

DENTRO IL MESTIERE DI VIVERE: UGUALI IN NATURA O UGUALI IN DIRITTO ?

di Barbara Pezzini

ordinaria di diritto costituzionale nell'università di Bergamo

Sommario

1. Una questione (di genere) nuova.....	1
2. Una questione complessa.....	3
2.1. L'oggetto della questione.....	4
2.2. Il parametro.....	5
3. Come si interroga l'uguaglianza ?	6
3.1. Soggetti davanti alla legge: la pretesa all'uguaglianza come diritto soggettivo.....	8
3.2. Il contesto comparativo.....	9
3.3. I termini di paragone.....	10
3.3.1. Il confronto tra omosessuali e transessuali.....	11
4. Al dunque: il matrimonio ed il suo inquadramento costituzionale.....	13
4.1. Il peso del <i>favor matrimonii</i> sulla qualificazione dei modelli familiari.....	15
5. Una prima indicazione e una domanda a proposito di matrimonio <i>same sex</i>	19
6. Il paradigma eterosessuale nel matrimonio.....	21
7. Il fondamento costituzionale di una piena equiparazione delle unioni etero- ed omosessuali nel matrimonio	24
8. Quale decisione.....	26
8.1. La piena uguaglianza e dignità delle persone: una sentenza di accoglimento (parzialmente sostitutiva).....	26
8.2. La discrezionalità del legislatore: un'additiva di principio.....	29
8.3. ...l'inammissibilità	30
8.4. ...i moniti al legislatore.....	30
8.5. In conclusione (le ragioni contro l'ipotesi del rigetto).....	31

1. Una questione (di genere) nuova.

Dopo che il legislatore e la politica hanno inutilmente girato a vuoto¹ intorno alla questione di una regolamentazione delle unioni di fatto, che avrebbe potuto fornire una prima risposta in termini di riconoscimento e tutela giuridica della condizione delle coppie omosessuali, la questione viene ora direttamente posta davanti al giudice delle leggi, cui si chiede di pronunciarsi sulla questione della compatibilità delle norme che non consentono la celebrazione del matrimonio tra persone dello stesso sesso con la Costituzione, sotto il profilo dell'uguaglianza di fronte ai diritti fondamentali².

Una prima fondamentale novità è che le questioni sollevate portano direttamente sulla scena del giudizio di legittimità costituzionale le parole e l'identità profonda -l'attribuzione di valore intrinseca alla propria esperienza vitale- della condizione omosessuale come condizione umana.

¹ Di un legislatore "recalcitrante" parla G.GALIPÒ, *Convivenze di fatto ed original intent del costituente nella giurisprudenza costituzionale in Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di I.Nicotra e F.Giuffrè, Giappichelli, Torino, 2008; di "naufragio" politico del d.d.l. sui DICO N. PIGNATELLI, in *Dubbi di legittimità costituzionale sul matrimonio "eterosessuale": i Sodomiti a Corte*, p. 7.

² V. in www.retelenford.it per il ruolo della rete Lenford nel fornire assistenza legale a questi casi e promuovere e sostenere l'iniziativa come forma di azione anche politica -che ha indubbe assonanze con l'appello rivolto nel 1906 alle donne da parte di Maria Montessori ad iscriversi nelle liste elettorali in assenza di una norma positiva che prescrivesse il sesso maschile come requisito o negasse esplicitamente al genere femminile l'iscrizione.

Questo rende materialmente presente la condizione omosessuale come un orizzonte di vicende ed esperienze che la natura umana ci consegna perché il diritto le regoli: in “*natura*”, nella materialità della vita umana esistono esseri umani che stanno chiedendo di rendere giuridicamente rilevante, con il matrimonio, la relazione di coppia tra due persone dello stesso sesso. La vita pone la domanda, interroga il diritto, ed il diritto (di un ordinamento giuridico dato) deve una risposta. Come sempre, i “casi”³ ci portano *dentro il mestiere di vivere*, e spesso ci avvicinano al suo nocciolo più intimo, dove persone vive, in carne ed ossa, con corpi, intelligenze e cuori, portano la molteplicità delle proprie storie ed esperienze.

Ma qui è necessaria una precisazione.

I casi ci interrogano sul matrimonio omosessuale: i temi del matrimonio e della famiglia muovono e mettono in circolo gli archetipi culturali profondamente -e spesso inconsapevolmente- radicati in tutti/e noi a strutturare i *rapporti di genere*; e, tanto più, il tema dell’omosessualità interroga radicalmente il rapporto *tra sesso e genere*.

Se, infatti, il *genere* definisce i ruoli sociali, la posizione, le aspettative socialmente associate e connesse all’appartenenza all’uno o all’altro sesso, proprio l’aspettativa di una proiezione affettiva e

³ I casi pendenti davanti alla Corte sono attualmente: la questione sollevata in via incidentale dal Tribunale di Venezia in sede di ricorso contro il rifiuto opposto dall’ufficiale di stato civile alle pubblicazioni di matrimonio richieste da due uomini, con l’ordinanza del 3 aprile 2009 che ha, in sostanza, aperto la strada a tutte le altre (registro ordinanze della Corte costituzionale n. 177/2009, pubblicata in Gazz. uff. 1/7/2009, n. 26); l’ordinanza del 9 luglio 2009 della Corte d’Appello di Trento, in sede di reclamo contro il decreto del Tribunale che aveva respinto il ricorso contro il rifiuto di pubblicazioni (reg. ord. 248/2009, pubblicata in Gazz. uff. 14/10/2009, n. 41). Analoghe questioni sono state già sollevate anche dalla Corte d’appello di Firenze, con ordinanza del 13 novembre 2009 e dal Tribunale di Ferrara, ordinanza del 14 dicembre 2009. Con pragmatismo degno di miglior causa adducendo fini di economia processuale, il Tribunale di Pavia il 30 settembre 2009, condividendo *apertis verbis* oggetto, parametri e argomentazioni dell’ordinanza “capostipite” veneziana, ha disposto un rinvio a data che presume successiva alla decisione della Corte costituzionale: la discrezionalità che il giudice (mancato) a quo si riserva è stata puntualmente contestata dalla difesa dei ricorrenti, insieme all’uso del rinvio in funzione di una sospensione (che, come tale, è considerata abnorme dalla giurisprudenza della Cassazione (civ. 2006, n. 24946 e penale 23 marzo 1982, in *Giust. pen.*, 1983). Il Tribunale di Torino, invece, il 4 giugno 2009, dichiarando di non condividere il precedente veneziano, ha respinto l’eccezione di incostituzionalità argomentando, da un lato, sulla giuridica inesistenza del matrimonio al di fuori del paradigma eterosessuale e, dall’altro, negando l’esistenza di diritti fondamentali rilevanti ex art. 2 cost., in quanto la legislazione “non impone una limitazione o compressione al diritto di effettuare scelte” coerenti con l’orientamento omosessuale, né vieta di intrattenere relazioni o intraprendere convivenze omosessuali. In precedenza, oltre al caso risalente del 1980 avanti il Tribunale di Roma (in *Giur.it.*, 1982, I, II, c. 169), più recentemente coppie *same sex* avevano bussato invano, per quanto consta, al Tribunale (2007) e alla Corte d’appello di Firenze (27 maggio 2008, v. G. FERRANDO, *Il matrimonio gay, il giudice, il legislatore*, in *Resp.civ.prev.*, 2008, p. 2344) e al Tribunale di Bergamo (21 febbraio 2009, ordinanza che, da un lato, richiama una nozione di matrimonio “frutto della evoluzione secolare del diritto privato che, seppure implicita, fa parte del sentire comune mai messo in discussione” -al che sia consentito obiettare: c’è sempre una prima volta...e ormai le volte formalmente agite davanti agli ufficiali di stato civile sono almeno 9- e, dall’altro, liquida sbrigativamente l’eccezione di incostituzionalità negando che dagli articoli 2 e 3 cost. derivi un diritto di rilevanza costituzionale a contrarre matrimonio “a prescindere dalla norme positive che regolano in concreto l’istituto”, con una curiosa inversione del rapporto tra costituzione e legislazione ordinaria).

Per il rifiuto di trascrizione in Italia di matrimonio gay celebrato in Olanda, v. Trib. Latina, 10 giugno 2005 (decr.), in *Fam. dir.*, 2005, 411, con commenti di P.SCHLESINGER, *Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all’estero*, e M.BONINI BARALDI, *Il matrimonio tra cittadini italiani dello stesso sesso contratto all’estero non è trascrivibile: inesistente, invalido o contrario all’ordine pubblico*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, 86, con nota di F.BILOTTA, *Matrimonio (gay) all’italiana*; App. Roma, 13 luglio 2006, in *Fam. dir.*, 2007, 166, con nota di M.SESTA, *Il matrimonio estero tra due cittadini italiani dello stesso sesso è trascrivibile in Italia?*, in *Fam. dir.*, 2007, 166.

sessuale verso il sesso opposto (il paradigma eterosessuale) costituisce uno dei contenuti più radicati delle regole di genere: l'omosessualità, mettendo in discussione l'aspettativa sociale di dualismo e complementarità tra maschile e femminile come regola fondativa e unica del genere, apre interrogativi che ci pongono a confronto con i nodi strutturanti e più intimi della nostra identità personale, di quella di ciascuno e ciascuna di noi.

Il tema che affrontiamo chiede cosa risponda il diritto interrogato dalla domanda sulla possibilità di scegliere un partner dello stesso sesso come coniuge; ma, come detto, è un tema che, di per sé e molto oltre la soglia della piena consapevolezza di ciascuno, tocca in noi le corde più profonde dell'esperienza di vita, rimanda a tutte le immagini che associamo alla famiglia, ai nodi dell'affetto, delle radici, dell'amore, del sesso, dello sguardo che proiettiamo sul futuro, delle esperienze – positive e negative- di gratuità e dono tipicamente associabili alla famiglia.

Il mestiere di vivere *di ciascuno e ciascuna di noi* (e non solo quello –forse un po' strano, *queer* per antonomasia- degli omosessuali) interroga dunque il diritto su questo sfondo di questioni intime e cruciali dell'esistenza.

Questo si riflette in argomentazioni mediamente più faticose che in altri ambiti, perché meno soccorre il giurista la possibilità di astrarre dal caso attraverso i formanti giuridici del proprio ragionamento; la *precomprensione* dell'interprete⁴ ha, in questi casi e su questi temi, un ruolo mediamente più significativo, al quale dobbiamo, corrispondentemente, più attenzione.

Ma la domanda di matrimonio *same sex* è posta: cosa risponde il diritto ?

Il dubbio sulla *naturalità* del paradigma eterosessuale, sulla sua accettazione indiscussa, è insinuato: cosa risponde il diritto quando ad una tradizione che ha a lungo accettato il paradigma eterosessuale come elemento proprio del matrimonio, senza neppure averne una vera consapevolezza, si contrappongono soggetti che mettono in discussione il paradigma nelle loro vite e, di conseguenza, per il diritto stesso ?

2. Una questione complessa.

La questione in discussione si presenta anche decisamente complessa da un punto di vista strettamente giuridico, nel senso che richiede precisazioni e riflessioni in ordine all'oggetto, non meno che in ordine al parametro.

⁴ P.G.MONATERI, *Interpretazione del diritto*, in *Dig. priv.*, Utet, Torino, 1993, p. 47, parlando di precomprensione distingue (richiamando Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Camerino, 1983, ed. orig. 1972) gli argomenti ostentati per giustificare la decisione (*Argumentation*) e l'insieme dei motivi che sono veri determinanti della decisione interpretativa (*Motivation*).

2.1. L'oggetto della questione.

Non c'è nella legislazione una norma espressa che assuma il paradigma etero-sessuale quale requisito positivo per la celebrazione e/o per la validità/esistenza⁵ del matrimonio, ma c'è, secondo un'opinione largamente condivisa, ancorché non monolitica, un complesso di norme che tale paradigma incorporano, assumendolo come regola normativa in modo assai chiaro, tanto da non consentirne il superamento –secondo i giudici *a quibus*- per via di un'interpretazione adeguatrice; l'oggetto della questione viene quindi proposto facendo riferimento alle disposizioni del codice civile che richiamano letteralmente ed espressamente la condizioni di diversità di sesso tra i coniugi nel dettare le regole relative all'assunzione ed ai contenuti dello *status coniugale*: tali disposizioni vengono identificate negli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis (ordinanze Venezia, Trento) e 231 c.c. (ordinanza Ferrara)⁶.

Una intrinseca incertezza nell'identificazione dell'oggetto è resa palese dal richiamo esplicito (nelle ordinanze di Venezia e Ferrara) alla possibilità di una dichiarazione di illegittimità costituzionale consequenziale ai sensi dell'art. 27 l. 87/1953; nel contempo, una certa difficoltà nell'impostazione della questione traspare dall'intreccio tra argomentazioni che rinviano ad un dato letterale non superabile (la disciplina codicistica del matrimonio, che identifica esplicitamente in *moglie e marito* due coniugi di genere differente, costituirebbe la base testuale del modello eterosessuale di famiglia legittima) ed altre che alludono ad una interpretazione consolidata e tradizionale (una «*consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna*» afferma l'ordinanza del Tribunale di Venezia, mentre quella fiorentina si appella all'autorità del Devoto-Oli) preclusiva di diversa ipotesi interpretativa.

Prendo molto sul serio i dubbi sollevati dalla traccia in 2.2 (anche perché sono particolarmente sensibile all'analogia con la vicenda del 1906 e le sue argomentazioni), tuttavia non credo che si possa convincentemente affermare che, nella prospettazione dell'oggetto da parte delle ordinanze di cui discutiamo, ci sia stato un vero e proprio scivolamento “dall'interpretazione della legge ordinaria al piano meta-interpretativo”. Mi muovo, sul punto, con una certa cautela perché non mi sembra di avere raggiunto una sistemazione del tutto persuasiva della questione e sono molto interessata agli sviluppi della discussione odierna sul punto specifico; tuttavia, a me sembra che, per quanto sia vero che non c'è una disposizione che prescrive positivamente l'eterosessualità come requisito, ci sono una serie di disposizioni che interpretate secondo la loro lettera –non ambigua-

⁵ La giurisprudenza ricorre alla nozione di inesistenza del matrimonio same-sex (Cass. civ. sent. 7877/2000, che richiama Cass. 1808/76 e parla di una “realtà fenomenica che costituisce la base naturalistica della fattispecie” richiedendo come requisiti minimi essenziali due persone di sesso diverso che abbiano manifestato la volontà matrimoniale davanti ad un ufficiale celebrante); in dottrina la tesi tradizionale secondo cui il matrimonio omosessuale andrebbe considerato inesistente è stata messa in discussione preferendosi parlare di annullabilità: v. G.FERRANDO, 2008, cit.; M.BONINI BARALDI, 2005, cit., p.422.

⁶ L'ordinanza di Firenze si limita agli articoli 107, 108, 143, 143-bis.

incorporano e sostanziano il paradigma; e mi sembra che i tentativi di proporre in via diretta una interpretazione che supera e contraddice il significato delle parole (anziché chiedere alla Corte costituzionale di dichiarare l'incostituzionalità di tali previsioni) risultino sbrigativi o viziati da un certo formalismo⁷.

Nella vicenda del 1906⁸ che ha fermato il movimento suffragista italiano vi era davvero un vuoto normativo: vuoto di diritto che la sentenza della Corte d'appello di Ancona aveva riempito di argomenti giuridici e che la sentenza della Cassazione riempie con il richiamo della natura; la semplice esistenza di una sola sentenza divergente dimostra che per produrre e mantenere l'esclusione delle donne dalla cittadinanza politica è necessario un *ordinamento giuridico* e non basta un preteso *ordine naturale delle cose*; per questo solo fatto l'esclusione delle donne dal voto cessa di essere una *differenza naturale*, per divenire a tutti gli effetti una *discriminazione giuridica*, che si realizza e *può operare solo per il tramite della forza della sentenza*.

A differenza del caso del 1906 –nel quale, è bene ricordare, non c'era né una costituzione rigida, né una corte costituzionale che potesse accertare l'incostituzionalità della lacuna- e a differenza dell'esempio, pure richiamato dalla traccia, del conflitto di attribuzione conclusosi con l'ordinanza d'inammissibilità n. 334/2008 (promosso dalle Camere contro gli organi della giurisdizione che avevano applicato principi di diritto ricavati direttamente dalla costituzione in un ambito, quello delle dichiarazioni di volontà anticipate in ordine al trattamento di fine vita –c.d. testamento biologico), in cui mancava una norma specifica, per ammettere la celebrazione di un matrimonio tra persone dello stesso sesso si dovrebbe agire non in un *vuoto di diritto*, ma in un *pieno di diritto* la cui “lettera” va rovesciata.

2.2. Il parametro.

Quanto al parametro, tutte le ordinanze introducono gli articoli 2, 3 e 29 cost., in una sorta di combinato disposto che fonderebbe la pretesa costituzionalmente tutelata delle coppie *same sex* di accedere in condizioni di uguaglianza al matrimonio, in quanto l'accesso allo status di persona coniugata e la libertà di sposarsi (art. 29) vengono qualificati come diritti fondamentali e inviolabili della persona umana (art. 2) che non possono, proprio in quanto fondamentali e inviolabili, tollerare discriminazioni fondate sulla *condizione personale* e sul *sex* delle persone, in particolare limitando la libera scelta del (sex del) *partner* coniugale (art. 3).

⁷ P.TINCANI, *Diritto, natura, diritti. L'affaire del matrimonio omosessuale*, in *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto, Un itinerario di ricerca plurale*, a cura di B.PEZZINI, Jovene, Napoli 2008, p. 173; F.BILOTTA, 2006 cit, p. 95 si limita ad osservare che non ponendosi espressamente alcun divieto al matrimonio tra persone dello stesso sesso “è ad esse estensibile la relativa disciplina”.

⁸ R. ROMANELLI, *Circa l'ammissibilità delle donne al suffragio politico nell'Italia liberale. Le sentenze pronunciate dalla magistratura nel 1905-1907*, in *Laboratorio di storia. Studi in onore di Claudio Pavone*, a cura di P. PEZZINO, G. RANZATO, Franco Angeli, Milano, 1994, p. 144.

Si tratta di una questione che interroga l'uguaglianza in merito al godimento (titolarità ed esercizio) di un diritto fondamentale, e chiede, in radice, se la libertà di contrarre matrimonio si estenda alla caratteristica del sesso del partner, se configurare un limite di scelta fondato sul sesso del partner violi i diritti fondamentali della persona e l'uguaglianza tra le persone.

Lascero solo sullo sfondo il richiamo –nella sola ordinanza di Venezia- dell'art. 117, primo comma cost. con riferimento alle norme interposte CEDU (art. 8 e 12), da un lato, ed al primato delle norme comunitarie della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 7 e 9), dall'altro. Mi sembra che, nell'economia delle questioni sollevate, il richiamo delle norme europee e comunitarie e della giurisprudenza relativa serva piuttosto a rafforzare i parametri costituzionali già indicati, portando argomenti che consentano di meglio e più saldamente identificare i diritti fondamentali già autonomamente fondati sugli articoli 2, 3 e 29 cost. (ulteriormente argomentando sull'esistenza e la natura di diritti fondamentali della libertà di sposarsi, della libertà di fondare una famiglia, del diritto individuale al rispetto della vita privata e familiare, che, enunciati e riconosciuti dalle norme europee, rilevano nella costituzione italiana tramite l'art. 2 e/o 29 cost.). Sul punto, tra le tante osservazioni pur possibili, mi limito ad osservare che il richiamo delle norme della Carta europea – indicata nelle ordinanze come documento che pur non pienamente vincolante è espressione di principi costituzionali condivisi- ha ormai acquisito con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona “lo stesso valore giuridico dei trattati” (art. 6 TUE) e che non è indicato nell'ordinanza veneziana l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali, particolarmente significativo perché enuncia espressamente il divieto di discriminazione fondata sull'*orientamento sessuale*; rinvio poi ad alcune osservazioni successive (par. 8.2) circa l'esistenza di un *principio di salvaguardia della discrezionalità del legislatore* che permea le norme internazionali e comunitarie.

3. Come si interroga l'uguaglianza ?

Il combinato disposto con il parametro di uguaglianza è sempre complesso⁹; la combinazione dei parametri costituzionali permette, infatti, di muovere la prospettazione del tema tra impostazioni differenti.

Se si assume, in premessa, come rilevante un diritto soggettivo alla pari dignità coesistente alla persona umana, la pretesa all'uguaglianza viene agita direttamente di fronte alle qualificazioni che la legge potrebbe compiere rispetto alle concrete situazioni di disuguaglianza; di conseguenza gli altri elementi della combinazione (nel nostro caso il matrimonio come istituto costituzionale ed i diritti individuali riferiti al matrimonio) si configurano come le circostanze specifiche in ordine alle quali misurare l'ipotesi dell'esistenza e, nel caso, l'estensione di ragioni costituzionalmente fondate

⁹ V. anche M.BONINI BARALDI, *Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale*, in *Quad. cost.*, 2009, p. 885 sg.

per ammettere o addirittura esigere un trattamento differenziato: ragioni che devono essere qualificabili nei termini di *stringenti* e *proporzionate* (in una logica di *strict scrutiny*¹⁰). Nella prospettiva del giudizio ex art. 3 cost. non si tratta di indicare o modulare termini di paragone, ma piuttosto di verificare se, nel particolare contesto di riferimento, la pretesa di pari dignità resti [configurata come tendenzialmente] inviolabile¹¹, ovvero sia suscettibile di recedere, ed in che misura lo sia, per le esigenze costituzionali introdotte da quel contesto comparativo specifico e in stretta relazione a siffatte esigenze (in una prospettiva di bilanciamento)¹². Il *riconoscimento costituzionale diretto* dell'uguaglianza fondamentale degli individui precede la manipolazione normativa della realtà, che è e resta esterna alla norma fondamentale sull'uguaglianza.

Se, invece, si assume come riferimento principale l'istituto o il contesto di riferimento (in questo caso, il matrimonio), il ragionamento ne esamina, in premessa, tutte le circostanze e le implicazioni costituzionalmente rilevanti e solo successivamente -non si tratta tanto di successione temporale quanto logica- affronta la valutazione dei "termini di paragone" introdotti dal caso, per valutare se siano portatori di differenze (condizioni di fatto differenziate) ragionevolmente rilevanti di fronte al contesto. L'uguaglianza derivabile come parametro dall'art. 3 cost. degrada da situazione soggettiva a principio informatore dell'ordinamento; per quanto la ragionevolezza debba confrontarsi con l'esistenza di una pretesa soggettiva all'uguaglianza e con le "differenze sospette" -quindi utilizzare, alla fine, le stesse modalità di *strict scrutiny* viste sopra- lo svolgersi del ragionamento e dell'argomentazione pone al centro le qualificazioni del *tertium comparationis* e consente di introdurre maggiori variabili nei passaggi del ragionamento e soprattutto nella scelta delle situazioni e condizioni confrontabili¹³. Lo *strict scrutiny* o la pretesa soggettiva all'uguaglianza non costituiscono, come sopra, la premessa del ragionamento -il vincolo iniziale e la riduzione *ab initio* della complessità del ragionamento-, ma solo una modalità di chiusura del ragionamento stesso.

¹⁰ In *Karner c. Austria*, 24 luglio 2003, e *E.B. c. Francia*, Grande Camera, 22 gennaio 2008 la Corte di Strasburgo ha rilevato che di fronte ad una differenza di trattamento fondata sul sesso o sull'orientamento sessuale il principio di proporzionalità "non richiede meramente che la misura prescelta sia in principio adatta a realizzare l'obiettivo prefissosi. Deve altresì essere dimostrato che era *necessario* escludere le persone impegnate in convivenze omosessuali dall'ambito di applicazione della norma impugnata al fine di raggiungere tale obiettivo".

¹¹ Ovviamente non c'è mai un'uguaglianza di trattamento rivendicabile in termini assoluti, dal momento che tutti i diritti costituzionali sono soggetti al bilanciamento tra di loro e con tutti i principi costituzionali; si tratta, piuttosto, di riconoscere come sia costruita, dai principi del personalismo e della pari dignità, la condizione della persona umana di fronte ai diritti fondamentali: tutti i diritti della persona *entrano* nel bilanciamento come pieni, non sono degradabili già prima del bilanciamento in relazione alle condizioni soggettive dei titolari.

¹² Anche R.ROMBOLI, in *Foro.it.*, 2005, V, 256, osserva che "la questione delle coppie omosessuali dovrebbe essere quindi impostata non nel senso di individuare quali diritti riconosciuti alla coppia etero siano estensibili alle prime, bensì, al contrario, di giustificare, alla luce di prevalenti valori costituzionali, perché alcuni diritti riconosciuti alla seconda non siano estensibili alle coppie omosessuali".

¹³ Come osserva M. BONINI BARALDI 2009, cit., p. 889, si tratta dell'approccio che conduce taluno a ritenere impraticabile la stessa operazione di raffronto tra relazioni familiari/coniugali e relazioni omosessuali: sul punto v. A. MORRONE, *Art. 2*, in *Codice della famiglia*, a cura di M.Sesta, Giuffrè, Milano, 2009, p. 33 sg.

Nel nostro caso, poi, anche l'ordine logico in cui vengono affrontate le questioni è tanto più rilevante dal momento che non abbiamo punti di partenza (precedenti) consolidati da cui partire, né dati letteralmente inequivocabili nelle norme costituzionali sul matrimonio ovvero a proposito di omosessualità.

3.1. Soggetti davanti alla legge: la pretesa all'uguaglianza come diritto soggettivo

A me pare che, su questo sfondo, per una convincente impostazione delle questioni si debba, in premessa, qualificare la condizione costituzionale dei soggetti che rivendicano diritti come condizione di dignità ed uguaglianza personale.

Risulta, da quanto già detto, che il nodo centrale della questione richiede di *assumere la pretesa all'uguaglianza come un vero e proprio diritto soggettivo*: l'uguaglianza garantita dalla costituzione è, prima, pretesa soggettiva che limite al potere discrezionale del legislatore; è il *diritto del cittadino* di fronte alle qualificazioni legislative ed al trattamento delle concrete situazioni di disuguaglianza. Mi sembra, anche, che questa sia la strada che consente di governare gli altrimenti inestricabili nodi della qualificazione delle differenze su cui –in questo, come in altri casi, di volta in volta– ci interroghiamo come differenze obiettivamente esistenti nella realtà materiale delle cose o come valutazioni giuridiche¹⁴.

La *pari dignità sociale* nella costituzione repubblicana garantisce un collegamento immediato e inscindibile dell'uguaglianza con il soggetto titolare del diritto, che ancora e radica il trattamento di tutti i soggetti componenti la comunità alla concretezza e all'immediatezza di una loro pari ordinazione. In quanto soggetti titolari di diritti, le persone non sono semplicemente comparabili in base a qualsivoglia parametro purchè non arbitrario e irragionevole, perché sono già state comparate dalla costituzione nella loro essenza, un'essenza che elimina "ogni possibilità di eccedenza e classificazione" degli uni rispetto agli altri in base alle loro caratteristiche, ed in particolare in base alle caratteristiche personali e *relazionali* (nella misura in cui la definizione *sociale* della dignità conferisce concretezza al riconoscimento, rapportandolo alla condizione relazionale del soggetto¹⁵). È, questo, del resto, il modo che consente di saldare seriamente i due commi dell'art. 3 cost., le due facce della medaglia dell'uguaglianza, formale e sostanziale, e di connetterle sistematicamente a tutte le norme costituzionali che specificano condizioni e contesti in cui vive l'uguaglianza. Se ne ricava una uguaglianza capace di attivare processi di inclusione, che aprono a nuovi soggetti l'accesso a spazi giuridici prima o altrimenti preclusi (uguaglianza in funzione antidiscriminatoria),

¹⁴ S.NICCOLAI, *Differenze come cose o come valutazioni*, in Sergio Panunzio, *Profilo intellettuale di un giurista*, a cura di F.Cerrone, M.Volpi, Jovene, Napoli 2007, p. 477; non solo la norma, ma anche i fatti sono valutati dall'interprete che già li determina in vista delle qualificazioni giuridiche che attribuisce loro e contemporaneamente ha una precomprensione delle norme che ritiene applicabili, in un vero "circolo ermeneutico": P.G.MONATERI, cit., p.47.

¹⁵ Il riferimento è a G.FERRARA, *La pari dignità sociale (Appunti per una ricostruzione)*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, tomo II, Giuffrè, Milano, 1974, p. 1089.

e, prima ancora, capace di leggere le differenze di condizioni come un assetto di potere e di affermare l'esigenza fondativa e fondante di rimuovere la costruzione di gerarchie giuridiche (uguaglianza in funzione anti-subordinazione) e di modificare le strutture sociali ed i modelli di pensiero che riproducono discriminazioni e disuguaglianza (uguaglianza in funzione anti-stigmatizzazione).

3.2. *Il contesto comparativo*

Il contesto comparativo definito dalle ordinanze richiama e combina tra loro gli art. 2 e 29 cost: la pretesa di uguaglianza si confronta con il matrimonio come istituto costituzionale e si misura in relazione ai diritti individuali riferiti al matrimonio.

Nel contesto comparativo entrano, così, tutti i problemi e le difficoltà interpretative delle nozioni costituzionali di famiglia e matrimonio¹⁶: il matrimonio, come noto, si configura come istituto costituzionale attraverso una disposizione (l'art. 29 cost.) strutturalmente complessa e ambigua nella sua costruzione, con una formula apparentemente definitoria, che non definisce ma delimita e orienta la funzione legislativa alla "leggerezza" (diritto leggero), e con regole effettive; e la famiglia, a sua volta, rileva in costituzione come famiglia legittima fondata sul matrimonio ma anche come famiglia di fatto, società naturale riconosciuta e qualificata nella sua funzione dall'art. 2, ma anche dall'art. 30 e da altre norme costituzionali (36, 37, 34) che non ancorano le norme in essi espresse alla condizione legittima, ma ai ruoli e alle responsabilità familiari.

(Sulle interpretazioni del rilievo costituzionale di famiglia e matrimonio torneremo necessariamente nei paragrafi successivi.)

Nel contesto comparativo entrano anche, attraverso l'art. 2 cost., i diritti individuali che al matrimonio e alla famiglia si allacciano: l'ordinanza veneziana, rimarcato l'emergere di diritti inviolabili che devono trovare tutela –ai sensi dell'art. 2- *nella* famiglia in quanto formazione sociale primaria, indica suggestivamente l'esistenza di un diritto allo *status* coniugale, inteso come segno caratteristico nella società e come insieme di diritti e doveri non sostituibili tramite l'autonomia negoziale. Più in generale rileva il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia (significativamente distinti nell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. come, se vogliamo, negli articoli 2 e 29 cost.); la libertà matrimoniale va intesa sia nella sua accezione positiva come libertà di contrarre matrimonio con la persona prescelta¹⁷, sia in quella negativa come libertà di non sposarsi e di convivere senza matrimonio¹⁸.

¹⁶ Per una recente ricostruzione dello scontro tra i filoni interpretativi, v. A.MORRONE, cit., p.25 sg.

¹⁷ Sulla portata della libertà di scelta della persona da sposare, si veda l'interpretazione di M. GATTUSO, *Appunti sulla famiglia naturale e il principio di eguaglianza*, in *Quest. Giust.*, 2007, p. 274, per il quale l'esistenza stessa del matrimonio implicherebbe il diritto alla scelta libera della persona da sposare, salvi –aggiungeremmo- i limiti fondati sulla necessità di tutela di altri principi costituzionali; Gattuso richiama in proposito la posizione della Corte Suprema

3.3. I termini di paragone.

Guardando alla materialità della questione, la pretesa all'uguaglianza è agita da soggetti (di entrambi i sessi) che intendono sposare una persona del loro stesso sesso (anagrafico¹⁹) ed assume come riferimento soggetti (di entrambi i sessi) cui è consentito sposare una persona di sesso differente dal proprio; il dato materiale, di una differenza fattuale e non normativamente qualificata tra i termini di paragone è costituito dal sesso dei due soggetti che vogliono costituire tra di loro il vincolo matrimoniale. L'elemento di differenziazione assunto nel raffronto consiste nel carattere eterogeneo ovvero omogeneo del sesso dei nubendi, da qualificare giuridicamente rispetto al matrimonio: la questione di costituzionalità posta in relazione all'accesso al matrimonio non pretende di interrogare tutte le differenze tra omo- ed eterosessuali, ma solo la possibilità che due persone dello stesso sesso possano sposarsi.

Detto altrimenti, l'accesso al matrimonio eterosessuale non implica di per sé neppure un *focus* sull'*orientamento sessuale* eterosessuale, dato che, per il diritto, l'indagine sull'orientamento sessuale dei nubendi e/o dei coniugi, finché le loro scelte siano assunte in mutuo accordo, non è in primo piano (l'omosessuale –si intende: la persona con un orientamento sessuale verso persona del suo stesso sesso- non può sposare una persona del proprio sesso, ma può sposarne una di sesso opposto; l'eterosessuale - la persona con un orientamento sessuale verso persona del suo stesso sesso -può sposare una persona di sesso opposto, ma non può sposare una persona del suo stesso sesso; che poi l'eterosessuale non chieda, di fatto, di sposare una persona del suo stesso sesso, per quanto socialmente rilevante, non lo è –in senso stretto- giuridicamente).

Ma il raffronto tra coppie eterosessuali e coppie *same sex*, nel momento stesso in cui identifichiamo le seconde chiamandole coppie *omosessuali* comporta, quasi impercettibilmente, uno slittamento di senso che incorpora il riferimento alla specifica qualità della relazione affettiva e sessuale e mette in evidenza il dato dell'orientamento affettivo e sessuale, anzi, il dato dell'orientamento specificamente sessuale *tout-court*²⁰. L'attenzione si sposta inevitabilmente dal dato materiale (stesso sesso / sesso

del Massachusetts, *Goodridge vs. Department of Public Health*, 18 novembre 2003, che ha affermato che «il diritto a contrarre matrimonio significa ben poco se non include il diritto a sposare la persona di propria scelta»; lo contesta N.PIGNATELLI, cit., p. 15, per cui diritto alla scelta del compagno o della compagna di vita è certamente un diritto fondamentale ma si esercita e si attua *soltanto* all'interno degli istituti giuridici costruiti normativamente dal legislatore e che preferisce fare riferimento ad un *diritto fondamentale alla vita familiare*, di cui il diritto di sposarsi è soltanto una possibile forma di attuazione.

¹⁸ La stessa Corte costituzionale ne ha garantito l'effettività, sotto entrambi i profili (sent. 445/2002 e 166/1998)

¹⁹ Quello che rileva è il sesso anagrafico, indipendentemente dal fatto che sia originario o rettificato, v. par. seguente.

²⁰ Rinvio a P.RIGLIANO, *Amori senza scandalo. Cosa vuol dire essere lesbica e gay*, Feltrinelli, Milano, 2001, per la necessità di non appiattare l'omosessualità nella uni-dimensionalità di un orientamento solo sessuale, riconoscendola come un orientamento che, come quello eterosessuale, è complessivo, affettivo e relazionale e, solo in conseguenza, anche sessuale; in part. v. p. 16: l'affettività è la sfera propria dell'omosessualità, il cui motore e obiettivo sono gli affetti rivolti verso una persona del proprio genere che si esprimono ad ogni livello in cui si realizza l'incontro interpersonale (relazione più o meno piena ed appagante, innamoramento appassionato, semplice incontro erotico, tranquilla convivenza; esattamente come avviene per gli affetti e le unioni eterosessuali).

diverso) alla qualità della *relazione specificamente sessuale* tra i due coniugi, al loro reciproco orientamento sessuale, omosessuale (gay o lesbico) in contrapposizione a eterosessuale, annettendo una specifica rilevanza giuridica all'orientamento (omo)sexuale, oltre che al dato materiale della differenza o omogeneità di sesso dei coniugi, nell'ambito del matrimonio. Il che porta a chiedersi quale sia il rilievo giuridico della relazione sessuale intrattenuta dalla coppia eterosessuale nel matrimonio -la sola, ad oggi, ammessa al matrimonio-: (mi limito ad accennare ad un tema certo meritevole di approfondimento) un rilievo certamente c'è (la mancata consumazione rileva come causa di divorzio ex art. 3, n. 2, lett. f della l. 898/1970 sul divorzio; *l'impotentia coeundi* come errore sulle qualità essenziali del coniuge ex art. 122 c.c.), ma non è né preliminare, né coesenziale all'accesso al matrimonio stesso, né automaticamente collegato allo *status* che dal matrimonio deriva²¹.

3.3.1. Il confronto tra omosessuali e transessuali.

Ma le ordinanze di rinvio che implicano, senza argomentare specificamente, un confronto tra coppie eterosessuali e dello stesso sesso, introducono espressamente anche il raffronto con la condizione dei transessuali (soggetti il cui sesso anagrafico originario sia stato rettificato in forza della legge 164/1982), che merita un approfondimento.

Vengono messe a confronto la condizione giuridica dell'omosessuale, cui è negato di sposare un soggetto che appartiene al suo stesso sesso biologico (nonché al suo sesso anagrafico ed al suo genere), e quella del transessuale al quale la legge 164/1982 consente, una volta rettificato anagraficamente il sesso (biologico) originario, di sposare un soggetto che, in realtà, appartiene al suo stesso sesso biologico (ma ha diverso sesso anagrafico e diverso genere).

Il raffronto –che si riallaccia alle suggestioni della sentenza *Goodwin c. Regno Unito*, 17 luglio 2002 della Corte europea dei diritti dell'uomo²² (che, dichiarando contrario al rispetto della vita privata e familiare tutelato dall'art. 8 della Convenzione il divieto del matrimonio del transessuale con persona del suo sesso originario, ha individuato la vera essenza del diritto di sposarsi nella libertà di scegliere la persona con cui farlo)- è certamente utile a far emergere come l'ordinamento giuridico abbia già da quasi trent'anni superato l'orizzonte meramente biologico dell'appartenenza

²¹ Anche P.GROSSI, *Lineamenti di una disciplina della famiglia nella evoluzione costituzione italiana*, in *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, Cedam, Padova, 2008, p. 169 sottolinea che la pur massimamente intensa intimità che si instaura nel matrimonio non si propone necessariamente o esclusivamente per una motivazione o finalità di carattere sessuale, pur aggiungendo l'affermazione, assolutamente non condivisibile, che “quando ciò si verifici, pare implicitamente richiesto da quella aggettivazione [n.d.r. “naturale”] che debba trattarsi di una sessualità secondo natura e non contro di essa”: non solo perché non è dimostrabile la maggiore o esclusiva naturalità dei rapporti eterosessuali (tutti ? ovvero secondo distinzioni relative alle modalità di espressione sessuale ?), ma anche per l'espresso rilievo del principio che vieta la discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale; si ricordi anche che dal 1990 l'OMS ha riconosciuto l'omosessualità come una “naturale variante del comportamento sessuale umano”.

²² Citata espressamente nell'ordinanza veneziana; anche F.FIORILLO, *Matrimonio omosessuale. La lacuna italiana nella tutela dei diritti, alla luce della costituzione e della normativa europea*, in *Giur. merito*, 2009, p. 1848, par. 3.

e identificazione sessuale e delle definizioni di genere, riconoscendo il rilievo delle componenti psico-sessuali; contribuisce, di conseguenza, a giustificare razionalmente il discostamento da ogni interpretazione con pretesa fondazione biologica della “naturalità” del matrimonio richiamata, come è noto, dall’art. 29 cost.

Ma per altri aspetti non sembra affatto convincente. Il trattamento dei transessuali è una regola che semplicemente aggiorna il paradigma esteriore dell’eterosessualità; esso assume come parametro essenziale quello del sesso *anagrafico*, rendendo irrilevante il fatto che l’iscrizione anagrafica sia originaria, modificata in seguito ad errore, rettificata a norma della legge 164/1982: ma la regola ribadisce e conferma il dualismo di genere e conserva la norma eterosessuale del matrimonio, in un certo senso accontentandosi di garantire l’ordine dualistico ed eterosessuale dello spazio pubblico, dove conta solo il sesso anagrafico ed il genere risponde al sesso anagrafico; tale ordine e disciplinamento, anzi, viene ribadito e consolidato dal fatto che le combinazioni e complicazioni dei diversi intrecci di *Sesso biologico, anagrafico, psicologico e genere*, che costituiscono il tessuto dell’esperienza, risultano confinate nello spazio privato (ad esse viene imposta la riservatezza propria della sfera privata).

Piuttosto, vi sarebbe uno specifico aspetto della disciplina del transessualismo che, anche se le ordinanze in realtà lo trascurano, pare in grado di offrire al ragionamento sul paradigma eterosessuale del matrimonio una leva capace di scardinarlo: qual è il regime giuridico del matrimonio precedente alla sentenza di rettificazione ? L’art. 4 della l. 164/1982 dispone che la sentenza “provoca” lo scioglimento, rinviando poi all’applicazione delle disposizioni del codice civile e della legge 898/1970 e successive modificazioni, introducendo uno scioglimento automatico e d’ufficio, avallato dalla giurisprudenza costituzionale²³ anche se criticato come tale dalla dottrina coeva alla legge²⁴ ; successivamente, però, l’automatismo è stato messo in discussione dalla riforma della legge sul divorzio (l. 74/1987), che ha inserito il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione del sesso tra i motivi di divorzio (art. 3, 2° comma, lett. g l. div.)²⁵: ciò renderebbe necessario per lo scioglimento del matrimonio un successivo ed autonomo procedimento, che non si impone alla volontà dei coniugi ma, al contrario, richiede una specifica manifestazione di volontà da parte di uno dei coniugi.

Ammettendo che la riforma del 1987 abbia avuto un effetto abrogativo nei confronti dell’automatismo previsto dalla legge del 1982, si ammette anche la possibilità di un matrimonio

²³ La sent. 161/1985 precisa che l’avvenuta rettificazione “impone, operata la trasformazione anatomica, lo scioglimento del matrimonio tra persone (divenute) dello stesso sesso”.

²⁴ Ad es. M. FINOCCHIARO, *Divorzio e transessualismo*, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 998 ss.

²⁵ G.PALMERI, M.C.VENUTI, *Il transessualismo tra autonomia privata e indisponibilità del corpo*, in *Dir. fam.*, 1999, p. 1331; ma anche una buona parte della dottrina: v. P.M.VECCHI, *Transessualismo e discriminazioni*, in *Famiglia*, 2001, p. 343, nt. 142.

che, pur celebrato tra persone di sesso diverso, dopo il passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione del sesso di uno dei coniugi potrebbe sopravvivere e continuare tra due persone ormai dello stesso sesso anagrafico.

Esisterebbe, dunque, nell'ordinamento una norma che riconosce le unioni coniugali *same sex*: per quanto applicabile ad ipotesi marginali, la ricognizione di una regola di questa portata avrebbe effetti assai significativi sull'interpretazione complessiva degli istituti familiari e matrimoniali, dimostrando che il legislatore ha già incrinato la saldezza del paradigma eterosessuale e relativizzato la differenza di genere quale carattere ontologico del matrimonio²⁶.

Tuttavia, l'interpretazione giurisprudenziale sembra aver condiviso le obiezioni alla tesi dell'abrogazione, argomentate proprio per scongiurare la possibilità che sussistessero e permanessero matrimoni tra persone ormai dello stesso sesso²⁷: e anche successivamente alla riforma ha confermato la soluzione adottata fin dall'entrata in vigore della legge, pronunciando contestualmente la rettificazione ed il divorzio, considerato un effetto automatico, diretto e necessario del mutamento del sesso che produce i suoi effetti al passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione²⁸.

4. Al dunque: il matrimonio ed il suo inquadramento costituzionale.

Il matrimonio è, nell'art. 29 cost., l'istituto civilistico che qualifica la famiglia *legittima* (rendendo costituzionalmente rilevante la sua distinzione dalla famiglia naturale o di fatto) in quanto formazione sociale primaria (società naturale) cui la costituzione garantisce il riconoscimento, attribuendo all'istituto una regola fortemente innovativa, secondo la quale esso viene *ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.

La definizione di principio (1° comma) garantisce che la collocazione della famiglia nella costituzione –nel cuore del diritto pubblico– non ne disconosca il carattere essenziale di luogo di *autonomia privata*, assumendo (nel richiamo anche testuale alle espressioni dell'art. 2 cost.) la

²⁶ Così A.PUGIOTTO, *Alla radice costituzionale dei "casi": la famiglia come «società naturale fondata sul matrimonio»*, in *forum costituzionale.it* 2008, p. 14; F.BILOTTA, 2006 cit., p. 95. Nega l'automatismo anche A.CORDIANO, *Tutela delle coppie omosessuali ed esigenze di regolamentazione*, in *Famiglia*, 1/2004, p. 125.

²⁷ E.DEL PRATO, *Patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, 4, 959; P.M.VECCHI, voce *Transessualismo*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1994, p. 10; P.STANZIONE, *Transessualità*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Roma, 1992, p.889.

²⁸ I precedenti in materia non sono, come è facile immaginare, numerosi: prima della riforma v. Trib. Roma 3 dicembre 1982, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 996 e, successivamente, Trib. Fermo 28 febbraio 1996, in *Foro it.*, 1997, I, 1656 (che conferma che il divorzio "segue di necessità ed automaticamente" la rettificazione di sesso e può essere pronunciato con la medesima sentenza, dato che "la necessità stessa di due contestuali pronunce nell'ambito della stessa sentenza impone l'attrazione della causa di divorzio alla causa di rettificazione dell'attribuzione di sesso, che appare logicamente pregiudiziale"; nel caso di specie, comunque, nel giudizio di rettificazione si era costituita la moglie, in proprio e quale esercente la potestà sulla figlia minore, domandando la pronuncia della cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto con l'attore; resta, invece, da chiedersi quale sarebbe la soluzione giuridica se nessuno dei due coniugi presentasse la relativa domanda.

presistenza di un ambito non interamente conformabile dal diritto ed, in sostanza, riconoscendo un limite per l'ordinamento stesso. Già i costituenti avevano riconosciuto che il portato normativo della formula del primo comma dell'art. 29 cost. va individuato guardando la relazione tra famiglia e Repubblica²⁹: alla famiglia, per la sua qualità di formazione sociale primaria ed essenziale nella vita degli individui, la Costituzione garantisce uno spazio di autonomia originaria, reso evidente dal legame lessicale e di senso con l'art. 2 cost. (principio personalista) e fondato sulla reazione alle concezioni stataliste ed alle conseguenti politiche familiari di ingerenza del regime fascista³⁰; la norma che riconosce nella famiglia *uno spazio di autonomia privata* rifiuta ogni funzionalizzazione della famiglia e pretende che la prospettiva e l'unità di misura per guardare alla famiglia siano quelle degli interessi individuali e personali, e non già l'imposizione di finalità etero-imposte, di un interesse pubblico generale. Ma, anche se impone, in linea di principio, cautela e *self-restraint* al legislatore, la costituzione non considera affatto la famiglia e il matrimonio istituzioni sottratte al diritto³¹: al contrario, la regola prescrittiva (2° comma) conforma la famiglia in una direzione di profondo cambiamento rispetto alla struttura familiare tradizionale, trasformando il segno dei rapporti di genere che la costruivano come luogo essenziale della subordinazione femminile (così nella pratica, come nella codificazione civilistica); la norma costituzionale impone l'uguaglianza fra i coniugi, ricollegandosi immediatamente all'articolo 3 cost. e riflettendo anche le altre norme della Costituzione che valorizzano e impongono la parità tra i sessi (48, 51, 37 cost.³²); in particolare, l'art. 48 cost., anzi, già l'attribuzione nella *costituzione provvisoria* dei diritti politici alle donne,

²⁹ V. il citatissimo intervento di Moro nell'Adunanza plenaria del 15 gennaio 1947: "Non è affatto una definizione anche se ne ha la forma esterna, in quanto si tratta di definire la sfera di competenza dello Stato nei confronti di una formazione sociale".

³⁰ Per una rilettura dei lavori preparatori P.VERONESI, *Costituzione, "strane famiglie" e "nuovi matrimoni"*, in *Quad. cost.* 2008, p. 577; v. anche B. PEZZINI, A. LORENZETTI, in *Famiglia e costituzione. La costruzione costituzionale dei rapporti di genere*, in *La tassazione della famiglia, Aspetti nazionali e comparati*, Atti del convegno di Torino del 14 e 15 novembre 2008, a cura di C. Sacchetto, Rubbettino, Catanzaro, in corso di pubblicazione. Su di un piano diverso rileva la questione della individuazione di diritti "della famiglia" diversi dai diritti dei singoli componenti del nucleo familiare (o, altrimenti detto, di una soggettivazione della famiglia), ritenuta altamente problematica dalla dottrina per il rischio intrinseco di subordinazione e limitazione dei diritti individuali fondamentali.

³¹ Nonostante la nota e ripetuta formulazione di A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Ann. Sen. Giur. Università di Catania*, 1948, III, secondo il quale la famiglia sarebbe un'isola che il diritto può solo lambire, il diritto costituzionale ha investito la famiglia e il matrimonio come uno *tsunami*.

³² Negli articoli 36 e 37 cost., la *famiglia* è uno dei luoghi significativi in cui si situano le condizioni materiali dell'esistenza del lavoratore e della lavoratrice, differenziate in base al genere: la divisione dei ruoli sessuali rispetto alle funzioni riproduttive e di cura, da un lato, ed al lavoro produttivo, dall'altro, rispecchiano il modello patriarcale sul quale si è strutturato e consolidato anche il modello italiano di *welfare*, in cui matrimonio e famiglia sono stati e continuano ad essere il mezzo attraverso cui lo Stato ha privatizzato la cura dei soggetti deboli (supplendo le insufficienze del sistema previdenziale e assistenziale attraverso i ruoli familiari e, in particolare, attraverso il lavoro non retribuito svolto dalle donne all'interno della famiglia). Tuttavia, gli articoli 36 e 37 cost. non sono una *prescrizione normativa di genere* in merito alla ripartizione del carico del lavoro di cura, bensì norme che impongono il riconoscimento del valore sociale della funzione di cura; sono state pertanto estese, in base alla loro *ratio*, anche al genere in esse non espressamente contemplato, come regole *bi-direzionali* sulle condizioni e sulla qualità del lavoro e dei lavori, sui diritti di tutti i lavoratori e di tutte le lavoratrici (perché solo l'*auto-determinazione* di ciascun uomo e di ciascuna donna può stabilire quale debba essere il *mix* di attività produttive, riproduttive e di cura nello svolgersi della propria esistenza e nel progetto di vita e di sviluppo di ogni singola persona nella trama delle sue relazioni -art. 2 cost.).

realizza una vera e propria rivoluzione *topografica* nel disegno dello spazio pubblico e privato per linee di genere: caduto il monopolio maschile dello spazio politico si impone una trasformazione epocale anche dello spazio privato e diventa intollerabile l'esistenza di una sfera sottratta al principio di uguaglianza, come era quella della famiglia patriarcale.

Lo stesso segno profondamente innovativo e trasformativo si ricava anche dall'intreccio tra *rapporti di genere e rapporti tra generazioni* dell'art. 30 cost., che enuncia il *dovere e diritto* dei genitori di *mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio*: da un lato, l'uguaglianza dei sessi procede nella parificazione di padre e madre nel ruolo genitoriale, configurando una responsabilità dei genitori che supera la costruzione tradizionale e patriarcale della *patria* potestà; dall'altro, l'art. 30 relativizza l'articolo 29 e la sua definizione di famiglia (legittima), precludendo qualsiasi interpretazione che costruisca un nesso rigido tra filiazione, famiglia e matrimonio³³.

4.1. Il peso del favor matrimonii sulla qualificazione dei modelli familiari.

Volendo ricomporre plausibilmente il contemporaneo rimando alla naturalità ed alla giuridicità della famiglia³⁴ ed il diverso rilievo del matrimonio nella definizione dei rapporti (*orizzontali*) tra i coniugi e (*verticali*) tra genitori e figli ci si deve chiedere, innanzitutto, se quello della famiglia *legittima* fondata sul matrimonio costituisca un *modello privilegiato* di famiglia; vale a dire se, di fronte alle trasformazioni delle forme di relazione sessuale e inter-generazionale, le esperienze articolate e plurime di relazioni orizzontali e verticali "di tipo familiare" (unioni di fatto, etero ed omosessuali, con o senza figli; famiglie monoparentali, famiglie allargate) debbano essere gerarchizzate in un ordine che impone il privilegio della famiglia legittima, ad essa subordinando la disciplina giuridica delle altre forme di convivenza³⁵, oppure nel caso che la definizione della

³³ Considerano il rapporto coniugale ex art. 29 ed il rapporto di filiazione, comunque sorto, ex art. 30 come due situazioni familiari elementari e distinte P.CAVALERI, M. PEDRAZZA GORLERO, G.SCIULLO, *Libertà politiche del minore e potestà educativa dei genitori nella dialettica del rapporto educativo familiare*, in *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, a cura di M.De Cristoforo, A.Belvedere, Giuffrè, Milano, 1980, p. 77. L'art. 30 cost., al secondo e terzo comma, configura il rapporto di filiazione in modo relativamente indipendente dal matrimonio assicurando comunque a tutti i figli, in quanto tali, la pienezza di tutela giuridica e sociale ("Nei casi di incapacità dei genitori la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima": la compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima non considera le posizioni dei figli nella famiglia legittima, quasi a garantire una gerarchizzazione tra figli legittimi e non, ma la coesione della famiglia legittima, essenzialmente ad evitare che la famiglia legittima debba subire un'integrazione forzata nel suo nucleo di figli nati fuori dal matrimonio. La giurisprudenza costituzionale è andata progressivamente riducendo la rilevanza della clausola di compatibilità e ne ha affidato al legislatore la definizione di contenuti, sino a giungere con la sentenza 494 del 2002 ad affermare che "mal si presta ad essere interpretata in modo tanto generico e atecnico, fino a ricomprendervi la protezione di condizioni di serenità psicologica".

³⁴ Rilevato come "ossimoro" da BIN R., *La famiglia. Alla radice di un ossimoro*, Studium iuris, 2000, p. 1066, come "palindromo" e "falso alterato" da A.PUGIOTTO, cit.

³⁵ Non ha dubbi sull'esistenza di una precisa gerarchia che privilegia la famiglia legittima, A.MORRONE, cit., p. 33, che afferma essere l'art. 29 "puntuale decisione costituente, diretta a sanzionare che l'unica famiglia sia proprio e solo la famiglia legittima". In dottrina, la rivendicazione di una superiorità della famiglia legittima si lega per lo più ad ancor meno plausibili interpretazioni che ipostatizzano la natura della famiglia fondata sul matrimonio in una pretesa

famiglia nell'art. 29 cost. non possa essere ritenuta costituzionalmente prescrittiva ed esaustiva, quali altre definizioni dell'entità famiglia sia possibile ricavare dalle norme costituzionali.

La formula "società naturale" dell'art. 29 cost. rimanda, come abbiamo visto, all'articolo 2 e alle *formazioni sociali* dove si svolge la personalità individuale nel concreto dei rapporti sociali; il rapporto tra queste due norme suggerisce che la *famiglia* -anche legittima- è una (società naturale, cioè una) *formazione sociale* nel senso in cui ne parla l'articolo 2 cost.³⁶, in quanto rappresenta il primo e il più immediato (in questo senso "naturale") luogo per lo sviluppo della persona: l'accento ne viene primariamente posto sulla capacità e sull'attitudine della famiglia *a svolgere la funzione di cui all'articolo 2 cost.*, garantendo il libero sviluppo della personalità e i diritti inviolabili di ciascuno dei componenti della famiglia (legittima o di fatto).

Ciò definisce la famiglia, in quanto formazione sociale, come un nucleo di persone che coabitano, dandosi reciproca assistenza e contribuendo insieme ai bisogni di ciascuno; formazione sociale che ha una qualità particolare, *estranea sia al mercato, sia alla sfera pubblica*, luogo di relazioni interpersonali di assoluta gratuità, non misurabili in termini di efficienza né di imparzialità, ma in base alla vocazione solidale e associazionistica nella sua manifestazione più essenziale (e, in queste caratteristiche, emerge una ulteriore accezione e sfumatura della "naturalità").

Cosa introduce il matrimonio in questa dimensione ? In che modo gli elementi della coabitazione, della mutua assistenza, della contribuzione ai bisogni (che sono i caratteri fondanti della famiglia come formazione sociale) differiscono, nella famiglia legittima fondata sul matrimonio e nella famiglia di fatto ?

Guardata in questa prospettiva, la differenza consiste nel fatto che, nella famiglia legittima, coabitazione, mutua assistenza e contribuzione ai bisogni assumono una veste giuridica, diventando (insieme alla fedeltà) i doveri reciproci declinati nei rapporti tra i coniugi; invece, nella famiglia di fatto, costituiscono gli elementi che ne consentono il riconoscimento, le pre-condizioni, gli indicatori di esistenza. Posto che per ogni famiglia -comunque costituita, su base legittima o di fatto- la *effettiva* presenza degli elementi della coabitazione, della mutua assistenza, della contribuzione ai bisogni rappresenta la condizione di vitalità, non sembra che la trasposizione di tali elementi in *doveri giuridici* possa diventare la qualificazione di esistenza e di capacità della

dimensione originaria e statica, facendola coincidere con una sfera pregiuridica di valori che resterebbe sempre uguale a se stessa ed immutabile (in particolare, nella sua fedeltà e corrispondenza ad un piano trascendente); opzioni interpretative da cui vengono derivati lo *sfavore* per qualsiasi tipologia di famiglia diversa da quella legittima e l'affermazione della superiorità di un *modello di famiglia normativamente chiuso*, ma anche interpretazioni potenzialmente restrittive dell'uguaglianza dei coniugi che, enfatizzando "*i limiti stabiliti dalla legge*" a garanzia dell'unità familiare, garantiscano l'autorità del *pater familias* quando è in pericolo l'unità familiare. Per attribuire un ruolo fondante ed un peso prevalente alla dimensione dell'*originarietà* della famiglia, come attributo della sua naturalità e pre-statalità, si cadrebbe, però, in un'adesione a-storica alla struttura patriarcale della famiglia, che trascura e contraddice proprio il dato innovativo dell'uguaglianza tra i coniugi, il vero *perno normativo* dell'art. 29 cost.

³⁶ Per la giurisprudenza costituzionale è sufficiente l'art. 2 a riconoscere il rilievo costituzionale delle famiglie di fatto: sent. 237/1986; 8/1996; 166/1998.

famiglia; la declinazione *giuridica* dei doveri coniugali appare più rilevante nell'area della crisi e della dissoluzione della famiglia, nel gestire separazioni e divorzi che nel far funzionare le famiglie...

E comunque, così individuata l'area apprezzabile di differenziazione tra famiglia legittima e di fatto, tale differenza riguarda essenzialmente relazioni orizzontali tra i coniugi; mentre famiglia legittima e di fatto restano equiparabili in maniera molto netta nell'ambito delle relazioni verticali, cioè delle relazioni dei genitori con i figli.

Il "*favor matrimonii*" di cui all'art. 29 cost. impone di non ignorare e di non relegare in una posizione deteriore le famiglie legittime, ma non esprime alcun *disvalore* per le famiglie di fatto, che risultano luoghi altrettanto adeguati e fondamentali per lo sviluppo della personalità. L'interpretazione "*a modello aperto*"³⁷ risulta, del resto, coerente rispetto alla discontinuità riscontrata in Costituzione tra rapporti coniugali e rapporto di filiazione nonché al fatto che le prestazioni sociali rivolte alla famiglia (artt. 31, 34, 36 e 37 cost.) non pongono come requisito la *legittimità* della famiglia³⁸: ai fini dell'accesso alle prestazioni sociali la famiglia legittima risulterà ragionevolmente agevolata per il fatto che il matrimonio comunica immediatamente e direttamente l'impegno rivolto alla stabilità dell'unione familiare (presunta per effetto del matrimonio), mentre la famiglia di fatto dovrà, di volta in volta e caso per caso, fornire la prova della sua stessa esistenza e convincere del suo impegno alla stabilità dimostrando l'effettività degli elementi sopra indicati della coabitazione, mutua assistenza, contribuzione ai bisogni (va da sé che qualsiasi forma di riconoscimento delle unioni di fatto agevolerebbe la prova dell'esistenza e della stabilità delle famiglie di fatto).

La discrezionalità delle opzioni di politica legislativa che il modello aperto consente al legislatore resta definita dal contesto costituzionale analizzato, da cui derivano limiti e vincoli, che sintetizzo qui in sei indicazioni:

³⁷ La sentenza 494 del 2002 della Corte costituzionale che ha rimosso il divieto di ottenere dichiarazioni giudiziali di maternità o di paternità per figli nati da rapporti incestuosi, ha chiaramente respinto ogni idea di un preteso *ordine familiare*, che rimandasse alla concezione di un'istituzione modellata dal diritto pubblico e ad un modello chiuso di famiglia. Non esiste un *ordine pubblico familiare* che possa essere addotto in contrasto con l'aspirazione al riconoscimento; non esiste alcun interesse superiore che possa contrastare con quel processo di formazione della propria identità personale che porta un individuo a reclamare il suo *status filiationis*, a costruire la propria identità anche attraverso la dichiarazione giudiziale di paternità o maternità. Non ci può essere una difesa astratta, a priori, della famiglia *legittima* contro lo scandalo e la minaccia rappresentati dal riconoscimento di figli naturali; l'ingresso dei figli, anche nati da rapporti incestuosi, nella sfera familiare (evidentemente inteso come riconoscimento, non come ingresso materiale e coattivo) non può mai essere pensato come una violazione di diritti altrui e costituisce semplicemente, così come si esprime la sentenza, "*un incerto del mestiere di vivere*".

³⁸ Particolarmente interessante a questo proposito il dibattito costituente sulla famiglia, per molti aspetti altrettanto ideologico di quello attuale, ma anche molto più ricco di rimandi e di riferimenti concreti alle circostanze ed alle situazioni in cui i diritti della famiglia appaiono bisognosi di tutela specifica: ad es. nella la discussione in Terza Sottocommissione, seduta 13 settembre 1946, compaiono molti espliciti rimandi ai nuclei familiari irregolari particolarmente bisognosi di garanzie sociali e giuridiche.

- a) preferenza per una regolamentazione “leggera”, rispettosa degli spazi di autonomia e autoregolamentazione della famiglia al proprio interno, e correlativa necessità di giustificare gli interventi *diretti* sulla struttura della famiglia in base alle norme costituzionali rilevanti (la riserva di autonomia costituzionalmente garantita della famiglia impone il riconoscimento di uno spazio di sostanziale autodeterminazione all’interno della famiglia -art. 29 cost.);
- b) necessità di garantire che la famiglia, legittima o di fatto, corrispondendo alla propria funzione, sia una risorsa e non un ostacolo al pieno sviluppo della persona per ogni componente del nucleo familiare (art. 2 cost.);
- c) garanzia della piena uguaglianza morale e giuridica dei coniugi nel matrimonio (art. 29);
- d) possibilità di differenziare il trattamento della famiglia legittima e della famiglia di fatto nella sfera dei rapporti di coppia, nella misura in cui l’accesso all’una o all’altra forma di convivenza rappresenti un’opzione consapevole ed effettivamente esercitabile tra accettazione e rifiuto del matrimonio, in un quadro di uguaglianza sostanziale che non può prescindere dal riconoscimento di condizioni specifiche o dalle garanzie dell’effettività della scelta;
- e) unicità dello *status* familiare di filiazione e dei rapporti di parentela, indipendentemente e a prescindere dal rapporto orizzontale tra i genitori: le relazioni verticali inter-generazionali, caratterizzate dalla dipendenza dei minori e dalla responsabilità genitoriale, non devono dipendere dalle opzioni eventualmente esercitate dai genitori nel conformare e strutturare la propria relazione di coppia, ma devono garantire un’unica *condizione filiale*, cui corrisponde uno *status* familiare unico che riconosca la rete delle relazioni parentali di ogni persona sulla base dell’unico principio dello stipite in comune e di un grado massimo di rilevanza del rapporto (attualmente entro il sesto grado), indipendentemente dai vincoli coniugali e di affinità (i fratelli di mia madre sono miei zii anche se non sono cognati di mio padre !)
- f) impegno a favorire attivamente il raggiungimento di una presenza *duale* degli uomini e delle donne in ogni campo della vita sociale (le politiche familiari si collocano, nel sistema costituzionale, entro un quadro fortemente orientato alla trasformazione dei rapporti di genere, che impone *direttamente* al matrimonio uno statuto di parità tra i coniugi e *indirettamente* ad ogni relazione familiare l’orientamento a garantire la piena parità tra i generi: che non significa solo non ostacolare, non essere incompatibile con la possibilità di piena parità nel lavoro produttivo, nell’attività sociale, culturale, economica e politica, ma favorire attivamente l’obiettivo della *piena parità* da ultimo definito dall’art. 117, 7).

5. Una prima indicazione e una domanda a proposito di matrimonio *same sex*.

La tutela costituzionale della famiglia è più ampia della sfera della famiglia *legittima* fondata sul matrimonio: si può parlare di una tutela costituzionale *delle famiglie* e di una discrezionalità limitata e costituzionalmente orientata del legislatore nel privilegiare l'uno o l'altro modello.

I limiti ed i vincoli della discrezionalità sopra evidenziati consentono di ricavare una prima indicazione a proposito delle relazioni orizzontali di coppia omo- ed eterosessuali.

Le unioni di coppia omo- ed etero-sessuali sono nei fatti, nel *mestiere di vivere*, equivalenti nella dimensione degli affetti che le sorreggono, nella proiezione ad essere e a riconoscersi come un nucleo solidale di persone che coabitano, dandosi reciproca assistenza e contribuendo insieme ai bisogni di ciascuno; appaiono, quindi, equivalenti e non differenziabili rispetto alla *funzione* (costituzionalmente rilevante) della famiglia. Tuttavia, mentre l'esistenza di opzioni giuridiche permette alla coppia eterosessuale di modulare liberamente il proprio legame (legittimo/di fatto), tale possibilità non è riconosciuta alla coppia *same sex*

L'indicazione che se ne ricava è nel senso che la discrezionalità del legislatore non possa ignorare la contraddizione tra il mantenere tra le due diverse tipologie di coppie una differenza di trattamento rispetto all'accesso all'una o all'altra forma di convivenza ed il riconoscere che, rispetto alla attitudine ed alla capacità di assolvere alla funzione familiare, la loro differenza è irrilevante; la differenziazione delle forme di unione familiare rientra nelle scelte discrezionali del legislatore solo se rappresenta un'opzione consapevole ed effettivamente esercitabile tra accettazione e rifiuto del matrimonio, in un quadro di uguaglianza sostanziale che non può prescindere dal riconoscimento di condizioni specifiche o dalle garanzie dell'effettività della scelta

La domanda che, invece, discende dal contesto costituzionale ricostruito nei termini sopra evidenziati, concerne il fatto se la famiglia "legittima" definita dalla costituzione incorpori il paradigma eterosessuale.

Le argomentazioni con cui si giustifica la risposta positiva riconducibili all'esistenza di una tradizione³⁹, di una fondazione giusnaturalistica⁴⁰, di una "meta-norma"⁴¹ non mi sembrano, come

³⁹ Tradizione romanistica: P.GROSSI, cit., p. 172; sulla fondazione tradizionale non si può ignorare la parabola interpretativa tracciata dalla Corte costituzionale: rigettando l'incostituzionalità del reato di adulterio della moglie (sent. 64/1961), argomentava sulla base della concezione di famiglia "quale tutt'ora vive nella coscienza del popolo" ed affermava "che la moglie conceda i suoi amplessi ad un estraneo è apparso al legislatore, in base, come si è detto, alla prevalente opinione, offesa più grave che non quella derivante dalla isolata infedeltà del marito. Al di fuori di ogni apprezzamento, che non spetta alla Corte di compiere, trattasi della constatazione di un fatto della vita sociale, di un dato della esperienza comune, cui il legislatore ha ritenuto di non poter derogare. Da solo esso è idoneo a costituire quella diversità di situazione che esclude ogni carattere arbitrario e illegittimo nella diversità di trattamento"; tornando sul medesimo reato, ne dichiarava sette anni dopo l'incostituzionalità, (sent. 126/1968), riconoscendo che "Il principio che il marito possa violare impunemente l'obbligo della fedeltà coniugale, mentre la moglie debba essere punita - più o meno severamente - rimonta ai tempi remoti nei quali la donna, considerata perfino giuridicamente incapace e privata di molti diritti, si trovava in stato di soggezione alla potestà maritale. Da allora molto è mutato nella vita sociale: la donna

in parte già osservato, convincenti: per la loro intrinseca contraddittorietà, per una certa arbitrarietà dei riferimenti, per il ricorso ad un fondamento extra-giuridico⁴². Ciò vale anche per le versioni più flessibili del modello che, rinunciando a pretendere (e cercare di giustificare) l'esistenza di una forma pregiuridica ed immutabile di matrimonio e pur riconoscendo la variabilità delle forme storiche della famiglia, sembrano congelarne lo sviluppo ad un determinato punto (ipostatizzando la forma di matrimonio –certamente eterosessuale- nota ai costituenti⁴³) ed in una sorta di nucleo essenziale che, accanto all'*eterosessualità*, comprenderebbe anche *esogamia* e *monogamia*. Ma il nesso che viene così costruito tra i tre elementi non ha, in realtà, basi giuridiche: monogamia ed esogamia hanno un proprio autonomo e differente fondamento costituzionale, che riposa per la prima sul principio di uguaglianza uomo-donna⁴⁴ e per la seconda sulla tutela dell'equilibrio dell'istituzione familiare⁴⁵.

Inoltre, la fondazione del paradigma eterosessuale del matrimonio avvalorava un'interpretazione sostanzialmente biologica dell'attributo della naturalità della famiglia, che incorpora l'implicita potenzialità (o almeno la proiezione) riproduttiva dell'unione maschio-femmina; una configurazione non giuridicamente argomentabile, cui, anzi, si contrappongono gli sviluppi ordinamentali nella direzione della procreazione cosciente e responsabile⁴⁶. A proposito dell'esistenza plausibile di una meta-norma sull'orientamento sessuale nel matrimonio e di qualsiasi

ha acquistato pienezza di diritti e la sua partecipazione alla vita economica e sociale della famiglia e della intera collettività è diventata molto più intensa, fino a raggiungere piena parità con l'uomo”.

⁴⁰ Ampiamente presente nel dibattito costituente; v. anche C.GRASSETTI, *Famiglia (diritto privato)*, in *Noviss.Dig. it.*, Utet, Torino, 1961, p. 50; G.LOMBARDI, *La famiglia nell'ordinamento italiano*, in *Iustitia*, 1965, p. 3.

⁴¹ Parla espressamente di «metanorma consuetudinaria di riconoscimento», A.RUGGERI, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, p. 767; F. DAL CANTO, *Matrimonio tra omosessuali e principi della Costituzione italiana*, in *Foro it.*, 2005, V, 257 ss.; V. TONDI DELLA MURA, *La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi e la pretesa dei diritti individuali dei conviventi*, in *Quad. cost.*, 2008, 101 ss.; L. VIOLINI, *Il riconoscimento delle coppie di fatto: praeter o contra constitutionem?*, in *Quad. cost.*, 2007, 395.

⁴² Richiamo R.BIN, A.PUGIOTTO cit.e quanto ho argomentato in proposito in *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la costituzione italiana*, in *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto, Un itinerario di ricerca plurale*, a cura di B.Pezzini, Jovene, Napoli 2008, p. 91; interessante anche la critica alla intrinseca debolezza e insufficienza delle argomentazioni “anti-storicistiche” di N. PIGNATELLI, cit., par. 2.

⁴³ M.OLIVETTI, *Interrogativi costituzionali sulle unioni di fatto*, in *Identità e genere*, Quaderni di scienza e vita, 2007, p. 40, sostiene che l'art. 29 definendo la famiglia “ne presuppone le caratteristiche consegnate all'epoca attuale dalle generazioni precedenti”.

⁴⁴ E comunque sull'uguaglianza *tout-court*, che non consentirebbe neppure una regola simmetrica e speculare che ammettesse un matrimonio contemporaneamente poligamico e poliandrico che, oltre a configurare una costellazione troppo complessa e socialmente inservibile, violerebbe l'uguaglianza come condizione irrinunciabile del singolo matrimonio, che non può essere “a geometria variabile”.

⁴⁵ Di buon funzionamento dell'istituzione familiare e tutela del suo equilibrio parla la sen t. 518/2000, sottolineando la necessità di “evitare perturbazioni della vita familiare e di aprire alla più vasta società la formazione di strutture di natura familiare”.

⁴⁶ Un filo rosso collega l'abrogazione del reato di sterilizzazione volontaria, la legittimazione della propaganda anticoncezionale e l'affidamento di un compito specifico in materia di somministrazione degli anticoncezionali nei consultori, il riconoscimento dell'impotenza solo come errore ex 122 c.c. e dell'opposizione a rapporti sessuali non finalizzati alla procreativa come causa di divorzio: v. P. VERONESI, *Il corpo e la costituzione*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 81 sg. Anche la Corte cost. ha ritenuto espressamente arbitrario attribuire “alla capacità generativa il carattere di requisito essenziale per la validità e l'esistenza stessa di tale matrimonio” nella sent. 161/1985.

interpretazione giusnaturalistica, va osservato che il “dispositivo” sulla sessualità⁴⁷ viene prepotentemente interrogato –come vediamo nella concretezza delle esistenze- dall’affrancamento della attività eterosessuale dalla riproduzione, con la conseguenza della sua piena ascrizione ad una *attività relazionale umana* e non ad una funzione biologica⁴⁸.

Altrettanto poco convincenti mi sembrano le risposte positive che argomentano l’assunzione del paradigma eterosessuale nell’art. 29 cost. richiamando all’orizzonte di senso pensato dai costituenti, che indubbiamente incorporava il paradigma eterosessuale: non solo per una ragione di metodo, perché ad ogni significato consapevolmente ascritto alla norma dal legislatore storico si aggiunge, nel tempo, anche quanto prima era impensabile, nel momento in cui (e per il fatto stesso che) diviene pensabile in quel contesto normativo (non diversamente da come l’art. 21 ha incorporato il riferimento alla TV e internet, non pensato e non pensabile dai costituenti); ma anche perché il modello familiare e di relazione coniugale *patriarcale* conosciuto dai costituenti (perché vivo nella realtà e disciplinato nel codice), in realtà già conteneva il germe della sua trasformazione (dissoluzione), inciso dalle profonde trasformazioni che sarebbero derivate dall’impatto della norma sull’uguaglianza di genere.

Vi è però, nell’art. 29 cost., anche un dato giuridico positivo che collega il matrimonio al paradigma eterosessuale e che mi sembra meno facilmente superabile, essendo strettamente connesso alla *ratio* stessa del richiamo dell’istituto matrimoniale in costituzione: il matrimonio a cui fa riferimento l’art. 29 cost. incorpora il paradigma eterosessuale perché e nella misura in cui la funzione di questa norma è di introdurre la norma anti-subordinazione di genere nella struttura della famiglia (di rimuovere la subordinazione della donna all’uomo dentro la struttura familiare)

6. Il paradigma eterosessuale nel matrimonio.

Tuttavia, il richiamo del paradigma eterosessuale non chiude definitivamente il discorso.

Resta, infatti, da chiedersi ulteriormente se si tratti di un contenuto costituzionale inamovibile del matrimonio, necessario in relazione ad altri principi costituzionali che ad esso si collegano.

In realtà, la funzione antisubordinazione collega il matrimonio al paradigma eterosessuale perché storicamente la famiglia è (si presenta al Costituente) come luogo essenziale (potremmo dire “privilegiato”) della subordinazione della donna all’uomo, della costruzione di rapporti di genere segnati dalla subordinazione gerarchica del femminile al maschile; si tratta quindi di un paradigma

⁴⁷ Anche senza scomodare Foucault che nella “Storia della sessualità” disegna la fondazione della norma eterosessuale tra poteri, corpi e “dispositivo di sessualità”: v. A.SIMONE, *L’eccedenza del diritto. Intorno alla norma eterosessuale*, in AIS – Sezione sociologia del diritto, Quaderno dei lavori, 2008, *Working paper* n. 37, p. 16.

⁴⁸ Il controllo positivo della fertilità (fecondazione artificiale) ancor più della diffusione e l’efficacia degli anticoncezionali (controllo negativo) consente la scissione dell’aspetto sociale-relazionale da quello riproduttivo della sessualità, rendendo evidenti le componenti umane e relazionali degli orientamenti sessuali: v. M.MORI, *Aborto e morale. Capire un nuovo diritto*, Einaudi, Torino, 2008, p.111.

non ontologico, bensì storico e fenomenico che permette di affermare l'uguaglianza tra i sessi nei rapporti familiari (coniugali ed anche, in parallelo, di potestà/responsabilità genitoriale).

La domanda che siamo chiamati oggi ad affrontare è differente e specifica, e neppure riguarda l'intera gamma dei rapporti familiari, ma il solo rapporto coniugale, il rapporto *more uxorio*⁴⁹.

Qui aprirei una parentesi: credo che la questione si porrà anche nei confronti dei rapporti verticali di genitorialità, ma non credo necessario doverla affrontare qui: 1) non è all'o.d.g oggi (non è postadalle ordinanze di rinvio e neppure dalla nostra preziosa traccia introduttiva) 2) ma soprattutto ha, come abbiamo visto, *basi giuridiche differenti*.

Il dibattito più generale ci restituisce però la sensazione che la questione sia particolarmente significativa, non solo in una proiezione futura (come questione che si prima o poi si porrà), ma anche come una sorta di convitato di pietra del dibattito in corso (come spettro che turba la precomprensione di molti...⁵⁰).

La domanda (il tema che il diritto deve affrontare) riguarda oggi la celebrazione del matrimonio *tra due persone dello stesso sesso: il riconoscimento legale di una unione* che, in quanto legale, risulti fondata su diritti e doveri reciproci (sia pure sorretti dal consenso⁵¹), accompagnata da una presunzione di stabilità (di tendenziale durata nel tempo, dal momento che l'attenuazione dei vincoli matrimoniali conseguente alla separazione e lo scioglimento del matrimonio con il divorzio sono il risultato di procedure ampiamente formalizzate) e riconoscibile dai terzi. Riconoscimento legale da cui derivano ai coniugi una serie di effetti, benefici, tutele giuridiche.

Il paradigma eterosessuale -che è servito (e ancora serve) a liberare dalla subordinazione *di genere*, che inchiodava la moglie alla soggezione al marito capo-famiglia- non costituisce l'essenza della regola costituzionale sul matrimonio, ne è semmai la premessa fattuale e fenomenica riferita ad un coppia eterosessuale che vuole una *unione stabile, registrata, costitutiva di reciproci doveri paritari*.

Il paradigma eterosessuale non rappresenta, perciò, una condizione necessaria e inamovibile della norma costituzionale sul matrimonio, ma un elemento di premessa che viene meno proprio perché la premessa fattuale è, oggi, rappresentato dall'esistenza di una (differente) coppia *same sex* che vuole *la stessa cosa*, vuole accedere allo stesso riconoscimento legale di una *unione stabile, registrata, costitutiva di reciproci doveri paritari* (la differenza non concerne le caratteristiche

⁴⁹ Tra l'altro in giurisprudenza già si profilano alcuni esempi di una equiparazione delle convivenze etero ed omosessuali (ai fini della sublocazione di immobile, per qualificare come obbligazione naturale la donazione tra conviventi, in merito all'astensione dalla testimonianza contro il partner): M.GATTUSO, cit., p. 271, nt. 23.

⁵⁰ Anche E.CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale all'esame della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 2009, p. 1250.

⁵¹ G.FERRANDO, *Famiglia e matrimonio*, in *Famiglia* 2001, p. 939, osserva che "Il principio di eguaglianza, che si arrestava sulla soglia domestica, la ha varcata, cambiando ogni cosa. Si assiste al passaggio da una famiglia fondata sullo *status*, ad una fondata sul contratto, nella quale il consenso di soggetti liberi ed eguali è rilevante non solo nel momento costitutivo, ma nello svolgimento del rapporto, nella determinazione della vita familiare".

dell'istituto matrimoniale, ma le caratteristiche –di sesso- dei soggetti che all'istituto vogliono accedere).

Negando l'accesso al matrimonio alle coppie dello stesso sesso l'ordinamento prevede e produce una *differenza di trattamento*, che risulta fondata sull'esercizio di una libera scelta personale nella sfera affettiva e sessuale (la scelta relativa al sesso del partner rispetto al proprio); discrimina in base ad un elemento che riguarda l'orientamento dei propri affetti e desideri, ad una caratteristica della personalità, della costruzione dell'identità personale (non solo sessuale, semmai sessuale in quanto profondamente personale); ammette una differenza di trattamento basata su di una *condizione personale*⁵². La discriminazione è rivolta verso gli omosessuali per il solo fatto del loro *orientamento sessuale*, che è, da un lato, l'unico elemento della differenza degli omosessuali dagli altri individui e che, dall'altro, riduce gay e lesbiche ad esseri umani *ad una sola dimensione*, quella definita dal loro sesso e dalla loro sessualità

Ma, una volta rilevata una differenza di trattamento basata su di una condizione personale (un elemento di libera opzione personale), scatta lo *strict scrutiny* nell'esame delle eventuali e possibili giustificazioni di tale differenza; la pretesa soggettiva all'uguaglianza agisce come premessa di ogni possibile ragionamento, come vincolo iniziale che riduce la complessità delle variabili: solo ragioni costituzionalmente fondate e stringenti (non altrimenti tutelabili) possono consentire un trattamento differenziato, allo scopo di tutelare esigenze costituzionali veicolate e introdotte dal matrimonio (contesto comparativo specifico) e in relazione ad esso, nei limiti di una stretta proporzionalità.

Esistono simili giustificazioni ?

Gli argomenti che vengono più frequentemente adottati per negare il matrimonio *same sex* risultano tutti superabili: non costituzionalmente fondati, non proporzionati, inconfidenti.

⁵² Personalmente ritengo che tale differenziazione del trattamento debba essere qualificata anche come *discriminazione sulla base del sesso e-o discriminazione di genere*; la discriminazione opera *sulla base del sesso* nella misura in cui è il sesso cui appartengo a determinare quale possibilità di unione stabile, ufficializzata e paritaria posso avere: solo con persona di sesso differente dal mio (etero sì, *same sex* no); costituisce una discriminazione *di genere* in quanto riduce e delimita la sfera delle possibilità e dei ruoli sociali in base al sesso (incorpora nella definizione di ciascun genere un riferimento privilegiato all'orientamento affettivo e sessuale verso il sesso opposto, assumendolo a/ che diventa fonte e fondamento di un riconoscimento sociale e giuridico privilegiato). Non ritengo opportuno insistere specificamente sul punto perché sono consapevole che l'uguaglianza rispetto al sesso viene preferibilmente declinata (ma a me pare un limite della riflessione giuridica) nel confronto tra due soggetti di sesso diverso –tra una donna ed un uomo che, nelle stesse condizioni, vengano trattati diversamente senza una giustificazione obiettiva e costituzionalmente fondata: in quest'ordine di idee, la *donna* lesbica e l'*uomo* gay sarebbero trattati ugualmente tra di loro, per quanto differenziati rispetto a donne e uomini eterosessuali, e ciò impedirebbe di rilevare una discriminazione “fondata sul sesso”, rinviando alla necessità di rilevare una discriminazione “fondata sull'orientamento sessuale”. Ma, soprattutto, non ritengo necessario approfondire il punto sulla base del fatto che alla luce della costituzione italiana la questione non ha un rilievo decisivo, essendo sia il sesso, sia le condizioni personali contemplate come distinzioni vietate (o almeno sospette) secondo il tenore dell'art. 3, I comma cost.; va, tuttavia, tenuto presente che, in quella sorta di “eccesso classificatorio” che spesso accompagna la trattazione delle questioni di discriminazione e di uguaglianza, il tema potrebbe acquistare rilevanza e sarà, pertanto, comunque interessante verificare se la risposta della Corte costituzionale prenderà posizione sul punto, espressamente o implicitamente, qualificando l'orientamento omosessuale in termini di *condizione personale* ovvero di *condizione di genere*.

La procreazione (o potenzialità riproduttiva, certamente preclusa all'interno delle coppie omosessuali) non è elemento legalmente rilevante del matrimonio: se lo fosse, dovrebbe, infatti, necessariamente escludere dal matrimonio anche soggetti sterili, anziani, chi non voglia avere relazioni sessuali o figli; non è contestabile che la disciplina legale del matrimonio vada vista ben oltre l'impronta storica della sua funzione di legittimazione di relazioni sessuali e di assicurazione della successione degli eredi legittimi. Non lo è un preteso rispetto per le concezioni etiche o religiose in merito al matrimonio: la prospettiva della famiglia come cellula fondamentale della società, garante dell'ordine sociale e morale della nazione, marcatamente istituzionistica, appartiene al passato⁵³, superata da una visione che mette la persona al centro dell'universo familiare, a giustificazione della tutela del gruppo (della formazione sociale)⁵⁴; neppure il riconoscimento di un ruolo attivo della religione nella vita pubblica autorizza ad usare la dottrina religiosa per interpretare la costituzione; la protezione costituzionale della libertà religiosa ed il riconoscimento costituzionale del ruolo delle confessioni religiose garantiscono la possibilità di ritenere il matrimonio un sacramento, di appartenere ad una comunità anche religiosa che celebra i matrimoni secondo il proprio ordinamento (con effetti civili come nel caso del matrimonio concordatario in Italia) e di esprimere e propagandare le proprie posizioni e convinzioni in materia, ma l'essenziale pluralismo costituzionale impone di consentire la convivenza di concezioni differenti nello stesso spazio pubblico mostrando uguale rispetto per tutte, senza che vi sia la possibilità di attribuire superiorità ad una concezione sull'altra.

D'altra parte il riconoscimento del matrimonio *same sex* non altera il matrimonio eterosessuale, dal momento che l'estensione alle coppie omosessuali non attenua o scalfisce in alcun modo i diritti e la protezione delle coppie eterosessuali, che restano inalterati.

7. Il fondamento costituzionale di una piena equiparazione delle unioni etero- ed omosessuali nel matrimonio

Piuttosto, vi sono ragioni che premono nella direzione di una piena equiparazione nel trattamento: la pretesa di vedere rimosse le norme che impediscono di accedere al matrimonio con persone dello stesso sesso, la pretesa degli omosessuali di essere uguali agli eterosessuali nella possibilità di riconoscimento della veste giuridica che l'ordinamento confeziona per e mette a disposizione della relazione di coppia liberamente scelta in base alle caratteristiche della propria personalità (dell'orientamento affettivo e sessuale) consentirebbe di riprendere la funzione di norma

⁵³ Per un aggiornamento, non privo di ambiguità, della concezione istituzionistica: v. F.PIZZOLATO, *La famiglia nella Costituzione e criteri per una disciplina dei modelli diversi di convivenza*, in *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto* cit., p. 119.

⁵⁴ P.ZATTI, *Introduzione*, in *Trattato di diritto di famiglia*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2002, p. 3 sg.

antisubordinazione assegnata al matrimonio dall'art. 29 cost., aggiornandola al contesto fattuale che si pone in premessa.

L'esistenza nella costituzione italiana di una norma anti-subordinazione di genere (che ho cercato di dimostrare in alcuni lavori ai quali necessariamente rimando⁵⁵) riguarda, per l'ampiezza della sua estensione, non solo tutte le forme e le circostanze della relazione uomo-donna, alle quali si applica come prima evidenza, ma anche l'orientamento sessuale e tutte le articolazioni della relazione tra sesso e genere (transessualismo, *transgender*, ermafroditismo); nel quadro unitario dell'uguaglianza formale e sostanziale, essa vale ad impedire la fissazione del riferimento al sesso corporeo come dato incontrovertibile, consentendo la visibilità dei corpi oltre il dimorfismo sessuale e l'apertura ai desideri della persona oltre il paradigma eterosessuale⁵⁶.

Nei confronti delle coppie eterosessuali si trattava -all'indomani dell'entrata in vigore della costituzione- essenzialmente di promuovere una nuova concezione di rapporti di genere, paritaria, *all'interno della famiglia*, coerentemente all'impostazione fortemente *gender sensitive* che orienta anche tutti i rapporti sociali nella direzione di piena parità tra i sessi⁵⁷, e si tratta -ancora oggi- di sostenerla coerentemente lungo il suo faticoso processo di attuazione.

Nei confronti delle coppie omosessuali si tratta oggi di superare una diversa condizione di subordinazione e di discriminazione (pur sempre legata al genere e con fondazione apparentemente biologica, ma sarebbe meglio dire con una *pretesa* fondazione biologica). La domanda del matrimonio *same sex* corrisponde alla richiesta degli omosessuali di non sentirsi e di non essere esclusi dall'universo degli eguali: del resto, il bisogno di protezione legale costituzionale è avvertito specialmente da parte dei soggetti che appartengono a gruppi non maggioritari o comunque discriminati ed a tali soggetti deve essere garantita protezione. Le funzioni antidiscriminatoria, antisubordinazione e antistigmatizzazione nei confronti degli omosessuali non sono affatto estranee all'impianto della costituzione: si tratta semmai di estenderle a situazioni inizialmente non contemplate, in un tessuto costituzionale che, essendo fortemente indirizzato alla promozione della persona, risulta particolarmente adatto a riconoscere anche la discriminazione che non procede

⁵⁵ B. PEZZINI, *Donne e costituzione: le radici ed il cammino*, in *La costituzione della repubblica italiana. Le radici e il cammino*, Atti del convegno e del corso di lezioni (Bergamo, ottobre-dicembre 2005), in *Studi e ricerche di storia contemporanea*, n. 68, 2007, p. 163; *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la Costituzione italiana*, in *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto*, a cura di B. Pezzini, Napoli, Jovene, 2008, p. 91.

⁵⁶ B. PEZZINI, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio anti-subordinazione*, in *Scritti Carlassare*, vol.III, Napoli, 2009, p. 1159.

⁵⁷ Ulteriormente qualificata come "piena parità" nella riforma dell'art. 117, settimo comma del 2001, che peraltro rende solo più esplicita una tendenza già fortemente marcante la *costituzione di genere*.

espressamente ma in modo implicito (qualificando le coppie omosessuali come non contemplate e non contemplabili dalla legge sul matrimonio)⁵⁸.

Se, come crediamo di avere evidenziato, l'art. 29 cost. è una norma relativamente flessibile rispetto al paradigma eterosessuale (che incorpora per la funzione assegnata al matrimonio nella relazione tra i due sessi come dato fenomenico e non ontologico), a fornire argomenti in favore del matrimonio *same sex* è la pretesa soggettiva all'uguaglianza a prescindere dalle condizioni personali relative all'orientamento affettivo e sessuale.

Dobbiamo, di conseguenza, concludere che, sulla spinta dei casi che premono, il matrimonio si sgancia definitivamente dal paradigma eterosessuale ?

Oppure al legislatore resta aperta la possibilità di configurare, a tutela della pari dignità e dell'uguaglianza degli omosessuali, un istituto diverso dal matrimonio ma sostanzialmente capace di garantire gli effetti essenziali che il matrimonio spiega nei rapporti orizzontali tra i coniugi ? È ammissibile che il matrimonio resti legato alla sua funzione ancora attuale di norma anti-subordinazione *di genere* e ancorato al paradigma eterosessuale purché per le coppie *same-sex* sia reso disponibile un istituto legale sostanzialmente analogo ? Assicurando gli effetti e non lo stesso istituto si discrimina sulla base di una condizione personale (o sulla base del sesso, si compie una discriminazione di genere) ?

La risposta a queste domande orienta le possibili opzioni decisorie della Corte costituzionale nelle questioni sollevate.

8. Quale decisione

8.1. La piena uguaglianza e dignità delle persone: una sentenza di accoglimento (parzialmente sostitutiva).

Spingendo a fondo il tasto dell'uguaglianza come garanzia anti-subordinazione, la garanzia di accedere ad un istituto distinto anche se con effetti sostanziali analoghi non può essere considerata pienamente soddisfacente.

⁵⁸ Si tratta di assumere a modello la "via sudafricana" al riconoscimento del matrimonio omosessuale: la nota sentenza sudafricana in materia di matrimonio *same sex* (1 dicembre 2005: su cui v. M.MONTALTI, *La battaglia legale per il same sex marriage*, in *Giur.cost.* 2004, p. 4819) richiama espressamente, coerentemente con la storia di quel paese, il riconoscimento di una funzione fortemente proiettiva della costituzione del 1996, adottata in rottura radicale con un passato in cui l'intolleranza e l'esclusione erano assunti ad elementi costitutivi dell'ordinamento (*apartheid*); un'argomentazione che risulta particolarmente interessante perché, sia pure con le dovute differenze, la funzione proiettiva e trasformativa risulta strutturalmente incorporata anche nella costituzione italiana. Rispetto a quanto osservavo in proposito in *Uguaglianza e matrimonio*, cit., p. 114, aggiungerei però un motivo di scetticismo, che dipende dalla constatazione dell'attenuarsi di una condivisione, in termini di costituzione materiale, delle concezioni proiettive della costituzione e dal venir meno di una legittimazione e sollecitazione di tali interpretazioni da parte del contesto politico sociale in cui le interpretazioni si calano.

Entrano in gioco le definizioni di normalità e devianza che, veicolate dalle norme giuridiche, cristallizzano stigmatizzazioni, esclusione, subordinazione sociali: non basta non trattare peggio i “differenti” rispetto ai “normali” che vengono, per definizione, identificati negli eterosessuali (ovvero non trattarli peggio di altri “non normali” come i transessuali che, tuttavia, dopo la rettifica del sesso originario sono in grado di aderire al paradigma della normalità eterosessuale). Una questione di piena uguaglianza e dignità della persona pretende che entrambe le possibili direzioni affettive e sessuali, etero ed omosessuale, vengano ricomprese dentro la regola a pieno titolo e in piena parità, *perché non ci sono motivi costituzionalmente leciti per differenziarle*.

Ne consegue che ritengo fondata una sentenza di accoglimento che dichiarando l’incostituzionalità degli articoli impugnati nella parte in cui non consentono alle coppie dello stesso sesso di contrarre matrimonio le ammette alle pubblicazioni e alla celebrazione del matrimonio.

Più precisamente, la sentenza dovrebbe essere di accoglimento *sostitutiva* nei confronti degli articoli 107, 108, 143, 143-bis, disponendo che in tutte queste disposizioni le parole “marito” e “moglie” vengano sostituite dall’espressione “coniuge” o “coniugi” (espressioni bidirezionali rispetto al genere dei nubendi/delle nubende, dei coniugati/delle coniugate⁵⁹). Nei confronti degli art. 143-bis e 156-bis la sentenza potrebbe essere di mero accoglimento (eventualmente di accoglimento parziale, dichiarando l’incostituzionalità nella parte in cui si applica a coppie dello stesso sesso e lasciando impregiudicata la questione nei confronti delle coppie eterosessuali⁶⁰) e, nei confronti dell’art. 231, di inammissibilità per irrilevanza, in quanto norma che riguarda la filiazione e non la relazione coniugale. Nel vuoto normativo lasciato dall’incostituzionalità parziale dell’art. 143-bis il legislatore sarebbe libero di intervenire con una qualsiasi soluzione paritaria: doppia e reciproca aggiunta, scelta volontaria (che garantiscono un nome familiare comune), pura e semplice conservazione del proprio cognome da parte di ciascuno.

Il legislatore potrà anche successivamente intervenire per escludere determinati effetti del matrimonio: in particolare, essendo rapporti familiari orizzontali e verticali fondati su norme

⁵⁹ Questa è la soluzione generalmente praticata dalle proposte di legge in materia: v. B.DE FILIPPIS, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Le unioni fra persone* cit., p. 267; *Amore civile. Dal diritto della tradizione al diritto della ragione*, a cura di B.De Filippi e F.Bilotta, Mimesis/SX, Milano-Udine, 2009.

⁶⁰ La questione dell’attribuzione del cognome del marito/paterno come cognome familiare è stata lasciata in sospenso dalla sent. 61/2006 che, pur riconoscendo che l’attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale e di una tramontata potestà maritale sicuramente non coerente con il valore costituzionale dell’uguaglianza uomo-donna, ha concluso nel senso dell’inammissibilità per discrezionalità del legislatore, ritenendo che fosse stata richiesta una operazione manipolativa esorbitante dai poteri della Corte: la vicenda è interessante perché rende tangibile il pregiudizio di subordinazione femminile incorporato non solo nella norma, ma nella difficoltà di risolvere la questione, il cui prezzo è il mantenimento di una acclarata violazione del principio di uguaglianza.

costituzionali differenti, ancorché coordinate, ritengo possibile⁶¹ una esclusione espressa dall'adozione, come fanno gli ordinamenti di Norvegia, Danimarca e Finlandia).

La soluzione dell'ammissibilità del matrimonio *same sex*, più rigorosa dal punto di vista dell'uguaglianza⁶², incontra difficoltà ed obiezioni che non possono essere sottovalutate. Da un lato (sul piano della probabilità), richiede che la Corte valorizzi una concezione *forte* dell'uguaglianza come pretesa soggettiva, cui di norma preferisce un utilizzo più flessibile del parametro di ragionevolezza come principio informatore dell'ordinamento (v. *supra* le considerazioni in par. 3). Dall'altro (sul piano della opportunità), affida direttamente ad una pronuncia costituzionale uno scarto molto forte di trasformazione dell'ordinamento e, soprattutto, della realtà sociale e culturale che l'intervento del legislatore potrebbe, almeno in astratto, meglio governare (in astratto, visto che in concreto abbiamo già rilevato la incapacità/negativa volontà della politica)⁶³. Inoltre, non sono mancate, nel dibattito avviato dalle ordinanze di cui ci occupiamo, osservazioni sulle possibili reazioni politiche a una sentenza "troppo avanzata" rispetto al contesto politico sociale⁶⁴: argomenti non decisivi nell'esaminare la fondatezza della soluzione proposta in termini di coerenza giuridica, che pure hanno un peso non sottovalutabile (e probabilmente decisivo sul piano del giudizio prognostico sulla decisione).

In realtà, questo tipo di pronuncia risolverebbe i nodi di una controversia politico-sociale rispondendo a bisogni collocati in una tale posizione di minorità da non avere realmente possibilità di rappresentanza; non già creando diritto nuovo, ma rendendo evidenti i principi costituzionali di riferimento ed applicandoli dove è rilevata una lacuna assiologica.

Al netto di considerazioni sulla sua opportunità sociale e sulla probabilità, è però sul piano dell'interpretazione costituzionale che tutta questa vicenda ci interroga: l'accesso al matrimonio resta la strada unica e la soluzione obbligata che ricaviamo dal combinato disposto degli articoli 2,3 e 29 cost. per tutelare la pretesa di assoluta dignità e uguaglianza di ogni persona a prescindere dal suo orientamento affettivo e sessuale ? strada possibile perché il paradigma eterosessuale non è assoluto ma, insieme, *obbligata* perché l'unica che evita una collocazione subordinata e stigmatizzata, di serie B, per le coppie omosessuali ?

⁶¹ Che pure non ritengo particolarmente necessaria, in quanto ritengo che basti a garantire piena ed efficace tutela del minore il principio informatore dell'adozione, che affida al procedimento e al giudici la valutazione del suo interesse in concreto ed in via esclusiva.

⁶² L'uguaglianza e la pari dignità non possono che essere piene; osserva M.MONTALTI, *Separazione dei poteri e riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso*, in *Le unioni fra persone dello stesso sesso*, a cura di F.Bilotta, Mimesis, Milano-Udine, 2008, p.93, che devono non solo consentire opzioni, opportunità e benefici tangibili, ma anche il benessere psicologico e la sicurezza personale che corrispondono ad un effettivo superamento della subordinazione.

⁶³ Interroga ampiamente la questione della separazione dei poteri, in chiave comparatistica, M.MONTALTI, 2008, cit.

⁶⁴ A.Y.MELANI, *Il matrimonio costituzionale davanti alla Corte costituzionale: azzardo o svolta ?*, in *forum costituzionale.it*, 2009, p. 6; N.PIGNATELLI, cit., p. 3.

8.2. La discrezionalità del legislatore: un'additiva di principio...

D'altra parte, il ragionamento interpretativo proposto sopra (par. 6) a proposito del paradigma eterosessuale incorporato nell'art. 29 cost. riconosce che l'eterosessualità è costituzionalmente associata al matrimonio non per affermare la superiorità della relazione coniugale etero- rispetto a quella omosessuale, ma per garantire costituzionalmente la piena uguaglianza morale e giuridica di uomo e donna nel matrimonio (secondo una funzione di norma antisubordinazione di genere, di cui c'è ancora bisogno per i molteplici segnali sociali della costruzione di rapporti asimmetrici di genere che si alimentano nel luogo degli affetti e delle relazioni familiari).

Partendo da qui, si può meglio discernere che la tutela costituzionale richiesta dalle coppie *same sex*, e ad esse dovuta, non viene rivolta *all'interno del rapporto coniugale* per imprimere ai rapporti di genere una direzione paritaria anziché gerarchica, ma in primo luogo *all'esterno* della coppia, nei rapporti sociali, nell'ambito dei quali si vogliono ottenere gli stessi effetti di visibilità, legittimazione e riconoscimento nonché le stesse garanzie di tutela di cui godono marito e moglie in virtù dello *status* coniugale (visibilità, riconoscimento e tutela che hanno anche una proiezione interna al rapporto tra i/le partner, nel senso del valore simbolico e giuridico dei doveri che si assumono reciprocamente).

Tale differenza può giustificare la estensione alle coppie *same sex* non direttamente dell'accesso al matrimonio, ma dell'accesso ad una condizione giuridica che garantisca effetti essenziali e sostanziali analoghi a quelli del matrimonio per le coppie eterosessuali (effetti rivolti soprattutto, anche se non solo, verso l'esterno: una condizione giuridica che deve ricomprendere annotazione nei registri di stato civile, ai fini della riconoscibilità esterna dell'unione, assunzione reciproca dei doveri coniugali, estensione degli effetti in termini di benefici).

Si libera, in questo quadro, uno spazio di discrezionalità per il legislatore; uno spazio costituzionalmente delimitato ed orientato dalla necessità di garantire la possibilità di vita familiare senza subire discriminazioni e senza diminuire le possibilità ed i diritti individuali a causa della condizione personale di omosessualità, che affida alla capacità ed alla responsabilità politica del legislatore l'individuazione del percorso legislativo più adeguato a garantire il fine costituzionale.

Il riconoscimento di una necessaria centralità del legislatore in materia potrebbe anche derivare dalle norme della CEDU e della Carta europea dei diritti fondamentali che rimettendo la disciplina del matrimonio alle legislazioni nazionali riconoscono l'esigenza di un pluralismo, capace di coniugare il rispetto delle diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli europei con la tutela dei diritti fondamentali che, sia chiaro, non può recedere⁶⁵.

⁶⁵ Individua, dalla ricomposizione del quadro normativo internazionale e comunitario, una discrezionalità legislativa sia in riferimento alla definizione del contenuto del matrimonio, sia in relazione alla individuazione di istituti giuridici

Coerente con questa impostazione sarebbe una pronuncia *additiva di principio* che riconosca che tutti hanno diritto alla tutela della propria vita familiare senza distinzioni fondate sull'orientamento affettivo-sessuale (in base agli art. 2 e 29 cost.) e pertanto dichiarare incostituzionale, per contrasto con gli articoli 2 e 3 cost., l'assenza di una norma che estenda alle coppie dello stesso sesso il matrimonio *ovvero* la tutela ed i benefici rappresentati da effetti sostanziali analoghi a quelli che il matrimonio assicura alle coppie eterosessuali.

8.3. ...l'inammissibilità ...

Meno convincente sarebbe derivare, da premesse sostanzialmente uguali a quelle che sorreggono l'ipotesi di un'additiva di principio, la soluzione di una pronuncia di inammissibilità fondata sulla discrezionalità del legislatore, in cui la Corte, pur rilevando (il fondamento costituzionale de) la necessità di garantire una tutela alle coppie dello stesso sesso, ritenesse che il legislatore ha, in questa direzione, una discrezionalità tanto ampia da non consentire una dichiarazione di illegittimità della lacuna riscontrata. Innanzitutto, il richiamo alla discrezionalità del legislatore non può non tenere conto del fatto che gli omosessuali non scelgono liberamente il regime della loro vita di coppia, dal momento che né possono accedere al matrimonio, né hanno una forma alternativa di unione riconosciuta a disposizione: la discrezionalità del legislatore è tale solo rispetto ad un ventaglio di possibili forme di tutela, non consente un apprezzamento libero della necessità di tutela.

Inoltre, in un contesto in cui il legislatore si è già dimostrato palesemente incapace di orientare l'esercizio della sua funzione nella direzione della tutela delle coppie *same sex*, una decisione di questo tenore avrebbe solo l'effetto di rimandare ad un tempo futuro ed incerto la tutela effettiva di interessi costituzionalmente rilevanti, senza realistiche prospettive di un intervento legislativo capace di articolare le scelte che sarebbero necessarie.

8.4. ...i moniti al legislatore.

Nel quadro di una sentenza di inammissibilità fondata sull'art. 28 della l.87/1953, la motivazione potrebbe comunque svolgere una funzione decisiva, enunciando chiaramente che alle spalle della discrezionalità del legislatore sta un diritto fondamentale da tutelare (diritto alla tutela della vita familiare, diritto a non subire discriminazioni a causa di condizioni personali legate all'orientamento affettivo e sessuale) e di quale portata sia⁶⁶.

equivalenti: N.PIGNATELLI, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra "istituzione" matrimoniale e funzione "familiare"*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, 243 ss.

⁶⁶ F.FIORILLO, cit., p. 6.

8.5. In conclusione (le ragioni contro l'ipotesi del rigetto)..

Non voglio ipotizzare una sentenza di rigetto: per ritenere infondata la questione la Corte dovrebbe dimenticare troppi principi costituzionali fondamentali che ha sempre mostrato di avere a cuore e di saper difendere e persino introdurre troppe discontinuità con la sua giurisprudenza.

Le posizioni soggettive che aspirano, nei casi dei quali ci stiamo occupando, al riconoscimento di una tutela costituzionalmente fondata, si riallacciano a situazioni già riconosciute, nel tempo, dalla giurisprudenza costituzionale. Così è per il valore dell'uguale dignità delle persone e per il valore dell'identità personale sessuale: quanto già riconosciuto dalla sent. 161/1985⁶⁷ e dalla sent. 561/1987⁶⁸ si sviluppa idealmente in un diritto a vedere riconosciuta la propria caratterizzazione sessuale ed a vedere realizzato il diritto all'identità sessuale come aspetto relazionale e fattore di svolgimento della personalità⁶⁹.

Né credo che la Corte possa plausibilmente ripercorrere a ritroso la strada che l'ha portata a superare ogni fondazione tradizionalistica del matrimonio a favore della concezione ugualitaria e proiettiva (antisubordinazione di genere) –come ha fatto dalla sent. del 1961 a quella del 1968 in tema di adulterio della moglie- o riscoprire una qualche fondazione giusnaturalistica o metagiuridica del matrimonio.

E neppure che voglia contraddire la giurisprudenza che ha sin qui operato la distinzione tra matrimonio e unione di fatto proprio per l'assenza di stabilità e formalizzazione della seconda (da ultimo ancora nella 86/2009): ma da questa distinzione discende che lo stesso dato normativo che offre ai soggetti eterosessuali la possibilità di una scelta, di una libera opzione tra lo *status* coniugale –con tutti i suoi vincoli ed i suoi privilegi- penalizza i soggetti omosessuali, condannando le loro unioni alla irrilevanza giuridica e alla marginalità sociale.

Ma soprattutto (con l'ottimismo della volontà), voglio confidare sul fatto che la Corte non rinunci a quella sensibilità che ha mostrato in passato, e proprio su temi relativi alla famiglia⁷⁰, e che le ha

⁶⁷ La sentenza, comunque, a proposito di transessuali parla di “concetto di identità sessuale nuovo e diverso rispetto al passato” che attribuisce rilievo “anche ad elementi di carattere psicologico e sociale” e di una “concezione del sesso come dato complesso della personalità determinato da un insieme di fattori, dei quali deve essere agevolato o ricercato l'equilibrio, privilegiando - poiché la differenza tra i due sessi non é qualitativa, ma quantitativa - il o i fattori dominanti”: con affermazioni che hanno una portata di principio, che va oltre il riferimento al transessualismo come una patologia, anche se curabile; inoltre riconosce “il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità” che “correlativamente” gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscere “per dovere di solidarietà sociale”.

⁶⁸ Riconoscendo la sessualità come uno dei modi essenziali di espressione della persona umana, configura il diritto di disporne liberamente come diritto soggettivo assoluto e lo inquadra tra i diritti inviolabili della persona umana tutelati dall'art. 2 cost.

⁶⁹ M.DOGLIOTTI, *La Corte Costituzionale riconosce il diritto all'indennità sessuale*, in *Giur. it.*, 1987, I, 243.

⁷⁰ Il riferimento è, in particolare, alle pronunce sulla disciplina del transessualismo (161/1985) e sul riconoscimento dei figli nati da rapporti incestuosi (494/2002): nella prima la Corte non solo ha sottolineato le funzioni antidiscriminatorie e antisubordinazione della legge 164/1982 (che “offre ai transessuali una normativa che consenta l'affermazione della loro personalità e li aiuti a superare l'isolamento, l'ostilità e l'umiliazione che troppo spesso li accompagnano nella loro

consentito di riconoscere e rendere operanti le garanzie che la costituzione repubblicana offre alle nostre multiformi esperienze *dentro il mestiere di vivere*.

esistenza, nell'alveo di una civiltà giuridica in evoluzione, sempre più attenta ai valori, di libertà e dignità, della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale”), ma ha anche rimarcato che ogni ipotetico “ordine naturale della società familiare” sarebbe stato sconvolto “non dalla rettificazione anagrafica del mutamento di sesso e neppure dalla sentenza che lo riconosce, ma dalla sindrome transessuale da cui è affetto il soggetto interessato”, assegnando, con grande attenzione, al diritto di occuparsi ragionevolmente della vita quale essa è, non di forzarla entro i binari di modelli astratti; nella seconda, ha chiaramente collegato il valore della famiglia come formazione sociale al fine ad essa assegnato, di permettere e anzi promuovere lo svolgimento della personalità degli esseri umani; inoltre, negando recisamente che l'ingresso di figli naturali in un rapporto coniugale e in una vita familiare legittima costituisca di per sé una violazione di diritti, ha riassunto tutta la complessità e la drammaticità di un simile evento parlando di “un incerto del mestiere di vivere”, che evoca in modo disarmante la fragilità della condizione umana, non coercibile da concezioni istituzionalistiche della famiglia nemiche delle persone e dei loro diritti