



## “RITORNO ALLA COMPARAZIONE”. NOTE A MARGINE DELLA SENTENZA DEL TRIBUNAL COSTITUZIONALE SPAGNOLO SUL MATRIMONIO OMOSESSUALE\*

di Renato Ibrido\*\*

SOMMARIO: 1. Strategie di legittimazione e stilemi argomentativi nella sentenza sul matrimonio omosessuale. - 2. Dato testuale vs. “original intent”. L’opzione per il modello intermedio. - 3. Tra “merito” e “stretta legittimità costituzionale”: il superamento dell’immagine del “legislatore negativo”. - 4. L’apertura al pluralismo disciplinare. - 5. La riscoperta dell’argomento comparativo. - 6. L’interpretazione “evolutiva”

### 1. Strategie di legittimazione e stilemi argomentativi nella sentenza sul matrimonio omosessuale

Con una sentenza attesa da più di sette anni, il 6 novembre 2012 il *Tribunal Constitucional* ha respinto il ricorso d’incostituzionalità promosso contro la *Ley* 13/2005, la quale aveva esteso alle coppie dello stesso sesso la possibilità di accedere all’istituto del matrimonio e dell’adozione congiunta (S.T.C. 198/2012)<sup>1</sup>.

\* Questo contributo rappresenta il testo della relazione tenuta l’8 febbraio 2013 presso il Dottorato di Diritto pubblico dell’Università “La Sapienza di Roma, in occasione del seminario “*Il same sex-marriage nella sentenza del Tribunal constitucional spagnolo del 6 novembre 2012*”.

\*\* Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto pubblico presso il Dipartimento di Scienze Politiche della LUISS Guido Carli

1 Per una panoramica sul dibattito spagnolo relativo alla costituzionalità del matrimonio omosessuale, v., *ex multis*, F. REY MARTÍNEZ, *Homosexualidad y Constitución*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 73, 2005, 111 ss.; F.J. MATIA PORTILLA, *Matrimonio entre personas del mismo sexo y Tribunal Constitucional. Un ensayo sobre la constitucionalidad del primero y los límites en la actuación del segundo*, in *Revista general de derecho constitucional*, 15, 2012, 2 ss.; M. MARTÍN SÁNCHEZ, *Matrimonio homosexual y Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008; S. CAÑAMARES ARRIBAS, *El matrimonio homosexual en derecho español y comparado*, Madrid, Iustel, 2007; ID., *El reconocimiento jurídico del matrimonio homosexual: un debate todavía abierto*, in *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, 14, 2007; C. GUERRERO PICÓ, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Paesi europei. Spagna*, 81 ss., dossier del servizio studi della Corte costituzionale disponibile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Fra i primi commenti alla sentenza, v. F.J. MATIA PORTILLA, *Interpretación evolutiva de la constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo*, in *Teoría y realidad constitucional*, 31, 2013, 541 ss.; M.A. PRESNO LINERA, *El matrimonio: ¿garantía*

La struttura della decisione si snoda in quattro passaggi fondamentali: la corretta delimitazione dell'oggetto della causa, con un primo filtro rispetto ai motivi del ricorso già preliminarmente considerati inidonei a comportare l'incostituzionalità della legge (F.J. 1-6); la definizione del matrimonio nella sua veste di garanzia d'istituto, *rectius*, di *garantía institucional* (F.J. 7-9)<sup>2</sup>; l'individuazione del contenuto del matrimonio nella diversa dimensione di diritto costituzionale (F.J. 10-11); infine, il tema delle adozioni da parte delle coppie omosessuali (F.J. 12).

Senza alcuna pretesa di esaustività, il presente contributo si propone di segnalare l'aggiornamento, nella sentenza in commento, dello strumentario argomentativo e delle strategie di legittimazione che avevano contraddistinto la ricerca, da parte del *Tribunal Constitucional*, di una “via spagnola al testualismo”<sup>3</sup>. Ricordo i principali aspetti di novità della decisione: la sottolineatura della tensione fra argomento letterale e argomento fondato sull'intenzione del Costituente<sup>4</sup>; la tendenza di alcune delle valutazioni contenute nella sentenza a penetrare in una zona di confine tra la sfera del “merito” e quella della “stretta legittimità costituzionale”; l'inedita e inaspettata apertura al pluralismo disciplinare; la riscoperta, da parte

---

*institucional o esfera vital? A propósito de la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la jurisprudencia comparada*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, 19, 2013; P. BENAVENTE MOREDA, *Constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo. La garantía institucional del matrimonio y el derecho fundamental a contraerlo (A propósito de la STC de 6 de noviembre de 2012)*, in *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 27, 2013, 327 ss.; L. CONTE, *La sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo del 6 novembre 2012 sul matrimonio omosessuale*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2013, 149 ss.; U. ADAMO, *Il matrimonio omosessuale in Spagna dalla l. n. 13/2005 alla S.T.C. 198/2012*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2013, www.gruppodipisa.it. Per indicazioni di carattere comparativo sulla tutela dei diritti familiari degli omosessuali, v., fra i lavori più recenti, R. TORINO, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo e italiano*, Torino, Giappichelli, 2012; F. MASTROMARINO, *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, 39 ss. e, volendo, il dossier curato da R. IBRIDO – A. ROMANO – A. SCHILLACI, *Same sex marriage e riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso: materiali di diritto comparato*, in *Osservatorio A.I.C.*, 2013, www.rivistaaic.it.

2 In particolare nel F.J. 7, il Tribunale costituzionale, sulla base dei propri precedenti, ha sottolineato che la nozione di “garanzia istituzionale” è riservata «a la protección de aquellas instituciones que, encontrando reflejo constitucional y siendo fundamentales dentro del orden constitucional, no han sido más que enunciadas en la Constitución, sin encontrar en ella el imprescindible desarrollo» (le autonomie locali, il regime forale, la sicurezza sociale, gli ordini professionali, etc.). La corte ha poi ricordato che il concetto è stato successivamente esteso a quelle istituzioni private e manifestazioni sociali che in dottrina sono state descritte con la nozione di “garanzia di istituto”. Con specifico riferimento al matrimonio, nel F.J. 8, il Tribunale costituzionale ha definito l'istituto in relazione agli elementi dell'aiuto reciproco, della costituzione di una «comunidad de afectos», l'eguaglianza delle posizioni, la prestazione del consenso al rispetto dei diritti e doveri matrimoniali. Nei voti particolari, al contrario, l'accento è ricaduto soprattutto sull'aspetto dell'opposizione di genere. Nell'ampia letteratura in materia di garanzia di istituto, v. almeno C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, München, Leipzig, 1928, tr. it.: *Dottrina della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1984, spec. 228 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1997; P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Una introduzione*, Torino, Giappichelli, 2006, 169 ss. Con particolare riferimento alla ricostruzione della garanzia di istituto nella decisione in commento, v. A. SCHILLACI, *Costruire il futuro. Omosessualità e matrimonio, tra garanzia di istituto e tutela dei diritti individuali*, in ID. (cur.), *Omosessualità, eguaglianza, diritti fondamentali. Desiderio e riconoscimento*, Roma, Carocci, in corso di pubblicazione. Sull'approccio del *Bundesverfassungsgericht* al tema della garanzia di istituto nella giurisprudenza in materia di unioni civili e transessualismo, v. F. SAITTO, “Particolare tutela” del matrimonio, principio di uguaglianza e garanzia di istituto: le unioni civili davanti al Tribunale costituzionale federale tedesco, in *Ianus*, 4, 2011, 109 ss.

3 Sulla ricerca, da parte del *Tribunal Constitucional*, di una “via spagnola al testualismo”, sia consentito rinviare a R. IBRIDO, *Il rebus dell'interpretazione conforme alla luce della recente sentenza sullo Statuto catalano*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2011, 56.

4 La sottolineatura di questa contrapposizione, poco usuale nei percorsi argomentativi delle corti europee, sembrerebbe così riprendere la dicotomia fra *original meaning* e *original intent* che ha caratterizzato il dibattito interno agli originalisti statunitensi. Come è noto, infatti, secondo la posizione del *Justice Scalia*, l'intento del legislatore che deve essere utilizzato dal giudice quale criterio interpretativo è esclusivamente quello esplicitato nel testo. Al riguardo, v. A. SCALIA, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University, 1997. Nella dottrina europea il medesimo problema è stato affrontato dalla diversa angolatura della contrapposizione fra teoria “soggettiva” (che si basa sulla *mens legislatoris*) e teoria oggettiva dell'interpretazione (fondata sulla *mens legis*). In argomento, v. almeno K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Auflage, Stuttgart, 1968, tr. it.: *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, Giuffrè, 1970.

del Tribunale costituzionale spagnolo, di quella originaria vocazione per la comparazione che aveva caratterizzato la propria giurisprudenza negli anni Ottanta.

Questi ultimi due aspetti appaiono fra loro strettamente intrecciati. Come ho avuto modo di sottolineare in altra sede, infatti, negli ultimi anni si è manifestato, soprattutto nell'area extra-europea, un *trend* crescente da parte dei giudici costituzionali al ricorso alla comparazione e all'interdisciplinarietà nella giurisprudenza in materia di diritti delle persone omosessuali<sup>5</sup>. In questo senso, il riferimento a diritti "altri", la citazione di sentenze straniere, l'uso della storia, l'integrazione del dato sociale e scientifico all'interno del giudizio costituzionale hanno costituito gli strumenti attraverso i quali instaurare una dinamica comunicativa con il lavoro dei non giuristi o dei giuristi di altri ordinamenti, contribuendo in ultima analisi a ripensare quell'approccio autoreferenziale e introverso che aveva caratterizzato la fase più matura del giuspositivismo statualistico<sup>6</sup>.

## 2. Dato testuale vs. "original intent". L'opzione per il modello intermedio

La decisione in commento si apre, come visto, con un primo filtro rispetto ai motivi del ricorso considerati inconferenti rispetto all'oggetto del giudizio. Secondo il Tribunale costituzionale, il vero e in sostanza unico punto nodale nell'indagine sulla costituzionalità del matrimonio omosessuale investirebbe l'interpretazione dell'art. 32 della Costituzione spagnola (da ora, C.E.), disposizione ai sensi della quale «L'uomo e la donna hanno diritto a contrarre matrimonio in piena eguaglianza giuridica». Il successivo secondo comma rinvia poi alla legge il compito di disciplinare le modalità di funzionamento dell'istituto.

I "motivi d'incostituzionalità" relativi alla violazione degli artt. 9, c. 3 (principio di gerarchia normativa), 10, c. 2 (obbligo di interpretazione delle norme sui diritti fondamentali conforme ai trattati internazionali), 53, c. 1 (intangibilità, da parte del legislatore, del contenuto essenziale dei diritti) e 167 C.E. (procedimenti di riforma costituzionale) non sono stati invece considerati autonomi rispetto al motivo concernente l'art. 32 C.E. Quanto alla possibile violazione degli artt. 14 (principio di eguaglianza) e 39 C.E. (protezione della famiglia), tali questioni sono state risolte molto rapidamente dal Tribunale costituzionale sulla base della precedente giurisprudenza<sup>7</sup>.

Ricostruito in questi termini il punto nodale della questione, il *Tribunal Constitucional* è giunto ad accogliere, forse neppure troppo tra le righe, uno dei tre modelli di matrimonio omosessuale

5 Su questo *trend* giurisprudenziale, v. R. IBRIDO, *I diritti degli omosessuali tra argomenti comparativi e pluralismo disciplinare*, in *Percorsi costituzionali*, 3, 2012, saggio che riproduce, con modifiche e integrazioni, la relazione dal titolo "*Argomenti comparativi e pluralismo disciplinare nella giurisprudenza in materia di coppie omosessuali*" presentata in occasione del III Colloquio biennale dei giovani comparatisti ("*Regolare, attribuire, tutelare nelle indagini comparatistiche*") tenutosi ad Aosta il 28 e 29 giugno 2012; ID., *Costituzioni in cammino. L'argomento sociologico nella giurisprudenza in materia di orientamento sessuale*, in A. SCHILLACI, *Omosessualità, eguaglianza, diritti fondamentali. Desiderio e riconoscimento*, cit., in corso di pubblicazione.

6 Sulla importanza nel diritto del contributo dei non giuristi, v., fra gli altri, S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2006, 597 ss.

7 In particolare, nella decisione veniva ribadita la dottrina in materia di "*discriminación por indiferenciación*", confermando altresì che il concetto di famiglia non può non essere disgiunto da quello di matrimonio.

individuati nella proposta classificatoria elaborata dall'Avvocatura dello Stato nella propria memoria.

Il primo modello, elaborato dalla Corte suprema del Massachusetts nella decisione *Hillary Goodridge* del 2003, esprime l'idea della necessità costituzionale del matrimonio omosessuale. Sul versante opposto, un secondo modello si fonda sulla costituzionalizzazione del paradigma eterosessuale del matrimonio, istituto che rimarrebbe così riservato alle sole coppie formate da un uomo e da una donna. Infine, in un ultimo modello, definito “facoltativo” o “intermedio”, la possibilità di introdurre il matrimonio omosessuale sarebbe rimessa al margine di discrezionalità del legislatore, mentre quello eterosessuale, almeno in linea di massima, troverebbe un esplicito ancoraggio nella Costituzione<sup>8</sup>.

Sebbene seguendo una linea di ragionamento in parte differente da quella suggerita dall'Avvocatura dello Stato, l'interpretazione dell'art. 32 C.E. accolta dal Tribunale costituzionale si è attestata, appunto, su questo terzo modello intermedio.

Da un lato, infatti, l'esame dei lavori preparatori ha portato la corte a escludere l'opzione per il modello del matrimonio omosessuale costituzionalmente necessario. Nel 1978 – si legge nella sentenza – il matrimonio era infatti concepito dai costituenti come l'unione di un uomo e una donna<sup>9</sup>.

Per altro verso, una valorizzazione del dato testuale ha condotto a scartare l'opposta soluzione rappresentata dal riconoscimento della costituzionalizzazione del paradigma eterosessuale del matrimonio. L'art. 32, infatti, si limita ad identificare i titolari del diritto al matrimonio, ponendo l'accento sull'affermazione dell'eguaglianza della donna, e non anche i soggetti con i quali questi ultimi possono esercitare lo *ius connubii*<sup>10</sup>.

Vero è che l'art. 32 individua l'unica disposizione costituzionale in materia di diritti fondamentali nei quali il titolare del diritto viene identificato con la formula “l'uomo e la donna” anziché attraverso formule più aperte quali “gli spagnoli”, “ogni persona”, “i cittadini”, *etc.* Tuttavia, la scelta lessicale si spiega in ragione del fatto che l'enunciato si chiude con una sottolineatura della “piena eguaglianza giuridica” dei coniugi, e dunque nell'ambito di una funzione essenzialmente anti-discriminatoria<sup>11</sup>.

8 Invero, la classificazione dei tre modelli di matrimonio omosessuale è esaminata dal Tribunale costituzionale nella parte della decisione contenuta nel “considerato in fatto”. Benché essa non sia espressamente riproposta nel “considerato in diritto”, numerose e consistenti sono nel ragionamento accolto dalla corte le tracce del c.d. “modello intermedio” individuato dall'Avvocatura dello Stato. L'accoglimento di questo modello emerge in particolare da una lettura congiunta del F.J. 8 e del F.J. 9. Nel F.J. 8, il Tribunale costituzionale ha sottolineato che l'art. 32 C.E. non ha proceduto a costituzionalizzare il matrimonio fra le persone dello stesso sesso ma al tempo stesso non lo ha neppure escluso. Nel F.J. 9, invece, la corte ha completato il proprio ragionamento affermando che l'art. 32 C.E. attribuisce al legislatore un ampio margine di discrezionalità, sicché spetterebbe al Parlamento scegliere fra l'estensione dei diritti previsti dall'art. 32 C.E. alle coppie omosessuali, ovvero, in alternativa, l'esclusione di queste ultime dall'istituto matrimoniale.

9 «Es trasladable a nuestro razonamiento la afirmación mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del art. 12 CEDH, consistente en que “en los años 50, el matrimonio era, evidentemente, entendido en el sentido tradicional de unión entre dos personas de sexo diferente” (STEDH en el asunto *Schalk y Kopf c. Austria*, de 24 de junio de 2010, § 55). En el año 1978, cuando se redacta el art. 32 CE era entendido mayoritariamente como matrimonio entre personas de distinto sexo, también en el seno de los debates constituyentes» (F.J. 8).

10 «Desde una estricta interpretación literal, el art. 32 CE sólo identifica los titulares del derecho a contraer matrimonio, y no con quién debe contraerse» (F.J. 8).

11 Questo rilievo, di fatto recepito dalla S.T.C. 198/2012, è posto in particolare in evidenza da C. GUERRERO PICÓ, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso in alcuni Paesi europei*. Spagna, cit., 84

In altri termini, elevando i due canoni “originalisti” per eccellenza – il riferimento alla volontà (soggettiva) dei costituenti ed il dato testuale – a criteri di esclusione di percorsi di riconoscimento dell’art. 32 considerati non credibili o non praticabili, la corte spagnola è giunta, per esclusione, appunto, al c.d. modello intermedio evocato dall’Avvocatura dello Stato.

Questa scelta, nella prospettiva della corte spagnola, appare altresì come la più coerente con la c.d. lettura “neutra” dell’art. 12 CEDU proposta dalla Corte europea dei diritti dell’uomo. La Corte di Strasburgo, infatti, ha affermato che, fermo restando il diritto degli eterosessuali di sposarsi ai sensi dell’art. 12 CEDU, la possibilità di estendere alle coppie omosessuali il medesimo diritto rimane ancorata al margine di apprezzamento degli Stati. Peraltro, nella sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* del 2010, la Corte EDU, quasi in un “*prospective overruling*”, ha chiarito la propria competenza a rivedere in futuro questa posizione, richiedendo quale presupposto per l’accoglimento del modello del matrimonio costituzionalmente (*rectius*, convenzionalmente) necessario il raggiungimento di una convergenza di soluzioni fra le legislazioni nazionali tale da consentire l’elaborazione di uno *standard* comune<sup>12</sup>.

Inoltre, questa stessa soluzione è sembrata alla corte spagnola coerente con l’interpretazione “autentica” dell’art. 9 della Carta di Nizza elaborata sotto l’autorità del *praesidium* della Convenzione. Le spiegazioni relative alla Carta chiariscono infatti che l’art. 9 «non vieta né impone la concessione dello *status* matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso»<sup>13</sup>.

### 3. Tra “merito” e “stretta legittimità costituzionale”: il superamento dell’immagine del “legislatore negativo”

In uno dei passaggi chiave della decisione (F.J. 11), il Tribunale costituzionale ha affermato che il nuovo regime dell’istituto matrimoniale introdotto nel 2005 rappresenta un passo in avanti nella garanzia del valore della dignità della persona nonché del principio di libero sviluppo della personalità (art. 10, c. 1 C.E.).

Questa valutazione in termini positivi della legge 13/2005 segnala alcuni profili di specificità nel ragionamento sviluppato dalla corte spagnola: la comparazione fra la legge oggetto del

12 L’art. 12 CEDU stabilisce che «Uomini e donne in età maritale hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l’esercizio di tale diritto». Nel caso *Parry c. Regno Unito* del 2005, la Corte EDU ha respinto i ricorsi di due coppie di coniugi inglesi i quali facevano valere l’illegittimità della legge nazionale che li obbligava a divorziare nel caso in cui uno dei due coniugi si fosse sottoposto ad un’operazione di mutamento di sesso. Come si legge nella pronuncia, all’art. 12 CEDU non può essere attribuito altro significato che quello di consentire l’unione fra un uomo e una donna. Con la successiva sentenza *Schalk e Kopf c. Austria* del 2010, la Corte EDU ha rilevato che la normativa austriaca che preclude alle coppie omosessuali la possibilità di contrarre matrimonio non è in contrasto con la Convenzione, in quanto l’introduzione del matrimonio omosessuale rimane ancorato al margine di apprezzamento degli Stati membri. Benché la Corte non abbia riscontrato una violazione della Convenzione, la Corte ha mostrato importanti segni di apertura verso il riconoscimento del matrimonio omosessuale, segnalando la possibilità di una futura attualizzazione dell’interpretazione dell’art. 12. Sulla giurisprudenza della Corte EDU in materia di matrimonio omosessuale, v., fra gli altri, G. REPETTO, “Non perdere il proprio mondo”. *Argomenti dei giudici e matrimonio “same-sex”, tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2010, 3, 525 ss. Sul rapporto circolare fra interpretazione costituzionale e interpretazione convenzionale tracciato dalla sentenza *Schalk e Kopf c. Austria*, v. R. IBRIDO, *I diritti degli omosessuali tra argomenti comparativi e pluralismo disciplinare*, cit., 373 ss. e spec. 392 ss.

13 Ai sensi dell’art. 9 della Carta di Nizza, «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l’esercizio».

sindacato di costituzionalità ed il regime legislativo previgente manifesta infatti la volontà del Tribunale costituzionale di intervenire su alcuni aspetti che si pongono a metà strada tra l'area del "merito" e quello della "stretta legittimità costituzionale". Seguendo questa via, la corte ha finito per riconoscere la possibilità di "graduare" il livello di costituzionalità della legge oggetto del proprio sindacato, sicché, in definitiva, esisterebbero norme "più costituzionali" rispetto ad altre norme "non incostituzionali".

La valutazione in termini positivi dell'estensione alle coppie omosessuali dell'accesso all'istituto matrimoniale sembrerebbe dunque svilupparsi su quello che, per comodità e non senza un certo grado di semplificazione, potremmo definire il piano del "merito costituzionale".

Questo argomento *ad adiuvandum* è stato aspramente criticato nell'opinione concorrente di Aragón Reyes, sia perché considerato inconferente in relazione al giudizio di costituzionalità delle leggi, ma anche perché contraddittorio rispetto ad un altro passaggio della sentenza nella quale, in un'ottica di *self-restraint*, la corte aveva affermato che «*No corresponde al Tribunal Constitucional enjuiciar la oportunidad o conveniencia*» delle scelte del legislatore, ma esclusivamente valutarne la costituzionalità.

Peraltro, solo in parte questa soluzione argomentativa appare inedita rispetto alla precedente giurisprudenza costituzionale spagnola. Il problema si era già posto in occasione della S.T.C. 108/1986 relativa al ricorso d'incostituzionalità promosso dalla minoranza parlamentare contro la legge di riforma della composizione del *Consejo General del Poder Judicial*, l'organo di autogoverno della magistratura spagnola. Mentre il legislatore organico del 1980 aveva previsto, sulla falsariga del sistema italiano, una composizione mista di membri "laici" e membri "togati", la legge organica 6/1985 stabilì che la totalità dei componenti del CGPJ sarebbe stata eletta dalle camere. Ad avviso del Tribunale costituzionale, la precedente soluzione adottata dal legislatore organico risultava più in linea con lo «*espíritu*» della Costituzione, benché alla fine non siano stati ravvisati i presupposti per la dichiarazione d'incostituzionalità della nuova normativa. Nell'ambito della decisione sul matrimonio *homosexual* il problema è stato affrontato in termini inversi. La nuova legge è stata così considerata più adeguata ai valori costituzionali tutelati dalla Costituzione, ma al tempo stesso si è voluto evidenziare la non incostituzionalità del regime legislativo previgente, che anzi è stato ritenuto come il più aderente alla volontà (in senso soggettivo) dei costituenti.

Si tratta di un approccio argomentativo che, tradizionalmente, ha incontrato l'ostilità della parte della dottrina e giurisprudenza spagnola maggiormente legata ad una immagine kelseniana della giustizia costituzionale. Ad esempio, nella S.T.C. 31/2010 relativa allo Statuto catalano, il magistrato costituzionale Rodríguez-Zapata Pérez, dopo aver citato il passo di *Recht und Logik* nel quale Hans Kelsen ricorda che la norma giuridica non è un atto di pensiero ma di volontà, ha sottolineato che «*un Tribunal no puede razonar como si fuera un Consejo de Estado. Un órgano consultivo puede glosar normas, hacer recomendaciones y suavizar sus críticas en la medida en que no resuelve y su razonamiento se dirige a la voluntad de una autoridad que todavía no ha decidido. La decisión de un Tribunal Constitucional debe ser siempre, en cambio, una expresión vinculante de voluntad*»<sup>14</sup>.

14 Sulla S.T.C. 31/2010, v. J.M. CASTELLÀ ANDREU, *La sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña y su significado para el futuro del estado autonómico*, in *Federalismi.it*, 2010, e, se si vuole, R. IBRIDO, *Il rebus dell'interpretazione conforme alla luce della recente sentenza sullo Statuto catalano*, cit., 54 ss.

In altre parole, secondo questo indirizzo, le leggi dovrebbero essere considerate costituzionali o incostituzionali. Qualsiasi altra valutazione intermedia rispetto a queste due polarità, individuerebbe una inaccettabile frattura rispetto all'immagine kelseniana della corte come "legislatore negativo".

Un modello, quest'ultimo, che sebbene continui a rappresentare un punto di riferimento per una vasta area della cultura giuridica spagnola, peraltro, da ormai molti decenni non corrisponde più agli itinerari evolutivi intrapresi dalle esperienze di giustizia costituzionale, le quali hanno confermato che l'idea del "legislatore negativo" altro non è stato che un "mito".

#### 4. L'apertura al pluralismo disciplinare

Fino alla sentenza sul matrimonio omosessuale, il *Tribunal Constitucional* ha rappresentato nel panorama comparato una delle corti maggiormente ostili rispetto ad una prospettiva metodologica di tipo interdisciplinare (uso della storia<sup>15</sup>, integrazione dei dati scientifici e sociali nel giudizio costituzionale, *etc.*), preferendo impostare le proprie motivazioni sulla base di un registro eminentemente giuridico.

Con particolare riferimento al tema dei diritti delle persone omosessuali è significativo, ad esempio, che il Tribunale costituzionale, allorché non ha più potuto sottrarsi all'esigenza di misurarsi con il dato sociale, abbia optato per la collaudata categoria processualistica del "fatto notorio" (STC 41/2006<sup>16</sup>), evitando di scendere su quel terreno dell'indagine storico-sociologica che aveva occupato invece uno spazio centrale nel ragionamento di alcuni giudici stranieri – e specialmente delle corti extra-europee – in analoghe controversie in materia di diritti delle coppie omosessuali<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Un argomento di tipo storico, *rectius*, fondato sull'uso della storia, può essere rintracciato nel passaggio della memoria dell'avvocatura dello Stato (pag. 19) nella quale si sottolinea l'impraticabilità di una interpretazione etimologica dell'art. 32 C.E. Secondo l'*Abogado del Estado*, infatti, il mancato riferimento della disposizione costituzionale all'eventuale omosessualità dei coniugi trovava giustificazione nel fatto che in passato l'omosessualità era stata presa in considerazione dal diritto esclusivamente per finalità repressive. Sull'argomento storico, v. A. BURATTI, *L'uso della storia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista A.I.C.*, 2, 2012.

<sup>16</sup> Nella STC 41/2008, in tema di discriminazione di un impiegato per il suo orientamento sessuale, il *Tribunal Constitucional* ha rilevato che «*es notoria la posición de desventaja social y, en esencia, de desigualdad y marginación sustancial que históricamente han sufrido las personas de orientación homosexual*». Seguendo questa linea, il Tribunale costituzionale ha ricondotto le discriminazioni delle persone omosessuali – le quali non sono contemplate esplicitamente dal testo dell'art. 14 C.E. fra le ipotesi specifiche nelle quali è vietato un trattamento discriminatorio – nell'ambito della formula di chiusura utilizzata dallo stesso art. 14 («*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*»).

<sup>17</sup> Nella sentenza del 19 novembre 2009, il giudice del contenzioso amministrativo della Città di Buenos Aires, accogliendo il ricorso *de amparo* promosso dai signori Alex Freyre e José María di Bello, rilevava l'incostituzionalità delle norme del Codice civile che limitavano alle sole coppie eterosessuali l'accesso all'istituto matrimoniale. Dopo una ricostruzione dell'itinerario evolutivo del matrimonio – «*cuya historia es anterior al Concilio de Trento*» – il giudice giungeva a «*descartar la idea de un significado natural o rectos*» di matrimonio proprio in considerazione del carattere intrinsecamente dinamico di tale istituto. Secondo la linea di ragionamento sviluppata nella decisione, inoltre, la diversità di trattamento fra coppie eterosessuali e coppie omosessuali, pur non essendo illegittima in astratto, lo diviene in concreto quando, come nel contesto storico attuale, essa si raccorda ad una considerazione dei soggetti esclusi da un determinato istituto giuridico nei termini di «*seres humanos menos valiosos*». Allo scopo di sottolineare gli aspetti di criticità, sotto il profilo costituzionale, della disciplina contenuta nel Codice civile, il giudice ha così posto l'accento sul collegamento fra paradigma eterosessuale del matrimonio e sentimento omofobico, anche facendo riferimento alla diffusione nel linguaggio parlato di espressioni offensive e stereotipi gravemente lesivi della dignità degli omosessuali. Richiamando poi alcuni studi sociologici, la sentenza ha tracciato un parallelismo fra i

Nella sentenza del 6 novembre 2012, il pluralismo disciplinare ha assunto invece un peso significativo se non determinante. Non solo, infatti, il Tribunale costituzionale ha riconosciuto alla “realtà sociale”, su un piano generale, l’idoneità ad incidere sui percorsi di attualizzazione della cultura giuridica (e per questo tramite dell’interpretazione costituzionale), ma ha altresì richiamato in forma esplicita alcuni dati di carattere statistico e demoscopico dai quali emergerebbe l’ampia accettazione da parte della società spagnola del matrimonio omosessuale, così ponendo l’accento sull’evoluzione dell’immagine tradizionale di matrimonio<sup>18</sup>.

Si tratta di una linea argomentativa che non è andata esente da rilievi critici nei voti particolari. Per i suoi detrattori, infatti, l’approccio sociologico non chiama in causa solamente il problema della “tenuta” della supremazia della costituzione, e dunque il pericolo di una “sfaldatura” di quest’ultima rispetto alla penetrazione di elementi di giudizio esterni al diritto. In gioco ci sarebbe innanzitutto l’identità stessa del ruolo del giudice costituzionale: se l’argomento sociologico conduce infatti a dare una cassa di risonanza a dinamiche sociali che tendono ad affermarsi in un determinato momento storico, il rischio peraltro al quale va incontro questo approccio è quello di trascurare la funzione contro-maggioritaria delle corti. Come si legge in un passaggio del voto particolare di Rodríguez Arribas è proprio *«para evitar que el legislador ordinario, atendiendo al supuesto clamor de la calle, las estadísticas y los estudios de opinión, pueda vulnerar la Constitución, se crearon los Tribunales Constitucionales»*.

---

meccanismi d’azione dell’omofobia e quelli del razzismo: identificazione, dapprima, di un gruppo di esseri umani considerati inferiori; creazione, in secondo luogo, di un terreno d’azione in cui la “differenza” diviene fattore di pericolo per l’integrità dell’omofobo; infine, dissimulazione dell’omofobia dietro il discorso sulla tolleranza, poiché – si legge nella sentenza – solo si può tollerare chi viene definito in termini di contrapposizione. Con un ricco impianto di riferimenti alla filosofia (Gilles Deleuze, Hannah Arendt, Theodor Adorno, Judith Butler), alla narrativa (Honoré de Balzac), alla sociologia (Ernesto Meccia) e, naturalmente, alla letteratura giuridica, la sentenza Freyre ha così sviluppato una linea argomentativa tesa ad evidenziare le ripercussioni negative che il divieto di matrimonio omosessuale – in collegamento con gli altri fattori sociali di discriminazione delle coppie dello stesso sesso – ha assunto rispetto al valore della dignità della persona. Su questa decisione, v. N. VIZIOLI, *La legittimità costituzionale del matrimonio tra persone dello stesso sesso nella giurisprudenza argentina*, in *Ianus*, 4, 2011, [www3.unisi.it/ianus](http://www3.unisi.it/ianus).

<sup>18</sup> *«Por otra parte, este Tribunal no puede permanecer ajeno a la realidad social y hoy existen datos cuantitativos contenidos en estadísticas oficiales, que confirman que en España existe una amplia aceptación social del matrimonio entre parejas del mismo sexo, al tiempo que estas parejas han ejercitado su derecho a contraer matrimonio desde el año 2005. Respecto a la opinión que merece a los españoles la existencia del matrimonio entre personas del mismo sexo, el Centro de Investigaciones Sociológicas, con motivo de la elaboración del anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, incluyó la cuestión en diversas encuestas. En el barómetro de junio de 2004 (estudio núm. 2.568) se refleja que el 66,2 por 100 de los encuestados creía que las parejas homosexuales debían tener derecho a contraer matrimonio, mientras que en el estudio relativo a “opiniones y actitudes sobre la familia” (núm. 2578) realizado durante los meses de octubre y noviembre de 2004, se recoge que el 56,9 por 100 de los encuestados estaban a favor de permitir el matrimonio civil para las parejas del mismo sexo. Tras la aprobación de la Ley 13/2005, los datos facilitados por la Comisión Europea contenidos en el Eurobarómetro 2006 (núm. 66), apuntan que el 44 por 100 de los encuestados – pertenecientes a los entonces 25 Estados miembros de la Unión, y a Bulgaria, Rumanía, Croacia, Turquía y la comunidad turco chipriota – está de acuerdo con la idea de que se permita el matrimonio entre personas del mismo sexo, frente a un 49 por 100 que manifiesta su oposición. En este contexto europeo, España se sitúa por encima de la media de aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo (56 por 100), lo que supone un acercamiento de la opinión pública, en este punto, a países del norte de Europa y un apartamiento, tal y como observa la propia Comisión Europea, de la tendencia de los países del sur y el este del continente, mayoritariamente situados por debajo de la media europea en nivel de aceptación. Los datos más recientes del Centro de Investigaciones Sociológicas sobre este particular se encuentran en el estudio sobre las “actitudes de la juventud ante la diversidad sexual” (núm. 2.854), realizado entre noviembre y diciembre de 2010 a jóvenes de entre 14 y 29 años, y del que resulta que el 76,8 por 100 de los encuestados consideran aceptable el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por su parte las cifras del Instituto Nacional de Estadística contenidas en la estadística sobre “movimiento natural de la población”, permiten saber que, durante los años de vigencia de la Ley 13/2005 y hasta diciembre del año 2011, se habían contraído 22.124 matrimonios entre personas del mismo sexo. Aunque todas estas cifras no sean por sí solas un elemento determinante para valorar la constitucionalidad de la Ley sometida a nuestro examen, no es menos cierto que las mismas ofrecen una imagen refleja del grado de identificación de los titulares del derecho al matrimonio con la institución en la que se integra progresivamente la unión entre personas del mismo sexo»*. (F.J. 9)



Va riconosciuto alla critica di Rodríguez Arribas il merito di aver messo in guardia da un utilizzo frettoloso di suggestioni di carattere demoscopico o statistico. In effetti, nella sentenza in commento, il riferimento ai sondaggi sull'accettazione del matrimonio omosessuale nella società spagnola finisce per integrare più una surrettizia strategia di legittimazione della decisione della corte che non piuttosto un percorso di attualizzazione del significato delle norme costituzionali.

Non trascuro che si tratti di obiezioni che colgono nodi problematici assai spinosi nella linea di ragionamento sviluppata dalla sentenza sul matrimonio omosessuale. Devo rilevare, tuttavia, la critica, in parte condivisibile, non può spingersi fino a scolorire qualsiasi tecnica di valorizzazione del dato sociale in un argomento meta o extra-giuridico. Nel riproporre vecchie paratie rigide fra diritto ed altre sfere di esperienza, infatti, il riferimento al carattere "extra-giuridico" dell'argomentazione sembrerebbe condurre ad una sottovalutazione dell'impatto dei dati sociali, economici e culturali nell'ambito del discorso giuridico, dei quali essi costituiscono invece un tassello importante<sup>19</sup>.

Inoltre, l'apertura dell'interpretazione costituzionale alla considerazione delle dinamiche sociali appare un passaggio non eludibile qualora si accolga il modello haerberliano della "società aperta degli interpreti della Costituzione", modello che concepisce la Costituzione non già come comando eteronomo, bensì come processo culturale che coinvolge l'intera collettività<sup>20</sup>.

Occorre tenere presente, infine, che l'approccio metodologico guidato da una prospettiva interdisciplinare non richiede ai giudici di trasformarsi in sociologici o scienziati, ma semmai di comprendere e seguire il modo di procedere di questi ultimi. Ed il controllo dei "procedimenti", quale che sia la loro natura, costituisce una delle funzioni tipiche del giurista<sup>21</sup>.

## 5. La riscoperta dell'argomento comparativo

Sul piano degli stilemi argomentativi, la sentenza sul matrimonio omosessuale segnala altresì una (inaspettata) riscoperta da parte del Tribunale costituzionale spagnolo della propria originaria vocazione per la comparazione.

Non vi è dubbio che nel suo primo decennio di vita, il *Tribunal Constitucional* abbia rappresentato una corte comparatista<sup>22</sup>. Nelle sentenze degli anni Ottanta, infatti, non solo non era inconsueta

<sup>19</sup> Ad ulteriore conferma dell'impossibilità di tracciare una linea di separazione netta fra argomenti "giuridici" e argomenti "extra-giuridici" è possibile osservare che gli stessi fautori del mantenimento di un registro rigorosamente giuridico nelle motivazioni delle decisioni giurisprudenziali si avvalgono, talvolta, di argomenti difficilmente collocabili all'interno dell'una o dell'altra categoria. Il riferimento è all'argomento etimologico fondato sulle definizioni contenute nei dizionari di lingua, il quale è utilizzato per lo più dai c.d. "originalisti" e che nel caso in esame è stato proposto dai ricorrenti attraverso il riferimento alla definizione di matrimonio riscontrabile nel *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*. Una tecnica argomentativa, come è stato sottolineato da L. CONTI, *La sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo del 6 novembre 2012 sul matrimonio omosessuale*, cit., 152, che presenta «una tendenza alla conservazione, tanto in entrata, quanto in uscita» e che «rappresentano uno strumento di cui il giudice può, legittimamente, servirsi, mantenendo tuttavia uno sguardo critico».

<sup>20</sup> P. HÄBERLE, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*, in *Juristen Zeitung*, 1975, 297 ss.

<sup>21</sup> In argomento, v. R. BIN, *La Corte e la scienza*, in *Forum costituzionale*, 2004, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

<sup>22</sup> Nella vasta letteratura che in Italia si è occupata del problema della comparazione nella giurisprudenza costituzionale, v. almeno G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, Jovene Editore, 2011; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, il

la tecnica del riferimento a precedenti stranieri, ma diffusi e frequenti erano altresì i richiami all'esperienza costituzionale di altri ordinamenti, in particolare tedesca e italiana. In questo senso, la comparazione ha costituito negli anni Ottanta il ponte fra il vecchio *derecho político* – del quale non a caso costituiva una delle fondamentali risorse sul piano metodologico – ed il nuovo *derecho constitucional*, che si desiderava costruire peraltro entro orizzonti di metodo d'impronta assai più marcatamente positivista. La tendenza all'impiego di argomenti comparativi, al contrario, è divenuta recessiva nella fase più matura dell'esperienza di giustizia costituzionale spagnola. Via via che tale corte, proprio grazie alla comparazione, si dotava di un proprio apparato concettuale, la comparazione scompariva progressivamente dagli itinerari argomentativi del *Tribunal Constitucional* mentre si accentuava nella giurisprudenza costituzionale la ricerca di una “via spagnola” al testualismo<sup>23</sup>.

Da questo punto di vista, la decisione del 6 novembre 2012, con il suo ricorso molto generoso al metodo comparativo, individua un vero e proprio mutamento di prospettiva. Senza pretesa di completezza, segnalo alcuni passaggi nella quale la comparazione ha assunto un ruolo centrale nell'ambito della linea di ragionamento sviluppata dalla sentenza in commento.

In primo luogo, appare significativo il riferimento adesivo esplicito alla decisione *Edwards* con la quale la Corte suprema canadese inaugurò nel 1930 la *living tree doctrine*. Con particolare riferimento al matrimonio omosessuale, la Corte suprema canadese ha ribadito questa dottrina nel *reference Re Same-Sex Marriage* del 2004, decisione anch'essa citata dal Tribunale costituzionale spagnolo quale argomento a sostegno di una interpretazione “evolutiva” dell'art. 32 C.E.

Prendendo le mosse dalla teoria dell'“*árbol vivo*”, la sentenza del 6 novembre 2012 ha evidenziato che l'interpretazione “evolutiva” del testo costituzionale trova il proprio fondamento nel concetto di “cultura giuridica”. Quest'ultima – si legge nella sentenza – «*no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos*» ma anche attraverso l'osservazione della realtà sociale giuridicamente rilevante, le opinioni della dottrina, i

---

Mulino, 2010; P. RIDOLA, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, in G. ALPA, *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 2006, 15 ss., ora anche in P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, 293 ss.; T. GROPPI, *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2011, 199 ss.; G.F. FERRARI – A. GAMBARO (cur.), *Corti nazionali e comparazione giuridica*, Napoli, ESI, 2006; L. PEGORARO – P. DAMIANI, *Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 1999, 411 ss.; L. PEGORARO, *La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 1987, 601 ss.; A. SPERTI, *Il dialogo tra le Corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nella esperienza più recente*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, 125 ss.; ID., *Le difficoltà connesse al ricorso alla comparazione a fini interpretativi nella giurisprudenza costituzionale nel contesto dell'attuale dibattito sull'interpretazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2008, 1033 ss.; A.M. LECIS COCCO ORTU, *La comparaison en tant que methode de determination du standard de protection des droits dans le systeme CEDH*, in *Rivista A.I.C.*, 4, 2011 (relazione presentata all'VIII Convegno nazionale dell'A.F.D.C. nell'atelier “*Droit constitutionnel et droit comparé*”). Sul tema del richiamo ai precedenti stranieri, deve essere segnalata inoltre la ricerca condotta dall'*Interest Group* fondato nel Convegno mondiale dell'Associazione Internazionale di Diritto Costituzionale tenutosi ad Atene nel giugno 2007, ora in T. GROPPI – M.C. PONTHEUREAU (cur.), *The use of foreign precedents by constitutional judges*, Oxford – Portland (OR), Hart, 2013.

<sup>23</sup> Sulla chiusura del Tribunale costituzionale alla comparazione, v., fra gli altri, M.S. SANTANA HERRERA, *El derecho comparado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, 14, 2010, 43. Peraltro, negli ultimi anni, spicca l'importante eccezione della S.T.C. 12/2008 in materia di “quote rosa”, decisione ricca di riferimenti di carattere comparativo.

trattati internazionali e – ed è questo uno dei passaggi fondamentali della decisione – il «*Derecho comparado*»<sup>24</sup>.

Tracciate queste premesse, l'alto tribunale ha evidenziato come l'istituto del matrimonio sia stato oggetto di una profonda trasformazione nel diritto comparato. Mentre negli anni Ottanta, «*ningún país del mundo otorgaba derechos a las uniones entre personas del mismo sexo*» oggi l'equiparazione del matrimonio fra persone dello stesso sesso al matrimonio eterosessuale si è consolidato «*en el seno de varios ordenamientos jurídicos integrados en la cultura jurídica occidental*». Da questo cambiamento non può rimanere immune la stessa interpretazione dell'art. 32 C.E., la quale deve essere quindi sottoposta ad una interpretazione “evolutiva” che consenta di attualizzarla alla luce dei nuovi orizzonti della cultura giuridica.

Le ragioni di dissenso nei voti particolari, all'approccio comparativo seguito dall'alto tribunale possono essere ricondotti a due gruppi di critiche.

In primo luogo, sul piano del metodo, è stato rilevato un certo uso discriminatorio dei riferimenti alle esperienze giuridiche straniere. Aragón Reyes, ad esempio, ha contestato la mancata distinzione fra ordinamenti nei quali il matrimonio costituisce una istituzione garantita dalla Costituzione e ordinamenti che difettano invece di questa garanzia.

Senonché, questa posizione, nel pretendere una analisi organica ed esaustiva da parte dei riferimenti alla giurisprudenza o alla legislazione straniera, non sembra tenere conto che la comparazione giudiziaria si colloca su un piano autonomo, sebbene non indipendente, da quello della scienza comparatistica. Se è vero che anche la comparazione del giudice richiede l'elaborazione di *standard* metodologici adeguati, ciò non significa peraltro che questi *standard* debbano coincidere con quelli elaborati dalla comunità scientifica in relazione agli studi comparatistici. Per dirla con Repetto, insomma, i riferimenti comparativi ed al diritto straniero contenuti nelle sentenze dei giudici sono da inquadrare «come “argomenti comparativi” non perché essi siano riconducibili come tali solo in base ai canoni scientifici propri della scienza comparatistica, ma perché esprimono (o, al contrario, oscurano) una ragione di giudizio che, sebbene tratta dall'esterno dei rispettivi ordinamenti, si ripercuote sulla soluzione della controversia»<sup>25</sup>.

Più profonde, in quanto incidenti sullo stesso statuto epistemologico della comparazione, sono invece le ragioni di dissenso che emergono dal secondo gruppo di critiche. Secondo il magistrato Rodríguez Arribas, l'argomento comparativo, al pari di quello sociologico, lungi dall'integrare un argomento di diritto, identificherebbe un argomento meta-giuridico, tutt'al più utilizzabile *ad pompam*, ma senz'altro inidoneo a fondare o condizionare la decisione. In sostanza, secondo Rodríguez Arribas, un'eccessiva valorizzazione della comparazione

<sup>24</sup> Secondo la lettura di questo passaggio proposta da L. CONTE, *La sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo del 6 novembre 2012 sul matrimonio omosessuale*, cit., 152, «il concetto di “cultura giuridica” appare un elemento controverso all'interno della sentenza, in quanto si richiama non agli elementi “tradizionali” che caratterizzano la formazione del giurista, quanto piuttosto agli elementi che “conformano” l'esperienza del giurista stesso e che appartengono ad una pluralità di “universi”, anche eventualmente separati dal diritto, che coinvolgono» l'osservazione della realtà sociale giuridicamente rilevante. In questo contesto, «definire questa attività come una mera esperienza di carattere sociologico o antropologico sarebbe tuttavia riduttivo: l'avverbio “giuridicamente” determina infatti una necessaria selezione all'interno dei materiali da “esaminare”».

<sup>25</sup> G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, cit., XI ss.

porterebbe allo scoperto uno strato di tensione con il ruolo del giudice di garante della supremazia della costituzione.

E tuttavia, come è stato osservato, il problema del rapporto tra i giudici ed il diritto straniero non può arrestarsi «al rilievo che, essendo le corti costituzionali chiamate a preservare la superiorità della costituzione, il ricorso all'argomento comparativo da parte di queste e la penetrazione nel loro *iter* argomentativo di elementi di giudizio esterni al testo costituzionale» introduca fattori di dissonanza rispetto all'idea di costituzione come legge superiore<sup>26</sup>. Si trascura infatti che il ricorso alla comparazione nell'interpretazione costituzionale, trovando radicamento nei processi di precomprensione, non comporta necessariamente una presa di congedo dal testo, ma anzi consente di disvelare quei contenuti etico-valutativi e quegli ideali di giustizia che al testo sono immanenti. Per prendere in prestito l'immagine della “*invisible constitution*” coniata da Tribe, è possibile affermare che la funzione della comparazione è innanzitutto quella di consentire al giudice di leggere ciò che è dentro la costituzione, ma che non può essere visto attraverso le sole lenti del testo<sup>27</sup>.

In secondo luogo, si sottovaluta che gli argomenti comparativi vanno apprezzati soprattutto sul terreno dell'“ottimizzazione” dei risultati, in quanto il confronto con l'alterità, risalendo dai testi ai contesti, rende altresì più agevole l'individuazione o la comprensione dei *Prinzipien*, ossia, secondo la nota definizione di Alexy, delle «norme che prescrivono che qualcosa» sia «da realizzare nella misura più alta possibile relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali»<sup>28</sup>.

Invero, l'uso dell'argomento comparativo nella sentenza in commento sembrerebbe essere rimasto a metà del guado fra un uso della comparazione guidato da un paradigma di tipo “empirico” e una più ariosa impostazione legata ad un concezione “culturale” della comparazione.

Da un lato, infatti, l'enfasi con la quale la corte ha posto l'accento sulla messa a punto di più o meno esplicite “tassonomie” e sull'analisi di *trends* legislativi stranieri<sup>29</sup> sembrerebbe rientrare in una più ampia strategia argomentativa tesa a ricercare un supplemento di legittimazione della decisione della corte.

Vi è da chiedersi, in particolare, se l'arida elencazione degli Stati che hanno adottato una disciplina sulle unioni delle persone omosessuali non abbia comportato uno slittamento del ruolo dell'argomento comparativo ad una funzione di omologazione normativa che esso non ha, né pretende di avere.

Non sfugge che proprio questo approccio abbia finito per offuscare l'attenzione su quei problemi che maggiormente richiedevano una precisa consapevolezza dello spessore culturale e

<sup>26</sup> P. RIDOLA, *Il “dialogo tra le corti”: comunicazione o interazione*, in *Percorsi costituzionali*, 3, 2012, 273 ss. e spec. 285 ss.

<sup>27</sup> L.H. TRIBE, *The Invisible Constitution*, Oxford, Oxford UP, 2008.

<sup>28</sup> Sui principi come precetti di ottimizzazione, v. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*<sup>2</sup>, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, tr. it.: *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, il Mulino, 2006, 101 ss. e spec. 106-107.

<sup>29</sup> Oltre all'accoglimento, nei F.J. 8 e 9 del c.d. modello intermedio di matrimonio omosessuale, occorre segnalare una ulteriore classificazione proposta dal Tribunale costituzionale. Nel F.J. 9, la corte ha suggerito una tripartizione dei modelli adottati nel panorama comparato nella regolamentazione dei diritti delle persone omosessuali: la soluzione del matrimonio omosessuale; l'introduzione di unioni civili, sebbene con una non integrale equiparazione delle coppie omosessuali a quelle eterosessuali unite in matrimonio; gli ordinamenti che non prevedono alcuno strumento giuridico a disposizione delle coppie omosessuali.

delle radici storiche dei processi di comunicazione fra esperienze giuridiche. Mi riferisco, in particolare, all'assenza di qualsiasi riferimento alla questione del carattere "unidirezionale" oppure "reversibile" del processo di avanzamento dei diritti fondamentali. Si tratta, come è evidente, di un problema enorme, il quale certo non poteva essere affrontato sulla base dell'accatastamento di disposizioni o massime giurisprudenziali straniere. La corte, al contrario, sposando, in funzione di legittimazione delle scelte del legislatore, il c.d. "modello intermedio", ha finito per eludere del tutto tale questione, riservando al matrimonio omosessuale – diritto in qualsiasi momento "revocabile" dal Parlamento – uno *status* di "serie b" rispetto al matrimonio eterosessuale, istituto al quale invece è stato riconfermato il pieno fondamento costituzionale. Anche ad ammettere, per assurdo, che la teoria della reversibilità del processo di avanzamento dei diritti fondamentali possa trovare applicazione nei confronti di una sola categoria di cittadini, enucleata sulla base del criterio dell'orientamento sessuale, sul piano argomentativo il Tribunale costituzionale avrebbe dovuto sottoporre, quanto meno, le ragioni a supporto di tale conclusione al vaglio dell'"opinione pubblica costituzionale".

Dall'altro lato, peraltro, non è difficile trovare nella sentenza tracce consistenti del paradigma "culturale" della comparazione, il quale ha consentito alla corte di valorizzare una idea più flessibile e dinamica del confronto con le esperienze giuridiche straniere, facendo così risaltare lo spessore intrinsecamente culturale dell'argomento comparativo.

Penso, ad esempio, al passaggio della decisione nella quale è stato espressamente riconosciuto al *derecho comparado* il ruolo di *medium* fra la cultura giuridica ed i processi di attualizzazione del significato delle norme costituzionali. La comparazione diviene, in altri termini, strumento di autocoscienza e critica dell'identità dell'ordinamento di partenza, veicolando le nuove domande di giustizia direttamente sul terreno ermeneutico.

Penso, ancora, alla sottolineatura del collegamento fra il concetto di cultura giuridica ed il canone dell'interpretazione della Costituzione conforme alla CEDU e ai trattati internazionali<sup>30</sup>. Secondo il *Tribunal Constitucional* proprio la direttiva ermeneutica contenuta nell'art. 10, c. 2 C.E. consente di conferire spessore giuridico ad elementi culturali esterni al testo, confermando così che il diritto è «*fenómeno social vinculado a la realidad*» (F.J. 9). In altri termini, l'art. 10, c. 2 consentirebbe di dotare l'art. 33 C.E. di una struttura aperta ai mutamenti culturali. Di una «*contextura receptiva*»<sup>31</sup> per usare una espressione della dottrina spagnola che difficilmente potrebbe essere tradotta in italiano in maniera altrettanto efficace.

## 6. L'interpretazione "evolutiva"

<sup>30</sup> Ai sensi dell'art. 10, c. 2 C.E. «*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*». Sulla relazione tra l'ordinamento costituzionale spagnolo e l'ordinamento internazionale, in particolare con riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo v. A. SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Napoli, Jovene, 2012, spec. 375 ss.

<sup>31</sup> M.A. APARICIO PÉREZ, *La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales*, in *Jueces para la Democracia*, 6, 1989, 9 ss. e spec. 14.

Un'ultima annotazione riguarda il “posto” dell'interpretazione “evolutiva” nell'ambito dei procedimenti intellettuali che guidano i processi di concretizzazione giuridica e dunque il suo rapporto con altri canoni interpretativi. Secondo Aragón Reyes, la tendenza all'evoluzione del nucleo essenziale della garanzia istituzionale non avrebbe nulla a che vedere con l'interpretazione “evolutiva”. Da qui l'obiezione mossa alla maggioranza del collegio di essere incorsa in una sostanziale “frode delle etichette”. Questa tecnica consisterebbe infatti nell'adattare il senso delle disposizioni costituzionali alle nuove realtà dei tempi, ma sempre – ha ribadito Aragón Reyes – nel rispetto delle “colonne d'Ercole” del testo. In questo senso, per l'autore dell'unica opinione concorrente alla sentenza sul matrimonio omosessuale, la partita relativa alla legittimità costituzionale della *Ley* 13/2005 doveva essere chiusa sulla base di una soluzione molto più «sobria», vale a dire l'applicazione del canone “*in dubio pro legislatoris*”.

Sul punto, mi limito a tre osservazioni. In primo luogo, sorprende che il principio “*in dubio pro legislatoris*” sia stato considerato come una soluzione «sobria». L'applicazione di questo canone metodologico di secondo grado può essere considerata piuttosto come una maniera assai sbrigativa per eludere tutti quei problemi di carattere teorico, politico e sociale la cui risoluzione avrebbe potuto minare la legittimazione della corte.

Ma c'è di più. Questo criterio interpretativo, nella misura in cui presuppone la distinzione fra “casi facili” e “casi difficili” tracciata da Hart<sup>32</sup>, e nel mantenere indiscusso il presupposto dell'oggettività dell'interpretazione, trascura il fatto che di interpretazione non è possibile parlare «se non in presenza di una certa dose di problematicità, di non ovvietà, di dubbio, che vale a legittimare il pluralismo interpretativo, l'esistenza di una molteplicità di possibili interpretazioni tra loro in competizione»<sup>33</sup>.

In secondo luogo, l'art. 3 del codice civile spagnolo, l'equivalente dell'art. 12 delle preleggi, afferma che le norme devono essere interpretate sia alla luce del significato del testo, sia in relazione al contesto, ai precedenti storici e legislativi e – ed è questo il punto – alla «*realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*». Con questo non voglio sostenere che l'art. 3 del codice civile, al pari dell'art. 12 delle preleggi, contenga direttive di carattere vincolante per l'interprete della costituzione<sup>34</sup>. Tuttavia, non può essere neppure trascurata la specificità, nel panorama comparato, di una disposizione che ha “codificato” espressamente il fondamento dell'interpretazione “evolutiva”. In definitiva, diversamente da quanto sostenuto da Aragón Reyes, non è possibile affermare che il testo, nel suo rapporto con il contesto e l'evoluzione sociale, abbia necessariamente l'ultima parola. Se non altro perché è lo stesso testo ad aver escluso l'esistenza di un criterio di precedenza dell'argomento letterale rispetto ad altri canoni interpretativi.

<sup>32</sup> Sul concetto di *easy case*, v. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002, spec. 146 ss.

<sup>33</sup> F. VIOLA – G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999, 116.

<sup>34</sup> Sul carattere non vincolante dell'art. 12 delle preleggi, v. E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (1949), Milano, Giuffrè, 1971, spec. 150 ss. Nella riflessione sull'art. 12 delle disposizioni preliminari del Codice civile, sottolinea il carattere selettivo e confutatorio (anziché precettivo) delle *regulae iuris*, A. GIULIANI, *Le Preleggi. Gli articoli 1-15 del Codice civile*, Torino, Utet, 1999, 3 ss. Sui referenti storici di questa disposizione, v. G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 disp. prel. cod. civ.*, in ID., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, 453 ss. Per una panoramica generale dei problemi relativi all'art. 12 delle preleggi, anche in relazione alla applicabilità di questa disposizione nell'interpretazione costituzionale, v. F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*<sup>2</sup>, Padova, Cedam, 2012, 363 ss.; A. CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Roma, Aracne, 2011, spec. 133 ss.

Infine, di interpretazione “evolutiva”, a rigore, è possibile parlare solamente tra virgolette. Come ci ha insegnato Betti, infatti, l’interpretazione “evolutiva” non costituisce «un particolare metodo o criterio, da adoperare in concorso con altri, ma di un carattere che l’interpretazione giuridica logicamente assume»<sup>35</sup>. Lo stesso Carnelutti, che sul problema dell’interpretazione “evolutiva” aveva assunto una posizione parzialmente diversa rispetto a quella di Betti<sup>36</sup>, metteva in luce come «non tanto l’interpretazione può evolversi quanto non può non evolversi»<sup>37</sup>.

Mi fermo qui. Aggiungo solamente che nel 1976, l’allora Presidente del Governo spagnolo, Adolfo Suárez, nel pieno della transizione dal franchismo alla democrazia, e nel difendere la propria proposta di legge sulla libertà delle associazioni politiche, affermò che era giunto il momento di «*elevar a la categoría política de normal, lo que a nivel de calle es simplemente normal*». Ecco, vi è da chiedersi se il significato del concetto di interpretazione “evolutiva” accolto dal Tribunale costituzionale in questa sentenza non risponda ad una operazione in parte simile: quella di elevare alla categoria giuridica di “normale” quello che nella società spagnola è già considerato semplicemente normale<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> E. BETTI, *Teoria generale dell’interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1990, 833.

<sup>36</sup> Per un confronto fra la posizione di Betti e quella di Carnelutti in relazione al problema dell’interpretazione “evolutiva”, v. V. GRECO, *L’interpretazione evolutiva della legge. Un utile strumento per tutti gli studiosi e gli operatori del diritto*, Firenze, L’Autore Libri Firenze, 2006.

<sup>37</sup> F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, Foro Italiano, 1940.

<sup>38</sup> Come si legge nel considerato in fatto n. 5 «*el primer paso en la normalización social de la homosexualidad se produjo cuando algunos tribunales declararon que se trata de una opción protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad*». Sottolinea il carattere emblematico del titolo dell’editoriale apparso su *El País* all’indomani della sentenza – «*La normalización*» – L. CONTE, *La sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo del 6 novembre 2012 sul matrimonio omosessuale*, cit., 150. Sulla «forza normalizzante del normativo», v. H. HELLER, *Staatslehre*, Leiden, Sijthoff, 1961, tr. it.: *Dottrina dello Stato*, Napoli, Edizioni scientifiche, 1988. Sul rischio di piegare le istanze di riconoscimento dei diritti delle persone omosessuali entro una direzione di “normalizzazione”, e dunque di delegittimare le potenzialità emancipative di modelli di relazioni affettive alternativi al paradigma tradizionale, v. A. ROMANO, *Diritto e dissenso. Circolazione di modelli argomentativi e resistenze nel processo di riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in A. SCHILLACI (cur.), *Omosessualità, eguaglianza, diritti fondamentali. Desiderio e riconoscimento*, cit., in corso di pubblicazione, il quale tuttavia ritiene che si tratti di critiche marcate «da un alto livello di astrazione e al momento prive di una solida *pars costruens*».

