

Divieto di matrimonio tra omosessuali: nessuna violazione dell'art. 3 Cost.

di Luigi D'Angelo *
(30 marzo 2010)

In un precedente intervento si è tentato di offrire una interpretazione del dato costituzionale tale da portare alla conclusione dell'inammissibilità "positiva" del matrimonio tra persone di eguale sesso. In particolare, ci si è soffermati nell'evidenziare che la "formazione sociale" costituita dalla cosiddetta "società naturale" ex art. 29 Cost., presuppone, rispetto a tutte le altre formazioni sociali, un *quid* naturalistico ulteriore rappresentato dalla diversità di sesso tra i nubendi nonché dalla loro astratta idoneità a generare figli: di figli "*nati*" fuori dal matrimonio o nell'ambito del medesimo discorre, infatti, il testo costituzionale unitamente alla considerazione dei concetti di maternità e di paternità contemplati anch'essi sempre nel medesimo Titolo II sui "*Rapporti etico-sociali*"¹.

Con le riflessioni a seguire si intende aggiungere qualche argomento ad ulteriore avallo della impostazione patrocinata.

A tal fine sembra utile partire dalla confutazione di un argomento fondamentale sovente dedotto a favore della ammissibilità costituzionale del matrimonio tra persone dello stesso sesso: si è scritto che il principio di uguaglianza ex art. 3, comma 1, Cost., vieta implicitamente discriminazioni fondate, oltre che sul sesso, anche sull'orientamento sessuale, non potendo quindi sostenersi che "*l'art. 29 tutela la sola famiglia tradizionale perché vorrebbe dire asserire una contraddizione del legislatore costituzionale consistente nel vietare discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale, per poi cambiare idea ventiesi articoli dopo, riconoscendo un istituto esclusivo e non inclusivo*"². Parimenti si è osservato che "*il divieto (non esplicito) di coniugarsi imposto alle coppie omosessuali incappa ... proprio in uno dei divieti di discriminazione espressi dalla Costituzione e crea una tensione assai forte tra l'art. 29.1 e l'art. 3.1: il primo non si può interpretare senza sciogliere la difficile contraddizione con il secondo*"³.

Ebbene, si è del parere che nel caso in analisi non sia del tutto conferente il richiamo all'art. 3, comma 1, Cost., secondo il quale, come noto, tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge "*senza distinzione di sesso*" (norma da cui si intenderebbe, appunto, trarre un implicito divieto di discriminazione fondato sugli orientamenti sessuali).

Conferma tale assunto una esegesi sistematica delle disposizioni costituzionali che, si potrebbe affermare, costituiscono proiezione del divieto di discriminazione basato sul sesso dei cittadini: ci si riferisce ai precetti costituzionali che menzionano, congiuntamente, l'uomo e la donna nel Titolo III relativo ai rapporti economici (art. 37), nel Titolo IV relativo ai rapporti politici (art. 48 e 51) e nel noto Titolo V (art. 117, comma 7)⁴. Si badi che in tutte queste disposizioni il "cittadino donna" (nella veste di lavoratrice, genitrice, votante,

¹ D'ANGELO, *Il matrimonio costituzionalmente "ammesso"*, in www.altalex.com dove si è concluso alla luce di vari riferimenti di diritto positivo che la famiglia costituzionalmente contemplata, fondata o meno sul matrimonio, si caratterizza per una preminenza della funzione genitoriale rispetto a figli "nati" con ciò inferendosi la necessaria diversità di sesso dei soggetti costituenti la cosiddetta società naturale.

² MELANI, *Il matrimonio omosessuale davanti alla corte costituzionale: azzardo o svolta?*, in www.forumcostituzionale.it del 30 giugno 2009.

³ BIN, *Per una lettura non svalutativa dell'art. 29*, in www.forumcostituzionale.it dell'8 marzo 2010.

⁴ In tutte le norme viste (art. 31, 37, 48, 51 e 117, comma 7, Cost.) si cita la donna sempre accostata, per i vari diritti e libertà di volta in volta elencate, al cittadino "uomo".

eleggibile, quale “portatrice” di pari opportunità, ecc.) viene menzionato congiuntamente al “cittadino uomo” e ciò al fine di sancirne un trattamento di parità rispetto all’altro sesso.

Così, esemplificando, l’art. 51, comma 1, Cost. prevede che *“tutti i cittadini dell’uno e dell’altro sesso possono accedere ai pubblici uffici pubblici .. in condizioni di eguaglianza”*, l’art. 37, comma 1, cost. sancisce che alla *“donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore”*, parimenti l’art 117, comma 7, Cost. secondo cui *“le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale ..”* ecc.

Si tratta, a ben vedere, di disposizioni che “esplicitano” in vari ambiti - quello dei rapporti politici, dei rapporti economici e così via - il precetto costituzionale del divieto di discriminazione basato sulle distinzioni di sesso: diversamente non si comprenderebbe l’accostamento tra uomo e donna in siffatte norme. Se l’eguaglianza tra i sessi costituisce valore ordinamentale da perseguire essendo lo stesso elencato nei principi fondamentali della *Charta*, non sfugge che le citate norme attuano o comunque rafforzano proprio il precetto ex art. 3 Cost. in parte *qua*.

Si tratta, dunque, di norme che svelano il senso del divieto di discriminazione basato sul sesso - e quindi costituiscono una sorta di interpretazione autentica dell’art. 3, comma 1, Cost. - ed in particolare avvertono l’interprete che oggetto del divieto in parola è la preclusione ad un diverso trattamento normativo, già a livello di precetto costituzionale, dell’uomo e della donna, potendo quindi il divieto considerarsi vulnerato allorché un diritto o una libertà fondamentale risulta riconosciuta soltanto ad uno dei due attori del rapporto di genere.

Può sottolinearsi, allora, che il divieto di discriminazione sulla scorta del sesso ex art. 3 Cost. risulta ontologicamente calibrato con riferimento ad un rapporto di genere (uomo e donna) e, pertanto, presuppone una sorta di analisi comparativa: si intende dire che soltanto all’esito di una comparazione tra “l’ampiezza” delle sfere giuridiche facenti capo all’uomo ed alla donna tutelate dalla Repubblica si può giungere a parlare nei termini di una violazione del divieto. Ciò, appunto, quando si assiste ad uno sbilanciamento di tutela o riconoscimento di libertà a favore di un genere rispetto all’altro.

Ecco quindi che, oltre un rapporto di genere, il divieto in argomento presuppone altresì un rapporto tra tutele o esercizio di diritti intestati alle due categorie di cittadini di diversa natura. Ma nel caso degli omosessuali qual è l’altro “soggetto di genere” la cui sfera giuridica risulta avvantaggiata (o vulnerata) dall’ordinamento? Se manca la possibilità di una comparazione tra tutele, significa che non viene in emersione alcuna discriminazione quantomeno basata sul sesso. Risulta allora non conferente il richiamo in parte *qua* dell’art. 3, comma 1, Cost. non potendo il medesimo nemmeno essere oggetto di una esegesi evolutiva/estensiva tale da ricomprendervi le discriminazioni basate sull’orientamento sessuale: si ricava dalla offerta interpretazione sistematica (accostamento uomo-donna) che la discriminazione vietata è soltanto quella avente ad oggetto diversi trattamenti normativi rispetto ad una diversità di genere “di partenza”.

Potrebbe parlarsi di discriminazione relazionale ovvero imperniata su una analisi comparativa avente ad oggetto trattamenti normativi di soggetti diversi nel genere e singolarmente considerati. Nella specie, però, se appare identificabile il genere di partenza di uno dei due poli del trattamento normativo (uomo o donna), non si “personifica” l’altro.

Né pare obiettabile che nella specie i termini di raffronto sono costituiti dai coniugi di diverso sesso uniti in matrimonio da un lato e quelli di eguale genere dall'altro: in tal caso, infatti, non si comprenderebbe quale "sesso" venga discriminato.

Pare che l'orientamento sessuale di un cittadino più che riconducibile interpretativamente ad una questione di genere e dunque catalogabile nell'ambito applicativo del divieto di discriminazioni basate sulle distinzioni di sesso, possa annoverarsi sempre nell'alveo dell'art. 3, comma 1, Cost., ma al più quale "condizione personale" del cittadino. Lo confermerebbe, appunto, una lettura sistematica delle norme costituzionali indicate e costituenti proiezione del divieto di discriminazione basato sul sesso laddove, ai fini del rispetto dell'eguaglianza tra generi, appare ineludibile proprio la "contrapposizione "uomo-donna".

Ma nel raffronto tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali appare non conferente il richiamo ad un asserito trattamento normativo discriminante basato sulle distinzioni di sesso.

Quanto precisato porta ad una ulteriore e importante considerazione.

Posto che dalla rassegna delle disposizioni costituzionali indicate potrebbe configurarsi una sorta di statuto attuativo del principio fondamentale dell'eguaglianza tra i diversi sessi o, al contrario, del correlativo divieto di discriminazione, rimane da interrogarsi sulla presenza di una simile norma "attuativa" anche nell'ambito del Titolo II della Parte I della Costituzione dedicato, appunto, ai rapporti etico-sociali e dunque alla famiglia ed al matrimonio.

Ebbene, una siffatta disposizione appare contenuta nell'art. 29, comma 2, Cost., secondo cui il matrimonio "è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi ...".

Il riferimento all'eguaglianza giuridica enunciato dalla norma ben può costituire - al pari di tutte le altre disposizioni costituzionali che contemplano dapprima ed espressamente una diversità di sesso dei cittadini per poi proclamare il rispetto dell'eguaglianza di trattamento⁵ - diretta proiezione, anche in tal caso, dell'art. 3, comma 1, Cost.: intanto l'art. 29, comma 2, Cost. invoca il rispetto dell'eguaglianza tra coniugi in quanto v'è alla base una differenza di genere che, nel rispetto dell'art. 3, comma 1, impone una parità di trattamento giuridico.

Se tutte le norme costituzionali che contengono un riferimento alla eguaglianza o alla parità operano un espresso riferimento al rapporto di genere, appare del tutto legittima quell'opzione esegetica secondo cui, laddove il legislatore costituente si è limitato a menzionare soltanto l'eguaglianza tra dei soggetti aventi un certo *status* ovvero i coniugi (art. 29 Cost.) lo stesso abbia in realtà voluto "azzerare" anche in tal caso possibili discriminazioni di genere ex art. 3, comma 1, Cost..

Dunque, il secondo comma dell'art. 29 Cost. quale esplicitazione del valore "eguaglianza tra sessi" di cui all'art. 3, comma 1, Cost., alla luce di un lettura sistematica delle norme costituzionali nelle quali palese ed espresso è il riferimento alle diversità di genere. Nessuna contraddizione si appalesa, allora, tra le due disposizioni costituzionali,

⁵ Si pensi all'art. 51, comma 1, Cost. secondo cui "tutti i cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere ai pubblici uffici pubblici .. in condizioni di eguaglianza", l'art. 37, comma 1, Cost. secondo cui "la donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore", l'art. 117, comma 7, Cost. secondo cui "le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale .." ecc.

costituenti l'una esplicitazione dell'altra al pari di altri precetti costituzionali attuativi dell'art. 3 in parte qua.

Non v'è spazio, insomma, per discorrere di una discriminazione tra sessi oppure sulla scorta dell'orientamento sessuale dei cittadini allorquando si nega l'ammissibilità costituzionale del matrimonio tra omosessuali: se l'art. 29 "attua" nell'ambito della famiglia fondata sul matrimonio il canone dell'eguaglianza giuridica tra generi, ciò significa che in assenza di una diversità di sesso tra i nubendi, non solo non verrà in questione alcun problema di eguaglianza, ma altresì non v'è modo di paventare una "estensione" dell'istituto matrimoniale (per persone di eguale genere) pena la disapplicazione del dato positivo che prescrive tale diversità.

L'approdo ermeneutico offerto sembra così ancorato ad argomenti di diritto positivo - non costumi sociali o modelli storici - peraltro desumibili dalla stessa fonte costituzionale.

Avvocato - studiolegale.dangelo@libero.it