

## SUDAFRICA: La Corte suprema e il *same-sex marriage*

di Morris Montalti

Con la sentenza *Fourie-Equality Project* (dicembre 2005), la Corte costituzionale sudafricana ha sancito l'incostituzionalità sia della definizione eterosessuale di matrimonio, così come elaborata dalla *common law*, sia della sez. 30(1) del *Marriage Act* che, pur non definendo il matrimonio *per se*, imponeva al celebrante di pronunciare una formula coniata secondo il paradigma eterosessuale. Nel far ciò, la Corte ha fatto perno sul divieto di «discriminare ingiustamente direttamente o indirettamente in ragione di uno o più fattori, incluso (...) l'orientamento sessuale» e sul dovere di rispetto e protezione della «inerente dignità umana» (sezz. 9 e 10 cost. finale). I giudici costituzionali avrebbero potuto argomentare l'incostituzionalità ricorrendo anche al *privacy argument* - sollevato dalle parti -, ma al riguardo hanno sostenuto di «non ritenere necessario considerare se, in aggiunta, [la normativa impugnata] costituisca una violazione del diritto alla privacy dei ricorrenti nei termini della sezione 14 cost. finale». Tale scelta, apparentemente sguarnita di vere e proprie motivazioni sostanziali, trova in realtà forti argomenti di supporto intuibili dal complessivo *iter* argomentativo.

Sachs J. ha avvertito che l'oggetto del giudizio non concerneva un espresso divieto, come ad esempio la proibizione di una condotta omosessuale, bensì «il dato che nessuna previsione [fosse] fatta per i ricorrenti, e per tutti coloro che viv[eva]no una condizione simile, di sposarsi reciprocamente», sicché compito della Corte era stabilire, propriamente, se «la mancata inclusione delle *same-sex couples*» nel matrimonio fosse costituzionalmente compatibile con le sezz. 9 e 10 cost. finale. Rispetto a tale questione, pertanto, il *privacy argument* assumeva un significato ambiguo, giacché la pretesa dei ricorrenti non era tanto la non ingerenza pubblica in questioni pertinenti aspetti e scelte di vita privata-familiare, quanto il solenne riconoscimento pubblico, di fronte allo Stato e alla collettività, della loro unione. La Corte ha quindi evitato di ricorrere alla *privacy* perché doveva fornire risposta ad una questione diversa dal determinare se un ordinamento democratico dovesse rifiutarsi di prendere parte attiva alle pratiche di stigmatizzazione ai danni delle minoranze sessuali; questa doveva invece stabilire se un sistema autenticamente democratico dovesse spingersi anche oltre, sino a proteggere positivamente, tramite l'estensione della disciplina statale del matrimonio, l'eguaglianza e la dignità di una categoria vulnerabile di cittadini, contribuendo così alla creazione di un ambiente facilitante e visibile in cui tutti possano vivere le loro relazioni affettive liberi dai marchi della vergogna e dello stigma.

La Corte ha risposto affermativamente a tale questione, ponendo al centro delle sue inferenze il riconoscimento del diritto ad essere diversi e di mostrare le differenze - discendente dagli imperativi di eguaglianza e dignità umana -, e sviluppando così l'ideale di un paradigma normativo inclusivo di molteplici forme di diversità biologica, sociale, culturale. Il fatto che il *Bill of Rights* non contempri un espresso diritto fondamentale al matrimonio non deve essere inteso, invero, come rinuncia da parte della costituzione «sia a proteggere quel diritto sia la concomitante pretesa ad essere trattati egualmente e con dignità nell'esercizio di quel diritto». La ragione per cui i padri costituenti non disposero nulla in merito risiede nell'impossibilità di fornire un paradigma intramontabile di formazione familiare, ossia di definire «questioni strettamente correlate alla storia, alla cultura, e alle speciali circostanze sociali», ma ciò non implica la negazione dei diritti fondamentali al matrimonio e alla creazione di una famiglia in linea coi valori di dignità umana, eguaglianza e libertà. Una società aperta e democratica «accoglie tutti ed accetta le persone così come sono. Penalizzare le persone per chi e ciò che sono è profondamente irrispettoso della personalità umana e lesivo dell'eguaglianza. Eguaglianza significa eguale considerazione e rispetto attraverso la differenza. Il rispetto dei diritti umani implica l'affermazione di se stessi, e non la negazione. L'eguaglianza quindi non implica un livellamento od omogeneizzazione del comportamento, o il decantare una forma come suprema, e un'altra come inferiore, ma il riconoscimento e l'accettazione della differenza». La costituzione sudafricana non accetta l'idea di supremazia di un gruppo, di una razza, di un sesso, di una cultura, di una religione, di un orientamento sessuale, e «riconosce quindi le variabilità degli esseri umani (genetiche e socio-culturali), afferma il diritto ad essere diversi e celebra la diversità della nazione (...). Tolleranza non significa far spazio a persone e pratiche con cui la maggioranza si sente a proprio agio, ma accogliere le espressioni di ciò che di norma si avverte come fastidioso». Il diritto ad essere diversi protegge l'interesse ad «esprimere se stessi senza essere costretti a subire la subordinazione imposta da valori culturali e religiosi altrui», riconoscendo così uno spazio pubblico «ai membri della comunità che non aderiscono alla norma maggioritaria». L'esclusione delle *same-sex couples* dal matrimonio lede il *right to be different* perché «rappresenta un duro, se non subdolo, mezzo normativo per asserire che le coppie dello stesso sesso sono outsider sociali, e che il loro bisogno di affermazione e protezione delle loro relazioni intime, come esseri umani, è in qualche modo minore rispetto a quello delle coppie eterosessuali. Ciò rinforza l'idea

lacerante che gli omosessuali debbano essere trattati come stranezze biologiche, come esseri umani falliti o scaduti che non rientrano nella società normale, e che, come tali, non presentano i requisiti minimi per la piena considerazione morale e il rispetto che la costituzione sudafricana intende assicurare a tutti».

Oltre ad essere fortemente intrisa di considerazioni pertinenti profili di etica costituzionale, la decisione della Corte rivela, sullo sfondo, che dietro radicati paradigmi normativi esiste sempre il rischio dell'errore e dell'illusione, giacché questi sottendono false concezioni di se stessi, della supposta "normalità" sociale e del mondo in cui vivono gli uomini. Il gioco della verità e dell'errore, infatti, non si gioca unicamente nella coerenza logica e nella verifica empirica delle teorie normative, ma anche nella zona invisibile dei paradigmi legali, definiti, questi ultimi, tramite la promozione/selezione dei concetti dominanti dell'intelleggibilità. Il paradigma normativo è nascosto sotto la logica della legge e seleziona i criteri che diventano al contempo preponderanti ed evidenti sotto il suo dominio (normalità-anormalità, esclusione-inclusione, affermazione-negazione). Questo accorda in tal modo privilegi ad alcune categorie a discapito di altre, e riconosce al contempo validità, universalità, necessità e verità unicamente alla logica che ha scelto. Dunque, il paradigma normativo prescrive - assumendo un ruolo sovrano in ogni teoria, dottrina, pensiero e comportamento umani - e proscrive - designando le categorie normali, protette, incluse ed affermate a scapito di quelle anormali, emarginate, escluse e negate. E ciò che è più grave è che gli errori concettuali ed intellettuali sottesi nei radicati paradigmi normativi sopravvivono malgrado i controlli razionali, giacché le emozioni sono in rapporto di stretta relazione con le norme sociali, in guisa che gli stessi paradigmi rappresentano la proiezione dei desideri e delle paure umane. Pertanto l'affermazione del paradigma normativo eterosessuale si fonda prevalentemente - al pari di diversi altri paradigmi legali stigmatizzanti categorie vulnerabili come le donne, i disabili, gli anziani, ecc. - sul fatto che «[g]li esseri umani sono profondamente inquietati della condizione stessa dell'umanità: ossia dall'essere creature notevolmente intelligenti e piene di risorse, da una parte, ma deboli e vulnerabili, inermi dinanzi alla morte, dall'altra parte. Noi ci vergogniamo di questa condizione terribile e, in modi molteplici, tentiamo di rifuggirla e nasconderla ai nostri occhi. Così facendo sviluppiamo e insegniamo tanto la vergogna per la fragilità umana quanto il disgusto per i segni della nostra animalità e mortalità» (M. Nussbaum). Entrambe le emozioni, tuttavia, sono associate a forme di comportamento sociale in cui un gruppo dominante sottomette e stigmatizza altri gruppi, poiché la creazione di sottogruppi stigmatizzati, percepiti come diversi e anormali, permette al contempo al gruppo dominante - dietro la confortante finzione della normalità - di esercitare una parvenza di controllo utile a rinnegare ancor più vigorosamente la propria limitata condizione umana. Il vero punto, quindi, è stabilire in quale misura un ordinamento impegnato a garantire il rispetto liberale della dignità umana, eguaglianza e pluralismo deve occuparsi di giudicare le emozioni, e quindi i paradigmi normativi che esse implicano. Sachs J, memore dell'*apartheid*, nel *same-sex marriage case* fornisce una risposta che va ben oltre il fenomeno della stigmatizzazione delle minoranze sessuali per mezzo di un paradigma normativo eterosessuale, osservando che in Sudafrica «la schiavitù è durata per un secolo e mezzo, il colonialismo due volte tanto, e la proibizione dei matrimoni interrazziali ancor di più, e l'esplicita dominazione maschile per millenni. Tutti questi fenomeni furono apparentemente giustificati da fattori biologici e sociali presunti auto-evidenti, e furono concretizzati in precetti religiosi e in imposizioni legali; i primi due fenomeni sono oggi visti con risolutivo disdegno, ed il terzo con un forte senso di vergogna ed imbarazzo. Allo stesso modo, il fatto che oggi il diritto incorpori norme convenzionali della maggioranza non diminuisce in alcun modo il loro impatto discriminatorio. Sicché proprio quei gruppi che non possono fare affidamento sul supporto popolare e su una sufficiente rappresentanza negli organi legislativi possono rivendicare i loro diritti fondamentali ricorrendo all'applicazione del *Bill of Rights*».

Le affermazioni della Corte, a mio avviso, confermano che anche in ambito legale al determinismo dei paradigmi si associa il determinismo delle convinzioni e delle credenze, le quali, quando regnano su una società, impongono a tutti la forza imperativa del sacro, la forza normalizzatrice del dogma, la forza proibitiva del tabù. Il paradigma normativo dominante dispone al contempo di forza imperativa, che arreca l'evidenza ai convinti, e della forza coercitiva, che suscita il timore inibitore negli esclusi. Il potere proibitivo e coercitivo dei paradigmi legali determina gli stereotipi cognitivi, idee accolte acriticamente, rifiuti dell'evidenza in nome dell'evidenza, e fa regnare i conformismi che nascondono un radicato *imprinting* culturale, che a sua volta modella gli esseri umani sin dalla nascita. Anche in ambito legale, quindi, l'inatteso sorprende fortemente, perché sovente ci si installa con troppo grande sicurezza in teorie ed idee che non hanno alcuna struttura di accoglienza per il nuovo. Ma il nuovo spunta continuamente, senza possibilità di prevedere il modo in cui si presenterà. Ed una volta giunto l'inatteso, si dovrà dimostrare di riuscire a rivedere anche le teorie e le idee (apparentemente) incontestabili. Ciò non solo perché l'accettazione del nuovo o del diverso disorganizza il sistema legale mentre lo riorganizza, nel suo processo di trasformazione o di metamorfosi, ma soprattutto perché la dignità umana, intesa come fine ultimo intrinseco al liberalismo, non sopporta che il disgusto e la vergogna avvertiti dai più possano generare la subordinazione di una minoranza più debole, nemmeno quando questa gerarchia fra gruppi si estrinsechi tramite la pretesa legale, solo apparentemente meno invasiva, di una "copertura" delle differenze, ossia nella

richiesta di non ostentare la differenza in spazi pubblici.

Forum di Quaderni Costituzionali



i Costituzionali