

IL DIALOGO TRA LE CORTI

di Marco Gattuso

1. IL DIALOGO TRA LE CORTI

La questione omosessuale arriva, dunque, innanzi alla Corte. La Corte Costituzionale italiana il 23 di marzo non è chiamata soltanto ad indicare il punto d'arrivo del vivace dibattito giuridico e culturale, sviluppatosi e maturato in Italia negli ultimi anni, ma è chiamata ad aggiungere un nuovo capitolo al libro che già da diversi decenni viene scritto dalle Corti Costituzionali di tutto il mondo in una sorta di dialogo globale. Gli omosessuali (presenti, a quel che si sa, in eguale misura del 4-5% della popolazione in ogni paese, etnia, generazione) stanno ponendo, difatti, da tempo ed in tutto il mondo *la stessa identica questione*, quella dell'applicazione del principio di eguaglianza formale e della correlativa ridefinizione della nozione di famiglia. Chiedono che in nome del principio di eguaglianza le loro relazioni siano incluse nella nozione di famiglia.

La Corte italiana si pronuncia dopo le decisioni favorevoli di Massachusetts, Sudafrica, California, Iowa e Connecticut, che hanno dichiarato illegittime le rispettive leggi ordinarie nella parte in cui, espressamente o implicitamente, negavano il matrimonio; la decisione della Corte Costituzionale del Canada, che ha dichiarato legittima la legge nazionale che ha riconosciuto il matrimonio gay; del *Bundesverfassungsgericht* tedesco, che ha dichiarato legittima la *Lebenspartnerschaft*, un istituto riservato alle unioni dello stesso sesso, con regolamentazione pressoché identica al matrimonio e riconoscimento del cognome comune; della Corte Costituzionale francese, che ha dichiarato legittima la legge sui Pacs, stabilendo, in particolare, che si tratta di istituto che attiene al diritto di famiglia e non alla materia contrattuale; della Corte di Israele sui matrimoni gay contratti all'estero, ecc...

La Corte italiana, dunque, non dovrà dare risposta soltanto alle contingenze del dibattito nazionale, ma è chiamata a prendere posizione in questo dialogo globale tra le Corti. Ad oggi, a quel che mi risulta, nessuna Corte Costituzionale nazionale (tranne, cioè, alcune Corti di singoli stati federati americani) si è mai pronunciata in senso contrario alle istanze degli omosessuali.

La sentenza, dunque, è attesa. Sarà letta, tradotta e studiata in tutto il mondo e susciterà comunque clamore, forse a maggior ragione se dovesse essere una sentenza di rigetto.

Giudice presso il Tribunale di Reggio Emilia. Testo rielaborato della relazione al seminario «*La società naturale ed i suoi nemici. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*», Ferrara 26/2/2010, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi, i cui *Atti* sono in corso di pubblicazione per Giappichelli, Torino, nella collana [Amicus curiae](#) (e-book).

2. DUE PRINCIPI

I, temi, come detto, sono gli stessi in tutto il mondo: eguaglianza e nozione di famiglia. La Corte è chiamata a definire la relazione tra due distinte tradizioni giuridiche e culturali: quella connessa al principio che un po' freddamente i giuristi chiamano di *eguaglianza formale* e che è il seme, l'essenza, l'architrave della nostra stessa civilizzazione, il più alto lascito del pensiero cristiano ed occidentale e la tradizione della nozione solo eterosessuale di famiglia, anch'esso principio antico.

Principio di eguaglianza da noi significa art. 3; famiglia significa artt. 29 e seguenti. Si tratta, allora, di capire che nozione di famiglia è recepita dalla nostra Costituzione, se gli articoli 29 e seguenti includano il cosiddetto paradigma eterosessuale della famiglia, se l'interpretazione del termine «famiglia» preceda logicamente, o meno, il principio di eguaglianza.

L'art. 32 della Costituzione spagnola recita: «l'uomo e la donna hanno diritto di sposarsi con piena eguaglianza giuridica». Non potrebbe essere più esplicito il rimando alla nozione ontologica della diversità di genere. Eppure, in Spagna l'articolo è stato interpretato, alla luce del potente faro del principio di eguaglianza formale, nel senso che «l'uomo ha diritto di sposarsi, *con chi vuole*, e la donna ha diritto di sposarsi, *con chi vuole*», consentendo di modificare il codice civile sostituendo in ogni articolo il termine «i coniugi» alla locuzione «marito e moglie».

Non è dubbio, per ogni giurista occidentale, che l'eguaglianza formale sia la lente attraverso la quale va letta ogni norma dell'ordinamento, il faro che illumina di significato ogni discorso. In Occidente siamo chiamati ad indossare gli occhiali dell'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge ogni volta che apriamo un codice.

3. RAGIONAMENTI CIRCOLARI

Non si può scrivere un nuovo capitolo d'un libro senza avere letto con attenzione i capitoli precedenti e dunque è necessario approfondire lo studio di tutte le sentenze delle Corti straniere sopra citate. Non è un sovrabbondante esercizio di diritto comparato, poiché, come detto, non si tratta di questioni analoghe ma *della stessa questione*, eguaglianza e famiglia.

Leggendo le sentenze delle Corti, si rileva come gli argomenti contrari alla rimozione del divieto di sposare una persona dello stesso genere, (a dire il vero assai pochi e comunque già efficacemente analizzati nella relazione introduttiva a questo convegno: l'argomento dell'*intenzione soggettiva* del Legislatore costituzionale; l'argomento *giusnaturalistico*; l'argomento *pseudo-scientifico*; l'argomento della *funzione procreativa* della famiglia), una volta che siano sottoposti ad un'attenta operazione di ripulitura del linguaggio, come direbbero Bacone o Wittgenstein, eliminando, vale a dire, le incrostazioni ideologiche, i pregiudizi, le imprecisioni terminologiche, storiche, scientifiche, si riconducono, in ultima analisi, ad un unico argomento: le relazioni d'amore omosessuale non potrebbero essere assunte nel significato dei termini «famiglia» e «matrimonio» in quanto ciò comporterebbe per tali termini l'assunzione d'un nuovo significato rispetto a

quello tradizionale. Come dire che non può darsi un'interpretazione evolutiva in quanto sarebbe un'interpretazione evolutiva. Anche nel dibattito di oggi è echeggiato *soltanto* questo argomento (l'argomento della *tradizione*).

Si tratta, in tutta evidenza, di una tautologia. Un argomento tautologico per i logici (*una proposizione insensata*, direbbe Frege), ma, altresì, inconsistente dal punto di vista giuridico (*circular reasoning*, denunciano le Corti americane). Compito della giurisdizione, difatti, non è conservare tradizioni ma garantire diritti. Una tradizione giuridica non può essere confrontata con sé stessa, ma deve essere posta a confronto con il catalogo dei diritti fondamentali, e deve essere superata se è incompatibile con gli stessi. Tante volte nella storia, tradizioni giuridiche millenarie sono state abbandonate quando sono state ritenute contrarie al diritto all'eguaglianza formale (la schiavitù, la supremazia dell'uomo sulla donna, la considerazione dei figli quali oggetto di una sorta di diritto reale, la discriminazione antisemita, la segregazione razziale...). Ogni volta si è resa necessaria una ricomposizione semantica. La storia del principio di eguaglianza è la storia di una continua ridefinizione semantica, della progressiva assunzione di gruppi sociali un tempo esclusi nella nozione di cittadinanza. Gli schiavi, le donne, gli ebrei, i neri. Oggi gli omosessuali. Gruppi sociali che rivendicano diritto all'eguaglianza e chiedono alle Corti tale riconoscimento. Includere le donne nella nozione di cittadinanza ha comportato una riorganizzazione di tutto il tessuto di significato, culturale e normativo, un ripensamento del linguaggio, ma altresì un'integrale riorganizzazione della società, al cui confronto l'apertura della nozione di famiglia all'affettività omosessuale pare ben poca cosa. Anzi, a ben vedere, per la prima volta accade che l'espansione del principio di eguaglianza non abbia alcuna implicazione economica, sociale, di sistema, ma richieda *solo* un aggiornamento ideologico.

4. DOVE ANDREMO A FINIRE

Dall'esame di tutte le sentenze delle Corti Costituzionali che hanno preceduto la nostra, si rileva come in nessun caso sia stato sottoposto al loro vaglio *un diritto od interesse di terzi o degli stessi coniugi* che si assuma leso nel momento in cui due adulti consenzienti contraggano matrimonio. La questione, semplicemente, non è stata mai posta.

Ciò sgombra il campo, dunque, dall'ultimo argomento, per il quale aggiornando la nozione di famiglia si aprirebbe la porta, più tardi, ad ulteriori fattispecie ugualmente ignote alla nostra tradizione, quali la poligamia, l'incesto, addirittura il matrimonio tra bambini (è l'argomento dell'inquietudine, del *dove andremo a finire*). In tutti questi casi entrano in gioco diritti ed interessi di terzi o degli stessi coniugi, così come accade quando si parla della filiazione o dell'adozione. In caso di matrimonio tra due adulti consenzienti, no.

La Corte è chiamata a valutare la sussistenza di ragioni per escludere il diritto *di due adulti consenzienti* di sposarsi. La questione è nettamente circoscritta. Non si parla di altre ipotesi. Né si parla di filiazione o di adozione.

5. MUTAMENTO DI PARADIGMA

Ma se il discorso è, tutto sommato, così semplice, perché è al contempo così.. difficile?

Sono convinto che con riguardo alla questione omosessuale stiamo assistendo, da qualche decennio a questa parte, ad un vero e proprio mutamento di paradigma, secondo la definizione kuhniana. Nel suo testo sulla rivoluzione copernicana, Kuhn descrive gli scienziati al tempo di Copernico impegnati nell'elaborazione di teorie, formule matematiche, figure geometriche sempre più raffinate, complicate, astruse, al fine di descrivere il tragitto dei pianeti attorno alla Terra. Copernico, ponendo il sole al centro del mondo, diremmo oggi del sistema solare, trovò una spiegazione geniale che fondò il proprio successo, tra l'altro, sulla bellezza della sua semplicità. La novità copernicana non rappresenta un mero progresso per accumulazione, ma una vera rottura rispetto al precedente impianto di conoscenze cosmologiche. Le teorie tolemaiche apparvero improvvisamente consegnate alla storia, come magnifici reperti archeologici. Kuhn indica una caratteristica propria dei mutamenti di paradigma nella difficoltà per gli aderenti ai due paradigmi di comprendersi a vicenda. Richiama, molto a proposito, le immagini della psicologia della Gestalt, quelle, per intenderci, ove si può vedere un vaso o due profili di donna, ma mai le due immagini insieme, poiché necessitano d'una ricomposizione visiva, concettuale, una riorganizzazione cognitiva.

Questo concetto è nodale quando si parla di mutamenti di paradigma, perché spiega perché sia tanto difficile il passaggio, che richiede ogni volta uno sforzo creativo, richiede ogni volta che le parole assumano nuovo significato, e spiega perché, a chi appartiene al nuovo paradigma, le tesi precedenti, per quanto sofisticate, appaiano polverose, addirittura ridicole, così come le idee innovative appaiono per certi versi indisponenti, o addirittura paradossali, a chi è ancora avvolto nell'atmosfera culturale del paradigma precedente.

6. PARADIGMI GIURIDICI

Anche la storia del diritto ha conosciuto epocali mutamenti di paradigma. Quanti testi sono stati prodotti per spiegare razionalmente la superiorità – antropologica, naturale, d'origine divina – dell'uomo sulla donna? L'idea di Antonio Cicu della famiglia come Istituzione, un piccolo Stato, che come ogni istituzione ha bisogno d'un Capo, che la tradizione indica ovviamente nell'uomo. E, ancora, la donna definita (ancora in assemblea costituente!) «angelo del focolare», in nome d'una «Legge armonica dell'Universo», ed obbligata sino agli anni settanta, secondo il nostro codice civile, a seguire gli indirizzi del marito. Espressioni ormai paradossali.

Analogo mutamento di paradigma si è avuto con la questione razziale. Leggendo la citatissima sentenza della Corte suprema della Virginia – poi riformata dalla Corte suprema federale in *Loving v Virginia* – che ha dichiarato nel 1959 la legittimità costituzionale del divieto di matrimonio con persona di altra razza (una questione analoga e speculare alla nostra), mi ha sempre sorpreso non tanto l'errore, oggi evidente per tutti

noi, quanto l'*imprudenza* di quei giudici. La Corte sostenne che la divisione delle razze è nella natura delle cose, che tutta la tradizione umana non aveva mai conosciuto matrimoni misti, richiamando addirittura un disegno divino: Dio aveva voluto separare l'umanità in razze, e dunque (con salto logico dal *sein* al *sollen*) le stesse dovevano restare divise.

Da giudice, mi sono sempre chiesto, ma è mai possibile che quei giudici non si fossero accorti di come sarebbero apparse assurde, persino paradossali, quelle parole, di lì a poco? Non si accorgevano che nelle grandi città del nord, a Chicago, a New York, o a Parigi, si formavano già le prime famiglie miste? Certo erano pochissime (molte meno delle coppie gay regolarmente sposate al giorno d'oggi), ma mi ha sempre stupito soprattutto quell'imprudente richiamo ad una tradizione millenaria, all'antropologia, alla natura, a Dio, che avrebbe meritato loro negli anni a venire una brutta citazione in tutti i testi di diritto costituzionale, almeno quelli di lingua inglese.

Ebbene, quei giudici erano certamente in buona fede, ma il loro errore è stato non accorgersi d'essere in pieno mutamento di paradigma, di stare scrivendo la loro sentenza mentre attorno a loro avveniva una rivoluzione copernicana.

7. UNA VARIANTE DEL COMPORTAMENTO UMANO

Anche sulla questione omosessuale è in corso un mutamento di paradigma.

Siamo partiti da una concezione dell'omosessualità come patologia o devianza, abbiamo avuto i primi movimenti omosessuali nella Germania di Weimar, stroncati dalla deportazione nazista nei lager, insieme agli ebrei, poi i nuovi movimenti nel dopoguerra, poi, finalmente, la Scienza Ufficiale (la *Scienza normale*, direbbe Kuhn!) ha sancito, con la memorabile Dichiarazione dell'Organizzazione Mondiale della Sanità del 17/5/1990, che non si tratta di patologia ma di una naturale *variante del comportamento umano*. Quindi sono intervenuti sempre più testi legislativi, a livello costituzionale e ordinario, che hanno sancito la *parità* tra la condizione, maggioritaria, degli eterosessuali e quella, minoritaria, degli omosessuali.

Oggi l'orientamento sessuale è una caratteristica neutrale dell'individuo. Come il colore degli occhi o della pelle. Con la differenza che il colore della pelle è un carattere individuale, è compiuto in sé, l'orientamento sessuale è *necessariamente relazionale*, richiede naturalmente di svolgersi nella relazione con l'altro. Oggi, difatti, tutti noi sappiamo che quando parliamo di omosessualità non parliamo solo di sessualità, ma di affettività, di sentimenti, di identità.

Chi vive nel mutato paradigma trova semplicemente inconcepibile che chi è ancora avvinto dalle credenze del passato non si renda conto che la qualità delle relazioni sentimentali, dell'affettività, dell'amore tra persone dello stesso sesso merita esattamente lo stesso riconoscimento giuridico delle relazioni tra persone di sesso opposto (il Presidente francese Sarkozy ha definito «*sconvolgente*» la posizione vaticana sull'omosessualità). Per contro, chi vive ancora nell'atmosfera culturale del paradigma dell'omosessualità come devianza, malattia, come qualcosa comunque di diverso ed *inferiore* all'eterosessualità trova incredibile che si pongano le due relazioni sullo stesso piano e trova normale che le prime restino discriminate.

8. È MUTATA LA NOZIONE DI FAMIGLIA

Oggi, cinque paesi europei (Spagna, Belgio, Olanda, Norvegia e Svezia; presto sei, col Portogallo, ove la legge è in attesa della promulgazione del Presidente della Repubblica), il Canada, sette Stati nordamericani (tra cui il distretto della capitale, Washington D.C.), Città del Messico, il Sudafrica, hanno ammesso il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

La gran parte dei paesi europei (Germania, Francia, Regno Unito, Austria, Svizzera, Repubblica Ceca, Ungheria, Slovenia, Croazia, Islanda, Danimarca, Finlandia...) riconoscono comunque un'unione civile con regolamentazione pressoché equivalente al matrimonio, oppure i pacs. Si tratta di istituti giuridici (persino i pacs, come precisato dalla Corte costituzionale francese) che sono propri del diritto di *famiglia* (cfr. a titolo di mero esempio l'art. 11, I comma della legge istitutiva della *Lebenspartnerschaft* tedesca per il quale «il partner dell'unione è considerato come un familiare dell'altro partner»).

L'assunto, *tranchant*, per il quale «la nozione di famiglia ha sempre designato l'unione tra uomo e donna», deve essere aggiornato considerando che attualmente in Europa la nozione di famiglia continua ad essere connessa in modo esclusivo alle unioni di sesso opposto soltanto in Romania, Bulgaria, Polonia, Grecia, Irlanda (ma una legge è in corso di approvazione), nei paesi della ex Unione Sovietica e della ex Jugoslavia (ma ad eccezione di Slovenia e Croazia) ed in Italia. Con l'ulteriore precisazione che anche in Italia alcuni istituti applicati alla famiglia di fatto vengono applicati dalla giurisprudenza anche alle coppie di fatto tra persone dello stesso sesso, tenuto conto della *eadem ratio* di tutela.

Il Legislatore europeo ha compiuto una scelta *inequivocabile* ed *intenzionale* non riportando nell'art. 9 della Carta di Nizza, oggi vincolante, la locuzione «uomini e donne» come un tempo nella Convenzione europea del 1950 sui diritti dell'uomo, e ciò proprio perché molti paesi dell'Unione avevano già i matrimoni gay (nel frattempo il loro numero è raddoppiato). Se per un verso è vero che l'art. 9 non pone alcun obbligo, per altro verso, come riconosciuto dalla Corte di Cassazione, lo stesso «non richiede più come requisito necessario per invocare la garanzia dalla norma stessa prevista la diversità di sesso dei soggetti del rapporto» (Sez. 1, Sentenza n. 6441 del 17/03/2009), con ciò suggerendo che al più alto livello dell'ordinamento la nozione di famiglia non può più dirsi ontologicamente limitata a coppie di sesso opposto.

Anche nel nostro diritto interno, il D.L. 6/2/2007 n.30 in attuazione della direttiva 2004/38 all'art. 2 («*definizioni*») riconosce come «*familiare*» anche «il partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante».

9. CONCLUSIONI

Dunque la nozione di famiglia è già mutata, nel senso, quantomeno, che il paradigma eterosessuale non può essere dato per scontato. Le relazioni *familiari*, allora,

non incorporano assiologicamente la diversità di genere, ma rimandano alla naturale attitudine delle persone ad intessere relazioni solidaristiche non informate a principi contrattualistici o autoritativi, ma fondate sull'affettività, i sentimenti, l'amore.

È questa intima e naturale sfera, privatissima, della persona che il Costituente ha voluto difendere con l'art. 29.

Tutt'altro che una norma priva di contenuto, l'art. 29 rappresenta una robusta garanzia da impostazioni ideologiche di parte, anche ove sorrette da un (presunto) favore popolare (l'analisi dei lavori preparatori rileva come la norma fosse pensata proprio contro le ingerenze già patite dalla *libertà matrimoniale* durante il fascismo, quando «il legislatore approfittando del silenzio dello Statuto Albertino in ordine alla famiglia ... ha fatto divieto per esempio agli ebrei di sposarsi in terra italiana, ha stabilito divieti di nozze con stranieri»; cfr. relaz. di maggioranza, *Atti dell'Assemblea Costituente* p. 3227).

Nel leggerlo, non potrà trascurarsi la lezione di De Saussure, assumendo che le parole denotino qualcosa di fisso, pietrificato, che non cambino di significato col tempo e che non siano espressione dei valori di un'epoca. Come affermato dalla Corte costituzionale del Sudafrica, nella sentenza che ha rimosso l'implicito divieto di matrimonio per i gay, «l'antichità di un pregiudizio non è una buona ragione per la sua sopravvivenza» e «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».