

**SUL COME PER LA CORTE COSTITUZIONALE «LE UNIONI OMOSESSUALI NON POSSONO ESSERE RITENUTE OMOGENEE AL MATRIMONIO».  
OVVERO TECNICHE ARGOMENTATIVE IMPIEGATE PER MOTIVARE LA  
SENTENZA 138/2010**

Ilenia Massa Pinto e Chiara Tripodina\*

SOMMARIO: 1. Premessa. Sullo studio delle tecniche argomentative come strumento per sottoporre a controllo scientifico le decisioni della corte costituzionale - 2. Sul come la corte include le unioni omosessuali tra le formazioni sociali costituzionalmente rilevanti e sul come rinvia al legislatore per garantirne il riconoscimento giuridico - 3. Sul come la corte crea l'illusione di impiegare l'argomento originalista (insieme con gli argomenti storico e sistematico) per vincolare il legislatore, e sul come tale illusione risulta effimera - 4. Sul come la corte costituzionale impiega, occultandolo, l'argomento del legislatore impotente a scardinare la «consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio» - 5. Sulle possibili ragioni della timidezza della corte costituzionale nel far ricorso esplicito all'argomento del legislatore impotente - 6. Conclusioni. Sul se la corte costituzionale rimanga nell'alveo dell'interpretazione costituzionale

*1. Premessa. Sullo studio delle tecniche argomentative come strumento per sottoporre a controllo scientifico le decisioni della corte costituzionale*

Questo studio si propone di analizzare la sentenza 138/2010 sulle unioni omosessuali sotto il profilo delle tecniche argomentative che la corte costituzionale ha impiegato per motivare la sua decisione.

È il frutto di una fra le molte animate discussioni in cui le due Autrici si cimentano quando affrontano l'analisi delle sentenze della corte costituzionale, al fine di schedarle – insieme ad altri – per il sito *Archivio di diritto e storia costituzionali* ([www.dircost.unito.it](http://www.dircost.unito.it)), un sito che «invita a rivalutare le scienze del diritto come scienze vincolate a testi»<sup>1</sup>.

Il lavoro consiste, infatti, in un'analisi puntuale del testo della sentenza, allo scopo di verificare la sostenibilità della decisione in essa contenuta alla luce delle tecniche argomentative impiegate. Riteniamo che questo sia un modo per sottoporre a controllo scientifico l'operato della corte,

---

\*Nonostante pensieri e parole di entrambe ricorrono in tutto lo scritto, possono imputarsi a Ilenia Massa Pinto i paragrafi 4 e 5, e a Chiara Tripodina i paragrafi 2 e 3. È indistinguibile, invece, l'apporto di ciascuna nei paragrafi 1 e 6.

<sup>1</sup> La sentenza si può infatti trovare schedata nel sito *Archivio di diritto e storia costituzionali*, sotto la sezione *Tecniche interpretative della Corte costituzionale*. E vi è coincidenza tra gli argomenti lì evidenziati e quelli qui citati. Ed anche le qualificazioni qui attribuite agli argomenti corrispondono a quelle scelte nel predisporre la tabella ai fini della catalogazione delle sentenze (si veda la *Presentazione* della sezione citata).

consentendo di leggere la sua giurisprudenza con lucidità intellettuale, senza farsi travolgere dalla tirannia dei valori.

L'analisi compiuta ci ha condotte a ritenere che la decisione fondamentale della sentenza sia racchiusa nell'asserzione secondo la quale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio». Ci siamo pertanto impegnate a sperimentare se la cordata argomentativa sviluppata dalla corte nel suo percorso logico fosse realmente utile al fine di sostenere tale asserzione. Anticipando le conclusioni alle quali siamo pervenute, riteniamo di poter affermare di no: la corte elabora la sua motivazione creando l'illusione dell'esistenza di un collegamento tra la decisione fondamentale e l'apparato argomentativo; illusione che però, infine, si rivela effimera. Infatti, se a una prima lettura del testo può apparire che il pilastro che sostiene la decisione sia l'argomento originalista, in realtà crediamo che essa si regga su un altro argomento che la corte non osa esplicitare: l'argomento del legislatore impotente. Impotente a scardinare la tradizione sedimentata da tempo immemorabile.

## *2. Sul come la corte include le unioni omosessuali tra le formazioni sociali costituzionalmente rilevanti e sul come rinvia al legislatore per garantirne il riconoscimento giuridico*

Il primo passaggio argomentativo nel quale la corte si impegna è quello che riguarda l'interpretazione dell'articolo 2 della Costituzione. Il punto che mira a chiarire è cosa s'intenda per formazioni sociali costituzionalmente rilevanti, e se le unioni omosessuali possano essere tra queste annoverate. Definita la formazione sociale come «ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione»<sup>2</sup>, la corte ritiene di includere in tale nozione «anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso»<sup>3</sup>. La corte non argomenta l'inclusione: la dà per evidente. Così come dà per evidente che da essa discenda per gli omosessuali il «diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri»<sup>4</sup>.

L'affermazione è importante, riconoscendo in modo esplicito alle coppie omosessuali il diritto fondamentale a vivere la loro condizione senza discriminazioni e a essere tutelate giuridicamente e pubblicamente come nucleo sociale connotato da diritti e doveri.

Sulla disciplina attraverso la quale si dovrà dare attuazione a tale diritto, il rinvio alla discrezionalità del legislatore appare il più ampio possibile. Anzi, sin troppo ampio, nella misura in cui gli consente

---

<sup>2</sup> Punto 8, *Considerato in diritto*.

<sup>3</sup> Punto 8, *Considerato in diritto*.

<sup>4</sup> Punto 8, *Considerato in diritto*.

di procrastinarne indeterminatamente i “tempi”. Se un diritto è fondamentale, come pure la corte ha affermato, non si può poi giustificare un rinvio *ad libitum* della sua tutela. Sarebbe stato preferibile che un così importante riconoscimento fosse stato contenuto, più che in una pronuncia di inammissibilità della questione per discrezionalità del legislatore, in una sentenza additiva di principio, che avrebbe offerto sia pur fragili strumenti, oltre che al parlamento, anche ai giudici comuni; o almeno che fosse stato accompagnato da un vigoroso e persuasivo monito al legislatore<sup>5</sup>. Il principio, tuttavia, pur non esplicitato nel dispositivo, rimane affermato nelle trame della motivazione. E non si può escludere che - aspettando il legislatore - qualche giudice non incominci ad avvalersene.

Il ragionamento della corte prosegue escludendo che il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali «possa essere realizzata soltanto attraverso un’equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio»<sup>6</sup>. Lo dimostrerebbe d’altra parte «l’esame, anche non esaustivo, delle legislazioni dei Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette per verificare la diversità delle scelte operate»<sup>7</sup> (*argomento comparatistico o del riferimento ad altri ordinamenti*).

Del medesimo argomento la corte si avvale più oltre per motivare circa la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale, sotto il profilo della sua conformità all’articolo 117, I comma, della Costituzione e ai vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Provato che la disciplina sovranazionale e internazionale in materia di matrimonio «non impone la piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna»<sup>8</sup>, anche qui l’*argomento comparatistico* viene impiegato a corroborare la conclusione, grazie all’esame «delle scelte e delle soluzioni adottate da numerosi Paesi che hanno introdotto, in alcuni casi, una vera e propria estensione alle unioni omosessuali della disciplina prevista per il matrimonio civile oppure, più frequentemente, forme di tutela molto differenziate»<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> Sia consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *L’unione tra persone del medesimo sesso nell’attuale contesto storico-sociale: onnipotenza o impotenza della costituzione (e della sua corte)?*, e a C. TRIPODINA, *Costituzione e matrimonio omosessuale: quis interpretabitur?*, entrambi in R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La “società naturale” e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*. Atti dei seminari "preventivi" ferraresi *Amicus Curiae* 26 febbraio 2010, Torino, Giappichelli, 2010, in corso di pubblicazione.

<sup>6</sup> Punto 8, *Considerato in diritto*.

<sup>7</sup> Punto 8, *Considerato in diritto*.

<sup>8</sup> Punto 10, *Considerato in diritto*.

<sup>9</sup> Punto 10, *Considerato in diritto*.

Per la corte, dunque, il riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali non si realizza soltanto attraverso l'estensione a esse del regime matrimoniale, e la piena equiparazione tra unioni omosessuali e unioni matrimoniali non è imposta. Affermazioni che parrebbero lasciare intendere - ragionando *a contrario* - che tuttavia l'estensione e l'equiparazione rappresentino soluzioni praticabili dal legislatore: che al parlamento la corte riconosca la libertà di muoversi tra un minimo e un massimo (che può giungere sino a riconoscere la possibilità di sposarsi anche agli omosessuali), senza vincolarlo a questo, ma anche senza precluderglielo.

Le conclusioni della corte sotto questi profili paiono confermare questa ampiezza e pienezza di scelta per il legislatore: quanto all'ambito applicativo dell'articolo 2, dice la corte, «spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette»<sup>10</sup>; così come, con riferimento all'articolo 117, afferma: «con il rinvio alle leggi nazionali, si ha la conferma che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento». In entrambi i casi vi è un *riferimento alla discrezionalità del legislatore come spazio impregiudicato dalla norma parametro*.

Una spia dell'andamento della sentenza, e dei limiti che di lì a poco la corte pare fare gravare sul legislatore, si può avere - a leggere con attenzione - solo nella parte in cui la corte riserva a sé la possibilità di controllare la ragionevolezza della disciplina dettata dal legislatore, qualora, «in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale»<sup>11</sup>. L'antitesi che la corte prefigura è tra “coppia coniugata” e “coppia omosessuale”, non tra questa e la coppia eterosessuale. Come dire che la coppia omosessuale, quale che sia la disciplina che il legislatore andrà a scegliere, non potrà in ogni caso essere anche coniugata.

*3. Sul come la corte crea l'illusione di impiegare l'argomento originalista (insieme con gli argomenti storico e sistematico) per vincolare il legislatore, e sul come tale illusione risulta effimera*

La piena discrezionalità, che la corte sin qui riconosce al parlamento, appare potentemente ridimensionata nella parte della sentenza in cui, motivando l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale con riferimento alla lettura degli articoli 3 e 29, sembra volergli precludere la possibilità di scegliere, per il futuro, tra le diverse forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni omosessuali, anche quella matrimoniale. Questo vincolo negativo parrebbe risultare in

---

<sup>10</sup> Punto 8, *Considerato in diritto*.

<sup>11</sup> Punto 8, *Considerato in diritto*.

particolare dall'affermazione della corte per la quale «le unioni omosessuali *non possono* essere ritenute omogenee al matrimonio»<sup>12</sup>.

L'affermazione è posta subito dopo una cordata di argomenti, di cui capofila è quello originalista; argomento che in questa parte della sentenza riveste un ruolo di risalto rispetto agli altri, che lo seguono senza soluzione di continuità, ma che, proprio perché “legati dietro”, risultano in posizione ancillare rispetto al primo<sup>13</sup>. Lì collocando l'affermazione, la corte pare voler creare l'illusione che essa sia retta dagli argomenti che la precedono. Ma l'analisi attenta degli stessi è destinata a far svanire l'illusione.

La corte, per «ragioni di ordine logico»<sup>14</sup>, prende le mosse dall'interpretazione del solo articolo 29: la ragionevolezza dell'esclusione delle coppie omosessuali dall'istituto del matrimonio può essere valutata solo una volta compreso cosa sia “matrimonio” nel nostro ordinamento costituzionale.

Avvia così il ragionamento sostenendo che «i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere “cristallizzati” con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore», in quanto «sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi»<sup>15</sup>. Pare un'apertura alla possibilità di intraprendere un'interpretazione evolutiva dell'articolo 29: proprio questo argomento era quello che aveva portato i giudici rimettenti a chiedere un'estensione dell'istituto matrimoniale anche alle coppie omosessuali, in considerazione del «rapido trasformarsi della società e dei costumi avvenuto negli ultimi decenni», del conseguente «superamento del monopolio detenuto dal modello di famiglia normale, tradizionale», del «contestuale sorgere di forme diverse, seppur minoritarie, di convivenza, che chiedono protezione, si ispirano al modello tradizionale e come quello mirano ad essere disciplinate»<sup>16</sup>.

Ma l'apertura trova una brusca serrata nella frase immediatamente successiva, in cui la corte precisa che l'interpretazione «non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma,

---

<sup>12</sup> Punto 9, *Considerato in diritto* (corsivi non nel testo).

<sup>13</sup> Diversamente dal consueto nella giurisprudenza della corte, che di solito riserva all'argomento originalista funzione servente. Per questa e più approfondite considerazioni sull'uso dell'argomento originalista nella giurisprudenza della corte costituzionale in materia di diritti fondamentali sia consentito il rinvio a C. TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, in F. Giuffrè - I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent del legislatore nella giurisprudenza costituzionale*, Atti del Seminario svoltosi a Catania il 5 ottobre 2007, Quaderni del "gruppo di Pisa", Torino, Giappichelli, 2008 e in *Archivio di diritto e storia costituzionali* ([www.dircost.unito.it](http://www.dircost.unito.it)), sezione *Frammenti di un Dizionario per il Giurista*.

<sup>14</sup> Punto 9, *Considerato in diritto*.

<sup>15</sup> Punto 9, *Considerato in diritto*.

<sup>16</sup> Ordinanza del Tribunale di Venezia del 3 Aprile 2008, in *Gazzetta Ufficiale* n. 26, I serie spec., 2009.

modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata»<sup>17</sup>. Fa qui la sua comparsa l'*argomento originalista* come limite all'interpretazione evolutiva: la duttilità dei concetti costituzionali non può giungere sino a negarne il nucleo, dato da ciò che i costituenti avevano in mente quando li discussero e scrissero.

Con riferimento all'articolo 29 della Costituzione, il nucleo è dato dal matrimonio tra uomo e donna. Dai lavori preparatori risulta, infatti, che «la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta»<sup>18</sup>. L'articolo 29, cioè, non fu scritto per includere sotto la coperta costituzionale del matrimonio legittimo le coppie eterosessuali e lasciare scoperte le coppie omosessuali: delle unioni omosessuali, semplicemente, neppure si parlò, perché la questione del loro possibile matrimonio era fuori dall'immaginario costituente.

L'argomento originalista viene poi, senza soluzione di continuità, legato all'*argomento storico* («I costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile. Pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che [...] stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso»<sup>19</sup>); al quale segue l'*argomento sistematico*, nella versione della *sedes materiae*, al fine di rinsaldare l'interpretazione del primo comma dell'articolo 29 alla luce del secondo comma («in tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale»<sup>20</sup>); e, a chiudere le fila, ancora un *argomento sistematico*, anche questo nella versione della *sedes materiae*, ma con riferimento all'interpretazione dell'articolo 29 alla luce del 30 («Non è casuale, del resto, che la Carta costituzionale, dopo aver trattato del matrimonio, abbia ritenuto necessario occuparsi della tutela dei figli (art. 30), assicurando parità di trattamento anche a quelli nati fuori dal matrimonio, sia pur compatibilmente con i membri della famiglia legittima. La giusta e doverosa tutela, garantita ai figli naturali, nulla toglie al rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima ed alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale»<sup>21</sup>).

---

<sup>17</sup> Punto 9, *Considerato in diritto*.

<sup>18</sup> Punto 9, *Considerato in diritto*.

<sup>19</sup> Punto 9, *Considerato in diritto*.

<sup>20</sup> Punto 9, *Considerato in diritto*.

<sup>21</sup> Punto 9, *Considerato in diritto*.

Una cordata di argomenti che conduce, per passi successivi, esclusivamente a dimostrare e a rafforzare la considerazione per la quale i costituenti avevano in mente il paradigma eterosessuale quando scrissero la parola “matrimonio” all’interno dell’articolo 29: lo provano le discussioni che sostennero in assemblea costituente; il contesto normativo che ebbero a riferimento, rispetto al quale nulla fa supporre che essi volessero intraprendere una rottura; l’intenzione di riscattare la posizione di debolezza della donna nel modello familiare allora imperante, attraverso il riconoscimento dell’uguaglianza morale e giuridica dei coniugi; la volontà di tutelare, subito dopo il matrimonio, i figli, e dunque la potenziale finalità procreativa del matrimonio stesso, riconducibile nella loro mente - che nulla poteva sospettare circa le nuove possibilità che la scienza medica avrebbe aperto in materia di procreazione artificiale - esclusivamente all’esistenza di un uomo e una donna. Alla luce di tutto ciò la corte può solo concludere che l’articolo 29 della Costituzione «non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto»<sup>22</sup>.

Così ricostruito il nucleo del concetto costituzionale di matrimonio, la corte ne fa discendere in modo esplicito un vincolo per gli interpreti della costituzione, affermando che «questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un’interpretazione creativa». Sostenere che la costituzione all’articolo 29 “parla” del - nel senso di riconosce e tutela il - matrimonio omosessuale vorrebbe dire, insomma, forzare l’intenzione originaria alla sua base, al punto da non muoversi più nel campo dell’interpretazione, bensì in quello della creazione. E non di una legge, ma del testo costituzionale. Cosa preclusa tanto alla corte, quanto a qualsiasi altro giudice. Con la conseguenza che né la corte potrebbe procedere con una sentenza additiva di garanzia al riconoscimento del “diritto al matrimonio” per le coppie omosessuali - soluzione verso la quale spingevano i giudici rimettenti e parte della dottrina -, mancando con ogni evidenza le rime obbligate; né a un tale approdo potrebbero pervenire i giudici comuni, attraverso un’interpretazione adeguatrice.

Dimostrata l’impossibilità di accedere per via ermeneutica a una lettura dell’articolo 29 impositiva del riconoscimento del diritto al matrimonio per le coppie omosessuali, la corte non può che concludere, sotto questo profilo, che «la censurata normativa del codice civile, che [...] contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna, non può considerarsi illegittima sul piano costituzionale».

Fino a questo punto della sentenza, la corte costituzionale impiega l’argomento originalista, da un lato, per limitare le possibilità creative degli interpreti della costituzione; dall’altro, per salvare la

---

<sup>22</sup> Punto 9, *Considerato in diritto*.

legge ordinaria, avendo dimostrato che non si pone in contrasto con la costituzione. Così facendo, si colloca in sostanziale continuità rispetto alla sua giurisprudenza in materia di diritti, nella quale il richiamo alla volontà storica dell'assemblea costituente viene in prevalenza fatto non in positivo, per imporre quella volontà su quella più recente del legislatore; bensì in negativo, per circoscriverla, tracciarne il perimetro e dichiarare - esplicitamente o implicitamente - libera la scelta discrezionale del legislatore su tutto ciò che oltre quel perimetro si pone. Ne è riprova il fatto che nella maggior parte dei casi - come pure in quello in commento - l'argomento originalista viene impiegato in sentenze che rigettano la questione di legittimità costituzionale.

Non, dunque, per ancorare al passato la costituzione, la corte ricorre al richiamo della volontà storica del costituente; non per pietrificarla al 1947, infliggendole la sorte della moglie di Lot, statua di sale per sempre rivolta al passato, incapace di rimanere significativa con il trascorrere del tempo e il mutare della società. Ma per lasciare che la risposta alla pressione dei casi e alla domanda sociale provenga dalla rappresentanza politica a essi coeva; per consentire che l'evoluzione della costituzione dipenda dalla volontà politica del legislatore (e non dalla volontà di qualsivoglia interprete, che miri a espandere per via ermeneutica il contenuto della costituzione stessa). E ciò sulla scorta della considerazione che il testo costituzionale vale per quel che dice, e non può essere forzato per dare copertura a casi che mai furono nella mente dei costituenti. Quello che il costituente non ha scritto non ha deciso. E la scelta democratica è libera (*concezione recessiva, tollerante o temperata di costituzione*)<sup>23</sup>.

La sentenza pare restare coerente con questa filosofia tollerante dell'argomento originalista: poiché l'articolo 29 non dice nulla sul matrimonio omosessuale, *non si può affermare che l'art. 29 imponga* di includere le coppie omosessuali sotto la tutela giuridica del matrimonio; di conseguenza neppure si può affermare che sia incostituzionale la *scelta discrezionale del legislatore di dare riconoscimento al solo matrimonio eterosessuale*. Ma la coerenza sarebbe realmente tale solo se l'uso dell'argomento originalista consentisse di svolgere i medesimi passaggi logici anche con riguardo all'altro "verso" al quale la discrezionalità del legislatore potrebbe tendere: poiché l'articolo 29 non dice nulla sul matrimonio omosessuale, *non si può affermare che l'art. 29 vieti* di includere le coppie omosessuali sotto la tutela giuridica del matrimonio; di conseguenza non è possibile affermare neppure che sia incostituzionale l'eventuale *scelta discrezionale del legislatore di dare riconoscimento anche al matrimonio omosessuale*.

Dimostrato che i costituenti pensarono e vollero disciplinare esclusivamente il matrimonio eterosessuale, non ne discende, insomma, che al legislatore resti preclusa la possibilità di estendere tale disciplina al matrimonio omosessuale.

---

<sup>23</sup> C. TRIPODINA, *L'argomento originalista nella giurisprudenza costituzionale in materia di diritti fondamentali*, cit.

Proprio tale preclusione pare invece delineare la parte più critica e (volutamente?) meno chiara della sentenza 138. Ma - a ben vedere - è una preclusione che non si regge sull'argomento originalista, la cui coerenza resta dunque integra.

Motivata la non illegittimità costituzionale della disciplina codicistica sotto il profilo della sua conformità all'articolo 29 della Costituzione, la corte passa ad analizzarne la compatibilità con l'articolo 3, con riguardo alla ragionevolezza della differenza di regime che essa implicitamente traccia tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali quanto alla possibilità di unirsi in matrimonio. È a questo punto che la corte dichiara che «la normativa medesima non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali *non possono* essere ritenute omogenee al matrimonio».

L'affermazione resta così: sospesa, a nulla ancorata, da nulla sorretta.

La corte in nessun modo argomenta.

Subito dopo - il rigo successivo - la corte motiva circa la non pertinenza dell'assunzione come *tertium comparationis* delle coppie di cui un membro sia transessuale. La persona transessuale, infatti, «è ammessa al matrimonio per l'avvenuto intervento di modificazione del sesso, autorizzato dal tribunale. Il riconoscimento del diritto di sposarsi a coloro che hanno cambiato sesso, quindi, costituisce semmai un argomento per confermare il carattere eterosessuale del matrimonio, quale previsto nel vigente ordinamento»<sup>24</sup>. La corte, dando risalto all'identità anagrafica piuttosto che a quella biologica delle persone transessuali, ritiene ribadito il paradigma eterosessuale del matrimonio, e dunque infondata la tesi della disparità di trattamento tra unioni omosessuali e quelle di cui un membro sia transessuale. Ma, come è evidente, questa argomentazione a nulla vale per motivare anche con riguardo all'assenza di irragionevole discriminazione tra “unioni omosessuali” e “matrimonio” (*rectius*, tra “unioni omosessuali” e “coppie eterosessuali alle quali è data la possibilità di unirsi in matrimonio”).

Il fatto che la corte collochi l'affermazione dell'assenza di irragionevole discriminazione tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali nell'immediata prossimità dell'argomento originalista e degli altri argomenti che lo seguono induce a ritenere che abbia inteso creare l'illusione che fosse da questi retta. Ma l'illusione è destinata a rivelarsi effimera: come dimostrato, la cordata argomentativa costruita dalla corte giunge a sostenere unicamente che il solo matrimonio eterosessuale era nella mente dei costituenti, e che nulla essi vollero - né in un senso né nell'altro - con riguardo al matrimonio omosessuale. Nulla prova quanto all'assenza di irragionevole

---

<sup>24</sup> Punto 9, *Considerato in diritto*.

discriminazione tra eterosessuali e omosessuali, una volta che il matrimonio tra persone dello stesso sesso sia divenuto pensabile<sup>25</sup>.

Resta da chiarire se l'affermazione priva di motivazione sia stata dalla corte pronunciata al solo fine di sostenere che è ragionevole - e dunque non incostituzionale - il trattamento differenziato posto in essere dal legislatore del 1942 (e dunque “non possono” ha valenza descrittiva); oppure anche e soprattutto al fine di porre un vincolo negativo per il legislatore futuro, al quale, «nei tempi, nei modi e nei limiti» con cui vorrà dare un riconoscimento giuridico alle unioni omosessuali, sarà comunque preclusa - perché costituzionalmente illegittima - la possibilità di spingersi sino a riconoscere loro il diritto di sposarsi (e dunque “non possono” ha valenza normativa).

Se così fosse, come tutta la costruzione della motivazione della sentenza lascia intendere, vorrebbe dire che, diversamente dal consueto, la corte, dall'assenza di una riflessione ed espressione della volontà costituente su determinati «fenomeni e problematiche», non avrebbe tratto la conclusione dell'esistenza di uno spazio residuo, libero da vincoli, a disposizione della scelta politica del legislatore; bensì ne avrebbe fatto discendere un limite, nel senso di un divieto di includere anche essi sotto la coperta costituzionale.

Ci troveremmo, insomma, di fronte a un'affermazione idonea a divenire parametro per il legislatore futuro, senza che la corte abbia motivato in modo esplicito la sua derivazione dal testo costituzionale, rendendo legittimo il dubbio sulla possibilità di parlare ancora di interpretazione della costituzione e non piuttosto di sua produzione.

A meno che l'affermazione per la quale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio» non trovi il suo fondamento sì in un'interpretazione, ma non del “testo” della costituzione, bensì del suo “contesto”. Senza che, tuttavia, la corte costituzionale abbia osato rendere esplicita tale interpretazione e gli argomenti sui quali si regge.

#### *4. Sul come la corte costituzionale impiega, occultandolo, l'argomento del legislatore impotente a scardinare la «consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio»*

Il percorso argomentativo della corte costituzionale sin qui illustrato conduce alle seguenti conclusioni: 1) sotto il profilo dell'interpretazione costituzionale, la corte esclude che essa possa pronunciare una sentenza di accoglimento additiva di garanzia, e rinvia alla discrezionalità politica

---

<sup>25</sup> Anche il riferimento alla «(potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale» è - come più sopra evidenziato - impiegato dalla corte all'interno dell'*argomento sistematico della sedes materiae* per dimostrare che i costituenti avevano in mente l'unione eterosessuale: l'unica, al tempo in cui erano ignote le possibilità della procreazione artificiale, da cui poteva derivare la generazione di figli. Non - almeno non esplicitamente - per argomentare circa la ragionevolezza della discriminazione tra coppie omosessuali e coppie eterosessuali, che resta pertanto immotivata.

del legislatore il compito di colmare l'accertata lacuna normativa in materia di diritti e doveri derivanti da un'unione omosessuale; 2) sotto il profilo dell'attuazione costituzionale, la corte ritiene che a) il legislatore non sia obbligato a colmare la lacuna normativa equiparando l'unione omosessuale al matrimonio; b) il legislatore non possa colmare la lacuna normativa equiparando l'unione omosessuale al matrimonio.

L'analisi scientifica del testo della sentenza sin qui condotta potrebbe considerarsi esaustiva: essa ha consentito di rilevare le tecniche argomentative alle quali la corte costituzionale ha fatto ricorso esplicitamente per sostenere le sue conclusioni. Ma il non detto della corte sollecita una più attenta considerazione della vera *ratio decidendi* della sentenza.

Infatti le due conclusioni sopra indicate nascondono in realtà due ulteriori questioni.

1) Posto che la corte, attraverso il ricorso all'argomento originalista, esclude che si possa in via interpretativa includere l'unione omosessuale nella disciplina dell'articolo 29 della Costituzione, in quanto semplicemente il legislatore costituente «non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto»<sup>26</sup>, si rende necessario palesare sulla base di quale *ulteriore* argomento interpretativo la corte stessa non ritenga superabile questo «significato tradizionale» di matrimonio.

In altre parole, ci si domanda, sulla base di quale tecnica argomentativa la corte conclude nel senso che, nel caso *de quo*, un'eventuale addizione nel senso della inclusione dell'unione omosessuale nel paradigma matrimoniale significherebbe «spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma» costituzionale?<sup>27</sup> Perché, in questo caso, a differenza di molti altri che coinvolgono analogamente la tutela di pretesi diritti, la corte ha ritenuto di non poter “includere”, estendendo la disciplina costituzionale a categorie non previste esplicitamente dal suo testo, ma ha ritenuto di dover “escludere”, fossilizzandosi su quanto aveva in mente il legislatore costituente nel momento in cui elaborò tale testo? Quale, in ultima analisi, l'argomento che sorregge la decisione di pronunciare una sentenza di inammissibilità per discrezionalità politica del legislatore in luogo di una sentenza di accoglimento additiva di garanzia?

A tale decisione - come dimostrato - la corte non giunge attraverso l'argomento originalista né attraverso quello sistematico né attraverso quello storico, come apparirebbe, *prima facie*, da una lettura della sua motivazione: c'è dell'altro, tra le sue righe.

2) Posto che la corte ritiene che il legislatore costituente non si pose il problema dell'unione omosessuale, si determina nell'ordinamento un «vuoto»<sup>28</sup>, una lacuna normativa, dunque, che

---

<sup>26</sup> Punto 9, *Considerato in diritto*.

<sup>27</sup> Punto 9, *Considerato in diritto*.

<sup>28</sup> Punto 7, *Considerato in diritto*.

«spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità», colmare, riconoscendo e individuando forme di garanzia<sup>29</sup>, sul presupposto che l'unione omosessuale sia una «formazione sociale» ex articolo 2 della Costituzione.

Ma – ed ecco la seconda questione – sulla base di quale tecnica argomentativa la corte costituzionale precisa, a tal riguardo, che, da un lato, il legislatore, in sede di attuazione costituzionale dei diritti e dei doveri derivanti dall'unione omosessuale, non sia obbligato a operare il riconoscimento delle unioni omosessuali attraverso un'equiparazione *tout court* delle medesime al matrimonio eterosessuale, e, dall'altro, che il legislatore, anzi, non possa neppure addivenire a tale equiparazione, dal momento che «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio»<sup>30</sup>? Perché, ci si domanda, il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità politica, non potrebbe colmare la lacuna normativa, che la corte riconosce implicitamente come incostituzionale, assimilando l'unione omosessuale al matrimonio eterosessuale e dunque semplicemente estendendo la disciplina di quest'ultimo alla prima?

Anche qui - come dimostrato - a tale conclusione la corte non giunge attraverso l'argomento originalista né attraverso quello sistematico né attraverso quello storico né attraverso quello comparatistico, come apparirebbe, *prima facie*, da una lettura della sua motivazione: c'è dell'altro, tra le sue righe.

La corte non ha osato esplicitarlo, ma un'attenta analisi dell'intero percorso logico-argomentativo che ha seguito sembra disvelare il dato più significativo della sentenza in commento: la corte ricorre a una concezione prescrittiva della sedimentazione della tradizione immemorabile sia al fine di rafforzare le conclusioni sostenute attraverso il ricorso esplicito ad altri argomenti, sia, soprattutto, al fine di produrre il parametro di legittimità alla luce del quale poter sindacare, in futuro, l'esercizio della discrezionalità politica del legislatore.

Tra le righe della sua motivazione emerge – in modo non esplicito ma certamente inequivocabile – che la corte considera il paradigma eterosessuale del matrimonio come un dato sociale, un dato storico, una istituzione, diritto non scritto, un dato normativo oggettivo, propriamente e pienamente positivo, con il quale l'interprete costituzionale e il legislatore – da un lato, la corte quando dichiara in parte inammissibile e in parte non fondata la questione sollevata, dall'altro, il legislatore quando si deciderà a colmare la lacuna normativa incostituzionale – devono confrontarsi. Si ripete: la corte non osa affermarlo espressamente, ma soprattutto la sua decisione fondamentale – il matrimonio non include né potrà includere l'unione omosessuale – si sostiene esclusivamente con la seguente semplice ragione: *perché è sempre stato così*.

---

<sup>29</sup> Punto 8, *Considerato in diritto*.

<sup>30</sup> Punto 9, *Considerato in diritto*.

Alle due questioni sopra indicate la corte risponde, in ultima analisi, che il significato della disciplina costituzionale, che certo si ricava attraverso il ricorso all'argomento originalista, a quello sistematico e a quello storico – ossia il paradigma eterosessuale come l'unico contemplabile nel concetto che la parola matrimonio esprime –, non può essere superato in via interpretativa dalla corte costituzionale stessa perché da tempo immemorabile l'istituto del matrimonio si riferisce soltanto all'unione stabile tra un uomo e una donna; e che non solo il legislatore non è obbligato alla equiparazione tra unioni omosessuali e matrimonio, ma che, se e quando il legislatore stesso si deciderà a disciplinare la materia delle unioni omosessuali, pur dovendo riconoscere diritti e doveri che ne derivano a carico dei componenti di tali formazioni sociali, non potrà semplicemente includere le unioni omosessuali nella disciplina vigente del matrimonio per la stessa ragione che da tempo immemorabile l'istituto del matrimonio si riferisce soltanto all'unione stabile tra un uomo e una donna. Non esiste altro argomento impiegato dalla corte per risolvere queste due questioni specifiche. Gli altri argomenti impiegati, quello originalista, quello sistematico, quello storico e quello comparatistico, servono, come si è visto, ad altro, e contribuiscono piuttosto a occultare quello decisivo della tradizione sedimentata da tempo immemorabile, e, dunque, l'*argomento del legislatore impotente* a rovesciarla.

Se si provasse a teorizzare quanto soltanto praticato dalla corte costituzionale nella sentenza in commento, si dovrebbe giungere alla seguente conclusione: se è vero che i principi costituzionali «vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi», e che «detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata»<sup>31</sup>, questo «nucleo della norma» insuperabile deve corrispondere, sembra dire la corte, a un dato sociale, storico, stabilizzato e, in quanto tale, positivo<sup>32</sup>.

La corte non osa, si è detto, teorizzare il principio della prescrittività della tradizione sedimentata da tempo immemorabile intesa come diritto non scritto, ma certamente dimostra di ritenersi ad esso vincolata, e, soprattutto, di dover vincolare ad esso, per il futuro, il legislatore.

E ciò emerge, tra le righe della sua motivazione, per esempio, quando la corte stessa si appropria dell'asserzione del Tribunale veneziano che si è fatto promotore della questione laddove afferma che «l'intera disciplina dell'istituto, contenuta nel codice civile e nella legislazione speciale, postula

---

<sup>31</sup> Punto 9, *Considerato in diritto*.

<sup>32</sup> Sul punto sia consentito il rinvio a I. Massa Pinto, *Contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e concezione espansiva della Costituzione*, in «Diritto Pubblico», 2001, pp. 1095 ss.

la diversità di sesso dei coniugi, nel quadro di “una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio”»<sup>33</sup>.

E, ancora, quando la corte sostiene che tale consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio è suffragata dalle ricostruzioni dogmatiche della dottrina, in maggioranza orientata a ritenere che l'identità di sesso sia causa d'inesistenza del matrimonio, nonché dalle decisioni della giurisprudenza, che, in quasi tutti i casi nei quali è stata chiamata a pronunciarsi in merito, ha considerato la diversità di sesso dei coniugi tra i requisiti minimi indispensabili per ravvisare l'esistenza stessa del matrimonio<sup>34</sup>: sintomi, questi, ai quali la corte si riferisce con l'intento di comprovare l'effettività del paradigma eterosessuale del matrimonio.

E, ancora, quando la corte osserva che anche molte delle legislazioni dei Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni omosessuali hanno distinto le due fattispecie<sup>35</sup>: anche in questo riferimento esplicito è evidente che l'argomento comparatistico è impiegato come ulteriore dimostrazione della diffusa accettazione sociale, storica, del paradigma eterosessuale dell'istituto matrimoniale.

E, ancora, quando la corte conclude nel senso che anche il legislatore costituente, così come, ancor prima, la disciplina ordinaria, «intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto»<sup>36</sup>: a voler sostenere che anche il legislatore costituente, in realtà, non decise sul punto, ma fece propria quella nozione storico-sociale diffusa, che già il legislatore ordinario a sua volta aveva accolto.

E, infine, il dato forse più significativo: a proposito dell'asserzione secondo la quale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio», l'unico elemento discriminatorio riconosciuto esplicitamente dalla corte per distinguere le due fattispecie, peraltro in forma di puro accenno, è il riferimento che il giudice delle leggi fa alla «(potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale»<sup>37</sup>. Non sembra azzardato intravedere, alla base di questa affermazione, la volontà della corte di predicare la necessità di applicare, anche nelle materie eticamente sensibili, il principio di precauzione: da tempo immemorabile è riconosciuto come un bene il fatto che i figli crescano con due genitori di sesso diverso, ed è dunque un bene che così sia anche per il futuro. Ma, anche in questo caso, la corte sembra non osare teorizzare tali conclusioni.

---

<sup>33</sup> Punto 6, *Considerato in diritto*.

<sup>34</sup> Punto 6, *Considerato in diritto*.

<sup>35</sup> Punto 8, *Considerato in diritto*.

<sup>36</sup> Punto 9, *Considerato in diritto*.

<sup>37</sup> Punto 9, *Considerato in diritto*.

5. *Sulle possibili ragioni della timidezza della corte costituzionale nel far ricorso esplicito all'argomento del legislatore impotente*

Con tutto ciò il ragionamento della corte costituzionale è smascherato: l'argomento del legislatore impotente di fronte alla tradizione sedimentata da tempo immemorabile, quale argomento risolutivo per sostenere la sua decisione fondamentale, è disvelato.

È possibile ipotizzare la ragione principale per la quale la corte costituzionale non ha osato esplicitarlo, e ha invece condotto il lettore a concentrare tutta l'attenzione sull'impiego degli altri argomenti interpretativi, quasi con l'intento di occultarlo: l'argomento del legislatore impotente di fronte alla tradizione sedimentata da tempo immemorabile – specie quale argomento produttivo di norme, e non meramente interpretativo<sup>38</sup> – è oggi screditato, svalutato, e, diremmo, alla luce di quanto sopra dimostrato, proprio occultato nel suo operare residuo, specie quando si tratta di tutelare (pretesi) diritti fondamentali, a causa del predominante principio dell'autodeterminazione dell'individuo e della presunzione che le organizzazioni giuridiche moderne debbano essere strutturate sulla base della preminenza di processi di normazione volontarî e finalizzati, anziché spontanei e casualmente determinati<sup>39</sup>.

Il principio di autodeterminazione individuale implica una serie di corollarî, tra i quali rientra senz'altro l'idea che l'ordinamento giuridico positivo debba essere concepito come lo strumento per rimuovere artificialmente tabù sedimentati da una tradizione considerata come oppressiva e discriminatoria: la storia della modernità è la storia del riconoscimento progressivo di pretese provenienti dalla società, alle quali gli ordinamenti giuridici positivi hanno dato via via risposte, riconoscendo, appunto, regole di diritto oggettivo che hanno sancito tali pretese come diritti soggettivi. I discorsi oggi diffusi intorno ai (pretesi) diritti fondamentali ricordano molto da vicino ciò che si andava predicando nel secolo dei Lumi: le condizioni, frutto di fede, di tempo e di consuetudini, nelle quali gli uomini erano vissuti da tempo immemorabile, erano *innaturali* e dovevano essere completamente sostituite da ideali uniformi progettati deliberatamente. Allo stesso modo, oggi, il principio di autodeterminazione è considerato lo strumento attraverso il quale è possibile sollevare il velo dell'ignoranza imposto dalla tradizione per liberare finalmente gli uomini e ricondurli alla loro *naturale* condizione.

---

<sup>38</sup> Sull'uso dell'argomento del legislatore impotente come argomento produttivo di norme o meramente interpretativo nella sentenza in commento si rinvia alle considerazioni conclusive.

<sup>39</sup> Si veda G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, volume I, t. 2, Milano, Giuffrè, 1980, p. 379, secondo il quale questo argomento è screditato anche «dalla larga accettazione nella cultura moderna dell'idea che non sia *logicamente* giustificata la deduzione di precetti da sole asserzioni, di “norme” da sole “descrizioni”».

Le controverse argomentazioni impiegate, sia nel dibattito scientifico sia in quello politico, intorno a temi caratterizzati da una forte connotazione etica - tra i quali rientra senz'altro il tema del riconoscimento giuridico di forme di convivenza diverse da quella tra un uomo e una donna legati da vincolo matrimoniale - sottintendono sempre una specifica concezione (del fondamento) dei diritti evocati, che non sempre viene invece dichiarata. La timidezza della corte nell'esplicitare la sua concezione nella sentenza che qui si commenta si spiegherebbe sulla base della considerazione che il modello oggi più diffuso sembra essere quello che si risolve nel fondare i diritti come qualità metafisiche del soggetto che ne è di volta in volta il titolare, come sue potenzialità umane indipendentemente da riconoscimenti normativi positivi. Secondo questo modello, i diritti dell'uomo consisterebbero in pretese che competono ai singoli in quanto esseri umani, a prescindere dal loro essere parte di una società storico-concreta e di un ordinamento giuridico positivo: sulla base del principio di autodeterminazione, appunto.

Ed è proprio ciò che la corte sembra invece negare nella sentenza di cui si tratta: l'ancoraggio apodittico della sua motivazione alla tradizione sedimentata da tempo immemorabile lascia intendere che qui la tradizione non è considerata un tabù di cui liberarsi, ma un ordine non progettato razionalmente dagli uomini, che risulta dal complesso intreccio dei loro comportamenti ereditati, sedimentati, secondo un'evoluzione spontanea, molecolare, prudenziale, attraverso le generazioni. Se per coloro che fondano i diritti su qualità metafisiche del soggetto la tradizione è qualcosa di negativo, di oppressivo, dalla quale bisogna liberarsi proprio attraverso il riconoscimento dei diritti, per coloro che concepiscono i diritti come il riflesso di un concreto ordine storico e socio-politico la tradizione è invece sinonimo di sicurezza contro la complessità infinita della condizione umana e della convivenza sociale. La tradizione è sinonimo di sicurezza contro la «profonda impressione dell'ignoranza e della fallibilità umana»<sup>40</sup>.

*6. Conclusioni. Sul se la corte costituzionale rimanga nell'alveo dell'interpretazione costituzionale*  
L'analisi scientifica del testo della sentenza 138/2010 ha condotto a far cadere l'impressione ricevuta "a prima lettura" che l'esclusione per le coppie omosessuali dalla possibilità di unirsi in matrimonio asserita dalla corte discenda in modo diretto dall'interpretazione della costituzione alla luce dell'argomento originalista. Tale argomento, con gli altri che lo seguono, vale esclusivamente a sostenere, da un lato, l'impossibilità per la corte di pronunciare una sentenza additiva di garanzia;

---

<sup>40</sup> E. BURKE, *Riflessioni sulla rivoluzione francese* (1790), in Id., *Scritti politici*, UTET, Torino, 1963, p. 442. Sia consentito il rinvio a I. MASSA PINTO, *Diritto costituzionale e tradizione: a proposito della famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in <http://www.forumcostituzionale.it>.

dall'altro, l'assenza di un obbligo per il legislatore ordinario di equiparare il regime giuridico delle coppie omosessuali a quello delle coppie eterosessuali.

Sotteso alla decisione è un altro argomento: quello del legislatore impotente a scardinare la tradizione. Come emerge da una serie di indizi seminati nella motivazione - senza tuttavia che siano mai elevati alla dignità di *ratio decidendi* - la corte implicitamente di esso si avvale sia per rafforzare le conclusioni alle quali perviene attraverso gli argomenti esplicitati, sia per sostenere l'asserzione per la quale «le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio».

Quanto al primo profilo, una maggiore trasparenza nella motivazione avrebbe consentito di sottoporre a controllo scientifico le ragioni ultime per le quali la corte ha ritenuto di non poter includere sotto la coperta costituzionale pretese che emergono dalla società e che lottano per il loro riconoscimento giuridico, come invece altre volte ha fatto eludendo i vincoli delle rime obbligate.

Quanto al secondo profilo, il silenzio della corte è particolarmente pesante perché in tal caso l'argomento del legislatore impotente è il solo al quale è possibile agganciare la decisione fondamentale, che senza di esso rimarrebbe appesa al nulla. La corte ha ritenuto, infatti, di dover obbligare il legislatore a non estendere agli omosessuali il regime matrimoniale, perché ha considerato il paradigma eterosessuale un dato storico radicato *hic et nunc* nella società, e, in quanto tale, un dato positivo giuridicamente vincolante di fronte al quale il legislatore non può che arrendersi.

Quando la corte opera in questo modo, allontanandosi dal testo per elevarsi a interprete del contesto, dovrebbe muoversi con estrema cautela. Rispetto all'interpretazione del testo, infatti, vi è un doppio livello di incertezza: nell'interpretazione del testo, le differenti possibilità normative si saldano a una base solida, tangibile nei suoi dati lessicali; nell'interpretazione del contesto, le possibilità normative si ancorano invece a una base essa stessa fluida, determinabile solo impressionisticamente. Proprio perché nella ricostruzione del contesto costituzionalmente rilevante il confine tra dati storico-sociali e valori è assai labile, la corte dovrebbe eventualmente ritenersi vincolata solo ai primi in quanto stabilizzati, lasciando spazio, in caso di frattura del dato storico-sociale, ai percorsi della democrazia rappresentativa.

È dunque indispensabile che la corte, quando si inoltra in simili fragili contesti, motivi in modo convincente le sue decisioni: la comunità degli interpreti deve restare persuasa che le norme che non trovano fondamento diretto nei testi non siano prodotte dalla corte al fine di inverare valori, ma siano tratte da dati storico-sociali che essa stessa ritiene stabilizzati, e, in quanto tali, vincolanti la sua attività interpretativa.

La corte proprio su questo punto ha mancato: non ha motivato in alcun modo l'affermazione per la quale le unioni omosessuali non sono equiparabili a quelle matrimoniali; affermazione che graverà come un macigno sulle possibilità di scelta politica del futuro legislatore. E dunque legittimo resta l'interrogativo se quella della corte sia stata attività di interpretazione o di produzione.

Se la costituzione si identifica con il solo dato testuale e con le diverse possibilità interpretative che ad esso si saldano, non v'è dubbio che la corte, prescindendo da esso, ha integrato attività di creazione normativa, elevando a fonte del diritto il dato fattuale. Se invece la costituzione non è riducibile al suo mero dato testuale, ma è data da questo dato per come vive nella realtà storico-sociale in cui è immerso, allora ne discende con altrettanta evidenza che la corte non si è spinta oltre quel che le compete.

Tra le righe, la corte lascia intendere che sia quest'ultimo il concetto di costituzione che la sua decisione presuppone. Se questo consente di ricondurre la sua attività nell'alveo dell'interpretazione, resta il disappunto per la totale assenza di esplicite argomentazioni al riguardo, che fa gravare sulla comunità degli interpreti l'onere di una incerta ricostruzione.