

## **Omosessualità e Costituzione. La tormentata ipotesi del matrimonio tra persone dello stesso sesso davanti alla Corte Costituzionale \***

di Antonio D'Aloia \*\*

SOMMARIO: 1. *Il tema e le sue complesse coordinate*; 2. *Perché sarebbe 'segregazionista' una regolazione giuridica differenziata (rispetto al matrimonio) delle unioni same sex? Assonanze e differenze tra questione razziale e questione sessuale*; 3. *L'art. 29 Cost. e i limiti di un'interpretazione 'evolutiva'*; 4. *Matrimonio e genitorialità omosessuale: il problema c'è ... e non si può eludere*; 5. *A mò di conclusione. La questione non può essere accolta ma la Corte può 'aprire' sul riconoscimento giuridico delle coppie tra persone dello stesso sesso (e dei loro diritti)*

### *1. Il tema e le sue complesse coordinate*

E' incostituzionale il riferimento esclusivo dell'istituto matrimoniale e delle sue conseguenze giuridiche alle relazioni eterosessuali? Rovesciando la prospettiva, si può dire che c'è un vincolo costituzionale a prevedere e a regolare il matrimonio omosessuale, che esiste un diritto a sposarsi che attraversa e 'rompe' la (tradizionale) duplicità delle figure sessuali nell'ambito della struttura soggettiva del matrimonio? Il tema, che è al centro di un imminente giudizio di legittimità costituzionale, è effettivamente tra i più difficili e controversi tra quelli che oggi emergono sul piano del dibattito politico-sociale e della razionalità giuridica.

La posizione che vorrei provare a sostenere, nelle brevi e sintetiche osservazioni che seguono, è che –almeno dal mio punto di vista- forse non ci sono argomenti assolutamente invincibili in un senso o nell'altro, e che, ad ogni modo, non è utile impostare la questione in termini di alternativa netta e radicale tra incostituzionalità della mancata previsione del matrimonio (anche) tra persone *same sex*, e irrilevanza (o persino divieto) costituzionale di ogni intervento estensivo sulla struttura 'soggettiva' del matrimonio, ovvero di una qualche disciplina delle relazioni omosessuali che realizzi una condizione di analogia anche parziale con lo schema regolativo del matrimonio e della famiglia 'fondata sul matrimonio'.

In altre parole, una previsione di quello che la Corte potrebbe (o addirittura dovrebbe) fare, è tutt'altro che 'evidente' e scontata. Penso, invero, che sulla questione portata davanti al Giudice costituzionale, sia ravvisabile uno spazio 'politico' che non può essere riempito del tutto e dunque completamente disattivato dalla risorsa giurisprudenziale<sup>1</sup>. Lo dimostra, tra l'altro, proprio la estrema varietà della 'reazione' giuridico-legislativa e dei modelli di regolazione delle coppie omosessuali che si è registrata negli ultimi vent'anni, a partire dalla legge danese del 1989 sulla partnership registrata, nell'esperienza comparata.

Per altro verso, non credo che il problema possa essere risolto nell'ambito di un discorso 'chiuso' dei diritti e dell'eguaglianza, cioè limitato solo al profilo individuale di queste

<sup>1</sup> Cfr. Cass R. Sunstein, 2009, 268-270.

categorie assiologiche. Il diritto di sposarsi non può essere affermato al di fuori di una individuazione dell'oggetto di questo diritto e della sua formale ed effettiva configurazione costituzionale. Allo stesso modo, dire che negare il matrimonio agli omosessuali significa introdurre una discriminazione basata sulle condizioni personali (sull'orientamento sessuale), appare un'affermazione autoreferenziale, che parte da una premessa che dovrebbe essere invece il punto di arrivo di un ragionamento giuridico, e cioè che il matrimonio sia un istituto liberamente conformabile alla stregua dell'evoluzione del costume sociale e delle spinte culturali; che sia, cioè, una sorta di guscio 'vuoto', indefinito, e perciò aperto ad ogni possibile ri-costruzione.

Quello che voglio dire è che se parliamo solo di diritti ed eguaglianza, senza porci il problema di quello che rivendichiamo come diritto, o come elemento di una pretesa egualitaria e antidiscriminatoria, delle sue caratteristiche intrinseche, rischiamo di fare un'operazione 'parziale', che guarda solo un lato del problema, un po' come costruire una scala gradino dopo gradino senza sapere o vedere dove la scala deve poi essere appoggiata.

Lo stesso concetto di "società naturale", indubbiamente complesso ed enigmatico, è probabilmente meno rilevante di quello che sembra, prestandosi, come è emerso anche in molti interventi di questo incontro di studio, ad una utilizzazione 'ambivalente', potendo servire sia ad avvalorare interpretazioni per così dire 'originaliste' del testo costituzionale, sia a legittimare interpretazioni orientate a 'scaricare' sulla configurazione giuridica del matrimonio le pressioni modificative che provengono dall'evoluzione dei costumi sociali, dei comportamenti sessuali, e che in definitiva delineano una condizione mutevole e non cristallizzata della 'naturalità', e conseguentemente della famiglia<sup>2</sup>.

## *2. Perché sarebbe segregazionista una regolazione giuridica differenziata (rispetto al matrimonio) delle unioni same sex? Assonanze e differenze tra questione razziale e questione sessuale*

Venendo ora al merito della questione proposta, ho sempre sostenuto che il parametro costituzionale non impedisca una legislazione che operi nel senso di disciplinare uno statuto giuridico delle convivenze omosessuali. Anzi, probabilmente un esito del genere, oltre a porsi in una linea di continuità razionale con la progressiva enucleazione di un diritto ad esprimere liberamente la propria identità sessuale, anche in chiave affettivo-relazionale, è finanche 'suggerito' nell'ottica di una valorizzazione della prospettiva dell'eguaglianza sostanziale. Il riconoscimento giuridico di queste 'unioni' potrebbe in sostanza funzionare da fattore di rafforzamento dell'accettazione sociale dell'omosessualità, e di completamento della tutela costituzionale dell'identità sessuale. In fondo, se l'identità sessuale è un diritto, se essere omosessuali è una condizione di libertà e di identità personale che l'ordinamento deve proteggere e di cui deve consentire una piena esplicazione (valga per tutti la sent. 561/87), questa libertà non può non avere anche una sua proiezione relazionale (e la sessualità in particolare non può non averla), in

<sup>2</sup> Per una rassegna di queste posizioni interpretative, v., volendo, D'Aloia – Torretta, 2009, 7.

linea peraltro con una dimensione 'naturale' della libertà sessuale nello specifico, e dei diritti individuali, che proprio nei contesti aggregativi (le formazioni sociali di cui parla l'art. 2 Cost.) trovano un elemento fondamentale per favorire il pieno sviluppo della persona.

Senza contare che mantenere una chiusura nei confronti di ogni regolazione del fenomeno delle convivenze omosessuali consegnerebbe il nostro ordinamento ad un destino troppo eccentrico e 'singolare' rispetto al panorama normativo europeo (dove la partnership omosessuale ha trovato ormai forme di regolazione diffusissime, sebbene eterogenee), e tale da creare qualche difficoltà anche sul piano di una piena corrispondenza al principio della libera circolazione delle persone, che –senza volerne approfondire adesso le molteplici implicazioni- significa che chi sceglie di vivere in una qualsiasi parte del territorio europeo deve poter contare su una sostanziale 'portabilità' delle tutele fondamentali che gli sono riconosciute nel Paese di provenienza, ovvero che ha acquisito esercitando la sua libertà di soggiorno nei diversi Stati europei<sup>3</sup>.

Il punto in discussione però non è (semplicemente) questo. Quello che si chiede alla Corte Costituzionale è di accertare l'incostituzionalità del paradigma eterosessuale del matrimonio: il che, da un lato, può apparire come una scelta strategica, non essendo facile immaginare altre vie per 'costringere' il Giudice costituzionale a dire qualcosa sulla questione delle coppie *same sex*; dall'altro, riflette la convinzione, ribadita da molti in dottrina, che ipotizzare forme di regolamentazione solo parzialmente 'analoghe' al matrimonio per gli omosessuali sia in realtà un'opzione 'segregazionista', che affonda le proprie radici nella dottrina del "*separate but equal*"<sup>4</sup>.

Non a caso, in molti commenti, appare il richiamo al divieto (poi superato) del matrimonio interrazziale nell'esperienza nordamericana. E' ad esempio Cass R. Sunstein<sup>5</sup> ad affermare che "... *la proibizione delle relazioni tra membri dello stesso sesso è una forma di discriminazione sulla base del sesso, così come le forme dell'incrocio tra le razze era una forma di discriminazione sulla base della razza. Entrambe le proibizioni sono illegali in base alla clausola dell'equal protection*"; e che "*il caso Loving è il precedente cruciale per la tutela delle unioni o dei matrimoni tra appartenenti allo stesso sesso*".

Si tratta di un paragone che invero condivido solo in parte, e certo non con riferimento al modello dello statuto giuridico differenziato per coppie dello stesso sesso, e provo a spiegare perché. Il divieto del matrimonio interrazziale era il corollario di un'ideologia spaventosa e inaccettabile: la supremazia della razza bianca, che ha prodotto il 'controsenso', la 'rottura' costituzionale e morale della schiavitù. Le razze non potevano mischiarsi perché non erano poste sullo stesso piano.

Può darsi che discriminazione razziale e discriminazione 'sessuale' (in questo caso fondata sull'orientamento sessuale, sulle tendenze), razzismo e sessismo, abbiano una qualche analogia sul piano delle motivazioni che hanno sostenuto le pagine più buie

<sup>3</sup> In tema, si vedano A. D'Aloia, 2006, 346 ss.; A. Celotto, 2004, 327-327; G. Rossolillo, 2003, 370 ss.

<sup>4</sup> Così M. Bonini Baraldi, 2009, 878.

<sup>5</sup> Op. cit., 2009, 285.

dell'una e dell'altra vicenda: alcuni passaggi della sentenza Bowers del 1986 (fortunatamente *overruled* dalla decisione nel caso Lawrence vs Texas del 2003), in particolare quel frammento della *concurring opinion* di Justice Burger, in cui (citando W. Blackstone) si afferma che “*la sodomia è un reato di maggiore malvagità dello stupro [...], un crimine che non merita di essere nominato*”, sono davvero inquietanti, e non molto lontani da alcune espressioni dell'ideologia ‘razzista’.

Tuttavia, il divieto o (al momento) la resistenza ad una ridefinizione del matrimonio che abbandoni il paradigma eterosessuale si collega ad una motivazione che non è necessariamente ‘discriminatoria’ o ‘segregazionista’; in altre parole, l'opzione ‘separativa’ può avere una base semplicemente ‘razionale’, cioè riferita al piano della razionalità giuridica, nel senso che chi sostiene che ‘famiglia’ e ‘matrimonio’ siano istituti che presuppongono la doppia soggettività sessuale non lo fa (o almeno non necessariamente) perché pensa che l'omosessualità sia un disordine naturale o che l'omosessuale sia una persona malata, ma perché può essere convinto che il matrimonio e le famiglia ‘eterosessuali’ siano il riflesso di una tradizione giuridica ancora attuale ed ‘effettiva’, che – in altri termini- l'inaccessibilità degli omosessuali al matrimonio non derivi da una ‘minorità’ della categoria, quanto da una ragionevole distinzione basata sulle caratteristiche intrinseche e oggettive di una ‘risorsa’ giuridica così importante e radicata nella storia degli ordinamenti giuridici.

A questa stregua, riconoscere alle convivenze *same sex* una regolazione che, pur prendendo atto della autenticità della loro dimensione affettiva e relazionale, non prefiguri una automatica e generale estensione dello schema matrimoniale, non può essere liquidata come una soluzione segregazionista, ma esprime invece un ragionevole bilanciamento tra il principio antidiscriminatorio legato alle condizioni personali, e le caratteristiche oggettive, oltre che formalmente accolte e confermate dal disegno costituzionale, di un istituto giuridico come (nel caso di specie) il matrimonio.

### 3. L'art. 29 Cost. e i limiti di un'interpretazione ‘evolutiva’

Così impostato, il problema ci porta inevitabilmente a confrontarci con l'escursione interpretativa dell'art. 29 Cost.

Bisogna chiedersi qual è il limite e il confine dell'interpretazione costituzionale, che cosa è o può essere interpretazione (evolutiva, dinamica) del testo costituzionale, e cosa invece rischia di diventare una sorta di ‘riscrittura’ della norma costituzionale, di svuotamento a senso unico della sua coerenza testuale e sistematica<sup>6</sup>.

A me sembra che l'art. 29, per quello che dice (penso all'affermazione del principio di eguaglianza morale e giuridica tra i coniugi e alla garanzia dell'unità familiare<sup>7</sup>, per le sue

<sup>6</sup> Vedi A. Ruggeri, 2010, 6-7, secondo il quale “...*la naturale, formidabile duttilità degli enunciati (specie di quelli della Carta) si arresta pur sempre ad un certo punto, superato il quale è la rottura dell'elastico costituzionale*”.

<sup>7</sup> Cfr. G. Grasso, 2007.

connessioni testuali e logiche con le disposizioni successive, restituisca un'idea di matrimonio che ha tra i suoi fondamenti razionali il paradigma dell'eterosessualità, la diversità sessuale dei soggetti che scelgono questa unione<sup>8</sup>; questo non significa, dal mio punto di vista, che non possano esistere altri modelli di convivenza che hanno in comune con il matrimonio almeno la vocazione a favorire il pieno sviluppo della persona umana, tuttavia questi modelli sono un'altra cosa, che non possiamo riportare nella formula costituzionale, se non al prezzo di un suo sostanziale accantonamento. L'elasticità della struttura dispositiva delle norme costituzionali, e in questo caso della norma sulla famiglia 'fondata sul matrimonio', non è senza limiti o priva di elementi di precisazione e di orientamento dell'attività interpretativa: come ho sostenuto anche in altra sede [D'Aloia – Torretta, 2009, 9], il modello costituzionale resta inclusivo ma non interamente fungibile con altri schemi relazionali.

L'idea che quelle espressioni sull'eguaglianza giuridica e morale dei coniugi possano essere intese in senso 'neutrale' e 'bi-direzionale', o che oggi siano superate nel loro 'originario' significato di norma anti-subordinazione di genere, appare più un'amputazione 'selettiva' che un 'adattamento' interpretativo della norma.

Al di là dei dubbi che un'operazione del genere possa essere qualificata come interpretazione, anche nel senso più ampio di ri-elaborazione interpretativa, è veramente arduo immaginare che la Corte Costituzionale possa fare questo, vale a dire ricavare un vincolo, un risultato costituzionalmente obbligato, tanto da giustificare un'additiva (almeno di principio), partendo da una situazione siffatta, dove la tesi che si vorrebbe affermata in termini così perentori ha di fronte una struttura testuale, peraltro tuttora saldamente ancorata a presupposti socio-culturali di effettività, che la contraddice, o quantomeno presenta ostacoli superabili solo attraverso un robusto intervento 'manipolativo'-propositivo. Come ha sostenuto recentemente il Tribunale costituzionale portoghese (sent. 359 del 2009), pur ammettendo che la Costituzione di quel Paese non impedisce un'evoluzione legislativa che vada nel senso di equiparare nella struttura giuridica del matrimonio relazioni eterosessuali ed omosessuali, «*a recepção constitucional do conceito histórico de casamento como união entre duas pessoas de sexo diferente não permite retirar da Constituição um reconhecimento directo e obrigatório dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo*».

In sostanza, provando a ricapitolare il mio punto di vista, ipotizzare da noi un matrimonio che possa essere indifferentemente 'eterosessuale' e 'omosessuale', mi sembra al di fuori dello schema di accettabilità dell'art. 29 Cost.<sup>9</sup>, e certamente non può essere qualificato alla stregua di una soluzione costituzionalmente imposta, 'a rime obbligate'; mentre non sarebbe estranea al contesto costituzionale (anzi, come ho già detto, potrebbe essere vista come uno strumento di realizzazione di alcuni importanti obiettivi costituzionali) una legislazione che andasse a definire un quadro di regole che riescano efficacemente ad andare incontro all'esigenza di riconoscimento giuridico di questa diversa dimensione della

<sup>8</sup> A. Ruggeri, 2007, 758-759.

<sup>9</sup> Contra, *ex multis*, M. Gattuso, 2007; e M. Montalti, 2007.

relazionalità (sessuale e affettiva), senza però costruire affrettate sovrapposizioni con modelli scritti e pensati per una realtà diversa.

#### 4. *Matrimonio e genitorialità omosessuale: il problema c'è ... e non si può eludere*

Nella relazione di Barbara Pezzini, si sottolinea come nel dibattito in corso sul matrimonio omosessuale c'è una sorta di 'convitato di pietra' ("come spettro che turba la precomprensione di molti"), rappresentato dal tema della genitorialità delle coppie *same sex*; nella sua valutazione, tuttavia, la questione "1) non è all'ordine del giorno oggi (...) 2) ma soprattutto ha, come abbiamo visto, basi giuridiche differenti".

Su questo punto, non sono d'accordo, o meglio penso che i due temi non siano slegati, nel senso che una volta che si afferma che il matrimonio è un istituto costituzionalmente aperto alle relazioni omosessuali, poi bisogna coerentemente trarre alcune conseguenze anche sulla genitorialità di queste coppie.

So bene che genitorialità e funzione procreativa non sono più (ammesso che costituzionalmente lo siano mai state) elementi essenziali e costitutivi dei concetti di famiglia e di matrimonio. Una famiglia è tale, e un matrimonio è tale, anche se non c'è o non può esserci (per scelta, per impedimento naturale, o perchè c'è un limite legale, come nel caso dei requisiti per l'adozione) procreazione e genitorialità. Nondimeno, non si può negare che –anche sul piano costituzionale (se solo si guarda al collegamento 'successivo' tra le norme sulla famiglia e le norme sulla tutela dei figli)- famiglia, matrimonio, genitorialità costituiscano una sequenza almeno 'preferenziale' o comunque di grande importanza anche in termini di reciproca interazione.

Ad ogni modo, una cosa è dire che il rapporto genitoriale non è co-essenziale al matrimonio, altro è dire che è escluso in radice, che non ci deve essere, che è vietato, che uno stesso istituto giuridico (vale a dire il matrimonio) può (anzi deve) avere declinazioni diverse in alcuni dei suoi elementi principali, sebbene non obbligatoriamente collegati.

Quello che voglio dire è che ammettere il matrimonio omosessuale pone il problema di accettare anche la genitorialità (ovviamente nelle forme possibili: adozione e procreazione medicalmente assistita) per queste coppie; o altrimenti di trovare una giustificazione razionale al fatto che (solo) ad un matrimonio sia preclusa la proiezione 'genitoriale' (nel caso della l. 40/04, è espressamente indicato come requisito soggettivo di accesso alla pma che la coppia deve essere formata da soggetti di sesso diverso, coniugati o conviventi).

Si vuole questo risultato? Si pensa che sia costituzionalmente ragionevole o addirittura obbligato, al punto che il Giudice costituzionale possa esplicitarlo direttamente?

Cambiando prospettiva, chi ritiene che il divieto della genitorialità omosessuale sia ancora ragionevole e giuridicamente fondato, non può accogliere la prospettiva *tout court* del matrimonio omosessuale, perché questa finirebbe col riaprire inevitabilmente la prima (il caso spagnolo, e quello inglese del *Civil Partnership Act*, che è un matrimonio civile, lo dimostrano).

Ho già in diverse occasioni<sup>10</sup> espresso le mie perplessità su una sostanziale irrilevanza, ai fini della genitorialità, della esistenza o meno della duplicità sessuale (almeno potenziale) della figura genitoriale. In questo senso, discutere di matrimonio o di filiazione non è e non può essere la stessa cosa, in particolare perché su questo secondo livello del dibattito c'è un nuovo soggetto con cui bisogna fare i conti, il minore, con la sua sfera di interessi, da sempre ritenuta centrale nella definizione giuridica dei rapporti di genitorialità. Non si può quindi discutere solo di diritti 'dei genitori', effettivi o 'aspiranti' tali.

Il legame tra filiazione ed "eterosessualità" è veramente e oggettivamente 'naturale', e non so se il diritto possa completamente prescindere dai suoi presupposti naturali, diventare cioè pura tecnica artificiale. Gli stessi metodi e procedure di filiazione non naturale, vale a dire l'adozione e la procreazione medicalmente assistita, non negano questo presupposto, ma si limitano a derogarlo parzialmente; mentre è tutt'altro che dimostrato che la rimozione 'legale' della doppia (dal punto di vista sessuale) figura genitoriale sia irrilevante rispetto all'esigenza di uno sviluppo armonico della personalità del minore in tutti i suoi aspetti<sup>11</sup>.

E' vero che la Corte Europea dei diritti dell'uomo, fin dalla sentenza Salgueiro del 1999, ha escluso che un orientamento (omo)sexuale possa da solo essere sufficiente a negare un affidamento familiare; e che nella sentenza resa nel caso E.B. c/Francia del 2008 ha confermato che un'adozione richiesta da una persona singola non può essere negata solo in ragione delle tendenze sessuali della richiedente. Nel primo caso, a ben guardare, si parlava di un soggetto già genitore del minore nell'ambito di una controversia con l'altro genitore (di sesso diverso) per l'affidamento del figlio; e non mi sembra però la stessa cosa che riconoscere ad una coppia omosessuale il diritto di adottare o di accedere a tecniche di procreazione assistita. E anche nel secondo, a prescindere dal fatto che la sentenza della Corte Edu sembra fortemente assorbita nella vicenda specifica<sup>12</sup>, la questione proviene da un paese che riconosce 'formalmente' l'istituto dell'adozione da parte del singolo (da noi invece non ammesso), facendo in fondo applicazione del principio di non discriminazione per motivi legati all'orientamento sessuale su un terreno che resta quello della comparazione tra condizioni individuali.

Ovviamente non è in discussione la sensibilità e della capacità educativa ed affettiva che i soggetti o le coppie omosessuali possono avere e hanno in misura non dissimile o minore rispetto ad un soggetto o una coppia eterosessuale. Il problema è complessivo, riguarda la idoneità di uno schema genitoriale di questo tipo (anche alla luce del contesto sociale e culturale) in rapporto al processo di formazione della personalità del minore, e su questo le perplessità e le incertezze restano forti e non completamente risolte, come emerge dall'analisi della (invero non priva di contrasti) letteratura scientifica psico-pedagogica.

Nella sua giurisprudenza in tema di adozione, d'altro canto, il Giudice costituzionale ha spesso insistito sul criterio dell'*imitatio naturae* (che è già nella Convenzione di Strasburgo

<sup>10</sup> A. D'Aloia, 2006, 350 ss.

<sup>11</sup> Vedi F. D'Angeli, 2003, 22.

<sup>12</sup> C. Danisi, 2010, 9.

sulle adozioni del 1967), come parametro di valutazione delle scelte o delle omissioni del legislatore (sent. 184/93 e 198/86). Anche qui, non è un riferimento rigido, e significa tante cose (non solo il tema della differenza di età tra adottando e adottante; ad es. nelle due sentenze citate si fa riferimento all'importanza di avere entrambe le figure genitoriali) che in questa sede non si possono nemmeno accennare; però, non si può dire che non ha alcun significato, ovvero che può essere completamente pretermesso.

Anche per questo, pensare che la Corte possa sostituirsi al dibattito democratico con una soluzione netta e 'vincolante' come quella prospettata in molti interventi, oltre che nelle ordinanze di rimessione, mi sembra effettivamente improbabile.

*5. A mò di conclusione. La questione non può essere accolta ma la Corte può 'aprire' sul riconoscimento giuridico delle coppie tra persone dello stesso sesso (e dei loro diritti)*

Continuo a pensare (non da ora<sup>13</sup>) che bisognerebbe lavorare su basi diverse, che non siano quelle della semplicistica estensione di modelli che hanno una precisa e radicata connotazione giuridica, sia in termini formali che sul piano dell'effettività.

Le unioni tra persone dello stesso sesso sono certamente formazioni sociali nel senso 'alto' in cui ne parla l'art. 2 Cost.; la loro dimensione affettiva e relazionale, non diversa da quella che caratterizza un matrimonio o una convivenza eterosessuale, giustifica la ricerca e la definizione di uno statuto giuridico che si muova soprattutto sul versante dei rapporti economici e di solidarietà sociale tra i soggetti della coppia, secondo una linea di gradualità che è sempre preferibile quando si affrontano fenomeni che investono profondamente l'assetto tradizionale di un ordinamento, di alcuni istituti e dei loro stessi presupposti sociali e culturali<sup>14</sup>.

Sarebbe più opportuno forse, che l'obiettivo 'simbolico', per certi versi più 'ideologico' che reale, del matrimonio omosessuale, di incerta compatibilità costituzionale, e sicuramente non configurabile alla stregua di un risultato costituzionalmente obbligatorio<sup>15</sup>, fosse accantonato per seguire la strada di una legislazione che si occupi, dentro un contesto di analogia (parziale) e non di identità con il modello del matrimonio, di successione (soprattutto testamentaria), diritto di abitazione e successione nei contratti di locazione o nell'assegnazione di alloggi di edilizia economica e popolare, risarcimento danni in caso di decesso dell'altro partner della convivenza, diritto di visita (in carcere o in ospedale), coinvolgimento nelle decisioni sulle cure mediche del partner incapace, permessi e licenze nel rapporto di lavoro, e altre cose su questa linea.

<sup>13</sup> Rinvio a D'Aloia, 1996 e 2006.

<sup>14</sup> Per alcune interessanti riflessioni su "prudenza e costituzionalismo", tra l'altro proprio sul tema in oggetto, v. ancora Cass R. Sunstein, 2009, 285.

<sup>15</sup> Cfr., in termini analoghi, la sent. del Tribunale cost. portoghese prima cit., secondo cui «a recepção constitucional do conceito histórico de casamento como união entre duas pessoas de sexo diferente não permite retirar da Constituição um reconhecimento directo e obrigatório dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo».

Una prospettiva di questo genere non è segregazionista o discriminatoria, ma rappresenterebbe un importante passo in avanti della tutela (non solo individuale) dell'omosessualità, senza tuttavia scardinare concetti e nozioni che conservano una oggettiva diversità, il che rende ragionevole pensare a soluzioni differenziate.

E' una prospettiva essenzialmente politica, che non vuol dire però rimessa alla discrezionalità senza limiti del legislatore. Se si accetta la premessa di una apprezzabilità costituzionale del percorso di regolazione giuridica 'differenziata' delle unioni omosessuali, il tema potrebbe acquisire una sua rilevanza ed essere finanche oggetto di un invito della Corte al legislatore, già in questo giudizio, nelle forme varie che in più occasioni il Giudice costituzionale ha utilizzato per segnalare (più o meno intensamente e direttamente) all'attenzione del legislatore problemi e istanze meritevoli di disciplina, e (o perché) collocati su un piano di attuazione o di 'progressiva' enucleazione di contenuti normativi costituzionali.

Di fronte alla questione così come è stata proposta, invece, pur rimanendo convinto della sua complessità irriducibile a motivazioni e schemi argomentativi validi una volta per tutte, credo sia più fondato aspettarsi una decisione 'negativa', di rigetto o di inammissibilità, magari con un passaggio sulla attualità delle tematiche sollevate, e sulla opportunità (o sulla necessità) che il legislatore provi a dare ad esse una risposta, trovando un giusto e ragionevole bilanciamento tra diritti delle coppie omosessuali e specialità costituzionale del matrimonio (e della famiglia) 'eterosessuale'.

\* Testo rielaborato della comunicazione al Seminario La «società naturale» ed i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio, Ferrara 26/2/2010, i cui Atti sono in corso di pubblicazione per Giappichelli, Torino, nella collana Amicus curiae (e-book), a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, P. Veronesi.

\*\* Professore di Diritto Costituzionale, Università di Parma.

#### **Nota bibliografica**

- M. Bonini Baraldi, *Le famiglie omosessuali nel prisma della realizzazione personale*, in *Quad. Cost.*, 4/2009
- A. Celotto, *La libertà di contrarre matrimonio, fra Costituzione italiana e (progetto di) Costituzione europea: spunti di riflessione*, in *Famiglia*, 2004
- A. D'Aloia, *Famiglia e nuove formazioni sociali. A proposito delle unioni omosessuali*, in *Riv. Giur. Molise e Sannio*, Napoli, 1996
- A. D'Aloia, *Sul divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale. Tra identità individuale e pluralismo sociale*, in C. Calvieri (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2006
- A. D'Aloia – P. Torretta, *Art. 29 Cost. (Questioni costituzionali in tema di famiglia)*, in *Codice ipertestuale della Famiglia*, a cura di G. Bonilini – M. Confortini, Torino, 2009
- C. Danisi, *Il principio di non discriminazione dalla Cedu alla Carta di Nizza: il caso dell'orientamento sessuale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2010
- M. Gattuso, *Appunti sulla famiglia naturale e il principio di eguaglianza (a proposito della questione omosessuale)*, in *Quest. Giust.*, 2/2007
- G. Grasso, «Dico» sì, «Dico» no: prime impressioni sul disegno di legge Pollastrini-Bindi, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2007
- M. Montalti, *Omosessualità e Costituzione*, Bologna, 2007

- B. Pezzini, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritti?*, Relazione introduttiva al Seminario su *La «società naturale» e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale nel matrimonio*, Ferrara, Aula Magna della Facoltà di Giurisprudenza, 26 febbraio 2010
- G. Rossolillo, *Registered partnerships e matrimoni tra persone dello stesso sesso: problemi di qualificazione ed effetti nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Intern. dir. priv. proc.*, 2003
- A. Ruggeri, *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 3/2007
- A. Ruggeri, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come “famiglie”*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), marzo 2010
- Cass. R. Sunstein, *A cosa servono le Costituzioni* (trad. it. di *Designing Democracy*, Oxford University Press, 2001), Bologna, 2009