

APPUNTI SULLA FAMIGLIA NATURALE E IL PRINCIPIO DI EGUALIANZA

(A proposito della questione omosessuale)

di *Marco Gattuso* **

La vulgata per cui nel nostro paese la tutela delle unioni omosessuali sarebbe interdetta dalla Costituzione, che garantisce la famiglia come società naturale, è priva di fondamento giuridico. Un'attenta analisi approda semmai a conclusioni di segno opposto.

1. Premessa

Con le riforme in Spagna e Regno Unito del 2005 e 2006, il matrimonio tra persone dello stesso sesso o un istituto giuridico analogo sono stati introdotti praticamente in quasi tutta Europa. Alcuni paesi hanno rimosso *tout court* il divieto di sposare una persona dello stesso sesso (così Spagna, Olanda, Belgio), altri hanno previsto un nuovo istituto riservato alle unioni omosessuali che, pur con diversa denominazione (in Germania *Lebenspartnerschaft*, nel Regno Unito *registered partnership*, in Svizzera *unione domestica registrata*), costituisce una sorta di matrimonio. In taluni casi è stata prevista una specifica disciplina analoga al matrimonio sino a riconoscere, come nella legge tedesca, la possibilità di scegliere un cognome comune; altrove si è utilizzata invece la tecnica del mero rinvio a tutta la normativa sul matrimonio (Danimarca, Svezia, Norvegia, Finlandia, Islanda), fatte salve talvolta le disposizioni inerenti la potestà sui figli e l'adozione.

* Articolo pubblicato su *Questione Giustizia* n. 2, 2007.

Tra i paesi che non hanno ancora introdotto il matrimonio o istituti prettamente paramatrimoniali, molti hanno comunque previsto forme di registrazione pubblica delle famiglie di fatto, comprendendo in tale nozione anche le unioni omosessuali, come ad es. la Francia (con i cd. *Pacs*), il Lussemburgo, la Repubblica Ceca¹.

Da noi il confronto appare invece straordinariamente involuto, ancora attardato sull'opportunità di concedere o meno una qualche forma di pubblico riconoscimento a tali unioni. Nel corso dell'elaborazione del programma del centrosinistra e successivamente con la vicenda dei DICO, la discussione si è incredibilmente incagliata sulla distinzione tra tutela dei diritti delle persone o dei diritti della coppia, riecheggiando una tendenza all'ipostatizzazione della famiglia, elevata a soggetto pubblico che trascende i suoi componenti, che in ambito giuridico era stata superata da lungo tempo². È infatti assodato che il matrimonio è uno strumento diretto a proteggere i singoli membri del nucleo familiare, e in particolare quelli più bisognosi di tutela, mentre in ipotesi di strumenti giuridici alternativi una qualche forma di registrazione della coppia è comunque opportuna per evitare defatiganti oneri probatori della convivenza e della sua durata e per consentirne l'opponibilità ai terzi.

Nel dibattito italiano si registra inoltre una certa confusione fra tre diverse questioni: la necessità di tutelare i componenti più deboli *nelle famiglie di fatto* (su cui da tempo si è mossa la giurisprudenza, anche costituzionale), l'esigenza di consentire la libertà di scegliere *tra più istituti giuridici che regolino i vincoli affettivi* (ove è necessario l'intervento del legislatore non potendosi creare un nuovo istituto per via

¹ In Europa occidentale restano invece totalmente privi di tutela soltanto quattro paesi: Austria, Irlanda (in entrambi sono però stati avviati progetti di legge), Grecia e Italia. Il Portogallo contempla una disciplina delle convivenze di fatto, senza distinzione di genere. Tra i paesi ex-comunisti la Repubblica Ceca riconosce pubblicamente le coppie dello stesso sesso, mentre in Ungheria, Slovenia e Croazia sono tutelate le coppie di fatto anche gay. Per un'accurata rassegna dello stato dell'arte in tutto il mondo vds. Matteo Bonini Baraldi, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Ipsoa, Milano, 2005.

² Erano le tesi di Antonio Cicu, che ebbero vasta eco in epoca fascista.

giurisprudenziale) e la necessità di assicurare l'effettività del principio di eguaglianza per le persone omosessuali (rispetto alla quale, come vedremo, sono intervenute già molte Corti costituzionali occidentali e vi è spazio per una forte elaborazione giurisprudenziale).

La sovrapposizione tra diverse esigenze di tutela ha prodotto infine il disegno di legge sui cd. DICO, che omette(va?) persino di distinguere tra mere coabitazioni e convivenze *more uxorio*³.

Ciò che ha comunque colpito di più nel dibattito italiano, non è tanto la confusione tra piani eterogenei, quanto il costante richiamo alla Costituzione al fine di negare una risposta a tali diverse domande di tutela.

Si è sostenuto in primo luogo che la formula «famiglia fondata sul matrimonio» varrebbe a precludere ogni istituto giuridico alternativo (sprezzantemente chiamato «matrimonio di serie B»). Eppure, la Corte costituzionale ha escluso da tempo che la posizione privilegiata per la famiglia legittima precluda la salvaguardia, per via interpretativa o di innovazione legislativa, anche delle famiglie fuori dal matrimonio. La Corte con la nota sentenza n. 237 del 1986 ha superato il napoleonico atteggiamento di indifferenza («*les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux*») e ha affermato per contro l'opportunità costituzionale di un intervento legislativo, rilevando che «un consolidato rapporto ancorché di fatto non appare – anche a sommaria indagine – costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti manifestazioni solidaristiche (art. 2 Cost.)». Il *favor* costituzionale per la

³ La stessa confusione caratterizzava anche i *Pacs* in Francia ma il *Conseil Constitutionnel* nella sentenza che ne ha riconosciuta la legittimità ha sottolineato la necessità del presupposto dell'*affectio coniugalis*, solo requisito che giustifica l'introduzione del nuovo istituto poiché non si spiegherebbero altrimenti le cause di nullità che riprendono gli impedimenti al matrimonio - e che, per inciso, sono previste anche nel progetto di legge sui DICO (decisione del 9 novembre 1999, n. 419). Dopo l'intervento del *Conseil*, la nuova figura «secondo la maggioranza degli autori è stata decisamente ricondotta alla vita di coppia portando in primo piano l'elemento dell'unione sessuale e marginalizzando l'elemento contrattuale» (Timmoteo, *Le pacte civil de solidarité: mariage bis ou contrat?*, in *Contratto e impresa/ Europa*, 2001, 683).

famiglia matrimoniale se per un verso esclude che il legislatore possa privare di tutela giuridica la famiglia fondata sul matrimonio, per altro verso sotto il profilo logico non implica in alcun modo che il legislatore debba omettere di tutelare anche le altre formazioni⁴.

In secondo luogo, nelle discussioni di questi mesi si è fatto costante richiamo alla Costituzione anche per escludere categoricamente l'estensione del matrimonio ai cittadini omosessuali. Secondo un'opinione tanto diffusa quanto infondata, la rimozione del divieto per i cittadini omosessuali di sposarsi sarebbe preclusa infatti proprio dalla Carta Costituzionale, segnatamente dall'art. 29 nella parte in cui si riferisce alla famiglia «come *società naturale*».

2. Una storia che si ripete

In realtà, l'idea che norme di evidente derivazione sociale siano da attribuire alla natura delle cose o a un superiore disegno divino è antica quanto l'umanità. Ancora nel 1966 a proposito del divieto di matrimoni interrazziali, in *Loving v. Virginia*, i giudici della Corte superiore della Virginia scrivevano «il Signore onnipotente creò le razze bianca, nera, gialla, malese e rossa e le dispose nei diversi continenti (...); il fatto che separò le razze mostra che non voleva che si mescolassero»⁵. Anche nel dibattito in Assemblea costituente echeggiò «la legge armonica

⁴ Ad analoghe conclusioni giungono anche le altre Corti europee: la lunga e accuratissima sentenza del *Conseil constitutionnel*, pur dedicando oltre trenta pagine a una dettagliata analisi di tutte le eccezioni di incostituzionalità, riserva al paragrafo sull'eccezione di «*atteinte au mariage républicain*» – l'argomento che più ha agitato la polemica politica in Francia, la *core issue* anche in Italia! – nulla più che due righe: «le disposizioni relative al Pacs non concernono alcuna delle regole relative al matrimonio, per cui l'eccezione di violazione di queste regole manca di consistenza». Anche il *Bundesverfassungsgericht* nella sentenza che ha dichiarato legittima la *Lebenspartnerschaft* chiarisce che il «particolare favore» assicurato dalla legge fondamentale «privilegia il matrimonio attraverso una speciale protezione costituzionale che è riservata solo a tale istituto e che obbliga il legislatore a promuoverlo con mezzi adeguati, ma senza che sia possibile derivare da ciò un obbligo a sottovalutare altri modi di vita» (BVG, sentenza 17 luglio 2002).

dell'universo intesa a determinare secondo un criterio naturale la supremazia del marito sulla moglie»⁶ e, dopo la promulgazione della Costituzione, dottrina e giurisprudenza continuarono a lungo a invocare la *natura* al fine di conservare quanto al tempo pareva naturale ai più: che dovesse comandare il marito e che il matrimonio fosse indissolubile⁷.

La migliore dottrina affrontò allora con grande rigore le questioni poste da una norma che traeva una certa ambiguità dall'essere il frutto di un compromesso tra il testo proposto da parte cattolica e quello propugnato da parte comunista, e, come noto, giunse alla conclusione che il senso della locuzione «società naturale» non potesse essere ravvisato nell'esigenza di fotografare una volta per tutte la famiglia in un quadro pietrificato. Già nell'*incipit* della voce «Famiglia» dell'*Enciclopedia Italiana*, Pietro Rescigno affermava che «l'indole di società naturale non significa il rinvio a valutazioni estranee al diritto positivo, da ricavare da una forma storica di diritto naturale». Anche nella voce «Famiglia» del 1967 dell'*Enciclopedia del Diritto*, Pietro Barcellona rileva che «nonostante l'apparente contraria indicazione (...) il termine naturale adoperato dall'art. 29 (...) deve più esattamente intendersi come equivalente di sociale e non già nel senso di società fondata sul *diritto naturale*»⁸.

⁵ Decisione ribaltata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti con la sentenza del 12 giugno 1967 per la quale «la libertà di sposarsi è riconosciuta da tempo come uno dei diritti personali essenziali per la ricerca della felicità».

⁶ Cesario Rodi in *Atti dell'Assemblea Costituente*, 2958-2959.

⁷ Nelle intenzioni della Democrazia cristiana l'art. 29 era propriamente diretto a costituzionalizzare il divieto di divorziare, tant'è che la formula proposta dalla Commissione scandiva: «società naturale fondata sul matrimonio *indissolubile*». Dopo l'approvazione dell'emendamento soppressivo del principio di indissolubilità (con votazione tormentatissima, a scrutinio segreto e per soli tre voti!), l'articolo restò monco e perciò apparve a molti ormai privo di funzione. Nel suo intervento Calamandrei ebbe ad affermare che il mantenimento del testo residuo configurava ormai «un gravissimo errore che rimarrà nel testo della nostra Costituzione come un'ingenuità (...); parlare di una società naturale che sorge dal matrimonio, cioè in sostanza un istituto giuridico, è per me una contraddizione in termini», Piero Calamandrei, *Atti dell'Assemblea Costituente*, 2982-4.

⁸ P. Rescigno, voce «Famiglia», in *Enciclopedia italiana*, 3; P. Barcellona, voce «Famiglia (*dir. Civ.*)», in *Enc. Dir.*, vol. XVI, Milano 1967, 779; F. Galgano, *Diritto*

Francesco Galgano, nel suo manuale di diritto privato del 1981, rileva che «società naturale non significa immutabilità della regolazione normativa: questa può mutare con il mutare del costume sociale, con l'evolversi delle concezioni della famiglia e dei rapporti fra i suoi membri». È dunque ormai da tempo opinione comune che la Costituzione pone una norma in bianco⁹ che rimanda al costume e alla coscienza sociale, imponendo al legislatore di rispettarne il naturale svolgimento e, nelle parole di Galgano, «l'evoluzione del costume è in questa materia così rapida da farci apparire addirittura "barbariche" norme vigenti fino alla riforma del 1975».

privato, Cedam, Padova, 1981, 732.

⁹ È questa la definizione usata da Mancini nel 1963: «il legislatore costituzionale ha posto una norma in bianco rinviando alla concezione della famiglia del momento storico in cui la norma dell'art. 29 è destinata ad operare» (Mancini, in *Riv. Diritto Civile*, 1963, 223, cit. in M. Bessone, *Rapporti etico-sociali: art. 29*, in *Commentario della Costituzione*, Roma 1977, 4-36, nota 6). Nella voce ora richiamata, dedicata all'art. 29 della Costituzione, M. Bessone, criticando la nozione di famiglia quale soggetto pubblico di diritto sottolineava che «l'interpretazione giusnaturalista del primo comma dell'articolo in esame non ha consistenza giuridica» e «non si può che imputare ad una ideologia politica di genere integralista», atteso che la Costituzione, interpretata nel suo complesso, si segnala per «un progetto di contestuale evoluzione verso un nuovo modello di famiglia, ordinato sul principio di libertà d'espressione e di tutela dei valori della persona» e in questo senso «una concezione laica e non autoritaria dell'universo familiare e il primato della persona sono l'autentica ideologia delle norme costituzionali». Per M. Bianca «la formula costituzionale è stata criticata perché essa richiamerebbe una nozione giusnaturalistica della famiglia, la quale è invece un fenomeno mutevole e storicamente condizionato. Il condizionamento storico della famiglia e la sua evoluzione nel mutamento dei costumi sociali sono innegabili. L'evolversi del fenomeno familiare non tocca tuttavia la realtà di un'esigenza fondamentale dell'uomo e cioè quella di realizzarsi nella comunità familiare. L'uomo non ha semplicemente istinti sessuali ma anche e soprattutto il bisogno essenziale di realizzarsi nella famiglia, quale prima forma di convivenza umana» (Bianca, *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 2005, 14). La dottrina più recente avverte come in materia di famiglia sia «indispensabile liberare il pensiero da qualsiasi pregiudiziale nozione si possa cogliere o avere di essa, quasi che se ne possa prefigurare una forma ideale ed eterna»: Francesco Ruscello, *Dal patriarcato al rapporto omosessuale. Dove va la famiglia?*, *Rassegna di Diritto Civile*, 2002, 697. Ovviamente, il rinvio all'evoluzione sociale dei rapporti familiari implica che quel che viene prodotto dalla società sul piano dei rapporti familiari sia vagliato tenendo conto di tutte le norme della Costituzione: la famiglia poligamica e l'asimmetria che la caratterizza nei diritti e nei doveri tra i contraenti dovrà allora essere valutata avendo riguardo alla sua compatibilità con il principio di eguaglianza tra i coniugi.

Si è fatta infine strada in dottrina una concezione cd. *psicologica* della locuzione «naturale», in riferimento all'innata esigenza umana di tessere stabili relazioni affettive ove svolgere la propria personalità¹⁰: la Costituzione ha consentito in passato e consente adesso l'evoluzione storica dei rapporti familiari, perché ha inteso tutelare gli individui nella sfera personalissima dei loro naturali desideri di affetto e reciproca solidarietà.

Quale che sia l'interpretazione privilegiata, nel dato contenuto nell'art. 29 si deve comunque individuare l'espressione dell'esigenza, fortemente avvertita dal Costituente, di prevenire limitazioni o strumentalizzazioni indotte autoritativamente a fini ideologici, come era accaduto in epoca fascista o nei regimi comunisti¹¹. In tal senso Sandulli sottolinea come l'art. 29 imponga la salvaguardia «di una sfera nell'ambito della quale l'ordinamento statuale si asterrà dal penetrare, rispettoso dei valori e dei sentimenti individuali»¹².

3. La famiglia omosessuale: una realtà sociale

Dall'ultima e più approfondita indagine sociologica, promossa da Maurizio Barbagli e Asher Colombo nel 2002, risulta che «anche in Italia, come in molti altri paesi occidentali, vi sono stati negli ultimi quindici anni profondi cambiamenti nella popolazione che si definisce

¹⁰ In questo senso vds. R. Bin, *La famiglia alla radice di un ossimoro*, *Studium Iuris*, 10, 2000, 1066 ss.

¹¹ Contro la convinzione diffusa tra i comunisti e gli azionisti dell'inutilità di un riferimento costituzionale ai diritti della famiglia, il democristiano Corsanego, relatore di maggioranza, sottolineò l'importanza di una normativa costituzionale contro le ingerenze autoritarie già patite dalla libertà matrimoniale durante il fascismo: «il legislatore approfittando del silenzio dello Statuto Albertino in ordine alla famiglia, ha potuto dettare una serie di norme che violavano la libertà della famiglia. Ha fatto obbligo a talune classi di individui di sposarsi (...) ha fatto divieto ad altri individui, per esempio gli ebrei, di sposarsi in terra italiana, ha stabilito divieti di nozze con stranieri ed ha ordinato nel codice civile l'educazione fascista dei figli» (*Atti dell'Assemblea Costituente*, 3227).

¹² A. M. Sandulli, *Rapporti etico sociali, art. 29*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian - G. Oppo - A. Trabucchi, Cedam, Padova, 1992, 9.

omosessuale, che vive sempre più frequentemente in coppie con un forte legame affettivo». La grandissima maggioranza degli omosessuali italiani cerca un rapporto di coppia stabile e, a seconda delle fasce d'età, dal 40 al 49 per cento dei gay e dal 58 al 70 per cento delle lesbiche hanno una relazione fissa e una parte significativa di questi convive. Dallo studio emerge che «a dispetto delle norme giuridiche, i rapporti patrimoniali delle coppie omosessuali non sono diversi da quelli delle famiglie di fatto eterosessuali», il 18 per cento degli uomini e il 32 per cento delle donne acquista insieme la casa, una parte significativa dei partner deposita le proprie entrate in un fondo comune, di solito un conto corrente cointestato. Si registra anche l'elaborazione di cd. «riti di passaggio» e poiché «il più importante di questi riti – le nozze – non è consentito agli omosessuali e può essere solo oggetto dei loro sogni, il 40 per cento dei gay e il 33 per cento delle lesbiche formalizzano con una festa o in qualche altro modo (l'invio di un annuncio) l'inizio della nuova unione (...), il 45 per cento dei gay e il 65 per cento delle lesbiche (che convivono) portano un anello o qualche altro segno della loro relazione».

Ma l'indagine sociologica segnala anche evidenti divergenze dalle unioni eterosessuali, non solo perché si registra un più accentuato «carattere simmetrico delle relazioni», con equanime distribuzione dei compiti e dei ruoli, ma anche perché la creazione delle convivenze «è molto più complessa e difficile che per gli eterosessuali» e «se in privato gli omosessuali usano gli stessi riti e gli stessi simboli degli eterosessuali, in pubblico la situazione cambia (...); quando non sono in casa meno della metà si tengono per mano, un terzo si scambia carezze e si abbraccia, solo un quinto osa baciarsi» e ciò a cagione della mancanza di rispetto o almeno di tolleranza da parte degli altri. Tale fattore di resistenza, peraltro, accentua il bisogno delle persone omosessuali, maggiore degli eterosessuali, di convivere con il partner¹³.

¹³ M. Barbagli e A. Colombo, *Omosessuali moderni*, il Mulino, Bologna, 2002.

4. L'art. 29 presuppone una nozione ontologica di famiglia come «unione tra uomo e donna»?

Nonostante sia questo il quadro costituzionale di riferimento in materia di famiglia e sia questo lo stato del naturale dispiegarsi delle relazioni umane fondate sulla cd. *affectio coniugalis*, dobbiamo registrare il grande ritorno del *refrain* della famiglia naturale. C'è da chiedersi se il *leitmotiv* della natura, già giocato invano contro le donne (ma ancora ben saldo fuori d'Europa, ad esempio nei paesi islamici) e contro le minoranze razziali e religiose, reggerà a lungo contro la richiesta di tutela giuridica da parte delle coppie omosessuali.

Questa volta si impone in particolare la vulgata per cui l'art. 29 non direbbe espressamente, ma presupporrebbe una *nozione ontologica* di «famiglia naturale come unione tra uomo e donna». In questa visione, l'eterosessualità della coppia sarebbe infatti principio tanto fondamentale e pacifico che la normativa non avrebbe mai reputato essenziale specificarlo¹⁴. Ma l'art. 29 presuppone veramente una nozione ontologica di famiglia come «unione tra uomo e donna»?

Non è il caso di dilungarsi sull'irrelevanza della presunta intenzione soggettiva dei membri dell'Assemblea costituente, poiché ovviamente l'interprete è vincolato solo dalla lettera della legge (d'altro canto sarebbe stato piuttosto singolare per i costituenti indovinare già negli anni Quaranta il radicale mutamento di paradigma scientifico, culturale e sociale che si sarebbe prodotto soltanto nei decenni successivi).

La comunità scientifica evidentemente ha poco da dire sulla nozione giuridica di famiglia, ma dal canto suo ha smontato definitivamente l'antico argomento della *naturalità* delle sole relazioni affettive tra uomo e donna, avendo portato a compimento una vera e propria

¹⁴ Sandulli scriveva, ad esempio, di «essenza ontologica del matrimonio di essere un'unione eterosessuale», seppure «la regola dell'eterosessualità del matrimonio sottesa all'art. 29» sarebbe ormai «incrinata» in conseguenza della nota legge del 1982 sulla rettificazione di sesso (Sandulli, *op. cit.*, 14) poiché la legge non prevede in caso di cambiamento di sesso l'automaticità dello scioglimento del vincolo.

rivoluzione copernicana con la posizione ufficiale dell'Organizzazione Mondiale della Sanità che ha riconosciuto l'omosessualità come una naturale «variante del comportamento sessuale umano»¹⁵. Si è prodotto così un radicale mutamento di paradigma scientifico che ha sottratto l'omosessualità dal novero delle condizioni patologiche o anomale, conferendole pari dignità di ogni altra condizione umana. Non deve stupire che, ciò malgrado, gli schemi concettuali antecedenti rivelino una perdurante presa psicologica in una parte dell'opinione pubblica, soprattutto per le generazioni che si sono formate sotto il loro imperio, poiché ogni mutamento impone un adeguamento del senso comune, di credenze e dello stesso contenuto semantico delle parole, come nel nostro caso con la nozione di *famiglia* (d'altra parte il «*De revolutionibus*» copernicano fu cancellato dall'Indice solo nel 1835, esattamente duecentonovantadue anni dopo la sua pubblicazione!).

Non è altresì dirimente il richiamo alla «*naturale* finalità procreativa» della famiglia poiché, com'è di palmare evidenza, l'assenza di un progetto genitoriale non impedisce mai il perfezionamento del vincolo matrimoniale. A nessuno verrebbe in mente di vietare di sposarsi alle coppie sterili, alle donne in menopausa o a chi è in punto di morte. Lì dove non ci sono figli – per scelta, per impossibilità biologica – l'ordinamento tutela parimenti la famiglia come luogo ove si esprimono sentimenti di affetto e di reciproca solidarietà personalissimi e garantisce i diritti del contraente economicamente e socialmente meno provvisto di difese. La famiglia fondata sul matrimonio ha perso peraltro da tempo il monopolio della filiazione, così che nell'ordinamento attuale accedono a pressoché pari protezione anche i figli *naturali* (... e tali si intendono non già i figli legittimi, ma proprio quelli nati fuori dal matrimonio!) e, dunque, tutela dei contraenti e tutela della prole segnano percorsi che si intrecciano, ma non sono

¹⁵ Decisione OMS del 17 maggio 1990, in vigore con la promulgazione della nuova edizione del DSM IV del 1° gennaio 1994.

sovrapponibili¹⁶. Va detto, d'altra parte, che il problema non è se lo scopo originario del matrimonio fosse o meno la riproduzione della specie, ciò che è senz'altro, ma se il riconoscimento pubblico delle coppie omosessuali sia idoneo in qualche modo a impedire o a rendere più gravosa tale funzione, ciò che senz'altro non è.

Non ha infine alcuna consistenza logica, prima che giuridica, neanche il richiamo più in generale alla *tradizione*. Lasciamo correre il riferimento a radicate concezioni religiose del matrimonio, per le quali ovviamente non si può che ribadire ancora una volta, come fu già chiarito in occasione del divorzio, che negli ordinamenti occidentali le norme religiose hanno necessariamente a oggetto il matrimonio come sacramento religioso e non l'istituto giuridico civile valevole *erga omnes* e sono pertanto eticamente vincolanti solo per quanti aderiscono a una particolare fede. Se ci riferiamo invece più in generale alla connotazione tradizionale del termine «matrimonio», pur tralasciando alcune gustose, ma sicuramente non significative, eccezioni (tra il IV ed il XII secolo si trovano, specialmente in Oriente, oltre cento formule cerimoniali utilizzate dalla Chiesa per benedire le unioni di coppie dello stesso sesso¹⁷), bisogna rilevare come alla richiesta di modificare tale tradizione giuridica perché contrastante con il principio di eguaglianza sancito dalla Costituzione, si ha l'onere di addurre le specifiche ragioni che giustificerebbero la permanenza di tale esclusione e non ci si può certo appellare tautologicamente alla stessa tradizione (la Corte Suprema del Massachusetts, dichiarando incostituzionale il divieto per gli omosessuali di sposarsi, ha parlato a tale proposito di «*circular*

¹⁶ Peraltro da tempo in buona parte d'Europa i figli nati fuori dal matrimonio hanno raggiunto per numero quelli legittimi: sono il 48,4% in Francia, il 55% in Svezia, il 42,8% nel Regno Unito, complessivamente il 31,6% nei paesi Unione europea (il 17,3% in Italia; erano appena il 4,3 nel 1980): Rapporto Eurostat, 2006.

¹⁷ Vds. J. Boswell *Les union du même sexe dans l'Europe antique et médiévale*, Fayard, Paris, 1996, ripr. in D. Borillo, *Matrimonio e differenza sessuale: un'evidenza che si dissolve*, in *Globalizzazione e diritti futuri*, Manifestolibri, Roma, 2004.

reasoning»¹⁸). Potremmo dire che servire la tradizione per mero riguardo verso la stessa tradizione non rientra certamente tra gli scopi della giurisdizione: alla donna di colore che chiedeva di sedere sull'autobus dei bianchi non è valso rispondere che era sempre stato così. Facendo tesoro della tormentata storia dei diritti civili in quel paese, la Corte costituzionale del Sudafrica nella storica sentenza del 1° dicembre 2005 – con la quale ha rimosso il divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso – ricorda che «l'antichità di un pregiudizio non è una buona ragione per la sua sopravvivenza» e che «i diritti per loro natura si atrofizzano se vengono congelati: quando le condizioni umane mutano e le idee di giustizia e di equità evolvono, anche le concezioni dei diritti assumono nuova trama e significato»¹⁹.

5. Ontologia della famiglia e criteri giuridici di orientamento

Se nella ricerca di criteri interpretativi della formula contenuta nell'art. 29 muoviamo adesso verso indici rigorosamente tratti dal diritto positivo, troviamo molteplici indicatori che smentiscono l'opinione per cui sarebbe «ontologicamente presupposta» la nozione di famiglia come unione di uomo e donna.

La Carta europea dei diritti fondamentali, innanzitutto, all'art. 9 ha individuato in capo ad ogni persona *l'universale diritto a sposarsi e a formare una famiglia* – pur non imponendo formule predeterminate ai legislatori nazionali poiché il diritto è riconosciuto «secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio»²⁰. Con ciò la Carta europea ha compiuto una scelta storica poiché *proprio al fine di non escludere le coppie omosessuali* ha

¹⁸ *Goodridge v. Department of Public Health* decisione del 18 novembre 2003 n. 08860.

¹⁹ Sentenza n. 60/2004 del 1 dicembre 2005.

²⁰ La Carta europea (che pur non essendo entrata in vigore dopo il no olandese funge, come è ben noto, fin da ora da canone interpretativo del sistema) è stata richiamata dalla nostra Corte costituzionale proprio in materia di libertà matrimoniale (sentenza n. 445 del 2002).

optato, sulla spinta delle istanze dei movimenti omosessuali europei, per un'espressione («il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sono garantiti») volutamente diversa da quella contenuta nella Convenzione europea del 1950 sui diritti dell'uomo e le libertà fondamentali (art. 12: «uomini e donne in età adatta hanno diritto di sposarsi»)²¹. Va detto peraltro che il diverso tenore letterale della norma costituzionale spagnola (art. 32: «*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*») non ha impedito il prevalere dell'interpretazione secondo la quale tale norma indica i soggetti titolari del diritto a contrarre matrimonio (il diritto, cioè, deve essere riconosciuto a ogni uomo e a ogni donna), senza limitarne la facoltà di scegliere liberamente il partner.

Inoltre, il Parlamento europeo già tredici anni fa, con la risoluzione dell'8 febbraio del 1994, ha chiesto espressamente di «cercare di porre fine agli ostacoli frapposti (...) al *matrimonio di coppie omosessuali ovvero a un istituto giuridico equivalente*, garantendo pienamente diritti e vantaggi del matrimonio e consentendo la registrazione delle unioni»²².

Anche nella giurisprudenza italiana di merito si profila una nozione di *famiglia di fatto* includente le relazioni omosessuali, atteso che i giudici italiani in più occasioni hanno ritenuto di estendere le, scarse, forme di tutela della famiglia di fatto eterosessuale alle unioni

²¹ La Corte europea di Strasburgo ha sempre riferito l'art. 12 CEDU alla famiglia eterosessuale ed è stata incline a comprendere la tutela delle coppie omosessuali nel principio del rispetto della vita privata (art. 8), piuttosto che nel rispetto della vita familiare e anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia è stata restia a estendere al convivente dello stesso sesso i benefici previsti anche per il convivente eterosessuale, ma la dottrina ha osservato che «rispetto a questi moduli interpretativi la carta di Nizza compie un ulteriore passo (...) cade il riferimento alla diversità di sesso degli sposi contenuto nell'art. 12 della Convenzione europea ed in tal modo si apre la via al riconoscimento delle coppie omosessuali e dello stesso matrimonio tra omosessuali» (cfr. G. Ferrando, *Gli interventi della Corte Europea dei diritti dell'uomo in materia di famiglia e il loro rilievo per la disciplina interna: gli artt. 8 e 12 della Convenzione*, p. 6, in *Atti dell'incontro di studi organizzato dal CSM*, Roma 25 gennaio 2005).

²² Tale impostazione è stata sostanzialmente confermata con le successive risoluzioni del 16 marzo 2000 e del 18 gennaio 2006.

omosessuali, sulla base della elementare constatazione dell'identità delle situazioni di fatto e della *eadem ratio* di tutela²³.

In seguito alle riforme attuate in tutta Europa in ottemperanza alle risoluzioni del Parlamento europeo, deve prendersi atto che ormai si delinea nel diritto di *nazioni ad affine civiltà giuridica* alla nostra, una nozione di relazioni familiari che include le coppie omosessuali. Tant'è che la CIEC (Commissione Internazionale Stato Civile) ha allo studio una convenzione che prevede il rilascio di certificati di stato libero, che comprenderebbe sia il rapporto di coniugio che di *partnership* registrata²⁴. Non pare, allora, che nell'interpretazione di un termine contenuto in una norma giuridica possa essere consentito di dare per *presupposto* e *incontrovertibile* un dato che è oggi oggetto di radicale e intenso ripensamento per una larga parte della popolazione del nostro paese, è messo indirettamente in discussione dalla nostra stessa giurisprudenza, è respinto dalle Corti costituzionali di Stati come il Canada, il Sudafrica, il Massachusetts, è superato in ordinamenti a noi vicini, non collima con le scelte della stessa Carta fondamentale europea e con le risoluzioni dello stesso parlamento europeo...²⁵

²³ Cfr. sentenza Tribunale Roma 20 novembre 1982 n. 13445 ai fini della sublocazione di immobile; Tribunale Firenze 11 agosto 1986 per il riconoscimento della qualifica di obbligazione naturale alle donazioni tra conviventi; Corte assise Torino 19 novembre 1993 sul diritto d'astenersi dal testimoniare contro il partner.

²⁴ Come si apprende in Calò, *Dalla famiglia di fatto al piccolo matrimonio: un diritto comunitario della famiglia?*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2000, 667.

²⁵ A questa conclusione sembra essere giunta di recente anche la giurisprudenza italiana, con la decisione della Corte d'appello di Roma del 13 luglio 2006 in relazione alla richiesta di due cittadini italiani, entrambi maschi, di riconoscere il loro matrimonio contratto in Olanda. La Corte ha riconosciuto che «la Costituzione non costituisce di per sé ostacolo alla ricezione in ambito giuridico di nuove figure alle quali sia la società ad attribuire il senso ed il valore della esperienza "famiglia"», e dunque non impedirebbe di rimuovere anche in Italia il divieto per gli omosessuali di sposarsi. Ad avviso della Corte, però, non spetta ai giudici, ma «competere al legislatore dare attuazione, nelle forme che risulteranno conformi alla volontà parlamentare (...), alle raccomandazioni che sul tema il Parlamento Europeo ha rivolto agli Stati membri sin dalla risoluzione dell'8 febbraio 1994» (decreto della Corte d'appello di Roma del 6 giugno-13 luglio 2006, in *Guida al Diritto*, n. 35 del 2006).

6. Verso la tutela costituzionale di tutte le famiglie

Il paradosso del riferimento all'art. 29 in questa materia pare dunque disvelarsi: una norma creata *per garantire l'inviolabilità di tale sfera personalissima* dall'interventismo statale viene richiamata proprio *per imporre un concezione ideologica* scollata dalle scelte di cura, di affetto, di reciproca solidarietà di milioni di cittadini (secondo l'OMS, la popolazione omosessuale rappresenta circa il 5% dell'insieme).

In una certa misura al lungo elenco di diritti mancati²⁶, già da tempo posti all'attenzione dell'opinione pubblica, è possibile fare fronte con interpretazioni evolutive in materia di convivenze di fatto o con normative *ad hoc* sulla registrazione pubblica delle unioni (sul modello francese dei cd. *Pacs*). Va detto però che tali riforme non sono in

²⁶ Impossibilità di far valere il diritto di visitare il partner in ospedale, di intervenire nelle scelte mediche in caso di incoscienza, di partecipare alle decisioni relative alle esequie; deroga ai principi successori; ridotta tutela nel subentro nei contratti di locazione; impossibilità di accedere alla pensione di reversibilità; preclusione al riavvicinamento al nucleo familiare nella casistica giuslavoristica, al ricongiungimento con il partner straniero, alla partecipazione agli utili nell'impresa familiare; impedimento, in caso di rottura del vincolo, di tutela per il coniuge debole nei confronti del più forte; negazione di ogni tutela ai figli di uno dei partner, nonostante relazioni a tutti gli effetti genitoriali sul piano dell'affidamento e dei rapporti di fatto. Su tale ultima questione, della tutela del minore, si pensi soltanto alle conseguenze della morte del genitore naturale: il minore viene strappato alle cure dell'altra figura genitoriale, con la quale ha magari convissuto sin dalla nascita, ma che gli è giuridicamente totalmente estraneo. Il pregiudizio nei confronti della coppia omosessuale finisce tragicamente per ripercuotersi sul minore e difatti una parte delle legislazioni straniere, ad es. da ultimo la tedesca, prevedono adesso la possibilità per il partner di adottare il figlio naturale del convivente. Mentre non è in discussione il diritto del genitore omosessuale di allevare i propri figli (confermato dalla Corte europea di Strasburgo con decisione del 21 dicembre 1999 che ha sancito l'illegittimità del diniego di affidare il figlio al genitore in ragione del suo orientamento sessuale), esula invece dall'argomento *de quo* la diversa questione della possibilità per le coppie omosessuali di adottare congiuntamente un minore. Si tratta di tema attinente alla normativa sull'adozione e non al diritto a contrarre matrimonio, tant'è che una parte dei paesi che hanno esteso istituti paramatrimoniali agli omosessuali non ha per ciò solo introdotto l'adozione di minori.

grado di superare il principio di discriminazione che informa attualmente la materia (per esempio, solo con il matrimonio o istituto analogo si può sensatamente configurare il diritto a ereditare con successione necessaria) e ciò giacché prevedono una regolamentazione identica per situazioni incommensurabili, quella della coppia eterosessuale che *decide* di non sposarsi e quella della coppia omosessuale cui è *vietato* sposarsi. L'idea di risolvere la questione omosessuale con nuovi istituti giuridici ripropone ancora una volta l'inadeguatezza dell'obsoleta dottrina giuridica del *separate but equal*, patrocinata dalla Corte Suprema americana nel 1886 in *Plessy v. Ferguson* per giustificare la segregazione giuridica tra le razze²⁷. Resta cioè impregiudicata la questione di fondo che è questione di principio: sussiste nel sistema giuridico contemporaneo l'esclusione di una parte della popolazione dall'accesso a un istituto giuridico fondamentale – il matrimonio – e *non è dato ravvisare alcuna coerente ragione giuridica di tale discriminazione*²⁸.

Paradossalmente, il giudice della Corte Suprema americana Antony Scalia, universalmente noto per il suo

²⁷ La Corte diede torto a Homer Plessy, un afroamericano (dicono le cronache «di pelle quasi bianca») tratto in arresto perché rifiutò di scendere dal vagone riservato ai bianchi e di seguire l'invito ad accomodarsi nell'analoga carrozza per neri.

²⁸ Rispetto all'argomento, così abusato nella polemica politica, per cui la rimozione del divieto di sposarsi o l'introduzione di istituti giuridici a tutela delle coppie omosessuali configura un «attacco alla famiglia» eterosessuale o addirittura la «svilisce», con un opaco riferimento alla superiorità dell'originaria matrice eterosessuale della famiglia, valga soltanto ricordare i seguenti dati: in Gran Bretagna, Olanda e paesi scandinavi – paesi che hanno introdotto figure di *matrimonio gay* – si hanno i tassi di natalità più alti d'Europa (l'Italia ha toccato nella seconda metà degli anni Ottanta i livelli più bassi del mondo – sotto l'1,4 – e attualmente è ancora a tale livello nonostante una moderata ripresa – 1,33 nel 2004) e ancora la Germania e l'Olanda evidenziano i tassi di abortività più bassi del continente (5,9 la Germania e 5,1 l'Olanda) a fronte del cupo 13,5 italiano. Il numero di matrimoni celebrati in Italia appare inoltre in continuo declino, con un tasso di nuzialità sceso sotto la media dei paesi dell'Europa occidentale, a riprova che altre sono le politiche efficacemente dirette a tutelare la famiglia e la filiazione (dati tratti da Eurostat, 25 ottobre 2005; da A. Golini, *Tendenze demografiche e politiche delle nascite*, il Mulino, Bologna, 1994; da A. Rosina, *L'Italia che invecchia e la sindrome di Dorian Gray*, il Mulino, 2006, 203).

straordinario acume giuridico non meno che per il suo fiero conservatorismo, nella sua motivazione contraria all'abolizione del delitto di sodomia (!), sancita dalla Corte Suprema in *Lawrence v. Texas* nel 2003, centra perfettamente la questione: secondo Scalia la Corte erra quando ritiene che decretare la liceità delle attività sessuali tra persone dello stesso sesso non porterà con sé il conseguente riconoscimento dei matrimoni omosessuali: «non credetelo (...), che giustificazioni saranno mai possibili per negare i benefici del matrimonio a coppie omosessuali che esercitino ciò che la Corte ha definito una "libertà protetta dalla Costituzione"?»²⁹.

Le Corti americane hanno in gran parte negato la rimozione del *marriage ban* poiché hanno rifiutato tenacemente di ricondurre la questione all'universale «diritto di sposarsi»³⁰, limitandosi a rilevare che tra i diritti *deeply rooted in the Nation's history and tradition*, tutelati dalla Costituzione americana, non sarebbe incluso il «diritto di sposare una persona dello stesso sesso» (analogamente Antony Scalia, rifiutando di ricondurre il tema del delitto di sodomia alla *libertà sessuale*, rileva l'inesistenza nella stessa Costituzione di un... «*right to sodomy*»!). Per conseguenza, la competenza ad introdurre *nuovi diritti* viene rimandata alle scelte del Legislatore.

La questione è mal posta, mentre è semmai di particolare interesse per l'interprete italiano la citata pronuncia dei giudici di Johannesburg che hanno richiamato argomenti tratti da una concezione universalistica dei diritti, e nella specie dalla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948 (art. 16 sull'universale diritto di sposarsi)³¹. È indubbio infatti che il *diritto a sposarsi*, se viene inteso come diritto alla *libertà*

²⁹ Corte Suprema americana *Lawrence v. Texas*, 2003, *dissenting opinion* del giudice Antony Scalia.

³⁰ I giudici americani come si sa sono poco propensi a utilizzare il diritto sovranazionale., cfr. sul punto V. Onida, *I diritti umani in una comunità internazionale*, il Mulino, 2006, 411.

³¹ La Corte non ha fatto leva sulla stessa Carta costituzionale sudafricana che pure contiene un esplicito divieto di discriminazione per le persone omosessuali (come l'art. 13 del Trattato di Amsterdam e l'art. 21 della Carta di Nizza).

matrimoniale, rientra nel novero dei diritti fondamentali. Se l'ordinamento prevede un istituto denominato matrimonio si deve necessariamente affermare il diritto a scegliere liberamente la persona che si vuole sposare (sarebbe ad esempio illegittima una norma che conferisse al genitore la facoltà di scegliere lo sposo della figlia; sono illegittimi i divieti di matrimoni interreligiosi o interrazziali). Così nella citata sentenza della Corte Suprema del Massachusetts che ha rimosso il divieto di matrimonio per le persone omosessuali, i giudici affermano che «il diritto di contrarre matrimonio significa ben poco se non include il diritto a sposare la persona di propria scelta»³². In senso analogo si è espressa anche la Alaska Superior Court affermando che «la questione rilevante non è se il matrimonio fra le persone dello stesso sesso sia tanto radicato nelle nostre tradizioni da essere un diritto fondamentale, ma se la libertà di scegliere il proprio *life partner* sia tanto radicata nelle nostre tradizioni»³³.

Dell'ineluttabilità dei processi in corso negli ordinamenti costituzionali occidentali, che vedono al centro del sistema il principio di eguaglianza formale e la dignità della persona, sono d'altra parte ormai coscienti anche i settori più ostili al matrimonio omosessuale, che si sono visti costretti negli Stati Uniti a promuovere un'improbabile modifica della stessa Costituzione americana, con la proposta di introdurre il *principio di sola eterosessualità* del matrimonio³⁴. Nei confronti degli omosessuali, come un tempo per le donne, le persone di colore, gli ebrei, è in questione la rimozione di una secolare discriminazione nell'accesso ad un diritto universale e non l'apertura ad inediti «nuovi diritti». Il riconoscimento dell'eguaglianza formale infatti non è l'approdo di una doverosa battaglia per la pari dignità umana, *ma ne è semmai una mera precondizione*. E non è di certo ininfluenza che anche nella

³² *Goodridge v. Department of Public Health*, citata.

³³ Alaska Superior Court, *Brause v. Bureau of vital statistic*, 27 febbraio 1998, decisione 3AN956562C1.

³⁴ Tale emendamento è stato avanzato a dire il vero senza alcuna possibilità di successo essendo richiesta la maggioranza qualificata dei due terzi del Congresso. Emendamenti analoghi sono stati approvati invece, oltre che da numerosi Stati degli USA, soltanto dalla Lituania e dall'Uganda.

direttiva contro la discriminazione n. 78 del 27 novembre 2000 dell'Unione Europea l'antisemitismo e l'omofobia siano stigmatizzati congiuntamente³⁵. Dopo la *shoah*, dove la politica e le sue convenienze *non possunt*, è allora sobriamente al principio di eguaglianza formale che bisognerebbe tornare, consapevoli che, come ricorda Giuliano Amato in un recente articolo, sul principio di eguaglianza formale «e non su altro, si fonda la nozione di cittadinanza su cui abbiamo costruito l'Europa moderna e contemporanea»³⁶.

**** Giudice, Tribunale Reggio Emilia**

³⁵ L'ultima risoluzione del Parlamento Europeo del 18 gennaio 2006, votata da tutti i maggiori gruppi parlamentari di destra e di sinistra (popolari europei, socialisti, liberaldemocratici, verdi e sinistra europea) e approvata con una larghissima maggioranza (468 voti favorevoli, 149 contrari e 41 astenuti), definisce l'*omofobia* «una paura e un'avversione irrazionale nei confronti dell'omosessualità» «analoga all'antisemitismo» e stigmatizza «l'uso di un linguaggio incendiario, carico di odio o minaccioso da parte di esponenti politici di primo piano e capi religiosi».

³⁶ G. Amato, *Il valore dell'eguaglianza*, il Mulino, 2006, 225.