

Sull'interpretazione evolutiva della Costituzione. La ridefinizione egualitaria del matrimonio nella sentenza del *Tribunal constitucional* spagnolo sulle unioni omosessuali

Fabrizio Mastromartino

Dottore di Ricerca in filosofia analitica e teoria generale del diritto (Università di Milano, 2008). Docente a contratto di filosofia del diritto presso l'Università di Roma 3. *E-mail:* <fabrizio.mastromartino@uniroma3.it>.

Riassunto: In questo testo si propongono alcune riflessioni critiche sul tema dell'interpretazione evolutiva delle disposizioni costituzionali a partire dall'esame argomentativo della sentenza del Tribunale costituzionale spagnolo sul matrimonio tra persone dello stesso sesso. Dopo una dettagliata ricostruzione degli argomenti sollevati dai ricorrenti, dei motivi a fondamento della decisione della Corte e delle obiezioni sollevate dai voti particolari, l'analisi si concentra sulle implicazioni teorico-costituzionali che l'interpretazione evolutiva delle disposizioni costituzionali comporta sul concetto di 'costituzione' e sul modo di concepire il ruolo della giustizia costituzionale. La tesi cui si perviene è che, affinché il ricorso all'interpretazione evolutiva delle disposizioni costituzionali appaia compatibile con la loro rigidità normativa, la sua applicazione deve essere unicamente rivolta ad estendere i soggetti tutelati nei diritti, nonché i diritti che formano oggetto di questa tutela, compatibilmente con le altre norme del sistema costituzionale.

Parole chiavi: Interpretazione evolutiva. Ideologie dell'interpretazione costituzionale. Matrimonio tra persone dello stesso sesso.

Astratto: **1** Introduzione – **2** Gli argomenti dei ricorrenti: la distorsione del matrimonio realizzata dalla Ley 13/2005 – **3** L'argomentazione della Corte: l'interpretazione dell'art. 32 della Costituzione spagnola – **3.1** La garanzia istituzionale del matrimonio nella società spagnola contemporanea – **3.2** Il diritto di sposarsi nella Costituzione spagnola – **4** Le opinioni di minoranza – **5** Interpretazione evolutiva: un'analisi – **5.1** Interpretazione e vincoli testuali – **5.2** Una fallacia naturalistica? Una critica fuori bersaglio – **5.3** L'interpretazione evolutiva della Costituzione: problemi e ipotesi di soluzione

1 Introduzione

Con la sentenza n. 198 del 6 novembre 2012, il *Tribunal constitucional* spagnolo ha respinto il ricorso depositato il 30 settembre 2005 da oltre settanta deputati del *Grupo Popular* — gruppo parlamentare del *Partido Popular*, allora all'opposizione e oggi al governo — contro la riforma legislativa, realizzata dalla Ley n. 13 del primo luglio 2005, che apre il matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso attraverso la modifica di alcune disposizioni del *Código civil*.

La Legge, composta da un solo articolo suddiviso in diciassette commi, equipara, senza alcuna differenziazione, le unioni omosessuali alle unioni eterosessuali, riconoscendo ad entrambe i medesimi doveri e diritti, non solo nel circoscritto ambito del matrimonio, ma anche nella disciplina dell'adozione.¹ La principale modifica, realizzata dal primo comma della Legge, interviene sull'art. 44 c.c. — «*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código*» — aggiungendovi un secondo paragrafo con cui si stabilisce che «*el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*». Gli altri commi della Legge adattano altre disposizioni del *Código civil* e della disciplina legislativa del *Registro civil* (*Ley* 8 giugno 1957) all'art. 44 c.c. così riformato, sostituendo le espressioni «*marido y mujer*» con le espressioni «*los cónyuges*», «*los consortes*» e l'espressione «*el padre y la madre*» con «*los padres*» e «*los progenitores*».

Molteplici sono le violazioni lamentate dai ricorrenti, che si riferiscono agli artt. 32, 10 secondo comma, 2, 14 (in combinato disposto con gli artt. 1 primo comma e 9 secondo comma), 39 primo, secondo e quarto comma, 53 primo comma (in combinato disposto con l'art. 32), 9 terzo comma e 167 della Costituzione spagnola. Il Tribunale ha ricondotto tutte le questioni sollevate nel ricorso — con l'unica eccezione di quelle concernenti l'art. 39, relativo alla protezione della famiglia e dei figli, cui è dedicato l'ultimo paragrafo della motivazione (§ 12) — a un motivo principale di incostituzionalità, riferito all'art. 32, entro il quale, a giudizio della Corte, tutti gli altri motivi risulterebbero assorbiti.²

Gran parte dell'argomentazione svolta dal Tribunale esamina così — come aveva fatto la Corte costituzionale italiana nella notissima sentenza n. 138/2010³ — l'unica disposizione del testo costituzionale concernente l'istituto del matrimonio, che sottopone, al contrario di quanto aveva fatto il nostro giudice delle leggi con l'art. 29 cost., a un'interpretazione di chiaro segno evolutivo, attirandosi le critiche delle opinioni *particulares* (due dissenzienti e una concorrente) di tre giudici della Corte, appuntate soprattutto sui possibili (paventati) effetti della sua pronuncia sul concetto di 'costituzione' e sulla rigidità delle sue disposizioni.

A questa parte della decisione del Tribunale, alle critiche sollevate dalle opinioni di minoranza e alle implicazioni teoriche e pragmatiche che comporta l'interpretazione evolutiva delle disposizioni costituzionali sono dedicate le pagine che seguono.

¹ Quanto alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, in conseguenza della suddetta equiparazione possono accedervi le coppie, sposate (o conviventi), formate da due donne. Al riguardo, si veda la *Ley* n. 14 del 26 maggio 2006 in materia di *reproducción asistida*.

² ATC/14602, 6 novembre 2012; si fa qui riferimento alla versione elettronica della sentenza, consultabile alla pagina: www.giurcost.org/casi_scelti/matrimonioomosexSpagna.pdf. Cfr. par. II (*Fundamentos jurídicos*), 2, pp. 28-29.

³ Sulla quale vd. F. Mastromartino, *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, capp. 1 e 4, nonché la bibliografia ivi richiamata.

2 Gli argomenti dei ricorrenti: la distorsione del matrimonio realizzata dalla Ley 13/2005

Con riferimento all'art. 32 e in particolare al primo comma della disposizione costituzionale — «*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*» — i ricorrenti lamentano che la riforma realizzata dalla Legge comporta un'alterazione radicale dell'istituto matrimoniale, snaturandolo a tal punto da sostituire a «*una institución con unos contornos tan definidos y universales*» una «*institución nueva*», «*polisémica, borrosa y disponible*».⁴

In accordo con la pressoché unanime dottrina costituzionalista e civilista, i ricorrenti identificano nell'art. 32 due tipologie di norme: una norma che attribuisce un diritto (fondamentale) — quello dell'uomo e della donna di contrarre matrimonio — e una norma che dota l'istituto matrimoniale di una *garantía institucional*, costituzionalmente «*asegurando su existencia y preservándolo en los términos que lo hacen reconocible*».⁵

In questa seconda accezione, due sono, a giudizio dei ricorrenti, «*las [...] notas principales*» del matrimonio: «*la igualdad y la heterosexualidad*».⁶ Questi — si afferma nel ricorso — possono desumersi per mezzo di un'interpretazione di tenore letterale e sistematico. Il primo comma dell'art. 32 rappresenta l'unica disposizione costituzionale che contiene un riferimento espresso all'uomo e alla donna, identificati come unici soggetti titolari del diritto di contrarre matrimonio: ragionando *a contrario* le unioni omosessuali risulterebbero così escluse dalla titolarità del diritto di sposarsi.⁷ In secondo luogo, argomentano i ricorrenti, il riferimento all'uomo e alla donna dovrebbe interpretarsi alla luce del principio della «*plena igualdad jurídica*», la cui menzione testuale presuppone implicitamente il carattere esclusivamente eterosessuale del matrimonio, dato che altrimenti «*no cabría predicar dicha igualdad entre los cónyuges*»,⁸ poiché, banalmente, «nelle cosiddette unioni omosessuali l'uguaglianza sarebbe in *re ipsa*, ovvero risiederebbe nell'uguaglianza di sesso dei suoi membri».⁹

Questa interpretazione, ragionano i ricorrenti, è poi sorretta da un argomento originalista, che, richiamato *ad adiuvandum* dell'interpretazione letterale, evidenzia come in tutte le fasi dei lavori preparatori non vengano mai contemplate le unioni omosessuali, né tantomeno il caso del matrimonio tra persone dello stesso sesso.¹⁰

⁴ Cfr. ATC/14602, 6 novembre 2012, par. I (*Antecedentes*), 1.A), p. 2 e par. I, 1, A) lettera a), p. 3.

⁵ Ivi, par. I, 1, B), p. 4.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Ivi, lettera a), p. 5.

⁸ Ivi, p. 6.

⁹ Cfr. G. Cerdeira Bravo de Mansilla, *Matrimonio tra persone omosessuali. Il caso della Spagna*, in "Famiglia, persone, successioni", 7, 2010, p. 493.

¹⁰ Cfr. ATC/14602, 6 novembre 2012, par. I, 1, B), lettera b), p. 6.

Infine, i ricorrenti richiamano a sostegno della propria posizione la stessa giurisprudenza precedente della Corte: in particolare la sentenza n. 222/1994, ove si afferma che «*la unión entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento*»; al contrario, prosegue il passo richiamato, il matrimonio tra un uomo e una donna «*es un derecho constitucional*».¹¹

L'esistenza di una garanzia istituzionale del matrimonio, così configurato, determina, a giudizio dei ricorrenti, l'illegittimità costituzionale di eventuali disposizioni legislative che — come quelle contenute nelle modifiche al *Código civil* introdotte dalla *Ley 13/2005* — «*sin hacerlo desaparecer, desvirtúan, tergiversan o desnaturalizan su contenido predeterminado por la Constitución*».¹²

3 L'argomentazione della Corte: l'interpretazione dell'art. 32 della Costituzione spagnola

Punto di partenza dell'argomentazione del Tribunale è la tesi secondo la quale l'art. 32 è l'unica disposizione che, qualora ne fosse accertata la violazione, potrebbe condurre a una dichiarazione d'incostituzionalità della legge oggetto del ricorso. L'analisi della Corte viene così incentrata sulla definizione del «*contenido y alcance*» di questa norma parametro.¹³

La giurisprudenza costante del Tribunale, si afferma, ha stabilito che il matrimonio consiste, per il tramite dell'art. 32, in una «*institución garantizada por la Constitución*», e che dalla medesima disposizione si desume l'esistenza di un diritto costituzionale a contrarre matrimonio. Ne deriva che due sono le questioni poste all'attenzione della Corte, onde accertare la presunta incostituzionalità della Legge: «*si la reforma impugnada supone un menoscabo constitucionalmente inadmisibile de la garantía institucional del matrimonio*»; «*si la reforma introduce o no límites constitucionalmente inaceptables al ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio*».¹⁴

3.1 La garanzia istituzionale del matrimonio nella società spagnola contemporanea

Nella giurisprudenza della Corte, la nozione di garanzia istituzionale ha la funzione di predisporre una tecnica di «*protección de determinadas instituciones constitucionalmente reconocidas frente a la acción legislativa que pueda intentar*

¹¹ Ivi, lettera c), p. 7-8.

¹² Ivi, lettera d), p. 10.

¹³ Ivi, par. II, 6, p. 35.

¹⁴ Ivi, p. 36.

suprimirlas o desnaturalizarlas». Cioché il limite posto all'attività del legislatore da una disposizione costituzionale che preveda una garanzia istituzionale risiede nel «*reducto indisponible*», «*núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza*».¹⁵

I ricorrenti, così come l'Avvocatura dello Stato, richiamano in particolare la dottrina del Tribunale enunciata in una sentenza risalente, in cui la Corte ha fissato il significato e la portata del concetto di 'garanzia istituzionale' spiegando che «*lo que se protege constitucionalmente no es un contenido concreto de la institución, sino su preservación en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar, de modo que no cabe limitarla privándole en la práctica de sus posibilidades de existencia real para convertirla en un simple nombre*».¹⁶ In una decisione più recente — richiamata dallo stesso Tribunale — la Corte ha poi precisato che «*se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección*».¹⁷ Sicché, come ben riassume Luis Díez-Picazo, «*imagen en la cultura jurídica y funcionamiento efectivo de la institución son [...] los dos criterios para la determinación del contenido mínimo constitucionalmente garantizado: el legislador no puede desfigurar la institución constitucionalmente garantizada, ni privarla de significado*».¹⁸

Ebbene, la Corte, consapevole che la Legge oggetto del ricorso «ha abierto las puertas» dell'istituto del matrimonio «*a las parejas del mismo sexo*» e «*ha equiparado de forma absoluta los matrimonios contraídos entre personas homosexuales y personas heterosexuales*», procede, sulla scorta della nozione di 'garanzia istituzionale' elaborata nella sua precedente giurisprudenza, ad accertare se l'alterazione generata dalla Legge «*resulta contraria o no a la garantía institucional del matrimonio*».¹⁹

Nonostante il matrimonio si presenti come un istituto costituzionalmente garantito, afferma il Tribunale, questo è solo evocato in Costituzione, «*sin encontrar en ella el imprescindible desarrollo*».²⁰ La Costituzione dunque — prosegue — non preclude che al matrimonio possa associarsi un contenuto diverso da quello tradizionalmente

¹⁵ Com'è noto, la nozione di 'garanzia istituzionale' risale alla dottrina tedesca degli anni '20 del secolo scorso (cfr. M. Wolff, *Reichsverfassung und Eigentum*, 1923), che impiega questa espressione per distinguere la protezione predisposta da una disposizione costituzionale che enuncia un diritto soggettivo dalla garanzia contenuta nella medesima onde proteggere l'istituto giuridico cui si riferisce il diritto soggettivo enunciato. Al riguardo, nella dottrina spagnola, si veda A. Jimenez-Blanco, *Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución*, in S. Martín-Retortillo (a cura di), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991, p. 646-647.

¹⁶ Cfr. ATC 32/1981, richiamata rispettivamente dai ricorrenti e dall'Avvocatura dello Stato — nella ricostruzione operata dal Tribunale — a p. 9 e a p. 18 della sentenza qui esaminata.

¹⁷ Cfr. ATC 204/2004 del 18 novembre, richiamata a p. 30 della sentenza qui esaminata.

¹⁸ Cfr. L.M. Díez-Picazo, *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2005, p. 58.

¹⁹ Cfr. ATC/14602, 6 novembre 2012, par. II, 6, p. 38.

²⁰ Ivi, p. 37.

inteso: come segnalato dall'Avvocatura dello Stato, essa semplicemente «*no contiene un concepto de matrimonio*».²¹ Cosicché la Corte ritiene legittimo formularne una definizione costituzionalmente orientata, costruita su una diversa interpretazione del tenore letterale dell'art. 32, fondata su un assunto metodologico (*presupuesto inicial*) impegnativo: la «*lectura evolutiva de la Constitución*».²²

Due appaiono alla Corte gli elementi strutturali del matrimonio: «*la voluntad de dos personas para formalizar una unión estable*»²³ e che questa unione configuri una formazione sociale «*de base asociativa*» in cui non trovino posto «*vínculos patriarcales y autoritarios*».²⁴ E' su questi elementi che il Tribunale ridefinisce il significato dell'istituto matrimoniale, «*como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento*»:²⁵ una definizione evidentemente *gender-neutral*, che la Corte salda sulla riformulazione di un'interpretazione letterale dell'art. 32, svuotato della sua (apparente) connotazione sessuale.

A giudizio del Tribunale, la disposizione contenuta nel primo comma dell'art. 32, «*desde una estricta interpretación literal*», «*sólo identifica los titulares del derecho a contraer matrimonio, y no con quién debe contraerse*».²⁶ Per quanto — prosegue la Corte — sotto un profilo di carattere sistematico «*resulta claro*» che il disposto costituzionale «*no supone en 1978 [anno in cui fu redatta la Costituzione spagnola] la voluntad de extender el ejercicio del derecho a las uniones homosexuales*»,²⁷ e sebbene la disposizione, quando fu scritta, «*manifestaba la voluntad del constituyente por afianzar la igualdad entre el hombre y la mujer, sin resolver otras cuestiones*»,²⁸ se certamente ciò «*no significa que implícitamente acogiera el matrimonio entre personas del mismo sexo, [...] pero tampoco significa que lo excluyera*».²⁹

²¹ Ivi, par. I, 5, F), p. 27.

²² Ivi, par. II, 9, p. 40.

²³ Elemento ravvisato in dottrina, a titolo di esempio, da E. Expósito Gómez, *La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali e la Costituzione spagnola*, in "Il Foro italiano", 2005, p. 271 (corsivo aggiunto).

²⁴ In questi termini, in dottrina, J. Urías Martínez, *Artículo 32*, in M.E. Casas Baamonde, M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (a cura di), *Comentarios a la Constitución española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 891.

²⁵ Cfr. ATC/14602, 6 novembre 2012, par. II, 9, p. 41-42 (corsivi aggiunti).

²⁶ Ivi, 8, p. 40.

²⁷ *Ibidem*. Analogamente, tra i tanti in dottrina cfr. M. Martín Sánchez, *Matrimonio homosexual y Constitución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 123.

²⁸ Cfr. ATC/14602, 6 novembre 2012, par. II, 8, p. 40. Sul significato del principio di eguaglianza nell'ambito della disposizione contenuta nel primo comma dell'art. 32, cfr. in dottrina F. J. Galvéz Montes, *Artículo 32*, in F. Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, terza edizione, Civitas, Madrid, 2001, p. 772, secondo cui «*se trata de una igualdad entre los cónyuges que se manifiesta esencialmente por el reconocimiento de unos mismos ámbitos de actuación a marido y mujer, excluyéndose cualquier tipo de subordinación*».

²⁹ Cfr. ATC/14602, 6 novembre 2012, par. II, 8, p. 40.

Lo scostamento della Corte dall'argomentazione *a contrario* svolta dai ricorrenti, facendo leva sul significato originario della disposizione tratto dalla (presunta) volontà del costituente (*original intent*), è chiarissimo. Diversa, e per certi versi opposta, è la prospettiva argomentativa entro cui si dispiega il ragionamento del Tribunale, che la Corte rivendica in un passaggio, di ampio respiro teorico-costituzionale che merita di essere riportato integralmente. La Costituzione — afferma il Tribunale richiamando la celebre espressione usata per la prima volta, nel 1930, nella sentenza *Privy Council, Edwards vs. Attorney General for Canada*, e ripresa dalla Corte suprema canadese in una recente sentenza (9 dicembre 2004) sul matrimonio tra persone dello stesso sesso — deve intendersi come un *living tree* (un «*árbol vivo*»):

que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta.³⁰

Con un'argomentazione che assume i toni del "manifesto programmatico", volto non solo a guardare al caso concreto discusso nel presente ma anche ai casi che in futuro potrebbero presentarsi alla Corte, il Tribunale accoglie così senza indugio l'orientamento interpretativo suggerito dall'Avvocatura dello Stato, che nella sua memoria aveva insistito sulla tesi per la quale «*es la interpretación evolutiva la que define el contenido de la garantía institucional*»:³¹ «*Lo verdaderamente relevante*» nell'interpretazione dell'art. 32 — aveva sostenuto l'Avvocatura — «*es la evolución social de la percepción del objeto y no el contenido histórico que se le hubiere dado*»;³² «*el histórico no es el criterio relevante para definir el contenido de las garantías institucionales. Su contenido va redefiniéndose con la evolución de la conciencia social, y si ello no fuese así las Constituciones estarían condenadas a ir pereciendo en un proceso de alejamiento de la realidad que deben disciplinar*».³³

D'altronde, ragiona la Corte, occorre guardare al diritto «*como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla*»;³⁴ alla costruzione della cultura

³⁰ Ivi, par. 9, p. 40.

³¹ Ivi, par. I, 5, F), p. 27.

³² Ivi, par. I, 5, B), lettera a), p. 19.

³³ Ivi, lettera d), p. 20.

³⁴ Ivi, par. II, 9, p. 40.

giuridica, qui intesa come impresa interpretativa dell'ordinamento costituzionale, contribuisce pertanto, a giudizio del Tribunale, anche «*la observación de la realidad social jurídicamente relevante*», non solo «*la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos*».³⁵

Ne deriva che per verificare se la riforma legislativa del matrimonio sia compatibile con la sua garanzia istituzionale costituzionalmente stabilita, occorre accertare se il fatto che «*los contrayentes puedan pertenecer al mismo sexo*» — a giudizio della Corte, «*única diferencia entre la institución matrimonial antes y después de julio de 2005*» — costituisca «*hoy por hoy, en nuestra sociedad, un elemento que hace irreconocible el matrimonio o que, por el contrario, se integra en la imagen que permite reconocer la institución matrimonial*».³⁶

La risposta negativa all'interrogativo, così formulato, con cui si respingono i motivi opposti dai ricorrenti, trova fondamento, a giudizio del Tribunale, in due argomenti distinti ma sostanzialmente correlati. La Corte procede nel ragionamento ricorrendo, in primo luogo, a un argomento *ab exemplo* di segno comparatista:³⁷ qui l'analisi condotta dal Tribunale, per mezzo di riferimenti puntuali alla legislazione e alla giurisprudenza, anche extra-europee, nonché alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, in tema di unioni omosessuali, desume «*una nueva "imagen" del matrimonio cada vez más extendida*», che, «*aunque no sea hasta la fecha absolutamente uniforme*» — dovendosi riconoscere, cioè, una «*concepción plural*» al riguardo — non può però essere ignorata.³⁸

Il giudice delle leggi — spiega il Tribunale — «*no puede permanecer ajeno a la realidad social*».³⁹ E' pertanto anche a questa che la Corte deve rivolgersi per dare risposta alla questione portata alla sua attenzione. Sviluppa così un'argomentazione di carattere sociologico, analizzando dati statistici significativi rispetto al grado di «*aceptación social*» del matrimonio tra persone dello stesso sesso, riscontrabile in

³⁵ Ivi, p. 41. Si veda l'assai ampio insieme di elementi che contribuiscono, nella concezione espressa dal Tribunale, alla configurazione della 'cultura giuridica': «*la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición*». Simile a quella formulata dalla Corte mi pare la portata associata alla cultura giuridica da L. Ferrajoli, in *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma, 1999, p. 5.

³⁶ Cfr. ATC/14602, 6 novembre 2012, par. II, 9, p. 42. Analogamente, l'Avvocatura dello Stato aveva indicato come rilevante, per la soluzione della questione di legittimità relativa all'art. 32 come garanzia istituzionale, «*la imagen del matrimonio que en este momento tiene la conciencia social*»; ivi, par. I, 5, B), lettera d), p. 20.

³⁷ Ivi, par. II, 9, p. 42-44.

³⁸ Ivi, p. 44.

³⁹ *Ibidem*.

Spagna prima e dopo l'entrata in vigore della riforma legislativa, dai quali conclude che, per quanto i dati esaminati «no sean por sí solos un elemento determinante para valorar la constitucionalidad de la Ley», essi «ofrecen una imagen que refleja el grado de identificación de los titulares del derecho al matrimonio con la institución en la que progresivamente se integra la unión entre personas del mismo sexo».⁴⁰

Sicché, conclude la Corte, «el régimen jurídico del matrimonio y consecuentemente la imagen jurídica que la sociedad se va forjando de él, no se distorsiona por el hecho de que los cónyuges sean de distinto o del mismo sexo».⁴¹ Al contrario, la riforma legislativa, piuttosto che snaturarne il contenuto essenziale, «desarrolla la institución del matrimonio conforme a nuestra cultura jurídica, sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea».⁴²

3.2 Il diritto di sposarsi nella Costituzione spagnola

Il discorso che il Tribunale svolge in riferimento alla compatibilità della Legge con il diritto a contrarre matrimonio, enunciato dal primo comma dell'art. 32, si sviluppa in sostanziale continuità con le conclusioni cui perviene l'argomentazione relativa alla presunta distorsione dell'istituto matrimoniale realizzata dall'apertura del matrimonio alle unioni omosessuali.

Secondo la sua stessa precedente giurisprudenza, premette il Tribunale, il diritto a contrarre matrimonio è un diritto affatto peculiare. Pur essendo «un derecho de titularidad individual», coloro che ne sono titolari non possono esercitarlo «individualmente», dato che l'esercizio del diritto di sposarsi implica il medesimo esercizio da parte di un'altra persona, dunque del mutuo consenso liberamente espresso dai due contraenti.⁴³

La Legge, osserva la Corte, «permite que el ejercicio del derecho se concrete con una persona del mismo sexo». La riforma legislativa, prosegue, pone pertanto il Tribunale non davanti a «una cuestión relativa a la ampliación del elenco de titulares del derecho individual [...], sino ante una modificación de las formas de su ejercicio»:⁴⁴ un'alterazione che rientra nel margine lasciato all'azione del legislatore dalla stessa

⁴⁰ Ivi, p. 45.

⁴¹ Ivi, p. 46. Eccezion fatta per specifiche norme (artt. 116, 117 e 118 c.c.), spiega il Tribunale richiamando la stessa *Esposizione dei motivi della Legge* svolta dal legislatore, che individuano fattispecie che «sólo pueden producirse en el caso de matrimonios entre dos personas de diferente sexo», (riguardanti la «presunción de paternidad»).

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Ivi, par. II, 10, p. 50. Si veda l'ATC 47/1993, dell'8 febbraio, par. 4: «no es éste un derecho de ejercicio individual, pues no hay matrimonio sin consentimiento mutuo. [...] Contraerlo o no contraerlo pertenece al ámbito de la libertad de la persona».

⁴⁴ Cfr. ATC/14602, 6 novembre 2012, p. 50-51.

disposizione costituzionale, che, al secondo comma stabilisce una riserva di legge secondo cui «*la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*». Sicché dall'articolo 32 potrebbe desumersi — per ciò che concerne lo specifico livello costituzionale — solo «un generico riconoscimento del diritto al matrimonio»,⁴⁵ essendo il suo esercizio interamente dipendente dai requisiti previsti dalla legge e dunque «*sujeto [...] al desarrollo legal dispuesto por el art. 32 segundo apartado*».⁴⁶

V'è dunque un solo limite imposto dall'art. 32 al legislatore: precisamente «l'obbligo negativo di non ledere la sfera di libertà che contiene il diritto» di sposarsi.⁴⁷ Ma, spiega il Tribunale, così come la Legge non prevede un'estensione della classe dei titolari del diritto di sposarsi, nemmeno determina «*una limitación del derecho al matrimonio*», bensì soltanto «*una modificación de las condiciones de ejercicio en una lógica de equiparación de estatutos jurídicos*».⁴⁸ La Corte ha qui gioco facile nel demolire, sulla scorta di dati statistici inoppugnabili, l'incomprensibile argomento avanzato dai ricorrenti, secondo cui l'incostituzionalità lamentata in relazione alle nuove disposizioni legislative sul matrimonio comporterebbe un *vulnus* costituzionale equiparabile, in linea di principio, a quello che potrebbe generare «*una hipotética supresión de la facultad de disponer en el derecho a la propiedad*»:⁴⁹ «*Las personas heterosexuales — spiega il Tribunale — no han visto reducida la esfera de libertad que antes de la reforma tenían reconocida como titulares del derecho al matrimonio, puesto que con la regulación actual y con la anterior, gozan del derecho a contraer matrimonio sin más limitaciones que las que se deriven de la configuración legal de los requisitos para contraer matrimonio que realiza el Código Civil*».⁵⁰

Piuttosto, la riforma legislativa — come sostenuto anche in dottrina — ha realizzato «l'ampliamento di un diritto costituzionale senza pregiudizio alcuno per il diritto già esistente delle persone eterosessuali»:⁵¹ un ampliamento che, lungi dall'apparirle incostituzionale, la Corte ritiene pienamente compatibile con i principi

⁴⁵ Cfr. M. Carrillo, *La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali ed i principi costituzionali*, in "Il foro italiano", 2005, p. 265.

⁴⁶ Cfr. J. Urías Martínez, *Artículo 32*, cit., p. 890. E' questa, del resto, la tesi sottesa alla Legge impugnata ed espressamente dichiarata nell'*Esposizione dei motivi della Legge*, dove si afferma che «*serà la ley que desarrolle este derecho dentro del margen de opción abierto por la Constitución, la que, en cada momento histórico y de acuerdo con sus valores dominantes, determinará la capacidad exigida para contraer matrimonio, así como su contenido y régimen jurídico*».

⁴⁷ Cfr. ATC/14602, 6 novembre 2012, par. II, 10, p. 51.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Ivi, par. I, 1, B), lettera d), p. 9.

⁵⁰ Ivi, par. II, 11, p. 52. Il punto era stato più volte segnalato dall'Avvocatura dello Stato, che aveva rilevato come «*después de la entrada en vigor de la reforma los heterosexuales pueden seguir contrayendo matrimonio en las mismas condiciones que lo hacían antes*»; ivi, par. I, 5, B), lettera d), p. 20; vd. anche ivi, p. 24.

⁵¹ Cfr. E. Expósito Gómez, *La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali e la Costituzione spagnola*, cit., p. 271.

enunciati in Costituzione. Il riconoscimento dell'opzione per gli omosessuali di sposarsi con persone del proprio stesso sesso, inesistente prima dell'entrata in vigore della Legge, comporta infatti, a suo avviso, che «*el respeto a su orientación sexual encuentre reflejo en el diseño de la institución matrimonial*», così riformata. «*Su derecho individual a contraer matrimonio — spiega il Tribunale — integra [...] el respeto a la propia orientación sexual. De este modo — conclude — se da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad*»,⁵² essendo l'esercizio del diritto di sposarsi una «*manifestación vital*» dell'autonomia dell'individuo.⁵³

D'altra parte, considerato come diritto della persona, il matrimonio, onde trovare una piena garanzia nell'alveo della Costituzione, può dispiegarsi, nel suo svolgimento legislativo, esclusivamente tenendo in conto i principi costituzionali.⁵⁴ Ciò che la Legge puntualmente realizza, rispettando, più di quanto non facesse il Codice civile prima delle modifiche introdotte dalla Legge, il principio del libero sviluppo della personalità, ponendo fine a una irragionevole discriminazione fondata sull'orientamento sessuale dei titolari del diritto di sposarsi.⁵⁵

4 Le opinioni di minoranza

Date la delicatezza della questione trattata e la sua indiscutibile rilevanza costituzionale, nonché l'altrettanto considerevole portata ideologica racchiusa nel presupposto metodologico enunciato dalla Corte al principio della sua argomentazione interpretativa, non stupisce che la sentenza che qui si discute abbia suscitato dubbi e ulteriori riflessioni da parte di alcuni componenti del Tribunale. Dubbi e perplessità che quattro giudici della Corte hanno voluto manifestare nelle loro opinioni "particolari",⁵⁶ tra loro dissimili sotto diversi aspetti, eppure convergenti nella critica contro l'assunzione di fondo che anima la pronuncia del Tribunale: l'interpretazione evolutiva della Costituzione.

Tre sono le questioni sulle quali si sono appuntate le obiezioni di minoranza, tutte riconducibili al medesimo argomento. Da un lato si insiste sulla differenza sostanziale che sussiste tra l'interpretazione (legittima) della Costituzione e la sua (illegittima) manipolazione volta non già a realizzare un'interpretazione giuridicamente motivata

⁵² Cfr. ATC/14602, 6 novembre 2012, par. II, 11, p. 52.

⁵³ Cfr. F. J. Galvéz Montes, *Artículo 32*, cit., p. 769.

⁵⁴ Cfr. M. Martín Sánchez, *Matrimonio homosexual y Constitución*, cit., p. 126-127 e p. 203.

⁵⁵ J.V. Gavidia Sánchez, *La libertad de elegir como cónyuge a otra persona del mismo sexo y de optar entre el matrimonio y una unión libre (análisis crítico de la constitucionalidad del matrimonio homosexual y del llamado "divorcio express"*, in Id. (a cura di), *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 36.

⁵⁶ Nell'analisi che segue, non si considererà l'opinione espressa dal giudice J.J. González Rivas nel suo voto *particular*.

delle disposizioni costituzionali, bensì a produrre surrettiziamente la loro trasformazione per via giudiziaria. Ne segue, così, immediatamente la revoca in dubbio della presunta compatibilità che sussisterebbe tra la particolare natura normativa delle Costituzioni, caratterizzata dalla rigidità delle disposizioni che le compongono, con la teoria, fatta propria dalla Corte nella sua motivazione, che guarda al testo costituzionale come un organismo vivente, suscettibile, come tale, di evolversi nel tempo. Il richiamo alle mutate (e mutevoli) condizioni delle società entro cui il diritto si realizza è poi guardato con sospetto e additato come indice di un improprio ribaltamento del rapporto che sussiste tra la società, entro la quale germinano sempre nuove esigenze cui il diritto è chiamato a rispondere, e il diritto medesimo, che proprio una società in costante evoluzione ha la funzione di regolare.

Esemplare, relativamente alle prime due questioni richiamate, appare l'opinione del giudice Manuel Aragón Reyes, illustre costituzionalista.⁵⁷ Egli, in quella che rappresenta indubbiamente l'opinione di minoranza più penetrante, pur condividendo l'esito interpretativo cui perviene la Corte, svolge una critica radicale delle implicazioni che, a suo giudizio, l'argomentazione prodotta nella sentenza del Tribunale rischia di involgere. Nella sua opinione concorrente, il giudice esprime apprezzamento per il modo in cui la Corte ha accertato la conformità costituzionale della Legge impugnata mediante un ragionamento argomentativo inteso all'individuazione di ciò in cui consiste «*hoy el núcleo esencial de una garantía institucional*», come quella contenuta nell'art. 32 Cost.⁵⁸ Nondimeno, afferma, è incongruo confondere questa (legittima) operazione interpretativa con l'interpretazione evolutiva, la cui evocazione, da parte della Corte in rapporto alla Costituzione, gli appare sotto diversi aspetti problematica.

L'interpretazione evolutiva della Costituzione, scrive, «*consiste en adaptar el sentido de las prescripciones constitucionales a las nuevas realidades que los tiempos deparan*». Si tratta, prosegue, di un'operazione interpretativa che incontra un «*limite claro*» «*en el respeto al tenor literal*» delle disposizioni medesime, dimodoché «*nuevas interpretaciones del precepto*» risultano possibili «*sólo [...] si sus términos lingüísticos lo permiten*». Cosicché, conclude, «*mediante la interpretación evolutiva no puede hacerse decir a la norma [rectius: alla disposizione] lo contrario de lo que dice, pues entonces no se interpreta la Constitución, sino que se cambia, eludiéndose el específico procedimiento de reforma que la Constitución ha previsto para ello*».⁵⁹

I limiti che la Costituzione impone al legislatore, precisa Aragón, circoscrivono anche il perimetro entro il quale può agire il *Tribunal constitucional*, che, alla stessa stregua dell'organo legislativo, «*ha de respetar la rigidez de las normas*

⁵⁷ Consultabile on-line nella versione elettronica del *Boletín oficial del Estado* (fascicolo n. 286, 28 novembre 2012) alla pagina: www.boe.es/boe/dias/2012/11/28/pdfs/BOE-A-2012-14602.pdf

⁵⁸ *Ivi*, par. 2, p. 40.

⁵⁹ *Ibidem*.

constitucionales». La Corte, spiega, non può trasformarsi in «*una especie de poder constituyente permanente*». Quando, in forza dell'evoluzione della «*realidad social*», una disposizione costituzionale risulta obsoleta o si sente l'esigenza che essa venga modificata, la sua alterazione deve realizzarsi attraverso una «*reforma constitucional*».⁶⁰

Bersaglio polemico dell'argomentazione del giudice è l'agiografia della teoria della *living Constitution*, così chiaramente espressa dalla Corte in uno dei passaggi fondamentali della sua motivazione, nel quale, accusa Aragón, «*se hacen afirmaciones generales, aplicables a cualquier precepto constitucional, que parecen dejar reducido a la nada el carácter normativo de la propia Constitución*». Affermazioni, lamenta, frutto di una colpevole «*inadvertencia*» mostrata dal Tribunale, che avrebbero dovuto essere almeno modulate, circostanziate, precisate perché «*no surtan los efectos perniciosos que [...] podrían provocar*».⁶¹

Ragionamento sostanzialmente analogo svolge il giudice Andrés Ollero Tassara, eminente professore di filosofia del diritto di orientamento cattolico. Nella sua opinione dissenziente, contrassegnata da vibranti toni polemici, il giudice esprime il suo disaccordo circa il fatto che «*no haya tenido en cuenta la necesidad de llevar a cabo una reforma constitucional*»:⁶² per riformare il matrimonio, quale istituto costituzionalmente garantito, scrive, «*no es posible eludir la reforma de la Constitución*».⁶³

A sostegno di questa valutazione, sono richiamati i medesimi motivi da cui avevano mosso i ricorrenti sollevando la questione di costituzionalità in riferimento all'art. 167 Cost., dove è disciplinata la procedura di revisione costituzionale. Nel ricorso presentato alla Corte, si accusa il legislatore di aver compromesso, di fatto, «*la integridad y la fuerza normativa del texto constitucional*»,⁶⁴ per mezzo di «*una reforma legal que, a través de la simple alteración de unas palabras, habría dado lugar a una auténtica mutación del orden constitucional*».⁶⁵

Si tratta, tuttavia, di un'argomentazione che già l'Avvocatura dello Stato aveva agevolmente contrastato: banalmente, proprio in virtù della gerarchia delle fonti al cui vertice è posta una costituzione rigida, soltanto là dove venga accertata l'illegittimità costituzionale, in forza della difformità dei contenuti della legge in rapporto al dettato della Costituzione, la disposizione che disciplina la revisione costituzionale potrebbe dirsi indirettamente violata. L'obiezione sollevata dai ricorrenti appare insomma «*sorprendente, puesto que una Ley no puede pretender modificar la Constitución*»; piuttosto, una legge, «*si la contradice*», «*es simplemente inconstitucional*».⁶⁶

⁶⁰ Ivi, p. 41.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² *Ibidem*, (par. 1).

⁶³ Ivi, par. 5, p. 46.

⁶⁴ Cfr. ATC/14602, par. I, 1, A) lettera a), p. 3.

⁶⁵ Ivi, par. I, 1, I), p. 15.

⁶⁶ Ivi, par. I, 5, E), p. 26. Argomentazione pienamente condivisa dal Tribunale: vd. ivi, par. II, 2, lettera d), p. 31.

Come Aragón, anche Ollero invoca il ruolo fondamentale che, anche in relazione all'interpretazione delle disposizioni costituzionali, deve essere riconosciuto al loro significato letterale. Per quanto «*el sentido propio de las palabras no sea siempre suficiente*» nell'interpretazione di una disposizione normativa, «*no quita — afferma — que sea siempre obligadamente el primero*» cui ricorrere nel processo interpretativo; «*sobre todo*», aggiunge, quando ad essere oggetto di interpretazione è una disposizione costituzionale, «*cuya relevancia se apoya en su postulada rigidez*».⁶⁷

Contesta poi nel merito quanto asserito dal Tribunale a proposito dell'interpretazione evolutiva della Costituzione, sostenendo che, per quanto prendere atto della «*historicidad de las normas jurídicas*» appaia senz'altro ragionevole, «*no cabe confundir la historicidad del sentido de un texto jurídico con una relativización de su contenido que lo deje totalmente disponible para que el intérprete pueda atribuirle [...] cualquier significado*».⁶⁸ L'interpretazione cui la Corte ha sottoposto l'art. 32, accusa, ha invece fatto della disposizione costituzionale «*un receptáculo vacío, abierto a contener las opiniones coyunturales del legislador; lo que no tiene nada que ver con historicidad alguna*» del testo normativo.⁶⁹

Inoltre, prosegue l'arringa del giudice dissenziente, accogliere acriticamente le affermazioni generali così perentoriamente espresse dal Tribunale «*equivaldría a admitir que no es la Constitución la que certifica y garantiza la legitimidad de las conductas sociales y políticas, sino que sería su texto el que cobraría legitimidad acomodándose a ellas*».⁷⁰ Attraverso «*la apelación reiterada [...] a una presunta presión social*» — ciò che il giudice Ramón Rodríguez Arribas nella sua opinione dissenziente ha chiamato «*clamor de la calle*»⁷¹ — il Tribunale, «*al pretender que determinadas pautas o conductas sociales hayan de condicionar la interpretación constitucional*», cadrebbe insomma, a giudizio di Ollero, nella cosiddetta fallacia naturalistica, cioè nella fallacia argomentativa con cui si riconosce indebitamente forza normativa ai fatti:⁷² un'accusa di cui la Corte appariva consapevole, là dove, in un passaggio tanto assertivo quanto laconico, affermava, senza svilupparne in alcun modo l'argomentazione, che «*la observación de la realidad social jurídicamente relevante*» contribuisce alla costruzione della cultura giuridica, «*sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico*».⁷³

⁶⁷ *Boletín oficial del Estado* (fascicolo n. 286, 28 novembre 2012), cit., (*Voto particular*, A. Ollero Tassara) par. 5, p. 45.

⁶⁸ Ivi, pp. 45-46.

⁶⁹ Ivi, p. 46.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Ivi, (*Voto Particular*, R. Rodríguez Arribas) par. 3, p. 37.

⁷² Ivi, (*Voto particular*, A. Ollero Tassara) par. 7, p. 47.

⁷³ Cfr. ATC/14602, 6 novembre 2012, par. II, 9, p. 41.

5 Interpretazione evolutiva: un'analisi

I rilievi critici sollevati dalle opinioni di minoranza pongono importanti questioni di ordine generale che meriterebbero un'analisi ben più ampia di quella che è possibile svolgere nelle pagine che seguono. In questa parte conclusiva, mi limiterò dunque a discutere i principali nodi problematici sopra richiamati, tutti riconducibili al tema dell'interpretazione evolutiva, mantenendo come riferimento costante l'argomentazione del Tribunale nei termini in cui è stata illustrata nelle pagine che precedono.

5.1 Interpretazione e vincoli testuali

Il reiterato appello al rispetto della lettera della disposizione interpretata, comune alle opinioni di Aragón Reyes e di Ollero Tassara, appare *prima facie* del tutto condivisibile. Com'è noto, anche in Italia il richiamo alla considerazione che l'interprete, soprattutto se dotato di autorità giurisdizionale, dovrebbe prestare al tenore letterale degli enunciati normativi ha suscitato feconde discussioni, in particolare con riferimento all'interpretazione delle disposizioni costituzionali: un dibattito che ha coinvolto illustri studiosi, divisi nella valutazione di quello che oggi rappresenta forse l'orientamento costituzionalistico più influente — soprattutto se si considera il seguito che ha avuto, e tuttora ha, nel nostro giudice delle leggi —, la cosiddetta dottrina dell'interpretazione per valori.⁷⁴

Entro questo dibattito, in cui la questione fondamentale cui si cerca di dare risposta riguarda i limiti dell'interpretazione condotta a partire da disposizioni costituzionali dal significato più o meno aperto, è frequente l'insistenza sull'importanza dei vincoli testuali — opposti dalla lettera della disposizione, anche di principio, all'interpretazione libera fondata su non ben determinati valori costituzionali — anche in chi, cosciente di partecipare a una discussione non destinata ad esaurirsi alla stregua di una moda del momento, cautamente osserva che, pur nel fisiologico svolgimento dell'incessante «dinamica costituzionale», nell'attività ermeneutica devono pur esservi dei vincoli per evitare che si passi dall'interpretazione della Costituzione a «una Costituzione dell'interprete».⁷⁵ Un monito senz'altro apprezzabile ma che non risolve il problema,

⁷⁴ Su cui vd. almeno gli interventi di F. Modugno, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale* e di A. Pace, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, entrambi in G. Azzariti, (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007.

⁷⁵ Cfr. G. Azzariti, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in A. Palazzo, *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, ESI, Napoli, 2001, p. 243. Curiosamente è proprio M. Aragón Reyes ad identificare la Costituzione con il risultato dell'attività ermeneutica condotta dal giudice delle leggi. Cfr. Id., *L'interpretazione della Costituzione e delle leggi da parte del Tribunal constitucional e la sua forza vincolante*, in "Rivista di diritto costituzionale", 1, 2007, p. 65: «la Costituzione è ciò che il suo interprete supremo dice che è». Una tesi, questa, che richiama alla mente quanto affermato da un altro giudice costituzionale, Justice W.J. Brennan, *Speech given at the Text and Teaching Symposium, Georgetown University*, 12 ottobre 1985, p. 2 della trascrizione reperibile on-line alla pagina: www.pbs.org/wnet/supremecourt/democracy/sources_document7.html, secondo cui i giudici della Corte suprema americana «are the last word on the meaning of the Constitution».

come testimonia eloquentemente il caso qui discusso dell'art. 32 della Costituzione spagnola.

Nient'affatto inequivoca appare infatti la sua interpretazione condotta tenendo in considerazione il solo dato letterale. La contrapposizione che si è verificata tra l'esito interpretativo scelto dal Tribunale e quello proposto dai ricorrenti ha rispecchiato la divisione della dottrina, in cui si rilevano posizioni antitetiche ma argomentate facendo appello alla medesima tecnica interpretativa, il ricorso alla lettera della disposizione:⁷⁶ ciò che dimostra che ad essere inequivoco, piuttosto che il significato letterale dell'art. 32, è il significato che, *fino al momento* dell'entrata in vigore della *Ley 13/2005*, si era venuto consolidando in dottrina e nella stessa giurisprudenza del *Tribunal constitucional* — puntualmente richiamata in chiave polemica da Aragón nella sua opinione concorrente.⁷⁷ Non avrebbe senso allora sostenere che quella desunta dalla Corte sia nulla più che un'interpretazione scorretta solo poiché difforme dal significato letterale comunemente attribuito alla disposizione. Ciò che occorre chiedersi è piuttosto se l'esito interpretativo cui perviene il Tribunale, pur discostandosi dall'interpretazione consolidata della disposizione, sia comunque riconducibile in modo diretto e non equivoco al testo costituzionale.⁷⁸

Ebbene, l'interpretazione scelta dalla Corte — secondo la quale l'art. 32, primo comma, identifica solo i titolari del diritto di contrarre matrimonio, l'uomo e la donna, e non anche le modalità nelle quali il diritto può essere da essi esercitato — può senz'altro ricondursi al testo della disposizione dalla quale è desunta. Come è stato correttamente affermato, infatti, nell'enunciato normativo «*no se especifica nada*». L'unico significato che può cogliersi mediante il ricorso alla lettera della disposizione è quello che ne riproduce fedelmente (e inutilmente) la formulazione: sicché il solo contenuto che può trarsi dalla semplice "lettura" del primo comma dell'art. 32 è rappresentato dal fatto che i costituenti hanno inteso riconoscere il diritto a contrarre matrimonio agli uomini e alle donne, in condizioni di eguaglianza.⁷⁹

Quel che è certo è che l'interpretazione data dal Tribunale si pone in evidente discontinuità con il significato tradizionalmente associato all'art. 32, primo comma, che la Corte, con un'operazione ermeneutica innovativa, riformula in un'ottica *gender-neutral* allo scopo di superare una discriminazione, reputata irragionevole, fondata sull'orientamento sessuale delle persone. E' precisamente in questa innovazione che

⁷⁶ Cfr. per la posizione "tradizionalista", a titolo di esempio: G. Cerdeira Bravo de Mansilla, *Matrimonio tra persone omosessuali*, cit., p. 493; per la posizione "progressista": M. Carrillo, *La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali ed i principi costituzionali*, cit., p. 265 ed E. Expósito Gómez, *La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali e la Costituzione spagnola*, cit., p. 270.

⁷⁷ Cfr. *Boletín oficial del Estado* (fascicolo n. 286, 28 novembre 2012), cit., (Voto particular M. Aragón Reyes) par. 1, p. 39.

⁷⁸ Si seguono qui le opportune indicazioni sollecitate da G. Azzariti, *Interpretazione e teoria dei valori*, cit., p. 239-240.

⁷⁹ Cfr. M. Martín Sánchez, *Matrimonio homosexual y Constitución*, cit., p. 118.

consiste l'esito interpretativo conseguito attraverso l'interpretazione evolutiva realizzata dal Tribunale, posto che, com'è stato esattamente osservato, essa «presuppone che vi sia un risultato interpretativo [«un'interpretazione consolidata»] da correggere in virtù dei mutamenti intervenuti», nella realtà sociale e/o nell'ordinamento giuridico:⁸⁰ ciò che conduce la nostra analisi ad affrontare gli altri due nodi problematici sopra richiamati.

Prima di esaminare quella che appare la questione decisiva tra quelle sollevate dalle opinioni di minoranza, quella, cioè, che mira a revocare in dubbio la (presunta) compatibilità dell'interpretazione evolutiva con il particolare carattere normativo delle disposizioni appartenenti a una Costituzione rigida, occorre sbarazzarsi dell'obiezione, in realtà ben poco centrata, che stigmatizza l'interpretazione evolutiva riconducendola semplicisticamente a una classica fallacia argomentativa: la fallacia naturalistica.

5.2 Una fallacia naturalistica? Una critica fuori bersaglio

Con l'espressione 'fallacia naturalistica', traduzione corrente della locuzione inglese *naturalistic fallacy*, si usa indicare un tipo di ragionamento, ritenuto appunto fallace, con il quale si pretende derivare (logicamente) conclusioni prescrittive da sole premesse descrittive. Per quanto l'espressione con cui lo si indica sia stata coniata solo al principio del secolo scorso dal filosofo G.E. Moore, la sua censura, in quanto vizio argomentativo, risale, com'è noto, a un celebre passo del *Treatise of human nature* (1739-1740), del filosofo scozzese D. Hume, dove, allo scopo di criticare qualsiasi variante dell'oggettivismo etico, è affermata la tesi secondo cui «nessuna proposizione etica (esprimente valutazioni e norme, morali, politiche, ideologiche, ecc.) è derivabile da un insieme di premesse costituito esclusivamente da proposizioni aletiche (esprimenti un atto di conoscenza, fattuale, scientifica, metateorica, ecc.)».⁸¹

Nell'opinione del giudice dissenziente Ollero, come si è visto, il Tribunale viene accusato di incorrere in questa classica fallacia, essendosi fatto condizionare, nell'interpretazione delle disposizioni costituzionali rilevanti per l'accertamento delle questioni di legittimità sollevate dai ricorrenti, da «norme o condotte sociali». La Corte, in altri termini, avrebbe piegato la sua autonomia di giudizio a una «presunta pressione sociale», derivando dalla mera «osservazione della realtà sociale» un'interpretazione della disposizione costituzionale che non tiene conto del suo dato letterale, né dell'interpretazione tradizionalmente accreditata in dottrina e nella giurisprudenza dello stesso Tribunale.

⁸⁰ Cfr. V. Velluzzi, *Argomenti interpretativi*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa, (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 366.

⁸¹ Cfr. G. Carcaterra, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 14.

A ben vedere, è questa un'accusa fuori bersaglio. Intanto perché la Corte insieme alla «osservazione della realtà sociale» annovera, tra gli elementi che contribuiscono alla «*configuración*» della cultura giuridica, altri fattori, ben più rilevanti nel quadro dell'argomentazione svolta dal Tribunale, come «*las opiniones de la doctrina jurídica*» spagnola, «*el derecho comparado*», nonché «*la jurisprudencia de los órganos internacionales*». ⁸² Poi perché la Corte dichiara espressamente di tenere in considerazione solo la realtà sociale «*jurídicamente relevante*»: ciò che segnala la dipendenza delle condotte sociali osservate dalla disciplina giuridica che le ha rese materialmente possibili. ⁸³ Infine, perché, per verificare l'immagine che del matrimonio ha la società spagnola contemporanea, allo scopo di accertare qual è oggi il nucleo essenziale della garanzia istituzionale predisposta dall'art. 32 Cost., il Tribunale non poteva far altro che sondare il grado di «accettazione sociale» del matrimonio tra persone dello stesso sesso riscontrabile nella società spagnola prima e dopo l'entrata in vigore della legge impugnata nel ricorso. ⁸⁴

Si potrebbe poi aggiungere un'osservazione di ordine più generale, intesa a destituire di fondamento l'accusa mossa da Ollero, in quanto indirizzata all'interprete al solo scopo di censurare un'operazione ermeneutica di carattere evolutivo. Com'è stato autorevolmente osservato, quando si opera una valutazione di una disposizione normativa in rapporto alla realtà sociale — come quella realizzata dal Tribunale — non si pone «un problema di diretta adeguazione della norma al fatto. Il problema è invece quello della relazione tra una norma storicamente posta, e le valutazioni e le volizioni attuali»: ⁸⁵ un rapporto, in altri termini, che coinvolge sole proposizioni «etiche», e che pertanto non può ingenerare una fallacia naturalistica.

D'altronde, che queste «valutazioni» cambino nel tempo è un dato di fatto incontestabile, di cui ogni nuova legge e ogni riforma legislativa che modifica una normativa preesistente — come la *Ley 13/2005* — sono una riprova. V'è dunque l'innegabile necessità di «un diritto che si adegui concretamente alla realtà sociale nella sua storicità», mantenendosi così «aderente alla coscienza sociale»: ⁸⁶ «Il giurista» — ha scritto Piero Calamandrei —, sia egli legislatore o interprete, «non è [...] un conservatore di vecchie formule fuori d'uso [...]: è un vivo e vigile interprete dei tempi, che tanto meglio sa adempiere alla sua funzione quanto meglio riesce a sentire le esigenze umane della storia e a tradurle in formule appropriate di ordinata convivenza». ⁸⁷

⁸² Cfr. ATC/14602, 6 novembre 2012, par. II, 9, p. 41.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ivi*, p. 45.

⁸⁵ Cfr. T. Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale*, (1955), in *Problemi giuridici*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1959, p. 70. Il passo qui richiamato così continua: «E' solo perché queste fanno poi capo ai 'fatti' attuali che si può parlare di adeguazione della norma al fatto, anziché di modificazione di una norma in funzione di nuove valutazioni, a loro volta eventualmente motivate dalla constatazione di nuovi fatti».

⁸⁶ Cfr. G. Fassò, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, (1972), in *Id.*, *Scritti di filosofia del diritto*, vol. II, a cura di E. Pattaro, C. Faralli, G. Zucchini, Giuffrè, Milano, 1982, p. 1001, 1033.

⁸⁷ Cfr. P. Calamandrei, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, (1955), in *Opere giuridiche*, vol. I, Morano editore, Napoli, 1965, p. 599.

5.3 L'interpretazione evolutiva della Costituzione: problemi e ipotesi di soluzione

Avendo accertato che l'interpretazione evolutiva di una disposizione normativa non può essere semplicisticamente declassata a risultato di una fallacia argomentativa, rimane da chiedersi quali problemi essa presenti nel caso in cui, come quello qui in discussione, venga applicata a disposizioni normative dotate di rigidità costituzionale. Per esaminare questa questione, pur nel modo inevitabilmente sommario che il poco spazio qui a disposizione consente, occorre prendere subito le mosse da un'osservazione preliminare riguardante la peculiare natura della cosiddetta interpretazione evolutiva.

Come già chiariva Emilio Betti, oltre mezzo secolo addietro, con questa espressione si indica non già «un particolare metodo o criterio, da adoperare in concorso con altri» nell'attività interpretativa, bensì un «carattere che l'interpretazione giuridica logicamente assume, in quanto adottata, anziché un indirizzo statico e conservatore, un indirizzo dinamico ed evolutivo».⁸⁸ Si realizza un'interpretazione evolutiva, spiega Pierluigi Chiassoni, quando «l'interprete sostituisce all'interpretazione storica, ritenuta anacronistica, un'interpretazione (che lo stesso interprete ritiene) meglio adeguata alla realtà politica, economica, tecnologica, e/o sociale del momento, ovvero ai dettami della 'coscienza sociale' o della 'coscienza giuridica'».⁸⁹ Com'è evidente, a contrassegnare l'interpretazione evolutiva è, pertanto, l'inclinazione dell'interprete verso predeterminate opzioni valutative, riconducibili a «ideologie dinamiche dell'interpretazione delle disposizioni, che prediligono il valore della giustizia nel caso concreto».⁹⁰

La scelta per un'interpretazione evolutiva di una disposizione normativa appare dunque sempre radicata in un orientamento di carattere ideologico, di frequente dichiarato dallo stesso interprete (come ha correttamente fatto anche il *Tribunal constitucional* nel nostro caso): un orientamento ideologico che, quando è riferito al testo costituzionale, racchiude notevoli implicazioni teoriche che — come esattamente aveva fatto notare il giudice Aragón nella sua opinione concorrente⁹¹ — toccano il concetto stesso di Costituzione, nonché il ruolo della giurisprudenza costituzionale.

Al riguardo, può essere esemplificativo un rapido riferimento al dibattito italiano. Qui la contrapposizione teorico-costituzionalistica (e, ovviamente, nella differente retrostante postura ideologica) si manifesta tra chi, come Gustavo Zagrebelsky, fautore di un'ideologia dinamica dell'interpretazione costituzionale, fa dipendere la

⁸⁸ Cfr. E. Betti, *Teoria generale della interpretazione*, (1955), vol. II, Giuffrè, Milano, 1990, p. 833.

⁸⁹ Cfr. P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 134.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Cfr. *Boletín oficial del Estado* (fascicolo n. 286, 28 novembre 2012), cit., (*Voto particular* M. Aragón Reyes) par. 2, p. 40.

«legittimità della costituzione [...] dalla capacità di dare risposte adeguate al nostro tempo o, più precisamente, dalla capacità della scienza costituzionale di cercare e trovare quelle risposte nella costituzione», in virtù del fatto che «non è più dalla costituzione che si può guardare alla realtà ma è dalla realtà che si deve guardare alla costituzione»,⁹² e chi, come Riccardo Guastini, sostenitore di un'ideologia statica dell'interpretazione costituzionale, sembra affermare che, a fronte di una realtà incessantemente in divenire che non si lascia comprendere nello sguardo rivolto al futuro prospettato da un pur lungimirante testo costituzionale, debbano comunque prevalere i valori «della stabilità della disciplina giuridica, della certezza del diritto, della prevedibilità delle decisioni giurisdizionali».⁹³

La distanza tra i due accostamenti è evidente; altrettanto diverso, di conseguenza, è il ruolo assegnato alla giurisprudenza, e in particolare alla giustizia costituzionale, che ne deriva. Una posizione critica relativamente all'interpretazione evolutiva, come quella assunta da Guastini, comporta inevitabilmente un ridimensionamento dell'attività del giudice delle leggi sulla base dell'idea che «tocca[hi] al potere di revisione e non agli interpreti adattare un vecchio testo costituzionale al mutamento delle circostanze».⁹⁴ Di opposto avviso è Zagrebelsky, secondo il quale «chi [...] ritiene che ogni nuova esigenza costituzionale debba manifestarsi non attraverso rinnovate risposte ai nuovi interrogativi, ma solo attraverso emendamenti, affinché così si garantiscano separazione dei poteri e certezza del diritto, disconosce sia la funzione della giurisprudenza sia l'importanza della durata nella vita costituzionale. Disconosce cioè la funzione della costituzione»; «una Costituzione che sopravvive con incessanti modificazioni — prosegue il Presidente emerito della nostra Consulta — viene degradata a legge ordinaria e la materia costituzionale si confonde con la lotta politica quotidiana. [...] Lo strumento normale — conclude — è la giurisprudenza; l'emendamento è uno strumento eccezionale».⁹⁵

Questa contrapposizione, qui solo schematicamente esemplificata, che, com'è evidente, involge questioni di fondamentale importanza per la teoria (e l'ideologia) del diritto costituzionale, non si è manifestata all'interno di un dibattito (nemmeno lontanamente) paragonabile a quello che, com'è noto, negli Stati Uniti contrappone da oltre vent'anni i teorici della *living Constitution* ai sostenitori della dottrina originalista dell'interpretazione della Costituzione:⁹⁶ da un lato coloro che si richiamano alle

⁹² Cfr. G. Zagrebelsky, *Storia e costituzione*, in Id., P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, p. 79.

⁹³ Cfr. R. Guastini, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in "Giurisprudenza costituzionale", 2006, p. 760.

⁹⁴ Ivi, p. 759.

⁹⁵ Cfr. G. Zagrebelsky, (2006), *Discorso del prof. Gustavo Zagrebelsky in occasione dei 50 anni della Corte costituzionale*, reperibile on-line alla pagina: www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_959.do, p. 7 della trascrizione.

⁹⁶ Per un eccellente inquadramento del dibattito vd. C. Valentini, *Le ragioni della Costituzione: la Corte suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2011, specie cap. V.

opinioni espresse dal giudice della Corte suprema americana W.J. Brennan, in carica dal 1956 al 1990, secondo il quale «*the genius of the Constitution rests not in any static meaning it might have had in a world that is dead and gone, but in the adaptability of its great principles to cope with current problems and current needs*»;⁹⁷ dall'altro coloro che, secondo un opposto modello interpretativo, autorevolmente rappresentato dall'attuale giudice della Corte Antonin Scalia, in carica dal 1986, mirano a «stabilizzare le possibili interpretazioni del testo costituzionale», radicando «questo effetto di stabilizzazione in un dato storico» che si pretende empiricamente accertabile.⁹⁸

Comune a tutte le versioni della dottrina originalista è l'obiettivo di stabilizzare il significato delle disposizioni costituzionali allo scopo di «evitare che l'interpretazione costituzionale si trasformi in una surrettizia revisione costituzionale»,⁹⁹ scongiurando «il rischio che la Costituzione finisca col significare semplicemente quello che i giudici di volta in volta ritengono essa debba significare».¹⁰⁰

D'altronde, prescindendo da una valutazione nel merito della dottrina originalista, che la possibilità da essa paventata possa realizzarsi (e si sia concretamente realizzata) è certamente innegabile. Tanto che, anche nella dottrina costituzionalistica italiana, si è giunti a indicare il fenomeno parlando di «progressiva modificazione tacita della Costituzione scritta», realizzata attraverso «un'incisiva opera di interpretazione svolta anzitutto dai giudici (e massimamente da quello costituzionale)»;¹⁰¹ o sostenendo, ancor più chiaramente, che sarebbe «più appropriato parlare di trasformazioni, piuttosto che di interpretazioni della Costituzione»: trasformazioni che ci restituiscono una Costituzione «diversa da quella di ieri», che «si [è] venuta adeguando all'evoluzione della società» attraverso una «procedura» diversa da quella prevista dall'art. 138 Cost.¹⁰²

⁹⁷ Cfr. W.J. Brennan, *Speech given at the Text and Teaching Symposium*, cit., p. 4.

⁹⁸ Cfr. G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 133.

⁹⁹ Ivi, p. 134.

¹⁰⁰ Cfr. B. Casalini, *Sovranità popolare, governo della legge e governo dei giudici negli Stati Uniti d'America*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002, p. 238-239. Sul ruolo svolto dalla Corte suprema americana nel «progresso costituzionale» che ha interessato la Costituzione statunitense, già oltre cinquant'anni fa si era soffermato P. Calamandrei, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, cit., p. 616: «La costituzione nordamericana, composta in origine da pochissimi articoli scritti, è stata rafforzata, sviluppata, perfezionata giorno per giorno dall'opera fervida e coraggiosa della giurisprudenza della Corte suprema: tanto che si può dire che in America la Costituzione è diventata, attraverso un lavoro di quasi due secoli, un monumento creato dai giudici».

¹⁰¹ Cfr. F. Rimoli, *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1992, p. 3778, che non risparmia critiche a questa tendenza verso il diritto giurisprudenziale, essendosi «attuata, nella fattispecie, dapprima sul piano della distinzione ormai comune tra norma e disposizione, che ha moltiplicato gli strumenti decisori della Corte, e poi [...] con il tendenzialmente completo svincolamento dalla dimensione testuale della Carta, e, dunque, con la finale svalutazione concreta del suo carattere scritto».

¹⁰² Cfr. S. Bartole, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004, p. 13, 15.

Ebbene, tenendo presente la serietà delle problematiche sollevate dall'adozione di un'ideologia dinamica dell'interpretazione costituzionale, cui qui si è fatto cenno, come si deve giudicare l'operazione ermeneutica realizzata dal *Tribunal constitucional* sull'art. 32 della Costituzione spagnola?

Occorre intanto ricordare che, diversamente da quanto stabilito dall'art. 12 delle nostre Preleggi, l'art. 3 primo comma del *Título preliminar* del *Código civil* annovera, tra gli elementi che devono essere considerati nell'interpretazione delle disposizioni normative, «*la realidad social del tiempo en el cual [estas] deben ser aplicadas*».¹⁰³ Nonostante nella dottrina spagnola non sia del tutto pacifico che l'art. 3 sia applicabile anche all'interpretazione del testo costituzionale, essendo il Codice spagnolo, analogamente a quello italiano, più risalente della Costituzione, la Corte, nel desumere e argomentare l'interpretazione prescelta, ha senz'altro fatto riferimento alla realtà della società spagnola contemporanea.

In secondo luogo, non v'è dubbio che il Tribunale, onde accertare la presunta incostituzionalità della legge contestata, abbia sottoposto a interpretazione evolutiva, non già la legge, bensì la disposizione costituzionale, secondo un percorso diverso ed opposto rispetto a quello che si compie nell'interpretazione conforme della legge (a Costituzione). In questo ultimo caso, si adatta, infatti, l'oggetto al parametro (la legge alla Costituzione), attribuendo alla disposizione oggetto della questione di legittimità un significato costituzionalmente conforme alla/e norma/e parametro. Nel caso dell'interpretazione evolutiva, al contrario, si adatta il parametro all'oggetto, attribuendo alla disposizione costituzionale un significato in rapporto al quale la norma oggetto risulti costituzionalmente conforme.

In questo senso, l'operazione ermeneutica condotta dal Tribunale può essere adeguatamente rappresentata facendo uso di una distinzione concettuale intesa a meglio determinare il funzionamento dell'interpretazione evolutiva. Questa si realizza per «sopravvenienze effettuali» e/o per «sopravvenienze normative», secondo che l'adeguamento del significato della disposizione interpretata rifletta i mutamenti della realtà regolata, i quali «vengono [così] attratti nell'orbita di norme non pensate per essi», oppure che l'adattamento rifletta i mutamenti intervenuti in seguito all'integrazione di nuove disposizioni nel sistema normativo, cosicché dall'ingresso

¹⁰³ Circa il significato del riferimento alla «realtà sociale», si vedano le precisazioni ricavabili dalle sentenze del 18 febbraio 1997 e del 18 dicembre dello stesso anno del *Tribunal supremo*, sintetizzate in *Código civil. Comentarios y jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2009, p. 33-34: «Es la realidad social un elemento de la interpretación de la ley que significa el conocimiento y la valoración de las relaciones de hecho a que debe aplicarse la norma, teniéndola en cuenta según la vida real inmersa en la sociedad. Como tal elemento de interpretación no puede tergiversar la ley, cambiarle su sentido o darle una aplicación arbitraria»; «el elemento sociológico en la interpretación de las normas, realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, no supone la justificación del arbitrio judicial ni una interpretación laxa de las normas y, desde luego, excluye que se orille la aplicación de la norma vigente al caso concreto».

di nuove disposizioni nell'ordinamento derivino conseguenti mutamenti di significato delle disposizioni che vi appartengono.¹⁰⁴

Ora, il caso qui discusso sembrerebbe corrispondere a entrambe le condizioni di questa complessa meccanica interpretativa: se, da un lato, la Corte ha valorizzato il peso dell'accettazione sociale del matrimonio tra persone dello stesso sesso per l'immagine che ne risulta nella coscienza sociale della Spagna contemporanea, così integrando nel concetto di 'matrimonio' le unioni omosessuali, d'altro lato, l'adeguamento del diritto al mutamento sociale era stato realizzato, ancor prima dell'intervento della Corte, proprio dalla legge contestata, al cui contenuto normativo il Tribunale ha voluto adattare il significato dell'art. 32 cost. allo scopo di respingere la questione di legittimità costituzionale sollevata dai ricorrenti.

Le critiche mosse dalle opinioni di minoranza si sono comunque concentrate sulla prima dimensione, dell'interpretazione evolutiva condotta dal Tribunale, stigmatizzando l'importanza che la Corte ha voluto indebitamente attribuire al mutamento sociale. In effetti, è questo il vizio di fondo in cui sembrerebbe cadere l'interpretazione evolutiva delle disposizioni costituzionali giustificata facendo appello alla nozione (per la verità non ben determinata) di 'coscienza sociale'.

L'uso di questo criterio, per così dire, maggioritario, è stato osservato, comporterebbe l'indebolimento delle garanzie istituzionali e dei diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione, in forza del fatto che essi «verrebbero interpretati esattamente alla luce di ciò contro cui [...] intendono ergersi a garanzia»: ne risulterebbe «così eroso, in via interpretativa, il significato della rigidità costituzionale», per sua natura contro-maggioritario.¹⁰⁵ Ma, pur indubbiamente fondato, questo argomento non appare decisivo, perlomeno se lo si applica alla vicenda giurisprudenziale che qui si è cercato di ricostruire, che anzi ne costituisce un valido contro-esempio.

L'interpretazione cui è pervenuto il Tribunale ricorrendo alla coscienza sociale, ossia facendo appello all'immagine che la maggioranza assoluta della società spagnola contemporanea ha del matrimonio, realizza infatti il risultato esattamente opposto, poiché consente, decretando la non-incostituzionalità della legge contestata, di garantire una minoranza discriminata in ragione dell'orientamento sessuale, riconoscendole diritti fino ad ora negati.

D'altronde è questo il motivo di fondo che anima la normativa impugnata, come espressamente affermato nell'*Esposizione dei motivi della Legge*,¹⁰⁶ con la

¹⁰⁴ La distinzione è richiamata da A. D'Atena, *Divagazioni in tema d'interpretazione della Costituzione*, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 391-392, il quale peraltro esclude che possa ritenersi accettabile «che la Costituzione sia sottoponibile all'interpretazione evolutiva per *sopravvenienze normative* (a meno che, ovviamente, queste non siano dovute a fonti di grado costituzionale)», non potendo ritenersi «che l'evoluzione della legislazione ordinaria [...], modificando il sistema in cui la Costituzione è immersa, induca corrispondenti modifiche a carico dei significati di cui essa è portatrice».

¹⁰⁵ Cfr. G. Pino, *Diritti e interpretazione*, cit., p. 138.

¹⁰⁶ «La storia evidenzia un lungo percorso di discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, discriminazione che il legislatore ha deciso di rimuovere. L'istituzione di un ambito di realizzazione personale che permetta

quale, ha osservato l'Avvocatura dello Stato, si realizza «*normalización social de la homosexualidad*» in Spagna, in linea con una tendenza in atto in tutti i Paesi più avanzati sul fronte del riconoscimento dei diritti civili.¹⁰⁷ Ed è esattamente a questo scopo — prima che il Tribunale, dopo ben sette anni dalla registrazione del ricorso, prendesse la sua decisione — che è stata invocata in questo caso l'interpretazione evolutiva della Costituzione, affinché, mediante una sua flessibilizzazione per via interpretativa, essa potesse riflettere «*la mutación experimentada por la sociedad europea*»:¹⁰⁸ un mutamento, sia chiaro, perfettamente compatibile con l'ispirazione liberale ed egualitaria che contrassegna l'odierno costituzionalismo democratico, in accordo con il quale non si può non «*no pueden sino pretender alcanzar la máxima garantía de los derechos y la máxima extensión en su reconocimiento*».¹⁰⁹

D'altra parte, appaiono condivisibili le perplessità espresse dal giudice Aragón rispetto alle dichiarazioni “manifesto” espresse dal Tribunale in relazione all'interpretazione evolutiva della Costituzione, che la Corte avrebbe fatto meglio a precisare e circostanziare. Non tanto per scongiurare in futuro l'adozione di un'ideologia dinamica dell'interpretazione costituzionale da parte del Tribunale, quanto per evitare che sotto il manto dell'interpretazione evolutiva trovi legittimazione *qualsiasi* operazione ermeneutica ad essa riconducibile, quali che siano i suoi presupposti e le sue finalità. Ed invece, perché il ricorso all'interpretazione evolutiva delle disposizioni costituzionali possa giudicarsi congruente con la loro rigidità normativa, la sua applicazione deve essere unicamente rivolta ad estendere i soggetti tutelati nei diritti, nonché i diritti che formano oggetto di questa tutela, compatibilmente con le altre norme del sistema costituzionale.

Se è vero che ogni dottrina (o ideologia) dell'interpretazione costituzionale deve essere valutata in forza delle conseguenze che la sua applicazione produce sull'ordinamento costituzionale,¹¹⁰ deve essere allora chiaramente precluso all'interprete, che invoca un'ideologia dinamica intesa ad adeguare il dettato costituzionale ai mutamenti sociali e/o normativi intervenuti, di assecondare tendenze recessive, volte a ridimensionare, comprimere o cancellare la garanzia dei diritti costituzionalmente stabiliti.¹¹¹ D'altronde, se la Costituzione è un *living tree*, «*the tree is rooted*»¹¹² e le

a coloro che liberamente scelgono di intraprendere una relazione sessuale ed affettiva con persone del loro stesso sesso, di sviluppare la propria personalità ed esercitare i propri diritti in condizioni di eguaglianza, è divenuta un'esigenza dei cittadini del nostro tempo, un'esigenza a cui questa legge tenta di dare risposta». Cit. in M. Carrillo, *La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali ed i principi costituzionali*, cit., p. 265.

¹⁰⁷ Cfr. ATC/14602, 6 novembre 2012, p. 21.

¹⁰⁸ Cfr. M. Martín Sánchez, *Matrimonio homosexual y Constitución*, cit., p. 137.

¹⁰⁹ Ivi, p. 193-194.

¹¹⁰ Cfr. C.S. Sunstein, *A Constitution of many minds. Why the founding document doesn't mean what it meant before*, Princeton University Press, 2009, p. 19.

¹¹¹ E' quanto invece è stato proposto da Alan Dershowitz, *Rights from wrongs. Una teoria dell'origine dei diritti*, (2004), Codice edizioni, Torino, 2005, p. 226, secondo il quale è possibile immaginare una terza via rispetto alle due principali dottrine dell'interpretazione costituzionale, la dottrina della *living Constitution* e

sue radici affondano nella dignità inviolabile della persona, nella sua libertà e nei suoi diritti fondamentali.

On the Dynamic Interpretation of constitutions - The Egalitarian Redefinition of Marriage in the Decision of the Spanish Tribunal constitucional

Abstract: By drawing an argumentative survey of the decision of the Spanish *Tribunal constitucional* on same-sex marriage, this article suggests some critical remarks on the topic of dynamic interpretation of constitutional provisions. The first part presents a detailed description of the arguments submitted by the plaintiffs, of the decision rationale and of the issues raised by the dissenting opinions. Afterwards, the analysis focuses on the theoretical entailments which dynamic interpretation of constitutional provisions involves referring to the very notion of 'constitution' and on the part of constitutional justice. The thesis upheld by the author suggests that dynamic interpretation of constitutional provisions ought to be assessed consistently with the normative rigidity of constitutions only if it produces an increase of the subjects protected under the law and/or an increase of the individual rights protected, consistently with the other provisions of the constitutional system.

Key words: Dynamic interpretation. Ideologies of constitutional interpretation. Same-sex marriage.

Aragón Reyes, M., *L'interpretazione della Costituzione e delle leggi da parte del Tribunal constitucional e la sua forza vincolante*, in "Rivista di diritto costituzionale", 1, 2007.

Ascarelli, T., *Norma giuridica e realtà sociale*, (1955), in *Problemi giuridici*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1959.

Azzariti, G., *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in A. Palazzo, *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, ESI, Napoli, 2001.

Barak, A., *Constitutional interpretation*, in F. Mélin-Soucramanien (a cura di), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, Parigi, 2005.

Bartole, S., *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Il Mulino, Bologna, 2004.

Betti, E., *Teoria generale della interpretazione*, (1955), vol. II, Giuffrè, Milano, 1990.

Brennan, W.J., *Speech given at the Text and Teaching Symposium, Georgetown University*, 12 ottobre 1985, disponibile on-line alla pagina: www.pbs.org/wnet/supremecourt/democracy/sources_document7.html

Calamandrei, P., *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, (1955), in *Opere giuridiche*, vol. I, Morano editore, Napoli, 1965.

Carcattera, G., *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Giuffrè, Milano, 1969.

l'originalismo: un terzo approccio al problema che ipotizzi «una Costituzione vivente che sia capace di adattarsi al cambiamento delle circostanze e che non si muova necessariamente in una sola direzione. Non deve necessariamente 'estendersi' o 'evolversi' sempre, poiché la capacità di adattarsi al cambiamento delle circostanze può anche esigere, in determinate situazioni, qualche restrizione, qualche retromarcia, qualche involuzione». Relativamente alla Costituzione italiana, un'interpretazione evolutiva di segno recessivo è quella che, in anni recenti, ha riguardato l'art. 11 cost., su cui vd. C. De Fiore, *Costituzione e guerre di globalizzazione. Interpretazione evolutiva o violazione dell'art. 11 della Costituzione?*, in "Questione giustizia", 1, 2003, specie p. 84 e G. de Vergottini, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2004, specie p. 43-46 e p. 142, il primo critico, il secondo adesivo.

¹¹² Cfr. A. Barak, (giudice della Corte suprema d'Israele) *Constitutional interpretation*, in F. Mélin-Soucramanien (a cura di), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, Parigi, 2005, p. 114.

- Carrillo, M., *La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali ed i principi costituzionali*, in "Il foro italiano", 2005.
- Casalini, B., *Sovranità popolare, governo della legge e governo dei giudici negli Stati Uniti d'America*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Milano, 2002.
- Cerdeira Bravo de Mansilla, G., *Matrimonio tra persone omosessuali. Il caso della Spagna*, in "Famiglia, persone, successioni", 7, 2010.
- Chiassoni, P., *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- D'Atena, A., *Divagazioni in tema d'interpretazione della Costituzione*, in F. Giuffrè, I. Nicotra (a cura di), *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2008.
- De Fiore, C., *Costituzione e guerre di globalizzazione. Interpretazione evolutiva o violazione dell'art. 11 della Costituzione?*, in "Questione giustizia", 1, 2003.
- De Vergottini, G., *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- Dershowitz, A., *Rights from wrongs. Una teoria dell'origine dei diritti*, (2004), Codice edizioni, Torino, 2005.
- Díez-Picazo, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2005.
- Expósito Gómez, E., *La legge spagnola sul matrimonio tra omosessuali e la Costituzione spagnola*, in "Il Foro italiano", 2005.
- Fassò, G., *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, (1972), in Id., *Scritti di filosofia del diritto*, vol. II (a cura di), E. Pattaro, C. Faralli, G. Zucchini, Giuffrè, Milano, 1982.
- Ferrajoli, L., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma, 1999.
- Galvéz Montes, J., *Artículo 32*, in F. Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, terza edizione, Civitas, Madrid, 2001.
- Gavidia Sánchez, J.V., *La libertad de elegir como cónyuge a otra persona del mismo sexo y de optar entre el matrimonio y una unión libre (análisis crítico de la constitucionalidad del matrimonio homosexual y del llamado "divorcio express"*, in Id. (a cura di), *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Guastini, R., *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in "Giurisprudenza costituzionale", 2006.
- Jimenez-Blanco, A., *Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución*, in S. Martín-Retortillo (a cura di), *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al professor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991.
- Martín Sánchez, M., *Matrimonio homosexual y Constitución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- Mastromartino, F., *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013.
- Modugno, F., *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in G. Azzariti, (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007.
- Pace, A., *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in G. Azzariti, (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2007.
- Pino, G., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010.
- Rimoli, F., *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori*, in "Giurisprudenza costituzionale", 1992.

Sunstein, C.S., *A Constitution of many minds. Why the founding document doesn't mean what it meant before*, Princeton University Press, 2009.

Urías Martínez, J., *Artículo 32*, in M.E. Casas Baamonde, M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (a cura di), *Comentarios a la Constitución española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid.

Valentini, C., *Le ragioni della Costituzione: la Corte suprema americana, i diritti e le regole della democrazia*, Giappichelli, Torino, 2011.

Velluzzi, V., *Argomenti interpretativi*, in G. Pino, A. Schiavello, V. Villa, (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013.

Zagrebelsky, G., *Discorso del prof. Gustavo Zagrebelsky in occasione dei 50 anni della Corte costituzionale*, 2006, reperibile on-line alla pagina: www.cortecostituzionale.it/ActionPagina_959.do

Zagrebelsky, G., *Storia e costituzione*, in Id., P.P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1996.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MASTROMARTINO, Fabrizio. Sull'interpretazione evolutiva della Costituzione: la ridefinizione egualitaria del matrimonio nella sentenza del *Tribunal constitucional* spagnolo sulle unioni omosessuali. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 11, n. 14, p. 83-109, jul./dez. 2013.

Recebido em: 20.12.2013
Aprovado em: 25.01.2014