

Il matrimonio non è un'opinione

di Stefano Spinelli *
(27 aprile 2010)

Così si potrebbe sintetizzare la sentenza della Corte Costituzionale n. 138 del 15 aprile 2010. La Consulta ha rigettato, in parte dichiarandola inammissibile ed in parte infondata, la questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Tribunale di Venezia e dalla Corte d'Appello di Trento, di diversi articoli del codice civile nella parte in cui non consentono alle persone omosessuali di contrarre matrimonio (la questione riguardava due persone di sesso maschile che avevano fatto opposizione al provvedimento dell'ufficiale di stato civile che aveva rifiutato di procedere alla pubblicazione del matrimonio dagli stessi richiesta).

La sentenza riafferma un preciso significato al termine matrimonio, nell'ordinamento giuridico italiano. Esso ha dunque un contenuto costituzionale oggettivo e non è subordinato alle mutevoli interpretazioni dei tempi, alle opinioni soggettive ed agli orientamenti sociali desumibili da diverse – seppur minoritarie – forme di convivenza.

E' un risultato importante, anche se la sola circostanza di aver dovuto ribadire, giuridicamente, la definizione di un dato insito nella stessa natura umana e relazionale (come il fatto di essere mori o di avere gli occhi azzurri, di avere 30 anni invece che 50, di essere maschi o femmine, di essere – appunto – sposati o no), la dice lunga – a mio avviso – sulla attuale crisi di corrispondenza tra segno e significato, tra parola e concetto racchiuso in essa.

Mi pare oggi essere a rischio, almeno dal punto di vista giuridico, la stessa convivenza lessicale. Si usano gli stessi termini, un tempo usati senza alcun dubbio di significato, con contenuti diversi, desunti dal mutato sistema di convivenza sociale (per l'affievolirsi di un tessuto culturale omogeneo di riferimento o per l'imporsi di progressi scientifici e tecnologici e l'aprirsi di nuove prospettive).

I termini vita, salute, famiglia, popolo, fede, persona, figlio, e gli istituti giuridici connessi con i conseguenti diritti, sono attualmente sottoposti ad un processo di relativizzazione, nel senso che sembrano perdere progressivamente il loro significato univoco e chiaro, per acquisire potenzialmente tanti significati, quante sono le possibilità applicative che si prospettano all'uomo e quante sono le opinioni in merito che si possono avere. Così è famiglia ciò che per me è tale, in relazione alla mia personale sensibilità o alla mutata sensibilità sociale.

Interessantissimi sono i presupposti da cui parte la proposizione della questione di legittimità costituzionale, da parte dei giudici rimettenti: “non si può ignorare – dicono i giudici – il rapido trasformarsi della società e dei costumi avvenuto negli ultimi decenni, nel corso dei quali si è assistito al superamento del monopolio detenuto dal modello di famiglia normale, tradizionale e al contestuale sorgere spontaneo di forme diverse di convivenza che chiedono protezione”; “il diritto di sposarsi configura un diritto fondamentale della persona”; “la libertà di sposarsi o di non sposarsi, e di scegliere il coniuge autonomamente, riguarda la sfera dell'autonomia e dell'individualità, sicché si risolve in una scelta sulla quale lo stato non può interferire”; “realizzarsi pienamente come persona significa poter vivere fino in fondo il proprio orientamento sessuale, anche all'interno di una relazione giuridica qualificata qual è il matrimonio”...

Si parte dalla rilevazione dell'esistente, e si chiede l'adeguamento della realtà giuridica (evidentissima è questa evoluzione nel campo della bioetica, trattata

sempre più frequentemente a livello di biodiritto). Non importa se in questo modo si debba alterare il significato stesso dei termini di riferimento.

L'art. 29 Cost. tutela la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio" ed al secondo comma precisa che "il matrimonio è ordinato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi". La disposizione è estremamente chiara, non lascia spazio alcuno ad interpretazioni diverse da quella che vede il matrimonio a fondamento della famiglia legittima. Eppure, nel caso di specie, la questione di legittimità costituzionale del divieto di pubblicazione del matrimonio gay da parte dell'ufficiale di stato civile è stata prospettata proprio con riferimento (anche) alla presunta violazione dell'art. 29 Cost., come se esso dovesse comprendere una nozione di matrimonio "aperta" all'evoluzione dei costumi sociali.

E' infatti evidente che – per superare il contenuto letterale dell'articolo costituzionale – occorre "alterare" il significato concettuale del termine matrimonio, assegnandogli un contenuto completamente diverso da quello sinora concepito, comprendendovi ogni esperienza che si proponga di realizzare una convivenza in qualche modo qualificata, indipendentemente dall'elemento della diversità di sesso fra i coniugi, sulla base della sola volontà dei conviventi. Così facendo il matrimonio non ha più caratteristiche oggettive di riferimento. Diventa matrimonio solo quello che viene considerato tale dalle parti. Non è più legato all'amore tra un uomo ed una donna ed alla costruzione di una famiglia, nel significato attribuitogli dalla carta costituzionale. Sarebbe tutt'altra cosa.

La Corte Costituzionale ne prende atto: "è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere cristallizzati con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore"; "detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto di incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerate in alcun modo quando fu emanata"; "i costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che, come sopra si è visto, stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso"; "questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa".

La Consulta, mi pare, pone alcuni paletti importanti.

a) Il primo è la distinzione tra attività interpretativa che spetta ai giudici ed attività creativa di diritto, che non spetta loro.

Sinora non si era mai differenziato, così chiaramente ed a così alto livello, nell'ambito della funzione di interpretazione giudiziale, tra attività ammessa (legata in qualche modo ad un dato normativo esistente o comunque ad un principio desumibile dall'ordinamento giuridico vigente) ed attività non ammessa perché esorbitante rispetto al complessivo contenuto normativo esistente (creatrice di nuovo diritto volto a regolamentare *ex novo* un vuoto normativo).

Forse, l'affermata distinzione può aiutare oggi a ripensare anche la vicenda Englaro, e la natura interpretativa o – più correttamente – creativa dell'attività svolta dai giudici, nell'individuare il nuovo principio di diritto che ha poi portato alla morte di Eluana (ed a ripensare forse anche al conflitto di attribuzione tra il potere

giurisdizionale e quello legislativo, sbrigativamente liquidato – mi pare – dalla stessa Corte Costituzionale come inammissibile)¹.

b) Il secondo paletto è rappresentato dalla riaffermazione della nozione di matrimonio così come vigente nel nostro ordinamento giuridico e corrispondente alla definizione “oggettiva” costituzionalmente accolta nell’art. 29 Cost., che non lascia spazio ad interpretazioni soggettive.

Ciò significa che quello che la nostra costituzione tutela in via particolare e privilegiata non è qualsiasi unione, bensì quella che nasce dal matrimonio tra un uomo ed una donna. Peraltro, tale circostanza porta ad escludere che in materia possa rinvenirsi violazione del principio di eguaglianza di cui all’art. 3 Cost., in quanto “le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio”.

Insomma, per ritenere il contrario, ed equiparare famiglie fondate sul matrimonio ed unioni diverse, bisognerebbe cambiare la stessa carta costituzionale.

c) Ribadita la nozione oggettiva dell’istituto matrimoniale, la Consulta affronta la questione del diritto dei conviventi dello stesso sesso di “vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”, ai sensi dell’art. 2 Cost. che garantisce i diritti dell’uomo nelle formazioni sociali, tra le quali “è da annoverare anche l’unione omosessuale”². Detto compito riconoscitivo “spetta al Parlamento nell’esercizio della sua piena discrezionalità”.

Qui l’analisi è più complessa e propone delle aperture che lasciano perplessi.

La Consulta non esclude un intervento del legislatore che individui “forme di garanzia e di riconoscimento” anche di tali forme di convivenza, pur non arrivando sino al punto di vincolare l’azione legislativa, con una di quelle sentenze chiamate di “monito”, che la Corte suole invece emanare quando rileva un’omissione legislativa incompatibile con la carta costituzionale, diffidando il Parlamento a legiferare sulla materia. In sostanza, ben sarebbe possibile, nel caso di specie, lasciare le cose come stanno, senza procedere ad alcuna forma di riconoscimento. Ciò non violerebbe la carta costituzionale.

In ogni caso, una qualche forma, più o meno consistente, di riconoscimento delle unioni omosex, che il Parlamento nella sua discrezionalità volesse apprestare, non potrebbe risolversi in una equiparazione con l’istituto matrimoniale, perché allora – come detto sopra – violerebbe l’art. 29 Cost.

Qui pare essere l’aspetto più delicato della sentenza, in quanto non è facile capire come il riconoscimento di una disciplina parafamiliare per le coppie gay (o comunque per le unioni di fatto) possa salvaguardare l’istituto del matrimonio, come fondamento della società familiare. Alla famiglia fondata sul matrimonio (prevista in costituzione) si affiancherebbero altri tipi di famiglie, pur non fondate sul matrimonio, alle quali verrebbero estesi alcuni, pochi o tanti, a seconda della discrezionalità legislativa, diritti familiari. Ciò non toglie che l’art. 29 Cost. riconosca i “diritti della famiglia” esclusivamente come società naturale fondata sul matrimonio.

Inoltre, anche volendo considerare la tutela apprestata dall’art. 2 Cost., deve rilevarsi che esso riconosce i diritti inviolabili dell’uomo nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, mentre nella fattispecie si tratterebbe di riconoscere diritti familiari assegnati a nuove tipologie di coppie diverse da quelle coniugali.

¹ Mi sia permesso rinviare a S. SPINELLI, *Re giudice o re legislatore?*, in *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, fasc. 3, 2009, 1488 ss.

² P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 350-351, secondo il quale “la famiglia di fatto è tutelata dall’art. 2 Cost., quella legittima dal diritto di famiglia”.

d) Altra questione è l'estensione di alcuni singoli diritti riconosciuti alle coppie coniugate, a convivenze di diverso tipo. "Può accadere infatti – aggiunge la Corte Costituzionale – che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza".

Ma quali diritti dovrebbero/potrebbero essere estensibili? Se si tratta dei diritti che ciascuna persona ha in quanto tale, e che non possono essere limitati a seconda del tipo di convivenza scelta, la precisazione della Consulta non aggiunge nulla di nuovo alla tutela già apprestata dall'ordinamento, che fa riferimento ai diritti fondamentali della persona umana riconosciuti a "tutti" (art. 2 Cost.), e "senza distinzione di sesso" (art. 3 Cost.).

Se si tratta invece di diritti assicurati alla sola famiglia legittima proprio per la sua funzione sociale (costituzionalmente riconosciuta dall'art. 29 Cost. e riaffermata dalla stessa Consulta), applicabili anche alle coppie diverse da quella legittima, il rischio potrebbe essere quello di arrivare ad una sorta di equiparazione di fatto tra famiglia legittima ed altre forme di convivenza, venendosi potenzialmente ad aggirare l'affermazione di non equiparazione sancita in altra parte della sentenza.

Si avrebbe la "paradossale conseguenza di lasciare inestensibile il solo contenitore (l'istituto del matrimonio), non già il relativo contenuto (i diritti della famiglia), quasi che non esista un nesso di strumentalità fra il primo ed i secondi, in ragione della specificità del primo"³.

Poiché la specificità dell'istituto matrimoniale è stata espressamente sancita dalla Consulta, si ritiene che la precisazione in merito all'estensibilità – "in casi particolari" – di alcuni diritti familiari debba intendersi ristretto – appunto – al rango di eccezione e dei diritti del primo tipo. Diversamente si porrebbe un problema di contraddittorietà interna alla sentenza stessa. Se infatti la normativa vigente non viola gli artt. 29 e 3 Cost. in quanto "le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio", ci si chiede in quali casi sarebbe ragionevole "un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale".

In conclusione, né i giudici né altri soggetti che non siano il legislatore nazionale potrebbero attuare forme più o meno velate di riconoscimento di altre convivenze familiari diverse da quella costituzionalmente fondata sul matrimonio (si fa qui riferimento, per rivelarne l'inconsistenza giuridica, a quelle forme di riconoscimento operate a livello locale, mediante ipotesi di rilevazione ed iscrizione in elenchi amministrativi di coppie di fatto, raccogliendo le mere dichiarazioni di volontà dei componenti, anche indipendentemente dalla composizione sessualmente mista delle stesse).

Né un eventuale riconoscimento da parte del Parlamento potrebbe consistere – si ritiene – in "discipline paramatrimoniali", ciò significando equiparare di fatto le altre unioni alla famiglia legittima.

Resta però l'apertura della Corte Costituzionale a forme di riconoscimento stabilite dal legislatore.

Su questo, possono farsi alcune considerazioni di carattere generale.

³ V. TONDI DELLA MURA, *La sentenza della Corte che ha difeso la parola matrimonio*, in <http://www.ilsussidiario.net/News/Cronaca/2010/4/19/SOCIETA-La-sentenza-della-Corte-che-ha-difeso-la-parola-matrimonio-/80480/>

La questione sottoposta alla Consulta partiva dalla rilevazione dell'evoluzione di costumi e dal mutato *humus* culturale e tradizionale di riferimento, per chiedere l'adeguamento delle nozioni concettuali e dei termini giuridici corrispondenti⁴.

A fronte di una richiesta di tal tipo, vi possono essere come due modalità di reazioni. La prima è di recuperare in ambito giuridico le nuove acquisizioni semantiche tratte dall'evoluzione fattuale della società, giuridicizzando l'esistente. Siccome vi è un più ampio modo di intendere l'unione matrimoniale, in conseguenza di esperienze di fatto esistenti (convivenze di fatto ed anche tra persone dello stesso sesso), allora si richiede una equiparazione acritica del termine lessicale con il termine giuridico corrispondente. Il fatto si impone al giurista e diventa diritto.

Ma si ritiene che funzione del diritto non sia assolutamente quella di recepire acriticamente le evoluzioni della società. Funzione del diritto è la giustizia (*unicuique suum tribuere*) e la scelta tra più opzioni possibili, che privilegi quella conforme alla natura umana ed alla sua situazione di relazioni interpersonali. Se un domani dovesse rinvenirsi una esperienza di fatto di convivenze tra più persone contemporaneamente, giustizia richiederebbe di continuare a riconoscere come esperienza fondamentale dell'uomo il matrimonio tra due persone, perché conforme alla situazione umana ed al suo bene. Allo stesso modo, se un domani dovesse rinvenirsi una esperienza di fatto di selezione eugenetica degli embrioni, sarebbe giustizia continuare a riconoscere come esperienza fondamentale dell'uomo l'accoglienza della vita, indipendentemente dalle caratteristiche del neonato, perché ciò corrisponde all'uomo ed al suo bene. Il fatto, in questa ottica, si impone al giurista attivando il suo giudizio rivolto al bene comune e sollecitando una sua valutazione critica in termini di giustizia o di ingiustizia.

D'altra parte, se pure il diritto non è meramente sovrapponibile alla giustizia (conoscendosi in più parti ed in più momenti un diritto ingiusto), è comunque esperienza comune che esso debba rispondere ad un criterio di giustizia, cioè di proporzione tra limiti che pone e gli interessi che persegue, e che per ottenere giustizia occorre partire dalla verità, perché se si falsificano i dati di partenza, anche il risultato proporzionato sarà ingiusto. "Senza verità si cade in una visione empiristica e scettica della vita, incapace di elevarsi sulla prassi, perché non interessata a cogliere i valori – talora nemmeno i significati – con cui giudicarla e orientarla"⁵.

Da questo punto di vista, "le legislazioni favorevoli alle unioni omosessuali sono contrarie alla retta ragione perché conferiscono garanzie giuridiche, analoghe a quelle dell'istituzione matrimoniale, all'unione tra due persone dello stesso sesso. Considerando i valori in gioco, lo Stato non potrebbe legalizzare queste unioni senza venir meno al dovere di promuovere e tutelare un'istituzione essenziale per il bene comune qual è il matrimonio"⁶.

* Avvocato

⁴ "Davvero i matrimoni gay ferirebbero le nostre tradizioni? Negli anni Cinquanta era un'offesa al buon costume mettersi in bikini sulla spiaggia; oggi è un'offesa fare il bagno in calzamaglia. Davvero quei matrimoni sarebbero un oltraggio alla natura?". M. AINIS, *I gay e la legge che non c'è*, La Stampa, Editoriale 23 marzo 2010.

⁵ Papa Benedetto XVI, *Caritas in veritate*, Introduzione, 9.

⁶ Congregazione per la dottrina della fede, *Considerazioni circa i progetti di riconoscimento legale delle unioni tra persone omosessuali*, testo pubblicato nel 2003.