

MORRIS MONTALTI, *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bologna, Bononia University Press, 2007.

“E forse così mi sarà consentito concludere le mie considerazioni con una di tali storie, una storia che raccontavano i chassidim, e che sta a indicare lo svolgimento del chassidismo stesso. Eccola così come l’ho sentita raccontare dalla viva voce del grande narratore ebreo S.J. Agnon.

Quando Bàal-shem doveva assolvere un qualche compito difficile, qualcosa di segreto per il bene delle creature, andava allora in un posto nei boschi, accendeva un fuoco, e diceva preghiere, assorto nella meditazione: e tutto si realizzava secondo il suo proposito. Quando, una generazione dopo, il Maggìd di Meseritz si ritrovava di fronte allo stesso compito, riandava in quel posto nel bosco e diceva: “Non possiamo più fare il fuoco, ma possiamo dire le preghiere” – e tutto andava secondo il suo desiderio. Ancora una generazione dopo, Rabbì Moshè Leib di Sassow doveva assolvere lo stesso compito. Anch’egli andava nel bosco, e diceva: “Non possiamo più accendere il fuoco, e non conosciamo più le segrete meditazioni che vivificano la preghiera; ma conosciamo il posto nel bosco, dove tutto ciò accadeva, e questo deve bastare”. E infatti ciò era sufficiente. Ma quando di nuovo, un’altra generazione dopo, Rabbì Yisra’èl di Rischin doveva anch’egli affrontare lo stesso compito, se ne stava seduto in una sedia d’oro, nel suo castello, e diceva: “Non possiamo fare il fuoco, non possiamo dire le preghiere, e non conosciamo più il luogo nel bosco: ma di tutto questo possiamo raccontare la storia”. E – così prosegue il narratore – il suo racconto da solo aveva la stessa efficacia delle azioni degli altri tre.

Si può dire, volendo, che questa breve profonda storia descriva simbolicamente la decadenza di un grande movimento; ma si potrebbe anche dire che essa rappresenti la trasformazione subita in questo movimento da tutti i valori. Una trasformazione tanto profonda che da ultimo del mistero non resta che la sua storia”.

Gershom Scholem (1941)

Se nel libro sono pronunciate critiche severe nei confronti d’autorevoli interpreti delle Carte sui diritti umani, la ragione risiede nella convinzione che in una società aperta, democratica e progredita sia necessario cessare l’abitudine della deferenza nei tabù, nei pregiudizi, nelle tradizioni discriminatorie, nelle ossessioni emotive irrazionali. Le prassi interpretative che attingono elementi di valutazione da paradigmi e costrutti culturali dominanti, sol per questo ritenuti normali e giusti, possono infatti indurre in errore e costituire un perenne attacco contro la libertà e la ragione, sì che la loro influenza, quasi mai contestata dalle maggioranze legislative, continua a fuorviare e dividere quanti intendono e possono concorrere a difendere la civiltà. La responsabilità di questa tragica divisione ricade su tutti noi, e perciò non può esitarsi a criticare con franchezza e onestà intellettuale quanto da troppo tempo fa parte del nostro bagaglio culturale e sociale. La reticenza intellettuale alla critica può essa stessa contribuire al radicamento di una società democratica ingiusta riluttante nei confronti di gruppi impopolari, i quali, sebbene possano per ragioni diverse risultare sgraditi, devono comunque essere inclusi nel concetto universale di umanità.

Lo spirito cui si è tentato di informare la scrittura del libro è dunque quello dell’analisi critica del dibattito costituzionale più recente in tema di orientamento sessuale, e a tal

stregua si è indirizzato lo sguardo verso principi ritenuti fondamentali per la costruzione di una società effettivamente democratica ed aperta a stili di vita differenti e modi minoritari d'intendere la felicità e la realizzazione personale. Il punto è che tale trasformazione non è socialmente indolore. Anzi, proprio in tale transizione si manifestano i primi sintomi di un nuovo disagio sociale. Sono gli effetti stressanti della civiltà, come insegna mirabilmente Karl Popper, strenuo difensore della società aperta. "Questo effetto stressante, questo disagio" – ricorda il filosofo - "è una conseguenza del collasso della società chiusa. Esso è avvertito anche ai nostri giorni, specialmente in periodi di mutamenti sociali. E' l'effetto stressante prodotto dallo sforzo che la vita in una società aperta e parzialmente astratta richiede continuamente da noi – con l'esigenza di essere razionali, di rinunciare ad alcuni almeno dei nostri bisogni sociali emozionali, di badare a noi stessi e di accettare la responsabilità. Noi dobbiamo (...) sopportare questo effetto stressante come il prezzo da pagare per ogni accrescimento di conoscenza, di ragionevolezza, di cooperazione e di reciproco aiuto e quindi, delle nostre possibilità di sopravvivenza e dell'entità della popolazione. E' il prezzo che dobbiamo pagare per essere umani"¹.

Credo che l'effetto stressante della civiltà di concezione popperiana sia molto simile al fenomeno - oggi ridicolizzato nelle affermazioni di molti uomini dal diverso colore politico - di deriva zapaterista, a seguito di una serie di riforme ritenute impopolari occorse in Spagna in tema di aborto, matrimonio tra persone dello stesso sesso, eutanasia, ricerca sulle staminali embrionali, divorzio, politica estera. Lo stesso può dirsi rispetto all'accorato dibattito italiano sul progetto legislativo in tema di convivenze di fatto (DICO, CUS), laddove da più parti continuano a sostenersi visioni (discriminatorie) socialmente costruite di famiglia e matrimonio, giacché "l'ipotesi di una famiglia non fondata sul matrimonio, ma su accordi meno impegnativi, costitui[rebbe] (...) un oggettivo attacco alla rilevanza sociale del patto coniugale, alla sua capacità di assunzione di responsabilità verso il bene comune e verso la società nel suo complesso"². *Idem* deve dirsi rispetto alle eterogenee misure antigay americane, tra cui il *marriage amendment* alla costituzione federale, o alle contestate prassi d'interpretazione costituzionale - diffuse negli Stati Uniti, ma anche in molti ordinamenti dell'Africa australe e altrove – che, secondo logiche solo in apparenza coerenti e razionali, considerano la tradizione o la storia come parametro normativo ultimo di definizione dei limiti dei diritti fondamentali e/o dell'ammissibilità di nuovi diritti. Tuttavia, di là delle singole vicende politiche e giuridiche locali, chiare espressioni di un ingiustificato panico morale, credo fermamente nella necessità di affrontare le questioni legali attorno al senso individuale di identità sulla base della discussione critica, razionale e dialettica. Sono convinto che la risposta alle questioni controverse sull'essere debba scorgersi nell'apertura all'eterno divenire, da regolare nel tempo attraverso la costante e ragionata costruzione e decostruzione dei confini dei diritti fondamentali, in guisa che questi siano sempre al passo con le evoluzioni sociali e con concezioni pluralistiche e universali di dignità umana.

Si è detto dunque che i nostri pensieri e modi di vita sono pesantemente condizionati dalla pressione di tabù sessuali, di paradigmi culturali sessisti, di tradizioni radicate che assurgono al ruolo di veri e propri miti sociali. Tuttavia, se si parte dal presupposto che tutti questi costrutti sociali possano portare ad ingiustificate chiusure mentali nei confronti del diverso, allora è necessario che ciascun interprete utilizzi metodi e concetti i più critici e dialettici possibile per fornire risposta alle istanze sociali inusuali, ritenute comunemente anormali. E la razionalità è la miglior barriera contro l'errore e l'illusione. Due sono le forme di razionalità che secondo i casi possono essere utilizzate nell'opera di delimitazione dei

¹ K.R. Popper, *La società aperta e i suoi nemici*, M. Pera (a cura di), Armando Editore, Roma, 1993, vol. 1, 248-249.

² Il forum delle Associazioni Familiari, *Si alla famiglia*, gennaio 2007, in www.forumfamiglie.org (16/02/2007).

confini dei diritti fondamentali. Vi è anzitutto un tipo di razionalità costruttiva, che elabora teorie coerenti verificando il carattere logico dell'organizzazione teorica, la coerenza tra le idee che compongono la teoria, l'accordo tra le sue asserzioni e i dati fattuali a cui essa si applica. Una tale razionalità deve restare aperta a ciò che la contesta, perché diversamente diverrebbe mera razionalizzazione dottrinarica. Vi è poi una razionalità critica, che si esercita sugli errori e sulle illusioni delle credenze, delle dottrine e delle teorie. Ciò perché la razionalità costruttiva porta in seno una possibilità d'errore nel caso in cui questa sfoci nella razionalizzazione. Dunque la razionalizzazione genera parvenze di razionalità perché costituisce un sistema logico perfetto, mentre in realtà si fonda su basi paradigmatiche false, chiuse alla contestazione e alla comparazione dei suoi argomenti. In tal senso, il passo di Gershom Scholem - tratto dal bel libro *Le grandi correnti della mistica ebraica*³ - è la conferma di come perfino i miti possano essere letti secondo differenti versioni e di come possano essere offerte soluzioni più o meno *costruite* ad un medesimo enigma. Possono esserci enigmi che non hanno soluzione, enigmi la cui funzione è dunque semmai qualificabile come interrogativa, come una sorta d'invito continuo a trovare soluzioni sempre diverse e nuove, sapendo però che, per definizione, prima o poi ci si troverà a pensare, dopo averne escogitata una, che non è più la soluzione giusta. Dunque qualunque formulazione o spiegazione di una questione può non essere altro che un'ulteriore soluzione, efficace perché costruita nei termini necessari a quel dato contesto, a quel preciso momento storico e a quel dato tipo di fruitori. Ma comunque non sarà mai la soluzione giusta in assoluto.

Dopo aver enfatizzato l'importanza dell'attività mitopoietica ed aver sostenuto che essa costituì in fondo la più grandiosa novità del chassidismo rispetto alla tradizione ebraica, Scholem mostra con un bell'esempio il valore delle variazioni decostruite delle varianti di un racconto mitico, ammettendo espressamente come questa modalità interpretativa possa essere vista non solo nei termini tutto sommato popperiani di una simbolica e stressante decadenza di un grande movimento, ma anche come la giusta trasformazione subita in questo movimento da tutti i valori. Una trasformazione tanto profonda che da ultimo del mistero non resta che l'essenza ultima: la sua storia. Un modo d'interpretare, quello descritto da Scholem, che può essere visto come una delle possibili descrizioni-spiegazioni dell'enigma sempre uguale contenuto nel mito di Aristofane sull'origine dell'orientamento sessuale, ampiamente ripreso nel libro, o dei concetti-valore di dignità, eguaglianza e libertà che stanno alla base delle società aperte e democratiche propugnate dai *Bill of Rights*. Il punto resta sempre quello dell'efficacia e del senso da attribuire a miti, tradizioni, paradigmi e costrutti sociali di vario tipo: questi nascondono o rivelano? Non può risponderci facilmente a questa domanda, magari argomentando troppo semplicisticamente che questi fanno tutt'e due le cose contemporaneamente. Il fatto è che, in un dato momento storico, certe costruzioni rivelano, a chi le pensa e condivide, più di quanto non facciano altre formulazioni meno costruite. E in quanto svelanti, queste concezioni decostruite dei valori e dei diritti fondamentali debbono avere un'efficacia sull'interprete dei *Bill of Rights*, e illuminarlo nel processo di assegnazione di significati.

Il dibattito costituzionale sull'orientamento sessuale mostra tutto questo, ed in merito la comparazione giuridica assume un ruolo fondamentale. L'analisi comparata compiuta nel libro sulle questioni riguardanti l'orientamento sessuale mostra come una teoria sui diritti fondamentali non debba né essere puramente e semplicemente strumentalizzata, né imporre autoritativamente i suoi verdeti. Al contrario, questa teoria deve essere relativizzata e talvolta razionalmente decostruita, perché sol così può contribuire all'applicazione universale dei diritti fondamentali. Alcuni modelli evoluti di protezione dell'orientamento sessuale, Canada e Sudafrica in prima linea, mostrano come sia

³ G. Scholem, *Le grandi correnti della mistica ebraica*, G. Busi (a cura di), Torino, Einaudi, 1993, 353.

possibile partire dagli stessi costrutti sociali che possiedono le menti per farsi possedere da idee universalizzanti frutto di critica, apertura e complessità, in modo da poter immaginare una rete normativa scevra da tabù e tradizioni storico-religiose radicate, e quindi un sempre maggior spazio di decisione individuale in settori pertinenti la vita emotiva e sessuale. E ciò è possibile anche a prescindere da un'esplicita clausola protettiva dell'orientamento sessuale, perché il riconoscimento delle minoranze sessuali deve discendere da concezioni necessariamente decostruite, inglobanti, e indi universali di dignità umana. Anzi, in assenza di prassi interpretative razionalmente decostruite, le stesse clausole costituzionali di protezione espressa delle minoranze sessuali possono divenire lettera morta, come ben insegna l'esperienza delle isole Figi. Infatti, nonostante l'introduzione nel 1997 della sez. 38 cost., che espressamente protegge l'orientamento sessuale, le Figi mantennero in vigore sino all'agosto 2005 disposizioni penali ereditate dalla storica tradizione moralizzatrice coloniale britannica, disposizioni che figurano come chiare trasposizioni normative di costruzioni religiose che consideravano – e considerano – moralmente riprovevole ogni forma di attività sessuale non procreativa e/o al di fuori del vincolo coniugale, in quanto in contrasto con l'idea, a sua volta preconcepita e carica di elementi culturali, di ordine naturale divino.

La riflessione razionale sui costrutti che circondano l'orientamento sessuale è dunque di capitale importanza perchè la ricerca del modello ideale di protezione costituzionale delle minoranze sessuali può assumere il carattere di un problema che deve essere discusso razionalmente. In altri termini, è possibile prendere una decisione razionale circa la desiderabilità o meno di un particolare assetto costituzionale, o di alcune sue modificazioni espresse o implicite di natura informale, che mirino a riconoscere le minoranze sessuali e a proteggerle da indegne interferenze discriminatorie nell'esercizio della libertà. Al riguardo, si è vista la difficoltà di distinguere in base a criteri incontrovertibili le categorie umane naturali da quelle sociali, ossia l'impossibilità di formulare un giudizio certo circa l'origine biologica o culturale dell'orientamento sessuale, sicché è anzitutto illogico subordinare il diritto fondamentale all'eguaglianza e al rispetto dell'orientamento sessuale al fatto che quest'ultimo sia inquadrabile come elemento naturale e/o come fattore esclusivamente innato incarnante una condizione personale necessariamente immutabile, o comunque come uno *status* tale da annullare la possibilità di esercitare alcuna libera scelta individuale afferente la sfera emotiva e sessuale.

Non solo. Da un punto di vista costituzionale, l'argomento dell'immutabilità non potrebbe essere accettato nemmeno se vi fosse uniformità di vedute circa l'intrinseca immutabilità dell'orientamento sessuale e/o della sua assoluta estraneità alla sfera delle scelte personali, giacché così ragionando si finirebbe per restringere arbitrariamente l'ambito applicativo dell'eguaglianza e del correlativo diritto fondamentale ad essere rispettati e non discriminati. Ritenere infatti che l'eguaglianza accordi protezione unicamente alle condizioni personali immutabili, non oggetto di scelta individuale, o addirittura naturali, è errato in principio. Nella generalità dei casi le clausole antidiscriminatorie trovano applicazione sia rispetto a fattori quali razza, origini etniche, colore o età, i quali non possono *mai* costituire l'oggetto di una scelta individuale ed in tal senso sono immutabili, sia rispetto a fattori come religione, sesso o ad altre condizioni personali più o meno facilmente modificabili e/o esercitabili tramite atti di volizione individuale. L'eguaglianza deve dunque coerentemente essere ripristinata sia alla presenza di discriminazioni che riguardino propriamente l'attrazione sessuale, sia nei casi di illegittima interferenza nelle scelte o condotte di vita emotiva e sessuale in cui fattivamente si esprima l'inclinazione sessuale, giacché in entrambi i casi l'identità e la dignità delle persone colpite subirebbero gravi lesioni. Diversamente, poi, si verificherebbe il paradosso aggiuntivo per cui l'eguaglianza finirebbe per proteggere le minoranze sessuali che rinuncino a comportarsi

conformemente alla loro attrazione accettando una sorta di imposizione pubblica al celibato o alla sessualità eterosessuale.

L'art. 3 della costituzione italiana, dopo avere precisato che l'eguale rispetto e considerazione sociale di tutti i membri della comunità civile rappresenta il fine/valore ultimo da salvaguardare e promuovere - "[t]utti i cittadini hanno pari dignità sociale" (art. 3, c. 1, cost.) -, prevede l'eguaglianza formale di tutti davanti alla legge senza distinzione di sesso, razza, lingua, religione, opinioni politiche e condizioni personali e sociali. Più in generale, la tendenza delle costituzioni recenti è di contenere un elenco più dettagliato di fattori di non-discriminazione - tal espansione si è talvolta realizzata per via informale-interpretativa, ritenendosi non esaustiva la lista dei fattori di non-discriminazione, come nel caso dell'art. 14 CEDU con *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* -, fattori dalla cui eterogenea natura si evince come l'eguaglianza protegga sia aspetti sicuramente culturali (opinioni politiche, condizioni sociali), sia condizioni personali immutabili (razza), difficilmente mutabili (sesso, religione) e normalmente mutabili (opinioni politiche, condizioni sociali, o condizioni personali *latu sensu*) in funzione di scelte. L'eguaglianza protegge dunque aspetti identitari che contraddistinguono gli esseri umani (sesso, razza, condizioni personali e sociali) e aspetti che, oltre ad assumere un indiscusso valore distintivo, necessitano di esprimersi tramite scelte o condotte individuali (religione, opinioni politiche), tanto da divenire l'oggetto di una scelta fondamentale (libertà di religione, di manifestazione del pensiero, d'associazionismo politico, e così via).

Su quest'ultimo punto s'impone tuttavia una precisazione. L'inesistenza (sovente riscontrabile nei testi costituzionali) di un pedissequo parallelismo tra divieto di discriminazione in ragione di un peculiare fattore, da un lato, ed espressa previsione di libertà avente questo come oggetto principale della scelta fondamentale, dall'altro, non deve essere vista come elemento da cui desumere l'intrinseca limitazione dell'eguaglianza a proteggere unicamente *status* immutabili insuscettibili di scelta. Ciò perché anzitutto esistono condizioni immutabili che, proprio per il fatto d'essere estranee al dominio della volontà, non richiedono di essere proiettate fuori dal principio di eguaglianza al fine di riconoscere un'irrealistica "libertà di *status*", sicché parrebbe un vero e proprio non senso garantire ipotetiche libertà di razza, colore, origine nazionale, ecc. In secondo luogo, poi, può anche non esservi una formale corrispondenza fra il divieto di discriminazione in ragione di una peculiare condizione personale difficilmente o normalmente mutevole (religione, opinioni politiche), e quindi fra *status* suscettibili di esprimersi ed inverarsi tramite condotte volontarie, ed espressa previsione di libertà avente questa per oggetto della scelta, ma in tal caso la simmetria fra i due profili può ragionevolmente essere ristabilita. In Canada, ad esempio, la sez. 15(1) della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali (1982) non contempla le "opinioni politiche" fra i fattori di non discriminazione, ma nessuno dubita della sua inclusione in qualità di *analogous ground*, giacché la libertà di esprimere il pensiero politico e di fondare partiti sono entrambe suscettibili sotto la sez. 2(b) della Carta. Non solo: in Canada nemmeno lo stato di gravidanza (*pregnancy*) e lo *status* coniugale (*marital status*) - tutte due condizioni personali mutabili - sono menzionati fra i fattori di non-discriminazione, ma la Corte Suprema non ha esitato tanto ad includerli tra i fattori di non-discriminazione implicitamente vietati, tanto a riconoscere i diritti fondamentali alla gravidanza e al matrimonio tramite il ricorso alla sez. 7 della Carta, ossia tramite la clausola di chiusura di portata valoriale secondo la quale "[e]veryone has the right to (...) liberty (...) and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice". Una vicenda analoga è occorsa anche in Italia rispetto alla fattispecie del transessualismo. La Corte costituzionale italiana (sentenza 161/1985) ha contestualmente: (1) collocato l'identità sessuale fra le "condizioni personali e sociali" difficilmente mutabili, e (2) riconosciuto il "diritto all'identità sessuale", implicante una serie di facoltà/scelte

(sottoposizione al trattamento medico-chirurgico per l'adeguamento dei caratteri sessuali, rettificazione del sesso nei registri civili, ecc.) specificate dalla legge 164 del 1982 e riconducibili all'art. 2 cost. nazionale. La Corte rileva che "il transessuale, più che compiere una *scelta propriamente libera*, obbedisce ad un'esigenza incoercibile, alla cui soddisfazione è spinto e costretto dal suo '*naturale*' modo di essere", e che l'art. 2 cost. "non è violato quando e per il fatto che sia assicurato a ciascuno il *diritto* di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere *aspetto e fattore di svolgimento della personalità*"⁴.

Tutto questo dimostra come la discriminatoria interferenza nella libertà (nucleo forte) costituisca l'inevitabile punto di connessione tra pura libertà e pura eguaglianza, sempre che il fattore di discriminazione sia tale da poter costituire anche l'oggetto di una scelta fondamentale. Infatti, le differenziazioni normative che si fondano su tali fattori possono ad un tempo concretizzarsi in interferenze rispetto alla libertà di compiere scelte fondamentali e in discriminazioni dirette o indirette di membri appartenenti a gruppi vulnerabili. Dunque la salvaguardia dell'orientamento sessuale - inteso come direzione sessuale dell'attrazione e delle condotte emotivo-sessuali, nonché come aspetto contrassegnante l'identità - può raggiungersi seguendo un duplice percorso costituzionale. Il primo consiste nel considerare l'orientamento sessuale come aspetto incluso fra i fattori di non discriminazione vietati. Tale assetto protettivo può essere a sua volta il frutto sia di un espresso riconoscimento delle minoranze sessuali come gruppo vulnerabile, sia di un implicito principio integrativo delle clausole antidiscriminatorie, in base al quale l'orientamento sessuale gode di copertura costituzionale antidiscriminatoria o perché incarna condizioni personali e/o sociali protette (art. 3 cost. italiana), o perché considerato un *analogous ground* (sez. 15(1) della Carta canadese, art. 14 CEDU) o eventualmente una *suspect classification* (XIV Emendamento cost. USA). Il secondo percorso consiste invece nel considerare la scelta della direzione della condotta emotivo-sessuale come un'opzione fondamentale sussumibile sotto specifici imperativi di libertà (privacy, matrimonio, dignità umana, ecc.) che insieme sostanziano un diritto fondamentale più ampio alla libertà sessuale.

Rispetto a tale quadro, nel libro si sono dedicati ampi spazi al matrimonio e all'esperienza sudafricana non tanto – o meglio, non solo - perché frammenti nuovissimi del dibattito sull'orientamento sessuale, ma soprattutto perché provano l'intrinseca connessione tra i vari aspetti costituzionali normativi e valoriali implicati, e perché dalla loro analisi possono trarsi insegnamenti esportabili anche in ordinamenti in cui la protezione delle minoranze sessuali non è ancora divenuta una realtà costituzionale effettiva. Rispetto al primo profilo, si è visto come prassi matrimoniali invalse da secoli nella stramaggioranza degli Stati ritengano la diversità sessuale dei nubendi alla stregua di un elemento *essenziale* per l'esistenza del vincolo coniugale, giacché diversamente verrebbe meno la sua *base naturalistica*. Pure in Italia il Tribunale di Latina ha recentemente ritenuto a monte non applicabili le norme internazional-privatistiche in materia di famiglia e matrimonio argomentando principalmente che il matrimonio del cittadino italiano con persona dello stesso sesso non è trascrivibile nei registri dello stato civile del comune di residenza perché contrario all'ordine pubblico; al riguardo il Presidente relatore ha posto l'accento narrativo sul fatto che "allo stato dell'evoluzione della società italiana, il matrimonio tra persone dello stesso sesso contrasta con la storia, la tradizione, la cultura della comunità italiana, secondo una valutazione recepita dal legislatore e trasfusa nelle norme di legge, sia di rango costituzionale sia ordinarie, già ripetutamente richiamate, di cui il giudice deve essere solo fedele interprete, indipendentemente dalle sue convinzioni personali, e che nessuna interpretazione evolutiva, pure ove fosse in sintonia con il comune sentire,

⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 161, 23 maggio 1985, punto 10 del Considerato in diritto (corsivo aggiunto).

potrebbe, oltre certi limiti, superare”⁵. In realtà, la comparazione fra l’esperienza dei pochissimi Paesi che riconoscono alle coppie dello stesso sesso l’accesso all’istituto matrimoniale (Olanda, Belgio, Spagna, Canada, Sudafrica) e quella di Stati tuttora ancorati a visioni tradizionali dimostra come siffatta esclusione sia improntata principalmente al mantenimento di costrutti culturali e/o religiosi sessisti, i quali contrastano con un’idea coerente e razionale di matrimonio inteso come diritto fondamentale. I tempi tuttavia sembrano cambiare, come sembra potersi evincere dalle prassi applicative d’alcune giurisdizioni domestiche degli Stati Uniti, le quali sottolineano come il mancato riconoscimento del *same-sex marriage* realizzi ingiustificabili lesioni di un diritto fondamentale, del divieto di discriminazione in base al sesso/genere e del principio di eguaglianza di fronte alla legge, ovvero inaccettabili compressioni del bene giuridico anzitutto intangibile di dignità umana. Questo si è sostenuto con esiti fruttuosi solo in Massachusetts con *Goodridge*, ma l’incidenza di questo precedente sembra ora influire positivamente sulle prassi applicative d’altre giurisdizioni statunitensi interne – da ultimo, il 31 agosto 2007, una Corte distrettuale dello Iowa ha utilizzato i medesimi argomenti per dichiarare l’incostituzionalità della legge matrimoniale statale⁶.

In Sudafrica, l’espresso imperativo costituzionale di non-discriminazione in ragione dell’orientamento sessuale ha avuto un ruolo cardine nell’elaborazione di una teoria coerente e razionalmente decostruita sui diritti fondamentali. La clausola di protezione espressa delle minoranze sessuali ha assunto un ruolo centrale nella rivendicazione dei *gay rights*, ma la prassi applicativa ha dimostrato altresì l’essenzialità di altri disposti costituzionali, quali le sez. 10 (*human dignity*), 14 (*privacy*) e 28(2) (*the best interest of the child*) cost. finale. L’utilizzo cumulativo di questi disposti (*equal liberty argument*) ha consentito la protezione d’interessi fondamentali delle minoranze sessuali, dal momento che ha imposto alle Corti di invalidare una congerie di previsioni normative che criminalizzavano la *same-sex activity*, negavano alle *same-sex couples* benefici accordati alle *opposite-sex couples* (in materia di immigrazione, impiego e lavoro, successione, matrimonio), e impedivano agli omosessuali, singolarmente o in coppia, di esercitare diritti genitoriali tradizionalmente riconosciuti agli eterosessuali (in materia di adozione e procreazione assistita).

La sez. 9 cost. finale esprime contemporaneamente il riconoscimento del *diritto* a non subire *unfair discrimination* lesive della dignità e dei *valori* dell’antirazzismo, antisessismo e rigetto dell’omofobia, sicché l’interpretazione del *Bill of Rights* e del diritto sottostante deve essere compiuta alla luce di siffatto sistema obiettivo di valori costituzionali. La giurisprudenza delle Corti, *in primis* della Corte costituzionale, ha enfatizzato la duplice portata e le implicazioni d’entrambi gli aspetti. Giudici, avvocati, altri *adjudicators*, istituzioni private e cittadini sono tutti vincolati - in virtù dell’espressa applicazione del *Bill of Rights* ai rapporti verticali e a quelli orizzontali - al rispetto del diritto a non subire irrispettose *unfair discriminations* e all’interpretazione dell’ordinamento secondo una prospettiva valoriale neutralizzata riguardo a questioni concernenti l’orientamento sessuale. Le decisioni giudiziali in tema di orientamento sessuale dimostrano l’abbandono dell’atteggiamento omofobico che contraddistinse la fase antecedente l’emanazione delle costituzione transitoria, ad esempio in tema di custodia minorile o di diritti di natura genitoriale, finalizzati al conseguimento del migliore interesse del bambino. In tal senso, la sez. 9 cost. finale impone agli interpreti di decidere secondo un paradigma normativo maggiormente decostruito e applicabile a qualunque orientamento sessuale. Da un punto

⁵ Tribunale di Latina, Decreto 31 maggio - 10 giugno 2005 (Oggetto. Matrimonio tra individui dello stesso sesso contratto all’estero - Trascrizione nei registri dello stato civile - Rifiuto - Legittimità del decreto), in *Famiglia e diritto*, 2005, 4, 411.

⁶ *Katherine Varnum et al. v. Timothy J. Brien*, Case No. CV5965 (Iowa District Court for Polk County, 31 August 2007).

di vista costituzionale, gli omosessuali e i bisessuali non sono persone anormali o deviate, ma al contrario conducono vite produttive e soddisfacenti al pari degli eterosessuali, ed è tale visione valoriale che sta alla base del mutato atteggiamento giudiziale.

La vicenda costituzionale sudafricana sull'orientamento sessuale è significativa soprattutto per questo, e in tal senso nel libro esprimo piena adesione all'idea espressa da Albie Sachs nel *sodomy case*. Concorrendo con Ackermann J., estensore dell'opinione di maggioranza, Albie Sachs riconosce che l'espunzione della normativa discriminatoria nei confronti delle minoranze sessuali richieda per lo meno l'adesione a due principi base. Il primo è che si presti "appropriata considerazione al modo in cui il pregiudizio antigay lede la dignità dei membri della comunità gay, ponendo al centro il modo in cui la normativa (...) rinforza lo svantaggio sistemico sia da un punto di vista pratico che spirituale". Tuttavia, Albie Sachs è consapevole del fatto che ciò solo non sia sufficiente al fine dell'espunzione dei *sodomy laws* e delle altre misure discriminatorie nei confronti delle minoranze sessuali. E' dunque necessario, in seconda battuta, che "non si adotti il punto di vista del cosiddetto legislatore ragionevole, che accetta come obiettivi tutti i pregiudizi della società eterosessuale così come sono incorporati nelle leggi in questione, e che invece si risponda alle istanze dei ricorrenti guardando al problema secondo la prospettiva di quelli le cui vite e il senso di valore individuale è impattato dalle misure"⁷. Ed è così che si ritorna all'idea, sviluppata nel libro, che il diritto al libero orientamento sessuale possa divenire effettivo solo laddove si sia ragionevolmente disposti a depurare diritti e valori costituzionali dalle visioni maggioritarie irrazionali, sì che tale opera di decostruzione normativa possa sortire l'effetto di includere e riconoscere le visioni minoritarie e di ristabilire un'oggettività dei valori costituzionali intesa come validità intersoggettiva e idealmente universale.

⁷ *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and other* 1999 (1) SA 6 (CC); 1998 (12) BCLR 1517 (CC), § 121.