

LA TUTELA GIURIDICA DELLA FAMIGLIA OMOSESSUALE

di Francesco Bilotta

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La famiglia omosessuale – 3. Matrimonio o PaCS? – 3.1. Ragioni a favore e contro l'estensione del matrimonio alle coppie dello stesso sesso – 3.2. Ragioni a favore e contro il PaCS – 4. Il diritto internazionale privato – 5. Conclusioni.

1. Introduzione

Dopo un periodo di quasi indifferenza da parte della dottrina italiana riguardo alle nuove convivenze, sembra finalmente crescere il numero di quanti si dedicano a tale materia, segno (forse) della percezione da parte degli studiosi dell'importanza e dell'urgenza dei problemi giuridici emergenti. È, peraltro, indubbia la necessità di riflettere su questi temi: poche altre battaglie giuridiche in passato hanno tanto animato l'opinione pubblica come la questione del riconoscimento giuridico di tali relazioni e, ancor più, delle relazioni tra omosessuali sulle quali si ritiene opportuno, qui, particolarmente soffermarsi.

Tale silenzio della dottrina italiana non appare assolutamente condizionale. Eppure, ciò non toglie che si possano rintracciare le ragioni per tentare di comprenderlo. Basta pensare al fatto che ognuno ha un suo retroterra culturale e un suo vissuto. È verosimile che non abbiano avuto, nel recente passato, molti amici o conoscenti omosessuali che apertamente e serenamente abbiano vissuto una vita di coppia: fino a non molto tempo fa, certe cose in Italia si facevano, ma non si dicevano. In genere, si considera l'omosessualità come un comportamento deviante. E ciò entra inevitabilmente in conflitto con la concezione rassicurante di famiglia come "cellula fondamentale della società". In altre parole – ci si chiede – se gli omosessuali sono soggetti devianti come possono costituire l'aggregato umano su cui si fonda la nostra società?

Fortunatamente vi sono segnali che inducono a sperare che tale ritrosia sia ormai retaggio della generazione che è passata, che ha fatto il suo tempo e, in ogni caso, ha annoverato tra i suoi esponenti più illustri persone che hanno espresso – quando ancora nessuno parlava di omosessualità – po-

sizioni per certi versi più avanzate rispetto a quelle dei giuristi di ultima generazione (1).

2. La famiglia omosessuale

Matteo Bonini Baraldi, nel suo volume *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno* con chiarezza e originalità indaga la questione della famiglia omosessuale e dei diritti dei suoi componenti (2). Un primo punto fermo che il lavoro evidenzia è il nesso sussistente tra la tutela della convivenza (o se si preferisce delle convivenze) e la salvaguardia dei diritti fondamentali delle persone che le costituiscono. «Tale constatazione trae alimento non solo dalla preminenza che a questi è giustamente ascritta sul piano normativo, ma anche dalla complessità e significatività degli interessi e dei bisogni umani che stanno alla base dell'esigenza di riconoscimento del rapporto familiare fra persone dello stesso sesso, dalla tutela dell'abitazione alle successioni ereditarie, dalla cura del *partner* in caso di malattia alle prestazioni sociali, dal trattamento fiscale a quello in materia di immigrazione, ed altri ancora» (p. 22).

Oltre ad evidenziare il riferimento espresso al rapporto familiare fra persone dello stesso sesso, va rimarcata la conseguenza che l'Autore trae dal sottolineare un dato – a dire il vero – non del tutto sconosciuto al giurista italiano: ossia la connessione tra tutela della convivenza e tutela dei diritti fondamentali.

Infatti, la Corte costituzionale italiana e la giurisprudenza, sia di merito sia di legittimità, hanno costantemente richiamato l'art. 2 Cost. ogni qual volta si è trattato di estendere in via analogica alla convivenza le regole (di diritto positivo o giurisprudenziali) già esistenti nel contesto matrimoniale eterosessuale. I diritti fondamentali della persona vanno tutelati in qualsiasi delle formazioni sociali in cui l'uomo svolge la sua personalità, quindi anche nel contesto della famiglia *more uxorio*.

All'Autore, però, non sfugge che per tale via «il tema dell'orientamento sessuale diviene parte di un discorso giuridico più ampio rispetto agli indirizzi ed alle politiche che vedono nell'identità e nei comportamenti omosessuali fenomeni che possono essere oggetto di tolleranza esclusivamente nell'ambito della sfera privata» (p. 22).

È evidente quali siano le implicazioni di una tale affermazione: il riconoscimento giuridico della coppia omosessuale fa assurgere la stessa omosessualità a fenomeno pubblico, rende visibile ciò che da sempre in Italia non era tale: l'identità omosessuale (3). Affrontare la questione omoses-

suale in siffatti termini significa abbandonare definitivamente la concezione ottocentesca dell'omosessualità come devianza e soprattutto rinunciare alla visione del fenomeno come un insieme di atti erotici tra persone dello stesso sesso. Significa, in altri termini, concepire l'omosessualità come una condizione caratterizzante la vita di una persona nella sua interezza e perciò incidente anche sulle sue relazioni affettive.

Ma questo appare – come nel prosieguito chiarisce l'Autore – solo il primo passo verso il riconoscimento e la garanzia di diritti della coppia come tale, piuttosto che dei suoi componenti. Tale ulteriore passaggio non è nient'affatto scontato e possiede un forte valore simbolico oltre che culturale. Esso appare la vera linea di demarcazione tra chi afferma la necessità nel nostro Paese di una tutela della coppia omosessuale e chi si intestardisce a voler attribuire esclusivamente singoli diritti a ciascuno dei componenti di tale coppia. Non che tale ultimo riconoscimento sia inutile, o non idoneo a far compiere un passo in avanti al nostro ordinamento. Il punto è che scegliere tale via significa ancora una volta negare dignità alle relazioni affettive tra persone omosessuali, come se queste ultime fossero incapaci di realizzare rapporti stabili e continuativi d'amore.

Per giunta, perseguire la strada del riconoscimento di diritti ai singoli, anziché fornire uno strumento di rilevanza pubblica alle coppie dello stesso sesso (come potrebbe essere il Patto civile di solidarietà), presenta una controindicazione evidente: espone al rischio di un vuoto normativo tutte le volte in cui si presenteranno casi non contemplati espressamente dal legislatore. A quel punto il giudice si troverà costretto a scegliere tra due vie alternative: negare tutela a chi la invoca o (di nuovo) ricorrere all'interpretazione analogica. Sarebbe un rimedio a metà, una soluzione soltanto parziale del problema.

Al di là di ogni altra considerazione, infatti, la necessità di ingerirsi in una relazione affettiva quale è quella che lega una coppia di conviventi nasce da «esigenze di tutela di eventuali squilibri e abusi» (Matteo Bonini Baraldi, *Le nuove convivenze*, cit., 23) del *partner* forte sul *partner* debole. Ed è inconcepibile che si possa tollerare un vuoto di tutela nei confronti della parte debole del rapporto, dovuto alla poca lungimiranza o accuratezza del legislatore nella scelta dei diritti da tutelare.

3. Matrimonio o PaCS?

Alla luce della regressione (registratasi negli ultimi tempi) del dibattito politico italiano, in materia di riconoscimento dei diritti delle coppie dello

stesso sesso, chiedersi se sia meglio estendere il matrimonio a tali coppie o introdurre nel nostro sistema il PaCS, fa amaramente sorridere. La affrontiamo in questa sede perché chi scrive è convinto che le posizioni reazionarie espresse recentemente siano destinate a cedere di fronte alla forza delle cose, per usare un'espressione cara agli esistenzialisti. Quando la novità antropologica costituita dalla relazione affettiva, stabile e continuativa, tra due persone dello stesso sesso cesserà di essere tale per noi italiani, i giuristi nostrani saranno costretti a prendere posizione sul tema, esprimendosi favorevolmente. Insomma, è solo una questione di tempo.

Si può pienamente condividere l'opinione di Bonini Baraldi: «l'apertura del matrimonio alle persone dello stesso sesso può essere letta, a ben vedere, come la scelta più "semplice" e "sicura" dal punto di vista della tecnica normativa, ancorché si iscriva entro una cornice marcata da dinamici processi di trasformazione delle possibilità offerte al singolo, non sempre compiutamente sviluppati in modo uniforme (...) L'apertura del matrimonio *tout court* costituisce scelta più semplice perché, una volta istituita la figura della *registered partnership* o del *PaCs*, sarebbe necessario assicurarsi che le disposizioni dell'ordinamento che si riferiscono, specie quelle al diritto pubblico, siano modificate in modo da comprendere anche il *partner* registrato. In caso contrario, ad esempio per quanto concerne la pensione di reversibilità o il ricongiungimento familiare, sarebbe agevole escludere dal beneficio quanti non possano dimostrare di essere coniugati (...) Consentire il matrimonio *tout court* appare certo come la strada meno irta di complicazioni, omissioni, dimenticanze, e per questo motivo è anche la strada più sicura» (Matteo Bonini Baraldi, *Le nuove convivenze*, cit., 26-27).

Per completezza, bisogna ricordare che l'Autore non trascura di prendere in considerazione i benefici di istituti giuridici nuovi e alternativi al matrimonio per la regolazione delle coppie dello stesso sesso, pur continuando a preferire l'estensione alle stesse del regime matrimoniale.

Conoscendo le resistenze della dottrina e della politica ad un approccio così radicalmente innovativo, all'inizio mi ero abituato a pensare che una strada del genere fosse impercorribile, anche perché neppure chi avrebbe dovuto con maggior forza sostenere una scelta del genere (mi riferisco alle associazioni italiane per la tutela delle persone omosessuali) era disposto ad esprimersi in termini tanto netti. Devo confessare che il realismo politico aveva appannato in passato la mia capacità di analisi: errore gravissimo che mi ha fatto molto riflettere. A distanza di qualche anno ammetto che l'opzione matrimoniale è la più convincente e quella più semplice e sicura dal punto di vista dell'elaborazione normativa. Eppure, continuo a pensare che qualche buon argomento a sostegno del PaCS ci sia.

3.1. Ragioni a favore e contro l'estensione del matrimonio alle coppie dello stesso sesso

Prima di esporre il mio punto di vista al riguardo, è opportuno che precisi la mia posizione su alcune delle argomentazioni più frequentemente proposte circa l'impossibilità di estendere il matrimonio alle coppie dello stesso sesso.

La prima è di carattere sociologico. Il matrimonio serve a regolare una formazione sociale (la famiglia) caratterizzata da un elemento naturalistico imprescindibile: la capacità dei suoi componenti di procreare. Insomma, il matrimonio è un istituto che serve a gestire il legame orizzontale tra i membri della coppia e il legame verticale tra gli stessi e i loro diretti discendenti. Il matrimonio serve a vincolare il maschio – che ha un legame biologico diverso (ammesso che ne abbia alcuno) rispetto alla donna con il nato – ad alcuni doveri per assicurare la protezione del bambino, il suo sostentamento e la sua crescita. Non per niente esiste la presunzione di paternità.

Probabilmente questo era vero un tempo quando vi era una preminenza sociale, economica e giuridica dell'uomo sulla donna all'interno della famiglia. E soprattutto era vero quando non esistevano metodi alternativi a quelli naturali per procreare. Che si continui a descrivere il matrimonio come l'istituto che serve a gestire le implicazioni della filiazione in un contesto di parità giuridica e soprattutto economica della coppia, e quando è ormai possibile procreare senza avere alcuna relazione fisica con il proprio *partner*, è francamente un atteggiamento miope e nostalgico.

Una coppia omosessuale, del resto, è perfettamente idonea ad accogliere un bambino al suo interno, (a) biologicamente per la possibilità che ha di ricorrere alla fecondazione medicalmente assistita e (b) psicologicamente per la capacità di donare affetto, protezione, sostegno al bambino che accolgono. Vi è, insomma, una fecondità di affetti nella coppia omosessuale che è assolutamente equiparabile a quella della coppia eterosessuale (4).

Quindi, ammesso che il matrimonio sia ancora descrivibile come l'istituto che consente la gestione dei diritti e dei doveri che nascono da un rapporto di filiazione, non si vede – per quanto si è appena detto – quale obiezione possa essere sostenuta alla proposta di estenderlo alle coppie dello stesso sesso.

L'altra principale argomentazione è di matrice antropologica. Il matrimonio non sarebbe soltanto un istituto giuridico, ma avrebbe un significato che trascende l'aspetto normativo, incarnando nell'immaginario collettivo il simbolo dell'unione uomo-donna. Esso sarebbe, pertanto, incompatibile con l'identità di sesso tra i nubendi.

La coppia omosessuale sarebbe un *novum* nell'esperienza umana tale da richiedere la creazione di strumenti giuridici *ad hoc*, capaci di rimarcare la differenza con l'istituto matrimoniale (5).

Cerchiamo di ragionare. È vero che il matrimonio ha un forte valore simbolico. È un rito e come tutti i riti serve ad esprimere in un certo contesto sociale l'acquisizione di uno *status*, la modificazione della propria organizzazione di vita, del proprio ruolo nella società. Serve a ribadire la necessità che il resto del gruppo sociale rispetti la nuova condizione esistenziale acquisita. Serve, in poche parole, a rendere socialmente rilevante un proprio modo di essere nel mondo.

Il valore simbolico del matrimonio può essere un argomento utile tanto a favore quanto contro il matrimonio delle coppie dello stesso sesso. Contro, perché è simbolo di un modo di essere nel mondo con certe caratteristiche, prima fra tutte la diversità sessuale dei nubendi che rinvia indubbiamente all'unione fisica e quindi procreativa. A favore, perché simbolo del proprio modo di essere nel mondo. E siccome ognuno è libero di scegliere come condurre la propria esistenza, è impossibile stabilire *a priori* quale modalità di vivere la propria affettività debba simboleggiare il matrimonio.

Insomma, per tale strada si finisce solo in un vicolo cieco. Assistiamo ad un'incomunicabilità tra modelli esistenziali che comporta una confusione dei linguaggi: la stessa parola (matrimonio) viene utilizzata in accezioni diverse che reclamano tutte la possibilità di essere accolte contemporaneamente come "vere" (6).

Allora andiamo al di là delle parole. Premesso che una stessa parola esprime un contenuto determinato tanto dal contesto storico tanto dal contesto sociale in cui viene utilizzata, non è un mistero per nessuno che le parole nel diritto abbiano spesso accezioni che sono sconosciute ad altri ambiti. Per quanto riguarda il termine matrimonio, è ben vero che storicamente e socialmente essa indichi l'unione stabile e duratura di due persone di sesso diverso. Né del resto è discutibile che nell'ambito di quel particolare ordinamento, che è il diritto canonico, essa descriva un istituto con caratteristiche peculiari. Eppure, è un dato di fatto che oggi la parola matrimonio non rinvii in tutte le latitudini del mondo ad un'unione stabile (visto che c'è il divorzio) tra due persone di sesso diverso e che, sotto il profilo giuridico, il matrimonio per il diritto italiano sia un istituto con caratteristiche ben distinte dal matrimonio canonico.

Ciò posto, il peso della tradizione o la coesistenza di sistemi in cui l'istituto matrimoniale si connota per una necessaria eterosessualità dei nubendi, non può indurci ad eludere il dato positivo del diritto italiano. Non mi

riferisco tanto al fatto che nessuna norma nel nostro ordinamento vieta espressamente il matrimonio tra due persone dello stesso sesso, quanto alla concreta funzione del matrimonio come istituto giuridico.

In un'analisi funzionale (o teleologica) delle norme in materia troviamo sovrapposti due piani: 1) vi è senza dubbio la preoccupazione per il possibile sorgere di un rapporto di filiazione; 2) nello stesso tempo l'istituto del matrimonio serve a far sorgere diritti e doveri di carattere patrimoniale e non patrimoniale tra i coniugi. A ciò si aggiunga che la nascita del vincolo coniugale fa nascere in capo ai terzi (estranei a quella relazione giuridica) un dovere di rispetto delle prerogative delle parti, nei più diversi ambiti di rilevanza dell'unione matrimoniale.

Tralasciando il primo profilo, solo perché questo implicherebbe trattare la questione connessa – di valore più ideologico che pratico – dell'idoneità di una coppia di persone dello stesso sesso a divenire genitori, sotto il secondo profilo, concernente la tutela delle parti nei reciproci rapporti e verso i terzi, l'istituto matrimoniale appare assolutamente indifferente alla esistenza di un'identità di genere tra i coniugi. Tanto è vero che tutti gli ordinamenti, in cui è stato esteso alle coppie dello stesso sesso, hanno dovuto modificare pochissime norme. Né può essere un argomento razionalmente sostenibile affermare che siccome si è sempre definito come eterosessuale il legame coniugale bisogna per forza continuare ad escludere le coppie dello stesso sesso dal matrimonio (7).

Due coniugi, siano dello stesso sesso o di sesso differente, avranno sempre esigenze simili sul piano giuridico. Ecco il motivo per cui è facile immaginare che esse possano essere gestite in modo analogo.

Continuare a richiamarsi alla tradizione linguistica, *de iure condendo* rischia di far nascere istituti, apparentemente originali, ma nei fatti fotocopia del matrimonio, il che ad avviso di chi scrive è perlomeno ipocrita. Basti vedere quello che è successo in Nuova Zelanda o nel Regno Unito: hanno creato delle discipline *ad hoc* per le coppie omosessuali (in verità quello neozelandese è un istituto *gender neutral* ed è un vero e proprio doppione) il cui contenuto è quasi integralmente sovrapponibile al matrimonio. Che senso ha? È sicuramente poco sicuro scegliere di percorrere questa strada: e se nella trasposizione nel nuovo contenitore il legislatore si dimenticasse più o meno maliziosamente qualcosa? Perché cambiare il nome quando la sostanza rimane invariata?

Probabilmente avrà un senso da un punto di vista sociologico o antropologico continuare ad etichettare il matrimonio come un istituto "ontologicamente" eterosessuale, ma sotto il profilo strettamente giuridico non si riesce a cogliere la necessità di una tale caratterizzazione.

3.2. Ragioni a favore e contro il PaCS

Il modello francese di regolamentazione delle coppie dello stesso sesso diventa istituto paradigmatico di tutte le forme di regolamentazione delle convivenze con effetti, sul piano dei diritti e dei doveri riconosciuti alla coppia, sensibilmente inferiori rispetto al matrimonio.

Tra il “niente” della convivenza e il “tutto” del matrimonio – potremmo dire semplificando – vengono censiti istituti, sotto la voce registrazione, che tra loro si differenziano in due insiemi: (a) quelli che generano effetti quasi del tutto simili al matrimonio, (b) quelli che creano effetti giuridici in capo alle parti sensibilmente ridotti rispetto al matrimonio (vedi le tavole riassuntive in Matteo Bonini Baraldi, *Le nuove convivenze*, cit., 47-50). Questo serve all’Autore per suggerire soluzioni ai problemi di diritto internazionale privato e favorire l’attività di qualificazione della fattispecie giuridica ad opera del giudice (cfr. Matteo Bonini Baraldi, *Le nuove convivenze*, cit., 199 e ss.).

Un dato ricorre in tutte le ricerche sulle legislazioni di Paesi che hanno equiparato le coppie omosessuali a quelle eterosessuali: prima di raggiungere tale obiettivo, spesso si è scelto di introdurre istituti simili al PaCS, capaci da un lato di formalizzare e rendere socialmente rilevanti tali unioni e dall’altro di assicurare una tutela sia pur minima alle stesse (8).

È facile comprendere il perché di un tale comune atteggiamento da parte di Paesi con caratteristiche culturali e tradizioni giuridiche differenti fra loro. La ragione riposa su un insieme di aspetti di natura giuridica, sociologica e culturale. Una forma di registrazione della coppia rende evidente una realtà, la fa emergere dal silenzio, dal buio, in cui l’ipocrisia l’aveva costretta.

Quando la coppia omosessuale viene riconosciuta formalmente è più facile che cada un tabù, consistente nel disconoscere che agli atti omosessuali – per dirla con Foucault – si accompagna un’identità omosessuale (9). Si è costretti ad ammettere che se due uomini o due donne si amano, e intendono vivere tutta la vita insieme, lo fanno non per un capriccio, o per un atteggiamento deviante, o peggio eversivo nei confronti del sistema, ma perché sono nati con un orientamento sessuale che li porta a scegliere come *partner* una persona del proprio sesso.

Gli omosessuali questo già lo sanno – tanto da rivendicare attenzione da parte del diritto nei confronti del loro modo di essere – ma il resto della società lo ignora e tramite un riconoscimento del legame di coppia omosessuale se ne accorge. Superati gli ostacoli ideologici, l’intero corpo sociale imparerà a convivere con quella realtà che prima non conosceva e, rassicurato di fronte al nuovo, sarà capace di andare oltre, fino a concedere la piena equiparazione sul piano giuridico.

Il PaCS ha una caratura giuridica, formale, nominalistica che lo rende distinguibile dal matrimonio, il che è molto rassicurante, e nello stesso tempo finisce per dare una risposta minima alla domanda di giustizia che sale dal basso.

Sono, dunque, due gli aspetti rilevanti che inducono a considerare positivamente l'introduzione del PaCS. Tale negozio (*a*) rende riconoscibile socialmente la coppia in quanto tale; (*b*) fa sorgere in capo alle parti diritti e doveri (tra di loro e rispetto ai terzi). Tali aspetti non dovrebbero essere considerati in maniera disgiunta, come vorrebbero fare quanti continuano a sostenere un riconoscimento minimo di diritti ai conviventi e – bontà loro – anche ai conviventi omosessuali. Se verranno separati, sarà bene chiarire che l'obiettivo di politica del diritto che si raggiungerà non sarà lo stesso.

Vi è chi sostiene che, laddove si voglia tacitare la richiesta del riconoscimento di alcune istanze provenienti dal mondo omosessuale, basterà semplicemente riconoscere alcuni diritti a ciascuno dei membri della coppia di persone dello stesso sesso, senza dare alla coppia in sé alcuna rilevanza giuridica, attraverso la giuridificazione della sua costituzione.

Una normativa siffatta rappresenterebbe una vittoria effimera, perché di fatto contribuirebbe a bloccare il cammino legislativo verso la totale equiparazione. Il riconoscimento di alcuni diritti ai membri di una coppia fa venir meno (o rendere molto difficoltosa) la possibilità di far emergere socialmente il fenomeno della vita a due di persone dello stesso sesso. Nel lungo periodo non potrà considerarsi un vantaggio, ma una trappola da cui sarebbe difficile uscire.

Se, invece, l'obiettivo di politica del diritto è legittimare socialmente le coppie dello stesso sesso in vista della totale equiparazione con quelle eterosessuali, allora l'unica strada (o comunque quella destinata ad essere maggiormente efficace in tal senso) sarà scegliere un istituto che renda visibile la stabilità e la continuità sul piano giuridico e sociale della coppia; un istituto, cioè, che possa contribuire al convergere del modello di coppia omosessuale con quello di coppia eterosessuale.

Il PaCS, in quest'ottica, sembra avere solo pregi. E ciò almeno agli occhi di chi si rappresenta come obiettivo ultimo quello della totale equiparazione giuridica tra le coppie dello stesso sesso e quelle di sesso diverso, in ossequio ad un'esigenza di giustizia e di rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento (tra i quali oltre all'eguaglianza spicca certamente quello del rispetto dei diritti inviolabili della persona, nel cui novero rientra tanto il diritto all'autodeterminazione tanto il diritto alla realizzazione personale).

Contro l'adozione di un istituto come il PaCS, milita da un lato l'esigenza di trovare un riscontro sul piano giuridico al riconoscimento di unioni

matrimoniali contratte all'estero da cittadini italiani (problema su cui torneremo subito), dall'altro il pericolo che esso sia considerato come il massimo riconoscimento possibile, sul piano giuridico, cui possano aspirare le coppie dello stesso sesso.

Sotto tale ultimo profilo c'è poco da dire, perché da un lato già oggi è argomentabile l'ampliamento dell'istituto matrimoniale alle coppie dello stesso sesso, in base alla normativa vigente e quindi a maggior ragione ciò sarà possibile in futuro con l'introduzione di un istituto come quello che andiamo considerando (10); dall'altro se si considerano corrette le premesse da cui siamo partiti – visto che altrove è già successo che meccanismi di registrazione delle coppie abbiano favorito un loro più pregnante riconoscimento giuridico – si può dubitare che l'introduzione del PaCS ostacoli, anziché favorire, l'ampliamento alle coppie dello stesso sesso dell'istituto matrimoniale.

4. Il diritto internazionale privato

Salta agli occhi l'isolamento dell'Italia di fronte ad una realtà che cambia ovunque. Chi si oppone al riconoscimento delle unioni gay, ricorda spesso come il movimento omosessuale degli anni '70 fosse tra i maggiori avversatori di una visione borghese della famiglia. Eppure «la famigerata promiscuità e instabilità sentimentale degli omosessuali – è stato ben ricordato – affonda senz'altro le sue radici in un antico divieto: anche quando i rapporti tra uomini erano concessi, il matrimonio doveva essere rigorosamente eterosessuale» (11). La domanda delle coppie omosessuali di vedersi riconosciuta una legittimazione sul piano giuridico e quindi sociale è la dimostrazione della vitalità del matrimonio, cui vogliono accedere anche coloro che un tempo, sentendosi emarginati, lo avversavano.

L'atteggiamento diffuso in Italia è sintomo di una grande ottusità. Non si presta attenzione alla realtà che cambia, e non si comprende che l'assenza di una regolamentazione tanto invocata getta i cittadini omosessuali in quello che Durkheim chiamerebbe “stato di anomia”.

In Europa, molti Stati hanno sentito la necessità di affrontare giuridicamente la questione omosessuale. I cittadini hanno beneficiato dei nuovi strumenti a loro disposizione e hanno cominciato a costruire relazioni affettive giuridicamente rilevanti. Tale situazione non ci può lasciare indifferenti, né possono bastare giustificazioni formaliste in forza delle quali ciascun Paese dell'Unione sarebbe libero di disciplinare o meno tali rapporti di convivenza. E ciò per due ragioni: (a) la circolazione delle persone, e la

possibilità di comunicazione globale, porta gli individui a superare i confini nazionali e a stringere relazioni che contemporaneamente interessano più ordinamenti diversi – sicché è già capitato e capiterà sempre più frequentemente che sorgano controversie che coinvolgeranno la giurisdizione italiana; (b) recenti direttive comunitarie, hanno ribadito che il rispetto del diritto alla libertà di circolazione all'interno dell'Unione passa anche attraverso la tutela delle relazioni affettive – per cui non è possibile che i cittadini europei trovino un ostacolo alla loro libertà di circolazione, consistente nel vuoto normativo in materia di coppie dello stesso sesso (12).

E questo quanto al formante legislativo. Quanto a quello dottrinario, non pare che le cose vadano molto meglio. Autorevole dottrina sostiene che il matrimonio tra due persone dello stesso sesso celebrato all'estero sia inesistente per l'ordinamento giuridico italiano. Inesistente significa, tra l'altro, che quella certa situazione, venutasi a creare nel mondo fenomenico, non potrà mai avere alcun effetto nel mondo del diritto. Si tratta di un argomento debole, almeno nell'ottica del diritto internazionale privato. «L'argomento pare mal posto in sede di ricerca della norma di d.i.p., la cui ottica non sembra consentire il ricorso al concetto di insistenza, (dubbia) categoria del diritto materiale italiano posta a valle del problema del conflitto di norme. La funzione del d.i.p. consiste nell'indicare la legge applicabile ad un determinato fatto o rapporto giuridico che non può, secondo questa prospettiva, mai dirsi inesistente (ancorché sconosciuto): sarà, poi, la legge applicabile a determinare l'ambito di rilevanza giuridica del fenomeno e la sua eventuale disciplina» (Matteo Bonini Baraldi, *Le nuove convivenze*, cit., 236).

Il matrimonio omosessuale celebrato all'estero, comunque, può spiegare effetti (sia pur limitati) nel nostro ordinamento. Ma se questo è vero, allora parlare di inesistenza non è più possibile. Pensiamo al caso di un cittadino italiano che contragga matrimonio con un cittadino olandese in Olanda. Se quest'ultimo si trasferisse in Italia e volesse sposarsi non potrebbe farlo, perché in virtù della sua legge nazionale non potrebbe contrarre un nuovo matrimonio, mentre il nostro concittadino – considerando inesistente per il nostro ordinamento quel negozio giuridico – potrebbe tranquillamente convolare a nuove nozze. Il risultato sembra alquanto paradossale soprattutto se si guarda al fenomeno dal punto di vista dell'ordinamento comunitario, dove – tendenzialmente – la comune cittadinanza europea dovrebbe generare un'uniformità di diritti e di doveri a prescindere dalla cittadinanza o dal luogo di residenza. E invece, ci troviamo in una situazione surreale, per cui ciò che viene considerato discriminatorio in Belgio, Germania, Francia e nella quasi totalità dei paesi comunitari, non lo è in Italia (13).

5. Conclusioni

Quando il giurista si occupa delle relazioni affettive dovrebbe verificare la compatibilità del concetto e del sistema alla realtà vissuta, quotidiana. Prima di affermare l'esistenza della regola dovrebbe vagliarne la sua praticabilità, considerarne i riflessi sulla vita delle persone. Si dovrebbe passare da un diritto etereo, la cui fonte è posta al di fuori della società (in Dio o nella natura), ad un diritto concreto, laico (14). Quando il diritto è chiamato ad interagire con le scelte esistenziali dei cittadini – ed è evidente che il discorso si allarga fino ad includere qualsiasi scelta esistenziale, di carattere politico, lavorativo, sindacale, sussistenziale, ludico, sanitario, religioso, e così via – non può che essere un diritto dal basso, che tenga conto delle esigenze delle persone.

Come è possibile per un giurista continuare a fantasticare un mondo in cui non esistano (o se esistono non si facciano vedere) le coppie di persone dello stesso sesso? Ma se i dottori sono culturalmente incapaci di concepire un diritto dal basso e il legislatore si guarda bene dall'esercitare il proprio potere, chi è chiamato a rispondere alla domanda di giustizia che proviene dalla società?

Poco si è detto finora del formante giurisprudenziale. Altrove sono state le Corti a traghettare il sistema verso un allargamento delle tutele alle famiglie di fatto. C'è da dire che spesso si è trattato di sistemi di *common law* (15).

In Italia, la sensazione è che, in una materia eticamente sensibile come le convivenze, la giurisprudenza mantenga un atteggiamento di rispetto verso il potere legislativo, il che per certi versi è condivisibile. Ma pochi si chiedono – e la Corte costituzionale sarebbe titolata a farlo – quale sia il limite tollerabile della discrezionalità del legislatore. Può spingersi fino a svuotare completamente il diritto alla realizzazione personale, fondato sugli artt. 2 e 3, 2° co. Cost., omettendo di legiferare?

Un argomento a sostegno della libertà di manovra del Parlamento può essere la rilevanza sull'economia pubblica di certe scelte. È bene non nascondersi che dietro il riconoscimento di alcuni diritti, oltre alle resistenze ideologiche, vi siano anche questioni economiche, soprattutto se si guarda alla spesa che sarebbe necessario affrontare per apprestare idonei servizi sociali o prestazioni previdenziali a favore delle persone più deboli. Ma, in tal guisa, finiremmo per negare le cure ai malati terminali, visto che la spesa per la loro assistenza non è funzionale alla loro remissione in salute.

È evidente che in ambito sociale non si possa fare un discorso di costi/benefici, in senso prettamente contabile. Voci come: qualità della vita,

inclusione sociale, benessere relazionale, sicurezza rispetto all'avvenire, tranquillità emotiva, e così di seguito, sono altrettante poste, non valutabili economicamente, in un'ideale bilancio a favore del riconoscimento delle unioni omosessuali e, più in generale, dell'apertura del sistema verso la tutela delle minoranze. Non si tratta di soldi, in altre parole, ma del tipo di società che vogliamo: una società pluralista e inclusiva o una società che esclude il diverso?

È vero, dunque, che il legislatore ha una responsabilità preminente nel settore che andiamo considerando, ma sotto il profilo della politica del diritto, la magistratura ha un compito che non può eludere. Non ci si può tirare indietro nel rendere concreti i principi che governano il nostro ordinamento, ignorandone l'esistenza quando si prende una certa decisione e si proclama una certa regola. Il principio non è affatto qualcosa di astratto, che riposa nell'iperuranio della Carta costituzionale o delle Convenzioni internazionali. Non è solo una base per il programma politico del legislatore. Il principio è anzitutto una linea tendenziale di sviluppo del sistema, con una sua efficacia precettiva (16). In quanto espresso da una norma di legge, poi, non può non essere preso in considerazione dal magistrato.

Se il legislatore è bloccato politicamente e non adotta norme promozionali dello sviluppo della persona, la magistratura non può decidere di non decidere, se e nella misura in cui, facendo appello ai principi generali, o all'interpretazione analogica, essa sia in grado concretamente di trovare una regola operativa che governi la fattispecie sottoposta al suo vaglio, così da consentire alla persona di realizzare se stessa al riparo da atteggiamenti discriminatori e intolleranti.

Note bibliografiche

1. Mi piace ricordare, da un lato, il primo convegno in tema di omosessualità organizzato nell'Università di Trieste da Paolo Cendon, una ventina di anni fa. Dall'altro, non si possono dimenticare le parole di Stefano Rodotà, *Premessa*, in E. Menzione, *Manuale dei diritti degli omosessuali*, La libreria di Babilonia, 1996 (nuova edizione Enola, 2000).

2. Il volume fa parte della Collana diretta da M. Sesta *Nuovi percorsi di diritto di famiglia*, Ipsoa, 2005.

3. Con riferimento alla sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti (*Lawrence c. Texas*, la cui opinione di maggioranza si può leggere in italiano su www.personaedanno.it), si è sottolineato che affermando l'incostituzionalità della legge texana contro la sodomia «non si difende la limitata possibilità di compiere atti di sodomia (...) ma, su un piano ben più generale, si afferma il diritto di decidere come manifestare la propria identità», così V. Barsotti, *Privacy e orientamento sessuale. Una storia americana*, Giappichelli, 2005, 163-164.

4. Su cui vedi le interessanti pagine di M. Bottino e D. Danna, *La gaia famiglia. Omogenitorialità: il dibattito e la ricerca*, Asterios Editore, 2005.

5. In tal senso, Y. Merin, *Equality for same-sex couples. The legal recognition of Gay Partnerships in Europe and the United States*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 2002.

6. Sulla contrapposizione tra diversi modelli di famiglia e sui suoi riflessi sul linguaggio, v. C. Flamini e M. Mori, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita. Paradigmi a confronto*, Net, 2005.

7. Per la necessità di argomenti razionali che giustifichino un'esclusione, rigettando affermazioni apodittiche o fondate su un'inafferrabile idea di natura, si esprime *Le coppie di fatto tra diritto e morale*, in *Elementi di etica pratica. Argomenti normativi e spazi del diritto*, a cura di Zanetti, Carocci, 2003, 159.

8. In questo senso, Y. Merin, *Equality for same-sex couples*, cit., *passim* e D. Borillo e P. Lascombes, *Amours égaies? Le Pacs, les homosexuels et la guache*, La Découverte, Paris, 2002.

9. P. Zanotti, *Il gay, dove si racconta come è stata inventata l'identità omosessuale*, Fazi, 2005.

10. Sull'inesistenza di un divieto attuale nell'ordinamento italiano rispetto al matrimonio tra persone dello stesso sesso, si consenta il rinvio al commento al decreto del Tribunale di Latina, 10.6.2005, dal titolo *Matrimonio «gay» all'italiana*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 91-100. In commento a tale pronuncia v. inoltre M. Bonini Baraldi, *Il matrimonio fra cittadini italiani dello stesso sesso contratto all'estero non è trascrivibile: inesistente, invalido o contrario all'ordine pubblico?*, in *Fam. e Dir.*, 2005, 418.

11. P. Zanotti, *Il gay*, cit., 233.

12. Il riferimento è alla direttiva 2003/86/EC si occupa del diritto al ricongiungimento familiare con riferimento ai cittadini di Paesi terzi e alla direttiva 2004/38/EC si occupa del diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. In entrambe le direttive è presa in considerazione la situazione in cui si trova: a) il *partner* non coniuga-

to che abbia una relazione stabile e duratura, b) il *partner* legato al soggiornante o al cittadino comunitario da una relazione formalmente registrata.

13. Da ultimo v. la Risoluzione del Parlamento europeo sull'omofobia in Europa del 18.1.2006. Il Parlamento europeo era già intervenuto in passato in tale materia. Si ricordano: (a) la Risoluzione sulla parità dei diritti delle persone omosessuali nella Comunità europea, 8.2.1994, con la quale il Parlamento europeo ha individuato come obiettivo delle azioni comunitarie la rimozione degli "ostacoli frapposti al matrimonio di coppie omosessuali ovvero a un istituto giuridico equivalente, garantendo pienamente diritti e vantaggi del matrimonio e consentendo la registrazione delle unioni"; (b) la Risoluzione sul rispetto dei diritti umani nell'Unione europea, 16.3.2000, con cui il Parlamento europeo ha chiesto "agli Stati membri di garantire alle famiglie monoparentali, alle coppie non sposate e alle coppie dello stesso sesso parità di diritti rispetto alle coppie e alle famiglie tradizionali, in particolare in materia di legislazione fiscale, regime patrimoniale e diritti sociali".

14. A. Dershowitz, *Rights From Wrongs. Una teoria laica dell'origine dei diritti*, Trad. it. di Valeria Roncarolo, Codice edizioni, 2005.

15. La Cassazione in più occasioni ha affermato che «la categoria dell'inesistenza, per distinguerla da quella dell'invalidità, richiede necessariamente dei riferimenti ad aspetti fattuali e ricorre, pertanto, quando manchi "quella realtà fenomenica che costituisce la base naturalistica della fattispecie (Cass. n. 1808 del 1976) e che nel matrimonio è ravvisabile in assenza dei requisiti minimi essenziali, costituiti dal fatto che due persone di sesso diverso abbiano manifestato la volontà matrimoniale davanti ad un ufficiale celebrante» (così Cass. 9.6.2000, n. 7877, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2897). È interessante notare quanto sia diffusa la convinzione dell'esistenza di una regola (inespressa) concernente la necessaria differenza di sesso tra i nubendi, pur essendo basata solo su opinioni dottrinali e su alcuni *obiter dicta*: cfr. Cass. 14.2.1975, n. 569, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, 484; Cass. 20.5.1976, n. 1808, in *Giur. it.*, 1977, I, 1378, con nota di Rossi Carleo; Cass. 22.2.1990, n. 1304, in *Mass. Foro. it.*, 1990, voce «Matrimonio», n. 150. La sovrapposizione di piani tra matrimonio ed eterosessualità è conosciuta anche dalla giurisprudenza di merito App. Bari, 3.3.2000, in *Giur. merito*, 2001, 666; Trib. Roma, 28.6.1980, (decr.), in *Giur. it.*, 1982, I, 2, 170.

La *Cour de cassation*, 1^{er} civ., 17.12.1997, D. 1998.111 (conformemente a *Cour de cassation, chambre sociale*, 11.7.1989) in una controversia riguardante una coppia di conviventi, ha espressamente affermato che la convivenza è una relazione stabile e continuativa che ha l'apparenza di un matrimonio, e che dunque si può instaurare solo tra un uomo e una donna. In senso contrario si è espressa la Corte d'Assise di Torino, 19.11.1993, in *Riv. pen.*, 1994, 55, affermando che: «gli elementi essenziali del rapporto di coniugio vanno identificati nell'esistenza di un legame affettivo stabile che includa la reciproca disponibilità a intrattenere rapporti sessuali, il tutto ricompreso in una situazione relazionale in cui siano presenti atteggiamenti di reciproca assistenza e solidarietà; tali elementi non risultano esclusi dalla sola uniformità di sesso fra le persone in relazione».

Rispetto alla Corte francese è di contrario avviso la Corte Suprema del Canada. Il 9.12.2004, in una decisione con la quale si è dato il via libera al governo per l'emanazione di una legge sui matrimoni tra persone dello stesso sesso (dopo che le più alte Corti di 6 province del Paese avevano ammesso la giuridica possibilità per due

gay o due lesbiche di contrarre matrimonio) l'Alta Corte canadese ha sottolineato come non si debbano ignorare le modificazioni intervenute nella società, secondo la quale la diversità di sesso degli sposi non è più una caratteristica essenziale dell'istituto matrimoniale.

Negli Stati Uniti vanno segnalate due sentenze sulla estensibilità del matrimonio civile alle persone dello stesso sesso. Si tratta di *Lawrence v. Texas*, del 26.6.2003, 123 S. Ct. 3472 (2003), in cui la Corte Suprema degli Stati Uniti, decidendo dell'incostituzionalità della legge texana contro la sodomia, ha avuto tra l'altro modo di ricordare, al fine di motivare il superamento del precedente specifico rappresentato dal caso *Bowers*, come: «sostenere che nel caso *Bowers* fosse in discussione semplicemente il diritto di intrattenere una certa condotta sessuale priva di senso l'azione intentata dal ricorrente, così come sarebbe privata di senso la relazione di una coppia sposata se si affermasse che il matrimonio concerne soltanto il diritto ad avere una relazione sessuale (...) il nostro diritto e la nostra tradizione offrono una tutela a livello costituzionale alle decisioni personali relative al matrimonio, alla procreazione, alla contraccezione, alle relazioni familiari, alla crescita e all'educazione dei bambini (...) tali materie, coinvolgenti le scelte più intime e personali che un individuo possa compiere nella sua vita, scelte fondamentali per la dignità e l'autonomia della persona, sono al centro della libertà tutelata dal XIV Emendamento. Il cuore della libertà è il diritto di definire il proprio concetto dell'esistenza, del senso dell'universo e del mistero che è la vita umana. Le decisioni rispetto a tali materie non potrebbero esprimere le caratteristiche della personalità di ciascuno se esse fossero maturate sotto la costrizione dello Stato». Altra sentenza degna di nota è *Goodridge et al. v. Department of Public Health et al.*, 798, N.E.2d 941 (Mass. 2003). La decisione si segnala non solo perché qualifica il diritto di sposarsi come un diritto fondamentale, ma anche e soprattutto perché senza mezzi termini si affronta la questione della relazione tra matrimonio e procreazione. La difesa dello Stato del Massachusetts, infatti, ha affermato che è conforme alla Costituzione rifiutare di concedere a coppie dello stesso sesso la licenza di matrimonio, in quanto solo (a) la coppia eterosessuale può creare un ambiente favorevole alla procreazione, (b) e allo stesso tempo assicurare l'ambiente ottimale per la crescita dei minori. Quanto al primo argomento la Corte obietta che «è il permanente ed esclusivo impegno reciproco fra i coniugi e non il concepire i figli, la *conditio sine qua non* del matrimonio civile»; quanto al secondo argomento, invece, si afferma che l'orientamento sessuale dei coniugi non è idoneo ad incidere sulla individuazione in concreto del miglior interesse del bambino. Il divieto di matrimonio conclude la Corte si fonda soltanto sui persistenti pregiudizi verso le persone omosessuali. Su entrambe le sentenze v. le interessanti considerazioni di Montalti, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è un diritto fondamentale? Due recenti pronunce in Massachusetts dopo Lawrence v. Texas*, in *Pol. dir.*, 2004, 687-700.

L'istituto tedesco della *Lebenspartnerschaft* ha sollevato in Germania obiezioni simili a quelle che si rintracciano in Italia, circa la compatibilità alla Costituzione del matrimonio tra persone dello stesso sesso. In Germania, infatti, esiste una norma simile all'art. 29 Cost. (ci si riferisce all'art. 6, 1° comma GG, «il matrimonio e la famiglia godono della particolare protezione dell'ordinamento statale»). La Corte costituzionale tedesca, il 17.7.2002, in *NJW*, 2002, 22543, su istanza dei Länder tedeschi Baviera, Tu-

ringia e Sassonia, ha analizzato la compatibilità della legge sulle convivenze tra persone dello stesso sesso con la norma costituzionale ricordata, arrivando ad affermare che non vi sono principi fondamentali che ostino ad una normativa di contenuto identico per matrimonio e convivenza registrata (v. in proposito le considerazioni di Wasmuth, *La convivenza registrata tra persone dello stesso sesso in Germania e l'orientamento giurisprudenziale della corte costituzionale tedesca*, in *Famiglia*, 2003, 503 e ss.).

Sulle caratteristiche della coppia che decide di sottoscrivere un PaCS v. Conseil Constitutionnel, décision n. 99-419, DC 9.11.1999, *JCP*, 1999.III.20173.

La Corte costituzionale sudafricana, 1 dicembre 2005, (*Minister of Home Affairs, Director-General of Home Affairs v. Marié Adriaana Fourie, Cecelia Johanna Bonthuys*) si è pronunciata a favore del matrimonio omosessuale, dichiarando incostituzionale il *Marriage Act*. La Corte ha sospeso per un anno l'esecutività della sentenza per consentire al Parlamento di modificare la legge. La definizione legale (attuale) del matrimonio è dichiarata incompatibile con la Costituzione e non valida nella misura in cui non permette alle coppie dello stesso sesso di beneficiare dello *status* e dei vantaggi, così come delle responsabilità, concessi alle coppie eterosessuali, ha affermato la Corte in sentenza. Le discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale sono esplicitamente proibite dalla Costituzione sudafricana. La Corte in un significativo passaggio della decisione, ha affermato che negare alle coppie dello stesso sesso di contrarre matrimonio significa ledere profondamente il loro diritto all'autodeterminazione personale.

Da ultimo, la Corte Suprema della California, 15.5.2008, ha ritenuto incostituzionale il divieto di matrimonio per le coppie gay e lesbiche. La pronuncia della Corte è importante sia perché afferma – nella opinione di maggioranza redatta da Ron George – che le *domestic partnerships* non sono un istituto capace di sostituire sufficientemente il matrimonio, sia perché guarda al cuore della relazione di coppia, fondando sulle sue caratteristiche l'insostenibilità sul piano giuridico di una differenza tra il trattamento riservato alle coppie omosessuali e il trattamento riservato a quelle eterosessuali. Anzi, è proprio l'emergere della realtà delle coppie omosessuali attraverso le *domestic partnerships* che rende evidente la discriminazione dell'esclusione dal matrimonio: «Rispetto al passato, ora il nostro Stato riconosce che la capacità delle persone di stabilire una relazione affettiva stabile e duratura con un'altra persona e la responsabilità di prendersi cura e allevare dei bambini non dipendono dall'orientamento sessuale dei singoli componenti della coppia, e, più in generale, che l'orientamento sessuale di un individuo – così come la sua razza o il suo sesso – non costituiscono un legittimo motivo per negare il godimento di un diritto».

16. Per dirla con le efficaci parole di Stefano Rodotà: «per continuare a discriminare gli omosessuali, si è obbligati a violare principi generali di eguaglianza, di riconoscimento dell'altro», così in *Premessa*, in E. Menzione, *Manuale dei diritti degli omosessuali*”, cit., 6.

