



UGO ADAMO

## IL MATRIMONIO OMOSESSUALE IN SPAGNA DALLA L. N. 13/2005 ALLA STC 198/2012

SOMMARIO: 1. Premessa 2. La legge n. 13/2005 di modifica del codice civile in materia di diritto a contrarre matrimonio e le eccezioni di incostituzionalità alla base del *recurso de inconstitucionalidad* 3. La sentenza 198/2012, del 6 novembre 4. La mancanza di una legge regolante il matrimonio omosessuale e l'archetipo eterosessuale contenuto nella sent. n. 138/2010 della Corte costituzionale italiana

### I. PREMESSA

Nel corso dell'anno 2012, il supremo organo di garanzia costituzionale spagnolo ha depositato 495 pronunce (di cui 246 sentenze e 249 ordinanze) e, fra queste, quella che sarà ricordata come una sentenza storica, la 198/2012, del 6 novembre, pubblicata sul *BOE* nel numero 286 del 28 novembre, con la quale il *Plenum* del *Tribunal constitucional de España* (d'ora in poi *TC*) ha respinto un ricorso proposto in via diretta da un gruppo parlamentare.

La decisione risolve il *recurso de inconstitucionalidad*<sup>1</sup> n. 6864/2005 sollevato dalla minoranza parlamentare (settantuno deputati appartenenti al Gruppo Popolare) avverso la legge statale n. 13/2005, del 1 luglio,<sup>2</sup> con la quale la maggioranza parlamentare ha modificato il *Código Civil* spagnolo (d'ora in poi *CC*) nella parte riguardante il diritto a contrarre matrimonio<sup>3</sup>. La pronuncia è stata redatta dal giudice Pablo Pérez Tremps, approvata da 7 magistrati, e

<sup>1</sup> Do o e d ce ca n G s z a cos z o n a e e d o n d a m e n a

D e n e m e n e d a q a n o a v v e n e n e m o d g s z a c o s z o n a e a n a, n e ' o d n a m e n o b e c o è p e v s o, e x a 32 d e a l e y o r g á n i c a s T r i b u n a l c o n s t i t u c i o n a l ( d ' o a n p o L O T C ), n c o s o n v a d e a d a p a e d e a m n o a n z a p a a m e n a e ( o e c h e d a P e s d e n e d e G o v e n o, d a D e n s o e d e P o p o o e d a C o m n à a o n o m a ) e n o e m n e p e n o o d e m e s d a a p b b c a z o n e d e a e g g e ( s a m o e v d e n e m e n e d n a n z a d n ' c o s o s c c e s s v o ) c h e s m p g n a ( s v ' a 33, p m o c o m m a, L O T C ); n d o n a, c , p e , R R O M B O L , R T A R C H , *Giustizia costituzionale in Spagna*, n J L U H E R, R R O M B O L , R T A R C H ( a c a d ), *Esperien e di giustizia costituzionale*, II, T o n o, 2000, pp 323-330

<sup>2</sup> U n a m p o c o m m e n o a a e g g e è n M M A R N S Á N C H E Z, *El derecho constitucional al matrimonio homosexual en España. Ley 13/2005 de 1 de julio por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, n *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 3/20 0, pp 249-283; L M A R N E Z - C A L C E R R A D A, *La homosexualidad y el matrimonio. Ley 1 de julio de 2005 n. 13-2005*, Mad d, 2005; E L A U R O B A, *La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali ed i principi del diritto civile spagnolo*, n R R O M B O L ( a c a d ), n *La legge spagnola sul matrimonio tra persone dello stesso sesso e la tutela delle coppie omosessuali in Italia*, n *Il Foro italiano*, Pa e V, 2/2005, pp 272-275 S v, anche, J P A R D O F A L C Ó N, *El matrimonio homosexual un derecho constitucional: algunas consideraciones básicas a la espera del TC*, in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 24/20 , pp 60-67; F J M A A P O R L L A, *Matrimonio entre personas del mismo sexo y Tribunal Constitucional: un ensayo sobre la constitucionalidad del primero y los límites en la actuación del segundo*, n *Revista General de Derecho Constitucional*, 5/20 2, pp -20; M L N A C E R O D E L A F U E N E, *Ley 13/2005 de 1 de julio por la que se modifica el código civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, n *Foro. Nueva época*, 2/2005, pp 4 -438; J A S O U O P A Z ( a c a d ), *El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España. Estudios en honor del profesor Víctor Reina Bernálde*, G a n a d a, 2008; V P E R , *Discriminazioni in base all'orientamento sessuale matrimonio e conviventi*. *Il diritto fondamentale non giustiziabile*, n [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it)

<sup>3</sup> I T C e a g à s a o c h a m a o a p o n n c a s s a c o s z o n a à d e a e g g e d o m a d e C C a s e g o d d e q e s o n s o e v a e d a d e g d c n c a c a d e R e g s o C v e - e, d n q e, n q a d a n n a s a a m m n s a v a c o n d p e n d e n z a g e a c h c a n e c o n o n d e *Director General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia*, m a d c h a e e n a m b e n a m m s s b a a c e d e a m a n c a a e g m a z o n e d a g d c a s o e v a e q e s o n e n v a n c d e n a e, n q a n o o p e a n n e ' a m b o d p o c e d m e n a v e n c a a e e a m m n s a v o e n o n g s d z o n a e; c ò c h e m a n c a v a e a, d n q e, g d z o C e A A T C 505 e 508/2005 de 3 d c e m b e, 59/2006 de 5 e b b a o, 2/2008 de 6 g e n n a o T e e d e c s o n s o n o a c c o m p a g n a e d a v o t o s p a r t i c u l a r e s n e q a s a g o m e n a c h e g d c e n c a c a o d e R e g s o c v e, p n o n s v o g e n d o n a a v à p o c e s s a e, e s e c a p o e d e c s o e, d n q e, è e g m a o a s o e v a e q e s o n e d e g m à c o s z o n a e I T C e n è a n e m e o d e a q e s o n e s o o c o n a S T C 98/20 2, d e 6 n o v e m b e L C O N E, *La senten a del T b n a C o n s c o n a d e l 6 n o v e m b r e 2012 s u l m a t r i m o n i o o m o s e s s u a l e*





Nel caso sottoposto alla nostra attenzione, quindi, alla legge è richiesto non solo di indirizzare il comportamento della collettività tutta, ma anche di rendere pubblico riconoscimento ad un cambiamento già in atto nella società spagnola, dove forte era la richiesta di un pieno riconoscimento di diritti e doveri per tutti, indipendentemente dal proprio orientamento sessuale. Il legislatore spagnolo, *id est*, non ha più voluto ignorare ciò che appariva essere più che evidente, ovvero l'evoluzione della società nel riconoscimento di modelli di convivenza diversi rispetto al passato da ricondursi sotto il *nomen* matrimonio.

Il legislatore, non ritenendo necessaria una riforma del dettato costituzionale<sup>8</sup>, ha proceduto con legge ordinaria alla modifica di molteplici articoli del *CC*, sostituendo i termini 'marito' e 'moglie' con i più neutri 'coniuge' e 'consorte' (e quelli di 'padre' e 'madre' con quello di 'genitori'): l'uno/a o l'altro/a sarà la persona che ha contratto matrimonio e che risulta, dunque, essere sposata a prescindere dal fatto che lo sia con una persona appartenente ad un medesimo sesso o ad uno diverso dal proprio, vale a dire, prescindendo dal sesso della persona con cui decide liberamente di contrarre matrimonio. La nuova terminologia giuridica segue l'inserimento di un nuovo comma all'art. 44 *CC*<sup>9</sup> sancendo che "il matrimonio avrà gli stessi requisiti ed effetti quando entrambi i contraenti siano dello stesso o di differente sesso". Il legislatore ha così voluto riconoscere nel matrimonio la relazione e la convivenza tra persone appartenenti ad un medesimo sesso, al fine di tutelare le 'varie espressioni' della natura umana e il libero sviluppo della personalità di ogni singolo individuo.

Queste, in estrema sintesi, le ragioni alla base delle quali l'allora maggioranza parlamentare ha voluto riconoscere la possibilità di ricorrere al vincolo matrimoniale a qualsiasi coppia di persone a prescindere dalla connotazione di differenza sessuale; contro tale previsione normativa la minoranza parlamentare ha subito ricorso davanti al *TC*, la cui risposta, come dicevamo, si è fatta attendere per un periodo di tempo considerevolmente lungo, giungendo solo nel novembre dello scorso anno.

Il 30 settembre 2005 è stato depositato presso la cancelleria di via Scarlatti il ricorso con il quale gran parte del Gruppo Popolare presente nelle *Cortes Generales* chiede la declaratoria di incostituzionalità della legge appena approvata. Secondo i ricorrenti, la modifica legale dei termini 'padre' e 'madre' non può in alcun modo creare un'istituzione nuova che si ponga in totale contrapposizione alla "concezione secolare, costituzionale e legale del matrimonio come unione tra un uomo ed una donna"<sup>10</sup>.

Come per ogni 'questione delicata', i parametri costituzionali che si presume essere stati violati sono diversi e molteplici; il ricorso, comunque, si apre con tre argomentazioni di ordine generale: a) il matrimonio rappresenta un'istituzione dalla tradizione secolare che si fonda sulla riproduzione della specie umana e non è come vorrebbe la legge impugnata un'istituzione "polisemica, sfocata e disponibile"<sup>11</sup>; b) la problematica è inerente anche la gerarchia delle fonti, non potendo il legislatore ordinario incidere direttamente sulla struttura del disposto costituzionale; c) il riconoscimento dei diritti alle coppie omosessuali non deve comportare uno snaturamento dell'istituzione matrimonio così come è costituzionalmente garantito.

Gran parte delle motivazioni<sup>12</sup> sono, evidentemente, sviluppate intorno all'argomentazione letterale del disposto costituzionale che esplicitamente si riferisce all'istituzione matrimonio. Dunque, con riferimento ai parametri invocati (sottoposti ad una interpretazione di tipo 'originalista'), il più ampio e primo motivo di incostituzionalità addotto è speso in relazione al disposto costituzionale relativo al diritto a contrarre matrimonio, ovvero all'art. 32, primo e secondo comma, *Constitución Española* (d'ora in poi *CE*). Con riguardo al criterio linguistico, tre sono le argomentazioni

ogni periodo socio-economico con i propri valori, e menziona la capacità necessaria per contrarre il matrimonio, così come si con-  
 eno ed sono egualmente"

<sup>8</sup> L'art. 32 *CE* è paroloso e ambiguo; il primo comma definisce il matrimonio, mentre il secondo comma, nella seconda parte, definisce il diritto di contrarre matrimonio. "L'uomo e la donna hanno diritto di contrarre matrimonio in piena egualanza. La legge regola le modalità del matrimonio, l'età e la capacità per contrarlo, e dove, e come, e come si separa l'azione e l'effetto del matrimonio".

<sup>9</sup> Secondo il quarto comma "l'uomo e la donna hanno diritto di contrarre matrimonio con o senza memoria e disposizione di persone e cose". Si v. il 6° modello che appaia nel *CC*, s.v. per I GARRO E FERNÁNDEZ-DEZ, *El matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva constitucional*, in *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 3/2005, pp. 34-36.

<sup>10</sup> Così nel precedente della *STC* 98/2002.

Così nel precedente della *STC* 98/2002.

<sup>12</sup> Molti dei quali sono prese da ciò che è già stato affermato, o che da gran parte dei documenti spagnoli, anche con il Parlamento, o da *Consejo de Estado* (Dictamen 2628/2004, del 6 dicembre) e, soprattutto, con quello del *Consejo General del Poder Judicial* ("Estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo", del 26 gennaio 2005).



utilizzate. In primo luogo, l'impiego del sostantivo 'matrimonio', anziché 'relazioni di convivenza' o 'relazioni familiari stabili'<sup>13</sup>, è esplicitativo della volontà del costituente di ricondurre l'istituto in parola che ha in *mater* la sua radice etimologica al 'naturale' *telos* alla procreazione che, a sua volta, è consustanziale di un'unione sessuale (procreatrice, appunto) fra uomo e donna<sup>14</sup>. In secondo luogo, l'esplicito riferimento in Costituzione all'uomo e alla donna permetterebbe sempre secondo i parlamentari ricorrenti di dedurre una riserva costituzionale del matrimonio a favore delle sole coppie eterosessuali, e ciò perché solo l'uomo e la donna<sup>15</sup>, e non pure le coppie appartenenti ad un medesimo sesso, hanno costituzionalmente garantito il diritto a contrarre (fra di loro) matrimonio. In ultimo, il preciso riferimento sia all'uomo che alla donna che deve essere interpretato alla luce della menzione della "piena eguaglianza giuridica" come base su cui poter contrarre matrimonio, contenuta nello stesso art. 32 si giustificerebbe proprio alla luce del fatto che nell'ordinamento civile pre costituzionale vi era una diseguaglianza di fatto e di diritto fra la donna e l'uomo, nel loro rapporto di coppia eterosessuale. Anche quest'ultimo riferimento sancirebbe il carattere eterosessuale della coppia nella quale un componente (la donna) era posto in una posizione di diseguaglianza rispetto all'altro (l'uomo), con l'evidente finalità di consacrare la piena uguaglianza della donna nel matrimonio, rompendo, da questa prospettiva, un'insopportabile 'tradizione' secolare.

I ricorrenti continuano con l'affermare che il legislatore ordinario non può snaturare l'istituzione del matrimonio, e lo fanno ricordando il concetto di *garantía institucional*<sup>16</sup> secondo la quale "Per definizione [...] la garanzia istituzionale non assicura un contenuto concreto o un ambito competenziale determinato e fissato una volta per tutte, bensì la conservazione di un'istituzione in termini riconoscibili per l'immagine che la stessa ha nella coscienza sociale in ogni tempo e in ogni luogo. Questa garanzia non rimane tale allorché l'istituzione viene limitata, [riducendosi] ad una

<sup>13</sup> Secondo quanto è discusso in avvenute in sede di Assemblea costituzionale e a proposito dello scopo del suo lavoro e che nella assemblea di abbozzamento del testo costituzionale sono esplicitamente affermate le intenzioni del costituente di non limitare il matrimonio all'unione sessuale, ma di includere anche l'unione tra uomo e donna. Si noti, quindi, ad esempio come il menzionato articolo 32, così come è stato formulato, non si riferisce solo alle coppie eterosessuali, ma anche alle coppie omosessuali. I due emendamenti avevano lo scopo di estendere il matrimonio alle coppie omosessuali, e ciò perché solo l'uomo e la donna hanno costituzionalmente garantito il diritto a contrarre (fra di loro) matrimonio. In ultimo, il preciso riferimento sia all'uomo che alla donna che deve essere interpretato alla luce della menzione della "piena eguaglianza giuridica" come base su cui poter contrarre matrimonio, contenuta nello stesso art. 32 si giustificerebbe proprio alla luce del fatto che nell'ordinamento civile pre costituzionale vi era una diseguaglianza di fatto e di diritto fra la donna e l'uomo, nel loro rapporto di coppia eterosessuale. Anche quest'ultimo riferimento sancirebbe il carattere eterosessuale della coppia nella quale un componente (la donna) era posto in una posizione di diseguaglianza rispetto all'altro (l'uomo), con l'evidente finalità di consacrare la piena uguaglianza della donna nel matrimonio, rompendo, da questa prospettiva, un'insopportabile 'tradizione' secolare.

<sup>14</sup> In effetti, come è noto, la parola "matrimonio" ha un'origine etimologica che si riferisce all'unione tra uomo e donna. Il *Diccionario de la Real Academia de la Lengua* come "unione di uomo e di donna che ebbero a parte mezzo di de e m na o o me g d che" A proposito di "matrimonio" *infra* ne esortò, è più che necessario che la voce "matrimonio" è stata emendata con l'aggiunta (e non bene, per la deposizione del decimo), con la conseguenza che ora si legge che il matrimonio deve essere, "in de e m na e g s az on , na n one a d e p e s one de o s s e s s o", ce eb a a s e c o n d e m n a o o m e g d che, p e s a b e e m a n e n e n a c o m n à d v a e d n e s s". La nuova accezione della parola è a men e o e d e m m o a d c a a n S p a g n a c h e 'Academia non ha potuto che eggere l'ovvero so della *palabra* La e a no ma va e q e a s o c a e h a n n o a o s i c h e 'a c c e z i o n e n c a (d 'm a m o n o') n o n p o t e v a p ù s e v e a d e s c e n e c h e o c h e c o n e n o s e m a n c o d e a p a o a c o n e n e v a n e a ' n g a d s o c o m n e 'g à p m a c h e *Diccionario* o c e p s s e

<sup>15</sup> Ne viene escluso il sesso femminile, come è noto, l'articolo 32 si riferisce all'unione tra uomo e donna e non già alla "cittadinanza" e "persone". Semplicemente, come è noto, il testo costituzionale, in riferimento all'articolo 32, prevede che il matrimonio è un'istituzione che non può essere modificata, secondo quanto è discusso in avvenute in sede di Assemblea costituzionale e a proposito dello scopo del suo lavoro e che nella assemblea di abbozzamento del testo costituzionale sono esplicitamente affermate le intenzioni del costituente di non limitare il matrimonio all'unione sessuale, ma di includere anche l'unione tra uomo e donna. Si noti, quindi, ad esempio come il menzionato articolo 32, così come è stato formulato, non si riferisce solo alle coppie eterosessuali, ma anche alle coppie omosessuali. I due emendamenti avevano lo scopo di estendere il matrimonio alle coppie omosessuali, e ciò perché solo l'uomo e la donna hanno costituzionalmente garantito il diritto a contrarre (fra di loro) matrimonio. In ultimo, il preciso riferimento sia all'uomo che alla donna che deve essere interpretato alla luce della menzione della "piena eguaglianza giuridica" come base su cui poter contrarre matrimonio, contenuta nello stesso art. 32 si giustificerebbe proprio alla luce del fatto che nell'ordinamento civile pre costituzionale vi era una diseguaglianza di fatto e di diritto fra la donna e l'uomo, nel loro rapporto di coppia eterosessuale. Anche quest'ultimo riferimento sancirebbe il carattere eterosessuale della coppia nella quale un componente (la donna) era posto in una posizione di diseguaglianza rispetto all'altro (l'uomo), con l'evidente finalità di consacrare la piena uguaglianza della donna nel matrimonio, rompendo, da questa prospettiva, un'insopportabile 'tradizione' secolare.

<sup>16</sup> Come è noto, la garanzia costituzionale del matrimonio è un'istituzione che non può essere modificata, secondo quanto è discusso in avvenute in sede di Assemblea costituzionale e a proposito dello scopo del suo lavoro e che nella assemblea di abbozzamento del testo costituzionale sono esplicitamente affermate le intenzioni del costituente di non limitare il matrimonio all'unione sessuale, ma di includere anche l'unione tra uomo e donna. Si noti, quindi, ad esempio come il menzionato articolo 32, così come è stato formulato, non si riferisce solo alle coppie eterosessuali, ma anche alle coppie omosessuali. I due emendamenti avevano lo scopo di estendere il matrimonio alle coppie omosessuali, e ciò perché solo l'uomo e la donna hanno costituzionalmente garantito il diritto a contrarre (fra di loro) matrimonio. In ultimo, il preciso riferimento sia all'uomo che alla donna che deve essere interpretato alla luce della menzione della "piena eguaglianza giuridica" come base su cui poter contrarre matrimonio, contenuta nello stesso art. 32 si giustificerebbe proprio alla luce del fatto che nell'ordinamento civile pre costituzionale vi era una diseguaglianza di fatto e di diritto fra la donna e l'uomo, nel loro rapporto di coppia eterosessuale. Anche quest'ultimo riferimento sancirebbe il carattere eterosessuale della coppia nella quale un componente (la donna) era posto in una posizione di diseguaglianza rispetto all'altro (l'uomo), con l'evidente finalità di consacrare la piena uguaglianza della donna nel matrimonio, rompendo, da questa prospettiva, un'insopportabile 'tradizione' secolare.



mera indicazione nominalistica”<sup>17</sup>. La garanzia dell’istituto del matrimonio sarebbe quella riconosciuta già dalla *STC* 184/1990, nella quale, marcando la differenza che intercorre con le unioni di fatto<sup>18</sup>, il *TC* afferma che “Il matrimonio è un’istituzione sociale garantita dalla Costituzione, e il diritto dell’uomo e della donna a contrarlo è un diritto costituzionale, il cui regime giuridico corrisponde alla legge per mandato costituzionale. Niente di questo si ritrova nell’unione di fatto *more uxorio*, che non è un’istituzione giuridicamente garantita, così come non esiste un diritto costituzionale espresso per la sua regolazione. Il vincolo matrimoniale genera *ope legis* per la moglie e per il marito una pluralità di diritti e di doveri che non si produce in egual misura fra l’uomo e la donna che convivono stabilmente anche se non sposati”<sup>19</sup>. Dunque, sempre secondo i ricorrenti, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale, le unioni di fatto che, come è evidente, si riferiscono alle coppie sia omosessuali che eterosessuali non sono comparabili alle unioni matrimoniali e i differenti effetti giuridici delle due relazioni non determinano alcuna violazione del principio di eguaglianza<sup>20</sup>. Per i ricorrenti, comunque, il fatto che la Costituzione attribuisca al matrimonio la protezione della garanzia istituzionale fa sì che il legislatore ordinario non possa alterare il significato tradizionale dell’istituzione matrimoniale includendovi anche le coppie dello stesso sesso.

Dopo un veloce riferimento al diritto comparato<sup>21</sup>, si giunge alla conclusione che il matrimonio è un’unione di persone appartenenti a sessi differenti, essendo abbastanza limitati i casi nei quali l’istituzione in parola si riferisce anche alle coppie omosessuali.

Passando al secondo parametro presuntivamente viziato e, quindi, al secondo motivo di incostituzionalità addotto, il riferimento è all’art. 10, secondo comma, *CE*<sup>22</sup>: alla luce dei Trattati ratificati dalla Spagna, l’art. 32 *CE* deve essere ‘conformemente’ interpretato nel senso che “*los miembros de la pareja han de ser hombre y mujer*”<sup>23</sup>. Alla base di tale ragionare vi sarebbe quella giurisprudenza convenzionale<sup>24</sup> che, non rilevando alcuna evoluzione della concezione sociale del matrimonio, tiene ferma la concezione eterosessuale dello stesso. Con riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea<sup>25</sup>, invece, i ricorrenti richiamano il limite interpretativo costituito dalle tradizioni costituzionali comuni e dalla CEDU, con conseguente inoperatività della Carta.

Continuando con i motivi di ricorso, viene avanzata la violazione del principio di non discriminazione in base all’orientamento sessuale. L’incostituzionalità discenderebbe dal fatto che si impiega l’istituzione del matrimonio per fini

<sup>17</sup> *STC* 32/ 98 , de 28 g o, *FJ* 2 a; *ATC* 222/ 994, de ’ g o, *FJ* 2 In do na a meno L M<sup>e</sup> D EZ P CAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, III ed., Nava a, 2008, p 60 “Le ga anz e s z ona obb gano eg s a o e a spe a e ’es senza de ’s z one co nvo a C ò compo a, p ma d o, che ’s z one ga an a è nd spon b e a eg s a o e, che non p ò sopp me a; no e, è mp c o che ’s z one ga an a deve esse e do a a d n con en o e e vo m n mo, senza q a e a p op a es senza sa ebbe me amen e nom na e A ne d de n e m e de a be à de a con g az one ega e, a g sp denza cos z ona e pa a d «*reducto indisponible*» o «*núcleo esencial*»”

<sup>18</sup> In do na c M OLGA SÁNCHEZ MAR NEZ, *Constitución y parejas de hecho. El matrimonio y la pluralidad de estructuras familiares*, n *Revista Española de Derecho Constitucional*, 58/2000, pp 45-69

<sup>19</sup> *STC* 84/ 990, de 5 novemb e, *FJ* 3 D nq e, pe G ppo Popo a e ’ncos z ona à de a egge che ap e a ma mon de e copp e omosess a de va da ’ave a b o a a pa o a ma mon o na n ova accez one seman ca, d ve sa –se non p op o oppo a– da q e a che da semp e aveva a e s o, che, anche pe de n z one cos z ona e, e a, è, e, d nq e, dov à (*rectius* dov ebbe) esse e n eso come n one a n omo e na donna

<sup>20</sup> C , anche, ’*ATC* 446/ 984, de ’ g o, *FJ* 6

<sup>21</sup> Pe na vas a cogn z one de ’s o ma mon a e n o ca comp a a s nva a avo o c a o da P PASSAGLA e p bb ca o s s o de a Co e cos z ona e a ana ([www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)) da z o o *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Stati europei* Ne ’ *Introduzione* v è anche n’amp a a az one de ’s o n a c n o d n a m e n t r a e o p e , c , q n d , e p p 0-30 C , anche, L M D EZ- P CAZO, *En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo*, n [www.indret.com](http://www.indret.com), pp -8; S CAÑAMARES ARR BAS, *El Matrimonio homosexual en el derecho español y comparado*, Mad d, 2007 V, anche, N P GNA ELL , *No ioni di matrimonio e disciplina delle coppie omosessuali in Europa*, n R ROMBOL (a c a d ), *La legge spagnola sul matrimonio tra persone dello stesso sesso e la tutela delle coppie omosessuali in Italia*, n *Il Foro italiano*, Pa e V, 2/2005, pp 260-263 Pe n amp o dossier s nva a R IBR DO, A ROMANO, A SCH LLAC , *Same sex marriage e riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso: materiali di diritto comparato. Sezione I Francia Germania Regno Unito) Sezione II Spagna E America Latina) Sezione III Brasile Portogallo Stati Uniti*), n [www.rivistaic.it](http://www.rivistaic.it), Osse va o o/20 3 In mo s nva a *Dossier c a o da A ANGELUCC , La “geografia” normativa del matrimonio fra persone dello stesso sesso*, n [www.olir.it](http://www.olir.it), 5/20 3

<sup>22</sup> A a ce d a e dspos o cos z ona e “Le no me e a ve a d ondamen a e a a be à, conosc e da a Cos z one, s n e p e e anno n con om à a a D ch a az one Un ve sa e de D de ’Uomo e a T a a e ag Acco d n e naz ona ne e s esse ma e e a ca e da a Spagna”

<sup>23</sup> *STC* 98/20 2, de 6 novemb e, *Antecedente c*)

<sup>24</sup> Vengono ch ama d ve se sen enze p on nca e da a Co e EDU *Dosterwijk c. Reino Unido*, de 6 novemb e 980; *Rees c. Reino Unido*, de 7 o ob e 986; *Cossey c. Reino Unido*, de 27 se emb e 990; *I. c. Reino Unido y Christine Goodwin*, de ’ g o 2002

<sup>25</sup> Ne Capo III ( b ca o ‘Ug ag anza’) a 9 ‘D o d sposa s e d cos e na am g a’ sanc sce che “I d o d sposa s e d o d cos e na am g a sono ga an secondo e egg naz ona che ne d sc p nano ’ese c z o”





diversi da quelli costituzionalmente consentiti ed in modo, evidentemente, irragionevole, per non trattare realtà distinte in modo differente come dovrebbe essere secondo il principio di eguaglianza formale: il legislatore avrebbe trattato in modo eguale situazioni che eguali non sono, come l'istituzione matrimoniale e l'unione delle coppie dello stesso sesso.

I ricorrenti argomentano anche sulla possibilità, offerta dalla nuova lettera della legge (art. 175, quarto comma, *CC*), che si riconosce ai coniugi (anche omosessuali) di adottare *congiuntamente* un figlio, previsione che si porrebbe in violazione dell'art. 39, secondo comma<sup>26</sup>. Stante la mancata garanzia secondo la comunità scientifica di una 'sana' crescita dell'adottato, sarebbe violato il dovere di protezione dei figli, che una coppia omosessuale non è in grado di assicurare. Inoltre, la "protezione delle madri" di cui parla ancora la medesima disposizione costituzionale non è garantita in una coppia formata da due uomini; anche da tale ultima precisazione si può dedurre che il costituente ha inteso proteggere le sole coppie eterosessuali, le uniche, appunto, a poter accedere al matrimonio.

In conclusione, tutti gli argomenti profusi nel ricorso tendono a mettere in risalto la conseguenza che la "*simple alteración de unas palabras, habría dado lugar a una auténtica mutación del orden constitucional*"<sup>27</sup> non possibile con semplice legge ordinaria.

Differentemente da quanto deciso dal *Congreso de los Deputatos*, il Governo (e per esso l'Avvocatura dello Stato) si è costituito nel processo costituzionale e lo ha fatto presentando ampia memoria illustrativa, anticipando con argomentazioni di ordine generale le più puntuali considerazioni in ordine alla costituzionalità della legge impugnata.

Secondo l'Avvocatura esistono tre modelli costituzionali con riguardo alla tematica del matrimonio omosessuale: il primo è quello del *modelo constitucional obligatorio*, secondo il quale il principio di non discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale obbligherebbe, appunto, il riconoscimento del matrimonio omosessuale in piena eguaglianza giuridica con quello eterosessuale; il secondo, che si pone in posizione diametralmente opposta a quella appena richiamata, è definito come *modelo incostitucional* per il quale la disciplina del matrimonio omosessuale non è ammessa; il terzo, ed ultimo, nel quale rientrerebbe anche la Costituzione spagnola, è quello del *modelo intermedio o facultativo* che rinvia alla libera disponibilità del legislatore ordinario. La Carta costituzionale, nei vari modelli, 'impone', 'vieta' o 'consente' il matrimonio tra persone dello stesso sesso<sup>28</sup>. Secondo l'Avvocatura, l'ordinamento costituzionale spagnolo delinea la terza opzione modellistica delle tre appena richiamate. Dunque, la libera disponibilità alla disciplina (non l'obbligo, in quanto si è dinanzi ad un diritto legislativo) è riconosciuta al legislatore ordinario stante la tutela dell'omosessualità sia nel diritto alla libertà intimità ex art. 18, primo comma, *CE*, sia nella previsione del divieto di discriminazione ex art. 14 *CE*. È lo stesso *TC*, inoltre, che con la *ATC* 222/1994, nel rilevare la differenza che intercorre tra matrimonio e coppie di fatto, non ha affatto escluso che il legislatore possa pur sempre ricomprendere nell'istituzione matrimoniale anche le coppie omosessuali. Al legislatore ordinario si imporrebbe solo il vincolo costituzionale di (continuare a) riconoscere alle coppie eterosessuali il diritto al matrimonio, non potendo sopprimerlo, e la legge 13/2005, evidentemente, continua a riconoscere agli eterosessuali il diritto di unirsi in matrimonio. L'unico limite che ricade sul legislatore è quello della protezione del libero sviluppo della persona umana, non rilevando la circostanza che si sia dinanzi ad un matrimonio o ad una unione civile omosessuale<sup>29</sup>.

Al possibile riconoscimento del matrimonio omosessuale non osterebbe neanche la giurisprudenza sulla garanzia istituzionale, nella misura in cui essa non determina un contenuto concreto dell'istituzione matrimoniale, che non può, d'altra parte, essere 'sganciato' da un'interpretazione evolutiva la quale, invece, sempre a giudizio dell'Avvocatura,

<sup>26</sup> "I p b b c p o e a s s c a n o [...] a p e n a p o e z o n e d e g , c h e s o n o g a d a v a n a a e g g e a p e s c n d e d a a a z o n e , e d e e m a d q a n q e s a o o s a o c v e L a e g g e p o à c o n s e n e ' a c c e a m e n o d e a p a e n à" S e c o n d o ' E s t u d i o s o b r e l a r e f o r m a d e l C ó d i g o C i v i l , c , p p 30-3 , " a a z o n e a d o v a h a c o m e m o d o a a z o n e b o o g c a , p e a q a e ' a d o z o n e c o n g n a d a p a e d n a c o p p a o m o s e s s a e è c o n a a a p o e z o n e n e g a e c h e p b b c p o e ( a n c h e e g s a v o ) d e v o n o a s s c a e a g ( a c o o 39 , s e c o n d o c o m m a , C o s ) , p e c s a m e n e p e e s s e e c o n a a a ' n e e s s e d e m n o e I n o e , n o n p e m e e e ' a d o z o n e c o n g n a d a p a e d n a c o p p a o m o s e s s a e n o n v i o a p n c p o d e g a g a n z a , n q a n o n è n g s a m e n e d s c m n o a "

<sup>27</sup> *STC* 98/20 2, de 6 novemb e, *Antecedente* c)

<sup>28</sup> P e v a e s d e a s c h e m a z z a z o n e z z a a n I a a d a a o e v o e d o n a , c R R O M B O L , *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"*, n [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 0/20 0, ma anche n *Giurisprudenza costituzionale*, 2/20 0, pp 629- 642

<sup>29</sup> "L a d e n z a o n d a m e n a e s a e b b e c h e , m e n e p e ' n o n e e o s e s s a e ' n o n e d a o è n a m e a o p z o n e , n q a n o e s p e s s o n e d e a p o p a b e à p e s o n a e , n e c a s o d e e c o p p e o m o s e s s a a m a n c a a e g o a m e n a z o n e d e m a m o n o o d e ' n o n e c v e s g n c a e s s e e c o n d a n n a a v v e e ' a d o d e a e g g e ' , s o p a o s e s c o n s d e a c h e ' o e n a m e n o s e s s a e è n a o e n s o n e b e o s v p p o d e a p e s o n a à , c h e n o n è m o d c a b e " , *STC* 98/20 2, de 6 novemb e, *Antecedente* 5 a)



legittimerebbe l'esigenza del matrimonio anche per le coppie non eterosessuali: è l'interpretazione evolutiva che definisce il contenuto della garanzia istituzionale<sup>30</sup>.

### 3. LA SENTENZA 198/2012, DEL 6 NOVEMBRE

Nel paragrafo precedente sono state ripercorse, in estrema sintesi, le argomentazioni avanzate dalle parti costituite nel processo costituzionale.

Il *Tribunal*, per giungere al dispositivo, impiega un'ampia ed estremamente dettagliata motivazione, ricca di riferimenti di diritto comparato (non citando, però, la sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale italiana, e la sent. n. 121/2010 del Tribunale costituzionale del Portogallo<sup>31</sup>) e di richiami di giurisprudenza internazionale, specialmente di quella convenzionale, e sovranazionale, ma solo dopo aver ripercorso (anche in questo caso dettagliatamente) la propria *doctrina* sulle tematiche incidenti la pronuncia.

Il *TC* inizia subito con lo sgombrare il campo di intervento, delimitando la questione del proprio oggetto di giudizio all'art. 44 *CC*, essendo gli altri oggetti impugnati mere conseguenze della appena richiamata previsione legislativa per la quale "il matrimonio avrà i medesimi requisiti e conseguenze quando entrambi i contraenti siano dello stesso o di differente sesso". Con riguardo al parametro, il tutto è incentrato sulla violazione dell'art. 32, non essendo le altre disposizioni costituzionali invocate in modo autonomo, ma sempre in modo complementare al disposto che stabilisce che "l'uomo e la donna hanno il diritto di contrarre matrimonio in piena uguaglianza giuridica". Prima di concentrarsi sulla conformità dell'oggetto al parametro costituzionale, però, il *TC* chiarisce che non possono essere invocati così come è stato fatto gli artt. 14<sup>32</sup> (in combinato disposto con l'art. 9, secondo comma<sup>33</sup>, *CE*) e 9, terzo comma<sup>34</sup>, *CE*. Il primo, dal momento che il principio di eguaglianza non tollera il regime differenziato infondato o discriminatorio, non potendosi, dunque, censurare la legge dalla prospettiva del principio di eguaglianza per aprire l'istituzione matrimoniale ad una nuova realtà, come quella delle coppie omosessuali. Con riguardo al secondo parametro, questo non può essere invocato in quanto la previsione normativa risulta razionalmente argomentata dal legislatore medesimo che in tal modo

<sup>30</sup> La cosa è da vedere a proposito delle domande di matrimonio a persone appartenenti allo stesso sesso è diversa, essenzialmente, da quella concernente che "Lo verdaderamente relevante [...] es la evolución social de la percepción del objeto y no el contenido histórico que se le hubiere dado", così nella STC 98/2012, Antecedente 5 b)

<sup>31</sup> Decisions, quest'anno, che si preannunciano in precedenza nel 359/2009 La pronuncia è anno a anno da P. PASSAGLIA, *Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica*, in *Il Foro italiano*, Parte IV, 5/2010, pp. 272-277. Saggi e spedenza de Tribunal portoghese, c. R. ROMBOL, *Corte e diritti*, in F. DAL CANO, E. ROSS (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale. Giornate di studio in ricordo di Alessandra Concaro. Atti del Seminario svoltosi a Pisa il 4-5 giugno 2010*, Torino, 2010, p. 25; 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](http://www.rivistaaic.it), 0/2010; E. SORDA, *Same-sex marriage: il caso portoghese*, in *IANUS*, 4/2010, pp. 75-94; A. ROMANO, *Il Tribunale Costituzionale Portoghese il Presidente ed il legislatore: same-sex marriage ultimo atto*, in [www.dirittocomparati.it](http://www.dirittocomparati.it); G. DAMELE, *Sulle motivazioni della recente sentenza della Corte Costituzionale italiana in materia di matrimonio omosessuale. Con un confronto con la giurisprudenza del Tribunale Costituzionale portoghese*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 1/2010, pp. 632-66; G. VAGL, *La legalizzazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso in Portogallo*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it). In esemplari, si può ricordare che il Tribunale portoghese nel primo momento (2009) non ha accettato l'esistenza di una presenza di un obbligo in capo a eguali e conosce il sesso di matrimonio, a prescindere, cioè, da essere o sessa a dare a coppia (dichiarando a questo punto di essere che il matrimonio si avvale del matrimonio, e a seconda delle decisioni (queste del 2010) non ha avuto alcun ruolo di una non omosessuale che ha conosciuto il matrimonio anche agomossuale, in quanto a. Cosi come consensuale e ampamenone è una delle eguali e "manente e necessaria connessione ad essere a sociale [...]. La nozione di coppia e di matrimonio è in concetto aperto, che ammette, non solo di essere con omosessuali da parte di eguali, ma anche di essere con omosessuali, e che è sociale, essendo da eguali e omosessuali o di compagnia e di cogestione e di associazione e nome di denominazione di ogni momento, cioè che in questi momenti si risponde a e concezioni omosessuali".

<sup>32</sup> "G. Spagna sono gli adempimenti, senza che preveda la capacità di discernimento, nascita, sesso, e genere, o in nome e qualità della condizione o di sesso".

<sup>33</sup> "Compendio per il primo e secondo punto, nonché a ben vedere è l'aggravante di un vero e proprio capiccolo e di un vero e proprio capo, economico, culturale e sociale".

<sup>34</sup> "La Costituzione garantisce il principio di eguaglianza, a prescindere dal sesso, e non, come si è visto, a favore di una sola categoria di persone, ma a vantaggio di tutte".



non incorre nel vizio di *arbitrarietà del legislador*<sup>35</sup>; infatti, la disciplina legislativa ha la dichiarata finalità di promuovere l'eguaglianza sostanziale dei cittadini nel libero sviluppo della propria personalità a prescindere dal proprio orientamento sessuale, non rilevando nel giudizio del *TC* il fatto (politico) che i ricorrenti non siano d'accordo con i motivi che stanno alla base della normazione prodotta.

A questo punto, il *Tribunal*, per poter poi giudicare la conformità dell'oggetto al parametro, dedica gli interi *FFJJ* 6-10 all'analisi del contenuto e della portata dell'art. 32 *CE*; e difatti, il *TC* afferma subito che l'art. 32 ha un doppio contenuto, potendosi riferire al matrimonio sia come garanzia costituzionale che come diritto costituzionale (a contrarre matrimonio)<sup>36</sup>.

Secondo la giurisprudenza del *Tribunal*, il concetto di 'garanzia costituzionale'<sup>37</sup> ha come fine ultimo quello di proteggere determinate istituzioni che sono costituzionalmente riconosciute e, dunque, da tale riconoscimento tutelate: l'istituzione deve essere come tale preservata dal legislatore, che la deve regolare senza stravolgerne l'immagine non riconoscendola più come quella costituzionalmente definita. Se il concetto di garanzia istituzionale<sup>38</sup> richiede, dunque, che all'istituto venga apprestata una protezione tale da non inficiarne la proiezione che dello stesso deve averci all'esterno, bisogna valutare se la l. n. 13/2005 abbia comportato tale trasformazione e se il matrimonio sia diventato un'istituzione ancora riconoscibile così come lo era fino ad un preciso momento storico; detto in altri termini, ci si chiede se il significato del termine matrimonio in sede legale sia conforme a quello definito in sede costituzionale, a seguito di una apertura per le coppie omosessuali al matrimonio equiparato in forma piena a quello eterosessuale.

È evidente che il tutto ruota sulle tecniche interpretative utilizzate (*rectius* da utilizzare) per determinare la portata dell'istituzione matrimoniale così come definita nell'art. 32 *CE*: interpretazione originalista vs interpretazione evolutiva, dunque.

Prima di affermare di far propria l'interpretazione evolutiva della norma contenuta nella disposizione costituzionale, il *TC* richiama una nota e recente decisione della Corte EDU, che interpretando l'art. 12 della Convenzione<sup>39</sup> ebbe a rilevare che sebbene "negli anni '50 il matrimonio era, evidentemente, inteso nel modo tradizionale come unione tra due persone di sesso differente"<sup>40</sup>, oggi non è più così.

<sup>35</sup> C. STC 98/20 2, FJ 3

<sup>36</sup> I *TC*, dunque, dove va a che a o ma e g s a va non abbia compo a o né no sna amen o de 'mmagne de 's o ma mon a e né na v o a z one de con en o essen z a e de d o ondamen a e

<sup>37</sup> La categoria di conce d 'ga anz a s z ona e' sa e ad na de e p me dec s on de *TC*, ovve o a a *STC* 32/ 98 , de 28 g o, (e neg s ess e m n a *STC* 76/ 988, de 26 ap e, *FJ* 4) -che s e va a a ga anz a de 'a onom a oca e- e, p ù p ec samen e, a s o *FJ* 3, ne q a e s a e mò che "e s z on [cos z ona men e] ga an e sono e men a ch e on c nd spensab a 'o d ne cos z ona e e no me che e p o eggono sono, senza a c n d bb o, no me d o gan zzaz one; pe ò, d e en emen e da q an o avv ene pe e s z on s p eme de o S a o, a c d sc p na è p esen e ne medes mo es o cos z ona e, n q es e a conc e a d sc p na s z ona e v ene se va a a e g s a o e o d na o, a q a e non s m pone a c n m e, se non q e o d na nd spon b e d z one o n ceo essen z a e de 's z one ga an a n Cos z one" C , anche, a *STC* 6/ 999, de 7 g gno, *FJ* 3, s a ga anz a s z ona e de a am g a; v , ex multis, a *STC* 26/ 987, de 27 ebb a o, s 'a onom a n ve s a a In do na, a p m, c , a meno, J M BAÑO LEÓN, *La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española*, c , pp 55- 79 S p n o, anche, J RODR QUEZ ZA A A, *El matrimonio entre parejas del mismo sexo Comentario a la STC 198/2012 de 6 de noviembre*, c a o n A OLLERO TASSARA, *No discriminación y nuevos derechos. Las relaciones homosexuales ante el Tribunal Constitucional*, n [www.racmip.es](http://www.racmip.es), p 27, no a 76, pe q a e "a sen enza anche se z za a d s nz one a a da a do na edesca a e garantías de las instituciones (Institutsgarantien) e e garantías institucionales (institutionellen Garantien), n modo so p enden e, non ne a de va e a c na conseg enza"

<sup>38</sup> "I ma mon o è na s z one soc a e ga an a da a Cos z one", così a *STC* 84/ 990, de 9 novemb e, *FJ* 3

<sup>39</sup> R b ca o 'D o a ma mon o' "A pa e da 'e à m n ma pe con a e ma mon o, 'omo e a donna hanno d o d sposa s e d onda e na am g a secondo e egg naz ona che ego ano 'ese c z o d a e d o"

<sup>40</sup> *Schalk y Kopf c. Austria*, de 22 novemb e 20 0, §§ 55-57 A q an o a e ma a Co e e opea, non cos sce v o a z one de 'a co o 2, da pa e d no S a o memb o, a manca a es ens one de 'accesso a ma mon o a e copp e cos e da nd v d de o s esso sesso, s an e s o esse e n s og d co p o ondamen e connesso a e ad c so che e c a d na de e m na a soc e à ed anche a o che non è avv sab e, g a do a 's o medes mo, n medes mo o en amen o neg o d n amen n e n deg S a memb Secondo a Co e e opea, d nq e, en a ne 'amb o de a d sc ez ona à p op o d no S a o a sce a n me o a 'n od z one d na no ma va ne senso de conosc men o o meno de 's o ma mon a e comp enden e anche e copp e omosess a o meno, s an e ag on d oppo n à po ca e soc a e che ne co so de a s o a (con emponea) s engano magg o men e p eponde an ; c o s gn ca che a 'n e no de conce d "v a am a e", c spe o è ga an o da 'a co o 8, devono po e s cond e anche e e az on sen men a e sess a a pe sone de o s esso sesso La conseg enza d a e g sp denza è ch a a non cos sce v o a z one de 'a 8, n comb na o d spos o con 'a 4, a mancanza (o a p esenza) d e a e conosc men o adeg a o a 'n e no d no S a o memb o de e copp e omosess a , eva a 'assenza d n com ne o en amen o cond v so da pa e de e g s a o naz ona Secondo a Co e EDU, d nq e, a *Convenz one consente*, ma *non impone*, conosc men o de ma mon o anche a e copp e de o s esso sesso In do na E CR VELL , *Il matrimonio e le coppie omosessuali*, D KRE ZMER *Same sex marriage e i limiti istitu zionali delle Corti internazionali*,





Nel 1978, anno in cui si redige fra gli altri l'art. 32 *CE*, non v'era alcun dubbio sul fatto che per matrimonio si intendesse il legame tra persone di distinto sesso, come per altro è facilmente rilevabile a seguito della lettura dei dibattiti svoltisi in Assemblea costituente, che evidentemente si interessarono soprattutto all'eguaglianza dell'uomo e della donna nel matrimonio<sup>41</sup>. Anche se ciò è indiscutibile, il risultato è comunque che, da un punto di vista letterale, la formulazione presente nel dettato costituzionale non limita il matrimonio ad un legame esclusivo *fra* uomo e donna<sup>42</sup>.

Per la maggioranza del *TC*, il precetto costituzionale deve essere sottoposto ad una interpretazione evolutiva<sup>43</sup> in quanto la Costituzione è un "albero che vive"<sup>44</sup> e, grazie a tale ermeneutica<sup>45</sup>, è la Costituzione stessa che "si adatta alle

---

en amb n M CAR AB A (a c a d), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2008, e spe vamen e a pp 6 -69 e a pp 7 -76; M CAR AB A, *In tema di "nuovi" diritti*, n AA VV, *Studi in onore di Franco Modugno*, Napoli, 2008, pp 635-636 S a g sp denza de a Co e EDU n ema d d sc m naz one a copp e che sono sposa e e q e e che non o sono, c B RANDAZZO, *Famiglia legittima Figli naturali adozioni e rapporti di fatto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Quaderno predisposto in occasione dell'XI Incontro trilaterale con i Tribunali costituzionali della Spagna e del Portogallo*, n [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), pp 4- 5; C BERGONZ N, *Art. 29*, n S BAR OLE, L PALAD N (a c a d), *Commentario breve alla Costituzione*, II ed, Padova, 2008, p 30 Pe n app o ond o commen o ag a 8 ('d o a spe o de a v a p va e e am a e') e 2 ('d o a ma mon o') de a Ca a, s nva, pe , a C P EA, L TOMAS, *Art. 8*, e a A O COZZ, *Art. 12*, en amb n S BAR OLE, P DE SENA, V ZAGREBELSKY (a c a d), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2002, e, spe vamen e, a pp 297-369 e a pp 450-474, ma s veda anche G P DOLSO, F S ALER, *Art. 14* ('d v e o d d sc m naz one'), *ivi*, pp 59-555; G RE E O, *Il matrimonio al vaglio della Corte di Strasburgo ovvero: la negazione "virtuosa" di un diritto*, n [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), n 0/2008

<sup>41</sup> Una p m s s ma cos z one de d ba s vo s n Assemb ea cos en e è n O ALZAGA V LLAAM L, *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Madrid, 1978, pp 284-287 Da a p ev s one cos z ona e de va che "a Cos z one non p e ende va p even e n ma mon o omosess a e a o a n mmag nab e q es a e a, semp cemen e, na q es one non pos a", così I GU ÉRREZ GU ÉRREZ, *La garantía del matrimonio en la Constitución: estabilidad y apertura como criterios de interpretación*, n [www.mjusticia.es](http://www.mjusticia.es), p 2 S p es a enz one a a o che ne a Cos z one spagno a, a d e enza d q an o avv ene n I a a, s ds ng e conce o d ma mon o da q e o d am g a, conseg ndone che "nuestra Constitución no ha identificado la familia que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio" (STC 222/ 1992, de ' d cemb e, FJ 5) I a o che a am g a non ova esc s vamen e o gne ne vnco o ma mon a e o e a non nc de e s 's o de a am g a eg ma (c , d nq e, FJ 5) ha a o sì che anche e copp e non sposa e possono accade e a e ecn che d p oc eaz one med ca men e ass a e che s a poss b e 'adoz one nd v d a e anche (ed ev den emen e) da pa e d omosess a In do na c , pe , J L MAR NEZ LÓ EZ-MUÑ Z, *La familia en la Constitución española*, n *Revista Española de Derecho Constitucional*, 58/2000, pp 4-43; G CÁMARA V LLAR, *Familia y Constitución*, n *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 4/2002, pp 47-84; V FERRERES COMELLA, *El principio de igualdad y el "derecho a no casarse" A propósito de la STC 222/1992*, n *Revista española de derecho constitucional*, 42/ 1994, pp 63- 96; Y GÓMEZ SÁNCHEZ, *Matrimonio y familia: arts. 32 y 39 de la Constitución*, n *Revista de Derecho Político*, 36/ 1992, pp 207-223; M IACOME , *La tutela della famiglia in Spagna*, n *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2/2008, pp 63-643

<sup>42</sup> Pe g d ce d ssenz en e And és O e o Tassa a a e es è nacce ab e, ed na eg a e ma che, a seg o de a o ma, con en o de 'a 44 CC è s a o e a vzza o no a p n o d conve o n "nnoc o" e "v o o", con conseg en e v o az one de es o cos z one o ne a v s o che, a d e enza d q an o sos en o da a magg o nza de T b na e, n esso e a g à con en o ca a e e de m na o d ma mon o Ne o *Estudio sobre la reforma del Código Civil*, c , p 48, s pa a d na ruptura neta y clara de 'imagen maestra de ma mon o In do na, a mo che engono evan e sesso de con aen pe 'mmag ne soc a e che s ha de ma mon o, c , a meno, J PARDO FALCÓN, *El matrimonio homosexual un derecho constitucional*, c , p 66; G CÁMARA V LLAR, *Derecho al matrimonio y matrimonio entre personas del mismo sexo*, n *Direitos Fundamentais & Justiça*, 7/2008, p 8

<sup>43</sup> S m che s' mpongono a 'n e p e az one evo va, c voto d J an José Gonzá ez R vas, pe q a e 'evo z one g sp denz a e deve "spe a e 'essenza de e s z on, comp eso o o sp o e e o o na à, e n q es o caso ma mon o poss ede n ca a e e ondamen a e ed na na à essenza e basa a s ' n one a pe sone d ds n o sesso, eq s o che non p ò esse e n a c n modo mosso da n' n e p e az one evo va che non p ese va a s a ga anz a s z ona e" (p n o q a o) Pe And és O e o Tassa a "o e a e e componen g d che de ma mon o, esso è anche n' n one sess a e che a na a des na a a pe pe az one de a spec e mana e, sebbene a e ne na a e possa esse e sodd s a o anche a d o de ma mon o [...], esso] non p ò esse e gno a o senza nco e e n n sa o illogico che è mposs b e da amme e e E non s d ca, benché com nq e venga de o, che anche e copp e e o q e e che vo on a amen e s as engono da sodd s a e ne p od vo sa ebbe o esc se da ma mon o, pe ché è a poss b à gene ca, a po enza n senso on o og co d se v e a a spec e mana e non 'a o conc e o o 'e e o ve o, c ò che ca a e zza ogn s z one co e va", p n o p mo Un' a co a a c ca a sen enza è p opos a da o sesso g d ce, ma so o o ma d a co o p bb ca o s s o e ma co de *La Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* (cons ab e n [www.racmyp.es](http://www.racmyp.es)) da o o *No discriminación y nuevos derechos. Las relaciones homosexuales ante el Tribunal Constitucional C*, anche, Ramón Rod íg ez A bas, p n o p mo de s o voto particular

<sup>44</sup> *STC 98/2002* V ene p esa anche ne *FJ 9* 'esp ess one, a s a vo a ch ama a da 'Avvoca a de o S a o, p esen e n n passo de a sen enza 9 d cemb e 2004 de a Co e s p ema de Canada, anch'essa s ma mon o omosess a e, che, a s a vo a, ch ama a e esp ess one compa sa pe a p ma vo a ne a sen enza *Privy Council Edwards c. Attorney Genera for Canada* de 1930

<sup>45</sup> I *TC* s m ove secondo a medes ma mpos az one, n o d ne a po a a de 'n e p e az one cos z ona e, a a p op a da T b na e po oghe che ebbe modo d a e ma e che "sebbene possa ene s che ma mon o pos a o da a Cos z one, enendo con o de a ea à soc a e e de con es o g d co n c è s a a p odo a, osse ma mon o a d e pe sone d sesso d ve so, p ò com nq e conc de s con ce ezza che essa non con ene a c na opz one che mped sca o sv ppo de 's z one [ È de eg s a o e 'one d ] man ene e a necessa a conness one a d o e a ea à soc a e e che a noz one d ma mon o è n conce o ape o, che amme e non so o d ve se con o maz on da pa e de eg s a o e ma anche



realtà della vita moderna per assicurarsi la propria rilevanza e legittimità, e non solo perché si tratta di un testo i cui grandi principi si applicano a previsioni che i suoi redattori non immaginarono, ma anche perché i pubblici poteri, e in modo particolare il legislatore, vanno ad attualizzare tali principi gradualmente, e ancora in quanto il Tribunale costituzionale, quando giudica la costituzionalità di queste attualizzazioni, dota le norme di un contenuto che permette di leggere il testo costituzionale alla luce dei problemi contemporanei e delle esigenze della società attuale, alla quale bisogna che la norma fondamentale dell'ordinamento giuridico dia una risposta, incorrendo, in caso contrario, nel rischio di diventare lettera morta<sup>46</sup>. Stante l'estrema rilevanza delle parole della Corte, pare più che opportuno continuare con la citazione, soprattutto perché il *TC* fa ora riferimento al concetto di *cultura jurídica*, vale a dire di ciò che sarà rilevante ai fini interpretativi e di cui si serve l'interprete (*rectius*, il *TC*) per estrapolare la norma dalla disposizione: “Questa lettura evolutiva della Costituzione, che si proietta in special modo sulla categoria della garanzia istituzionale, ci porta a sviluppare la nozione di cultura giuridica, che fa pensare al Diritto come ad un fenomeno sociale vincolato alla realtà nella quale si sviluppa [...]. La cultura giuridica non si costruisce esclusivamente per mezzo dell'interpretazione letterale, sistematica o originalista dei testi giuridici, ma alla sua configurazione contribuisce l'osservazione della *realtà sociale giuridicamente rilevante*, senza che ciò, d'altra parte, significhi attribuire forza normativa alla realtà o alle opinioni della dottrina”, così come ai Trattati internazionali, al diritto comparato od anche alla giurisprudenza internazionale<sup>47</sup>. Il *TC* non giunge ad attribuire di per sé portata prescrittiva alla realtà sociale, in quanto è sempre l'organo della giustizia costituzionale ad interpretare la disposizione costituzionale *anche* in base a ciò che si manifesta (sempre e comunque) come giuridicamente rilevante<sup>48</sup> (la realtà sociale; gli studi della dottrina; la *giurisprudenza* delle altre Corti; il *diritto* comparato; gli studi della dottrina: elementi ‘conformanti’ la cultura giuridica). La cultura giuridica, dunque, rappresenta lo strumento di cui il *TC* si serve esplicitamente, per la prima volta nella sua giurisprudenza<sup>49</sup>, per addivenire ad una interpretazione evolutiva e non limitarsi ad una letterale o comunque originalista del testo<sup>50</sup>.

Posta questa premessa, il *TC* analizza la giurisprudenza internazionale prodotta in materia visto che le “norme relative ai diritti fondamentali e alla libertà, riconosciute dalla Costituzione, saranno interpretate in conformità alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e ai Trattati e Accordi internazionali nelle stesse materie ratificate dalla Spagna” senza prescindere, evidentemente, dalla giurisprudenza prodotta dagli organi preposti a loro garanzia<sup>51</sup>.

Secondo il *TC*, ciò che rileva dalla giurisprudenza convenzionale è che non vi è alcun ostacolo in ambito nazionale alla previsione del matrimonio omosessuale, e che, quindi, la sua disciplina normativa non costituisce violazione dell'art. 12 CEDU<sup>52</sup>. Per la Corte europea, infatti, pur se tale articolo si riferisce (*rectius* si riferiva) alla sola coppia eterosessuale

diverse concezioni politiche, e che o socialmente, essendo a data o a egualità o a data o a compendiosa e ed assonde e nome o g d co, in ogni momento suo, ciò che, in quanto è di emana o momento, corrisponde a e concezioni dominanti in quanto esprime e a”, così *Tribunal constitucional de Portugal* ne a sen n 2 /20 0

<sup>46</sup> *STC* 98/20 2, *FJ* 9, *co s v nos*

<sup>47</sup> *STC* 98/20 2, *FJ* 9, *co s v nos* La nozione di cultura giuridica è, come si è visto, da guardare in senso evolutivo e non in senso statico. È o Tassa a, per quanto è accettabile “equivale ad ammettere che non è la Costituzione che va a essere analizzata e giudicata, ma è il suo esito che si adatta a quella che è la realtà, e non viceversa”. In quanto a [; ...] non è per azione, evolutiva che sia, non può consistere in un modo di pensare, ma in un modo di essere. Per questo Man e A agón Reyes, “schiettamente e odamente in materia di amministrazione e ad una sorta di “sociologia giuridica”, per non parlare del suo voto

<sup>48</sup> In senso, a ben vedere, è, secondo il “giudice cameralista” da parte del *TC*, L. CON E, *La sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo del 6 novembre 2012 sul matrimonio omosessuale*, in *Quaderni costituzionali*, /20 3, p 52

<sup>49</sup> Nozione già presente nella giurisprudenza costituzionale spagnola, cfr., *ex multis*, e *SSTC* 7/ 985, de 9 ebb a o, *FJ* 4; 89/ 993, de 2 marzo, *FJ* 3; 34 / 993, de 8 novembre, *FJ* 3; 29/ 995, de 6 ebb a o, *FJ* 3; 298/2000, de 7 dicembre, *FJ* Ad esse può precisarsi, nel caso di giurisprudenza appena citata, *TC* non avanza mai una prescrizione, che si cameralista e non viene imposta per neppure in senso evolutivo a Costituzione I e m n e d c a g d c a v e n e p o s o c h a m a o p e e s a n d a o c o n e s o d a c q s z o n g d c h e n e d g s c a c o c h e g e n e a m e n e è c o n d v s o n e ' o d n a m e n o ("la cultura jurídica de nuestro país"; "de nuestra misma cultura jurídica") e che quindi, in senso a o, cos'è insieme di ciò che o ma (o meglio ha già o ma o) e acq s z o n d e g s a e d c e s s o s e v e p e ' n e p e a z o n e d e s o v v e o p e s g n c a o d e n o z o n g d c h e

<sup>50</sup> L. CON E, *La sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo del 6 novembre 2012 sul matrimonio omosessuale*, cfr., p 5

<sup>51</sup> Il giudice di sen e J an José González Rivas (p n o q a o d e s o v o t o) cos'è a g s p d e n z a n e n a z o n a e e c o m n a a e d a e m a c h e c o n o s c m e n o d e m a m o n o a e c o p p e o m o s e s s a n o n è d a q e s e m p o s o

<sup>52</sup> “A parte da è a m n m a p e c o n a e m a m o n o, ' o m o e a d o n n a h a n n o d o d s p o s a s e d o n d a e n a a m g a s e c o n d o e e g g n a z o n a c h e e g o a n o ' e s e c z o d a e d o ” La Corte EDU già se e a espessa avo evomene s a con o m à a Convenzione de a p ev s one de m a m o n o n c n c o n a e n è n a n s e s s a e, c h e a d à d e a e c a n a g a c a è b o g c a m e n e n m a m o n o o m o s e s s a e, v *Christine*



almeno se si pensa esclusivamente al tempo in cui la Convenzione fu adottata, cioè negli anni '50, ciò non significa che dopo un cinquantennio e soprattutto a seguito di una evoluzione della società verso l'accettazione dell'istituzione matrimoniale anche secondo la declinazione dell'omosessualità tale articolo continui ad essere portatore di una valenza negativa (divieto di prevedere il matrimonio fra persone del medesimo sesso), pur non significando ciò che esso abbia una valenza positiva (imporre la normazione sul matrimonio omosessuale). La Convenzione europea, oggi, svolge una funzione di tutela del matrimonio (anche di quello omosessuale) oltre la sua 'concretezza nazionale', vale a dire al di là di come tale istituto giuridico è inteso dai vari legislatori nazionali degli Stati membri della Convenzione; risulta palese come la riserva di legge nazionale determini un notevole margine di apprezzamento.

La stessa mancanza di carattere prescrittivo che limiti o ampli il diritto al matrimonio (nel senso cioè che né proibisce né impone il matrimonio omosessuale) si ritrova nell'altro documento inerente i diritti in ambito comunitario, vale a dire nella Carta europea dei diritti fondamentali (dello stesso valore giuridico dei Trattati), che, all'interno del Capo rubricato *Eguaglianza* e più precisamente al suo art. 9, tutela "Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia [, così come] garantiti secondo le *leggi nazionali* che ne disciplinano l'esercizio"<sup>53</sup> rinviando, letteralmente, la materia alla competenza nazionale.

Anche guardando alle esperienze ordinamentali (costituzionali, legislative e giurisprudenziali) presenti nell'ampio panorama comparato, si può giungere alla conclusione che se da una parte non è accettata dall'unanimità dei Paesi l'equiparazione del matrimonio eterosessuale a quello omosessuale, dall'altra molteplici sono comunque i Paesi che hanno oramai secolarizzato (almeno nella sfera occidentale del Globo) l'istituzione del matrimonio<sup>54</sup>.

Il riferimento al diritto comparato, e alla 'permissiva' giurisprudenza delle Corti europee, fa giungere la maggioranza del TC alla conclusione che si sia palesata una nuova *imagen* del matrimonio portatrice di una sua *concepción plural*.

Passando all'ordinamento spagnolo, il TC guarda alla realtà sociale nella quale ampia è l'accettazione<sup>55</sup> del matrimonio fra coppie dello stesso sesso e ciò sia alla luce dei molti studi statistico sociologici (riportati in sentenza)<sup>56</sup>, che in considerazione del numero dei matrimoni contratti dal 2005, che è l'anno di entrata in vigore della legge soggetta a sindacato<sup>57</sup>. Per il TC<sup>58</sup> l'immagine (*garantía institucional*) che la società spagnola ha dell'istituzione del matrimonio

---

*Goodwin c. Reino Unido* e *I c. Reino Unido*, entrambe del 15 giugno 2002; *Parry c. Reino Unido* e *R. y F. c. Reino Unido*, entrambe del 28 novembre 2006

<sup>53</sup> Così v. nos. Perin commenta l'articolo, a meno, T. GROU, *Art. 9. Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia*, in R. B. ULCO, M. CARABIA, A. CELOSO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commentario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2007, pp. 88-92; E. FALLETTI, *Art. 9. Diritto di sposarsi e di costituire una famiglia*, in G. B. SOGNI, G. BRONZINI, V. P. CONE (a cura di), *La Carta dei Diritti*, Torino, 2009, pp. 3-8

<sup>54</sup> Ampère e sson in A. FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, *La evolución jurídica del sistema matrimonial español desde la Constitución de 1978 a la admisión del matrimonio homosexual*, in *Foro. Nueva época*, 3/2006, pp. 93-102

<sup>55</sup> "C'è che per me e che ma mon o a pe sone de o sesso sesso s a oggi pensab e non è na cons de az one mo a e È na cons de az one an opo og ca neg m decenn a pe az one de a spec e non d pende p a e esc svamen e da 'a o sess a e a n omo ed na donna Una vo a che a p od z one mana è poss b e g az e ad a e ve, non c'è da me av g a s [...] che aba 'ances a e es genza d d ve s à de sess a con g", così L. M. DEZ-P. CAZO, *En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo*, c. 2, p. 2

<sup>56</sup> C. FJ9

<sup>57</sup> Secondo da pubblica da 'Is o Naz ona e d Sa s ca spagno o (cons ab n [www.ine.es](http://www.ine.es)) ma mon ce eb a a pe sone appa enen a medes mo sesso da 2005 sono 269 ne 2005; 433 ne 2006 ( app esen ando p cco p u a o no a agg n o); 393 ne 'anno 2007; 394 ne 'anno 2008; 3082 ne 2009; 393 ne 2010; 3540 ne 2011; 3834 ne 2012. D nq e, no a o 2012, n Spagna sono s a ce eb a ben 2568 ma mon a copp e appa enen a medes mo sesso S v o e so o nea e che a dec s one de mass mo o gano d g s z a cos z ona e spagno o è s a a so opo s ad na evan ss ma 'p ess one' soc a e a men a a n modo p o po z ona e a passa e deg 'ann , n q an o na even a e d ch a az one d ncos z ona à av ebbe p odo o d ve se -e p u che evan -p ob ema che a e q e e pe sone che a seg o de 'en a a n v go e de a egge (e d an e se e ann d pe odo d a esa pe a dec s one) hanno con a o ma mon o, o e che ado a o cong n amen e de m no Pa co a men e c cos a e ( ngh ss mo) asso empo a e è J L REQUE O PAGÉS *Doctrina del Tribunal constitucional durante el tercer trimestre de 2012*, c. 2, pp. 249-250, ma g à n *Doctrina del Tribunal Constitucional durante el Tercer Cuatrimestre de 2011*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 94/2012, p. 292; I. GARRO E FERNÁNDEZ-DEZ, *El matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva constitucional*, c. 2, p. 47; J. A. SÁNCHEZ GARRIDO, *Constitucionalidad de la Ley del matrimonio homosexual*, in *Diario La Ley*, 7985/2012, pp. 1-8. Che T b na e s a consc o de ngo pe odo d v genza de a egge (e che o se non s a s a o an o d ve so se g d z o d cos z ona à osse a va o s b o dopo 'en a a n v go e de a egge anz ché dopo se e ann ) o s comp ende con ev denza q ando s egge che "d an e g ann d v genza de a egge 3/2005 e no a se em e de 'anno 2011, sono s a con a 2224 ma mon a pe sone de o sesso sesso [ Q es e c e] o ono na mmagne essa de g ado d den caz one de o a de d o a ma mon o con 's z one ne a q a e s n e g ano p og ess vamen e e non a pe sone de o sesso sesso"; anche se a e ma cò, TC, con nq e, p eme e a q es a a e maz one na p ec s one - o se pe non nco e e ne a c ca, po com nq e vo ag d na "n e p e az one soc o g camen e con o me" ( Op. c. , p. 25 ) - s ' z zo d



a seguito delle riforme del codice civile operate dalla legge 13/2005 è pienamente riconoscibile<sup>59</sup>, e ciò perché, a seguito di “una evidente evoluzione”, oggi, per la società spagnola, il matrimonio altro non è che “una comunità di affetto che genera un vincolo, o una società di reciproco aiuto fra due persone che occupano una medesima posizione all’interno di tale istituzione e che volontariamente decidono di unirsi in un progetto di vita familiare comune, prestando il proprio consenso rispetto ai diritti e ai doveri che conformano l’istituzione e manifestandolo espressamente mediante le formalità stabilite dall’ordinamento”<sup>60</sup>. Come si può intuire, per il *TC* non tutto è modificato nell’istituzione matrimoniale rispetto al passato (permane, evidentemente, l’eguaglianza tra i coniugi così come la libera volontà di contrarre matrimonio); ciò che cambia è la possibilità che anche due persone del medesimo sesso possano contrarre matrimonio, e tale apertura non comporta nessun affievolimento o diminuzione dei diritti e dei doveri già riconosciuti e tutelati in capo alle coppie eterosessuali.

In conclusione, l’innovazione che caratterizza il ‘nuovo’ matrimonio, alla luce della mutata concezione sociale<sup>61</sup> presente nell’ordinamento, non comporta che l’immagine che la società ha di esso venga distorta rendendolo pertanto

a da , a e mando che com nq e “ e q es e c e non sono pe se so e n e men o de e m nan e pe avva o a e a cos z ona à de a egge ogge o d sc no” (*FJ* 0)

<sup>58</sup> Pa a, nvece, d n’mmag ne conos b e And és O e o Tassa a Usa a, p no ses o de s o voto particular a ega o n ca ce a a sen enza

<sup>59</sup> Una p ma ‘c epa’ a p nc po de a e e osess a à -b o og camen e pa ando e senza con a e s pe amen o de a concez one de ’nd sso b à de ma mon o-s è av a a o q ando s è conos o d o a ’ n one ma mon a e de ansess a -venendo meno anche a na à po enza e de a p oc eaz one- a a ce de o n ovo sesso Ino e s p ò co da e che ’mpo enza non cos sce p ù n mped men o a con a e ma mon o (n Spagna dopo a o ma de *CC* avven a ne 98 ) La Co e cos z ona e a ana, nvece, ha ch a amen e a o a e nd zzo n e p e a vo, avendo modo d a e ma e che a no ma va che “p evede a e caz one de ’a b z one d sesso n o za d sen enza de b na e, passa a n g d ca o, che a b sca ad na pe sona n sesso d ve so da q e o en nc a o da ’a o d nasc a, a seg o d n e ven e mod caz on de s o ca a e sess a , a a d na cond z one de o d e en e da q e a o mosess a e e, pe c ò, n donea a nge e da *tertium comparionis* Ne ansess a e, n a , ’es genza ondamen a e da sodd s a e è q e a d a co nc de e soma con a ps che ed a q es o e e o è nd pensab e, d ego a, ’n e ven o ch g co che, con a cons eg n e e caz one anag a ca, esce n gene e a ea zza e a e co nc denza (sen n 6 de 985, p no e zo de *considerato in diritto*) La pe sona è ammessa a ma mon o pe ’avven o n e ven o d mod caz one de sesso, a o zza o da b na e I conos men o de d o d sposa s a co o che hanno camb a o sesso, q nd , cos sce semma n a gomen o pe con e ma e ca a e e e osess a e de ma mon o, q a e p ev s o ne v gen e o d namen o”, così ne a sen n 38/20 0, p n o non o de *considerato in diritto* C ca, a ben vede e, q es o passagg o R ROMBOL , *La senten a 138/2010 della Corte Costitu ionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpreta ioni*, n *www.rivistaaic.it*, 3/20 0, p

<sup>60</sup> *STC* 98/20 2, *FJ* 9

<sup>61</sup> Una d sc as a con a sen enza è avanza a ne voto de g d ce Man e A agón Reyes che, anche se d’acco do con d spos vo de a dec s one, avanza p ù d na c ca s conce o d n e p e az one evo va a a p op a da a magg onza de Co ego P ma d esp me e a e d s senso, com nq e, non manca d co da e che no ad a o a *TC* -“y no solo en el *ATC* 222/1994”- aveva n eso ’ n one ma mon a e ex a 32 *CE* come esc s vamen e e e osess a e con a cons eg enza che a eg s az one an eceden e a 2005 non “*había vivido en la incostitucionalidad*” P ù p ec samen e, d s senso con a (so a) mo vaz one de a sen enza s a ne a sov appos z one de camb amen o (evo vo) de conce o d ga anz a s z ona e con conce o de a c d n e p e az one evo va In a , d s senso (conco en e) de g d ce Reyes s a ne a o che *TC* doveva so ve e a q es one so opos a a a s a a enz one d mos ando (so o) che conce o d ga anz a s z ona e (de ma mon o) ogg ha sv ppa o s o s gn ca o s o camen e da o, ma c ò n a ha a che vede e con conce o d n e p e az one evo va L m ando ’a gomen az one a a so a ga anz a s z ona e, n a , e semp e pe g d ce ‘conco en e’, a magg onza de *TC* av ebbe dov o m a s ad a e ma e che “ogg, pe a cosc enza soc a e [...] e pe a c ag d ca [...] ’e e osess a à de a copp a non è p ù nan memen e concep a come n e emen o nd pensab e de ma mon o” I g d ce con n a d cendo che “Se a comp ens one de ’s z one non è p ù nan me, bensì p a e, se s a a n e m n cos z ona è ch a o che, s na q es one d ba a, dobb amo app ca e a mass ma de *in dubio pro legislatoris* Q ando con o amo eg s a o e e va amo che non vio a a Cos z one, a nz one d q es o T b na e non è, n e a à, va a e che a egge s a «cos z ona e», bensì che «non è cos z ona e», e q es o non è n semp ce g oco d pa o e, ma s eno p ù p o ondo de a capac à e de a eg m à de ’ese c z o de a g sd z one cos z ona e P op o q es sono mo v che m hanno po a o a os en e d spos vo de a p esen e sen enza” Se avesse seg o q es a s ada, a magg onza de Co ego non sa ebbe nco sa -come nvece a, semp e a d e de g d ce Reyes- ne ’ zzo d na n e p e az one evo va che o esce da m che s’mpogono a *TC*, q e , c oè, de “spe o de a o m az one e e a e de a s essa no ma [...], n modo che n ove n e p e az on sono poss b so o se e m n ng s c o pe me ono Con n e p e az one evo va non s p ò a d e a a no ma con a o d c ò che d ce, e po non s n e p e a a Cos z one, ma s camb a, e d endos p oced men o spec co d o ma che a Cos z one s essa ha p ev s o Q nd , se s a asse d na d spos z one cos z ona e che non s ab sse na ga anz a s z ona e, a on e de a s a o m az one, s o nd bb o s gn ca o o gna o e a s a n e p e az one e e a a da pa e de *TC*, sa ebbe s a o mo o d c e non d ch a a o nc os z ona e [...] La ea à soc a e p ò cond e a a o che d ven ano obso e e a c ne p ev s on cos z ona , o che s man es a necess à de camb o de e s esse, pe ò pe a c ò è g à p ev s o p oced men o d o ma cos z ona e [...] I sch o è che] *Tribunal* cos z ona e anz ché esse e n po e e cos o d ven e ebbe n po e e cos en e pe manen e”, c az on a e da p n p mo e secondo de voto Pe na pos z one s m e a q an o sos en o da g d ce A agón Reyes, c J L REQUE O PAGÉS *Doctrina del Tribunal constitucional durante el tercer cuadrimestre de 2012*, n *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97/20 3, pp 249-252



irricognoscibile per il sol fatto che i coniugi appartengano ad un distinto o ad un medesimo sesso, con la conseguenza che la legge 13/2005 risulta essere conforme a Costituzione, non violando la garanzia istituzionale del matrimonio<sup>62</sup>.

Completato il ragionamento inerente il matrimonio come garanzia istituzionale, al TC preme giudicare la legittimità costituzionale della legge anche con riguardo all'altro contenuto dell'art. 32 CE, *id est* il matrimonio come diritto costituzionale e, quindi, alla conformità della riforma codicistica rispetto all'art. 53 CE<sup>63</sup>, in quanto, essendo il matrimonio un diritto costituzionale, deve essere tutelato il suo "contenuto essenziale"<sup>64</sup> (c.d. 'dimensione oggettiva' del diritto costituzionale che per il TC si sovrappone alla garanzia istituzionale del matrimonio<sup>65</sup>). Secondo la giurisprudenza costituzionale che il TC stesso richiama ampiamente, il contenuto essenziale del diritto costituzionale al matrimonio ex art. 32 si compone di tre elementi che non possono in alcun caso non essere riconosciuti: a) entrambi i coniugi godono di una piena eguaglianza giuridica<sup>66</sup>; b) pur essendo il diritto al matrimonio un diritto individuale, non lo è il suo esercizio, che abbisogna di un consenso reciproco fra i coniugi<sup>67</sup>; c) il contratto matrimoniale produce da sé una pluralità di diritti e di doveri in capo ai coniugi<sup>68</sup>.

Alla luce della giurisprudenza costituzionale, questo è il contenuto essenziale del diritto che, evidentemente, non viene leso dalla previsione del matrimonio omosessuale<sup>69</sup>; a questo punto, il TC deve affrontare un suo precedente, utilizzato, come più sopra visto, dai ricorrenti a fondamento del loro ricorso. L'ordinanza in questione è la n. 222/1994, che, giudicando come conforme a Costituzione la previsione di un regime differenziato fra l'unione familiare e le unioni omosessuali *more uxorio*, ha avuto modo di affermare che "si deve ammettere la piena costituzionalità del principio eterosessuale come qualificante il vincolo matrimoniale"<sup>70</sup>. Questo precedente sempre per il *Tribunal* non può in alcun modo essere inteso come consacrazione costituzionale dell'eterosessualità per la coppia unita in matrimonio, dal momento che si limita ad assumerla come una delle opzioni valide in ambito costituzionale<sup>71</sup>.

<sup>62</sup> Sca a e e mp esc nd b men e e osess a e che non p ò non ave e ma mon o, essendo esso e emen o cos vo essenz a e de conce o de 's z one ma mon a e -*id est*, a s a nota esencial-, che è "p es s en e a es o de a [...] Cos z one" e che pe esse e "a e a o" necess a d na ev s one cos z ona e, s an e v nco o cos z ona e ex a 53, p mo comma, CE, s v, anche, voto particular de g d ce J an José Gonzá ez R vas e c esp ess on appena ch ama e s ovano ne p n o p mo de voto Ne o s esso senso c , anche, And és O e o Tassa a a p n o p mo de s o voto In a e mo voto, s eggono pa o e che pa ono esse e esp esse one d n q an omeno 'ape o' con as o che s è av o n seno a Co ego; n a g d ce a e ma che a T b na e non è conosc a a e s e nz on q e a d "conve s n na e za Came a pa amen a e" non essendo ad esso poss b e, p oponendo a no a mass ma de Mach ave , g s ca e q a s as mezzo ( na m az one de es o cos z ona e senza na o ma) pe agg ng men o de ne (a pena eg ag anza a p esc nde e da 'o en amen o sess a e) P se g d ce And és O e o Tassa a -a d e nza d q an o s en o da d ssenz en e J an José Gonzá ez R vas - ene "a ca ca" e "s pe a a" a concez one de ma mon o (so o) e e osess a e, eg a e ma che ' n ca va e a q e a de a o ma cos z ona e Consenza de a dec s one è, q nd, a as o maz one de ' mmag ne sos anz a e de 's z one ma mon o, con conseg en e sna amen o de o s esso, e 'mp caz one d na p e e z one d n segno s a e e ondamen a e de ma mon o, a vando ad a b e evanza g d co-cos z ona e a 'am c z a (p n o e zo de voto)

<sup>63</sup> A no ma d a e d spos o cos z ona e "Id e e be à conosc ne Capo II de p esen e o o sono v nco an pe p bb c po e So o a egge, che com nq e dov à spe a e o o con en o essenz a e, po à ego a e 'ese c z o d a d e be à"

<sup>64</sup> Pe con en o essenz a e d n d o deve n ende s -pe cos an eg sp denza cos z ona e - q e 'ns eme d aco à o d de m naz on necessa e a nché d o s a conosc b e come a e

<sup>65</sup> I TC accog e q e a do na che c ca a es (schm ana) de a o a e e ch a a sepa az one a d o ondamen a e e ga anza s z ona e esp essa n do na, a p m, da P CRUZ V LLALÓN, *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, c , p 28

<sup>66</sup> SSTC 59/ 989, de 6 o ob e (FJ 5), 39/2002, de 4 ebb a o (FJ 5); 5 /20 , de 4 ap e (FJ 8) In eg a a d o ondamen a e a ma mon o è a be à a non con a o La convvenza *more uxorio* non è n' s z one g d camen e ga an a né es s e n d o cos z ona e esp esso a s o conosc men o, c ATC 204/2003, de 6 g gno (FJ 3), SSTC 66/ 994, de 28 ebb a o (FJ 2), 84/ 990, de 5 novemb e, 69/2007, de 6 ap e, 222/ 992, de ' d cemb e, 5 /20 , de 4 ap e (FJ 9)

<sup>67</sup> SSTC 222/ 992 de ' d cemb e (FJ 5), 47/ 993 de '8 ebb a o (FJ 4), 5 /20 de 4 ap e (FJ 9)

<sup>68</sup> STC 84/ 990, de 5 novemb e, FJ 3

<sup>69</sup> O e a non compo a e na es z one, ne con on d a e pe sone, de o s esso d o ondamen a e o d a , n a senso F J MA A POR LLA, *Matrimonio entre personas del mismo sexo y Tribunal Constitucional: un ensayo sobre la constitucionalidad del primero y los límites en la actuación del segundo*, c , p 7

<sup>70</sup> ATC 222/ 994, de ' g o, FJ 2

<sup>71</sup> *Contra* J an José Gonzá ez R vas a p n o p mo de s o voto V, ne o s esso senso de voto, *Consejo de Estado (Dictamen 2628/2004, de 6 d cemb e)*, p 2, che, com nq e, ende a p ec sa e come s a (*rectius* sa ebbe s a a) "p e e b e n'az one g ad a e o emen e sos en a spe o ad n camb amen o a ma co sp ov s o de a necessa a s c ezza e mezza" (p n o q n o) esc dendo com nq e n d o a ma mon o pe e copp e omoss a I Cons g o d S a o, ne s o Pa e e, com nq e ch ama(va) 'a enz one s a 'dove os à d na e a pe e copp e omoss a da conosce e anche se a ave so n s o da *nomen* d ve so e senza a poss b à d ado a e cong n amen e "In cons de az one d q an o sop a espos o, s deve eva e che 'a co o 32 conosce d o cos z ona e a ma mon o a omo e donna, ma non è conosc o pe e copp e de o s esso sesso (anche se comma 2 se va a a egge a ego az one d a c ne q es on); pe ò 'esp essa menz one d "omo e donna" n a e a co o non





La nuova regolazione legale del matrimonio non viola neanche la sfera di libertà che il diritto contiene (c.d. ‘dimensione soggettiva’ del diritto fondamentale a contrarre matrimonio); infatti la legge del 2005 non tanto limita il diritto al matrimonio (che rimane diritto individuale) quanto piuttosto ne modifica le forme del suo esercizio. La legge impugnata, dunque, rispetta il diritto al matrimonio così come finora tutelato in Spagna, in quanto le persone eterosessuali possono continuare (ora come allora) ad esercitare il loro diritto alle medesime condizioni previste prima della riforma del 2005. La nuova regolazione legale rende possibile a tutte le persone, al di là dei propri orientamenti sessuali, l’esercizio del diritto; tale possibilità è questo il *TC* lo ricorda solo a conclusione delle sue motivazioni, quasi *ad abundantiam* non snatura e non converte in altro diritto quello da sempre contenuto nell’art. 32 *CE*, inscrivendosi nel rispetto del principio di eguaglianza sostanziale che è pietra miliare del costituzionalismo contemporaneo<sup>72</sup>.

In conclusione sul punto, per il *TC*: “A seguito delle riforme introdotte nel codice civile con la legge 13/2005, del 1 luglio, l’istituzione matrimoniale si mantiene nei termini perfettamente riconoscibili per l’immagine che, *dopo una evidente* evoluzione, abbiamo nella società spagnola *attuale*, come comunità di affetto che genera un vincolo, o una società di reciproco aiuto fra due persone che occupano una medesima posizione all’interno di tale istituzione, e che volontariamente decidono di unirsi in un progetto di vita familiare comune, prestando il proprio consenso rispetto ai diritti e ai doveri che conformano l’istituzione e manifestandolo espressamente mediante le procedure stabilite dall’ordinamento”<sup>73</sup>.

Risolta la questione nel senso dell’infondatezza, il *TC* argomenta anche sulla legittimità costituzionale della previsione normativa che permette l’adozione congiunta anche alle coppie omosessuali<sup>74</sup>. Con una motivazione sicuramente più stringata rispetto a quella che precede, il *TC* giudica la nuova redazione dell’art. 117, quarto comma, *CC*<sup>75</sup> in conformità all’art. 39, secondo comma, *CE*, che impone il dovere di protezione dei figli. L’interesse del minore è preservato sia che venga adottato da una famiglia eterosessuale che da una omosessuale. Proprio questa previsione che tutela sempre l’adottato rende la legge costituzionalmente legittima, visto che il giudice dovrà sempre tenere in conto l’interesse dell’adottato, così come l’idoneità<sup>76</sup> o meno dell’adottante o degli adottanti ai fini dell’esercizio della potestà genitoriale e la loro idoneità ad adottare, idoneità che prescinde dall’orientamento sessuale. L’interesse del minore nel procedimento di adozione è tutelato in quanto il giudice dell’adozione ha la facoltà di bloccare tale processo qualora l’interesse medesimo possa essere intaccato<sup>77</sup>, non esistendo un diritto fondamentale ad adottare, ma un diritto ad essere

mpedisce, di per sé e a posteriori, che eguali o possa esserle e a coppie omosessuali – con e pa o e de T b na e cos z one – “ n s s e m a d eq pa az one pe q a e conv ven omosess a possano a va e a bene c a e d pen d e de bene c de ma mon o”, p n o A 4

<sup>72</sup> “Non è compito del giudice a posteriori né a convenienza di scelta operativa da eguali o ed va a e se sa a p ù app op a a o a m g o e poss b e ( a e a e *STC* 60/ 99 , de 4 ma zo, *FJ* 5), da momen o che dobb amo spe a e e opz on egs a ve p ché s ano con o m a a Cos z one Come co da ’Avvoca a de o S a o n e a s a memo a d cos z one, è poss b e sceg e e d ve se moda à d ego az one d n one a pe sone de o sesso sesso L’opz one che con ene a egge 3/2005, so opos a a nos o esame, s’ nsc ve ne a og ca de manda o che cos en e de nì ne ’a 9, comma secondo, *CE*, pe q a e e cond z on pe a be à e ’ g ag anza de ’ nd v d o, e de g pp ne q a e s n e g a, devono esse e ea ed e cac , basandos ’ n e p e az one che ha avanza o q es o T b na e de a c a so a d non d sc m naz one ex a 4 *CE*, ne a q a e abb amo nc so a d sc m naz one onda a s ’ o en amen o sess a e ( *STC* 4 /2006, de 3 ebb a o, *FJ* 3), n nea con a g sp denza d S asb go ( *ex multis*, sen *L. e V. c. Austria*, de 9 genna o 2003, § 48)”, *STC* 98/20 2, *FJ*

<sup>73</sup> *STC* 98/20 2, *FJ* 9, co s v nos

<sup>74</sup> C’è che si per me e a a coppia omosessuale è che q es a possa ado a e cong n amen e de g , non ev den emen e o de o o appo o sess a e, ma d no de d e con g o, pe e copp e esb che, ’ adoz one cong n a d g na am e e ecn che de a p od z one ass s a

<sup>75</sup> “Ness no p ò esse e ado a o da p ù d na pe sona, anne ne caso n c ’ adoz one s ea zz n modo cong n o o s ccess vo da en amb con g I ma mon o ce eb a o pos e o men e a ’ adoz one pe me e ad no de con g ’ adoz one de g de ’ a o In caso d mo e de ’ ado an e, o q ando ’ ado an e nco a ne ’ esc s one p ev s a ne ’ a 79, è poss b e na n ova adoz one de ’ ado a o”

<sup>76</sup> Pa a d “p eg d z o”, ne a c edenza che na copp a omosess a e non possa ado a e pe ché s dannege ebbe benesse e de ’ ado a o, B RODR QUEZ RU Z, *Matrimonio género y familia en la Constitución española: trascendendo la familia nuclear*, n *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9 /20 , p 78 Rad ca c che a q es a pa e de a sen enza sono s a e esp esse da Ramón Rod íg ez A bas, p n o q a o de s o voto particular

<sup>77</sup> I T b na e cos z one a ch ama d e sen enze de a Co e e opea d S asb go ne a ca sa *Frettè c. Francia* de 26 ebb a o 2002 a Co e EDU ana zza a con o m à a a Conv enz one de a p ev s one pe a q a e n *single* omosess a e s vedeva esc so da p oced men o d adoz one n ag one de p op o o en amen o omosess a e La Conv enz one non p evede esp c amen e ’ esc s one deg omosess a da p oced men d adoz one ne eg me d monogen o a à, anche se es sono de p ec s on ne d ve s amb naz ona ; è pe an o n con o m à a a s a g sp denza s ma g ne d app ez zamen o che a e ma che “ e a o à naz ona , che devono p ende n con o, ne m de e p op e compe enze, g n e ess de a soc e à ne s o comp esso d spongono d n amp o ma g ne q ando sono ch ama a p on nc a s n q es o amb o [...] s ando n con a o d e o con e ea à de p op paes ; e a o à naz ona sono, n p nc p o, n na pos z one m g o e spe o a q e a d na g sd z one ne naz ona pe va a e e sens b à e con es oca Tenendo n con o che e q es on p esen a e occano aspe ne q a non esse e na den à d p ospe ve a g S a memb de Cons g o d’ E opa, e dove, n man e a gene a e, d o pa e a ave sa e na ase d



adottato<sup>78</sup>: da un punto di vista costituzionale nessun limite può porsi (detto in altri termini, non rileva la questione della equiparazione delle coppie omosessuali a quelle eterosessuali); la questione pertiene, piuttosto, alle altre scienze sociali (sociologia, psicologia, ed altre) di cui il giudice può servirsi al fine di decidere nel momento in cui dovrà disporre in merito alla richiesta di adozione. Il fine ultimo resta sempre il benessere del minore.

La risoluzione data a questa parte dell'oggetto sottoposto al controllo del TC fa rilevare come era del tutto pretestuosa la richiesta di declaratoria di incostituzionalità solo se si pensa che era già possibile l'adozione a titolo individuale senza esigere che chi adotta abbia già contratto matrimonio e non rilevando l'orientamento sessuale dell'adottante<sup>79</sup>.

Prima della decisione, si pensava che il TC avesse dinanzi a sé due strade rispetto al modo in cui poter interpretare l'art. 32 CE<sup>80</sup>: la prima era quella di considerare la disposizione costituzionale come contenente (così come ha fatto il legislatore) un diritto soggettivo riconosciuto sia all'uomo che alla donna, non determinando alcun limite alla possibilità di riconoscere, ampliandolo, tale diritto anche alle persone omosessuali; la seconda via era quella di valutare come prevalente il profilo oggettivo presente nella disposizione e quindi di considerare indisponibile al legislatore la possibilità di rivedere la garanzia istituzionale del matrimonio che lo qualificava, secondo la tradizione, come un matrimonio eterosessuale.

Il TC, a ben vedere, come abbiamo più sopra rilevato, mantiene insieme il doppio contenuto presente nell'art. 32 e, attribuendo una interpretazione evolutiva di garanzia d'istituto, tende a non far prevalere nessuno dei due profili (soggettivo e oggettivo) sull'altro<sup>81</sup>. Secondo il TC la riforma del CC non viola la garanzia di istituto ed è conforme al

ans z one, pa e oppo no conosce e n amp o ma g ne d app ezzamen o a e a o à d ogn S a o” La Co e pe ò agg nge che “ ’adoz one è «da e na am g a a n g o, e non n g o a na am g a e» e o S a o deve ass c a s che e pe sone sce e come ado an s ano q e e che possono o e, da p n d v s a, e cond z on d accog enza p ù avo evo ” (§ 42) Q es a c az one v ene conc sa con e pa o e de TC che s po ano d seg o “a q es o spe o non es se ce ezza che pe me a d a e ma e a a men e che q es e cond z on non possono esse e p o po z one da o con na copp a omosess a e”, FJ C , a esi, n’a a sen enza de a Co e EDU, anche se non c a a da TC, a E.B. c. Francia, de 22 genna o 2008, secondo a q a e cos sce v o az one de ’a 8 n comb na o d spos on con ’a 4 CEDU, o oppo o da e a o à compe en a a domanda d adoz one s a so a base de ’o en amen o omosess a e de o de a ch eden e, q a o a s s s ano g a p es ppos p ev s da a egge, ne caso n c a e g s az one d no S a o non ch ede a p esenza de a copp a gen o a e, ma consen e anche ad na pe sona so a d a e domanda d adoz one La seconda dec s one de a Co e EDU ch ama a da TC è a P.V. c. España (e ne o s esso senso g à a STC 76/2008, de 22 d cemb e, FJ 7), secondo a q a e, anche se a ema ca e a ne en e a d sc m naz one pe ag on d den à sess a e (v s e a g o da pa e d gen o e ansess a e), “ ’adoz one d na dec s one g d z a a consen e ne sopp me e, sospende e o m a e d o d com n caz one de gen o con p op g m no a ca sa, p nc pa e o esc s va, de a ansess a à de pad e o de a mad e, deve q a ca s come n mezzo d sc m na o o v e a o da ’a 4 CE” Con a p ù ecen e STC 93/20 3, de 23 ap e, Plenum ha bad o che “non è n a c n modo cos z ona men e amm ss b e p es me e ’es senza d n sch o d a e az one de a pe sona à de m no e pe ’o en amen o sess a e d no o en amb gen o ” (FJ 2)

<sup>78</sup> C M MAR N SÁNCHEZ, *El derecho constitucional al matrimonio homosexual en España*, c , pp 270 e ss

<sup>79</sup> Recen e è a sen enza de a Co e de L ssemb go (*Grande Chambre*) che d ch a a non con o me a CEDU a p ev s one de a e g s az one a s aca che amme eva ’adoz one a e so e copp e e e ossess a , anche se non sposa e Pe a Co e pa ese è a v o az one de comb na o d spos o de a 8 (’D o a spe o de a v a p va e e am a e’) e 4 (’D v e o d d sc m naz one’) pe na p ev s one, q e a a s aca, che compo ava na d sc m naz one onda a s ’o en amen o sess a e, c , a o a, *X et autres c. Autriche*, anno a a da A M LEC S COCCO-OR U, *La Corte europea pone un altro mattone nella costruzione dello statuto delle unioni omosessuali: le coppie di persone dello stesso sesso non possono essere ritenute inidonee a crescere un figlio*, n [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); R CON , *Pensieri sparsi a prima lettura su una sentenza della Corte dei diritti umani in tema di adozione e coppie dello stesso sesso e sull'efficacia delle sentenze di Strasburgo-GC 19 febbraio 2013 X e altri c. Austria*, n [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu) Recen e è anche a dec s one de T b na e cos z ona e desco (Sen enza de 9 ebb a o 20 3) che d ch a a ’ eg m à cos z ona e de a egge pe v o az one de p nc p o d non d sc m naz one n ag one de ’o en amen o sess a e q a s a s es z one a a poss b à pe n partner d ado a e g de ’a o è ncos z ona e, s an e a s essa poss b à pe e copp e e e ossess a che possono ado a e g ado a n p ecedenza da ’a o/a compagno/a (c d d o d “adoz one s ccess va”) Pe q es a g sp denza, d nq e, v ene meno q e a ’c edenza’ (da a semp e pe scon a a e ma d mos a a) secondo a q a e a v a n na am g a con gen o de o s esso sesso po ebbe p eg d ca e –so o pe a e mo vo– ’eq b a a c esc a de bamb n, che non s ved ebbe o conosc o d o a c esce e n na am g a e ad ave e n pad e e na mad e pe po e s e az ona e con d e pe sone d sesso d ve so Da mo è da c a e sen enza n 60 /20 2 de a S p ema Co e d Cassaz one, I Sez one C v e, che, n ma e a d a damen o esc s vo de a p o e a mad e n conv enza omosess a e, ha av o modo d p ec sa e che “A a base de a dog anza de co en e non sono pos e ce ezze sc en che o da d espe enza, bensì me o p e g d z o che s a dannoso pe ’eq b a o sv ppo de bamb no a o d v ve e n na am g a ncn a a s na copp a omosess a e”, p n o e zo de *motivi della decisione*

<sup>80</sup> In a senso L M<sup>a</sup> D EZ P CAZO, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, n M CAR AB A (a c a d ), *I diritti in azione*, Bo gna, 2007, p 329; M MAR N SÁNCHEZ, *Matrimonio homosexual y Constitución*, Va enc a, 2008, p 200; E ROCA TR AS, *Familia y Constitución*, n *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 0/2007, p 2 7

<sup>81</sup> Fo emen e c co s e mo vaz on de a dec s one, n q an o TC av ebbe dov o a p ev a e e a d mens one sogge va de d o a con a e ma mon o, è M Á PRESNO L NERA, *Comentario a la Sentencia 198/2012 del Tribunal Constitucional español sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo*, n [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), p 3



riconoscimento del diritto a contrarre matrimonio come un diritto individuale (pur se individualmente non può essere esercitato) che abbisogna di un consenso reciproco e che non pregiudica in alcun modo il diritto delle coppie eterosessuali. Bisogna sottolineare che il *TC* pur riconoscendo il diritto a contrarre matrimonio come diritto costituzionale da potersi esercitare a prescindere dall'orientamento sessuale, per la tecnica argomentativa utilizzata, ha deciso di dare precedenza alla valutazione della conformità costituzionale della nuova regolazione legale del matrimonio e della garanzia di istituto, non dando prevalenza alla dimensione soggettiva di tale diritto costituzionale, e quindi non rilevandolo in modo autonomo.

Il *Tribunal*, anche se utilizza la suggestiva immagine dell'"albero vivente"<sup>82</sup> a giustificazione di un'interpretazione evolutiva dell'istituto matrimoniale, tende comunque a precisare che il matrimonio fra persone dello stesso sesso "è una opzione non esclusa dal costituente" (*FJ* 9)<sup>83</sup>, per poi dimostrare che l'immagine del matrimonio, così come disegnata nel testo costituzionale, è mutata con lo scorrere del tempo<sup>84</sup>. Mancando, inoltre, una giurisprudenza dichiarativa del paradigma dell'eterosessualità nel matrimonio<sup>85</sup> chiara sul punto, il significato 'originario' del precetto costituzionale è stato facilmente superato per via ermeneutica. Il *TC* cerca comunque di dimostrare che il costituente non ha voluto escludere il riconoscimento del matrimonio omosessuale, anche se ciò non è indispensabile ai fini degli sviluppi argomentativi che propone, avendo dimostrato che è il testo costituzionale (che è cosa diversa dal costituente) a non escludere il matrimonio fra persone dello stesso sesso. Riconoscere che il matrimonio, così come inteso nel dibattito costituzionale, fosse pensato come istituzione a tutela delle sole coppie eterosessuali è cosa ovvia e più che evidente e non costituisce alcun limite per una interpretazione evolutiva dal momento che il testo la consente ed in quanto non la si

<sup>82</sup> Amp e c che s' è zzo d q es a *metáfora forestal* sono n A OLLERO TASSARA, *No discriminación y nuevos derechos. Las relaciones homosexuales ante el Tribunal Constitucional*, c , pp 53 e ss, che pa a d n abbandono, da pa e de *TC*, ad n soc o g sm o d bassa cons s enza, p 56

<sup>83</sup> Se 'a co o 32 *CE* "non p e endeva conosce e a e n on s ab de o sesso sesso d o a ma mon o [...] n a nd ca che p e endeva nega o", così B RODR QUEZ RU Z, *Matrimonio género y familia en la Constitución española: trascendiendo la familia nuclear*, c , p 79

<sup>84</sup> Che cò s a ne a poss b à de *TC* è ch a amen e n ven b e ne a o che "non è cos z ona men e de n o a c n con en o spec co o conc e o, ma so o a conse vaz one s essa de 's z one o de 's o; a e conse vaz one è n e m n d conosc b à de a s a mmag ne pe a cosc enza soc a e, secondo ogn empo e ogo; 'mmag ne non è conosc a q ando a s p va d na es senza conc e a n q an o o maz one g d ca", così G CÁMARA V LLAR, *Derecho al matrimonio y matrimonio entre personas del mismo sexo*, c , p 26

<sup>85</sup> Che a e pa ad gma non s a s a o pos o con 'ATC 222/ 994 o a e ma ch a amen e *Plenum* q ando ac men e eva che 'o d nanza n q es one s è m a a a eva e a d e enza che n e co e a ma mon o e copp e d a o, non esc dendo a poss b à che e g s a o e possa a a ga e 's z one ma mon a e anche a e copp e omosess a È oppo no so e ma c b evemen e s a e dec s one, pe ch è ch ama a da q an so enevano 'ncos z ona à de ma mon o omosess a e I *TC* con a e *auto* s m ò a d ch a a e nam s s b e n *recurso de amparo* - che aveva p ma o ob e vo d compo a e 'amp amen o deg e e a ma mon o e conv venza *more uxorio* (o ma a da copp a omosess a e)-, avanza o da na pe sona (conv ven e n na copp a omosess a e) che non s e a v s a conosc a a pens one d vedovanza dopo a mo e de s o compagno e che a egava ne *recurso* a vo az one de p nc p o d non d sc m naz one s an e d o a ceve e a e pens one se va o esc s vamen e a e copp e n e n ma mon o e non g à a q e e omosess a I *TC* senza so ve e a q es one s come debba esse e n e p e a o d spos o ex a 32 *CE* ("o mo e a donna hanno d o d con a e ma mon o n pena g ag anza g d ca") s m a a eva e che "come pe a conv venza ea e n na copp a omosess a e, 'n one a pe sone appa enen a medes mo sesso b o g co non è na s z one g d camen e ego a a né es e n d o cos z ona e a a s a ego az one; o con a o pe ma mon o a o mo e donna, che è n d o cos z ona e" così a *STC* 224/ 994, de ' g o, *FJ* 2, ma p ma g à *STC* 84/ 990, de ' 9 novemb e, *FJ* 3 Anche se mp c amen e, q nd, pe *TC* a Cos z one 'pe me e', ma non 'mpone' s a e ma c ò pe ch è ne 'o d nanza appena po a a, *TC* non ha esc so a poss b à de 'a a gamen o a ma mon o anche omosess a e con egge de o S a o In q es o senso g à E ROCA TR AS, *Familia y Constitución*, c , p 2 8 C , anche, L PRA S ALBEN OSA, *La nueva regulación del derecho matrimonial español: bases y principios*, n *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 0/2006, p 9; J V GAV D A SÁNCHEZ, *Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio*, n *Revista Española de Derecho Constitucional*, 6 /200 , pp 48 e ss La dec s one de 994 va e a ne a vo on à de *TC* d non nc de s na ema ca econom co- nanz a a (s s ema pens on s co) pe e conseg enze econom che che na dec s one d ve sa ne me o av ebbe compo a o; n a senso c E EX Ó S O GOMEZ, *La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali e la Costitu ione spagnola*, n R ROMBOL (a c a d), *La legge spagnola sul matrimonio tra persone dello stesso sesso e la tutela delle coppie omosessuali in Italia*, n *Il Foro italiano*, Pa e V, 2/2005, p 270 Con 'auto 8/20 3 (a q a e è a ego o voto de g d ce A O e o Tassa a), *pleno* de *TC* ha so eva o d nanz a se medes mo a *cuestión interna de incostitucionalidad* dopo a p es en az one d n *recurso de amparo* (anche se asco s ben 9 ann) I co en e, che non s è v s o conosce e a pens one d eve s b à a seg o de a scompa sa de s o compagno n copp a omosess a e da o e 40 ann , eva che e a ne 'mposs b à d gode d a e d o non po endo accede e a 's o ma mon a e e, q nd, den nc a vo az one de p nc p o d'eg ag anza Anche a seg o de a *STC* 98/20 2, I *TC* s esso d b a de a eg m à cos z ona e de 'a 74, comma p mo, de a *Ley general de la Seguridad Social* ( 994), ne a pa e n c m a a p es az one pens on s ca so o a a copp a (e e osess a e) sposa a, non es s endo, ne momen o n c è s a o so eva o 'amparo (2004), a poss b à ega e d con a e ma mon o a e pe sone de o sesso sesso e evando che e copp e s ab omosess a non po evano accede e a a p ev s one ega e p ev s a da 'a co o n q es one, con a conseg enza che d bb o d'ncos z ona à s onda s a d sc m naz one n ag one de 'o en amen o sess a e de co en e





Il TC, giungendo alla conclusione per la quale l’istituzione vive nella società ed evolve (senza cristallizzarsi) con essa ed in essa, dichiara la conformità a Costituzione della legge giunta alla sua cognizione, anche se con una decisione definita in alcune sue parti *confusa e tortuosa*, se non anche *contradictoria*<sup>92</sup>, e non chiarendo in modo inequivoco se si è dinanzi ad un diritto fondamentale<sup>93</sup> o ad un diritto legale; non chiarendo, *id est*, se la Costituzione impone o consente<sup>94</sup> il matrimonio omosessuale<sup>95</sup>.

Il TC, similmente alla sentenza del Tribunale costituzionale portoghese, ha rifiutato una interpretazione originalista anche se, come suggerisce il giudice Manuel Aragón Reyes, lo ha fatto con argomentazioni eccessivamente generali, come se fossero applicabili a qualunque precetto costituzionale<sup>96</sup> a prescindere, cioè, dalla portata testuale della disposizione: sarà solo la futura giurisprudenza costituzionale a dover porre con fermezza la differenza che intercorre tra interpretazione creativa (non permessa cioè dal testo e non già dall’intensione del legislatore costituente) ed interpretazione evolutiva (cioè consentita). È evidente che se il testo non consente una estrapolazione di una precisa norma, ciò che rimane nella possibilità del potere costituito è l’esercizio del potere di revisione costituzionale, ma non è questa l’ipotesi che qui si tratta<sup>97</sup>.

*Escritos de Derecho Constitucional*, ed z one c a da P CRUZ V LLALÓN, M AZ AR E SÁNCHEZ, Mad d, 20 , p 00 C ò che eva è che ’n e p e az one evo va d na d spos z one cos z ona e a sì che essa esp ma n s gn ca o d e en e da q e o che e a a momen o de a s a o m az one v è no s asamen o n e p e a vo da momen o s o co de a o m az one a momen o –anch’esso s o co– de a s a app caz one Come è s a o a o evo men e so o ne a o, ’n e p e az one og co-evo va “esp c a (o p opone) s gn ca g à acch s o, com nq e s a, *proponibili* pe es cos z ona , p esceg endo q e s gn ca q a , *pur inimmaginabili* a empo de a en nc az one de es , s p esen no come poss b à e spe o a empo nc en nc a o es o, ma p esen a empo de ’app caz one”, F MODUGNO, *Scritti sull’interpreta ione costituzionale*, Napo , 2008, p 2 7, *corsivi nostri* *Contra*, ovve o s a necess à d spe a e ’*imagen maestra* de ma mon o che s den ca con ’e e osess a à de a copp a, *Estudio sobre la reforma del Código Civil*, c , p 38

<sup>9</sup> Ad e ve o, ’od e na *imagen* de ma mon o ha conosc o mo e p ù p ond , pe non d e ad ca , camb amen , non den cando q a e emen cos v de ma mon o non so o ’e e osess a à, ma anche a p oc eaz one e ’nd sso b à de v nco o ma mon a e T q es e emen nd v d a ne a ad z one occ den a e ogg non cos scono p ù ca a e mp esc nd b pe ’s z one de ma mon o, n a senso E EX Ó S O GOMEZ, *La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali e la Costitu ione spagnola*, c , p 27 ; M MAR N SÁNCHEZ, *El derecho constitucional al matrimonio homosexual en España*, c , p 259 Con g a do a ca a e e p oc ca vo come ne de ma mon o, è s a o a o evo men e a e ma o che “Q es a na à, così come p ace e ed p o n e esse soc o-econom co, semp e eg a men e eg m , o ma pa e de a be a de e m naz one de a pe sona, che dec se n go no d n e a s a v a a q e a d n a o Esse pe ò non sono na à de va e od obb ga e da a Cos z one [...] Senza d bb o ’opz one de ma mon o n esa secondo a og ca de a p oc eaz one è na sce a pe sona e eg ma, ma de o namm ss b e se s p e ende d mpo a g d camen e”, così M CARR LLO, *La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali ed i principi costituzionali*, n R ROMBOL (a c a d), n *La legge spagnola sul matrimonio tra persone dello stesso sesso e la tutela delle coppie omosessuali in Italia*, n *Il Foro italiano*, Pa e V, 2/2005, p 266 Pe epos z on con a e v retro no a 45

<sup>92</sup> Così g d ce Man e A agón Reyes ne s o voto, p n o p mo

<sup>93</sup> Anche se non en a ne a Sez one I de Cap o o II e q nd non è s sce b e d *recurso de amparo*, d o a ma mon o gode com nq e (ovando pos v zaz one ne a Sez one II de Cap o o 2 ’D e be à’) de e e e cos z ona q a a se va d egge e ’nv o ab à de s o con en o essenz a e ex a 53 CE

<sup>94</sup> In q an o a Cos z one non ha de m a o conce o d ma mon o, ma po endo eg s a o e accog e e n conce o che s a con o me ad na p ec sa domanda soc a e

<sup>95</sup> Che TC non abb a vo o so e ma s s a e q es one o s comp ende bene eggendo p n o nd ces mo de a dec s one ne q a e p ec sa che s a asc a “ d ba o se e pe sone omosess a godano de d o a con a e ma mon o g à p ma de a o ma ega e q ana zza a”, FJ Anche se, ne o s esso *fundamento*, TC ha che “cò che a eg s a o e avva endos de a s a be à d con g az one che g conosce a Cos z one è mod ca e eg me de ’ese cz o de d o cos z ona e a ma mon o senza n acca e s o con en o” C ca q es o passagg o A TORRES PÉREZ, *El matrimonio entre personas del mismo sexo: opción legislativa o derecho constitucional?*, n *Iuris*, /20 3, p 4, che a ebbe pensa e a a con g az one d nd o ega e Ta e A p opende a a con g az one de d o a ma mon o omosess a e come d o cos z ona e a a ce de spe o de p nc p o d non d sc m naz one n base a ’o en amen o sess a e Con g a do a q an o appena po a o, ma p esc ndendo a q es o p no da a g sp denza cos z ona e d en amb Paes p es n cons de az one, a no pa e che p op o pe ché s o camen e d spos o cos z ona e non g a dava anche e copp e omosess a (s a n I a a –n modo pa co a e a seg o de a sen n 38/20 0, s v *infra* no a 7– che n Spagna), a v o az one de p nc p o d non d sc m naz one non ev ’n o za a onoma; ’ape a de ’s o ma mon a e (sop a o dopo a sen enza de 20 0) è poss b e *in primis* a ave so m amen o de a conce one de ’s o ma mon a e

<sup>96</sup> C p n o secondo de s o voto

<sup>97</sup> S pens so o a q an o a e ma Man e A agón Reyes, c oè che non s sa ebbe neanche d nanz ad na n e p e az one evo va, q an o p os o ad n acce amen o de con en o essenz a e d na ga anz a s z ona e





#### 4. LA MANCANZA DI UNA LEGGE REGOLANTE IL MATRIMONIO OMOSESSUALE E L'ARCHETIPO ETEROSESSUALE CONTENUTO NELLA SENT. N. 138/2010 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Prima di analizzare la (sola) problematica inerente la legittimità costituzionale di una legge che a seguito del deposito della sent. n. 138/2010 ed in riferimento alle motivazioni ivi contenute dovesse introdurre anche in Italia il matrimonio omosessuale, bisogna subito rilevare la differenza inerente l'oggetto di giudizio che si è posto dinanzi al TC e quello risolto dalla Corte costituzionale con la sentenza del 2010. La nostra Corte, infatti, è stata chiamata non a valutare la conformità a Costituzione di una legge che come abbiamo visto essere avvenuto in Spagna ampliava il diritto al matrimonio anche alle coppie dello stesso sesso, ma ad esprimersi sulla mancanza di una legge che riconosceva tale ampliamento. La Corte costituzionale pur non rilevando l'incostituzionalità di tale mancanza dovuta, come vedremo, all'interpretazione secondo la quale la Costituzione non impone il riconoscimento del matrimonio al di là di quello eterosessuale, ha proceduto con delle argomentazioni molto rilevanti pur costituendo, queste, un mero *obiter dictum*<sup>98</sup>, per di più pronunciato in una decisione di rigetto, *id est* senza alcun vincolo sia in positivo che in negativo per il futuro legislatore statale.

Il problema che si pone in Italia, con riferimento alla possibilità di introdurre con legge il matrimonio tra persone dello stesso sesso, si ha con riferimento alla (portata) dell'interpretazione evolutiva che rischierebbe di eccedere in interpretazione creativa.

Possibilità Secondo la Corte costituzionale, e più precisamente con la sent. n. 138/2010<sup>99</sup>, è infondata<sup>100</sup> la questione di legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 *bis*, 156 *bis* del codice civile, nella parte in cui, sistematicamente interpretati, questi non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, in quanto "le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio"<sup>101</sup>, e ciò anche alla luce dell'argomento comparatistico<sup>102</sup>, che, invece, come abbiamo più sopra nel testo sottolineato, è stato molto utilizzato a parere di taluno anche eccessivamente<sup>103</sup> dal TC.

<sup>98</sup> C. R. ROMBOL, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali*, in G. D'ELA, G. T. BER, M. P. V. VAN SCHLE N, (a c. a. d.), *Scritti in memoria di Alessandra Concaro*, Milano, 2012, p. 645. La Corte non ha invocato a quesione a d. sc. ez. ona. à. de. Pa. amen. o, ma ha p. o. ced. o. con. a. q. a. ca. z. one. de. ma. mon. o. come. ad. esc. s. vo. appannagg. o. de. a. copp. a. e. e. osess. a. e.; n. amb. o. e. o. peo. q. es. a. sce. a. non. è. s. a. a. a. p. op. a, ad. esemp. o, da. *Conseil constitutionnel* francese che con. Dec. s. one. n. 20. 0-92, de. 28. genna. o. 20. , *Signore Corinne C. e Sophie H.*, p. on. nc. a. a. a. seg. o. d. na. q. p. non. d. ch. a. ando. 'ncos. z. ona. à. de. a. egges. ma. mon. o. pe. non. conosce. e. ma. mon. o. osess. a. e. ('ne. a. pa. e. n. c. non. p. evede. che'), ha. conosc. o. (p. no. se. mo. de. *Considérant*) p. en. d. sc. ez. ona. à. a. eg. s. a. o. e. che. p. ò. eg. mamen. e. amp. a. e. 's. o. ma. mon. a. e. a. ch. e. a. esc. so, cosa. che. de. es. o. ha. ecen. emen. e. a. o. S. p. n. o. R. ROMBOL, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali*, c. , p. 640; A. M. LECC. S., *Sul. ma. age. homosex. a. deciderà. il. Legislatore. Alcune. riflessioni. sulla. decisione. del. Con. se. cons. onne. a. confronto. con. la. senten. a. n. 138/2010. della. Corte. costitu. ionale*, in *Diritto. Pubblico. Comparato. ed. Europeo*, 2/20. , p. 456; D. FERRAR, *La. Co. e. cos. z. ona. e. il. Conseil. constitutionnel. davanti. ai. matrimoni. omosessuali*, in *Politica. del. diritto*, 2-3/20. 2, pp. 495. e. ss. A. seg. o. d. co. so. (a. *saisine*) p. esen. a. o. avve. so. a. n. 344/20. 3 (che, senza. de. n. e. conce. o. d. ma. mon. o, agg. nge. ne. cod. ce. cv. e. 'a. 43. con. a. p. ev. s. one. secondo. a. q. a. e. "Le. mariage. contracté. par. deux. persone. de. sexe. différent. ou. de. même. sexe" e. senza. a. c. na. d. enza. spe. o. a. 'adoz. one) da. na. m. no. anza. d. appa. enen. a. 'Assemb. ea. naz. ona. e, Cons. g. o. cos. z. ona. e. ge. a. e. dog. anze. avanza. e. da. co. en. pe. q. a. ca. a. e. e. de. 'e. e. osess. a. à. en. ava. a. p. nc. p. ondamen. a. conosc. da. e. gg. de. a. Rep. bb. ca. e. che. cos. scono. bocco. de. a. cos. z. ona. à, san. e. nv. o. che. P. eambo. o. de. a. Cos. z. one. de. 958. a. a. p. eambo. o. de. a. Cos. z. one. de. 946 (c. *Considérant* ven. nes. mo); semp. e. a. d. e. de. co. en. , a. egges. pone. n. con. as. o. con. 'a. 34. de. a. Cos. z. one. ancese. ("La. egges. s. ab. sce. e. no. me. conce. nen. [...] eg. me. ma. mon. a. e"), ma, *Conseil*, nvece, eva. che. es. o. cos. z. ona. e. non. de. n. sce. n. a. c. n. modo. ca. a. e. e. e. osess. a. e. de. a. copp. a. cong. n. a. n. ma. mon. o. (come. n. Spagna, d. nq. e, da. o. es. a. e. eva. pe. non. m. a. e. 'n. e. p. e. az. one. de. a. d. spos. z. one) e. che. conosce. e. anche. a. e. copp. e. omosess. a. a. poss. b. à. d. sposa. s. non. s. gn. ca. non. conosce. a. a. e. copp. e. e. e. osess. a. ; c. ò. che. s. de. m. na. è. so. o. na. es. ens. one. a. n. ove. pe. sone. de. a. poss. b. à. d. accede. e. ad. n. eg. me. ega. e, d. nq. e. n. amp. amen. o. de. d. o. e. non. na. s. a. v. o. az. one. In. mo, ando. e. men. o. a. d. o. na. a. e, *Conseil*, conoscendo. a. eg. s. a. o. e. a. de. n. z. one. de. 'a. che. po. p. ù. n. gene. a. e. de. e. q. es. on. d. ca. a. e. e. soc. a. e, a. e. ma. ch. a. amen. e. "qu'en. ouvrant. l'accès. à. l'institution. du. mariage. aux. couples. de. personnes. de. même. sexe. Le. législateur. a. estimé. que. la. différence. entre. les. couples. formés. d'un. homme. et. d'une. femme. et. les. couples. de. personnes. de. même. sexe. ne. justifiait. plus. que. ces. derniers. ne. puissent. accéder. au. statut. et. à. la. protection. juridique. attachés. au. mariage. qu'il. n'appartient. pas. au. Conseil. constitutionnel. de. substituer. son. appréciation. à. celle. du. législateur. sur. la. prise. en. compte. en. matière. de. mariage. de. cette. différence. de. situation", p. no. ven. d. es. mo. de. *Considérant*

<sup>99</sup> R. bad. a. con. 'o. d. n. 276. de. o. sesso. anno, s. a. q. a. e. s. v. M. N. S. C. O., *La. Corte. torna. sul. matrimonio. omosessuale: decisa. anche. la. questione. promossa. dall'ordinan. a. fiorentina*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), /20. S. v., anche, 'o. d. n. 4/20

<sup>100</sup> Come. è. no. o, a. dec. s. one. con. ene. na. dec. s. one. s. a. d. nam. m. ss. b. à. (n. e. men. o. a. pa. ame. cos. dag. a. 2. e. 7, co. ) s. a. d. n. onda. ezza. (con. e. men. o. ag. a. 3. e. 29. Cos. )

<sup>101</sup> Così. ne. a. sen. n. 38/20. 0, p. n. o. nono. de. *considerato. in. diritto*



La Corte non accoglie, dunque, la questione<sup>104</sup>, sollevata da tre giudici *a quibus*, che le avrebbe fatto pronunciare una decisione additiva comportando l'estensione anche alle coppie omosessuali dell'istituto matrimoniale ad oggi accessibile solo alle coppie eterosessuali.

La decisione di infondatezza si basa, fra l'altro<sup>105</sup>, sull'utilizzo dell'interpretazione originalista<sup>106</sup> è palese la distanza con la decisione del *Tribunal Constitucional* e sulla seguente (non conseguente) affermazione che una interpretazione evolutiva non sia possibile e che una interpretazione che aprisse al matrimonio omosessuale sarebbe da ritenersi di tipo creativo e, dunque, nella impossibilità di un potere costituito. Nelle parole della Corte: “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, come sopra si è visto, stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. In tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale. Questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa”<sup>107</sup>.

Questa motivazione, paradossalmente, segue una affermazione che sembrava condurre a conclusioni differenti posta in premessa: “è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere «cristallizzati» con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi”<sup>108</sup>. Tale affermazione è subito seguita da un'altra che poi anticipa l'utilizzo dell'argomento originalista e che rappresenta il limite all'argomento evolutivo costituito non tanto dal testo costituzionale, quanto piuttosto dalla stessa interpretazione originalista: “Detta interpretazione, però, non può spingersi

<sup>102</sup> Uzza o anche pe mo va e 'namm ss b à de a q es one n e men o a 'a 7, p mo comma, Cos a d sc p na sov anaz ona e e convenz ona e “non impone a pena eq pa az one a e non omosess a de e ego p ev s e pe e non ma mon a a omo e donna Anco a na vo a, con nv o a e egg naz ona , s ha a con e ma che a ma e a e a da a a d sc ez ona à de Pa amen o U e o e scon o d cò s des me, come g à s è accenna o, da 'esame de esce e de e so z on ado a e da n me os Paes che hanno n odo o, n a c n cas , na ve a e p op a es ens one a e n on omosess a de a d sc p na p ev s a pe ma mon o cv e opp e, p ù eq en emen e, o me d e a mo o d e enz a e e che vanno, da a endenz a e ass m ab à a ma mon o de e de e non , no a a ch a a d s n z one, s p ano deg e e , spe o a o s esso”, p n o dec mo de *considerato in diritto*, co s v nos È p ù che n e essan e no a e che en ambe e Co ( a ana e spagno a) zzano 'e emen o comp a vo, ma men e pe TC esso è nd ca vo de ven meno de pa ad gma e e osess a e, pe a Co e cos z ona e, nvece, d mos a come esso non s a n a c n modo nc na o

<sup>103</sup> Ad e a o evo e de g d ce Man e A agón Reyes ne s o voto, p n o p mo

<sup>104</sup> In e p e ando 'a 2 de a Cos z one, a Co e conosce che “pe o maz one soc a e deve n ende s ogn o ma d com n à, semp ce o comp essa, donea a consen e e avo e be o sv ppo de a pe sona ne a v a d e az one, ne con es o d na va o zzaz one de mode o p a s co In a e noz one è da annove a e anche ' n one omosess a e, n esa come s ab e conv enza a d e pe sone de o s esso sesso, c spe a d o ondamen a e d v ve e be amen e na cond z one d copp a, o enendone -ne emp, ne mod e ne m s ab da a egge- conosc men o g d co con conness d e dove”, p n o o avo de *considerato in diritto* La Co e s è vo a a Pa amen o pe e a e a e d o ondamen a e, anche se a e “nv o” è mas o “s no a nasco a o”, così ne e pa o e de P es den e F anco Ga o ne a s a *Rela ione* en a d an e a 'R n one s a o d na a de 2 ap e 20 3' n occas one de a p esen az one de a *Rela ione sulla giurisprudenza costituzionale del 2012*, p 9, e epe b es s o [www.cortecostituionale.it](http://www.cortecostituionale.it)

<sup>105</sup> Come so o nea o da I MASSA P N O, C TR OD NA, *Sul come per la Corte costituzionale «de unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio». Ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la sentenza 138/2010*, n [www.dircost.unito.it](http://www.dircost.unito.it) C , anche I MASSA P N O, *La superbia del legislatore di fronte alla natura delle cose. Studio sulle tecniche argomentative impiegate dalla Corte costituzionale nei giudizi di legittimità costituzionale in cui è invocato l'art. 29 della Costituzione*, To no, 20 2

<sup>106</sup> S a e po d n e p e az one non s p ò che nv a e a vo me co e aneo c a o da F G U RÈ, I N CO RA, *Lavori preparatori ed o gna n en nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Catania il 5 ottobre 2007*, To no, 2008; P B ANCH , *Le trappole dell'originalismo*, n AA VV , *Studi in onore di Franco Modugno*, Napo , 20 , pp 28 -3 ; M LUC AN , *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, n *Revista General de Derecho Constitucional*, 0/20 0, pp -24; C P NELL , *La Nota del Consiglio Episcopale Permanente e le norme costituzionali in tema di famiglia e forme sociali*, n [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)

<sup>107</sup> Così, es a men e, a sen n 38/20 0, p n o nono de *considerato in diritto*

<sup>108</sup> Sen n 38/20 0, p n o nono de *considerato in diritto*



fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata<sup>109</sup>.

In conclusione, per la Corte, l'art. 29<sup>110</sup> della Costituzione "non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto"<sup>111</sup> e ciò solo basta a limitare l'interpretazione evolutiva<sup>112</sup>.

Se, come si è visto, il *TC* quando ha dovuto giudicare la legittimità della riforma del codice civile aveva dinanzi a sé un precedente (comunque 'debole') da dover prendere in considerazione, la Corte costituzionale ha 'depositato' all'attenzione degli interpreti un precedente 'forte' che non può che essere preso in considerazione per il prossimo futuro (invero assai incerto, per non dire, assai improbabile<sup>113</sup>) di un intervento da parte del legislatore ordinario che dovesse consentire il matrimonio tra persone dello stesso sesso: la Corte si troverebbe, allora, dinanzi ad un precedente solido e chiaro nell'affermare che il matrimonio, secondo l'art. 29 Cost., rappresenta *solo* l'unione tra uomo e donna (fra di loro). Infatti, se per il Tribunale costituzionale spagnolo, l'*ATC* 222/1994 non aveva inteso consacrare l'eterosessualità per la coppia unita in matrimonio, assumendo il principio della eterosessualità come una delle opzioni valide in ambito costituzionale, la Corte costituzionale ha chiaramente affermato che per la Costituzione il matrimonio è eterosessuale.

Come è ampiamente noto, la Corte ha affermato che non è possibile incidere sul *nucleo* della norma costituzionale ex art. 29 Cost. "in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata", con la conseguenza di riferirsi con lo stesso nome (matrimonio) ad un istituto che sarebbe completamente diverso (ed inconciliabile) da quello costituzionalmente positivizzato.

La dottrina, a questo punto, si divide tra chi giudica la decisione della Corte come la parola ultima e definitiva alla impossibilità di introdurre il matrimonio omosessuale attraverso la via giurisprudenziale o legislativa<sup>114</sup> (anche nella

<sup>109</sup> S v, sempre, p nonono de *considerato in diritto*

<sup>110</sup> S pa ad gma e e osess a e con e n o ne 'a 29 Cos c F DAL CAN O, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla "aspirazione" al matrimonio al "diritto" alla convivenza*, n [www.rivistaic.it](http://www.rivistaic.it), 0/20 0, o a anche n AA VV, *Studi in onore di Franco Modugno*, Napo , 20 , pp 28 -3 ; ID, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, n R ROMBOL (a c a d), *La legge spagnola sul matrimonio tra persone dello stesso sesso e la tutela delle coppie omosessuali in Italia*, n *Il Foro italiano*, Pa e V, 2/2005, p 276; ID, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: la parola alla Corte costituzionale*, n [www.forumcostitu ionale.it](http://www.forumcostitu ionale.it); V TOND DELLA MURA, *Le coppie omosessuali fra il vincolo elastico? delle parole e l'artificio della libertà*, n [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); A D'ALO A, P TORRE A, *Art. 29 Cost. Questioni costituzionali in tema di famiglia*, n G BON L N, M CON OR N (a c a d), *Codice ipertestuale della Famiglia*, To no, 2009, p 30; A D'ALO A, *Omosessualità e Costituzione. La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte costituzionale*, n R B N, G BRUNELL, A GUAZZARO, A PUG O O, P VERONES (a c a d), *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, To no, 20 0, p 04; S SCAGL AR N, *Un'opportuna sollevazione di questioni infondate*, *ivi*, p 347 A RUGGER, *Idee sulla famiglia e teoria e strategia) della Costituzione*, n *Quaderni costituzionali*, 3/2007, pp 758-759 *Contra*, a mo, M GA USO, *Appunti sulla famiglia naturale e il principio di eguaglianza a proposito della questione omosessuale*, n *Questione giustiziale*, 2/2007, pp 452-462; A PUG O O, *Alla radice costituzionale dei «casi»: la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*, n [www.forumcostitu ionale.it](http://www.forumcostitu ionale.it), pp 9 e ss; P VERONES, *Costitu ionale «strane famiglie» e «nuovi matrimoni»*, n *Quaderni costituzionali*, 3/2008, pp 577-604

S v, anco a, p nonono de *considerato in diritto* La Co e con n a ag onamen o con n a n e p e a z one d po s s e m a c o e q nd co da che "Non è cas a e, de es o, che a Ca a cos z ona e, dopo ave a a o de ma mon o, abba en o necessa o occ p a s de a e a de g (a 30), ass c ando pa à d a amen o anche a q e na o da ma mon o, s a p compa b men e con memb de a am g a eg ma La g s a e dove osa e a, ga an a a g na a, n a o g a e vo cos z ona e a b o a a am g a eg ma ed a a (po enz a e) na à p o c e a va de ma mon o che va e a d e enz a o da ' n one omosess a e"

<sup>112</sup> R evan ed es ese sono e c che a ' zzo (esc s vo e non so o d nz one a s a a ed n e g a va) de ' so de ' n e p e a z one o g na s a pe po e e cos e n modo comp e o, s nv a, q nd, a meno a R ROMBOL, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono forme sociali ma non possono accedere al matrimonio*, n *Il Foro italiano*, Pa e I, 5/20 0, p 369 (secondo c o a e nv o a e d s c ss on n sede d Assemb ea cos en e, "non possono che asc a e sb go q an hanno seg o a me o a ope a d a a z z a one de p nc p cos z ona no a svo a da g d ce cos z ona e, q a e pe o na no a non s e a asc a o ena e ne 'a a z one e ea z z a one de d ondamen a da a vo on à «s o ca» de cos en "); P VERONES, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, n *Studium iuris*, 0/20 0, p 002 (sop a o se s cos sce cò che cos en non d s e o); M CROCE, *Diritti fondamentali programmatici limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, n [www.forumcostitu ionale.it](http://www.forumcostitu ionale.it) (pe q a e a e g sp denza non è coe en e con q e a che ha conosc o d d n ova gene az one); F DAL CAN O, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, n *Il Foro italiano*, Pa e I, 5/20 0, p 37

<sup>113</sup> S p n o, c amp amen e M N S CÒ, *La Corte torna sul matrimonio omosessuale*, c , pp 5 e ss

<sup>114</sup> F a mo, c , a meno, M CAR AB A, *Riflessioni in tema di eguaglianza e di non discriminazione*, n AA VV (a c a d), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, M ano, 20 , p 428; P B ANCH, *La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso*, n *Giurisprudenza italiana*, 3/20 , p 542; F DAL CAN O, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale*, c , p 372; P A CA O OS, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondate a verso inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010*, n *Quaderni costituzionali*,



forma della revisione costituzionale)<sup>115</sup> e chi ritiene, invece, possibile introdurre nel nostro ordinamento il matrimonio omosessuale anche attraverso la via legislativa ordinaria<sup>116</sup> o esclusivamente costituzionale<sup>117</sup>.

A noi pare che la Corte formalmente non abbia sbarrato le porte all'intervento legislativo tendente al riconoscimento del matrimonio omosessuale, in quanto nella decisione della Corte sono contenuti due dispositivi non di accoglimento ma di infondatezza e di inammissibilità. Nella sentenza n. 138/2010 vi è traccia sia di aperture<sup>118</sup> che di chiusure<sup>119</sup> alla possibilità del riconoscimento legislativo alle coppie omosessuali, anche se le seconde, definendo la necessaria eterosessualità dei coniugi come nucleo duro dell'art. 29 Cost., sembrano più 'definitive' delle prime. Se ciò, almeno a noi, pare indubbio, bisogna valutare se queste possono essere messe in discussione da una futura decisione della Corte, soprattutto se il legislatore decidesse di riconoscere il matrimonio anche alle coppie omosessuali e se la questione arrivasse al vaglio della Corte, circostanza, questa, molto probabile. Le affermazioni prodotte dalla Corte nel 2010 potrebbero essere superate anche grazie alla circostanza che oggetto del controllo sarebbe una legge 'che prevede' e non più una 'che non estende' il riconoscimento ad una coppia di nubendi del medesimo sesso. Alla Corte non si chiederebbe più di pronunciare una decisione additiva<sup>120</sup>, ma di valutare se la normativa pur se non imposta

---

2/20 0, pp 36 -363 I NCO RA, *La famiglia in "divenire" dinan i ad un legislatore "fuori tempo massimo". Relazione introduttiva*, n [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it)

<sup>5</sup> In a senso A RUGGER, "Famiglie" di omosessuali e famiglie di transessuali: quali prospettive dopo Corte cost. n. 138 del 2010?, n [www.rivistaaic](http://www.rivistaaic), 4/20 ; ID, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro innaturale...* pretesa a connotarsi come "famiglie", n R B N, G BRUNELL, A GUAZZARO , A PUG O O, P VERONES (a c a d), *La "società naturale" e i suoi "nemici"*, c , pp 307 e ss ; ID, *Idee sulla famiglia e teoria e strategia) della Costituzione*, n *Quaderni costituzionali*, 4/2007, pp 75 e ss Pe a e a o evo e A, n *Cos z one n conce o d am g a è da o, c , d nq e*, A RUGGER, "Strane" idee sulla famiglia loro ascenden e teoriche ed implica ioni di ordine istitu ionale, n [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it)

<sup>6</sup> G ZAGREBELSKY, V MARCENÒ, *Giusti ia costitu ionale*, Bo gna, 20 2, p 226; B RODR QUEZ RU Z, *Matrimonio género y familia en la Constitución española: trascendendo la familia nuclear*, c , p 82; B PEZZ N, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualifica ionale della discre ionalità del legislatore nella senten a n. 138/2010 della Corte costitu ionale*, n *Giurispruden a costitu ionale*, 3/20 0, p 27 8; ID, *La senten a n. 138/2010 parla anche) ai giudici*, n ID, A LORENZE (a c a d), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la senten a 138 del 2010: quali prospettive?*, Napo , 20 , p 08; P VERONES, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, c , p 004; A PUG O O, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, n [www.forumcostitu ionale.it](http://www.forumcostitu ionale.it), pp 20-2 . Non o esc de E CR VELL, *Il matrimonio omosessuale e la riparti ione di competen e tra legislatore e organo di giusti ia costitu ionale*, c , p ; A MELAN, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costitu ionale: la questione resta aperta*, n [www.forumcostitu ionale.it](http://www.forumcostitu ionale.it), p 2; C S LV S, *Il matrimonio omosessuale fra il "non s'ha da fare" dell'art. 29 ed il "si può fare" dell'art. 2 della Costitu ione*, n [www.forumcostitu ionale.it](http://www.forumcostitu ionale.it); M GA USO, *La Corte costitu ionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso*, n *Famiglia e diritto*, 7/20 0, p 663 S v, anche, a sen n 4 84/20 2 de a Co e d Cassaz one C v e, Sez one I, pe a q a e "La sen enza de a Co e cos z ona en 38 de 20 0 ha nega ondamen o cos z ona e a d o a ma mon o a d e pe sone de o sesso sesso, n e men o s a g a 3 e 29, s a a 'a 2 Cos D nq e, s o conosc men e a s a g a anz a -c oè 'even a e d sc p na eg s a va d e a a ego a ne 'ese c z o, n q an o non cos z ona men e obb ga , sono mess a a be a sce a de Pa amen o", p n o q a o )

<sup>7</sup> A S ADARO, *Matrimonio "fra gay": mero problema di ermeneutica costitu ionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte e me s pe pensa – o serve una legge di revisione costitu ionale?*, n [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it) Ve so a es che debba esse e n ap esa a s ada de a ev s one cos z ona e m pa e che p openda anche R ROMBOL, *La senten a 138/2010 della Corte costitu ionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpreta ioni*, n B PEZZ N, A LORENZE (a c a d), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la senten a 138 del 2010: quali prospettive?*, c , p 22; ID, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso: gli effetti nel nostro ordinamento dei «d c a» della Corte costitu ionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'interpreta ione della Corte di cassa ione*, n *Il Foro italiano*, 0/20 2, pp 2759-2760

<sup>8</sup> Q ando non esc de o ma men e a poss b à d adoz one d na sm e no ma va "Si deve escludere, av a, che 'asp az one a conosc men o g d co [de a cond z one d copp a o ma a da omosess a ] –che necessa amen e pos a na d sc p na d ca a e e gene a e, na zza a a ego a e d e dove de componen de a copp a – possa esse e ea zza a *soltanto* a ave so na eq pa az one de e non omosess a ma mon o [... L'a 29 Cos ] non p ese n cons de az one e non omosess a , bensì n ese e s a ma mon o ne s gn ca o ad z ona e d de o s o", sen n 38/20 0, p n o s o avo e non de *considerato in diritto*, co s v nos

<sup>9</sup> S a q ando a Co e pa a d d e d s n e copp e ("a cond z one de a copp a con ga a e q e a de a copp a omosess a e") come q a cosa d d ve so (p n o o avo de *considerato in diritto*) e s a q ando, pe a gomen a e a dec s one de 'n onda ezza a e ma che "e n on omosess a non possono esse e en e omogenee a ma mon o", p n o non de *considerato in diritto*

<sup>20</sup> La Co e, ne a sen n 38/20 0, ha a o co so a 'namm ss b à pe spe o de esce e d sc ez ona de eg s a o e s an na mo ep c à d so z on e compa b con da o cos z ona e che non obb ga conosc men o de ma mon o anche a e copp e omosess a Ta e dec s one è conseg en e a a ches a o m a a ne 'o d nanza d mess one d n n e ven o add vo, ma a a mancanza d ' me obb ga e' ( e men o è ovv amen e a V CR SA ULL, *La Corte costitu ionale ha vent'anni*, n N OCCH OCU O (a c a d), *La Corte costitu ionale fra norma giuridica e realtà sociale*, Bo gna, 978, p 84) e a a s essa g sp denza de a Co e secondo a q a e " na dec s one add va è consen a, com'è *ius receptum*, so an o q ando a so z one adeg a ce non debba esse e o d na va az one d sc ez ona e ma conseg a necessa amen e a g d z o d eg m à, sì che a Co e n ea à p oceda ad n'es ens one og camen e necess a a e spesso mp c a ne a po enz a à n e p e a va de con es o no ma vo n c è nse a a d spos z one mp gna a Q ando nvece s po na p a à d so z on, de van da va e poss b va az on, ' n e ven o de a Co e non è amm ss b e, spe ando a e a va sce a n camen e a eg s a o e" (così a sen n 09 de 986, p n o e zo



(circostanza evidentemente esclusa dalla 138/2010) sia comunque consentita al legislatore. L'abbandono del criterio originalista<sup>121</sup> potrebbe far ammettere la costituzionalità di una simile normativa ordinaria in quanto la Costituzione non impone, ma consente (non esclude) di modificare il codice civile e di allargare l'istituto matrimoniale anche alle coppie omosessuali. Una eventuale legge del Parlamento andrebbe nella direzione di una definizione di un nuovo paradigma del matrimonio, abbandonando la nozione eterosessuale dello stesso che da un punto di vista positivo manca anche a livello costituzionale<sup>122</sup> e potrebbe ricomprendere anche il matrimonio omosessuale grazie ad una interpretazione evolutiva dell'art. 29 Cost.

Il controllo della costituzionalità di una legge estensiva del matrimonio a coppie non eterosessuali determinerebbe la semplice ma rilevante circostanza che la Corte sarebbe chiamata a giudicare la conformità a Costituzione di un chiaro indirizzo del legislatore nei confronti del matrimonio omosessuale. A questo punto due strade si aprirebbero dinanzi al giudice delle leggi italiano. Con la prima, si potrebbe limitare a richiamare la sent. n. 138/2010 e dichiarare l'incostituzionalità della futura legge ordinaria riproponendo il concetto del nucleo duro con quello definito in 'epoca' costituyente, con la seconda (e qui potrebbero rilevare gli argomenti spesi dal TC) potrebbe spingersi a dichiarare la legittimità a Costituzione della normativa in riferimento al nucleo duro dell'art. 29 Cost., in quanto si potrebbe affermare che oggi il concetto di matrimonio è ciò che per la società di oggi è il matrimonio, potendosi argomentare che l'eterosessualità e soprattutto la finalità procreativa non sono per esso più determinanti<sup>123</sup>. Da questa prospettiva, è chiaro che sarebbe dirimente la presenza di una normazione rappresentativa<sup>124</sup> del cambiamento della nozione di

de *considerato in diritto*; a e m ss me, c e o dd nn 7, 3, 38, 208, 240, 255, 304 de 20 2 e e sen nn 36, 34, 252 e 30 de o s esso anno)

<sup>2</sup> U zza o, com nq e noppo namen e, o se pe d mos a e che non è da cons de a s d sc m na o a 'esc s one de ma mon o anche a e copp e omosess a S 'esc s one de p o o d sc m na o da pa e de a Co e (che p ende e mosse, "pe ag on d o d ne og co", da 'a 29 e non da 'a 3 Cos ) pe so ve e a q es one, G BRUNELL, *Le unioni omosessuali nella senten a n. 138/2010: un riconoscimento sen a garan ia?*, n B PEZZ N, A LORENZE (a c a d), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la senten a 138 del 2010: quali prospettive?*, pp 46 e ss; P VERONES, *Il paradigma eterosessuale del matrimonio e le aporie del giudice delle leggi*, c , p 0 0; B PEZZ N, *Il matrimonio same sex si potrà fare*, c , p 2725; R ROMBOL, *La senten a 138/2010 della Corte costitu ionale sul matrimonio tra omosessuali e le sue interpreta ioni*, c , p 6

<sup>22</sup> In a senso c mo con b , anche se non , ev den emen e, acco n R B N, G BRUNELL, A GUZZARO , A PUG O O, P VERONES, *La "società naturale" e i suoi "nemici"*, c ; R B N, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, n *Studium Iuris*, 0/2000, pp 066 e ss

<sup>23</sup> A o evo e è a do na che a a p opos o pa a d "v a de conce ", G ZAGREBELSKY, V MARCENÒ, *Giusti ia costitu ionale*, c p 226 S pens, ad esemp o, a a g sp denza n ema d ad e o a sen n 64/ 96 e, eva o che "da a o a mo o é m a o ne a v a soc a e" e che a Co e ene che a q es one me d esse e esam na a, a sen n 26/ 968

<sup>24</sup> Ne senso che n n s s ema d democ aza app esen a va, e g s a o e è p mo *rilevatore* de a as o maz one e de 'evo z one n a o ne a soc e à S nva a, com nq e, a e osse vaz on p esen n B PEZZ N, *Il matrimonio same sex si potrà fare*, c , p 27 8 Mo o p ù d n d bb o è esp esso da a o evo e do na A S ADARO, *Matrimonio "fra gay": mero problema di ermeneutica costitu ionale – come tale risolvibile dal legislatore ordinario e dalla Corte e me s pe pensa – o serve una legge di revisione costitu ionale?*, c , pp - 2 P esc ndendo da a no ma v z z a one d q es o camb amen o, che s a g à n a o n'nc na a de pa ad gma e e osess a e è ev den e, a 'a o, se s osse va pano ama compa a o (cò che è avven o da mo n Spagna è de n vo s p n o) e a g sp denza sov anaz ona e, ma d o a a v a am a es ova n d ve se dec on p on nca e da a mag s a a ana, che, a p esc nde e da e a gomen az on zza e, s anno a d mos a e come venga semp e meno eq s o de a e e osess a à de a copp a sen n 4 84/20 2 Co e d Cassaz one C v e, Sez one I, pe a q a e 'n asc v b à de e non omosess a , s ando o ma "radicalmente superata la conce ione secondo cui la diversità di sesso dei nubend i è presupposto indispensabile per così dire «naturalistico» della stessa «esistenza» del matrimonio", non d pende da a o o "nes s enza", e nepp e da a o o "nva d è", q an o p os o da a o o n done à a p od e q a s a s e e o g d co ne 'o d namen o a ano, pe ché da q es o non conosc e Ta e g sp denza è ch ama a da mo da 'o d n 5/20 3 de T b na e c v e e pena e d Pesca a, che, ann ando p ovved men o de q es o e d Pesca a che aveva ge a o a ches a d pe messo d soggo no da pa e de con ge omosess a e d n c ad no com n a o soggo nan e n I a a, conosce d o a asc o de a ca a d soggo no anche a a copp a de o s esso sesso S a sen enza de a Co e d Cassaz one, c R ROMBOL, *Il matrimonio fra persone dello stesso sesso: gli effetti nel nostro ordinamento dei «dicta» della Corte costitu ionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'interpreta ione della Corte di cassa ione*, c , pp 2756-2760; B PEZZ N, *Il paradigma incrinato: la faticosa rielabora ione di categorie concettuali tra le senten a della Corte costitu ionale 138/2010 e della corte di cassa ione 4184/2012*, n [www.forumcostitu ionale.it](http://www.forumcostitu ionale.it); M D BAR , *Considera ioni a margine della senten a 4184/2012 della Corte di Cassa ione: la Cassa ione prende atto di un end europeo consolidato nel contesto delle coppie same-sex anche alla luce della senten a n.138/2010 della Corte costitu ionale*, n [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), /20 2; F ANGEL N , *La Corte di Cassa ione su unioni omosessuali e matrimoni omosessuali: nell'iner ia del legislatore la realtà giuridica si apre alla realtà sociale*, n *Giurispruden a costitu ionale*, 2/20 2, pp 50- 528; I MASSA P N O, "Fiat matrimonio!" *L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte costitu ionale Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte di cassa ione: può una senten a della Corte di cassa ione attribuire a un inciso di) una senten a della Corte europea il potere di scardinare «una consolidata ed ultramillenaria tradi ione» superando anche il giudicato costitu ionale?*, L LORELLO, *La Cassa ione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale Cassa ione I se . civ. 15/3/2012 n. 4184*, en amb n [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/20 2; L MARO , *La tutela delle unioni omosessuali nel dialogo tra corti interne e Corte europea dei diritti umani*, n *Giurispruden a italiana*, 2/20 3, pp 329-335; D FERRAR , *Quando tutte le strade portano al legislatore: ancora nulla di fatto per il matrimonio tra persone dello stesso in Italia anche se vi è un diritto alla vita familiare*, n [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); C NARDOCC , *La*





matrimonio tale da potersi considerare conforme a Costituzione, stante anche il fatto che il testo della Costituzione e la sua interpretazione (evolutiva) consentono l'esistenza di tale normativa che, anche se non imposta, sarebbe da valutare come legittima<sup>125</sup>.

Come si vede, ciò che qui rileva è che le strade non sono definitivamente chiuse ma ancora percorribili e rimangono nella possibilità del legislatore prima e della Corte poi, la quale potrà comunque ribadire la sent. n. 138/2010 nella parte in cui l'esclusione delle coppie omosessuali al matrimonio non costituisce alcuna violazione del principio di eguaglianza, ma allo stesso tempo superarla con un *overruling*, affermando che l'estensione dell'istituzione matrimoniale rientra nella libera e legittima discrezionalità del legislatore<sup>126</sup>, che avvalorata una evoluzione dei costumi e della coscienza sociale<sup>127</sup>. La Corte potrà facilmente rilevare come dimostra per la Spagna la giurisprudenza del *TC* che il mero ampliamento del matrimonio anche alle coppie omosessuali non limita tale diritto per le coppie eterosessuali e né configura altre limitazioni ad altrettanti diritti fondamentali.

Aprire al matrimonio omosessuale, d'altra parte, non significherebbe in alcun modo aprire indiscriminatamente a qualsiasi matrimonio<sup>128</sup>, prescindendo dal numero dei contraenti (poligamia) ovvero senza tenere in conto la variabile della parentela, e ciò perché non rilevare come determinante il (solo) genere non significa prescindere dalle altre variabili che la 'nostra' cultura (giuridica) non ammette<sup>129</sup>.

In conclusione, si può affermare che un'apertura al riconoscimento del matrimonio omosessuale, anche guardando alle esperienze straniere, non significherebbe 'trattare' la Carta costituzionale come un 'foglio in bianco' o comunque come un 'ombrello' sotto il quale poter proteggere dalla dichiaratoria di incostituzionalità qualsiasi normativa<sup>130</sup>, e ciò perché il contenuto essenziale del matrimonio potrebbe essere definito così come ha fatto il *TC* una comunione di vita tra due persone in eguaglianza che decidono liberamente di contrarre una unione giuridica produttrice di diritti e di

posi ione giuridica della coppia omosessuale: tra riconoscimento e garanzia a commento di Cassazione civile 15 marzo 2012 se. I n. 4184, n. www.rivistaaic.it 3/20 2; F. VAR, I suoi oq o de g dce a babe e ovve o en a vo de a Cassazione d eq pa a e eg me cos z ona e d am g a, convenze more uxorio e n on omosess a , n. www.federalismi.it

<sup>25</sup> In senso ades vo, d nq e, a q an o amp amen e d mos a o da F. BOND, *Famiglia e matrimonio. Quale modello costituzionale*, e az one a Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" Catania 7-8 giugno 2013, "La famiglia davanti ai suoi giudici", n. www.gruppodipisa.it

<sup>26</sup> R se ve s e conseg enze d cons de a e d o a ma mon o (omosess a e) come d o ega e, e q nd senza e p o ez on app es a e a d ondamen a , sono esp esse, p op o n e men o a caso a ano, da G. CÁMARA V LLAR, *Derecho al matrimonio y matrimonio entre personas del mismo sexo*, c. , p. 38

<sup>27</sup> S nv a n ovamen e a F. BOND, *Famiglia e matrimonio*, c. , p. 54

<sup>28</sup> Fo c che s p nos ovano, ad esemp o, ne o s do e abo a o da *Consejo General del Poder Judicial* (pp. 29-30) dove s a e ma con a gomen az on "p ù mo a che g d che" (M. CARR LLO, *La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali ed i principi costituzionali*, c. , p. 267) che "onda e a o ma (de d o ma mon a e) s bas ns ab come a cose enza o a domanda soc a e od n ma n eso senso de a d gn à de a pe sona o de a ce ca d eg ag anza, asc ano nos o d nomen o senza mezz né bas g d che pe ge a e mode ma mon a a en a a nos a c ag dca che con eg a e ac à n ebbe o pe mpos (ad esemp o, ma mon o po gam co)" mo e sono e pag ne de Pa e e ded ca e a ma ca e d e enze a e copp e omosess a ed e e osess a basa es da q an a v d sca s s ma cons enza, sop a og dca e p me sono n me camen e evan spe o a e seconde e sono anche sen men a men o meno s ab ; A. OLLERO TASSARA, *No discriminación y nuevos derechos. Las relaciones homosexuales ante el Tribunal Constitucional*, c. , p. 76; ma s v, anche, a pos z one n me o ass n a da g dce d ssenz en e Ramón Rod íg ez A bas, p n o p mo de voto Pe a do na a ana, s nv a, pe , ad A. RUGGER, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro innaturale ...*) pretesa a connotarsi come "famiglie", n. R. B. N, G. BRUNELL, A. GUAZZARO, A. PUG O, P. VERONES (a c a d), *La "società naturale" e i suoi "nemici"*, c. , p. 309

<sup>29</sup> R spe o a a po gam a (*rectius* a s o conos men o), no e, 'eg ag anza de con aen ma ebbe n a gomen o g d camen e so do da ene e n cons de az one In do na c , a meno, A. D'ALO A, *Sul divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale tra «identità individuale» e «pluralismo sociale»*, n. C. CALV ER (a c a d), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale. Atti del Seminario di Perugia del 18 marzo 2005*, To no, 2005, p. 345

<sup>30</sup> "I ch amo de 'n e p e az one evo va è q o pos o n gene a e, pe ché è n da o d com ne espe enza q e o pe c a na a e, o m dab e d à deg en nca (spec ed q e de a Ca a) s a es a p semp e ad n ce o p no, s pe a o q a e è a o a de 'e as co cos z ona e; con spec co g a do a caso nos o, po, pe ché 'evo z one de cos me p ò po a e, come ha g à po a o, a vede e a d sc p na de 's o am a e, n nea (e non g à n oppos z one) spe o a de a o cos z ona e, n pa co a e e gendo s bas ega a e appo a e con g (e mpos ando s bas pa men n ove q e a gen o e g) che, anco a ne eg me p e ep bb cano s po ad a o a smo e pa e na smo, e ano pa esemen e sq b a , non g à pe ò p ò po a e [...] – ad n pensamen o de a s a s essa de a am g a q a e emen o cos vo p m gen o ed nde e b e s a de a soc e à che de o S a o", così A. RUGGER, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro innaturale ...*) pretesa a connotarsi come "famiglie", c. , p. 32 "Le d spos z on no ma ve possono ave ce o na p a à d s gn ca ; ma s a a com nq ed n n me o n o d s gn ca , va e a d e q e o comp eso ne 'a ea d cò che è seman camen e amm ss b e cava e da es o [...] I e m ne na a e [...] p ò esse e n e p e a o ne senso o g na o ma p ò anche esse e n eso, *sen a uscire dal suo perimetro semantico*, come d o nd v d a e a ea zza e a p op a pe sona à o mando na am g a", così C. CAV NO, *Struttura delle disposizioni normative e senso della tradizione*, n. R. B. N, G. BRUNELL, A. GUAZZARO, A. PUG O, P. VERONES (a c a d), *La "società naturale" e i suoi "nemici"*, c. , p. 54



doveri riconosciuta e tutelata dall'ordinamento giuridico, potendosi, in tal caso, parlare solo di matrimonio, senza alcuna aggettivazione di accompagnamento<sup>131</sup>: il contenuto essenziale del diritto costituzionale al matrimonio dovrebbe continuare a ritrovare i suoi elementi irrinunciabili nel godere da parte di entrambi i coniugi di una piena eguaglianza giuridica, nell'essere il diritto al matrimonio un diritto individuale, il cui esercizio richiede un consenso reciproco, e nel produrre il contratto matrimoniale una pluralità di diritti e di doveri in capo ai coniugi.

---

<sup>3</sup> Così come de es o ha a o TC ne a STC 98/20 2 'esp ess one 'ma mon o omosess a e' appa e ben 8 vo e neg *Antecedentes*, ma non compa e neanche na vo a ne *fundamentos*