

## Non è la Costituzione a presupporre il paradigma eterosessuale\*

Carlo FUSARO

Sono qui principalmente per obbedire a un imperativo morale, per un dovere politico-civile: non farò nessun tentativo di farmi scudo di presunte verità tecnico-giuridiche, che in questo come in altri campi non credo esistano. Non è possibile non avere un "pre-orientamento": ed io confesso il mio. Il problema che abbiamo davanti, a me pare semplicemente questo: che risposta deve dare il nostro ordinamento costituzionale a una specifica categoria di cittadini, anzi di persone, che, essenzialmente, invoca parità di trattamento, *rectius*, chiede che cessi ciò che avverte come, e per me con evidenza solare effettivamente è, una discriminazione.

Ebbene, il caposaldo sul quale fondare la risposta va cercato nel parametro dell'uguaglianza affermato dall'art. 3, interpretato come principio di non discriminazione e letto in congiunzione con gli artt. 2 e 29. Dico cose ovvie, e semplici. Ma questa credo sia la strada maestra del diritto costituzionale. Nella nostra Costituzione, l'uguaglianza di trattamento, cioè la non discriminazione, è la regola: certo, l'uguaglianza non può essere e non viene intesa come uguale trattamento di tutti *sempre e comunque*, perché è legittimo (e talora può essere addirittura doveroso, in relazione al comma 2 dell'art. 3) trattare in modo diverso situazioni diverse. Il punto è che, nei casi sollevati dai giudici *a quibus*, come in qualunque altra circostanza in cui la legge dispone un trattamento differenziato, si tratta di vedere come questo possa essere ipoteticamente giustificato nel bilanciamento con altri valori, principi e norme parimente affermati o riconosciuti dalla Costituzione.

Non basta: se la non discriminazione è la regola, l'onere di dimostrare la ragionevolezza del trattamento differenziato dovrebbe ricadere su chi un simile trattamento diverso ritiene opportuno imporlo, appunto in quanto, e solo in quanto, lecito e costituzionalmente legittimo. Non si dovrebbe invertire l'onere della prova e costringere chi chiede un trattamento *non* discriminatorio a dimostrare che esso non si giustifica. Ma tant'è, su questo torno più avanti.

Sono consapevole che si entra qui su un terreno scivoloso; e mi rendo anche conto che questo tipo di apprezzamenti - di norma - non possono che rientrare nelle funzioni specifiche del legislatore. Il giudice costituzionale, se sollecitato a farlo, sottoporrà a verifica la ragionevolezza della scelta del legislatore: ma non sta - di norma - al giudice costituzionale sostituirsi al legislatore per creare nuovo diritto, e dare così attuazione al dettato costituzionale. Tuttavia, sappiamo bene che vi sono circostanze in cui ciò si rivela inevitabile. Nel caso che discutiamo, osservo che: *primo*, siamo di fronte a una situazione normativa testuale che non è poi così chiara e pacifica. Il rifiuto di celebrare matrimoni fra persone dello stesso sesso da parte dell'ufficiale dello stato civile (ciò che determina la oggettiva discriminazione in base al sesso di coloro che si vogliono unire nel contratto matrimoniale), è fatto derivare da una ricostruzione della presunta volontà dell'ordinamento fondata su basi sistematiche, che a me paiono non proprio solidissime; *secondo*, essa, a ben vedere, è basata - piuttosto - su argomenti di tipo ideologico, religioso, costumi, tradizioni, usanze: certo tramandati nel tempo. Alla fine dei conti, tuttavia, al di là di elaborazioni e ricostruzioni più o meno sofisticate, il vero argomento è: «per matrimonio si è sempre considerato quello fra uomo e donna». Si tratta di un argomento che vale quanto il sostenere che nel matrimonio da che mondo è mondo a comandare è l'uomo (il che tra parentesi è curioso se si fa mente locale all'etimo del vocabolo: *matrimonio*, distinto da *patrimonio*...).

Come si capisce io ho molto apprezzato la relazione introduttiva di Barbara Pezzini, con larghissima parte della quale concordo. Concordo soprattutto con la prima parte della sua ricostruzione e delle sue conclusioni. Ma proprio per questo vorrei dire qui cosa non mi persuade del tutto.

---

\* Università di Firenze, Dip. di diritto pubblico "A. Orsi Battaglini", Fac. Scienze politiche "C. Alfieri"

Non mi persuade l'interpretazione che Barbara Pezzini fa del secondo comma dell'art. 29 Cost. e quindi mi lasciano perplesso anche le conseguenze che ne deriva, sia pure subordinatamente - mi pare di capire, in relazione alla possibile decisione della Corte. In che senso non mi persuade? Pezzini scrive: «vi è però, nell'art. 29 cost., anche un dato giuridico positivo che collega il matrimonio al paradigma eterosessuale e che mi sembra meno facilmente superabile, essendo strettamente connesso alla *ratio* stessa del richiamo dell'istituto matrimoniale in costituzione: il matrimonio a cui fa riferimento l'art. 29 cost. incorpora nel suo secondo comma il paradigma eterosessuale *perché e nella misura in cui la funzione di questa norma è di introdurre la norma anti-subordinazione di genere nella struttura della famiglia* (di rimuovere la subordinazione della donna all'uomo dentro la struttura familiare)» [corsivo mio].

Forse mi sfugge qualcosa, ma il secondo comma parla di "coniugi" (e fortunatamente, aggiungo)... Ciò rende a mio avviso possibile e legittimo, credo, leggerlo nel senso che, nella coppia unita in matrimonio, la Costituzione vuole i coniugi sullo stesso piano. So benissimo (sappiamo tutti) che coloro che scrissero e votarono la Costituzione pensavano a un coniuge uomo e a un coniuge donna: tuttavia non mi pare che la disposizione letta nel 2010 debba necessariamente essere interpretata *originalisticamente*. Essa ha piena pregnanza giuridica in sé: quale che sia il sesso o la preferenza sessuale delle due persone che si vincolano in coniugio. Vale dunque, senza alcun dubbio, anche nel caso della coppia dello stesso sesso: all'interno della quale vi possono ben essere, come in qualsiasi rapporto a due, e in effetti vi sono, ruoli e posizioni diverse: se non che - in base alla Costituzione - nulla può intaccare l'uguaglianza giuridica e morale fra i componenti del nucleo familiare unito (e/o fondato) in matrimonio (fatti salvi eventuali limiti a garanzia dell'unità familiare: sui quali si tratterebbe pure di ragionare). Per questo domando: perché mai ritenere che il comma 2 implichi *necessariamente* il paradigma eterosessuale? Il comma 2 dell'art. 29 vuole la famiglia unita in matrimonio (legata da una somma di diritti e doveri che è l'ordinamento a prefigurare) fondata sull'uguaglianza dei due suoi elementi originari e iniziali. Certamente, come scrive Pezzini, ciò equivaleva nel 1948 ad affermare l'uguaglianza fra uomo e donna *anche* nel matrimonio (tanto che ci son voluti 27 anni per tradurre questo comandamento in legge, col nuovo diritto di famiglia): ma nel 2010 non vuol dire solo e necessariamente questo. Aggiungo che non è affatto infrequente il caso di disposizioni varate dando per scontati certi presupposti, le quali, superati quei presupposti, mutano di significato perché appunto muta il modo di interpretarle in presenza di presupposti diversi.

La mia perplessità si rafforza se penso alla soluzione della sentenza additiva di principio di cui parla Barbara Pezzini. Partendo da quella interpretazione dell'art. 29.2 secondo Pezzini questa ipotesi comporta (può comportare) «la estensione alle coppie *same sex* non direttamente dell'accesso al matrimonio, ma dell'accesso ad una condizione giuridica che garantisca effetti essenziali e sostanziali analoghi a quelli del matrimonio per le coppie eterosessuali». Come Pezzini dice, in tal modo si «libera uno spazio di discrezionalità per il legislatore». Ora ciò in sé non sarebbe un male: il problema è lasciar spazio alla discrezionalità del legislatore rischia, in questo caso, di sacrificare puramente e semplicemente il principio di non discriminazione.

La questione di *altri tipi di unione civile* (e dei loro regimi giuridici) non dovrebbe direttamente rilevare rispetto a quella richiesta di parità di trattamento dalla quale ho preso le mosse. Infatti, la questione di fondo che è stata sollevata non è solo e tanto quella del diritto di tutte le persone di vedersi riconoscere la possibilità di ingaggiare un rapporto di coppia caratterizzato da determinate garanzie, forme di stabilità e prerogative previsti dalla legge (dunque non suscettibili di negoziazione fra le parti): certo è *anche* questo. Ma lo è solo *subordinatamente*, perché la questione vera riguarda invece il principio di non discriminazione.

Ora, perché mai una qualsiasi forma di unione dovrebbe essere preclusa alle persone in base al sesso? Perché mai le forme di unione dovrebbero essere differenziate in base all'orientamento sessuale di coloro che intendono farvi ricorso? Si badi bene: dire che al matrimonio non possono accedere persone dello stesso sesso, è esattamente come se il legislatore pretendesse di istituire nuovi tipi di unione (comunque denominati e configurati) limitandoli, magari, alle sole persone di

orientamento omosessuale. La questione delle unioni civili ha senso in sé: in quanto il legislatore giudichi socialmente opportuno prevedere unioni diverse dal matrimonio, diverse in quanto volte a conferire diritti e doveri reciproci *altri* rispetto al matrimonio. Non ha o non dovrebbe avere alcuna relazione con i soggetti che ne possano far ricorso. In altri termini, che si tratti di una forma di unione diversa dal matrimonio o del matrimonio come l'ha fin qui disciplinato il codice civile: in entrambi i casi la legge non può, a mio avviso, discriminare in base al sesso o all'orientamento sessuale. Può discriminare in base ad altro (per esempio l'età), ma non in base al sesso, alla religione, alla razza, eccetera.

Si torna inevitabilmente al punto di partenza. Perché mai per concludere un contratto matrimoniale, cioè per conferire ai propri rapporti con una e una sola altra persona, caratterizzati da una certa pubblicità e da una certa particolare stabilità, nonché dal presupposto che non abbia scadenza ma possa durare finché morte non separi, occorrerebbe essere di sesso diverso? A meno di non ritenere che la funzione sociale o la funzione ordinamentale del matrimonio siano non già un certo regime di rapporti reciproci stabilizzati e duraturi, una certa reciproca garanzia pubblica di assistenza e sostegno: ma altro. E siccome l'unica cosa che insieme due coniugi dello stesso orientamento sessuale (anzi: dello stesso sesso biologico) non possono fare (ma anche qui c'è da ragionare: non potevano fare, almeno nel caso di chi è biologicamente uomo; diverso il caso di chi è biologicamente donna) era procreare: ma il nesso procreazione come funzione del matrimonio è questione socialmente e costituzionalmente superatissima. Chi mai potrebbe affermare che funzione del matrimonio sia solo o principalmente fare figli? Di più: a ben vedere neppure dar vita a una famiglia è la funzione principale del matrimonio... La Costituzione questo non lo dice, infatti. La circostanza che (art. 29 Cost.) «la Repubblica riconosca i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio» non implica affatto che il matrimonio abbia come funzione dar vita a una famiglia (almeno nel senso di una comunità di solidarietà e affetti che vada oltre due persone: alle quali essa può benissimo e felicemente fermarsi): vuol dire che riconosce la famiglia come formazione sociale che esiste ed è titolare di diritti a prescindere da qualsiasi scelta contingente di politica legislativa. Funzione del matrimonio è, piuttosto, quella di assicurare un quadro stabile di rapporti predeterminati per legge e una somma di diritti e di doveri reciproci a due persone che a quel regime di rapporti intendono pubblicamente vincolarsi. Per secoli (sia pure con eccezioni) il presupposto è stato certo la differenza sessuale fra gli aspiranti coniugi; oggi tale presupposto non solo è condiviso solo da alcuni, ma dal momento che il sesso e l'orientamento sessuale fanno parte dell'identità di ogni persona e non possono perciò essere in sé la *ratio* giustificatrice di trattamenti differenziati, esso non può assurgere a requisito condizionante il diritto di ricorrere all'istituto del matrimonio.

Tenendo precisamente conto del nostro codice civile, a me parrebbe perciò di poter dire che le alternative a disposizione del giudice costituzionale dovrebbero essere solo due: (A) sancire la possibilità di interpretare la legge vigente in modo conforme a Costituzione (con *sentenza interpretativa di inammissibilità*) o, come Pezzini anche suggerisce, sancire la illegittimità costituzionale di quelle disposizioni di legge (segnatamente del codice civile) che si prestano - sistematicamente interpretate - a vietare l'accesso all'istituto del matrimonio a persone dello stesso sesso (con *sentenza di accoglimento parzialmente sostitutiva*). Vorrei aggiungere che, se si leggono gli articoli del codice civile che sono stati impugnati, si vede che essi non sono affatto quelli che dettano la disciplina generale del matrimonio (ed io ancora non ho ben capito perché l'ordinanza del tribunale di Venezia abbia individuato fra le disposizioni da impugnare anche gli artt. 93, 96 e 98 Cod. civ.): si tratta di altre disposizioni che ben potrebbero essere lette come se, al posto di "marito e moglie", vi fosse scritto "coniugi" senza espresso riferimento al sesso biologico. Naturalmente nell'ipotesi della sentenza di accoglimento parzialmente sostitutiva la garanzia della fine di ogni discriminazione sarebbe maggiore: in questo senso sarebbe la soluzione più netta.

Tutta la storia costituzionale repubblicana ci mostra che se c'è una Costituzione che si presta *nella sua lettera* (parlo della prima parte, ovviamente) e si è prestata *nella sua lettura* ad interpretazioni in grado di cogliere l'evoluzione sociale, questa è la nostra. Esiste una

giurisprudenza ricchissima che non devo certo ricordare qui. Perché mai ciò non dovrebbe avvenire proprio in questo caso? La nostra Costituzione è e sarà sempre nella sua prima parte, e soprattutto nei suoi primi 11 articoli, il campo naturale di confronto (non voglio dire di battaglia) per l'affermazione di nuovi diritti (cheché ne dicano i positivisti a senso unico). Essa è stata ed è il terreno naturale dove si è sviluppata e si può sviluppare quella forma particolarissima di iniziativa politico-costituzionale che è la *strategic litigation* e che consiste appunto nel tentativo di imporre nel tempo quelle trasformazioni normative che la politica stenta ad assecondare, costringendo il giudice a farsi necessario complice del cambiamento: forti, beninteso, dell'indispensabile leva della norma costituzionale, come appunto nel caso nostro.

Vorrà la Corte farsi protagonista di un'interpretazione conforme a costituzione del diritto matrimoniale vigente? Vorrà optare per una sentenza di accoglimento parziale sostitutiva? O cercherà e troverà una strada diversa? Questo è naturalmente tutt'altro discorso. Ma anche a me con Pezzini pare difficile pensare che le risulterà agevole trovare argomenti che giustifichino l'esclusione dal matrimonio delle persone dello stesso sesso. Ciò detto, non posso non riconoscere che è difficile dire fino a che punto il corpo sociale si è al riguardo davvero evoluto; occorre perciò rendersi conto che ciò solo in astratto può esulare dalle considerazioni che la Corte porrà a sé stessa. Dappertutto il giudice delle leggi è un giudice in senso lato "politico" (non è una super Cassazione, è un giudice terzo ma col compito di interpretare una legge che non è affatto una legge come le altre). E purtroppo, oggi in Italia il giudice delle leggi è un giudice, per ragioni che sappiamo, sotto stress. Va messa nel conto l'eventualità che, consapevolmente o meno, cerchi una strada che non lo esponga all'ennesimo prevedibile scontro: tanto più, appunto, su un terreno delicato e dal punto di vista della maturazione del corpo sociale non proprio solidissimo. Il timore è allora che la Corte trovi il modo di lavarsi del tutto le mani della questione (e qui si entra in quel campo processual-costituzionale nel quale non voglio entrare), o magari opti per una ponzio-pilatesca "sentenza di rigetto con monito" in attesa di un legislatore che tutti sappiamo bene non legifererà: o, se legifererà, difficilmente lo farà nel senso di una rigorosa applicazione del principio di uguaglianza inteso come non discriminazione. In tal deprecabile caso la Corte altro non farebbe che rimandare ogni soluzione nel tempo: sapendo che sarebbe inevitabilmente chiamata a occuparsi di nuovo della questione in un futuro non troppo lontano. Il problema morale e costituzionale che essa però non potrà non porsi è: perché mai tante persone dovrebbero subire nel frattempo il perdurante sacrificio dei propri diritti?