

GenIUS

RIVISTA DI STUDI GIURIDICI
SULL'ORIENTAMENTO SESSUALE E L'IDENTITÀ DI GENERE

Renato Ibrido*

L'argomento sociologico nella giurisprudenza costituzionale in materia di orientamento sessuale. Esperienze e casi

Sommario

1. Premessa – 2. Il concetto di “argomento sociologico”: notazioni preliminari – 3 L'utilizzo, in chiave “conservatrice”, dell'argomento sociologico – 4. Modalità di acquisizione dei dati sociali e principio del “giusto processo costituzionale” – 5. La degradazione degli istituti familiari da “concetti” a “tipi” e i percorsi di gestione della transizione al nuovo paradigma – 6. Verso una conclusione

Abstract

L'integrazione del dato sociale nell'ambito della giurisprudenza in materia di orientamento sessuale — sia pure non senza alcune importanti contraddizioni e zone d'ombra — costituisce un punto di snodo decisivo nella comprensione dei processi di trasformazione delle strategie interpretative delle corti costituzionali. Alla luce di questa premessa, il saggio si propone di mettere in evidenza l'esistenza di una doppia anima — “sovversiva” e “conservatrice” — dell'argomento sociologico.

Despite some shadows and contradictions, the integration of the social element into the jurisprudence on the sexual orientation represents a crucial turning point in the analysis of the transformation processes of the constitutional courts interpretative strategies. In the light of this starting assumption, the essay tries to examine the double soul — “subversive” and “conservative” — of the sociological argument.

1. Premessa

Nella ricostruzione dei percorsi di apertura degli stilemi argomentativi delle corti costituzionali alla considerazione del dato sociale, la giurisprudenza in materia di orientamento sessuale individua un punto di snodo decisivo. La rilevanza assunta dalla “realtà” in questo filone di pronunce ha infatti portato alla ribalta, pur non senza alcune importanti zone d'ombra, il problema della ricerca di possibilità e alternative metodologiche idonee a veicolare nella interpretazione costituzionale i nuovi fatti caratterizzanti le domande di riconoscimento nelle democrazie pluralistiche in trasformazione¹.

* Assegnista di ricerca in Istituzioni di Diritto pubblico presso il Dipartimento di Scienze Politiche della LUISS Guido Carli. renatoibrido@gmail.com. Il saggio rielabora e sviluppa, anche alla luce della giurisprudenza più recente, la ricerca dal titolo “Costituzioni in cammino. Argomento sociologico e orientamento sessuale” già parzialmente anticipata nel volume *Omosessualità, uguaglianza, diritti*, di A. Schillaci (a cura di), Roma, Carocci, 2014, pp. 215 ss. Il contributo viene pubblicato in seguito a referees a doppio cieco.

1 Sul rapporto tra fatto, domande di riconoscimento e interpretazione costituzionale, cfr., da ultimo, R. Bin, *Il fatto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it, 2015, 3, spec. pp. 6-7, il quale sottolinea che «ognuna delle infinite componenti

Ne sono una conferma, da ultimo, alcuni significativi passaggi delle recentissime decisioni *Obergefell v. Hodges*² e *Oliari e altri v. Italia*³.

Appoggiandosi al contributo di diversi amici curiae briefs, la Corte suprema degli Stati Uniti, quasi nella veste di un “sociologo”, ha affermato che «*changed understandings of marriage are characteristic of a Nation where new dimensions of freedom become apparent to new generations (...) This dynamic can be seen in the Nation’s experience with gay and lesbian rights*». A fondamento dell’estensione agli omosessuali del diritto costituzionale di sposarsi, l’opinione della maggioranza ha poi richiamato, fra l’altro, la realtà delle coppie omosessuali con figli, ritenendo che la stabilità e la permanenza del vincolo matrimoniale risponda maggiormente al «*children’s best interests*»⁴.

Quanto al caso *Oliari*, la Corte EDU ha rilevato che il mancato intervento del legislatore italiano in materia di riconoscimento delle unioni omosessuali disattende le indicazioni della «*national community, including the general Italian population (...) The statistics submitted indicate that there is amongst the Italian population a popular acceptance of homosexual couples, as well as popular support for their recognition and protection*». Dunque, «*there exists a conflict between the social reality of the applicants, who for the most part live their relationship openly in Italy, and the law, which gives them no official recognition on the territory*».

Non è questa la sede per commentare tali decisioni. Né, tantomeno, potrò offrire una rassegna compiuta e analitica della intera giurisprudenza in materia di orientamento sessuale⁵. Obiettivo di questo contributo è piuttosto mettere in luce la “doppia anima” assunta in queste sentenze dall’argomento sociologico: da un lato, nelle decisioni che si richiameranno è possibile trovare tracce consistenti di una vocazione “sovversiva” dell’argomento sociologico, di coscienza critica rispetto ai costumi sociali consolidati. Dall’altro lato, peraltro, le virtualità multiple di questo canone sono state utilizzate anche quale strumento di freno al riconoscimento dei diritti delle persone omosessuali.

Perniciosi dunque appaiono quegli approcci i quali tendono a ridurre il problema dell’argomento sociologico a un mero capitolo della più generale contrapposizione fra la galassia delle dottrine “originaliste” e quella delle teorie evolutive (*rectius*, fra metodi legati al tempo della scrittura e metodi legati al tempo dell’interpretazione) così come a quella che divide letture “liberal” e letture “conservatrici” della Costituzione.

Da un lato, infatti, l’argomento sociologico, oltrepassando la polemica classica fra le “scuole” interpretative, sembra aver portato alla luce una serie di questioni metodologiche “trasversali” alle tre gran-

(formazioni) sociali sviluppa una propria aspettativa di tutela e ne imputa il fondamento alla Costituzione. Non sono necessariamente “nuovi” diritti, ma più spesso coniugazione delle vecchie libertà con nuovi fatti — nuovi solo perché sinora non si erano imposti all’attenzione sociale, vuoi perché non era matura l’opinione pubblica, vuoi perché il progresso scientifico non li aveva ancora resi possibili. Questo mi sembra il dato più interessante. Le rivendicazioni dei diritti, nuovi o vecchi che siano, si propongono sempre in relazione a un “fatto” (...) Sposarsi o vedersi riconoscere nei documenti ufficiali la propria identità sessuale non sono certo diritti “nuovi”: sono piuttosto una coniugazione inedita di diritti già acquisiti con situazioni ancora non affrontate dal legislatore “imperiale”, situazioni dietro alle quali emergono rivendicazioni sostenute da formazioni sociali che nella Costituzione cercano il riconoscimento della propria visione dell’assetto dei principi costituzionali».

- 2 Si tratta della decisione del 26 giugno 2015 (redattore: giudice Kennedy) con la quale la Corte suprema, sulla base di una maggioranza di 5 giudici su 9, ha stabilito che le coppie omosessuali possono esercitare il diritto di sposarsi in tutti gli stati membri della federazione. Per un primo commento, cfr. A. Sperti, *La Corte Suprema riconosce il diritto costituzionale al matrimonio delle persone gay e lesbiche*, in *Articolo29*, www.articolo29.it, 2015; C. Vitucci, *La sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sul matrimonio omosessuale e il diritto internazionale*, in *SIDIBlog*, www.sidi-isil.org/sidiblog/, 2015.
- 3 Con la decisione del 21 luglio 2015, la IV sezione della Corte europea dei diritti dell’uomo, pur ribadendo che l’estensione del matrimonio alle coppie omosessuali rientra nel margine di apprezzamento degli stati contraenti, ha ritenuto incompatibile con l’art. 8 della Convenzione l’assenza di qualsiasi forma di riconoscimento delle unioni fra persone dello stesso sesso.
- 4 «*Under the laws of the several States, some of marriage’s protections for children and families are material. But marriage also confers more profound benefits. By giving recognition and legal structure to their parents’ relationship, marriage allows children “to understand the integrity and closeness of their own family and its concord with other families in their community and in their daily lives (...) Marriage also affords the permanency and stability important to children’s best interests*» (*Obergefell v. Hodges* del 26 giugno 2015 in questa *Rivista*, p. 343).
- 5 Peraltro, per indicazioni di carattere comparativo sulla tutela giurisprudenziale dei diritti familiari degli omosessuali, nella vasta letteratura, cfr. almeno R. Torino, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo e italiano*, Torino, Giappichelli, 2012; *Omosessualità, uguaglianza, diritti*, A. Schillaci (a cura di), cit.; F. Mastromarino, *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, pp. 39 ss.; A. Sperti, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali e il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa, Pisa university press, 2013; *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (eds.), Heidelberg, Springer, 2014; C. Vitucci, *La tutela internazionale dell’orientamento sessuale*, Napoli, Jovene, 2012. Per una guida introduttiva alla lettura di alcuni materiali giurisprudenziali e legislativi, cfr. anche il dossier di R. Ibrido, A. Romano, A. Schillaci, *Same sex marriage e riconoscimento delle unioni fra persone dello stesso sesso: materiali di diritto comparato*, in *Osservatorio AIC*, www.osservatorioaic.it, 2013.

di contrapposizioni dicotomiche dell'interpretazione giuridica: testo/contesto⁶, tempo della scrittura/tempo dell'interpretazione⁷, autore/destinatario⁸.

Dall'altro lato, inoltre, il canone sociologico può essere astrattamente utilizzato — ed è stato in concreto utilizzato — sia in una prospettiva di protezione ed estensione dei diritti delle persone omosessuali, sia nell'ambito di percorsi ermeneutico-argomentativi ostili a pratiche di autodeterminazione affettiva incompatibili con gli assetti familiari tradizionali.

Alla luce di queste premesse, mi soffermerò innanzitutto sul concetto di argomento sociologico e sui suoi legami con alcuni canoni argomentativi affini (par. 2); nella seconda parte cercherò invece di evidenziare come l'argomento sociologico sia stato utilizzato anche in chiave di difesa dei paradigmi familiari tradizionali (par. 3), occupandomi inoltre delle modalità attraverso le quali vengono acquisiti al giudizio costituzionale i dati sociali (par. 4); infine, dopo alcune considerazioni sulle tecniche di gestione della transizione dai vecchi ai nuovi paradigmi (par. 5), proporrò alcune riflessioni conclusive, sebbene di carattere interlocutorio (par. 6).

Occorre chiarire fin da subito che la selezione ragionata di precedenti che verrà offerta nel corso del contributo prenderà in considerazione esperienze di giustizia costituzionale caratterizzate da regole processuali, tecniche di lavoro sul precedente, stili di redazione delle sentenze e modalità di formazione del giudice profondamente eterogenee. Per esempio, non si può trascurare la variabile costituita dalla *dissenting opinion*: in linea di tendenza, le corti prive di questo istituto risultano maggiormente impermeabili rispetto alla ostentazione dei dati sociali nel giudizio di costituzionalità. Dal mio punto di vista, peraltro, la circostanza che tali elementi di diversità non abbiano impedito il formarsi di significativi contatti, contaminazioni, interazioni e talvolta perfino convergenze nell'uso dell'argomento sociologico amplifica e non già riduce l'utilità di uno studio comparativo a tutto campo.

So bene che una parte della dottrina comparatistica ha cercato di imbrigliare la selezione dei casi studio secondo rigorosi criteri logici⁹. A me sembra, tuttavia, che sul terreno dei diritti legati alla sfera

- 6 Gli approcci legati al testo non costituiscono un blocco omogeneo. In questo macro-filone convergono indirizzi talvolta anche profondamente differenti, ma che nel complesso sono accomunati dal tentativo di porre l'accento su elementi in varia misura connessi con il c.d. "codice linguistico". Per farla breve, il dato grammaticale e sintattico. Quanto agli approcci legati al contesto, in via di prima approssimazione è possibile individuare due fondamentali declinazioni delle correnti tese a ridimensionare il peso dell'elemento grammaticale e sintattico: il pragmatismo (o contestualismo) — per il quale il significato di un enunciato si ricollega a parametri di volta in volta connessi con il contesto sociale *in progress* — e le impostazioni metodologiche fondate sulla centralità dell'interpretazione sistematica.
- 7 La contrapposizione dicotomica "tempo della scrittura/tempo dell'interpretazione" solo in parte si sovrappone a quella fra testo e contesto. Non necessariamente, infatti, il testualismo si configura come un approccio di tipo statico-genetico. Basti pensare ai filoni testualisti che ammettono una evoluzione del significato della norma in correlazione al mutamento semantico registrato dagli enunciati contenuti nel testo. Inoltre, se è vero che anche gli indirizzi legati all'intenzione del legislatore sono nella maggior parte dei casi espressione di una prospettiva statica e genetica, è altresì vero che non mancano orientamenti che guardano alla volontà ipotetica del legislatore. In altri termini, tali correnti, dinnanzi al problema del mutare dei contesti economici, politici e culturali, ricorrendo ad un argomento controfattuale, tentano di enucleare le scelte che l'autore avrebbe compiuto qualora egli avesse potuto considerare i nuovi problemi e situazioni intervenute dopo il momento della produzione del testo. Infine, sul versante opposto, è necessario tenere conto di tutti gli indirizzi legati al tempo della scrittura che rifiutano di chiudere il proprio orizzonte di ricerca ad una prospettiva di tipo testuale: è il caso della variante psicologista dell'originalismo, così come degli approcci che valorizzano il contesto storico originario in cui è stata prodotta la norma.
- 8 L'eterogeneo gruppo di orientamenti di ricerca che sposano un approccio interpretativo legato all'autore muovono dalla premessa che esista un polo esclusivo nella formazione del diritto (scritto) e che il compito dell'interprete sia quello di ricostruirne, talvolta in chiave psicologista come nel caso di alcune correnti dell'originalismo statunitense, la volontà, l'intenzione o lo spirito dell'autore del diritto. Secondo il Savigny del *System*, ad esempio, interpretare significa porsi concettualmente nella posizione del legislatore e ripetere artificialmente in sé l'attività di questi. Gli approcci metodologici legati al destinatario sono invece accomunati da una immagine del fenomeno giuridico nella quale è riconosciuta ai consociati la possibilità di collaborare alla co-determinazione del senso da attribuire alla norma nonché alla identificazione dei percorsi di riconoscimento del diritto. Basti pensare agli indirizzi che attribuiscono un ruolo nevralgico al «punto di vista pratico» (o «interno»), ossia al punto di vista di coloro che "usano" il diritto. La prima teoria che si è aperta consapevolmente a questa prospettiva è, come è noto, quella di Herbert Hart, il quale ha posto l'accento sugli atteggiamenti e i comportamenti di coloro che assumono il diritto come guida delle loro azioni nel riconoscimento del diritto valido.
- 9 Mi riferisco in particolare al noto lavoro di R. Hirschl, *The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2005, pp. 125 ss. Quanto al rapporto fra i criteri di controllo della comparazione giudiziaria e quelli impiegati dagli studi comparatistici, è merito di Repetto aver posto in evidenza la necessità di studiare i primi attraverso una prospettiva di ricerca non del tutto radicata sul terreno metodologico proprio della scienza comparatistica, ma neppure distaccata integralmente da quest'ultima. In altri termini, se è indubbio che anche la comparazione del giudice richieda l'elaborazione di standard adeguati, ciò non significa peraltro che tali criteri metodologici debbano coincidere con quelli imposti dalla comunità scientifica alla letteratura comparatistica (G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali*

dell'orientamento sessuale ancor più che in altri campi di studio occorra rifuggire da rigidi tentativi di "burocrazia" della comparazione giuridica, la quale invece deve sapersi misurare dinamicamente con il fondamentale prisma dell'"esperienza giuridica"¹⁰ nonché con le radici storico-culturali delle "migrazioni costituzionali"¹¹. Un fenomeno, quest'ultimo, che sarebbe velleitario cercare di ricostruire attraverso geometrici parametri selettivi e il quale richiede invece piena consapevolezza dello spessore culturale dei processi di comunicazione fra esperienze costituzionali¹².

2. Il concetto di "argomento sociologico": notazioni preliminari

L'espressione "argomento sociologico" indica, nell'ambito di questo contributo, il canone metodologico il quale — attraverso il riferimento a dinamiche sociali — esprime oppure oscura una ragione di giudizio che, sebbene esterna al dato testuale, si ripercuote sull'interpretazione di quest'ultimo e dunque sulla soluzione del caso *sub iudice*.

L'argomento sociologico, inteso secondo questo significato ampio e non ristretto all'uso della sociologia da parte del giudice, ha radici antiche. Già nel 1908, nella decisione *Muller v. State of Oregon*¹³, la Corte suprema statunitense, facendo riferimento al suddetto canone, e aderendo alla linea difensiva proposta dall'avvocato Brandeis, confermò la legittimità costituzionale della legge che stabiliva un tetto di ore massimo per le donne lavoratrici. Ad avviso della Corte, infatti, la fragilità della condizione fisica femminile e l'esigenza di tutela della funzione della maternità giustificavano l'adozione di misure volte ad arginare «l'ovvia» condizione di «svantaggio nella lotta» delle donne «per la sussistenza».

Nel 1953, in *Brown v. Board of Education*, altro *leading case* deciso sulla base dell'argomento sociologico, la Corte suprema affermò che la segregazione razziale dei bambini nelle scuole pubbliche privava gli studenti afroamericani di pari opportunità educative, anche laddove le scuole loro riservate fossero state in grado di assicurare *standard* non inferiori agli istituti riservati agli studenti bianchi. La dottrina del "*separate but equal*" veniva così superata sulla base del rilievo che la segregazione razziale provocava «l'insorgere di un sentimento di inferiorità riguardo al proprio *status* nella comunità, il quale può incidere sulla personalità» dello studente «in modo irreversibile»¹⁴.

Come emerge con particolare evidenza dalla giurisprudenza in materia di orientamento sessuale, l'integrazione del dato sociale nel contenzioso costituzionale non necessariamente ambisce a esprimere

in Europa. *Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, Jovene, 2011). *Contra*, G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino, 2010.

- 10 Sul concetto di "esperienza giuridica" d'obbligo è il riferimento a R. Orestano, *Della "esperienza giuridica" vista da un giurista*, in Id., *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna, Il Mulino, 1981, pp. 487 ss. In argomento, cfr. anche E. Opocher, *Esperienza giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, XV, Milano, Giuffrè, pp. 735 ss.; G. Capograssi, *Studi sull'esperienza giuridica*, Roma, Maglione, 1932, ora anche in Id., *Opere*, II, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 245 ss.; A. Giuliani, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1957; G. Fassò, *La storia come esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1953; A. Punzi, *Dialogica del diritto: studi per una filosofia della giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 1999, spec. pp. 77 ss.
- 11 Cfr. P. Haerberle, *Die Entwicklungsstufe des heutigen Verfassungsstaates*, in Id., *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlino, Duncker & Humblot, 1992, pp. 105 ss., secondo il quale lo stato costituzionale si sta sviluppando nel quadro di un globale processo di produzione e recezione, di interazione mondiale fra costituzioni, sicché i testi costituzionali vengono "scambiati", sviluppati, migliorati e integrati nei rispettivi contesti nazionali. Una proposta teorica, quest'ultima, profondamente agli antipodi rispetto a quella individuata dalla dottrina dei "*legal transplants*" (A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974). Per una sottolineatura di come i processi di comunicazione fra esperienze costituzionali non si esauriscano nella recezione meccanica di testi e formanti, ma debbano essere studiati nella loro natura dinamica e dialettica, cfr. altresì S. Choudry (a cura di), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 2006, al quale si deve l'immagine delle "migrazioni costituzionali".
- 12 Sul rapporto fra "paradigma comunicativo" e "paradigma interattivo", cfr. P. Ridola, *Il "dialogo tra le corti": comunicazione o interazione?*, in *Percorsi costituzionali*, 2012, 3, pp. 273 ss. Per la sottolineatura di come il comparatista non sia un semplice «*répétiteur*» di diritti stranieri ma uno studioso che si muove nella prospettiva di una «*confrontation radicale avec l'altérité en droit*», cfr. P. Legrand, *Droit comparé*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, pp. 8 ss., e spec. pp. 36 ss.
- 13 *Muller v. State of Oregon*, 208 U.S. 412 (1908), sulla quale, cfr. R. Schlesinger – H.B. Baade – P.E. Herzog – E.M. Wise (eds.), *Comparative Law. Cases, text, materials*, New York, Foundation Press, 1998, pp. 8 ss.
- 14 *Brown v. Topeka Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954), rip. in *Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti. I giudici Warren e Burger*, J. Greenbaum (a cura di), Milano, Giuffrè, 1992, pp. 2 ss. Definisce *Brown* come il caso giurisprudenziale più importante degli ultimi cento anni D.A. Strauss, *The Living Constitution*, New York, Oxford University Press, 2010, spec. pp. 5 e 77 ss.

un canone di primo grado. Talvolta l'impiego dell'argomento sociologico mira piuttosto a oscurare una ragione di giudizio ritenuta inidonea a ripercuotersi sull'interpretazione della norma costituzionale.

È questo il caso della sentenza del 16 agosto 2010 con la quale la Suprema Corte messicana ha riconosciuto la costituzionalità della legge sul matrimonio omosessuale introdotta dal Distretto federale di Città del Messico¹⁵. Richiamando le opinioni tecniche formulate dall'Università nazionale autonoma del Messico, la Corte ha evidenziato che all'epoca in cui fu redatto l'art. 4 della Costituzione, gli omosessuali — data la disapprovazione sociale verso orientamenti sessuali considerati non di rado alla stregua di vere e proprie malattie — mantenevano celata la propria omosessualità. Questo «*hecho innegable*» ha consentito dunque ai giudici supremi di de-contestualizzare e ricontestualizzare la scelta normativa operata dalla Costituzione, la quale non ha previsto (ma neppure escluso espressamente), forme di tutela per modelli familiari che di fatto erano occulti al momento in cui fu redatto l'art. 4. In altre parole, allorché la valutazione del legislatore (costituzionale) sia stata assunta in mancanza di quegli elementi scientifici necessari ad una corretta comprensione del fenomeno sociale oggetto dell'intervento normativo, le interpretazioni legate all'autore ed al tempo della scrittura sarebbero da considerare come degli itinerari ermeneutici difficilmente percorribili nella ricostruzione del dato positivo¹⁶.

Gli argomenti sociologici, storici, scientifici, culturali e consequenzialisti costituiscono alcune delle manifestazioni più evidenti della tendenza alla valorizzazione del pluralismo disciplinare negli stilemi argomentativi delle corti, ponendo in luce il carattere forse troppo angusto della tradizionale dicotomia *adjudicative facts / legislative facts*. Come è noto, mentre i primi sono fatti che riguardano direttamente le parti del processo, i secondi integrano fatti generali che rilevano indipendentemente dal loro collegamento con il caso *sub iudice* e che non sono acquisibili attraverso i soli strumenti dell'interpretazione di testi giuridici¹⁷.

Il rapporto fra l'argomento sociologico e gli altri canoni sopra menzionati appare per alcuni aspetti sfumato, ponendosi in termini di complementarità piuttosto che non di reciproca esclusione¹⁸.

Con l'"argomento storico" (*rectius*, argomento fondato sull'uso della storia) si intende non un appoggio legato alla volontà dell'autore — secondo l'accezione di Savigny¹⁹ — bensì quella «pratica di interpretazione contestuale che valorizza i riferimenti alla storia» — ed in particolare alle tradizioni ed al passato di un popolo — «nella ricostruzione dei casi e nelle motivazioni delle decisioni giudiziarie»²⁰.

Sul punto, ricordo la polemica sull'uso della storia nella interpretazione costituzionale che ha contrapposto l'indirizzo sviluppato nella sentenza *Bowers v. Hardwick* (1986) e quello definito dalla successiva *Lawrence v. Texas* (2003). Con la prima decisione, la Corte suprema degli Stati Uniti ebbe modo di affermare che «*against a background in which many States have criminalized sodomy and still do, to claim that a right to engage in such conduct is "deeply rooted in this Nation's history and tradition" [...] is, at best, facetious*». Evidenziando l'imprecisa ricostruzione delle radici storiche e culturali delle *sodomy laws* proposta da

15 Sulla sentenza del 16 agosto 2010, sia consentito rinviare a R. Ibrido, *La Corte suprema messicana tra processi di precomprensione comparativa e integrazione del dato sociale: la sentenza sul matrimonio homosexual*, in *Ianus*, 4, 2011, pp. 206 ss., disponibile su www.unisi.it/ianus, ora anche in versione spagnola con il titolo *La Corte suprema mexicana tras los procesos de precomprensión comparativa e de integración del elemento social: la Sentencia sobre el "matrimonio homosexual"*, in *Revista de derecho constitucional europeo*, 2012, 17.

16 Vi è da chiedersi peraltro, se, sullo sfondo dell'argomentazione sviluppata dalla Corte messicana, non si celi una linea di ragionamento "contro-fattuale" tesa a valorizzare la volontà ipotetica del costituente nell'ambito dell'attuale contesto storico. Invero, se si tiene conto dell'impostazione complessiva della sentenza, più che alla volontà ipotetica del legislatore storico, la Corte messicana sembra aver guardato al dato sociale considerandolo come un canone interpretativo di secondo grado, o più precisamente come una sorta di meta-criterio interpretativo attraverso il quale determinare le regole di esclusione fra i canoni di primo grado.

17 Sulla distinzione fra *adjudicative facts* e *legislative facts*, cfr. K.C. Davis, *An Approach to Problems of Evidence in the Administrative Process*, in *Harvard Law Review*, 1942, pp. 364 ss.; R. Bin, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, Giuffrè, 1988, spec. pp. 334 ss.; T. Groppi, *La Corte costituzionale tra "fatto legislativo" e "fatto sociale"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1998, spec. pp. 2803.

18 Va da sé che l'argomento sociologico è spesso utilizzato in combinazione con altri canoni interpretativi, quali ad esempio l'argomento comparativo e quello internazionale. Parlare di "pluralismo disciplinare" con riferimento a queste ultime due figure argomentative appare tuttavia estremamente riduttivo (se non addirittura provocatorio), trattandosi di strumenti che appartengono *ab initio* al bagaglio metodologico del giurista. In ogni caso, sulle intersezioni fra argomento sociologico e argomento comparativo si ritornerà più volte nel corso del contributo (cfr. in particolare *infra* par. 6).

19 F.C. Von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, Veit und Comp., 1840, tr. it.: *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, Unione tipografica editrice, 1886.

20 A. Buratti, *L'uso della storia nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC*, www.rivistaaic.it 2012, 2, pag. 3.

Bowers, con la sentenza *Lawrence* la Corte suprema ha proceduto a un *overruling* della precedente decisione, sottolineando in particolare che la storia e la tradizione — argomenti decisivi nell’impianto di *Bowers* — devono essere considerati come dei punti di partenza e mai di arrivo del discorso giuridico²¹.

In ogni caso, l’argomento storico diviene anche argomento sociologico nel momento in cui i riferimenti alla storia impiegati dal giudice non si esauriscano in una ricognizione dell’evoluzione normativa e istituzionale di una esperienza giuridica, ma in qualche misura si estendano anche all’osservazione della realtà sociale e delle sue dinamiche di sviluppo.

Un esempio della possibile coincidenza di queste due tecniche può essere rintracciato, fra l’altro, nel *reference* “*Re Same-Sex Marriage*”²², con il quale la Corte suprema canadese nel 2004 ha evidenziato la non spendibilità della definizione di matrimonio impiegata da *Hyde v. Hyde and Woodmansee* del 1866²³. Quest’ultimo precedente era maturato infatti in un contesto storico nel quale il matrimonio e la religione «*were thought to be inseparable*», sicché la vecchia “*common law definition*” di matrimonio non poteva considerarsi compatibile con i successivi itinerari evolutivi intrapresi dalla società canadese²⁴.

Inoltre, l’argomento sociologico si sovrappone in parte al canone che nell’ambito di questo lavoro verrà definito “argomento scientifico”, ossia l’approccio metodologico attraverso il quale il significato del testo viene ricostruito alla luce dei dati scientifici raccolti o elaborati nelle ricerche dei non giuristi. Precisamente, l’argomento sociologico coincide con quello scientifico ogni qualvolta l’interpretazione delle dinamiche sociali proceda da un espresso richiamo delle indagini condotte da esperti anziché da un autonomo riferimento del giudice a circostanze sociali considerate alla stregua di fatti notori o di elementi immanenti alla “natura delle cose”²⁵, e in ogni caso ritenuti tali da non dover essere motivati sulla base delle informazioni acquisite dalle autorità scientifiche.

Una particolare valorizzazione dell’elemento scientifico è stata segnalata dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. Nella sentenza *Fretté c. Francia*²⁶ relativa al problema dell’adozione da parte degli omosessuali, la Corte EDU ha chiarito che, in mancanza di accordo nella comunità scientifica in merito all’impatto psicologico che l’inserimento in una famiglia omosessuale è in grado di determinare sul minore, deve essere riconosciuto ai legislatori nazionali un più ampio margine di apprezzamento. Tale decisione ha in sostanza sperimentato una variante della tecnica del *consensus*

21 Ponendo l’accento sul grado di disapprovazione che questa massima ha ricevuto nella società americana, e appoggiandosi altresì a un argomento di carattere comparativo, *Lawrence* ha rilevato che in una relazione affettiva il comportamento sessuale integra uno degli elementi costitutivi di un legame stabile. Da qui l’incostituzionalità della legge texana. Proprio quest’ultimo argomento di carattere sociologico è stato oggetto di un riferimento adesivo da parte di *United States v. Windsor* del 26 giugno 2013, con la quale la Corte suprema ha affermato l’incostituzionalità della *Section 3* del *Defense of Marriage Act* (DOMA). Sul tema dell’uso della storia nella interpretazione costituzionale è tornata infine la decisione *Obergefell*, la quale ha evidenziato che «*history and tradition guide and discipline this inquiry but do not set its outer boundaries*».

22 Sul *reference* “*Re Same-Sex Marriage*” del 9 dicembre 2004 e sulla giurisprudenza canadese in materia in orientamento sessuale, cfr. P. Hogg, *Canada: The Constitution and same-sex marriage*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2006, 4, pp. 712 ss.; E. Mostacci, *Different Approaches, Similar Outcomes: Same-Sex Marriage in Canada and South Africa*, in *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, D. Gallo, L. Paladini, P. Pustorino (eds.), cit., pp. 73 ss.; L. Marfoli, *Il same-sex marriage nel quadro della giurisprudenza della corte suprema canadese*, in *Ianus*, 2011, 4, pp. 83 ss.

23 Come si legge in *Hyde*, «*Marriage as understood in Christendom is the voluntary union for life of one man and one woman, to the exclusion of all others*».

24 Un ulteriore esempio di uso dell’argomento storico — sebbene ancorato all’osservazione dell’evoluzione normativa in materia — può essere rintracciato nel passaggio della memoria dell’Avvocatura dello Stato (pag. 19) nell’ambito del ricorso contro la legge sul matrimonio omosessuale deciso dal *Tribunal Constitucional* spagnolo (STC 198/2012). Secondo l’*Abogado del Estado*, una interpretazione etimologica dell’art. 32 CE risulterebbe impraticabile, in quanto 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 dall’ordinamento giuridico esclusivamente per finalità repressive.

25 Individua nella “natura delle cose” «quella dottrina o quelle diverse dottrine che considerano possibile derivare dalla conoscenza dei caratteri rilevanti di alcune realtà sociali la disciplina giuridica più adatta a esse, indipendentemente da atti soggettivi di scelta» V. Omaggio, *Natura della cosa*, in *Enciclopedia filosofica*, VIII, Milano, Bompiani, 2006, pp. 7759 ss., secondo il quale «poiché non ci si riferisce a oggetti materiali, bensì a fatti sociali (da cui l’altra formula equivalente di “natura dei fatti”), la loro natura non è data dall’essenza, ma dal complesso dei caratteri empirici presenti nei fatti sociali di un determinato tipo. Tali caratteri sono perciò rilevabili in termini descrittivi e non metaempirici (che risulterebbero “giusnaturalistici”), e nel contempo, rappresentano fonti normative per il contesto cui appartengono». Un esempio di impiego dell’argomento della “natura delle cose” nella giurisprudenza in materia di orientamento sessuale può essere rintracciato nella decisione della Corte suprema indiana dell’11 dicembre 2013 (cfr. *infra* par. 3). Sull’argomento della “natura delle cose”, cfr. anche G. Radbruch, *La natura delle cose come forma giuridica di pensiero*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941, 19, pp. 145 ss.; N. Bobbio, *La natura delle cose*, in *Id.*, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1965, pp. 197 ss.

26 Corte Edu, *Fretté c. Francia*, sentenza del 26 febbraio 2002, ric. n. 36515/97.

standard²⁷ la quale trovava applicazione all'interno della comunità scientifica anziché, come di consueto, nell'ambito di una comparazione fra le legislazioni nazionali²⁸.

Diverso è invece il percorso argomentativo seguito nella sentenza *X. e altri c. Austria*²⁹. Secondo la Corte EDU, in mancanza «di studi scientifici o di altri elementi di prova in grado di dimostrare che le famiglie omoparentali non possono in alcun caso occuparsi di un figlio» va considerata illegittima la disparità di trattamento nell'accesso all'adozione. In altre parole, con una inversione rispetto al caso *Fretté* dell'"onere della prova scientifica", la Corte ha assunto il mancato impiego dell'argomento sociologico a figura sintomatica della impraticabilità di una determinata soluzione interpretativa.

Non è da escludere, inoltre, che potenziali profili di sovrapposizione possano emergere con riferimento al rapporto fra l'argomento sociologico e i procedimenti intellettuali attraverso i quali il giudice opera nella veste di interprete dei conflitti che intercorrono tra la maggioranza della società e le minoranze culturali: si tratta, per farla breve, del c.d. "argomento culturale", per il quale Ilenia Ruggiu ha evocato l'immagine del "giudice antropologo"³⁰. In linea di massima, infatti, queste tecniche di composizione giurisprudenziale dei conflitti multiculturali presuppongono l'attivazione di processi argomentativi guidati dall'analisi delle dinamiche sociali.

Infine, si considerino le importanti affinità fra argomento sociologico e il "canone consequenzialista", vale a dire il riferimento «alle conseguenze pratiche mediate (di secondo grado), esterne al sistema giuridico, che la decisione ipotizzata presumibilmente produrrebbe nel tessuto sociale»³¹. Invero, l'argomento consequenzialista, e in particolare quello fondato sull'analisi economica del diritto³², ha una portata più ristretta rispetto a quello sociologico, in quanto solo in alcuni casi quest'ultima figura argomentativa finisce per elevare la realtà sociale a parametro di un giudizio prognostico.

Resta inteso che la "mappa" degli argomenti sviluppata ai fini di questo contributo va presa con giudizio. Come d'altronde ha osservato Alexy³³, a tutt'oggi nessuna classificazione degli argomenti trova un consenso generale. Rispetto al quadro confuso e incerto di proposte lessicali, vi è da chiedersi se non abbia colto nel segno quella dottrina che ha denunciato l'esistenza di un certo demone classificato-

27 Sulla tecnica del *consensus standard* (c.d. "common ground"), cfr. J. García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2010, spec. pp. 146 ss.; Y. Arai-Takahashi, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2002; G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, cit., 2011, pp. 115 ss.; Sui metodi di interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cfr. inoltre B. Randazzo, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 2012, spec. pp. 78 ss.; G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, OUP, 2007.

28 In materia di diritti dei transessuali va segnalata invece la decisione *Christine Goodwin c. Regno Unito* del 2002 con la quale la Corte EDU ha utilizzato esplicitamente il dato scientifico a sostegno di un *revirement* rispetto alla propria precedente giurisprudenza. Tale decisione rivela in particolare la centralità dell'evoluzione della ricerca scientifica ai fini di una attualizzazione dell'interpretazione delle disposizioni della Convenzione.

29 Corte Edu, *X. e altri c. Austria*, sentenza del 19 febbraio 2003, ric. n. 19010/07.

30 I. Ruggiu, *Il giudice antropologo: costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Milano, Franco Angeli, 2012.

31 L. Mengoni, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 91 ss. e spec. pag. 95. In relazione al canone «che permette di valutare un atto o un evento in funzione delle sue conseguenze favorevoli o sfavorevoli» utilizzano l'espressione "argomento pragmatico" C. Perelman – L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, tr. it.: *Traité dell'argomentazione*, Torino, Einaudi, 2013, pag. 288. In ogni caso, al di là delle denominazioni, occorre evidenziare il collegamento di questo canone con la weberiana "etica della responsabilità", ossia con un atteggiamento per il quale «si deve rispondere delle conseguenze prevedibili del proprio agire» (M. Weber, *La politica come professione* [1919], in Id., *La scienza come professione. La politica come professione*, Torino, Einaudi, 2004, spec. pag. 109). Sull'estensione fattuale del fenomeno dell'interpretazione e argomentazione consequenzialista, cfr. anche N. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt/Main, Suhrkamp Verlag, 1981, tr. it.: *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1990, pp. 75 ss.

32 Insiste sull'importanza dell'analisi economica del diritto — e più in generale degli studi di diritto compiuti da non giuristi — S. Cassese, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, 3, pp. 597 ss. e spec. pag. 609, il quale osserva che questa metodologia richiede «studiosi meno obbedienti verso le norme, perché non le esaminano per la loro coerenza con altre norme, bensì per la loro congruenza con una funzione. Per un caso esemplare di analisi funzionale, cfr. lo studio di G. Calabresi, *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Milano, Giuffrè, 1975. Mette in guardia da una adesione incondizionata all'analisi economica del diritto S. Ortino, *La struttura delle rivoluzioni economiche*, Bari, Cacucci, 2010, spec. pp. 20 ss. Per l'opposto tentativo di introdurre il diritto all'interno dell'analisi economica, cfr. il noto teorema di R.H. Coase, *La struttura istituzionale della produzione* [1991], ora in Id., *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 337 ss..

33 R. Alexy, *Interpretazione giuridica*, in *Enciclopedia giuridica delle scienze sociali*, Roma, Treccani, 1996, pp. 64 ss. e spec. pp. 97 ss.

re nella letteratura giuridica. A tale obiezione non sfugge, probabilmente, neppure questo contributo, sebbene l'obiettivo dell'indagine non sia quello di inserirsi nel travagliato dibattito sulle strategie di classificazione dei canoni argomentativi, ma al contrario di individuare alcuni "punti di partenza" in grado di rendere visualizzabile un insieme di problemi molto complesso, offrendo così una immagine, sia pure approssimativa, dello spazio ermeneutico all'interno del quale è chiamato a muoversi il giudice nelle decisioni in materia di orientamento sessuale.

In ogni caso, quale che la sia la corretta identificazione degli elementi morfologici alla base di ciascuno di questi canoni, occorre ribadire che solo in parte la collocazione degli argomenti sociologici, storici, scientifici, culturali e consequenzialisti fra gli argomenti meta o extra-giuridici può dirsi appagante. Nel riproporre vecchie paratie rigide fra diritto e altre sfere di esperienza, infatti, il riferimento al carattere "extra-giuridico" dell'argomentazione sembrerebbe condurre ad una sottovalutazione dell'impatto "normativo" dei dati sociali, economici e culturali, quando invece essi costituiscono un tassello imprescindibile del discorso giuridico.

A ulteriore conferma dell'impossibilità di tracciare una linea di separazione netta fra argomenti "giuridici" e argomenti "extra-giuridici" è possibile osservare che in realtà gli stessi fattori del mantenimento di un registro rigorosamente giuridico nell'ambito del contesto di giustificazione 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 giudizio sulla costituzionalità del matrimonio omosessuale in Spagna è stato introdotto dai ricorrenti attraverso il riferimento alla definizione di matrimonio riscontrabile nel *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*. Una tecnica argomentativa — ha osservato Lucilla Conte — la quale presenta «una tendenza alla conservazione, tanto in entrata, quanto in uscita» e che «rappresenta uno strumento di cui il giudice può, legittimamente, servirsi, mantenendo tuttavia uno sguardo critico»³⁴.

3. L'utilizzo, in chiave "conservatrice", dell'argomento sociologico

Non vi è dubbio che la giurisprudenza in materia di uguaglianza e non discriminazione abbia costituito un laboratorio privilegiato all'interno del quale sperimentare le principali tecniche di impiego dell'argomento sociologico. Infatti, sia quando erano in gioco i diritti delle donne sia quelli dei neri o delle coppie omosessuali, l'argomentazione su basi sociologiche ha saputo individuare uno dei più dirompenti percorsi di rimozione dei fattori di discriminazione, finendo così per chiamare in causa la fondamentale funzione di integrazione della comunità politica svolta dall'interpretazione costituzionale.

Peraltro, secondo un luogo comune ricorrente, l'integrazione del dato sociale nei giudizi costituzionali avrebbe consentito sempre e comunque di veicolare nella giurisprudenza delle corti le domande di riconoscimento di pari dignità sociale formulate da persone e famiglie omosessuali. Per converso, la mancata valorizzazione del dato sociale avrebbe coinciso necessariamente con una giurisprudenza ostile a pratiche di autodeterminazione affettiva incompatibili con gli assetti familiari tradizionali.

Non di rado, questa schematica e ingannevole "mappa" della giurisprudenza costituzionale in materia di orientamento sessuale è stata poi accompagnata dalla identificazione degli approcci interpretativi sensibili al testo e/o al "tempo dell'autore" con un necessario fattore di resistenza all'ampliamento degli spazi di libertà e garanzia degli omosessuali.

Invero, una lettura, anche superficiale, di alcune delle principali pronunce in materia di orientamento sessuale sembra squadernare scenari decisamente più complessi.

Beninteso, è senz'altro vero che le corti maggiormente attive nella protezione delle persone omosessuali e della loro vita familiare si sono spesso appoggiate a dati sociali e a interpretazioni orientate al contesto. Anzi, sul piano quantitativo, si tratta della linea di tendenza probabilmente prevalente all'interno della giurisprudenza, per così dire, più "liberal".

Ricordo, a titolo meramente esemplificativo, il già citato *reference "Re Same-Sex Marriage"* della Corte suprema canadese del 2004³⁵, nell'ambito del quale l'integrazione del dato sociale all'interno del giu-

34 L. Conte, *La sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo del 6 novembre 2012 sul matrimonio omosessuale*, in *Quaderni costituzionali*, 2013, 1, pp. 149 ss. e spec. pag. 152.

35 Il matrimonio fra persone dello stesso sesso è stato introdotto in Canada con il *Civil Marriage Act* del 2005, il quale ha definito il matrimonio come «*the lawful union of two persons to the exclusion of all others*». L'approvazione della legge era stata tuttavia preceduta da una *advisory opinion* della Corte suprema, richiesta dal Governo, con la quale è stata confermato la compatibilità del *same-sex marriage* con la Costituzione.

dizio costituzionale si è andata a congiungere, o meglio a sfumare, nella dottrina del *living tree*³⁶. «The “frozen concepts” reasoning» — si legge nella decisione dei giudici supremi — «runs contrary to one of the most fundamental principles of Canadian constitutional interpretation: that our Constitution is a living tree which, by way of progressive interpretation, accommodates and addresses the realities of modern life»³⁷.

È inoltre senz'altro vero che l'invito a non inquinare il “metodo” e a non porre a repentaglio la forza normativa della Costituzione è venuto soprattutto dai giudici che con le loro opinioni dissenzienti o concorrenti si sono opposti al superamento dei paradigmi familiari tradizionali³⁸.

E tuttavia la trasversalità del tema dell'argomento sociologico appare confermata da quelle pronunce nelle quali i riferimenti ai dati sociali hanno finito per tracciare un percorso ermeneutico-argomentativo di tipo statico-genetico oppure ostile alle coppie omosessuali.

Si pensi, per esempio, al caso *Atala Riffo*³⁹, nel quale la Corte Suprema di Giustizia del Cile aveva negato l'affidamento del minore alla madre divorziata e convivente con un'altra donna sulla base dell'assunto che in una società a maggioranza eterosessuale il *best interest* del minore⁴⁰ risultasse pregiudicato dal suo inserimento in una famiglia di tipo omosessuale.

Oppure si consideri la *dissenting opinion* del giudice Borden alla decisione *Kerrigan and Mock* della Corte suprema del Connecticut. Secondo Borden, gli omosessuali, lungi dal configurare una *suspect* o *quasi-suspect classification*, risultano invece assai influenti nel processo di decisione politica, come confermato dal fatto che non pochi membri del Congresso statale avevano apertamente dichiarato la propria omosessualità⁴¹.

Ma soprattutto si raffronti l'impostazione “conservatrice” dell'argomento sociologico contenuto nella sent. n. 138 del 14 marzo 2010 della Corte costituzionale italiana⁴² con quello assai più “liberal”

36 La “*living tree doctrine*” è stata inaugurata dalla Corte suprema canadese nel 1930 in occasione del *leading case* *Edwards v. Canada*.

37 È significativo che il passaggio del *reference* *Re Same-Sex Marriage* con il quale la Corte suprema ha ribadito la validità della “*living tree doctrine*” sia stato oggetto a sua volta di un riferimento adesivo esplicito nella STC 198/2012 del Tribunale costituzionale spagnolo relativa al tema del matrimonio omosessuale. Prendendo le mosse dalla teoria dell’“*árbol vivo*”, il Tribunale costituzionale ha chiarito 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 «la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico» ed il «Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo». Sul punto, cfr. R. Ibrido, *L'interpretazione evolutiva ed il matrimonio omosessuale. Il caso spagnolo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2014, spec. pp. 8 ss. e pp. 13 ss. Fra i primi commenti alla sentenza, cfr. inoltre F.J. Matia Portilla, *Interpretación evolutiva de la constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo*, in *Teoría y realidad constitucional*, 2013, 31, pp. 541 ss.; M.A. Presno Linera, *El matrimonio: ¿garantía 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*, 2013, 19; 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*, 2013, 27, pp. 327 ss.; L. Conte, *La sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo del 6 novembre 2012 sul matrimonio omosessuale*, cit., pp. 149 ss.; U. Adamo, *Il matrimonio omosessuale in Spagna dalla l. n. 13/2005 alla S.T.C. 198/2012*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2013.

38 Sulle opinioni dissenzienti nell'ambito della giurisprudenza in materia di orientamento sessuale, cfr. A. Romano, *Diritti e dissenso. Pluralismo politico e resistenze argomentative nella giurisprudenza sul matrimonio tra omosessuali*, in *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, A. Schillaci (a cura di), cit., pp. 233 ss. e, con particolare riferimento alla sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo, Id., *I voti particolari nella Sentenza n. 198 del 2012 del Tribunal Constitucional spagnolo tra approcci alla relazione affettiva e dinamiche dell'interpretazione costituzionale*, in *Nomos*, 2014, 3.

39 A seguito della sentenza della Corte suprema del Cile del 31 maggio 2004, la signora Atala Riffo presentava ricorso alla Corte interamericana dei diritti dell'uomo, la quale, con la decisione del 24 febbraio 2012, rilevava il carattere discriminatorio della pronuncia dei giudici cileni. Su questa vicenda, cfr. F. Zúñiga Urbina, *Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de derechos humanos, caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, de 24 de febrero de 2012*, in *Revista de derecho político*, 2012, 85, pp. 351 ss.

40 Sul quale, cfr., tra gli altri, I. Ravetllat Ballesté, *El interés superior del niño: concepto y delimitación del término*, in *Educatio Siglo XXI*, 2012, 2, pp. 89 ss.; F. Seatzu, *Su alcuni recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di diritti sui fanciulli*, in *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, 2011, 9, pp. 376 ss.

41 Con la decisione *Kerrigan and Mock v. Connecticut Department of Public Health* (289 Conn. 135, 2008), la Corte suprema del Connecticut, assimilando l'orientamento sessuale ad un fattore di “*suspect*” o “*quasi-suspect classification*”, e facendo applicazione dell'*intermediate scrutiny*, ha dato riconoscimento al *same-sex marriage* in via pretoria. Si osservi il particolare rilievo assunto in questa decisione dai profili di ordine economico e sociale, i quali sono stati considerati come uno dei sei punti del *test standard* utilizzato dalla corte.

42 Fra i commentatori della sentenza n. 138 del 2010 non vi è unanimità di giudizi circa la corretta lettura da dare a questa decisione. Alcuni autori (A. Ruggeri, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alle coppie omosessuali in una*

proposto dalla già citata decisione della Suprema Corte messicana: mentre i giudici messicani avevano definito come un «fatto innegabile» la tendenza delle coppie dello stesso sesso a mantenere celata la loro identità all'epoca in cui fu approvata la Costituzione, nella sent. 138/2010 si legge al contrario che «come risulta dai citati lavori preparatori, la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, *benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta*» [cors.d.a.]. Due argomenti sociologici di segno inverso, dunque, i quali divergono sia sul merito (il grado di conoscenza della questione omosessuale da parte dei costituenti) sia sul metodo, dal momento che la Suprema Corte messicana, a differenza della Corte italiana, si è impegnata a motivare la propria ricostruzione sociologica menzionando le conclusioni alle quali erano pervenute le autorità scientifiche. Nella giurisprudenza in materia di orientamento sessuale, insomma, l'argomento sociologico risulta impiegato sia come canone di esclusione di letture legate al tempo della scrittura, sia quale indicatore della praticabilità di interpretazioni basate sui lavori preparatori.

Un caso particolare di utilizzo, in chiave conservatrice dell'argomento sociologico può essere poi rintracciato nella sentenza dell'11 dicembre 2013 della Corte suprema indiana. Nell'affermare la costituzionalità di una norma del codice penale la quale considerava i comportamenti sessuali degli omosessuali «*against the order of nature*» (e dunque penalmente sanzionabili), la Corte suprema ha censurato le modalità di impiego dei precedenti stranieri da parte della *High Court* di Delhi⁴³. Questi ultimi — si legge nella sentenza del 2013 — non possono essere applicati ciecamente (“*blindfolded*”) ma il loro richiamo appare subordinato alla loro compatibilità con le *social attitudes* tipiche del contesto culturale indiano.

È appena il caso di aggiungere che anche sentenze volte ad assicurare una maggiore protezione dello statuto costituzionale delle relazioni omoaffettive possono nascondere, tra le righe, una certa spinta all'omologazione ed al conformismo degli stili di vita. È questo il caso di *Obergefell*, nella quale il riconoscimento del *same-sex marriage* è avvenuto sulla base di una lettura “borghese” dell'immagine costituzionale della famiglia. In altre parole, la Corte suprema ha considerato la famiglia fondata sul matrimonio — eterosessuale o omosessuale che sia — come l'unica pratica di autodeterminazione affettiva pienamente corrispondente al *best interest* del minore⁴⁴. Vero è che su questo argomento della Corte suprema ha forse inciso una percezione dell'istituto matrimoniale diversa da quella dell'osservatore europeo. Non a caso, infatti, negli Stati Uniti, quanto meno nel medio-lungo termine, la soluzione spagnola (“*stessi diritti con lo stesso nome*”) ha segnalato un maggiore *appeal* rispetto a quella di derivazione tedesca (un istituto *ad hoc* per le sole coppie omosessuali). Rimane il fatto, peraltro, che anche in *Obergefell* si ripropone il problema della tensione fra due diversi “filosofie” nella protezione dei diritti della sfera affettiva: da un lato un approccio, per così dire, “pragmatico”; dall'altro lato, una opposizione a qualsiasi soluzione interpretativa tendente a piegare il riconoscimento di queste istanze «entro una direzione di “normalizzazione”» che ne comporterebbe una delegittimazione delle «potenzialità emancipative»⁴⁵.

pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 2, pp. 1629 ss.; L. D'Angelo, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio “nun s'ha da fare”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 2010), nel rintracciare nella posizione della Corte una difesa del paradigma eterosessuale, hanno infatti posto l'accento sul passaggio della sentenza nel quale la Corte sottolinea che, malgrado «i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere cristallizzati con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore (...) detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto di incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata». Peraltro, secondo l'indirizzo accolto da altra dottrina, e poi sposato da Cassazione prima sezione civile del 15 marzo 2012, n. 4184, la sentenza n. 138 del 2010, non nega affatto che la discrezionalità del legislatore possa spingersi sino al riconoscimento del matrimonio omosessuale, «limitandosi ad escludere che a tale risultato si possa pervenire direttamente per via ermeneutica». In questa prospettiva, gli argomenti utilizzati dalla sentenza delineerebbero «limiti dell'interpretazione» che non possono certo essere convertiti «in limiti della legislazione» (B. Pezzini, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 3, pp. 2715 ss.).

43 La quale, invece, aveva rilevato l'incostituzionalità dell'art. 377 del codice penale indiano. In argomento, cfr. A. Schillaci, *Indietro (non) si torna. La Corte Suprema indiana, i comportamenti sessuali “contro natura” ed il verso della comparazione*, in *Diritti comparati*, www.diritticomparati.it, 2014.

44 Un punto, quest'ultimo, colto efficacemente da C. Vitucci, *La sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti sul matrimonio omosessuale e il diritto internazionale*, cit.: «il lettore “laico”, formato alla scuola di David Cooper, avverte un certo disagio leggendo le pagine dell'opinione di maggioranza in cui si esalta il ruolo del matrimonio quale quasi necessaria scelta di vita se si vuole essere pienamente realizzati, dal punto di vista individuale e sociale. Probabilmente questo era il prezzo da pagare per ottenere il risultato. Ora finalmente anche un omosessuale (statunitense) sarà libero di non sposarsi».

45 Così A. Romano, *Diritti e dissenso. Pluralismo politico e resistenze argomentative nella giurisprudenza sul matrimonio tra omosessuali*, cit., spec. pp. 236-237, il quale peraltro ritiene le preoccupazioni per una deriva assimilazionista del *same-sex marriage* fondate su «un alto livello di astrazione e al momento» prive «di una solida *pars costruens*».

A ulteriore conferma del carattere “trasversale” del tema dell’argomento sociologico, occorre infine ricordare che nella giurisprudenza straniera non mancano casi nei quali l’argomento “originalista” è stato utilizzato per dare riconoscimento alle istanze delle coppie omosessuali. Nella decisione *Kerrigan and Mock* prima richiamata, ad esempio, la Corte suprema del Connecticut ha individuato nella volontà originaria dei costituenti statali l’intenzione di accordare una lettura amplissima della *equal protection clause*, tale da includere anche l’eguaglianza delle coppie omosessuali sul piano matrimoniale.

4. Modalità di acquisizione dei dati sociali e principio del “giusto processo costituzionale”

A un esame più attento della giurisprudenza in materia di orientamento sessuale, ciò che sembra differenziare l’approccio delle corti non è tanto — o non è solo — il grado di integrazione del dato sociale all’interno del percorso argomentativo, e neppure il livello di “fedeltà” al testo o alla volontà originaria del costituente. Gli elementi di diversità possono invece essere apprezzati innanzitutto e in primo luogo in relazione alle modalità con le quali vengono acquisiti al giudizio costituzionale i dati sociali. Modalità le quali, ovviamente, sono condizionate in larga parte, dai caratteri del sistema di giustizia costituzionale e dalle regole processuali seguite dalle singole corti.

In alcuni casi, i giudici hanno commissionato a centri di ricerca specializzati vere e proprie “perizie”. È questo il caso della più volte richiamata decisione della Suprema Corte messicana, dove con ordinanza, il giudice istruttore ha richiesto al principale ateneo universitario del paese l’elaborazione di uno studio relativo ai profili psicologici, sociologici e bioetici che investono la tematica dell’adozione e del matrimonio omosessuale.

In un secondo gruppo di decisioni, la strategia di legittimazione delle corti ha poggato sulla citazione degli *amici curiae briefs*. Paradigmatiche, sotto questo profilo, sono le decisioni delle corti statali del Massachusetts, del Connecticut e dell’Iowa, le quali hanno utilizzato gli apporti degli *amici curiae briefs* pervenuti da medici e psicologici nonché da docenti universitari di storia e economia allo scopo di scardinare una interpretazione delle norme costituzionali statali fondata sull’argomento naturalistico e su quello economico-efficientistico⁴⁶.

In base all’argomento naturalistico, il matrimonio si collega *ipso facto* alla procreazione naturale, la quale è invece esclusa per le coppie omosessuali. Ritenendo i genitori di sesso diverso più inclini ad assicurare la stabilità del nucleo familiare, l’argomento naturalistico conduce così a considerare l’inserimento del figlio in un contesto di tipo tradizionale come maggiormente rispondente al suo “*best interest*”.

Attraverso l’argomento economico-efficientistico, i sostenitori del c.d. paradigma eterosessuale tendono invece a porre l’accento sull’impatto negativo che l’introduzione del *same-sex marriage* potrebbe determinare sui bilanci pubblici.

Da questo punto di vista, può apparire quanto meno paradossale (e tutt’altro che rassicurante) che proprio alcune corti “liberal”, anziché negare con decisione la spendibilità dell’argomento economico-efficientistico, abbiano cercato di “smontarlo” dal suo interno, così cercando di dimostrare che quello omosessuale è per lo stato un matrimonio “a costo zero”.

46 Si tratta di tre decisioni (*Goodridge v. Department of Public Health* del 2003 della Corte suprema del Massachusetts; *Kerrigan and Mock v. Connecticut Department of Public Health* del 2008 della Corte suprema del Connecticut; *Varnum v. Brien* del 2009 della Corte suprema dell’Iowa) le quali hanno introdotto il *same-sex marriage* in via pretoria. Più nel dettaglio, se per la Corte suprema del Massachusetts «il matrimonio civile rafforza il benessere della comunità di riferimento» anche per i benefici individuali «tangibili» e «intangibili» che è in grado di garantire a chi lo contrae, i giudici della Corte suprema dell’Iowa hanno individuato nell’opposizione religiosa l’ostacolo più importante al riconoscimento sociale del *same-sex marriage*, utilizzando quindi il dato sociale per prendere le distanze da qualsiasi concezione confessionale del matrimonio. La necessità di considerare l’argomento sociologico viene poi esplicitamente collegata dalla Corte suprema del Connecticut all’esigenza di una interpretazione evolutiva e non originalista del testo costituzionale. In questo senso, la Corte ha definito la Costituzione statale come uno «strumento di progresso» che necessita di essere interpretato in conformità con le domande della società contemporanea. Sugli argomenti utilizzati nell’ambito di queste tre decisioni, cfr. *amplius* C. Fasone, *Il same-sex marriage dinanzi alle corti supreme degli Stati Uniti: dall’argomento originalista all’interpretazione evolutiva, attraverso la valorizzazione del dato sociologico*, in *Ianus*, 2011, 4, pp. 9 ss. e spec. pp. 39 ss.

In un terzo filone è poi possibile raggruppare le decisioni di quelle corti che, lungi dal citare le ricerche delle autorità scientifiche, hanno optato per la più collaudata categoria processualistica del “fatto notorio”⁴⁷, mantenendo così le proprie motivazioni entro un registro eminentemente giuridico.

Oltre al già citato passaggio della sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale italiana, è possibile in particolare ricordare la sentenza 41/2006 del Tribunale costituzionale spagnolo. Dinanzi ad un caso di discriminazione di un lavoratore illegittimamente licenziato dall’Alitalia in ragione della propria omosessualità, il *Tribunal Constitucional* ha ricompreso nel nucleo duro del principio di eguaglianza anche l’orientamento sessuale, benché quest’ultimo non fosse espressamente previsto dall’art. 14 della Costituzione fra i fattori di non discriminazione. A sostegno della interpretazione estensiva dell’art. 14, i magistrati costituzionali hanno osservato 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*».

Infine, un ultimo filone di sentenze segnala il tentativo delle corti, attraverso i propri poteri istruttori, oppure appoggiandosi alle prospettazioni delle parti, di giocare di sponda con i risultati di indagini scientifiche preesistenti al giudizio di costituzionalità.

Penso, ad esempio, al richiamo esplicito nella sentenza 198/2012 del *Tribunal Constitucional* di 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. Ad avviso del Tribunale costituzionale, benché i risultati delle indagini statistiche e demoscopiche menzionate nel testo della sentenza non siano di per sé un elemento in grado di determinare autonomamente la costituzionalità o l’incostituzionalità della legge sul matrimonio omosessuale, «*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*».

Ma penso, soprattutto, alla sentenza con la quale 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 matrimoniale⁴⁸.

Secondo il giudice argentino, 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*». Richiamando alcuni studi sociologici, il giudice ha 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. Particolarmente significativo è il passaggio della decisione nel quale si traccia un parallelismo fra i 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 a 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.

Insomma, alla luce delle indicazioni emerse da questa giurisprudenza, più che di “argomento sociologico” sembrerebbe doversi parlare, al plurale, di “argomenti sociologici”, ognuno dei quali finisce per porre specifici problemi non solo sul terreno della individuazione di idonei criteri per il loro controllo, ma anche su quello della compatibilità fra le tecniche di acquisizione dei dati sociali utilizzate

47 Nell’ambito del diritto processuale si intende, per “fatto notorio”, «un fatto di pubblica conoscenza in un determinato ambito territoriale (...) L’esistenza di un simile fatto è conosciuta dal giudice senza la necessità che le parti chiedano l’ammissione di un determinato mezzo di prova: *notoria non eget probatione*. Occorre naturalmente che il fatto sia indubitabile e incontestabile». Diverso dal fatto notorio è invece il “fatto pacifico”, un fatto, cioè, di «conoscenza non pubblica; esso è affermato da una parte ed è ammesso esplicitamente o implicitamente dalla controparte». Nel diritto processuale penale italiano, il fatto pacifico non ha bisogno di essere provato, in quanto il giudice può direttamente utilizzarlo come “elemento di prova” per la sua decisione (P. Tonini, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Milano, Giuffrè, 2012, pag. 130).

48 Si tratta del “*Fallo Seijas*”: *Juzgado de Primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: “Freyre, Alejandro y otro c/GCBA s/Amparo (Art. 14 CCABA) (expte. 34292/0)”*; *Sentencia del 10 de noviembre de 2009*, sul quale cfr. N. Vizioli, *La legittimità costituzionale del matrimonio tra persone dello stesso sesso nella giurisprudenza argentina*, in *Ianus*, 2011, 4, pp. 139 ss., spec. pp. 158 ss.

dalle corti e il principio del “giusto processo costituzionale”⁴⁹. La fisiologica asimmetria fra l’individuo e l’autorità pubblica all’interno del giudizio costituzionale impone infatti di individuare soluzioni processuali idonee a salvaguardare l’esigenza di “parità delle armi” nell’accesso alle conoscenze di carattere scientifico.

Un tema, quest’ultimo, di importanza decisiva, il quale rischia forse di essere offuscato da prospettive che tendono a semplificare il problema dell’impiego dell’argomento sociologico riconducendolo ad un mero prolungamento della alternativa fra originalismo e anti-originalismo.

5. La degradazione degli istituti familiari da “concetti” a “tipi” e i percorsi di gestione della transizione al nuovo paradigma

Secondo la teoria del mutamento dei paradigmi elaborata da Thomas Kuhn è possibile individuare due diversi stadi dell’attività di ricerca scientifica: nei periodi di “scienza normale”, l’accordo si forma attorno ad un paradigma, ad un modello in grado di orientare le ricerche e a fornire le soluzioni ai problemi. Nei periodi di “scienza straordinaria” al contrario, a causa del moltiplicarsi di anomalie che sfuggono al modello esplicativo, il paradigma dominante entra in crisi, sicché la parte della comunità scientifica più conservatrice tenterà, attraverso “ipotesi *ad hoc*”, di salvare il vecchio paradigma fino a quando il nuovo modello non abbia ottenuto un consenso tale da porre termine alla “guerra delle scuole”⁵⁰.

Ebbene, con riferimento agli istituti familiari e in particolare al matrimonio, non vi è dubbio che il tradizionale paradigma eterosessuale stia affrontando oggi il proprio periodo di “scienza straordinaria”. Infatti, più che alla affermazione integrale di un nuovo paradigma, non poche delle corti che hanno fatto uso dell’argomento sociologico in chiave di riconoscimento dei diritti delle coppie omosessuali sembrerebbero essersi attestate sulla linea di una trasformazione del matrimonio da “concetto” a “tipo”.

«Il tipo» — ha scritto Jünger — «è il modello con cui ci misuriamo», qualcosa di «più forte di un’idea, per non dire di un concetto»⁵¹. In effetti, secondo una pista di ricerca sviluppata da autorevole dottrina, “concetti” e “tipi” corrispondono a due forme di pensiero differenti. Mentre il concetto può essere applicato a una circostanza concreta solo e soltanto quando vi si riscontrino tutti i tratti della definizione, «il tipo non può mai essere totalmente definito, ma solo indicato e spiegato, poiché la tipicità da esso richiamata si basa su di un complesso di caratteristiche che ha un nucleo fisso, ma non rigidamente chiuso». In altre parole, «il concetto divide, il tipo lega»⁵².

Dalle clausole generali, ai c.d. “*standard*”, senza dimenticare i tipi di frequenza, le varie forme di tipizzazione hanno ormai da tempo fatto il loro ingresso prepotente nella legislazione, specialmente nel diritto di famiglia, consentendo di lanciare nel procedimento applicativo del diritto un ponte tra norma e caso vitale. Benché non esente da aspetti problematici sul versante della certezza del diritto, il tipo, in questa ottica di incessante mediazione tra passato e presente, appare in grado di fronteggiare più efficacemente le discontinuità e le fratture sociali, culturali ed economiche che si manifestano nelle nuove immagini prodotte e riprodotte dalla società.

Da questo punto di vista, la valorizzazione della forma di pensiero del tipo nell’ambito della ricostruzione del significato degli istituti familiari e in particolare del matrimonio può essere individuata come una delle cifre di lettura fondamentali della giurisprudenza in materia di diritti degli omosessuali.

Basti pensare, ad esempio, ad alcuni passaggi della già citata decisione Freyre. Dopo una ricostruzione dell’itinerario evolutivo del matrimonio — «*cuya historia es anterior al Concilio de Trento*» — il giudice amministrativo argentino giungeva a «*descartar la idea de un significado natural o recto*» di matrimonio, rilevando il carattere intrinsecamente dinamico di tale istituto.

49 In relazione al problema della estensione del principio del “giusto processo” alla giustizia costituzionale, cfr. L. Buffoni, *Processo e pluralismo nell’ordinamento costituzionale italiano. Apologia e limiti dell’universalismo procedurale*, Napoli, Jovene, 2012, spec. pp. 347 ss.

50 Cfr. T.S. Kuhn, *The structure of scientific revolutions*, Chicago, University of Chicago Press, 1962, tr. it.: *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, Einaudi, 1999, spec. pp. 65 ss. e 213 ss. Sull’uso dei paradigmi, cfr. anche G. Agamben, *Che cos’è un paradigma?*, in Id., *Signatura rerum: sul metodo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008, 11 ss.

51 E. Jünger, *Typus, Name, Gestalt*, Stuttgart, Klett Cotta, 1963.

52 F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 268 ss.

A conclusioni non dissimili era già pervenuta la Corte suprema messicana. Come si legge nella sentenza, sebbene storicamente il matrimonio sia stato considerato «*como la unión entre un hombre y una mujer, teniendo la procreación, en determinado momento, un papel importante para su definición [...] no es sostenible afirmar, sin más, que el matrimonio, en su definición tradicional, fuera un concepto completo y, por tanto, inmodificable por el legislador, máxime derivado del proceso de secularización de la sociedad y del propio matrimonio*».

Significative indicazioni vengono poi dalla richiamata sentenza n. 198 del 2012 del Tribunale costituzionale spagnolo. Muovendo dall'assunto che la "realtà sociale" contribuisce a determinare i percorsi di attualizzazione della cultura giuridica (e per questo tramite dell'interpretazione costituzionale), il *Tribunal Constitucional* ha evidenziato che il canone dell'interpretazione della Costituzione conforme alla CEDU e ai trattati internazionali previsto dall'art. 10, c. 2 della Costituzione spagnola (da ora CE) consente di conferire spessore giuridico ad elementi culturali esterni al testo, confermando così che il diritto è «*fenómeno social vinculado a la realidad*». In altri termini, l'art. 10, c. 2 CE consentirebbe di dotare l'art. 33 CE di una struttura aperta ai mutamenti culturali, di una «*contextura receptiva*»⁵³, per usare una espressione della dottrina spagnola che difficilmente potrebbe essere tradotta in italiano in maniera altrettanto efficace. Utilizzando l'argomento sociologico e quello comparativo quali strumenti di autocoscienza e critica dell'identità dell'ordinamento di partenza, e dunque veicolando le nuove domande di giustizia direttamente sul terreno ermeneutico, il Tribunale costituzionale è in sostanza pervenuto ad affermare che la definizione di matrimonio presupposta dai costituenti, benché valida nel 1978, non può più trovare applicazione nel contesto attuale.

Quando poi il Tribunale costituzionale portoghese, nel difendere la legittimità del matrimonio per le coppie omosessuali, ha avuto modo di definire il matrimonio come un «concetto aperto e plurale adattabile alle necessità della realtà sociale», esso ha in sostanza degradato questa formula lessicale a "tipo", a elemento dinamico idoneo a porre in evidenza il ruolo indirettamente normativo dei comportamenti sociali⁵⁴.

Una operazione, quest'ultima, replicata dal Tribunale supremo brasiliano nella sentenza sul matrimonio omosessuale del 5 maggio 2011⁵⁵. In questo caso, la critica dei concetti è stata estesa anche al significato di "famiglia", espressione la cui interpretazione impone, ad avviso della corte, una esegesi «*não-reductionista*», finalizzata a mettere in luce il carattere «*aperto*» di un termine da ricostruire alla luce del principio costituzionale del pluralismo.

Persino nella sentenza n. 138 del 2010 della Corte costituzionale, nella quale la natura eterosessuale del matrimonio e la sua finalità procreativa sono state ricomprese nel nucleo duro dell'art. 29 Cost. non modificabile in via interpretativa, si è ammesso 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».

Insomma, sembrerebbe trovare conferma, almeno in questa giurisprudenza, l'intuizione di Koselleck⁵⁶, il quale evidenziava che ogni concetto è legato a una parola, ma non necessariamente tutte le parole appaiono in grado di esprimere un concetto.

Sarebbe peraltro prematuro concludere che si sia giunti alla fine della "guerra delle scuole". Vero è che alcune sentenze hanno tentato più di altre di configurare un nuovo paradigma. Così, in particolare, la decisione *Hillary Goodridge*, nella quale la Corte suprema del Massachusetts — anticipando *Obergefell* — ha introdotto in via pretoria l'istituto del *same-sex marriage*, affermandone così la necessità costituzionale.

E tuttavia, l'impressione è che una delle linee di tendenza prevalenti sia quella di superare il precedente paradigma, senza peraltro sostituirlo integralmente con un nuovo e universale concetto di matrimonio.

53 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*, 1989, 6, pp. 9 ss. e spec. pag. 14.

54 Si tratta della sent. n. 121 dell'8 aprile 2010, sulla quale cfr. E. Crivelli, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatori e organo di giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, in *Rivista AIC*, www.archivio.rivistaaic.it, 2010.

55 Sulla tematica del *same sex marriage* in Brasile, cfr., fra gli altri, J.M. Cabrales Lucio, *Same-Sex Couples Before Courts in Mexico, Central and South America, Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, in D. Gallo, L. Paladino, P. Pustorino (eds) cit., pp. 93 ss. e spec. pag. 114.

56 R. Koselleck, *Storia dei concetti e storia sociale*, in Id., *Futuro passato: per una semantica dei tempi storici*, Genova, Marietti, pp. 91 ss., spec. pag. 102 ss.

Aggiungo che fra le strategie messe in campo per gestire la transizione dal vecchio al nuovo paradigma va ricompresa la tecnica del “rinvio”: così la Corte europea dei diritti dell’uomo, nel caso *Schalk e Kopf c. Austria*, la quale ha individuato nell’esclusione delle coppie omosessuali dall’istituto matrimoniale la legittima manifestazione del margine di apprezzamento spettante agli stati membri⁵⁷. Al tempo stesso, la Corte, ponendo l’accento sull’evoluzione delle «social attitudes», quasi in un “prospective overruling”, ha chiarito la propria competenza a rivedere in futuro questa posizione, richiedendo quale presupposto per l’attualizzazione dell’interpretazione dell’art. 12 l’esistenza di una convergenza di soluzioni fra le legislazioni nazionali tale da consentire l’elaborazione di uno standard comune⁵⁸.

6. Verso una conclusione

Fra le diverse esperienze fin qui analizzate, quella statunitense può essere probabilmente assunta a caso esemplare di apertura all’argomento sociologico. In effetti, almeno due diversi fattori hanno contribuito all’impiego di questo canone argomentativo da parte delle corti statunitensi.

Da un lato, gli studi del realismo giuridico e della giurisprudenza sociologica vantano nella letteratura nord-americana una gloriosa tradizione⁵⁹, sicché, già su un piano culturale, il giudice statunitense sembrerebbe mostrare una maggiore familiarità rispetto a forme di integrazione del dato sociale nell’ambito del contesto di giustificazione.

Dall’altro lato — e soprattutto — le corti statunitensi sono inserite all’interno di un ordinamento nel quale le peculiari modalità di ragionamento del giudice di *common law* si combinano con le caratteristiche di un sistema di giustizia costituzionale diffuso. Ebbene, come è stato rilevato, il giudice comune appare senz’altro più avvezzo a sfruttare il contributo di altre scienze rispetto alle corti costituzionali inserite all’interno di un sistema di tipo accentrato⁶⁰.

Quanto ai casi, una particolare menzione merita certamente la decisione *United States v. Windsor* del 26 giugno 2013, con la quale la Corte suprema ha affermato l’incostituzionalità della *Section 3* del *Defense of Marriage Act* (DOMA). In tale occasione, i giudici supremi hanno rilevato che il trattamento differenziato riservato a livello federale agli omosessuali umilia («demeans») le coppie dello stesso sesso, imponendo un vero e proprio «stigma» nei confronti di quanti hanno deciso di usufruire delle possibilità accordate dagli stati membri che hanno optato per l’introduzione del *same-sex marriage*. In

57 Posizione ribadita nel caso *Oliari e altri v. Italia* del 15 luglio 2015. Come visto, peraltro, in quest’ultima decisione la Corte EDU ha ravvisato una violazione dell’art. 8 della Convenzione nella mancata predisposizione legislativa di forme di riconoscimento delle unioni omosessuali.

58 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 a 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 22 novembre 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, cfr., 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*, 3, 2010, pp. 525 ss. Sul rapporto circolare fra interpretazione costituzionale e interpretazione convenzionale tracciato dalla sentenza *Schalk e Kopf c. Austria*, cfr. R. Ibrido, *I diritti degli omosessuali tra argomenti comparativi e pluralismo disciplinare*, in *Percorsi costituzionali*, 2012, 3, pp. 373 ss. e spec. pp. 392 ss.

59 Per una panoramica di sintesi di questi indirizzi, cfr. F. Bonsignori, *Il realismo giuridico*, in *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, A. Ballarini... [et. al] (a cura di), Torino, Giappichelli, 2010, pp. 245 ss. e spec. pag. 248.

60 Cfr. in particolare, R. Bin, *La Corte e la scienza*, in *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, A. D’Aloia (a cura di), Torino, Giappichelli, 2005, pp. 9 ss., il quale sottolinea come il giudice comune si trovi molto spesso in una posizione di “dipendenza necessaria” dai risultati scientifici. Al contrario, per il giudice costituzionale italiano non si pone il problema di verificare il nesso di causalità delle azioni umani e la ricerca della “copertura” delle leggi scientifiche. In ogni caso, per un quadro di alcuni casi nei quali la Corte costituzionale italiana è stata chiamata a ripercorrere i dati fattuali, le premesse scientifiche e i presupposti tecnologici delle leggi sottoposte al suo giudizio, cfr. R. Bin, *Atti normativi e norme programmatiche*, cit., pp. 328 ss.

altre parole, secondo i giudici supremi, la stigmatizzazione conseguente all'applicazione del DOMA conduce a equiparare il *same-sex marriage* a un «matrimonio di seconda classe»⁶¹.

Tale argomento sociologico — il quale sembra presentare alcune analogie con l'analisi in *Brown* delle conseguenze psicologiche della segregazione razziale — è stato ulteriormente ripreso e sviluppato nella decisione *Obergefell* della Corte suprema⁶². Già prima di questa decisione, peraltro, il riferimento in *Windsor* al rischio di una "stigmatizzazione" delle coppie omosessuali aveva determinato una sorta di "effetto domino" nelle giurisprudenze delle corti supreme statali. Ricordo, tra le altre, la decisione di un giudice dell'Ohio⁶³, il quale, nel rilevare l'incostituzionalità di una sorta di "mini-DOMA" statale, aveva affermato che la differenziazione tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali equivale a imporre uno *status* separato e uno "stigma" su coloro che contraggono un matrimonio *same-sex* in un altro stato membro⁶⁴.

Questo schematico (e certamente insufficiente) spaccato sulla giurisprudenza in materia di orientamento sessuale conferma il ruolo crescente che, nel panorama comparato, il dato sociale ha assunto negli itinerari argomentativi dei giudici costituzionali.

Nel ricorso a questo canone non mancano, peraltro, zone d'ombra. Ciò non tanto con riferimento al rischio di una "presa di congedo" dal testo. Mi vado anzi convincendo che, al pari dell'argomento comparativo⁶⁵, anche l'argomento sociologico vada apprezzato sul terreno dell'"ottimizzazione" dei risultati, in quanto il confronto con il dato sociale, consentendo di risalire dal testo al contesto, 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»⁶⁶.

61 Individua una delle fondamentali cifre di lettura della decisione nella scelta della Corte di astenersi da una astratta ricostruzione delle radici storiche e culturali dell'istituto matrimoniale, privilegiando il riferimento concreto agli interessi delle persone coinvolte e al pregiudizio sociale da queste subito in conseguenza dell'applicazione della *Section 3 A*. Schillaci, "This case is not routine". *La Corte Suprema USA e il same sex marriage, tra tutela dei diritti e limiti della giurisdizione*, in Osservatorio AIC, www.osservatorioaic.it, 2013.

62 Come si legge nella *opinion of the Court*, «*The limitation of marriage to opposite-sex couples may long have seemed natural and just, but its inconsistency with the central meaning of the fundamental right to marry is now manifest. With that knowledge must come the recognition that laws excluding same-sex couples from the marriage right impose stigma and injury of the kind prohibited by our basic charter (...) Many who deem same-sex marriage to be wrong reach that conclusion based on decent and honorable religious or philosophical premises, and neither they nor their beliefs are disparaged here. But when that sincere, personal opposition becomes enacted law and public policy, the necessary consequence is to put the imprimatur of the State itself on an exclusion that soon demeans or stigmatizes those whose own liberty is then denied*».

63 Corte federale distrettuale per il distretto sud dell'Ohio, 22 luglio 2013, *Obergefell et al. v. Kasich et al.*

64 Sulla giurisprudenza delle corti statali che hanno fatto applicazione dei principi enunciati in *Windsor*, cfr. M.C. Vitucci, *In viaggio per i diritti. Coppie omosessuali e diritto internazionale privato*, in *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, A. Schillaci (a cura di), cit., pp. 112 ss. e spec. pp. 118 ss.

65 Con particolare riferimento all'uso dell'argomento comparativo nella giurisprudenza in materia di orientamento sessuale, si perdoni il rinvio a R. Ibrido, *I diritti degli omosessuali tra argomenti comparativi e pluralismo disciplinare*, cit., pp. 373 ss.; Id., "Ritorno alla comparazione". *Note a margine della sentenza del Tribunal Constitucional spagnolo sul matrimonio omosessuale*, in *Nomos*, 2013, pag. 3. Più in generale, nella vasta letteratura che in Italia si è occupata del problema della comparazione nella giurisprudenza costituzionale, cfr. almeno G. Repetto, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, Jovene, 2011; G. De Vergottini, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, cit.; P. Ridola, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, in *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, G. Alpa (a cura di), Milano, Giuffrè, 2006, pp. 15 ss., ora anche in P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 293 ss.; T. Groppi, *Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, 1, pp. 199 ss.; *Corti nazionali e comparazione giuridica*, G.F. Ferrari, A. Gambaro (a cura di), Napoli, ESI, 2006; L. Pegoraro, P. Damiani, *Il diritto comparato nella giurisprudenza di alcune Corti costituzionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 1999, pp. 411 ss.; L. Pegoraro, *La Corte costituzionale e il diritto comparato nelle sentenze degli anni '80*, in *Quaderni costituzionali*, 1987, 3, pp. 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, pp. 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*, 2008, 2, pp. 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 AIC*, www.rivistaaic.it, 2011, 4. 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 *The use of foreign precedents by constitutional judges*, T. Groppi, M.C. Ponthoreau (eds.), Oxford-Portland (OR), Hart, 2013.

66 Mentre dunque le regole (*Regeln*), nell'impostazioni di Alexy, sarebbero «norme che possono essere sempre realizzate o non realizzate», in quanto contenenti «determinazioni (*Festsetzungen*) nello spazio di ciò che è fattualmente e giuridicamente possibile», i principi individuerebbero «solo precetti-*prima facie*», ragioni «per giudizi giuridici concreti». La distinzione fra

Più che il problema della “tenuta” della supremazia della Costituzione, e dunque il rischio di una “sfaldatura” di quest’ultima rispetto alla penetrazione di elementi di giudizio esterni al dato testuale, l’argomento sociologico sembra interrogare le componenti essenziali dell’identità del giudice costituzionale: se è vero infatti che questo percorso argomentativo conduce a dare una cassa di risonanza a dinamiche sociali che tendono ad affermarsi in un determinato momento storico, non può allora essere sottovalutato il rischio di ridimensionare la funzione contro-maggioritaria delle corti.

Come ha evidenziato Rodríguez Arribas nel voto particolare sulla sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo in materia di matrimonio omosessuale, 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*». Un rilievo, quello di Rodríguez Arribas, il quale non a caso è stato raccolto dalla recente pronuncia della Corte suprema statunitense. Come si legge infatti in Obergefell, «*This is why “fundamental rights may not be submitted to a vote; they depend on the outcome of no elections (...) It is of no moment whether advocates of same-sex marriage now enjoy or lack momentum in the democratic process. The issue before the Court here is the legal question whether the Constitution protects the right of same-sex couples to marry*».

Se è vero che le considerazioni di ordine problematico sviluppate in queste pagine non appaiono sufficienti ai fini della elaborazione di una proposta generale e compiuta di utilizzazione dei dati sociali, nondimeno è possibile provare a tracciare il profilo di un suo “anti-modello”. Da questo punto di vista, mi soffermerò, in particolare, su due direttive metodologiche di carattere negativo.

In primo luogo, l’argomento sociologico non va impiegato in modo occulto, criptico, incontrollato e non verificabile. Tale direttiva potrebbe apparire quanto meno scontata, dal momento che la trasparenza e la verificabilità delle forme di ragionamento dei giudici costituiscono il presupposto di ogni buona motivazione giudiziaria, indipendentemente dal tipo di canone argomentativo utilizzato⁶⁷. E tuttavia, come ha evidenziato Martin Krielle, il vincolo di motivazione al quale è sottoposto il giudice non è sempre uniforme, risultando in alcune circostanze particolarmente stringente e in altre assai più blando⁶⁸. Ebbene, uno dei casi nei quali si avverte l’esigenza di un supplemento di giustificazione è rappresentato, appunto, dalla ipotesi di valorizzazione delle dinamiche sociali nella interpretazione della Costituzione. Infatti, il modello haerberliano della Costituzione come processo pubblico (e non già come comando eteronomo) può avvalersi delle potenzialità dell’argomento sociologico se e soltanto se quest’ultimo risulti guidato dal principio di pubblicità e da una vocazione autenticamente discorsiva. Diversamente ragionando, il giudice finirebbe per interrompere con un atto autoritativo ma non altrettanto legittimato quel processo circolare di mutue correlazioni che consentono ai *rule followers* di concorrere alla interpretazione della Costituzione⁶⁹.

In secondo luogo, l’argomento sociologico non va utilizzato in modo da trasformare le corti costituzionali nei portavoce della *vox populi*.

Da un lato, infatti, questa malintesa concezione dell’argomento sociologico rischia di tradire quella funzione *counter-majoritarian* la quale, come detto, continua a cogliere uno degli elementi fondanti della identità del giudice costituzionale. Per di più, l’argomento del *consensus* della opinione pubblica può rappresentare una arma a doppio taglio: cosa succedrebbe se un giorno la maggioranza dell’opinione pubblica si dovesse esprimere a favore della pena morte o della criminalizzazione dei comportamenti sessuali degli omosessuali? Insomma, il processo di avanzamento dei diritti è cosa troppo seria per essere lasciata in mano agli *opinion pool*.

principi e regole proposta da R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994, tr. it.: *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 101 ss. e spec. pp. 106-107. presenta alcuni importanti profili di affinità rispetto a quella elaborata da R. Dworkin, *Taking rights seriously*, London, Duckworth, 1977, tr. it.: *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982. Secondo quest’ultimo autore, le regole offrono solo l’alternativa tra integrale applicazione e integrale disapplicazione, mentre i principi sfuggono alla logica del “tutto-o-niente”.

67 Sulla esigenza di motivazioni trasparenti, controllabili e verificabili d’obbligo è il riferimento a L. Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1981; Id., *Diritto libero*, in *Digesto civile*, VI, Torino, UTET, 1990, pp. 279 ss., il quale identifica tale direttiva quale preconditione per un corretto ricorso alla “metodologia dei risultati”.

68 Secondo M. Krielle, *Theorie der Rechtsgewinnung: Entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlin, Duncker & Humblot, 1967 (cit. anche da G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte del diritto: una evoluzione storica e teorica*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007) l’esigenza di un “supplemento di giustificazione” si verificherebbe in particolare nei casi di *overruling* giudiziario.

69 In relazione al modello haerberliano di “democratizzazione” dell’interpretazione costituzionale, cfr. P. Häberle, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpretation*, in *JuristenZeitung*, 1975, pp. 297 ss. Su questo passaggio del pensiero di Häberle, cfr. inoltre P. Ridola, *Prime riflessioni sullo “spazio pubblico” nelle democrazie pluralistiche*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., pp. 31 ss. e spec. pp. 43 ss.

Dall'altro lato, questo approccio all'uso del dato sociale rischia di banalizzare la portata autenticamente costituzionale della questione omosessuale. Il pericolo, in altre parole, è che un uso "sguaiato" del canone sociologico conduca a rimuovere fattori di discriminazione legati alla sfera dell'orientamento sessuale solo e soltanto in ragione del fatto che "la società è cambiata", così trascurando i dati costituzionali, in qualche caso anche di ordine letterale, che consentono l'inclusione dell'orientamento sessuale nella immagine della persona umana costituzionalmente rilevante⁷⁰. Un pericolo di banalizzazione a mio avviso particolarmente evidente in quelle sentenze — fra le quali la decisione del Tribunale costituzionale spagnolo sul matrimonio omosessuale e la decisione *Oliari* della Corte EDU — nelle quali un peso significativo è stato attribuito alle statistiche e alle indagini demoscopiche circa il livello di accettazione dei nuovi paradigmi familiari⁷¹.

Le conclusioni di questo contributo non possono che avere carattere interlocutorio. Sia consentito tuttavia osservare che, pur con tutte le segnalate contraddizioni nell'uso dell'argomento sociologico, la pretesa di espellere i dati sociali dalle strategie di ragionamento del giudice costituzionale appare velleitaria, se non altro perché tale pretesa riflette una decisa sopravvalutazione della capacità delle corti di emanciparsi compiutamente dalle condizioni storico-politiche che le circondano. L'alternativa non è dunque fra la "sacralisation du texte" e la valorizzazione dell'argomento sociologico, quanto piuttosto fra due strategie attraverso le quali "governare" l'impiego dei dati sociali: da un lato, il ricorso occulto all'argomento sociologico e la tendenza a schiacciarlo sul consenso della maggioranza dell'opinione pubblica; dall'altro lato, un uso trasparente e verificabile di questo canone da parte di corti che non intendono abdicare al proprio ruolo di "contropotere"⁷².

Se correttamente intesa, l'integrazione del dato sociale nelle dinamiche interpretative, agendo sul piano del *Selbstverständnis* (autocomprensione, autochiarimento), appare in grado di contribuire alla definizione dell'orizzonte culturale e assiologico all'interno del quale è chiamato a muoversi l'interprete nella ricerca delle soluzioni ai propri problemi ermeneutici. La matrice innanzitutto "culturale" dell'argomento sociologico, la sua capacità di fungere da lente critica su modelli tradizionali di analisi degli istituti di diritto familiare, fornisce all'operatore del giuridico non già uno strumento per "riscrivere" le Costituzioni, ma semmai una occasione per emancipare il testo costituzionale da precomprensioni maturate nel quadro di assetti sociali dominati dal conformismo degli stili di vita.

Una operazione, quest'ultima, le cui chances di successo appaiono peraltro strettamente legate alla capacità dell'interprete di sganciare l'impiego dei dati sociali dalla mera "registrazione" del grado di consenso della opinione pubblica verso determinati paradigmi familiari.

70 In particolare, per l'identificazione della dignità con la premessa antropologica e concettuale dello stato costituzionale, cfr. P. Häberle, *Lo Stato costituzionale: I) Principi generali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXX, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2000. Per una interpretazione del principio di dignità umana e del diritto al libero sviluppo della propria personalità particolarmente sensibile rispetto al principio di autodeterminazione individuale, cfr. P. Ridola, *La dignità dell'uomo e il principio "libertà" nella cultura costituzionale europea*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., pp. 77 ss.

71 Va detto, peraltro, che in queste ultime due decisioni — e in particolare in quella del Tribunale costituzionale spagnolo — i riferimenti alle indagini statistiche e demoscopiche sembrano rappresentare un argomento *ad adiuvandum*, e quindi un riferimento aggiuntivo a sostegno di altre ragioni di giudizio.

72 Verificabilità — è importante precisare — la quale non costituisce una "grandezza certa" ma che è condizionata dalle possibilità implicite alla struttura processuale di ciascun sistema di giustizia costituzionale. Con riferimento alla Corte costituzionale italiana, per esempio, il problema della verificabilità dell'argomento sociologico chiama innanzitutto in causa un adeguato utilizzo dei poteri istruttori (sui quali, cfr. almeno T. Groppi, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, Giuffrè, 1997; M. Luciani, *I fatti e la Corte: sugli accertamenti istruttori del giudice costituzionale nei giudizi sulle leggi, in Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 521 ss.).