

## Forum

# Matrimonio omosessuale. Diritto, Morale, Politica

## Introduzione

PATRIZIA BORSELLINO\*

*I.* Il tema del matrimonio omosessuale è tra quelli che, nel nostro Paese, non hanno, a tutt'oggi, cessato di apparire scomodi e, in quanto tali, continuano a essere oggetto di più o meno sdegnate prese di distanza da parte di una componente dell'opinione pubblica, soprattutto, ma non solo, di matrice cattolica, nonché di una vera e propria rimozione dall'agenda della politica. A questa, dopo il fallimento del tentativo di regolamentare le unioni di fatto, pur nelle deboli versioni dei DICO e dei CUS<sup>1</sup>, è, infatti, rimasta estranea non solo qualunque iniziativa volta a riconoscere anche alle persone dello stesso sesso la libertà di contrarre matrimonio, ma, più in generale, qualunque proposta di legge mirata al riconoscimento e alla tutela giuridica di forme di stabile convivenza, diverse dal matrimonio, poste in essere da coppie sia omosessuali, sia eterosessuali.

Resistenze, rimozioni, ritardi, questi, della politica italiana, che, negli ultimi anni, hanno investito anche altre questioni nelle quali sono in gioco il riconoscimento e l'attuazione del diritto di ogni individuo a una vita improntata alle attitudini, alle inclinazioni, alle convinzioni che gli sono proprie, in una parola, il riconoscimento e l'attuazione del diritto di ogni individuo a compiere liberamente e a veder rispettate le scelte di vita fondamentali che lo riguardano. Emblematica, a questo proposito, la perdurante assenza, nel nostro Paese, di una disciplina legislativa delle direttive anticipate, volta a garantire cure mediche erogate, sino alla fine della vita, in conformità con le volontà e, più in generale, con la visione del mondo, di coloro ai quali sono destinate<sup>2</sup>, come è avvenuto, negli ultimi anni, nella maggior parte degli altri Paesi europei<sup>3</sup>. Non diversamente che in materia di "testamento biologico", in materia di regolazione delle unioni tra persone dello stesso sesso si conferma la distanza tra l'Italia e il resto dell'Europa, dove, fatta eccezione per la Grecia e alcuni Paesi ex-comunisti, sono stati realizzati appositi interventi legislativi, mediante i quali è stato esteso anche alle coppie omosessuali l'istituto matrimoniale, come è avvenuto in Olanda, in Belgio, in Spagna, in Norvegia, in Svezia e in Portogallo<sup>4</sup>, oppure sono state introdotte diverse forme di

---

\* Professore ordinario di Filosofia del Diritto, Università di Milano-Bicocca.

unioni registrate – ad esempio i PACS francesi<sup>5</sup> – grazie alle quali sono stati attribuiti alle coppie di fatto, eterosessuali così come omosessuali, diritti e doveri sotto diversi profili assimilabili a quelli derivanti dal matrimonio.

Si sbaglierebbe, tuttavia, ad interpretare l'inerzia della politica italiana come il riflesso di un disinteresse sociale o di una disattenzione culturale per la questione. Al contrario, le unioni omosessuali, all'interno della più comprensiva categoria delle stabili unioni di fatto, si sono andate configurando come fenomeno di incontestabile rilevanza sociale, di fronte al quale tutt'altro che pacifica e giustificabile appare l'abdicazione del diritto alla sua funzione di regolazione, e anche come l'oggetto di sempre più numerose iniziative culturali, volte a sollecitare la riflessione e a tener vivo il dibattito sul tema. Se ne trae conferma sia dalla disponibilità di una bibliografia che si arricchita, nell'arco degli ultimi anni, di molti significativi contributi<sup>6</sup>, sia dalle frequenti occasioni di confronto e di approfondimento che, di recente, sono state offerte a studiosi di diverse competenze da giornate di studio, seminari e convegni dedicati al riconoscimento giuridico delle unioni tra persone dello stesso sesso o, più specificamente, al matrimonio omosessuale. Nel contesto dell'Università degli Studi di Milano, a un anno di distanza da un incontro sul matrimonio omosessuale tenutosi nella Facoltà di Scienze politiche<sup>7</sup>, di matrimonio omosessuale si è tornati a parlare, il 9 giugno del 2010, nel convegno dal titolo "Matrimonio omosessuale. Diritto, morale, politica", organizzato dal Centro Studi Politeia, in collaborazione con il Dipartimento di Scienze giuridiche "Cesare Beccaria" della stessa università. Si è trattato di un'iniziativa tempestiva e opportuna, in presenza del fatto nuovo – secondo taluni, del punto di svolta – rappresentato dalla sentenza n. 138, con cui la Corte costituzionale, il 14 aprile del 2010, si è pronunciata sulla questione relativa al riconoscimento della libertà di contrarre matrimonio tra persone dello stesso sesso, a seguito delle ordinanze di remissione del Tribunale di Venezia (3 aprile 2009) e della Corte d'appello di Trento (29 luglio 2009), presso i quali, nel contesto della campagna di "Affermazione civile" promossa da Rete Lenford e dall'associazione radicale "Certi diritti", erano stati presentati ricorsi contro il diniego, opposto dai Comuni, alle richieste di pubblicazioni matrimoniali avanzate da coppie omosessuali. La Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143 e 156 del codice civile – nelle parti in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio – in riferimento agli articoli, 2, 3, 29 e 117 della Costituzione, ha dichiarato le questioni sollevate inammissibili, in relazione agli articoli 2 e 117, e infondate, in relazione agli articoli 3 e 29, frustrando, senz'altro, le aspettative dei ricorrenti, e di tutti i soggetti interessati, a vedere subito consentito l'accesso all'istituto matrimoniale alle coppie omosessuali, ma, al tempo stesso, non avvallando affatto, anzi, ponendo le premesse per superare, definitivamente, la tesi dell'incompatibilità con il nostro sistema giuridico e con l'assetto costituzionale di una disciplina legislativa volta a conferire rilevanza giuridica alle unioni tra persone dello stesso sesso.

Sentenza importante e coraggiosa, che segna un significativo passo avanti nel difficile e ancora incompiuto percorso dell'affermazione dei valori di libertà, di uguaglianza e di non discriminazione? Oppure, pronuncia compromissoria e complessivamente

deludente, dietro le cui interne incongruenze si può intravedere l'ossequio a modelli culturali che ostacolano la piena attuazione di diritti, pur costituzionalmente sanciti?

Il convegno milanese del 9 giugno 2010 ha offerto chiavi di lettura assai utili per comprendere la reale portata e le ripercussioni concretamente ipotizzabili della decisione della Corte, attraverso contributi di elevato livello, realizzati in prospettiva giuridico-costituzionalistica, filosofico-giuridica e sociologica<sup>8</sup>, che la pubblicazione nel *Forum* dedicato a *Matrimonio omosessuale. Diritto, morale, politica*, in questo numero di *Notizie di Politeia*, consente di sottoporre all'attenzione e alla riflessione di un pubblico più vasto di quello, pur assai consistente, dei partecipanti al convegno, unitamente ad alcuni altri acuti e stimolanti interventi sul tema di studiosi non presenti al convegno in qualità di relatori<sup>9</sup>.

2. Non è possibile, né opportuno, in sede introduttiva, tentare di fornire al lettore una sia pur sintetica anticipazione degli articolati percorsi d'analisi seguiti dai diversi studiosi per formulare le loro valutazioni della sentenza 138/2010, né entrare nel merito delle diverse valutazioni proposte, esprimendo adesione o dissenso. Al fine di agevolare la lettura dei contributi, e anche il confronto tra le posizioni, può, invece, tornar utile l'individuazione di alcune delle questioni nodali, messe in gioco dalla sentenza, e più in generale, dalla regolazione giuridica delle unioni omosessuali, sulle quali hanno portato l'attenzione gli autori degli interventi pubblicati nel *Forum*.

La prima questione è quella relativa al rapporto tra unioni omosessuali e diritti. A muovere dal rilievo (oggetto di ampia condivisione), che le unioni, in generale, e il matrimonio, tra persone dello stesso sesso, in particolare, sollevano una questione di libertà e di uguaglianza che riguarda tutti e, quindi, senz'altro una questione di diritti, ma non solo di diritti di un gruppo minoritario (D'Amico, Pezzini, Lalli, Ronfani, Tincani, Chiassoni), gli studiosi intervenuti nel *Forum* hanno dato, unanimemente, risalto al passo della Sentenza nel quale è contenuta l'affermazione che, tra le "formazioni sociali" tutelate dall'art. 2 della Costituzione, come contesto per il libero sviluppo della persona, va annoverata anche "l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone [...] il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri". Un'affermazione forte, quella della Corte, che, nel sancire "l'emergere della condizione omosessuale come un orizzonte di vicende ed esperienze che la natura umana ha esplicitamente consegnato al diritto" (Pezzini), individua nell'articolo della Costituzione posto a presidio dei diritti fondamentali il presupposto della rilevanza costituzionale delle unioni tra persone dello stesso sesso (D'Amico, Gattuso, Chiassoni, Pezzini). Ma a chi compete individuare le forme e le garanzie per le suddette unioni? Compete alla stessa Corte costituzionale intervenire con una "sentenza additiva di principio", così da apprestare, direttamente e immediatamente, la tutela dei diritti costituzionalmente fondati delle coppie omosessuali, attraverso un'interpretazione "adeguatrice" delle norme codicistiche? Oppure spetta al Parlamento mettere a punto la disciplina di carattere generale finalizzata a regolare i diritti e i doveri dei componenti della coppia, ferma restando la possibilità per la Corte di intervenire a tutela di situazioni specifiche? La Corte si è pronunciata decisamente a favore

della seconda alternativa, fondando la dichiarazione di inammissibilità delle questioni proposte in riferimento all'articolo 2 proprio sull'argomento che la regolazione, in via generale, della materia rientra nella "piena discrezionalità" del legislatore. Rispetto a tale argomento, il lettore trova negli interventi che seguono una diversificata gamma di valutazioni. Da quelle che lo considerano apprezzabilmente ispirato al principio della separazione dei poteri (Gattuso, Galliani) e pur sempre accompagnato da un "forte monito" (D'Amico), in presenza del quale il Parlamento sarà tenuto ad abbandonare il suo immobilismo (Ronfani), a quelle, di tenore decisamente critico, che vi scorgono "un diniego di tutela" (Chiassoni), funzionale al perpetuarsi della violazione di un diritto inviolabile e al mantenimento di situazioni di disuguaglianza (Lalli) o, quantomeno, un'"apertura di credito" al legislatore (Pezzini) assai incauta, in presenza di un sistema politico che, nella sua incerta strutturazione maggioritaria, ha, negli ultimi anni, dimostrato l'incapacità di realizzare, sulle questioni eticamente sensibili, interventi normativi non ideologicamente connotati.

Dalla lettura degli interventi emerge con evidenza che la questione del riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali rappresenta un osservatorio privilegiato per affrontare la questione di fondo del ruolo, e dei limiti, dei diversi poteri nella cornice dello Stato costituzionale di diritto, così come per richiamare l'attenzione sui molti ostacoli da cui è costellato il difficile percorso per l'attuazione dell'uguaglianza, che l'articolo 3 della Costituzione riconosce a tutti i cittadini, a prescindere, prima di tutto, proprio dal sesso, e quindi dalle differenze e dagli orientamenti di genere.

Nonostante l'asserita rilevanza costituzionale delle unioni omosessuali e la legittimità dell'aspirazione al loro riconoscimento giuridico, la Corte, pur lasciando intendere che il legislatore, nell'esercizio della sua "piena" discrezionalità, potrebbe optare anche per l'estensione alle coppie omosessuali dell'istituto matrimoniale, ha, infatti, ritenuto che l'attuale impossibilità di accedervi non dia luogo a una lesione né del diritto di ogni individuo all'uguaglianza, né dei diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio, di cui l'art. 29 sancisce il riconoscimento da parte della Repubblica. Una dichiarazione di infondatezza della questione di legittimità, sollevata in relazioni agli artt. 3 e 29, che la Corte ha supportato con l'argomento che la disparità di trattamento delle coppie eterosessuali e omosessuali trova giustificazione nella loro disomogeneità in relazione alla "capacità procreativa" e con l'ulteriore argomento che la nozione di matrimonio, presente ai Costituenti al momento dell'elaborazione dell'art. 29, era quella, definita dal codice civile del 1942, che "stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso". Tali argomenti sono, nella maggior parte degli interventi pubblicati nel Forum, oggetto di approfondite analisi, dalle quali, pur con diverse accentuazioni e sfumature, emerge la condivisa valutazione della loro debolezza o, addirittura, la denuncia della loro problematica compatibilità con altre (importanti) affermazioni contenute nella sentenza. È questo il caso dell'argomento "originalista", con cui la Corte individua un nucleo di significato dell'art. 29 non superabile per via interpretativa (Chiassoni), dopo aver affermato che "i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere 'cristallizzati' con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto

delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi". Per quanto concerne, poi, l'argomento che nella "(potenziale) finalità procreativa" risieda l'elemento che vale a differenziare il matrimonio dall'unione omosessuale, giustificando l'esclusione, non discriminatoria e non lesiva del principio di uguaglianza, delle persone dello stesso sesso dall'istituto matrimoniale, alla Corte sembra essere sfuggito che la finalità procreativa tutto è, nel nostro diritto positivo, fuorché un elemento costitutivo del vincolo coniugale civile (Chiassoni, Galliani), al quale, non a caso, possono avere accesso coppie non in grado di procreare per motivi d'età (Saporiti), oppure persone che hanno cambiato il loro sesso originario, ma che, proprio per questo, biologicamente non potranno procreare (D'Amico).

L'analisi delle argomentazioni poste a fondamento della tesi dell'assenza di una "irragionevole discriminazione" tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali in relazione all'accesso al matrimonio, consente di affermare che la Corte ha mancato l'occasione per rispondere, senza rinvii e tentennamenti, a una domanda di uguaglianza (Pezzini) – pur, prevedibilmente, destinata a trovare soddisfazione nel breve-medio periodo grazie all'applicazione dei principi incorporati nel Trattato di Lisbona da parte non solo delle Corti europee, ma anche dei giudici italiani (Gattuso, D'Amico) – non certo per vincoli di tipo tecnico-giuridico, ma per la scelta di enfatizzare un unico elemento, peraltro estraneo al matrimonio civile, incompatibile con l'omosessualità della coppia, ignorando i tanti elementi costitutivi dell'istituto matrimoniale, pacificamente applicabili alle coppie omosessuali<sup>10</sup> (Chiassoni) e tali da far apparire dovuto quel "trattamento uguale di casi uguali sotto profili rilevanti", che il principio di uguaglianza richiede.

Ineludibile, a questo punto, la domanda sulle ragioni, ideologiche e culturali, delle remore a compiere più risoluti passi in direzione dell'uguaglianza, e sulle prospettive del loro superamento, in un contesto sociale e in un momento storico in cui l'istituto del matrimonio e la famiglia sono già stati investiti da profonde trasformazioni strutturali e relazionali (Ronfani), che non solo il legislatore italiano, in controtendenza con la maggior parte degli altri legislatori occidentali, ma anche la Corte costituzionale danno l'impressione di non aver compreso appieno. Nel *Forum* il lettore può trovare spunti di riflessione meritevoli della più attenta considerazione da parte di chi è interessato a trovare la risposta. Trova, tra i molti altri, il rilievo che non si debba desistere dal mostrare l'inconsistenza della tesi – di cui non si può dare per scontato il superamento, quand'anche, come nella sentenza 138/10, non venga espressamente richiamata – che l'apertura del matrimonio agli omosessuali minaccerebbe le famiglie eterosessuali (Tincani). Trova, altresì, la sollecitazione a considerare quanto negativamente possa influire sul superamento delle discriminazioni delle coppie formate da persone dello stesso sesso la mancata presa di distanza – peraltro richiesta dal "supremo" principio di laicità dello Stato – dalle "pretese egemoniche della Chiesa cattolica" (Tincani), nel cui Magistero la persistente valutazione negativa dell'omosessualità, come inclinazione "oggettivamente disordinata"<sup>11</sup> verso un comportamento intrinsecamente cattivo dal punto di vista morale, è destinata ad alimentare un pregiudizio omofobico, in presenza del quale le aperture verso il riconoscimento delle unioni omosessuali sono destinate a rimanere più "apparenti" che reali (Saporiti).

### Note

<sup>1</sup> DICO è l'acronimo del Ddl n. 1339, recante "Diritti e doveri delle persone stabilmente conviventi", presentato al Senato il 21 febbraio 2007; CUS, l'acronimo di "Contratti di unione solidale", oggetto del disegno di legge presentato al Senato nel luglio del 2007, in sostituzione dei DICO. Per approfondimenti, cfr. F. Bilotta, "La convivenza di fatto: le norme vigenti e le proposte di riforma", e A. Rotelli, "I contratti di unione solidale: luci e ombre", in F. Bilotta (a cura di), *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato*, Mimesis, Milano-Udine 2008, pp. 237-265.

<sup>2</sup> Contrariamente a quanto prevede il Disegno di legge approvato dal Senato il 26 marzo 2009. In tale disegno di legge, presentato all'indomani della conclusione della vicenda di Eluana Englaro, il drastico ridimensionamento della possibilità, per ogni individuo, di operare scelte su cure future, in previsione di una situazione di incapacità, coniugato con la limitazione dei medici nella loro autonomia professionale, rappresenta il prezzo pagato al tentativo di riaffermazione dell'ideologia vitalistica.

<sup>3</sup> Cfr. F.G. Pizzetti, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Giuffrè, Milano 2008, parte seconda, *Il testamento biologico nei principali ordinamenti stranieri*, pp. 395-561.

<sup>4</sup> A questi Paesi si aggiungeranno il Lussemburgo, Andorra, Finlandia e Slovenia, nei quali sono in corso di approvazione analoghi provvedimenti.

<sup>5</sup> Oltre alla Francia hanno una normativa per le unioni registrate anche Regno Unito, Germania, Svizzera, Rep. Ceca, Austria, Ungheria, Irlanda.

<sup>6</sup> Tra i volumi sul tema pubblicati, cfr. M. Bonini Baraldi, *Le nuove convivenze tra disciplina straniera e diritto interno*, Milano 2005; V. Lingiardi, *Ciyzen Gay*, Il Saggiatore, Milano 2007; M. Montalti, *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, Bologna 2007; AA.VV., "Riconoscere le unioni omosessuali? Un contributo alla discussione", in *Aggiornamenti sociali*, 6, 2008, pp. 422-444; F. Bilotta (a cura di), *Le unioni tra persone dello stesso sesso. Profili di diritto civile, comunitario e comparato*, cit.; B. Pezzini (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Jovene, Napoli 2008; P. Tincani, *Le nozze di Sodoma*, L'Ornitorinco, Milano 2009; B. De Filippis e F. Bilotta (a cura di), *Amore civile, dal diritto della tradizione al diritto della ragione*, Mimesis, Milano Udine 2010; M. Bonini Baraldi, *La famiglia de-genere Matrimonio omosessualità e costituzione*, Mimesis, Milano-Udine 2010; P. M. Callaro *Il same-sex marriage negli Stati Uniti d'America*, Padova 200; M. Saporiti, *Esiste la famiglia naturale?*, Mimesis, Milano-Udine, 2010; R. Bin, G. Brunelli, A. Guazzarotti, A. Pugiotto, (a cura di) *La "società naturale" e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Giappichelli, Torino 2010.

<sup>7</sup> L'incontro, tenutosi il 19 giugno 2009, è stato organizzato da Milk Milano in collaborazione con l'Associazione Avvocatura LGBT Rete Lenford e con il Centro interdepartimentale di Studi e ricerche "Donne e differenze di genere".

<sup>8</sup> Gli studiosi intervenuti al convegno come relatori, i cui interventi compaiono nel *Forum* sono Marisila D'Amico, Chiara Lalli, Barbara Pezzini, Paola Ronfani e Persio Tincani.

<sup>9</sup> Si tratta di Pierluigi Chiassoni, Davide Galliani, Marco Gattuso e Michele Saporiti.

<sup>10</sup> Tra questi, il principio della eguaglianza morale e giuridica dei coniugi; i doveri di collaborazione, assistenza morale e materiale, e coabitazione; le disposizioni sul regime patrimoniale della famiglia; le disposizioni in materia di successione del coniuge; i diritti di credito in relazione al fatto illecito di un terzo e i diritti di successione nel contratto di locazione, menzionati da P. Chiassoni nel suo intervento nel *Forum*.

<sup>11</sup> Congregazione per la Dottrina della fede, *Dichiarazione circa alcune questioni di etica sessuale-Persona umana*, 29 dicembre 1975, punto 8.