione con la sua disposizione che le differenze dei sessi non possono acquisire rilievo giuridico offre la prova provata della prevalenza di un'opinione opposta a quella che la Corte vorrebbe ritenere esistente in Italia in materia di adulterio. Il richiamarsi a quell'opinione perciò (secondo la Costituzione) non è solo inutile ma anche falso», *ivi*, 1232.

⁴⁷ Corte Cost., n. 126/1968, in *Giur. Cost.*, 1968, 2175 ss., con nota di G. GIANZI, *L'adulterio alla luce di due importanti sentenze della Corte costituzionale*, *ivi*, 2178 ss. , il quale sottolinea, con riferimento alla precedente sentenza n. 64/1961, come: «sommamente pericolosa era (...) un'interpretazione dell'art. 3 Cost. non limitata e vincolata al dato formale, desumibile dal testo della disposizione costituzionale, ma ancorata ad elementi labili ed elastici di riferimento», *ivi*, 2180.

In tema di adulterio necessitano una segnalazione anche le sentenze costituzionali n. 127/1968 (in cui viene dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 151, secondo comma, del Codice di procedura civile, il quale escludeva l'ammissibilità dell'azione per adulterio del marito quando non concorressero «circostanze tali che il fatto costitu[isse] ingiuria grave alla moglie», risultando la disposizione censurata «fonte di una non consentita discriminazione a favore dell'uomo od a svantaggio della donna: di una disciplina, cioè, che è in contrasto con l'art. 29 cpv. della Costituzione» (punto 2 del *Considerato in diritto*) e n. 147/1969 (in cui viene dichiarata l'illegittimità costituzionale, in particolare, dell'art. 559 del Codice penale «poiché punisce la moglie per fatti che se commessi dal marito sono penalmente rilevanti» e dell'art. 560, primo comma (concubinato) del Codice penale, «sia perché è il concorso di entrambe le norme penali che dà vita, a causa dell'eterogeneità delle fattispecie delittuose in esse contemplate, ad una non consentita disparità di trattamento fra moglie e marito, sia perché, ove fosse annullata la sola previsione relativa alla relazione adulterina della moglie, l'ordinamento verrebbe a dar rilevanza unicamente, nei limiti dell'art. 560, all'infedeltà coniugale del marito, con conseguente identica violazione del principio di eguaglianza.» (punto 7 del *Considerato in diritto*). È interessante notare come la Corte costituzionale ribadisca che: «Non sta alla Corte verificare se e quali modificazioni (...) il nostro tempo abbia portato nella coscienza sociale», anche se: «E' compito indiscutibile della Corte accertare l'insanabile contrasto [tra la disciplina originaria] e il sopravvenuto principio costituzionale [relativo all'eguaglianza tra i coniugi]» (Corte cost., n. 147/1969, punto 6 del *Considerato in diritto*).

Nel 1961 la Corte giudica la questione non fondata, fondando la propria argomentazione sui parametri costituzionali degli articoli 3 e 29 Cost. e facendo prevalere quest'ultimo in ragione dei limiti che, proprio attraverso tale articolo e a garanzia dell'unità familiare, il legislatore può stabilire al principio di eguaglianza tra i coniugi.

Di particolare interesse è il seguente passaggio: «*Indubbiamente, secondo una pura valutazione morale, alla quale, a parte le leggi, è auspicabile che si ispiri la vita della famiglia, il principio di fedeltà coniugale è unico, e non soffre discriminazioni di carattere quantitativo. Tuttavia, l'ordinamento giuridico positivo non può del tutto prescindere, e di fatto non prescinde, dalle valutazioni che si affermano, spesso imperiosamente, nella vita sociale. Ora, che la moglie conceda i suoi amplessi ad un estraneo è apparso al legislatore, in base, come si è detto, alla prevalente opinione, offesa più grave che non quella derivante dalla isolata infedeltà del marito. Al di fuori di ogni apprezzamento, che non spetta alla Corte di compiere, trattasi della constatazione di un fatto della vita sociale, di un dato dell'esperienza comune, cui il legislatore ha ritenuto di non poter derogare⁴⁸*».

E, proseguendo, «*Con l'affermazione dell'esigenza dell'unità familiare, in fondo, il legislatore costituente riafferma un orientamento già manifesto nel primo comma dello stesso art. 29, allorché dichiara la famiglia società naturale fondata sul matrimonio: dove la qualifica di "naturale", se non ha un preciso contenuto giuridico, ha certamente implicito il richiamo e il riconoscimento del tradizionale concetto della famiglia, quale tuttora vive nella coscienza del popolo⁴⁹*».

Pochi anni dopo, sullo stesso tema, la Corte, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale del primo e del secondo comma dell'art. 559 del Codice penale, si pronuncia come segue: «*Ritiene la Corte, alla stregua dell'attuale realtà sociale, che la discriminazione, lungi dall'essere utile, è di grave nocumento alla concordia e all'unità della famiglia. La legge, non attribuendo rilevanza all'adulterio del marito e punendo invece quello della moglie, pone in stato di inferiorità quest'ultima, la quale viene lesa nella sua dignità, è costretta a sopportare*

⁴⁸ Corte Cost. n. 64/1961, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁴⁹ Corte Cost., n. 64/1961, punto 4 del *Considerato in diritto*.

l'infedeltà e l'ingiuria, e non ha alcuna tutela in sede penale. (...) La Corte ritiene pertanto che la discriminazione sancita dal primo comma dell'art. 559 del Codice penale non garantisca l'unità familiare, ma sia più che altro un privilegio assicurato al marito; e, come tutti i privilegi, violi il principio di parità⁵⁰».

Cosa era cambiato? E' la Corte stessa a farvi cenno nella pronuncia, riferendosi alla precedente sentenza n. 64/1961, e ravvisando la necessità di «*accertare se - nell'attuale momento storico sociale - continu[asse] a sussistere oppure no quella diversità obbiettiva di situazione che nella precedente sentenza la Corte ritenne di riscontrare sì da giustificare il differente trattamento, fatto dal legislatore penale all'adulterio della moglie rispetto a quello del marito*».

E, nel riesaminare la questione, la Corte si fa carico di registrare e riportare nel testo della pronuncia la considerazione per cui, dai tempi remoti in cui la donna era in stato di soggezione alla potestà maritale, «*molto è mutato nella vita sociale: la donna ha acquisito pienezza di diritti e la sua partecipazione alla vita economica e sociale della famiglia e della intera collettività è diventata molto più intensa, fino a raggiungere piena parità con l'uomo*⁵¹».

Questa pronuncia è importante in quanto registra non solo un mutamento significativo della giurisprudenza della Corte costituzionale⁵², in linea con l'evoluzione della vita sociale e dei costumi, ma si fa carico di offrire una descrizione, se pure sintetica, del quadro di riferimento.

Nell'ottica della narrazione costituzionale, la frase contenuta nella pronuncia precedente: «*l'ordinamento giuridico positivo non può del tutto prescindere, e di fatto non prescinde, dalle valutazioni che si affermano, spesso imperiosamente,*

⁵⁰ Corte Cost., n. 126/1968, punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁵¹ Corte Cost., n. 126/1968, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁵² Uno tra i primi commentatori della sentenza individuò sinteticamente tre «cause principali del mutamento di giurisprudenza (...): 1) una diversa valutazione dei poteri della Corte in relazione, soprattutto, ai poteri del legislatore; 2) una diversa delimitazione dell'oggetto del giudizio; 3) una diversa interpretazione dell'art. 29 in relazione all'art. 3 Cost.», R. ZACCARIA, *Adulterio: Violazione dell'eguaglianza tra i coniugi "non giustificata" dall'unità della famiglia*, in *Giur. Cost.*, 1968, 2199, e riconoscendo una prevalenza della prima tra di esse, che da sola poteva «giustificare il diverso orientamento adottato dalla Corte». Nel dibattito attuale è invece, a parere di chi scrive, di particolare rilievo la terza, ovvero l'interpretazione dell'art. 29 in relazione all'art. 3 Cost.

*nella vita sociale*⁵³», assume un significato di prefigurazione di un orientamento che, se pure inizialmente non accolto, si pone come premessa di per un successivo sviluppo giurisprudenziale. Questa tendenza è ravvisabile anche nel passaggio, contenuto nella sentenza n. 138/2010 in cui (pur all'interno di una pronuncia di sostanziale chiusura nei confronti di un'interpretazione evolutiva dell'art. 29 Cost.), la Corte Costituzionale afferma che: «per formazione sociale deve intendersi 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. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri»⁵⁴.

b) *La libertà di contrarre matrimonio*

La domanda, formulata da coppie dello stesso sesso, relativa ad un accesso “allargato” all'istituto del matrimonio inevitabilmente si ricollega al concetto di libertà di contrarre matrimonio, il quale ha avuto un significativo sviluppo nella giurisprudenza della Corte costituzionale (se pure, come è ovvio, in chiave unicamente eterosessuale).

La sentenza n. 27/1969, che dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, ultimo comma della legge n. 7/1963 che stabilisce la nullità

⁵³ Corte cost., n. 64/1961, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁵⁴ Corte Cost., n. 138/2010, punto 8 del *Considerato in diritto*.

dei licenziamenti delle lavoratrici che siano attuati a causa di matrimonio include la libertà di contrarre matrimonio tra i diritti inviolabili dell'uomo⁵⁵.

Nelle sentenze nn. 73/1987, 189/1991, 1/1992 e 162/1994 la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una insieme eterogeneo di disposizioni che a vario titolo vincolavano la libertà di contrarre matrimonio o limitavano l'ambito di applicazione dei benefici derivanti dal rapporto di coniugio. Il diritto al matrimonio è definito come diritto della «sfera personale»⁵⁶, «vincolo (...) cui tra l'altro si riconnettono valori costituzionalmente protetti, (...) frutto di una libera scelta auto responsabile, attenendo ai diritti intrinseci essenziali della persona umana e alle sue fondamentali istanze⁵⁷».

Nella sentenza n. 445/2002⁵⁸, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità di una serie di previsioni normative che individuavano l'assenza del vincolo coniugale come requisito attitudinale per il reclutamento nel Corpo della Guardia di Finanza. In tal modo, esse incidono «indebitamente, in via indiretta ma non meno effettiva, sul diritto di contrarre matrimonio discendente dagli articoli 2 e 29 della Costituzione⁵⁹».

Tale diritto, nella stessa sentenza n. 445, e nella recente sentenza n. 245/2011, è definito come fondamentale⁶⁰.

⁵⁵ Corte, Cost., n. 27/1969, punto 3 del *Considerato in diritto*, in cui viene specificato che nell'art. 2 Cost, che garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, «non può non essere compresa la libertà di contrarre matrimonio».

⁵⁶ Corte Cost., n. 73/1987, punto 2.2 del *Considerato in diritto*, in cui viene dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge n. 322/1976 (Modifica alle norme sul matrimonio di alcune categorie di appartenenti ai corpi di polizia) nella parte in cui non prevedeva che i brigadieri, i vicebrigadieri ed i militari di truppa dell'Arma dei carabinieri potessero contrarre matrimonio al compimento del quarto anno di servizio nella detta Arma comunque espletato.

⁵⁷ Questa espressione, con lievissime differenze, ricorre in tre pronunce della Corte Cost. in materia previdenziale (n. 189/1991, punto 3 del *Considerato in diritto*; n. 1/1992, punto 2 del *Considerato in diritto*; n. 162/1994, punto 2 del *Considerato in diritto*) a testimonianza della vitalità e della circolarità di una formulazione evidentemente giudicata dalla Corte Costituzionale come consolidata e replicabile.

⁵⁸ Corte cost., n. 445/2002, in *Giur. Cost.*, 2002, 3638, con nota di D. TEGA, *L'addio al celibato (e nubilato) dei militari*, ivi, 3652 ss.

⁵⁹ Corte Cost., n. 445/2002, punto 3 del *Considerato in diritto*.

⁶⁰ Corte Cost. n. 445/2002, punto 3 del *Considerato in diritto*, in cui la Corte ribadisce che: «L'uso della discrezionalità del legislatore nella determinazione dei requisiti per l'accesso ai pubblici uffici deve essere soggetto a scrutinio più stretto di costituzionalità

In ogni caso, il carattere fondamentale del diritto appare, stando ai più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale, saldamente ancorato all'eterosessualità dei soggetti che intendano contrarre matrimonio.

Infatti, nella sentenza n. 138/2010, la Corte, nell'annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, tra le formazioni sociali, stabilisce che ad essa spetti non il diritto di contrarre matrimonio, ma «il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone - nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri» dovendosi escludere «che l'aspirazione a tale riconoscimento (...) possa essere realizzata soltanto attraverso l'equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio⁶¹».

Questo ridimensionamento delle prospettive di tutela relative alla libertà di contrarre matrimonio contenute nelle pronunce della Corte costituzionale è tuttavia coerente con la dimensione della narrazione costituzionale, in cui frammenti argomentativi contenuti in pronunce risalenti potranno essere successivamente recuperati con finalità di maggiore inclusione⁶².

quando non è in discussione solo la generica ragionevolezza delle scelte legislative, in relazione ai caratteri dell'ufficio, ma l'ammissibilità di un requisito la cui imposizione si traduce, indirettamente, *in una limitazione all'esercizio di diritti fondamentali: quali, nella specie, oltre al diritto di contrarre matrimonio, quello di non essere sottoposti ad interferenze arbitrarie nella vita privata (proclamato dall'articolo 12 della Dichiarazione Universale e nell'articolo 8 della Convenzione europea); e vedi oggi anche l'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*» (corsivo aggiunto); analoghe considerazioni sono svolte in Corte Cost. n. 245/2011, punto 3.1 del *Considerato in diritto* (v. *infra*, nota numero 62).

⁶¹ Corte Cost., n. 138/2010, punto 8 del *Considerato in diritto* (v. *infra*, nota numero 112).

⁶² Basti pensare ad alcuni "frammenti" contenuti in alcune pronunce della Corte costituzionale, a partire dall'indicazione, contenuta in Corte cost. n. 161/1985 al punto 4 del *Considerato in diritto* per cui la legge italiana in materia di rettificazione dell'attribuzione di sesso (legge n. 164 del 1982) «si colloca (...) nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale»; oppure, più recentemente, l'affermazione, contenuta in Corte cost. n. 245/2011, che sottolinea come le norme che sono espressione delle scelte legislative in materia di disciplina dell'immigrazione «devono costituire pur sempre il risultato di un ragionevole e proporzionato bilanciamento tra i diversi interessi, di rango costituzionale (...) specialmente quando esse siano suscettibili di incidere sul godimento di diritti fondamentali, tra i quali certamente rientra quello «di contrarre matrimonio, discendente dagli articoli 2 e 29 della Costituzione, ed espressamente enunciato nell'articolo 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del

Questo processo, se pure a posteriori verificabile, non consente di effettuare previsioni di breve periodo: la Corte analizza e ricomponde la realtà ciclicamente e in relazione a una *quaestio* determinata, ma nulla è dato sapere fino al successivo e futuro passaggio narrativo⁶³.

c) *l'età degli adottanti degli adottati*

La giurisprudenza della Corte costituzionale relativa ai limiti di età fissati dalla legge, rispettivamente, nel limite minimo e massimo, in 18 e 40 anni, in riferimento all'adozione di minori di età, costituisce un filone di particolare interesse in quanto tali pronunce contengono alcuni riferimenti innovativi in relazione al tema dell'*imitatio naturae*.

Infatti, la “regola romana” scolpita nelle *Institutiones* giustinianee «Adoptio enim naturam imitatur et pro monstro est, ut maior sit filius quam pater. Debet itaque is, qui sibi per abrogationem vel adoptionem filium facit, plena pubertate, id est decem et octo annis praecedere»⁶⁴, costituisce un criterio interpretativo per la

1948 e nell'articolo 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» (punto 3.1 del *Considerato in diritto*, che richiama espressamente Corte cost. n. 445/2002). Con riferimento alla sentenza n. 245/2011 P. VERONESI, “Questo matrimonio s’ha da fare”: incostituzionale il divieto di contrarre matrimonio in Italia per gli stranieri irregolari, in *St. Iuris*, 2012, 125, rileva come la materia matrimoniale non costituisca «un problema giuridico da considerare con troppa sufficienza»; per un raffronto delle sentenze cost. n. 138/2010 e n. 245/2011 M. DI BARI, *La lettura in parallelo delle sentenze n. 138/2010 e n. 245/2011 della Corte costituzionale: una breve riflessione*, in www.forumcostituzionale.it, (13 settembre 2011) (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013) e, volendo, L.CONTE, *La Corte, il legislatore, il matrimonio: forma (e contenuti) di un divieto incostituzionale*, in *Giur. It.*, 2012, 1260 ss.

⁶³ E' stato notato come: «La Corte, in genere, di fronte a clausole “elastiche” (...) svolg[a] un sindacato solo in minima misura “diretto” ed in larga misura “indiretto”: cerca di fissare i confini estremi della formula (...) e, per il resto, svolge un controllo di adeguatezza metodologica, che presuppone e si alimenta anche della cognizione dei casi effettivi. Ciò perché sindaca la legge, in definitiva, con riguardo ad inconvenienti che ne derivano; con un itinerario, dunque, inverso a quello seguito dal legislatore e senza direttamente ripercorrere le sue valutazioni», A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2008, 529.

⁶⁴ *Inst.*, 1.11.4, passaggio citato testualmente in Corte cost., n. 183/1988, punto 3 del *Considerato in Diritto*.

valutazione della conformità della legge italiana in materia (legge n. 183 del 1984), oltre che alla Convenzione di Strasburgo del 24 aprile 1967, ad un «modello della famiglia degli affetti (...) non dissimile nel divario generazionale da quello della famiglia del sangue»⁶⁵. Essa risponde ad una «esigenza etico – sociale avvertita già prima del diritto giustiniano, che l’adottivo non fosse più anziano dell’adottante, così come il figlio generato non può esserlo per natura rispetto al proprio padre»⁶⁶.

La sentenza costituzionale n. 44 del 1990, da cui è tratta la citazione sopra riportata, costituisce un riferimento importante in quanto al suo interno sono evidenziati, in maniera molto chiara, tutti gli aspetti che rendono il tema del divario di età tra adottante e adottato particolarmente interessante ai fini della trattazione nel presente capitolo.

Il principio dell’*imitatio naturae*, posto alla base della disciplina dei limiti alla possibilità di adottare, costituisce infatti un esempio evidente di un utilizzo, rispondente “ad un’esigenza etico sociale”, di un supposto dato biologico (il raggiungimento dei diciotto anni come *plena pubertas*). Questo dato, in realtà, non ha, appunto, alcun riferimento biologico, e utilizza una «mera *analogia nominis* per definire un intervallo temporale più esteso dei quattordici anni richiesti per la pubertà» - regola affermata successivamente al diritto romano classico (dove viceversa era stato oggetto di dibattito) - storicamente dettata «da ragioni di opportunità sociale ponderate dal legislatore senza giustificazioni naturalistiche esterne alla sua volontà»⁶⁷.

In questa pronuncia risulta con evidenza come il principio *adoptio imitatur naturam*, pur nel suo richiamo alla “naturalità” sia invece un derivato delle “artificiali” ponderazioni legislative «senza immediato riferimento al dato naturalistico»⁶⁸. Il rilievo, operato dalla Corte costituzionale in relazione alla artificialità della previsione legislativa sulla differenza di età tra adottato e adottanti, determina almeno

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Corte Cost., n. 44/1990, punto 2 del *Considerato in Diritto*, considerazione ribadita altresì nella successiva sentenza n. 349/1998, punto 2 del *Considerato in diritto*.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Corte cost., n. 44/1990, punto 3 del *Considerato in Diritto*.

due ordini di conclusioni, utili ai fini della presente indagine e che muovono entrambe dall'affermazione della prevalenza dell'interesse del minore adottando⁶⁹.

In primo luogo, le "ragioni di opportunità sociale" ponderate dal legislatore determinano che l'obiettivo di quest'ultimo sia garantire le condizioni affinché l'adottando sia collocato in un nucleo familiare (la famiglia degli affetti) in astratto idoneo a sostituirsi alla famiglia di origine (la famiglia del sangue).

In secondo luogo, tali ragioni di opportunità racchiudono anche l'esigenza di una valutazione delle varie situazioni in concreto da parte del giudice, caso per caso, alla luce dei parametri costituzionali che di volta in volta vengano in considerazione (siano essi il valore dell'unità della famiglia di cui all'art. 30, primo e terzo comma, della Costituzione⁷⁰ o della conservazione della comunità di vita ed educazione tra fratelli e sorelle minori, la quale trova fondamento negli artt. 2 e 31 Cost.)⁷¹. Il controllo giudiziale sulla "ragionevolezza" dello scostamento «dal di-

⁶⁹ E' stato rilevato in dottrina che il principio del prevalente interesse del minore («in base al quale all'interesse concreto del minore deve essere assicurata tendenziale prevalenza nel bilanciamento con i diritti e gli interessi di ogni altro soggetto che si trovi in relazione con lui»), il quale costituisce «l'orientamento più importante che la Corte costituzionale italiana attualmente condivide con la Corte di Strasburgo», non sia frutto della circolazione di un modello giurisprudenziale dall'uno all'altro giudice e non risulti «né dalla formulazione testuale né della Costituzione italiana né della Convenzione europea dei diritti dell'uomo», essendosi piuttosto «affermato e consolidato presso entrambe le Corti in via puramente giurisprudenziale», E. LAMARQUE, *I diritti dei figli*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Università e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007, 287.

⁷⁰ Richiamato da Corte cost., n. 44/1990 in relazione alla derogabilità in concreto del limite dell'intervallo di età di diciotto anni nel caso della particolare specie dell'adozione di cui all'art. 44, primo comma, lett. b) della legge n. 184 del 1983 (coniuge che adotta il minore figlio anche adottivo dell'altro coniuge).

⁷¹ Corte Cost., n. 148/1992, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, secondo comma, della legge n. 184/1983, nella parte in cui non consente l'adozione di uno o più fratelli in stato di adottabilità, quando per uno di essi l'età degli adottanti supera di più di quarant'anni (limite massimo) l'età dell'adottando e dalla separazione derivi ai minori un danno grave per il venir meno della comunità di vita ed educazione. Sulla pronuncia si segnala il commento di A. CERRI, *Scandagli e rilievi sulle «logiche» di un'interessante sentenza in tema di adozione*, in *Giur. Cost.*, 1992, 1204, il quale ricorda come sia «significativa (...) nel ragionamento della Corte la circostanza che il legislatore non abbia perseguito finalità diverse da quelle della norma costituzionale: perché ciò riduce (...) l'impatto della Costituzione nei confronti della legge. Il «valore di Costituzione» (...) non si contrappone rigidamente al «valore di legge»; ma, in qualche modo, è un valore che integra la legge, senza negare la «originarietà», in certo senso, dei suoi svolgimenti».

vario di età rigidamente prefissato dal legislatore»⁷², in sostanza, permette un adeguamento della disciplina dell'adozione legittimante al contesto sociale nel quale questo istituto è destinato ad operare.

É proprio il ruolo esercitato dalla ragionevolezza in una costante “mediazione” tra esigenze del caso concreto da un lato e il binomio naturalità/artificialità che caratterizza l'istituto dell'adozione a far ritenere questo filone di pronunce particolarmente importante ai fini della presente indagine. Il nesso tra naturalità e artificialità, infatti, nella giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di limiti minimi e massimi di età per gli adottanti nel contesto dell'adozione legittimante, risulta essere stato inquadrato con una sorprendente lucidità, in grado di riconoscere (come in particolare avviene nella sentenza n 44 del 1990), nell'utilizzo dell'argomento dell'*imitatio naturae*, il suo carattere di espediente tecnico – legislativo modulabile sulla base delle esigenze del caso concreto, le quali tuttavia mai si configurano come serventi rispetto a quello.

⁷² Corte Cost., n. 349/1998, punto 2 del *Considerato in Diritto*, e Corte Cost., n. 283/1999, punto 4 del *Considerato in diritto*.

CAPITOLO III

MATRIMONIO E FAMIGLIA (ANCHE DI FATTO)

SOMMARIO: 3.1 *Il matrimonio: aspetti giuridici e simbolici*; 3.2 *Il matrimonio attraverso due vicende giurisprudenziali emblematiche: a) la vicenda del transessualismo in Italia, b) la pronuncia della Corte EDU Gas e Dubois c. Francia*; 3.3 *E' possibile scindere, una volta per tutte, i concetti di famiglia e matrimonio?*; 3.4 *L'analisi della famiglia di fatto ai fini della presente indagine*; 3.5 *Dopo la sentenza n. 138/2010: il quadro di riferimento europeo in tema di unioni omosessuali e la sua ricezione da parte della giurisprudenza*; 3.6 *Dal "trobar clus" all'implementazione di significato: appunti per una lettura dei primi riferimenti giurisprudenziali successivi alla sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale (anche) alla luce della teoria sociologica di Erich Köhler sulla lirica trobadorica.*

3.1 *Il matrimonio: aspetti giuridici e simbolici*

«La sentenza della Cassazione (...) è apparsa come un bel romanzo, in cui colpi di scena, richiami interni, riecheggiamenti europei e allitterazioni giuridiche inducevano il lettore a riflettere sempre meglio e a domandarsi se veramente avesse compreso la trama. Come con i migliori libri, più letture si imponevano e nuove sfumature si coglievano». Così si esprimeva, in un commento alla sentenza n. 4184 della Corte di Cassazione del 15 marzo 2012, un Autore¹, mettendo a fuoco

¹ Corte Suprema di Cassazione, Sez. I civ., 15 marzo 2012, n. 4184, in *Giur. cost.*, 2012, 1498-1520. A commento della pronuncia, cfr. F. ANGELINI, *La Corte di Cassazione su unioni e matrimoni omosessuali: nell'inerzia del legislatore la realtà giuridica si apre alla realtà sociale*, in *Giur. Cost.*, 2012, 1520- 1528; I. MASSA PINTO, «Fiat matrimonio!» *L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di Cassazione: può una sentenza della Corte di cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte europea il potere di scardinare una «consolidata ed ultramillenaria tradizione» (superando anche il giudicato costituzionale)?* (4 aprile 2012), in www.rivistaaic.it (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013); M. DI BARI, *Considerazioni a margine della sentenza n. 4184/2012 della Corte di cassazione: la cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nei confronti delle coppie same-sex anche alla luce della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale* (28 marzo 2012), in www.rivistaaic.it (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013); M. FINOCCHIARO, *L'atto deve essere considerato idoneo a produrre effetti giuridici*

la complessità e lunghezza che costituiscono un tratto distintivo delle pronunce in tema di matrimoni *same - sex*.

Queste caratteristiche non derivano unicamente dai copiosi richiami giurisprudenziali in esse contenuti, ma dall'oggettiva difficoltà del giudice (in particolare, delle Corti superiori, sulle quali gravano aspettative più intense) nell'inquadrare la *quaestio* concreta all'interno di un più ampio dibattito sulle nozioni di matrimonio e famiglia². Senza dubbio si collocano all'interno di questa tipologie di pronunce, necessariamente lunghe ed articolate, la sentenza del Tribunal constitucional por-

nell'ordinamento, in *Guida al diritto*, 31 marzo 2012, 35 ss.; L. LORELLO, *La cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale (cassazione I sez. civ. 15 marzo 2012, n. 4184)*, in *www.rivistaaic.it* (8 maggio 2012) (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013) e A. SCHUSTER, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio* (10 aprile 2012), in *www.forumcostituzionale.it* (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013) da cui è tratta la citazione iniziale di questo paragrafo.

² La stessa sentenza n. 138/2010, contiene un articolato *Considerato in diritto* che si snoda in dieci punti in cui, peraltro, è evidente, in particolare al punto n. 9 (e fermo il richiamo preliminare effettuato al punto n. 6 al matrimonio civile, il quale «nel vigente ordinamento, si riferisce soltanto all'unione stabile tra un uomo e una donna»), come l'argomentazione in riferimento al parametro dell'art. 29 Cost. sia maggiormente sviluppata rispetto a quella relativa agli artt. 2 e 117 Cost. e soprattutto all'art. 3 Cost., cui è dedicato poco più di un breve cenno. La Corte costituzionale, infatti, ritiene in primo luogo «per ragioni di ordine logico» - invero discutibili - di subordinare l'analisi sotto il profilo del principio di eguaglianza alla previa definizione dell'art. 29 e del suo «nucleo» di significato (il quale è senza dubbio compatibile con la censurata normativa del codice civile che «contempla esclusivamente il matrimonio tra un uomo e una donna»). È interessante notare come in sede preventiva autorevole dottrina avesse già anticipato il fatto che andasse riconosciuto un «ordine logico - culturale» tra i parametri costituzionali invocati nelle ordinanze di rimessione e che al loro interno l'articolo 29 Cost. si qualificasse come «il parametro principale o naturale evocato dal caso», A. RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come "famiglie"* in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, cit., 307-308. In secondo luogo, il richiamo alla normativa in materia di rettificazione dell'attribuzione di sesso (legge 14 aprile 1982, n. 164) che prevede l'ammissione al matrimonio per l'avvenuto intervento di modificazione del sesso, autorizzato dal tribunale, è ritenuto inidoneo a fungere da *tertium comparationis*, costituendo al più «un argomento per confermare il carattere eterosessuale del matrimonio, quale previsto nel vigente ordinamento» (punto 9 del *Considerato in Diritto*).

In controtendenza rispetto all'utilizzo della pronuncia costituzionale come sede per una trattazione articolata in relazione ai concetti di famiglia e matrimonio si pone la giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel*, che nella *Décision n° 2010-92 (Mme Corinne C. et autre)*, resa in sede di *question prioritarie de constitutionnalité* degli articoli 75 e 44 del *Code Civil* rinvia al legislatore, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, l'analisi (e la soluzione) in materia di opportunità dell'estensione del matrimonio anche a coppie dello stesso sesso.

toghese sulla legge 9/XI dell'11 febbraio 2010 che modificava l'art. 1577 del codice civile, introducendo il matrimonio tra persone dello stesso sesso³, la pronuncia della Corte distrettuale della California che ha dichiarato l'incostituzionalità della *Proposition 8*⁴ e la recente sentenza del Tribunal Constitucional spagnolo sulla Ley 13/2005⁵.

Quest'ultima, costituisce il più recente esempio di questa tipologia di pronunce, che si fanno carico di affrontare la questione di diritto costituzionale nel quadro di una più ampia analisi dell'evoluzione del contesto storico e culturale di applica-

³ Sentenza n. 121 del 8 aprile 2010, consultabile al sito www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100121.html e su cui cfr. E. CRIVELLI, *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 www.rivistaaic.it. (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013). La pronuncia, estremamente lunga, effettua una corposa rassegna di giurisprudenza e dottrina (anche italiana, v. al punto n. 22 citazione testuale da N. PIGNATELLI, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra "istituzione" matrimoniale e "funzione" familiare*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2005, 281, in relazione all'ambito di discrezionalità offerto al legislatore dall'esistenza di Costituzioni - come quella portoghese, ma anche come quella italiana - che offrono una tutela speciale al matrimonio, senza specificare la necessaria eterosessualità dei coniugi).

⁴ Su cui infra, § 3.4.

⁵ Tribunal Constitucional, 6 novembre 2012, n. 198. Il testo della pronuncia e delle opinioni concorrenti e dissenzienti è consultabile all'indirizzo web <http://www.tribunalconstitucional.es/es/resolucionesrecientes/Documents/2005-06864STC.pdf> (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013).

Il Tribunal Constitucional, con il voto di 8 giudici su 12 (1 astenuto) ha ritenuto di "desistimar" il ricorso di incostituzionalità promosso dai deputati del Grupo Popular nei confronti della Ley 13/2005 la quale aveva modificato il Código Civil (in particolare, l'art. 44) introducendo il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Tra il 2005 e il 2012 (e quindi in pendenza del ricorso di costituzionalità) si è calcolato che più di 22.000 coppie omosessuali abbiano contratto matrimonio civile in Spagna, pertanto la pronuncia è stata valutata con favore in quanto ha eliminato una situazione di incertezza che si protraeva da troppo tempo, rilevata dallo stesso giudice costituzionale Ollero Tassara all'interno (punto n. 7) della sua opinione dissenziente. «Il minimo è che il Pp chieda scusa per la minaccia velata, permanente, che ha fatto gravare sui cittadini» ha dichiarato la portavoce del Psoe, Elena Valenziano, mentre Caderna Ser Ernesto Gasto, consigliere socialista di San Sebastian e primo politico spagnolo omosessuale a convolare a nozze ha definito la sentenza «un grande passo avanti, senza ritorno, sulla strada dei diritti civili» (dichiarazione tutte raccolte su *Il Fatto quotidiano*, *Spagna, la Corte Costituzionale salva oltre 22mila nozze gay*, ilfattoquotidiano.it/2012/11/06/spagna-corte-costituzionale-salva-oltre-25mila-nozze-gay/405536/. Per un primo commento, M. A. PRESNO LINERA, *Matrimonio igualitario y Constitución*, in www.lne.es/sociedad-cultura/2012/11/07/matrimonio-igualitario-constitucion/1323084 (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013), che saluta con favore il fatto che il Tribunal Constitucional non abbia dichiarato incostituzionale la Ley 13/2005, che costituisce «un buen ejemplo de concreción política de lo constitucionalmente posible».

zione, e introduce il concetto (aspramente criticato dai giudici dissenzienti in quanto indeterminato, oscuro e quasi pericoloso) di “cultura giuridica”. Quest’ultimo non è adeguatamente sviluppato nella pronuncia, in cui appare poco più che uno spunto, ma paradossalmente, pur nella sua indeterminatezza, pare costituire il perno stesso⁶.

La sentenza della Corte di Cassazione n. 4184, sopra richiamata, riguardava una questione eminentemente tecnica, relativa alla (non) trascrivibilità nell’ordinamento italiano di un matrimonio tra persone dello stesso sesso regolarmente contratto all’estero. L’occasione del giudizio è tuttavia colta dalla Corte per costruire un’articolata *summa* dei più recenti orientamenti giurisprudenziali sul tema, la quale non costituisce soltanto un riassunto dei passaggi precedenti, ma dimostra ed esprime la difficoltà nel tessere una coerente trama complessiva.

Questa sentenza, su cui si tornerà in seguito⁷, costituisce un adeguato punto di partenza per una prima (se pure impressionistica) riflessione sul non facile percorso di adeguamento della nozione di matrimonio a nuovi contesti più inclusivi e plurali.

In un volume, ormai risalente, intitolato *Il rapporto uomo-donna nella civiltà borghese*⁸, l’Autore, interrogandosi sul concetto di famiglia, citava la definizione di Messineo: «Famiglia in senso stretto è il complesso di due o più individui viventi, legati tra loro da un vincolo collettivo reciproco e indivisibile di coniugio o di parentela o di affinità e costituente un tutto unitario»⁹.

La definizione riportata è di particolare interesse in quanto, se pure espressi in forma sintetica, contiene tutti gli elementi che costituiscono le basi attuali del dibattito in tema di famiglia e matrimonio: il profilo individuale, per cui la famiglia costituisce a tutti gli effetti formazione sociale in cui il singolo sviluppa la propria personalità; il riferimento (quasi) inevitabile ad un rapporto di coniugio, parentela o affinità; la dimensione “collettiva” del vincolo familiare, che comprende tanto la

⁶ Sul concetto di “cultura jurídica” espresso nella sentenza del Tribunal Constitucional, si rimanda alle considerazioni svolte *infra*, in conclusione del presente paragrafo.

⁷ *Infra*, § 3.5.

⁸ U. CERRONI, *Il rapporto uomo-donna nella civiltà borghese*, Editori Riuniti, Roma, 1975, 3 ss.

⁹ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1952, v. II, 1, §49, 3.

dimensione del rapporto orizzontale tra i coniugi quanto la dimensione verticale del rapporto genitori - figli.

Un altro singolare passaggio all'interno del volume risulta illuminante: «L'organizzazione giuridico - monogamica non è affatto dettata dalla dialettica degli affetti, bensì dalla dialettica della società civile borghese bisognosa di certezze giuridicamente garantite. La dialettica degli affetti entra perciò necessariamente in contrasto con la dialettica della società civile sicché l'uomo (la donna) moderno si trova costantemente al bivio di una scelta fra l'affetto e la sicurezza (giuridica) (...) la dialettica degli affetti risult[a] sottoposta ad una violenta coazione sociale che opera direttamente attraverso il diritto e indirettamente attraverso i meccanismi psicologici»¹⁰.

Questo passo segna in modo evidente tutta la distanza tra una più risalente concezione del diritto "nemica" degli affetti, e una nuova concezione, sviluppatasi più recentemente, del diritto come (ove possibile) felice sintesi tra i "valori freddi" e i "valori caldi" cui si è accennato nel capitolo precedente¹¹.

All'origine della questione relativa al riconoscimento del matrimonio omosessuale vi è proprio la richiesta di una giuridicizzazione del rapporto, che non costituisce, tuttavia, mera domanda di un riconoscimento formale, ma esprime l'aspirazione ad accedere, in una prospettiva di eguaglianza, ad un istituto ritenuto desiderabile per le conseguenze giuridiche, ma anche sociali e simboliche che comporta.

In questo senso la possibilità di accedere all'istituto del matrimonio si configura non solo come l'acquisizione di determinati effetti giuridici ad esso collegati, ma anche come l'individuazione, in esso, di un vero e proprio "bene relazionale"¹².

¹⁰ U. CERRONI, *Il rapporto uomo-donna nella civiltà borghese*, cit., 154-155.

¹¹ vedi, *supra*, Capitolo II, § 2.1.

¹² Sulla nozione di bene relazionale, si rinvia a P. DONATI, R. SOLCI, *I beni relazionali. Che cosa sono e quali effetti producono*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011, in particolare p. 23 ss., in cui si precisa che, per venire ad esistenza, il bene relazionale richiede: 1) una identità personale e sociale dei partecipanti (non esiste infatti un bene relazionale fra soggetti anonimi); 2) una motivazione non strumentale di ogni soggetto nel coinvolgimento verso l'altro; 3) che la condotta sia ispirata alla regola della reciprocità; 4) la piena condivisione; 5) una elaborazione nel tempo; 6) la condivisione e la reciprocità finalizzate al bene della relazione che deve essere prodotta e fruita dai partecipanti.

I beni relazionali sono stati definiti in base alle seguenti caratteristiche: «consistono di relazioni sociali, le quali sono una realtà *sui generis*; sono prodotti e fruiti assieme da chi vi partecipa; il bene che comportano è un effetto emergente, il quale ridonda a beneficio dei partecipanti senza che nessuno di essi possa appropriarsene da solo»¹³.

Alla teoria del matrimonio come bene, ma questa volta come “bene pubblico” fa un accenno Persio Tincani, il quale ricorda come, secondo questa tesi, «il matrimonio nella forma di unione virtualmente inscindibile tra un uomo e una donna costituirebbe un bene pubblico, cioè una cosa che ogni membro della società ha interesse a difendere»¹⁴, pena una corruzione generalizzata dei costumi. Questa tesi è criticata dall’Autore e ricondotta al più generale “argomento del contagio”, il quale «non sostiene che determinati comportamenti [riferendosi, in particolare, alla convivenza e al matrimonio omosessuale] siano contagiosi nel senso che essi saranno imitati da altri (e che ciò sarebbe un male per la società), ma che essi siano qualcosa in grado di far ammalare la società, allo stesso modo di un elemento nocivo che viene immesso in un organismo»¹⁵.

Proprio all’interno della dicotomia tra matrimonio come “bene relazionale”, essenziale per una piena realizzazione della persona umana, e matrimonio come “bene pubblico” normativamente determinato, risiede tutta la complessità della questione del matrimonio omosessuale che si sta tentando di affrontare in queste pagine.

Questa dicotomia è in grado di spiegare, più delle pur utilissime ricostruzioni sulle radici storiche dell’istituto matrimoniale, la portata simbolica di quest’ultimo in relazione al contesto attuale.

Tornando alla sentenza della Corte di Cassazione, sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184, sopra citata, in essa si legge chiaramente che: «E’ certo (...) che la Corte Costituzionale ha escluso che il diritto fondamentale di contrarre matrimonio sia riconosciuto dall’art. 2 della nostra Costituzione a due persone dello stesso sesso,

¹³ P. DONATI, R. SOLCI, *I beni relazionali*, cit., 9.

¹⁴ P. TINCANI, *Le nozze di Sodoma. La morale e il diritto nel matrimonio omosessuale*, L’Ornitorinco, Milano, 2009, 169.

¹⁵ P. TINCANI, *Le nozze di Sodoma*, cit., 180.

anche se alcune delle (...) affermazioni [in essa contenute], considerate unitariamente al richiamo di specifici precedenti, comportano (...) rilevanti conseguenze sul piano della tutela giurisdizionale dell'unione omosessuale»¹⁶. Tali affermazioni si traducono nel «diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione coppia» e nel diritto «alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni» tra cui «il diritto a ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata»¹⁷, ma non nel diritto a contrarre matrimonio in Italia né nel diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero.

La questione della trascrizione in Italia di un matrimonio validamente contratto all'estero - alla radice di tale pronuncia - coinvolgeva inevitabilmente il profilo della intrascrivibilità dell'atto per contrarietà all'ordine pubblico ai sensi dell'art. 18, D. P. R. n. 396 del 2000 (invocata dall'ufficiale dello stato civile a giustificazione del rifiuto di trascrizione). La Prima Sezione, tuttavia, ritiene che la non trascrivibilità dell'atto derivi non dalla contrarietà di quest'ultimo all'ordine pubblico, «ma dalla previa e più radicale ragione, riscontrabile anche dall'ufficiale dello stato civile (...) della sua non riconoscibilità come atto di matrimonio nell'ordinamento giuridico italiano»¹⁸.

La non riconoscibilità dell'atto di matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero come atto di matrimonio nell'ordinamento giuridico italiano «esime il Collegio dall'affrontare la diversa e delicata questione dell'eventuale intrascrivibilità di questo genere di atti per contrarietà all'ordine pubblico»¹⁹.

La “diversa e delicata questione” della non trascrivibilità dell'atto di matrimonio *same - sex* contratto all'estero per contrarietà all'ordine pubblico è tale proprio in quanto richiama, se pure indirettamente, l'argomento del contagio più sopra sinteticamente riassunto²⁰.

¹⁶ Cass. civile, sez. I, n. 4184 del 15 marzo 2012, punto 3.2 della motivazione in *Diritto*.

¹⁷ Cass. Civile sez. I, n. 4184 del 15 marzo 2012, punto 4.2.

¹⁸ Cass. Civile, I sez., n. 4184 del 15 marzo 2012, motivazione in *Diritto*, punto n. 2.2.3.

¹⁹ Cass. Civile, I sez., n. 4184 del 15 marzo 2012, *ibidem*.

²⁰ La Circolare del Ministero dell'Interno, Direzione centrale Servizi Demografici del 18 ottobre 2007, n. 55 (c.d. “Circolare Amato”), avente ad oggetto “Matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso. Estratti plurilingue di atti dello stato civile” stabilisce esplicitamente il limite dell'ordine pubblico: «in mancanza di modifiche legislative

E' interessante notare come la Prima sezione ritenga di dover condurre il proprio ragionamento su di un piano diverso, vale a dire quello di una più generica “non riconoscibilità” dell’atto che si vorrebbe trascrivere, compiendo in questo modo una significativa “riformulazione”. Ad essa seguirà la successiva traslazione del concetto di “inesistenza” del matrimonio *same - sex* contratto all’estero nel concetto di “inidoneità” a produrre, quale atto di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell’ordinamento italiano.

La categoria della “inidoneità”, ritenuta dalla dottrina ora sostanzialmente inutile²¹, ora in grado di «liber[are]» la possibilità di riconoscere al matrimonio *sa-*

in materia, il nostro ordinamento non ammette il matrimonio omosessuale e la richiesta di trascrizione di un simile atto compiuto all’estero deve essere rifiutata perché in contrasto con l’ordine pubblico interno.

Si rammenta che il 18 maggio 2012 il Ministro per il rapporti con il Parlamento ha trasmesso al Ministro dell’Interno una nota riguardante la richiesta, promossa dall’associazione radicale Certi Diritti e da alcuni parlamentari, di ritirare tale circolare.

A testimonianza del fatto che la rigidità del limite dell’ordine pubblico comincia ad incrinarsi, anche sulla spinta delle evoluzioni giurisprudenziali, è degna di nota la Circolare del Ministero dell’Interno. Dipartimento della pubblica sicurezza, Direzione centrale dell’immigrazione e della polizia delle frontiere, datata 26 ottobre 2012, n. 8996 e avente ad oggetto “Unione fra persone dello stesso sesso. Titolo di soggiorno ai sensi del D.lgs. 30/2007”. La circolare risponde al quesito, posto dalle Questure di Pordenone e Firenze, concernente il rilascio del permesso di soggiorno previsto dal D. Lgs. n. 30/2007, a cittadino straniero sposato in Spagna con un cittadino italiano dello stesso sesso, residente in Italia. All’interno della circolare si ribadisce che «la legge italiana non prevede alcuna legge che riconosca le unioni civili e tuteli i diritti delle coppie omosessuali, risultando improponibile il rilascio del permesso di soggiorno di cui all’art. 10 del suddetto decreto legislativo». Tuttavia, la circolare rileva come nella prassi «si registrano casi di segno opposto in seguito a decisioni della magistratura [viene citata in proposito la sentenza del Tribunale di Reggio Emilia del febbraio 2012, su cui *infra*, nel presente capitolo, § 3.5] la quale, nell’esercizio della sua funzione, è comunque chiamata a riempire il vuoto in materia, anche alla luce di antecedenti giurisprudenziali (quali, nel caso della pronuncia del Tribunale di Reggio Emilia, la sentenza 1328/2011 della Cassazione sulla determinazione della nozione di “coniuge” alla luce della normativa dell’ordinamento straniero in cui il matrimonio è stato contratto e la sentenza Cost. n. 138/2010, soprattutto in relazione al diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia (anche omosessuale). In conformità con questa tendenza, si ricorda la pubblicazione del Libro verde della Commissione europea del 14 dicembre 2010, il quale prevede la creazione di una disciplina sulla «libera circolazione degli atti dello stato civile della persona», predisponendone un riconoscimento degli effetti giuridici. Sul punto, cfr. M. G. CUBEDDU, *Verso i principi generali uniformi degli atti della persona (e della famiglia)*, in *Riv. di Dir. Civile*, 2012, 49-50.

²¹ A. SCHUSTER, *Il matrimonio e la famiglia omosessuale in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, cit., § 9.2.

me - sex celebrato all'estero determinati specifici effetti analoghi a quelli di un matrimonio riconosciuto, in applicazione degli art. 2 e 3 Cost.»²², costituisce un dato significativo, soprattutto in relazione alle precedenti riflessioni sugli aspetti giuridici, ma anche tradizionali e simbolici dell'istituto matrimoniale che sembrano resistere alla possibilità di un'interpretazione di quest'ultimo in senso inclusivo.

Nella pronuncia della Prima Sezione della Corte di Cassazione n. 4184 si realizza, così, un interessante intreccio, da un lato, tra i concetti di contrarietà all'ordine pubblico e non riconoscibilità nonché, dall'altro, tra inesistenza e inidoneità.

Sebbene la traslazione dai primi due ai secondi si collochi in punti distinti – e anche “topograficamente” non contigui - della pronuncia (rispettivamente, *Diritto* 2.2.3 e 4.3), i concetti di non riconoscibilità e inidoneità, lungi dal rappresentare formule sostanzialmente “vuote”, se complessivamente considerati, costituiscono un significativo binomio che potrebbe agevolare aperture giurisprudenziali verso un'interpretazione maggiormente inclusiva dell'istituto matrimoniale.

²² B. PEZZINI, *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della corte costituzionale 138/2010 e della Corte di Cassazione 4184/2012* in www.forumcostituzionale.it, 20 (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013). Sul punto, v. anche F. CHIOVINI, M.M. WINKLER, *Dopo la Consulta e la Corte di Strasburgo, anche la Cassazione riconosce i diritti delle coppie omosessuali*, in *Giust. Civ.*, 2012, 1707 ss. e M. GATTUSO, “*Matrimonio*”, “*famiglia*” e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la “doppia svolta” della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, in *Fam. e Dir.*, 7, 2012, il quale al § 2 valorizza in particolar modo l’*overruling* della Corte di Strasburgo sull’art. 12 CEDU («la Corte non considererà più che il diritto al matrimonio di cui all’art.12 debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone dello stesso sesso», *Schalk e Kopf. C. Austria*, cit., § 61), sulla base dell’osservazione per cui «il riferimento diretto al genere dei nubendi non ha impedito il prevalere dell’interpretazione per cui tale norma indica i soggetti titolari del diritto a contrarre matrimonio (il diritto, cioè, deve essere riconosciuto a ogni uomo e ad ogni donna) senza limitare necessariamente la facoltà di scegliere liberamente il partner (dell’uno o dell’altro sesso». Tale “svolta semantica”, come si vedrà *infra*, in chiusura del paragrafo, è avvenuta anche nell’interpretazione dell’art. 32 della Costituzione spagnola).

E’ stato inoltre rilevato come «l’entusiasmo con cui è stata accolta la sentenza, tanto dal mondo politico che nella società civile, dimostra l’inadeguatezza della disciplina italiana, quasi un caso isolato a livello comunitario, alla mutata realtà sociale in ambito non soltanto europeo ma anche nazionale», F. CIULLA, *Family gay: dall’ “inesistenza” al riconoscimento. La Cassazione apre la strada alla tutela delle coppie omosessuali in Italia*, in *Diritti umani in Italia*, www.duitbase.it (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013).

Soprattutto l'inidoneità a produrre effetti giuridici, in quanto concetto temporalmente connotato offre, se non un immediato strumento, almeno una prospettiva attraverso cui considerare l'attuale non trascrivibilità del matrimonio *same - sex* validamente contratto all'estero come una condizione transitoria, in attesa di ulteriori determinazioni legislative.

In questo senso, la particolare importanza della pronuncia della Prima sezione della Corte di Cassazione risiede non soltanto negli ampi, approfonditi ed argomentati rimandi alle più recenti evoluzioni della giurisprudenza italiana e della Corte EDU in materia, quanto piuttosto nella sua - se pure sotterranea - prospettiva di apertura. Quest'ultima non è mai esplicitata, ma rimane piuttosto sottotraccia, all'interno della trama intricata (e perciò, "romanzescamente" avvincente) della sentenza, che evidenzia come l'interpretazione (in primis, costituzionale) del concetto di matrimonio «takes place in an intricate web of constitutional law, non-constitutional family law, and public opinion»²³.

La metafora della "ragnatela" («*intricate web*»), richiamata nello scritto di Anne Sanders appena sopra citato, in cui l'interpretazione costituzionale del concetto di matrimonio si trova come avviluppata, è sintomatica della difficoltà (ma anche, come è evidente, dell'attitudine del diritto costituzionale a confrontarsi con temi "altri" rispetto al diritto positivo e che costituiscono dati necessari ed imprescindibili per effettuare una lettura aggiornata e consapevole delle disposizioni della Costituzione.

In questa prospettiva, risulta quasi d'obbligo il richiamo al concetto di «*cultura jurídica*» contenuto all'interno della pronuncia del Tribunal Constitucional spagnolo²⁴. Quest'ultima è definita come una prospettiva di interpretazione evolutiva del testo costituzionale (in particolare, dell'articolo 32 della Costituzione spagnola²⁵ in relazione alle modifiche al codice civile effettuate attraverso la Ley

²³ A. SANDERS, *Marriage, Same-Sex Partnership and the German Constitution*, in *German Law Journal*, 2012, 919.

²⁴ Tribunal Constitucional, sentenza n. 198/2012 del 6 novembre 2012, su cui *supra*, nota n.5.

²⁵ L'art. 32 della Costituzione spagnola recita al primo comma: «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica» e al secondo comma:

13/2005 che ha introdotto il matrimonio in Spagna) che «hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla».

La Costituzione spagnola, al pari dell'art. 29 della Costituzione italiana, infatti, non sancisce esplicitamente l'eterosessualità del matrimonio (anche se, letteralmente, si riferisce al diritto di un uomo e di una donna a contrarre matrimonio), potendosi prestare viceversa ad una lettura neutra (coerente con l'art. 9 della Carta dei diritti dell'Unione Europea e con la nuova interpretazione dell'art. 12 della CEDU offerta dalla Corte di Strasburgo in occasione della pronuncia *Schalk e Kopf. C. Austria*, n. 30141/04), eccentrica rispetto a quella tradizionale e letterale avallata dalla Real Academia de la Lengua, il cui dizionario definisce il matrimonio come «unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales»²⁶

La “cultura giuridica”, prosegue il Tribunal Constitucional, «no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante»²⁷.

La “realità sociale giuridicamente rilevante”, composta da una pluralità di elementi (in essa rientrano i fatti giuridicamente significativi, le opinioni dottrinali, i pareri degli organi consultivi interni ad ogni ordinamento, il diritto comparato, la giurisprudenza nazionale, internazionale ed europea) viene individuata e, conseguentemente, osservata e considerata come un insostituibile strumento di conoscenza progressiva, stratificata, in continua evoluzione²⁸.

«La Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos».

²⁶ TC, sentenza n. 198/2012, p. 5.

²⁷ TC, sentenza n. 198/2012 del 6 novembre 2012, FJ 9.

²⁸ Il riferimento d'obbligo è, da un lato, alla “catena narrativa” prospettata da R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, Il Saggiatore, Milano, 1989, 215-216, per cui il contributo dei giudici in tema di interpretazione «è più diretto [rispetto a quello fornito dai critici letterari] e la distinzione tra autore e interprete riguarda piuttosto aspetti diversi di un unico processo», potendosi individuare un paragone tra letteratura e diritto, costruendo un «genere artificiale di letteratura che potremmo chiamare catena narrativa»; dall'altro, all'*incremental approach* che costituirebbe la caratteristica principale delle pronunce della Corte costituzionale sudafricana e della corte canadese, M.M. WINKLER, G. ROMEO «*Yet footnotes matter*»: *osservazioni a margine di una tradizione*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P.

Di fronte ad essa appare sempre più difficile poter predicare l'inesistenza del matrimonio tra persone dello stesso sesso quando quest'ultimo, infatti, in un "altrove", spesso neppure troppo lontano, abbia già acquisito pieno riconoscimento giuridico.

3.2. *Il matrimonio attraverso due vicende giurisprudenziali emblematiche:*

a) *la vicenda del transessualismo in Italia*

Quella che potrebbe essere sinteticamente individuata come la vicenda del transessualismo in Italia non si configura come eccentrica rispetto alla questione del matrimonio omosessuale. Essa, infatti, è presente nelle ordinanze di rimessione²⁹ e successivamente riemerge in un punto preciso della ormai celebre sentenza n. 138 del 2010.

VERONESI (a cura di), *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, cit. 394. Per un'individuazione estremamente originale ed ampia del concetto di cultura (comprensivo anche dei meccanismi di "rimozione"), A. ORSI BATTAGLINI, *L' «astratta ed infeconda idea». Disavventure del'individuo nella cultura giuspubblicistica. (A proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quad. fior.*, 1988, 569 – 570, il quale definisce la cultura come «l'insieme delle cose dimenticate: e nelle memorie rimosse, così come nell'atto di rimuoverle, si possono rintracciare illuminanti spiegazioni dei pensieri (e delle azioni) "consapevoli"».

²⁹ Le ordinanze, rispettivamente, dei tribunali di Venezia e di Ferrara, sottolineano l'irragionevole disparità di trattamento tra la condizione dell'omosessuale e la situazione del soggetto coniugato che abbia dopo la celebrazione del matrimonio mutato il proprio sesso originario e valorizzano alcuni passaggi della sentenza costituzionale n. 161/1985 avente ad oggetto la legge n. 164 del 1982 sulla disciplina della rettificazione dell'attribuzione di sesso. Il Tribunale di Ferrara riconosce come tale pronuncia abbia sancito un «profondo cambiamento dell'istituto del matrimonio civile» In particolare il Tribunale di Venezia rileva come le affermazioni contenute nella sentenza costituzionale n. 161/1985, siano «pienamente mutuabili» anche per gli omosessuali. Cfr. sul punto M. LA TORRE, *Transessualismo, omosessualità e matrimonio*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, cit., 204, la quale non ritiene convincente tali analogie e ricostruisce in senso problematico la questione relativa alla sopravvivenza del vincolo matrimoniale dopo che uno dei coniugi abbia rettificato il proprio sesso, anche alla luce dell'art. 3, lett. g) della L. 898/1970 che individua il cambiamento di sesso di uno dei coniugi come causa di scioglimento del matrimonio, giungendo alla conclusione per cui: «Anche ammettendo una soluzione inter-

La Corte costituzionale, al punto n. 9 del *Considerato in diritto*, analizzando la questione di costituzionalità sollevata di fronte ad essa in relazione agli artt. 3 e 29 Cost., sottolinea come: «Il richiamo, contenuto nell’ordinanza di rimessione del Tribunale di Venezia, alla legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso) non [sia] pertinente».

Tale normativa, prevedendo la rettificazione dell’attribuzione di sesso in forza della sentenza del tribunale, passata in giudicato, che attribuisca ad una persona di sesso diverso da quello enunciato nell’atto di nascita, a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali, delinea «una condizione del tutto differente da quella omosessuale e perciò, inidonea a fungere da *tertium comparationis*».

Anzi, il riconoscimento del diritto di sposarsi a coloro che hanno cambiato sesso costituisce, a giudizio della Corte costituzionale, «un argomento per confermare il carattere eterosessuale del matrimonio, quale previsto nel vigente ordinamento»³⁰.

A contraddire, nei fatti, questa affermazione della Corte, oltre – come è ovvio – il dato biologico, è un caso piuttosto complesso su cui si pronuncia la prima sezione della Corte d’Appello di Bologna nel maggio 2011³¹.

pretativa opposta rispetto a quella che ritiene non possa sopravvivere il vincolo matrimoniale dopo che uno dei coniugi abbia rettificato il proprio sesso, non si perverrebbe, a nostro parere, a una diversa valutazione della fattispecie» risultando il matrimonio originariamente eterosessuale e successivamente omosessuale «confinat[o] nell’ambito di una vicenda talmente singolare da non essere proponibile come prova di ammissione del matrimonio omosessuale», *ivi*, 205-206. In senso contrario, A. PUGIOTTO, *L’altra faccia dell’eguaglianza (e dell’amore)*, ne *La «società naturale e i suoi “nemici”*, *cit.*, il quale sottolinea che «Oggi (...) il matrimonio non incontra (più) ostacoli nella differenza di nazionalità, religione, censo, razza, e neppure – dopo la L. n. 164 del 1982, nella condizione di un transessuale. In relazione alla quale la Corte costituzionale ha affermato che «va assicurato a ciascuno il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità», *ivi*, 283.

³⁰ Corte Cost., n. 138/2010, punto n. 9 del *Considerato in diritto*, corsivo non testuale.

³¹ Corte d’Appello di Bologna, 18 maggio 2011, in *Fam. Dir.*, 2012, 739-740, con nota si A. SPANGARO, *Coniugi “diventati” dello stesso sesso e “divorzio automatico”*, *ivi*, 741-748.; cfr., su questo tema, anche S. PATTI, *Il divorzio del transessuale in Europa*, in *Riv. Critica Dir. Priv.*, 2012, 169 ss. Una puntuale ricostruzione di questa vicenda giudiziaria, nota alle cronache come il “caso Bernaroli”, è contenuta in A. LORENZETTI, *Il caso Bernaroli: quali soluzioni per un sistema “incartato”?*, in *Discriminação por orientação sexual*, *cit.*, 363 ss. e in M. GATTUSO, *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2012, 1076 ss.

La vicenda può essere riassunta sinteticamente nei seguenti termini: in costanza di matrimonio, uno dei coniugi chiede ed ottiene la rettifica dell'attribuzione di sesso da maschile a femminile e con essa il nuovo nome. All'atto di matrimonio viene annotata marginalmente tale sentenza, e successivamente (il 18 febbraio 2010) l'aggiunta che tale sentenza ha prodotto, ai sensi dell'art. 4 della legge n. 164/1982, la cessazione degli effetti civili del matrimonio. La coppia, di conseguenza, chiede al Tribunale di Modena di dichiarare l'annotazione illegittima in quanto affetta da: 1) carenza di potere (mancando una pronuncia giurisdizionale sulla cessazione degli effetti civili del matrimonio); 2) falsa ed erronea interpretazione della leggi n. 164/1982 e n. 898/1970, in quanto esse non consentono di attribuire alla sentenza di rettificazione del sesso l'effetto dello scioglimento automatico del matrimonio; 3) violazione dell'art. 101 del D.P.R. 396/2000, per mancato ordine da parte del giudice o previsione legislativa relativa all'annotazione; 4) vizio logico in riferimento alla disciplina dello scioglimento del matrimonio della persona che assume lo stesso sesso del coniuge, non potendosi trattare di matrimonio tra persone dello stesso sesso, essendo queste ultime divenute tali successivamente.

Il Tribunale³² ritiene di non interpretare l'art. 4 della legge 164/1982 nel senso di un automatico scioglimento del matrimonio e rileva una violazione dell'art. 101 del D.P.R. n. 396/2000 che prevede che le annotazioni di stato civile siano ordinate dal giudice o previste dalla legge (entrambi i casi non ricorrono nella presente vicenda, non avendo la sentenza di rettificazione del sesso né ordinato l'annotazione né pronunciato lo scioglimento del vincolo e prevedendo la legge n. 164 la sola annotazione nell'atto di nascita e non in quello di matrimonio).

Avverso la pronuncia del Tribunale di Modena il pubblico ministero propone reclamo sulla base di un'interpretazione dell'art. 69 del D.P.R. 396/2000 per cui i cambiamenti di nome e di sesso vanno annotati non solo nell'atto di nascita ma anche in quello di matrimonio. A giudizio della Corte d'Appello la successiva an-

³² Trib. Modena (decr.), 28 ottobre 2010, in *Fam. pers. succ.*, 2011, 72 ss.

notazione del febbraio 2010 avrebbe perciò operato una «mera riproduzione della letterale espressione normativa concernente la sentenza annotata»³³.

La questione, dunque, si concentra sull'interpretazione dell'art. 4 della l. 164/1982 in relazione all'art. 3 della legge n. 898/1970 (successivamente modificato dalla legge n. 74/1987, e che prevede, alla lett. g), che tra le cause di divorzio vi sia soltanto la rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso disposta con sentenza passata in giudicato), da cui derivano le due tesi contrapposte dello scioglimento automatico (o meno) del vincolo matrimoniale a seguito della sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso.

È interessante notare, però, come a parere della Corte d'Appello, l'interpretazione da essa non accolta e favorevole al non-automatismo, consentirebbe «il permanere del vincolo matrimoniale, rettificato che sia il sesso di uno dei due coniugi (...) [il che] significherebbe mantenere un rapporto privo del presupposto suo legittimo più indispensabile: la diversità sessuale tra i coniugi» non potendosi dare «rapporti che restino non solo fuori d'ogni disciplina positiva, ma in contrasto con detta disciplina in un settore interessato da profili di pubblico interesse, dato che concerne lo stato delle persone».

Tali affermazioni, contenute nella pronuncia della prima sezione della Corte di Appello di Bologna sopra citata, mostrano una significativa distanza dalla (apparentemente) granitica affermazione, espressa dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 138/2010 per cui «Il riconoscimento del diritto di sposarsi a coloro che hanno cambiato sesso (...) costituisce semmai un argomento per confermare il carattere eterosessuale del matrimonio, quale previsto nel vigente ordinamento», dal momento che in concreto potrebbe verificarsi la circostanza che il soggetto transessuale desideri conservare il proprio vincolo matrimoniale nonostante l'intervenuta rettificazione del sesso;

Totalmente diversa, poi è la prospettiva individuata dalla sentenza della Corte di Cassazione, sez. I, del 15 marzo 2012, n. 4184, che ha espressamente affermato

³³ Corte d'appello di Bologna, sez I, 18 maggio 2011, cit. in *Fam. Dir.*, 2012, 739-740, con nota di A. SPANGARO, *Coniugi "diventati" dello stesso sesso e "divorzio automatico"*, ivi, 741-748.

come la propria giurisprudenza precedente, secondo cui diversità di sesso dei nubendi è, unitamente alla manifestazione della volontà matrimoniale dagli stessi espressa in presenza dell'ufficiale dello stato civile celebrante, requisito minimo indispensabile per l'esistenza del matrimonio civile come atto giuridicamente rilevante, si dimostri ormai inadeguata «*alla attuale realtà giuridica, essendo stata radicalmente superata la concezione secondo cui la diversità di sesso dei nubendi è presupposto indispensabile, per così dire “naturalistico”, della stessa “esistenza” del matrimonio civile*»³⁴;

La pronuncia della Corte d'Appello di Bologna, inoltre, segna un indiscusso arretramento rispetto ad alcune importanti affermazioni già contenute nella pur risalente sentenza della Corte costituzionale n. 161 del 1985³⁵, in cui vennero dichiarate inammissibili o non fondate le questioni di legittimità costituzionale riguardanti alcuni articoli proprio della legge n. 164/1982. La Corte costituzionale, nello smontare la tesi del giudice *a quo*, sostanzialmente volta a negare l'esistenza del fenomeno del transessualismo, precisava come il legislatore fosse intervenuto «senza certamente provocarla né agevolarla, su una realtà fenomenica nota (...) allin[teandosi] agli orientamenti legislativi, amministrativi e giurisprudenziali, già affermati in numerosi Stati» collocando la propria attività «nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione»³⁶. Tuttavia, la parte più interessante della pronuncia, in questa sede, può essere considerata quella in cui la Corte, analizzando le censure mosse alla normativa sul transessualismo in riferimento all'art. 2 Cost. (con riguardo alle persone che, nella vita di relazione, entrino in rapporto con il transessuale che abbia ottenuto la dichiarazione giudiziale di mutamento di sesso), rileva come «certo tale disposto non è violato quando e per il fatto che sia assicurato a ciascuno il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità. Correlativamente gli

³⁴ Cassazione civile, sez. I, n. 4184 del 15 marzo 2012, *Diritto*, punto 4.3, corsivo non testuale.

³⁵ Corte Cost., 6 maggio 1985, n. 161, in *Giur. It.*, 1987, I, 236, con nota di M. DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*.

³⁶ Corte Cost., n. 161/1985, punto n. 4 del *Considerato in diritto*.

altri membri della collettività sono tenuti a riconoscerlo, per dovere di solidarietà sociale»³⁷.

Inoltre, a parere della Corte, il far coincidere l'identificazione anagrafica del sesso alle apparenze esterne del soggetto interessato «favorisce la chiarezza dei rapporti sociali e, così, la certezza dei rapporti giuridici»³⁸.

E' interessante notare come il concetto di certezza dei rapporti giuridici si intrecci con forza alla vicenda, giuridica e umana, del transessualismo: ora in una prospettiva di favore nei confronti della relativa disciplina legislativa (come in Corte cost. n. 161/1985), ora in una prospettiva di chiusura nei confronti degli eventuali "incerti del mestiere di vivere"³⁹, tra i quali può essere collocata la volontà del transessuale di non far venir meno il vincolo matrimoniale contratto precedentemente alla dichiarazione giudiziale di mutamento di sesso.

Tale volontà richiama inevitabilmente, se pure nella prospettiva peculiare del caso - limite, la questione del matrimonio omosessuale⁴⁰.

Come è stato rilevato da Salvatore Patti, l'art. 4 della legge 14 aprile 1982, n. 164 (che stabilisce che la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso provoca lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio celebrato con rito religioso, trovando altresì applicazione le disposizioni del codice civile e della legge 1 dicembre 1970, n. 898 e successive modificazioni) trova il suo fondamento «nella impossibilità della so-

³⁷ Corte Cost., n. 161/1985, punto n. 10 del *Considerato in diritto*. Già in precedenza era stato sottolineato come: «la meritevolezza di tutela dei mutamenti volontari [di sesso], giustificati dall'esistenza e meritevolezza di tutela dell'interesse della persona in quanto tale, non può essere revocata in dubbio se si tengono presenti i doveri di solidarietà umana imposti dalla Costituzione e l'impegno da essa affermato alla tutela incondizionata della dignità e personalità umana», P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Mutamento di sesso ed azione di rettificazione*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1980, 233.

³⁸ Corte Cost., n. 161/1985, *ibidem*.

³⁹ Celebre formula contenuta nella sentenza n. 494/2002 della Corte costituzionale, al punto 6.2 del *Considerato in Diritto*.

⁴⁰ Come correttamente evidenziato da B. PEZZINI, *Transgenere in Italia: le regole del dualismo di genere e l'uguaglianza*, in *Discriminação por orientação sexual*, cit., 355, «Occuparsi della questione dei transessuali non è (...) una questione di tutela antidiscriminatoria di una minoranza, ma la necessità (e l'opportunità/l'occasione) di prendere atto – tramite l'analisi del genere – della importanza di rilevare i nessi che collegano i *formanti giuridici* (vincoli e costruzioni normative) e la possibilità di pensare, di vivere e di "narrare" il proprio genere» (corsivo testuale).

pravvivenza dello stato di coniugi di persone dello stesso sesso» e tuttavia desta qualche perplessità «soprattutto per la violazione del principio secondo cui lo scioglimento del matrimonio non è mai collegato direttamente alla decisione di uno soltanto dei coniugi»⁴¹.

Come più sopra accennato, la Corte ha recepito l'orientamento, già espresso in dottrina⁴², in base al quale la condizione del transessuale (che può contrarre matrimonio con persona del proprio sesso originario, o, in astratto, desiderare di conservare il vincolo coniugale con il soggetto – di sesso diverso – con cui si era unito in matrimonio prima della rettificazione del sesso) è inidonea a fungere da *tertium comparationis* in riferimento alla situazione di coppie omosessuali.

In realtà, oltre al caso – limite (ma non per questo poco significativo), sopra tratteggiato, la vicenda del transessualismo manifesta alcuni punti di contatto (sotto il profilo della dignità personale e del diritto a vivere liberamente la propria condizione di coppia) con le problematiche relative alla possibile introduzione del matrimonio omosessuale nel nostro ordinamento⁴³ e, soprattutto, manifesta un elemento di rottura tra sesso biologico e sesso anagrafico⁴⁴ che può manifestarsi

⁴¹ S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale in Europa*, cit., 169.

⁴² Cfr. sul punto, B. PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, cit., § 3.3.1, per cui, se da un lato il raffronto tra la condizione giuridica dell'omosessuale «cui è negato di sposare un soggetto che appartiene al suo stesso sesso biologico (nonché al suo sesso anagrafico e al suo genere), e quella del transessuale al quale la L. 164/1982 consente, una volta rettificato anagraficamente il sesso (biologico) originario, di sposare un soggetto che, in realtà, appartiene al suo stesso sesso biologico (ma ha diverso sesso anagrafico e diverso genere)», risulta funzionale «a far emergere come l'ordinamento giuridico abbia già da quasi trent'anni superato l'orizzonte meramente biologico dell'appartenenza e identificazione sessuale e delle definizioni di genere, riconoscendo il rilievo delle componenti psicosessuali»; in questo senso, la rettificazione del sesso, in astratto, «ribadisce e conferma il dualismo di genere e conferma la norma eterosessuale del matrimonio».

⁴³ Cfr., sul punto, la celebre sentenza della Corte EDU *Goodwin c. Regno Unito* del 17 luglio 2002, che riconosce contrario all'art. 8 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (che tutela rispetto della vita privata e familiare) il divieto per il transessuale di contrarre matrimonio con persona del proprio sesso originario, e risulta espressamente citata nell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Venezia.

⁴⁴ Cfr., sul punto, M. MONTALTI, *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, cit., 2007, 310 ss., per il quale «La condizione giuridica del transessuale costituisce una valida cartina di tornasole per saggiare la capa-

con un maggiore o minore grado di intensità (il riferimento, in particolare, è alla *grosse Lösung* o “grande soluzione” e alla *kleine Lösung* o “piccola soluzione”, introdotte nell’ordinamento tedesco al fine di determinare la rettificazione delle indicazioni relative al nome e al sesso della persona)⁴⁵.

La prospettiva dominante che accumuna le vicende del transessualismo e dell’omosessualità sembra dunque essere quella adottata dalla legge spagnola del 15 marzo 2007, n. 3 «reguladora de la réctificación registral de la mención relativa al sexo de las personas», la quale valorizza al massimo grado la «identità de género sentida por el solicitante o psicosocial» (art. 4, 1a, 1) e l’autonomia della persona, escludendo automatismi in rapporto agli eventuali interventi chirurgici volti a far coincidere *soma e psiche*.

È opportuno, in conclusione di questa sezione, dare conto di una recente ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia del febbraio 2013⁴⁶. Il Tribunale si pronuncia a fronte di un ricorso, promosso da un cittadino brasiliano (riconosciuto come persona transessuale, avendo assunto le sembianze dell’altro genere, senza tuttavia avere richiesto la rettificazione anagrafica del sesso ex l. 164 del 14 aprile 1982) per ottenere l’annullamento del provvedimento, emesso dalla Questura di Reggio Emilia, di diniego del permesso di soggiorno per motivi familiari. Il ricorrente allegava di essere coniugato con una cittadina italiana dal 28 ottobre 2007, dichiarando altresì di convivere stabilmente con essa. La persistenza del rapporto di coniugio e della convivenza era già stata oggetto di un’ampia attività istruttoria svolta dallo stesso Tribunale nel 2008 (a seguito di un precedente diniego, da parte della Questura, al rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari), risultando da concordi e plurime dichiarazioni di soggetti attendibili in quanto estranei

cità di un ordinamento e delle sue categorie di fornire soluzioni dignitose e giuste alla diversità di genere». L’Autore rileva altresì come i transessuali costituiscono «figure che trasgrediscono i ruoli di genere tradizionali», pur in presenza, all’interno della loro condizione, di «aspetti che rivelano una forte dose di conformismo. Nel sottoporsi all’intervento chirurgico di rettificazione del sesso, infatti, i transessuali rafforzano l’idea che vuole sesso e genere tra loro necessariamente allineati», *ivi*, 311.

⁴⁵ Cfr., sul punto, B. PEZZINI, *Transgenere in italia: le regole del dualismo di genere e l’uguaglianza*, cit., 349.

⁴⁶ Tribunale di Reggio Emilia, ordinanza del 9 febbraio, n. 8354, il cui testo integrale è reperibile al sito www.equal-jus.eu (ultimo accesso all’url in data 18/3/2013).

alla coppia, le prove di una convivenza («stabile coabitazione nel medesimo appartamento, frequentazione pubblica degli stessi locali, passeggiate comuni») e di un rapporto affettivo «evidente ed intenso».

La vicenda lambisce la controversa, come si è visto, interpretazione coordinata della legge n. 164/1982 (art. 4, per cui la riattribuzione del sesso provocherebbe lo scioglimento del matrimonio originario) e la successiva introduzione (con la novella del 1987), all'interno della legge n. 898 del 1 dicembre 1979, tra le cause di divorzio ex lettera g), art. 3, secondo comma -per cui il divorzio può essere domandato da uno dei coniugi, anche senza previa separazione- della rettificazione anagrafica di attribuzione di sesso, disposta con sentenza passata in giudicato. Essa, tuttavia, pone un problema centrale ed ulteriore rispetto a questa: alla base del diniego opposto dalla Questura al rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari vi è «l'assunto», ritenuto dal Tribunale non persuasivo «d'una incompatibilità in radice tra l'identità di genere del marito ed il requisito della convivenza more uxorio», che non sembra tenere conto della differenza tra “identità di genere” (identificazione della persona con uno dei due generi) e “orientamento sessuale” (attrazione verso un determinato genere)⁴⁷.

L'ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia, che si caratterizza per un'ampia rassegna di giurisprudenza sovranazionale ed europea (oltre che interna) su casi in cui sia stata riscontrata una «fattuale possibilità» che i coniugi possano proseguire la convivenza e vogliano restare sposati anche dopo il mutamento di sesso sottolinea come «l'identificazione con l'altro genere» non costituisca «prova della carenza di una relazione di convivenza»⁴⁸. Tale carenza andrà valutata, ai fini dell'individuazione dei cosiddetti “matrimoni di convenienza”, sulla base di criteri indicativi stabiliti a priori (durata della relazione, esistenza di un domicilio o di una residenza comune ...), quali per esempio quelli individuati nelle Linee guida elaborate dalla Commissione delle Comunità europee per una migliore trasposizione ed applicazione della direttiva 2004/38/CE. Di fronte al rispetto e alla con-

⁴⁷ Tribunale di Reggio Emilia, ordinanza del 9 febbraio 2013, n. 8354 (pagina 3 del dattiloscritto reperibile al sito www.equal-jus.eu).

⁴⁸ *Ibidem*, pagina 5.

formità a questi criteri di carattere oggettivo (come nel caso concreto sottoposto all'esame del Tribunale) ogni ulteriore indagine sulla natura del rapporto tra i coniugi si riverbererebbe, a parere del Tribunale, in una «inammissibile intrusione nella sfera personale dei coniugi», riconosciuta dall'art. 29 Cost. come “società naturale” e pertanto, in un certo qual modo, “impenetrabile” da parte dello Stato⁴⁹.

b) *la sentenza della Corte EDU Gas e Dubois c. Francia*

La pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo *Gas e Dubois c. Francia* del 15 marzo 2012, è particolarmente significativa in quanto anch'essa può configurarsi come una “lente” attraverso cui analizzare la questione del (mancato) riconoscimento del matrimonio omosessuale⁵⁰.

La questione portata all'attenzione della Corte EDU riguarda, in estrema sintesi, l'impossibilità per una coppia di donne, di poter vedersi applicare l'art. 365 del *Code Civil* (adozione semplice con gestione condivisa della patria potestà sul figlio del coniuge)

Una delle due donne, infatti, a seguito di procreazione medicalmente assistita avvenuta in Belgio, aveva partorito una bambina che viveva insieme alla madre naturale e alla compagna, le quali avevano contratto un *pacte civil de solidarité* (PACS)⁵¹ due anni dopo la nascita e a seguito di una decennale convivenza. La

⁴⁹ *Ibidem*, pagina 6.

⁵⁰ Cfr., in relazione al fatto che la sentenza *Gas e Dubois c. Francia* dimostra come nella disciplina del rapporto di famiglia analizzare un punto finisce inevitabilmente per toccare anche altri aspetti della materia, S. NINATTI, L. VIOLINI, *Nel labirinto del principio di non discriminazione: adozione, fecondazione eterologa e coppia omosessuale davanti alla Corte di Strasburgo*, in www.forumcostituzionale.it, p. 4. A commento della pronuncia, cfr. anche F. CHIOVINI, *Omogenitorialità, margine di apprezzamento, interesse del minore: l'instabile bilanciamento dei giudici di Strasburgo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 958 ss.

⁵¹ La dottrina francese in tema di *Pacte Civil de Solidarité* (strumento introdotto in Francia dalla *Loi* n. 99-944 del 15 novembre 1999) è copiosa. In questa sede è opportuno dare conto dei contributi che hanno messo in luce alcuni aspetti che rilevano all'interno del caso concreto portato davanti alla Corte di Strasburgo e che sembrerebbero imporre, per lo meno in via tendenziale, un'analisi differenziata rispetto all'istituto matrimoniale. «Les débats concernant les formes d'union et de couple ont nécessairement amené les questions concernant la famille et la filiation, tant elles sont associées dans les représenta-

donna convivente e successivamente pacsata con la madre biologica della bambina, aveva presentato richiesta - non accolta - di adozione semplice.

Infatti, senza dubbio Tale adozione consente la costituzione di un legame di filiazione con un soggetto senza che vengano meno i rapporti con i genitori biologici, anche se nel caso di adottato minore di età tutti i diritti e i doveri derivanti dalla patria potestà vengono trasferiti in capo al solo adottante. L'unica eccezione, prevista dall'art. 365 del *Code Civil*, riguarda l'adozione semplice dei figli del *coniu-ge*, con conseguente condivisione della patria potestà.

É chiaro come quest'ultima configurasse, per la coppia di donne, l'opzione maggiormente desiderabile, non facendo venire meno la patria potestà della madre biologica, ma garantendone un esercizio condiviso.

Risulta, altresì, evidente come la questione della (non) applicabilità dell'art. 365 del *Code Civil* ad una coppia omosessuale unita da un PACS introduca inevitabilmente la questione del (mancato) riconoscimento del matrimonio omosessuale (nel caso di specie, in Francia).

Le ricorrenti, infatti, invocando gli articoli 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 14 (divieto di discriminazione) della CEDU, lamentano la differenza di trattamento che si configura tra una coppia di conviventi etero o omoses-

tions», B. GOUSSAULT, *Le Pacs et les représentations de la famille*, Espace Temps, 74-75, 2000, 80 ; d'altro canto, è un fatto quello per cui il Pacs costituisce «une union personnelle sui generis, distincte du mariage, qui peut être conclue par tous les couples, qu'ils soient homosexuels ou hétérosexuels (con irrilevanza, pertanto, dell'elemento dell'orientamento sessuale), M.MIGNOT, *Le partenariat enregistré en droit international privé*, RIDC, 53, 3, 2001, 603; secondo un'altra prospettiva, il Pacs costituisce uno strumento dotato di un'intrinseca ambiguità: «Toute l'ambiguité du Pacs se concentre dans cette définition [art. 515-1 del Code civil, che definisce il Pacs come «un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune»] et dans la volonté du législateur français de déconnecter le Pacs du droit des personnes en général et du mariage en particulier pour n'en faire qu'un simple contrat (...) à l'évidence, le Pacs n'est un simple contrat : c'est un statut du couple à base contractuelle», H. FULCHIRON, *Mariage et partenariats homosexuels en droit international privé français*, RIDC, 2, 2006, 413, il quale ricorda, a sostegno delle proprie affermazioni, la Décision del Conseil Constitutionnel n. 99-419 del 9 novembre 1999, che ribadì come il Pacs «ne recouvre pas seulement une communauté d'intérêts, et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes», richiedendo altresì «une résidence commune, une vie de couple», cfr. N. MOLFESSIS, *Pacte civil de solidarité. La réécriture de la loi relative au Pacs par le Conseil Constitutionnel*, JCP, 2000, I, 210.

suali in relazione alla possibilità di vedersi applicare l'art. 365 del *Code Civil*. Infatti, alla sola coppia eterosessuale convivente sarebbe possibile, in astratto, contrarre successivamente matrimonio con conseguente applicazione dell'art. 365 al coniuge che intenda adottare i figli dell'altro coniuge esercitando congiuntamente la patria potestà⁵².

La Corte EDU, pur ritenendo che anche le coppie omosessuali debbano vedersi riconosciuto il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU), individua come nel caso in esame non sia ravvisabile alcuna discriminazione, neppure indiretta (art. 14 CEDU). Dalla combinazione dei due articoli, 14 e 8, non sarebbe possibile dedurre l'esistenza di un "diritto" al matrimonio omosessuale, essendo comunque sempre presente un margine di apprezzamento statale nella disciplina del fenomeno⁵³; ciò in ragione dello statuto particolare, nonché delle conseguenze personali, sociali e giuridiche che si ricollegano ad esso⁵⁴.

La pronuncia è di particolare interesse (oltre che per la presenza della tematica matrimoniale, in qualità di "convitato di pietra", in un caso concernente l'adozione) per le opinioni concordanti e dissenzienti ad essa allegate. Queste pongono l'attenzione su aspetti molteplici e non del tutto secondari: la configurazione della questione del matrimonio omosessuale come «sujet de débat démocratique» in cui si ritiene che il legislatore nazionale possa essere «mieux placé que le juge européen pour changer des institutions qui concernent la famille, les rapports entre les adultes et les enfants, la notion de mariage»⁵⁵; la necessità di un adeguamento della normativa nazionale alla realtà sociale contemporanea per rimuovere eventuali diseguaglianze di trattamento tra gli adottanti (indipendentemente dal loro sesso)⁵⁶; l'ineliminabile esigenza di affrontare le tematiche del matrimonio e della filiazione adottiva in relazione al *best interest* del minore, da ritenersi prevalente rispetto al "punto di vista della società", in ragione del quale il matrimonio gode di uno statuto particolare, con non desiderate (e talvolta danno-

⁵² *Gas e Dubois c. Francia*, § 45.

⁵³ *Ibidem*, § 66.

⁵⁴ *Ibidem*, § 67.

⁵⁵ *Gas e Dubois c. Francia*, opinione concordante del giudice Costa.

⁵⁶ *Gas e Dubois c. Francia*, opinione concordante del giudice Spielmann.

se) ricadute a cascata sui diritti dei minori che si trovino in situazioni familiari “eccentriche” rispetto ad esso⁵⁷.

In dottrina è stato rilevato come, in particolare in Italia, «il “no” all’adozione per le coppie formate dallo stesso sesso» possa giustificarsi «solo a partire dalla convinzione che una coppia formata da persone dello stesso sesso non possa dare vita a una unione che abbia la stessa dignità sociale delle coppie eterosessuali»⁵⁸.

Tale “dignità sociale” sembrerebbe ricollegarsi in particolare all’istituto del matrimonio da un lato (il quale permette l’accesso alla tutela privilegiata della famiglia legittima sancita dall’art. 29 Cost.) e dal principio della *imitatio naturae*, e quindi del nesso tra coniugalità e procreazione.

Come è noto, tuttavia, nel caso della coppia omosessuale, come sottolineato anche dalle ricorrenti nel caso *Gas e Dubois c. Francia* sopra citato, «la mancanza di matrimonio non è riconducibile ad una libera scelta dei componenti della coppia che aspira all’adozione»⁵⁹, risultando ad esse, sostanzialmente, imposto uno status di famiglia non coniugale.

⁵⁷ *Gas e Dubois c. Francia*, opinione dissenziente del giudice Villiger. La considerazione dei profili attraverso cui si possa realizzare il best interest del minore, identificato anche dalla Corte costituzionale italiana come: «un interesse complesso, articolato in diverse situazioni giuridiche, che hanno trovato riconoscimento e tutela sia nell’ordinamento internazionale sia in quello interno» (Corte cost., sent. n. 31/2012, punto 3 del Considerato in diritto), è strettamente connessa da un lato dall’affermazione e piena realizzazione del diritto, anche per le coppie omosessuali, alla vita familiare ai sensi dell’art. 8 della CEDU e dalla valorizzazione delle ipotesi di convivenza *more uxorio* (basti pensare alla legge n. 54/2006 sull’affido condiviso, che ha unificato le regole sostanziali applicandole anche nei procedimenti relativi a figli di genitori non coniugati (art. 4, comma 2); dall’altro, al progressivo avvicinamento della filiazione legittima a quella naturale (su cui, da ultimo, cfr. legge 10 dicembre 2012, n. 219 (*Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali*), e su cui M. SESTA, *I disegni di legge in materia di filiazione: dalla disegualianza all’unicità dello status*, in *Fam. e Dir.*, 2012, 962-968. Con riferimento a Corte cost. n. 31/2012, è stato sottolineato come in questa pronuncia la Corte «con un’inusuale inversione di prospettiva» giudica «della legittimità di una norma penale contemplante una pena accessoria non dall’angolazione di chi la subisce effettivamente, ma da quella di coloro, *id est* i figli minori, sui quali si irradieranno le conseguenze delle restrizioni imposte al primo, ossia al genitore» M. MANTOVANI, *La Corte costituzionale fra soluzioni condivise e percorsi ermeneutici eterodossi: il caso della pronuncia sull’art. 569 c. p.*, in *Giur. Cost.*, 2012, 377 ss.

⁵⁸ F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Dir. famiglia*, 2011, 1375 ss.

⁵⁹ F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, *cit.*, 1379.

Con riferimento alla genitorialità omosessuale, di grande interesse è il riferimento proposto da Francesco Bilotta, il quale sottolinea come nel nostro ordinamento, in concreto, sia già presente, e positivamente determinata, un'ipotesi di filiazione tra un minore e due genitori dello stesso sesso: «Infatti, a seguito dell'approvazione della legge n. 164 del 1982 "Norme in materia di rettificazione dell'attribuzione di sesso", l'autorizzazione alla modificazione del genere sugli atti anagrafici, non incide sullo status genitoriale, tanto è vero che il giudice, pronunciando la cessazione degli effetti civili del matrimonio, pronuncerà anche tutti i provvedimenti relativi ai figli, tra cui, dopo l'ultima novella al codice civile, anche l'affido condiviso ove se ne ravvisi la necessità nell'interesse del/la minore. Da quel momento, pertanto, ci sarà un/a bambino/a che avrà due genitori dello stesso sesso esercenti la potestà genitoriale»⁶⁰.

Ad ulteriore specificazione dei rapporti tra omosessualità genitoriale e *best interest* del minore, nel più generale quadro della filiazione, soccorrono i dati giurisprudenziali che, soprattutto nell'ambito della crisi della coppia, forniscono alcuni elementi di interesse⁶¹.

Sono numerose, infatti, le pronunce che sanciscono l'idoneità del genitore omosessuale ad essere affidatario di prole minorenni⁶², anche attraverso un utilizzo in "combinato disposto" della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, e in particolare delle sentenze *Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo* del 21 dicembre 1999 (in cui la Corte EDU individua nella pronuncia della Corte d'appello di Lisbona - che negava l'affidamento della figlia minorenni al padre, sulla base dell'omosessualità di quest'ultimo e del fatto che convivesse con un altro uomo - una violazione degli articoli 8 e 14 della Convenzione) ed *E. B. c. Francia* del 22 gennaio 2008 (in cui la Corte EDU dichiara contrario alla Convenzione il diniego all'adozione da parte del singolo opposto dalle autorità di uno Stato membro che consente al singolo di adottare, qualora tale diniego sia motivato con la mancanza

⁶⁰ F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, cit., 1380.

⁶¹ G. OBERTO, *Problemi di coppia, omosessualità e filiazione*, in *Dir. Famiglia*, 2010, 802.

⁶² Trib. Napoli, 28 giugno 2006, in *Giur. Merito*, 2007, 1572 ss. e Trib. Bologna 15 luglio 2008, in *Giur.it*, 2009, 1164; Cass. 18 giugno 2008, n. 16593, in *Fam. dir.* 2008, 1106.

di un riferimento genitoriale del sesso opposto a quello dell'aspirante genitore adottivo celibe o nubile). Tali sentenze sanciscono in modo inequivoco «la non rispondenza ai principi della Convenzione Europea di pratiche discriminatorie che trovino la propria “giustificazione” sull'orientamento sessuale del genitore (attuale o potenziale che sia)»⁶³.

Il profilo della filiazione all'interno di una coppia di persone dello stesso sesso è oggetto di analisi anche all'interno della pronuncia del Tribunal Constitucional spagnolo del 6 novembre 2012, n. 198. La Ley 13/2005 di modifica del Código civil e introduttiva del matrimonio omosessuale nonché della possibilità, per le coppie coniugate anche omosessuali di accedere all'adozione di minori, è sottoposta a scrutinio di costituzionalità in relazione all'art. 39.2 CE in tema di tutela e protezione dei figli. Il Tribunal Constitucional, tuttavia, ritiene che la valutazione all'interno dello specifico procedimento di adozione, dell'idoneità genitoriale in relazione al *best interest* del minore debba prescindere dall'orientamento sessuale degli aspiranti adottanti. È significativo che a margine di questa argomentazione il Tribunal citi una pronuncia della Corte EDU, *P. V. c. Spagna*, del 30 novembre 2010, riguardante un caso apparentemente eccentrico rispetto alla prospettiva dell'adozione, e che tuttavia significativamente intreccia i profili dell'aspirazione delle coppie omosessuali ad accedere pienamente agli istituti del matrimonio e dell'adozione con le più generali questioni dell'orientamento sessuale e del transessualismo, e, soprattutto, con il superiore interesse del minore alla genitorialità. La sentenza del Tribunal Constitucional si conclude proprio con la citazione letterale di un passaggio di tale pronuncia: «en modo alguno resulta constitucionalmente admisible es presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores. Ello implica que la adopción de una decisión judicial consistente en suprimir, suspender o limitar el derecho de comunicación de los padres con sus hijos menores con fundamento, de forma principal o

⁶³ G. OBERTO, *Problemi di coppia, omosessualità e filiazione*, cit., 805.

esclusiva, en la transexualidad del padre o de la madre, deba calificarse como una medida discriminatoria proscrita por el art. 14 CE»⁶⁴.

3.3 È possibile scindere, una volta per tutti, i concetti di famiglia e matrimonio?

I casi precedentemente esaminati evidenziano come i concetti di famiglia e matrimonio, se pure distinti tra di loro, esercitino una significativa forza di “attrazione” l’uno nei confronti dell’altro.

Tuttavia, se non è possibile dire che esista un matrimonio senza conseguente creazione di una “famiglia”, essendo quest’ultima qualificabile, secondo la sua più generica definizione come “centro” di relazioni affettive di natura interpersonale⁶⁵, diversamente, è possibile che esista una famiglia senza istituzione del vincolo matrimoniale.

⁶⁴ Tribunal Constitucional, sentenza del 6 novembre 2012, n. 198, cit., 56. Sui rapporti tra figlio/a minore e genitore sottoposto a mutamento di sesso, cfr. altresì la pronuncia del Tribunale di Fermo del 28 febbraio 1997 citata da P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2001, 96, in cui non viene adottata «una soluzione fissa e aprioristica nel regolare i rapporti tra la figlia minore e il genitore sottoposto a mutamento di sesso. Accogliendo la responsabile richiesta di quest’ultimo, il Tribunale infatti ha sospeso i contatti tra padre e figlia fino al raggiungimento della maturità psicologica (e non anagrafica) della bambina, in modo da renderle possibile affrontare senza traumi la nuova realtà sessuale del padre». Sulla distinzione tra il diritto alla procreazione (definito come «sicuramente esistente») e il «diritto a svolgere il ruolo sociale di genitore», cfr. M. SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, 203.

⁶⁵ V. POCAR. P. RONFANI, *La famiglia e il diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2008, 47. A. SANDERS rileva inoltre come «If a reproductive notion of marriage is rejected, the concept of marriage must focus on the relationship of the couple», *Marriage, Same-Sex Partnership, and the German Constitution*, cit., 938. La valorizzazione della dimensione della coppia, in relazione al tema della diagnosi preventiva, è presente in LI WANG, S. E. WILSON, D. B. STEWART, C. HOLLENBEAK, *Marital status and colon cancer outcomes in US Surveillance, Epidemiology and End Results registries: Does marriage affect cancer survival by gender and stage?*, studio pubblicato nel 2011 sulla rivista scientifica *Cancer Epidemiology* (testo disponibile al sito, www.cancerepidemiology.net, ultimo accesso all’url in data 18/3/2013) le cui conclusioni dimostrano come nei pazienti coniugati il cancro fosse diagnosticato prima, per via di una serie di fattori principalmente ricollegati all’esistenza di una rete di controllo e monitoraggio familiare. Di grande rilievo è poi la

In questo senso, il vincolo matrimoniale si presenta come condizione affinché venga ad esistenza la sola famiglia legittima, potendo, viceversa, nascere spontaneamente famiglie di fatto. Il matrimonio, quindi, completa e arricchisce la nozione di famiglia.

Questa prospettiva sembrerebbe portare a considerare il matrimonio come un istituto sostanzialmente fungibile e sostituibile da situazioni “di fatto”. Il che è certamente vero nel caso delle coppie eterosessuali, mentre così non è (come dimostra il caso *Gas e Dubois c. Francia* precedentemente esaminato) in relazione alle coppie dello stesso sesso. Questa obiezione, ampiamente riportata in dottrina e che potrebbe essere definita come la prospettiva della “privazione della scelta”⁶⁶, è in grado di spiegare solo in parte l’inganno concettuale che coinvolge i due termini “famiglia” e “matrimonio”.

Il profilo di una possibile “tutela di fatto” delle coppie (e, quindi, della famiglie omosessuali), è stato tratteggiato sia dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 138/2010 (con riferimento all’attività della stessa Corte⁶⁷), sia dalla Corte di Cassazione Civile, sez. I, nella più recente sentenza n. 4184/2012 (con riferimento anche all’attività dei giudici comuni⁶⁸). E’ una tutela che appare come immediata-

considerazione svolta dal gruppo di studio in sede di introduzione dei risultati della ricerca: «It is of interest to explore the relationship between marital status and colon cancer, since colon cancer is the fourth most common cancer in the US for both men and women, and marriage is a most important part of life for adults», *ivi*, §1.

⁶⁶ Sul punto, M. GATTUSO, *La Costituzione e il matrimonio fra omosessuali*, Il Mulino, 2007, 460; A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionali dei “casi”: la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in www.forumcostituzionale.it, cit., § 10; F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare* cfr. *supra*, in nota n. 58; è interessante notare come questa prospettiva non fosse nemmeno presa in considerazione da P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, 356, per il quale «la convivenza senza vincolo di matrimonio poggia in ogni caso su di una libera scelta».

⁶⁷ Punto n. 8 del *Considerato in diritto*.

⁶⁸ Cass. Civ., sez. I, n. 4184/2012, punto 4.2 della motivazione in *Diritto*, in cui si precisa che: «I componenti della coppia omosessuale, conviventi in stabile relazione di fatto, se – secondo la legislazione italiana – non possono far valere né il diritto a contrarre matrimonio né il diritto alla trascrizione del matrimonio contratto all’estero, tuttavia – a prescindere dall’intervento del legislatore in materia – quali titolari del diritto alla “vita familiare” e nell’esercizio del diritto inviolabile di vivere liberamente una condizione di coppia e del diritto alla tutela giurisdizionale di specifiche situazioni, segnatamente alla tutela di altri diritti fondamentali, possono adire i *giudici comuni* per far valere, in presenza appun-

mente disponibile in relazione ai casi in cui la situazione della coppia omosessuale possa ritenersi omogenea a quella della coppia coniugata. In questo senso, non sembrerebbe esservi discriminazione tra la situazione della coppia di fatto etero ed omosessuale, entrambe rapportabili alla coppia coniugata in alcuni casi caratterizzati da un certo grado di omogeneità (e su cui si veda, *infra*, §3.5, per le prime applicazioni giurisprudenziali).

Questa prospettiva determina giocoforza, come esito concreto, un assorbimento della questione del matrimonio omosessuale nella più generale problematica della tutela della famiglia di fatto (sia essa etero o omosessuale)⁶⁹.

La scelta che si è inteso compiere all'interno di questo lavoro è stata invece quella di non abbandonare la concezione del matrimonio come istituto infungibile e non negoziabile con ulteriori e diversi assetti di tutela⁷⁰.

to di “specifiche situazioni”, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza» (corsivo aggiunto).

⁶⁹ Sulle prospettive di tutela giuridica, *de jure condendo*, delle relazioni di fatto, cfr. F. D'ANGELI, *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2011, 154 ss., che, sul tema, individua «cinque fondamentali linee di pensiero» dottrinali, riconducibili, rispettivamente, al netto rifiuto di una regolamentazione sia pur minima e settoriale della convivenza non formalizzata; alla preferenza per la garanzia giuridica offerta dall'autonomia privata, con, in particolare, ricorso alle regole generali della *soluti retentio*, in presenza di un'obbligazione naturale e della *restitutio*, in presenza di un arricchimento ingiustificato; all'assimilazione giuridica tra i due nuclei, ora in via interpretativa attraverso l'applicazione analogica della vigente disciplina dettata per la famiglia legittima, ora rinviando al legislatore il compito di introdurre una disciplina organica della libera unione.

⁷⁰ In questo senso, cfr. A. BARRERO ORTEGA, *Le débat sur la légalisation du mariage homosexuel en Espagne*, in *RFDC*, 2007, 261, il quale sottolinea come: «Il y a finalement une dimension du sujet qui ne peut être ignorée : l'option d'étendre l'institution matrimoniale est la seule qui permet l'exercice réel et effectif du droit fondamental au mariage par des couples homosexuels. La discrimination réside dans l'exercice, ou plus exactement, dans l'impossibilité de l'exercice du droit fondamental au mariage par des citoyens de même sexe. On peut uniquement mettre fin à cette discrimination en rendant possible l'exercice du droit au mariage pour les homosexuels qui le souhaitent. Une loi d'union civile ou de couple n'est pas suffisante. Une loi régissant le mariage est nécessaire. En effet, il s'agit de revendiquer l'égalité dans l'exercice de ce droit constitutionnel ; il s'agit de faire en sorte que tous les citoyens, indépendamment de leur orientation sexuelle soient égaux dans l'exercice de ce droit fondamental. Et si l'union homosexuelle

La richiesta di un accesso allargato all'istituto matrimoniale, il rilievo pubblico di quest'ultimo e il suo caratterizzarsi come insostituibile bene relazionale⁷¹ impongono perciò, se non (come non sarebbe possibile né auspicabile) una scissione dal concetto di famiglia, almeno un'analisi differenziata e specifica.

3.4 L'analisi della famiglia di fatto ai fini della presente indagine

Come si è poco sopra anticipato, una delle tesi di fondo del presente studio risiede in quella che si è definita come "infungibilità" dell'istituto matrimoniale. Questa caratteristica non riguarda, come è ovvio, il solo aspetto simbolico del rilievo pubblico ad esso attribuito⁷², ma anche le conseguenze giuridicamente rilevanti che da esso conseguono⁷³.

n'est pas le mariage, il n'y a pas d'égalité entre les citoyens homosexuels et hétérosexuels».

⁷¹ Cfr., *supra*, § 3.1.

⁷² L'analisi di questo aspetto è particolarmente valorizzata nella pronuncia della Corte distrettuale del Nord California del 4.8.2010, *Perry v. Schwarzenegger* (dattiloscritto reperibile all'indirizzo <http://archive.equal-jus.eu/735>, ultimo accesso all'url in data 18/3/2013), in cui viene dichiarata l'incostituzionalità della *Proposition 8* (la proposta referendaria che aveva avuto l'esito di approvare una proposta di emendamento della costituzione della California prevedendo la formulazione: «only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California»), in cui sono riportate numerosissime testimonianze (tra cui alcune particolarmente qualificate, quali quella di Nancy Cott, docente di American History presso l'Università di Harvard), che sottolineano lo *special meaning of marriage* e il fatto stesso che il matrimonio determini un *access to the language*, cioè la possibilità di accesso ad un orizzonte di significati riconoscibili e condivisi. Sul punto, volendo, L. CONTE, *La sentenza costituzionale n. 138/2010: profili linguistici di interesse giuridico*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI, *Unioni e matrimoni same – sex*, cit., 214-215.

⁷³ M. GATTUSO, *Appunti sulla famiglia naturale e il principio di eguaglianza* (a proposito della questione omosessuale), in *Quest. Giust.*, 2007, 272, nota n. 26, in relazione alle coppie omosessuali, formula a questo proposito un lungo elenco di «diritti mancati, già da tempo posti all'attenzione dell'opinione pubblica», e collegati all'istituto matrimoniale o comunque ad una possibile regolamentazione giuridica dei rapporti di fatto che però, al momento, nel nostro ordinamento risulta assente, tra cui il diritto a di visitare il partner in ospedale, di intervenire nelle scelte mediche in caso di incoscienza, e sottolinea in parti-

In questa prospettiva, si ritiene tuttavia utile analizzare il fenomeno della famiglia di fatto in prospettiva dinamica, vale a dire con riguardo all'evoluzione giurisprudenziale (di legittimità e di merito) che ha, nel tempo, registrato questo fenomeno, riconoscendolo come costituzionalmente rilevante.

L' "incontrovertibile" «importanza rivestita, alla luce dell'art. 2 Cost., dalla famiglia di fatto come formazione sociale all'interno della quale l'individuo può manifestare, svolgere e sviluppare la personalità»⁷⁴ costituisce un profilo costituzionale, individuato dalla Corte in più occasioni⁷⁵, attraverso cui è possibile raccogliere alcune informazioni importanti.

colare l'impossibilità di accedere alla pensione di reversibilità, la preclusione al ricongiungimento con il partner straniero [ora, in parte superata dalla pronuncia del Tribunale di Reggio Emilia, su cui infra, § 3.5] e la negazione di ogni tutela ad uno dei figli del partner.

⁷⁴ L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, CEDAM, Padova, 2004, 17.

⁷⁵ Corte cost., n. 166/1998 definisce la convivenza *more uxorio* come «espressione di una scelta di libertà dalle regole che il legislatore ha sancito in dipendenza del matrimonio» (punto 5 del Considerato in diritto); Corte Cost. n. 8/1996, richiamando la propria giurisprudenza precedente (sentenze n. 310/1989, 423 e 404/1988 e 45/1980), pone in luce «la netta differenza della convivenza di fatto, fondata sulla *affectio quotidiana* – liberamente e in ogni istante revocabile – di ciascuna delle parti rispetto al rapporto coniugale, caratterizzato da stabilità e certezza e dalla reciprocità e corresponsività di diritti e doveri» (punto 2 del Considerato in diritto) – differenza che tuttavia non esclude «la comparabilità delle discipline riguardanti aspetti particolari dell'una e dell'altro che possano presentare analogie, ai fini del controllo di ragionevolezza a norma dell'invocato art. 3 della Costituzione» (punto 3 del Considerato in diritto, considerazione ribadita in seguito da Corte Cost., n. 352/2000, punto 2 del Considerato in diritto) e manifesta l'esigenza di tenere distinte l'una e l'altra forma di vita comune tra un uomo e una donna, riconoscendo a entrambe la loro specifica dignità, in una prospettiva che «tenga presenti e quindi rispetti il maggior spazio da riconoscersi, nella convivenza, alla soggettività individuale dei conviventi; e viceversa dia, nel rapporto di coniugio, maggior rilievo alle esigenze obiettive della famiglia come tale, cioè come stabile istituzione sovraindividuale» (punto 2 del Considerato in diritto); Corte Cost., n. 237/1986, rileva come: «un consolidato rapporto, ancorché di fatto, non appa[ia] – anche a sommaria indagine – costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti manifestazioni solidaristiche (art. 2 Cost.) (punto 3b) del Considerato in diritto); con particolare riferimento alla materia dell'adozione, Corte Cost. n. 281/1994 rileva come non sia possibile «ignorare, per un verso, il sempre maggiore rilievo che, nel mutamento del costume sociale, sta acquisendo la convivenza *more uxorio*, alla quale sono state collegate alcune conseguenze giuridiche (...). Né può per altro verso negarsi validità alla suggestiva considerazione che, proprio ai fini della tutela dell'interesse del minore, la solidità di una vita matrimoniale potrebbe risultare, oltre che da una convivenza successiva alle nozze protratta per alcuni anni, anche da un più lungo periodo, anteriore alle nozze, caratterizzato da una stabile e completa comunione materiale e spirituale di vita della coppia stessa, che poi assuma con il matrimonio forza vincolante» (punto 4 del Considerato in diritto).

È proprio la natura poliedrica (al punto da risultare talvolta sfuggente) della convivenza *more uxorio*, su cui si è modellata la giurisprudenza negli scorsi decenni, ad avere costituito un laboratorio attraverso cui definire la nozione di famiglia e, se pure *a contrario*, quella di matrimonio⁷⁶.

La stessa dimensione collettiva e plurale della giurisprudenza (l'insieme dei giudici comuni), nella ridefinizione di questi concetti (se pure in riferimento a singoli e concreti casi), sembrerebbe poi essere individuata, anche se sottotraccia, dalla stessa Corte costituzionale quando, nella sentenza 138, riserva a se stessa (sollecitata nell'ambito di un giudizio in via incidentale) il compito di valutare, sulla base del controllo di ragionevolezza, eventuali situazioni in cui la coppia

rato in diritto); in Corte Cost., n. 140/2009 viene precisato che: «senza dubbio, la convivenza *more uxorio* costituisce un rapporto ormai entrato nell'uso ed è comunemente accettato, accanto a quello fondato sul vincolo coniugale [e tuttavia] questa trasformazione della coscienza e dei costumi sociali (...) non autorizza la perdita dei contorni caratteristici delle due figure, collocandole in una visione unificante secondo la quale la convivenza di fatto rivestirebbe connotazioni identiche a quelle nascenti dal rapporto matrimoniale, sicché le situazioni in sostanza differirebbero soltanto per il dato estrinseco della sanzione formale del vincolo. Al riguardo, si deve ribadire (...) che la convivenza *more uxorio* è diversa dal vincolo coniugale e non può essere assimilata a questo per desumerne l'esigenza costituzionale di una parità di trattamento» (punto 3 del *Considerato in diritto*); Corte cost. n. 138/2010 riconosce, come è noto, ai sensi dell'art. 2 Cost., il «diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri» alle unioni omosessuali, intese «come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso» derivando perciò che, nell'ambito di applicazione dell'art. 2 Cost., spetti al Parlamento in via discrezionale individuare forme di garanzia e riconoscimento per tali unioni «restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze *more uxorio*: sentenze n. 559/1989 e n. 404/1988, riguardanti, rispettivamente, la successione del convivente *more uxorio* nell'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica e la successione del convivente *more uxorio* nella titolarità del contratto di locazione) (punto 8 del *Considerato in diritto*).

⁷⁶ Sull'esigenza, avvertita dalla Corte costituzionale, di tenere in ogni caso distinte le due “forme”, “matrimonio” e “convivenza”, è stato sottolineato, in un commento a Corte cost. n. 166/1998, come «E' ovvio che non è solo la forza simbolica del codice civile a preoccupare la Corte, ma il timore che, accreditando un'interpretazione estensiva di anche una sola, limitata, disposizione del Capo V, si possa far franare l'argine che separa lo scioglimento del matrimonio dallo scioglimento della convivenza, e lasciare mano libera al dilagare dei procedimenti di interpretazione analogica», R. BIN, *Tra matrimonio e convivenza di fatto: un difficile equilibrio*, in *Giur. Cost.*, 1998, 2520.

omosessuale debba ricevere un trattamento omogeneo rispetto a quello della coppia eterosessuale⁷⁷.

Tale ipotesi configura una tutela provvisoria ed episodica, i cui esiti, se pure già manifestatisi in concreto (come meglio specificato *infra*, §3.5), non sembrano ancora del tutto certi e verificabili; inoltre, essa non soddisfa in alcun modo la pretesa di contrarre matrimonio avanzata dalle coppie dello stesso sesso.

In questo passaggio delicato, il giudice, dovendo verificare ipotesi di omogeneità di trattamento tra coppie coniugate e coppie di fatto (anche omosessuali), svolge un ruolo cruciale, anche se diverso a seconda di quale delle due ipotesi venga in considerazione. E' evidente infatti come il giudice, nell'analizzare tali profili di omogeneità non possa ignorare che, mentre la convivenza tra soggetti eterosessuali si configura spesso come una scelta di libertà e assenza da vincoli (e come tale va considerata e rispettata), la convivenza costituisce, invece, l'unica scelta a disposizione dei soggetti dello stesso sesso.

La domanda che sembra quindi interessante porsi è se il percorso tracciato dal giudizio di ragionevolezza possa dispiegarsi pienamente in questi casi, anche a prescindere dalle differenze sopra individuate tra la situazione giuridica della coppia convivente omosessuale e di quella eterosessuale⁷⁸. In altre parole: la discipli-

⁷⁷ Corte Cost., n. 138/2010, punto 8 del Considerato in diritto. In riferimento al ruolo non solo della Corte costituzionale, ma anche dei giudici comuni, nell'individuazione di tali "ipotesi" di omogeneità, M. Gattuso rileva come: «Alla luce delle indicazioni della Consulta, si dovrà ritenere che ogni giudice sia chiamato ad accertare di volta in volta se nella situazione data "sia riconoscibile la necessità di un trattamento omogeneo" – verificando preventivamente se il dispositivo favorevole alla coppia coniugata possa essere applicato anche alla coppia omosessuale –essendo ammissibile il ricorso alla Corte soltanto quando la norma da applicare non sia suscettibile d'una lettura costituzionalmente orientata – e, in caso negativo, interrogando la Corte per consentirle di verificare se sussista violazione del parametro dell'eguaglianza formale», M. GATTUSO, *La giurisprudenza e le unioni same – sex*, in B. PEZZINI, A. LORENZETTI, *Unioni e matrimoni same – sex*, cit., 140, in nota n. 54; in senso analogo, è stato affermato «che tale controllo di ragionevolezza non spetta soltanto alla Consulta in via esclusiva, bensì a ciascun giudice comune, a cui ciascuna coppia omosessuale può rivolgersi al fine di vedersi riconosciuti alcuni diritti finora spettanti unicamente alle coppie eterosessuali», F. CHIOVINI, M. M. WINKLER, *Dopo la consulta e la Corte di Strasburgo, anche la Cassazione riconosce i diritti delle coppie omosessuali*, cit., 1707 ss.

⁷⁸ La risposta potrebbe essere affermativa ponendo a mente l'importanza che, nel giudizio di ragionevolezza, è assunta dal "contesto", inteso, all'interno del giudizio di legittimità costituzionale, come «quel particolare rapporto di fatto o bene della vita che il legislatore

na eventualmente omogenea, riservata, in determinate situazioni, alla coppia convivente (etero od omosessuale) e alla coppia coniugata può ritenersi soddisfacente, sotto il profilo della tutela dei diritti, considerando il fatto che la libertà dal vincolo, nel caso delle coppie omosessuali, si configura come una scelta obbligata⁷⁹? Come è stato fatto notare, per effetto del “combinato disposto” degli art. 2 Cost., art. 9 della Carta di Nizza (che, in relazione al diritto di contrarre matrimonio, predispone una classificazione unica indipendente dal sesso dei coniugi) e l’art. 8 della CEDU (che protegge la nozione di vita familiare), le unioni omosessuali sembrerebbero in realtà porsi «in uno spazio intermedio tra convivenze more uxorio e coppie coniugate»⁸⁰.

Tuttavia, non è possibile ignorare la difficoltà di collocare in modo soddisfacente questa ipotesi intermedia all’interno del quadro costituzionale, e questo deriva dal fatto che risulta differente il fondamento della tutela: nell’ipotesi della famiglia di fatto l’art. 2; nel caso della famiglia legittima, l’art. 29 Cost. Non si tratta semplicemente di una distanza “topografica”: i due articoli, infatti, presentano due soggetti distinti: nel primo caso, il singolo individuo; nel secondo caso, la famiglia. Con ciò, si determina che la tutela della famiglia di fatto risulti, necessa-

si è prefigurato allorché ha predisposto la disciplina contenuta nell’atto-fonte». Tale contesto, all’interno di una controversia giudiziale, rientra in gioco «sotto forma di titolo dell’azione, individuando il presupposto in fatto del giudizio. Se è vero che questi contesti non rispondono *in toto* a quelli prefigurati dal legislatore, dato che nel processo hanno accesso i fatti e i rapporti giuridici vivificati dall’esperienza concreta, è altrettanto vero che la complessità del giudizio sotto il profilo soggettivo e oggettivo è causa di ulteriore arricchimento di elementi fattuali, che l’organo giudicante dovrà apprezzare ai fini della soluzione della controversia». Tra tali organi si situa anche la Corte costituzionale, «in quanto ogni questione di legittimità costituzionale sottende concreti conflitti di interessi, la cui risoluzione si richiede al giudice della legge», A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, cit., 389 ss.

⁷⁹ Sul punto, M. GATTUSO, *La giurisprudenza e le unioni same – sex*, cit., 140, nota n. 54 sottolinea come pur venendo richiamati dalla Corte costituzionale nella sent. 138/2010 «quale precedente storico, i pregressi interventi a tutela delle convivenze eterosessuali, non pare che possa assumere specifica rilevanza la giurisprudenza con cui la Corte ha evidenziato che la mancata regolamentazione del rapporto matrimoniale discende dall’autonomia privata (poiché la carenza di vincolo matrimoniale sarebbe frutto d’una deliberata scelta). Tale limite non sussiste per le unioni omosessuali, data l’impossibilità di accedere a qualsiasi protezione.».

⁸⁰ M. GATTUSO, *ibidem*.

riamente, mediata dalla tutela del singolo ed espressione della scelta di libertà di quest'ultimo e perciò ad essa, in sostanza, subordinata.

Ai fini della presente indagine, dunque, il dato più importante che sembra opportuno registrare è quello della piena riconducibilità della convivenza omosessuale alla nozione di famiglia, il che non appariva del tutto scontato in precedenza (basti pensare all'affermazione della Corte costituzionale, contenuta nella sentenza n. 8/1996, per cui, in riferimento a matrimonio e convivenze *more uxorio*, è avvertita «l'esigenza di tenere distinte l'una e l'altra forma di vita comune *tra un uomo e una donna*, riconoscendo a entrambe la loro specifica dignità»)⁸¹.

3.5 Dopo la sentenza n. 138/2010: il quadro di riferimento europeo in tema di unioni omosessuali e la sua ricezione da parte della giurisprudenza

In precedenza è stata citata⁸² la sentenza della Corte EDU *Gas e Dubois c. Francia*, che per il complesso intreccio al suo interno tra le problematiche relative all'adozione del convivente pacsato e il matrimonio omosessuale è stata oggetto di un esame separato.

Vi è tuttavia una pronuncia precedente, *Schalk e Kopf. C. Austria*, del 24 giugno 2010⁸³, che è stata diffusamente richiamata in una serie di pronunce successi-

⁸¹ Corte Cost., n. 8/1996, punto 2 del *Considerato in diritto*. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, 350 ss., in tema di distinzione tra "famiglia come società naturale" e "famiglia di fatto" - e della loro riconducibilità a determinati parametri costituzionali - offre una ricostruzione più complessa. Partendo dal dato per cui «il vincolo matrimoniale (...) è null'altro che un rapporto giuridico che si aggiunge a quello di fatto», l'Autore sottolinea che, alla domanda «Deve ritenersi che il solo vincolo del matrimonio porti a collocare la famiglia tra le società naturali protette dalla Costituzione?» debba darsi «intuitivamente», risposta negativa. Infatti, «La famiglia come società naturale, appunto perché tale, preesiste al matrimonio, ed è comunque in primo luogo protetta dall'art. 2, come formazione sociale primordiale, perché "originaria"».

⁸² § 3.2, lett. b).

⁸³ *Schalk e Kopf c. Austria*, 24 giugno 2010, (ric. n. 30141/04), su cui G. REPETTO, *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero la negazione "virtuosa" di un diritto*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/Repetto01.pdf>, (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013); G. BRONZINI, *La giurisprudenza multilivello dopo Lisbona: alcuni casi difficili*, in www.europeanrights.eu (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013); M. CARTABIA, *In tema di "nuovi diritti"*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, cit., I,

ve dei giudici di merito italiani per ragioni di ordine tematico (il diritto di contrarre matrimonio invocato da una coppia di persone dello stesso sesso), per ragioni di contiguità temporale (la sentenza giunge pochi mesi dopo la pronuncia della Corte costituzionale italiana n. 138/2010), nonché per le significative e nuove considerazioni svolte dalla Corte EDU in relazione all'interpretazione dei parametri convenzionali richiamati (art. 12 e art. 14, letto unitamente all'art. 8 CEDU).

In particolare, la Corte di Strasburgo interpreta in senso evolutivo l'art. 12 CEDU, che riconosce il diritto di sposarsi e formare una famiglia: «Regarding being had to Article 9 of the Charter [of Fundamental Rights of the European Union]⁸⁴ therefore, the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex»⁸⁵.

In relazione agli articoli 8 (rispetto della vita private e familiare) e 14 (divieto di discriminazione), letti in combinato disposto, la Corte rileva come la nozione di famiglia presupposta dall'art.8 «is not confined to marriage-based relationships and may encompass also other de facto “family” ties where the parties are living together out of wedlock»⁸⁶, e pertanto «the Court consider it artificial to maintain the view that, in contrast to a different – sex couple, a same – sex couple cannot enjoy “family life” for the purposes of Article 8. Consequently the relationship of the applicants, a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of “family life”, just as the relationship of a different – sex couple in the same situation would»⁸⁷.

La richiesta dei ricorrenti di poter contrarre matrimonio non viene quindi accolta dalla Corte EDU sulla base delle seguenti considerazioni: da un lato l'intervenuta approvazione nell'ordinamento austriaco di una legge sulle

641-642, che analizza la pronuncia nel più generale quadro della “indivisibilità” e “interdipendenza” dei diritti umani, «cosicché ogni nuovo diritto entra nel bilanciamento complessivo con i vecchi diritti e altera l'assetto complessivo».

⁸⁴ Il quale, come è noto, stabilisce che «The right to marry and to found a family [senza alcun riferimento al sesso dei coniugi] shall be guaranteed in accordance with the national laws governing the exercise of these rights».

⁸⁵ *Schalk e Kopf c. Austria*, § 61.

⁸⁶ *Ibidem*, § 91.

⁸⁷ *Ibidem*, § 93.

partnership registrate, entrata in vigore dal 1 gennaio 2010 (che quindi offre una forma di riconoscimento se non uguale, almeno analoga al matrimonio), dall'altro il rilievo di un crescente – anche se non prevalente – *consensus* europeo relativo al riconoscimento di una tutela giuridica per le coppie dello stesso sesso.

Resta in ogni caso salva la discrezionalità dei singoli stati nel conservare un margine di apprezzamento nell'introduzione di riforme legislative su di un tema - quale il matrimonio - dotato di «deep rooted and social and cultural connotations which may differ largely from one society to another»⁸⁸.

La sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* non è la sola importante coordinata giurisprudenziale emersa successivamente alla pronuncia n. 138/2010 della Corte costituzionale: è opportuno rilevare altresì come sia intervenuta nel 2011 (10 maggio) la sentenza della Corte di Giustizia CE (Grande sezione) *Römer c. Freie Hansestadt Hamburg*, in cui viene posta una questione pregiudiziale di interpretazione della Direttiva del Consiglio 2000/78/CE, la quale definisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, oltre che sull'interpretazione dei principi generali del diritto dell'Unione per quanto riguarda le discriminazioni fondate sulle tendenze sessuali⁸⁹.

Il caso concreto riguardava, in particolare, la richiesta di ricalcolo della propria pensione complementare di vecchiaia, applicando la deduzione più vantaggiosa corrispondente allo scaglione tributario riservato ai beneficiari di prestazioni coniugati e non stabilmente separati, avanzata dal Sig. Jurgen Römer, contraente di

⁸⁸ *Schalk e Kopf c. Austria*, §62.

⁸⁹ La sentenza *Römer*, Corte di Giustizia UE, 10 maggio 2011, C-147/08 (Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea L 141/1, 27 maggio 2011) si pone in continuità con le più risalenti sentenze *Grant c. South West – Ltd.* del 17 febbraio 1998, *K.B. c. Regno Unito* del 7 gennaio 2004 e *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* del 1 aprile 2008 nello sviluppo, all'interno della giurisprudenza di tale Corte, del principio di non discriminazione (diretta o indiretta) in relazione all'orientamento sessuale. Cfr., sul punto e a commento della sentenza, M. M. WINKLER, *I trattamenti pensionistici delle coppie dello stesso sesso nell'Unione Europea: il caso Römer*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 1979 e M. DI BARI, *Considerazioni a margine della sentenza 4184/2012 della Corte di Cassazione: la Cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nei confronti delle coppie same – sex anche alla luce della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in www.rivistaaic.it (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013), § 3.

un'unione civile registrata ai sensi della legge 16 febbraio 2001(Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft) .

La Corte dichiara che «il combinato disposto degli artt. 1, 2 e 3, n. 1, lett. c) della Direttiva 2000/78 osta ad una norma nazionale (...) ai sensi della quale un beneficiario partner di un'unione civile registrata percepisca una pensione complementare di vecchiaia di importo inferiore rispetto a quella concessa ad un beneficiario coniugato non stabilmente separato», qualora: a) nello Stato membro interessato il matrimonio sia riservato a soggetti eterosessuali e coesista con un'unione civile registrata riservata a persone dello stesso sesso; b) sussista una discriminazione diretta fondata sulle tendenze sessuali, valutabile sulla base di una comparabilità (valutabile dal giudice del rinvio) tra le situazioni della persona coniugata e del partner di un'unione civile registrata in materia pensionistica.

Questa pronuncia è di particolare importanza, soprattutto in riferimento ai profili di crescente avvicinamento tra la condizione dei coniugi e quella dei *partners* registrati (ove logicamente, vi sia una disciplina legislativa per le convivenze), che costituisce un altro elemento di comparazione, attivabile, però, qualora sia già stato completato un primo passo di avvicinamento al “tipo” matrimonio, ulteriore rispetto alla mera analisi di una ipotetica “omogeneità” con situazioni “di fatto”.

Tornando alla sentenza *Schalk e Kopf c. Austria*, essa, per i motivi sopra esposti, ha goduto di una più fortunata ricezione da parte della giurisprudenza di merito, a partire dal decreto del Tribunale di Varese del 23 luglio 2010⁹⁰, in cui il giudice la richiama al fine di ricostruire «il tormentato e progressivo iter giurisprudenziale che ha condotto ad un mutato quadro giurisprudenziale, sia nazionale che sovranazionale, in cui la coppia omosessuale è una formazione sociale a rilevanza costituzionale, inquadrabile nel concetto europeo di “famiglia” come recepito dalla CEDU».

Allo stesso modo, il Tribunale di Reggio Emilia, pronunciandosi su un ricorso avverso il provvedimento di diniego della carta di soggiorno al coniuge dello stes-

⁹⁰ Tribunale di Varese, Ufficio della volontaria giurisdizione, 23.07.2010, in *Banca dati De Jure*, avente ad oggetto il ricorso ex art. 98, comma 3 c. c., avverso il divieto dell'ufficiale dello stato civile del Comune di Viggiù di procedere alle pubblicazioni in vista del matrimonio di due persone dello stesso sesso.

so sesso di un cittadino italiano che aveva con esso contratto matrimonio all'estero (in Spagna), afferma, riferendosi in particolare alla sentenza *Schalk e Kopf c. Austria*, come: «a norma della Convenzione Europea sui diritti dell'uomo e le libertà fondamentali, secondo l'interpretazione datane dalla fonte più autorevole, i termini “matrimonio” e “coniuge” devono essere intesi in senso inclusivo delle coppie, sposate in un paese aderente alla Convenzione, formate da persone dello stesso genere»⁹¹.

Sulla pronuncia della Corte di Cassazione civile, sez. I, n. 4184 del 15 marzo 2012 si è detto più sopra (§ 3.1): in questa sede basta rilevare come anche al suo interno sia presente il riferimento alla pronuncia della Corte EDU *Schalk e Kopf*⁹². In particolare, nonostante il dispositivo di rigetto delle richieste dei ricorrenti, la Corte di Cassazione rileva come nella sentenza della Corte di Strasburgo siano presenti «importanti novità nell'interpretazione sia dell'art. 12 sia dell'art. 14 della Convenzione» e riporta di seguito, in maniera quasi integrale, i passaggi più salienti della pronuncia.

Da ultimo, il riferimento a tale pronuncia della Corte di Strasburgo è presente anche in una recente sentenza della Corte di Appello di Milano, sezione lavoro, n. 407 del 31 agosto 2012⁹³. Quest'ultima, nel respingere l'appello verso la sentenza n. 5267/09 del Tribunale di Milano promosso dalla Cassa Mutua Nazionale per il Personale delle Banche di Credito Cooperativo, con cui era stata accolta la richiesta di un dipendente ad ottenere l'iscrizione del proprio compagno convivente quale beneficiario delle prestazioni della Cassa (ai sensi dell'art. 4 dello Statuto della Cassa, che prevede che hanno diritto alle prestazioni i “destinatari, i loro familiari fisicamente a carico e il convivente more uxorio risultante dallo stato di famiglia e con reddito non superiore a quello previsto per essere considerato familiare fisicamente a carico”), sottolinea come la Corte EDU «afferm[ando] il diritto al rispetto della vita privata e familiare garantito dalla Convenzione (...) im-

⁹¹ Trib. Reggio Emilia, 13 febbraio 2012, dattiloscritto reperibile al sito www.equal-jus.eu (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013), *Diritto*, punto 3.

⁹² Corte di Cassazione civile, sez. I, n. 4184/2012, motivazione in *Diritto*, punto 3.3.3.

⁹³ Corte d'Appello di Milano, sez. lavoro, n. 407 del 31 luglio 2012, testo consultabile in www.personaedanno.it (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013).

pon[ga] la qualifica di famiglia anche alle unioni formate da persone dello stesso sesso»⁹⁴.

In tutte le pronunce di giudici italiani sopra menzionate (Tribunale di Varese, Tribunale di Reggio Emilia, Corte di Cassazione civile, Corte d'appello di Milano) è altresì presente il richiamo alla sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale. Essa è individuata come un precedente di assoluto rilievo, di cui, per un verso, non è mai smentita la natura di pronuncia di rigetto della questione relativa all'incostituzionalità del complesso degli articoli contenuti nel Codice civile che, sistematicamente interpretati, non consentono il matrimonio tra persone dello stesso sesso, ma, per l'altro, è riconosciuta contenere al suo interno «nuove e importanti affermazioni»⁹⁵.

Queste ultime sono identificate nell'inclusione dell'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra persone dello stesso sesso, tra le formazioni sociali di cui all'art. 2, che contribuiscono allo sviluppo della personalità dell'individuo, spettando a tali unioni il diritto fondamentale a vivere liberamente la propria condizione di coppia; nel riferimento alla discrezionalità del Parlamento ai fini dell'individuazione dei tempi e dei modi attraverso cui attuare una disciplina giuridica delle convivenze; da ultimo, nella possibilità, riservata alla Corte costituzionale, di intervenire a tutela di specifiche situazioni ove sia ravvisabile la necessità di un trattamento omogeneo (garantito attraverso il giudizio di ragionevolezza) tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale⁹⁶.

È interessante notare come in due di questi casi (Tribunale di Reggio Emilia e Corte di Appello di Milano, sezione lavoro) il giudice scelga di effettuare egli stesso il controllo di ragionevolezza sulla base delle coordinate tracciate dalla

⁹⁴ *Ibidem*, pagina 8.

⁹⁵ Cass. civ., sez. I, n. 4184/2012, motivazione in *Diritto*, punto 3.2

⁹⁶ Cass. civ., sez. I, n. 4184/2012, motivazione in *Diritto*, punto 4.2; Trib. Reggio Emilia, *Diritto*, punto 3.3; Corte d'Appello di Milano, (pagina 9, limitatamente al riferimento all'art. 2 Cost.); Tribunale di Varese, cit., (con particolare riferimento al possibile intervento della Corte costituzionale «già in costanza della lacuna (oltre che al fine di controllare la legittimità della futura legislazione» e all'eventualità dell'esercizio di «un controllo diffuso “caso per caso”, mandando al giudice [comune] di verificare di volta in volta se la norma prevista per il matrimonio tra persone di sesso diverso sia estensibile al matrimonio tra persone dello stesso sesso, e in caso di risposta negativa, accertandone l'eventuale irragionevolezza»).

Corte costituzionale nella sentenza 138/2010. Nel primo caso, infatti, accoglie il ricorso presentato da un cittadino uruguayano, coniuge di cittadino italiano (in seguito a matrimonio civile contratto in Spagna), avverso il provvedimento di diniego della carta di soggiorno, sulla base di un'interpretazione del termine "coniuge", contenuto nel D. lgs 30/2007, ai sensi della Direttiva 2004/38/CE, avente come finalità la tutela della libera circolazione in ambito UE⁹⁷. Nel secondo caso, respinge l'appello proposto avverso una precedente sentenza del Tribunale di Milano (n. 5267/2009) che aveva accolto la domanda - relativa all'iscrizione alla Cassa Mutua Nazionale per il Personale della Banche di credito Cooperativo del convivente del ricorrente - richiamando quale criterio ermeneutico, l'art. 1369 c.c. e rilevando come il beneficio dell'assistenza sanitaria non dovesse intendersi riservato alle sole coppie conviventi eterosessuali, coerentemente con la *ratio* della previsione statutaria (l'assistenza sanitaria dei destinatari e dei loro familiari aventi diritto, tra cui anche il convivente *more uxorio*).

La Corte d'appello si trova quindi a pronunciarsi sul significato da attribuirsi all'espressione "*more uxorio*" (nella pronuncia si dà conto addirittura della allegazione per estratto agli atti di causa delle definizioni tratte da numerosi dizionari della lingua italiana), che la Cassa Mutua appellante vorrebbe, al contrario del ricorrente del giudizio in primo grado, riferita unicamente all'unione di due persone di sesso diverso, sulla base del principio *in claris non fit interpretatio* e dell'art. 1362 c.c. (che si riferisce alla comune volontà delle parti, nel presente caso, quella della Cassa Mutua di volersi riferire unicamente, consapevolmente ed esclusivamente, all'unione tra uomo e donna, anche avendo riguardo alla totale assenza di un riconoscimento, nell'ordinamento italiano, della convivenza omosessuale).

L'argomentazione della Corte d'appello è di particolare interesse in quanto svolge, sebbene sul piano del diritto privato dei contratti, alcune considerazioni che possono essere agevolmente traslate anche nel campo del diritto costituzionale. La questione portata all'attenzione della Corte d'appello di Milano sezione la-

⁹⁷ Sul punto, volendo, L. CONTE, *Matrimonio, famiglia e circolazione di modelli: prospettive di metodo per il giurista*, in E. RAFFIOTTA (cur.), *Le nuove esigenze di tutela della persona*, Thomson Reuters Aranzadi, in corso di pubblicazione.

voro, riguarda in sostanza l'interpretazione del contratto e in particolare l'interpretazione che si voglia dare dell'art. 1362 come strumento ermeneutico. La proposta interpretativa offerta dalla Corte in relazione alla "comune intenzione delle parti" al momento della stipulazione del contratto è svolta in una prospettiva antitetica a quella – che potrebbe essere definita come "originalista" – proposta dalla Cassa Mutua Nazionale. Infatti, la Corte d'Appello ritiene che la valorizzazione della comune intenzione delle parti debba tenere conto anche di ulteriori elementi riconducibili alla c.d. "interpretazione oggettiva" (articoli 1366-1370 c.c.), e in particolare quello della oggettiva rilevanza della previsione in questione «secondo lo schema sociale e linguistico di riferimento (...) dovendosi attribuire preminente rilevanza alla realtà economico – sociale in cui il contratto è destinato a inserirsi». Il riferimento al significato attribuibile alla locuzione "*more uxorio*" rinvenibile nel dizionario della lingua italiana tenuto presente dalle parti contraenti, non è, quindi, considerato un idoneo criterio di riferimento «nelle ipotesi in cui sorgono nuove entità giuridicamente rilevanti destinate a suscitare l'affidamento dei terzi sulle regole pattizie che ne regolamentano il funzionamento»⁹⁸.

Nel presente caso, dunque, il principio dell'interpretazione oggettiva del contratto si fonda, oltre che sulla buona fede (la quale rappresenta «una sorta di anello di congiunzione tra la ricerca della volontà delle parti e il persistere di un dubbio sul contenuto della volontà contrattuale»⁹⁹), anche sull'esigenza di dare alle clausole un senso utile alla produzione di effetti (art. 1367 c.c.), soprattutto in relazione alla natura e all'oggetto del contratto (1369 c.c.) e con particolare riferimento, *ex art. 1370*, al significato più favorevole alla parte che non ha partecipato alla formazione della clausola.

Poiché né l'art. 4 dello Statuto richiamato dalla Cassa Mutua, né l'art. 16 delle Istruzioni operative contengono l'espressa previsione della diversità di sesso del beneficiario aggiuntivo convivente *more uxorio*, la Corte ritiene conforme alla funzione di tali previsioni l'estensione dell'ambito dei benefici «al più ampio ambito di convivenza familiare latamente intesa», escludendo peraltro che

⁹⁸ Corte d'Appello di Milano, 31 agosto 2012, n. 407, *cit.*, p. 5.

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 4-5.

all'espressione convivenza *more uxorio* «possa essere riconosciuto il significato attribuibile in un'epoca ormai risalente, dovendo la stessa essere interpretata in considerazione dell'attuale realtà economico – sociale, degli schemi oggi socialmente riconosciuti»¹⁰⁰.

Attraverso l'analisi dei riferimenti giurisprudenziali costituiti da Corte cost. n. 138/2020, *Schalk e Kopf c. Austria* e Cass. civ., sez. I n. 4184/2012, la Corte d'appello individua come: «Le pronunce sin qui richiamate consent[ano] di affermare che nell'attuale realtà politico – sociale la convivenza *more uxorio*, intesa quale comunione di vita caratterizzata da stabilità e dall'assenza del vincolo del matrimonio, nucleo familiare portatore di valori di solidarietà e sostegno reciproco, non è soltanto quella caratterizzata dall'unione di persone di sesso diverso, ma altresì quella propria delle unioni omosessuali alle quali il sentimento socialmente diffuso riconosce il diritto alla vita familiare propriamente intesa», ragion per cui «sarebbe del tutto arbitrario (oltreché discriminatorio) escludere un convivente risultante dallo stato di famiglia solo per una questione di uguaglianza sessuale rispetto al richiedente [il beneficio]»¹⁰¹.

Appare dunque essersi realizzata, attraverso l'attività dei giudici comuni, una «estensione dei diritti per mezzo di una interpretazione convenzionalmente orientata della norma interna», la quale sembra preludere alla «formazione di una giurisprudenza che, per quanto non necessariamente uniforme, alzerà progressivamente il livello di tutela giuridica delle coppie omosessuali sopperendo in modo sempre più efficace all'inerzia del legislatore, dovesse essa prolungarsi ulteriormente»¹⁰².

Allo stesso modo, è stato rilevato come le «decisioni aventi ad oggetto i rapporti tra persone del medesimo sesso (...) in assenza di alcuna previsione legislativa al riguardo, contribuiscono a fornire risposte, pur inevitabilmente limitate, ad istanze oggi non più relegabili nell'ambito del “socialmente irrilevante”, risposte

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 8.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 10.

¹⁰² F. CHIOVINI, M. M. WINKLER, *Dopo la Consulta e la Corte di Strasburgo, anche la Cassazione riconosce i diritti della coppie omosessuali*, cit., 1715 ss.

che concorrono a delineare la posizione dei rapporti omosessuali all'interno del nostro ordinamento»¹⁰³.

Tuttavia, con riferimento alla necessaria “non uniformità” che caratterizza il percorso di formazione su una giurisprudenza che si innesta in una sostanziale condizione di “vuoto” legislativo, è possibile menzionare una pronuncia del Tribunale di Milano, successiva a Corte Cost. n. 138/2010, in cui, pur essendo riconosciuto il diritto al risarcimento del danno conseguente alla morte del convivente *more uxorio* dello stesso sesso ex art. 2059 c.c. in relazione all'art. 185 c.p., non si ritiene di «dover equiparare in alcun modo la convivenza omosessuale alla famiglia, né legale né di fatto, né ad un rapporto di coniugio foriero di precisi diritti e doveri riconosciuti dall'ordinamento, e senza voler richiamare le interpretazioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, estranei alla nostra Carta costituzionale»¹⁰⁴.

In questo caso, il giudice, pur riconoscendo che il caso sottoposto alla sua attenzione riguardi l'equiparazione dei diritti di una coppia omosessuale con una coppia sposata, ritiene di riconoscere il danno in conseguenza della sofferenza derivante dalla privazione della persona con cui si condivideva una stabile relazione, accordando pertanto tutela alla sola dimensione della destabilizzazione interiore del singolo, senza porre mente all'individuazione di eventuali identità tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia convivente.

Alla luce degli esempi riportati nel presente paragrafo, e fatto salvo quest'ultimo caso che pare opporre le ultime resistenze alla possibile equiparazione, per via giurisprudenziale, di coppia omosessuale convivente e coppia coniugata, sembra emergere una tendenza all'utilizzo delle formule di maggiore apertura contenute nella sentenza costituzionale n. 138 le quali, in assenza di un orientamento specifico in materia da parte del legislatore, come rilevato nella Circolare

¹⁰³ A. SPANGARO, *Coniugi “diventati” dello stesso sesso e “divorzio automatico*, cit., 745.

¹⁰⁴ Tribunale di Milano, n. 9965 del 12 settembre 2011, in *Riv. It. Medicina legale*, 2012, 344, con nota di D. AMRAM, *Danno da perdita del congiunto e modelli familiari: il caso del risarcimento al convivente omosessuale*.

del Ministero dell'Interno del 26 ottobre 2012¹⁰⁵, costituiscono un autorevole punto di riferimento.

3.6 Dal “trobar clus” all’implementazione di significato. Appunti per una lettura dei primi riferimenti giurisprudenziali successivi alla sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale (anche) alla luce della teoria sociologica di Erich Köhler sulla lirica trobadorica

In uno scritto recente, Sabino Cassese, analizzando lo “stato presente” della giurisprudenza costituzionale in Italia¹⁰⁶ formula due riflessioni importanti: la prima, relativa alla “solitudine” del giudice costituzionale, rispetto al quale, ad esclusione degli interventi del Presidente della Repubblica a sostegno dell’indipendenza della Corte, il Governo si colloca in una posizione di neutralità o critica, il Parlamento, troppo spesso parte dei conflitti, non può costituirne un giudice o un difensore imparziale e la magistratura risulta troppo impegnata nella difesa di se stessa. Resta l’opinione pubblica, «che ha un’alta opinione della giustizia costituzionale, ma la considera qualcosa di arcano, considerato che la corte (...) motiva ma non spiega e, comunque, rifiuta di comunicare (salvo la conferenza stampa annuale, che si risolve in un breve consuntivo)»¹⁰⁷.

La seconda riflessione riguarda la “recessività della Corte quale giudice dei diritti”, conseguenza collegata al diminuito afflusso di questioni di legittimità in via incidentale e la diminuzione del grado di “*compliance*” nei confronti delle pronunce della Corte «legato a cause diverse, che conducono ad effetti diversi: aggi-

¹⁰⁵ Su cui *supra*, § 3.1, nota n. 20.

¹⁰⁶ S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 603- 624.

¹⁰⁷ S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia*, cit., 623-624.

ramenti, elusioni, erosioni, usurpazioni, ampliamenti»¹⁰⁸. Tra gli esempi riconducibili a questa tendenza sono individuate la sentenza del Tribunale di Reggio Emilia e della Corte di Cassazione, sez I civ., analizzate nel capitolo precedente, che si ritiene abbiano ampliato la portata della pronuncia del giudice costituzionale italiano attraverso una lettura congiunta delle tre “costituzioni”: nazionale, europea e Convenzione EDU.

In riferimento al contesto appena sopra tratteggiato, la fondamentale pronuncia della Corte costituzionale n. 138/2010 nel suo essere – in alcuni sui passaggi più ambigui, stata progressivamente scomposta dalla giurisprudenza o, nel senso negativo sopra richiamato, “aggirata”, “elusa”, “ampliata”- potrebbe configurarsi come espressione di uno stile arcano, di un *trobar clus*.

Quest’ultima è una categoria stilistica individuabile in una parte della lirica trobadorica e definisce uno stile ricercato, ai limiti dell’incomprensibilità, espressione di una poetica aristocratica che rifiuta apparentemente il confronto con il pubblico¹⁰⁹.

Questo primo riscontro sembra utile per poter tracciare, senza pretese di completezza e rinviando alla successiva trattazione, una prospettiva di utilizzo delle categorie concettuali della lirica trobadorica alla vicenda del recepimento da parte dei giudici comuni delle coordinate tracciate dalla giurisprudenza costituzionale ed europea sul tema del matrimonio e della convivenza omosessuale.

Si intende, sul punto, aderire alla teoria sociologica di E. Köhler.

¹⁰⁸ S.CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia*, cit., 608. Sulla «vis attractiva» che, in particolare, la Corte EDU è in grado di esercitare sui giudici nazionali a scapito dell’autorevolezza e centralità al nostro giudice di costituzionalità e, di riflesso, anche a scapito della nostra Costituzione», A. GUAZZAROTTI, *Precedente CEDU e mutamenti culturali nella prassi giurisprudenziale italiana*, in *Giur. Cost.*, 2012, 3780 ss. e, in particolare, 3802-3803.

¹⁰⁹ Per un inquadramento generale sulla lirica trobadorica (il cui periodo di diffusione va dalla fine dell’XI secolo alla fine del XIII secolo, e che eserciterà un’influenza sulla scuola del Dolce Stil Novo e su Dante Alighieri) e sul dibattito, interno ad essa, tra i trovatori Raimbaut d’Aurenga e Giraut de Bornehn in merito all’opportunità di utilizzare uno stile “chiuso” (*clus*) o “leggero” (*leu* o *comunal*), C. DI GIROLAMO, *I trovatori*, Bollati Boringhieri, Torino, 2002. Il riferimento al *trobar clus* (in relazione all’oscurità di taluni passaggi delle pronunce della Corte di Cassazione è già stato utilizzato, anche nella dottrina giuridica, da P. G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Utet, Torino, 2006.

La lirica trobadorica, fino all'avvento della teoria di Köhler, era stata interpretata in chiave romantica, sensuale e nostalgica insieme¹¹⁰, relegandola tra le «brumes du rêve»¹¹¹. L'approccio di quest'ultimo, invece, determina una vera e propria rivoluzione copernicana all'interno della filologia romanza, in quanto si fonda sull'analisi storico-sociologica e «nasce dall'esigenza di interpretare la letteratura cortese in rapporto alle strutture sociali ed ideologiche del feudalesimo», coltivando «l'ipotesi di fondo» per cui «la struttura psicologica della *fin'amor* [o amore cortese] è determinata dalla situazione socio – economica della piccola nobiltà. Una tensione permanente oppone nella vita di corte l'aristocrazia feudale e la piccola nobiltà dei cavalieri senza feudo (*soudadiers, paubres chevaliers*) che si attribuiscono la missione, formulando le regole di condotta dei potenti, esaltando la nobiltà d'animo e il servizio d'amore, di difendere i “veri” principi dello stato nobiliare e di viverne in modo più autentico gli ideali attuando, in questo modo, «un potente sforzo di integrazione»¹¹².

In sintesi, secondo Köhler, la lirica dei trovatori, che ha ad oggetto le più varie espressioni dell' “amore cortese”, altro non sarebbe che una metafora dei legami di forza che governavano il complesso rapporto feudale. La tematica amorosa diventa quindi, essenzialmente, una questione “politica”.

Lo sviluppo della lirica trobadorica avviene, inoltre, essenzialmente secondo due direttrici: dialogica ed accrescitiva. Sono infatti frequenti i contatti e gli scambi tra i vari trovatori: dibattiti e discussioni che però avvengono in prevalenza all'interno delle stesse composizioni poetiche, le quali spesso riportano, modulando, formule inserite in componimenti già affermati. La diffusione capillare degli stili e delle formule utilizzate dai trovatori all'interno delle varie corti di area provenzale, individua poi una significativa corrispondenza tra prestigio politico della corte e fortuna delle formule metriche e stilistiche utilizzate dai trovatori che risiedevano al loro interno

¹¹⁰ Massimo esponente di questa teoria interpretativa è L. SPITZER, il quale la elabora a partire dallo scritto *L'amour lointain de Jaufre Rudel et le sens de la poésie des troubadours*, Niemeyer, Tübingen, 1959, 363 – 421.

¹¹¹ L. SPITZER, *L'amour lointain*, cit., 364.

¹¹² M. MANCINI, *Introduzione* a E. KÖHLER, *Sociologia della fin'amor. Saggi trobadorici*, Liviana, Padova, 1976, XIII.

Risulta evidente, quindi, come la prospettiva costituita dalla lirica trobadorica offra indicazioni ulteriori rispetto a quelle ricavabili dalla mera analisi dello stile formulare affermatosi nell'epica omerica e nelle successive *chansons de geste*: lo stile formulare, infatti, si associa (oltre che alle esigenze di esecuzione e memorizzazione da parte del trovatore) ad un intento persuasivo e politico prima sconosciuto.

Quest'ultimo prende le mosse dalla discussione sulla nobiltà di sangue e sulla nobiltà dell'animo e dall'assunto, affermato da numerosi trovatori per cui «tutti gli uomini, uguali davanti a Dio, lo sono anche nell'amore»¹¹³. La nobiltà dell'animo si pone dunque come un valore che si potrebbe definire “fuori mercato”, e che pertanto non costituisce prerogativa dei nobili e dei ricchi in quanto tali, ma viene coltivato e, soprattutto, teorizzato, dai gruppi inferiori della nobiltà¹¹⁴.

L'attitudine dei giudici comuni a sciogliere, o meglio rimodulare il “trobar clus”,- coordinata stilistica individuabile all'interno della sentenza n. 138/2010 - senza dubbio risponde ad un intento di recupero formulare, ma anche innovativo, e perciò intrinsecamente polemico, di talune affermazioni in essa contenute.

L'utilizzo del riferimento alla lirica trobadorica all'interno del presente studio appare dunque promettente ai fini del completamento dell'indagine sulla vicenda del matrimonio omosessuale nella giurisprudenza costituzionale, sotto un duplice profilo. In primo luogo, il parallelismo tra lo stile oscuro denominato *trobar clus* e l'utilizzo che si potrebbe definire “formulare” delle affermazioni della Corte costituzionale contenute nella sentenza n. 138/2010, dotate di maggiore pregnanza di significato (ma anche, in parte contraddittorie), fa emergere, sul versante “negativo” la difficoltà della giurisprudenza anche di merito nell'orientarsi rispetto ad esse, e sul versante “positivo”, un utilizzo ardimentoso di queste ultime. Ci si riferisce, in particolare a quei passaggi della pronuncia in cui la Corte dichiara il diritto fondamentale per le coppie omosessuali stabilmente conviventi a vivere liberamente la propria condizione di coppia, ottenendo, nei tempi e nei modi stabiliti discrezionalmente dal legislatore, tutela e riconoscimento giuridico e prevede la

¹¹³ E. KÖHLER, *La piccola nobiltà e la poesia trobadorica*, in *Saggi trobadorici*, cit., 5.

¹¹⁴ E. KÖHLER, *Ibidem*, 5.

possibilità che si verificano casi di eventuale equiparazione (sulla base dell'applicazione del canone della ragionevolezza), in concreto e in relazione a specifiche situazioni, tra la condizione della coppia omosessuale convivente e la coppia coniugata.

In secondo luogo, questo approccio permette di tentare uno sviluppo ulteriore delle intuizioni presenti nella teoria sociologica di Köhler, ponendo l'attenzione sull'utilizzo della parola come elemento per veicolare nel contesto sociale un'idea condivisa di giustizia e di pari dignità.

A questo punto, un'obiezione formulabile rispetto a tale approccio potrebbe essere quella relativa all'utilizzo, su questi temi, di dati e teorie letterarie non solo lontane nel tempo, ma addirittura configurabili come eccentriche (in proposito, la teoria prospettata da Köhler è stata definita «una delle esperienze più complesse e suggestive della romanistica contemporanea»)¹¹⁵.

La risposta risulta fornita all'interno di un passo, citato dallo stesso Köhler e da questi ritenuto di particolare importanza, all'interno di un articolo, piuttosto risalente ormai, di Jean Frappier, *Vue sur les conceptions courtoises dans les littératures d'oc et d'oïl au XII siècle*. Secondo questo Autore, la poesia cortese rappresenta, ad un tempo, un fatto sociale e un fatto letterario, e prosegue notando come: «Il va de soi qu'en cette circonstance comme en d'autres le fait social et le fait littéraire ont agi réciproquement (...) l'image poétisée a pris le valeur d'un modèle, imposé des règles de conduite, élevé à une conscience de plus en plus claire des aspirations latentes ou confuses parfois»¹¹⁶.

Fatto sociale e fatto letterario sono indissolubilmente legati all'interno della «concretezza storica»¹¹⁷ dei casi cui fanno riferimento: sempre all'interno del passo citato da Köhler, Jean Frappier nota come non sia possibile considerare la crea-

¹¹⁵ M. MANCINI, *Introduzione*, cit., XLVI

¹¹⁶ In *Cahiers de Civilisation Médiévale*, 1959, 135.

¹¹⁷ Il criterio della «concretezza storica», è riconosciuto, anche sul versante del diritto, come un elemento di indagine da valorizzare ed è richiamato da A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente. Genesi, uso, implicazioni*, Giuffrè, Milano, 1994, 623, con riferimento, in particolare, anche alle sue implicazioni «sul versante delle relazioni intercorrenti tra attività legislativa, applicazione giudiziaria e sindacato di costituzionalità».

zione letteraria come un “*vas clos*”, isolato e separato dalla situazione storica in cui si situa il momento della sua produzione

Questa premessa, relativa all'intreccio tra fatti sociali e fatti letterari, verrà sviluppata in conclusione del prossimo capitolo.

CAPITOLO IV

IL RUOLO DELLA PAROLA ALL'INTERNO DI UNA VICENDA COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 4.1 *Dal trobar clus al mot tornat: ulteriori spunti di riflessione derivanti dalla lirica provenzale*; 4.2 *Il significato costituzionale di una ricomposizione del linguaggio attivata dal giudizio incidentale*; 4.3 *Il ruolo delle amministrazioni locali e della società civile*; 4.4 *I materiali interpretativi e linguistici emersi all'interno di questo percorso: quale uso da parte del legislatore?*; 4.5 *La prospettiva di diritto e letteratura conduce alla valorizzazione del ruolo della parola come elemento di giustizia all'interno di una vicenda costituzionale.*

4.1 *Dal “trobar clus” al “mot tornat”:* ulteriori spunti di riflessione derivanti dalla lirica provenzale

Nel capitolo precedente si è accennato a quella peculiare caratteristica di stile affermatasi all'interno della lirica provenzale e denominata *trobar clus*¹. Rubricati sotto questa denominazione erano tutti i componimenti caratterizzati più che da ermetismo, da particolare densità di significato e rigore argomentativo e perciò idealmente contrapposti ad uno stile più limpido, definito *trobar leu* (limpido).

La lirica trobadorica in quanto poesia d'arte, laica e in lingua volgare è considerata l'antecedente della lirica moderna. Si caratterizza per un altissimo grado di complessità formale, per l'internazionalizzazione (dalla Provenza, che ne è centro di incubazione, la poesia trobadorica si espande nei territori di Spagna, Portogallo, Nord della Francia, Italia settentrionale - in particolare, Monferrato e Marca Trevigiana- oltre che nei paesi germanici)², per il carattere sperimentale della versificazione e per la varietà dei generi (tra cui spicca la canzone, genere prediletto per trattare il tema d'amore, ma anche il sirventese, o genere dell'impegno politico), dei registri e dei piani di espressione, per l'ampia serie di restrizioni di ordine

¹ Cap. III, § 3.6.

² Per una compiuta individuazione delle zone di espansione della lirica trobadorica, C. DI GIROLAMO, *I trovatori*, cit., 10 ss.

formale e tematico, e, da ultimo, per l'assenza di un vero e proprio carattere autobiografico.

Nel medioevo, infatti, manca il senso della soggettività: l'esperienza del poeta che canta (e sperimenta) l'amore cortese è raccontata «in quanto esperienza generalizzabile, significativa per il pubblico»³.

Si è poi fatto riferimento, sempre sul finire del capitolo precedente, all'originale e fortunata tesi sociologica sulla lirica provenzale, elaborata da Eric Köhler, che riduce a sistema le tre caratteristiche peculiari della poesia trobadorica: spessore metaforico (e conseguente rigore formale), complessità ideologica e portata sociale. Essa, infatti, individua come la lirica trobadorica utilizzi la metafora dell'amore (cortese ed inaccessibile) per esprimere il desiderio di superamento di una barriera sociale (quella che si pone tra il feudatario e la sua donna da un lato, e i giovani cavalieri senza feudo dall'altro) mediante l'introduzione di valori nuovi, tra cui si evidenzia la nobiltà d'animo (in luogo della nobiltà di stirpe).

Köhler individua una profonda analogia tra la condizione dell'amante, protagonista di un processo migliorativo del sé nel proiettarsi verso l'oggetto amato irraggiungibile, e il disagio percepito da una classe (quella della nobiltà "senza feudo") che mirava ad un'elevazione sociale nel contesto della corte e attraverso i rituali di comportamento ammessi al suo interno⁴.

La lirica cortese provenzale appare dunque non soltanto un gioco letterario, ma si configura anche come un gioco «di società», in cui letteratura e società sono protagoniste di un rapporto di reciproche influenze. Costanzo di Girolamo ha rilevato come: «Nel caso dei trovatori, infatti, e in genere di tutta la poesia cortese, si deve tenere presente che il rapporto tra "letteratura" (...) e società non va visto semplicemente a senso unico, cioè come influenza della società, con le sue istituzioni, i suoi costumi e i suoi modi di pensare sulla letteratura, ma anche nell'altro

³ C. DI GIROLAMO, *I trovatori*, cit., 47.

⁴ E. KÖHLER, *La questione della nobiltà*, in *Sociologia della fin'amor. Saggi trobadorici*, cit., 142.

senso. Gli ideali cortesi che sono entrati nella mentalità e nelle abitudini della società medievale sono stati in larga parte creati proprio dai poeti»⁵.

Delineato questo quadro generale, gli spunti che è possibile cogliere nella vicenda storica della letteratura provenzale (anche in relazione al rilievo, espresso in dottrina, di un utilizzo “in via di ampliamento”, da parte dei giudici comuni, di talune affermazioni contenute nella sentenza cost. n. 138 del 2010⁶) alcune coordinate, che riguardano in particolare lo stile del *trobar clus*: il legame particolarmente solido tra letteratura e società (al punto che la poesia trobadorica è stata definita «poesia sociale»⁷), l'assenza di ogni elemento di soggettività, il rigore formale che prevede un uso sorvegliato della lingua oltre che un sistematico utilizzo della rima, il ruolo fondamentale della parola (eventualmente ripresa, nel corso dello stesso componimento, con lievi variazioni di significato – secondo una tecnica definita come *mot tornat*⁸).

Questi elementi possono essere applicati proficuamente alla vicenda costituzionale del matrimonio omosessuale, in relazione alla quale la sentenza n. 138/2010 costituisce una sorta di stella polare. La luminosità di tale stella è stata messa in discussione dalla dottrina che, come si è avuto modo di vedere, l'ha criticata soprattutto per un eccesso di ambiguità nella motivazione, tanto in riferimento al debole richiamo alla discrezionalità del legislatore, quanto nel contrito riferimento al parametro costituzionale integrato dall'art. 3 Cost., completamente “schiacciato” da un'interpretazione rigidamente originalista (oltre che, sostanzialmente, giusnaturalista) dell'art. 29 Cost. In ogni caso, la sentenza n. 138/2010 conteneva anche alcuni passaggi interessanti che configuravano significative aper-

⁵ C. DI GIROLAMO, *I trovatori*, cit., 48.

⁶ S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia*, cit., 610, che nota come, in particolare nella sentenza della sez. I civ. della Cassazione, n. 4184/2012, il giudice abbia «ampliato la portata della sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale appellandosi direttamente alla sentenza della Corte di Strasburgo secondo cui le unioni tra persone dello stesso sesso sono protette dalla garanzia assicurata dall'art. 8 della Convenzione sui diritti dell'uomo alla “vita familiare”. La Corte costituzionale aveva rinviato al legislatore, pur riservandosi di intervenire a tutela di specifiche situazioni, con il controllo di ragionevolezza. La Corte di cassazione si è valsa della giurisprudenza della Corte di Strasburgo per riconoscere un diritto che può essere fatto valere dinanzi ai giudici comuni».

⁷ C. DI GIROLAMO, *I trovatori*, cit., 68.

⁸ C. DI GIROLAMO, *I trovatori*, cit., 24.

ture⁹ e che sono stati utilizzati dai giudici comuni per argomentare decisioni favorevoli ad un'assimilazione, in fatto, della convivenza omosessuale al matrimonio.

In sintesi, una pronuncia dal dispositivo “bifronte” e perciò complesso, intrinsecamente contraddittoria - soprattutto in relazione al riconoscimento di un diritto *fondamentale* a vivere liberamente e a vedere riconosciuta la propria condizione di coppia (omosessuale), condizionato nei tempi (incerti) di esercizio della discrezionalità legislativa -, che affronta la complessità semantica del termine matrimonio riferendosi a un nucleo duro e imm modificabile di significato, senza dubbio presenta le caratteristiche del *trobar clus*.

Le successive pronunce hanno ripreso alcune proposizioni inserite nella sentenza costituzionale, interpretandole nel senso più favorevole ad un riconoscimento immediato di taluni diritti e potenziandone il significato (di qui l'analogia con la tecnica del *mot tornat*, vale a dire dell'utilizzo, all'interno di uno stesso componimento, di una parola o frase, con lievi variazioni di significato). In particolare, l'argomentazione della Corte costituzionale sull'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 Cost. è stata protagonista di una significativa valorizzazione tant'è che è stata richiamata anche dalla pronuncia della Corte di Cassazione, sez. I civile n. 4184/2012, che pure negando la trascrivibilità di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all'estero, ha intrapreso una significativa ricognizione dello stato dell'arte sul tema.

Le caratteristiche della poesia provenzale sopra delineate, risultano applicabili alla vicenda costituzionale del matrimonio omosessuale e si ritiene che debbano essere valorizzate, soprattutto con riferimento all'estrema importanza che la *parola* ha rivestito nel percorso (inaugurato dalle ordinanze di rimessione) che ha condotto alla sentenza n. 138/2010.

La lirica trobadorica – si è detto - è il prodotto di una comunità letteraria dotata di una forte coesione, ma anche animata da forti divergenze di ordine stilistico e ideologico, di cui la polemica tra sostenitori del *trobar clus* o del *trobar leu* rappresenta soltanto uno dei possibili esempi. La parola dei trovatori esprime e racconta il contesto in cui ha luogo, ma cerca altresì di veicolare valori nuovi (*in*

⁹ Su cui, *supra*, Cap. III, § 3.5.

primis, l'ideale di una nobiltà nuova che prescindendo dal controllo sul territorio e nasca dalla correttezza e dalla bontà del comportamento) ed è perciò, intrinsecamente, polemica.

Non a caso uno dei generi che si afferma nella poesia lirica provenzale è il *partimen* o *joc partit* tra due poeti, «in cui il poeta che interviene per primo propone al suo interlocutore un problema con due alternative, per poi difendere la tesi opposta a quella del rivale»¹⁰.

La parola ha dunque un ruolo fondamentale ed è capace di produrre un impatto fortissimo e, per certi versi, “rivoluzionario” su un sistema, quale è quello della corti provenzali (ma non solo) sostanzialmente chiuso in se stesso. La lirica trobadorica, anche attraverso l'intuizione di Eric Köhler, si configura pertanto come un esempio - di grande fascino, e documentabile a partire da una rigorosa indagine storica sul contesto sociale in cui ebbe luogo - relativo al potenziale impatto della parola su una società. Senza dubbio non è l'unico (basti pensare all'esempio delle Sacre scritture), ma è particolarmente utile nell'analisi della vicenda giuridica in esame per via del suo carattere laico, dialogico e polemico.

L'amore (cortese) cantato dai trovatori, anche per via del “finto” autobiografismo che non nasconde il carattere tipicamente medievale dell'irrelevanza dell'io poetico, è soprattutto uno schema di interpretazione di una società e delle sue regole (ai fini del loro, eventuale, superamento).

La vicenda costituzionale del matrimonio omosessuale nasce da un *quaestio* posta dal giudice *a quo* alla Corte costituzionale - in relazione al diniego dell'ufficiale di stato civile di procedere alle pubblicazioni di matrimonio richieste da una coppia formata da persone dello stesso sesso - e che sollecitava una presa di posizione di quest'ultima in ordine alla possibilità di procedere, sulla base (anche) del dettato dell'art. 29 Cost. ad un'interpretazione estensiva del concetto di matrimonio, includendo nell'accesso a quest'ultimo anche le coppie *same - sex*. Tale *quaestio* contiene al suo interno una richiesta implicita di riflessione e considerazione del significato di alcuni concetti: famiglia, matrimonio, unione giuridicamente riconosciuta. Si tratta di un'indagine complessa che necessita di essere

¹⁰ C. DI GIROLAMO, *I trovatori*, cit., 31.

condotta con piena coscienza degli strumenti giuridici a disposizione, ma anche con la consapevolezza dei molteplici nodi (simbolici, culturali, etici) di cui è intessuta la sua trama.

A questo punto, ponendo a mente la ricostruzione dell'esperienza della lirica dei trovatori provenzali prima tratteggiata, è possibile agevolmente sfuggire a due rischi di banalizzazione della complessa vicenda del matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale: il primo riguarda il tema dell'amore; il secondo l'utilizzo della prospettiva di diritto e letteratura *proprio* in relazione a questo tema (che si potrebbe ipotizzare come irriducibile al solo universo giuridico, necessitando, per la comprensione ed eventuale risoluzione dei problemi da esso evocati, l'appello al quadro di riferimento di altre scienze umanistiche, *in primis* la letteratura).

In realtà, tanto il tema dell'amore (la cui piena realizzazione sembrerebbe passare anche attraverso il riconoscimento giuridico dell'unione) quanto la prospettiva di diritto e letteratura presentano aspetti pratici, funzionali alla riflessione giuridica su questi temi.

E questo risulta di particolare evidenza ponendo a mente le caratteristiche della lirica trobadorica sopra indicate, riassumibili nella sua definizione di discussione ed elaborazione, altamente formalizzata, di alcune categorie di comportamento che si vorrebbe istituzionalizzare e che, partendo dalla riflessione sul tema d'amore, impongono una riconsiderazione dello stato presente della società.

4.2 *Il significato costituzionale di una ricomposizione del linguaggio attivata dal giudizio in via incidentale*

Per tracciare le coordinate dell'opera di "ricomposizione" del linguaggio, attivate attraverso le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale e che non può dirsi ancora conclusa, appare utile fare riferimento a queste ultime: non solo a quelle del Tribunale di Venezia e della Corte d'appello di Trento (che quella si richiama diffusamente), su cui la Corte costituzionale si pronuncia con la sentenza

n. 138 del 2010, ma anche alle successive ordinanze della Corte d'appello di Firenze (su cui Corte cost. n. 276/2010) e del Tribunale di Ferrara (su cui Corte cost. n. 4/2011).

In esse è ravvisabile, in relazione all'istituto matrimoniale, la presenza di una "proposta" di definizione che si contrappone alla "definizione acquisita" di quest'ultimo¹¹ e individuata, con fortunata espressione, dal Tribunale di Venezia, come l'«unione di un uomo e di una donna» confortata da una «consolidata e ultramillenaria» tradizione¹².

Altrove, la definizione acquisita di matrimonio è individuata, facendo riferimento all'*auctoritas* del Dizionario della Lingua Italiana Devoto – Oli, come «rapporto di convivenza dell'uomo e della donna in accordo con la prassi civile ed eventualmente religiosa, diretta a garantire la sussistenza morale, sociale e giuridica della famiglia»¹³.

Le "definizioni proposte" in relazione all'istituto matrimoniale (di cui il relativo parametro costituzionale, integrato dall'art. 29 Cost, a differenza del Codice civile, non fa esplicito riferimento all'eterosessualità dei coniugi), tengono conto di elementi quali l'analisi della rapida trasformazione della società e dei costumi, l'emersione di nuove forme di convivenza che si ispirano al modello tradizionale, la configurazione del diritto a contrarre matrimonio come diritto fondamentale la cui negazione, irrimediabilmente, incide sulla piena realizzazione del principio di eguaglianza (Tribunale di Venezia), l'insostituibilità dello status di coniuge e l'insussistenza della lesione di opposti interessi pubblici o privati di rilevanza costituzionale (Tribunale di Ferrara).

Di particolare originalità risulta il contenuto dell'ordinanza di rimessione della Corte di Appello di Firenze, la quale offre una ricostruzione del matrimonio come istituto che «non reca soltanto benefici, ma trascina una nutrita serie di connotazioni largamente coercitive», contrapponendosi ai diritti coniugali «pesanti limita-

¹¹ Sul punto sia consentito rinviare a L. CONTE, *La sentenza costituzionale n. 138/2010: profili linguistici di interesse giuridico*, cit., 210.

¹² Trib. Venezia, sez. civ. III, ord. 3.4.2009, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1907.

¹³ Corte d'appello Firenze, sez I, ord. 3.12.2009, in *Banca Dati De Jure*.

zioni nella sfera delle libertà individuali, quali l'obbligo di coabitazione, l'obbligo di assistenza morale, l'obbligo di fedeltà sessuale»¹⁴.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 138/2010 e con le successive ordinanze n. 276/2010 e n. 4/2011, interviene sullo “spazio definitorio” costruito dalle ordinanze di rinvio, provocandone una significativa contrazione sulla base di un'interpretazione originalista dell'art. 29 Cost. per cui il matrimonio costituisce istituto espressione di una “consolidata e ultramillenaria tradizione”, e che determina l'esistenza di un “nucleo duro” di significato, costituito dall'eterosessualità dei coniugi e dalla finalità procreativa, ben presente nell'orizzonte interpretativo dei Padri costituenti.

Tuttavia, la necessità dell'elaborazione di una definizione aggiornata del matrimonio (istituto che, se pure nell'attuale quadro di pluralità di modelli familiari¹⁵, risulta ancora desiderabile) risulta un'esigenza avvertita dalle corti che si trovano ad esaminare la richiesta di un accesso allargato a quest'ultimo.

Significativa, a questo proposito, è la vicenda californiana relativa alla *Proposition 8* (il referendum che aveva determinato un “irrigidimento” della nozione di matrimonio contenuta nella Costituzione della California, ancorandola esplicitamente all'eterosessualità dei coniugi), di cui viene dichiarata l'incostituzionalità nella pronuncia della Corte distrettuale del Nord California del 4 agosto 2010 (*Perry v. Schwarzenegger*), con argomentazioni ribadite anche nella successiva pronuncia della *US Court of Appeals for the Ninth Circuit* del 7 febbraio 2012¹⁶. In entrambi i casi, le Corti insistono sui profili linguistici dell'esclusione del diritto di accesso ad un istituto che determina diritti ed obblighi ma soprattutto *definisce* un rapporto, dotandolo di rilevanza pubblica.

La ricostruzione del quadro linguistico, culturale e giuridico di riferimento, sotteso ai concetti di matrimonio e famiglia, costituisce un'operazione complessa in

¹⁴ Corte d'appello Firenze, sez I, ord. 3.12.2009, in *Banca Dati De Jure*, 7.

¹⁵ Sul punto, cfr. anche la ricostruzione offerta da C. D'IPPOLITI, A. SCHUSTER (a cura di), *DisOrientamenti. Discriminazione ed esclusione sociale delle persone LGBT in Italia*, Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali (UNAR), 2011, 71 ss.

¹⁶ Sul punto, sia consentito rinviare a L. CONTE, *Lezioni americane: la Corte d'appello federale californiana sulla Proposition 8 in materia di matrimoni omosessuali*, in *Quaderni Costituzionali*, 2012, 420 ss.

cui intervengono molteplici “attori”, tutti di rilievo costituzionale: *in primis* i giudici *a quibus*, successivamente la Corte costituzionale, e in seguito nuovi giudici che, questa volta autonomamente, suppliscono all’inerzia del legislatore definendo le controversie anche sulla base della argomentazioni formulate dalla Corte.

Non si tratta, tuttavia, come è ovvio, di un’attività “libera”: al contrario, si tratta di un processo caratterizzato da un estremo rigore formale, che prevede il riferimento costante alle formule individuate dalla Corte costituzionale, ripetute con esattezza nei loro passaggi più significativi, anche se collocate in contesti differenti e con lievi variazioni di significato (di qui, il parallelismo, più sopra accennato, con la tecnica della lirica provenzale denominata *mot tornat*). Solo in questo modo è possibile garantire una certa misura di continuità (e riconoscibilità da parte degli interpreti) a questo processo che, attivato dalle ordinanze dei giudici *a quibus*, si innesta sulle argomentazioni espresse dalla Corte costituzionale nella motivazione della sentenza n. 138/2010 e che sono dai giudici valorizzate nei loro profili più “razionalmente persuasivi”, piuttosto che nella loro produzione di «modelli» o «condizioni o vincoli» nei confronti del legislatore¹⁷ (per ora, inerte).

È proprio l’attuale inerzia legislativa a determinare il frequente utilizzo della sentenza n. 138/2010 da parte dei giudici, con particolare valorizzazione di taluni passaggi argomentativi espressi in motivazione. Nella vicenda costituzionale del matrimonio omosessuale, dunque, la motivazione elaborata dalla Corte in occasione della sentenza n. 138 - se pure, per certi versi, insoddisfacente e ambigua - assolve il provvisorio effetto di riduzione a coerenza dell’ordinamento giuridico (oltre che di ricompattamento dell’opinione pubblica sul tema).

È stato rilevato come, nell’ipotetica raffigurazione dell’ordinamento giuridico nei termini di una “galassia”, la posizione centrale sarebbe tendenzialmente occupata sempre meno dal Parlamento (data la debolezza del sistema politico-parlamentare) e sempre più dalla Corte costituzionale «o per meglio dire (...) dal-

¹⁷ Sulle caratteristiche della motivazione delle sentenze costituzionali, che include implicitamente o esplicitamente condizioni di comportamento conforme a costituzione per il legislatore, L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali in La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile. Atti del Convegno internazionale per l’inaugurazione della nuova sede della Facoltà*, Ferrara, 10-12 ottobre 1985, CEDAM, Padova, 1988, 217 ss.

la Costituzione e, quindi, dalla sentenza e dal cuore di questa, ossia dalla motivazione»¹⁸. In questo contesto, il ruolo della motivazione appare ancora più cruciale, anche attraverso l'analisi della ricezione di quest'ultima da parte del pubblico (o uditorio) cui essa è elettivamente diretta¹⁹.

4.3 *Il ruolo delle amministrazioni locali e della società civile*

Nel contesto di una sostanziale inerzia legislativa statale sul tema delle unioni civili, è stato riscontrato – al contrario - un certo attivismo dei legislatori regionali nel tentare di conferire rilievo giuridico a forme di convivenza diverse dalla famiglia matrimoniale. La vicenda delle norme di carattere programmatico contenute negli statuti regionali relative al riconoscimento delle convivenze è tuttavia emblematica di una repentina derubricazione di queste ultime a mere petizioni di principio (ritenute giuridicamente “inefficaci” dalla Corte costituzionale nelle sentenze 372, 378 e 379 del 2004²⁰). Da ultimo, disposizioni regionali volte a regola-

¹⁸ A. SAIITA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1996, 318, il quale rileva come: «La contiguità fra legislazione e giustizia costituzionale sta in ciò (...) che quest'ultima comincia dove la prima finisce, ossia dove la legislazione non può più. La giustizia costituzionale interviene allorché la legge non riesce (o vi riesce errando, secondo il parametro concretamente inteso dalla stessa Corte), a disciplinare stabilmente i rapporti sociali ed a garantire l'unità dell'ordinamento alla luce dei suoi valori fondanti» in un contesto, dunque, in cui «Corte costituzionale e “comuni” magistrature (...) più che entrare in conflitto, sembrano desiderose di sperimentare nuove forme di collaborazione, l'una e le altre consapevoli del processo espansivo dei rispettivi ruoli, e della possibilità, unendo le rispettive forze, di occupare margini di operatività ancora maggiori», *ivi*, 318-319.

¹⁹ C. PERELMAN, *Logica giuridica e nuova retorica*, Giuffrè, Milano, 1979, 262-263, individua tre pubblici diversi, che le decisioni giudiziarie debbono soddisfare: le parti in causa, i tecnici del diritto e l'opinione pubblica. In relazione a quest'ultima, l'Autore rileva come sia impossibile concepire realisticamente la funzione sociale realizzata dal diritto senza avere riguardo alla società che è destinato a regolare, e in particolare all'evoluzione di quest'ultima: «Se i giudici devono amministrare il diritto, e ciò conformemente alla volontà della nazione, diventa un pregiudizio credere che le leggi esprimenti tale volontà debbano essere sempre interpretate in modo conforme alla volontà del legislatore che le ha votate, indipendentemente dalla evoluzione dei costumi e delle tecniche che sono sovrapposte».

²⁰ Sul punto, M. PEDETTA, *La Corte Costituzionale salva gli enunciati degli Statuti regionali sulla tutela delle "forme di convivenza" mettendoli nel limbo* (sentt. nn. 372, 378 e 379/04) in www.forumcostituzionale.it (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013).

re l'accesso ai servizi anche alle forme di convivenza sono state ritenute idonee a meramente circoscrivere l'ambito di applicazione di una norma (come stabilito dalla Corte costituzionale nella più recente sentenza n. 8 del 2011, in cui – tra l'altro - è giudicata infondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 48, comma 3, della legge della Regione Emilia-Romagna 22 dicembre 2009, n. 24 (Legge finanziaria regionale adottata a norma dell'art. 40 della legge regionale 15 novembre 2001, n. 40 in coincidenza con l'approvazione del bilancio di previsione della Regione Emilia-Romagna per l'esercizio finanziario 2010 e del bilancio pluriennale 2010-2012), censurato nella parte in cui prevede che «i diritti generati dalla legislazione regionale nell'accesso ai servizi, alle azioni e agli interventi, si applicano» anche «alle forme di convivenza» di cui all'art. 4 del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223 (Applicazione del nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente). A giudizio della Corte costituzionale, tale censura si fondava sull'erroneo presupposto interpretativo, secondo cui il legislatore regionale avrebbe «inteso *disciplinare* tali forme di convivenza. Viceversa, la norma impugnata *si limita* ad indicare l'ambito soggettivo di applicazione dei diritti previsti dalla legislazione regionale nell'accesso ai servizi, alle azioni e agli interventi *senza introdurre alcuna disciplina sostanziale delle forme di convivenza*»²¹.

²¹ Corte Cost., n. 8/2011, punto 1.4.1, (corsivo non testuale) su cui A. M. BENEDETTI, *Quali spazi per un diritto regionale della famiglia?* in www.giurcost.org (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013), *Consulta Online*, rubrica *Studi e commenti*. In riferimento a questa pronuncia, G. BRUNELLI, *Famiglia e Costituzione: un rapporto in continuo divenire*, cit., 95, rileva come sia dunque possibile, per le Regioni, «approvare norme che, in modi diversi, *presuppongono* una certa nozione di famiglia quale condizione per l'accesso a determinati benefici». Da ciò sembra derivare la praticabilità, in concreto, di una «*politica sociale della famiglia*» da parte delle Regioni. Con riferimento alla giurisprudenza costituzionale in tema di riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, si è rilevata la tendenza ad un utilizzo, da parte di quest'ultima, della materia “ordinamento civile” «in senso estensivo, addirittura utilizzandola come un grimaldello, insieme all'altra materia della tutela della concorrenza, per assicurare la permanenza in capo allo stato della disciplina in materia di contratti pubblici di appalto. E, ciò che più conta, si è dimostrata inoltre particolarmente attenta a impedire qualunque intervento regionale anche solo tangente all'area dei rapporti familiari», E. LAMARQUE, *La tutela legale della famiglia*, Relazione tenuta al Convegno internazionale dal titolo «*La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia*», Università degli studi di Milano – Bicocca, 16-18 giugno 2010,

All'interno di questo quadro, e anche in relazione all'inattivismo del legislatore statale su temi ulteriori a quello della disciplina della convivenze (anche) omosessuali - ma ad esso inevitabilmente contigui – come il contrasto all'omofobia²², è di particolare interesse l'esperienza delle politiche locali di parità rispetto all'orientamento sessuale e all'identità di genere, raccolta nel Libro bianco²³ redatto nel quadro del progetto AHEAD (Against Homophobia. European Local Administration Devices), cofinanziato dalla Direzione Diritti Fondamentali e Cittadinanza dell'Unione Europea e coordinato dal Comune di Barcellona. Esso comprendeva tra i partecipanti anche il Comune di Torino, a sua volta partecipante alla rete delle amministrazioni pubbliche (RE.A.DY) contro la discriminazione basata sull'orientamento sessuale e sull'identità di genere, nata nel 2006 su iniziativa promossa dai Comuni di Roma e Torino.

Il livello di governo municipale ha un ruolo di particolare importanza in quanto è, tradizionalmente, quello più vicino ai cittadini. Per questa ragione si è inteso analizzare le buone prassi, vale a dire le politiche pubbliche realizzate dalle amministrazioni locali (che hanno dimostrato di possedere i caratteri di innovatività, efficacia ed esportabilità in contesti ulteriori), al fine di effettuarne un primo cen-

pagina 5 del testo provvisorio, in www.personaedanno.it (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013).

²² Si veda, da ultimo, la vicenda relativa ai progetti di legge riuniti 2807 – Di Pietro e 4631 - Concia (Modifiche alla legge 13 ottobre 1975, n. 654, e al decreto legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, per il contrasto dell'omofobia e della trans fobia) e alla loro mancata (si tratterebbe della quarto tentativo), approvazione, il 7 novembre 2012. Anche in questo caso, la trattazione in commissione per elaborare un testo base della disciplina ha dimostrato le oggettive difficoltà in cui versa la discussione parlamentare sul tema dell'omofobia. Valga come esempio l'intervento dell'on. Lehner (PT) il quale chiede (con sprezzo di ogni nesso di causalità tra omofobia e condotte aggressive) che proprio il termine “omofobia” venga espunto dal titolo del provvedimento in esame, in quanto quest'ultima richiama il concetto di fobia, e ricorda «che la fobia sta ad indicare in medicina non uno stato di aggressione, quanto piuttosto una paura sproporzionata rispetto ad una determinata situazione od un determinato fatto che in realtà non dovrebbe provocare alcuna paura. Coloro che soffrono di fobie non sono dei soggetti aggressivi, quanto piuttosto delle persone malate da curare che hanno paura anche di ciò che non è in alcun modo lesivo», (II Commissione permanente Giustizia, resoconto stenografico della seduta del 24 ottobre 2012).

²³ G. COLL-PLANAS (coord.), *Combattere l'omofobia. Politiche locali di parità rispetto all'orientamento sessuale e all'identità di genere. Un libro bianco europeo*, Città di Torino, Torino, 2011.

simento. Con il termine *mainstreaming*, in particolare, è individuata «l'integrazione della prospettiva LGBT nelle politiche di una data amministrazione prese nel complesso»²⁴. Un esempio di *mainstreaming* può essere individuato nella buona prassi perseguita dal Comune di Torino, relativa alla inclusione della tematica LGBTI all'interno del Progetto Famiglia, attivato al fine di fornire servizi (corsi di formazione, consulenze giuridiche, individuazione di reti di supporto) destinati alle famiglie della Circoscrizione 2 di tale Comune²⁵.

Al di là di questi interventi, di carattere minuto anche se significativo, è interessante notare come a livello locale, pure in assenza, si è detto di un quadro normativo, si tenti dare riconoscimento, attraverso modi anche creativi, alle unioni tra persone dello stesso sesso (basti pensare al registro delle unioni civili istituito presso alcuni comuni italiani come Bagheria e Pisa, o alla tenuta, a Bologna, di tale registro presso l'Ufficio Anagrafico per le persone legate dai vincoli affettivi, consentendo in questo modo l'accesso alle graduatorie per l'assegnazione degli alloggi di edilizia popolare anche alle coppie dello stesso sesso). Nel luglio 2010 il Comune di Torino ha approvato il "Regolamento per il riconoscimento delle unioni civili" che autorizza i partner delle unioni civili anche dello stesso sesso a farsi rilasciare l'attestato di famiglia anagrafica basata su vincolo affettivo. Da ultimo, anche il Comune di Milano nel luglio 2012, dopo una estenuante trattativa e seduta - fiume del consiglio comunale protrattasi fino a notte inoltrata ha approvato l'istituzione di un registro delle unioni civili cui è possibile accedere contestualmente alla registrazione della famiglia anagrafica, con conseguente accesso delle coppie registrate ai servizi offerti dal Comune. Il Sindaco di Milano si è tuttavia affrettato a precisare che si tratta di un provvedimento di carattere amministrativo, escludendo che tale delibera possa aprire al riconoscimento dei matrimoni gay, per cui è necessaria una legge del Parlamento²⁶.

²⁴ G. COLL- PLANAS, *Combattere l'omofobia*, cit., 18, nota n. 4.

²⁵ Buona prassi n. 20, in COLL-PLANAS, *Combattere l'omofobia*, cit., 132-133.

²⁶ *Milano approva il registro delle Unioni civili. Pisapia: «Ridotto lo spread dei diritti»*
http://www.corriere.it/cronache/12_luglio_27/milano-approvato-registro-unioni-civili_c1bb5c26-d795-11e1-8002-9a53ae83214f.shtml

Le amministrazioni locali pertanto, pur nel loro attivismo, riconoscono, come è inevitabile, la competenza del legislatore a dettare una disciplina sul riconoscimento giuridico delle convivenze, ma nondimeno muovono ad esso una critica, più o meno manifesta²⁷, cercando di intervenire, ove possibile, attraverso gli strumenti in loro possesso.

4.4 *I materiali interpretativi e linguistici emersi all'interno di questo percorso: quale uso da parte del legislatore?*

Il quadro delineato nel paragrafo precedente, relativo al minuto attivismo delle amministrazioni locali ora nella lotta al fenomeno dell'omofobia, ora nel costruire un percorso comune di riconoscimento delle unioni di fatto omosessuali, in assenza di una specifica disciplina legislativa in materia (e che solo il legislatore statale può esercitare, configurandosi l'ordinamento civile come sua competenza esclusiva ex art. 117 Cost., lettera l)), rappresenta il punto massimo di frammentazione del sistema e costituisce lo specchio dell'inerzia legislativa sul questo tema.

In questa sede si prescindere da un'analisi dello sfortunato esito dei progetti legislativi in tema di unioni civili (Pacs, DiCO, CUS, DiDoRe)²⁸ per analizzare, invece, alcuni progetti e disegni di legge, presentati nel corso della XVI legislatura e aventi ad oggetto, in particolare, il *concetto* di famiglia.

²⁷ L'esempio più significativo di una presa di posizione di un'amministrazione locale nei confronti del legislatore è rappresentato dall' "appello di Montpellier", lanciato il 14 novembre 2009 dal sindaco dell'omonima città, e volto a sollecitare l'approvazione di una legge che riconosca il matrimonio tra persone dello stesso sesso in Francia, www.lappeldemontpellier.fr. Sull'introduzione del matrimonio omosessuale in Francia, v. *infra*, Conclusioni, § 1.

²⁸ Su tali «novità normative da introdurre per via parlamentare», così denominate da «un legislatore tanto fantasioso negli acronimi quanto pigro nella produzione normativa» (la definizione è di A. PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, cit., §1), si rinvia a S. TROILO, *I progetti in materia di unioni di fatto: alla ricerca di una difficile coerenza con i principi costituzionali*, in B. PEZZINI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Jovene, Napoli, 2008, 219-270.

Quest'ultima è definita «pilastro su cui si fondano le comunità locali, il sistema educativo, le strutture di produzione del reddito, il contenimento delle forme di disagio sociale» in grado di resistere agli «attacchi (...) da parte di dinamiche sociali e di costume tese alla sua disgregazione»²⁹; «spazio naturale in cui l'uomo e la donna possono crescere e maturare la propria coscienza, rafforzando la propria identità, trovando in essa un costante punto di riferimento e appartenenza»³⁰; «istituzione su cui si fonda la società e attraverso la quale è assicurata la trasmissione dei valori»³¹; «istituzione base irrinunciabile per garantire la salvaguardia dei principi e dei valori necessari per l'educazione dei figli»³²; «semplicemente il frutto dell'unione di due persone, un uomo e una donna»³³.

Soltanto il disegno di legge di Riforma del diritto di famiglia³⁴ sembra riconoscere la complessità del quadro normativo di riferimento, a partire dalle coordinate tracciate nella relazione introduttiva che auspica «un intervento globale di riscrittura, unificazione e modernizzazione di tutto il primo libro del Codice civile, a partire dalle coppie di fatto omosessuali, vere e proprie entità “fantasma” per il diritto, la cui condizione, senza mezzi termini, è definita come «l'eterno ritorno della volontà di discriminazione, la quale sembra sempre rinascere, nei confronti di vecchi e nuove categorie, nonostante gli sforzi fatti per superarla e le lezioni della storia»³⁵.

L' "evanescenza" delle definizioni di famiglia riportate più sopra, invece, assolve senza dubbio ad un intento in parte retorico, ai fini di veicolare il consenso

²⁹ Rel. A. S. 2316, (XVI legislatura) d'iniziativa della senatrice Rizzotti, *Disciplina dei consultori familiari a tutela e sostegno della famiglia, della maternità, dell'infanzia, e dei giovani in età evolutiva e istituzione dell'autorità nazionale per le politiche familiari*.

³⁰ Rel. A. S. 114 (XVI legislatura) d'iniziativa del senatore Cutrufo, *Istituzione della «Giornata nazionale della famiglia italiana»*.

³¹ Rel. A. C. 735 (XVI legislatura) d'iniziativa dei deputati Pepe e altri, *Delega al Governo per la revisione del trattamento tributario della famiglia mediante l'introduzione del metodo del quoziente familiare e altre agevolazioni fiscali in favore delle famiglie*.

³² Rel. A. C. 664 (XVI legislatura), d'iniziativa del deputato Lussana, *Legge quadro sulla famiglia e per la tutela della vita nascente*.

³³ Rel. A. C. 663 (XVI legislatura), d'iniziativa dei deputati Polledri e Rivolta, *Istituzione della «Giornata nazionale della famiglia»*.

³⁴ Rel. A.S. 2263 (XVI legislatura) d'iniziativa dei senatori Poretti, Bonino, Perduca, Micheloni e Negri, *Riforma del diritto di famiglia*.

³⁵ Rel. A. S. 2263, 4.

dell'assemblea su determinati temi tra di loro eterogenei (misure a sostegno della famiglia, della maternità e della natalità, disciplina dei consultori familiari, introduzione del quoziente familiare, etc.), ma risulta particolarmente problematica quando si colloca nel quadro autoreferenziale della proposta di istituzione di una Giornata nazionale della famiglia (solo nella XVI legislatura si contano tre proposte formulate al riguardo)³⁶. Queste ultime nelle relazioni introduttive non nascondono l'intento di voler creare uno spazio celebrativo di un modello familiare tipizzato e perciò cristallizzato e sostanzialmente imm modificabile (si parla in proposito di famiglia come «figura cardine» della società, allo stesso modo in cui lo sono il «padre» e la «madre»³⁷; «semplicemente (...) frutto dell'unione di due persone, un uomo e una donna»³⁸; «unità fondamentale della società»³⁹).

Queste espressioni ricordano da vicino uno dei passaggi ritenuti meno felici della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale, vale a dire quello in cui il giudice costituzionale, argomentando l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale in relazione agli articoli 29 e 3 Cost., ritiene di dover ribadire che l'art. 29: «non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto. 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 dal matrimonio, sia pur compatibilmente con i membri della famiglia legittima. La giusta e doverosa tutela, garantita ai figli naturali, nulla toglie al rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima *ed alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale*. In questo quadro, con riferimento all'art. 3 Cost., la censurata normativa del codice civile che, per quanto sopra detto, contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna, non può considerarsi illegittima sul piano costituzionale. Ciò sia perché essa trova fondamento nel citato art. 29 Cost., sia perché la

³⁶ A. S. 114, A.C.494, A.C. 633.

³⁷ A.S. 114.

³⁸ A.C. 633.

³⁹ A.C. 494.

normativa medesima non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, *in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio*»⁴⁰.

Il passaggio appena citato, in cui la Corte costituzionale, di fatto, compie essa stessa l'opera di cristallizzazione del significato di taluni concetti costituzionali - il cui superamento non appare possibile per via ermeneutica - e rinuncia a (se non rompere), per lo meno attraversarne il "nucleo duro" attraverso l'applicazione del principio di eguaglianza (che, viceversa, rimane sullo sfondo), insieme alle definizioni circolari, evanescenti, fortemente retoriche del concetto di famiglia sopra analizzate, rendono ancora più sorprendente, per la sua modernità, la definizione di famiglia individuata ai fini del censimento generale della popolazione italiana del 1871:

«Per famiglia [...] si vuole intendere [...] la convivenza domestica, sia abituale, sia precaria, di tutte quelle persone che mangiano, per così dire, assieme, e si scaldano al medesimo fuoco, o ciò che si vuol chiamare un focolare, Là onde il servo abita con il padrone e dorme sotto il suo tetto, l'ospite, colui che trovasi alloggiato a dozzina e simili, concorrono a formare, insieme coi membri della famiglia naturale, il focolare. E di pari i soldati che vivono in uno stesso quartiere, gli alunni di un convitto, i ricoverati in un ospedale o in un ospizio, i detenuti in una casa di pena ecc. si intendono formare un unico focolare insieme col loro capo e con gli assistenti e persone di servizio addetti allo stabilimento»⁴¹.

⁴⁰ Corte Cost., n. 138/2010, punto 9 del *Considerato in diritto*.

⁴¹ Archivio Serie Storiche ISTAT, Le famiglia nei censimenti generali della popolazione, http://seriestoriche.istat.it/fileadmin/allegati/Famiglie/testi/3_Le_famiglie_nei_censimenti_generali.pdf (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013).

4.5 *La prospettiva di diritto e letteratura conduce alla valorizzazione del ruolo della parola come elemento di giustizia all'interno di una vicenda costituzionale*

La ricostruzione del significato delle parole, secondo il percorso, estremamente formalizzato, rigido e per così dire “formulare”, dell'utilizzo di porzioni di motivazione di una pronuncia costituzionale – e dunque per via giurisprudenziale- acquisisce un senso pratico soltanto se utilizzata come elemento di *giustizia* all'interno della vicenda costituzionale in esame.

Tornando per un momento al parallelismo con la lirica trobadorica, l'amore cortese o, secondo la terminologia provenzale, “*fin'amor*”, veicola l'idea della raffinazione dell'individuo attraverso l'adesione ad un preciso codice comportamentale - concettuale, configurabile quasi come un processo “chimico-fisico” di trasformazione.

Allo stesso modo, dottrina e giurisprudenza, all'interno di questa vicenda, hanno tentato la raffinazione concettuale del significato di alcuni termini chiave: *in primis*, il matrimonio.

Proseguendo con la metafora chimico-fisica, ci si potrebbe chiedere quale sarebbe l'elemento in grado di causare la rottura dell'ipotetico nucleo duro e imm modificabile, immanente al concetto di matrimonio⁴², costituito dall'eterosessualità dei coniugi.

L'elemento in questione sembrerebbe essere il principio di eguaglianza, attraverso un'analisi della sua applicabilità, per ora caso per caso, a situazioni che, sulla base di un controllo di ragionevolezza, potrebbero imporre un trattamento omogeneo tra coppie omosessuali conviventi e coppie eterosessuali coniugate.

La tendenza, guardando fuori dal contesto italiano, tuttavia – anche sulla scorta di precise raccomandazioni a livello europeo (si segnala in proposito la Relazione

⁴² Sull'insuperabilità del dato semantico come limite all'interpretazione estensiva, anche in riferimento all'art. 29 Cost., A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 45-46, l'Autore si chiede (nota n. 40) «come si può sostenere da giuristi “di sinistra”, che nella nozione di famiglia, ancorché di “società naturale” (art. 29, comma 1 Cost.), possa rientrare l'unione omosessuale? O che la famiglia di fatto sia equiparabile al matrimonio?».

del Parlamento europeo del 5 marzo 2012, sulla parità tra uomini e donne nell'Unione europea, che al punto n.7, in particolare «si rammarica dell'adozione da parte di alcuni Stati membri di definizioni restrittive di “famiglia” con lo scopo di negare la tutela giuridica alle coppie dello stesso sesso e ai loro figli»⁴³), sembra essere quella verso un'estensione piena del diritto a contrarre matrimonio anche alle coppie omosessuali sulla base del riscontro di un inesistente interesse opposto e contrario giuridicamente apprezzabile.

È interessante notare come, nel contesto italiano, la definizione restrittiva di matrimonio e, conseguentemente, di famiglia, sia stata formulata proprio dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 138/2010, in assenza di precisi indici normativi al riguardo, attraverso l'utilizzo dell'argomento originalista, oltre all'argomento culturale dell' ancoraggio ad una “immutabile” tradizione.

Se dunque la pronuncia della Corte individua come necessaria (se pure incondizionata nel *quomodo*) una disciplina giuridica per le convivenze omosessuali, d'altro canto ritiene insuperabile per via ermeneutica la tradizionale concezione dell'istituto matrimoniale.

In questa presa di posizione è individuabile, in realtà, un duplice monito al legislatore: da una lato, rivolto a predisporre una disciplina giuridica delle convivenze (anche) omosessuali; dall'altro rivolto alla riapertura del dibattito parlamentare sulla tutela giuridica delle convivenze ed, eventualmente, sulla possibile introduzione del matrimonio omosessuale nell'attuale contesto politico, storico e sociale⁴⁴.

Questo, ovviamente, nel quadro di una concezione “ideale” della rappresentanza come «istituzione che celebra il ruolo pubblico della parola e delle opinioni intese come strumenti attraverso i quali una moltitudine di individui concreti supera la propria irriducibile singolarità per convergere verso programmi e obiettivi poli-

⁴³ www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2012-0041&language=IT (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013).

⁴⁴ Sul necessario carattere persuasivo, relativo alla desiderabilità di una legislazione che determini nuove regole in un contesto politico dato, C. PERELMAN, *Morale diritto e filosofia*, Micromegas Guida Editori, Napoli, 1974, 324.

tici comuni»⁴⁵, che appare invero piuttosto lontana dall'attuale contesto italiano in cui «il legislatore (...) continua ad essere fortemente influenzato dalle gerarchie cattoliche, dichiaratamente ostili al riconoscimento delle convivenze di fatto, soprattutto se di carattere omosessuale. E in un contesto, quello italiano, di tipo sostanzialmente monoreligioso (...) la presenza della religione nella sfera pubblica può mettere a rischio proprio *l'eguale libertà*, garantita solo da *leggi che rispettino tutti egualmente*»⁴⁶

L'analisi della vicenda del matrimonio omosessuale davanti alla corte costituzionale, e delle successivo impatto di quest'ultima nell'attuale contesto ordinamentale è stata condotta anche attraverso la chiave interpretativa del diritto *come* letteratura, individuando in particolare alcune significative analogie con la lirica trobadorica provenzale.

Quest'ultima costituisce un referente lontanissimo nel tempo eppure, nella sua ricostruzione in chiave sociologica, oltre che letteraria, sopra accennata, in grado di fornire spunti di grande interesse.

L'impatto della parola su un sistema sociale e le conseguenti, relative, interazioni tra società e linguaggio, sono fenomeni già analizzati in precedenza da linguisti e filosofi⁴⁷. La peculiare vicenda della lirica trobadorica, caratterizzata da una (sostanziale) impersonalità, dall'estremo rigore formale, e dalla volontà immanente di operare un mutamento dell'ordine sociale del tempo attraverso l'attribuzione di un contenuto nuovo a concetti preesistenti (su tutti, quello della

⁴⁵ N. URBINATI, *Lo scettro senza il re. Partecipazione e rappresentanza nelle democrazie moderne*, Donzelli, Roma, 2009, 71.

⁴⁶ G. BRUNELLI, *Famiglia e Costituzione: un rapporto in continuo divenire*, cit., 102-103. Peraltro, pur nel contesto di una ostilità generalizzata nei confronti delle convivenze omosessuali, si segnala un articolo, comparso sulla rivista dei Gesuiti *Aggiornamenti sociali* nel 2008, dal titolo *Riconoscere le unioni omosessuali? Un contributo alla discussione*, il quale dimostra qualche significativa apertura in relazione alla disciplina giuridica della convivenze anche tra persone dello stesso sesso. Tale disciplina – che in alcun modo le equiparerebbe alle famiglia come società naturale fondata sul matrimonio – si collocherebbe in funzione di «una più generale regolamentazione giuridica di relazioni sociali stabili che costituiscono una forma di realizzazione dei soggetti coinvolti, prevista dalla nostra Costituzione (cfr. art. 2)» *ivi*, 422.

⁴⁷ Su tutti, GADAMER, *Verità e metodo*, Bompiani, Milano, 1983, 479, il quale rileva come elemento costitutivo dell'esperienza umana il cercare e trovare le parole che siano in grado di esprimerla.

fedeltà al proprio Signore feudale, ora incarnato in un'ipotetica donna amata che saprà apprezzare il nuovo valore della "cortesia" che prescinde dalla nobiltà di nascita), ci offre l'esempio di una letteratura dotata di un grado di formalizzazione retorica e rigore argomentativo che, nell'attuale contesto, appaiono caratteristiche non più appartenenti a quest'ultima, ma al diritto.

Il fondamentale ruolo di rielaborazione di un sistema (politico e giuridico) che un tempo fu esercitato dalla lirica trobadorica ora spetta al diritto - pur con tutte le incertezze e criticità sotto il profilo della concreta tutela dei diritti, successiva, ma non per questo meno importante, rispetto alla loro enunciazione⁴⁸ - attraverso la continua elaborazione, o, più spesso, ridefinizione dei significati all'interno dei giudizi su casi concreti.

Si tratta di una singolare inversione di ruoli che non nasconde la continuità tra due universi che, alla fine di questo studio, potrebbero apparire - questa volta, con un maggiore grado di consapevolezza- per sempre separati, ma, non per questo, meno contigui.

⁴⁸ Cfr., sul punto, L. CARLASSARE, *Forma di stato e diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1995, 74, che pone la seguente (e decisiva) domanda: «conta la menzione dei diritti in Costituzione, il loro semplice riconoscimento, o anche l'effettività di esercizio e di godimento e l'intensità della tutela?».

CONCLUSIONI

SOMMARIO: 1. *La rapida evoluzione del contesto europeo ed internazionale*; 2. *Il tema della genitorialità: prospettive per un suo utilizzo al fine di una futura e ulteriore “messa a fuoco” del tema del matrimonio omosessuale*; 3. *La difficile ed articolata applicazione del principio di eguaglianza*; 4. *«Il romanzo e il caso»: elementi per una teoria pragmatica della “narrazione costituzionale”* 5. *La lirica trobadorica nell’interpretazione sociologica di Erich Köhler: ulteriori spunti di riflessione per il costituzionalista*

1. *La rapida evoluzione del contesto europeo ed internazionale*

«*Let me not to the marriage of true minds admit impediments*» è un verso del celebre Sonetto 116 di William Shakespeare¹. Se però, nel sonetto, l’autorità da cui promana questa dichiarazione è lo stesso poeta, nella realtà dei fatti è più complesso valutare il modo in cui un soggetto istituzionale potrebbe in concreto, e in modo altrettanto perentorio, “pronunciare” definitivamente questa frase.

Si potrebbe dire, pertanto, che, nella situazione presente, questa affermazione determini piuttosto una domanda, una questione cui la riflessione giuridico - costituzionale dovrebbe tentare di fornire una, se pure provvisoria, soluzione, dato il protrarsi dell’inerzia legislativa.

La questione relativa al riconoscimento del matrimonio omosessuale costituisce, come si è detto in apertura di questa tesi, un *fatto* di fronte al quale l’ordinamento italiano non può restare indifferente, soprattutto di fronte alla rapida evoluzione del contesto europeo ed internazionale su questo tema².

Nel mese di febbraio 2013 (rispettivamente, il 2 e il 5 febbraio) sia l’*Assemblée Nationale* francese che la *House of Commons* inglese hanno approvato in prima

¹ W. SHAKESPEARE, *Sonetti*, Mondadori, Milano, 2004

² In questo senso, parla, suggestivamente, di «forza motrice» dei fatti P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Giuffrè, Milano, 2007

lettura un testo di legge che introduce il matrimonio omosessuale. Questo dato è di particolare interesse in quanto entrambi gli Stati si erano già dotati di un regime giuridico di tutela per le coppie conviventi anche omosessuali (attraverso l'introduzione, rispettivamente, del *Pacte civil de solidarité* nel 1999 e del *Civil Partnership Act* nel 2005). Questo significa che l'introduzione di un regime giuridico per le convivenze potrebbe non costituire una soluzione definitiva di fronte alla richiesta "forte" da parte delle coppie omosessuali di accedere, con identità di posizione e diritti rispetto alle coppie eterosessuali, all'istituto del matrimonio³.

I recenti progetti di legge in Francia ed Inghilterra sono accompagnati da un vivace dibattito, in cui, peraltro, le ragioni del matrimonio omosessuale sono sostenute da un lato (in Francia), da una maggioranza progressista, dall'altro (in Inghilterra), dai conservatori.

L'approvazione di una legge che sancisca il "*mariage pour tous*", deriva dalla «prise en compte en définitive de l'évolution de la famille, des couples et des familles homoparentales, ce sont des milliers de personnes, des milliers de familles, des milliers de parents et d'enfants»⁴. D'altro canto, in Inghilterra, il Primo Ministro conservatore David Cameron ha espresso il proprio sostegno al *Marriage Bill* proprio *in quanto conservatore*, sostenendo la propria volontà di non escludere una parte di soggetti dall'accesso ad un'istituzione fondamentale per la società⁵. La discussione di tale provvedimento ha determinato anche reazioni molto dure da parte dei *tories* più tradizionalisti, come Sir Roger Gale, che in un intervento in aula ha preso la parola sostenendo che «it's not possible to redefine marriage» e che la proposta di introdurre la possibilità di contrarre matrimonio anche per le

³ È significativo il dato per cui, in alcuni Stati, una volta introdotta anche per le coppie dello stesso sesso la possibilità di contrarre matrimonio sia stata abrogata la legge disciplinante le unioni civili (come nel caso della Danimarca e della Norvegia, in cui la *registeret partnerskab* è stata abrogata dalla successiva legge che ha introdotto il matrimonio tra persone dello stesso sesso).

⁴ Risposta del Primo Ministro francese Jean Jacques Ayrault ad una questione posta sul "*mariage pour tous*" dal deputato Erwann Binet (SRC), 29 gennaio 2013, video disponibile al sito <http://www.gouvernement.fr/gouvernement/mariage-pour-tous-debut-de-l-examen-au-parlement-du-projet-de-loi> (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013).

⁵ «I don't want gay people to be excluded from a great institution», intervista a David Cameron disponibile al sito www.bbc.co.uk/news/uk-politics-20642428 (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013).

coppie gay costituisce un'inquietante fantasia, assimilabile alle atmosfere di Alice in Wonderland o a un incubo orwelliano che culmina nel tentativo di «rewrite the lexicon», ovvero “riscrivere il vocabolario”⁶.

Per quanto riguarda il contesto extraeuropeo, negli Stati Uniti, il dibattito sull'introduzione del matrimonio omosessuale ha acquisito un rilevante grado di complessità: attualmente i matrimoni *same – sex* sono legali in Iowa, Connecticut, Massachussets, Vermont, New Hampshire, New York e nel Maryland, Maine e Stato di Washington, in seguito al referendum avvenuto a inizio novembre 2012, contestualmente alle elezioni presidenziali, pur in presenza di una definizione restrittiva del matrimonio a livello di legge federale, con la precisa menzione del requisito dell'eterosessualità dei coniugi, contenuta nel *Defense of Marriage Act* (DOMA) introdotto nel 1996 e sulla cui costituzionalità anche la Corte Suprema sarà tenuta, a breve, a pronunciarsi)⁷.

⁶ Video dell'intervento disponibile al seguente link: www.bbc.co.uk/news/uk-politics-21344739 (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013). Sul riferimento all'utilizzo del dizionario della lingua come riferimento per il giurista, proprio in riferimento alla vicenda del matrimonio omosessuale, cfr. l'ordinanza di rimessione della Corte d'Appello di Firenze, sez. I, del 3 dicembre 2009, in *Banca Dati De Jure*, 9, in cui la definizione di matrimonio è esplicitamente mutuata dal dizionario della lingua italiana Devoto-Oli, e consiste nel «rapporto di convivenza dell'uomo e della donna in accordo con la prassi civile ed eventualmente religiosa diretta a garantire la sussistenza morale, sociale e giuridica della famiglia»; il riferimento all'opportunità di mutuare dal dizionario la definizione di matrimonio è presente anche all'interno della sentenza del Tribunale Costituzionale spagnolo del 6 novembre 2012, n. 198, (su cui sia consentito rinviare a L. CONTE, *La sentenza del Tribunal Constitucional spagnolo del 6 novembre 2012, tra “polisemia” e “normalizzazione”* (2 dicembre 2012), in www.forumcostituzionale.it). In quel caso, i ricorrenti contro la Ley n. 13/2005 (che ha introdotto, attraverso una modifica del codice civile, il matrimonio tra persone dello stesso sesso), sottolineavano l'esigenza di un recupero del «significado etimológico» della parola matrimonio, «unión de hombre y mujer concertada mediante determinados ritos o formalidades legales», p. 5 del testo della pronuncia reperibile al sito www.tribunaconstitucional.es; il Tribunal Constitucional, tuttavia, non ritiene di utilizzare questo spunto, valorizzando invece «la imagen jurídica que la sociedad se va forjando de él» e che «no se distorsiona por el hecho de que los cónyuges sean de distinto o del mismo sexo» (FJ 9, p. 46). Per un riferimento critico al dizionario come “mera” «raccolta di postulati di significato, per cui un termine è incompleto anche quando riceva una definizione in termini di dizionario minimo», cfr. U. ECO, *Lector in fabula. La cooperazione interpretativa nei testi narrativi*, Bompiani, Milano, 1985, 51.

⁷ La Section 3 del *Defense Of Marriage Act* definisce il termine *marriage* «only a legal union between one man and one woman as a husband and wife». La natura di legge federale del DOMA determina l'esclusione dei matrimoni *same-sex* da un migliaio di leggi federali e programmi che presuppongono, ai fini della loro applicazione, il possesso del

2. *Il tema della genitorialità: prospettive per un suo utilizzo al fine di una futura e ulteriore “messa a fuoco” del tema del matrimonio omosessuale*

Il tema della genitorialità omosessuale è protagonista di tre recenti pronunce: la prima della Corte di Cassazione, sezione prima civile, del 11 gennaio 2013 n. 601⁸ e la seconda e la terza della Corte EDU (ric. n. 19010/07)⁹ e del Tribunale federale tedesco¹⁰, entrambe del 19 febbraio 2013.

Nel primo caso, si trattava di un caso di ricorso promosso dal padre naturale del bambino avverso il diniego di affidamento condiviso e conseguente affidamento esclusivo alla madre che, attualmente, aveva una relazione sentimentale e convi-

«marital status». Sono state, infatti, identificate «1138 federal laws contingent on marital status or in which marital status is a factor», cfr., sul punto, www.gao.gov/assets/100/92441.pdf (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013).

All'interno della memoria tramite cui l'amministrazione Obama è intervenuta direttamente con propria memoria nel procedimento *United States v. Windsor*, riguardante alcuni profili di incostituzionalità del DOMA e attualmente pendente davanti alla Corte Suprema, (testo disponibile all'indirizzo <http://www.justice.gov/osg/briefs/2012/2pet/7pet/2012-0307.pet.rep.pdf>, pagine 33-34, ultimo accesso all'url in data 18/3/2013) è contenuto un dato interessante sulla capacità “pervasiva” del DOMA sulle leggi statali: infatti, nel 1996, quando il DOMA entrò in vigore, solo tre Stati avevano leggi che riservavano espressamente il matrimonio a coppie di sesso opposto. Oggi, gli Stati che si sono dotati di questo tipo di leggi sono 39, e in 30 stati sono state approvate modifiche costituzionali che hanno introdotto in modo esplicito il carattere (esclusivamente) eterosessuale del matrimonio.

Vale la pena ricordare che lo stesso Presidente Obama, nel discorso pronunciato in occasione del suo secondo insediamento, ha ribadito che «*our journey is not complete until our gay brothers and sisters are treated like anyone else under the law – for if we are truly created equal, then surely the love we commit to one another must be equal as well*», testo riprodotto in versione integrale e tradotto in italiano al sito <http://www.ilpost.it/2013/01/21/discorso-insediamento-obama/2/> (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013).

⁸ Testo della pronuncia reperibile al sito www.federalismi.it.

⁹ *X e altri c. Austria*, 19 febbraio 2013, ric. 19010/07, testo della pronuncia reperibile al sito www.echr.coe.int.

¹⁰ Su cui si veda il comunicato della Federazione Gay e Lesbiche tedesca (LSVD) del 19 febbraio 2013, pubblicato sul sito www.ilgaeurope.org/media_library/euro_letter/2013/february/family/constitutional_court_on_adoption_rights, (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013), in cui si sottolinea come, a seguito di tale sentenza, la sezione 9 del paragrafo 7 del *Eingetragene Lebenspartnerschaftsgesetz* (LPartG), con cui nel 2001 è stato istituito il regime di *partnership* registrata in Germania, debba essere interpretata nel senso di ritenere possibile l'adozione successiva anche all'interno delle coppie che hanno contratto un'unione civile.

veva con una donna, costituendo con quest'ultima e con il bambino un vero e proprio nucleo familiare.

Proprio quest'ultimo profilo era evidenziato, all'interno del ricorso, come potenzialmente pregiudizievole ai fini della garanzia di un equilibrato sviluppo del bambino «in relazione ai diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio di cui all'art. 29 della Costituzione» e al «diritto fondamentale del minore di essere educato secondo i principi educativi di entrambi i genitori».

La vicenda era poi ulteriormente complicata dal «contesto religioso e culturale» del padre, di religione musulmana, che rendeva ulteriormente inaccettabile la scelta di vita della madre e che lo aveva reso protagonista di un episodio di violenza – alla presenza del bambino - nei confronti della convivente di quest'ultima.

La Corte di Cassazione rigettando il ricorso, ha valutato «generico e non concludente» il richiamo del padre naturale del bambino ai principi costituzionali (*in primis*, l'art. 29) e ha rilevato la totale assenza di certezze scientifiche o dati dell'esperienza a sostegno della doglianza di quest'ultimo. Di più, il ricorso appare innestato sulla base di un mero pre-giudizio: vale a dire quello della dannosità per lo sviluppo del bambino derivante dal fatto di vivere in una “famiglia omosessuale”: assunto che però non viene in concreto dimostrato.

La recentissima pronuncia della Corte EDU *X e altri c. Austria* (ric. n. 19010/07) del 19 febbraio 2013 riguarda invece un caso di richiesta di adozione da parte del convivente omosessuale del genitore naturale del bambino.

Si tratta quindi di un'ipotesi che presenta alcune analogie con il caso *Gas e Dubois c. Francia*¹¹, ma anche significative differenze. Nel caso *X e altri c. Austria*, infatti, la Corte di Strasburgo rileva, infatti, da parte della legislazione austriaca in tema di adozione, una violazione congiunta degli articoli 14 (divieto di non discriminazione) e 8 (rispetto della vita familiare) della Convenzione.

La violazione è riscontrata dopo avere comparato la posizione delle coppie eterosessuali e omosessuali non unite in matrimonio, in relazione alla possibilità di accedere all'adozione del figlio del proprio partner. Mentre nel primo caso quest'ultima è possibile, nel secondo no: e questo sulla base della formulazione

¹¹ Sul quale si veda, *supra*, Capitolo III, § 3.2

dell'art. 182 § 2 del Codice civile austriaco: l'adozione del figlio del proprio partner è infatti ammessa e va a recidere il legame con il genitore naturale dello stesso sesso dell'adottante. Questa formulazione (invero apparentemente "neutra") determina perciò che, in concreto, nel caso di una coppia omosessuale non sia possibile adottare (anche una volta eventualmente superato –attraverso una valutazione concreta dell'interesse del minore - l'eventuale rifiuto dell'altro genitore naturale a consentire l'adozione) il figlio del proprio partner senza recidere il legame del figlio con quest'ultimo. D'altro canto, l'entrata in vigore nell'ordinamento austriaco (dal 1 gennaio 2010) del regime di *partnership* registrata (esclusivamente rivolto alle coppie omosessuali), non ha modificato questo stato di cose in quanto è esplicitamente proibita l'adozione del figlio del proprio partner registrato.

La Corte pertanto, sulla base di questa analisi, valuta come il caso portato alla sua attenzione riveli una significativa differenza rispetto al precedente caso *Gas e Dubois c. Francia*: nell'ordinamento francese, infatti, sia le coppie eterosessuali che le coppie omosessuali (conviventi o pacsate) non possono accedere all'adozione, non rilevandosi quindi una differenza di trattamento; nel caso dell'ordinamento austriaco, invece, la differenza di trattamento è evidente: la possibilità per di adottare il figlio del proprio partner é ammessa per le coppie eterosessuali non coniugate ma, per le coppie omosessuali è, per le ragioni sopra esposte, eliminata in radice, a prescindere una valutazione in concreto dell'interesse del minore.

In *X e altri c. Austria* il profilo dell'individuazione , in concreto, del *best interest* del figlio è valorizzato in modo più significativo che in *Gas e Dubois c. Francia*: ravvisata la comparabilità tra la situazione della coppia eterosessuale e della coppia omosessuale entrambe non coniugate in relazione all'adozione del figlio del partner, non residua più uno spazio per una protezione della famiglia «in the traditional sense»: «the protection of the interest of the child is also a legitimate aim» (§ 138), e ad esso le corti interne avrebbero dovuto fare riferimento prima di sottolineare l'impossibilità giuridica di procedere all'adozione.

Tutti questi casi, se pure eterogenei nella premesse, sono indicativi di un elemento di grande importanza, vale a dire dell'inevitabile profilo della genitorialità,

inteso come “convitato di pietra” di ogni discussione avente ad oggetto il matrimonio omosessuale.

Questo aspetto è rimasto, programmaticamente, sullo sfondo, in quanto si è ritenuto utile, preliminarmente, analizzare il contenuto “minimo” sottostante la richiesta matrimoniale: vale a dire quello della garanzia di una tutela – ad un tempo giuridica, sociale e simbolica - della dimensione “orizzontale” della relazione di una coppia.

La prospettiva che si è scelta, e che si è ritenuta maggiormente utile in quanto tiene separati il piano della relazione tra i coniugi da quello relativo al rapporto genitori - figli (al quale è riservata un’autonoma disciplina) non impedisce tuttavia di valutare come la dimensione della genitorialità, ora esistente e costruitasi nel tempo (è il caso dell’adozione del figlio - naturale o a sua volta già adottato - del proprio partner), ora ricercata attraverso il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita o attraverso l’ipotesi della surrogazione di maternità, costituisca un elemento in grado di stimolare ulteriori riflessioni sul dibattito relativo all’accesso all’istituto matrimoniale¹².

¹² Gli studi in tema di genitorialità omosessuale sono piuttosto numerosi. Questi, in prevalenza, sottolineano come l’orientamento sessuale del genitore e l’educazione all’interno di una famiglia omosessuale non siano elementi in grado di incidere in senso negativo sullo sviluppo psico-fisico del bambino (cfr., sul punto, i numerosi contributi citati nel *Brief for the United States on the merit question*, e richiamato *supra*, in nota n. 7, sono citati numerosi contributi scientifici, i quali concludono che «there is no scientific basis for concluding that gay and lesbian parents are any less fit or capable than heterosexual parents, or that their children are any less psychologically healthy and well adjusted» (pagina 42, note 17 e 18, tra i quali possono essere ricordate le ricerche svolte dalla American Academy Of Pediatrics, *Coparent or Second- Parent Adoption by Same-sex Parents* pubblicata nel 2002 e dalla American Psychological Association, *Sexual Orientation, Parents and Children*, pubblicata nel 2004). Per completezza, si deve dare conto dei risultati di una ricerca più recente, pubblicata nel 2012 sulla rivista scientifica statunitense *Social Science Research* e condotta da Mark Regnerus, sociologo dell’Università del Texas, che ha viceversa dimostrato, sulla base dei dati esaminati, come, tra i figli delle coppie omosessuali, il 12% pensi al suicidio (contro il 5% dei figli di coppie etero), siano più propensi al tradimento (40% contro il 13%), più spesso disoccupati (28% contro l’8%), ricorrano più facilmente alla psicoterapia (19% contro l’8%), siano più spesso seguiti dall’assistenza sociale rispetto ai coetanei cresciuti da coppie eterosessuali sposate (dati disponibili al sito, che illustra la ricerca, www.familystructurestudies.com/outcomes). Il movimento LGBT negli Usa ha accolto con estremo sfavore i risultati della ricerca di Regnerus, e numerosi sono stati gli appelli affinché l’Università del Texas verificasse, attraverso un’indagine interna,

Soprattutto in relazione ai casi portati all'attenzione della Corte EDU, è evidente come quest'ultima intenda soffermarsi su un'analisi rigorosa della questione ad essa posta, senza prendere una posizione specifica sul tema dell'estensione del matrimonio alle coppie dello stesso sesso. È, d'altro canto, inevitabile come tale Corte, se pure attraverso la ricognizione della pluralità di soluzioni adottate nel contesto europeo e dell'ineliminabile margine di discrezionalità riservato ai singoli Stati, abbia veicolato un concetto sempre più ampio di vita familiare. Si legge, a questo proposito, nella pronuncia *X e altri c. Austria*, che: «the State, in its choice of means designed to protect the family and secure respect for family life as required in Article 8, must necessarily take into account developments in society and changes in the perception of social, civil status and relational issues, including the fact that there is not just one way or one choice when it comes to leading one's family or private life» (§ 139). Nella stessa pronuncia, la Corte fa un'importante affermazione che merita di essere sottolineata: «The Court is aware that *striking a balance between the protection of the family in the traditional sense and the Convention rights of sexual minorities is in the nature of things a difficult and delicate exercise, which may require the State to reconcile conflicting views and interests perceived by the parties concerned as being in fundamental opposition*» (§ 151). La Corte di Strasburgo, dunque, agisce e giudica nella consapevolezza di trovarsi di fronte ad un quadro di riferimento in continua evoluzione e che

la scientificità dello studio sotto il profilo della fedeltà al protocollo previsto e della metodologia di ricerca. Il 29 agosto 2012 l'Università del Texas, attraverso il proprio sito web, ha pubblicato il seguente comunicato: «L'Università del Texas ha stabilito che nessuna indagine formale può essere giustificata sulle accuse di cattiva condotta scientifica presentate contro il professore associato Mark Regnerus riguardo al suo articolo pubblicato sulla rivista "Social Science Research"» in quanto non sono state riscontrate prove sufficienti per giustificare un'inchiesta. Sulla vicenda, cfr. M. TOSATTI, "Ecco quali saranno i problemi dei figli delle coppie gay", www.vaticaninsider.lastampa.it, 15 gennaio 2013 (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013).

vede (o dovrebbe vedere) tuttavia come protagonisti, in prima battuta, i singoli Stati¹³.

3. *La difficile ed articolata applicazione del principio di eguaglianza*

La questione dell'apertura del matrimonio anche alle coppie omosessuali impone - lo si è sottolineato nel primo capitolo - una riflessione sul principio di eguaglianza e sulle sue possibili declinazioni.

Può accadere che, come nel caso del riconoscimento della possibilità di contrarre matrimonio anche per le coppie omosessuali, l'applicazione di tale principio possa avvenire per gradi differenti, in genere a partire dal riconoscimento di una disciplina di tutela delle convivenze (etero ed omosessuali) con effetti analoghi a quelli derivanti dal matrimonio, fino a giungere eventualmente alla piena equiparazione nell'accesso a quest'ultimo.

Nel caso del riconoscimento di una tutela giuridica delle convivenze, il termine di paragone per le unioni omosessuali è rappresentato dalla condizione delle coppie eterosessuali conviventi. Si tratta di una soluzione senza dubbio rispettosa dell'esigenza di garantire una tutela giuridica in ipotesi di convivenza dotata di stabilità e durata nel tempo, indipendente dal sesso dei *partners* (e perciò non discriminatoria) e che allo stesso modo valorizza la dimensione "tradizionalmente eterosessuale" del matrimonio, riservando quest'ultimo istituto alle sole coppie eterosessuali.

Se però si sposta il termine di paragone dalla coppia *convivente* eterosessuale alla coppia *coniugata* eterosessuale, anche il riconoscimento di una tutela giuridi-

¹³ A questo proposito, in un primo commento all'indomani della sentenza della Corte EDU *X e altri c. Austria*, M. LUCIANI sottolinea, con riferimento in particolare al contesto italiano, che «sarebbe bene che il nuovo Parlamento si muovesse, e subito, perché l'inerzia genera la sofferenza delle persone, ma può anche comportare il caos, quando la disciplina di una materia così complessa ed articolata viene dettata caso per caso, e non sulla base di un disegno regolatore generale, che solo il legislatore può tracciare», *Unioni civili, decida il legislatore non le corti*, L'Unità, 22 febbraio 2013.

ca della convivenza potrebbe apparire una soluzione non pienamente soddisfacente nella prospettiva di un'applicazione piena del principio di eguaglianza.

Resta un'ulteriore ipotesi, prospettata dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 138 del 2010 (e “fatta propria” anche dai giudici comuni), relativa alla possibile individuazione, all'interno di un giudizio – e quindi in relazione a singoli e concreti casi, di ipotesi in cui si renda necessario un trattamento omogeneo tra coppie etero ed omosessuali conviventi da un lato e coppie eterosessuali coniugate dall'altro. Tuttavia, questa opzione, se pure praticabile (come si è visto, non solo dalla Corte costituzionale, ma anche dai giudici comuni¹⁴) in concreto, fornisce una tutela, se non insoddisfacente, per lo meno discontinua e frammentaria.

È stato ricordato da Cass Sunstein come la discriminazione per ragioni di orientamento sessuale sia diventata «una delle più importanti questioni di uguaglianza del nostro tempo»¹⁵.

Il tema dell'accesso delle coppie omosessuali al matrimonio, infatti, complica ed arricchisce la prospettiva antidiscriminatoria: per via della sua inevitabile interazione con il cosiddetto “test della razionalità” (esiste un collegamento tra il divieto di accesso al matrimonio per tali coppie e un fine pubblico legittimo?); in quanto impone una riflessione concettuale sul rapporto tra diritto e parola; infine, poiché costituisce indubbiamente un “fattore di complicazione” del pensiero tradizionale sul genere¹⁶.

Si è tentato di analizzare la complessa vicenda costituzionale del matrimonio omosessuale attraverso un percorso di ricerca incentrato su quello che, tra i tre profili appena sopra indicati, potrebbe apparire il più marginale e sfuggente: vale a dire il rapporto tra “diritto” e “parola”. Questa scelta è stata effettuata nella piena convinzione che, anche (e soprattutto) nel campo del diritto, le parole costituisca-

¹⁴ v. *supra*, Capitolo III, par. 3.5.

¹⁵ C. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, cit., 256.

¹⁶ I matrimoni fra persone dello stesso sesso, infatti, «sono proibiti anche perché complicano il pensiero tradizionale sul genere: mostrando che la divisione degli esseri umani in due semplici categorie è dovuta agli stereotipi sui ruoli sessuali, per quanto sia vero che uomini e donne sono “differenti”», C. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, cit., 283.

no e rappresentino «nuclei di esperienza umana (...) [che]attengono alla vita degli uomini e ai loro rapporti sociali, negli aspetti più svariati»¹⁷.

E' stato osservato come questa sia un'epoca in cui il soggetto astratto (necessario, connesso e presupposto dal principio di eguaglianza) «non si presenta più come compatto, unificante, risolto. E', più che problema, enigma. Si fa nomade. Esprime una realtà frantumata e mobile. Non è approdo, ma processo».¹⁸ In questo senso, appare fondamentale il ruolo di completamento del principio di eguaglianza svolto dal concetto di dignità: quest'ultima, infatti, valorizza la «persona sociale» in luogo dell'astratto individuo¹⁹.

Il collegamento tra il principio di eguaglianza e la dignità personale, con particolare riferimento al diritto, qualificato come fondamentale, di contrarre matrimonio è stato particolarmente valorizzato da alcune corti americane²⁰, e, nel contesto europeo, da ultimo, dal Tribunal Constitucional spagnolo che si è espresso con chiarezza sul punto.

La Corte costituzionale italiana, nella sentenza n. 138 del 2010, invece, come è noto, non ha riservato il carattere di “fondamentale” al diritto a contrarre matrimonio (sebbene questo aggettivo sia indubbiamente riservato al matrimonio tra coppie eterosessuali²¹), quanto piuttosto al diritto (questo sì qualificato come

¹⁷ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano, 1978, 224. La frase sopra riportata costituisce una citazione interna dallo stesso Autore e contenuta ne *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, Giuffrè, Milano, 1964, 52 ss.

¹⁸ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma - Bari, 2012, 147.

¹⁹ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 149.

²⁰ Cfr., in particolare, la pronuncia della Corte Suprema della California *In Re Marriage Cases* del 2008, e, con particolare riferimento all'incidenza della *Proposition 8* sul diritto fondamentale a contrarre matrimonio, le pronuncia della Corte distrettuale della California sul caso *Perry v. Schwarzenegger* del 4 agosto 2010 (su cui v. supra, Capitolo II, § 2.3) e quella, ad essa successiva, della Corte d'appello federale californiana del 7 febbraio 2012 (su cui sia consentito rinviare a L. CONTE, *Lezioni americane: la Corte d'appello federale sulla Proposition 8 in materia di matrimoni omosessuali*, in *Quad. Cost.*, 2012, 420 ss).

²¹ Nella sentenza della Corte costituzionale n. 245 del 2011, il diritto fondamentale al matrimonio viene in evidenza non “di per sé”, ma in relazione all'incostituzionalità di una disposizione (art. 116 del codice civile, come novellato dalla legge n. 94 del 2009) che detta una generale preclusione a contrarre matrimonio (con cittadino/a italiano/a di sesso opposto) a carico di stranieri extracomunitari non regolarmente soggiornanti nel territorio dello stato e che dunque risultano sprovvisti del «documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano». Sul punto, *contra*, M. DI BARI, *La lettura in parallelo*

«fondamentale» per le coppie omosessuali) «di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei modi, nei tempi, e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri». Il giudice costituzionale, in questo passaggio della pronuncia, si basa sull'art. 2 della Costituzione, il quale dispone che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come *singolo*, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la *sua* personalità».

La Corte costituzionale, dunque, nella pronuncia, si concentra sulla posizione del singolo, sulla base del dettato dell'art. 2 Cost., intendendo l'unione omosessuale come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, la quale costituisce “soltanto” una tra le molteplici formazioni sociali (da intendersi come comunità, semplici o complesse) idonee «a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico».

Questa posizione “minimalista”, incentrata sul libero, e pieno (e, perciò, degno) sviluppo della personalità individuale, non ha impedito, tuttavia, ai giudici di merito e alla stessa Corte di Cassazione, di saldare il diritto fondamentale a vivere liberamente una condizione di coppia, con il diritto a vivere la pienezza di una vita in comune qualificabile come “familiare” (diritto esplicitamente riconosciuto dalla Convenzione EDU, art. 8).

Questo atteggiamento se deriva, da un lato, dalla riconducibilità della famiglia al più ampio *genus* delle formazioni sociali, con le quali condivide (se pure con alcuni tratti peculiari) l'elemento teleologico (finalità di sviluppo della persona umana) e psicologico (coscienza dei componenti del fare parte e del voler appartenere a tale formazione), oltre che il carattere di stabilità nel tempo²², dall'altro inevitabilmente è il portato dello sviluppo del concetto – non giuridico - di “famiglia di fatto”.

delle sentenze n. 138/2010 e n. 245/2011, in www.forumcostituzionale.it (ultimo accesso all'url in data 18/3/2013).

²² E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, CEDAM, Padova, 1989.

È proprio il concetto di “famiglia di fatto” ad avere determinato uno slittamento concettuale (e poi giuridico) che vale la pena, se pure incidentalmente, sottolineare.

La “famiglia di fatto”, in sostanza, si è rivelata un concetto - ponte, in grado di mettere in connessione gli articoli 2 e 29 della Costituzione (e perciò permettendo di rispondere in senso affermativo alla questione – posta dubitativamente da taluno²³ - se le famiglie (fondate o non fondate sul matrimonio) possano essere ricondotte al novero delle formazioni sociali. Di più, ha determinato un significativo cortocircuito tra i concetti di famiglia e matrimonio (tale cortocircuito, singolarmente, per una volta, non pone in primo piano il controverso legame tra questi ultimi e la “società naturale”) per cui attualmente si possono individuare: famiglie eterosessuali fondate sul matrimonio; famiglie eterosessuali non fondate sul matrimonio (ma che ad esso potrebbero “in potenza” accedere da subito o rimossi eventuali cause ostative); famiglie omosessuali non fondate sul matrimonio (e che non aspirano ad accedere a tale istituto); famiglie omosessuali non fondate sul matrimonio (e che tuttavia a tale istituto vorrebbero accedere)²⁴.

Questo stato di cose ha determinato una valorizzazione del diritto, riservato al *singolo individuo*, di sviluppare la propria personalità all’ interno del contesto fa-

²³ A. CARIOLA, *La dubbia utilizzazione del modello di famiglia come formazione sociale*, in R. BIN, C. PINELLI, *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Giapichelli, Torino, 1996, 47 ss.

²⁴ Il quadro relativo alla “prospettiva della scelta” sulla tipologia del legame ritenuto più desiderabile risulta ulteriormente complicato (nel senso opposto di un “*dis – favor*” nei confronti dell’istituto matrimoniale) da atti, come la delibera del 27 febbraio 2012 del Senato accademico dell’Università di Genova, che vieta le chiamate di professori o il reclutamento di ricercatori che siano sposati con docenti dello stesso dipartimento. In questo caso si interviene, in modo significativo sullo *status* dei coniugi, i quali vengono automaticamente a trovarsi in una posizione di svantaggio rispetto ad altre ipotesi relazionali giuridicamente meno evidenti (coppie di fatto etero ed omosessuali). Il testo del Regolamento in materia di chiamate dei professori di prima e seconda fascia, di cui all’art. 18 della legge del 30 dicembre 2010, n. 240 e che recepisce quanto disposto nella delibera sopra richiamata, prevede al comma secondo dell’art. 7 (*Requisiti di partecipazione e cause di esclusione*) che: «non possono partecipare ai procedimenti di chiamata i parenti o gli affini, fino al quarto grado compreso, *nonché il coniuge* di un professore afferente al dipartimento che formula la proposta, ovvero del rettore, del direttore generale o di un componente del Consiglio di amministrazione dell’Ateneo» (corsivo non testuale, Regolamento reperibile all’indirizzo en.unige.it/albo/index.php?act=2&id=852, ultimo accesso all’url in data 18/3/2013).

miliare ritenuto più desiderabile. In questo senso, la prospettiva dello sviluppo della personalità individuale costituisce una realizzazione specifica del concetto di “dignità personale”. Quest’ultimo, come si è visto poco sopra, integra e completa il principio di eguaglianza: anzi, sembra consistere esso stesso in una “domanda” di eguaglianza, come ricordano le parole di Shylock:

«Non ha occhi, un Giudeo? Non ha un giudeo mani, organi, dimensioni, sensi, affetti, passioni? Non si nutre dello stesso cibo del cristiano, e non è ferito dalle stesse armi, afflitto dagli stessi morbi, guarito dagli stessi rimedi? Non ha freddo e caldo per la stessa estate e inverno? Se ci pungete, non sanguiniamo? Se ci fate il solletico, non ridiamo? Se ci avvelenate, non moriamo? E se ci fate torto, non ci vendicheremo?»²⁵

Questo passo shakespeariano è citato testualmente da Barrows Dunham all’interno di *Miti e pregiudizi del nostro tempo*, in cui il capitolo IV ha l’obiettivo di dimostrare l’inconsistenza del terzo “mito” esaminato, vale a dire: «che ci siano razze superiori e inferiori»²⁶.

Il tentativo di tracciare una sorta di parallelismo tra la vicenda dei matrimoni omosessuali (e alla conseguente divisione in caste in base al genere) e quella dei matrimoni interrazziali (e alla conseguente divisione in caste in base alla razza) è stato messo in atto da Andrew Koppelman²⁷ e successivamente da Sunstein, (e in seguito rielaborato anche da autori italiani²⁸), con risultati suggestivi.

²⁵ W. SHAKESPEARE, *Il mercante di Venezia*, atto III, scena I. La citazione è contenuta in B. DUNHAM, *Miti e pregiudizi del nostro tempo*, Einaudi, Torino, 1951. Sul «valore polemico» del principio di eguaglianza «rispetto alle limitazioni di capacità stabilite dal fascismo per motivi politici, a carico dei non iscritti al p. n. f., degli israeliti, ecc.», P. BARI-LE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, CEDAM, Padova, 1953, 13.

²⁶ B. DUNHAM, *Miti e pregiudizi del nostro tempo*, Einaudi, Torino, 1951,

²⁷ A. KOPPELMAN, *Why Discrimination Against Lesbians and Gay Men is Sex Discrimination*, New York University Law Review, 69, 1994, 197.

²⁸ Cfr., in particolare A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, 2722, il quale ricorda, citando la sentenza n. 268/1998 della Corte costituzionale (Considerato in Diritto, punto n. 5) che: «le discriminazioni nei confronti degli ebrei, lesive dei diritti fondamentali e della dignità della persona, hanno assunto consistenza normativa con un complesso di provvedimenti che hanno toccato i diversi settori della vita sociale», tra i quali – con il regio d.l. 17 novembre 1938, n. 1728 – proprio la “materia matrimoniale”».

Risulta, in proposito, particolarmente interessante il raffronto tra le motivazioni esplicitamente addotte come fondanti il divieto (che manifestano una sorta di “parvenza di sostenibilità”: per entrambi i casi, la notazione per cui tanto il divieto di matrimonio interrazziale quanto il divieto di matrimonio omosessuale trattano bianchi e neri, uomini e donne, “nello stesso modo”²⁹) e le motivazioni “sotterranee”, nascoste e tuttavia pervasive, ma costituzionalmente inaccettabili in quanto configgenti con la clausola della *equal protection*, e pertanto discriminatorie (nel primo caso: volontà di mantenere la superiorità della razza bianca e di impedire il venir meno della concezione della differenza razziale; nel secondo caso la volontà di mantenere viva una visione stereotipata dei ruoli che spettano a uomini e donne, il desiderio di stigmatizzare la passività sessuale del maschio, la creazione di un ruolo sessuale attivo per la donna)³⁰.

Questa impostazione è senza dubbio di grande interesse teorico, ma inevitabilmente, soprattutto in relazione alla tematica, ancora oggi “irrisolta”, del matrimonio *same - sex*, non scioglie il nodo più complesso della questione, costituito dalla *persistenza* dell’istituto matrimoniale nella tradizione. E’ proprio questa persistenza a costituire la base del suo prestigio e della sua desiderabilità come ineliminabile strumento per garantire rilievo pubblico e simbolico ad un’unione di carattere affettivo. Tale persistenza è stata, fino ad ora in misura prevalente, connotata dal carattere eterosessuale dei coniugi, fondandosi pertanto sulla differenza di sesso e, conseguentemente, senza valorizzazione del profilo dell’orientamento sessuale.

La possibilità di introdurre, all’interno dell’istituto matrimoniale, l’elemento dell’omosessualità dei coniugi, oggi, tuttavia, non appare remota, se pure in parte sostituita (o affiancata) da una “gradazione” di soluzioni differenti che possono costituire tappe intermedie o provvisori assestamenti.

In ogni caso, si tratta di un processo in atto “a più velocità” tanto nel contesto internazionale quanto in quello europeo. I tempi della sua attuazione possono deri-

²⁹ E’ interessante notare come questo tipo di argomentazione sulla sostenibilità del divieto del *same-sex marriage* sia “testualmente” riportata all’interno di un dibattito politico rappresentato all’interno del film *The Ides Of March* (2011, diretto da G. Clooney).

³⁰ C. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, cit., 283 ss.

vare dall'esercizio di una necessaria "prudenza"³¹ sul tema (anche se affiancata dalla predisposizione, per esempio, di una disciplina giuridica per le convivenze) o da un immobilismo che genera discriminazione (tanto più grave quando non è neppure presente, come nel caso italiano, una tutela di carattere generale per le coppie di fatto etero ed omosessuali).

Le questioni poco sopra prospettate, che coinvolgono i grandi temi da un lato della genitorialità omosessuale e dall'altro l'applicazione del principio di eguaglianza (tanto in relazione alle coppie eterosessuali conviventi quanto in relazione alla coppie eterosessuali coniugate), per la loro vastità, meritano un approfondimento ed una trattazione specifica. Rispetto ad esse, la presente tesi si è posta come una prodromica e necessaria riflessione a partire dal nucleo della questione: vale a dire l'analisi dei possibili percorsi (anche metodologici) attraverso cui sia possibile sviluppare il concetto giuridico di matrimonio (da "sacramento" «immutabile e indisponibile» a «strumento artificiale e conformabile»³²), in relazione alla richiesta di una sua estensione anche alle coppie omosessuali.

4. «Il romanzo e il caso»: elementi per una teoria pragmatica della "narrazione costituzionale"

Nel secondo capitolo della tesi abbiamo considerato i possibili percorsi attraverso i quali, per via della sua peculiare posizione interpretativa in relazione al linguaggio, la Corte costituzionale potrebbe essere qualificata come "narratore esterno" cui spetta un ruolo chiave, che consiste nella progressiva sistematizzazione e sintesi delle "vicende costituzionali cui inevitabilmente partecipa, nella con-

³¹ C. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, cit., 287-289, ricorda come, nel giudicare della proibizione dei matrimoni tra persone dello stesso, «una grande cautela da parte delle corti» sia «giustificata», dal momento che «la deliberazione sul significato della Costituzione» fa parte delle funzioni spettanti in via prioritaria al legislatore.

³² A. PUGIOTTO, *L'altra faccia dell'eguaglianza (e dell'amore)*, in *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, cit., 281.

tinua rielaborazione del proprio testo di riferimento e nella partecipazione – come interprete qualificato - ai processi collettivi di attribuzione di significato³³.

L'attivazione del giudizio costituzionale, in particolare nel procedimento in via incidentale, si è detto, mette in moto un meccanismo giuridico - costituzionale e, insieme, culturale, che impone alla comunità di soffermare la propria attenzione su un caso che da singolare acquista portata generale³⁴.

Anche su questo punto la riflessione teorica di Erich Köhler offre alcuni spunti di interesse, questa volta non contenuti all'interno degli scritti sull'interpretazione sociologica della letteratura dei trovatori provenzali, (dei quali si è già detto³⁵ e su cui si ritornerà nell'ultimo paragrafo per alcune brevi notazioni), ma in un'opera successiva, che offre alcuni elementi per precisare il ruolo della Corte costituzionale come “narratore”³⁶.

In particolare, Köhler riflette in modo pragmatico sul concetto di finzione letteraria: essa consiste nella selezione di “casi” o “fatti” o “possibilità”, che per il solo fatto che potrebbero verificarsi nella realtà, diventano parte di quest'ultima e perciò entrano nel meccanismo dialettico che si instaura tra «struttura sociale» e «sovrastuttura letteraria»³⁷.

Tuttavia, «l'autonomia relativa dell'evoluzione letteraria è continuamente raggiunta dall'evoluzione storico-sociale che le imprime nuovi orientamenti»³⁸: questa evoluzione non risparmia neppure la tendenziale stabilità della gerarchia dei generi letterari, i quali possono modificarsi nel tempo oppure estinguersi quando sia venuto meno il loro gruppo sociale di riferimento³⁹ (e qui il ricordo delle vicende della lirica trobadorica è evidente, come si noterà *infra*, § 5).

³³ Cfr., sul punto, R. COVER, *Nomos and Narrative*, cit., 11. Questa impostazione, evidentemente, impedisce di valutare le pronunce della Corte come atti puramente “retorici”, cfr. R. BIN, *La Corte costituzionale tra potere e retorica: spunti per la costruzione di un modello ermeneutico dei rapporti tra Corte e giudici*, in A. ANZON, B. CARAVITA, M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Giappichelli, Torino, 1993, 10.

³⁴ v. *supra*, Cap. II, §2.3.

³⁵ v. *supra*, Cap. III, § 3.6 e Cap IV, § 4.1.

³⁶ E. KÖHLER, *Il romanzo e il caso. Da Camus a Stendhal*, Il Mulino, Bologna, 1990.

³⁷ E. KÖHLER, *Il romanzo e il caso. Da Camus a Stendhal*, cit., 147.

³⁸ *Ibidem*, 133.

³⁹ *Ibidem*, 146.

Da ultimo, Köhler riflette sulle forme letterarie del romanzo e della novella, il primo caratterizzato dalla tendenza all'universalità, nel raccontare un "caso", inevitabilmente ne prefigura di nuovi e si pone «in uno spazio intermedio tra la dialettica storica e il possibile»⁴⁰, la seconda "ritagliata" sulla singolarità del caso concreto: si potrebbe dire che *racconta*, ma non *spiega*.

A questo punto, è possibile riflettere su come l'impostazione qui adottata da Köhler possa risultare di una qualche utilità all'interno di una riflessione conclusiva (se pure provvisoria) sulla possibilità di configurare una "narrazione costituzionale" in grado di assumere una speciale importanza in relazione al tema del matrimonio omosessuale.

L'Autore si dimostra in particolar modo interessato alle ricadute in senso pratico collegabili all'evoluzione letteraria, che non pare costituire mai strumento di mero diletto ma è sempre e rigorosamente situata in un determinato contesto storico e sociale con cui inevitabilmente interagisce e che contribuisce a spiegare. In questo senso, il ruolo della parola in Köhler è più vicino a quello della parola "dei giuristi": contestualizzata, calibrata, frutto di un'astrazione che tuttavia rifugge il distacco completo dalla realtà.

La concretezza del caso, tanto nell'ipotesi della novella quanto in quella del romanzo, è sempre valorizzata, non viene mai meno costituendo una sorta di elemento "immanente" del sistema letterario complessivamente inteso.

A questo punto, sulla base dei rilievi teorici desumibili dallo scritto di Köhler sembrerebbe possibile tracciare un parallelismo tra la coppia romanzo - novella e la coppia Corte costituzionale - giudici comuni, in relazione al "potere narrativo" o di spiegazione della realtà costituzionalmente rilevante. In entrambe le ipotesi il "caso" gioca un ruolo fondamentale: rispetto ai giudici comuni esso è "fisicamen-

⁴⁰ E. KÖHLER, *Il romanzo e il caso, Da Camus a Stendhal*, cit., 129-130. Questo passaggio è caratterizzato da una singolare vicinanza con quanto teorizzato da Italo Calvino all'interno di una riflessione sull'esattezza nella scrittura, la cui ricerca «si biforca in due direzioni: da una parte la riduzione degli avvenimenti contingenti a schemi astratti, con cui si possano compiere operazioni e dimostrare teoremi; dall'altra parte lo sforzo delle parole per rendere conto con la maggiore precisione possibile dell'aspetto sensibile delle cose», I. CALVINO, *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, Garzanti, Milano, 1988, 72.

te” senza dubbio più vicino⁴¹; rispetto alla Corte costituzionale, in particolare nel giudizio in via incidentale, è strumento di attivazione di quest’ultima. Alla Corte spetta un significativo compito di analisi, astrazione e prefigurazione che, attraverso lo strumento del giudizio di ragionevolezza, dovrebbe scongiurare, qualora potesse verificarsi, il pericoloso distacco dalla concreta realtà dei “casi” su cui l’esito del giudizio costituzionale potrebbe esercitare la propria influenza.

In questo senso, la narrazione costituisce lo strumento mediante il quale è possibile esaminare il procedimento attraverso cui un soggetto dotato di speciale autorevolezza (la Corte costituzionale), offre, *nel tempo*, una spiegazione (e perciò una risposta) - attraverso l’applicazione ed interpretazione delle norme costituzionali- in relazione alle manifestazioni del caso, il quale «è dunque per il diritto un mezzo di riconoscimento della realtà, e un meccanismo che ne innesca l’operatività» e di cui l’uguaglianza può diventare «il più visibile banco di prova»⁴².

5. La lirica trobadorica nell’interpretazione sociologica di Erich Köhler: ulteriori spunti di riflessione per il costituzionalista

Una convinzione maturata all’esito di questo studio consiste nel fatto che l’applicazione del principio di eguaglianza presupponga, nel caso in esame, una rigorosa ed ineliminabile riflessione concettuale.

Questo non significa fermarsi alla sola ricostruzione della dimensione storica dei concetti, ma valorizzare altresì il ruolo, operato dalle Corti superiori (ma anche, in certa misura, dai giudici comuni) nel «cogliere e delimitare i concetti di valore in tutte le loro possibilità semantiche, chiarendoli continuamente, contrap-

⁴¹ Cfr. P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, cit., 21.

⁴² S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, Feltrinelli, 2006, 138.

ponendoli ad altri concetti»⁴³. Questa attitudine è, nella impostazione adottata da Erich Köhler, un tratto peculiare della letteratura cortese, e in particolare della lirica trobadorica, e ne valorizza la carica rivoluzionaria, in grado di infrangere «l'involucro delle possibilità linguistiche e concettuali, estremamente rigide, perché legate alla divisione sociale “per stati”» tipica dell'epoca medievale⁴⁴.

La prospettiva della realizzazione del principio di eguaglianza nell'amore, attraverso l'adesione più profonda ai valori della poesia cortese è, nella tesi di Köhler sulla lirica trobadorica, funzionale al processo di integrazione di un gruppo sociale (la cavalleria di bassa estrazione) completamente nuovo.

Il compito specifico del trovatore è, «cercare, con l'impiego di tutti i mezzi linguistici e poetici, di attingere al significato più profondo della parole»⁴⁵ per individuare il contenuto del concetto di “nobiltà d'animo”: quest'ultimo, come tutta la terminologia feudale, non costituisce un'ovvia metafora, ma investe direttamente i rapporti sociali.

È stato sottolineato, in precedenza⁴⁶, come nella poesia trobadorica l'elemento soggettivo, l'io poetico, costituisca una finzione. «Il discorso medievale», rileva opportunamente Pietro Costa, «non ignora il soggetto: semplicemente, lo coglie nella sua relazione congiuntiva con il corpo politico- sociale»⁴⁷. Per questa ragione, è estremamente avvertita la relazione tra “fatto letterario” e “fatto sociale”: i rapporti di reciproca influenza tra queste due dimensioni non sono irrilevanti.

L'utilizzo di questa prospettiva è estremamente utile nell'ottica di un recupero della scienza giuridica come disciplina (anche) umanistica - attenta alla rielaborazione dei concetti attraverso il potere in un certo qual modo “narrativo” della giurisprudenza – e potrebbe fornire un'ipotesi per risolvere il problema della difficile

⁴³ E. KÖHLER, *I trovatori e la questione della nobiltà*, in *Sociologia della fin'amor. Saggi trobadorici*, cit. 170.

⁴⁴ E. KÖHLER, *I trovatori e la questione della nobiltà*, cit., 171.

⁴⁵ E. KÖHLER, *I trovatori e la questione della nobiltà*, cit., 176.

⁴⁶ Cap. IV, § 4.1

⁴⁷ P. COSTA, *Civitas, Storia della Cittadinanza in Europa, vol. IV: L'età dei totalitarismi*, Laterza, Roma- Bari, 2002, 486.

ricomposizione dei contributi alla decisione dei cosiddetti “casi difficili”⁴⁸, attraverso un’analisi progressiva e coordinata delle stratificazioni giurisprudenziali (poiché «proprio nella fase giudiziaria il diritto mostra il suo più stretto legame con la lingua»⁴⁹) e che ponga particolare attenzione all’affinamento e alla rielaborazione di taluni concetti di rilievo (anche) giuridico.

Nel servirsi della “tesi sociologica” di Erich Köhler sulla lirica trobadorica, tuttavia, si deve tenere conto, oltre che della sua impostazione metodologica (particolarmente utile ai fini di questa tesi), anche degli esiti cui essa perviene.

Sono in effetti esiti che, ad un primo sguardo, potrebbero interessare soltanto i filologi romanzi, o gli storici del medioevo, ma che in realtà è opportuno ricordare, essenzialmente per due ragioni.

La prima è di correttezza metodologica: sarebbe infatti poco opportuno utilizzare in modo parziale (anche qualora – come in questo caso – quest’ultima costituisca un opportuno spunto di riflessione) una tesi che invece è dotata di una propria intima coerenza.

La seconda è invece di opportunità scientifica: la tesi sociologica di Erich Köhler, infatti, anche nei suoi esiti, è in grado di porre questioni che possono interrogare anche i giuristi in relazione all’interpretazione evolutiva dei concetti racchiusi nei testi.

La disputa sullo stile, più sopra ricordata⁵⁰, che, all’interno della lirica trobadorica, contrapponeva i sostenitori dello stile oscuro, ermetico e di difficile immediata comprensione (*trobar clus*) e i sostenitori dello stile chiaro (*trobar leu*) nasce da una spaccatura proprio tra le due anime dell’ideologia cortese, l’una più “conservatrice” e l’altra più “progressista”. Con il *trobar leu*, più chiaro e comprensibile, «ha inizio quel processo di generalizzazione dei valori cortesi [...] Questa generalizzazione, esattamente come il concetto di nobiltà d’animo, ha come immediata conseguenza la crisi del concetto di “natura” e l’ordine feudale non

⁴⁸ L’espressione “casi difficili” è mutuata da R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, nuova edizione 2010, 136.

⁴⁹ S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, cit., 74.

⁵⁰ Capitolo III, § 3.6.

può ammettere l'uguaglianza sociale, anche nell'ambito di uno stesso "stato", senza distruggere se stesso»⁵¹.

In sostanza, la raffinata e "rivoluzionaria", nel senso sopra indicato, attività di rielaborazione linguistica e poetica, intrapresa dalla lirica trobadorica intorno al concetto – cardine di "nobiltà dell'animo" (che può essere "coltivato" anche da chi non è nobile di stirpe), determina una vera e propria "implosione", che, in modo abbastanza paradossale, comporta la sopravvivenza del concetto di amore cavalleresco - cortese anche quando il sistema feudale delle corti provenzali, in cui aveva avuto origine, sarà venuto meno.

Questo esito può offrire degli spunti di riflessione anche al giurista che – come avviene nel presente caso – abbia trovato un utile schema nella tesi sociologica di Köhler: il processo di rielaborazione dei concetti (e, in questo senso, i concetti giuridici non fanno la differenza⁵²) non si sviluppa all'infinito: necessariamente, prima o poi, si determina un punto di rottura⁵³: o perché questa giunge ad una sintesi soddisfacente, o perché il contesto di riferimento è irrimediabilmente mutato. E' una forza potente, ma non inarrestabile. Ha un senso indagarne i percorsi in tanto in quanto i processi siano ancora in atto (come nel presente caso, in cui sono varie, e tutt'ora allo studio, le opzioni utilizzate per garantire un riconoscimento giuridico alle unioni omosessuali). Questo conferma quanto al giurista possa essere utile un approccio linguistico alla propria disciplina.

⁵¹ E. KÖHLER, *I trovatori e la questione della nobiltà*, cit., 162.

⁵² Sul superamento del dato linguistico (costituzionale e convenzionale: rispettivamente da parte del legislatore spagnolo e da parte della Corte EDU) in base al quale il matrimonio è descritto come l'unione di un uomo e di una donna, cfr. M. GATTUSO, *Tutela delle coppie, reati d'odio, matrimonio e Costituzione* (7. 12. 2012), in www.sosfamiglie.it

⁵³ Sul dato per cui «le disposizioni normative possono avere certo una pluralità di significati; ma si tratta comunque di un numero finito di significati, vale a dire quello compreso nell'area di ciò che è semanticamente ammissibile ricavare dal testo», cfr. M. CAVINO, *Struttura delle disposizioni normative e senso della tradizione*, in *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, cit., 53.

BIBLIOGRAFIA

OPERE CITATE E CONSULTATE

AA. VV., *Religione e politica. Il caso italiano*, Coines Edizioni, Roma, 1976

AA.VV., *The Effects of Marriage, Civil Union, and Domestic Partnership Laws on the Health and Well-being of Children*, Pediatrics, vol. 118, n.1, 2006

AA.VV., *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, IV Giornate Italo- Spagnolo - Brasiliane di Diritto Costituzionale, Conceito, Florianópolis, 2012

Abotsi A., *De la régulation des choix de société par la promotion des droits fondamentaux. Les enseignements de la Cour constitutionnelle sud-africaine* in http://www.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/3581_abotsi.pdf.

Agenzia dell'Unione Europea per i diritti fondamentali, *Manuale di diritto europea della non discriminazione*, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione Europea, 2011

Agosta S., *Uno sguardo sulle unioni omosessuali dalla prospettiva comparatistica: una lezione che stenta ancora ad essere imparata*, in *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, IV Giornate Italo - Spagnolo - Brasiliane di Diritto Costituzionale, Conceito, Florianópolis, 2012

Ainis M., *Sul linguaggio del giudice costituzionale*, in AA. VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988

Ainis M., *Sul rilievo dei "fatti" nel giudizio di legittimità costituzionale. Appunti per una ricerca*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011

Amram D., *Danno da perdita del congiunto e modelli familiari. Il caso del risarcimento al convivente omosessuale*, in *Riv. it. med. legale*, 2012

Andretto L., *La CEDU, l'UE e il matrimonio omosessuale. Infondatezza della quaestio ex art. 117 Cost. della disciplina codicistica del matrimonio*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)

Angelini F., *I "compromessi sposi": la Corte Costituzionale fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (2/7/2010)

- Angelini F., *La Corte di cassazioni su unioni e matrimoni omosessuali: nell'inerzia del legislatore la realtà giuridica si apre alla realtà sociale*, in *Giur. Cost.*, 2012
- Angiolini V., *Costituzione tollerante, Costituzione totale ed interpretazione nella disciplina delle libertà*, in R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti Costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994
- Angiolini V., *Il «pluralismo» nella Costituzione e la Costituzione per il «pluralismo»*, in R. Bin, C. Pinelli (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996
- Argentieri S., *A qualcuno piace uguale*, Einaudi, Torino, 2010
- Aristodemou M., *Law & Literature. A journey from her to eternity*, Oxford University Press, New York, 2000
- Ascarelli T., *Antigone e Porzia*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1955
- Ascarelli T., *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1957
- Ascarelli T., *Problemi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1959
- Auletta T., *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2011
- Austin J. L., *Come fare cose con le parole*, Marietti, 2008 (IX ristampa)
- Azzariti G. (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007
- Balduzzi R. - Cavino M. - Luther J. (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta. Atti del Seminario svoltosi a Stresa il 12 novembre 2010*, Giappichelli, Torino, 2011
- Balestra L., *La famiglia di fatto*, Cedam, Padova, 2004
- Barbagli M.-Saraceno C., *Lo stato delle famiglie in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1997
- Barbiera L., *Le convivenze. Tipi e statuti*, Giuffrè, Milano, 2011
- Barile P., *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, CEDAM, Padova, 1953
- Barile P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984

- Barrero Ortega, *Le débat sur la légalisation du mariage homosexuel en Espagne*, in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2007
- Belvedere A., Jori M., Lantella L. (a cura di), *Definizioni giuridiche e ideologie*, Giuffrè, Milano, 1979
- Benedetti, A. M., *Quali spazi per un diritto regionale delle famiglia? (nota a Corte costituzionale, sentenza 12 gennaio 2011, n. 8)* in www.giurcost.it
- Bergamini E., *La famiglia nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2012
- Bergonzini C., *Il convitato di pietra. La posizione del Parlamento sulle unioni omosessuali*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)
- Bergonzini C., *La convivenza more uxorio nella giurisprudenza costituzionale (note a ritroso all'indomani di Corte Cost. n. 140 del 2009)*, in *St. Iuris*, 2010
- Bernheim G., *Mariage homosexuel, homoparentalité et adoption: ce que l'ont oublié souvent de dire*, in www.grandrabbindefrance.com
- Berretta M., *Linguistica ed educazione linguistica. Guida all'insegnamento dell'italiano*, Einaudi, Torino, 1978
- Betteteni A., *La secolarizzazione del matrimonio nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, CEDAM, 1996
- Betti E., *Teoria generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1955
- Biagi Guerini R., *Famiglia e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1989
- Bianchi P., *Le trappole dell'originalismo*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011
- Bigatello S. *L'uomo la donna e il matrimonio*, Istituto «La casa», Milano, 1963
- Bile F., *Interpretare e giudicare: tecnica e valori in tre vicende esemplari*, in *Giust. Civ.*, 2011
- Bilotta F., *La convivenza tra persone dello stesso sesso è ancora un tabù? in Resp. civ e prev.*, 2010
- Bilotta F., *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Dir. Fam.*, 2011

Bin R., Brunelli G., Guazzarotti A., Pugiotto A., Veronesi P.(a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)

Bin R., *Capire la Costituzione*, Laterza, Roma - Bari, 2008

Bin R., *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quaderni Costituzionali*, 2007

Bin R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992

Bin R., *La Corte costituzionale tra potere e retorica: spunti per la costruzione di un modello ermeneutico dei rapporti tra Corte e giudici di merito* in Anzon A., Caravita B., Luciani M., Volpi M. (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello stato*, Giappichelli, Torino, 1993

Bin R., *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e dei conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano, 1996

Bin R., Pinelli C. (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996

Bin R., *Tra matrimonio e convivenza di fatto: un difficile esercizio di equilibrio*, nota a Corte cost. n. 166/1998, in *Giur. Cost.*, 1998

Bin R., *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *St. Iuris*, 2000

Bin R., *La Costituzione tra testo e applicazione*, in *Ars interpretandi*, 2009

Bin R., *Per una lettura non svalutativa dell'art. 29*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)

Binder G., Weisberg R., *Literary Criticisms of Law*, Princeton University Press, Princeton, 2000

Biscotti B., Borsellino P., Pocar V., Pulitanò D.(a cura di), *La fabbrica delle interpretazioni. Atti del VII convegno della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Milano-Bicocca, 19-20 novembre 2009*, Milano, Giuffrè, 2012

Bonini Baraldi M., *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Ipsoa, 2005

Bonini Baraldi M., *Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale*, in *Quad. Cost.*, 2009

Bonini Baraldi M., *La famiglia de-genere. Matrimonio, omosessualità e Costituzione*, Mimesis, Milano-Udine, 2010

Borsellino P., *La motivazione della sentenza come contesto di argomentazione razionale*, in Biscotti B., Borsellino P., Pocar V., Pulitanò D.(a cura di), *La fabbrica delle interpretazioni. Atti del VII convegno della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Milano- Bicocca, 19-20 novembre 2009*, Milano, Giuffrè, 2012

Botero Bernal A., *Derecho y Litératura: un Nuevo modelo para armar. Instrucciones de uso*, in <http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2008/Botero.pdf>.

Bottino M.-Danna D., *La gaia famiglia. Che cos'è l'omogenitorialità?*, Asterios, Trieste, 2005

Brunelli G., Pugiotto A., *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del "fatto" nelle decisioni della Corte*, in P. Costanzo (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996

Brunelli G., *Minoranze sociali, norme discriminatorie e funzione del giudice costituzionale*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)

Brunelli G., *Le unioni omosessuali nella sentenza n. 138/2010: un riconoscimento senza garanzia?* in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *Unioni e matrimoni same – sex dopo la sentenza 139 del 2010: quali prospettive?* , Jovene, Napoli, 2011

Brunelli G., *Famiglia e costituzione: un rapporto in continuo divenire*, in Mancina C., Ricciardi M. (a cura di), *Famiglia italiana, vecchi miti e nuove realtà*. Donzelli, Roma, 2012

Bruno A. S., *La neutralità assiologia dell'originalismo: Gli Stati uniti nella dead hand of the past*, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2008

Caggia F. – Zoppini A., *Commento all'art. 29 della Costituzione*, Commentario alla Costituzione a cura di Bifulco- Celotto- Olivetti, Torino, UTET, 2006

Caiani L., *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, CEDAM, Padova, 1954

- Califano L., *Corte Costituzionale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2004
- Calò E., *Le convivenze registrate in Europa. Verso un secondo regime patrimoniale della famiglia*, Giuffrè. Milano, 2000
- Calzaretti F., *Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive?*, in www.forumcostituzionale.it (31/5/2010)
- Cantarella E., *L'amore è un dio. Il sesso e la polis*, Feltrinelli, Milano, 2007
- Cantarella E., *Dammi mille baci. Veri uomini e vere donne nell'antica Roma*, Feltrinelli, Milano, 2009
- Caporrella V., *La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi dell'articolo 29 e il dibattito della Costituente*, in www.storicamente.org
- Capotosti P. A. *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità della sentenza n. 138 del 2010*, in *Quad. Cost.*, 2010
- Cardozo B. N., *Law and Literature*, in *Yale Review*, 1924-1925
- Carducci M., N. Musardo, *Istituzioni, formazioni sociali diverse dalla famiglia e condizione degli omosessuali in Italia*, in *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, IV Giornate Italo – Spagnolo - Brasiliane di Diritto Costituzionale, Conceito, Florianópolis, 2012
- Cariola A., *La dubbia utilizzazione del modello di famiglia come formazione sociale*, in R. Bin, C. Pinelli (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996
- Carlassare L., *Forma di stato e diritti fondamentali*, in *Quad. Cost.*, 1995
- Cartabia M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007
- Cartabia M., *In tema di "nuovi diritti"*, in Studi in onore di Franco Modugno, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011
- Caselli G. C., *Quando la Chiesa disciplinava le unioni di fatto*, in *Quest. Giustizia*, 2, 2007
- Cassese S., *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Riv. trim dir. pubbl.*, 2012

- Cavino M., *Interpretazione discorsiva del diritto*, Milano, Giuffrè, 2004
- Cavino M., *Struttura delle disposizioni normative e senso della tradizione*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)
- Cavino M., Tripodina C. (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova*, Giuffrè, Milano, 2012
- Cecchella C. (a cura di), *La famiglia di fatto. Terza giornata di studi in memoria dell’Avv. Mario Jaccheri*, Edizioni Plus – Pisa University Press, Pisa, 2009
- Cerri A., *Corso di giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2008
- Cerroni U., *Il rapporto uomo – donna nella civiltà borghese*, Editori riuniti, Roma, 1975
- Cherchi R., *La prescrittività tra testo costituzionale e legge: osservazioni a margine della sent. 138 del 2010 sul matrimonio omosessuale*, in www.costituzionalismo.it (16/11/2010)
- Chiovini F., M.M. Winkler, *Dopo la Consulta e la Corte di Strasburgo, anche la Cassazione riconosce i diritti delle coppie omosessuali*, in *Giust. Civ.*, 2012
- Chiovini F., *Omogenitorialità, margine di apprezzamento, interesse del minore: l’instabile bilanciamento dei giudici di Strasburgo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 11, 2012
- Cirsde e Servizio LGBT della Città di Torino (a cura di), *Politiche locali LGBT: l’Italia e il caso Piemonte*, Città di Torino, Torino, 2011
- Ciulla F., *Family gay: dall’“inesistenza” al riconoscimento. La Cassazione apre la strada alla tutela delle coppie omosessuali in Italia*, in www.duitbase.it (4/7/2012)
- Colaianni N., *Matrimonio omosessuale e Costituzione*, in *Corr. Giur.*, 2010
- Coll Planas G. (a cura di), *Combattere l’omofobia. Politiche locali di parità rispetto all’orientamento sessuale e all’identità di genere. Un libro bianco europeo*, Città di Torino, Torino, 2011
- Conte L. *Il matrimonio eterosessuale: crepuscolo di un paradigma*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)

Conte L., *La sentenza costituzionale n. 138/2010: alcuni profili linguistici di interesse giuridico*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti, *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011

Conte L., «*Impara una quantità di cose dai dotti*»: *la vicenda del matrimonio omosessuale davanti alla Corte costituzionale e nello “specchio” della dottrina*, in M. CAVINO, C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova*, Giuffrè, Milano, 2012.

Conte L., *Astrue v. Capato: la problematica via d’accesso alla definizione di “figlio” ai sensi del Social Security Act*, in *Quad. Cost.*, 2012

Conte L., *La Corte, il giudice, il legislatore: forma (e contenuti) di un divieto incostituzionale*, (nota a C. Cost., n. 245/2011), in *Giur. It.*, 2012

Conte L., *La sentenza del Tribunal Constitucional del 6 novembre 2012 tra “poliemia” e “normalizzazione”* in www.forumcostituzionale.it (2 dicembre 2012)

Conte L., *Lezioni americane: la Corte federale d’appello californiana sulla Proposition 8 in materia di matrimoni omosessuali*, in *Quad. Cost.*, 2012

Conte L., *Matrimonio, famiglia e circolazione di modelli: prospettive di metodo per il giurista*, in E. Raffiotta (a cura di), *Le nuove esigenze di tutela dei diritti della persona*, Thomson Reuters Aranzadi (in corso di pubblicazione)

Cossiri A., *Famiglie omosessuali, famiglie eterosessuali. La lacuna dell’ordinamento che produce discriminazione*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)

Costa P., *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, vol IV: L’età dei totalitarismi*, Laterza, Roma-Bari, 2002

Costanzo P. (a cura di), *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996

Cover R. M., *Foreword: Nomos and Narrative*, in *Harv. L. Rev.*, 1983-1984

Cover R., *Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, Giappichelli, Torino, 2008

Cozzi A. O., *Esiste un’obbligazione convenzionale o comunitaria volta a consentire il matrimonio tra persone dello stesso sesso?*, in R. Bin, G. Brunelli, A.

Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)

Crisafulli V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952

Crivelli E., *Il diritto al matrimonio riconosciuto dall’art. 12 CEDU alla luce della recente giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte EDU*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)

Crivelli E., *Il matrimonio omosessuale all’esame della Corte Costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (18/9/2009)

Crivelli E., *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione delle competenze tra legislatore e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (2/7/2010)

Croce M., *Diritti fondamentali programmatici, limiti all’interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, in www.forumcostituzionale.it (23/4/2010)

Cubeddu M. G., *Verso i principi generali uniformi degli atti della persona (e della famiglia)*, in *Riv. dir. civ.*, 2012

D’Addino Serravalle P., *Mutamento di sesso e azione di rettificazione*, in *Rass. Dir. civ.*, 1980

D’Aloia, *Famiglia e nuove formazioni. A proposito delle unioni omosessuali*, in *Riv. Giur. Molise e Sannio*, 1996

D’Aloia A., *Omosessualità e Costituzione. La tormentata vicenda del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)

D’Amato, *La letteratura e la vita del diritto*, Ubezzi & Dones, Milano, 1936

D’Amico M., *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991.

D’Amico M. - Alesso I. - Clara M. (a cura di), *La cicogna e il codice. Fecondazione assistita, riflessioni e prospettive*, Franco Angeli, Milano, 2010

D'Amico M., *Matrimonio tra persone dello stesso sesso e principi costituzionali*, in www.sosfamiglie.it (19/9/2011)

D'Angeli F., *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, Giappichelli, Torino, 2011

D'Angelo L., *Divieto di matrimonio tra omosessuali: nessuna violazione dell'art. 3 Cost.*, in www.forumcostituzionale.it (30/3/2010)

D'Angelo L., *La Consulta al legislatore: questo matrimonio "nun s'ha da fare"*, in www.forumcostituzionale.it (15/4/2010)

Danisi C., *Il principio di non discriminazione dalla Cedu alla Carta di Nizza: il caso dell'orientamento sessuale*, in www.forumcostituzionale.it, (3/12/2009)

D'Ippoliti C. – Schuster A. (a cura di), *DisOrientamenti. Discriminazione ed esclusione sociale delle persone LGBT in Italia*, Armando Editore, Roma, 2011

Dal Canto F., *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: la parola alla Corte Costituzionale*, in www.giurcost.org

Dal Canto, *La Corte Costituzionale e il matrimonio omosessuale*, in *Foro It.*, 2010, I

De Filippis B.-Bilotta F. (a cura di), *Amore civile. Dal diritto della tradizione al diritto della ragione*, Mimesis Edizioni, Milano-Udine, 2009

De Luca, *La famiglia non coniugale. Gli orientamenti della giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 1996

De Mauro T., *Il linguaggio della Costituzione*, Introduzione a *La Costituzione della Repubblica Italiana*, Torino, UTET e Fondazione Bellonci, 2006

Dershowitz A., *Rights from Wrongs. A Secular Theory of the Origins of Rights*, Basic Books, New York, 2004

Di Bari M., *La lettura in parallelo delle sentenze n. 138/2010 e 245/2011 della Corte costituzionale: una breve riflessione*, in www.forumcostituzionale.it (13/09/2011)

Di Bari, *Considerazioni a margine della Sentenza 4184/2012 della Corte di cassazione . la cassazione prende atto di un trend europeo consolidato nei confronti delle coppie same – sex anche alla luce della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (28/3/2012)

- Di Cosimo G., *Una mappa dei problemi giuridici inerenti la coscienza*, in R. Bin, C. Pinelli, *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996
- Di Girolamo C., *I trovatori*, Bollati Boringhieri, Torino, 2002
- Dieni E., *Finzioni canoniche. Dinamiche del “come se” tra diritto sacro e dritto profano*, Giuffrè, Milano, 2004
- Dogliani M., *Interpretazioni della Costituzione*, Franco Angeli, Milano, 1982
- Dogliani M., *Validità e normatività delle Costituzioni (a proposito del programma di Costituzionalismo.it)*, in www.costituzionalismo.it (18 gennaio 2005)
- Dogliotti M., *La Corte costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*, in *Giur.it.*, 1987
- Dolin K., *Law and Literature, A Critical introduction*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007
- Donati A., *Omosessualità e procedimento di adozione in una recente sentenza della Corte di Strasburgo*, in *Dir. Fam.*, 2008
- Donati P. - Solci R., *I beni relazionali. Che cosa sono e quali effetti producono*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011
- Dubler A. R. *Sexing Skinner: history and the politics of the right to marry*, *Col. Law Rev.*, 2010
- Dunham B., *Miti e pregiudizi del nostro tempo*, Einaudi, Torino, 1951
- Dworkin R., *A matter of principle*, Clarendon, Oxford, 1986
- Dworkin R., *I diritti presi sul serio*, Il Mulino, Bologna, 2010 (nuova edizione)
- Dworkin R., *L'impero del diritto*, Il Saggiatore, Milano, 1989
- Eco U., *Lector in fabula. La cooperazione interpretativa nei testi narrativi*, Bompiani, Milano, 1979
- Eco U., *Sei passeggiate nei boschi narrativi. Harvard University Nortorn lectures 1992-1993*, Bompiani, Milano, 1994
- Elia L., *Il potere creativo delle Corti costituzionali, in la sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, CEDAM, Padova, 1988

- Eribon D., *Su questo istante fragile*, Homolegens, 2010
- Esposito C., *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, CEDAM, 1954
- Esposito C., *Sulla punizione del solo adulterio femminile* (nota a Corte cost., n. 64/1961), in *Giur. Cost.*, 1961
- European Union Agency for Fundamental Rights, *Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2010
- Falletti E., *Il matrimonio come diritto fondamentale tra per le persone omosessuali tra uguaglianza, riservatezza e autodeterminazione*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)
- Faraguna P., *Constitutional paradoxes from dis-equality to equality: the Italian case (with a little help from abroad)* in A. Schuster (a cura di), *Equality and Justice*, Forum Editrice, Udine, 2011
- Faralli C., M. P. Mittica, *Diritto e letteratura. Prospettive di ricerca*, Aracne, Rma, 2010
- Feliziani C., *La tutela dei diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona. La Corte di Giustizia prende atto della natura giuridica vincolante della Carta di Nizza*, in www.rivistaaic.it (15/3/2011)
- Ferrajoli L., *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. Pubbl.*, 1-2, 2010
- Ferrando G., *Il Diritto di famiglia oggi: c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in *Pol. Dir.*, 2008
- Ferrando G., *Il matrimonio gay: il testimone passa alla Consulta*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009
- Ferrando G., *Questo matrimonio non si può fare?*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di) *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)
- Finocchiaro M., *L'atto deve essere considerato idoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento*, in *Guida al diritto*, 31 marzo 2012
- Fiorelli P., *Storia giuridica e storia linguistica*, in *Annali di storia del diritto*, 1957

- Fiorillo F., *Diritti, alla luce della Costituzione e della normativa europea*, in *Giur. Merito*, 2009
- Fortino M., *Diritto di famiglia. I valori, i principi, le regole*, Milano, Giuffrè, 2004
- Frappier J., *Vue sur les conceptions courtoises dans les littératures d'oc et d'oïl au XIII siècle*, in *Cahiers de Civilisation Médiévale*, 1959
- Frosini V., *La lettera e lo spirito della legge*, Milano, Giuffrè, 1995
- Frydman R.-Boutin C., *Les nouvelles familles*, Éditions Autrement, Paris, 2011
- Fulchiron H., *Mariage et partenariats homosexuels en droit international privé français*, RIDC, 2006
- Funaioli G. B., *L'evoluzione giuridica della famiglia e il suo avvenire al lume della Costituzione*, Mazza, Firenze, 1951
- Gadamer H. G., *Verità e metodo*, Bompiani, Milano, 1983
- Galgano F., *Il diritto e le altre arti. Una sfida alla divisione fra le culture*, Bologna, Editrice compositori, 2009
- Galgano F., *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010
- Galipò G., *Omosualità e matrimonio tra preclusioni costituzionali e moniti disattesi*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)
- Gattuso M., *La Costituzione e il matrimonio tra omosessuali*, Il Mulino, 3, 2007
- Gattuso M., *Appunti su famiglia naturale e principio di uguaglianza (A proposito della questione omosessuale)*, in *Quest. Giustizia*, 2007
- Gattuso M., *Il dialogo tra le Corti*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)
- Gattuso M., *La Corte costituzionale e il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Fam. dir.*, 2010
- Gattuso M., *La giurisprudenza e le unioni same – sex*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti, *Unioni e matrimoni same – sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011

Gattuso M., *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi*, in *Dir. Fam. Pers.*, 2012

Gattuso M., *Tutela delle coppie, reati d'odio, matrimonio e Costituzione* in www.sosfamiglie.it (7/12/2012)

Gattuso, M. "Matrimonio", "famiglia" e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la "doppia svolta" della Corte europea dei diritti dell'Uomo, in *Fam. Dir.*, 2012

Gazzoni F., *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano, 1983

Gazzoni F., *Manuale di Diritto privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, (XIV edizione)

Genovesi G., *Liberi di (non) risposarsi: la Cassazione sulla condizione testamentaria di contrarre matrimonio*, in *Corr. giuridico*, 2010

Gerstmann E., *Same sex marriage and the Constitution*, Cambridge University Press, 2004

Giacobbe G., *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. Famiglia*, 2006

Gianformaggio L., *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1985

Gianzi G., *L'adulterio alla luce di due importanti sentenze della Corte costituzionale* (nota a Corte cost., n. 126 e n. 127/1968) in *Giur. Cost.*, 1968

Giorgis A., *Talvolta la Costituzione non dice (ancora) tutto quello che vorremmo dicesse*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)

Giuffrè F., Nicotra I. (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2008

Gorlier C., *La responsabilità della poesia*, ne *Il Mulino*, 1958

Gossault B., *Le Pacs et les représentations de la famille*, *Espaces Temps*, 74-75, 2000

Greco R., *Il modello sociale della Carta di Nizza*, in *Quest. Giust.*, 3, 2006

Grossi P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007

- Guaiana Y., *Dal cuore delle coppie al cuore del diritto*, Ed. Stampa alternativa, 2011
- Guastini R., *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993
- Guastini R., *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Giappichelli, Torino, 2006
- Guastini R., *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2006
- Guastini R., *Interpretare e argomentare*, in A. Cicu, F. Messineo, P. Schlesinger, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2011
- Guazzarotti A., *Precedente CEDU e mutamenti culturali nella prassi giurisprudenziale italiana*, in *Giur. Cost.*, 2011
- Guglielmino S., Grosser H., *Il sistema letterario. Guida alla storia letteraria e all'analisi testuale*, Principato, Milano, 1995
- Guiglia G., *L'eguaglianza tra donne e uomini nella Carta sociale europea*, in www.rivistaaic.it (11/10/2011)
- Guiglia G., *Non discriminazione e uguaglianza: unite nella diversità*, in *Riv. GdP*, in www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2012/05/guiglia.pdf (14/5/2012)
- Häberle P., *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, Carocci, Roma, 2001
- Harris Z., *Linguaggio e informazione*, Adelphi, Milano, 1995
- Imarisio L., *L'estensione alle coppie omosessuali dell'accesso al matrimonio civile: la strada maestra per un diritto della famiglia "preso sul serio"*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)
- Jemolo A.C., *Che cos'è la Costituzione*, Donzelli, Roma, 2008
- Khaïat L., *L'adoption internationale: panacée universale ou nouveau produit porteur?*, 2003
- Köhler E., *Sociologia della fin'amor. Saggi trobadorici*, Liviana, Padova, 1976
- Köhler E., *Il romanzo e il caso. Da Stendhal a Camus*, Il Mulino, Bologna, 1990
- Koppelman A., *Why Discrimination Against Lesbians and Gay Men is Sex Discrimination*, in *New York University Law Review*, 1994

La Torre M., *Transessualismo, omosessualità e matrimonio*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di) *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, Giappichelli, Torino, 2010

Lalli C., *Buoni genitori. Storie di mamme e di papà gay*, Il Saggiatore, Milano, 2009

Lamarque E., *Regioni e ordinamento civile*, CEDAM, Padova, 2005

Lamarque E., *I diritti dei figli*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Unità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007

Lamarque E., *Adozione da parte dei single omo ed eterosessuali: i paesi del Consiglio d'Europa stanno perdendo il loro margine di apprezzamento?*, in *Quad. cost.*, 2008

Lamarque E., *Gli articoli costituzionali sulla famiglia travolti da un insolito (ed inesorabile) destino*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)

Lamarque E., *La tutela legale della famiglia*, (relazione tenuta al Convegno internazionale “La condizione giuridica di Rom e Sinti in Italia” – Università di Milano-Bicocca, 16 -18 giugno 2010)

Lamarque E., *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in Biscotti B., Borsellino P., Pocar V., Pulitanò D., *La fabbrica delle interpretazioni. Atti del VII convegno della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Milano - Bicocca, 19-20 novembre 2009*, Milano, Giuffrè, 2012

Lantella L., *Pratiche definitorie e proiezioni ideologiche nel discorso giuridico*, in A. Belvedere, M. Jori, L. Lantella (a cura di), *Definizioni giuridiche e ideologie*, Giuffrè, Milano, 1979

Lausberg H., *Elementi di retorica* (1949), trad. it. Il Mulino, Bologna, 1997

Lazzaro G., *L'interpretazione sistematica della legge*, Giappichelli, Torino, 1965

Lingiardi V., *Citizen Gay. Famiglie, diritti negati e salute mentale*, Il Saggiatore, Milano, 2007

Lipari N., *Valori costituzionali e procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003

- Lombardi D., *Storia del matrimonio. Dal Medioevo ad oggi*, Il Mulino, Bologna, 2008
- Lombardi G., *L'interprétation de la Constitution*, Editions Universitaires de Fribourg, Fribourg, 1988
- Long J., *Essere genitori LGBTI*, in Schuster A. (a cura di), *Equality and Justice*, Forum Editrice, Udine, 2011
- Lorello L., *La cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale* (cassazione I sez. civ.15 marzo 2012 n. 4184), in www.rivistaaic.it (8/5/2012)
- Lorenzetti A., *Matrimonio e filiazione: legame indissolubile?*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)
- Lorenzetti A., *Il caso Bernaroli, Quali soluzioni per un sistema «incartato»? in Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, IV Giornate Italo – Spagnolo - Brasiliane di Diritto Costituzionale, Conceito, Florianópolis, 2012
- Luciani M., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. Cost.*, 2006
- Lulli L., *Narrare in distici. L'elegia greca arcaica e classica di argomento storico-mitico*, in *Quaderni di seminari romani*, Quasar, Roma, 2011
- Luther J., *Il processo di Karlsruhe al Trattato di Lisbona: alla ricerca di interpretazioni ragionevoli*, in *Giur. Cost.*, 2011
- Luzzati C., *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999
- Lyotard J. F., *La condizione post-moderna. Rapporto sul sapere*, Feltrinelli, Milano, 2001
- Macario F., *Diritto di famiglia. Questioni giurisprudenziali*, Giappichelli, Torino, 2011
- Manassero C., *Una lettura degli istituti «famiglia» e «matrimonio» sganciata dalle garanzie costituzionali*, in *Giur. Merito*, 2009
- Mancina C., Ricciardi M. (a cura di), *Famiglia italiana, vecchi miti e nuove realtà*, Donzelli, Roma, 2012

Mancini M., *Introduzione a E. Köhler, Sociologia della fin'amor. Saggi trobadorici*, Liviana, Padova, 1976

Manetti M., *Matrimonio tra persone dello stesso sesso e filiazione*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)

Manetti M., *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011

Marchesiello M., Negro R. (a cura di) *Il diritto allo specchio della letteratura. Materiali di lettura per giuristi e non*, De Ferrari, Genova, 2010

Marchetti S., *Verso un diritto regionale della famiglia?*, in *Famiglia*, 2005

Martín Sanchez M., *El derecho constitucional al matrimonio homosexual en España*, in *Revista iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 13, 2010

Massa Pinto I., *Diritto costituzionale e tradizione: a proposito della famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in www.forumcostituzionale.it (11/7/2008)

Massa Pinto I., *L'unione tra persone del medesimo sesso nell'attuale contesto storico sociale: onnipotenza o impotenza della Costituzione (e della sua Corte)?*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)

Massa Pinto I.-Tripodina C., *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

Massa Pinto I., *«Fiat matrimonio!» L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di cassazione: può una sentenza della Corte di Cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte europea il potere di scardinare una «consolidata e ultramillenaria tradizione» superando anche il giudicato costituzionale?*, in www.rivistaaic.it (4/4/2012)

Melani A., *Il matrimonio omosessuale davanti alla Corte Costituzionale: azzardo o svolta?* (30/6/2009) in www.forumcostituzionale.it

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

- Mengoni L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Saggi, Giuffrè, Milano, 1996
- Messineo D., *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Giappichelli, Torino, 2012
- Messineo F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1952
- Mignot M., *Le partenariat enregistré en droit International privé*, RIDC, 53, 3, 2001
- Milone L., *Le regole della convivenza. (Appunti per una lezione)*, in *Vita not.*, 2010
- Minda G., *Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, and London, 1995
- Mittica M. P., *Diritto e letteratura in Italia, stato dell'arte e riflessioni sul metodo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009
- Mittica M. P., *Law and Literature. A discussion on Purposes and Method*, in www.lawandliterature.org
- Modugno F., *La funzione legislativa complementare della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1981
- Modugno F., *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, www.costituzionalismo.it (2005-2006)
- Modugno F., *Interpretazione giuridica*, CEDAM, Padova, 2012
- Molfessis N., *Pacte civil de solidarité. La réécriture de la loi relative au Pacs par le Conseil Constitutionnel*, in *JCP*, 2000
- Monateri, *Interpretare la legge. (I problemi del un civilista e le analisi di diritto comparato)*, in *Riv. dir. civ.*, 1987
- Monateri, *La responsabilità civile*, UTET, Torino, 2006
- Móneger F., *Le prononcé d'une adoption en France, les règles des conflits énoncées par la loi du 6 février 2001*, RIDC, 2003
- Montalti M., *Same sex marriage tra protezione statale e principio federale*, in *Quad. Cost.*, 2004

Montalti M., *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è un diritto fondamentale? Due recenti pronunce in Massachusetts dopo Lawrence v. Texas*, in *Pol. Dir.*, 2004

Montalti M., *Orientamento sessuale e Costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bologna, Bononia University Press, 2007

Morrone A., *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001

Mortati C., *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Giappichelli, Torino, 1971

Nelli R., *L'érotique des troubadours*, in *Cahiers de civilisation médiévale*, 31, 8, 1965

Niccolai S., Ruggiu I., *Dignity in Change. Exploring the Constitutional Potential of EU Gender and Anti – Discrimination Law*, European Press Academic Publishing, Firenze, 2010

Ninatti S., Violini L., *Nel labirinto del principio di non discriminazione: adozione, fecondazione eterologa e coppia omosessuale davanti alla Corte di Strasburgo*, in www.forumcostituzionale.it (24/4/2012)

Nuevo P., *Reflexiones constitucionales a propósito del llamado “matrimonio homosexual”*, in *Dikaion*, 2006

Nussbaum M., *Poetic Justice*, Beacon Press, Boston, 1995

Oberto G., *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Giuffrè, Milano, 1991

Oberto G., *Problemi di coppia, omosessualità e filiazione*, in *Dir. Fam e Pers.*, 2010

Occhiocupo N., *Liberazione e promozione umana nella Costituzione. Unità di valori nella pluralità delle posizioni*, Giuffrè, Milano, 1995

Orsi Battaglini A., *L' «astratta ed infeconda idea». Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quad. Fior.*, 1988

Ost F., *Mosé, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, Bologna, Il Mulino, 2007

Pace A., *Il convivente more uxorio, il «separato in casa» e il c. d. diritto «fondamentale» all'abitazione (nota a Corte Cost. n. 404/1988)*, in *Giur. Cost.*, 1988

- Pace A., *Interpretazione costituzionale ed interpretazione per valori*, in www.costituzionalismo.it (2005-2006)
- Pace A., *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. Cost.*, 2001
- Paladin L., *Costituzione, preleggi e codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1993
- Palici di Suni Prat E., *Intorno alle minoranze*, Giappichelli, Torino, 2002
- Pannarale L., *Le regole dell'amore*, in *Politica del diritto*, 2007
- Passaglia P., *Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa, una panoramica*, in *Foro It.*, 2010, IV
- Patrone I. J., *Il matrimonio tra persone omosessuali davanti alla Corte Costituzionale*, in *Quest. Giustizia*, 2009
- Patti S., *Il divorzio del transessuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012
- Patti S., *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012
- Pedetta, M., *La Corte costituzionale salva gli enunciati degli Statuti regionali sulla tutela delle "forme di convivenza" mettendoli nel limbo (sentt. 372, 378 e 379/2004)*, in www.forumcostituzionale.it
- Pedrazza Gorlero M. – Franco L., *La deriva concettuale della famiglia e del matrimonio. Note costituzionali*, in *Dir. Pubbl.*, 2010
- Pelikan J., *Interpreting The Bible and The Constitution*, Yale University Press, New Haven and London, 2004
- Pensovecchio Li Bassi A., *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1972
- Perelman C., *Logica giuridica e nuova retorica*, Giuffrè, Milano, 1979
- Perelman C., *Morale diritto e filosofia*, Micromegas Guida Editori, Napoli, 1974
- Pezzini B. (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Jovene, Napoli, 2008
- Pezzini B., *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)

Pezzini B., *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte Costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2010

Pezzini B., *La sentenza 138/2010 parla (anche) ai giudici*, in Pezzini B., Lorenzetti A. (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011

Pezzini B., Lorenzetti A. (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011

Pezzini B., *Transgenere in Italia: le regole del dualismo di genere e l'uguaglianza*, in *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, IV Giornate Italo – Spagnolo - Brasiliane di Diritto Costituzionale, Conceito, Florianópolis, 2012

Pezzini B., *Un paradigma incrinato: la faticosa rielaborazione di categorie concettuali tra le sentenze della Corte costituzionale 138/2010 e della Corte di Cassazione 4184/2012*, in www.forumcostituzionale.it

Pignatelli N., *I DICO tra resistenze culturali e bisogni costituzionali*, in *Quest. Giusiz.*, 2007

Pignatelli N., *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra “istituzione” matrimoniale e “funzione” familiare*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2005

Pinardi F., *La Corte, il matrimonio omosessuale e il fascino (eterno?) della tradizione*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010

Pinelli C., «*Nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*», in R. Bin, C. Pinelli (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996

Pinelli C., *Gli appelli alla natura e le prospettive del diritto costituzionale*, in *Dir. Pubbl.*, 2008

Pinelli C., *I diritti fondamentali in Europa tra politica e giurisprudenza*, in *Pol. Dir.*, 2008

Pinelli C., *La Nota del Consiglio Episcopale Permanente e le norme costituzionali in tema di famiglia e formazioni sociali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (22/5/2007)

Pizzorusso A., *Minoranze e maggioranze*, Einaudi, Torino, 1993

- Pocar V.-Ronfani P., *La famiglia e il diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2008
- Poggi A., *L'intenzione del costituente nella teoria dell'interpretazione costituzionale. Spunti per una sua definizione alla luce della dottrina americana dell' "original intent of the Framers"*, in *Dir. Pubbl.*, 1997
- Posner R. A., *Law and Literature. A Misunderstood Relation*, Harvard University Press, Cambridge, 1988
- Presno Linera M. A., *Matrimonio igualitario y Constitución*, in *www.lne.es* (7 novembre 2012)
- Prioux F., *L'évolution démographique récente en France*, *Population*, 4-5, 2003
- Pugiotto, A., *Sindacato di costituzionalità e "Diritto vivente". Genesi, uso, implicazioni*, Giuffrè, Milano, 1994
- Pugiotto A., *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*, Relazione svolta al Convegno "Questioni attuali in materia di famiglia, in occasione di una *dedicatio* di un'aula della Facoltà ad Alberto Trabucchi (Verona, Facoltà di Giurisprudenza, 29 febbraio 2008), e pubblicata su *www.forumcostituzionale.it*
- Pugiotto A., *L'altra faccia dell'eguaglianza (e dell'amore)*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)
- Pugiotto A., *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011
- Pugliatti S., *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano, 1978
- Putti P. M., *Nuovi modelli di relazioni familiari tra prospettive di apertura ed esigenze di confronto*, in *Dir. Fam.*, 2009
- Raffiotta, E.C., *Il caso californiano sul divieto di same sex marriage: al popolo l'ultima parola*, in *Quad. Cost.*, 2009
- Rainer Frank M., *Le centenaire du BGB: le droit de la famille face aux exigences du raisonnement politique, de la Constitution et de la cohérence du système juridique*, RIDC, 2000
- Randi G. e altri, *Marital status and cancer risk in Italy*, in *Preventive medicine*, 2004

Repetto G., *La Corte di Strasburgo si confronta per la prima volta con il matrimonio omosessuale*, in *diritti-cedu.unipg.it*

Repetto G., *Il matrimonio omosessuale al vaglio della Corte di Strasburgo, ovvero la negazione “virtuosa” di un diritto*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it* (2/7/2010)

Repetto G., *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU «supervenienti»: i rischi dell’iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2012

Rescigno P., *Le società intermedie*, ne *Il Mulino*, 1958

Ricoeur P., *Interpretazione e/o argomentazione*, in *Ars Interpretandi*, 1996

Ricoeur P., *Amour et justice*, Editions Points, 2008

Riot-Sarcey M. (a cura di), *De la différence des sexes. Le genre en histoire*, Bibliothèque historique Larousse, 2010

Rodotà S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2009

Rodotà S., *Prefazione a M.M. Winkler, G. Strazio, L’abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Il Saggiatore, Milano, 2011

Rodotà S., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012

Rolla G., *La tutela costituzionale dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2010

Romboli R. (a cura di) *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1994

Romboli R., *Per la Corte Costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*, in *Foro It.*, 2010, I

Romboli R. *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*, in *Giur. Cost.*, 2010

Romboli R., *La sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale sul matrimonio omosessuale e le sue interpretazioni*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011

Romboli R., *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali nell’esperienza italiana*, in *Discriminação*

por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional, IV Giornate Italo - Spagnolo - Brasiliane di Diritto Costituzionale, Conceito, Florianópolis, 2012

Rossi E., *Le formazioni sociali nella Costituzione*, CEDAM, Padova, 1989

Rossi E., *La Costituzione e i DICO, ovvero di una disciplina legislativa per le convivenze*, in *Pol. Dir.*, 2008

Rovasio S., *La campagna di affermazione civile: come e perché è nata*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, Giappichelli, Torino, 2010 (e – book)

Ruggeri A., *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 2007

Ruggeri A., *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale) pretesa a connotarsi come “famiglie”*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di) *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)

Ruggeri A., *“Famiglie” di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?*, in *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, IV Giornate Italo - Spagnolo - Brasiliane di Diritto Costituzionale, Conceito, Florianópolis, 2012

Ruggiu I., *Diversity as a Public Good? Cultural Identity in Legal Narratives*, in S. Niccolai, I. Ruggiu, *Dignity in Change. Exploring the Constitutional Potential of EU Gender and Anti – Discrimination Law*, European Press Academic Publishing, Firenze, 2010

Ruggiu I., *Summa constitutio summa iniuria? Per una sentenza interpretativa che individui correttamente l'essenza della “pratica culturale” del matrimonio supportata dall’argomento della minoranza*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi “nemici”*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)

Ruggiu I., *Test e argomenti culturali nella giurisprudenza italiana e comparata*, in *Quad. Cost.*, 2010

Ruggiu I., *L'argomento culturale sotteso alla sent. 138/2010*, in B. Pezzini, A. Lorenzetti, *Unioni e matrimoni same – sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli, 2011

Saitta A., *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1996

Saitta A., *Il matrimonio delle coppie di persone dello stesso sesso alla Consulta o dei limiti dell'interpretazione costituzionale evolutiva*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di) *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)

Saitto F., *La giurisprudenza tedesca in materia di eingetragene Lebenspartnerschaft tra garanzie d'istituto e Abstandsgebot. Spunti di comparazione con la sent. n. 138 del 2010 della Corte costituzionale italiana*, in www.forumcostituzionale.it (17/3/2011)

Sanders A., *Marriage, Same-sex Partnership and the German Constitution*, in *German Law Journal*, 13, 2012

Sansone A., *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*, Milano, Giuffrè, 2001

Santosuosso A., *Costituzione italiana, Carta di Nizza e CEDU a proposito di same-sex marriage*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi «nemici»*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)

Scaccia, G., *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000

Scarpelli U., *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Istituto editoriale cisalpino, Milano, 1955

Scarpelli U, Di Lucia P., Jori M., *Il linguaggio del diritto*, LED, Milano, 1994

Schuster A. (a cura di), *Equality and Justice*, Forum Editrice, Udine, 2011

Schuster A., *Il matrimonio e la famiglia in due recenti sentenze. Prime note in forma di soliloquio*, in www.forumcostituzionale.it (10/4/2012)

Segreto A., *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 1998

Sen A., *Identità e violenza*, Laterza, Roma - Bari, 2008

Sesta M., *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 3, 2000

- Sesta M., *Una disciplina per le convivenze*, Il Mulino, 3, 2007
- Sesta M., *I disegni di legge in materia di filiazione: dalla diseguaglianza all'unicità dello status*, in *Fam e Dir.*, 2012
- Silvis C., *Il matrimonio omosessuale fra il "non s'ha da fare" dell'art. 29 e il "si può fare" dell'art. 2 della Costituzione*, in www.forumcostituzionale.it
- Spallarossa M., *Il modello di famiglia: normativa vigente e prospettive di riforma nella dimensione delle politiche sociali per le famiglie*, in *Pol. Dir.*, 2007
- Spangaro A., *Coniugi "diventati" dello stesso sesso e "divorzio automatico"*, in *Fam. Dir.*, 2012
- Spinelli S., *Il matrimonio non è un'opinione*, in www.forumcostituzionale.it (27/4/2010)
- Spitzer L., *L'amour lointain de Jufre Rudel et le sens de la poésie des troubadours*, Niemeyer, Tubingen, 1959
- Strada V. (a cura di) *Problemi di teoria del romanzo: metodologia letteraria e dialettica storica. Scritti di G. Lukács, M. Bachtin e altri*, Einaudi, Torino, 1978
- Sunstein C. R., *A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa*, Il Mulino, Bologna, 2009
- Tarello G., *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bologna, 1974
- Tarello G., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980
- Taruffo M., *Il fatto e l'interpretazione*, in Biscotti B., Borsellino P., Pocar V., Putilanò D. (a cura di), *La fabbrica delle interpretazioni. Atti del VII convegno della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Milano- Bicocca, 19-20 novembre 2009*, Milano, Giuffrè, 2012
- Tega D., *L'addio al celibato (e nubilato) dei militari*, in *Giur. Cost.*, 2002
- Tincani P., *Le nozze di Sodoma*, L'Ornitorinco, Milano, 2009
- Tirapu Martinez D., *La cuestión no cerrada del llamado matrimonio homosexual*, in *Revista de Estudios Jurídicos*, 2010
- Todorov T., Bravo G. L. (a cura di), *I formalisti russi. Teoria della letteratura e metodo critico*, Einaudi, Torino, 2003

Togliatti P., *La politica culturale. Il rapporto tra libertà di espressione e direzione culturale negli scritti di Togliatti presentati da Luciano Gruppi*, Editori Riuniti, Roma, 1974

Tondi della Mura V., *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della "libertà"*, in www.federalismi.it (21/9/2010)

Tribe L. H., Dorf M. C., *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, Il Mulino, Bologna, 2005

Tripodina C., *Costituzione e matrimonio omosessuale: quis interpretabitur?*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)

Tripodina C., *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in Nicotra I., F. Giuffrè (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008

Troilo S., *I progetti di legge in materia di unioni di fatto: alla ricerca di una difficile coerenza con i principi costituzionali*, in B. Pezzini (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Jovene, Napoli, 2008

Tuzet G., *Finzioni giuridiche: è possibile una tesi unificata?*, in C. Faralli, M. P. Mittica (a cura di), *Diritto e Letteratura. Prospettive di ricerca*, Aracne, Roma, 2010

Urbinati, N. *Lo scettro senza il re. Partecipazione e rappresentanza nelle democrazie moderne*, Donzelli, Roma, 2009

Vari F., *Famiglia, unioni more uxorio e altre forme di convivenza tra diritti degli stati membri dell'Unione Europea e diritto comunitario*, in www.revistapersona.com.ar/Persona43/43Vari.htm

Vari F., *Famiglia e competenze dell'Unione Europea: un potenziale conflitto?*, in *Quad. Cost.*, 2008

Veronesi P., *I poteri davanti alla Corte. "Cattivo uso" del potere e sindacato di legittimità costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1999

Veronesi P., *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma*, Milano, Giuffrè, 2007

Veronesi P., *Costituzione, "strane famiglie" e "nuovi matrimoni"*, in *Quad. Cost.*, 2008

Veronesi P., *Matrimonio omosessuale, ovvero «E' sorprendente per quanto tempo si può negare l'evidenza, di fronte a certe cose»*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, Giappichelli, Torino, 2010 (e-book)

Veronesi P., *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, in *St. Iuris*, 2010

Veronesi P., *“Questo matrimonio s’ha da fare” : incostituzionale il divieto di contrarre matrimonio per gli stranieri irregolari*, in *St. Iuris*, 2012

Vespaziani A., *Il bilanciamento dei diritti nella cultura giuridica statunitense*, in *Dir. Pubbl.*, 2001

Vespaziani A., *Costituzionalità e narratività*, in C. Faralli, M. P. Mittica (a cura di), *Diritto e Letteratura. Prospettive di ricerca*, Aracne, Roma, 2010

Violini L., *Il riconoscimento delle coppie di fatto: praeter o contra constitutionem?* in *Quad. Cost.*, 2007

Wang. L. e altri, *Marital status and colon cancer outcomes in US Surveillance, Epidemiology and End Results registries: Does marriage affect cancer survival by gender and stage?*, in www.cancerepidemiology.it

White, J. B., *The Legal Imagination. Studies in the Nature of Legal Thoughts and Expression*, Little Brown & co., Boston, 1973.

Wigmore J., *A list of legal novels*, 2 Ill. Law Review, 1908

Winkler M. M., Romeo G., *«Yet footnotes matter»: osservazioni a margine di una tradizione*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La «società naturale» e i suoi "nemici"*, Giappichelli, Torino, 2010 (e – book)

Winkler M. M., *I trattamenti pensionistici delle coppie dello stesso sesso nell’Unione Europea: il caso Römer*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2011

Winkler M. M., *Same-sex marriage negli Stati Uniti: le nuove frontiere del principio di uguaglianza*, in *Pol. Dir.*, 2011

Winkler M. M., Strazio G., *L’abominevole diritto. Gay e lesbiche, giudici e legislatori*, Il Saggiatore, Milano, 2011

Winter S.L., *Indeterminacy and incommensurability in Constitutional Law*, 78 California Law Review, 1990

Zaccaria R., *Adulterio: Violazione dell'eguaglianza tra I coniugi "non giustificata" dall'uguaglianza della famiglia*, in *Giur. Cost.*, 1968

Zagrebelsky G., *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1970

Zagrebelsky G., *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1977

Zagrebelsky G., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Einaudi, Torino, 2009

Zagrebelsky G., *I costituzionalisti*, in *Giur. Cost.*, 2011

Zagrebelsky V., *La giurisprudenza casistica della Corte europea dei diritti dell'uomo; fatto e diritto alla luce dei precedenti*, in Biscotti B., Borsellino P., Pocar V., Pulitanò D., *La fabbrica delle interpretazioni. Atti del VII convegno della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli studi di Milano- Bicocca, 19-20 novembre 2009*, Milano, Giuffrè, 2012

Zanatta A.L., *Le nuove famiglie. Felicità e rischi delle nuove scelte di vita*, Il Mulino, Bologna, 2008

APPENDICE DI GIURISPRUDENZA

- Giurisprudenza costituzionale (citata e/o schedata per consultazione utilizzando i motori di ricerca dei siti www.cortecostituzionale.it e www.giurcost.org)
 - n. 61/1961
 - n. 126/1968
 - n.127/1968
 - n. 27/1969
 - n. 147/1969
 - n. 205/1970
 - n. 3/1975
 - n. 97/1979
 - n. 2/1980
 - n. 45/1980
 - n. 161/1985
 - n. 237/1986
 - n. 73/1987
 - n. 183/1988
 - n. 404/1988
 - n. 423/1988
 - n.310/1989
 - n. 559/1989
 - n. 44/1990
 - n. 184/1990
 - n. 189/1991
 - n. 1/1992
 - n. 148/1992
 - n. 46/1993
 - n. 162/1994
 - n. 183/1994
 - n. 281/1994
 - n. 377/1994
 - n. 8/1996
 - n.166/1998
 - n. 268/1998

- n. 349/1998
- n. 352/2000
- n. 510/2000
- n.447/2001
- n. 445/2002
- n.494/2002
- n.14/2003
- n. 350/2003
- n. 464/2005
- n. 266/2006
- n. 444/2006
- n. 140/2009
- n. 138/2010
- n. 276/ 2010
- n. 4/2011
- n. 8/2011
- n. 94/2011
- n. 245/2011
- n. 252/2011
- n. 31/2012

- Giurisprudenza di legittimità e di merito (citata e/o schedata per consultazione; fonti: Banca Dati De Jure, www.equal-jus.eu, www.personaedanno.it)

- Tribunale di Roma, 28 giugno 1980
- Cass. Civile sez I, 7 marzo 1992, n. 2766
- Consiglio di Stato sez. V,13 luglio 1994,n. 770
- Cass. Civ., sez I, 9 giugno 2000, n. 7877
- T. A. R. Firenze Toscana sez. I, 11 giugno 2001, n. 1041
- Tribunale di Latina 31 maggio – 10 giugno 2005
- Corte App. Roma, 13 luglio 2006
- Tribunale di Brescia, 14 ottobre 2006
- Tribunale di Napoli sez I, 28 giugno 2006
- T.A.R. Veneto 29 settembre 2007, n. 2786
- Tribunale di Firenze, sez I civ., 3-22 ottobre 2007
- Cass. Civile sez. I. 19 febbraio 2008, n. 4199
- Cass. Civile sez. I, 18 giugno 2008 n. 16593
- Tribunale di Bologna, 15 luglio 2008
- Corte App. Firenze, 27 giugno 2008
- Corte App. Bari, 13 febbraio 2009

- Ordinanza 3 aprile 2009, Tribunale di Venezia, Sez. III civile
- Ordinanza 29 luglio 2009, Corte d'Appello di Trento
- Ordinanza 13 novembre 2009, Corte d'Appello di Firenze
- Ordinanza 11 dicembre 2009, Tribunale di Ferrara
- Tribunale di Bergamo, sez I civ., 19 – 21 febbraio 2009
- Tribunale di Torino, sez. VII civ., 18 maggio – 4 giugno 2009
- Tribunale di Milano, sez. IX, 13 novembre 2009
- Tribunale di Milano, 15 dicembre 2009
- Cass. Pen., sez. I, 15 marzo 2010, n. 211
- Tribunale di Modena, 28 ottobre 2010
- T. A. R. Napoli Campania, sez. V, 7 maggio 2010, n. 3063
- Tribunale di Treviso, 19 maggio 2010
- Consiglio di Stato, sez. IV, 9 luglio 2010, 4473
- Tribunale di Varese, 23 luglio 2010
- Cass. Civile sez. I, 23 settembre 2010, n. 20134
- Cass. Pen., sez I, 1 dicembre 2010, n. 1328
- Tribunale minorenni Milano, 10 gennaio 2011
- T. A. R. Venezia Veneto sez III, 13 gennaio 2011, n. 38
- Tribunale di Udine, 12 febbraio 2011
- Tribunale di Roma, sez. I, 11 marzo 2011
- Tribunale minorenni Milano, 25 marzo 2011
- Corte d'Appello di Bologna, sez. I, 18 marzo 2011
- Tribunale minorenni Caltanissetta, 18 luglio 2011, n. 19
- Tribunale di Milano, 12 settembre 2011, n. 9965
- Tribunale di Reggio Emilia, 13 febbraio 2012
- Cass. Civile, sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184
- Corte App. Milano, sez. lav., 31 agosto 2012, n. 407
- Cass. Civile, sez. VI, 20 settembre 2012, n. 15981
- Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sez. II, 13 dicembre 2012, n. 10373
- Cass. Civile, sez. I, 11 gennaio 2013, n. 601
- Tribunale di Reggio Emilia, 9 febbraio 2013, n. 8354
- Cass. Civile, sez. III, 13 febbraio 2013, n. 3548

- Giurisprudenza della Corte EDU (fonti: www.echr.coe.int, www.duitbase.it, Banca dati De Jure)

Rees c. Regno Unito, 17 ottobre 1986, n. 9532/81
 Cossey c. Regno Unito, 27 settembre 1990, n. 10843/84
 Sheffield e Horsham c. Regno Unito, 30 luglio 1998, n. 22985/93 e 22390/94
 Salgueiro da Silva Mouta c. Portogallo, 21 dicembre 1999, n. 33290/96
 Goodwin c. Regno Unito, 17 luglio 2002
Schalk e Kopf c. Austria, 24 giugno 2010, n. 30141/04
Alekseyev c. Russia, 21 ottobre 2010, n. 4916/07; 25924/08 e 14599/09
O'Donoghue and Others c. Regno Unito, 14 dicembre 2010, n. 34848/07
D.B.N. c. Regno Unito, 31 maggio 2011, n. 26550/10
Fabris c. Francia, 21 luglio 2011, n. 16574/08
Schneider c. Germania, 15 settembre 2011, n. 17080/07
S. e H. c. Austria, 3 novembre 2011, n. 57813/00
Gas e Dubois c. Francia, 15 marzo 2012, n. 25951/07
X. and Others c. Austria, 19 febbraio 2013, n. 19010/07

- Giurisprudenza della Corte di Giustizia (fonti: www.duitbase.it, Banca dati De Jure)

Grant v. South – West, Ltd., 17 febbraio 1998, C-249/96
D c. Regno di Svezia, 31 maggio 2001, C-122/09
Mary Carpenter c. Secretary of State for the Home Department, 11 luglio 2002, C-60/00.
K. B. c. Regno Unito, 7 gennaio 2004, C- 117/01
Parlamento c. Consiglio, 27 giugno 2006, causa C – 540/03
Tadao Maruko v. Versorgungsanstalt der deutschen Bunen, 1 aprile 2008, C-267/06
Blaise Baheten Metock e altri c. Minister for Justice, Equality and Law Reform, 25 luglio 2008, C – 127/08
Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG, 19 gennaio 2010, C- 555/07
J. Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg, 10 maggio 2011, C-147/08

- Altre sentenze di rilievo, nel contesto europeo ed internazionale, citate all'interno della tesi

Portogallo

Tribunal Constitucional, n. 121/2010 (8 aprile 2010)

Francia

Décision n. 2010 – 92 QPC (28 gennaio 2011)

Spagna

Tribunal Constitucional, n. 198/2012 (6 novembre)

California

Corte distrettuale del Nord California, 4 agosto 2010, Perry c. Schwarzenegger (su cui, in seguito, Corte d'appello federale California, 7 febbraio 2012)

- Risoluzioni del Parlamento europeo

Risoluzione PE 8 febbraio 1994

Risoluzione PE 8 aprile 1997

Risoluzione PE 17 settembre 1998

Risoluzione PE 16 marzo 2000

Risoluzione PE 4 settembre 2003

Risoluzione PE 14 gennaio 2009

Relazione del Parlamento europeo sulla parità tra uomini e donne nell'Unione europea, 5 marzo 2012

- Circolari ministeriali

Ministero Interni, n. 2 del 26 marzo 2001

Ministero Interni, n. 55 del 18 ottobre 2007

Ministero Interni, n. 8996 del 26 ottobre 2012

Circolare del 14 maggio 2012 del Dipartimento Pubblica Sicurezza (N. 333-A/9807.E.1/3368-2012), successivamente modificata in quanto ritenuta discriminatoria

- Atti parlamentari citati nel testo (XVI legislatura)

Camera dei deputati

C. 494

C. 633

C. 663

C. 664

C. 735

C. 2807 – C. 4631

Senato della Repubblica

S. 114

S. 2263

**DOTTORATI
DI RICERCA**

Il tuo indirizzo e-mail

lucilla.conte@unife.it

Oggetto:

Dichiarazione di conformità della tesi di Dottorato

Io sottoscritto Dott. (Cognome e Nome)

Conte Lucilla

Nato a:

Asti

Provincia:

Asti

Il giorno:

20/05/1982

Avendo frequentato il Dottorato di Ricerca in:

Diritto costituzionale

Ciclo di Dottorato

25

Titolo della tesi:

La vicenda costituzionale del matrimonio omosessuale. Una prospettiva di Diritto costituzionale e di "Law and Literature"

Titolo della tesi (traduzione):

Tutore: Prof. (Cognome e Nome)

Veronesi Paolo

Settore Scientifico Disciplinare (S.S.D.)

IUS/08

Parole chiave della tesi (max 10):

Costituzione; matrimonio; omosessuale; Law; Literature

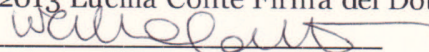
Consapevole, dichiara

CONSAPEVOLE: (1) del fatto che in caso di dichiarazioni mendaci, oltre alle sanzioni previste dal codice penale e dalle Leggi speciali per l'ipotesi di falsità in atti ed uso di atti falsi, decade fin dall'inizio e senza necessità di alcuna formalità dai benefici conseguenti al provvedimento emanato sulla base di tali dichiarazioni; (2) dell'obbligo per l'Università di provvedere al deposito di legge delle tesi di dottorato al fine di assicurarne la conservazione e la consultabilità da parte di terzi; (3) della procedura adottata dall'Università di Ferrara ove si richiede che la tesi sia consegnata dal dottorando in 2 copie di cui una in formato cartaceo e una in formato pdf non modificabile su idonei supporti (CD-ROM, DVD) secondo le istruzioni pubblicate sul sito: <http://www.unife.it/studenti/dottorato> alla voce ESAME FINALE – disposizioni e modulistica; (4) del fatto che l'Università, sulla base dei dati forniti, archiverà e renderà consultabile in rete il testo completo della tesi di dottorato di cui alla presente dichiarazione attraverso l'Archivio istituzionale ad accesso aperto "EPRINTS.unife.it" oltre che attraverso i Cataloghi delle Biblioteche Nazionali Centrali di Roma e Firenze; DICHIARO SOTTO LA MIA RESPONSABILITÀ: (1) che la copia della tesi depositata presso l'Università di Ferrara in formato cartaceo è del tutto identica a

quella presentata in formato elettronico (CD-ROM, DVD), a quelle da inviare ai Commissari di esame finale e alla copia che produrrò in seduta d'esame finale. Di conseguenza va esclusa qualsiasi responsabilità dell'Ateneo stesso per quanto riguarda eventuali errori, imprecisioni o omissioni nei contenuti della tesi; (2) di prendere atto che la tesi in formato cartaceo è l'unica alla quale farà riferimento l'Università per rilasciare, a mia richiesta, la dichiarazione di conformità di eventuali copie; (3) che il contenuto e l'organizzazione della tesi è opera originale da me realizzata e non compromette in alcun modo i diritti di terzi, ivi compresi quelli relativi alla sicurezza dei dati personali; che pertanto l'Università è in ogni caso esente da responsabilità di qualsivoglia natura civile, amministrativa o penale e sarà da me tenuta indenne da qualsiasi richiesta o rivendicazione da parte di terzi; (4) che la tesi di dottorato non è il risultato di attività rientranti nella normativa sulla proprietà industriale, non è stata prodotta nell'ambito di progetti finanziati da soggetti pubblici o privati con vincoli alla divulgazione dei risultati, non è oggetto di eventuali registrazioni di tipo brevettale o di tutela. PER ACCETTAZIONE DI QUANTO SOPRA RIPORTATO

Firma del dottorando

Ferrara, li 13 marzo 2013 Lucilla Conte Firma del Dottorando



Firma del Tutore

Visto: Il Tutore Si approva Paolo Veronesi

