

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 4 - giugno 2011

LA CORTE SUPREMA MESSICANA TRA PROCESSI
DI PRECOMPRESIONE COMPARATIVA E
INTEGRAZIONE DEL DATO SOCIALE:
LA SENTENZA SUL *MATRIMONIO HOMOSEXUAL*

Renato Ibrido

**LA CORTE SUPREMA MESSICANA TRA PROCESSI
DI PRECOMPRESIONE COMPARATIVA E
INTEGRAZIONE DEL DATO SOCIALE: LA
SENTENZA SUL *MATRIMONIO HOMOSEXUAL***

Renato Ibrido

*Dottorando di ricerca in Diritto pubblico comparato
nell'Università di Siena*

Con la sentenza del 16 agosto 2010, la Corte suprema messicana ha riconosciuto la costituzionalità della legge che introduce nel distretto federale di Città del Messico la figura del matrimonio omosessuale, estendendo altresì alle coppie dello stesso sesso la possibilità di accedere all'istituto dell'adozione.

Le ragioni di interesse per questa sentenza, peraltro, oltrepassano il pur fondamentale profilo dell'introduzione del matrimonio homosexual, imponendo piuttosto una riflessione ulteriore in merito alle opzioni di interpretazione costituzionale fatte proprie da questa decisione.

Rigettando infatti l'argomento originalista proposto dal ricorrente, la Corte suprema ha offerto una lettura della carta costituzionale intesa come «documento vivo», ossia di un testo giuridico inidoneo a pietrificare ed ancorare ad uno schema predeterminato figure per loro natura dinamiche come, ad esempio, quello della famiglia.

In secondo luogo, la sentenza in esame, valorizzando le potenzialità di un approccio interdisciplinare, ha fatto uso del c.d. argomento sociologico allo scopo di scardinare una visione statica della famiglia, portando a compimento una complessa operazione di de-contestualizzazione e ricontestualizzazione del dato testuale.

Infine, la sentenza della Corte suprema offre importanti spunti di riflessione in ordine alla questione dell'uso della comparazione nell'interpretazione costituzionale, mostrando in particolare l'esistenza di momenti comparativi nei processi ermeneutici di precomprensione.

On the 16th of August, Mexico's Supreme Court ruled on the constitutionality of the law which allows same-sex marriages in Mexico City. With the same decision, the Court established the legitimacy of adoptions made by same-sex couples.

This sentence is extremely interesting not only for having introduced homosexual marriages, but also for having led to new reflections on its method of constitutional interpretation.

In fact, the Supreme Court did reject the claimant's originalist interpretation and intended the Constitution as a "living document", in other words a legal text which is unable to stick dynamic concepts, such as family, to predetermined schemes.

Moreover, this sentence improved the potentiality of the interdisciplinary approach, in fact it relied on sociological clues with the purpose of getting over the static concept of family. Therefore, it accomplished a complex decontextualization and recontextualization operation of the textual element.

Finally, this sentence offers new suggestions for the use of comparative method during constitutional interpretation, showing the existence of comparatives moments in the hermeneutic preconception process.

Sommario

1. Chiavi di lettura della sentenza della Corte suprema messicana in materia di matrimonio homosexual
2. La Costituzione come «documento vivo»: la prospettiva non originalista della Corte suprema
3. Operazioni di de-contestualizzazione e ricontestualizzazione del dato testuale attraverso le risorse di un approccio interdisciplinare
4. La degradazione della famiglia da "concetto" a "tipo"
5. Momenti comparativi nel processo di precomprensione dell'interprete della Costituzione

1. Chiavi di lettura della sentenza della Corte suprema messicana in materia di *matrimonio homosexual*

Con la sentenza del 16 agosto 2010, la Corte suprema messicana ha riconosciuto la costituzionalità dell'articolo 146 del codice civile del distretto federale, il quale, nella versione novellata dalla riforma del dicembre 2009, aveva introdotto nel distretto di Città del Messico la figura del *matrimonio homosexual*¹. Con questa decisione, la Corte ha altresì riconosciuto la legittimità costituzionale dell'estensione alle coppie omosessuali della possibilità di accedere all'istituto dell'adozione².

Benché nelle 310 pagine della sentenza convergano diverse questioni e profili di costituzionalità, alcuni dei quali attinenti ai rapporti fra centro e periferia nonché al rispetto

¹ La riforma in esame, entrata in vigore nel marzo del 2010, era stata preceduta nel 2006 dall'introduzione nel distretto federale di Città del Messico e nello Stato di Coahuila di apposite regolamentazioni delle unioni civili. Contro la novella all'art. 146 del codice civile avevano presentato ricorso, oltre alla procura generale della Repubblica, tre Stati membri della federazione (Morelos, Guanajuato e Tlaxcala). In argomento, v. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, *Los matrimonios homosexuales en el Distrito Federal. Algunas consideraciones en torno a la reforma a los códigos Civil y de Procedimientos Civiles*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2010).

² L'art. 391 del codice civile del distretto federale disciplina l'istituto dell'adozione. Sebbene tale disposizione non sia stata oggetto di modifica, il combinato disposto fra l'art. 391 ed il nuovo art. 146 ha aperto le porte all'adozione da parte di coppie omosessuali unite in matrimonio. Ad avviso della procura generale, tale risultato dà vita ad un nuovo atto legislativo, suscettibile dunque di impugnazione, il quale contrasta con i principi di non discriminazione (art. 1, comma 3 Cost.) e di protezione dei minori (art. 4, commi 6 e 7 Cost.). In particolare, sotto il profilo del principio di non discriminazione, l'adozione da parte di coppie omosessuali priverebbe alcuni bambini della possibilità di vivere in condizioni di uguaglianza rispetto ai minori inseriti all'interno di nuclei familiari tradizionali. Secondo il ricorrente, il principio della prevalenza dell'interesse dell'adottato rispetto all'adottante precluderebbe dunque la possibilità di estendere l'accesso all'istituto dell'adozione alle coppie omosessuali.

delle norme sulla tecnica legislativa⁵, nelle pagine che seguono ci si limiterà peraltro ad esaminare la pronuncia sul piano della teoria dell'argomentazione e interpretazione costituzionale, focalizzando in particolare l'attenzione sull'uso di un approccio comparativo e interdisciplinare nella ricostruzione del dato positivo, problema che ad avviso di chi scrive costituisce la cifra fondamentale per comprendere l'aspetto innovativo di questa sentenza nel panorama delle decisioni in materia di *matrimonio homosexual*. La sentenza del 16 agosto, infatti, non solo aggiunge un importante tassello al ricco *puzzle* giurisprudenziale in materia di *same-sex marriage* ma offre altresì spunti di riflessione significativi relativamente alle tecniche di argomentazione e decisione utilizzate dalla Corte suprema messicana.

Non vi è dubbio, d'altronde, che il ricorso al pluralismo disciplinare nell'argomentazione e nella decisione delle controversie costituzionali costituisca un punto di osservazione privilegiato per indagare in quale misura le ragioni di ordine storico-culturale e valutativo costituiscano una sfida ricorrente per il giurista. Come infatti è stato autorevolmente osservato, l'uso di approcci disciplinari diversi (la storia, la sociologia, la filosofia, l'antropologia culturale, *etc.*), non resta mai fine a se stesso, ma sondando il retroterra culturale del discorso giuridico consente di far emergere «dietro la facciata della positività del diritto» quegli strati storici ed antropologici che appaiono indispensabili «ad una corretta comprensione della positività stessa». Ciò appare tanto più essenziale se

⁵ La Corte ha in particolare affermato che spetta a ciascuno Stato membro decidere di introdurre o meno la figura del *matrimonio homosexual*. Tuttavia, le entità federative, a prescindere dalle proprie scelte in materia, non potranno in ogni caso disconoscere la validità sul proprio territorio dei matrimoni fra persone dello stesso sesso celebrati in un altro Stato della Federazione. Quanto alla tecnica legislativa seguita dal Congresso del Distretto federale, la Corte suprema ha rigettato le censure volte a dimostrare l'esistenza di un difetto di motivazione della legge.

l'interdisciplinarietà è accompagnata dal metodo comparativo, in quanto è proprio il pluralismo disciplinare a collocare la comparazione sul terreno ermeneutico, contribuendo all'attivazione di processi di precomprensione idonei a proiettare nel lavoro del giurista «la relazione dialettica con l'«alterità»»⁴.

2. La Costituzione come «*documento vivo*»: la prospettiva non originalista della Corte suprema

Sostituendo l'espressione «uomo e donna» con «due persone», la novella dell'art. 146 del codice civile del distretto federale ha definito il matrimonio come «l'unione libera di due persone per la realizzazione di una comunità di vita».

Secondo la tesi sostenuta dalla procura generale della Repubblica⁵, tale modifica, estendo alle coppie omosessuali la possibilità di accedere all'istituto del matrimonio, comportava una violazione dell'articolo 4, primo comma della Costituzione federale, nell'inciso che impone al legislatore di proteggere «l'organizzazione e lo sviluppo della famiglia»⁶. Invocando infatti una interpretazione del parametro conforme al «*espíritu del Constituyente*», il

⁴ Lo evidenzia RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 248.

⁵ La Costituzione messicana prevede, in relazione alla *Suprema Corte di Justicia*, tre diverse forme di controllo di costituzionalità: la controversia costituzionale (corrispondente per molti aspetti ad un conflitto di attribuzione), l'azione di incostituzionalità ed il giudizio *de amparo*. L'azione di incostituzionalità, che è il mezzo esperito nel caso di specie dalla procura generale della Repubblica, può essere promosso, oltretutto dalla procura, da determinate minoranze parlamentari, dai partiti politici registrati, e da appositi organismi preposti alla tutela dei diritti umani.

⁶ L'articolo 4, primo comma della Costituzione, nella sua attuale formulazione, è il risultato della revisione costituzionale del 31 dicembre 1974. Recita la disposizione: «*el varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia*».

ricorrente ha evidenziato come il compilatore dell'articolo 4 abbia inteso riferirsi alla famiglia nel suo modello ideale, ossia il nucleo sociale costituito da padre, madre e figli⁷.

All'argomento originalista proposto dal ricorrente, la Corte suprema messicana ha contrapposto una concezione della carta costituzionale intesa come «*documento vivo*», ossia un testo normativo inidoneo a pietrificare e ancorare ad uno schema predeterminato figure per loro natura dinamiche come ad esempio quella della famiglia. «*No obstante la especial protección jurídica del matrimonio como institución civil (incluso, como base de la familia, mas no como única forma de integrarla)*» – afferma in particolare la Corte – «*no se trata de un concepto inmutable o “petrificado” y, por tanto, no es concebible que su conceptualización tradicional no pueda ser modificada por el legislador ordinario, pues, como señalamos, la Constitución no lo sujeta a un concepto predeterminado y, además, la realidad social exige que el legislador responda a ella*».

Sono evidenti in questo passaggio della pronuncia non solo le suggestioni della teoria del “*living tree*” elaborata dalla Corte suprema canadese a partire dal caso Edwards del 1930, ma anche le coordinate fondamentali della nota dottrina Holmes: «quando ci occupiamo di parole che sono anche leggi costituenti, come la Costituzione» – osservava il “*Great Dissenter*” della Corte suprema statunitense – «dobbiamo renderci conto che esse hanno chiamato alla vita un essere del quale il più dotato dei genitori non avrebbe potuto completamente prevedere lo sviluppo. A

⁷ Considerazioni non dissimili valgono, nella ricostruzione proposta dalla procura, per alcune norme contenute in trattati internazionali ratificati dal Messico (art. 16 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 17 della *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 23 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* e 10 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*) i quali sembrerebbero presupporre una concezione della famiglia quale nucleo sociale fondato sul matrimonio fra un uomo e una donna. Tali trattati rivestono nell'ordinamento messicano rango costituzionale.

costoro è bastato sapere o sperare di aver creato un organismo: ci sono voluti un secolo e il sudore e il sangue dei loro successori per provare che hanno creato una Nazione. Il caso presente va esaminato alla luce di tutta la nostra esperienza e non soltanto alla luce di ciò che è stato detto cento anni fa»⁸.

Non è possibile in questa sede, se non a costo di gravi imprecisioni, individuare linee di tendenza nell'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte messicana in materia di interpretazione della legge e della Costituzione. D'altronde, come è stato rilevato in dottrina, dal 1924 ad oggi si sono susseguite 79 diverse tesi giurisprudenziali in relazione al problema dei criteri di interpretazione dei testi giuridici⁹. E tuttavia, pur tenendo conto di queste indispensabili cautele, e sulla base di una prima rapida ricognizione, non sembra che la teoria "soggettiva" dell'interpretazione (che si basa come noto sull'intenzione del legislatore¹⁰) abbia assunto nella giurisprudenza (e nella cultura giuridica) messicana quella posizione privilegiata che invece è stata riconosciuta ad altri approcci, primo fra tutti quello che pone l'accento sulla centralità dell'interpretazione letterale. Non è casuale, in questo senso, che nella Costituzione messicana siano codificati

⁸ *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920), in HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, Milano, 1975, 207.

⁹ Lo rileva NIETO CASTILLO, *Jurisprudencia e interpretación jurídica en la Constitución mexicana. Evolución e implicaciones en la cultura jurídica nacional*, relazione disponibile sul sito <http://www2.scjn.gob.mx/investigacionesjurisprudenciales/seminarios/2o-seminario-jurisprudencia/modulo-vii/09santiago-nieto-jurisprudencia-e-interpretacion-juridica.pdf>

¹⁰ Sul classico dilemma relativo alla contrapposizione fra teoria "soggettiva" dell'interpretazione e teoria "oggettiva", quest'ultima improntata alla funzione che può esercitare la norma, ossia sulla *mens legis* anziché sulla *mens legislatoris*, v., almeno, ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1968, trad. it. BARATTA (cur.), *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, spec. 131 ss.; ALEXYS, *Interpretazione giuridica*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, V, Roma 1996, 64 ss.

espressamente determinati criteri interpretativi – ad esempio l’obbligo dei giudici civili di attenersi alla lettera della legge nelle sentenze definitive¹¹ – mentre nessun riferimento in tal senso è contenuto in relazione alla volontà del costituente e del legislatore storico, che pure è elemento ermeneutico-argomentativo richiamato da altre costituzioni latinoamericane¹².

3. Operazioni di de-contestualizzazione e ricontestualizzazione del dato testuale attraverso le risorse di un approccio interdisciplinare

Ma c’è di più. Oltrepassando la classica e pur fondamentale contrapposizione fra originalismo e anti-originalismo, la Corte suprema messicana ha fatto leva sulle potenzialità di un approccio interdisciplinare allo scopo di scardinare una

¹¹ Ai sensi dell’art. 14, c. 4 della Costituzione *«en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho»*. In relazione invece al procedimento logico dell’analogia, la Costituzione precisa che *«en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata»*. Ulteriori vincoli costituzionali all’interpretazione sono posti, ad esempio, con riferimento al divieto di interpretazione restrittiva dei diritti umani. In ogni caso, per una più esaustiva ricognizione di tali limiti, v. NIETO CASTILLO, *Jurisprudencia e interpretación jurídica en la Constitución mexicana. Evolución e implicaciones en la cultura jurídica nacional*, cit.

¹² È questo ad esempio il caso della nuova Costituzione boliviana, che all’art. 6 stabilisce l’obbligo del Tribunale costituzionale di applicare, «con preferenza, la volontà del costituente» nell’interpretazione del testo costituzionale, anche sulla base dei «documenti, atti e risoluzione dell’Assemblea costituente». Sui vincoli all’interprete posti dalla Costituzione boliviana, sia consentito in ogni caso rinviare a IBRIDO, *Bolivia. Con l’approvazione della legge elettorale e della legge sul Tribunale costituzionale, la Bolivia completa l’attuazione della Costituzione del 2009*, in *DPCE online*, 4, 2010.

visione statica del concetto di famiglia, portando così a compimento una complessa operazione di fuoriuscita e reingresso nel testo, *rectius*, di de-contestualizzazione e ricontestualizzazione del dato testuale.

L'integrazione nel giudizio costituzionale del dato sociale trova, come noto, il proprio "manifesto" in *Brown v. Board of Education* della Corte suprema statunitense. In quell'occasione, le conclusioni alle quali erano pervenute le autorità scientifiche in merito ai danni irreversibili provocati sui minori dalla segregazione razziale nelle scuole, avevano giocato un ruolo decisivo ai fini dell'esclusione nel settore dell'istruzione pubblica della dottrina del "*separate but equal*".

A partire da *Brown*, il problema dell'uso dell'argomento "extra-giuridico" – termine quest'ultimo non del tutto felice in quanto sembrerebbe riproporre vecchie paratie rigide fra "giuridico" e "extragiuridico" quando invece anche il dato sociale, economico e culturale è parte fondamentale del discorso giuridico – ha da sempre chiamato il giudice costituzionale a misurarsi con la sfida dell'interdisciplinarietà. Ebbene, al pari di altre importanti decisioni della Suprema Corte messicana¹³, anche nel caso del *matrimonio homosexual*, quelli che sono solitamente definiti come "*legislative facts*"¹⁴ dalla dottrina e giurisprudenza anglosassoni hanno rivestito un peso determinante nella decisione della Corte.

¹³ Un esempio paradigmatico di decisione nella quale la Suprema Corte messicana ha fatto ricorso ad un approccio interdisciplinare, in particolare in relazione all'integrazione nel giudizio del dato sociale, è rappresentata dalla sentenza sulla depenalizzazione dell'aborto dopo la dodicesima settimana di gestazione (No. 167/2008). Su tale vicenda è possibile consultare il "micro-sito" che la Suprema Corte ha dedicato a questa pronuncia, http://www.informa.scjn.gob.mx/boletn_sexta_y_ultima_audiencia_publica.html.

¹⁴ Sulla distinzione fra *legislative facts* e *adjudicative facts*, v. GROPPI, *La Corte costituzionale tra "fatto legislativo" e "fatto sociale"*, in *Giur. cost.*, 1998, spec. 2803.

In un passaggio significativo della decisione, i giudici supremi, dopo aver osservato che «*la familia, antes que ser un concepto jurídico*» costituisce innanzitutto «*concepto sociológico*», hanno aggiunto che il riferimento alla presunta volontà del legislatore storico (il costituente o il compilatore dei trattati internazionali ratificati dal Messico) appare tutt'altro che determinante. Richiamando infatti le opinioni tecniche formulate dall'Università nazionale autonoma del Messico¹⁵, la Corte ha evidenziato, da un punto di vista sociologico, che all'epoca in cui fu redatto l'art. 4 della Costituzione, le persone omosessuali, data la disapprovazione sociale verso orientamenti sessuali considerati non di rado alla stregua di vere e proprie malattie, mantenevano celata la propria omosessualità. Questo «*hecho innegable*» consente dunque di decontestualizzare e ricontestualizzare la scelta normativa operata dalla Costituzione, la quale non ha previsto (ma neppure escluso espressamente), forme di tutela per modelli familiari che di fatto erano occulti al momento in cui fu redatto l'art. 4.

La necessità di un approccio scientifico interdisciplinare alla ricostruzione della norma positiva è poi ben presente nel *voto particular* del giudice Arturo Zaldívar, il quale, pur dichiarandosi concorde con le conclusioni della Corte sulla costituzionalità dell'adozione da parte di coppie omosessuali, ha richiamato l'attenzione dei colleghi sull'esigenza di un uso ancora più rigoroso del dato "extra-giuridico". Secondo Zaldívar, infatti, in relazione al tema dell'adozione, non è sufficiente affermare che il principio di

¹⁵ Con *auto* del 5 aprile 2010, il *Ministro instructor* (ossia il giudice incaricato di coordinare alcune importanti attività delle parti nel processo costituzionale), nell'esercizio dei poteri previsti dall'art. 68, primo comma della legge di attuazione dell'art. 105 della Costituzione, nonché sulla base di un'apposita convenzione stipulata con la Università nazionale autonoma del Messico, ha richiesto all'ateneo messicano l'elaborazione di uno studio scientifico sui temi dell'adozione e del matrimonio omosessuale, specialmente con riferimento ai profili psicologici, sociologici, bioetici che investono le suddette tematiche.

non discriminazione impedisce di per sé di considerare nociva per il minore la crescita all'interno di un nucleo familiare omosessuale, ma impone di combinare la ricostruzione giuridica di tale principio con la dimostrazione, attraverso un approfondito raffronto dei vari studi scientifici sul tema, che effettivamente nessun danno può essere arrecato all'adottato dal suo inserimento all'interno di una famiglia omosessuale.

Ben diverso è l'approccio interdisciplinare accolto nell'opinione dissenziente del giudice Aguirre. Dopo un lungo (e discutibile) *excursus* storico-sociologico sull'evoluzione a partire dal mondo antico dei concetti di matrimonio e famiglia, Aguirre ha affermato che l'istituto del matrimonio è intrinsecamente legato all'idea della «continuazione del culto domestico» attraverso la procreazione. Sennonché tale affermazione non è stata motivata sulla base di approfonditi studi scientifici, come richiesto invece da Zaldívar, ma è sembrata arrestarsi ad una analisi etimologica e semantica della parola "matrimonio". Tale termine si compone infatti di due elementi: "*matri*" (da "*mater*") e "*monio*" (da *monere*, ossia ricordare). Il matrimonio sarebbe quindi ciò che ricorda la maternità, vale a dire la procreazione. Questi dati permettono di sostenere, ad avviso di Aguirre, che l'aggettivo eterosessuale costituisce un elemento essenziale, e non meramente accidentale, del sostantivo matrimonio. Se si volessero istituire unioni fra persone dello stesso sesso si dovrebbe dunque trovare una parola diversa da matrimonio (*ginecogamia*, *homogamia* o *lesbogamia*) e prevedere uno *status* giuridico differente rispetto a quello dell'istituto matrimoniale. La posizione del giudice Aguirre, oltre a riflettere una concezione del fenomeno giuridico quanto meno singolare, appare tanto più incomprensibile se si considera che è ormai pacifico il carattere dinamico del significato semantico del linguaggio. Pietrificare il concetto di matrimonio a quello richiamato dal Digesto costituisce

dunque, se non una provocazione, quanto meno un pericoloso controsenso.

4. La degradazione della famiglia da “concetto” a “tipo”

«Il tipo – ha scritto Jünger – è il modello con cui ci misuriamo», qualcosa di «più forte di un’idea, per non dire di un concetto»¹⁶. In effetti, secondo una pista di ricerca sviluppata nella teoria generale e nella teoria dell’interpretazione, “concetti” e “tipi” corrispondono a due linee di tendenza differenti. Mentre infatti il concetto può essere applicato ad una circostanza concreta solo e soltanto quando vi si riscontrino tutti i tratti della definizione, «il tipo non può mai essere totalmente definito, ma solo indicato e spiegato, poiché la tipicità da esso richiamata si basa su di un complesso di caratteristiche che ha un nucleo fisso, ma non rigidamente chiuso». Per dirla con Viola e Zaccaria, «il concetto divide, il tipo lega»¹⁷.

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

¹⁶ JÜNKER, *Typus, Name, Gestalt*, in Id., *Sämtliche Werke*, Bd. 13, Stuttgart, 1981.

¹⁷ VIOLA - ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2009, 268 ss.

ricostruzione dell'istituto della famiglia proposta dalla Corte suprema messicana sembra rispondere perfettamente alla logica del tipo anziché a quella del concetto.

Si legge in particolare in un passaggio della decisione: *«la familia, lejos de ser una creación jurídica, nace o se origina con las relaciones humanas, correspondiendo más bien a un diseño social que, por ende, se presenta de forma distinta en cada cultura; así, los cambios y transformaciones sociales que se van dando a lo largo del tiempo, de manera necesaria, impactan sustancialmente en la estructura organizativa de la familia en cada época»*. Si può concludere dunque – afferma la Corte – che sebbene storicamente il matrimonio sia stato considerato *«como la unión entre un hombre y una mujer, teniendo la procreación, en determinado momento, un papel importante para su definición (...) no es sostenible afirmar, sin más, que el matrimonio, en su definición tradicional, fuera un concepto completo y, por tanto, inmodificable por el legislador, máxime derivado del proceso de secularización de la sociedad y del propio matrimonio»*.

In definitiva, la famiglia, lungi dall'integrare un «concetto completo», degrada nell'interpretazione della Corte a “tipo”, ad elemento aperto e dinamico idoneo a porre in evidenza il ruolo indirettamente normativo dei comportamenti sociali.

Sotto quest'ultimo profilo, la Corte ha modo di precisare che *«el legislador ordinario al regular la organización y el desarrollo de la familia se encuentra compelido a atender a esa realidad social, pero no sólo eso, sino que también esa realidad social debe guiar la interpretación constitucional y legal que realiza esta Corte, como Tribunal Constitucional, a fin de que la Constitución sea un documento vivo»*. Non è azzardato affermare, dunque, che fra le righe del soprammenzionato obbligo di canalizzare nella legislazione l'evoluzione della realtà sociale, può leggersi il tentativo di scardinare il classico paradigma positivista che assegna al legislatore il monopolio nel processo di determinazione

della norma¹⁸. Peraltro, il rifiuto dell'antico paradigma non equivale alla sua sostituzione con un positivismo giurisprudenzial-centrico. La Costituzione – sembra dire la sentenza – non è semplicemente quello che la Corte dice, perché anche il giudice costituzionale, al pari del legislatore, è tenuto a farsi carico della realtà sociale in mutamento, sia pure nella diversa sede dell'interpretazione costituzionale. Il ruolo del giudice tracciato in questa parte chiave della sentenza sembra dunque avvicinarsi più all'immagine di Hermes, dio della mediazione e della trasmissione dei messaggi, che non a quella di Zeus, sovrano dell'Olimpo. Se l'uditorio dei destinatari delle disposizioni giuridiche collabora ad elaborare il senso da attribuire alla norma – questa la tesi implicitamente contenuta nella ricostruzione della Corte – non vi possono essere infatti poli esclusivi nella formazione del diritto, ma vi è semmai un vasto campo nel quale dati sociali e dati testuali interagiscono e si combinano sotto l'impulso di una realtà per sua natura *in progress*.

5. Momenti comparativi nel processo di precomprensione dell'interprete della Costituzione

Accanto all'integrazione del dato sociale all'interno del giudizio di costituzionalità, l'altra chiave di lettura della sentenza sul *matrimonio homosexual* è costituita dal problema dell'utilizzo del metodo comparativo nella decisione e argomentazione della Corte.

¹⁸ Un paradigma, quest'ultimo, che a discapito delle apparenze, continua a rappresentare un punto di riferimento per numerose corti costituzionali. Basti pensare, ad esempio, a determinate affermazioni del *Tribunal Constitucional* spagnolo in materia di limiti all'interpretazione conforme. Sul punto sia consentito rinviare a IBRIDO, *Il rebus dell'interpretazione conforme alla luce della recente sentenza sullo Statuto catalano*, in *DPCE*, 2011, spec. 55-57.

Nel *proyecto original de sentencia*¹⁹ predisposto dal giudice relatore Sergio Valls Hernández, il quinto punto del “considerato in diritto” conteneva un approfondito studio comparativo sulle tendenze legislative e giurisprudenziali concernenti le unioni civili e il *matrimonio homosexual*. L’obiettivo della comparazione – osservava il giudice relatore nel suo *voto particular* – era quello di ricostruire il contesto all’interno del quale si inseriva tale discussione, verificando in quale misura le diverse declinazioni dei principi di uguaglianza e non discriminazione elaborate in materia di *same sex-marriage* potevano essere traslati dall’esperienza comparata al sistema costituzionale messicano. È quest’ultima, una posizione che merita assoluta attenzione: rifuggendo infatti dalla tentazione di assegnare alla comparazione un improbabile primato nell’interpretazione – non vi è d’altronde comparazione se c’è qualcuno che «ha l’ultima parola»²⁰ – Valls sembra affidare al metodo comparativo il ruolo che gli è proprio, ossia quello di lente su altri orizzonti di cultura, strumento di autocoscienza della propria identità ordinamentale.

Con una maggioranza di sei voti contro cinque, il *plenum* della Corte ha deciso di eliminare l’analisi comparativa dal testo della sentenza, ritenendola utile a fini illustrativi ma inidonea alla decisione del caso sottoposto alla Corte²¹. Il

¹⁹ Nel diritto processuale messicano, il termine “progetto di sentenza” indica la proposta che il giudice relatore sottopone all’esame del collegio.

²⁰ RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., 304.

²¹ In merito all’uso della comparazione da parte della Suprema Corte messicana è stato osservato che «*there is a silent but increasing struggle in Mexico between a traditional isolating approach on constitutional adjudication and a comparative one (...) Due to the until-recent-years rooted nationalist tendency of Mexican legal thought, the comparative effort was taken as an activity that should be rejected; but nowadays the table has turned thanks to new generations’ perspectives and the impelling reality of our “global village”: young legal scholars are influenced by foreign modes of legal reasoning and the Mexican Supreme Court has finally acknowledged the importance and usefulness of the precedents of foreign constitutional and human rights courts.*».

robusto approccio comparativo proposto da Valls è stato così ridimensionato ad alcuni sporadici riferimenti, fra i quali l'apodittica affermazione – utilizzata fra l'altro in chiave di mera opposizione ad una interpretazione originalista delle convenzioni internazionali – in base alla quale i trattati in materia di diritti, in linea con quanto ribadito dalla «giurisprudenza comparata», vanno interpretati secondo i principi *pro persona* e *pro libertatis*. In sostanza, interpretazione estensiva dei diritti e restrittiva delle loro limitazioni. Sennonché, in assenza di richiami a precedenti stranieri, il riferimento della Corte alla «giurisprudenza comparata» appare per alcuni aspetti misterioso, sembrando delineare l'esistenza sul punto di un blocco giurisprudenziale monolitico.

Assai più incisivo, in quanto supportato dall'indicazione di precedenti stranieri, è il riferimento alla giurisprudenza comparata che ha censurato i regimi di adozione non inclusivi delle coppie omosessuali. In particolare, viene qui richiamata la sentenza *E.B. vs. France* del 2008, con la quale la Corte europea dei diritti dell'uomo giudicò in contrasto con la Convenzione l'esclusione dall'accesso all'adozione per motivi legati all'orientamento sessuale allorché l'ordinamento nazionale consenta l'adozione da parte di *single*.

Benché l'argomentazione comparativa presentasse sviluppi assai più rigorosi nel progetto anziché nel testo definitivo di sentenza, la decisione della Corte messicana offre non di

Per altro verso, le corti messicane sono ancora riluttanti a citare esplicitamente i precedenti stranieri dai quali hanno tratto ispirazione. Infatti, «*when they refer or quote one of them, it is only as a mere support for a previously established opinion, or to abound in favor of it. We cannot say that a Mexican constitutional judgment has been explicitly based upon a certain foreign precedent*». Così, FERRER MAC-GREGOR – SÁNCHEZ GIL, *The use of foreign constitutional precedents in Mexico*, relazione al VIII World Congress of the International Association of Constitutional, disponibile su <http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/12/203.pdf>

meno spunti utili in relazione al problema dell'approccio comparativo alla ricostruzione del dato positivo. L'eliminazione dell'indagine comparativa compiuta dal relatore, eliminazione che come visto è stata decisa fra l'altro con un solo voto di maggioranza, non ha impedito infatti al giudice Valls di riprodurre integralmente il soppresso "considerato in diritto" all'interno del proprio *voto particular*, rendendo così pubblica l'esistenza di un momento comparativo all'interno del processo di precomprensione che ha coinvolto l'interprete nella ricostruzione del dato positivo.

L'esistenza di fenomeni di precomprensione comparativa conduce a domandarsi se la dicotomia "argomento/giudizio comparativo" proposta da autorevole dottrina²², per la difficoltà di dare conto di tutta una larga zona di confine fra le due categorie, non vada intesa in senso debole, ossia come distinzione fra mere polarità estreme nell'utilizzazione della comparazione all'interno del giudizio costituzionale. In secondo luogo, vi è da chiedersi se la riconduzione dell'uso giurisprudenziale della comparazione ad una matrice culturale davvero equivalga, come sostenuto da questo filone dottrinario, ad un suo ridimensionamento. Da un lato, infatti, le risorse dell'argomentare comparativo, agendo come nel caso qui in esame sul piano del *Selbverständnis* (autocomprensione, autochiarimento), contribuiscono a definire l'orizzonte culturale e assiologico all'interno del quale si muoverà l'interprete nella ricerca delle soluzioni ai propri problemi interpretativi. Dall'altro lato, la matrice culturale dell'argomento comparativo, la sua capacità di fungere da lente critica sull'ordinamento di partenza, non solo produce una frattura rispetto all'immagine "introversa" del giudice disegnata dal positivismo statualista ma finisce anche per proiettare il proprio raggio d'azione su uno spazio di conseguenze assai

²² DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, 2010.

più ampio rispetto a quello della singola controversia, ovverosia lo spazio del medio-lungo periodo. In definitiva, l'argomento comparativo, scardinando i pilastri del sistema Westfalia, fa «rifluire nell'interpretazione costituzionale la rete delle interdipendenze che condizionano in misura crescente lo stato costituzionale contemporaneo, a causa della tendenza in atto da alcuni decenni alla generalizzazione di un patrimonio costituzionale che trascende i confini degli stati, al delinarsi di un nuovo "cosmopolitismo costituzionale", non più fondato su basi giusnaturalistiche, ma sulla formazione di circuiti comunicativi fra le esperienze dello stato costituzionale cooperativo»²⁵. Se così è, ben si comprende allora l'esigenza di non confinare il c.d. argomento comparativo ad una posizione "ancillare" rispetto ad altre forme di utilizzazione della comparazione all'interno del processo di ricostruzione del dato positivo, recuperando dunque per l'argomentare su basi comparative quella indispensabile funzione di quinto canone dell'interpretazione secondo la suggestiva intuizione di Peter Häberle²⁴.

²⁵ Lo evidenzia RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, cit., 295.

²⁴ HÄBERLE, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlin, 1992, 3-26, il quale riprende e sviluppa uno spunto di ZWEIGERT, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, in *RabelsZ*, 1950, 5 ss.